

Jussi Matikkala

TAHALLISUUDESTA RIKOSOIKEUDESSA

TAHALLISUUDESTA RIKOSOIKEUDESSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 263

Jussi Matikkala

Tahallisuudesta rikosoikeudessa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi yliopiston päärakennuksen auditoriossa XII perjantaina 16.9.2005 klo 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Julkaisuvaliokunta

Risto Nuolimaa, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Raimo Lahti

Pekka Vihervuori

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-524-0

© 2005 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Jussi Matikkala

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-242-8

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2005

Esipuhe

Olen kiittolisuudenvelassa niille, jotka ovat vuosien varrella auttaneet minua työssäni. Työnohjaajani Raimo Lahti on vaikuttanut keskeisesti tutkijanuraani alusta alkaen. Hän on tukenut minua merkittävästi niin tässä kuin aiemmissakin töissäni. Eero Backman lupautui vastaväittäjäksi, ja tämä laaja työ on vienyt paljon hänenkin arvokasta aikaansa. Hänen suhtautumisensa hankkeeseen on ollut kaiken aikaa myönteistä ja kannustavaa. Toinen esitarkastajani Pekka Koskinen on aina ollut valmis antamaan isällisesti viisaita neuvoja niin tahallisuusopissa kuin elämän muissakin kysymyksissä.

Myös Dan Frände ja Kimmo Nuotio ovat lukeneet työn läpi ja esittäneet jälleen ison joukon teräviä huomioita. Markus Wahlbergin syväluvusta monikaan käsikirjoitussivu ei selvinnyt merkinnöittä. Osia käsikirjoituksesta lukivat ystävällisesti myös Martti Majanen ja Heikki Salo. Raimo Siltalan kanssa minulla on ollut ilo keskustella monista teoreettisista kysymyksistä. Apua on tullut ulkomailta asti. Karin Cornils on ollut sydämellisesti tukena niin käytännöllisissä kuin teoreettisissakin kysymyksissä Freiburgin-matkoillani. Nils Jareborg on vaivojaan säästämättä käynyt kanssani pitkiä keskusteluja työn teemoista. Olen ahdistellut kysymyksilläni monia muitakin, ja esitän heille kollektiivisesti kiitokseni. Vastuu puutteista ja virheistä on luonnollisesti yksin minun. Kyky ja tilaisuus kantoivat tällä kertaa tänne asti.

Suomalainen Lakimiesyhdistys on kustantanut kirjan. Pipsa Kostamo on miellyttävästi ja rauhoittavasti auttanut työn saattamisessa kirjan muotoon. Vammalan Kirjapaino on hoitanut asiantuntevasti painotyön. Olen työn aikana saanut nauttia Helsingin yliopiston, Suomen Kulttuurirahaston, Helsingin Sanomien 100-vuotissäätiön ja Antti Tulenheimon muistorahaston apurahoista, mistä lausun lämpimän kiitokseni.

Vaimoni Kiiu on viime kuukausina toiminut tutkimusavustajanani suklaa- ja hamepalkalla. Hänen muuta merkitystään työlleni en edes yritä kuvata. Kiitokset tuesta ja myötäelämisestä kuuluvat myös isälleni Pekka Matikkalalle ja muille läheisilleni.

Vähän ennen juhannusta 2005

Jussi Matikkala

Sisällys

ESIPUHE	V
SISÄLLYSLUETTELO	VII
LÄHTEET	XV
LYHENTEITÄ	XLI
I JOHDANTO	1
1 Tutkimusaiheesta	3
2 Tutkimuksen tavoitteista ja metodista	7
3 Työn yleispiirteinen rakenne.....	9
II TUTKIMUKSEN VIITEKEHYS	13
1 Laillisuusperiaatteesta.....	15
1.1 Johdanto.....	15
1.2 Sanarajan luonnehdintaa.....	18
1.3 Laillisuusperiaate ja yleiset opit	20
1.4 Eräitä tahallisuuskustelussa esiintyviä käsitteitä	22
1.4.1 Tietäminen.....	22
1.4.2 Todennäköisyys, usko, luottamus	26
1.4.3 Varsin todennäköinen	27
1.4.4 Olla selvillä	29
1.5 Muita kysymyksiä	31
2 Rikoksen rakenne.....	35
2.1 Yleistä.....	35
2.2 Rikoksen rakennemalleja.....	37
2.2.1 Klassinen rikoksen rakenne.....	37
2.2.2 Neoklassinen rikoksen rakenne.....	39

SISÄLLYS

2.2.3	Finalismi.....	40
2.2.4	Neoklassisen ja finaalin rikoksen rakenteen synteesi ..	42
2.2.5	Funktionalismi.....	43
2.2.6	Rikoksen rakenteesta Suomessa.....	44
2.3	Tahallisuuden sijainnista rikoksen rakenteessa	45
3	Yleiskielen ja sosiaalisen elämän näkökulma.....	53
3.1	Tahallisuus ja yleiskieli	53
3.2	Syyksilukemisesta sosiaalisessa elämässä.....	55
4	Oleminen, tietäminen, mieli	59
4.1	Olemisesta	59
4.2	Tiedon ongelmia	61
4.3	Mielentieteiden näkökulma	62
4.3.1	Yleistä	62
4.3.2	Mielenfilosofia.....	64
4.3.3	Kognitiivisen psykologian näkökulma.....	69
4.3.3.1	Johdanto	69
4.3.3.2	Psykologisia tahallisuuskysymyksiä.....	70
4.3.3.3	Mieltämiseen liittyviä näkökohtia	71
4.3.3.4	Sovellutusta.....	76
4.3.3.5	Keskustelua.....	79
4.3.3.6	Mielentieteistä ja mielen sisällön todentamisesta	81
4.4	Tahallisuus ja mieltämisen syvyys	83
5	Näyttöön liittyviä näkökohtia	87
5.1	Yleistä.....	87
5.2	Esimerkkejä	91
5.2.1	Todennäköisyystahallisuus seuraustahallisuutena	91
5.2.2	Tarkoitustahallisuus.....	96
5.3	Erityissääntelyä.....	100
III TAHALLISUUS SUOMEN RIKOSOIKEUDESSA		105
1	Johdanto	107
2	Vuoden 1889 rikoslaki.....	109
2.1	Valtiopäivätoiminnan alkaminen	109
2.2	Vuoden 1865 rikoslakikomitea.....	110
2.3	Vuoden 1880 tarkastuskomitea.....	116

2.4	Rikoslain valtiopäiväkäsittely	117
3	Tiedemiesten aika	119
3.1	Jaakko Forsman	119
3.2	Allan Serlachius.....	121
3.3	Serlachiuksen rikoslakiehdotus	123
3.4	Brynolf Honkasalo.....	126
4	Rikosoikeuskomitea.....	131
5	Tahallisuutta koskevaa korkeimman oikeuden käytäntöä	135
5.1	Johdanto.....	135
5.2	Surmaamistahallisuus	137
5.2.1	Oikeuskäytäntö 1970- ja 1980-luvulla	137
5.2.2	Oikeuskäytäntö 1990-luvulla ja 2000-luvun alkuvuosina	155
5.2.3	Yhteenvedoa.....	177
5.3	Tahallisuus muiden seurausten yhteydessä	179
5.4	Yksinkertaiset olosuhteet tahallisuuden kohteena.....	181
5.5	Normatiiviset oliot ja tahallisuus	194
5.6	Muita tapauksia	209
5.6.1	Kunnianloukkaus.....	209
5.6.2	Toisen henkilön tekoa koskeva tahallisuus	218
6	Rikoslain kokonaisuudistus rikosoikeuskomitean jälkeen	223
6.1	Johdanto.....	223
6.2	Erityinen osa	223
6.3	Rikoslakiprojektin vuoden 1989 ehdotus surmaamisen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuuden määritelmäksi	225
6.4	Rikoslakiprojekti ja yleiset opit.....	227
6.4.1	Yleistä	227
6.4.2	Rikoslakiprojektin rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva ehdotus vuodelta 2000.....	229
6.4.2.1	Yleistä.....	229
6.4.2.2	Tahallisuus ja sitä sivuavat kysymykset	230
6.4.2.3	Erityisesti tahallisuuden alarajasta.....	231
6.5	Jatkovalmistelu	234
6.6	Eduskuntakäsittely.....	237
6.7	Kriittistä arviointia.....	242
6.8	Näkökohtia olosuhdetahallisuuden sisällöstä	244
7	KKO:n käytäntöä yleisten oppien voimaantulon jälkeiseltä ajalta.....	253

SISÄLLYS

7.1	Surmaamistahallisuus	253
7.2	Olosuhdetahallisuus ja erehdys	261
IV OIKEUSVERTAILUA		267
1	Johdanto	269
1.1	Yleistä	269
1.2	Oikeuskäytännön vertailusta	269
2	Ruotsi	271
2.1	SOU 1923:9 ja SOU 1953:14	271
2.2	Päihtymys	276
2.3	Erehdysoppi	278
2.4	Tahallisuuden alarajaa koskevaa HD:n käytäntöä	280
2.4.1	1940-luvulta 1970-luvun loppuun	280
2.4.2	1980-luvulta vuosituhannen loppuun	294
2.5	Yhteenvetoa tahallisuudesta oikeuskäytännössä	310
2.6	SOU 1996:185	312
2.7	Straffansvarsutredningenin jälkeen	316
3	Tanska	329
3.1	Vuoden 1930 <i>straffelovin</i> valmistelu	329
3.2	Oikeuskäytäntöä	331
3.3	Oikeustila	334
4	Norja	339
4.1	Johdanto	339
4.2	Oikeuskäytäntöä	341
4.3	<i>Straffelovin</i> kokonaisuudistushanke	348
5	Saksa	355
5.1	Säätelyn kehitys ja tilanne	355
5.2	Oikeustiede	357
5.2.1	Tahallisuusmalleja	357
5.2.2	Yleisiä havaintoja	363
5.3	Oikeuskäytäntöä	364
5.3.1	Johdanto	364
5.3.2	Tahallisuus oikeuskäytännössä – yleistä	367
5.3.2.1	Perusmalli	367
5.3.2.2	BGH U 22.4.1955 – nahkahihnatapaus	367

5.3.2.3	BGH U 4.11.1988 – HIV I	369
5.3.2.4	Muita ratkaisuja	372
5.3.3	Surmaamistahallisuus oikeuskäytännössä.....	375
5.3.3.1	Yleistä.....	375
5.3.3.2	Surmaamistahallisuuteen päätyntä tuomio on pysytetty.....	376
5.3.3.3	BGH pysyttänyt tuomion, jossa ei päädytty surmaamistahallisuuteen.....	380
5.3.3.4	BGH ei pysyttänyt syyksilukevaa ratkaisua	381
5.3.3.5	BGH ei hyväksynyt syytteen hylkäävää ratkaisua	399
5.4	Yhteenvedoa Saksan tahallisuus-oikeuskäytännöstä.....	402
6	Englanti	413
6.1	Yleistä.....	413
6.2	Syyksiluettavuus.....	414
6.3	Intention.....	417
6.4	Recklessness	425
6.5	Erehdys	432
6.6	Humalan merkityksestä	433
7	Tahallisuuden ylikansallisia ulottuvuuksia	435
7.1	Johdanto.....	435
7.2	Eurooppalainen rikosoikeus	436
7.2.1	Yleistä	436
7.2.2	Corpus juris	436
7.2.2.1	Corpus juris 1997.....	436
7.2.2.2	Corpus juris 2000.....	440
7.2.3	Europa-Delikte	444
7.3	Kansainvälisen rikosoikeuden näkökulma	446
V	TAHALLISUUDEN JA TUOTTAMUKSEN VÄLINEN RAJA ..	455
1	Yleistä	457
2	Keskustelua perinteisten rajanvetoteorioiden välisestä paremmuudesta	459
2.1	Mieltämisteoria.....	459
2.1.1	Mahdollisuusteoria.....	459
2.1.2	Yksinkertainen todennäköisyystahallisuus	460
2.1.3	Kvalifioitu todennäköisyystahallisuus	464

SISÄLLYS

2.2	Tahtoteoriat.....	466
2.2.1	Hypoteettinen tahtoteoria.....	466
2.2.2	Positiivinen tahtoteoria.....	469
2.2.3	Välinpitämättömyystahallisuus – <i>likgiltighetsuppsåt</i>	473
3	Muita rajanvetoehdotuksia.....	477
3.1	Mieltämisestä lähtevä malli – Nils Jareborg	477
3.2	Riskiteoriat	479
3.2.1	Yleistä	479
3.2.2	Frisch.....	480
3.3	Rajanvedon objektivointi?.....	483
3.3.1	Armin Kaufmann	483
3.3.2	Alf Ross.....	485
3.3.3	Herzberg	488
3.3.4	Puppen oppi tahallisuusvaarasta	491
3.3.5	Samuel Cavallin – <i>gärningsuppsåt</i>	494
3.4	Schünemannin typologinen tahallisuusmalli	499
4	Vaihtoehtoisia lähestymistapoja.....	503
4.1	Yleistä.....	503
4.2	Pro recklessness.....	505
4.3	Contra recklessness	506
4.4	Duffin käsitys.....	509
5	Tosi tahallisuus?.....	513
5.1	Totuudesta.....	513
5.2	Argumentaatiomalli	514
5.2.1	Yleistä	514
5.2.2	Rationaalisuus	515
5.2.3	Totuudenkaltaisuus.....	516
5.2.4	Hyväksyttävyys	520
VI TAHALLISUUDEN KOHTEESTA		527
1	Johdanto	529
2	Oikeudenvastaisuustahallisuus?	533
3	Peittämisperiaate ja sen toteuttaminen.....	543
3.1	Johdanto.....	543

3.2	Subjektiiivinen ja objektiivinen.....	545
3.3	Positiivinen ja negatiivinen	547
3.3.1	Johdanto	547
3.3.2	Tahallisuus ja oikeuttamisperusteen toteuttavat oliot	547
3.3.3	Tunnusmerkistön toteuttavien seikkojen erottaminen oikeuttamisperusteen toteuttavista seikoista	548
3.4	Deskriptiivinen ja normatiivinen sekä tahallisuuteen vaikut- tava erehdys	550
3.4.1	Johdanto	550
3.4.2	Tosiasiarehdys ja oikeuserhdys	551
3.4.3	Maallikon paralleeliarvotus sekä deskriptiiviset ja nor- matiiviset tunnusmerkit.....	552
3.4.3.1	Johdanto	552
3.4.3.2	Oppi maallikon paralleeliarvotuksesta	553
3.4.3.3	Deskriptiiviset ja normatiiviset tunnusmerkit ...	554
3.4.3.4	Jaottelun arviointia.....	557
3.4.4	Tunnusmerkistöerehdys ja kieltoerehdys	558
3.4.4.1	Johdanto	558
3.4.4.2	Teon sosiaalinen merkitys rajakriteerinä	560
3.4.4.3	Muita rajanvetoehdotuksia.....	563
3.5	Seuraukset ja seikat	564
4	Oikeuttamisperusteiden subjektiiivinen puoli?.....	573
4.1	Johdanto.....	573
4.2	Tekijä uskoo virheellisesti, että oikeuttamisperusteen muodos- tavat tosiseikat ovat käsillä.....	575
4.2.1	Periaatteellisia näkökohtia	575
4.2.2	Suomen oikeus	577
4.3	Subjektiiivinen oikeuttamisperuste-elementti?.....	579
5	Kieltoerehdyksestä.....	587
5.1	Kieltoerehdyksen sisältö.....	587
5.2	Kieltoerehdyksen seuraukset	591
	ABSTRACT	593
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	597
	ASIAHAKEMISTO.....	603

Kirjallisuus

Aarnio 1989

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

AE 1966

Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Tübingen 1966.

Agge – Thornstedt 1984

Agge, Ivar – Thornstedt, Hans: Straffrättens allmänna del. 4. u. Stockholm 1984.

Alanen 1937

Alanen, Aatos: Herjausrikoksesta. DL 1937 s. 177–192, 407–420.

Aldridge 2001

Aldridge, Susan: Masennus ja stressi. Tunteiden biologiaa. Suomentanut Minna Majjala. Helsinki 2001.

Alexanderson 1945

Alexanderson, Nils: Tillämpning av läran om dolus eventualis. SvJT 1945 s. 295–297.

Ambos 1999

Ambos, Kai: General Principles of Criminal Law in the Rome Statute. Criminal Law Forum 1999 s. 1–32.

Andenæs 1963a

Andenæs, Johs.: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten. Bilaga V s. 3–7.

Andenæs 1963b

Andenæs, Johs.: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten s. 113–125, 145–146.

Andenæs 1997

Andenæs, Johs.: Alminnelig strafferett. 4. utgave. Oslo 1997.

Andenæs 2004

Andenæs, Johs.: Alminnelig strafferett. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2004.

Anderson 2000

Anderson, John R.: Cognitive Psychology and Its Implications. 5. ed. New York 2000.

Andorsen 1996

Andorsen, Kjell V.: Dolus eventualis. Jussens Venner 1996 s. 116–135.

Andorsen 2003

Andorsen, Kjell V.: Uegentlig rettsvillfarelse i strafferetten. Oslo 2003.

Anttila 1946

Anttila, Inkeri: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1946.

Anttila – Heinonen 1977

Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1977.

Ashworth 1996

Ashworth, Andrew: Taking the Consequences. Teoksessa Shute, Stephen – Gardner, John – Horder, Jeremy (eds): Action and Value in Criminal Law. First published 1993. Oxford 1996 s. 107–124.

Ashworth 2003

Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law. Fourth Edition. Oxford 2003.

Ashworth 2004

Ashworth, Andrew: Arson. R v G. Crim LR 2004 s. 369–372.

Ashworth – Mitchell 2000

Ashworth, Andrew – Mitchell, Barry: Introduction. Teoksessa Ashworth, Andrew – Mitchell, Barry (eds): Rethinking English Homicide Law. Oxford 2000 s. 1–20.

Asp 2002–03

Asp, Petter: Uppsåtets nedre gräns. JT 2002–03 s. 613–616.

Asp 2004–05

Asp, Petter: Uppsåtets nedre gräns – en efterlängtat sequel. JT vid 2004–05 s. 385–396.

Backman 1976

Backman, Eero: Rikoslaki ja yhteiskunta I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1894–1917. Vammala 1976.

Backman 1984

Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Utriainen, Terttu: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Vammala 1984. LM 1984 s. 616–638.

Backman 1989a

Backman, Eero: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Toinen osa. LM 1989 s. 561–593.

Backman 1989b

Backman, Eero: Oliko vuoden 1889 rikoslainsäädäntö jo syntyessään vanhentunut? Teoksessa Lahti, Raimo (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989. Helsinki 1989 s. 83–89.

Backman 1992

Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta. Helsinki 1992.

Backman 2003

Backman, Eero: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, analogia ja Klami. Teoksessa Nuutila, Ari-Matti (toim.): Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Turku 2003 s. 23–30.

Backman 2004

Backman, Eero: Huomioita hätävarjelusta ja todistustaakan jaosta hätävarjeluasioissa. Teoksessa Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turku 2004 s. 3–10.

Baumann – Weber – Mitsch 2003

Baumann, Jürgen – Weber, Ulrich – Mitsch, Wolfgang: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. 11. neubearbeitete Auflage. Bielefeld 2003.

Beling 1906

Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Bergendal 1963

Bergendal, Ragnar: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten s. 138–139.

Berner 1872

Berner, Albert Friedrich: Lehrbuch Deutschen Strafrechtes. 6.A. Leipzig 1872.

Betænkning 1912

Betænkning afgiven af Kommissionen nedsat til at foretage et Gennemsyn af den almindelige borgerlige Straffelovgivning. København 1912.

Betænkning 1917

Carl Torp: Betænkning angaaende de af den under 11. August 1905 nedsatte Straffelovskom-

mission udarbejdede Forslag indeholdende Udkast til Love vedrørende den borgerlige Straffelovgivning med Motiver. København 1917.

Betænkning 1923

Betænkning afgiven af Straffelovskommissionen af 9. November 1917. København 1923.

Binding 1877

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Zweiter Band. Schuld und Vorsatz. Leipzig 1877.

Binding 1890

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 2. A. Erster Band. Normen und Strafgesetze. Leipzig 1890.

Binding 1916

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 2. A. Zweiter Band. Zweite Hälfte. Der rechtswidrige Vorsatz. Leipzig 1916.

Binding 1918

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Dritter Band. Der Irrtum. Leipzig 1918.

Blomstedt 1964

Blomstedt, Yrjö: Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1866 osittaisuudistuksiin saakka. Historiallinen Arkisto 1964 s. 421–517.

Bomgren 1961

Bomgren, Gunnar: Några reflexioner kring dolus eventualis. SvJT 1961 s. 241–244.

Bottke 1988

Bottke, Wilfried: Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung. Teoksessa Schünemann, Bernd – Pfeiffer, Gerd (Hrsg.): Die Rechtsprobleme von AIDS. Baden-Baden 1988 s. 171–247.

BrB Kap. 1–12

Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne: Brottsbalken (Kap. 1–12). En kommentar. Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. Stockholm 1998. (täydentyvä laitos, viittaus tekijään)

BrB Kap. 13–24

Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne: Brottsbalken (Kap. 13–24). En kommentar. Brotten mot allmänheten och staten m.m. Stockholm 1998. (täydentyvä laitos, viittaus tekijään)

Cavallin 1999

Cavallin, Samuel: Skuld. Andra upplagan. Uppsala 1999.

Cavallin 2003–04

Cavallin, Samuel: Om uppsåtsprövningen i svensk rätt efter prejudikatet NJA 2002 s. 449. JT 2003–04 s. 3–16.

Clarkson 2001

Clarkson, C. M. V.: Understanding Criminal Law. Third Edition. London 2001.

Clarkson – Keating 1998

Clarkson, C. M. V. – Keating, H. M.: Criminal Law. Text and Materials. 4 ed. London 1998.

Cramer – Stenberg-Lieben 2001

Cramer, Peter – Stenberg-Lieben, Detlev: §§ 15–17. Teoksessa Schönke, Adolf – Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. 26. A. München 2001 s. 241–345.

Danelius 1993

Danelius, Hans: Mänskliga rättigheter. 5. u. Stockholm 1993.

Davies 2004

Davies, Mitchell: Lawmakers, Law Lords and Legal Fault. Two Tales from the (Thames) River Bank: Sexual Offences Act 2003; R v G and Another. The Journal of Criminal Law 2004 s. 130–149.

Denno 2002

Denno, Deborah W.: How psychological research on consciousness can enlighten the criminal law. Amicus Curiae 2002 s. 28–31.

Descartes 1994

Descartes, René: Teoksia ja kirjeitä. Suomentanut J. A. Hollo. 2. p. Porvoo 1994.

Dopslaff 1987

Dopslaff, Ulrich: Plädoyer für einen Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale. GA 1987 s. 1–26.

Duff 1990

Duff, R. A.: Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law. Oxford 1990.

E 1962

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB). E 1962 mit Begründung. Kabinetttvorlage. Bonn 1962.

Ehrström 1994

Ehrström, Karl Gustaf: Föreläsningar över straffrättens allmänna läror. Redigerat samt med förord, biografi, bibliografi och anmärkningar försett: Markus Wahlberg. Helsingfors 1994.

Ellilä 1974

Ellilä, Reino: Uusittu liikennerikosoikeus. 2. p. Porvoo 1974.

Elliott 2004

Elliott, Catherine: Recklessness: Caldwell Test Abolished. The Journal of Criminal Law 2004 s. 31–33.

Engisch 1930

Engisch, Karl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930. 2. Neudruck 1995.

Engisch 1954

Engisch, Karl: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. Teoksessa Engisch, Karl – Maurach, Reinhart (Hrsg.): Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953. München – Berlin 1954 s. 127–163.

Engisch 1955

Engisch, Karl: Anmerkung zu BGH 22.4.1955. NJW 1955 s. 1688–1689.

Eser – Burkhardt 1992

Eser, Albin – Burkhardt, Björn: Strafrecht I. Schwerpunkt allgemeine Verbrechenselemente. 4. wesentlich überarbeitete Auflage. München 1992.

Eskeland 2000

Eskeland, Ståle: Strafferett. Oslo 2000.

Eteläpää 2004

Eteläpää, Mikko: Tarkoituksellisen tietämättömyyden tarkastelua. Teoksessa Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Helsinki 2004 s. 185–197.

Feuerbach 1832

von Feuerbach, Paul Johann Anselm: Lehrbuch des peinlichen Rechts. 11. A. Giessen 1832. Nachdruck 1997.

Fletcher 1998

Fletcher, George P.: Basic Concepts of Criminal Law. New York – Oxford 1998.

Forsman 1877

Forsman, Jaakko: Muistutuksia alamaiseen rikoslain ehdotukseen, jonka on valmistanut eräs sitä varten asetettu komitea. JFT 1877. Lisäviikko.

Forsman 1884

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

Forsman 1893

Forsman, Jaakko: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrätens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna. Helsingfors 1893.

Forsman 1924

Forsman, Jaakko: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. Första afdelningen: Brotten mot individens rättsgebit. 4. u. Helsingfors 1924.

Frank 1890

Frank, Reinhard: Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. ZStW 1890 s. 169–228.

Frank 1907

Frank, Reinhard: Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Teoksessa Frank, Reinhard (Hrsg.): Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum. Gießen 1907 s. 519–547.

Frank 1931

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. A. Tübingen 1931.

Freund 1998

Freund, Georg: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre. Berlin – Heidelberg 1998.

Frisch 1983

Frisch, Wolfgang: Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen. Köln 1983.

Frisch 1987

Frisch, Wolfgang: Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements. Teoksessa Küper, Wilfried (Hrsg.): Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987. Berlin 1987 s. 113–148.

Frände 1989

Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.

Frände 1994a

Frände, Dan: Allmän straffrätt. En introduktion. Helsingfors 1994.

Frände 1994b

Frände, Dan: Tre J:n om uppsåtet – kan någon tänkas ha fel? Teoksessa Berglund, Kerstin – Frände, Dan – Häggblom, Lenita – Sevón, Kjell (utg.): Skuldfrihet och ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75 årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Helsingfors 1994 s. 27–38.

Frände 1999

Frände, Dan: Finsk straffprocessrätt I. Helsingfors 1999.

Frände 2001

Frände, Dan: Allmän straffrätt. 2. u. Helsingfors 2001.

Frände 2003

Frände, Dan: Brott och rättegång. Helsingfors 2003.

Frände 2004

Frände, Dan: Allmän straffrätt. 3. u. Helsingfors 2004.

Fuchs 2000

Fuchs, Helmut: Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat. 4. A. Wien 2000.

Gallas 1968

Gallas, Wilhelm: Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs. ZStW 1968 s. 1–33.

Gardner – Jung 1991

Gardner, John – Jung, Heike: Making Sense of Mens Rea: Anthony Duff's Account. Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 559–588.

Garner 1981

Garner, Niels: Højesteret og dolus eventualis. Nogle bemærkninger i anledning af U 1979.576 H. UfR 1981 B s. 352–354.

Geppert 1986

Geppert, Klaus: Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Jura 1986 s. 610–613.

Gerland 1922

Gerland, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin 1922.

Granfelt 1921

Granfelt, O. Hj.: Förslag till ny strafflag. JFT 1921 s. 135–148.

Granfelt 1941

Granfelt, O. Hj.: Grundkurs i allmän straffrätt. Föreläsningar. Helsingfors 1941.

Greve 1983

Greve, Vagn: Bør forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse? Teoksessa Wallén, Per-Edwin – Erenius, Gillis – Hoflund, Olle – Löfmarck Madeleine – Wennberg, Suzanne (red.): Festskrift till Hans Thornstedt. Stockholm 1983 s. 229–247.

Greve 1993

Greve, Vagn: Træk af den danske strafferet i EF-perspektiv 1. Ansvarslærens almindelige del. Foreløbig udgave. 1993.

Greve 1994

Greve, Vagn: En vildfarende vildfarelse. NTfK 1994 s. 32–40.

Greve 2004

Greve, Vagn: Det strafferetlige ansvar. 2. u. København 2004.

Gropp 2001

Gropp, Walter: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. A. Berlin – Heidelberg – New York 2001.

Grotenfelt 1913

Grotenfelt, Julius: Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors 1913.

Haaparanta – Niiniluoto 1986

Haaparanta, Leila – Niiniluoto, Ilkka: Johdatus tieteiliseen ajatteluun. Helsinki 1986.

Haapasalo 2000

Haapasalo, Jaana: II Todistajanpsykologia. Teoksessa Haapasalo, Jaana – Kiesiläinen, Kari – Nieminen-Kiesiläinen, Johanna: Todistajanpsykologia ja todistajankuulustelu. Helsinki 2000 s. 11–145.

Haft 1976

Haft, Fritjof: Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs. ZStW 1976 s. 365–392.

Haft 1994

Haft, Fritjof: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester. 6. A. München 1994.

Hagströmer 1879

Hagströmer, Johan: Granskning af förslaget till strafflag för storfurstendömet Finland. Upsala 1879.

Hahto/KKO 2002:124

Hahto, Vilja: KKO 2002:124. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2002/II. Helsinki 2003 s. 445–448.

Hahto 2004

Hahto, Vilja: Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Helsinki 2004.

Hannula 1976

Hannula, Ilari: Syyntakeisuuden ja syyllisyyden suhteesta. Teoksessa Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsinki 1976 s. 98–102.

Hansen 2002

Hansen, Michael Bjørn: Om forsætsbegrebets nedre område. UfR 2002 B s. 391–397.

Hart 1968

Hart, H. L. A.: Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. Oxford 1968.

Hassemer 1989

Hassemer, Winfried: Kennzeichen des Vorsatzes. Teoksessa Dornseifer, Gerhard – Horn, Eckhard – Schilling, Georg – Schöne, Wolfgang – Struensee, Eberhard – Zielinski, Diethart (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln 1989 s. 289–309.

Hassemer 1992

Hassemer, Winfried: Anmerkung zu BGH 7.11.1991. Jus 1992 s. 524–525.

HE 79/1989

HE rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 66/1988

HE rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 94/1993

HE rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 6/1997

HE oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

HE 101/1998

HE rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.

HE 184/1999

HE yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi.

HE 161/2000

HE Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymisestä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja rikoslain muuttamisesta.

HE 44/2002

HE rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 53/2002

HE eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.

Heckscher 1985

Heckscher, Sten: Socialberedningens skuld. Teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per-Ole (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985 s. 235–248.

Heinonen 1986

Heinonen, Olavi: Lainkäyttö rikosoikeuden kehittämisessä. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. Vammala 1986 s. 35–50.

Herberger 1976

Herberger, Maximilian: Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. Teoksessa Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. Kronberg 1976 s. 124–154.

Herring 2004

Herring, Jonathan: Criminal Law. Text, Cases and Materials. Oxford 2004.

Herzberg 1986a

Herzberg, Rolf D.: Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB). Juristische Rundschau 1986 s. 6–10.

Herzberg 1986b

Herzberg, Rolf D.: Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes. JuS 1986 s. 249–262.

Herzberg 1987

Herzberg, Rolf D.: Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids? NJW 1987 s. 1461–1466.

Herzberg 1990

Herzberg, Rolf D.: Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? Zugleich ein Beitrag zur Entlastung des § 24 StGB. NSTZ 1990 s. 311–318.

Herzberg 2000

Herzberg, Rolf D.: Der Vorsatz als “Schuldform”, als “aliud” zur Fahrlässigkeit und als “Wissen und Wollen”? Teoksessa Roxin, Claus – Widmaier, Gunter (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. München 2000 s. 51–82.

Hillenkamp 1989

Hillenkamp, Thomas: Dolus eventualis und Vermeidewille. Teoksessa Dornseifer, Gerhard – Horn, Eckhard – Schilling, Georg – Schöne, Wolfgang – Struensee, Eberhard – Zielinski, Dietrich (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln 1989 s. 351–369.

Hillenkamp 1999

Hillenkamp, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht, allgemeiner Teil. 9. A. Neuwied 1999.

Hiltunen 1951

Hiltunen, Paavo: Syllisyyskäsite rikoksen uusimisessa. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1951.

von Hippel 1908

von Hippel, Robert: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Band 3. Berlin 1908 s. 373 ss.

Honkasalo 1960

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II. Helsinki 1960.

Honkasalo 1962

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III. Helsinki 1962.

Honkasalo 1964

Honkasalo, Brynolf: Soimauksen todistettavuus kunnianloukkauksessa. DL 1964 s. 387–399.

Honkasalo 1965

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. 2. p. Helsinki 1965.

Honkasalo 1967

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. 2. p. Helsinki 1967.

Honkasalo 1970

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I 1. Henkilöön kohdistuvat rikokset. Helsinki 1970.

Honkasalo – Ellilä 1966

Honkasalo, Brynolf – Ellilä, Reino: Rikosoikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Helsinki 1966.

Huldén 1960

Huldén, Tomas: Dolus eventualis än en gång. SvJT 1960 s. 598–604.

Hurwitz 1951

Hurwitz, Stephan: Til skyldbegrebet. Teoksessa Borum O. A. – Ilmun, Knud (red.): Festskrift til Henry Ussing 5. maj 1951. København 1951 s. 207–219.

Hurwitz 1952

Hurwitz, Stephan: Den danske kriminalret. Almindelig del. København 1952.

Husak – von Hirsch 1996

Husak, Douglas – von Hirsch, Andrew: Culpability and Mistake of Law. Teoksessa Shute, Stephen – Gardner, John – Horder, Jeremy (eds): Action and Value in Criminal Law. Oxford 1996 s. 157–174.

Höpfel 2000

Höpfel, Frank: Kommentar zur Fragen des Allgemeinen Teils des Corpus Juris aus österreichischem Blickwinkel. Teoksessa Huber, Barbara (Hrsg.): Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999. Freiburg im Breisgau 2000 s. 83–89.

ICC 1999

Triffterer, Otto (ed.): Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' notes, article by article. Baden-Baden 1999. (viitattu myös kirjoittajaan)

Ingblad 2000–01

Ingblad, Fredrik: Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövningen. JT 2000–01 s. 790–804.

Innst. O. nr. 72 - 2004–2005

Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven).

Jakobs 1993

Jakobs, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. 2. A. Studienausgabe. Berlin – New York 1993.

Jareborg 1969

Jareborg, Nils: Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag. Stockholm 1969.

Jareborg 1970

Jareborg, Nils: Effektdelikt och beteendedelikt. Teoksessa Festskrift till Ivar Agge. Stockholm 1970 s. 176–192.

Jareborg 1988

Jareborg, Nils: Uppsåt och klander. Varför är ett uppsåtligt brott mer straffvärt än ett oaktsamt? SvJT 1988 s. 722–749.

Jareborg 1990

Jareborg, Nils: Uppsåt och oaktsamhet. 2. tryckning. Uppsala 1990.

Jareborg 1994

Jareborg, Nils: Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994.

Jareborg 1999

Jareborg, Nils: Alf Ross som straffrättsdogmatiker. NTfK s. 161–170.

Jareborg 2001

Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001.

Jareborg 2004–05

Jareborg, Nils: Avsiktsuppsåt och/eller insiktsuppsåt? JT 2004–05 s. 811–813.

Jefferson 2003

Jefferson, Michael: Criminal Law. Sixth edition. London 2003.

Jescheck 1961

Jescheck, Hans-Heinrich: Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Teoksessa Bockelmann, Paul – Gallas, Wilhelm (Hrsg.): Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961 s. 139–155.

Jescheck 1992

Jescheck, Hans-Heinrich: Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit. Bemerkungen zu einigen Vorschlägen und Vorschriften im Bereich des allgemeinen Teils des finnischen Strafgesetzbuchs. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo (eds): Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Helsinki 1992 s. 318–334.

Jescheck – Weigend 1996

Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. A. Berlin 1996.

Jokela 2004

Jokela, Antti: Oikeudenkäynti III. Helsinki 2004.

Jonkka 1993

Jonkka, Jaakko: Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.

Kaiafa-Gbandi 2000

Kaiafa-Gbandi, Maria: Das Corpus Juris und die Typisierung des Strafphänomens im Bereich der Europäischen Union. Teoksessa Huber, Barbara (Hrsg.): Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999. Freiburg im Breisgau 2000 s. 91–114.

Kaila 1921

Kaila, Kustavi: Allan Serlachius, Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. I. Yleinen osa. LM 1921 s. 27–32.

Kaisto 1997

Kaisto, Janne: ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Varallisuusoikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14§:n mukaan. Helsinki 1997.

Kallio 1996

Kallio, Sakari: Hypnoosi: Teoreettisia näkemyksiä. Teoksessa Revonsuo, Antti – Lang, Heikki – Aaltonen, Olli (toim.): Mieli ja aivot. Kognitiivinen neurotiede. Turku 1996 s. 317–325.

Kantola 1976

Kantola, Antero: Finaalisista selityksistä ja tuottamuksesta. Teoksessa Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976 s. 5–21.

Kantola 1980

Kantola, Antero: Huumaantuneena ajaminen, lääkeaineiden käyttö ja tahallisuusvaatimus. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV. Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu. Vammala 1980 s. 66–78.

Karlgrén 1960

Karlgrén, Hjalmar: ”Dolus eventualis än en gång”. SvJT 1960 s. 702–703.

Kaufmann 1958

Kaufmann, Armin: Der dolus eventualis im Delikttaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze. ZStW 1958 s. 64–86.

Kaufmann 1968

Kaufmann, Armin: Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf. ZStW 1968 s. 34–53.

KB 1875:9

Underdåniga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland, Förordning om verkställighet af straff och Förordning om införande af ny strafflag för Storfurstendömet Finland, jemte motiver till dessa förslag. Utarbetade af en tillförordnad komité. Helsingfors 1875.

KB 1884:12

Förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland.

Kienapfel – Höpfel 2000

Kienapfel, Diethelm – Höpfel, Frank: Grundriss des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 8. A. 2000.

Kindhäuser 1984

Kindhäuser, Urs: Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. ZStW 1984 s. 1–35.

Kinnunen 1999

Kinnunen, Essi: Toisen rangaistava vahingoittaminen urheilussa. Helsinki 1999.

Kinnunen/KKO 2001:97

Kinnunen, Essi: KKO 2001:97. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentien 2001/II. Helsinki 2002 s. 237–240.

Kivivuori 1969

Kivivuori, Antti: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875. Joensuu 1969.

Kivivuori 1971

Kivivuori, Antti: Rikoslain suunnittelun vaiheita 1875–1884. LM 1971 s. 10–29.

KKO:n lausunto 5.3.2001

Oikeusministeriölle 5.3.2001 annettu lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi. Teoksessa Korkeimman oikeuden ratkaisuja 2001 tammi–kesäkuu 1–69. Helsinki 2001 s. 393–439.

Klami 1984

Klami, Hannu Tapani: ”Dolus eventualis?” Oikeusteoreettista analyysia. LM 1984 s. 127–153.

Klami – Sorvettula – Hatakka 1988

Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna:

Att bevisa uppsåt. Synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran. TfR 1988 s. 387–404.

Klami – Sorvettula – Hatakka 1990

Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna: Dolus Probatas. Proving Criminal Intent. Oikeustiede–Jurisprudentia 1990 s. 93–139.

KM 1976:72

Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1976.

Kohlrausch 1903

Kohlrausch, Eduard: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Berlin 1903. Nachdruck 1978.

Koivisto 1996

Koivisto, Mika: Ihmisen muistijärjestelmät. Teoksessa Revonsuo, Antti – Lang, Heikki – Aaltonen, Olli (toim.): Mieli ja aivot. Kognitiivinen neurotiede. Turku 1996 s. 193–202.

Koponen 2002

Tahallisuudesta talousrikoksissa. Oikeustiede–Jurisprudentia 2002 s. 237–342.

Koponen 2004a

Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Helsinki 2004.

Koponen 2004b

Koponen, Pekka: Velallisen rikokset. Teoksessa Lahti, Raimo – Koponen, Pekka (toim.): Uudistuva talousrikosoikeus. Helsinki 2004 s. 81–111.

LÄHTEET

Kornbeck 1977

Kornbeck, Jack: Om hensynsløshed og hensigt. UfR 1977 B s. 163–168.

Koskinen 1973

Koskinen, Pekka: Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalikonkurrenssin erottelua. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1973.

Koskinen 1976

Koskinen, Pekka: Rikoksen yleisestä rakenteesta, erityisesti tuottamuksellisista rikoksista. Teoksessa Tuottamukselliset rikokset. Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsinki 1976 s. 22–33.

Koskinen 1977

Koskinen, Pekka: Oletettu tahallisuus unohdettu todellisuus? Oikeus 1977 s. 100–104.

Koskinen 1978

Koskinen, Pekka: Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitoksen lausunto 13.3.1978 oikeusministeriölle rikosoikeuskomitean mietinnöstä (1976:72). (julkaisematon)

Koskinen 2001

Koskinen, Pekka: Johdatus rikosoikeuteen. Helsinki 2001.

Koskinen 2004

Koskinen, Pekka: Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. LM 2004 s. 516–520.

KS 2001

Kommenteret straffelov. Almindelig del. 7. u. Kommenteret af Vagn Greve, Asbjørn Jensen og Gorm Toftegaard Nielsen. København 2001. (viitattu myös kirjoittajaan)

Kugler 2004a

Kugler, Itzhak: Conditional Oblique Intention. Crim LR 2004 s. 284–290.

Kugler 2004b

Kugler, Itzhak: The Definition of Oblique Intention. The Journal of Criminal Law 2004 s. 79–83.

Kühl 2002

Kühl, Kristian: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. München 2002.

Küper 1987

Küper, Wilfried: Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch. GA 1987 s. 479–509.

Lacmann 1910

Lacmann, W.: Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. ZStW 1910 s. 142–166.

Lacmann 1911

Lacmann, W.: Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes. GA 1911 s. 109–129, 307–308.

Lahti 1974

Lahti, Raimo: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Vammala 1974.

Lahti 1980

Lahti, Raimo: Millä edellytyksillä toisen kuoleman aiheuttaminen on katsottava tahalliseksi? Juridiska Föreningen'in keskustelukysymyksen alustus 13.3.1980 Helsingissä (julkaisematon).

Lahti 1996

Lahti, Raimo: Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. LM 1996 s. 930–939.

Lahti 2001

Lahti, Raimo: Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt? LM 2001 s. 718–725.

Lahti 2003

Lahti, Raimo: Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia. Teoksessa Lahti,

Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselä 1.1.2003 omistettu. Helsinki 2003 s. 137–153.

Lahti 2004

Talousrikosoikeuden yleisistä opeista. Teoksessa Lahti, Raimo – Koponen, Pekka (toim.): Uudistuva talousrikosoikeus. Helsinki 2004 s. 3–16.

Lammenranta 1993

Lammenranta, Markus: Tietoteoria. Tampere 1993.

Langsted 1988

Langsted, Lars Bo: Dolus eventualis – en del af gældende dansk ret. UfR 1988 B s. 131–139.

Lappalainen 1986

Lappalainen, Juha: Oikeustutkijoiden ja todistustutkijoiden prosessioikeudellisia peruskäsitteitä. LM 1986 s. 756–770.

Lappalainen 2004

Lappalainen, Juha: Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta. Teoksessa Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turku 2004 s. 147–167.

Lappi-Seppälä 1987

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

Lappi-Seppälä 1992

Lappi-Seppälä, Tapio: The Doctrine of Criminal Liability and the Draft Criminal Code for Finland. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo (eds): Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Helsinki 1992 s. 214–246.

Lappi-Seppälä 2003

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. LM 2003 s. 751–788.

Lappi-Seppälä 2004

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus II. LM 2004 s. 3–36.

Laukkanen 1989

Laukkanen, Vesa: Kohtuuttomuus ”Unzumutbarkeit” – syyllisyyden poistava anteeksiantoperuste? Teoksessa Raimo Lahti (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989. Helsinki 1989 s. 247–258.

LaVL 5/1994

Lakivaliokunnan lausunto 5/1994 perustuslakivaliokunnalle. PeVM 25/1994:n liitteenä 1.

LaVM 6/1990

LaVM n:o 6 hallituksen esityksen johdosta rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

LaVM 22/1994

LaVM n:o 22 hallituksen esityksestä rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

LaVM 3/1998

LaVM 3/1998 vp. Hallituksen esitys oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi. Hallituksen esitys laiksi rikoslain 1 luvun 11 §:n muuttamisesta.

LaVM 28/2002

LaVM 28/2002 vp. Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Law Commission 1989a

The Law Commission (Law Com. No. 177). Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales. Volume 1. Report and Draft Criminal Code Bill. London 1989.

Law Commission 1989b

The Law Commission (Law Com. No. 177). Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales. Volume 2. Commentary on Draft Criminal Code Bill. London 1989.

Lehtimaja 1995

Lehtimaja, Lauri: Rikosoikeudellista iäisyyskyselyä – kiikarissa erityisesti yleiset opit ja Korkeimman oikeuden rooli. LM 1995 s. 986–994.

Lehtonen 1986a

Lehtonen, Asko: Veropetoksesta. RL 38 luvun 11 §:n 1 momentin tunnusmerkistöstä lähinnä tulo- ja varallisuusverotuksen kannalta. Helsinki 1986.

Lehtonen 1986b

Lehtonen, Asko: Tahallisuutta koskevasta näytön arvioinnista verorikosjutuissa. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. Vammala 1986 s. 184–204.

Leijonhufvud 1993

Leijonhufvud, Madeleine: HIV-smitta – straff- och skadeståndsansvar. Stockholm 1993.

Leijonhufvud – Wennberg 1997

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: Straffansvar. 5. u. Stockholm 1997.

Leijonhufvud – Wennberg 2005

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: Straffansvar. 7.u. Stockholm 2005.

Leopold 1923

Leopold, Göran: Några anmärkningar i anledning av förslag till ny strafflag I. DL 1923 s. 241–246.

Lesch 1996

Lesch, Heiko H.: Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums. JA 1996 s. 346–352.

Lind 1995–96

Lind, Johan: Rättsfallsanalyser – recension eller analys? JT 1995–96 s. 232–240.

Lindholm 1968

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

von Liszt 1892

von Liszt, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 5. A. Berlin 1892.

Löfmarck 1983

Löfmarck, Madeleine: Uppsåt, culpa och villfarelse vid gäldenärsbrotten. Teoksessa Wallén, Per-Edwin – Erenius, Gillis – Hoflund, Olle – Löfmarck, Madeleine – Wennberg, Suzanne (red.): Festskrift till Hans Thornstedt. Stockholm 1983 s. 505–517.

Majanen 1976

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

Majanen 1979

Majanen, Martti: Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1979.

Majanen – Palmén 1977

Majanen, Martti – Palmén, Harri: Rikosoikeuskomitea ja yleiset opit. Oikeus 1977 s. 93–100.

Makkonen 1981

Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Helsinki 1981.

Matikkala 1991

Matikkala, Jussi: Tahallisuuden alimmasta asteesta. LM 1991 s. 962–980.

Matikkala 1995

Matikkala, Jussi: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Helsinki 1995.

Matikkala 1998

Matikkala, Jussi: Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys. LM 1998 s. 1325–1340.

Maurach – Zipf 1992

Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. 8. A. Heidelberg 1992.

Mayer 1953

Mayer, Hellmuth: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart 1953.

Metsäpelto/KKO 2004:72

Metsäpelto, Leena: KKO 2004:72. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2004/II. Helsinki 2005 s. 37–40.

Mezger 1933

Mezger, Edmund: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. A. München 1933.

Mirfield 1999

Mirfield, Peter: Intention and Foresight of Virtual Certainty. Crim LR 1999 s. 246–247.

Molan – Lanser – Bloy 2000

Molan, Mike – Lanser, Denis – Bloy, Duncan: Principles of Criminal Law. 4. ed. London 2000.

Mühlbauer 1999

Mühlbauer, Stefan: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle. Münster 1999.

Myhrberg 1976

Myhrberg, Pertti: Nykyajan ratkaisuja 1875 rikoslakiehdotuksessa. Oikeus 1976 s. 17–22.

Myhrberg 1978

Myhrberg, Pertti: Rikos- ja prosessioikeuden kehitys Suomessa. Helsinki 1978.

Mæland 2004

Mæland, Henry John: Innføring i alminnelig strafferett. 3. u. Bergen 2004.

Neumann 2000

Neumann, Ulfried: Das Corpus Juris im Streit um ein europäisches Strafrecht. Teoksessa Huber, Barbara (Hrsg.): Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999. Freiburg im Breisgau 2000 s. 67–81.

Niemi-Kiesiläinen 2004

Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Helsinki 2004.

Niiniluoto 1996

Niiniluoto, Ilkka: Informaatio, tieto ja yhteiskunta. Filosofinen käsitteanalyysi. 5. p. Helsinki 1996.

Niiniluoto 1997

Niiniluoto, Ilkka: Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Nidotun laitoksen 1. painos. Helsinki 1997.

NJA II 1994

NJA avdelning II. Tidskrift för lagstiftning m.m. Nr. 15. Ändringar i brottsbalken. 1994 s. 411–463.

Norrie 1999

Norrie, Alan: After Woollin. Crim LR 1999 s. 532–544.

NOU 1983:57

Straffelovgivningen under omforming. Straffelovkomisjonens delutredning I.

NOU 1992:23

Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkomisjonens delutredning V.

L Ä H T E E T

NOU 2002:4

Ny straffelov. Straffelovkommissionens delutredning VII.

Nuotio 1995

Nuotio, Kimmo: Taloudellisen rikollisuuden arviointi rikosoikeuden yleisten oppien kannalta. LM 1995 s. 950–985.

Nuotio 1998

Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Helsinki 1998.

Nuotio 2000

Nuotio, Kimmo: Tieto, tahto ja oikeudellinen vastuu – perustavien kysymysten äärellä. Oikeus 2000 s. 15–35.

Nuotio 2003a

Nuotio, Kimmo: I Rikosoikeus ja rikosoikeudellinen vastuu. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Majanen, Martti: Rikosoikeuden poluilla. Helsinki 2003 s. 9–113.

Nuotio 2003b

Nuotio, Kimmo: Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Teoksessa Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselä 1.1.2003 omistettu. Helsinki 2003 s. 243–269.

Nuotio 2004

Nuotio, Kimmo: Oikeusläähteet ja yleiset opit. LM 2004 s. 1267–1291.

Nuutila 1990

Nuutila, Ari-Matti: On the Principle of Guilt in Finnish Criminal Justice – Intentionality, Knowledge and Motivational Factors as Preconditions for Criminal Liability. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo (eds): Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law. Helsinki 1990 s. 101–157.

Nuutila 1991

Nuutila, Ari-Matti: Syyllisyydestä vastuullisuuteen? Syyllisyysteoreettinen tutkimus. Turku 1991.

Nuutila 1996

Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.

Nuutila 1997

Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997.

Nuutila 2000

Nuutila, Ari-Matti: The Special Part of the Corpus Juris in Solving Old and Creating New Problems in Combating EU-Fraud. Teoksessa Huber, Barbara (Hrsg.): Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999. Freiburg im Breisgau 2000 s. 177–194.

Nuutila/KKO 2003:53

Nuutila, Ari-Matti: KKO 2003:53. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2003/I. Helsinki 2003 s. 376–381.

OLJ 18/1978

Lausunnot rikosoikeuskomitean mietinnöistä. Tiivistelmä. OLJ 18/1978. Helsinki 1978.

OLJ 1/1989

Rikoslain kokonaisuudistus II. Rikoslakiprojektin ehdotus. Helsinki 1989.

OLJ 5/2000

Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Helsinki 2000.

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004). Om lov om straff (straffeloven).

Otto 2004

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. 7. neu bearbeitete Auflage. Berlin 2004.

Pajuja 1995

Pajuja, Jussi: Väkiältä ja mielentila. Oikeussosiologinen tutkimus syyntakeisuussäännöksistä ja mielentilatutkimuksista. Helsinki 1995.

Palmén 1978

Palmén, Harri: Laiminlyöntirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisessa. Helsinki 1978.

Pellonpää 2005

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. 4.p. Helsinki 2005.

Persson 1999–2000

Persson, Mikael: Klippanmålet och lagens ögon. JT 1999–2000 s. 88–98.

PeVL 31/2002

PeVL 31/2002 vp. Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Philipps 1973

Philipps, Lothar: Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko. ZStW 1973 s. 27–44.

Philipps 2001

Philipps, Lothar: An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen. Teoksessa Schünemann, Bernd – Achenbach, Hans – Bottke, Wilfried – Haffke, Bernhard – Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.): Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. Berlin 2001 s. 365–378.

Pihlajamäki 2004

Pihlajamäki, Antti: Tietojenkäsittelyrauhan rikosoikeudellinen suoja. Datarikoksia koskeva sääntely Suomen rikoslaissa. Helsinki 2004.

Platzgummer 1964

Platzgummer, Winfried: Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage. Wien 1964.

Popper 1979

Popper, Karl R.: Objective Knowledge. An Evolutionary Approach. Revised edition. Oxford 1979.

Prittwitz 1988

Prittwitz, Cornelius: Die Ansteckungsgefahr bei AIDS. Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken. Teil II. JA 1988 s. 486–502.

Prop. 2000/01:85

Regeringens proposition 2000/01:85. Förberedelse till brott m.m.

Prop. N:o 12

Hans Kejserliga Majestäts Nådiga Proposition till Finlands Ständer, beträffande allmänna grunden för en ny brottmålslag. (lantdagen 1863–1864)

Prop. N:o 16

Hans Kejserliga Majestäts Nådiga Proposition till Finlands Ständer, om antagande af en författning angående dråp, utan uppsåt att döda och annan misshandel å person. (landtdagen 1863–1864)

Prop. N:o 1

Hans Kejserliga Majestäts nådiga proposition till Finlands Ständer om antagande af: 1:o allmän strafflag för Storfurstendömet Finland, 2:o förordning om verkställighet af straff samt 3:o förordning om införande af strafflagen och hvad i afseende derå skall iakttagas. (landtdagen 1888)

Prosessioikeus 2003

Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2003. (viitattu myös kirjoittajaan)

Puppe 1991

Puppe, Ingeborg: Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. ZStW 1991 s. 1–42.

Puppe 1995

Puppe, Ingeborg: § 15. Teoksessa Neumann, Ufried – Schild, Wolfgang (Red.): Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil. Täydentyvä laitos. 2. Lieferung 31.1.1995. Baden-Baden.

Rantalainen 2004

Rantalainen, Hannu: Erehdysoppi. Teoksessa Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Helsinki 2004 s. 169–184.

Reed – Seago 2002

Reed, Alan – Seago, Peter: Criminal Law. Second edition. London 2002.

Renwall 1927

Renwall, Jarl L:son: Några marginalanteckningar till justitierådet Serlachii förslag till ny strafflag och dess allmänna del. DL 1927 s. 343–365.

Rikoslain kokonaisuudistus II/Tiivistelmä lausunnoista

Rikoslain kokonaisuudistus II. Rikoslakiprojektin ehdotus OJL 1/1989. Tiivistelmä ehdotuksen 21, 25 ja 34 lukuja koskevista lausunnoista. Tarja Pellinen. Oikeusministeriön lainvalmisteluosasto 16.2.1990. Täydentänyt Mikko Puumalainen.

Rikosoikeus 2002

Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus 2002. 2. p. Helsinki 2002. (Viitattu myös kirjoittajaan.)

Ross 1970

Ross, Alf: Hensigt er ikke forsæt. TfR 1970 s. 337–383.

Ross 1977a

Ross, Alf: Dolus eventualis i svensk ret. SvJT 1977 s. 673–702.

Ross 1977b

Ross, Alf: Replik om hensynsløshed og hensigt. UfR 1977 B s. 246–251.

Ross 1979

Ross, Alf: Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung. Baden-Baden 1979.

Roxin 1992

Roxin, Claus: Definitionen im Allgemeinen Teil – Vorläufige Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Allgemeinen Lehren. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo (eds): Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Helsinki 1992 s. 247–258.

Roxin 1997

Roxin, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. A. München 1997.

Rubin 2003

Rubin, G. R.: New Light on Steane's Case. Legal History 2003 s. 143–164.

Rudholm 1963

Rudholm, Sten: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten s. 139–140.

Salmiala 1941

Salmiala, Bruno A.: Rikoslain 20. luv 7 § 1 mom:n tulkintaa. DL 1941 s. 240–246.

Salovaara 1948

Salovaara, Niilo: Rikoksen yrityksestä. Erityisesti ns. keltotonta yritystä silmällä pitäen. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1948.

Samson 1988

Samson, Erich: Strafrecht I. 7. erweiterte Auflage. Frankfurt am Main 1988.

Schabas 1998

Schabas, William A.: General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III). European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1998 s. 400–428.

Schabas 2001

Schabas, William A.: An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge 2001.

Schlehofer 1996

Schlehofer, Horst: Vorsatz und Tatabweichung. Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB. Köln – Berlin – Bonn – München 1996.

Schlüchter 1983

Schlüchter, Ellen: Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. Tübingen 1983.

Schmidhäuser 1980

Schmidhäuser, Eberhard: Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventualis” und “bewußte Fahrlässigkeit”). JuS 1980 s. 241–252.

Schmidhäuser 1984

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch. 2. A. Tübingen 1984.

Schroeder 1994

Schroeder, Friedrich-Christian: § 16. Teoksessa Jähnke, Burkhard – Laufhütte, Heinrich Wilhelm – Odersky, Walter (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. 11. A. Erster Band. Einleitung: §§ 1 bis 31. §§ 15–18, 14. Lieferung 1994. Berlin 2003.

Schroth 1990

Schroth, Ulrich: Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des “dolus eventualis”. NStZ 1990 s. 324–326.

Schroth 1994

Schroth, Ulrich: Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale. Frankfurt am Main 1994.

Schroth 1998

Schroth, Ulrich: Vorsatz und Irrtum. München 1998.

Schröder 1949

Schröder, Horst: Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949. Mit Bibliographie. Berlin 1949 s. 207–248.

Schünemann 1985

Schünemann, Bernd: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre. GA 1985 s. 341–380.

Schünemann 1991

Schünemann, Bernd: Die Strafrechtlichen Probleme des AIDS-Komplexes. Teoksessa Busch, Max – Heckmann, Wolfgang – Marks, Erich (Hrsg.): HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe. Bonn 1991 s. 93–168.

Schünemann 1994

Schünemann, Bernd: Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht. Chengchi Law Review 1994 s. 259–299.

Schünemann 1999

Schünemann, Bernd: Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. Teoksessa Wei-

gend, Thomas – Küpper, Georg (Hrsg.): Festschrift für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin 1999 s. 363–378.

Schönke 1942

Schönke, Adolf: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. München 1942.

Serlachius 1897

Serlachius, Allan: Bristande lagkunskap och dess invärkan på straffbarheten enligt finsk rätt. Helsingfors 1897.

Serlachius 1919

Serlachius, Allan: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Ensimmäinen osa. Yleiset opit. 2. p. Helsinki 1919.

Serlachius 1920

Serlachius, Allan: Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. I yleinen osa. Helsinki 1920.

Serlachius 1921

Serlachius, Allan: Onko syytä rikoslaissa määritellä tahallisuutta ja tuottamusta. Festschrift för friherre R. A. Wrede. Helsingfors 1921 s. 201–212.

Serlachius 1924

Serlachius, Allan: Suomen rikosoikeuden oppikirja. Toinen osa. I puolisko. 2. p. Helsinki 1924.

Sieber 1998

Sieber, Ulrich: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht. Einführung zum Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU. Teoksessa Delmas-Marty, Mireille (Hrsg.): Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Köln 1998 s. 1–10.

Siltala 2004

Siltala, Raimo: Oikeudellinen tulkintateoria. Helsinki 2004.

Simester – Sullivan 2000

Simester, A. P. – Sullivan, G. R.: Criminal Law. Theory and Doctrine. Oxford 2000.

SK 2003

Matningsdal, Magnus – Bratholm, Anders (red.): Straffeloven med kommentarer. Første Del. 2. u. Oslo 2003. (viitattu myös kirjoittajaan)

Slettan – Øie 1997

Slettan, Svein – Øie, Toril Marie: Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett. Oslo 1997.

Smith 1998

Smith, J. C.: R. v. Woollin. Crim LR 1998 s. 890–892.

Smith – Hogan 2002

Smith, John – Hogan, Brian: Criminal Law. Tenth Edition. London 2002.

SOU 1923:9

Förslag till strafflag. Allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning jämte motiv. Angivna av strafflagskommissionen. Stockholm 1923.

SOU 1953:14

Förslag till brottsbalk. Avgivet av straffrättskommittén. Stockholm 1953.

SOU 1988:7

Frihet från ansvar. Om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet. Slutbetänkande av fängelsestraffkommittén. Stockholm 1988.

SOU 1996:185a

Straffansvarets gränser. Del I. Överväganden och förslag. Betänkande av straffansvarsutredningen. Malmö 1996.

SOU 1996:185b

Straffansvarets gränser. Del II. Bilagor. Betänkande av straffansvarsutredningen. Malmö 1996.

Spendel 1987

Spendel, Günter: Zum Begriff des Vorsatzes. Teoksessa Küper, Wilfried (Hrsg.): Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987. Berlin – New York 1987 s. 167–183.

Stephen 1877

Stephen, James Fitzjames: A digest of the criminal law. London 1877.

Strahl 1945

Strahl, Ivar: Svensk rättspraxis. Straffrätt 1939–1943. SvJT 1945 s. 32–61.

Strahl 1963

Strahl, Ivar: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten s. 144–145.

Strahl 1976

Strahl, Ivar: Allmän straffrätt i vad angår brotten. Lund 1976.

Strandbakken 2003

Strandbakken, Asbjørn: Norsk kronikk. NTfK 2003 s. 237–286.

Stratenwerth 1974

Stratenwerth, Günter: Unbewußte Finalität? Teoksessa Stratenwerth, Günter – Kaufmann, Armin – Geilen, Gerd – Hirsch, Hans Joachim – Schreiber, Hans-Ludwig – Jakobs, Günther – Loos, Fritz: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974. Berlin 1974 s. 289–305.

Stratenwerth 2000

Stratenwerth, Günter: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 4. A. Köln – Berlin – Bonn – München 2000.

Strömholm 1996

Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 5. u. Stockholm 1996.

Strömmerstedt 1987

Strömmerstedt, Monica: Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis. Stockholm 1987.

Ståhlberg 1964

Ståhlberg, Kaarlo L.: Petoksesta erityisesti pitäen silmällä erehdyksen aikaan saamista ja vireillä pitämistä sekä tavaran tai rahan tappiota. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1964.

Sund 1948

Sund, Harald: Dolus eventualis fra norsk rettspraksis. SvJT 1948 s. 65–67.

Tallgren 2001

Tallgren, Immi: A Study of the “International Criminal Justice System”. What Everybody Knows? Helsinki 2001.

Tapani 2001

Tapani, Jussi: Tietäen vai tahtoen – tahallisuudesta velallisen rikoksissa. Teoksessa Ahonen, Timo (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta. Turku 2001 s. 259–277.

Tapani 2004a

Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 2004.

Tapani 2004b

Tapani, Jussi: Rikosvastuun yleiset edellytykset. Teoksessa Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosvastuu ja sen toteuttaminen. Joensuu 2004 s. 1–99.

Tapani 2005

Tapani, Jussi: Mistä puhumme, kun puhumme olosuhdetahallisuudesta? Teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turku 2005 s. 283–301.

Thompson 2001

Thompson, Mel: Philosophy of Mind. London 2001.

Thornstedt 1956

Thornstedt, Hans: Om rättsvillfarelse. En straffrättslig undersökning. Stockholm 1956.

Thornstedt 1963

Thornstedt, Hans: NJM 1960. Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten s. 125–135.

Thyrén 1895

Thyrén, J. C. W.: Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie. II. Über Dolus und Culpa. Erster Teil. Über die Möglichkeit einer Grenze zwischen Dolus und bewusster Culpa. Lund 1895.

Thyrén 1914

Thyrén, J. C. W.: Principerna för en strafflagsreform. III. Brottsbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektsflerhet. Sammanfattning af de legislative resultaterna i delarne I–III. Lund 1914.

Thyrén 1916

Thyrén, J. C. W.: Förberedande utkast till strafflag. Kap I–XIII (allmänna delen). Lund 1916.

Thyrén 1922

Thyrén, Johan C. W.: Om det finska strafflagsförslaget. SvJT 1922 s. 333–339.

Tiedemann 2000

Tiedemann, Klaus: Der Allgemeine Teil des Corpus Juris (Art. 10–14). Teoksessa Huber, Barbara (Hrsg.): Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Europäisches Kolloquium Trier, 4.–6. März 1999. Freiburg im Breisgau 2000 s. 61–66.

Tiedemann 2002

Tiedemann, Klaus: Vorwort. Teoksessa Tiedemann, Klaus (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik – Rechtsvergleich – Rechtspolitik. Freiburg-Symposium. Köln 2002 s. IX–XV.

Toftgaard Nielsen 2004

Toftgaard Nielsen, Gorm: Strafferet I. Ansvar. København 2004.

Tolvanen/KKO 2000:113

Tolvanen, Matti: KKO 2000:113. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2000/II. Helsinki 2001 s. 277–280.

Tolvanen/KKO 2003:42

Tolvanen, Matti: KKO 2003:42. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2003/I. Helsinki 2003 s. 296–299.

Tolvanen/KKO 2004:120

Tolvanen, Matti: KKO 2004:120. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2004/II. Helsinki 2005 s. 363–366.

Tolvanen 2005

Tolvanen, Matti: Tosiseikat rikosprosessissa. Teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turku 2005 s. 303–325.

Torp 1905

Torp, Carl: Den danske strafferets almindelige del. København 1905.

Triffterer 1992

Triffterer, Otto: Einige Bemerkungen zu vorläufigen Vorschlägen der Arbeitsgruppe für die allgemeinen Lehren. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo (eds): Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Helsinki 1992 s. 259–268.

Träskman 1977

Straffrättsliga åtgärder vid brott med främmande inslag I. En granskning av den finska straffrättsens tillämpningsområde. Borgå 1977.

Träskman 1985

Träskman, Per-Ole: Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per Ole (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985 s. 56–75.

Träskman 1997

Träskman, Per-Ole: “Corpus juris” – ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättssfär? NTfK 1997 s. 262–277.

Träskman 2002–03

Träskman, Per Ole: Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller ... ? JT 2002–03 s. 616–626.

Tröndle – Fischer 1999

Tröndle, Herbert – Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 49. A. München 1999.

Tulenheimo 1923

Tulenheimo, Antti: Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. LM 1923 s. 208–224.

Tulenheimo 1926

Tulenheimo, Antti: Skuldomdömet i nutida straffrätt. Stockholm 1926 s. 1–32.

Tuori 2002

Tuori, Kaarlo: Yleiset opit – mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? Teoksessa Miettinen, Tarmo – Määttä, Tapio (toim.) : III Oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.2002, Savonlinna. Joensuu 2002 s. 1–15.

Tuovinen 1985

Tuovinen, Matti: Uppsåt och psykisk abnormitet. Teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per Ole (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985 s. 124–128.

Tupamäki 1999

Tupamäki, Matti: Valtion rikosoikeudellisen toimivallan ulottuvuus kansainvälisessä oikeudessa. Helsinki 1999.

Törnudd 1977

Törnudd, Patrik: Rikoslakiuudistus ja periaatemietintö. Oikeus 1977 s. 160–166.

U.B. – Prop. N:o 1

Strafflagsutskottets betänkande N:o 1 i anledning af Hans Kejsrerliga Majestäts Nådiga proposition till Finlands Ständer om antagande af 1:o allmän strafflag för Storfurstendömet Finland, 2:o förordning om verkställighet af straff samt 3:o förordning om införande af strafflagen och hvad i afseende derå skall iakttagas. (landtdagen 1888)

Ulväng 2005

Ulväng, Magnus: Likgiltighetsuppsåt. SvJT 2005 s. 1–17.

Utriainen 1980

Utriainen, Terttu: Objektiivinen rangaistusvastuu ja syyksiluettavuus. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV. Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu. Vammala 1980 s. 186–203.

Utriainen 1984

Utriainen, Terttu: Syyllisyys muuttavana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Vammala 1984.

Vikatmaa 1970

Vikatmaa, Juha: Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. Turku 1970.

Viljanen 1984

Viljanen, Pekka: Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosoimaisuudesta ja sen merkityksestä. Vammala 1984.

Vilkko-Riihelä 1999

Vilkko-Riihelä, Anneli: Psykye. Psykologian käsikirja. Porvoo 1999.

Virolainen – Pölönen 2003

Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Helsinki 2003.

Virtanen 2005

Virtanen, Jussi: Päihtyneen rangaistusvastuu. Teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turku 2005 s. 387–414.

Vogel 2000

Vogel, Joachim: Criminal Law General Part: Articles 9–17 Corpus Juris (draft of 1997). Teoksessa Delmas-Marty, M. – Vervaele, J. A. E. (eds.): The implementation of Corpus Juris in the Member States. Penal provisions for the protection of European Finances. Volume I. Antwerpen 2000 s. 249–304.

Vogel 2002

Vogel, Joachim: Voraussetzungen und Ausschluß der subjektiven Zurechnung – Vorsatz, Leichtfertigkeit, Fahrlässigkeit, Unrechtsbewußtsein, Irrtum. Teoksessa Tiedemann, Klaus (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik – Rechtsvergleich – Rechtspolitik. Freiburg-Symposium. Köln 2002 s. 125–146.

Vottonen 2004

Vottonen, Piia: Tahallisuus huumausainerikoksissa. Teoksessa Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Helsinki 2004 s. 154–168.

Vängby 1995

Vängby, Staffan: Kirja-arv. teoksesta Leijonhufvud, Madeleine: HIV-smitta – straff- och skadeståndsansvar. Stockholm 1993. SvJT 1995 s. 513–515.

Waaben 1973

Waaben, Knud: Det kriminelle forsæt. 2. oplag. København 1973.

Waaben 1975

Waaben, Knud: Almindelige ansvarsbegreber i strafferetten. UfR 1975 B s. 1–26.

Waaben 1982

Waaben, Knud: Nyere dome om dolus eventualis. Teoksessa Bratholm, Anders – Christie, Nils – Opsahl, Torkel (red.): Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen, 7. September 1982. Oslo 1982 s. 401–410.

Waaben 1997

Waaben, Knud: Strafferettens almindelige del. I. Ansvarslæren. 4. u. København 1997.

Wagner-Prenner 2000

Wagner-Prenner, Marianne: Syyntakeisuus ja mielentila. Rikosoikeudellinen ja empiirinen tutkimus syyntakeisuuden määrittymisestä. Helsinki 2000.

Weigend 1981

Weigend, Thomas: Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. ZStW 1981 s. 657–700.

Welzel 1969

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 11. A. Berlin 1969.

Welzel 1972

Welzel, Hans: Zur Dogmatik im Strafrecht. Teoksessa Schroeder, Friedrich-Christian – Zipf, Heinz (Hrsg.): Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag. Karlsruhe 1972 s. 3–8.

Wennberg 1985

Wennberg, Suzanne: Försök till brott. Stockholm 1985.

Wennberg 1994–95a

Wennberg, Suzanne: Om överföring av HIV-smitta. JT 1994–95 s. 728–731.

Wennberg 1994–95b

Wennberg, Suzanne: Efterlängtat HIV-dom. JT 1994–95 s. 1022–1026.

Wennberg 1995–96

Wennberg, Suzanne: Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser. JT 1995–96 s. 983–986.

Werle 2003

Werle, Gerhard: Völkerstrafrecht. Unter Mitarbeit von Florian Jeßberger, Wulf Burchards, Barbara Lüders, Stephan Meseke und Volker Nerlich. Tübingen 2003.

Wessels – Beulke 2000

Wessels, Johannes – Beulke, Werner: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 30. A. Heidelberg 2000.

Westin 1985

Westin, Håkan: Om bedömning av uppsåt hos psykiskt avvikande lagöverträdare. Teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per Ole (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985 s. 111–123.

Westin 1994

Westin, Håkan: En ansvarslös reglering av den galnes skuld. Teoksessa Berglund, Kerstin – Frände, Dan – Häggblom, Lenita – Sevón, Kjell (utg.): Skuldfrihet och Ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75 årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Helsingfors 1994 s. 215–225.

Westin 2002–03

Westin, Håkan: Sannolikt intet nytt. JT 2002–03 s. 626–632.

Wong 2004

Wong, Christoffer: Tahallisuuden topologia Thyrenistä Träskmaniin. JFT 2004 s. 534–543.

von Wright 1985

von Wright, Georg Henrik: Filosofisia tutkielmia. Suomentaneet Heikki Nyman, Tauno Nyberg ja Jyrki Uusitalo. Helsinki 1985.

Yleiset opit / Tiivistelmä lausunnoista

Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen. Tiivistelmä lausunnoista. Jussi Ohisalo. Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2002:7. Helsinki 2002.

Zielinski 1990

Zielinski, Diethart: §§ 15, 16. Teoksessa Seelmann, Kurt (Red.): Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. §§ 1–21. Neuwied 1990 s. 461–525.

Zila 2002–03

Zila, Josef: En välkommen dom. JT 2002–03 s. 632–639.

Zila 2003

Zila, Josef: Uppsåt till brott: den senaste utvecklingen i svensk doktrin och rättspraxis. Teoksessa Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Helsinki 2003 s. 335–348.

Åqvist 1985

Åqvist, Lennart: Uppsåtsbegreppets insiktsida: en analys i termer av sannolikhetsrangordningar över spelträd. Teoksessa Jareborg, Nils – Träskman, Per Ole (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Uppsala 1985 s. 76–98.

Lyhenteitä

A	Auflage
AC	Appeal Cases
All ER	All England Reports
AO	alioikeus
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BrB	brotsbalken
Cr App R	Criminal Appeal Reports
Crim LR	Criminal Law Review
DA	dolus Alexanderson
DeH	hypoteettinen tahtoteoria
DeF	positiivinen tahtoteoria
DL	Defensor Legis
ed	edition
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GU	gärningsuppsåt (Cavallin)
H	Højesteret
HD	Högsta domstolen
HE	hallituksen esitys Eduskunnalle
HM	Suomen hallitusmuoto (94/1919)
HovR	hovrätt
Innst. O.	Innstilling til Odelstinget
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JR	justitieråd
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
JuS	Juristische Schulung
KB	King's Bench
KKO	korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LM	Lakimies
LU	likgiltighetsuppsåt
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJM 1960	Förhandlingarna å det tjuogoandra nordiska juristmötet i Reykjavík den 11–13 augusti 1960. Utgivna av den isländska styrelsen. Köbenhavn 1963.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
nstrl	straffeloven (Norja)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab

LYHENTEET

OikN	oikeusneuvos
OK	oikeudenkäymiskaari (1734)
OLJ	oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
p	propositio, olio, seikka
p.	painos
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PKL	pakkokeinolaki (450/1987)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
QB	Queen's Bench
RG	Reichsgericht
RL	rikoslaki (39/1889)
Rt	Retstidende
RVA	asetus rikoslain voimaannapemisesta (39/1889)
RÅ	Riksåklagarämbetet
SOU	Statens offentliga utredningar
StGB	Strafgesetzbuch (Saksa)
strl	straffeloven (Tanska)
StPO	Strafprozeßordnung (Saksa)
StV	Strafverteidiger
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatteret
TR	tingsrätt
u	upplaga, udgave, utgave
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre landsret (Tanska)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WLR	Weekly Law Reports
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Ø	Østre landsret (Tanska)

I JOHDANTO

1 Tutkimusaiheesta

Tutkimuksen aiheena on rikosoikeudellinen tahallisuus, erityisesti sen alaraja. Rikosvastuu edellyttää tahallisuutta, ellei tuottamustakin ole säädetty rangaistavaksi (RL 3:5). Mikäli myös tuottamus on rangaistavaa, siihen liittyvä rikosoikeudellinen vastuu on yleensä tahallisuusvastuuta lievempää. Tapaturmasta ei rangaista. Tahallisuus muotoaa siis rangaistavuuden rajoja tai ainakin rangaistavuuden ankaruutta. Tahallisuudella on muitakin funktioita, esimerkiksi yritys-, yllytys- ja avunantovastuu on tahallisuusvastuuta, ja seuraamusjärjestelmässä rikoksen tahallisuus on eräissä kohdin otettu nimenomaisesti huomioon (ks. RL 2:10 ja 10:4). Tahallisuus kuuluu rikosoikeuden yleisiin oppeihin ja on yksi rikosoikeudellinen peruskäsite. Käsittelen tahallisuutta ennen kaikkea yleisten oppien kysymyksenä. Työni kuuluu lähinnä rikoslainopillisen perustutkimuksen alaan.

Tahallisuuskysymyksiä on tutkittu aiemminkin, erityisesti rikosoikeutemme perinteisesti ehkä eniten vaikuttaneessa saksalaisessa rikosoikeustieteessä. Pohjoismaissa (tässä työssä Norja, Ruotsi, Suomi ja Tanska) tahallisuudesta on kirjoitettu kaksi väitöskirjaa, tanskalaisen Knud Waabenin *Det kriminelle forsæt* (1957) ja ruotsalaisen Nils Jareborgin *Handling och uppsåt* (1969). Tahallisuus on keskeisesti tutkimuksen kohteena myös Samuel Cavallinin väitöskirjassa *Skuld* (1999). Monografiatasolla on ennen muuta mainittava Alf Rossin *Über den Vorsatz* (1979) ja Monica Strömmerstedtin *Med vett och vilja?* (1987). Myös erehdysoppia on käsitelty väitöskirja- ja monografiatasolla.

Suomessa ei ole kirjoitettu yhtään väitöskirjaa, joka koskisi nimenomaan tahallisuutta. Pekka Koposen tuoreessa väitöskirjassa *Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa* (2004) tahallisuuskysymykset ovat kuitenkin keskeisesti esillä. Asiallisesti lähellä liikkuvat Allan Serlachiuksen *Bristande lagkunskap och dess invärkan på straffbarheten enligt finsk rätt* vuodelta 1897, Juha Vikatmaan *Erehdyksestä* vuodelta 1970 ja Terttu Utraisen *Syylisyyys muuttuvana käsitteenä* (1984).¹ Myöskään monografioita ei tahallisuudesta ole julkaistu. Artikkeleita aiheesta luonnollisesti on.

Tahallisuuskysymysten ajankohtaisuuteen liittyy nyt vahvasti rikoslain kokonaisuudistus. Lainsäätäjä on meillä uskaltanut sääntelemään tahallisuutta jopa määritelmätasolla. Tämä sääntelytilanteen radikaali muuttuminen on luon-

¹ Tahallisuus on merkittävänä osateemana Asko Lehtosen veropetosta koskevassa väitöskirjassa (1986). Paavo Hiltusen työ *Syylisyyksikäsite rikoksen uusimisessa* (1951) tuli hylätyksi.

nollisesti omiaan vaikuttamaan tahallisuutta koskevaan tutkimukseen. Sääntely – vaikka siihen liittyy jopa tahallisuuden määrittelemistä – ei toisaalta suinkaan ratkaise kaikkia tahallisuuteen liittyviä ongelmia. Se jopa luo uusia tulkintakysymyksiä.

Tahallisuutta koskeva oikeus on ollut sangen aktiivisessa tilassa pohjoismaista myös Ruotsissa ja Norjassa. Ruotsissa *brottsbalken*in yleisten oppien säännöksiä on uudistettu osittaisuudistuksin. Myös tahallisuuden määrittelemisestä valmisteltiin virallisehdotus (SOU 1996:185), jota tosin ei hyväksytty. Norjassa on vastikään hyväksytty yleisten oppien uudistus, johon kuuluu myös tahallisuuden määritelmä. Tanskassa tällaisia uudistushankkeita ei nyt ole ollut.

Subjektiiivista syyksiluettavuutta koskevat kysymykset ovat olleet näkyvästi esillä myös ylikansallisessa rikosoikeudessa. Kehittymässä on eurooppalainen rikosoikeus. Sen näkökulmasta on ainakin periaatteessa merkittävää, omaksumaan mahdollisissa yhteisissä hankkeissa (mukaan lukien jopa rikoslaki tai mallirikoslaki) esimerkiksi mannermainen subjektiivisen syyksiluettavuuden kahtiajako tahallisuuteen ja tuottamukseen, anglosaksinen kolmijako *intention* – *recklessness* – *negligence* vai löydetäänkö kenties joitain aivan uusia ratkaisumalleja. Kansainvälisen rikostuomioistuimen (ICC) perussääntö sisältää säännöksiä subjektiivisesta syyksilukemisesta.

Edellä mainittiin, että rikosvastuu on lähtökohtaisesti tahallisuusvastuuta. Jos tuottamus on rangaistavaa, siihen suhtaudutaan yleensä lievemmin. Siviilioikeudessa asioita näkyy painotettavan osin toisella tavoin. Esimerkiksi vahingonkorvausoikeudessa lähtökohtana on tuottamusvastuu. Useissa siviilioikeudellisissa yhteyksissä merkittävää on, että henkilö ”tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää” jostain.² Rikosoikeudellisen vastuuopin näkökulmasta viimeksi mainittujen välillä on erittäinkin suuri ero edellisen viitatessa vahvaan tahallisuuteen ja jälkimmäisen edustaessa tuottamuksen subjektiivisen puolen lievempää astetta. Sekä rikos- että siviilioikeudellisissa yhteyksissä saatetaan vastuun hienosyisemmäksi jyvittämiseksi hyödyntää myös lisäkatgorioita kuten törkeää huolimattomuutta.

Työn pääteemana on tahallisuuden alin aste. Monet siihen liittyvät asiat ovat kuitenkin merkittäviä tahallisuuden kannalta yleisemminkin. Tahallisuuteen liit-

² Ks. esim. oikeustoimilain (228/1929) 3 luvussa 29, 30, 31.2 ja 32.1 §§ ja velkakirjalain (622/1947) 2 luvussa 14.1, 19.1 ja 20.1 §§; kyseessä on ns. perusteltu vilpittön mieli. Janne Kaisto on tutkinut perustellun vilpittömän mielen vaatimusta väitöskirjassaan Tiesi tai olisi pitänyt tietää (1997). Kvalifioimattomalla vilpittömällä mielellä saatetaan tarkoittaa samaa tai vain tiedon puuttimista. Ilmaisuja on toki muitakin, esimerkiksi maakaaren (540/1995) 13:3.1:n, 4.1–2:ien ja 10.1:n ”ei tiennyt eikä hänen pitänyt tietää”. Tässä ei voida arvioida ilmaisujen välisiä mahdollisia eroja. Viitattakoon vertailun vuoksi vielä tahallisuuskeskustelussa esiintyvään, jossain määrin ongelmalliseen nk. pakottavaan päättelyyn, jossa sellainen vastuuedellytys, että tekijä on tiennyt jostain, katsotaan esim. tuomiossa voitavan korvata ilmaisulla ”tekijän on täytynyt tietää”. Ks. myös Kaisto 1997 s. 268.

tyy kiinteästi sen kohde ja erehdysproblematiikka, minkä myös lainsäätäjämme ratkaisut tuovat vahvasti esiin. Myös tämä puoli on työssä mukana, joskin sen rooli on täydentävä ottaen huomioon myös sen, että Vikatmaa on tehnyt erehdysopista tutkimuksen.

Tahallisuuteen liittyy ainakin kuusi merkittävää yleistä näkökulmaa. Pelkkä relevantin seikan mahdolliseksi mieltäminen merkitsee tiedostettua tuottamusta. Tarvitaan jokin lisätekijä, jotta oltaisiin tahallisuudessa. Tämän lisätekijän etsintä on perinteisesti keskeinen tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetoa käyvien mallien taistelutanner. Voidaan symbolisesti puhua tahallisuuden korkeussuunnasta näkökulmasta, koska kyse on siitä, minkälainen lisä tarvitaan korottamaan pelkkä mahdolliseksi mieltäminen tahallisuudeksi. Toinen ulottuvuus koskee sitä, kuinka aktuaalista ja esillä mieltämisen tulee olla ollakseen tahallisuuden perustavaksi mieltämiseksi riittävää. Näkökulmaa voidaan kutsua syvyysulottuvuudeksi.

Kolmas merkittävä näkökulma liittyy siihen, mihin tahallisuuden tulee kohdistua. Karkea lähtökohta on, että subjektiivisen tulee peittää objektiivinen. Positiivinen oikeus voi täsmentää tätä lähtökohtaa mm. rikoksen rakenneoppia hyödyntäen ja selittää tahallisuuden kohteeksi vain tiettyihin elementteihin, kuten tunnusmerkistön mukaisuuteen, liittyvän objektiivisen aineksen. Myös neljäs ulottuvuus liittyy tahallisuuden kohteeseen. Kyse on siitä, minkälaiseen objektiiviseen ja kuinka pitkälle objektiiviseen tahallisuuden tulee ulottua; esim. vain ”raakoihin” luonnontieteellisiin olioihin vai lisäksi niiden erilaisiin merkityksiin? Kääntäen näkökulmat liittyvät tahallisuuden kannalta merkityksellisten ja siihen vaikuttamattomien erehdysten erottamiseen toisistaan.

Viides näkökulma on kiinnostunut siitä, onko olemassa yksi ainoa oikea tahallisuus – toisin sanoen, kannattaako tiettyyn tahallisuuskäsitykseen sitoutua tiukasti. Tahallisuuskannanotot on pitkälti esitetty henkirikosten kontekstissa niin oikeuskäytännössä kuin oikeustieteessäkin. Voidaanko päätellä, että se, mikä on tahallisuutta tapossa, on sitä myös muissa rikoksissa, esimerkiksi komplisoidussa veropetoksessa tai vaikkapa kunnianloukkauksessa? Tätä voidaan kutsua heikon induktion ongelmaksi. Esimerkiksi usean rajanvetokriteerin käyttäminen, vaadittavan todennäköisyyden asteen vaihtelevuuden rikostyyppittäin todennäköisyydestä tahallisuudessa ja rajanvetomallien katsominen työhypoteeseiksi, joita saadaan tarpeen vaatiessa muokata, ovat tuttuja teemoja pohjoismaisissa(kin) tahallisuuskeskustelussa. Ne saattavat viitata siihen, ettei yhtä ainoaa oikeaa tahallisuutta ole tai sellaista ei ainakaan toistaiseksi ole löydetty. Vastaavasti lainsäätäjän kannalta keskeistä on, onko tahallisuus sillä tavoin monimuotoinen, että sen määrittelemisessä jouduttaisiin turvautumaan korkeahkoon abstraktiotasoon, jolloin sääntelyn konkreettinen ohjausvaikutus voisi jäädä vähäiseksi. Suomalainen lainsäätävä rohkeni ulottaa HE 44/2002:n sille yleisenä tarjoaman tahallisuuden määritelmän vain seurauksiin, ei ”rikostyyppittäin vaihtelevaan” olosuhde-

tahallisuuteen, ja erityisesti pelättiin ehdotetun tahallisuusmääritelmän vaikutuksia talousrikosten olosuhdetahallisuuteen³.

Kuudenneksi kysymys on asian prosessuaalisesta puolesta, erityisesti näytöstä. Tahallisuusvastuun todellinen ala ei käy ilmi yksin tahallisuudelle asetettavista aineellisista kriteereistä, vaan myös siitä, minkälaiset säännöt koskevat aineellisten kriteerien todentamista. Kenellä on todistustaakka, mitkä ovat näyttökeinot ja kuinka korkea näyttökynnys on?

Tahallisuusvastuun reaalinen ala muodostuu kaikkien ulottuvuuksien yhteisvaikutuksesta, ei esimerkiksi pelkästään korkeussuunnasta. Jokaisen ulottuvuuden ”säättäminen” vaikuttaa tahallisuusvastuuseen. Lainsäätäjä ei yleisten oppien uudistuksessa kenties puuttunut kaikkiin ulottuvuuksiin ylipäätään tai ainakaan samassa määrin.

Mainitut ulottuvuudet tai näkökulmat ovat tässä työssä merkittäviä, joskaan kaikkia ei käsitellä yhtä laajasti eivätkä ne määrää työn rakennetta ja asioiden käsittelyjärjestystä. Työn yleispiirteinen rakenne esitellään tämän luvun alajaksoissa 3.

³ Ks. *LaVM* 28/2002 s. 9–10.

2 Tutkimuksen tavoitteista ja metodista

Tavoitteena on selvittää tahallisuuden, erityisesti sen alimman asteen sisältöä voimassa olevassa oikeudessa. Tapahtunut oikeustilan muutos on keskeisessä asemassa. Uusi oikeus rakentuu kuitenkin vanhan päälle, joten tehtävänä on yrittää selvittää, miltä osin vanha oikeustila jatkuu ja mikä muuttuu. Työssä arvioidaan tahallisuutta jossain määrin myös eurooppalaisen ja kansainvälisen rikos-oikeuden näkökulmasta.

Kyseessä on lähinnä rikoslainopillinen työ. Metodina on lähtökohtaisesti tavanomainen rikoslainopillinen metodi. Pyrin hyödyntämään oikeuslähdeoppia ja yleisiä argumentaatioääntöjä. Oikeudellisina työvälineinä ovat olleet oikeuslähteet kotimaasta ja meille relevanteilta alueilta. Säädösten lisäksi olen hyödyntänyt mm. erilaisia esitöitä. Rikosoikeuden yleisten oppien tutkimuksessa merkittävä rooli on oikeustieteellisellä kirjallisuudella. Tahallisuutta koskevan tutkimuksen tilaa on lyhyesti valotettu edellä. Etenkin saksalaista oikeustieteellistä tutkimusta on tarjolla runsaasti.

Oikeuskäytäntö on työssä merkittävässä asemassa. Tahallisuutta koskeva oikeuskäytäntö painottuu niin Suomessa kuin usein muuallakin henkirikosratkaisuihin. Henkirikokset ovat meillä se rikostyyppi, jonka yhteydessä voidaan luontevasti puhua jopa tahallisuutta koskevista ratkaisulinjoista. Olisi hyvä yrittää verrata henkirikostahallisuutta tahallisuuteen jonkin tai joidenkin toisten rikostyyppien yhteydessä. Etenkin usean prejudikaatin linjoja on kuitenkin vaikea löytää muista rikoksista. Erityisiä rikostyyppejä koskevien tahallisuusratkaisujen tarkastelu esimerkiksi hovioikeuskäytännössä jää muiden tehtäväksi.⁴

Tahallisuuskysymysten tutkija voi yrittää lähestyä aihettaan muullakin tavoin kuin (pelkästään) rikoslainopillisesti. Tahallisuus on subjektiivinen ja sisäinen asia, joten voi olla paikallaan yrittää hyödyntää työssä mm. ihmismieltä koskevia tieteitä kuten mielenfilosofiaa tai psykologiaa. Näin on tehtykin⁵. Olen uskaltautunut vähäisessä määrin myös tälle vieraalle alueelle.

⁴ Oikeuskäytännön tutkimisessa merkittävää ei luonnollisesti ole yksin se, mistä rikostyypeistä ratkaisuihin on kyse. Tarkastelu voi tapahtua eri tuomioistuintaso(i)lla ja sen kohteena voivat olla erilaiset asiat, kuten se, päädytäänkö tahallisuuteen tietyissä tyyppitilanteissa, perustelut, oikeustieteellisillä tahallisuusmalleilla operointi jne. – Koposen väitöskirjassa on arvioitu talousrikosten tahallisuutta KKO- ja HO-tasoilla. Cavallin tutki väitöskirjassaan väkivaltarikosten tahallisuutta alioikeuksien ratkaisuihin.

⁵ Esimerkiksi psykologista tietämystä on hyödynnetty tahallisuuden syvyysulottuvuutta koskevissa tutkimuksissa (mm. Platzgummer 1964).

3 Työn yleispiirteinen rakenne

Työn II luvussa esitellään tutkimuksen viitekehys. Siinä käsitellään ensin lyhyesti laillisuusperiaatetta ja sen merkitystä tahallisuuden kannalta. Toisekseen käsitellään rikoksen rakenneoppia. Kyse on rikoksen rakenteen kehityksestä. Tahallisuuden kannalta ainakin teoreettisesti merkittävä erityisaihe on tahallisuuden sijoittuminen tuossa rakenteessa. Viitekehysten kannalta merkittävää on tarkastella tahallisuuden käsitettä myös yleiskielen ja sosiaalisen elämän näkökulmasta. Tahallisuutta kutsutaan usein etenkin arkikielessä jonkin tekemiseksi tietien tahtoen.

Rikosoikeudellisen tahallisuuskeskustelun perusaineiksia ovat tietäminen (mieltäminen) ja tahtominen. Puhutaan kognitiivisesta ja volitiivisesta elementistä tai puolesta. Etenkin tiedollinen puoli on siinä mielessä keskeinen, että se kuuluu kaikkiin tahallisuuden asteisiin. Tarkastelenkin tietämistä ja mieltämistä, ja pyrin rikoslainopillisen näkökulman lisäksi hyödyntämään jossain määrin myös mieltä koskevaa muuta tutkimusta. Muiden tieteenalojen antia voidaan rikoslainopillisesti käyttää mm. tahallisuuden syvyysulottuvuutta käsitellessä. Luvun II viimeinen jakso koskee tahallisuuden toteen näyttämistä. Olennaista on, voidaanko tahallisuus näyttää toteen rikosprosessuaalisin keinoin rikosprosessissa edellytettävän korkean näyttökynnyksen mukaisesti.

Luvussa III on kyse tahallisuudesta Suomen oikeudessa. Tarkastelu lähtee vuoden 1889 rikoslain valmistelusta. Tahallisuuden sisällön kannalta oikeustiede oli aluksi korostetussa asemassa. Rikosoikeuskomitean mietintö vuodelta 1976 oli merkittävä virstanpylväs sekä aloitetun rikoslain kokonaisuudistuksen periaatteiden luotaajana että aineellisesti voimassa olleen oikeuden kehittäjänä. 1970-luvun lopulla oikeuskäytäntö muodostui merkittäväksi tahallisuuskysymyksissä. Rikoslain kokonaisuudistus johti myös tahallisuuden sääntelyyn rikoslaissa.

Neljännessä luvussa on kyse tahallisuuden arvioinnista eräissä muissa maissa. Merkittävänä olen tässä pitänyt ensinnäkin pohjoismaista Ruotsia, Tanskaa ja Norjaa. Lisäksi mukana on Saksa. Näiden rikosoikeutemme kannalta perinteisesti keskeisten maiden ohella tarkastelen subjektiivista syyksilukemista Englannin oikeudessa. Se on merkittävä paitsi mannermaisen oikeuden vastapoolina, myös mm. eurooppalaisessa rikosoikeudessa mahdollisesti omaksuttavien ratkaisujen näkökulmasta. Tarkastelu keskittyy subjektiivista syyksilukemista koskevan sisältönormin yleiseen kehitykseen ja oikeuskäytäntöön. Keskeisessä asemassa siinä ovat henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset.

Luvun viimeisessä jaksossa tahallisuusoppia käsitellään eurooppalaisesta ja kansainvälisestä näkökulmasta. EU-rikosoikeuden piirissä tahallisuuskysymykset nousivat esiin mm. eurooppalaisen pienen rikoslakihankkeen Corpus juriksen yhteydessä. Eurooppalaisen rikosoikeuden yhdentymiskehityksessä voidaan myös tulla törmäämään merkittäviin subjektiivisia vastuuperiaatteita koskeviin kysymyksiin, mihin edellä jo viitattiin.

Subjektiivisen syyksilukemisen kysymykset ovat luonnollisesti esillä myös kansainvälisen rikosoikeuden alueella. Vaikka esimerkiksi kansainvälisissä sopimuksissa pääpaino on ollut erityisen osan puolella, kriminalisointivelvoitteissa, on rangaistavan alaa määrittävät yleisen osan kysymyksetkin otettava huomioon. Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännössä on melko laaja yleisten oppien osa, jossa on myös vaadittavan syyksiluettavuuden asteen määritelmä (artikla 30, ks. myös artikla 32). Näin kansainvälisessä yhteydessä on uskaltauduttu siihen, minkä useat kansalliset lainsäätäjät ovat pitkään jättäneet oikeustieteen ja -käytännön ratkaistavaksi. Tällaisella eräänlaisen kansainvälisen konsensuksen saavuttaneella ”universaalilla” subjektiivisen syyksilukemisen kriteerillä voi olla merkitystä kansallisten rikosoikeuksien kehityksen kannalta.

Luku V koskee tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetoa. Seurauksiin nähden tahallisuuden asteiksi on perinteisesti luonnehdittu tarkoitustahallisuus (dolus determinatus), varmuustahallisuus (dolus directus) ja tahallisuuden alin aste.⁶ Tämä on tunnetusti samalla tahallisuuden asteiden perinteinen ”törkeysjärjestys”, joskaan nimenomaisia perusteluja esimerkiksi sille, miksi juuri tarkoitustahallisuuden täytyisi olla tahallisuuden ylin aste, ei useinkaan esitetä. Varmuustahallisuus ja tahallisuuden alin aste ovat myös olosuhdetahallisuuden lajeja. Rikosoikeudellista tahallisuutta koskevan tutkimuksen painopistealue on liittynyt tahallisuuden ylimmän asteen sijaan tahallisuuden alimpaan asteeseen. Tahallisuuden alaraja on edellä todetuin tavoin erittäin tärkeä kysymys samalla kun sen oikea sisältö on rikoslainopissa jatkuvan kiistelyn kohteena. Tahallisuuden alimman asteen määrittely kuuluu rikosoikeuden ”ikuisuuskysymyksiin”. Toiset ovatkin sitä mieltä, että oikeustiede on asiassa sanottavansa sanonut. Vaikka lopullisiin ja tyydyttäviin ratkaisuihin ei ehkä ole päästy, on tehtävä ken-

⁶ Terminologia vaihtelee eräiltä osin. Tarkoitustahallisuutta (dolus determinatus) kutsutaan muualla usein (ensimmäisen asteen) dolus directukseksi. Suomalaisittain dolus directusta voidaan vain varauksin kutsua varmuustahallisuudeksi, sillä dolus directuksella on tarkoitettu myös mm. tilanteita, joissa tekijä mieltää seurauksen tavoitteeseensa välttämättä liittyväksi sivuseuraukseksi, mutta mainitun tavoitteen toteutumisen ei tarvitse olla hänen käsityksensä mukaan varmaa. Tällaisia tilanteita voidaan *Rikosoikeus 2002/Koskisen s. 110* ja *Lappi-Seppälän 2003 s. 783–784* tavoin kutsua ehdollisen varmuustahallisuuden tilanteiksi. Dolus eventualista käytetään toisinaan tahallisuuden alimman asteen nimityksenä yleensä, toisinaan sillä tarkoitetaan vain (meillä positiivista) tahtoteoriaa.

ties annettava lainsäätäjälle, joka ratkaisee tämän Gordionin solmun kynänsä sivalluksella – vai ratkaiseeko?

Luvussa tarkastellaan ensin perinteisten tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetomallien välistä argumentaatiota. Esille otetaan myös muita rajanvetoehdotuksia. Vaihtoehtona perinteiselle tahallisuus–tuottamus-jaolle on ainakin englantilaistyyppinen kolmijako.

Tahallisuus on tai ei ole käsillä suhteessa johonkin. Luku VI koskee tahallisuuden kohdetta. Subjektivisen tulee vastata objektiivista; tahallisuuden tulee kattaa rikosoikeudellisen vastuun kannalta merkittävät objektiiviset seikat. Voidaan puhua peittämisperiaatteesta tai tahallisuuskatteesta. Tahallisuuden kohdetta koskeva keskustelu sisältää monia asiakokonaisuuksia. Yksi periaatteellisesti keskeinen kysymys on se, tuleeko tahallisuusvaatimuksen jollain tavoin koskea myös menettelyn oikeudenvastaisuutta tai kiellettyä luonnetta. Tähän ongelmaan liittyvät puolestaan mm. erehdysopit.

II

TUTKIMUKSEN VIITEKEHYS

1 Laillisuusperiaatteesta

1.1 JOHDANTO

Laillisuusperiaatteen mukaan ”ei rikosta eikä rangaistusta ilman lakia” (nullum crimen, nulla poena sine lege). Laillisuusperiaate kuuluu rikosoikeuden johtaviin periaatteisiin. Sen taustalla ovat oikeusturvan ja ennustettavuuden arvot. Tämä johtaa siihen, että rikosoikeudessa oikeuslähdeoppi ja tulkintaoppi eivät ole samanlaisia kuin esimerkiksi siviilioikeuden puolella. Periaatteen mukaan tuomioistuini ei saa mennä lain sanamuodon ulkopuolelle katsoessaan jonkun syyllistyneen johonkin rikokseen. Valta määritellä rangaistavan menettelyn ala on eduskunnalla.

Normipohjan näkökulmasta legaliteettiperiaatteen lähihistoria Suomessa näyttää jakaantuvan neljään vaiheeseen. Vuoden 1889 rikoslakiin asiasta ei otettu säännöstä. Legaliteettia pidettiin kenties ilman muuta selvänä lähtökohtana rikosoikeudessa. Ajallista ulottuvuutta koskenut RVA 3 § muodosti ainakin yhden normatiivisen kiinnkohdan periaatteelle. Toisessa vaiheessa laillisuusperiaatetta koskeva normipohja vankistui ihmisoikeusnormien, keskeisimmin YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen myötä. Seuraava merkkipaalu oli rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta koskevan normin ottaminen Hallitusmuotoon (HM 6a §) ja sittemmin uuteen perustuslakiin (PL 8 §). Uutta vaihetta merkitsi vielä se, että periaatteesta otettiin yleisten oppien uudistuksessa säännös myös rikoslakiin (RL 3:1).¹

Legaliteettiperiaate määrää siis, että tuomioistuin ei saa ylittää lain sanamuotoa katsoessaan jonkun syylliseksi rikokseen (sanarajasääntö). Sanarajan sisäpuolelle jää joukko vaihtoehtoja, joista tulkinnan avulla valitaan jokin. Rikosoikeudellinen tulkinta tapahtuu siten sanarajan sisällä, kun taas sanarajan ylittäminen on ainakin syytetyn vahingoksi eli rangaistavuutta laajentavaan suuntaan kiellettyä. Näin on riippumatta siitä, kuinka hyviä syitä sanarajan ylittämisen puolesta ehkä voidaan tarjota: esimerkiksi kriminaalipoliittiset syyt, rankaisemisen tarpeellisuus tai selvä esityölausuma, vaikka sen voitaisiin katsoa ilmentävän lainsäätäjän tahtoa, eivät oikeuta sanarajan ylittämiseen, vaan ainoastaan valitse-

¹ Ks. esim. *Frände 1989* ja *2004* s. 31–34.

maan niiden kanssa parhaiten sopusoinnussa olevan tulkintavaihtoehdon sanarajan sisältä.²

Ydinkysymykseksi muodostuukin, missä sanaraja kulkee. Kysymys on lain-säättäjän käyttämän työvälineen, kielen, suhteesta tuomioistuimessa arvioitavana olevaan käyttäytymiseen.³

Sanarajan löytäminen voi tuntua epärealistiselta tehtävältä. Yksiselitteisiä luonnollisia merkityksiä ei useinkaan ole, ilmaisuilla on yleensä jokin huomioon otettava konteksti, ilmaisujen abstraktisuuden ja tulkinnanvaraisuuden aste voi vaihdella suuresti, eikä kieliyhteisö ole homogeeninen. Rikoslainsäättäjä hyödyntää lisäksi synteettistä tunnusmerkistöjen kirjoitustapaa. Tulkinnassa onkin kyse merkityksen antamisesta.⁴

Toisaalta, jos kohtuullisia sanarajoja ei olisi, kielellinen kommunikaatio olisi melko mahdotonta. Rikosoikeuden pelotus- ja integraatiopreventiiviset tavoitteet eivät oikein voisi toteutua ainakaan kriminalisointien välityksellä. Voisi olla vaikea ylipäättään puhua lain rikkomisesta ja moittia sellaisesta. Tulkinnanvaraisuutta ja kieliyhteisöä koskeviin näkökohtiin voidaan vaikuttaa mm. sanarajasääntöä täsmentämällä.⁵

² Koskinen 2001 s. 25 toteaa: ”Tulkinnan piiriin kuuluvat tapaukset, joissa säännöksen soveltaminen pysyy sen kielellisen ilmaisun mahdollisen merkityssisällön rajoissa” (kurs. PK). Roxin 1997 s. 106 sanoo sattuvasti: ”Eine richtige Auslegung muß also immer von Wortlaut und Zweck des Gesetzes gleichermaßen gedeckt sein. Es genügt nicht, wenn nur eines von beiden Kriterien erfüllt ist.” Ks. myös esim. Leijonhufvud – Wennberg 2005 s. 23: ”Det spelar ingen roll om man kan hämta stöd för en tillämpning i strid mot ordalydelsen i stadgandets lagförarbeten, i den s.k. doktrinen eller rent av i en internationell konvention eller ett EG-direktiv.”

³ Jokin aika sitten KKO:n arvioitavana oli se, edellyttääkö yleisvaaran tuottamisen (RL 34:7) tunnusmerkistöön sisältyvä ”tulipalo” liekkejä, vai saattoiko etenevä kyteminen(kin) toteuttaa tunnusmerkin (KKO 2003:83).

⁴ Ks. tulkinnasta ja sen ongelmista mm. Lahti 1974 s. 29–37.

⁵ Ks. lähemmin esim. Roxin 1997 s. 110–112. Backmanin 1992 s. 366 mukaan tulkinta ja analogia voidaan periaatteellisella tasolla erottaa toisistaan, vaikka erottelu voi käytännössä olla vaikeaa ja häilyvää. Tulkintaa on semanttinen vastaavuus, joka pysyy normin kielellisen ilmaisun ydinalueella tai epävarmuusalueella. Analogiapäätelyä taas on normin kielellisen ilmaisun ulottaminen arvoperusteisen vastaavuuden perusteella normin kielellisen ilmaisun kannalta sääntelemättömälle alueelle. Tällöin voidaan viitata Makkosen jaotteluun: isomorfiaa on kyse, kun tapauksen tosiseikkojen ja oikeusnormilauseessa kuvattujen tosiseikkojen välillä vallitsee kuvasuhde; tulkintatilanne on käsillä, kun säännöstekstin merkityssisältö on epäselvä ja tulkinnanvarainen, eikä tosiseikkojen sopiminen merkityssisältöön ole riidatonta; sääntelemättömässä tilanteessa jutun tosiseikat eivät kuulu minkään oikeusnormilauseen merkityssisältöön. Käytännössä ratkaisutilanteet eivät ole näin selväpiirteisiä, vaan rajat ovat liukuvia. Lainanalogia on säännöksen soveltamista tapaukseen sääntelemättömässä tilanteessa. Ks. Makkonen 1981 esim. s. 95–97 ja 153–160. – Backman 2003 s. 27 käyttää perinteisten lainanalogia ja oikeusanalogia -nimitysten asemesta mieluummin termejä yksittäissäännösanalogia ja monisäännösanalogia. Ks. myös Jescheck – Weigend 1996 s. 159.

PL 8 §:n ensimmäisen virkkeen mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole ”laissa säädetty” rangaistavaksi. RL 3:1.1:n mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on ”laissa nimenomaan säädetty” rangaistavaksi. Toisen momentin mukaan rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on ”perustuttava lakiin”. Pidän RL 3:1:n muotoilua epäonnistuneena, sillä 1 momentti asettaa sanamuotonsa mukaan tiukemmat, 2 momentti taas prima facie löyhemmät vaatimukset kuin PL 8 §. Vaikutelma 1 momentin tiukkuudesta tosin häviää luettaessa asiaa koskevia perusteluja (HE 44/2002 s. 34):

Yhtenä lähtökohtana voidaan pitää termien yleiskielistä merkitystä. Usein laissa joudutaan myös käyttämään käsitteitä, joiden sisältöä on tarkennettu antamalla niille juridis-tekninen sisältö (mitä tarkoitetaan ”irtaimella omaisuudella” taikka ”asiakirjalla”). Lain soveltaminen, joka perustuu termeille annettuun normaalikielen mukaiseen merkitykseen, on sallittua tulkintaa. Myös lain soveltaminen, joka perustuu termeille oikeustieteessä, lakien esitöissä taikka mieluummin itse laissa vahvistettuun juridis-tekniseen merkitysisältöön, on sallittua tulkintaa.

Rikoslain säännösten soveltamisen ennakoitavuus on sidoksissa ensinnäkin säännösten yleiskielen mukaiseen merkitykseen. Tämän ohella laki sisältää väistämättä myös käsitteitä, joissa riittävän tarkkuuden saavuttamiseksi joudutaan turvautumaan säännöksille annettavaan erityiseen juridis-tekniseen merkitykseen (esimerkiksi tahallisuus, tuottamus, moottoriajoneuvo, ampu-ma-ase). Vaatimus siitä, että teko on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi, tarkoittaa, että tuomioistuim ei saa poiketa lakitekstin yleiskielen mukaisesta tai juridis-teknisestä merkityksestä päättäessään, että konkreettinen teko kuuluu säännöksen soveltamispiiriin.

Sitaatit puhuvat yhtäältä termin yleiskielisestä, toisaalta sen juridis-teknisestä merkityksestä tai sisällöstä. Termin juridis-tekninen merkitysisältö voisi olla ”vahvistettu” oikeustieteessä tai lakien esitöissä, ”mieluummin” kuitenkin itse laissa. Kun syyksilukevaan tulkintatulokseen saataisiin päästä paitsi yleiskielisen, myös juridis-teknisen merkityksen avulla, jonka sanotaan voivan tulla ”vahvistetuksi” muualla kuin laissa ja joka nähtävästi saisi olla laajempi kuin ilmaisen yleiskielinen merkitys, on selvää, että tarvittaisiin tunnistamisnormi tai metasääntö ilmentämään sitä, missä tilanteissa juridis-teknisellä merkityksellä saada operoida. Tällaista kriteeriä ei valitettavasti anneta. Tunnistamisnormin tarpeellisuus ei ole ainoastaan periaatteessa ilmeinen, vaan asialla on myös selvää käytännön merkitystä. Tuomioistuimilla ei välttämättä ole aikaa oikeuslähteiden kriittiseen syväanalyysiin, vaan esitöiden ja harvojen oikeustieteellisten

standardiesitysten lausumat saatetaan kokea riittäviksi. Oikeusturva on silloin näiden laadun varassa.⁶

1.2 SANARAJAN LUONNEHDINTAA

Tässä lähdetään siitä, että yleiskielistä merkitystä ulommas ulottuvan juridis-tekni- sen merkityksen hyödyntäminen on sallittua vain silloin, kun ilmaisun juri- dis-tekni- nen luonne voidaan tunnistaa lakitekstistä.⁷

Kyse on mm. yleiskielen ja erityiskielen välisestä suhteesta. Juridis-tekni- nen kieli on tässä erityiskieli. Yleiskielelle on ominaista sen sisällön määräytyminen käyttämisen kautta. Erityiskielelle tyypillistä puolestaan on stipulaatio, sopimi- nen siitä, että tietty termi tarkoittaa tiettyä asiaa. Esimerkiksi tahallisuuden yleis- kieliseksi merkitykseksi selitetään usein jonkin tekeminen ”tieten tahtoen”, kun taas juridiikassa myös esimerkiksi positiivisen tahtoteorian ja todennäköisyysta- hallisuuden tarkoittamat tilanteet ovat voineet käydä tahallisuudesta. Ainakin ensimmäiset erityiskielen stipulaatiot on ilmeisesti tehtävä yleiskielessä, ja niitä hyödyntäen voidaan sitten tuottaa uusia erityismerkityksiä.⁸

⁶ Ks. myös *Lehtimaja* 1995 s. 991 av. 15. – Toisinaan lain sanamuotoa muutetaan samalla kun esitöissä selitetään, että sanamuodon muuttamisella ei ole tarkoitus muuttaa oikeustilaa. Esim. murhan eräs kvalifointiperuste oli vuoteen 1995 ”vakaasta harkinnasta”, nyt ”vakaasti harkiten”, minkä muutoksen kerrotaan olevan ”kielellinen”; *HE 94/1993* s. 93. Yleisiä oppeja koskevan *HE 44/2002* s. 1 kerrotaan se, mitä HE muuallakin korostaa, eli että ”[s]iltä osin kuin ehdotetut sään- nöket ovat kokonaan uusia, ne perustuvat oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa vakiintu- neisiin periaatteisiin”. – *HE 44/2002* lähetettiin lausuntoa varten perustuslakivaliokuntaan, ja *RL 3:1* kuului niihin melko harvoin pykäläehdotuksiin, joita lausunnossa tarkasteltiin yksityiskoh- taisemmin. *RL 3:1:n* katsottiin asialliselta sisällöltään vastaavan *PL 8 §:ää*; ks. *PeVL 31/2002*.

⁷ Jos tällaista minimivaatimusta ei aseteta, ei se, mikä on rangaistavaa, käy legaliteettiperiaatteen edellyttämin tavoin ilmi laista. – *Fränden* 2001 s. 67 mukaan juridis-tekni- sen merkityksen hyö- dyntämiseen ei ole estettä ”under förutsättning att det är fråga om ett fast etablerat tekniskt språk- bruk”. Näkemys on samansuuntainen kuin omani, jos ”fast etablerat” merkitsee myös tunnistetta- vuutta kansalaisten näkökulmasta, kun taas pelkkä juristien yhtenäinen kielenkäyttö ei sellaisenaan mielestäni oikeuta yleiskielisen sanarajan ylittämiseen. *Backman* 2003 s. 25 luonnehtii analogia- kieltoa toteamalla, että toteutettaessa rikosoikeudellista vastuuta lain säännöksiä saadaan soveltaa vain niihin tapauksiin, joihin ”säännösten sanamuoto yleiskielen ilmaisuina tai yleisesti hyväksyt- tävinä oikeudellisina ilmaisuina ulottuu”. *Nuutilan* 1997 s. 56–60 mukaan tuomioistu- in ei saa poiketa lakitekstin yleiskielen mukaisesta tai juridis-tekni- sestä merkityksestä. Nähdäkseni hän ei lähemmin käsittele sitä, onko yleiskielen ulkopuolelle menevän juridis-tekni- sen merkityksen hyö- dyntäminen aina sallittua vai liittyykö siihen joitain edellytyksiä. – En käsittele lähemmin kysy- mystä, miten tuo juridis-tekni- nen merkitys määräytyy, sen jälkeen kun tiedetään, milloin sellaisella saadaan yleiskielinen merkitys ylittään operoida.

⁸ Esimerkin voinee tarjota *RL 33:6:n* määritelmäsäännös. Sen 1 momentissa määritellään ”todis- tuskappale”, jota sitten hyödynnetään 2 ja 3 momenteissa määriteltäessä, milloin todistuskappale on väärä ja väärennety. – En yritä arvioida esimerkiksi kielen kuvateorian ja myöhemmän analyyt-

Rikoslaki ilmentää korrektilla tavalla juridis-teknisen kielen käyttöä mm. hyödyntäessään määritelmiä. Niillä operoimalla lainsäätäjä toteuttaa legaliteetti-periaatteen tausta-ajatuksia. Eri määritelmien taustalla ovat voineet vaikuttaa osin eri syyt. Kun ei voida lähteä siitä, että lakiin otetut määritelmät olisivat tarpeettomia, niiden on luontevaa katsoa muotoavan sitä merkitystä, joka rangais-tavuuden rajoihin vaikuttavilla asianomaisilla säännöksillä muuten olisi. Tämä muotoaminen voi tapahtua rajoittavaan (ks. esim. ”avustuksen” määritelmää RL 29:9:ssä ja ”rahan” määritelmää RL 37:12:ssä) tai laajentavaan suuntaan (esim. ”sukupuoliyhteys” RL 20:10.1:ssä ja ”juna” RL 23:12:ssä) ja/tai sen tarkoitukse-na voi olla ennen kaikkea juuri jonkin juridis-teknisen välineen luominen. Esi-merkkejä viimeksi mainittuun, osin edellisten kanssa päällekkäiseen kategoriaan kuuluvista määritelmistä voisivat olla esim. ”virkamiehen” määritelmä RL 40:11:ssä samoin kuin määritelmät, joiden mukaan ilmaisulla tarkoitetaan ”tässä lais-sa/luvussa” sitä ja sitä, kuten RL 30:11:n yrityssalaisuuden määritelmä. Kaikissa on kuitenkin kyse stipulaatiosta, kielellisen konvention luomisesta.⁹

Erityismerkityksillä operoinnin tulee edellyttää jonkinlaista tunnistettavuutta, joka toteutuu määritelmässä mutta voi olla käsillä myös mm. sen vuoksi, että il-mauksella ei ole yleiskielistä vaan ainoastaan juridis-tekninen merkitys.

Eri asiat ovat ilmaisun merkitysalalla lähempänä tai kauempana ydintä. Tul-kintaa jää vaivaamaan tietty liukuvuus. Yleiskielisen merkityksen kriteeri voi vaikuttaa samealta. Täsmennän sitä siten, että on vähintäänkin edellytettävä, että ilmaisulle voidaan yleiskielessä kohtuudella antaa tietty merkitys. Tällainen kohtuullisuus on kyseessä, kun tavallinen kansalainen pitää merkityksenantoa kommunikaatiossa ymmärrettävänä. Näin muodostuu yleiskielinen sanaraja.¹⁰ Yleiskielisen ja riittävän tunnistettavuuden vallitessa erityiskielisen ilmaisun sanarajan sisällä suoritetaan tulkinta oikeuslähteitä ja tulkintaperusteita hyödyn-

tisen kielifilosofian näkemysten paremmuutta. Yleiskielisen merkityksen muodostuminen kielen käyttämisen kautta voidaan ehkä nähdä pikemmin jälkimmäiseen viittaavana. Toisaalta tulkinnan tulos on, että ilmaisu viittasi tiettyyn olioon tai ei siihen viittannut. En myöskään lähemmin arvioi sitä, onko tulkinnassa kyse subsumtiosta ja/tai esim. normin konkretisoinnista ja tulkinnan kohtee-na olevan seikan normativoinnista kunnes nämä kohtaavat; ks. tästä *Nuutila 1996* s. 152–172.

⁹ Kriminalisoinneissakin on kyse rikosnimikkeen mukaisen rikoksen määrittelystä. Eriksen määritelmiksi nimettyjen säännösten osalta lainsäätäjä lähtenee joka tapauksessa tavallista vah-vemmin erityisterminologian luomisesta. – Sukupuoliyhteyden määritelmä (RL 20:10.1) on hyvä esimerkki tämän jakson problematiikasta. RL 20:10.1 on merkityssisältöä laajentava stipulaatio. Lainkohta rajoittaa määritelmän soveltamisalan RL 20 lukuun. *HE 6/1997* s. 150 ja 157 selittää, että RL 17:19 ja 22:ssä mainittu ”sukupuoliyhteys” tarkoittaisi samaa kuin mitä RL 20:10.1:ssä. Mielestäni on selvää, että tuomioistuim ei voi ilman lain määrääystä soveltaa mainittujen RL 17 lu-vun säännösten kyseistä tunnusmerkkiä RL 20:10.1:n sisältöisenä.

¹⁰ Yleiskielisen sanarajan kriteerinä on siis yleiskielessä kohtuudella mahdollinen. ”Mahdollinen” on sangen salliva täsmennys. Sallivuutta hillitään jossain määrin ”kohtuullisuudella”. Käytän koh-tuullisuutta tekstissä luonnehditulla tavalla deskriptiivisessä merkityksessä. RL 3:1:n sanamuodol-la voitaisiin perustella tiukempaa lähtökohtaa.

täen. En tarkastele laajemmin tätä jälkimmäistä vaihetta, tulkintaa sanamuodon mahdollistavien vaihtoehtojen suhteen.¹¹

Tahallisuutta koskeva RL 3:6 on luonteeltaan määritelmäsäännös, jossa tahallisuus määritellään rikosoikeudellisia tarkoituksia silmällä pitäen yleiskielisestä tahallisuudesta kenties jossain määrin poikkeavasti. Edellä sanotun perusteella voidaan lähteä siitä, että RL 3:6:ssä käytetyt ilmaisut kuten seuraus, todennäköisyys ja varmuus ovat puolestaan yleiskielisiä. Ilmaisulla tunnusmerkistön mukainen ei liene yleiskielistä merkitystä, jolloin se ilmiintää itsensä konstruoiduksi termiksi. Tahallisuus suhteessa muuntyyppisiin seikkoihin kuin tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin määritellään negatiivisesti RL 4:1:ssä. Sangen merkittävä on kysymys siitä, mitä voidaan ymmärtää RL 4:1:n ilmaisulla ”ei ole selvillä”. Tässä sanotun näkökulmasta vaikuttaa siltä, että se on ymmärrettävä yleiskielisenä.

1.3 LAILLISUUSPERIAATE JA YLEISET OPIT

Laillisuusperiaatetta koskevassa keskustelussa lienee yleensä pidetty silmällä varsinkin erityisen osan tunnusmerkistöjä. Erisuuntaisia ajatuksia on saatettu esittää siitä, miten periaatteen soveltuvuuden laita on yleisten oppien yhteydessä. Tosin aihe tuntuu ylipäättään jääneen vähälle huomiolle. Jos laillisuusperiaatteen suhtauduttaisiin suurpiirteisemmin yleisten oppien puolella, erilaiset (muut) tulkintaperusteet kaiketi täyttäisivät syntyneen argumentatiivisen tilan. Esimerkiksi kriminaalipoliittiset perusteet saattaisivat saada enemmän elintilaa.¹²

Kahlitseeko siis sanarajasääntö vähemmän yleisten oppien puolella? Kysymys on kiinnostava tahallisuuden kannalta, joka kuuluu yleisiin oppeihin. Jos esimerkiksi ilmaisun ”olla selvillä” katsottaisiin erityisen osan tunnusmerkistössä esiintyessään edellyttävän 50 % ylittävää subjektiivista todennäköisyyttä, voitaisiinko ilmaisun esiintyessä yleisten vastuuperusteiden yhteydessä (RL 4:1) vähempääkin pitää riittävänä?

Laillisuusperiaatteen heikomman soveltuvuuden puolesta voitaisiin viitata siihen, että yleisten oppien tulee voida toimia mitä erilaisimpien rikostyyppien toimintaympäristöissä. Tästä tarpeesta seuraa elastisuuden tarve yleisten oppien

¹¹ Samansuuntaisesti *Roxin* 1997 s. 104–112. – *Fränden* 2001 s. 69–72 mukaan tuomioistuimet ovat moraalisesti latautuneiden ydinrikosoikeuden kriminalisointien tulkinnassa taipuvaisia menemään niin pitkälle kuin mahdollista, kun taas moraalisesti neutraalimpien rikosten yhteydessä rajoittavat tulkintanäkökohdat kuten ultima ratio -periaate saavat enemmän sijaa.

¹² Yleisten oppien funktioista ks. *Tuori* 2002.

säännösten tulkinnoissa. Rikosoikeuden lohkojen eriytymiskehitys (esim. liikenerikosoikeus, talousrikosoikeus) on mahdollista vain, jos yleisiä oppeja ei tulkita yhtä sanamuodonmukaisesti kuin erityistä osaa.¹³

Yleisten oppien uudistusta on toisaalta keskeisesti perusteltu juuri laillisuusperiaatteen vaatimuksilla. Rikosoikeudellisen vastuun edellytykset muotoavat rangaistavuuden alaa siinä kuin erityiset tunnusmerkitötkin. Yleisten oppien ja erityisen osan raja ei välttämättä aina ole yksiselitteinen. Oikeusturvan kannalta väljempi suhtautuminen yleisiin säännöksiin voisi olla jopa erityisen ongelmallista, koska ne vaikuttavat moniin rikostyyppisiin. Vaikuttaa perustellulta päätyä siihen, että laillisuusperiaate soveltuu lähtökohtaisesti normaalilla tavalla myös yleisiin vastuuedellytyksiin.¹⁴

Yleiset vastuuehdot on ehkä osin jouduttu muotoilemaan yleisemmin sanakääntein kuin erityisen osan tunnusmerkitötkin. Tällaisissa tapauksissa esimerkiksi kriminaalipoliittiset tulkintaperusteet voivat saada tavallista enemmän jalansijaa. Tämä tuskin kuitenkaan ilmentää laillisuusperiaatteen heikompa periaatteellista soveltuvuutta, vaan yleisemmin sanakääntein muotoiltu ilmaisu mahdollistaa laajemman tulkintavaihtoehtojen joukon. Näin lainsäätäjät on ottanut huomioon sen, että säännöstä tullaan soveltamaan eri rikostyyppisiin. Joitain yleisten oppien kysymyksiä ei kenties ole nimenomaisesti säännelty lainkaan. Tällöin muilla oikeuslähteillä ja tulkintaperusteilla voi olla tavallista merkittävämpi rooli.¹⁵

¹³ StGB 16 § mukaan "[w]er bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich". Lainkohta muodostaa tässä kiintoisan vertailukohdan, sillä se muistuttaa RL 4:1:lää, eikä StGB 16 §:n katsota estävän tahallisuusmalleja, joissa operoidaan alle 50 %:n todennäköisyydellä, mikä saattaisi jossain määrin puhua tämän mahdollisuuden puolesta myös Suomen oikeudessa. Meilläkin rikoslakiprojekti hahmotteli alun perin tunnusmerkitöerehdyttä, jossa käytettiin ilmaisua "ei tunne" lopullisen "ei ole selvillä" -ilmaisen asemesta. Saattaa olla, että "ei tunne" olisi ollut astetta epämääräisempi ja siis myös sallivampi ilmaus kuin "ei ole selvillä". Ks. myös HE 44/2002 s. 105, jossa kiinnostavasti todetaan, että "olla selvillä" tarkoittaa samaa kuin tietää tai tuntee. – Eriytymiskehityksestä ja yleisistä opeista ks. *Tapani 2004a* s. 91–101, *Lahti 2004* ja *Nuotio 2004* s. 1290–1291.

¹⁴ Ks. jo *KM 1976:72* s. 95. Samaan suuntaan esim. *Frände 2003* s. 25 ja *Maurach – Zipf 1992* s. 127–128. Ks. myös *SOU 1988:7* s. 182 ja *Vogel 2002* s. 136. *Backman 2003* s. 25 toteaa praeter legem -kiellon luonnehdinnassaan, että rikosoikeudellisen vastuun kaikkien edellytysten tulee perustua lakiin. – *Roxinin 1997* s. 113–114 mukaan analogiakieltoa ei voida soveltaa oikeuttamisperusteiden yhteydessä, sillä ne eivät ole erityisesti rikosoikeudellista ainesta vaan ovat kotoisin eri puolilta oikeusjärjestystä, ja oikeusjärjestyksen yhtenäisyys edellyttää, että suhtautuminen tiettyyn perustukseen on koherentti oikeusjärjestyksen eri lohkoilla.

¹⁵ Ks. *Jescheck – Weigend 1996* s. 136 ja *Leijonhufvud – Wennberg 2005* s. 24–26. – Yleisten oppien asioiden – esimerkiksi tahallisuuskysymysten – kodifointi on vaikea tehtävä. Valittavissa on voinut olla erilaisia sääntelystrategioita. Jos lainsäätäjät on jollakin tavalla epäonnistunut tomissaan, ei tämä saa olla perusteena tavallisesta poikkeavalle legaliteettikohtelulle syytettyjen vahingoksi, vaan siitä voi seurata lainsäätäjälle syy arvioida sääntelytilannetta uudelleen.

1.4 ERÄITÄ TAHALLISUUSKESKUSTELUSSA ESIINTYVIÄ KÄSITTEITÄ

1.4.1 Tietäminen

Tietäminen on tahallisuussyhteyksissä merkittävä käsite. Voidaan arvioida sitä, mikä on tietämisen suhde tahallisuuteen. Lisäksi tietämisellä on yhteytensä mm. uskomisen, todennäköisenä ja varmana pitämisen ja mahdollisesti selvillä olemisenkin käsitteisiin. Rikoslaissa tietäminen esiintyy useassa tunnusmerkistössä.¹⁶

”Tietämistä” on tulkittu ja käytetty jossain määrin eri tavoin. Eräs käsitys on se, että tietäminen viittaa kvalifioituun subjektiiviseen vaatimukseen, lähinnä varmuustahallisuuteen. Tahallisuuden alin aste ei siis riittäisi ”tietämiseen”. Toisaalta voitaisiin katsoa, että ”tietäminen” tarkoittaa tahallisuutta yleensä, mukaan lukien sen alin aste, minkä tueksi voitaisiin argumentoida seuraavasti. Ilmaisua ”tahallisuuteen kuuluva tietoisuus” on vanhastaan käytetty viittaamaan tahallisuuteen (sen kognitiiviseen puoleen) yleensä, rajoittamatta sen käyttöalaa esimerkiksi tahallisuuden ylempiin asteisiin. Tietämisestä on myös voitu puhua suunnilleen tahallisuuden synonyyminä¹⁷. Kvalifioituna kognitiivisena vaatimuksena on saatettu pitää vasta ”vastoin parempaa tietoa” tapahtunutta tekoa¹⁸. Tieto on tahallisuutta ja parempi tieto kvalifioitua tahallisuutta. ”Tietäminen” ei merkitsekään kvalifioitua tahallisuusvaatimusta, vaan sillä tarkoitetaan tahallisuutta yleensä.

Eri tulkinta- ja käyttötapojen olemassaolo voi olla harmitonta, mutta sillä voi olla myös merkitystä, esimerkiksi tulkittaessa ”tietämistä” jonkin rangaistus-

¹⁶ Tietämistä tai siihen perustuvia ilmaisuja käytetään mm. RL 12:7:ssä (”tekijän tietten”), 13:3:ssä (”tietoisena”), 15:7:ssä (”hänen tietensä”, ”tietämänsä”), 15:10:ssä (”tietää”), 15:11:ssä (”tietää”), 21:15:ssä (”tietäen”), 34a:4:ssä (”tietoisena”), 34a:5:ssä (”tietoisena”), 39:6:ssä (”tietää”), 46:6:ssä (”tietää”) ja 48a:4:ssä (”tietää”). – Eräissä todennäköisyystahallisuutta ilmentävissä ratkaisuihin on ollut kyse siitä, onko p ollut tekijän tietten varsin todennäköistä (esim. KKO 1988:8). Tahallisuus on toimintaa ”tieten tahtoen”. Jotkut (Ross, ks. jaksoa V.3.3.2) katsovat jopa, ettei tahallisuuden tule käsittääkään muuta kuin tiedollinen puoli. Todistaja on velvollinen puhumaan totta ja sanomaan, mitä hän asiasta tietää (OK 17:28).

¹⁷ Synonyyminen käyttö ei ole ollut vierasta myöskään rikoslain kokonaisuudistuksessa. Niinpä esimerkiksi tietomurtoa (RL 38:8) koskeissa perusteluissa todetaan: ”Tunkeutumisen tulisi olla tahallista eli tunkeutujan olisi tiedettävä tunkeutuvansa tietojärjestelmään tai sen osaan oikeudettomasti”; HE 94/1993 s. 155. Vastaavasti tuhotyöstä (RL 34:1) sanotaan: ”Tahallisuusvaatimus edellyttää, että tuhotyön molemmat osat voidaan lukea tekijän syyksi tahallisuutena. Tekijän tulee paitsi tehdä perusteko tahallaan olla myös tietoinen sen vaarallisesta luonteesta”; HE 94/1993 s. 117.

¹⁸ Ks. Honkasalo 1967 s. 97.

säännöksen tunnusmerkkinä tai haluttaessa argumentoida käsitteen sisällöllä muuten.

Filosofiassa tietämistä (tietoa) luonnehditaan usein totuudenmukaiseksi ja perustelluksi uskoksi asianomaiseen seikkaan nähden. Luonnehdintaan kuuluu siis kolme elementtiä: 1) henkilö uskoo, että asia on tietyllä tavalla, 2) tämä uskomus pitää paikkansa eli on tosi ja 3) henkilöllä on ollut hyvät perusteet uskoa kyseisen asia.¹⁹

Klassinenkaan määritelmä ei välttämättä tyydytä. Se herättääkin monia kysymyksiä. Mitä esimerkiksi tarkoittaa ”uskominen” ja ”totuus”, ja milloin p:n puolesta esitettävissä olevat perusteet ovat riittävät tai pätevät?^{20 21}

Vaikka klassinen tiedon määritelmä sisältääkin ongelmia, on kyseessä kuitenkin (informaatioarvoltaan merkittävä) luonnehdinta, eikä keskustelu tiedon luonteesta ajelehdi täysin sattumanvaraisesti vailla kiinnekohtia. Klassinen tiedon määritelmä ei myöskään ole yksin filosofien omaisuutta, vaan lieenee yleisemmästäkin näkökulmasta melko osuva. Tiedolla ja tietämisellä on keskeinen merkitys ihmisten elämässä ja sosiaalisessa kanssakäymisessä. ”Tietoa” koskeva kielenkäyttö on toisaalta osoittanut eroosion merkkejä. Niiniluoto katsoo suomen kielessä 1960-luvulta lähtien tapahtuneen suorastaan käsitteellisen romahduksen – tieto voi nykyään merkitä melkein mitä tahansa.²² Tuntuu kuitenkin siltä, että tämä liittyy ennen kaikkea sanaan tieto, kun taas tässä on kyse ennen

¹⁹ Ks. esim. *Haaparanta – Niiniluoto 1986* s. 19–20 ja *Lammenranta 1993* s. 79–89.

²⁰ Ks. lähemmin esim. *Haaparanta – Niiniluoto 1986* s. 19–20. En yritä tarkastella sellaisia ongelmallisia joskin perustavia kysymyksiä kuten sitä, onko tietoteoria ”ensimmäinen filosofia” vai osa todellisuuden tutkimusta yleensä; ks. tästä kysymyksestä lähemmin esim. *Lammenranta 1993* s. 8–12. Lammenranta luonnehtii tietoa – klassisesta määritelmästä osin poiketen – todeksi uskomukseksi, joka on muodostettu sekä globaalisti että lokaalisti luotettavalla tavalla (reliabilismi); mts. 198.

²¹ Tiedon käsitettä luonnehdittaessa on operoitu myös sellaisilla vastaesimerkeillä, joissa klassisen tiedon määritelmän kriteerit täyttyvät, mutta henkilöllä ei silti haluta katsoa olleen tietoa. A näkee tiellä B:n, jonka hän on nähnyt usein ennenkin. Henkilö myös on B. A ei kuitenkaan tiedä, että B:llä on kaksoissisar C, joka tuolloin myös oleskeli paikkakunnalla. Ks. kokoavasti *Lammenranta 1993* s. 89–114. Vastaesimerkeissä tuntuu usein olevan kyse siitä, että A on ollut sattumalta oikeassa tiettyssä käsityksessään. Niin ikään on nähtävissä, että lopputulema ”tiesi” tai ”ei tiennyt” on usein intuitiivinen. Vastaavasti tahallisuuskysymyksissä erilaiset esimerkit – esim. onko dolus Alexanderson tahallisuutta tai onko lääkäriellä, joka ymmärtää hätäleikkauksen 80 %:n todennäköisyydellä johtavan potilaan kuolemaan, surmaamistahallisuus – liittyvät usein intuition roolin merkittävyyttä näissä argumentaatioissa on vaikea arvioida. Tietoteoreettinen keskustelu tapahtuu pitkälti tiedon klassisen määritelmän ympärillä. Tahallisuus kuuluu mm. *Fränden 2001* s. 131 mukaan niihin käsitteisiin, joiden rikosoikeustieteellinen merkitys on etääntynyt kauimmas arkikielisestä merkityksestään.

²² Ks. *Niiniluoto 1996* s. 7–8, 48–49 ja 100. Tietoa käytetään esimerkiksi synonyymisesti informaation, sanoman ja jopa väitteen kanssa. Rikoslakikin puhuu mm. väärästä ja totuudenvastaisesta tiedosta (esim. RL 15:1–2, 4, 6, 16:5–8, 29:1 ja 39:2). Ks. myös *Pihlajamäen 2004* s. 22–40 tietoa, dataa ja informaatiota koskevaa esitystä. Edellä on viitattu siihen, että tietoa on myös käytetty suurpiirteisesti enemmän tai vähemmän synonyymisesti tahallisuuden kanssa. Selvää on, että

kaikkea tietämisestä. Tietämisen yleiskielinen perusmerkitys lienee melko lähellä klassista luonnehdintaa. Seuraavassa oletettakoon näin.

Varmuustahallisuus edellyttää, että A pitää relevanttia seurausta/olosuhdetta varmana. Varmuustahallisuus eroaa yleisestä tietämisen käsitteestä siinä, että varmana pitäminen on kognitiivinen tila, joka ei riipu käsityksen totuudesta. Vanhan esimerkin mukaan A voi olla varma siitä, että Maa on litteä, mutta hän ei voi tietää, että Maa on litteä, koska käsitys on epätosi; tai A voi pitää varmana, että ilmapallolla voi matkustaa kuuhun, mutta emme sanoisi hänen tietävän, että ilmapallolla voi matkustaa kuuhun. Varmuustahallisuus ei myöskään periaatteessa edellytä, että henkilö voisi esittää perusteita käsitykselleen.²³

Tahallisuuskeskustelun näkökulmasta erityisen merkittävää lienee se, kuinka tietäminen ja varmuus suhtautuvat toisiinsa käsitteiden implikoiman subjektiivisen todennäköisyyden korkeuden näkökulmasta. Varmana pitämisen voitaneen sanoa normaalimerkityksessään viittaavan 100 %:n subjektiiviseen todennäköisyyteen. Tietäminen puolestaan luonnehdittiin vastikään perustelluksi ja todeksi uskoksi p. Näin ollen kysymys täsmentyisi koskemaan sitä, minkälaiseen subjektiiviseen todennäköisyyteen uskominen viittaa (edellyttääkö usko p varmuutta p). Yleiskielessä uskomiselta ei luultavasti edellytettäisi varmana pitämistä. Jos A:n mielestä huomenna sataa 80 %:n todennäköisyydellä, hän luultavasti vastaisi myöntävästi kysymykseen uskooko hän, että huomenna sataa. Sen sijaan henkilö, jonka mielestä sateen todennäköisyys on 40 %, vastaisi kysymykseen luultavimmin kieltävästi. Subjektiivisen todennäköisyyden näkökulmasta uskomisen ja sen kautta tietämisen edellyttäisivät näin normaalimerkityksessä p:n pitämistä yli 50 %:n mutta tuskin kuitenkaan 100 %:n todennäköisenä.²⁴

varsinkin tarkoitustahallisuuden näkökulmasta tuollainen puhetapa on virheellinen. Käyttöä selittää osin ehkä Niiniluodon mainitsema ”tiedon” yleinen rapautuminen. Tiedon rapautuminen voisi olla merkityksellistä tahallisuusargumentaatioissa. Tietää-verbi ei kuitenkaan välttämättä ole kokenut samanlaista muuntumista. Merkittävä syy ”tietämisestä” puhumiselle tahallisuusyhteyksissä lienee se, että sanasta on helppo muodostaa niin substantiivi kuin verbikin, kun taas esimerkiksi tahallisuutta ei voida käyttää verbimuodossa, ja on puhuttava monimutkaisemmin siitä, että tahallisuuden täytyy kohdistua siihen ja siihen. Toinen asia lisäksi on, että kaikki keskustelussa olleet tahallisuuslajit ja -mallit edellyttävät jonkinlaista mieltämistä, joten tietoisuudesta tms. puhuminen on tässäkin mielessä muodostanut kohtuullisen lähikäsitteen.

²³ A voi olla varma siitä, että hän on saamassa paljon rahaa, koska x-viikkolehden horoskoopissa sanotaan niin; vaikka niin sattuisi käymään, emme sanoisi A:n tienneen tätä, sillä emme pidä horoskooppia hyvänä perusteena uskomukselle. – Huomautettakoon tässä kohtaa vielä siitä, että RL 4:3 operoi sillä, mitä tekijä ”perustellusti” käsitti, joten tiedon määritelmää koskevalla keskustelulla voisi olla käsitteen tulkinnalle jotain annettavaa.

²⁴ Tämä ei tarkoita sitä, että 51 % riittäisi ilman muuta vaan sitä, että 0–50 % eivät riittäne. – Jos A osoittaa B:tä rullarevolverilla, jonka kuudesta patruunanpaikasta yhteen hän on laittanut ammuksen, hänen tuskin katsottaisiin tienneen B:n loukkaantuvan, vaikka näin kävisi A:n painaessa liipaisinta. A:n käsityksen mukaan tällaisen seurauksen todennäköisyys oli nimittäin vain 1/6, joten hän tuskin oli uskonut B:n loukkaantuvan.

Voidaan siis ensinnäkin todeta, että varmana pitäminen ja tietäminen eivät ole sama asia, vaan eroavat kaikkien kolmen tietämisen tunnusmerkin näkökulmasta. Toiseksi sanotusta voidaan päätellä, että puhuttaessa tietämisestä sellaisen tahallisuuden synonyyminä, jolle kognitiivisesti riittää relevantin seikan pitäminen 50 %:n tai sitä vähemmän todennäköisenä, tietämistä käytetään vaadittavan subjektiivisen todennäköisyyden näkökulmasta laajentavassa erityismerkityksessä.

Kysymys on siitä, voidaanko tietämistä hyödyntää tahallisuustulkinnossa ja voidaanko tällöin operoida erityismerkityksellä. Voisiko tietäminen esimerkiksi erityisten tunnusmerkistöjen tunnusmerkistökäsitteinä tulla ymmärrettäväksi kyseisen erityismerkityksen mukaisesti? Sitä voitaisiin haluta hyödyntää myös vaikkapa olosuhdetahallisuuden ja RL 4:1:n ”selvillä olemisen” tulkinnassa (esimerkiksi katsomalla, että selvillä oleminen ei edellytä enempää kuin tietäminen, joka taas on ymmärrettävä laajentavan erityismerkityksen mukaisena).

Siltä osin kuin kyse on lain tulkinnasta, voidaan viitata aiemmin lausuttuun. Erityismerkitysten hyödyntäminen rangaistavuutta laajentavaan suuntaan edellyttäisi sen tunnistettavuutta, että käsitettä käytetään erityismerkityksessä. Tietämistä on toisaalta käytetty myös itsenäisesti tahallisuuden synonyyminä. Aiemmin laissa ei kuitenkaan ollut edes säännöstä siitä, milloin tahallisuutta oli edellytettävä, milloin taas tuottamuskin oli riittävä (vaatimusnormi). Aiemmin laissa ei ollut nimenomaista kansallista legaliteettiperiaatesäännöstä. Saatettiin keskustella syytetyn vahingoksikin tapahtuvan lainanalogian sallittavuudesta, mikä ilmensi mm. rangaistavuuden tarpeen argumentin suurta painoarvoa laintulkinnassa²⁵.

Nyt legaliteettiperiaate on otettu lakiin ja jopa perustuslakiin, ja on täysin selvää, että lainanalogia syytetyn vahingoksi ei ole sallittu. Lainsäätäjä on jopa varustanut RL 3:1.1:n nimenomaan-kvalifikaatiolla. Rikoslain kokonaisuudistuksen periaatteisiin on kuulunut, että yleistä tahallisuusvaatimusta ei mainita tunnusmerkistöissä, koska vain huolimattomuuden rangaistavuus edellyttää erityismainintaa. Jos ”tietäminen” tarkoittaisi vain tavallista tahallisuutta, sen mainitseminen olisi ilmeisesti vastoin mainittua kokonaisuudistuksen periaatetta ja tarpeetonta²⁶.

²⁵ *Honkasalo* 1965 s. 44–51 hyväksyi lainanalogian syytetyn vahingoksi, ”kun ts. kaikki syyt puhuvat rangaistussäännöksen analogisen soveltamisen puolesta eikä mikään sitä vastaan” (si-taatti s. 51). Tosin, kuten *Koskinen* 1973 s. 311 sanoo, Suomen rikosoikeudelle on ollut ominaista pyrkimys varsin tiukkaan ja muodolliseen legalismiin. Asiaan vaikuttaa luonnollisesti myös lain-kirjoitustapa; esimerkiksi tunnusmerkistötekniikka on nykyään aiempaa synteettisempää.

²⁶ Juuri näin näyttää kuitenkin ajatellun talousrikossäännösten tarkistamista koskevassa *HE:ssä* 53/2002 s. 34. Siinä ehdotettiin tietää-sanon poistamista kätkeisrikoksen tunnusmerkistöstä, koska ”[t]ällaisia nimenomaisia tahallisuuden perusmuotoa koskevia vaatimuksia ei rikoslain uu-siin säännöksiin ole yleensä otettu”. Yleisten oppien varsin samanaikaisessa uudistuksessa ”tietoa” on pidetty kvalifioituna tahallisuusvaatimuksena; ks. *HE* 44/2002 s. 74.

1.4.2 Todennäköisyys, usko, luottamus

Edellä esitin, että ilmaisu ”A uskoo p” edellyttäne, että A pitää p:tä yli 50 %:n todennäköisenä. Ilmaisun tulkinta – samoin kuin uskomisen ja todennäköisenä pitämisen suhde ylipäättään – on tahallisuuskeskustelussa merkittävä muutenkin kuin tietämisen tulkinnan apuvälineenä. Monet tahallisuuden alinta astetta koskevat mallit operoivat tekijän todennäköisyyskäsitteillä tai hänen uskomisiltaan. Olisi arvokasta voida saattaa nämä operaattorit vertailukelpoisiksi. Näin voitaisiin mm. verrata mallien mukaisen tahallisuuden alan laajuutta.

Onko mahdollista pitää p:tä todennäköisenä uskomatta kuitenkaan (vielä) p tai peräti uskoen kuitenkin -p? Entä toisin päin? Yleensä lähdeittään joko siitä, että ne viittaavat suunnilleen samaan – p:n todennäköisenä pitäminen viittaa uskoon p – tai sitten uskon p katsotaan edellyttävän vahvempia perusteita (suurempaa subjektiivista todennäköisyyttä) kuin pelkkä yli 50 %:n todennäköisenä pitäminen. Uskomiseen voi liittyä elementtejä, joita ei voi kuvata viittaamalla pelkästään siihen todennäköisyyteen, jolla henkilö jotain mieltää.

Usein operoidaan myös välialueella. Voihan olla, että henkilö ei usko p muttei myöskään -p. Hän pitää esimerkiksi molempia hyvin mahdollisina, mutta kummankaan puolesta eivät puhu niin hyvät syyt, että hän uskoisi jompaankumpaan vaihtoehtoon. Tämän vuoksi usko p:n ja usko -p:n lisäksi on olemassa välialue, ei usko p tai -p. Tahallisuusmalli voidaan muotoilla siten, että tuon välialueen katsotaan olevan (jo) tahallisuutta tai (vielä) tiedostettua tuottamusta. Välialueella voidaan operoida myös subjektiivisen todennäköisyyden yhteydessä: henkilö pitää jotain seikkaa mahdollisena pitämättä tai osaamatta pitää sitä kuitenkaan sen paremmin todennäköisenä kuin epätodennäköisenäkään. Välialueen merkitys saattaa vaihdella tilannetyypin luonteen mukaan: joissain tyyppitilanteissa on helpompi sijoittaa tapahtuma kategoriaan todennäköinen/epätodennäköinen tai päätyä uskomaan p tai -p kuin toisissa (vrt. esim. venäläinen ruletti ja veitsenisku vatsaan).

Esimerkiksi positiivista tahtoteoriaa luonnehditaan usein myös negatiivisesti tiedostetun tuottamuksen kautta todeten, että tahallisuus ei ole käsillä, jos tekijä uskoi/luotti siihen, ettei seuraus synny tai relevantti olosuhde ole käsillä (= usko/luottamus -p). Mitä lähempänä toisiaan usko ja todennäköisenä pitäminen ovat, sitä lähempänä toisiaan yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden ja positiivisen tahtoteorian voidaan ajatella olevan (asia riippuu luonnollisesti mallien tarkemmasta muotoilusta). On kuitenkin merkityksellistä, että positiivinen tahtoteoria hyödyntää uskoa/luottamusta -p, jolloin mahdollinen välialue saattaa perustaa tahallisuusvastuun.²⁷

²⁷ Tässä työssä yksinkertaisella todennäköisyydellä tarkoitetaan 50 % ylittävää todennäköisyyttä. Vastaavasti yksinkertaisella todennäköisyystahallisuudella tarkoitetaan sitä, että tekijä on pitänyt

Rajanvetokeskustelussa esiintyy usein, kuten yllä olevasta positiivisen tahtoteorian luonnehdinnasta ilmenee, luottamuksen käsite. Normaali käyttötapa on etenkin luottamus -p ei-tahallisuuden kuvaajana. Mikä ero on uskolla ja luottamuksella? En yritä esittää kysymykseen mitään ”lopullista” vastausta. Kyseessä olevien käsitteiden merkitys saattaa olla melko lähellä toisiaan. On ajateltavissa, että luottaminen p merkitsisi toimimista siksi, että uskoo p. Toisaalta luottamus saattaa olla hyvin irrationaalista (luottaminen onneensa).

Etenkin aiemmin keskustelussa on esiintynyt myös toivomisen käsite. Toivo p sopii kuitenkin yhteen senkin kanssa, että p:tä pidetään jokseenkin mahdollittomana. Lottoajat luonnollisesti toivovat saavansa päävoiton, vaikka ymmärtävät, että päävoiton saamisen todennäköisyys on häviävän pieni.

Uskolle ja luottamukselle saatetaan asettaa kvalifikaatioita. Voidaan esimerkiksi asettaa vaatimus vakavasta uskosta tai luottamuksesta vastakohtana jonkinlaiselle heikolle tai epämääräiselle uskolle/luottamukselle.²⁸ Tämä voi viitata siihen, että uskolle tai luottamukselle asetetaan jonkinlainen rationaalisuuskriteeri, mikä korostaa eroa pelkkään toivomiseen. Kvalifikaatio saattaa myös merkitä uskon/luottamuksen arvioinnin jonkinasteista objektivointia, millä puolestaan voi olla merkitystä näyttämahdollisuuksien kannalta.

Ruotsalaisen vuoden 1996 ehdotuksen mukaan teko tehdään tahallaan, jos se on tarkoituksellinen tai jos se ”motsvarar vad gärningsmannen har insett, uppfattat eller antagit om den”. ”Inse”, ”uppfatta” ja ”anta” voivat erota toisistaan niiden implikoiman subjektiivisen todennäköisyyden osalta, mistä ulottuvuudesta tässä tarkastelussa on paljon ollut kyse. Ehdotuksessa korostetaan, että kyseiset kognitiiviset verbit viittaavat myös erilaiseen tapaan saada tietoa; esimerkiksi ”inse” viittaisi usein enemmän intellektuaaliseen työstämiseen kuin ”uppfatta”, jota voidaan pitää passiivisempänä havaitsemisena.²⁹

1.4.3 Varsin todennäköinen

Sovellan sanottua vielä lyhyesti eräisiin tahallisuuden sisältöä koskeviin kysymyksiin. RL 3:6:ssä on todennäköisyydestä tahallisuuden osalta vaadittavaa todennäköisyyttä koskevaksi ilmaisuksi omaksuttu ”varsin todennäköinen”. Jos esimer-

seurausta tai olosuhdetta yli 50 %:n todennäköisenä eli todennäköisempänä kuin sitä, että seuraus ei synny tai olosuhde ole käsillä. Ruotsiksi yksinkertainen todennäköisyys ilmaistaan ”överbägnande sannolik” (ks. RL 3:6). – Jareborgin myöhemmin luvussa V tarkasteltava *avsiktlighetsuppsåt* lähtee siitä, että usko p on tahallisuutta suhteessa p:hen. Välialue kuuluu tuottamukseen. – Vastavasti on merkittävää, muotoillaanko todennäköisenä pitämisellä operoiva tahallisuusmalli siten, että tahallisuutta on p:n pitäminen todennäköisenä vai esimerkiksi siten, että tahallisuus on käsillä, kun p:tä ei ole pidetty epätodennäköisenä.

²⁸ Saksan oikeuskäytännössä puhutaan usein vakavasta (ernsthaft, nicht nur vage) luottamuksesta -p luonteenomaisena tiedostetulle tuottamukselle. Ks. lähemmin jaksoa IV.5.

²⁹ *SOU 1996:185a* s. 129.

kiksi joku panee tietensä yhdellä panoksella ladatun revolverin toisen ohimolle ja vetää liipaisimesta, lienee yleiskielessä kohtuudella mahdollista sanoa, että hän piti toisen kuolemaa varsin todennäköisenä (oletamme tässä kuoleman todennäköisyyden samaksi kuin asean laukeamisen todennäköisyys ts. 1/6 eli 16,66 %). Näin asia siirtyy arvioitavaksi muiden oikeuslähteiden ja tulkintaperusteiden näkökulmasta. Jotkut voisivat olla sitä mieltä, että tekijä tulisi voida tuomita taposta (vaikka hänellä ei olisi ollut dolus determinatusta), jolloin myöskään menettelyn subjektiivisen puolen rangaistusarvoa ei ehkä ilman muuta voitaisi pitää tappotahallisuuteen riittämättömänä.³⁰

HE:stä 44/2002 ilmenee kuitenkin selvästi, että varsin todennäköinen edellyttää yli 50 %:n todennäköisyyttä³¹. Esityöt eivät ole sitovia, mutta ottaen huomioon, että kyseessä on lain sanamuotoon sopiva selvä kanta tuoreissa esitöissä syytetyn eduksi, pitäisi olla erityisen hyviä perusteita kannan ohittamiseen.

Eräs peruste voitaisiinkin ehkä saada siitä, että esitöissä on ilmaistu ”varsin todennäköiselle” toinenkin sisältötavoite: oikeuskäytännön jatkuminen. HE:n mukaan varsin todennäköisellä ”tarkoitetaan samaa kuin korkeimman oikeuden tahallisuusprejudikaateilla”³². Keskeisenä argumenttina todennäköisyystahallisuuden ja ”varsin todennäköisen” puolesta yleisten oppien uudistuksessa on käytetty juuri prejudikaatteja, joissa on operoitu ”varsin todennäköisellä”. Ongelmana on, että ”yli 50 %” ei ole ollut ”varsin todennäköisen” etabloitunut sisältö aikaisemmassa oikeuskäytännössä.

Siihen, voidaanko esitöiden ”yli 50 %” -lähtökohta ohittaa, voidaan saada sangen merkittävää ellei ratkaisevaa johtoa jo ennen muiden oikeuslähteiden ja

³⁰ Venäläinen ruletti on kiinnostavasti ollut esillä eräissä viimeaikaisissakin kirjoituksissa. *Koponen* 2002 s. 270–271 ja *Zila* 2002–03 s. 636 arvioivat yhden panoksen tilannetta todeten, että (yksinkertainen) todennäköisyystahallisuus johtaa tuottamukseen, välinpitämättömyystahallisuus saattaisi johtaa (surmaamis-) tahallisuuteen. Näkökohta esitetään contra todennäköisyystahallisuus myös mm. Ruotsin HD:n keskeisessä linjaratkaisussa NJA 2004 s. 176. *Nuotion* 2003a s. 54 mukaan sillä tavoin menettelevän on vaikea kiistää surmaamisen tarkoitusta, se merkitsisi performatiivista ristiriitaa; vrt. *Koponen* 2002 s. 271 av. 100.

³¹ Ks. *LaVM* 28/2002 s. 9–10. *HE:ssä* 44/2002 s. 87 selostetaan ehdotettua ”varsin todennäköinen” -kriteeriä seuraavasti: ”Ilmaisulla on tarkoitus kytkeä tahallisuusvastuu alkavaksi pisteestä, jossa tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä. Jos molemmat vaihtoehdot ovat tekijälle yhtä uskottavia, tekoa ei voida pitää tahallisenä. Tekijä, joka lähtee mielessään siitä, että seuraus pikemmin syntyy kuin jää syntymättä, ottaa tällaisen seurauksen tekosuunnitelmassaan siinä mielessä vakavasti, että myös tuohon seuraukseen liitetty ankarampi tekijän motiivointiin tähtäävä rangaistusuhka on kriminaalipoliittisesti perusteltavissa.” *OLJ* 5/2000 s. 101 ja *Lappi-Seppälä* 2003 s. 781–782 av. 79 todetaan vielä, että ”[n]iin tahdottaessa voidaan puhua myös 50 %:n ylittävästä todennäköisyydestä”, joskin numeeristen tulkintojen sanotaan antavan väärän kuvan tarkoista laskelmista. Joka HE:n luonnehdinnan mukaisesti pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä, pitää seurausta yli 50 %:n todennäköisenä. Jo HE:n RL 3:6:ssä ”varsin todennäköinen” oli myöskin käännetty ”överbälgande sannolik(t)”.

³² *HE* 44/2002 s. 87.

tulkintaperusteiden syväanalyysiä. Ruotsinkielisessä lakitekstissä ”varsin todennäköinen” on nimittäin ilmaistu ”överbägarande sannolik”. Tätä ilmaisua ei mielestäni ole kohtuudella mahdollista ymmärtää muunsisältöiseksi kuin 50 % ylittävaksi. Jos tämä lähtökohta hyväksytään, edellyttäisi ”yli 50 %” -kriteeristä alaspäin poikkeaminen joko sitä, että ruotsinkielinen säädösteksti olisi jotenkin vähemmän todistusvoimainen kuin suomenkielinen tai että ”tunnusmerkitön mukainen seuraus” RL 3:6:ssä voitaisiin (frischiläisittäin) selittää henkirikoksen tapauksessa jonkinlaiseksi hengenvaaraksi eikä itse kuolemaksi.³³ Selvää tosin on, että rikoslain valmistelu tapahtui keskeisesti suomeksi ja että ruotsinkielinen säädöstekstikin on lähinnä käännös suomenkielisestä. Suhde on siis päinvastoin kuin vuoden 1889 RL:ssa. Ruotsinkielisen tekstin selittäminen (syytetyn vahingoksi) normatiivisesti vähemmän todistusvoimaiseksi kuin suomenkielisen on tuskin kuitenkaan perusteltua.³⁴ Selkeä ruotsinkielinen säädösteksti täsmentää epäselvän suomenkielisen säädöstekstin soveltamisalaksi sellaisen sisältövaihtoehdon, joka on yhtenevä sen HE:stä ilmikäyvän tulkintatavoitteen kanssa, että on edellytettävä 50 % ylittävää subjektiivista todennäköisyyttä.

1.4.4 Olla selvillä

Lakivaliokuntakäsittelyn tuloksena tahallisuuden määritelmä koki kaksi merkittävää muutosta. Määritelmää täydennettiin sen viimeiseksi virkkeeksi otetulla ”ehdollisella varmuustahallisuudella”. Toiseksi ja mihin tässä keskitytään, tahallisuuden määritelmä rajoitettiin koskemaan tahallisuutta suhteessa tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin. Syynä oli olosuhdetahallisuuden monimuotoisuus ja haluttiin, että näiltä osin ei oltaisi sidottuja RL 3:6:n todennäköisyystahallisuuteen. LaVM 28/2002 s. 9–10 todetaan:

Seuraustahallisuuden määrittäminen ei ole niin vaikeaa tai kiistanalaista kuin rikostyypeittäin vaihtelevan olosuhdetahallisuuden. Ehdotetun säännöksen on katsottu soveltuvan erityisen huonosti talousrikosten olosuhdetahallisuuteen ja voivan nostaa niiden tahallisuuskynnystä. Sen vuoksi valiokunta ehdottaa, että pykälässä säädetään ainoastaan seuraustahallisuudesta. Olosuhdetahallisuus jää oikeuskäytännössä arvioitavaksi, jolloin huomioon on otettava tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös.

Tavoitteena oli siis selvästi, että RL 3:6:ssä omaksutut kriteerit eivät sulkisi pois mahdollisuutta päätyä tahallisuuteen joissakin muissakin tilanteissa. Koska

³³ Frischin tahallisuusoppeja käsitellään luvussa V.

³⁴ PL 79.4 §:n mukaan ”[l]ait säädetään ja julkaistaan suomen ja ruotsin kielellä”. Vastaavasti säädöskokoelmaa julkaistaan suomen ja ruotsin kielellä; ks. L Suomen säädöskokoelmasta 188/2000 11 §.

pelkona oli, että ehdotettu RL 3:6 saattaisi nostaa eräiden rikosten tahallisuuskynnystä, voidaan päätellä, että aiemmin niiden osalta oli saattanut riittää vähempikin kuin ehdotetun RL 3:6:n yli 50 % -todennäköisyystahallisuus. Haluttiin, että RL 3:6 ei nosta tahallisuuskynnystä tällaisiin olosuhteisiin nähden.

Jos, kuten tässä katsotaan, RL 4:1 on nyt keskeinen olosuhdetahallisuutta määrittelevä säännös, merkittäväksi kysymykseksi nousee lainkohdan ilmaisun ”ei [...] ole selvillä” tulkinta. Tässä lähdetään siitä, että ilmaisu voidaan kääntää positiiviseksi katsoen tahallisuuden edellyttävän, että tekijä ”oli selvillä” tarkoitetuista olosuhteista. Kyse on siitä, onko 50 % tai sen alittava subjektiivinen todennäköisyys ilmaisun kannalta riittävä. Lakivaliokuntahan tavoitteli sitä, että olosuhdetahallisuudessa ei oltaisi sidottuja RL 3:6:n todennäköisyystahallisuuteen. Jos ”selvillä olemiseen” riittää 50 % tai sen alittava subjektiivinen todennäköisyys, ei RL 4:1 ole esteenä lakivaliokunnan tavoitteen toteuttamiselle. Jos tällainen todennäköisyys ei riitä, tavoite ei toteudu tai sitten sen toteuttamiseksi on tehtävä jotain aivan muuta, esimerkiksi osoitettava, että RL 4:1 ei sääntelee olosuhdetahallisuutta. Tällaista muuntyyppistä argumentaatiostrategiaa ei kuitenkaan käsitellä tässä jaksossa, eikä myöskään olosuhdetahallisuuden sisältöä muuten.

RL 4:1:n (suomenkielinen) säädösteksti ei siis operoi esimerkiksi ”tietämisellä”, jota edellä on tarkasteltu. Tiettyä yhtenevyyttä selvillä olemisen ja tietämisen käsitteillä saattaa olla. Selvillä oleminen saattaa ensiksikin viitata käsityksen sisällön paikkansapitävyyteen. Toiseksi kovin matala subjektiivinen todennäköisyys ei ehkä riitä selvillä olemiseen (mikäli selvillä oleminen on sukua sille, että asia on henkilön mielestä selvä, ilmaisu voisi pikemminkin viitata korkeisiinkin todennäköisyyksiin³⁵). Selvillä olemisen yleiskielessä kohtuullisesti mahdollisen merkityssisällön piiriin voisi kuulua esimerkiksi ”lähteminen siitä, että p”, mikä taas on lähellä yli 50 %:n todennäköisenä pitämistä. On epäselvää, voidaanko selvilläololla yleiskielessä kohtuudella ymmärtää myös 50 %:n tai alle 50 %:n todennäköisenä pitämistä. Mikäli ei voida, ei RL 4:1:n soveltamisessa *prima facie* voida toteuttaa sitä lainsäätäjän tavoitetta, että olosuhdetahallisuus *in casu* tulisi kyseeseen todennäköisyystahallisuuden edellyttämä subjektiivinen todennäköisyys alitettaessakin. Sanarajaa ei voida ylittää lakivaliokunnankaan lausumien perusteella.

Ruotsinkielinen säädösteksti käyttää ilmaisua (*inte är*) ”medveten”. Nähdäkseni suomen- ja ruotsinkielisellä tekstillä ei tässä ole sellaista huomattavaa yksiselitteisyseroa kuin todennäköisyystahallisuuden yhteydessä.³⁶

³⁵ *Frände 2004* s. 137 av. 114 sanoo: ”På finska används uttrycket ’olla selvillä’ som mera direkt översatt betyder ’att vara på det klara med’.”

³⁶ *Fränden 2001* s. 153 mukaan ilmaus ”är medveten om” RL 39:6:ssä ja ”han vet” (aiemmassa) RL 32:1:ssä viittaavat kielellisesti varmuuteen, ja lainsäätäjän sananvalintaa on hänen mukaansa

1.5 MUITA KYSYMYKSIÄ

Vastaavia kysymyksiä liittyy myös uuteen RL 5 lukuun, erityisesti yritykseen (yrittämiseen) ja yllytykseen. Voidaan kysyä, edellyttävätkö ne kvalifioitua tahallisuutta, lähinnä kohteen tavoittelemista. Rikosoikeudessa on perinteisesti yleensä katsottu, että eivät edellytä.³⁷

Yrityksen rangaistavuus osoitetaan yleensä säätämällä rikoksen tunnusmerkistön jälkeen omassa momentissaan, että ”[y]ritys on rangaistava”. On myös olemassa säännöksiä, joiden tunnusmerkistöön sisältyy maininta tyyppiä ”tekee x tai sitä yrittää” (esim. RL 29:1). Tällaisen ns. yritysrikoksen otsikoinnissa ei käytetä sanaa ”yritys” (ei siis esim. veropetoksen yritys vaan veropetos), eikä asteikkoa muunneta, vaan käytössä on myös enimmäisrangaistus. Saattaa olla, että esimerkiksi pelkkä todennäköisenä pitäminen ei yleiskielessä merkitsisi ”yritystä” tai ”yrittämistä”.³⁸

Todennäköisenä pitämisen riittävyys riippuisi tällöin siitä, onko laissa tunnistamismnormia, joka oikeuttaisi ylittämään yleiskielen merkityksen. Riittävä signaali löytyy kenties 5:1:n 1 momentista. Vaikka ”yritys” tulisi näin esimerkiksi RL 3:6:n soveltamisen piiriin, ei tämä vielä täysin ratkaise ”yrittämisen” asemaa. ”Yritys” omana momentinaan sisältää ensiksikin tietynlaisen signaalin siitä, että se ehkä on tekninen termi, jota täydennetään muualla, kun taas ”yrittäminen” esimerkiksi mainitussa veropetoksen tunnusmerkistössä on täysin ymmärrettävissä tuossa yhteydessä itsessään. Jos ”yritykseen” omana momentinaan liittyy jonkinlainen signaali ”tahallisuuteen” ja siten esimerkiksi RL 3:6:ään, on ”yrittämiseen” liittyvä, erityiskielen käyttöön viittaava signaali joka tapauksessa selvästi heikompi.³⁹

kunnioitettava. Vrt. HE 53/2002 s. 34. *Frände* 2004 s. 139 av. 116 katsoo, että prima facie ”olla selvillä” ja ”tietää” ovat synonyymeja, joskin uusien säännösten kohtuullisen tulkinnan saavuttamiseksi on presumoitava merkitysero.

³⁷ *Serlachius* 1919 s. 153 kuului siihen vähemmistöön, joka katsoi yrityksen edellyttävän tarkoitusta loukata oikeushyvä.

³⁸ Juuri tähän viittaa esim. *Serlachius* 1919 s. 153. *Salovaaran* 1948 s. 203–204 mukaan päättely ”yrityksen” ja ”yrittämisen” sanallisen merkityksen pohjalta on epävarmaa. *SOU* 1996:185a s. 260 todetaan, että ”[e]nligt allmänt språkbruk innebär ett försök att göra något att man åsyftar att göra just detta något”. HE:ssä 44/2002 s. 135 todetaan, että yrittämiselle yleiskielessä annettavasta merkityksestä poiketen rankaiseminen ei edellytä tarkoitustahallisuutta, vaan tahallisuuden alin aste riittää.

³⁹ Jos legaliteettiperiaate ei aseta esteitä, tulee tämän jälkeen rikosoikeudellisin perustein arvioitavaksi, käyvätkö kaikki tahallisuusasteet yrityksessä ja/tai yritysrikoksessa vai eivät. Yrityksessä mm. johdonmukaisuusyyt voivat puoltaa tätä; ks. esim. *Salovaara* 1948 s. 214. Yritysrikoksessa saattaisi olla mahdollista puoltaa rikostyyppikohtaistakin ratkaisua. – Yritystahallisuuden sisältö saattaa osin riippua siitä, onko omaksuttu objektiivinen vai subjektiivinen perusmalli. *SOU* 1996:185a s. 260–261 käsittelee lyhyesti myös kysymystä, olisiko syytä edellyttää korkeampaa ta-

Yllytysäännös puhuu siitä, joka ”tahallaan taivuttaa”. ”Taivuttaa” saattaa, ehkä toisin kuin ”yrittää”, mahdollistaa kielellisesti todennäköisenä pitämisenkin. Lisäksi ilmaisu ”tahallaan” liittyy säännöksessä välittömästi taivuttamiseen. Näin muunkintyyppinen tahallisuus kuin tavoitteleminen näyttää olevan helpommin selitettävissä riittäväksi yllytyksen yhteydessä.⁴⁰

Rikoslain erityisen osan ilmaisut voivat olla enemmän tai vähemmän subjektiivisesti värittyneitä (esim. ”salaamalla”, RL 29:1; ”käyttää hyväkseen”, RL 28:5; ”pyytää” (lahjan), RL 40:3–4). Toisinaan vaikuttaa siltä, että ilmaisu edellyttää jopa kvalifioitua tahallisuutta. Edellä on arvioitu sitä, olisiko ”tietää” tällainen ilmaisu. Erilaiset tarkoitustunnusmerkit on perinteisesti ymmärretty kvalifioituiksi subjektiivisiksi vaatimuksiksi. Palaan erityisen osan ilmaisuihin peittämisperiaatteen yhteydessä.

Keskustelua on käyty siitä, tuleeko rikosoikeudellisessa tulkinnassa noudattaa in dubio mitius -periaatetta, jonka mukaan epäselvät rikosoikeudelliset kysymykset tulisi ratkaista syytetyn eduksi. Yleensä on lähdetty siitä, että in dubio mitius ei ole vahva yleinen tulkintaperiaate. ”Nimenomaan”-kvalifikaation voidaan ajatella vahventavan periaatteen asemaa aiempaan verrattuna. Sellaista yleistä sääntöä ei voida asettaa, että kaikki rikosoikeudellisen vastuun laajuuteen vaikuttavat tulkintatilanteet tulisi systemaattisesti ratkaista vastaajan eduksi. Tuomioistuimen tehtävä on selvittää, soveltuuko laki vai ei. RL 4:2 edellyttää, että tulee esiintymään jopa tilanteita, joissa lain sisältö on erityisen vaikeaselkoinen mutta rikosvastuun perusteeksi kelpaava.⁴¹

Kiinnostavia tahallisuutta koskevia tulkintakysymyksiä voi tulla esiin, kun yleisten oppien uudistuksen lisäksi otetaan huomioon erityisen osan uudistuksessa tuotettu oikeuslähdeopillisesti merkittävä tahallisuusmateriaali, kuten tiettyä rikostyyppiä koskevat tahallisuuslausumat esitoissa. Niissä puhutaan, esi-

hallisuuden astetta kelvottomassa mutta rangaistavassa yrityksessä, ja katsoi, että ehdotettu tahallisuuden alarajan muutos vähentäisi tällaisen tarvetta. – Yrityksen subjektiivisiin vaatimuksiin kuuluu myös tarkoitus tai päätös suorittaa (loppuun) toiminta, joka konstituoii rikoksen; ks. esim. Wennberg 1985 s. 254–261.

⁴⁰ Frände 2001 s. 295–296 katsoi (vanhan lain aikana), että yllytys edellyttää tarkoitusta saada aikaan tekopäätös toisessa. Nytemmin Frände 2004 s. 302–303 on sitä mieltä, että vaikka ilmaisan förmå saatetaan katsoa edellyttävän tarkoitusta saavuttaa seuraus, ei tarkoituksella ja varsin todennäköisenä pitämisellä ole niin suurta eroa, että tämä saisi olla ratkaisevaa arvioitaessa, onko henkilöä pidettävä yllyttäjänä vai avunantajana. Tästä syystä hän katsoo myös todennäköisyyshallisuuden po. suhteessa riittäväksi. – Kiintoisan kombinaation, jota tässä ei lähemmin voida tarkastella, muodostaa yritetty yllytys perättömään lausumaan (RL 15:5), jossa joku ”yrittää taivuttaa” toista RL 15:1–3:ssä tarkoitettuihin rikoksiin.

⁴¹ Tuollainen vaikeaselkoisuus voi johtaa vastuuvapauteen kieltoerehdyksen perusteella. Ks. Rantalainen 2004 s. 179. – Ks. in dubio mitiuksesta esim. Lehtonen 1986a s. 38, Lahti 1996 s. 934–936 ja 2001 s. 722–723, Frände 2001 s. 71, Jareborg 2001 s. 115 ja Koponen 2004a s. 83–85 ja 135.

merkiksi, usein tietoisuudesta tai tietämisestä, ja varsin todennäköisenä pitämistä saatetaan edellyttää suhteessa teko-olosuhteisiin.⁴²

Laillisuusperiaate sanarajasääntöineen ei periaatteessa kohdistu muihin oikeuslähdeteksteihin kuten esitöihin. Esimerkiksi tahallisuusyhteyksissä esitöissä esiintyvää ”tietämistä” ei laillisuusperiaatteen takia tarvitse välttämättä tulkita prima facie yleiskieliseen merkitykseen rajoittuen kuten tulisi tehdä, jos ilmaisua käytettäisiin laissa. Yleiskielistä merkitystä laueamman merkityksen antaminen esityölausumalle vastuuta ankaroittavaan suuntaan edellyttäne kuitenkin oikeuslähde- ja tulkintaopeista saatavia hyviä perusteita.

⁴² HE:ssä 6/1997 s. 157 todetaan, että jos tekijällä ”ei ole tietoa” siitä, että toinen osapuoli on säännöksessä mainitussa sukulaisuussuhteessa häneen, RL 17:22:n ”tahallisuusvaatimus ei täyty”. HE:ssä 94/1993 s. 213 sanotaan tekijänoikeusrikoksesta, että tahallisuuden edellytyksen täyttää suhtautuminen, jossa henkilö ”pitää varmana tai varsin todennäköisenä”, että loukkausajankohtana teos, lähioikeuden suojaama suoritus tai valokuva kuuluu tekijänoikeuslainsäädännön suojapiiriin, siihen kohdistuu toiselle kuuluva suoja ja että hän toimii ilman oikeudenhaltijan lupaa.

2 Rikoksen rakenne

2.1 YLEISTÄ

Aikojen kuluessa on yksittäisten rikostyyppien muodostamassa kokonaisuudessa alettu nähdä kaikkia rikoksia koskevia yleisiä kysymyksiä. Rikoslain erityisen osan kysymyksistä on alettu erottaa rikosoikeuden yleiset opit. Rikoslain yleisiä oppeja koskevien esitysten keskeisenä sisältönä on rikosoikeudellisen vastuun edellytysten tarkasteleminen lähtien jostakin rikoksen rakenteen mallista. Rikosoikeudellisen keskustelun lisääntyessä on etenkin saksalaisessa rikoslainopissa kehitelty yksityiskohdissaan yhä hienosyisempiä rikoksen rakennemalleja. On myös korostettu sitä, ettei näiden rakennemallien kehittelystä saisi muodostua mitään itseisarvoista ”laatikkoleikkiä”. Joka tapauksessa saksalainen rikoslainoppi on rakennemallien kehittelyssä epäilemättä pisimmälle edennyt, ja sitä on oikeuskulttuuriltaan samantyyppisissä maissa – kuten Suomessa – tavattu hyödyntää.

Periaatteessa se, mikä on rikos ja mitä on rangaistus, on tulkinnan- ja sopimuksenvaraista. Rikosoikeudellisen vastuun perusteena voitaisiin pitää esimerkiksi tietynlaisia luonteenpiirteitä, elämäntapaa tai henkilön jollakin tavoin määrättyä yleistä vaarallisuutta. Ainakin diktatuurien ja erityisen hoidollisesti suuntautuneessa rikosoikeudessa voisi olla tällaisia piirteitä. Oikeusvaltioissa on kuitenkin lähdetty tekorikosoikeuden periaatteesta; rikos ja siitä seuraava rangaistus täytyy voida liittää konkreettiseen tekoon. Seuraavassa rikoksen rakennetta koskevassa esityksessä rajoitutaan tekorikosoikeudellisiin malleihin.⁴³

Erilaisissa rikoksen rakennemalleissa on tietyt peruskategoriat ja niiden sisällä rikosoikeudellisen vastuun elementtejä. Rikoslainoppi on kehittynyt siten, että viimeisen sadan vuoden aikana mainittuina peruskategorioina on pidetty tunnusmerkistön mukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä. Nämä ovat muodostaneet kolmivaiheisen rikosopin. Rikoksen rakenteeseen on kuulunut myös tekokäsite. Rikos määritellään tunnusmerkistön mukaiseksi, oikeudenvastaiseksi ja syyllisyyttä osoittavaksi inhimilliseksi teoksi. Peruskategorioiden sisällä erilaiset rikosoikeudellisen vastuun edellytykset, kuten tahallisuus, ovat kehittyneet ja hioutuneet. Vastuun edellytyksiä on saatettu hahmottaa uudella tavalla, ja ne ovat myös saattaneet liikkua peruskategoriasta toiseen.

⁴³ Ks. myös Koskinen 1973 s. 1–2.

Rikoksen rakennemallit eivät ole kehittyneet yksinomaan rikosoikeuden sisäisen painiskelun tuloksena, vaan kehitykseen ovat vaikuttaneet myös ajan yleiset tieteelliset katsomukset ja filosofiset virtaukset. Rikoksen rakenteen kehitys ei yleensä ole tapahtunut suurin yksittäisin hyppäyksin, vaan yleisenä viitekehiksenä on ollut ”vallitseva” rakennemalli ja siinä vähitellen havaitut ongelmat ja niiden korjausyritykset. Rikoksen rakenteen kehitykselle – toisin kuin vaikkapa solun rakennetta koskevien käsitysten kehitykselle – on lisäksi ominaista sitoutuminen tiettyihin auktoritatiivisiin tekijöihin, erityisesti lakiin. Laissa jokin kysymys on saatettu ratkaista sellaisella tavalla, että rikoslainopin täytyy ottaa tuo ratkaisu huomioon etsiessään parasta mahdollista rikoksen rakennemallia. Rakenneopin kehityksen suuntaa on kenties jossain suhteessa lyöty lukkoon kyseisellä säännöksellä. Tutkimukseen käytettävä energia kohdennetaan tavallisesti siten, että enin osa siitä käytetään sellaisten vaihtoehtojen tutkimiseen, jotka ovat sovitettavissa yhteen laissa paalutetun linjauksen kanssa. Ilman mitään säännöksiä rakenneopin kehittäminen voisi toisaalta olla ongelmallista.⁴⁴

Rikoksen rakenteen kehittelyllä (kuten systematiikalla yleensäkin) voidaan tavoitella monenlaisia hyötyjä, jotka liittyvät toisiinsa. Se, että tuomarilla on rikoksen rakenteen muodossa tietty ”marssijärjestys”, jota hän voi edetä, merkitsee taloudellisuutta. Syytteessä tarkoitettua tekoa ei tarkastella epämääräisenä möhkäleenä, vaan tiettyssä järjestyksessä tiettyjen kysymyksenasettelujen kautta. Tästä on etua myös asian käsittelyn selvytyden ja esimerkiksi todistusteemojen muotoilun sekä tuomion laatimisen ja perustelemisen näkökulmasta. Rikoksen rakenne sisältää suodatinfunktion; jos teko ei ole tunnusmerkistön mukainen, se ei voi olla rikos, eikä ole enää tarpeen tarkastella oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä. Kaiken kaikkiaan prosessiin varattu energiamäärä voidaan kohdentaa paremmin. Rikoksen rakenne merkitsee myös hallittavuutta. Rakenneoppi tuo järjestystä säädösten viidakkoon ja helpottaa tuomaria, jolla on ratkaisupakko mutta jolla ei ole aikaa ryhtyä tutkijan tehtäviin.

Rikoksen rakenne johtaa yhdenmukaisempiin ratkaisuihin. Näin se osaltaan toteuttaa yhdenvertaisuutta lain edessä ja luo muodollista oikeusturvaa. Yhdenmukaisuus puolestaan helpottaa myös rikoksen rakenteeseen liittyvien ongel-

⁴⁴ Esimerkiksi Saksassa vuonna 1975 lakiin otetun kieltoerehdyssäännöksen (StGB 17 §) katsotaan yleensä ratkaiseen ns. tahallisuusteorian ja ns. syyllisyysteorian välisen rakenneopillisen taiston jälkimmäisen eduksi. Tahallisuusteorian mukaan oikeudenvastaisuus kuuluu tahallisuuden kohteisiin. Syyllisyysteoria taas lähtee siitä, että oikeudenvastaisuus ei ole tahallisuuden kohde, mutta eri asia on, kuuluuko rikosvastuun edellytyksiin itsenäisesti jonkinlainen oikeudenvastaisuuden (lähinnä potentiaalisen) mieltämisen edellytys. Schroth katsoo StGB 17 §:n merkitsevän myös vasta-argumenttia yrityksille kehittää tahallisuudelle kaksoisasemaa osana sekä tunnusmerkistönmukaisuutta että syyllisyyttä; ks. lähemmin *Schroth 1994* s. 27–28. Schmidhäuser yrittää nähdä sääntelyn yhteensopivana oman tahallisuusteoreettisen asennoitumisensa kanssa, josta ks. av. 70.

mien paikantamista ja osoittaa näin tietä rikosoikeuden kehittämiseksi. Rikoksen rakenne oikeuttaa odottamaan myös asiallisesti parempia ratkaisuja (aineellinen oikeusturva). Rikoksen rakenne mahdollistaa lisäksi ratkaisujen koeteltavuuden. Ratkaisu perustuu vähemmän siihen, mitä ”on katsottava” tai mikä (ratkaisijan mielestä) on esim. ”kriminaalipoliittisesti perusteltua”.⁴⁵

Yhdenvertaisuus luo systeemille legitimitettä. Ratkaisu, jossa on hyödynnetty rikoksen rakennetta, voi olla vastaajalle ja ihmisille yleensäkin ymmärrettävämpi. Tämä edellyttää rakenneopilta tietenkin yksinkertaisuutta ja pedagogisuutta. Rikoksen rakenteeseen voi sisältyä myös moraalinen viesti. On eri asia, ettei teko itsessään täytä mitään tunnusmerkistöä, kuin että teko tosin on tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen, mutta tekijä on vastuusta vapaa syyn-takeettomuutensa perusteella. Mitä aikaisemmassa vaiheessa rikoksen rakennetta vastuuvapaus seuraa, sitä ehdottomampaa sen voidaan sanoa olevan.

Rikoksen rakenteella on myös lainopillista merkitystä. Tämä on tietysti tarkoituskin. Tietty rikoksen rakennemalli ei ehkä pysty toteuttamaan täysimääräisesti kaikkia siihen kohdistuvia odotuksia. Se ei esimerkiksi voi olla aivan yksinkertainen, mikäli sen täytyy samalla olla niin konkreettinen ja sisältörikas, että siitä on hyötyä käytännön ratkaisutoiminnassa.⁴⁶

2.2 RIKOKSEN RAKENNEMALLEJA

2.2.1 Klassinen rikoksen rakenne

Klassisen rikoksen rakenteen taustalla oli 1800-luvun henkietieteellinen naturalismi. Ideaalina oli luonnontieteiden täsmällisyys. Samalla oikeudellista ajattelua leimasi systemaattinen ja käsitteitä hyödyntävä ote. Klassisen rikoksen rakenteen edustajia olivat mm. von Liszt ja Beling.⁴⁷

⁴⁵ Ks. *Welzel* 1969 s. 48. *Frände* 1989 s. 206–209 toteaa, että rikosoikeudellisen systeemin ennustettavuus edellyttää, että tuomioistuin lähtee jonkinlaisesta rikoksen rakenteesta, jonka tulee olla pääkohdissaan tuttu myös muulle juristikunnalle. Hän konkretisoi rikoksen rakenteen tarpeellisuutta pohtimalla myös sitä, miten hyvin tietyn teon rikosoikeudellinen arviointi onnistuisi ilman rikoskäsitettä lähtien lakitekstistä tai oikeuskäytännöstä.

⁴⁶ Ks. rikoksen rakenteen funktioista mm. *Lappi-Seppälä* 1992 s. 218–219 ja *Nuutila* 1997 s. 82–87. Terttu Utriainen on tarkastellut rakenneopillisia kysymyksiä laajasti väitöskirjassaan. Seuraavassa tarkasteltavista rikoksen rakennemalleista ks. yleisesti myös mm. *Vikmaa* 1970 s. 12–39 ja *Cavallin* 1999 s. 41–146, jossa esillä on myös englantilainen rakenneoppi.

⁴⁷ Klassista rikoksen rakennetta ei tule sekoittaa klassiseen rikosoikeuskoulukuntaan (Feuerbach, Binding jne.).

Klassisen rikoksen rakenteen tekokäsite oli naturalistinen. Teko ymmärrettiin tahdonvaltaiseksi ruumiinliikkeeksi, josta kausaalisuuden välityksin seurasi muutos ulkomaailmassa. Tunnusmerkistön mukaisuus sisälsi objektiivis-deskriptiivisiä elementtejä. Oikeudenvastaisuus taas oli objektiivis-normatiivinen; oikeudenvastaisuus merkitsi ristiriitaa oikeusjärjestyksen normien kanssa. Tunnusmerkistön mukaisuus merkitsi indisiota teon oikeudenvastaisuudesta. Tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus muodostivat rikoksen objektiivisen puolen (vääräyden). Syyllisyys oli rikoksen subjektiivinen puoli. Rikokseen liittyvät tekijää koskevat psykologiset momentit tai tilat, etenkin tahallisuus, kuuluivat syyllisyyteen (psykologinen syyllisyyskäsite)⁴⁸. Eri käsityksiä esiintyi mm. siitä, sisältääkö tahallisuus vaatimuksen oikeudenvastaisuus- tai väärystietoisuudesta⁴⁹.

Klassisen rikoksen rakenteen edustajista von Liszt oli toisaalta modernin sosiologisen koulukunnan perustajia. Rikosoikeudellisen vastuun edellytyksissä tavoiteltiin objektiivisuuden ja formalismin avulla mahdollisimman suurta oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta, kun taas seuraamuspuolella ratkaisevia olivat etenkin erityispreventiiviset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat.

Klassisen rikoksen rakenteen etuina on pidetty mm. yksinkertaisuutta ja pedagogisuutta. Sen lähtökohtana olivat liian hallitsevasti seurausrikokset. Puhtaasti naturalistista tekokäsitettä on pidetty ongelmallisena. Kuten monen muunkin tekokäsityksen tapauksessa, merkitsi mm. laiminlyönnin selittäminen rikosoikeudelliseksi teoksi ongelmaa naturalistisen tekokäsitteen näkökulmasta. Esimerkiksi Beling pyrki selittämään laiminlyönnin ”motoristen hermojen pidättelämiseksi”⁵⁰. Klassisen rikoksen rakenteen kannalta varsinaista ongelmaa merkitsivät etenkin tunnusmerkistön mukaisuuteen liittyvät seikat. Todettiin nimittäin, että tunnusmerkistön mukaisuuteen voi kuulua myös subjektiivisia seikkoja. Standardiesimerkinä esitetään usein varkauden tunnusmerkistö. Täysin olenainen varkautena kriminalisoidun väärystyypin näkökulmasta on anastustah- to, ei suinkaan pelkkä objektiivinen irtaimen esineen vienti pois omistajansa

⁴⁸ Ks. esim. *Beling 1906* s. 10: ”Nun besteht die Schuld bei allem Streit um ihr Wesen *jedenfalls* in der psychischen Beziehung zu der Tat in ihrer objektiven Bedeutung, in dem seelischen Spiegelbilde von der Wirklichkeit.” Mm. von Lisztillä syynäköisyys ei ollut osa syyllisyyttä, vaan syyllisyyden edellytys, syyllisyyskyky. Ks. *von Liszt 1892* s. 158–168.

⁴⁹ Kielteisesti esim. *von Liszt 1892* s. 176–180 ja myönteisesti *Beling 1906* s. 180–193.

⁵⁰ Ks. *Beling 1906* s. 15: ”Das Unterlassen ist Zurückhaltung der motorischen Nerven; der Wille beherrscht die Nerven hier gerade so wie bei der Körperregung: er strebt der Innervation und der Muskelkonzentration entgegen.” Beling luonnehti tekoa ja laiminlyöntiä myös tahdonvaltaiseksi inhimilliseksi käyttäytymiseksi, jolle oli olennaista, että ihminen on ruumiinsa herra; *Beling 1906* s. 17–19. von Lisztin laiminlyönnin käsite oli kehittyneempi, sillä hänelle laiminlyönti ei ollut eitekemistä, vaan tietyn odotetun teon tekemättä jättämistä. Ks. *von Liszt 1892* s. 138–141. Naturalistis-kausaalisen tekokäsityksen kritiikistä ks. *Welzel 1969* s. 38–42.

luota. Ei siis ollut niin, että kaikki subjektiivinen aines kuuluisi syyllisyyden peruskategoriaan.⁵¹ Toinen tutkimustulos oli se, että useat tunnusmerkit ovat normatiivisia. Näin klassisen rikoksen rakenteen objektiivis-deskriptiivinen tunnusmerkistökäsitys oli virheellinen.

Samuel Cavallin on nyttemmin mm. R. A. Duffin töiden innoittamana voimakkaasti kritisoinut klassista rikoksen rakennetta osin filosofisesta näkökulmasta. Cavallinin mukaan rikoksen rakenteen jakaminen objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen heijastelee descartesilaista dualismia. Kun muut eivät voi nähdä vastaajan pään sisään, ei syyllisyyttä sisäiseksi faktaksi käsitettynä voida näyttää rikosprosessissa toteen. Sisäiset faktat eivät varsinkaan voi muodostaa todistusteemaa. Käsitys on Cavallinin mukaan myös yhteensopiva lain kanssa, sillä laki edellyttää kyllä tahallisuuden, ei sen sijaan sisäisten faktojen selvittämistä tahallisuutena.⁵²

2.2.2 Neoklassinen rikoksen rakenne

Neoklassisen rikoksen rakenteen filosofisena kasvualustana oli viime vuosisadan alun uuskantilaisuus, joka hyväksyi henkítieteille itsenäisen tieteellisen perustan. Maailma oli nähtävä yhteydessä tieteenalan johtaviin arvostuksiin.⁵³ Arvot ja tavoitteet tulivat olennaiseksi osaksi rikosoikeudellista käsitteenmuodostusta ja tulkintaa. Vääryys yhdistettiin sosiaaliseen vahingollisuuteen ja syyllisyys tahdonmuodostuksen moitittavuuteen (normatiivinen syyllisyyškäsitys). Kun psykologinen syyllisyyškäsitys merkitsi tavallaan lähinnä luetteloa syyllisyyteen

⁵¹ Niin ikään tyypeillä tunnusmerkistöopissaan operoivalle Belingille taas oli selvää, että tarkoitustunnusmerkit puhtaasti psyykkisinä momentteina kuuluivat syyllisyyteen; *Beling 1906* s. 20–31 ja 195–196. Mainittakoon *Greven 2004* s. 211 erilaisiin motiiveihin liittyvä esimerkki: jos joku leikkaa nukkuvalta naiselta tukan pilatakseen tämän ulkonäön, hän on saattanut syyllistyä pahoinpitelyyn (strl 244 §), jos taas ilmentääkseen, että tämä on käyttäytynyt siveettömästi, kunnianloukkaukseen (strl 267 §) ja jos taas myydäkseen hiukset peruukintekijälle, varkauteen (strl 276 §).

⁵² Cavallinille myös materiaalisen ja prosessioikeuden erkaantuminen merkitsee dualistista piirrettä. Hänen työnsä tavoitteena on dualismin kitkeminen rikosoikeudellisesta syyllisyydestä. Cavallin toteaa, ettei hänen ei-dualistinen syyllisyys- ja tahallisuuskäsitöksensä merkitse sitä, etteikö sisäisiä faktoja voisi olla olemassa; sellaiset eivät vain voi olla todistelun kohteena. Tästä täsmennyksestä huolimatta jää hiukan epäselväksi, mihin ontologisiin tai epistemologisiin sitoumuksiin ei-dualismi ehkä johtaa. *Cavallin 1999* ks. esim. 16–17, 46, 64, 150–151, 144, 173–174, 191–192, 204, 242–244, 352–353 ja 592. Duffin käsityksiä tarkastellaan jäljempänä.

⁵³ Etenkin vuosina 1870–1920 kukoistanut uuskantilaisuus syntyi reaktionä sekä tieteessä että maailmankatsomuksena yhä suurempaa alaa vallannutta positivismia ja materialismia vastaan. Syntyi eräänlainen ”takaisin Kantiin” -liike. Mm. kantilainen tietoteoria, joka sisältää sekä empiristisiä että rationalistisia elementtejä, saattoi tulla monien alojen edustajien hyväksymäksi. Uuskantilaiset toisaalta muunsivat Kantin filosofiaa. Rikosoikeuteen lienee eniten vaikuttanut uuskantilaisuuden haara ”lounaissaksalainen koulu” (mm. W. Windelband, H. Rickert ja E. Lask), joka oli kiinnostunut kulttuurifilosofiasta ja arvoproblematiikasta. Ks. mm. *Mezger 1933* s. 38–39.

kuuluvista tekijöistä, pyrki normatiivinen syylisyyksäytys lisäksi normatiivisesti perustelemaan, miksi tietyt seikat kuuluvat syylisyyteen.⁵⁴

Tunnusmerkistön mukaisuuden yhteydessä erotettiin nyt objektiivinen ja subjektiivinen tunnusmerkistö. Esimerkiksi anastustahto oli tyypillinen subjektiivinen tunnusmerkki. Eräät tunnusmerkit olivat normatiivisia. Normatiiviset tunnusmerkit merkitsivät tahallisuuskysymysten monipuolistumista. Tahallisuus jäi syylisyyden osaksi.⁵⁵ Myös syyntakeisuus oli syylisyyksäytys. Koska syylisyys oli moitittavuutta, kuului syylisyyteen myös käyttäytymisen moitittavuuteen liittyvien tilanteiden arviointia; syylisyyden poistavien perusteiden (esim. pelosta tai kauhusta johtuneet voimakeinojen ylitykset hätävarjelutilanteessa) ohella kehitettiin yleistä oppia kohtuuttomuudesta (*Unzumutbarkeit*)⁵⁶ syylisyyden poistavana perusteena.

2.2.3 Finalismi

Finalismi kehittyi Hans Welzelin johdolla 1930-luvulta lähtien. Siinä teon käsite oli keskeisessä asemassa. Welzelin mukaan inhimillinen teko oli aivan toisessa olemisen kategoriassa kuin luonnon kausaalikut. Inhimillisellä teolla on finaalin luonne. Ihmisellä on nimittäin kyky asettaa tavoitteita, tiedostaa kausaaliyhteyksiä ja ohjata käyttäytymistään tämän mukaan. Kausaalista tapahtumista ohjaava tahto on finaalin teon selkäranka. Kausaalisuus on sokeaa, mutta finaalisuus näkevää.⁵⁷

⁵⁴ Jareborg 1988 s. 731. Normatiivisen syylisyyksäytyksen kannalta urauurtavana on pidetty etenkin Frankin kirjoitusta Über den Aufbau des Schuldbegriffs vuodelta 1907. Ks. normatiivisesta syylisyyksäytyksestä seikkaperäisesti Utriainen 1984 s. 114–168. Ks. vielä Hiltunen 1951 s. 170–222.

⁵⁵ Mezger 1933 s. 301 luonnehti neoklassismin hengessä tahallisuutta ja tuottamusta seuraavasti: ”Vorsätzlich oder fahrlässig handelt, wer in solchen seelischen Beziehungen zu seiner Handlung steht, daß diese als rechtlich mißbilligte Auswirkung seiner Persönlichkeit erscheint.” Normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden tahallisuuskysymysten ratkaisemiseksi hän kehitti opin maallikon paralleeliarvotuksesta; Mezger 1933 s. 328–330 ja oikeudenvastaisuustietoisuuteen sovelletuna s. 330–333. Oppi on osoittautunut elinvoimaiseksi ja suosituksi. On tosin myös katsottu, että jaottelusta deskriptiivisiin ja normatiivisiin tunnusmerkistötekijöihin voitaisiin luopua, samoin maallikon paralleeliarvotusta koskevasta opista; ks. esim. Dopsch 1987. Vääryyden subjektiivoisuuskäsitteen näkökulmasta on mielenkiintoista, että vaikka täytetyssä teossa tahallisuutta pidettiin syylisyyteen kuuluvana kysymyksenä, pitivät jotkut yrityksessä tahallisuutta tunnusmerkistön mukaisuuteen kuuluvana. Näin tehdään edelleen mm. esityksessä Kienapfel – Höpfel 2000 s. 85–86 ja 126. Voidaan kysyä, onko tämä loogista; kriittisesti mm. Welzel 1969 s. 59–61 sekä Wessels 2000 s. 44 ja 280. Tärkeä kysymys oli myös, sisälsivätkö oikeuttamisperusteet subjektiivisia elementtejä vai eivät. Mm. Mezger 1933 s. 235–236 vastasi kysymykseen kieltävästi.

⁵⁶ Unzumutbarkeit-opin nykymerkityksestä lähemmin Roxin 1997 s. 729–730 ja 886–887. Suomen rikosoikeuden näkökulmasta ks. Laukkanen 1989. Näkökohta on nimenomaan mainittu Itävallan StGB:n tuottamusmäärityksessä (6 §). Ks. Fuchs 2000 s. 196–197 ja Kienapfel – Höpfel 2000 s. 155.

⁵⁷ Welzel 1969 s. 33–42.

Ei ole yllättävää, että tahallisuus ei voinut finalismissa jäädä osaksi syyllisyyttä kun otetaan huomioon, että tekoa ohjaava tahto oli finaalisien teon selkäranka. Tahallisuudesta tuli tunnusmerkistön mukaisuuden osa, tunnusmerkistötahallisuus (*Tatbestandsvorsatz*).⁵⁸ Sikäli kuin tietoisuus oikeudenvastaisuudesta oli rikosvastuun edellytys, se ei voinut olla (enää) osa tahallisuutta, vaan se oli syyllisyyskysymys. Tämä merkitsi myös muutoksia erehdysoppiin. Jaottelu tosiasia-erehdys-oikeuserehdys korvautui tunnusmerkistöerehdyksellä ja kieltoerehdyksellä. Tunnusmerkistöerehdys oli tunnusmerkistötahallisuuden kääntöpuoli. Erehtymistä teon oikeudenvastaisuudesta Welzel nimitti kieltoerehdykseksi. Kaikki oikeudenvastaisuutta koskevat erehdykset olivat kieltoerehdyksiä, riippumatta siitä oliko erehdys tosiseikkoja vai normeja koskeva. Vastuuvapaus edellytti kieltoerehdyksen tapauksessa sitä, ettei erehdys ollut vältettävissä.⁵⁹ Tahallisuuden siirtyminen osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta merkitsi kaiken kaikkiaan vääryyden subjektivoitumista edelleen samalla kun syyllisyys ”laih-tui” ja sen normatiivinen merkitys korostui.

Oikeuttamisperusteisiin kuului objektiivinen ja subjektiivinen puoli. Jälkimmäinen tarkoitti tietoisuutta oikeuttamisperusteen objektiivisesta käsilläolosta ja kulloinkin mahdollisesti edellytettävää puolustustarkoitusta (hätävarjelu) tai pelastustarkoitusta (pakkotila). Jos oikeuttamisperusteen subjektiiviset elementit eivät olleet käsillä, ei teko siis ollut oikeudenmukainen.⁶⁰

Welzelillä vääryys ja syyllisyys eivät siten merkinneet rikoksen ulkoista ja sisäistä puolta kuten klassisessa rikoksen rakenteessa, vaan vääryys oli teko ulkoisen ja sisäisen muodostamana kokonaisuutena ja syyllisyys merkitsi kysymystä siitä, olisiko tekijä voinut toimia toisella tavalla (*Dafür-Können*).

Myös finalismi on saanut osakseen kritiikkiä. Sen on katsottu lähtevän liian yksipuolisesti tekokäsitteestä. Ei ole hyväksytty sitä, että esioikeudellinen teon käsite määräisi olennaisesti rikoksen rakennetta, kuten finalismissa on laita. Teon käsite on siis ollut liian determinoiva. Lisäksi finalistisen tekokäsitteen sisältö on saanut osakseen kritiikkiä. On katsottu, että se joutuisi vaikeuksiin jo tahallisten rikosten yhteydessä. Esimerkiksi ns. automatisoidut teot ja affektiteot voivat olla tahallisia, vaikka ne eivät näytä olevan finaalisia. Suuriin vaikeuksiin finalismi joutuu tuottamuksellisten rikosten yhteydessä, joista määritelmänomaisesti puuttuu finalismille tyypillinen intentionaalisuus. Erityisen selvästi ongel-

⁵⁸ Tekijän tavoitteet ja suhtautuminen liittyvät Welzelin mielestä olennaisesti vääryyteen. Vääryys on tekijäsidonnaista (*personale Unrechtslehre*). Ks. *Welzel 1969* s. 62.

⁵⁹ Welzelin edustamaa käsitystä, joka käsittelee oikeudenvastaisuuteen liittyvät sekä tosiasioita koskevat (putatiivilanteet) että teon sallittuisuutta koskevat erehdykset kieltoerehdyksinä, kutsutaan ankaraksi syyllisyysteoriaksi. Se on vastaajan kannalta sikäli ankara, että putatiivierehdys ei merkitse tuomitsemista enintään tuottamuksellisesta rikoksesta, vaan sillä on vastuusta vapauttava merkitys vasta silloin, jos se ei ollut vältettävissä. Ks. *Welzel 1969* s. 89 ja 157–176.

⁶⁰ *Welzel 1969* s. 83–84.

ma tulee esiin tiedostamattoman tuottamuksen yhteydessä. Myös laiminlyönnin yhteydessä finalismi joutuu vaikeuksiin, sillä laiminlyönnistä puuttuu finaaliselle teolle tyypillinen kausaalifaktoreiden ohjaaminen ja toteuttamistahto.⁶¹

2.2.4 Neoklassisen ja finaalisen rikoksen rakenteen synteesi

Vallitsevana kantana Saksassa voitaneen pitää pyrkimystä yhdistää neoklassinen ja finaalinen rikoksen rakennemalli. Tässä synteessissä vääryys on sosiaalista vahingollisuutta ja syyllisyys tahdonmuodostuksen moitittavuutta.

Finalistisen tekokäsitteen kritiikki on johtanut sosiaalisen teon teorian valta-asemaan. Sosiaalisen teon teorian mukaan rikosoikeudessa teko on sosiaalisesti merkittävää inhimillistä käyttäytymistä. Tämän edeltäjiään löyhemmän tekokäsitteen etuna on pidetty mm. sitä, että se kykenee muita luontevammin kattamaan myös tuottamukselliset teot ja laiminlyönnin. Se on myös finaaliseseen tekokäsitkseen verrattuna rikoksen rakenteen muita osia olennaisesti vähemmän determinoiva ja siten systeeminutraalimpi.

Vaikka finalistista tekokäsitettä ei ole siis haluttu sellaisenaan hyväksyä, on synteessissä lähdetty finalismin eräästä keskeisestä johtopäätöksestä eli siitä, että tahallisuus kuuluu tunnusmerkistön mukaisuuteen. Perusteluna on nyt esimerkiksi se, että tahallisten tekoystyyppien sosiaalinen merkitys ei tule esille, ellei tahallisuutta huomioida jo osana tunnusmerkistön mukaisuutta. Sekä tunnusmerkistön mukaisuudessa että oikeudenvastaisuudessa on objektiivinen ja subjektiivinen puolensa.

Syyllisyyteen kuuluvat kysymykset syntyakeisuudesta, oikeudenvastaisuustiedosta ja anteeksiantoperusteista. Usein tahallisuudella katsotaan olevan tehtäviä myös syyllisyydessä. Tahallisuudella olisi näin ollen kaksoisasema (*Doppelstellung des Vorsatzes*): yhtäältä osana tunnusmerkistön mukaisuutta, toisaalta osana syyllisyyttä. Toinen asia on, mikä sisältö tahallisuudella kummassakin on. Ajatuksena saattaa tällöin olla esimerkiksi se, että tunnusmerkistötahallisuus indisoi syyllisyydestä tahallisuutta, ja/tai osa tahallisuuden edellytyksistä saatetaan sijoittaa tunnusmerkistön mukaisuuteen, osa syyllisyyteen. Oikeudenvastaisuustai vääryystietoisuus ymmärretään yleensä omaksi syyllisyyteen liittyväksi ky-

⁶¹ Finalismin tekokäsitteen kritiikistä ks. esim. Jescheck 1961 s. 146–150. Welzel puolustautuu mm. 1969 s. 41–42. Hän myöntää, että finaalisen teon käsite saattaa viedä ajatukset liikaa toiminnan tavoitteisiin, vaikka tärkeämpää finaalisessa teossa on tapahtumainkulun ohjaaminen. Welzel toteaa, että osuvampaa olisi ehkä voinut olla puhuminen kyberneettisestä teosta ”d.h von der Handlung als einem vom Willen gesteuerten und gelenkten Geschehen”; Welzel 1972 s. 6–8. Ks. myös Stratenwerthin kirjoitusta Unbewußte Finalität? (1974), jossa rikosoikeudellisia teonteorioita, erityisesti finalismia, tarkastellaan mm. automatisoitujen tekojen kannalta. Finalismia erityisesti tuottamuksen yhteydessä arvioi Kantola 1976. Ks. myös Vikatmaa 1970 s. 19–22, Utriainen 1984 s. 169–190 ja Nuutila 1991 s. 167–177.

symyksekseen. Potentiaalinen vääryystietoisuus on riittävä – kieltoerehdys johtaa vastuuvapauteen vain, jos se ei ollut vältettävissä. Tämän kysymyksen lainsäätäjän katsotaan ratkaiseen vuonna 1975 tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen sääntelyllä (StGB 16–17 §). Ratkaisua pidetään syyllisyysteorian mukaisena, joskaan yleensä ei lähdetä ankaran syyllisyysteorian mukaisesti siitä, että putativierehdyksetkin olisivat kieltoerehdyksiä.

2.2.5 Funktionalismi

Funktionalistisen (tavoiterationaalisen) rikoksen rakennemallin lähtökohtana on se, että rikosoikeudellinen systeeminrakennus ei lähde esioikeudellisista käsitteistä, vaan sitä johtavat pelkästään rikosoikeudelliset tavoitteet. Funktionalistinen systeemi on näiden tavoitteiden kyllästävä. Funktionalismi palaa uskantilaisuuteen, mutta korvaa sen sisällöltään liian epämääräiset arvot spesifisti rikosoikeudellisilla arvoituksilla, jotka palautuvat modernien rangaistusten tavoitteita koskevien oppien kriminaalipoliittisiin perusteisiin.⁶²

Funktionalismin vaikutusvaltaisimman edustajan Roxinin mukaan rikosoikeudellinen teko merkitsee persoonallisuuden ilmentämistä (*Persönlichkeitsäusserung*)⁶³. Tunnusmerkistön mukaisuus merkitsee abstraktia rangaistuksenarvoisuutta. Sen taustalla on ennen kaikkea yleispreventio. Myös syyllisyysperiaate tulee esiin tunnusmerkistön mukaisuudessa. Tätä ilmentää mm. oppi objektiivisesta syyksilukemisesta, jota pidetään eräänä funktionalismin keskeisenä opillisena saavutuksena.

Oikeudenvastaisuudessa ei ole kyse erityisesti rikosoikeudellisesta kategorias- ta. Oikeuttamisperusteita löytyy sekä rikosoikeudesta että muilta oikeudenaloilta. Vääryydessä on kyse teon konkreettisesta kiellettyisyydestä, konkreettisesta sosiaalivahingollisuudesta.

Syyllisyyttä vastaa Roxinilla vastuullisuuden kategoria (*Verantwortlichkeit*; funktionaalinen syyllisyyskäsitteys). Vastuullisuuteen kuuluu ensinnäkin syyllisyys ymmärrettynä ”normatiiviseksi puhuteltavuudeksi”; siihen ei liity preventiivistä ainesta. Vastuullisuus edellyttää roxinilaisessa rakennemallissa kuitenkin myös preventiivistä rangaistavuuden tarvetta. Roxinin mukaan esimerkiksi eräissä pakkotila- ja hätävarjelutekojen liioittelutapauksissa, jotka lainsäätäjät on jät-

⁶² Näin Roxin 1997 s. 154–155. Rangaistuksen tavoitteena on erityis- ja yleispreventio. Sovitusajattelua ei sitä vastoin hyväksytty, joskin syyllisyysperiaate muodostaa ylärajan, jota ankarampaa rangaistavuutta ei voida oikeuttaa preventiivisin argumentein. Rikosoikeudellisen järjestelmän eri tasoilla tavoitteet painottuvat eri tavoin (preventiivinen yhdistelmäteoria). Sovitusajattelu näyttäisi elävän Roxinilla paitsi syyllisyysperiaatteen hyödyntämisessä myös siinä, että oikeudenmukainen rangaistus on tarpeellinen yleisprevention näkökulmasta. Ks. lähemmin Roxin 1997 s. 54–62.

⁶³ Ks. ”personaler Handlungsbegriff” -opista Roxin 1997 s. 202–215 ja Cavallin 1999 s. 80–82.

tänyt rankaisemattomiksi, kyse on juuri siitä, että lainsäätäjä on katsonut, ettei näissä tapauksissa ole olemassa rangaistavuuden tarvetta, eikä siitä, että syyllisyys puuttuisi täysin. Vastuullisuuden kategoria on roxinilaisen tavoiterationaalin rakennemallin toinen keskeinen uutuus.⁶⁴

Kaiken kaikkiaan näyttää siltä, että saksalainen rikoksen rakennemalli on sadassa vuodessa muuttunut merkittävästi. Rakenneopin muutosten merkitys käytännön ratkaisutoiminnan kannalta on ollut vaihteleva. Tahallisuuden kannalta eräänä selvänä teoreettisena muutoksena on havaittavissa tahallisuuden paikan muuttuminen rikoksen rakenteessa. Tahallisuus on ensin merkinnyt syyllisyyden keskeistä sisältöä mutta siirtynyt finalismin myötä tunnusmerkistön mukaisuuteen. Sittemmin on kuitenkin pohdittu, olisiko tahallisuudella sittenkin jonkinlainen kaksoisasema yhtäältä tunnusmerkistön mukaisuuden, toisaalta syyllisyyden osana. Eräs perinteisesti ongelmallinen kysymys on ollut se, minkälaista oikeudenvastaisuus- tai vääryystietoisuutta tahallisuus mahdollisesti edellyttää. Syyllisyysteorian voittaessa alaa asia on sikäli ratkaistu, että tämä kysymys ei enää kuulu ainakaan tunnusmerkistötahallisuuden problematiikkaan. Tärkeäksi kysymykseksi on noussut oikeuttamisperusteiden mahdollinen subjektiivinen puoli. Normatiiviset tunnusmerkistötekijät ovat monipuolistaneet tahallisuuskeskustelua. Tahallisuuden alinta astetta koskeva keskustelu ei näytä sisällöllisesti muuttuneen kovin dramaattisesti.⁶⁵

2.2.6 Rikoksen rakenteesta Suomessa

Suomalainen rikosoikeus on seurannut melko tiiviisti saksalaista keskustelua dogmaattisissa ja rakenneopillisissa kysymyksissä, joskin vaikutteita on toki tullut muualtakin. Esimerkiksi Honkasalon, jonka oppikirjat olivat meillä keskeisessä asemassa 1990-luvulle saakka, rikosoppi on klassinen tai neoklassinen.⁶⁶ Neoklassista rikoksen rakennetta voitaneen sanoa tyypilliseksi Pohjoismaissa viime vuosikymmeninä. Finalismi ei saanut juuri edustajia. Suomessa roxinilainen kriminaalipoliittinen rikoslainoppi on saanut merkittävää jalansijaa. Pohdinnan kohteena on mm. se, pitäisikö meilläkin ottaa se saksalaisen rakennekehityksen mukainen askel, että tahallisuutta ryhdyttäisiin arvioimaan tunnus-

⁶⁴ Ks. *Nuotion* 1998 s. 60–70 valaisevaa arviota Roxinin rikosoikeuskäsityksestä. – Funktionalismista ks. myös mm. *Backman* 1992 s. 166–171, jossa katsotaan mm., että ”funktionalistien” tuoma lisä rikosoikeudellisen käsitesystematiikan kehittelyyn lieene vähäisempi kuin he usein itse halusivat esittää, ja *Nuotio* 1998 s. 120–128.

⁶⁵ Saksalaisen rikoksen rakenneopin kehitysvaiheista kokoavasti ks. *Haft* 1994 s. 17–27, *Jescheck – Weigend* 1996 s. 199–217 ja *Roxin* 1997 s. 149–157.

⁶⁶ Honkasalon rikoksen rakenteesta Honkasalon omien esitysten lisäksi ks. mm. *Koskisen* 1976 ja *2004* sekä *Fränden* 1989 s. 176–182 tarkasteluja. Honkasalon syyllisyyskäsityksen arvioista ks. *Urtainen* 1984 s. 162–168.

merkistön mukaisuuden kysymyksenä. Saksalaista lainoppia nykyrikosoikeus-tieteilijöistämme ehkä kaikkein tiiviimmin seurannut Frände otti tällaisen aske-len jo 1980-luvun lopulla.⁶⁷

Yleisten oppien uudistus osana rikoslain kokonaisuudistusta merkitsi vastuu-opin kysymysten säänneltyisyyden asteen nostamista aivan uudelle tasolle. Lain-säättäjä löi lukkoon monia asioita. Eräs keskeinen periaate uudistuksessa oli kuitenkin systeeminutraalisuus. Uudet säännökset voidaan sen mukaan sijoittaa tunnusmerkistön mukaisuuden, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden sisältä-vään perusmalliin, mutta säännökset ovat ymmärrettävissä ja tulkittavissa myös tätä rakenneratkaisua tuntematta. Säännösten tulee esitöiden mukaan rakentua johdonmukaisen peruskäsitteistön varaan, mutta samalla on vältettävä turhaa sitoutumista rikosoikeusteorian muuttuviin ja jatkuvan keskustelun kohteena oleviin teoreettisiin konstruktioihin. Uudistuksessa sanotaan tehdyn yksi poik-keus teorianeutraalisuudesta: teon oikeudenvastaisuutta koskevaa erehdystä kä-sitellään syyllisyys-, ei tahallisuuskysymyksenä.⁶⁸ Näin lainsäättäjä omaksui meilläkin syyllisyysteorian mukaisen lähtökohdan. Kyseessä ei ainakaan teo-reettisesti ole mikään vaatimaton poikkeus.

Lähtökohtana oli siis, juuri mainittua poikkeusta koskevin varauksin, neutraa-lius suhteessa mm. rakennemalleihin. Sääntely noudatti kuitenkin erästä lainsää-täjän mielestä teoreettisia perusteita tärkeämpää jäsennyysavainta, nimittäin vas-tuuehtojen jakamista vastuun perustaviin ja sen poissulkeviin. Tämä käy ilmi säännösten lukukohtaisessa sijoittelussa; luvun 3 otsikkona on Rikosoikeudelli-sen vastuun yleisistä edellytyksistä ja luvun 4 Vastuuvapausperusteista.⁶⁹

2.3 TAHALLISUUDEN SIJAINNISTA RIKOKSEN RAKENTEESSA

Mihin tahallisuus sijoitetaan rikoksen rakenneopissa ja miksi? Klassinen rikok-sen rakennemalli sijoitti tahallisuuden syyllisyyteen. Uudemmat saksalaiset ra-

⁶⁷ Frände 1989 s. 191. Nuutilan 1997 s. 82–84 rakennekaaviossa tahallisuus on sijoitettu syylli-syyteen. Ks. myös Lappi-Seppälä 2003 s. 753, jossa tahallisuus sijoittuu tunnusmerkistön mukai-suuden portaalle. Samoin Tapiola 2001 s. 260–261 sekä 2004a s. 11 ja 107–108. – Rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään arvioinut Koskinen 2004 s. 517 toteaa, että elämme jonkinlaista luovan hämärän aikaa: honkasalolainen rakenneoppi ei enää ole vallitseva eikä riittävä, mutta mikään vaihtoehtoinenkaan malli ei ole noussut valta-asemaan. Rikoksen ra-kenteesta ks. myös Majanen 1979 s. 1–5. – Backman on tarkastellut laajasti suomalaisen rikos-lainopin perusteita teoksessaan Oikeustiede yhteiskuntatieteenä (1992).

⁶⁸ Ks. HE 44/2002 s. 8–10.

⁶⁹ HE 44/2002 s. 8–10. Ks. myös Lappi-Seppälä 1992 ja 2003 s. 751–754. – Englantilaisesta ra-kenneopista ks. jaksoa IV.6.1.

kennemallit lähtevät sen kuulumisesta (ainakin) tunnusmerkistön mukaisuuteen. Mahdollista olisi myös sen sijoittaminen molempiin (tahallisuuden kaksoisase-ma). Tällainen kaksoisasema voidaan ymmärtää ja toteuttaa eri tavoin. Pohjois-maisissa esityksissä tahallisuutta on tapana käsitellä syyllisyyskysymyksenä. Näin on perinteisesti tehty myös Suomessa, mutta nyttemmin tahallisuuden kuu-lumista syyllisyyteen ei ole pidetty ainakaan itsestään selvänä.

Rikoksen rakenteelle, jossa vääryys (tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeu-denvastaisuus) merkitsee objektiivisten seikkojen kokoelmaa ja syyllisyys puo-lestaan paikkaa, johon subjektiivinen aines kerätään, tahallisuuden sijainti syy-lisyydessä oli luonnollista. Finalismiin, joka piti inhimilliselle toiminnalle kes-keisenä tarkoituksellisuutta, sopi hyvin tahallisuuden sijoittaminen jo tunnus-merkistön mukaisuuteen.

Erittäin merkittävää on, miten sijaintipaikkoina mahdollisten rikoksen raken-neosien funktio ymmärretään. Tunnusmerkistön mukaisuudessa nähdään usein tyypillinen vääryys. Oikeudenvastaisuus on vääryyttä konkreettisessa tilantees-sa. Syyllisyyden perustava näkökulma olisi (tahdonmuodostuksen) moitittavuus. Keskeiseksi ratkaisuperusteeksi muodostuisi näin ollen se, voidaanko tahallisuu-den sanoa liittyvän tyypilliseen vääryyteen vai tahdonmuodostuksen moititta-vuuteen. Tärkeätä argumentaatioapua voidaan tällöin saada siitä, mitä muuta noihin kategorioihin kuuluu, ts. minkä muun katsotaan muotoavan tyypillistä vääryyttä tai vaikuttavan tahdonmuodostuksen moitittavuuteen.

Merkittävää on tietysti myös se, mitä muita rakenneopillisia sitoumuksia mah-dollisesti on tehty. Esimerkiksi valinta syyllisyys- ja tahallisuusteorian välillä voi olla merkittävä. Tahallisuusteorian edustaja voi olla taipuvainen (joskaan hänen ei ehkä ole pakko) pitämään oikeudenvastaisuustietoisuutta ja näin ollen muutakin tahallisuutta osana syyllisyyttä.⁷⁰ Lainsäätäjä on saattanut tehdä ratkai-suja, jotka on syytä ottaa huomioon. Tämä tuo rakenneoppiin kansallista piirret-tä.

Argumentaatiossa on tuotu esiin näkökohtia, jotka liittyvät ratkaisun rikosoi-keudelliseen oikeellisuuteen (tunnusmerkistön mukaisuuden, syyllisyyden ja ta-hallisuuden luonne ja funktio sekä sijoituksen dogmaattiset seuraukset), käytän-nön merkitykseen ja pedagogisiin ansioihin. Nämä piirteet liittyvät toisiinsa; ri-kosoikeudelliseen oikeellisuuteen voi odottaa liittyvän positiivista käytännön

⁷⁰ Saksalaisessa kentässä omia teitään kulkevalle *Schmidhäuserille* 1984 s. 185–192 ja 199–224 tahallisuus (*Vorsätzlichkeit*) on aktuaalista vääryystietoisuutta (tietoisuutta siitä, että teko on yhtei-söelämän perusteita koskevalla tavalla kielletty). Aktuaalinen vääryystietoisuus puolestaan edel-lyttää aktuaalista tekotietoisuutta, joka myös kuuluu syyllisyyteen. Molemmista (konkreettisesti) mahdollisena pitäminen riittää korkeusulottuvuuden kannalta.

merkitystä. Pedagogia liittyy myös mm. siihen, keiden rakennetta täytyy osata hyödyntää.

Tahallisuuden sijoittaminen tunnusmerkistön mukaisuuteen on siis Saksassa vallitseva kanta. Tarkastelen lyhyesti eräitä argumentteja, joita tämän ratkaisun puolesta voidaan esittää.

Ensinnäkin voidaan esittää, että eri rikosten (vääryystyyppien) erot voivat liittyä subjektiivisiin seikkoihin. Esimerkiksi varkauden erottaa luvattomasta käytöstä anastustarkoitus; ilman tällaista tarkoitusta teko ei ole ylipäättään tunnistettavissa varkaudeksi. Anastustarkoituksen täytyy siis kuulua tunnusmerkistön mukaisuuteen. On johdonmukaista, että (muutkin) tahallisuuskysymykset ymmärretään tunnusmerkistön mukaisuutta koskeviksi.⁷¹

Argumentti pitää tunnusmerkistön mukaisuutta kategoriana, joka ilmentää ao. rikoksen tyypillistä vääryyttä, ja hyväksyy subjektiiviset tunnusmerkit tuohon tyypillisyyteen vaikuttavina. Jos näin tehdään, mikä ei ehkä ole välttämätöntä, tuntuu anastustarkoituksen kuuluminen jo tunnusmerkistön mukaisuuteen melko luontevalta. Tästä ei kuitenkaan ehkä seuraa, että tahallisuudenkin tulisi kuulua sinne. Anastustarkoitus on erityinen subjektiivinen elementti, jota ei välttämättä tule kohdella samoin kuin yleistä tahallisuutta. Myös tahallisuuden tunnusmerkistön mukaisuuteen sijoittavat erottavat usein erityiset subjektiiviset tunnusmerkit tahallisuudesta, joka muodostaa tällöin yleisen subjektiivisen tunnusmerkin. Ylipäättään tahallisuus ei välttämättä ole samassa asemassa kuin tarkoitus tai tarkoituksellisuus.⁷²

Toinen argumentti viittaa rikoksen yritykseen. Sen mukaan on kiistatonta, että juuri tahallisuus tekee yrityksestä yrityksen. Vasta tahallisuus antaa ratkaisevan merkityksen teolle, joka yritysvaiheessa voi ulkoisesti vielä näyttää varsin monitulkintaiselta. Niin kauan kuin tahallisuutta ei tunneta, ei tiedetä, minkä rikoksen yrityksestä olisi kysymys. Tahallisuuden täytyy siis yrityksessä kuulua tunnusmerkistön mukaisuuteen. Olisi outoa, mikäli tahallisuus sijaitsisi yrityksessä ja

⁷¹ Ks. esim. *Kühl* 2002 s. 77–79 ja *Otto* 2004 s. 90–91. Näkökohtaan kiinnittää huomiota myös mm. *Nuutila* 1997 s. 80–81, joskin esim. rakennekaaviossa s. 82–84 tämäntyyppiset elementit näyttävät sijoitetun syyllisyyteen, ks. myös s. 216–217. Erityisiä tarkoituksia onkin meillä voitu arvioida subjektiivisina tunnusmerkkeinä tai erityisinä tahallisuusvaatimuksina, minkä *Koponen* 2004a s. 135 av. 393 toteaa.

⁷² Tämäntyyppisellä argumentilla – tahallisuus on eri asia kuin tarkoitus tai tarkoituksellisuus – voidaan kenties yrittää kiistää se, että finalismin perusideasta seuraisi tahallisuuden sijoittaminen jo tunnusmerkistön mukaisuuteen. – Tarkoituksen osalta saattaa lisäksi olla syytä erottaa toisistaan tarkoitus, jolla jotain tehdään (tähtään osuakseni maaliin, juoksen ehtiäkseni junaan) ja tarkoitus tehdä jotain (aion mennä elokuviin). Ks. erottelusta avsikt (syfte) – avsikt (beslut) lähemmin *Jareborg* 1969 s. 264–272 ja 2001 s. 307. Erilaiset tarkoitustyyppit voivat olla merkitykseltään eri asemassa tahallisuuden sijoittamiskysymyksessä.

täytetyssä teossa eri paikoissa. Siispä tahallisuuden täytyy täytetyssäkin rikoksessa kuulua tunnusmerkistön mukaisuuteen.⁷³

Peruste on samantapainen kuin edellinen. Siihen voidaan yrittää vastata seuraavasti. Subjektiiiset seikat voivat muodostaa keskeisen osan yritystekoa. Varsinaisena yrityksen subjektiivisena selkärankana voidaan pitää tarkoitusta tehdä tietty teko, esimerkiksi tarkoitusta lyödä toista puukolla kylkeen (joka merkitsee potentiaalisesti tapon yritystä). Tarkoitus tehdä tietty teko on kuitenkin eri asia kuin tahallisuus tai seurauksen aiheuttaminen tarkoitustahallisuudella.

Voidaan myös esittää seuraava sangen yksinkertainen argumentti. Tunnusmerkistöstä itsestään käy ilmi sen rangaistavuus tahallisenä, joko nimenomaisesti tai, niin kuin meillä, RL 3:5.2:n kaltaisen säännöksen välityksellä. Tahallisuuden kuuluminen tunnusmerkistön mukaisuuteen on näin ollen täysin ilmeistä.⁷⁴ On myös tunnusmerkistöön kuuluvia ilmaisuja, joihin sisältyy tahallisuusvaatimus, kuten ”tappaa”-verbi RL 21:1:ssä. Olisi sangen epäluonnollista ryhtyä irrottamaan tällaisesta ilmauksesta tahallisuutta sen sijoittamiseksi toisaalle kuin muu tunnusmerkistöaines.⁷⁵

Jos tapon ja kuolemantuottamuksen tyypilliset vääryydet ovat erilaiset, voi tosiaan olla lähellä sijoittaa tahallisuus tunnusmerkistön mukaisuuteen. Nyt on vaikeampi esittää vasta-argumentteja kuin anastustarkoituksen yhteydessä. Tosin sen merkitykseen, että tahallisuus mainitaan tai sitä edellytetään tiettyssä kriminalisoinnissa, voitaisiin huomauttaa, että kriminalisointiin voitaisiin toki kirjoittaa sisään muutakin sellaista, jota siinä ei ole mutta jota rikosvastuu edellyttää, kuten syyntakeisuusedellytys tai oikeuttamisperusteiden puuttuminen.

Tästä näkökulmasta on vielä mainittava eräs ilmiö. Kaikkeaa kriminalisoinnin mainitsemata subjektiivista ei välttämättä ole pidetty subjektiivisena tunnusmerkkinä. Subjektiiisia seikkoja on voitu pitää myös ns. subjektiivisina syyllisyys-tunnusmerkkeinä. Saksalaiset saattavat nähdä tällaisena esim. murhan kriminalisoinnin (StGB 211 §) ilmauksen, joka puhuu tappamisesta ”alhaisista vaikutuksista” (”aus niedrigen Beweggründen”). Kyseinen seikka liittyisi pikemminkin tahdonmuodostuksen moitittavuuteen kuin vääryysulottuvuuteen.⁷⁶

Haft selittää tätä kehitystä kahdella virtauksella: otetaan aiempaa enemmän huomioon tekijäpersoonallisuus, vaikka lähtökohtana on tekorikosoikeus (rikosoikeuden individualisoituminen), ja deliktityyppejä erotellaan myös eettisten näkökohtien avulla (rikosoikeuden eettistyminen). Haftin esittämän peukalo-säännön mukaan tekotapaan (”wie”?) liittyvät seikat kuuluvat vääryyteen, kun

⁷³ Ks. näkökohdasta *Haft* 1994 s. 67.

⁷⁴ Tähän suuntaan *Frände* 1989 s. 191.

⁷⁵ Ks. *HE 94/1993* s. 92. *Fränden* 1989 s. 191 mukaan on ylipäätään vastoin luonnollista kielenkäyttöä puhua teoista ottamatta huomioon tekijän psyykkistä suhtautumista (inställning).

⁷⁶ Ks. *Jescheck – Weigend* 1996 s. 471–473.

taas vaikuttimia ("woher"?) ja tavoitteita ("wozu"?) koskevat seikat olisivat syyllisyystunnusmerkkejä.⁷⁷

Jos omaksutaan kategoria subjektiiviset syyllisyystunnusmerkit, saadaan niistä ehkä samantyyppinen argumentti tahallisuuden sijoittamiseksi syyllisyyteen kuin minkä subjektiiviset tunnusmerkit muodostavat sen kuulumisesta tunnusmerkistön mukaisuuteen. Suomessa erityisellä subjektiivisten syyllisyystunnusmerkkien kategorialla ei toisaalta sanottavammin operoitane.

Entä mitä muuta voidaan sanoa sen puolesta, että tahallisuus kuuluisi syyllisyyteen? Erään argumentin muodostavat peto- ja lääkäriesimerkki. Isä huomaa jonkin pedon olevan hyökkäämässä lapsensa kimppuun. Hän mieltää, että ampuessaan hän 60 %:n todennäköisyydellä osuu lapseen, mutta muutakaan ei näytä olevan tehtävissä. Vastaavasti lääkäri suorittaa hätäleikkauksen ymmärtäen, että se johtaa 80 %:n todennäköisyydellä potilaan kuolemaan. Jos tahallisuus kuuluu tunnusmerkistön mukaisuuteen, voitaisiin joutua toteamaan, että isällä ja lääkäriellä oli tappotahallisuus.

Moderni lainoppi selviytyy tilanteesta lääkäriesimerkissä. Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta tai teon huolimattomuudesta päätyisi nimittäin vastuuvapauteen jo objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden puolella, jos tekijä noudatti lex artista. Jos isän vastuuvapauden perusteena on pakkotila, hän olisi aiheuttanut lapsensa kuoleman tahallaan. Tätä saatetaan kuitenkin pitää lähinnä kosmeettisena ongelmana, kun isä kuitenkin vapautuisi vastuusta. Samaa voidaan tosin ehkä sanoa myös monista argumenteista, joiden mukaan tahallisuus tulisi sijoittaa tunnusmerkistön mukaisuuteen.

Yksi argumentti liittyy tahallisuuden ja syyntakeisuuden suhteeseen. Jos tahallisuus kuuluu tunnusmerkistön mukaisuuteen, voi käydä niin, että tekijällä katsotaan olleen tahallisuus, mutta myöhemmin ilmenee, ettei hän ollut edes syyntakeinen. Luonnollisempaa voikin olla arvioida ensin hänen syyntakeisuuttaan.

Argumentin merkitys riippuu muun muassa siitä, missä määrin tahallisuuden ja syyntakeisuuden kriteerit mahdollisesti kohtaavat toisensa. Huomio kiinnittyy erityisesti mieltämiseen. Mieltämiseen perustuva tahallisuus edellyttää, että tekijä piti tunnusmerkistön mukaista seurausta vähintäänkin varsin todennäköisenä (RL 3:6) ja että hän oli selvillä tunnusmerkistön toteutumisen edellyttämistä muista seikoista (RL 4:1). Tahallisuuden tavataan sanoa edellyttävän, että tekijä on ymmärtänyt tekonsa sosiaalisen (sosiaalis-oikeudellisen) merkityksen. Tekijä on syyntakeeton, jos hän ei kykene ymmärtämään tekonsa tosiasiallista luonnetta tai oikeudenvastaisuutta.⁷⁸

⁷⁷ Ks. *Haft* 1994 s. 45–46 ja 141–142.

⁷⁸ Ks. *HE 44/2002* s. 62–63. *HE:n 44/2002* syyntakeisuusperustelut puhuvat, valitettavasti, vuoroin tosiasiallisen merkityksen ymmärtämisestä, vuoroin kyvystä ymmärtää tosiasiallinen merkitys.

Uuden rikosprosessin aikana lienee enemmän tai vähemmän haluttu rajoittaa mielentilatutkimuksen jälkeinen pääkäsittely syyntakeisuuskysymyksiin. Kysymys tahallisuuden ja syyntakeisuuden suhteesta ja käsittelyjärjestyksestä aktualisoituisi erityisesti, jos mielentilatutkimukseen lähettämisen yhteydessä tulisi antaa jonkinlainen välituomio.⁷⁹

Oppi tahallisuuden kaksoisasemasta lähtee siitä, että tahallisuudella on funktioita sekä tunnusmerkistön mukaisuuden että syyllisyyden puolella. Tunnusmerkistön mukaisuudessa tahallisuus vaikuttaa menettelyn sosiaalis-oikeudelliseen merkitykseen. Syyllisyyspuolella kyse on siitä, että tunnusmerkistötahallisuus ilmentää yleensä myös puuttuvaa oikeudellista suhtautumista (Rechtsgesinnung). Ajatuksena voi esimerkiksi olla, että tunnusmerkistötahallisuus indisoi syyllisyystahallisuutta. Syyllisyystahallisuus olisi kääntäen ikään kuin tunnusmerkistötahallisuuden heijastumaa. Indisio voisi kumoutua tietyissä tilanteissa, kuten tekijän lähtiessä virheellisesti oikeuttamisperusteen perustavien seikkojen käsilläolosta. Tällöin tekijällä oli tunnusmerkistötahallisuus, mutta se ei pohjautunut negatiiviseen suhtautumiseen oikeuteen, ja tekijä voidaan tuomita enintään tuottamuksellisesta teosta.⁸⁰

Tällaisen heijastus- ja indisiofunktion ohella kaksoisasemalla saattaa olla välittömämpääkin merkitystä. Näin on Jescheckin ja Weigendin mukaan laita dolus eventualiksessa. Se on käsillä silloin, kun tekijä on pitänyt relevanttia seikkaa mahdollisena, ottanut mainitun riskin vakavasti (= pitänyt riskiä melko suurena) ja mukautunut tunnusmerkistön toteutumiseen. Näistä elementeistä kaksi ensimmäistä kuuluu mieltämiseen, kun taas viimeinen, volitiivinen elementti ilmentää tekijän suhtautumista oikeusjärjestyksen suojaamaan oikeushyvään ja on näin syyllisyyslementti.⁸¹

Tahallisuuden sijoittamisella (ja sisällöllä) voi olla dogmaattisia seurauksia. Teoreettiset vaikutukset voivat olla moninaiset. Myös käytännöllistä merkitystä saattaa olla. Lainsäädännön eri kohdissa viitataan rikostekoihin eri tavoin. Mo-

⁷⁹ Ks. myös *Hannula 1976* ja *Wagner-Prenner 2000* s. 103–112. – Ruotsissa, jossa syyntakeisuus ei ole BrB:n myötä ollut rikosvastuun edellytys, on pohdittu, olisivatko tahallisuuskriteerit psykikisesti häiriintyneiden kohdalla joskus olleet tavallista alhaisemmat kriminaalipoliittisista syistä eli ottaen huomioon, että tahallisuusvaatimuksen täyttymättä jäämisestä on voinut seurata syytteen hylkääminen ja henkilön jääminen myös hoidollisen reaktion ulkopuolelle; ks. *SOU 1996:185a* s. 503–506 ja 528–531 sekä niissä mainitut lähteet.

⁸⁰ Ks. esim. *Jescheck – Weigend 1996* s. 243, 299–300, 430 ja 460 sekä *Wessels – Beulke 2000* s. 45–47 ja 131–132.

⁸¹ *Jescheck – Weigend 1996* s. 299–300. Dolus eventualikseen kuuluu toimintavääryyden volitiivisena elementtinä heidän mukaansa tunnusmerkistön toteuttavan ao. teon toteuttamistahto. *Roxin 1997* s. 374–375 sanoo, että hänestä näyttää asianmukaiselta katsoa tahallisuus kokonaisuutena merkitykselliseksi sekä tunnusmerkistön mukaisuuden että syyllisyyden näkökulmasta.

nesti voi herätä kysymys siitä, tarkoitetaanko ”koko” rikosta, vain esimerkiksi objektiivista tunnusmerkistön mukaisuutta vai ehkä lisäksi tahallisuutta.⁸²

Ei näytä siltä, että olisi esitettävissä perusteita vain yhden sijoituspaikan puolesta. Toisaalta on korostettu, että rikoksen rakenne ei ole yksi ja ainoa tosi kuvaus rikosvastuun edellytyksistä. Kysymys ei olisi oikeasta ja väärästä vaan perustellummasta ja vähemmän perustellusta tai tarkoituksenmukaisemmasta ja vähemmän tarkoituksenmukaisesta. Rikoksen rakenteessa on kyse ennen kaikkea rikosvastuun edellytysten esittämisen ja kuvaamisen tavasta, jossa eri näkökohtia ja tavoitteita voidaan painottaa jossain määrin eri tavoin. Vaikka ei olisi yhtä ainoaa oikeaa rikoksen rakennetta, on selvää, että omaksutun rakennemallin tulee olla johdonmukainen. Mitä enemmän rikosoikeudessamme omaksutaan esimerkiksi saksalaisia teoreettisia ratkaisuja, sitä enemmän on kontaktipintoja saksalaiseen rikoksen rakenneoppiin. Jos tällaisia kontaktipintoja tulee riittävästi, voi alkaa olla johdonmukaista omaksua saksalainen ratkaisu tahallisuuden sijoittamisenkin suhteen. Eräs merkittävä, joskaan tuskin itsessään vielä ratkaiseva, asia oli rajoitetun syyllisyysteorian omaksuminen yleisten oppien uudistuksessa pitkälti saksalaisten linjanvetojen mukaan.

⁸² Näkökulma on selvästi tiedostettu esim. menettämisseuraamuksen yleisiä edellytyksiä koskevassa RL 10:1:ssä.

3 Yleiskielen ja sosiaalisen elämän näkökulma

3.1 TAHALLISUUS JA YLEISKIELI

Toisinaan tahallisuuskustelussa hyödynnetään yleiskieltä ja esitetään käsityksiä siitä, mitä tahallisuus tarkoittaa tai ei tarkoita. Yleensä katsotaan, että varsinkin tarkoitustahallisuus vastaa sitä, mitä tahallisuus yleiskielisesti tarkoittaa.⁸³ Tämä lienee yksi syy siihen, miksi käsitykset, jotka haluaisivat operoida yksinomaan mieltämisellä tahallisuudessa ja siten eliminoida tarkoituksellisuuden tahallisuuden alueelta, eivät ole saavuttaneet kovin yleistä kannatusta.⁸⁴

Yleisesti ottaen voitaneen sanoa, että mitä korkeammasta tahallisuuden asteesta on kyse, sitä paremmin sen katsotaan mahtuvan tahallisuuden yleiskielisen merkityksen piiriin. Tahallisuuden alinta astetta koskevia malleja ei ole yhtä helppo tukea tahallisuuden yleiskielisellä merkityksellä.

Tahtomallien puolustajat saattavat katsoa, että ”tieten tahtoen” tahallisuuden sisältönä puhuu sen puolesta, että tahallisuudessa, myös sen alimmassa asteessa, on tahtomomentti. Toisaalta voidaan sanoa, että oikeastaan edes tarkoitustahallisuus ei sillä tavoin edellytä tahtomista, etteikö rikoksen tekeminen voisi olla tekijän mielestä epämiellyttävää. Tahallisuuden alimman asteen osalta esimerkiksi BGH:n oikeuskäytännössä ”hyväksyminen” on saanut väistyä ilmaisun ”Billigung im Rechtssinne” (hyväksyminen oikeudellisessa mielessä) tieltä, mikä ilmentää sitä, että tahtomomentista ei ole enää juuri mitään jäljellä. Tähän taas ehkä vastataan, että kyseessä on dolus determinatukseen verrattuna heikennetty tahtomomentti mutta tahtomomentti kuitenkin; tosin saatetaan ehkä puhua vaihtoehtoisesti esimerkiksi suhtautumisesta, jos niin halutaan.

Esimerkkinä kielellisten näkökohtien hyödyntämisestä voidaan mainita Spendelin etymologinen argumentaatio. *Vor-setzen*iä (Vorsatz = tahallisuus) voidaan lähestyä kahden muun verbin avulla, jotka ovat ”vor-stellen” ja ”vor-nehmen”. Nämä kuvaavat ulkoisia toimintoja. Niistä sanottu koskee kuitenkin vastaavasti myös henkistä toimintaa. ”Vor-stellen” tarkoittaa sitä, että henkilö muodostaa mielessään kuvan jostakin. ”Vor-nehmen” kuvaa suunnittelemista, päättämistä ja tavoittelemista. Näin *Vorsetzen* sisältää kaksi olennaista elementtiä: intellektuaalisen ja volitiivisen. Tahallisuuden merkitys voidaan johtaa kyseisistä elementeistä.

⁸³ Ks. *Schünemann 1999* s. 366–367.

⁸⁴ Ks. Rossin käsityksestä jäljempänä jakso V.3.3.2.

On vapauduttava sellaisesta käsityksestä, että tahtominen olisi vain jonkin tavoittelemista. Tahtominen vahvassa muodossa on ”vor-nehmen”, heikommasa ”hin-nehmen”. Jälkimmäinen on sama kuin sietää (dulden). ”Hin-nehmen” on kyseessä varmuustahallisuuden tapauksessa. Vielä heikompi tahtominen on kyseessä dolus eventualiksessa (”in Kauf nehmen”). Myös esimerkiksi ”ein-willigen” (suostua) on, kuten jo sana itsessään osoittaa, tahtomista. Tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa yhteistä on intellektuaalinen mahdollisena pitämisen momentti, mutta kun edellisessä tahto on vielä käsillä, joskin heikentyneenä, ei sellaista enää ole tiedostetussa tuottamuksessa.⁸⁵

Miksi tahallisuuden käsitteen pitäisi olla yleiskielen mukainen? Yleiskielen mukaisuus merkitsee pedagogista etua. Rikoslain ja sen nojalla annettujen tuomioiden ymmärtäminen ja hyväksyminen on helpompaa. Rikosoikeudellinen keskustelu ei jää juridisen ”salakielen” varaan. Mahdollisuus kontrolloida rikosoikeutta kasvaa, samoin rikosoikeuden kansanomaisuus. Prevention edellytykset paranevat, samoin rikosoikeuden legitimizeetti.

Ei ole yllättävää, että jos tahallisuutta yritetään määritellä konkreettisesti, eikä haluta tyytyä pelkkään vaatimuskäsitteeseen tai sen lisäksi melko mitäänsanomattomaan tieteen tahtoon – määritelmään (Sveitsin rikoslaki), on juuri tahallisuuden alimman asteen sääntelyä saatettu pitää tarpeellisenä. Legaliteettiperiaate ei koske pelkästään erityistä osaa, vaan yleisetkin vastuuehdot vaikuttavat rangaistavan käyttäytymisen alaan. Mitä laajempi rikosoikeudellinen tahallisuus on, sitä parempia syitä on sen määrittelemiseen laissa. Legaliteettiperiaatteen näkökulmasta määrittelemisen voi tulla suorastaan välttämättömäksi, mikäli tahallisuuden syyksilukemisen alan halutaan olevan sellainen, että se ulottuu tahallisuuden yleiskielessä mahdollisen merkitysalueen ulkopuolelle.⁸⁶

Kielellinen argumentaatio on periaatteessa kielen sisäistä. Vaikka pitäisimme kielellistä analyysiä hyvin merkittävänä, emme voi muutta mutkitta lähteä esimerkiksi Spendelin *Vor-satzia* koskevasta analyysistä pohtiessamme, mitä ”tahallisuus” merkitsee. Ehkä astetta paremmin spendeliläistä argumentaatiota voisivat hyödyntää norjalaiset ja tanskalaiset (forsett, forsæt).

⁸⁵ Ks. lähemmin Spendel 1987. Andenæs 1997 s. 219 varoittaa ”ta følgen med på kjøpet” -muotoilun käytöstä, ei kuitenkaan siksi, etteikö se voisi olla tahtomista, vaan siksi, että sitä saatetaan käyttää kuvaamaan myös pelkän tiedostetun riskin ottamista; on eri asia hyväksyä riski kuin hyväksyä seuraus. Tosin Spendelkään tuskin katsoo, että tahtomomentin pitäisi olla juuri ”in Kauf nehmen”.

⁸⁶ Koska laissa määrittelemiseen sisältyy myös riskejä, voitaisiin ajatella, että yleiskielisesti selvän tahallisuuden alueen – tarkoitustahallisuuden ja ehkä varmuustahallisuuden – määrittely saatetaisi jopa olla huono ajatus. Toisaalta voidaan ajatella, että on kömpelöä määritellä tahallisuus vain osittain. Erästä tahallisuuden ylempiä asteita koskevaa sääntelyongelmaa voi merkitä tavoiteltuun varmasti liittyvän sivuseurauksen tapaus, joka ei selkeästi ole tarkoitustahallisuutta muttei myöskään varmuustahallisuutta. Tämä ehdollisen varmuustahallisuuden tilanne on säännelty RL 3:6:n viimeisessä virkkeessä.

Suomen kielen näkökulmasta ei esimerkiksi tunnu tarpeelliselta käsittää termiä ”hyväksyminen” siten, että se edellyttäisi jonkinlaista mielissään olemista kyseisestä asiasta. Voidaan hyväksyä esimerkiksi jokin tulos tai päätös ilman, että siihen liittyisi iloisuutta kyseisestä asiasta. Se, että KKO:n jäsen ”hyväksyy mietinnön”, tuskin estää sitä, etteikö hän voisi olla pahoillaan siitä, että jutussa on annettava tällainen päätös. Mitä tahtomomentteihin tulee, voisi perusteltu tarkoituksen luonnehdinta olla suunnilleen ”p:n täytyy seurata” ja hyväksymisen luonnehdinta ”p saa vallita tai seurata”.⁸⁷

Kielelliset argumentit eivät tahallisuuden alarajakeskustelussa ole muodostuneet erityisen vahvoiksi. Tämä voi ilmentää sitä, että esillä olleet mallit eivät vielä ole tulleet mahdollisen merkityksen rajan ulkopuolelle. Mikäli näin kävisi, olisi ongelma voitettavissa määritelmällä.

Ei ole helppoa sanoa, missä sanaraja kulloinkin kulkee. Ei voida järjestää äänestystä kaikista rikoslaissa käytettävistä termeistä. Kansan rikosoikeudellinen ajattelu voisi sitä paitsi olla esimerkiksi seuraushakuista. Käytännössä on yleensä paljolti tyydyttävä rikosoikeuden kanssa työskentelevien käsityksiin ilmausten merkityksestä.

3.2 SYYKSILUKEMISESTA SOSIAALISESSA ELÄMÄSSÄ

Sosiaalisessa elämässä, kuten rikosoikeudessaakin, on tietyt syyksilukemisen struktuurit. Rikosoikeudellinen syyksilukeminen heijastaa yleensä jollain tavoin yleisempää sosiaalista syyksilukemista. Sosiaalisessa elämässä on esimerkiksi merkittävää, onko joku tehnyt jotain, ”syyllistynyt” johonkin, tietoisesti vai epähuomiossa. Kanssaihminen suhtautuminen vaihtelee riippuen siitä, kumpaan kategoriaan toisen suhtautumisen katsotaan liittyvän. Vahingon aiheuttamiseen epähuomiossa suhtaudutaan lievemmin ja sitä pidetään usein vastuuvapausperusteena. Syynä on se, että katsotaan, että näin voisi sattua kenelle tahansa. Tietoiseen toimintaan ja vahingon aiheuttamiseen suhtaudutaan ankarammin. Tietoinen (tai jopa harkittu, tahdottu) negatiivisen seurauksen aiheuttaminen lienee huomattavasti harvinaisempaa kuin epähuomiossa tapahtuva, mutta tietoisesti negatiivisesti toimivaa pidetään vaarallisempana tai uhkaavampana. Tahalliseen toimintaan liittyy myös toisenlaista normatiivista symboliikkaa kuin epähuomios-

⁸⁷ Näin luonnehdittaessa katsotaan, että myös muita kuin seurauksia voidaan hyväksyä. Toisinkin on katsottu ja katsotaan, jolloin päättelyketju on (yksinkertaistaen) ehkä seuraavankaltainen. Vain seurausta voidaan tavoitella. Tavoitteleminen on tahtomomentti. Myös hyväksyminen on tahtomomentti. Hyväksyminen ei voi koskea muuta kuin seurausta.

sa tapahtuvaan; tahallaan toimiva demonstroi sitä, että hänellä on valta rikkoa normaaleja toimintaperiaatteita. Tieten tahtoen tapahtuva negatiivinen toiminta ei myöskään kunnioita sellaista vastavuoroisuuden odotusta, että henkilön odotetaan sosiaalisessa toiminnassaan asettuvan myös muiden asemaan, eikä toisten intressejä. Epähuomiossa toimivalta odotetaan tulevaisuudessa vain suurempaa tarkkaavaisuutta, kun taas tahallaan toimivalta odotetaan tulevaisuudessa uudenlaista suhtautumista toisten intresseihin ja yhteisiin normeihin.⁸⁸

Sekä sosiaalisessa että oikeudellisessa syyksilukemisessa merkitystä on toisaalta sillä, minkälaista vahinkoa käyttäytyminen on saanut aikaan. Tätä voidaan kutsua objektiiviseksi paradigmaksi. Sosiaalisessa elämässä käsitykset syy- ja seuraussuhteista sekä seurausten kontrolloitavuudesta vaikuttavat siihen, minkä merkityksen annamme käyttäytymisen vahingollisille seurauksille eri tilanteissa. Rikosoikeus on pyrkinyt eroon seurausvastuusta. ”Oikeustaju” sen sijaan saattaa painottaa myös seurauksia. Tässä keskitytään kuitenkin subjektiivisiin seikkoihin, ja objektiivinen paradigma jätetään näiden huomioiden varaan.⁸⁹

Voidaan olettaa, että rikosoikeudelliset syyksilukemissäännöt saavuttavat tiettyä legitimitettä, jos ne kohtuullisessa määrin heijastelevat yleisempiä sosiaalisia syyksilukemisen struktuureja. Identtisyttä tuskin voidaan ja tarvitseekaan saavuttaa. Yllä oleva, pitkälti Schrothin esitykseen palautuva yksinkertaistava hahmotelma (subjektiivisesta) sosiaalisesta syyksilukemisesta tuo esiin seikkoja, jotka oikeudellisessakin syyksilukemisessa luultavasti ovat merkittäviä: epähuomiossa toimiminen, tarkkaavaisuus, tieto, harkinta, tahtominen ja kiinnostuneisuus toisten intresseistä.⁹⁰

Perusasetelma hahmotelmassa on karkea. Siinä operoidaan lähinnä kahdella toisistaan laadullisestikin eroavalla ideaaliteyypillä, huomaamattomalla ja tietoisella toiminnalla (tämä ilmenee niissä odotuksissa, joita henkilön tulevalle käyttäytymiselle asetetaan). Todellisuudessa tilanteita on tietenkin hyvin monenlaisia, ja voi olla, että yhteisössä esiintyvien eri menettelyjen (subjektiivinen) negatiivisuus vaihtelisi pikemminkin ”portaattomasti” kuin käsittäisi pari selvästi

⁸⁸ Ks. *Schroth 1994* s. 10–12 ja *Schroth 1998* s. 11–14.

⁸⁹ Sosiaalisen elämän tilanteissa saatamme syyllistyä Schünemannin sanoin arkaaisen objektivismin paradigmaan kuuluvaan seurausvastuiseen syyksilukemiseen esim. silloin, kun joku sattuu soittamaan ”väärään aikaan” ja hellalla oleva ruoka palaa pohjaan. *Schünemann 1994* s. 262 ja *Ross 1970* s. 342–345. Subjektiivinen ja objektiivinen voidaan nähdä kilpailevina tai toisiaan täydentävinä näkökulmina ja vastuukriteereinä. Esim. vahingonkorvausoikeus perustuu rikosoikeutta enemmän objektiiviseen. Näin eri oikeudenaloilla saatetaan ottaa eri tavoin huomioon myös sosiaalisessa syyksilukemisessa merkittäviä näkökohtia. Ks. lähemmin *Ashworth 1996*.

⁹⁰ Esitys keskittyy kokonaisaiheen mukaisesti syyksiluettavuuden lajien näkökulmaan; sivuun jätetään muut seikat (esim. tekijän ikä ja henkinen terveys), jotka niin ikään vaikuttavat arvioomme kanssaihminen menettelystä ja jotka yleensä heijastuvat myös rikosoikeudelliseen tarkasteleluun.

erottuvaa perustyyppiä. Vastaavasti portaattomuus ilmenisi muiden jäsenten reaktioissa ja niissä odotuksissa, joita sosiaalisesti syyksiluettavaan menettelyyn syyllistyneeseen kohdistetaan.

Rikosoikeudellisesti hahmotelmaa vastaa melko hyvin mannermainen malli, joka lähtee jaosta tahallisuuteen ja tuottamukseen sekä tuottamuksen rajoitetusta rangaistavuudesta. Erityisesti se vastaa sellaisia käsityksiä, joissa tahallisuudella ja tuottamuksella on selvä laadullinen ero – tahallisuus ei ole tuottamukseen verrattuna vain enemmän, vaan myös luonteeltaan toisenlaista, pahempaa. Jos portaattomuus on lähempänä todellisuutta, saattaisi sitä pikemminkin vastata sellainen malli, jossa kohtuullisen toimintavapauden turvaamiseksi ja oikeusturvasyistä asetetaan vain vaadittavan syyksiluettavuuden minimi ja jyvitetään vastuuta sen jälkeen jollain tavalla tarkemmin; voitaisiin esimerkiksi asettaa yleiseksi syyksiluettavuusvaatimukseksi tuottamus ja ottaa syyksiluettavuuden aste lähemmin huomioon rangaistuksen mittaamisessa⁹¹. Tai keskeiset negatiiviset suhtautumistyytit ja niitä vastaava syyksiluettavuuden lajien porrastus voitaisiin nähdä hiukan toisin (esim. *negligence*, *recklessness*, *intention*). Arkisissa tilanteissa puolustaudutaan usein sanomalla, että ”en tarkoittanut sitä” tai ”en tehnyt sitä tarkoituksella”.⁹²

Likimääräinen vastaavuus voitaneen saavuttaa usealla tavalla. Erilaisia sekä kvantitatiivisia että kvalitatiivisia syyksiluettavuuden erotteluja voidaan toteuttaa eri tasoilla – syyksiluettavuuden lajien, tunnusmerkistöjen muotoilun ja/tai rangaistuksen mittaamisen tasolla. Sosiaaliseen todellisuuteen kuuluvat syyksilukemisperiaatteet voivat tuskin verifioida yhtä ainoaa oikeaa syyksiluettavuus-systeemiä tai esimerkiksi tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetomallia. Nuo periaatteet voivat kuitenkin osaltaan ilmentää subjektiivisen syyksiluettavuuden kannalta merkittäviä näkökohtia.

Syyksilukemisessa, niin sosiaalisessa kuin rikosoikeudellisessakin, on otettava huomioon myös mm. näyttövaatimukset. Tosin sosiaalisessa elämässä ei tietenkään sovelleta rikosprosessin näyttösääntöjä. Kuitenkin sosiaalinenkin arvio voi edellyttää jonkinlaista näytettyisyyttä.⁹³ Niin kauan kuin on selvää, mitä on

⁹¹ Ks. *Greve 1983*.

⁹² Tällainen puolustus voi viitata siihenkin, ettei henkilö ollut selvillä jostakin. Ks. *Husak – von Hirsch 1996* s. 161: ”’I meant no injury’ is surely one of the most familiar pleas in extenuation in legal as well as in non-legal contexts. This plea is no artifice of the criminal law, but is basic to everyday assessments of blame.” – *Nuotio* toteaa *2003b* s. 247, että yleiset opit ovat ydinsisällöltään tietyllä tapaa rikosoikeuden sisäistä luonnonoikeutta, ihmis- ja oikeuskäsityksemme heijastumaa ja että niillä on myös vahvasti moraalista sisältöä. Ks. myös *Bomgren 1961* s. 242, jossa kysytään, onko DeH:lla yhteisöpsykologista pohjaa.

⁹³ Sosiaalisen systeemin toimivuus ilmentää sitä, että subjektiivisten seikkojen katsotaan yleisesti ottaen olevan riittävästi näytettävissä. Tämän pitäisi olla positiivinen näkökohta etenkin niille,

tapautunut tai jos arvioimme jotain tilannetta vain itse, saattaa (intuitiivinenkin) moraalinen arvio ratkaista syyksilukemisen. Jos taas syyksilukeminen joudutaan tavalla tai toisella ilmaisemaan tai jos siihen liittyy sanktioita, pohdintaan ja todennäköisesti syyksilukemisen perusteisiinkin kietoutuvat myös instrumentaalis-prosessuaaliset näkökohdat.⁹⁴

Sosiaalisten syyksilukemisstruktuurien heijastaminen vaikuttaa huomioon otettavalta näkökulmalta, vaikkei toki olekaan ainoa rikosoikeudellisten syyksiluettavuusperiaatteiden muotoilemisen kriteeri.

jotka suhtautuvat tahallisuuden ja muiden subjektiivisten seikkojen näytettävyyteen erityisen pessimistisesti. Voi olla, että sosiaalisen elämän osalta pitäisi puhua pikemminkin kanssaihminen menettelyn tulkinnasta kuin jonkin subjektiivisen seikan – todistusteeman – näyttämisestä. Tulkinnalla ja toteen näyttämisellä saattaa olla eroja. *Schünemannin* 1999 s. 376 mukaan kyseessä ei kuitenkaan ole mikään pelkkä substanssiton arvotus, vaan kanssaihminen tietoisuusilmiöiden intuitiivinen tutkiminen. Jonkinlainen yhteys tulkintaan voitaneen nähdä Duffin ja häneltä vaikuttetusta saaneen Cavallinin syyksiluettavuuskäsityksissä; he hylkäävät dualismin (tekijän subjektiivinen puoli ei ole suoraan havaittavissa) ja katsovat, että teon merkitys voidaan ”lukea” suoraan siitä itsestään. Ks. *Duff* 1990 s. 116–135, erityisesti s. 132.

⁹⁴ Ks. *Gardner – Jung* 1991 s. 582–584. Prosessuaalisten näkökohtien huomioon ottaminen voitallöin johtaa siihen, että syyksilukemisen kategoriat muodostuvat ainakin jossain määrin toisenlaisiksi kuin millaisiksi ne muodostuisivat, jos näyttö ei olisi ongelma.

4 Oleminen, tietäminen, mieli

4.1 OLEMISESTA

Rikosoikeudella on yhteytensä moniin perustaviin filosofisiin kysymyksiin. Tämä ei koske pelkästään sellaisia moraalifilosofisestikin kiinnostavia asioita kuin ”oikeus”, ”velvollisuus”, ”syyllisyys” tai ”rangaistus”.

Tässä työssä on liittymäkohtia mm. sellaisiin filosofisiin käsitteisiin kuin oleminen ja tietäminen. Tietäminen on tahallisuuden yhteydessä sangen keskeinen käsite. Se onkin jo ollut esillä yleiskielen käsitteenä laillisuusperiaatetta arvioitaessa. Oleminen on yhteydessä tietämiseen. Erilaiset oliolajit ja olemiseen liittyvä problematiikka voivat heijastua tietämiseen. Tahallisuuden edellytetään voivan kohdistua sangen erilaisiin olioihin. Merkittäviä ovat myös kielen roolia ja totuutta koskevat näkökohdat. Lainsäätäjät ja juristit operoivat kielellä. Näkökulma oli esillä laillisuusperiaatteen yhteydessä. Totuus on merkittävä mm. prosessissa, jossa syyttäjän tulee näyttää toteen väitteensä rikoksesta, mukaan lukien tekijän tahallisuus. Teoreettisempi käyttöyhteys totuudella on V luvussa, jossa käsitettä yritetään hyödyntää rajanvetomallien arvioinnissa. Tarkoituksena ei ole käsitellä näitä filosofisia asioita erityisen uutta luotaavasti, vaan pikemminkin kyse on taustasta.

Jyrkän nominalismin mukaan vain yksilöoliot, esimerkiksi tämä veitsi, tuo kirja ja edessäni oleva punainen auto ovat olemassa. Perinteisiin ontologisiin ongelmiin on kuulunut kysymys yleiskäsitteiden – ainakin yleisnimien kuten ”teräase” tai ominaisuuksien kuten ”punainen” – olemassaolosta tai olemisesta. Nominalismin mukaan sellaisia ei ole olemassa. Käsiterealismin mukaan taas erityisesti käsitteet kuten teräase tai punainen (punaisuus) ovat olemassa. Erään välittävän kannan muodostaa konseptualismi, jonka mukaan yleiskäsitteet ovat olemassa, mutta ihmisen mielessä. Eräs ontologinen kompromissimalli on myös Popperin tunnettu teoria kolmesta maailmasta. Maailma 1:een kuuluvat fyysikaaliset kappaleet ja maailma 2:een tajunta ja ajatukset. Maailma 3:een kuuluvat Niiniluodon sanoin ”ontologisesti ongelmalliset oliot”, kuten ihmisen sosiaalisen toiminnan kautta syntyneet kulttuuriesineet, (useimmat) yleiskäsitteet, arvot, normit jne.⁹⁵ Jo tämä muutaman käsityksen esiintuonti ilmentää sitä, että eri olioiden (olemassa)olemiseen voidaan kategoristen kyllä tai ei -vastausten lisäksi

⁹⁵ Ks. *Popper 1979* monin kohdin, esim. s. 74 ja 106–112 ja *Niiniluoto 1997* s. 128–129.

antaa myös relatiivisia vastauksia, esimerkiksi olemassaolon jakaminen erilaisiin muotoihin riippuen siitä, onko kyse olemassaolosta ihmismielestä riippumatta vai ei ja/tai olioiden kuuluminen eri maailmoihin.

Laille on tunnusomaista, että sen soveltuvuuden tulee olla yleinen. Rikoslaki operoikin lähtökohtaisesti yleiskäsitteillä, kuten ”toinen” (RL 21:1), ”orja” (RL 25:3), ”ase” (RL 25:7), ”juna” (RL 23:7), ”moottorikäyttöinen” (RL 23:8) ja ”käymälässä [...] oleskeleva” (RL 24:6). Lainkäytössä operoidaan kuitenkin näiden yleiskäsitteiden ekstensioon kuuluvilla yksilöolioilla. Tässä työssä lähdetään siitä, että myös tahallisuuden kohteena ovat lähtökohtaisesti tunnusmerkistön alaan kuuluvat oliot eivätkä tunnusmerkit.

Edellä oli kyse deskriptiivisistä tunnusmerkeistä, joiden alaan kuuluvat oliot ovat sangen helposti hahmotettavia, pääosin arkipäiväisiä. Ontologisesta näkökulmasta prima facie monimutkaisempia ovat mm. sellaiset juridiset oliot, joihin tunnusmerkit ”valtionsäntö” (RL 13:1), ”velvoite” (RL 39:1), ”maksukyvyttömyys” (RL 39:2), ”julkinen valta” (RL 40:7), ”työturvallisuusmääräysten vastaisen tilan jatkuminen” (RL 47:1) tai ”patentin tuottama yksinoikeus” (RL 49:2) viittaavat. Sama koskee mm. arvoelementin sisältäviä käsitteitä, esimerkiksi ”kokonaisuudessaan törkeä” (RL 11:2 ym. törkeät tekemuodot), ”erityisen raaka tai julma” (RL 11:2), ”raaka väkivalta” (RL 17:7) ja ”kulttuuritilaisuus” (RL 17:13). Omia kysymyksiään voivat aiheuttaa myös oliot, joita kuvaavat sellaiset tunnusmerkit kuin ”valeoikeustoimi” (RL 39:2) ja ”väärä tieto” (RL 39:2).

Tunnusmerkistön toteuttavat oliot ja siten tahallisuuden kohteet voivat siis ontologisestakin näkökulmasta olla sangen erilaisia. Ottaen huomioon, että on myös tunnusmerkistöjä, joissa operoidaan mielensisällöillä (esim. erehdyttäminen petoksessa), tulee tahallisuuden toisinaan kohdistua popperlaisittain maailman 1, toisinaan maailman 2 ja toisinaan maailman 3 olioihin.

Tahallisuuden itsensä perustavat kognitiiviset ja volitiiviset elementit kuuluvat maailma 2:een. Tahallisuuden katsotaan olevan ongelmallinen esimerkiksi näytön kannalta. Varsinkin muilla kuin tekijällä itsellään on vain rajoitettu pääsy hänen päänsä sisään. Tahallisuusnäytössä joudutaan paljolti hyödyntämään objektiivisia olosuhteita. Sikäli kuin näillä tarkoitetaan maailman 1 asukkaita, voitaisiin siis sanoa, että maailman 1 olioista päätellään maailman 2 olion olemassaolo. Tosin tahallisuusnäytössä hyödynnetään myös mm. syytetyn uskomuksia (maailma 2) ja kokemussääntöjä (maailma 1 tai 3).⁹⁶

⁹⁶ Ks. myös *Klami – Sorvettula – Hatakka 1990* s. 112 ja 116.

4.2 TIEDON ONGELMIA

Edellä arvioin tietämistä laillisuusperiaatteen yhteydessä ja mm. klassiseen tiedon luonnehdintaan suhteuttaen. Kaikki eivät kuitenkaan hyväksy edes sitä, että meillä ylipäättään voisi olla tietoa. Mielestäni kädessäni oleva keppi on suora, mutta jos työnnän sen puoliksi veteen, se näyttää taittuvan; pettävätkö aistini minua? Olen sitä mieltä, että näin viime yönä unta. Mistä loppujen lopuksi tiedän, etten edelleen näe vain unta?⁹⁷ Ehkä emme oikeastaan voikaan vastata siihen kysymykseen, voimmeko tietää jotain. Joku taas on skeptisesti varma siitä, että emme voi tietää mitään. Normaali arkinen lähtökohta on, että voimme tietää asioita; lähdemme siitä, että ”todellisuus” on sellainen, millaiseksi sen välittömästi käsitämme.⁹⁸

Joka päätyy siihen, että tieto on mahdollista, saa seuraavaksi vastattavakseen kysymyksen siitä, mitä sitten voidaan tietää ja miten. Siitä, että pitää tietoa mahdollisena, ei seuraa, että katsoisi, että voimme saada tietoa mistä, milloin ja miten tahansa. Tietoteoreettisesti optimistista arkikäsitystäkin edustava saattaa olla sitä mieltä, ettemme oikeastaan voi näyttää tahallisuuden edellytyksiä toteen. Vastaavasti tietoteoriassa on toisinaan lähdetty siitä, että erityisen varmaa tietoa meillä on juuri omista mielentiloistamme.⁹⁹ Perinteiset vastaukset tiedon lähdettä koskevaan kysymykseen ovat korostaneet joko (aisti)havaintoa ja kokemusta (empirismi) tai järkeä (rationalismi).

Tietoteoreettisia käsityksiä voidaan analysoida myös siitä näkökulmasta, mikä on subjektin rooli tietämisen prosessissa. Voimme ajatella, että se on aktiivista tiedon hankintaa. Toisaalta voidaan myös ajatella, että subjekti on passiivinen tiedon vastaanottaja.

⁹⁷ Descartesin kolmesta skeptisestä argumentista ks. lähemmin *Lammenranta 1993* s. 20–23.

⁹⁸ Todellisuus ei sekään ole ongelmaton käsite. Ontologiassa puhutaan siis mm. mielestä riippuvasta ja riippumattomasta todellisuudesta. Modernin teknisen yhteiskunnan eräs tuote on virtuaali- tai lu-metodellisuus.

⁹⁹ Tämäkin heijastuu rikosoikeuteen. Voidaan keskustella siitä, tarvitseeko tahallisuuden kohdistua myös tekijään itseensä liittyvien subjektiivisten tunnusmerkkien viittaamiin seikkoihin – esim. siihen, että hän toimii ”vakaasti harkiten” tai tietystä tarkoituksessa. Jos vastaus on myönteinen, saatamme pitää tällaiseen seikkaan kohdistuvaa tahallisuutta näytöllisesti erityistilanteena. Välitön tietoisuus omista mentaalisista tiloista kuuluu Descartesin perintöön.

4.3 MIELENTIETEIDEN NÄKÖKULMA

4.3.1 Yleistä

Mielentieteet tarkoittavat tässä mieltä tutkivia tieteitä. Niihin kuuluu sekä normatiivisesti orientoituneita tieteenaloja kuten mielenfilosofia että luonnontieteellisiä aloja kuten neurobiologia.¹⁰⁰

Mieltä, tietoa ja tietämistä koskeva tutkimus ja – tieto – ei rajoitu tietoteoriaan ja filosofiseen perimmäisten kysymysten tarkasteluun. Vanhalla ajalla filosofit tosin olivat monesti myös eri erityistieteiden asiantuntijoita ja uranuurtajia. Tiedon lisääntyessä tieteenalat ovat eriytyneet ja jakautuneet uusiksi kapeammiksi ja hienosyisemmiksi tieteenaloiksi. Tieteenalat ovat muuttuvia, osin päällekkäisiä ja rajoiltaan sopimuksenvvaraisia. Niillä on toinen toistaan täydentävä merkitys. Filosofian pohdittavaksi ovat jääneet perustavat ongelmat. Niitä käsittelee mm. tietoteoria, ja ihmisen mieleen yleensä liittyviä peruskysymyksiä tarkastelevaa filosofian aluetta kutsutaan mielenfilosofiaksi.

Moni empiirinen erityistieteenala tarkastelee tietämisen ja ihmismielen kannalta merkittäviä kysymyksiä. Nämä tieteenalat eroavat toisistaan lähestymistapojensa, tiedonintressiensä sekä tutkimusvälineidensä ja -metodiensa osalta. Lääketieteellisenä ongelmana mieltä ja varsinkin mielen sairauksia tarkastelee psykiatria. Uusia alueita ovat neurotieteet ja aivotutkimus. Lääketieteeseen kuulumaton ihmisen mieltä ja käyttäytymistä tutkiva perustieteenala on psykologia, joka Helsingin yliopistossa erotettiin filosofiasta vasta vuonna 1948.¹⁰¹ Eräs psykologian alueista on kognitiivinen psykologia. Nytemmin kognitiotiede on oma tieteenalansa. Koneissa ja elävissä olennoissa esiintyvien säätö- ja ohjausjärjestelmien yhteisiä piirteitä on tutkittu kybernetiikassa, ja mainita voidaan myös tekoälytutkimus.

Tahallisuuskysymysten arvioinnissa olisi tärkeää voida hyödyntää tietämistä ja mieltä koskevaa paitsi filosofista myös erityisalojen asiantuntemusta. Hyödyllistä olisi esimerkiksi tietää, onko niin (ja jos niin missä määrin ja milloin), että ihmiset kykenevät torjumaan kannaltaan negatiivisia seikkoja ja ovat toisaalta taipuvaisia omaksumaan näkökulmastaan positiivista informaatiota. Näihin kysymyksiin ei voida merkittävästi vastata filosofian tai juridiikan keinoin. Juridinen kysymys olisi se, miten mahdolliseen torjuntaan/optimismitaipumukseen tulee tahallisuuden kontekstissa suhtautua.¹⁰²

¹⁰⁰ Mieli on monimerkityksinen sana ja esiintyy sangen erityyppisissä yhteyksissä. Tässä mielentieteen-termiä käytetään mieltä tutkivien tieteenalojen kattokäsitteenä.

¹⁰¹ Näin *Niiniluoto* 1996 s. 17.

¹⁰² Tapauksessa NJA 1995 s. 119 oli esillä kysymys siitä, oliko vastaaja voinut torjua sen informaation, että hänellä on HIV-infektio. Onko mahdollista, että uusnatsi ei usko, että Auschwitzissa tapettiin juutalaisia?

Syynätakeisuudessa on kyse mm. siitä, onko tekijä kyennyt tekohetkellä ”ymmärtämään tekonsa tosiasiallista luonnetta ja oikeudenvastaisuutta”. Tätä tutkitaan mielen asiantuntijoiden, mm. oikeuspsykiatrien toimesta mielentilatutkimuksessa, vaikkeivät lausunnot periaatteessa tuomaria sidokaan. Tahallisuudessa, etenkin lähestyttäessä tahallisuutta tekijän mieltämisen näkökulmasta, on kyse siitä, onko tekijä ymmärtänyt tekonsa tosiasiallisen luonteen, kuten sen, että tietty olosuhde on käsillä tai jotain seuraa teosta varmasti tai ainakin varsin todennäköisesti. Voikin tuntua yllättävältä, että tällaiselle asiantuntemukselle ei ole varattu juuri minkäänlaista roolia tahallisuuden, ”kolikon toisen puolen”, osalta. Tahallisuutta selvittävät rikosprosessissa maallikot. Aineellisen oikeuden näkökulmasta kysymys on vastaavasti siitä, missä määrin esim. oikeuspsykiatrasta asiantuntemusta hyödynnetään tahallisuuden sisältöä koskevien sääntöjen muodostamisessa. Myös tämä lienee ainakin meillä jäänyt melko vähiin. Ajatus-tenvaihto voisi olla hyödyllistä, kuten päättelen Matti Tuovisen sanoista hänen tahallisuutta ja psyykkistä poikkeavuutta koskevassa artikkelissaan:

I sina bedömningar är psykiatern både strängare och mildare än åklagaren:
– strängare så till vida att det enligt honom finns en impuls att döda med i varje hatisk handling, även om den endast resulterar i ett blåmärke;
– mildare så till vida att det enligt honom även hos en mördare intill det sista finns en viss önskan, att objektet ändå inte skulle låta sig dödas.¹⁰³

Tahallisuusmalleissa on jossain määrin hyödynnetty filosofiaa ja psykologista tietämystä. Mielentieteiden ajankohtaisen tutkimuksen seuraaminen ja niiden tutkimustulosten aktiivinen hyödyntäminen ei kuitenkaan ole ollut tahallisuuskeskustelussa tyypillistä. Useiden seikkojen voidaan ajatella vaikuttaneen ja vaikuttavan tähän. Juristin ammatti- ja tutkimustaito ei ensinnäkään riitä kovin pitkälle tietoa ja mieltä koskevilla tutkimuslohkoilla. Tahallisuuden ylimpiä asteita pidetään melko selvinä, ja ongelmat liittyvät ennen kaikkea tahallisuuden alimpaan asteeseen. Mielentieteistä ei ehkä odoteta ratkaisevaa apua ongelmakysymyksiin. Esimerkiksi tahallisuuden selvittämisen puolella ei ole luvassa senkaltaisia mullistavia asioita kuin mitä DNA-tutkimus on tuonut tiettyjen merkittävien objektiivisten kysymysten selvittämiseen.

Jossain määrin mielentieteiden antia on kuitenkin pyritty hyödyntämään tahallisuutta koskevien mallien kehittämisessä. Esimerkkinä filosofian hyödyntämisestä voidaan mainita englantilaisen syyksiluettavuuskeskustelun kärkinimiin kuuluva Duff. Duffin ja häntä seuraten Cavallinin eräs keskeinen projekti on dualistisen ajattelun kritiikki. Filosofian hyödynnettävyydestä on muistettava myös luonnollisen kielen filosofian anti tahallisuustutkimukselle. Varsinkin Jare-

¹⁰³ Tuovinen 1985 s. 128.

borgin Handling och uppsåt (1969) hyödyntää vahvasti lingvististä filosofiaa samoin kuin mielenfilosofiaa. Sitä vastoin hän suhtautui tuolloin melko skeptisesti psykoanalyttisen tutkimuksen hyödyllisyyteen tahallisuuskysymyksissä: ”[...] psykoanalytikern har den för en domare illa passande förmågan och möjligheten att ’bevisa’ genom att framställa en tolkning som knappast kan vare sig styrkas eller vederläggas.”¹⁰⁴

Psykologiatieteistä löytyisi ainakin nykyään varmasti kiinnostavia näkökohtia esimerkiksi sellaisista Jareborgin käsittelemistä teemoista kuin motiivi, tietoisuus ja muisti. Tuolloinkin psykologista näkökulmaa hyödynsi vahvasti mm. Platzgummer (1964). Se oli esillä myös Vikatmaan työssä (1970). Philipps puolestaan on hyödyntänyt päätösteoriaa (1973) ja sumeaa logiikkaa (2001). Mielentieteitä on hyödynnetty myös tahallisuutta lähellä olevien kysymysten yhteydessä, esimerkiksi arvioitaessa teon tahdonvaltaisuudelle asetettavia edellytyksiä.¹⁰⁵ Todistajanpsykologian lisääntyvä merkitys ilmentää osaltaan lähestymistavan tärkeyttä.¹⁰⁶

Edellä on tarkasteltu mm. tietämistä ja uskomista. Ne ovat kognitiivisia tiloja ja verbejä. Muita sellaisia ovat esimerkiksi epäillä ja olettaa. Niillä saatetaan operoida tahallisuusyhteyksissä, ja niitä voidaan, kuten edellä on tehty, hyödyntää toistensa sisällön selvittämisessä. Mielentieteissäkin kiinnostuksen kohteena ovat mieltämiseen ja ymmärtämiseen kuuluvat asiat yleensä eikä vain esimerkiksi tiukasti tietämiseksi määritelty.

Seuraavassa esillä on ensin abstrakti ja normatiivinen mielenfilosofinen ja sitten konkreettisempi, etenkin kognitiivista psykologiaa hyödyntävä näkökulma.

4.3.2 Mielenfilosofia

Filosofialla on aiemmin ollut eräänlaisen yleistieteen rooli, ja tiedemiehet olivat monesti hyvin laaja-alaisia. Tieteessä on tapahtunut ja tapahtuu edelleenkin hajaantumista yhä erikoistuneemmiksi tieteenaloiksi. Filosofialle on jäänyt peruskysymyksien pohdinta, joskin myös siinä on muodostunut erikoisaloja, kuten

¹⁰⁴ Ks. Jareborg 1969 s. 327–329 (sitaatti sivulta 329) ja 393. Samansuuntaisesti Freudin ym. psykoanalyttisista teorioista Popper 1979 s. 38.

¹⁰⁵ Rikosoikeudellisesti kiinnostava teko on kokonaisuus, johon kuuluu mm. vaatimus tahdonvaltaisesta (kontrolloidusta, vapaaehtoisesta) teosta ja subjektiivinen syyksiluettavuus. – On pidettävä mielessä esimerkiksi ilmaisujen ”tietoisuus” ja ”tietoisuus/tietoinen jostakin” osin yhtenäiset, osin eriaävät käyttöyhteydet; tietoisuus liittyy usein teon tahdonvaltaisuuteen ja jälkimmäiset ilmaiset tahallisuusnäkökulmaan. Tietoisuutta koskevan psykologisen tutkimuksen antia vapaaehtoisen teon kannalta tarkastelee esim. Denno 2002.

¹⁰⁶ Ks. esim. Klami – Sorvettula – Hatakka 1990 s. 115–117. – Myös seuraamusjärjestelmässä psykologisella tiedolla on merkitystä esimerkiksi arvioitaessa vankilan vaikutusta ja kehitettäessä vankien ongelmanratkaisukykyä.

mielenfilosofia. Mielenfilosofiassa tarkasteltuja kysymyksiä ovat mm. seuraavat.

- mitä mieli on?
- mikä on mielen suhde henkeen, sieluun, persoonaan, identiteettiin, tietoisuuteen, tietämiseen, älykkyyteen ja subjektiiviseen?
- mistä mieli koostuu?
- missä mieli sijaitsee?
- voidaanko mieli nähdä ja voidaanko sitä tutkia?
- voidaanko tietää toisen mielestä?
- mitä mieli tekee?
- mikä on mielen ja ruumiin suhde? ovatko ne toisistaan riippumattomia? onko toinen toiselle alisteinen? vaikuttavatko ne toisiinsa? ovatko ne olemassa yhtä aikaa?
- voidaanko mieli rakentaa? voiko koneella olla mieli tai sielu?
- miten havainnointi ja tietäminen tapahtuvat? onko olemassa synnynnäistä tietoa?
- onko tahto vapaa?
- onko eläimillä tai kasveilla mieli?

Toiset näistä kysymyksistä ovat tahallisuuden näkökulmasta merkittävemmän tuntuisia kuin toiset. Eräs keskeinen mielenfilosofinen asia on kysymys mentaalisten olioiden luonteesta. Kun kysymyksellä voi olla ja on katsottukin olevan merkitystä myös tahallisuuskeskustelussa, käsittelen sitä lyhyesti. Asiaa sivuttiin jo edellä sikäli, että monet mentaaliset oliot ovat Popperin maailman 2 asukkeja.

Eräs merkittävimmistä kontribuutioista aihetta koskevassa keskustelussa on ollut Descartesin (1596–1650) oppi. Descartesin mukaan ihmisen sielu eli henki on luonteeltaan toista kuin hänen ruumiinsa. Tämän kahtiajaon mukaisesti käsitystä kutsutaan dualismiksi. Descartesin kuuluisan lauseen ”cogito ergo sum”, ajattelen siis olen, ajatuksena on, että vaikka hän voi erehtyä jokseenkin kaikesta ympärillään olevasta, täytyy hänen itsensä kuitenkin olla olemassa, koska hän ajattelee. Descartes katsoi olemukseensa välttämättä liittyvän vain ajattelemisen. Hän havaitsi aineellisilla kappaleilla erilaisia kvaliteetteja kuten ulottuvuuden, muodon, liikkeen jne. Ruumis voidaan jakaa osiin, mutta henki voidaan käsittää ainoastaan jakautumattomaksi. Jos ruumiista otetaan pois jokin osa, ei hengestä kuitenkaan ole poistettu mitään. Ruumis ja sielu ovat kuitenkin vuorovaikutuksessa keskenään. Descartes sanoo:

[...] minulla on toisaalta selvä ja tarkka idea itsestäni jonakin vain ajattelevana eikä ulottuvaisena, ja toisaalta tarkka idea ruumiista vain ulottuvana eikä ajattelevana oliona.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Descartes 1994 s. 141. Descartes esittää ruumiin ja sielun olemusta ja suhdetta koskevia käsityksiään etenkin Metodin esityksen neljännessä osassa s. 33–39 ja Metafyysisten mietiskelyjen kuudennessa mietiskelyssä s. 135–151.

Dualismista voidaan kehittää erilaisia variaatioita. Eräs dualismiin liittyvä mielenfilosofinen pulma on se, kuinka mieli ja ruumis voivat vaikuttaa toisiinsa, jos ne ovat erilaista substanssia (vain ruumis näyttäisi olevan fysikaalisten kausaalilakien alainen). Vaihtoehdon dualismille muodostavat monistiset teoriat. Vähemmän kannatettu on näkemys, jonka mukaan kaikki oleva on henkistä (idealismi). Suurempaa suosiota on saavuttanut käsitys, jonka mukaan kaikki oleva on aineellista (materialismi). Henkinen meissä onkin ehkä vain neuroneja ja sähköä. Tässä tarkasteltu dualismi on luonteeltaan olemassa olevaa ja olevan luonnetta koskevaa. Sama koskee sen vaihtoehtoja. Dualismista voidaan puhua myös epistemologiselta kannalta. Joku voi olla metafysiikassa materialisti (mieli on identtinen aivojen kanssa) mutta epistemologisesti dualisti: hän katsoo, että kaikki oleva on materiaa, mutta joistain olioista on mahdollista saada välitöntä tietoa, kun taas toisista saamme (käytännössä) tietoa vain välillisesti, joidenkin päätelmien kautta.¹⁰⁸

Descartesin dualismin on katsottu sisältävän mm. seuraavia tahallisuudenkin kannalta merkittäviä asioita. Henkilö on välittömästi tietoinen omista mielentiloistaan. Muut eivät ole tietoisia niistä. Meillä on siis privilegioitu yksityinen pääsy mieleemme ja sen tapahtumiin. Sikäli kuin toisilla on tietoa mielestäni, sellainen tieto on luonteeltaan epäsuoraa ja perustuu esimerkiksi analogiaan, jossa henkilö olettaa toisen mielentilat samankaltaisiksi kuin omansa.¹⁰⁹

Dualismia ovat subjektiivista syyksiluettavuutta koskevassa esityksessään nimenomaisesti käsitelleet mm. Duff ja hänen ajatteluaan hyödyntäen Cavallin. Duffin mukaan juristit lähtevät dualistisesta ajattelusta arvioidessaan intentiota sisäisenä seikkana, jonka näyttämisen täytyy tapahtua epäsuorasti, monesti presumtioita hyödyntäen. Myös erottelussa ”actus reus – mens rea” dualismi tulee esiin, joskaan erottelu ei ole aivan puhdaspiirteinen, koska esimerkiksi yritystä konstituoi olennaisesti tekijän intentio ja actus reukseen luetaan tavallisesti volitiivinen kontrolloitu primääriteko. Duffin mukaan dualistinen lähestymistapa on haitannut adekvaatin intentiodoktriinin kehittämistä juridiikassa.¹¹⁰

Duff esittää kolme näkökohtaa dualistista mallia vastaan. Päättely suoraan havainnoitavasta (käyttäytyminen tms.) havaintojen ulkopuolella olevaan seikkaan (intentio, mielen tila) edellyttäisi, että tunnetaan jokin varma korrelaatio niiden välillä. Esimerkiksi lääkäri tunnistaa virustaudin oireiden perusteella,

¹⁰⁸ Ks. *Duff 1990* s. 118; vaikka ehkä periaatteessa voisimme havainnoida jonkun mieltä havainnoinnalla hänen aivojaan, havainnoimme käytännössä hänen käyttäytymistään jne. ja teemme sen pohjalta johtopäätöksiä hänen mielestään. Dualismista ja sen vaihtoehtoista ks. lähemmin kokoavaa esitystä *Thompson 2001* s. 16–47. – Dualistisen peruslähtökohdan on katsottu sopivan yhteen kristinuskon kanssa, jolla on merkitystä mielenfilosofiassa. Ks. *Thompson 2001* s. 14–15.

¹⁰⁹ Ks. esim. *Thompson 2001* s. 16–18, 118 ja 123–124, jossa myös sanotaan, ettei Descartes ottanut huomioon alitajuisia mentaalisia tiloja.

¹¹⁰ Ks. *Duff 1990* s. 28–31 ja 116–135.

koska niiden välinen korrelaatio on aiemmin havaittu. Tällaista korrelaatiota ei intention tapauksessa kuitenkaan ole käytettävissä, ja joudummekin hyödyntämään itseämme analogisesti päätelmien teossa (voimme havainnoida suoraan omaa mieltämme). Tällainen päätelmien teon perusta on luotettavuudeltaan heikko. Toinen näkökohta koskee sitä, mistä suoria havaintoja tehdään. Havainnoinnin kohteena pitäisi dualismin näkökulmasta olla ruumiinliikkeet (colourless movements); niistä päätellään piilossa oleva mentaalinen tila. Ne eivät saa olla tyyppiä ”A löi B:tä leukaan” tai ”A ajoi autoa”, koska tällaiset kuvaukset sisältävät jo mentaalisen elementin, jolloin on tultu dualismin ulkopuolelle. Pystymme kyllä riisumaan tuollaiset kuvaukset mentaalisista elementeistä (A:n käsi lähestyi B:tä ja osui tämän leukaan tms.), mutta tällainen kuvaustapa on meille epäluonnollinen. Sitä paitsi: tuskin pystyisimme päättelämään ruumiinliikkeestä relevanttia mentaalista tilaa. Kolmannen näkökohdan mukaan intention logiikkaan kuuluu, että se liittyy tiettyyn tekoon; intention ja sen toteuttavan ruumiinliikkeen yhteys ei ole luonteeltaan pelkästään kontingentti.¹¹¹

Duffin sanoma on, että intentio ei ole ruumiinliikkeestä erillinen, kätkössä oleva asia, vaan se ”asuu” teossa ja käyttäytymisessä ja on siinä suoraan havaittavissa. Teot ja käyttäytyminen ovat havainnoinnissamme perusyksiköitä, eivät ”värittömät liikkeet”. Kun havainnoimme jotakin käyttäytymistä, edessämme on ”intention in action”. Me siis luemme intention havaitsemastamme teosta tai käyttäytymisestä. Voimme erehtyä toisen intention suhteen, minkä vuoksi havainnoinnin kohteena oleva menettely on nähtävä kontekstissaan. Tätä kautta erilainen tekijän toimintaa koskeva taustatieto tulee relevantiksi¹¹². Seuraavat sitaattit ilmentävät mielestäni osuvasti duffilaista ajattelua:

To discern an agent's intentions is to grasp the relation between her action and its context (including what else she does); what she will count as success or failure in what she does; and the truth of a range of hypotheticals about what she would do if [...]; and we may be uncertain or mistaken about her intentions in so far as we are ignorant of or mistaken about any of these matters.¹¹³

Dualism portrays the interpretation of human actions on the model of the scientific explanation of empirical phenomena, as a matter of discovering the unobserved causes of observed effects. A better model would be the interpretation of books or works of art [...] in trying to understand a person's actions (what he is doing and why), I am trying to see what they mean; to discern the pattern of which they are part, their relation to their context, and the direction in which they are moving.¹¹⁴

¹¹¹ Duff 1990 s. 120–129. Ks. myös Kantola 1980 s. 68–69.

¹¹² Ks. kokoavasti Duff 1990 s. 129–135.

¹¹³ Duff 1990 s. 131.

¹¹⁴ Duff 1990 s. 132. Näkemyksessä on hermeneuttista, ymmärtävää virettä. Ks. myös von Wright 1985 s. 101–123.

Duff sanoo, että näkemyksellä on merkitystä näytön kannalta, samoin kuin rikoksen rakenneopissa, sikäli kuin tämä heijastelee dualismia.¹¹⁵

Näytöllisesti mallilla on periaatteessa se merkitys, että näytön kohteen, intention, ajatellaan olevan suoraan havainnoitavissa eikä vain epäsuorasti pääteltävissä. Intention ei olisi näytön kannalta tässä mielessä erityisasemassa. Intention ollessa epäselvä näytöllinen tilanne tuntuu olevan pitkälti sama kuin perinteises-tikin – joudutaan hyödyntämään käytettävissä olevaa selvitystä.¹¹⁶

Rikoksen rakenteen jakaminen (actus reusta ja mens reaa suurin piirtein vas-taten) objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen on osin heuristinen ja pedagogi-nen esitystapa, ja on vaikea sanoa, minkälainen merkitys sillä on ollut esimerkik-si tahallisuusmallien kehittämisen kannalta. Näin sanoessani olen kuitenkin mahdollisesti itse dualistisen paradigman vanki enkä näe tilannetta objektiivises-ti. Rikoksen rakenneopissa on joka tapauksessa erityisesti Manner-Euroopassa tapahtunut kehitystä, joka voisi heijastella uudenlaista suhtautumista dualismiin-kin. Rikoksen rakenne ymmärretään hienosyisemmin kuin objektiivisena ja sub-jektiivisena puolena. Tosin objektiivinen ja subjektiivinen ovat usein mukana moderneissakin rakennemalleissa (esimerkiksi objektiivinen ja subjektiivinen tunnusmerkistön mukaisuus). Kaikilla tutkijoilla tuskin on tiedostettua suhtautu-mista dualismiin.

Duff puhuu dualismin kritiikissään mielen tiloista yleensä, joskin rikosoikeu-dellisesti tarkastelu liittyy erityisesti *intentioniin*. Voikin usein olla kohtuullista puhua henkilön tarkoituksen lukemisesta tai ymmärtämisestä hänen teostaan. Mutta miten on hänen uskomustensa ”lukemisen” laita, erityisesti mitä tulee si-vuseurauksiin ja sellaisiin olosuhteisiin, joilla ei ole tekijän intention kannalta merkitystä? Tällöin meidän on ehkä turvauduttava kontekstiin, jonka merkitys voikin nousta käytännössä suureksi.

Jos tarkoitus on selvemmin manifestoituneena käyttäytymisessä kuin usko-mukset, tällä voisi olla vaikutusta sääntelystrategian kannalta. Voisi olla hyödyllistä operoida tarkoituksilla, esimerkiksi valitsemalla tarkoituksellisuus erityi-seksi syyksiluettavuuden kategoriaksi ja/tai suosimalla tekoon liittyviä tarkoi-tustunnusmerkkejä erityisen osan puolella.

Cavallin on hyödyntänyt duffilaisia ajatuksia mannermaisessa syyksilukemis-ympäristössä. Hän vaatii, että rikosvastuun edellytysten jakamisesta objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen luovutaan.¹¹⁷ Tahallisuus on ilmeistä (uppenbart), kun ”gärningen i sinnevärlden direkt avslöjar sitt syfte eller mening”¹¹⁸. Tahalli-suus on myös käsillä, kun ”gärningen visar sig vara *särskilt* typisk eller menings-

¹¹⁵ Ks. Duff 1990 s. 135.

¹¹⁶ Ks. Duff 1990 s. 131–133.

¹¹⁷ Ks. Cavallin 1999 esim. s. 144–146.

¹¹⁸ Cavallin 1999 s. 259.

full i en viss riktning”¹¹⁹. Cavallin kutsuu malliaan nimellä *dolus ex re* – gärningssuppsåt (GU). Malliin palataan myöhemmin.

4.3.3 Kognitiivisen psykologian näkökulma

4.3.3.1 Johdanto

Psykologia on ihmisen toimintaa ja toiminnan muutoksia tutkiva ja selittävä tiede. Siinä on ollut erilaisia virtauksia ja koulukuntia. Tieteellisen psykologian alku ajoitetaan usein vuoteen 1879, jolloin Wilhelm Wundt perusti ensimmäisen laboratorionsa Leipzigiin. Hänen metodinsa oli introspektio. Siinä koulutetut havainnoitsijat raportoivat tietoisuuden sisällöistään tarkoin kontrolloiduissa olosuhteissa. Ongelmana oli mm. menetelmän riittävyys ja luotettavuus. Alkuvaiheessa psykologinen tutkimus oli kiinnostunut mm. havaitsemisesta, oppimisesta ja muistamisesta.¹²⁰

Tieteellisen psykologian lippulaiva etenkin Yhdysvalloissa oli vuosina 1920–1950 behaviorismi. Se pyrki täyttämään tiukasti objektiivisuuteen ja havaittavuuteen liittyvät tieteellisyyden edellytykset ja rajoittui näin lähtökohtaisesti tutkimaan ärsykkeiden vaikutusta ulkoiseen käyttäytymiseen. Se, mitä ärsykeen ja käyttäytymisen välillä – henkilön mielessä – tapahtui, ei ollut kiinnostavaa tai ainakaan tieteen tavoitettavissa. Tällainen lähtökohta voi ainakin periaatteessa olla enemmän tai vähemmän jyrkkä: puhetta mielestä, ajatuksista ym. mentaalisisistä olioista voidaan pitää mielettömänä, voidaan pitää vain materiaa todellisuutena tai – lievemmin – pitää tällaisiin olioihin kohdistuvaa tutkimustoimintaa epätieteellisenä. Behavioristille mielen tutkimisen vaihtoehtoja olivat aivojen tai käyttäytymisen havainnointi.¹²¹

1950-luvulle ajoittuu merkittävä murrosvaihe. Behavioristinen tieteenmalli koettiin rajoittavaksi. Monien mukaan mielen oliot vaikuttivat merkittävilä, ja oli syytä hyväksyä ne tutkimuksen kohteeksi. Esimerkiksi havaitsemista, oppimista ja muistamista tutkiva kognitiivinen psykologia erottui erityiseksi tutkimusalaksi. Myös tietokoneita oli alettu kehittää jo ennen 1900-luvun puoliväliä. Ryhdyttiin mallintamaan ihmisen ajattelua. 1950-luvulla kehitettiin myös mentalistista kielitiedettä. Näiden kehityskulkujen pohjalta kehittyi kognitiotiede tietämistä koskevaksi yleistieteeksi. Tekoälytutkimus ja kognitiotiede hyödyttävät psykologista tutkimusta ja päinvastoin. Viime vuosina erityistä edistystä on

¹¹⁹ Cavallin 1999 s. 260.

¹²⁰ Psykologian historiasta ks. esim. Vilko-Riihelä 1999 s. 17–21, 41–61 ja 276–277 sekä Anderson 2000 s. 6–16. Psykiatrian synnystä ks. Pajuoja 1995 s. 39–42.

¹²¹ Ks. Anderson 2000 s. 6–10. Mielenfilosofian näkökulmasta behaviorismi oli hyvin yhteensopiva materialismin kanssa.

saavutettu aivojen kuvantamismenetelmien ja genetiikan merkittävän kehityksen myötä.¹²²

Kysymys toisen mielestä tietämisestä on myös tahallisuusopissa mitä keskeisin. Tahallisuusopissa on perinteisesti operoitu sillä, mitä tekijä on mieltänyt ja mitä hän on tahtonut. Rikosoikeudellinen teorianmuodostus ei siis ole ollut behavioristista hyväksyessään mentaaliset tilat malliensa osaksi. Syyllisyysperiaate on korostanut subjektiivisten seikkojen tärkeyttä. Rikosprosessissa vallitsevan näyttösäännön mukaan syyksilukeva tuomio edellyttää, että on osoitettu jokseenkin varmaksi, että teossa toteutuivat vaadittavat rikosvastuun elementit, myös mm. tahallisuus.

4.3.3.2 *Psykologisia tahallisuuskysymyksiä*

On hyödyllistä kysyä, mitä tiedetään sellaisista psykologisista näkökohdista, jotka näyttävät olevan tahallisuudelle merkityksellisiä. Asiaa voidaan lähestyä ratkaisun KKO 1978 II 111 avulla.

Tuossa tapauksessa A oli asunnossaan alkoholin vaikutuksen alaisena selvittämättä jääneestä syystä lyönyt vuoteella ollutta B:tä esillä olleella leipäveitsellä vasemmalle puolelle kylkeen, minkä seurauksena B oli välittömästi kuollut. KKO tuomitsi A:n 7 vuodeksi vankeuteen täyttä ymmärrystä vailla olevana taposta katsoen, että

A:n oli, lyödessään tahallaan B:tä pitkäteräisellä veitsellä kylkeen, täytynyt käsittää lyönnistä seuraavan varsin todennäköisesti kuoleman [...].

Tahallisuuteen liittyy joukko merkittäviä psykologisia kysymyksiä, joihin vastaaminen olisi tärkeää sekä tahallisuusmallien laatijoiden että niiden soveltajien kannalta. Seuraavassa esitän ensin eräitä tällaisia, etenkin tiedolliseen puoleen liittyviä kysymyksiä. En juristina kykene niihin varsinaisesti vastaamaan, mutta uskaltaudun ottamaan esiin joitakin problematiikkaan liittyviä näkökohtia.

Mieltäminen. Mitä ihmiset havainnoivat ja miten tämä tapahtuu? Mitä tarkoittaa se, että joku ymmärtää, käsittää, tietää jotakin tai on selvillä jostakin? Eroavatko nämä havaitsemisesta? Miten muistaminen suhtautuu tietämiseen ja tietoisuuteen? Olenko selvillä kaikesta mitä edessäni on, ja näkeekö vieressäni oleva kaiken sen mitä minäkin näen¹²³? Minkälaisia eroja ihmisten kognitioissa mah-

¹²² Ks. Anderson 2000 s. 10–16.

¹²³ Komplisoidumpia ja teoriaspesifimpejä kysymyksiä olisivat mm. seuraavat. Ajattelemmeko, ja jos niin milloin, todennäköisyyssysteemien? Vai kuvaavatko esimerkiksi kognitiiviset verbit, kuten luulla, uskoa, olettaa tai epäillä, mieltämistämme totuudenmukaisemmin?

dollisesti on? Millä edellytyksillä olemme oikeutettuja sanomaan, että jonkun on täytynyt käsittää jokin tietty asia?

Mieltämisen kohde. Mitä eroja on siinä, millä tavoin meillä on ja miten saamme tietoa erilaisista asioista, esimerkiksi siitä, että a) olemme lyömässä pitkäteräisellä veitsellä jotakuta kylkeen, b) että lyödessä pitkäteräisellä veitsellä toista kylkeen seurauksena on varsin todennäköisesti kuolema, c) että B omistaa tietyn esineen ja d) että B on alle 16-vuotias?

Päätöksenteko ja rationaalisuus. Miltä osin tietämämme/muistamamme on käytössämme toiminnan hetkellä? Miltä osin tietämämme vaikuttaa ja ohjaa toimintaamme? Onko toimintamme rationaalista, ts. pystymmekö halutessamme toimimaan puhtaasti faktatietojemme ja niitä hyödyntäen muodostettavissa olevien hypoteettisten imperatiivien avulla? Mitä tarkoittaa torjunta; pystyykö negatiivista informaatiota torjuva henkilö näkemään todellisuuden defenssimekanisminsa tuottaman sumun läpi?

Affekti. Minkälainen vaikutus affektilla on kognitiivisiin toimintoihimme? Onko niin kuin esim. Strahl sanoo: ”Han ser rött men han ser”¹²⁴?

Defektit. Mikä on mielen sairauksien, häiriöiden sekä tavallista vähäisemmän älykkyyden ja kyvykkyyden vaikutus relevantteihin kognitiivisiin toimintoihin? Miten alkoholi ja huumeet vaikuttavat kognitiivisiin toimintoihin?

4.3.3.3 Mieltämiseen liittyviä näkökohtia

Aivot

Aivot ovat mielen elin. Niitä voidaan tarkastella eri tasoilla ja eri näkökulmista. Aivotoiminta on luonnontieteen kannalta katsoen sähkökemiallista. Vaikka aivot muodostavat erittäin kompleksisen kokonaisvaltaisen järjestelmän, on aivojen eri osilla eri kognitiivisissa toiminnoissa myös tiettyä työnjakoa. Aivot ja selkäydin muodostavat ihmisen keskushermoston. Aistiärsykkeet kuten valo, ääni ja kosketus poimitaan ääreishermostossa ja muunnetaan elektronisiksi signaaleiksi (sähköimpulsseiksi). Nämä kulkeutuvat hermoja pitkin aivoihin.

Hermoston perusosanen on hermosolu (neuroni). Niitä on aivoissa noin 100 miljardia. Hermosolussa on kolme osaa: solukeskus, viejähaarake eli aksoni ja dendriitti. Informaatio (sähköiset impulssit) kulkee hermosolun aksonia pitkin toisen hermosolun dendriittiin. Siirtyminen tapahtuu kemiallisten välittäjäaineiden avulla. Aivoissa saattaa olla noin 200 erilaista välittäjäainetta, joista tunnetaan vain noin 50. Välittäjäaineet tuottavat aivojärjestelmien monimutkaisuuden ja monipuolisuuden. Useimmat psykiatriset lääkkeet vaikuttavat jollain tavalla

¹²⁴ Strahl 1976 s. 92: ”Att någon handlar impulsivt eller i affekt utesluter inte, att han uppfyller uppsåtsrekvisitet: han ser rött men han ser.”

välittäjäaineiden toimintaan. Hermoyhteyksien yksityiskohdat vaihtelevat yksilöittäin, ja jokaisen aivot ovatkin todella ainutlaatuiset.¹²⁵

Aivoissa on eri ”kerroksia”. Aivorunko, joka yhdistää aivot selkäyttimeen, ohjaa perustavanlaatuisimpia toimintoja kuten hengitystä ja sydämen sykettä. Väliaivoissa on useita osia. Talamus on aivojen viestikeskus. Kaikki kehosta tulevat impulssit menevät sinne ja ohjataan edelleen oikeisiin paikkoihin. Talamuksen alla on hypothalamus, joka säätelee mm. ruokahalua, janoa ja stressireaktioita. Hippokampus on keskeinen muistin kannalta. Sen vieressä on mantelitu-make, joka on tärkeä pelon ja ehkä muidenkin tunteiden lähde. Aivojen takaosassa ovat pikkuaivot, jotka ohjaavat liikkeitä ja koordinaatiota. Alkoholi vaikuttaa erityisesti pikkuaivojen hermosoluihin.¹²⁶

Isoaivot muodostavat noin 85 % aivokudoksesta. Isoaivojen pinnalla on uurreteinen isoavokuori. Syvimmät uurteet jakavat aivokuoren neljään lohkokoon, johon kuhunkin liittyy erilaisia funktioita. Takaraivolohko käsittelee näköärsykeitä. Päälakilohko osallistuu kehotietoisuuden, keskittymiskyvyn ja liikkeen ohjaamiseen. Ohimolohkossa tapahtuu äänen, puheen ja joidenkin muistitoimintojen käsittely. Otsalohkon toiminta liittyy korkeimpiin henkisiin toimintoihin kuten järkeilyyn, suunnitteluun ja aikomuksiin sekä itseilmaisuuksiin.¹²⁷

Aivojen empiirisessä tutkimuksessa on perinteisesti hyödynnetty eläinkokeita, mutta yksi ongelma on, että ihmisen kognitiiviset prosessit ovat huomattavasti monimutkaisempia. Elävien ihmisaivojen tutkimus on liittynyt lähinnä aivoalueiden potilaiden havainnointiin. Tällaista havainnointia vaivaa tietty sattumanvaraisuus.¹²⁸ Esimerkiksi tunteita ja mielialoja voidaan alkaa ymmärtää paremmin aivokuvauksen avulla. Nykyisin on olemassa kolme keskeistä menetelmää saada kuvia elävistä aivoista ilman leikkausta.

Magneettikuvauksen (MRI) avulla voidaan saada kuvia aivojen rakenteesta. Todisteita esimerkiksi siitä, että stressi ja masennus kutistavat hippokampusta, on saatu MRI:n avulla. Sen avulla ei kuitenkaan saada tietoa aivojen toiminnasta. Positroniemissiotomografian (PET) avulla voidaan kuvata aivojen reaaliaikaista toimintaa. Ajatus on se, että kehoon ruiskutetaan kemikaalia, jota voidaan seurata kuvauksessa. Mallia voidaan käyttää kahdenlaisessa tutkimuksessa. Kemikaalina voidaan käyttää glukoosia, ja teettää koehenkilöllä samalla erilaisia kognitiivisia tehtäviä. Kuvauksessa voidaan seurata, missä kohtaa aivoja tapah-

¹²⁵ Ks. Aldridge 2001 s. 34 ja 40–44 sekä Anderson 2000 s. 16–21.

¹²⁶ Ks. Aldridge 2001 s. 35–37.

¹²⁷ Aldridge 2001 s. 38–40 ja kokoaavasti aivojen funktionaalisesta organisaatiosta Anderson 2000 s. 21–27.

¹²⁸ Tähän vaikuttavat tutkimuseettiset näkökohdat. Lobotomiassa potilaalta katkaistiin hermokudos, joka yhdisti otsalohkon muuhun aivoon. Tavoitteena oli tehdä potilaasta rauhallisempi. Seurauksena oli kuitenkin myös negatiivinen persoonallisuudenmuutos. Yhdysvalloissa tehtiin vuosina 1936–1978 lobotomia 35 000 ihmiselle. Aldridge 2001 s. 40.

tuu aktivoitumista. Toiminnallisessa neurokemiassa puolestaan tutkitaan lääkkeiden vaikutusta välittäjäainereseptoreissa. Toiminnallisessa magneettikuvauksessa (fMRI) varjoaineena toimii aivojen aktiivisille alueille tunkeutuva hapekas veri, kun taas kuvaus tapahtuu kuten magneettikuvauksessa. Eri menetelmillä saadaan toisiaan täydentävää tietoa.¹²⁹

Aivotutkimus hyödyntää mm. genetiikan tuloksia. Ihmisen koko geenikartta on selviämässä. Aiemmin yksittäisiä geenejä on pyritty liittämään tiettyihin sairauksiin kuten skitsofreniaan. Näyttää kuitenkin todennäköiseltä, että aivotoimintaa ja käyttäytymistä ohjaavat useat eri geenit, jotka toimivat yhteistyössä.¹³⁰

Havaitseminen

Ihmiskeho on täynnä sensoreita, jotka vastaanottavat informaatiota ulkomaailmasta. Aistireseptorit ovat muutoksiin reagoivia soluja. Havaintoprosessia luonnehtii parallelismi: aistiärsykeitä vastaanotetaan kaikkialta. Aistien toimintaherkkyys vaihtelee. Siihen vaikuttavat mm. ikä, terveydentila ja mahdolliset vammat, väsymys ja mieliala samoin kuin esimerkiksi lääkkeet ja päihteet. Ärsykkeen vaikuttavuus riippuu myös sen voimakkuudesta. Neuronit prosessoivat ärsykeitä. Prosessointi on monivaiheinen ja monimutkainen tapahtuma. Mielekäs havainto ei voi syntyä ilman aikaisempaa muistivarastoa. Tarvitaan aikaisempia sisäisiä malleja, skeemoja, jotka suuntaavat havaintoja ja jotka myös muuttuvat havaintojen tuloksena. Harjaantumisella ja oppimisella on suuri merkitys: asiantuntija tunnistaa jo pienistä vihjeistä sellaiset oman alansa ärsykkeet, jotka asiaa tuntemattomalle ovat täysin epäselviä. Havaitsemisessa rekisteröimme ympärillämme olevat oliot. Havaitsemisessa on rekisteröinnin lisäksi kyse olioiden tulkinnasta ja tunnistamisesta.¹³¹

Tarkkaavaisuus, muisti ja ajattelu

Arkikielessä muistamisella viitataan ennen kaikkea siihen, että henkilö onnistuu hakemaan mielestään jotain sinne aikanaan mennyttä informaatiota. Psykologiasa on eriytynyt muistikäsitys. Muisti koostuu useasta osajärjestelmästä. Käsitys muistista on täsmäntynyt huomattavasti viimeisen runsaan 40 vuoden aikana.¹³²

¹²⁹ Anderson 2000 s. 27–31 ja Aldridge 2001 s. 53–57.

¹³⁰ Ks. lähemmin Aldridge 2001 s. 57–62.

¹³¹ Erityisesti rikosoikeudessa tulee kiinnittää huomiota myös siihen, että ihminen tekee havaintovirheitä. Osa on ärsykeperustaisia. Tunnetaan esimerkiksi parisataa geometris-optista illuusiokuvaa. Hallusinaatioissa taas on kyse harha-aistimuksista, joille ei ole ärsykeperustaa; keskushermosto synnyttää ne mielikuvituksen, pelon tai huumeen tms. vuoksi. Ks. Vilkkö-Riihelä 1999 s. 294–295. – Havaitsemisesta yksityiskohtaisesti ks. Vilkkö-Riihelä 1999 s. 276–309 ja Anderson 2000 s. 36–73.

¹³² Ks. muistista esim. Koivisto 1996 ja Vilkkö-Riihelä 1999 s. 166–170.

Muisti jakaantuu kolmeen suureen osaan, aistimuistiin (sensoriset muistit), työmuistiin ja säilömuistiin. Erottelu tehtiin jo 1960-luvulla. Aistimuistissa on kyse siitä, että käsilläolevat ärsykkeet ovat lyhyen aikaa tallentuneina mielessämme sen jälkeen, kun fyysinen ärsyke todellisuudessa on jo kadonnut. Aistimuisti on lyhytkestoinen mutta kapasiteetiltaan laaja. Sensorinen muisti pitää ärsykettä saatavilla vain niin kauan, että ehdimme kiinnittää huomion osaan tiedosta. Näköärsykkeet ovat mielessämme noin 0,5 sekuntia ärsykkeen häviämisen jälkeen (ikonimuisti) ja kuulonvaraiset ärsykkeet noin 1–3 sekuntia (kaiku-muisti). Periaatteessa kaikki esillä ollut näön- ja kuulonvarainen ärsykeistö on mainitun ajan tallentuneena mieleemme. Mainitun ajan kuluttua tallenteet häviävät siltä osin kuin ne eivät ole valikoituneet jatkokäsittelyyn.

Tarkkaavaisuusmekanismit valitsevat informaatiota jatkokäsittelyyn työmuistiin. Valikointi on välttämätöntä, sillä ihmisen kognitiivinen kapasiteetti ei mil-lään riitä käsittelemään perusteellisesti kaikkea tarjolla olevaa ärsykeistöä tai informaatiota. Ärsykkeet valikoituvat lähinnä kiinnostavuuden, tärkeyden, tut-tuuden, ennakkovihjeiden ja ärsykeominaisuuksien (esim. tavallisuudesta poik-keava ärsyke) perusteella. Keskeistä valikoitumisessa on tavoite toiminnan het-kellä: aivoissa on tarkkaavaisuusmekanismit, jotka suodattavat pois senhetkisen tavoitteen näkökulmasta epäolennaisen materiaalin. Ärsykeistä, joihin tarkkaa-vaisuus ei kohdistu, ihminen havaitsee ja ymmärtää olennaisesti vähemmän. Ih-minen on usein jaetun tarkkaavaisuuden tilanteessa, ts. hän joutuu suorittamaan useaa tehtävää yhtä aikaa (esim. puhelimeen puhuminen autoa ajettaessa). Mitä samankaltaisempia ja vaikeampia tehtävät tuolloin ovat, sitä hankalampaa nii-den suorittaminen on. Harjaantuneisuus ja toiminnan automatisoituminen puo-lestaan merkitsevät sitä, että kognitiivista kapasiteettia vapautuu muihin tehtä-viin. Ihminen suoriutuu jaetun tarkkaavaisuuden tilanteissa tehtävistä paremmin, jos ne kuormittavat eri aistipiirejä.¹³³

Työmuisti on kapasiteetiltaan hyvin rajallinen. Kykenemme pitämään yhtä aikaa työmuistissamme vain 5–9 asiayksikköä. Asiat pysyvät työmuistissa 18–20 sekunnin ajan. Tämän ajan kuluessa niitä täytyy ryhtyä työstämään ja painamaan säilömuistiin, etteivät ne häviäisi. Työmuistin avulla teemme koko ajan ajattelu-työtä. Sen avulla asiat ymmärretään.

Eri asiat vaikuttavat siihen, mikä materiaali painuu säilömuistiin ja miten vah-vasti. Säilömuistiin koodautumista edistävät mm.:

- asian tavoitteellinen mieleen painaminen
- materiaalin työstäminen ja aktiivinen yhdistäminen
- aiemmat tiedot asiasta

¹³³ Ks. tarkkaavaisuudesta lähemmin esim. *Vilkko-Riihelä 1999* s. 283–290 ja *Anderson 2000* s. 74–104.

- asian omakohtaisuus
- asian suuri positiivinen tai negatiivinen tunnearvo
- asian subjektiivinen tärkeys
- asian kiinnostavuus
- asioiden liityntä toisiinsa ja niiden muodostaman kokonaisuuden koherenssi
- ärsykkeen voimakkuus ja poikkeavuus ympäristöstään.

Säilömuistiin mahtuu valtavasti informaatiota. Se on myös pitkäkestoinen. Keskustelua onkin käyty siitä, säilyykö säilömuistiin painunut informaatio siellä koko elinikämme vai häviääkö sieltä tietoa. Varmaa vastausta ei tiedetä. Yleensä siinä, että henkilö ei muista jotain joskus tietämäänsä asiaa, on kuitenkin kyse muistihäiriön epäonnistumisesta. Ei myöskään ole niin, että kaikki säilömuistissa oleva informaatio ilman muuta ohjaisi ihmisen toimintaa.¹³⁴

Säilömuistissa on neljä osaa. Episodisessa muistissa on tallentuneena tietoa tapahtumista (”muistan, kun ...”). Tämä tieto on luonteeltaan konkreettista, sillä se liittyy kontekstuaalisiin ankkureihin kuten aikaan ja paikkaan. Semanttisessa osassa on tallentuneena henkilön maailmaa koskeva yleinen tieto (”muistan, että ...”). Semanttisen muistin sisältöjä ovat mm. käsitteet, kohta lähemmin tarkasteltavat skeemat ja yleiset faktatiedot. Tieto on abstraktimmassa muodossa kuin episodisessa muistissa. Raja näiden kahden välillä lienee pikemmin liukuva kuin jyrkkä. Proseduraalisessa muistissa on varastoituneena erilaisia taitoja koskeva tieto. Perseptuaalisessa muistissa puolestaan on tallentuneena kuva- ja äännehahmoja.

Työmuistin rajallisuutta kompensoivat automatisoituminen ja skeemat. Ilman tiettyjen tekojen automatisoitumista elämä olisikin melko mahdotonta. On lukuisia automatisoituneiden tekojen tyyppejä; motorisia, älyllisiä ja havaitsemiseen liittyviä suorituksia sekä monia erityistaitoja. Kun esimerkiksi näemme jonkin sanan, tulemme lukeneeksi sen, halusimmepa tai emme. Automatisoituminen tapahtuu, kun asiaa on toistettu parituhatta kertaa (esim. autolla-ajo, tekstinkäsittely, pianonsoitto, seiväshyppy). Automaattinen prosessointi on nopeaa. Se ei juuri vie kognitiivista kapasiteettia muiden tehtävien suorittamiselta ja auttaa näin ollen kiertämään työmuistin rajoituksia. Se on myös sillä tavoin tiedostamattonta, että emme esimerkiksi (enää) tiedä, kuinka luemme, emmekä ajattele, kuinka ajamme autoa. Onnettomuuden jälkeen ihminen saattaa joutua opettelemaan uudestaan niinkin yksinkertaisen asian kuin kävelemisen. Automaattisuus on nopeaa ja suoraa muistihakua reagoitaessa ärsyккеeseen. Jos ao. asiaa ei ole

¹³⁴ Mm. väkivaltarikosten näkökulmasta on kiinnostavaa, että traumaattisen tapahtuman kuten väkivaltaisen teon aiheuttama tunnejärkytys voi johtaa muistamattomuuteen sekä tekijän että uhrin osalta. Tilanteeseen mahdollisesti liittyvät pääteet heikentävät kognitiivisia toimintoja. Ks. *Haapasalo 2000* s. 38–40 ja 51–54.

harjoiteltu, aivoissa ei ole sitä koskevaa muistijälkeä, ja toiminta edellyttää ajattelua ja ongelmanratkaisua.

Skeema on nimitys monimutkaisemmille tieto-organisaatioille, jotka ohjaavat tiedon valikointia ja käsittelyä ja joiden mukaan tietoa jäsennetään ja tulkitaan. Todellisuutemme on täynnä toimintoja, joissa käytämme automatisoituneesti skeemoja. Meillä on niitä tuhansia ja opimme myös uusia skeemoja. Yksinkertaiset asiat kuten oven avaaminen eivät vaadi kognitiivisia ponnistuksia, vaan meillä on tilannetta varten tiedollinen malli, skeema. Punainen valo liikenteessä taas aktivoi jarrutusskeeman. Ajattelu alkaa, kun tilanteeseen ei löydy sopivaa valmista skeemaa.¹³⁵

Ajatteluun kuuluu mm. päättely, ongelmanratkaisu ja päätöksenteko. Ne voivat olla enemmän tai vähemmän rationaalisia eri näkökulmista. Ihmisille tyypillistä on rajoitettu rationaalisuus; teemme päätöksiä, jotka eivät ole optimaalisia mutta kuitenkin yleensä riittäviä. Tätä selittää mm. kognitiivisten resurssiemme rajallisuus. Kognitiivisiin toimintoihimme liittyy edellä selostettuja kapasiteetti- ja kestorajoituksia. Emme jaksa kahlata läpi teoreettista ongelma-avaruutta ts. kaikkia tilanteeseen liittyviä olosuhteita ja ratkaisuvaihtoehtoja. Tyypillistä on myös mm. vahvistusilluusio, ts. tendenssi hyväksyä pikemminkin omien käsitystemme kanssa samansuuntaista kuin sille vastakkaista informaatiota. Saatamme myös olla taipuvaisia valitsemaan helpoimmin mieleen tulevan ratkaisuvaihtoehdon.

Työmuistissa esillä oleva materiaali on tietoista. Säilömuistissa olevat asiat eivät ole läsnä tietoisuudessamme koko aikaa, vaan ne täytyy hakea sieltä erikseen, myös kohtuullisen yksinkertaiset asiat. Muistihakumekanismit nostavat säilömuistista asioita työmuistiin.

4.3.3.4 Sovellutusta

Palatkaamme ratkaisuun KKO 1978 II 111. Yksinkertaistamme tilannetta siten, että korvaamme ratkaisun pakottavaa päättelyä ilmentävän proposition ”A:n oli lyödessään [...] täytynyt käsittää lyönnistä seuraavan varsin todennäköisesti kuoleman” muotoon ”A käsitti lyödessään lyönnistä seuraavan varsin todennäköisesti kuoleman”. Tilanne voidaan nyt purkaa kahdeksi väitteeksi.¹³⁶

- 1) A käsitti lyödessään, että lyötyessä toista pitkäteräisellä veitsellä kylkeen lyönnin seurauksena varsin todennäköisesti on kuolema.

¹³⁵ Mm. tarkkaavaisuuteen, automaatioon ja skeemoihin liittyy ajatuksissaan olemisen ja tekemisen ilmiö. Ihminen voi olla esim. niin ajatuksiinsa vaipuneena (”muissa maailmoissa”), ettei noteeraa ympäristöstä tulevia ärsykeitä.

¹³⁶ Pakottavaan päättelyyn palataan tämän luvun jaksossa 5.2.

2) A käsitti lyödessään, että hän on lyömässä B:tä pitkäteräisellä veitsellä kylkeen.

Jos jompikumpi väite ei ole tosi, ei syyksilukeva johtopäätös ”A käsitti lyödessään, että hänen tekonsa seurauksena varsin todennäköisesti on kuolema” ole tosi. Ensimmäinen lause viittaa erästä kausaalisuhdetta koskevaan (propositio-naaliseen) tietoon. Toisessa lauseessa on kyse siitä, että A on tunnistanut olevansa tiettyssä tilanteessa.

Jälkimmäinen lause on psykologisen tiedon valossa sikäli uskottavan tuntuinen, että jos A on päättänyt suorittaa sellaisen teon tai tehtävän, että lyö B:tä pitkäteräisellä veitsellä kylkeen, tarkkaavaisuusmekanismit ovat valinneet tämän tehtävän kannalta relevantin ulkoisen tilanneinformaation A:n työmuistiin. Näytöllisesti keskeisessä asemassa on tältä osin tekotilanne.

Jos A on tekohetkellä pitänyt kausaalipropositiota totena, hän on joko joskus aikaisemmin muodostanut sellaisen uskomuksen tai sitten hän on päätenyt siihen tekotilanteessa (ei kuitenkaan yksin tekotilanteessa tekemiensä havaintojen perusteella vaan muista tiedoistaan päättelemällä). Oletetaan ensin, että A on joskus aiemmin muodostanut mainitun kausaaliproposition mukaisen käsityksen. Hänellä on voinut olla tämä käsitys hyvinkin kauan. Joka tapauksessa asiaa koskeva tieto on ollut A:n säilömuistissa. Kysymys on nyt siitä, onko tämä tieto noussut tekotilanteessa säilömuistista työmuistiin. Jos ei ole ja jos tietäminen on asian työmuistissa olemista, on ensimmäinen lause virheellinen. Siinä tapauksessa myös johtopäätös on virheellinen ja A olisi tullut tuomita lievemmin. En osaa sanoa, onko tuon tiedon nouseminen työmuistiin ollut oletettavaa vai ei. Se, että A kysyttäessä mahdollisesti vastaa myöntävästi kysymykseen ”seuraako varsin todennäköisesti kuolema, jos lyö toista pitkäteräisellä veitsellä kylkeen”, merkitsee sitä, että kysymyksen seurauksena A:n muistihaku aktivoituu ja tieto nousee – ehkä hyvinkin helposti – säilömuistista työmuistiin. Sitä vastoin tämä ei todista, että puukotuspäätös ja sen toteuttaminen nostivat tuon tiedon työmuistiin.¹³⁷

Sen sijaan tuntuu ilmeiseltä, että tuollainen tieto nousisi tekijän työmuistiin, mikäli hänen tarkoituksenaan ei olisi ainoastaan lyödä toista pitkäteräisellä veitsellä kylkeen, vaan tappaa toinen lyömällä tätä pitkäteräisellä veitsellä kylkeen; jälkimmäisessä tapauksessa se olisi tehtävän edellyttämää tietoa, jonka muistihaku ilmeisesti nostaisi työmuistiin.¹³⁸

¹³⁷ Toinen asia on, että jos tekijä ensin pohdiskelee puukottamista, on oletettavaa, että myös säilömuistissa oleva abstrakti tieto puukotuksen seurauksista aktivoituu työmuistiin. – *Jareborg 1969 s. 216* lähtee siitä, että murhaaja tietää kohteensa olevan ihminen, vaikkei tekohetkellä erityisesti pohdi tätä. Tällaista tietoa tehtävä edellyttääkin, olipa kyse tappamistarkoituksesta tai ”vain” puukotustarkoituksesta.

¹³⁸ Teon syyksilukeminen tappona ei kuitenkaan perustunut tarkoitustahallisuuteen.

Yksi merkittävä kysymys vielä on, onko tuollainen uskomus voinut ohjata tekoa siinäkin tapauksessa, että se ei olisi tekohetkellä ollut työmuistissa.¹³⁹

Toinen perusvaihtoehto oli, että A muodosti tuon kausaalipropositiota koskevan uskomuksen vasta tekoatilanteessa. Jos tällaisen uskomuksen muodostaminen vaatisi aikaa, vaihtoehto ei tunnu kovin todennäköiseltä, etenkin, jos teko oli hyvin impulsiivinen.

Kokonaan oma kysymyksensä on kausaaliproposition totuus: onko niin, että lyötäessä toista pitkäteräisellä veitsellä kerran vasempaan kylkeen tämä varsin todennäköisesti kuolee? Ensin täytyy luonnollisesti tietää, mitä varsin todennäköisellä tarkoitetaan. Kysymys kuoleman todennäköisyydestä tuollaisen teon seurauksena on fysiologis-lääketieteellinen kysymys. Asiasta ei liene yleisessä tiedossa olevaa tilastotietoa. Itse en osaa sanoa edes sitä, onko kuoleman todennäköisyys yli vai alle 50 %. Selvää on, että tuollainen teko sisältää erittäin merkittävän hengenvaaran. Tämä on kuitenkin eri asia kuin esimerkiksi kuoleman yli 50 %:n todennäköisyys. Todennäköisyyteen vaikuttavat lisäksi monet tilannekohtaiset seikat. Sangen keskeistä lienee se, kuinka nopeasti henkilö saadaan kvalifioituun lääkärihoitoon. Jos tämä tapahtuu riittävän lyhyessä ajassa, ennuste on nykylääketieteen aikana usein hyvä.

Otetaan toiseksi esimerkiksi lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö (RL 20:6), joka kriminalisoi sukupuoliyhteydessä olemisen alle 16-vuotiaan kanssa. A on sukupuoliyhteydessä 15-vuotiaan B:n kanssa. Sukupuoliyhteys B:n kanssa on A:n työmuistissa. Mutta onko välttämätöntä, että A:n työmuistissa on käynyt kysymys B:n iästä? A:n tavoitteet sinänsä eivät näytä edellyttävän tätä.¹⁴⁰ Tässä tapauksessa kysymys saattaa kylläkin tulla A:n mieleen siitä syystä, että hän tietää alaikäiseen sekaantumisen olevan kiellettyä. Vastaavasti normitieto voi saada ajamaan aikovat ihmiset kiinnittämään huomiota siihen, onko heillä ajokorttia (jos ei ole) ja siihen, voivatko he nauttia aterialla lasin viiniä vai eivät – seikkoja, jotka varsinaisen ajamissuorituksen näkökulmasta eivät olisi keskeisiä. Mutta tällainen normitieto on kontingenttia, sattumanvaraista. On monia tekoja, joiden rangaistavuudesta/kiellettyisyydestä tekijä ei ole selvillä, eikä normitieto ole tällöin omiaan suuntaamaan tekijän kognitioita vastuun kannalta merkittä-

¹³⁹ Tarkoitustahallisuuden näkökulmasta kiinnostavaa on vastaavasti, onko mahdollista, että puukotus- ja/tai tappamistarkoitus olisi tiedostamaton. Jos on, ja jos sillä olisi rikosoikeudellista merkitystä (esim. jos vain tiedostettu tarkoitus kelpaisi tarkoitustahallisuudeksi tai ylipäättään tahdonvaltaiseksi teoksi), ei mahdollisesti voitaisi tyytyä duffilaiseen tarkoituksen ”lukemiseen” teosta.

¹⁴⁰ Ks. myös *Waaben* 1973 s. 60: ”I en del tilfælde er slutninger ud fra den kriminelle handling udelukkede, nemlig hvor den omstændighed som forsettet skal angå regelmæssigt er uden betydning for en handlingens foretagelse. Ved hæleri og kønsligt forhold til børn er de kriminelle handlinger lige forklarlige hvadenten man antager den relevante viden eller ej.” Kätkemisrikoksen osalta johtopäätöksiä voidaan tosin tehdä sellaisista toimista kuin ostetun esineen kuljettaminen kotiin vasta pimeän tultua tms.

vien olosuhteiden suuntaan.¹⁴¹ Aiemmat epämiellyttävät kokemukset – esimerkiksi aiempi tuomioistuimeen joutuminen lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä tai kätkemisrikoksesta – voivat myöhemmässä tilanteessa olla omiaan kiinnittämään huomiota relevanttiin seikkaan.¹⁴²

15-vuotiaan seksipartnerin tapauksessa kohteen havaitsemiseen ja tunnistamiseen, miltä tekijä ei asian luonnosta johtuen tietenkään voi välttyä, sisältyy jonkinasteinen kehittyneisyydenkin huomioiminen. Kysymys on siitä, kuinka yksilöityä ja prosessoitua informaatio tätä kautta on ja mitä taas tahallisuus näiltä osin oikeudellisesti edellyttää. Jos A aiemmin oli saanut tietää B:n iän, on kysymys siitä, aktivoituiko tuo tieto työmuistiin tekohekellä, mitä A:n tavoite ei edellyttäne. Mikäli tieto jäi säilömuistiin, on merkittävää, miltä osin tällainen tieto voi olla tahallisuuden kannalta riittävää.

4.3.3.5 Keskustelua

”Tietoisuus” ja ”tieto” ovat monimuotoisia käsitteitä. Tietoisuudessa voi olla kyse esimerkiksi siitä, onko henkilö valveilla tai tajuissaan. Rikosoikeudessa puhutaan usein ”tahallisuuden edellyttämästä tietoisuudesta”. Psykologiassa ei ehkä ole ollut tarvetta tehdä käsite-erotteluja sellaisia näkökohtia silmällä pitäen, jotka taas rikosoikeudellisen vastuun näkökulmasta ovat erityisen keskeisiä.

Joka tapauksessa työmuistissa oleva aines on selvimmin tiedostettua. Tietoisuus on sitä selvempää, mitä enemmän kognitiivista energiaa asiaan suunnataan. Pääosa tiedoistamme on kuitenkin säilömuistissa, sillä työmuistin kapasiteetti on hyvin rajallinen. Tieto voi olla nopeammin ja yksinkertaisemmin tai hitaammin ja vaivalloisemmin nostettavissa esiin säilömuistista. Jo havaitsemisessa tapahtuu tunnistamista ja jonkinasteista tulkintaa. Ehkä tietoisuus jostakin onkin pikemminkin asteittaista kuin kyllä tai ei -luonteista¹⁴³?

Entä minkälainen tieto ohjaa toimintaa? Selvää on, että työmuistissa oleva aines ohjaa toimintaamme. Selvää toisaalta on sekin, että kaikki säilömuistissa oleva ei ohjaa kulloistakin toimintaamme. Huomioon on myös otettava automa-

¹⁴¹ Tässä yhteydessä on kiinnostavaa sekin, että rikosvastuu ei edes tahallisenä edellytä selvilläoloa siitä, että teko oli kielletty, saati rangaistava. Erityisen paljon ei normatiivisestikaan voitaisi siis rakentaa tällaisten ”muistimarjojen” varaan.

¹⁴² *Waaben 1973* s. 62–63. – *Bomgren 1961* s. 244 kiinnittää huomiota siihen, että olisi tärkeää selvittää, toimivatko käsitysmekanismit samalla tavalla seurausten ja teko-olosuhteiden mieltämisen yhteydessä. Hänen mielestään on ajateltavissa, että tietyissä tilanteissa (hän tarkoittaa esimerkiksi impulsiivisten tekojen yhteydessä) seurausten mieltäminen voi heikentyä helpommin kuin olosuhteiden mieltäminen.

¹⁴³ *Denno 2002* kirjoittaa vapaaehtoisen teon osalta s. 29: ”[...] there appears to be no valid scientific basis for a voluntary act dichotomy because consciousness and unconsciousness are a matter of degree, existing in terms of 'more or less' rather than 'either/or'.”

tisoituminen ja skeemat, joiden ansiosta emme ole koko ajan ajattelutilanteessa tehdessämme jotain.¹⁴⁴

Rikosoikeudessa on tuskin riittävästi pohdittu vaadittavan mieltämisen eri ominaisuuksia ja ulottuvuuksia. Tulisi voida vetää raja riittävästi ja riittämättömästi tiedostetun välille. Käyttäytymistä ohjaavan tiedon edellyttäminen tahallisuudelta voisi olla kriminaalipoliittisesti varteenotettava malli ottaen huomioon vaikkapa luonnehinnan tahallisuudesta päätöksenä oikeushyvää vastaan.

Rikosoikeudellisesti merkittävä tieto voisi olla myös päätösrelevanttia tietoa. Normatiivisia ja deskriptiivisiä tunnusmerkkejä koskevassa keskustelussa ymmärtäminen taas liitetään toisinaan normatiivisiin ja havaitseminen deskriptiivisiin tunnusmerkkeihin. Tunnusmerkistöjen viittaamat oliot, joihin tahallisuuden tulee kohdistua, voivat olla hyvin eriluonteisia (seurauksia, olosuhteita, ominaisuuksia). Saattaa olla luonnollista hyväksyä sellainen lähtökohta, että tahallisuuden edellyttämä mieltäminen voi ainakin jossain määrin vaihdella riippuen kohteensa luonteesta.

Uudistetut yleisen osan säännökset tuovat legaliteettiperiaatteen aiempaa vahvemmin esiin myös pohdittaessa rikosoikeudellista mieltämistä. Legaliteettiperiaatteen mukaan tulkinta on sallittua säännöksen sanamuodon sisällä (sanarajasääntö). Mieltämisen tulee siten toteuttaa vaatimus varsin todennäköisenä ”pitämisestä”, eikä teko ole tahallinen, jos tekijä ”ei ole selvillä” kaikista relevanteista seikoista. RL 4:1 asettaa nimenomaisesti myös vaatimuksen selvilläolosta relevantista seikasta ”teon hetkellä”. ”Pitäminen” ja ”selvillä oleminen” ”teon hetkellä” muodostavat siten osaltaan ne ulkorajat, joiden sisällä voidaan eri vaihtoehdoista valita perusteltu mieltämisen sisältö.¹⁴⁵

Ei liene estettä sille, että mieltämisen luonne vaihtelisi annettujen rajojen sisällä kohteidensa mukaan. Syyllisyysperiaatteen näkökulmasta tulisi painottaa tiedon teonhetkistä ymmärtämistä ja sellaista ohjaavuutta, että henkilö voi valita, vaikuttaako asia hänen toimintaansa. Esimerkiksi relevanttien seikkojen erityistä pohdintaa ei sitä vastoin näytä olevan syytä yleisesti vaatia tahallisuuden edellyttämältä mieltämiseltä¹⁴⁶. Tehokkuusnäkökohdat taas edellyttävät, että vaatimus

¹⁴⁴ Kielellinen intuitio on eräs (tosin ei-rikosoikeudellinen) esimerkki implisiittisestä mutta kuitenkin toimintaa ohjaavasta tietämisestä. *Anderson 2000* s. 356–357.

¹⁴⁵ Legaliteettiperiaate ei sitä vastoin aseta estettä supistaa tulkinnan avulla rangaistavuuden alaa, mikä tahallisuuden edellyttämässä mieltämisessä voisi merkitä sitä, että mieltämiselle asetetaan joidenkin tunnusmerkkien tai tyyppitilanteiden osalta tavallista korkeampia vaatimuksia. Ruotsin torjuttu tahallisuuden määritelmäehdotuksen mukaan ”[e]n gärning begås uppsåtligt om den är avsiktlig eller om den motsvarar vad gärningsmannen har insett, uppfattat eller antagit om den” (BrB 1:2). Erilaiset kognitiiviset verbit viittaavat siinä mm. erilaisiin kognitiivisiin prosessointitapoihin, ks. lähemmin *SOU 1996:185a* s. 129–134.

¹⁴⁶ Edellä totesin, että in casu voi olla perusteltua asettaa korkeampia vaatimuksia. Lisäksi eräissä tunnusmerkistöissä on elementtejä, joihin liittyy tai voi liittyä erityisvaatimuksia. Niinpä esimerkiksi murhan (RL 21:2) ”vakaasti harkiten” edellyttää jonkinasteista pohdintaa. Esim. törkeässä veropetok-

muodostetaan ottaen huomioon käytettävissä olevien näyttöresurssien näkökulma.

Kaiken kaikkiaan kognitiivisia toimintoja koskeva tutkimus edistyy nopeasti. Tahallisuusmalleja ja esimerkiksi näytöllisiä kokemussääntöjä olisi syytä tarkastella tätä tietämystä vasten olennaisesti enemmän kuin mitä tähän asti on tehty. Tämä on sitäkin ilmeisempää, kun otetaan huomioon, että meilläkin esillä olevat perustavat tahallisuusmallit on muotoiltu jo ennen kuin kognitioprosessien tutkimus behaviorismin jälkeen pääsi kunnolla edes liikkeelle.

4.3.3.6 Mielentieteistä ja mielen sisällön todentamisesta

Minkälaista apua epäillyn tai syytetyn tahallisuuden selvittämiseen voisi olla saatavissa mielentieteistä? Tahallisuusnäyttöä pidetään usein pulmallisena. Tahallisuutta yritetään päätellä lähinnä teosta ja muista olosuhteista. Tunnustus olisi erittäin merkittävää tahallisuusnäyttöä, mutta henkilö ei useinkaan tunnusta tahallisuutta, eikä tunnustus välttämättä ole luotettava. Tärkeää olisi hyödyntää mielen toimintaa koskevaa tietämystä nykyistä enemmän sekä aineellisia tahallisuussääntöjä muodostettaessa että tahallisuuteen liittyviä näyttökysymyksiä arvioitaessa.

Teknisessä näytössä on tapahtunut huomattavaa kehitystä. Esimerkiksi DNA on erittäin merkittävä myös rikosprosessissa. Kehittynyt tekninen näyttö mahdollistaa aiempaa terävämmän kuvan piirtämisen tapahtuneesta rikoksesta. Dufilaisittain tämä merkitsee samalla mieltä koskevien seikkojen parempaa näytettävyyttä – onhan terävämpää kuvaa parempi lukea ja tulkita. Myös päättely objektiivisesta subjektiiviseen helpottuu, kun objektiivisista seikoista on enemmän selvitystä. Mutta eikö tahallisuusnäyttöön olisi keksittävässä jotain erityistä keinoja?

Esillä voisivat olla tai ovat jo olleetkin esimerkiksi jonkinlainen valheiden paljastamisen menetelmä, hypnoosi ja jopa aivojen kuvaaminen. Ne eroavat toisistaan paitsi sikäli, mitä ja miten niillä ehkä voitaisiin saada selville, myös sen suhteen, minkälaisia normatiivisia kysymyksiä ne voivat herättää.

Eräs normatiivinen näkökulma liittyy todisteluun osallistumisen vapaaehtoisuuden ja syytetyn oikeuksien väliseen jännitteeseen. Vallitsee syyttömyysoletama, eikä epäillyn tai syytetyn lähtökohtaisesti tarvitse myötävaikuttaa rikosoikeudellisen vastuunsa selvittämiseen. Todennäköisin syin rikoksesta epäiltyyn voidaan laissa säädetyn edellytyksin kuitenkin kohdistaa henkilönkatsastus, johon kuuluu mm. verikokeen ottaminen tai ”muu ruumiiseen kohdistuva tutki-

sessä (RL 29:2), törkeässä väärennyksessä (RL 33:2) ja törkeässä rahanväärennyksessä (RL 37:2) puhutaan toimimisesta tai rikoksen tekemisestä ”erityisen suunnitelmallisesti”.

mus”. Tuomioistuini voi määrätä syytetyn vastoin tahtoaankin mielentilatutkimukseen, jos hän on vangittuna tai jos syytteenalaisesta rikoksesta voi seurata ankarampi rangaistus kuin vuosi vankeutta.¹⁴⁷

Valheenpaljastuslaitteet perustuvat reaktioiden mittaamiseen vastattaessa kysymyksiin. Mitataan esimerkiksi verenpaineen, pulssin, hikoilun tai äänen ominaisuuksien muutoksia, joita oletetaan tapahtuvan, jos henkilö valehtelee. Ongelmana on mm. luotettavuus. Onkin saatavissa jopa neuvontaa sen suhteen, kuinka ”huijata” tällaisessa kokeessa. Toden puhuminen taas ei takaa testin läpäisyä. Viileä valehtelija voi selvitä kokeesta, kun taas hermostunut totta puhuva voi ”jäädä kiinni”. Valheenpaljastuksen käyttöön rikosprosessissa ei olekaan suhtauduttu kovin myönteisesti. Tekninen kehitys voi kuitenkin johtaa uuden sukupolven testeihin.

Hypnoosin etujen voitaisiin ajatella liittyvän siihen, että henkilöltä saataisiin hypnoosissa vilpittömiä vastauksia kysymyksiin. Tässäkin on käytännön ongelmia. Hypnoosista ei ole selkeää määritelmää. Keskeinen teoreettinen kysymys on, onko hypnoosi muuntunut tietoisuuden tila vai onko niin, että normaalit kognitiiviset operaatiot vain toimivat epätavallisesti johtuen erikoisesta tilanteesta. Hypnoosiin liittyy tyypillisesti mm. suunnitelmallisuuden alenemista, kykyä visualisoida menneitä tapahtumia ja todellisuudentajun alenemista, mutta on epäselvää, missä määrin nämä ilmentymät johtuvat jo hypnoosiin riidattomasti liittyvästä suggestioherkkyyden lisääntymisestä. Hypnoosin käyttö voi myös johtaa hypnotisoidun virhekesityksiin. Yksi ongelma on se, että simulointi ei ole välttämättä helposti huomattavissa.¹⁴⁸

Aivojen kuvantamisessa voidaan esimerkiksi selvittää, mikä alue aktivoituu kognitiivisten suoritusten yhteydessä (PET-kuvaus). Ajatusten lukemiseen tms. aivojen kuvantamisessa ei kuitenkaan pystytä.

Amerikkalainen L. Farwell on kehittänyt teknologian, jonka avulla voidaan saada selville, mitä henkilön muistissa on. Hän kutsuu tätä menetelmää nimellä *brain fingerprinting*, sillä siinä on sormenjälkien ja myös ”geneettiseksi sormenjäljeksi” kutsutun DNA:n tavoin kyse tietyn jäljen – tässä tapauksessa muistijäljen – löytämisestä. Brain fingerprinting-menetelmässä henkilölle, joka on kytetty EEG-laitteeseen, näytetään tietokoneen ruudulla sanoja tai kuvia. Jos hänen aivonsa tunnistavat esitetyn, tämä näkyy aivosähkökäyrässä. Jos tunnistusta ei tapahdu, käyrässä ei tapahdu muutoksia.

¹⁴⁷ Mielentilatutkimukseen määrätty saadaan mielentilatutkimusta varten ottaa sairaalaan ja pitää sairaalassa tahdostaan riippumatta. Ks. lähemmin henkilönkatsastuksesta PKL 5:9 ja 11 sekä mielen-tilan tutkimisesta OK 17:45, mielenterveyslain (1116/1990) 3 luku, *Pajuoja 1995* s. 80–87 ja *Wagner-Prenner 2000* s. 103–129. PKL 6:4 sääntelee henkilötuntemerkkien ottamista ja 6:5 DNA-tunnistaiden määrittämistä ja tallettamista, josta ks. myös Virolainen – Pölönen 2003 s. 189–191. Sekä ruumis että mieli voivat siis olla todistamassa henkilöä vastaan.

¹⁴⁸ Ks. hypnoosista lähemmin *Kallio 1996* ja *Haapasalo 2000* s. 63–70.

Kyseessä ei ole valheenpaljastin. Henkilöltä ei kysytä mitään eikä hän vastaa mihinkään. Tekniikka vain näyttää, tunnistavatko henkilön aivot hänelle näytetyn vai eivät. Kyse voi olla esimerkiksi rikoksen tekopaikkaa tai välinettä koskevasta kuvasta. Tietysti henkilölle tulee esittää vain sellaisia kuvia, joissa olevan vain esimerkiksi tekopaikalla ollut on voinut nähdä. Tekniikka hyödyntää mm. sitä, että muistiimme jää vahvemmat jäljet merkittävistä kuin triviaaleista tilanteista. Kyse ei siis tässäkään ole ajatusten lukemisesta, mutta kylläkin välillisesti myös sen selvittämisestä, mitä henkilö tietää. Jälkiä haetaan alueelta, jolla henkilöllä on perinteisesti ajateltu olevan melko vahva monopoli.¹⁴⁹

4.4 TAHALLISUUS JA MIELTÄMISEN SYVYYS

Tahallisuus edellyttää mieltämistä. Tahallisuuden alaan vaikuttaa mieltämisen laatu syvyysuunnassa: kuinka aktuaalista tai refleктоivaa mieltämisen tulee olla kelpatakseen tahallisuudeksi? Kysymyksen ratkaiseminen saatetaan nähdä ”maalaisjärjen”, filosofian, psykologian ja/tai rikosoikeuden asiaksi.

Mieltämistä on eri syvyistä. Asia voi olla nimenomaisesti henkilön havaintojen, huomion ja/tai reflektion kohteena. Rikosoikeudessa tästä käytetään usein nimitystä *Daran-Denken*. Kaikki se, mitä olemme joskus tulleet uskomaan, ei kuitenkaan ole kaiken aikaa mainituin tavoin esillä mielessämme. Olemme voineet joskus tietää jonkin asian, mutta se ei nyt ole mielessämme. Kävellessäni kaupungilla teen kaiken aikaa runsaasti havaintoja. Jos joku kysyisi niistä minulta viiden minuutin kuluttua, ei minulla olisi useimmista asioista muistikuvia.

On olemassa paljon sellaisia asioita, jotka eivät ole mielessä esillä, mutta jotka tiedetään heti kun tarve vaatii. Eri asiat voivat ylipäättään olla nopeammin tai hitaammin, helpommin tai työläämmin palautettavissa mieleen.

Mieltäminen muodostaa näin skaalan, jonka ääripäinä ovat yhtäältä asian nimenomainen esilläolo mielessä juuri nyt ja toisaalta asian palautettavuus mieleen kenties pitkällisten ponnistelujen ja apuvälineiden (esimerkiksi valokuvat) avulla.

Uusia uskomuksia muodostuu ja entiset voivat tulla esiin tai vaipua unohduksiin. Eri asiat voivat (siis) eri ajankohtina olla eri kohdissa kyseisellä skaalalla. Eri asiat vaikuttavat siihen, mitä uskomuksia meillä on ja millä kohden skaalaa ne kulloinkin ovat. Tällaisia asioita ovat mm.

- uskomuksen kohteen laatu (toisen maailmansodan aikaan oli keskitysleirejä, vesi kiehuu sadassa asteessa, A:lla oli punainen takki, teostani seuraa x)

¹⁴⁹ Ks. lähemmin <http://www.brainwavescience.com>.

- uskomukseen päättymisen tapa (havainnot, pohdinta)
- mitä henkilö on tarkastelun kannalta relevantilla hetkellä tekemässä (huomion kohteena ovat toiminnan kannalta relevantit seikat) ja
- henkilökohtaiset ominaisuudet, kyvyt ja intressit.

Mihin kohtaan skaalaa asetamme tahallisuuden kannalta riittävää mieltämistä osoittavan rajapyykin? Molemmat ääripäät on yleensä haluttu hylätä. Jareborgin mukaan ”[m]ördaren, som har hela uppmärksamheten riktad på det tekniska utförandet av mordet och inte tänker på att offret är en människa, är inte mindre klandervärd än den som händelsevis tänker därpå, när båda vet att offret är en människa”¹⁵⁰.

Toisessa ääripäässä vaanii tuottamus, lähinnä jopa tiedostamaton tuottamus, mikä korostaa rajanvedon suurta periaatteellista merkitystä. Se, joka ei viimeistään tekohekellä ollut ylipäättään muodostanut relevanttia uskomusta, toimii lähinnä tiedostamattomassa tuottamuksessa. Sama koskee sitä, jonka olisi relevantin asian mieleensä palauttaakseen tai asian ymmärtääkseen pitänyt ryhtyä pohtimaan ja ponnistelemaan. Tällaista voidaan kutsua potentiaaliseksi mieltämiseksi. Henkilöä katsotaan voitavan moittia siksi, että hän ei ollut tehnyt jotain, jota häneltä olisi voitu vaatia riittävään käsitykseen päätyäkseen. Tuo jokin on usein, ja juuri tällaisessa tapauksessa, toimintansa merkityksen parempi pohtiminen ennen siihen ryhtymistä.¹⁵¹

Rimaa ei siis haluta korottaa Daran-Denkeniin asti, mutta toisaalta ei myöskään olla valmiita vesittämään mieltämisen vaatimusta tyytymällä jonkinlaiseen potentiaaliseen mieltämiseen.¹⁵²

Ratkaisua on usein haettu tältä väliltä. Aktuaalisen ja potentiaalisen mieltämisen väliin on voitu kolmanneksi kategoriaksi sijoittaa latentti mieltäminen. Yhtä välittävää kantaa on edustanut esimerkiksi kriteeri, jonka mukaan riittävää on asian välitön aktuaalistettavuus; henkilö ei erityisesti juuri ajattele kyseistä asiaa, mutta hän pystyy tarvittaessa välittömästi hyödyntämään tietoa. Vaihtoehtoisesti on voitu katsoa riittäväksi aktuaaliseen mieltämiseen välttämättömästi liittyvä mieltäminen. Askelen lähemmäksi myös kriminaalipoliittista näkökulmaa saat-
taa tulla kriteeri, jonka mukaan riittävää mieltämistä on sellainen mieltäminen, joka vaikuttaa henkilön toimintaan. Kriteeri voidaan yhdistää edellä mainittuihin.

Mieltämisen syvyyttä koskevassa kysymyksessä on otettava huomioon, että asiassa ei kenties ole yhtä yleistä kriteeriä. Mahdollisesti on rikoskohtaisia ero-

¹⁵⁰ Jareborg 1969 s. 216.

¹⁵¹ Potentiaalisesta mieltämisestä ks. myös Platzgummerin 1964 s. 55–63 esitystä.

¹⁵² Vrt. BrB Kap. 1–12/Wennberg/1:18–19: ”Att han kan erinra sig dem om han tänker efter är tillräckligt för att uppsåtsrekvisitet skall vara uppfyllt.”

ja.¹⁵³ Toisekseen voi olla eroja, jotka perustuvat mieltämisen kohteena olevan olion luonteeseen ja ominaisuuksiin. Tämä voisi olla hyvinkin mahdollista ottaen huomioon mm. sen, että myös uskomusten muodostamisen tapa vaihtelee.

On esimerkiksi ajateltavissa, että mieltämisen täytyy olla aktuaalisempaa seurauksiin kuin (muihin) olosuhteisiin nähden¹⁵⁴. Tahallisuusvastuusta vapautumisen on olosuhteiden puolella oletettu olevan tavallista vaikeampaa tekijään itseensä liittyvien tunnusmerkistöominaisuuksien osalta. Olisi usein kummallista katsoa, ettei virkamies virkarikoksen tehdessään ollut selvillä virkamies-ominaisuudestaan. Mieltämisen riittävyttä ei tosin tässäkään saa presumoida.¹⁵⁵

Erityisongelmana tarkasteltavan vaatimuksen kannalta on pidetty affektitekoja, joissa harkinta voi teko hetkellä jäädä kovin vähiiin. Mieltämisen katsominen riittämättömäksi olisi merkittävää, sillä kyse on usein vakavista väkivaltarikoksista. Siltä osin kuin kyse on tarkoituksellisuudesta, tarkoituksen toteutuminen voi ilmentää mieltämisen riittävyttä toiminnan ohjaamiseen. Sivuseuraukset, olosuhteet ja esimerkiksi teon sosiaalinen luonne ovat toisessa asemassa. Usein mieltäminen katsotaan riittäväksi affektista huolimatta. Sanotaan, että rikoksen tekijä näkee punaista – mutta näkee siis kuitenkin.¹⁵⁶

¹⁵³ Subjektiiiset tunnusmerkit kuten ”vakaasti harkiten” (RL 21:2) saattavat sisältää omia vaatimuksiaan.

¹⁵⁴ Ks. *Frank 1907* s. 547. Tämä onkin luonnollista tarkoitustahallisuuden osalta. Tilanne saattaa olla sama sellaisten lähinnä volitiivisten tahallisuuskriteerien osalta, jotka edellyttävät jonkinlaista kannanottoa miellettyyn. Toisaalta puhutaan myös tiedostamattomista tarkoituksista.

¹⁵⁵ Toki ongelmallisiakin tilannetyyppejä löytyy. Ks. myös *Viljanen 1984* s. 314–316 ja *Stratenwerth 2000* s. 129–130.

¹⁵⁶ *Strahl 1976* s. 92. Ks. affektista *Roxin 1997* s. 421–422. Argumentaatio viittaa jälleen tarkoituksellisuuden tietynlaiseen erityisasemaan tahallisuuskeskustelussa. – Se, että affektin vallassa toiminut ei kenties voinut kontrolloida toimintaansa, voi olla merkittävää, muttei prima facie tahallisuuden kannalta.

5 Näyttöön liittyviä näkökohtia

5.1 YLEISTÄ

Tahallisuuden alin aste määräytyy sen mukaan, pitikö tekijä tunnusmerkistön mukaista seurausta varsin (= yli 50 %:n) todennäköisenä ja oliko hän selvillä (muista) rikosvastuun kannalta relevanteista seikoista. Rangaistavan menettelyn ala riippuu olennaisesti tahallisuuden sisällöstä. Merkittävää on siis mm. se, että rima asetettiin (ainakin) seuraustahallisuudessa, operoitaessa pelkästään kognitiivisella kriteerillä, yli 50 %:n eikä esimerkiksi 10 %:n, 30 %:n tai 80 %:n kohdalle. Esimerkiksi tarkoitustahallisuus taas ei edellytä, että tekijä piti seurausta yli 50 %:n todennäköisenä.

Koko totuus siitä, kuka tulee tuomitukseksi tahallisen rikoksen tekijänä, ei alkuunkaan ole vielä tässä. Tahallisuuden määritelmän muodostamalla tahallisuuden alarajalla ei ole paljoakaan merkitystä ennen kuin tiedetään, pitääkö tahallisuutta, esimerkiksi seurauksen pitämistä yli 50 %:n todennäköisenä, koskeva väite näyttää toteen, kuinka vahva tällaisen näytön tulee olla, millä tavoin näyttöä saadaan hankkia ja kenen tehtävänä toteen näyttäminen on. Jos tahallisuus saadaan esimerkiksi jollain tavoin presumoida, ei syytetyn asemaa välttämättä paljoa paranna se, että tahallisuuden määritelmä edellyttää seurauksen pitämistä esimerkiksi peräti 80 %:n eikä vain 30 %:n todennäköisenä. Ehkä syytetty valitsisi mieluummin syyksilukemismallin, jossa aineellinen kynnys olisi 30 %, mutta tahallisuusvaatimus pitäisi todella näyttää toteen.¹⁵⁷

Rikosasiassa rangaistusta vaativan osapuolen on lain mukaan näytettävä toteen ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu (OK 17:1.2). Näytön tulisi perinteisen oppikirjaluonnehdinnan mukaan olla sellaista laatua, että syytetyn syyttömyydestä ei jää ”järkevää epäilyä”. Vastaavasti vanhan maksimin mukaan on parempi vapauttaa kymmenen syyllistä kuin tuomita yksi syytön. Tämän kai-

¹⁵⁷ Varallisuus oikeudellisen vilpittömän mielen vaatimuksen kannalta samaan suuntaan *Kaisto 1997* s. 437. *Fletcher 1998* s. 17–19 valottaa aineellisen ja näytöllisen vaatimuksen muuntelun merkitystä hätävarjelussa. Ks. myös eurooppalaisesta näkökulmasta *Vogel 2002* s. 137–138. – *Waabenin 1973* s. 63–65 mukaan voidaan erottaa kaksi todistuskysymystä: 1) onko näytetty, että subjektiivinen seikka ylipäättään oli tekijän ajatuksissa ja 2) onko näytetty, että syytetyn käsitys vastasi jotain tiettyä astetta, kuten että hän piti seikkaa ”todennäköisenä”. ”Det er givet at det første spørgsmål er det vigtigste; det må være bevisvurderingens hovedopgave at undgå domfældelse af den der slet ikke har haft et gerningsmoment eller en kriminel følge i tankerne”, mts. 64.

ken pitäisi soveltua myös tahallisuuden tai tarkemmin sanottuna sen legaalimääritelmän toteuttavan historiallisen tosiseikaston todistamiseen, onhan tahallisuuskin (tahallisuissa rikoksissa) rikosvastuun edellytys.¹⁵⁸

Tahallisuuden näyttämistä on kuitenkin pidetty perin hankalana asiana. Emmehän voi nähdä kanssaihmistemme pään sisään – varsinkaan rikosprosessissa, joka käydään ehkä usean vuoden kuluttua syytteenalaisesta teosta. Tuomioistuintratkaistuissa hankaluudesta voi kieliä myös pakottavan päättelyn käyttö tahallisuusarvioinnissa (”on täytynyt käsittää” ”käsittämisen” sijasta).

Voidaan ajatella, että todellista tietoa tahallisuudesta on saatavissa lähinnä vain tekijän tunnustuksen kautta. Edes tekijä ei kuitenkaan välttämättä pystyisi tekemään selkoa teonhetkisistä mieltämisistään ja tahtomisistaan, vaikka haluaisi. Syytetty on harvoin halukas tunnustamaan toimintansa tahallisuutta. Tunnustuksen saamiseksi on joskus turvauduttu kiduttamiseen. Se ei kuitenkaan ole sallittua nykyään, eikä kiduttamalla saadun lausuman näyttöarvoa sitä paitsi voitaisi pitää kovin kummoisena. Vaikka tunnustus olisi annettu vapaaehtoisesti, se ei ole välttämättä todenmukainen. Tunnustus ei rikosasiassa olekaan yksin riittävä, vaan oikeuden on tutkittava, mikä vaikutus tunnustuksella on todisteena (OK 17:4).¹⁵⁹

Tahallisuusnäytön ongelmallisuus vaikuttaa myös lainsäätäjän toimintaan. Vaihtoehtoisista sääntelymalleista, jotka muuten ovat yhtä hyviä, kannattaa valita se, jonka näyttäminen, luonnollisesti rikosprosessuaalisen aineellisen totuuden periaatteen ja korkean näyttökynnyksen huomioon ottaen, on helpointa. Tämä koskee yhtä hyvin erityisen osan ratkaisuja kuin yleistenkin vastuuheitojen muotoilua, esimerkiksi valintaa tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetomallien välillä. Vastaavasti materiaalisia rajanvetomalleja kannattaa etsiä etenkin sellaisista suunnista, joihin liittyy realistisimmat näyttömahdollisuudet. Rikosprosessuaalisilla seikoilla on materiaalista rikosoikeutta muotoavaa merkitystä (strafrechtsgestaltende Wirkung).¹⁶⁰

Rajanvetomallin näytettävyyys onkin ollut eräs keskeinen näkökohta rajanvetomalleista käydyssä pro et contra -argumentaatiossa. Positiivisen tahtoteorian kritiikiksi on voitu esittää, että on sangen vaikea osoittaa tekijän jupisseen tekohetkellä Frankin kaavoja. Toisaalta voidaan kysyä, minkälaisia todennäköisyysarvioita tekijät mahtavat tekohetkellä tehdä, esimerkiksi tuikatessaan ryyppyka-

¹⁵⁸ Ks. Jokela 2004 s. 261–264.

¹⁵⁹ Ks. esim. Lehtonen 1986b s. 188–190.

¹⁶⁰ Lehtonen 1986b s. 191 katsoo aiheellisesti, että jos tunnusmerkistö on laadittu sellaiseksi, että sitä on vaikea näyttää toteen, asiaa ei tule ”korjata” lainkäyttäjän toimenpitein näyttökynnystä alentamalla vaan lainsäädäntötoimin. Lappalainen 2004 s. 147 kiinnittää huomiota siihen, että rikosoikeudellinen, toisin kuin siviilioikeudellinen, vastuu toteutuu aina prosessin kautta, mikä ilmentää aineellisen ja prosessuaalisen oikeuden erityistä yhteyttä rikosoikeudenhoidon alueella. – Tahallisuusnäyttöön vaikuttavista teknisluonteisista ratkaisuista mainittakoon nk. kolmioläkkeet. Ks. Kantola 1980 s. 75–77.

veriaan vihapäissään veitsellä kolmen promillen humalassa?¹⁶¹ Saatetaan ajatella, että tahallisuutta ei todellisuudessa usein voidakaan näyttää toteen. Tahallisuusmallit asettavat ehkä vastattavaksi näytöllisesti mahdottomia kysymyksiä. Kenties syy siihen toisinaan esitettyyn käsitykseen, että tahallisuusmallit johtavat käytännössä hyvin samanlaisiin tuloksiin, piileekin juuri siinä, että mallit ovat lähinnä samantekeviä fiktioita, joilla ratkaisu jälkikäteen koristellaan, tuomarin tosiasiasa päättyessä jutussa esiin tulleen perusteella, onko teko katsottava tahalliseksi vai ei. Jos tästä olisi kyse, olisi tilanne vähintäänkin hyvä tiedostaa.

Eräissä syyksiluettavuusmalleissa on pyritty lähtemään siitä, ettei ole tarvetta mennä tekijän pään sisään, vaan tarvittava tahallisuus tms. on luettavissa hänen teostaan (Duff, Cavallin). Tahallisuuden näyttövaikeudet voitaisiin näin ainakin osin selittää näennäisongelmiksi.

Lähtökohtana kuitenkin on, että jos rikosoikeudellinen vastuu edellyttää, että p, vastuun toteuttaminen edellyttää, että osoitetaan, että on tapahtunut p. Tämä näyttövelvollisuus on syyttäjällä. Hänen tulee osoittaa, että on järkevän epäilyn ulkopuolella, etteikö olisi tapahtunut p. Tämä toteennäyttö ei voi tapahtua miten ja missä vain, vaan rikosprosessissa sallituin keinoin ja lähemmin säännellyin tavoin. Tämä tarkoittaa ensinnäkin sitä, että syyttäjän on täytynyt syytteessään väittää, että p. Rikosasiassa vastaajalla ei ole väittämistaakkaa, hänen ei toisin sanoen tarvitse puolustukseksaan vedota mihinkään tunnusmerkistön mukaisuuden, oikeudenvastaisuuden tai syyllisyyden kannalta merkittävään, hänelle edulliseen seikkaan. Hänen ei pitäisi menettää mitään etua ollessaan tällä tavoin passiivinen.¹⁶²

Todistelu täytyy tuottaa sallittujen todistuskeinojen välityksin. Todistuskeinoja ovat asianosaisten, todistajien ja asiantuntijoiden kuuleminen, kirjalliset todisteet sekä katselmus. Erityisen asiantuntijatodistelun muoto on mielentilatutkimus. Todisteet täytyy saattaa lailliseksi oikeudenkäyntimateriaaliksi pääkäsiteltyssä. Tuomioistuimen asiana taas on tuomiossaan arvioida näyttöä vakuuttavalla ja ymmärrettävällä tavalla.

¹⁶¹ Tahallisen rikoksen tekijän ajatukset lienevät tosiasiasa usein sekä arkisempia että vivaihteikkaampia kuin millä monet tahallisuusmallit operoivat.

¹⁶² Ks. esim. *Frände 2003* s. 285. Todistustaakasta hätävarjelun yhteydessä ks. *Backman 2004* s. 9–10. – Syytesidonnaisuudessa lähtökohtana on, että tuomioistuin on sidottu syytteen teonkuvaukseen, muttei syyttäjän siitä esittämään oikeudelliseen luonnehdintaan. Täyttä selvyyttä ei näytä vallitsevan esimerkiksi siitä, voidaanko ja milloin tuomita tuottamuksellisesta teosta syytteen koskiessa tahallista tekoa. Vastaava kysymys voidaan esittää myös tahallisuuden asteiden sisällä. Esimerkiksi tarkoitustahallisuus ei edellytä todennäköisenä vaan vain mahdollisena pitämistä, eikä todennäköisyystahallisuus puolestaan edellytä seurauksen tavoittelemista. Lieneekin ajateltavissa, että syyte voi joskus rajata tahallisuuskysymysten arviointia joihinkin tahallisuuden asteisiin. Näitä asioita ei kuitenkaan lähemmin käsitellä seuraavassa. Ks. syytesidonnaisuudesta lähemmin esim. *Pölönen 2003* s. 133–139, 173–174 ja 413, *Koponen 2004a* s. 54–58 ja 158–164 sekä *Jokela 2004* s. 389–395. Ks. myös KKO 2004:81 ja 2004:120 (vähemmistö).

Todistelun keskeisiä peruskäsitteitä ovat mm. oikeustositseikka ja todistustositseikka. Oikeustositseikat ovat sellaisia faktoja, jotka tekevät rangaistusta vaativan osapuolen vaatimuksen oikeutetuksi. Ne ovat toisin sanoen jutun ratkaisun kannalta välittömästi relevantteja faktoja. Rikosasiassa niitä ovat rikosvastuun edellytykset toteuttavat totiseikat. Liikennetrikkomusta koskevassa jutussa esimerkiksi ajettu ylinopeus on oikeustositseikka. Sellaisiin kuuluu (tahallisuutta edellyttävissä rikoksissa) myös tahallisuus, jonka erääksi lajiksi RL 3:6 täsmentää seurauksen pitämisen varsin todennäköisenä eli yli 50 %:n todennäköisenä. Esim. ns. humalapuukkotapossa eräs oikeustositseikka on, että tekijä piti puukottaessaan toisen kuolemaa yli 50 %:n todennäköisenä. Syyttäjän tulee näyttää toteen historiallinen oikeustositseikasto. Se muodostaa todistusteeman, jonka eräs osa on siis mm. tahallisuus.

Todistustositseikoilla (todisteilla) on vain välillinen, todisteellinen merkitys. Ne ovat ikään kuin oikeustositseikan maailmaan jättämiä jälkiä. Oikeustositseikka on aiheuttanut todistustositseikan. Kääntäen voidaan sanoa, että todistustositseikka todistaa oikeustositseikasta. Perinteisen esimerkin mukaan jarrutusjäljen pituus on todistustositseikka, joka kertoo ylinopeudesta (oikeustositseikka).

Todistustositseikkoja – kuten oikeustositseikkojakin – on hyvin monenlaisia. Tutkimuksen aiheen kannalta keskeinen oikeustositseikka on subjektiivinen (tekijä pitää seurausta yli 50 %:n todennäköisenä), mutta siitä todistavat todistustositseikat voivat olla sekä subjektiivisia että objektiivisia. Moni todistustositseikka voi todistaa oikeustositseikasta (se, montako todistustositseikkaa tietyssä näyttökompleksissa on, lieene osin kielellistä kuvausta koskeva sopimuksenvarainen kysymys). Sellaisessa tapauksessa kyse voi olla siitä, että todisteet todistavat oikeustositseikasta toisistaan riippumatta (”eri suunnista”) ja/tai siitä, että todiste todistaa toisesta todistustositseikasta, joka puolestaan todistaa oikeustositseikasta (ketjutilanne). Toisistaan riippumattomien todisteiden tilanteessa teeman todennäköisyys on suurempi kuin miksi sen tekee todistusarvoltaan vahvin yksittäinen todiste. Ketjutilanteessa taas teeman todennäköisyys muodostuu ketjun muodostavien todisteiden todistusarvojen tulosta, jolloin teeman todennäköisyys on vähemmän kuin ketjun heikoimman lenkin todistusarvo.¹⁶³

¹⁶³ Ketjutilanteessa todistustositseikka voi olla todisteluteemana, joskin lopullisena todistusteemana on oikeustositseikka, joka ei ole todisteena mistään, vaan josta seuraa oikeusseuraamus. Eri asia on, että oikeustositseikan asemassa oleva fakta voi olla todistustositseikan asemassa johonkin toiseen oikeustositseikkaan nähden. Esimerkkinä voi olla juuri objektiivisen hyödyntäminen subjektiivisen tunnusmerkin kuten tahallisuuden todistamisessa. Se, että objektiivinen oikeustositseikka voi olla tahallisuus-oikeustositseikkaan nähden todistustositseikka, on yhteensopiva sen ajattelun kanssa, että objektiivista puolta voidaan hyödyntää subjektiivisen todistelussa, mutta kyse on vain hyödyntämisestä, ei riittävästä näytöstä. – Terminologisesti huomautettakoon, että ”todisteella” saatetaan tarkoittaa yhtäältä todistustositseikkaa, toisaalta todistuskeinoja. Toiseksi laki käyttää usein käsitettä ”seikka”, jolla voidaan tarkoittaa oikeustositseikkaa, todistustositseikkaa tai molempiakin. Väittämis- ja todistustaakka, jotka rikosasioissa ovat syyttäjällä, kohdistuvat vain oikeus- eivätkä sen sijaan todistus-

Näytön keskeinen kysymys on, millä todennäköisyydellä todiste (todistustosi-seikka: jarrutusjälki oli tietyn pituinen) todistaa teemasta (oikeustosi-seikka: syy-tetty ajoi ylinopeutta). Tämän arviointiin tarvitaan myös kokemussääntöjä ja aputosiseikkoja. Kokemussääntö on informaatiota tosiseikkojen välisistä syy-suhteista, esimerkiksi jarrutusjälkien ja nopeuksien välisestä korrelaatiosta. Ko-kemussääntö on siis abstrakti ja peräisin muualta kuin tarkasteltavana olevan jutun yhteydestä. Se voi olla tieteellinen luonnonlaki, mutta myös epävarmem-pia yleistyksiä voidaan kutsua kokemussäännöiksi. Sijoittamalla todistustosi-seikka kokemussääntöön saadaan periaatteessa tietää, mitä on tapahtunut. Jarru-tusjäljen pituuden merkityksen kannalta relevantteja ovat kuitenkin myös sellai-set aputosiseikat kuin keli, renkaiden laatu jne. Aputosiseikan (toisin kuin todis-tustosi-seikan) ei katsota todistavan oikeustosi-seikasta suoraan. Voitaneen sanoa, että aputosiseikat asettavat lisävaatimuksia kokemussäännön konkretisoimiseksi (mikä oli nopeus, kun jarrutusjäljet olivat 20 metriä, ja oli sade ja autossa sileät kesärenkaat) ja/tai että aputosiseikat vaikuttavat siihen, kuinka luotettavasti to-distustosi-seikka ja kokemussääntö kertovat nopeudesta. Todistustosi-seikasta, aputosiseikoista ja kokemussäännöstä päätellään syytteenalaisessa tilanteessa vallinnut nopeus.¹⁶⁴

5.2 ESIMERKKEJÄ

5.2.1 Todennäköisyystahallisuus seuraustahallisuutena

Ylinopeusesimerkki koski hyvin yksinkertaista tilannetta. Tilanne komplisoituu, kun ylinopeuden kaltaisen objektiivis-positiivisen oikeustosi-seikan asemesta to-

tosiseikkoihin. Ks. *Lappalainen 1986*, *Jonkka 1993* s. 31–38, *Virolainen – Pölönen 2003* s. 400–401, *Frände 2003* s. 283–289, *Prosessioikeus 2003/Lappalainen* s. 458–462, *Prosessioikeus 2003/Frände* s. 562–567 ja *Tolvanen 2005*, jossa mm. kiinnitetään huomiota siihen, että tunnusmerkistökiteijät eivät ole oikeustosi-seikkoja, vaan tunnusmerkistökiteijöitä vastaavat tapahtumainkulut. *Klami – Sorvettula – Hatakka 1988* arvioivat näyttömekanismeja nimenomaan tahallisuuden yhteydessä.

¹⁶⁴ Ks. edellisen alaviitteen lähteitä. – En yritä problematisoida kokemussäännön luonnetta tai analysoida sitä yksityiskohtaisesti. Attribuutti ”kokemus” saattaa viitata siihen, että kokemussäännöillä tarkoitetaan lähinnä empiiris-induktiivista tietoa. Useissa ratkaisuisa puhutaan ”yleisestä elämänto-kemuksesta”, jonka kvalifikaatio ”yleinen” voi viitata siihen, että tavallinen elämä opettaa ao. asian ja/tai että se on useimpien (aikuisten) tiedossa. OK 17:3.1:n mukaan seikkaa, joka on yleisesti tunnet-tu, ei tarvitse toteen näyttää. Tässä ”seikka” voi olla oikeus-, todistus- tai aputosiseikan asemassa oleva fakta taikka kokemussääntö; ks. *Prosessioikeus 2003/Lappalainen* s. 461–462. – Merkittävää on joka tapauksessa myös säännön yleisyystaso. Esimerkiksi propositio ”vatsaan puukottaminen on hengenvaarallista” lienee hyväksyttävä yleisesti tiedossa olevaksi asiaksi. Sitä vastoin väite ”vatsaan puukottamisesta seuraa yli 50 %:n todennäköisyydellä kuolema” ei välttämättä ylipäättään ole tosi ja vielä vähemmän se on yleisesti tiedossa; tältä osin ilmeisesti toisin *Frände 2004* s. 135. *Nuotio 2000* s. 22 toteaa, että rikosprosessuaaliset kokemussäännöt tuottavat vastaavuutta rikosoikeuden teorioi-den ja käytännön soveltamistilanteiden välille.

distelun kohteena oleva oikeustositseikka on negatiivinen (esim. hätävarjelu) ja/ tai subjektiivinen (esim. jonkin asian mieltäminen). Oikeustositseikkana voisi olla, edellistä esimerkkiä modifioidakseni, että ajaja on selvillä siitä, että hän ajaa ylinopeutta. Tällöin ei enää riitä objektiivinen ylinopeuden todistaminen, vaan tarvitaan lisäksi tekijän vastaavan subjektiivisen käsityksen todentava selvitys. Tähän voidaan tarvita mm. ihmisen psyykkisiä prosesseja koskevia kokemussääntöjä.¹⁶⁵

Edellä on tarkasteltu ratkaisua KKO 1978 II 111. Syyksilukeva perustelu tyyppiä ”tekijä käsitti, että puukoniskusta varsin todennäköisesti seuraa kuolema” voitaneen jakaa kahteen osaan.

- 1) tekijä käsitti, että (on olemassa kokemussääntö, jonka mukaan) puukoniskusta varsin todennäköisesti seuraa kuolema.
- 2) tekijä käsitti, että hän on iskemässä toista puukolla.

Kausaalipropositiota ja tilanteen tunnistamista koskevaa käsitystä koskeva näyttö voi olla hyvin eriluonteista. Tilanteen tunnistamista koskeva näyttö lienee pitkälti tuohon hetkeen keskittyvää. Todistelu voisi kohdistua sentyyppisiin asioihin kuin että tekijä oli hereillä ja tajuissaan, hän ei ollut minkään sairaskohtauksen vallassa ja että hän oli selvillä siitä, että hänen kädessään on puukko ja edessään toinen henkilö, että hän liikkui kontrolloidusti ja ettei osumakohtaan vaikuttanut esimerkiksi uhrin yllättävä liikehdintä tai jotkin väliintulevat seikat.

Ihmisten kausaalisuhteita koskevat käsitykset muotoutuvat usein pitkien aikojen kuluessa. Ne muodostuvat esim. oman toiminnan, koulun ja ympäristön tarjoaman informaation sekä päättelyn kautta. Myös henkilökohtaiset ominaisuudet ja kyvyt vaikuttavat tähän. Kausaalisuhteita on erityyppisiä; voidaan puhua esimerkiksi fyysisestä, psyykkisestä ja juridisesta kausaalisuudesta. Kausaalipropositio ja sellaista vastaava käsitys voi olla sangen yleisluontoinen (aseet ovat vaarallisia) tai yksilöidympi (tämä ase on tappava 500 metrin matkalta). Syyn ja seurauksen välinen korrelaatio voi olla erivahvuinen (x:stä seuraa y, x:stä seuraa todennäköisesti y, x:stä voi seurata y).

Siitä, että x:stä seuraa 10 %:n todennäköisyydellä y, ei toisaalta seuraa, että tekijä oli tästä selvillä. Tarvitaan näyttöä, joka liittyy tuon kokemussäännön tekijän käsityksiin. Tämä näyttö voi puolestaan olla esim. toinen kokemussääntö, jonka mukaan kaikki ovat selvillä ensin mainitusta kokemussäännöstä. Tällöin voidaan sanoa, että tekijän ”on täytynyt” käsittää ensin mainitun kokemussäännön sisältö. Myös tämä ilmentää kausaalisuhdetta koskevalle kokemussäännölle asetettavia vaatimuksia. Jos nimittäin x:stä seuraa y (vain) 30 %:n todennäköisyydellä, on vaikea perustella, miksi tekijän on täytynyt pitää todennäköisyyttä

¹⁶⁵ Klami – Sorvettula – Hatakka 1988 kiinnittävät huomiota siihen, että inhimillinen käyttäytyminen on erilaista kuin kausaalinen tapahtuminen.

60 %:na (ellei ole erikseen todisteita siitä, että tekijä on omaksi vahingokseen yliarvioinut todennäköisyyden¹⁶⁶).

Sanotusta seuraa, että operoitaessa kausaalipropositiota koskevalla kokemussäännöllä sen tulee prima facie ilmentää vähintään sellaista todennäköisyyttä, jonka tekijän väitetään mieltäneen. Koska useinkaan käytettävissä ei ole kausaaliproposition tekijään liittävää kokemussääntöä tyyppiä ”kaikki ovat selvillä kausaalipropositioista”, on ajateltavissa, että x:n täytyy kuulua sellaisten tekojen joukkoon, joista seuraa y vieläkin todennäköisemmin. Jos nimittäin x:stä seuraa y 55 %:n todennäköisyydellä, ei ole mitenkään selvää, että myös tekijä piti todennäköisyyttä 50 % ylittävänä, mutta jos x:stä seuraa y 80 %:n todennäköisyydellä, on jo huomattavasti todennäköisempää, että myös tekijä on pitänyt todennäköisyyttä ainakin 50 % ylittävänä ja näin todennäköisyystahallisuuteen riittävänä. Vastaavasti, jos kausaalipropositiota tehdään yleisemmäksi tai heikommaksi, siitä selvillä olevien joukko kasvaa, mutta vaarana on sen viittaaman objektiivisen todennäköisyyden putoaminen niin alhaiseksi, että sitä vastaava korrekti käsitys jää alle todennäköisyystahallisuuden edellyttämän.

Tappoa tai sen yritystä koskevassa jutussa, jossa tekijä on lyönyt toista puukolla ylävartaloon, saatetaan (esim. langettavan tuomion perusteluina) esittää, että toista on lyöty tahallaan ”hengenvaaralliseen kohtaan” tai ”helposti vioittuvien sisäelinten alueelle” (vrt. KKO 1985 II 172). Kausaalipropositio on varmaankin tosi. Se on myös yleisesti tiedossa, jolloin sen katsominen myös tekijän käsitykseksi voi olla perusteltua. Ongelmana on, että siteeratut luonnehdinnat eivät välttämättä viittaa yli 50 %:n letaalisuuteen. Ehkä nimittäin jo tekoa, josta kuolema seuraa 20 %:n todennäköisyydellä, voidaan kutsua hengenvaaralliseksi.

Kyseisen tyyppitapauksen eli ylävartaloon kohdistuvan veitseniskun osalta on lisättävä, että kuoleman ex ante -todennäköisyyteen in concreto vaikuttavat merkittävästi muutkin seikat kuin veitsen laatu sekä iskun voima ja kohdistuminen. E erityisen merkittävää on, kuinka nopeasti puukotettu pääsee kvalifioituun hoitoon. Tämä pitäisi periaatteessa ottaa huomioon kausaaliproposition muodostamisessa.

Ylipäätään ei ole selvää, että siitä, että 1) A tietää x:n johtavan yli 50 %:n todennäköisyydellä toisen kuolemaan ja että 2) A tietää olevansa tekemässä x kuitenkin voitaisiin suoraan päätellä, että tehdessään x A pitää toisen kuolemaa yli 50 %:n todennäköisenä. Intuitiivisesti tuntuu siltä, että tarvitaan jonkinlainen

¹⁶⁶ Yliarvioinnin tilanteessa ei voida ainakaan luontevasti sanoa seurauksen olleen ”tekijän tietien” varsin todennäköinen, sillä tietäminen viittaa käsityksen paikkansa pitävyyteen. – Toinen asia on, kuinka suhtaudutaan periaatteellisesti tilanteeseen, jossa tekijä pitää seurausta varsin todennäköisenä, mutta ex ante objektiivisesti todennäköisyys jää tämän rajan alle. On ajateltavissa, että vastaus olisi erilainen täytetyssä ja yritykseen jääneessä teossa. *Frände 2004* s. 135–136 ja 261–262 päätty katsomaan, että vastuuta todennäköisyystahallisuuden perusteella ei tällöin ole.

johtopäätösakti, jossa 1) ja 2) yhdistyvät surmaamistahallisuudeksi. Tuntuisi siltä, että eri uskomusten yhdistäminen edellyttää toiminnallista relevanssia. Kun istun tuolille, olen yhdistänyt tilannehavaintojani aiempiin uskomuksiini ja tullut siihen käsitykseen, että tuoli kestää minua. Tarkoituksellisen toiminnan (mukaan lukien tarkoitustahallisuus) tilanteissa yhdistämisellä on toiminnallista relevanssia. Todennäköisyystahallisuuden tarkoittamat tilanteet liittyvät sivuseurauksiin. Toiminnallinen relevanssi ja johtopäätösten teko ei tunnu selviöltä. Syyksilukemisessa operoidaan joka tapauksessa johtopäätöksellä – tahallisuus edellyttää, että tekijä piti seurausta tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena.

Väliyhteenvetona voidaan todeta seuraavaa. Seuraus aiheutetaan tahallaan, jos tekijä pitää seurausta yli 50 %:n todennäköisenä. Mikäli ratkaisussa operoidaan kokemussäännöillä ja tekijän tietoisuudella niistä, tulee kokemussääntöjen olla eri suhteissa riittäviä. On vaikeaa, joskaan ei periaatteessa mahdotonta, todistaa tekijän pitäneen todennäköisyyttä suurempana kuin se todellisuudessa (objektii-visesti) oli. Esimerkiksi surmaamistahallisuuden osalta riittävää vaarallisuutta eivät implikoi kokemussäännöt, joiden mukaan jokin teko on ”hengenvaarallinen” tai ”usein kohtalokas” taikka ”johtaa suurella todennäköisyydellä kuolemaan”. Lisäksi huomioon otettaviksi tulevat tekotilanteen taustaolosuhteet, joilla voi olla suuri merkitys konkreettisen seuraustodennäköisyyden kannalta.

Tilanne on voinut olla aiemmin osin toinen. Ensiksikään ”varsin” todennäköistä ei ollut sidottu yli 50 %:n todennäköisyyteen, jolloin vastaajankaan puolesta ei voitu tehokkaasti kyseenalaistaa hyödynnettyjen kokemussääntöjen riittävyyttä sovellettavan tahallisuusnormin kannalta. Toisekseen oli mahdollista operoida myös volitiivisilla kriteereillä.

Ratkaisussa KKO 1978 II 111 operoitiin pakottavalla päättelyllä: KKO:n mukaan A:n ”oli täytynyt käsittää”, että lyönnistä seuraisi varsin todennäköisesti kuolema. Mitä tarkoittaa, että riittävän todennäköiseksi käsittämisen (ymmärtämisen, pitämisen, mieltämisen) asemesta puhutaan siitä, että tekijän oli ”täytynyt” (tai ”pitänyt”) käsittää jotain? Pakottava päättely on oikeuskäytännössämme melko yleinen ilmiö. Senkin vuoksi sen sisällön ja merkityksen tulisi olla selvä. ”On täytynyt käsittää” -tyyppiset ilmaukset voidaan kuitenkin ymmärtää ainakin kolmella tavalla: näytöllisiksi, normatiivisiksi tai intuitiivisiksi.

Näytöllisessä tulkinnassa ilmaisun selitetään viittaavan näytölliseen tilanteeseen. Pakottava päättely ilmentäisi sitä, että tahallisuuden elementit eivät ole olleet suoraan näytettävissä, vaan näytössä on hyödynnetty mm. kokemussääntöjä ja ulkoisia olosuhteita. Todistelun perusteella tahallisuudelle vaihtoehtoiset hypoteesit olisivat tulleet poissuljetuiksi, jolloin jäljelle olisi jäänyt vain (todennäköisyys)tahallisuutta koskeva hypoteesi. Asiallista eroa todelliseen mieltämiseen ei olisi.

Toinen vaihtoehto on pakottavan päättelyn ymmärtäminen normatiiviseksi. Pakottava päättely sisältää pitämiselementin. Ihmisen pitää ymmärtää, että veit-

senpisto johtaa tiettyihin seurauksiin. Näin kyse ei olisi siitä, mitä tekijä tosiasiallisesti ymmärsi vaan siitä, mitä hänen olisi pitänyt ymmärtää kyseisessä tilanteessa. Tällöin on vaikea enää erottaa tahallisuutta tuottamuksesta. ”Olisi pitänyt” on nimittäin tunnetusti tyypillistä tuottamukselle, vieläpä tiedostamattomalle tuottamukselle, jossa henkilö ei ollut mieltänyt riskiä, mutta hänen olisi pitänyt se mieltää. Koska normatiivinen käyttötapa on omiaan sekoittamaan tuottamusta tahallisuusarviointiin, ei tietenkään ole suositeltavaa sallia pakottavan päättelyn käyttöä normatiivisen tulkinnan mukaisena.

Normatiivisuus voi tosin merkitä jonkin verran eri asioita. Voidaan ehkä puhua normatiivisuuden asteen vaihtelemisestakin. Pakottavaan päättelyyn saattaisi liittyä *constructive malice* -ajattelun sävyä: sillä, joka tekee niin vakavan rikollisen teon kuin toisen puukottaminen, katsotaan olevan velvollisuus ymmärtää, että siitä todennäköisesti seuraa kuolema (sitä vastoin hätävarjelun liioittelijaa arvioitaisiin kenties todellisen mieltämisen mukaan). Voidaan myös ajatella normatiivisen ja näytöllisen elementin kombinaatiota, eräänlaista tahallisuuspresumtiota: ihmisen katsotaan olevan selvillä tekojensa luonnollisista seurauksista (ellei toisin näytetä). Nämäkään mallit eivät ole hyvin sopusoinnussa tahallisuusvastuun perusajatuksen kanssa.

Intuitiivinen selitys lähtee siitä, että tahallisuusratkaisu on ollut intuitiivista ainesta sisältävä on katsottava -ratkaisu. Sellaista ratkaisua on vaikea perustella. Sen oikeellisuutta voidaan vastaavasti arvioida tavallista heikommin.

Pakottavalle päättelylle voidaan ehkä antaa myös tiedostamisen syvyyteen liittyvä aineellinen tulkinta. Tekijä on saattanut olla selvillä siitä yleisestä lainalaisuudesta, että tietäntyyppinen teko johtaa todennäköisesti tietäntyyppiseen seuraukseen. Tekohetkellä hänen huomionsa kohteena on mm. se, että hän on lyömässä toista veitsellä. Hän on selvillä tahallisuuden kannalta relevanteista premisseistä. Tämä katsotaan tahallisuuden kannalta riittäväksi. Ei toisin sanoen edellytettäisi, että henkilö olisi ”erikseen” soveltanut tilannehavaintoaan (olen pistämässä B:tä veitsellä) tuntemaansa yleiseen lakiin (veitsellä pistämisestä seuraa todennäköisesti kuolema). Tämä eräällä tavalla suoristaa mutkia tahallisuusarvioinnissa.

Pakottavan päättelyn käyttö näytöllisellä tavalla on hyväksyttävää. Sen sijaan intuitiivinen ja normatiivinen käyttötapa poikkeavat tahallisuuden aineellisesta sisällöstä ja/tai rikosprosessuaalisista näytösäännöistä, eikä niiden näin ollen pitäisi olla sallittuja. Ongelmallista on, että ratkaisun lukija ei useinkaan pysty näkemään, mikä funktio pakottavalla päättelyllä on ratkaisussa ollut. Tämän vuoksi näytöllinenkään käyttötapa ei ole suotava, ellei käyttötavan luonne selvästi ilmene ratkaisusta.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Ks. pakottavasta päättelystä esim. *Waaben* 1973 s. 73–76, *Träskman* 1985 s. 70–73, *Lehtonen* 1986b s. 196–200, *Lappi-Seppälä* 1987 s. 307–308, *Lehtimaja* 1995 s. 990 av. 11 ja *Virtanen* 2005 s. 398–399. Ks. myös *Utriainen* 1980 s. 200–201.

Jos kyse tapauksessa KKO 1978 II 111 oli näytöllisestä ilmaisusta, tuli voida perustella, miksi A:n oli tekotilanteessa täytynyt käsittää, että iskusta varsin todennäköisesti seurasi kuolema. KKO ei sanonut tästä mitään. Perusteluvolvollisuutta oli periaatteessa omiaan lisäämään se, että teko oli tapahtunut selvittämättä jääneestä syystä (jolloin meillä on huonommat mahdollisuudet arvioida tekijän mieltämistä teon kontekstin perusteella) ja että tekijä oli alkoholin vaikutuksen alaisena (jolloin hänen kognitiiviset mieltämistoimintonsa ovat toimineet tavallista huonommin).

5.2.2 Tarkoitustahallisuus

Tarkastelen seuraavaksi lyhyesti seurauksen tarkoittamisen näyttämistä. RL 3:6:n mukaan tunnusmerkistön mukainen seuraus on aiheutettu tahallaan mm. jos tekijä ”on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen”. Kyse on tarkoitustahallisuudesta, dolus determinatuksesta. Pykälän viimeisessä virkkeessä puhutaan ”ehdollisesta varmuustahallisuudesta”; tunnusmerkistön mukainen seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä. Rikostunnusmerkistöissä on toisinaan tarkoitustunnusmerkkejä. Lähinnä pidän silmällä RL 3:6:n ensimmäisen virkkeen mukaista tarkoittamista.

Tarkoitus on näytön näkökulmasta osin erilainen oikeustositiseikka kuin mieltäminen. Tarkoituksen maailmaan jättämät jäljet voivat olla erityyppisiä kuin mieltämisen jättämät. Ihmiset eivät yleensä törmäile päämäärättömästi ja satunnaisesti ympäriinsä, vaan heidän toimillaan on normaalisti jokin tai joitakin tarkoituksia. Käyttäytymisen tarkoituksellisuutta on usein kuvattu praktisella syllogismilla: jos A tavoittelee y:tä, ja hän tietää, että x:n tekeminen (voi) johtaa y:hyn, hän tekee x. Hän tekee x jotta y, saadakseen aikaan y:n.

Tarkoitus on usein nähtävissä toiminnasta, toisin kuin tekijän käsitykset. Teon tarkoitusta ”lukiessamme” merkittävää on tietysti tietämyksemme tilanteen kontekstista.¹⁶⁸ Toisinaan arviointia helpottaa esimerkiksi se, että menettelyllä voidaan saada aikaan lähinnä vain tietyn tyyppinen seuraus. Tekijä voi tekotilanteessa verbaalisestikin tuoda esiin tarkoituksensa, esimerkiksi lausumalla uhkauksia, jotka in concreto tosin voivat olla merkkejä vihanpurkauksesta ilman sen todellisempaa merkitystä. Sen sijaan tekijä ei useinkaan tuo tekotilanteessa esiin mieltämisiään.

¹⁶⁸ Intention ”lukemisesta” teosta ks. *Duff 1990*. Ajatusta on soveltanut ja ulottanut tahallisuuteen *Cavallin 1999* (dolus ex re). Duffin ja Cavallinin oppeja tarkastellaan myöhemmin luvussa V. Jos tarkoituksen ”lukeminen” on helpompaa kuin sitä laajemman ilmiön tahallisuuden, tämä voi puhua kotimaisessa rikoslainsäädännössä tarkoitustunnusmerkkien hyödyntämisen puolesta ja eurooppalaisen rikosoikeuden näkökulmasta kenties anglosaksisen syyksiluettavuuden asteiden kolmijaon puolesta verrattuna mannermaiseen kahtiajakoon.

Seurauksen tarkoittaminen ei edellytä, että henkilö uskoisi onnistuvansa. Tarkoittamiseen liitetään kuitenkin usein sellainen kognitiivinen vähimmäisvaatimus, että henkilö arvioi omaavansa edes jonkinlaisen mahdollisuuden seurauksen aikaansaamiseen. Praktisen syllogismin valossa on ilmeistä, että seurausta tavoittelevan kannattaa valita mahdollisimman tehokas väline seurauksen aikaansaamiseen. Näin ollen seurausta tarkoittavan voidaan olettaa käyttävän käsityksensä mukaan tehokkainta helpohkosti käytettävissä olevaa keinoja tai välineitä.¹⁶⁹

Vastaavasti helposti käytettävissä olleen tehokkaamman välineen käyttämättä jättäminen voi viitata siihen, että henkilöllä ei ollut tarkoitusta aiheuttaa seurausta. Tarkoituksen olemassaolon osoittaminen saattaa tällöin edellyttää tavallista vahvempaa tukea muiden todistustositseikkojen suunnasta. Välineen tehokkuuteen ei vaikuta yksin esimerkiksi sen fyysinen laatu vaan myös sen käyttötapaa, kuten lyöntien lukumäärä tai väkivaltaisen pitelemisen kestoajaksi. Kymmenen puukoniskua tekee tappotarkoituksen todennäköisemmäksi kuin yksi. Kuristamisessa teon keskeyttäminen vapaaehtoisesti ajoissa on voinut merkitä sitä, että tappotarkoituksesta on, huolimatta mahdollisista uhkauksista, jäänyt järkevä epäily.¹⁷⁰ Ylipäätään voidaan olettaa, että langettava tarkoitustahallisuuteen päätyvä tuomio on suhteellisesti harvinaisempi yritykseen jääneissä kuin täytetyissä teoissa.

Melko tuoreessa tapauksessa *KKO 2003:115* KKO kuitenkin katsoi näytetyksi, että vastaaja Jenica K:lla oli ollut tarkoitus tappaa Johanna L, ja tuomitsi K:n tapon yrityksestä ynnä muusta.

Edellisenä päivänä sairaalasta avohoitoon päässyt K oli 7.2.2001 saapunut erään miehen kanssa humalassa L:n kerrostaloasunnon oven eteen. Hänellä oli ollut repussa katkaistu haulikko. K:n ja L:n välit olivat olleet huonot, sillä K oli pitänyt L:ää osasyyllisenä kesällä 2000 sattuneeseen tapahtumaan, jonka yhteydessä K:n toiselta veljeltä oli vahingoittunut jalka niin, että se oli jouduttu amputoimaan. K oli sen jälkeen monta kertaa uhannut tappaa L:n. Haulikon mukanaolo kävi selville. K:ta ja miestä ei päästetty sisään. K tuli tietämään, että asunnossa, jonka hän tunsi, olivat L, MH ja LH sekä vuonna 1995 syntynyt T. K ampui laukauksen haulien lävistäessä ulko-oven 103 cm:n ja sisäoven 100 cm:n korkeudelta. Yksi hauli osui L:ää reiteen.

KKO perusteli tappotarkoitusta seuraavasti:

Kuten edellä on todettu, K:lla on ollut motiivi vahingoittaa Johanna L:ää. K on myös esittänyt Johanna L:lle tappouhkauksia niin aikaisemmin kuin juuri ennen asuntoon ampumistaan, jolloin hän on ulko-oven postiluukun kautta huutanut

¹⁶⁹ Tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä: salamurhaaja on aseineen 20 metrin päässä pahaa aavistamattomasta uhrista; voidakseen saada tappamiseen jonkinlaista ”haastavuutta” hän siirtyy ampumaan 50 metriä kauempaa. Hänellä on ampuessaan silti dolus determinatus.

¹⁷⁰ Jos tekijällä oli surmaamistahallisuus tai peräti -tarkoitus kuristamisen alkaessa, merkitsee kuristamisen vapaaehtoinen lopettaminen ajoissa lähtökohtaisesti yrityksestä luopumista.

Johanna L:lle ”minä tapen sinut”. On selvää, etteivät tappouhkaukset sellaisenaan aina osoita lopulliseen tekoon tähtäävää tappamistarkoitusta (esim. KKO 1993:5). Nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa K:n uhkaukset ovat kuitenkin liittyneet hänen pitkäaikaiseen vihamielisyyteensä Johanna L:ää kohtaan, ne ovat olleet toistuvia ja yksiselitteisiä tappouhkauksia ja ne ovat jatkuneet aina ampumiseen saakka.

K, joka oli jo aikaisemmin tapahtumapäivänä pyrkinyt sisään Johanna L:n asuntoon, on saapunut asunnon ovelle varustautuneena katkaistulla haulikolla ja siihen sopivilla panoksilla. K on sinnikkäästi yrittänyt päästä asuntoon, jossa Johanna L on hänen tietensä ollut.

Edellä kerrotut seikat viittaavat vahvasti siihen, että K on ampunut asunnon oven läpi nimenomaan toteuttaakseen uhkauksensa tappa Johanna L. Myös Pasi H:n ja Jari U:n todistajankertomuksista ilmenee, että K on kertonut ampuneensa asuntoon nimenomaisena tarkoituksenaan osua Johanna L:ään ja että K on maininnut vielä ampuvansa tämän.

Surmaamistarkoituksen puolesta puhuneita seikkoja olivat siis pelkistäen seuraavat: 1) K oli saapunut L:n asunnolle katkaistulla haulikolla varustautuneena, 2) K oli ampunut ovien läpi L:n asuntoon tietoisena siitä, että asunnossa oli mm. L, 3) K:lla oli motiivi vahingoittaa L:ää ja hän oli pitkän aikaa ollut vihamielinen L:lle ja 4) K oli lausunut tappouhkauksia.

Ampumisen tarkoituksena on voinut olla ainakin 1) vihamielisyyden demonstroidi siitä, ettei K:ta päästetty sisään, 2) L:n pelottelu tai uhkaaminen, 3) vaaran aiheuttaminen L:lle, 4) L:n vahingoittaminen tai 5) L:n tappaminen. Epäselvässä tilanteessa tulee valita lievin vaihtoehto.

Se, että K oli varustautunut haulikolla asunnolle tullessaan, puhuu lähinnä muiden kuin 1) vaihtoehdon puolesta (tosin haulikko on voitu ottaa mukaan myös sitä silmällä pitäen, että K:ta ei päästettäisi asuntoon). K:n motiivi ja vihamielisyys viittaavat siihen suuntaan, että K ei kenties tyytyisi esimerkiksi pelottelemaan tai uhkailemaan L:ää. Tosin on myös huomattava, että perusteluissa puhutaan motiivista ”vahingoittaa” (ei siis esim. ”tappaa”).

Merkittävä erityisesti surmaamiseen viittaava seikka olivat uhkaukset. Kuten KKO toteaa, tappamisen uhkailut eivät suinkaan aina viittaa todelliseen tarkoitukseen tappa toinen. Tunnettua on, että erityisesti vihapäissään monet saattavat päästää suustaan tällaistakin ilman, että kyse on muusta kuin voimasanoista. Tässä tapauksessa keskeistä oli uhkailujen jatkuvuus sekä ajoittuminen mm. juuri ennen ampumista ja sitaatista ilmenevin tavoin sen jälkeen. Kokonaisuudessaan näyttö oli niin yhdensuuntaista ja vahvaa, että tappamistarkoitus katsottiin näytetyksi.

KKO viittasi sitaatissa ratkaisuun KKO 1993:5, jossa niin ikään oli lausuttu tappouhkauksia, mutta jossa tappotarkoitus jäi näyttämättä. Ratkaisua tarkastellaan oikeuskäytäntöä koskevassa jaksossa, mutta otan sen lyhyesti esiin tässäkin. Otsikko kuului seuraavasti.

Tahallisuus – Tappo

A oli lyönyt ratanaulalla B:tä useita kertoja päähän. B:n lyönneistä saamista vammoista ei ollut aiheutunut hengenvaaraa. Tähän nähden surmaamisen tarkoitusta ei voitu perustaa yksin A:n lyöntitilanteessa tai sen jälkeen päihtyneenä esittämiin tappouhkauksiin, kun A:n menettely ei ollut sellaista, että hänen oli täytynyt sen varsin todennäköiseksi seuraukseksi ymmärtää asianomistajan kuolema. Syyte tapon yrityksestä hylättiin ja A tuomittiin rangaistukseen törkeästä pahoinpitelystä. (Ään.)

Tapauksessa ei ollut sellaista etukäteisvarustautumista kuin ratkaisussa KKO 2003:115. Ratanaulalla lyönti oli tapahtunut alkoholin yhteisen nauttimisen jälkeen tekijän ja uhrin yhteisessä asunnossa. Tappouhkauksia oli kylläkin, kuten vuoden 2003 ratkaisussa, esitetty sekä tekotilanteessa että sen jälkeen. Molemmissa tapauksissa jälkikäteinen uhkaus oli esitetty esitutkintaviranomaisen kuullen. Molemmissa oli myös kyse humalassa olevan tekijän toiminnasta. Vuoden 2003 ratkaisussa K oli saapunut ovelle alkoholin vaikutuksen alaisena, ja jälkikäteinen uhkaus oli esitetty alustavassa puhuttelussa, jossa K oli puhaltanut 2,2 promillen lukemat.

Kiinnitän vielä huomiota kolmeen seikkaan tapauksen KKO 2003:115 näytöllisessä arvioinnissa. K ampui haulikollaan vain kerran, mikä voisi viitata siihen, ettei hänellä sittenkään ollut ampuessaan tappo- tai edes vahingoittamistarkoitusta. Joka tapauksessa haulikko löytyi kolmessa osassa kerrosta alemmalla, ja saattaa olla, että K:n mukana ollut, ovelta välillä poistunut mies oli puuttunut tilanteeseen.

Toinen jossain määrin kysymyksiä herättävä asia L:n tappamisen tarkoituksesta on se, että K:n tietien asunnossa oli L:n lisäksi kolme muuta henkilöä, yksi heistä 5-vuotias lapsi T, jota K oli yrittänyt maanitella avaamaan ovea. K ei voinut tietää, onko oven takana joku, ja jos on, kuka neljästä se olisi. Kyse oli laakalaukauksesta metrin korkeudella, joten T:kin oli oven ulkopuolelta tarkastellen ainakin samassa vaarassa kuin kukin kolmesta aikuisesta.

Kolmas asia, jonka mainitsen myös sen yleisen merkittävyyden vuoksi, on tekijän psyykkinen tila. Tarkoituksen arvioinnissa toiminnan rationaalisuudella on, merkityksessä päämäärähakuisuus ja johdonmukaisuus, tärkeä sijansa. Tällaisenkin rationaliteetin arviointi muuttuu epävarmemmaksi mm. tekijän ollessa humalassa, kuten nyt(kin) oli laita. Myös aggressiopurkaus on tätä arviointia vaikeuttava tekijä. Yhtäältä tarkoitus voi silloin todellakin olla paha. Mutta onko tällöin ehkä kyse vain sellaisista pahoista ajatuksista, joille emme halua suoraan antaa tahallisuuden raskaimman asteen leimaa¹⁷¹? Tarkoituksen kannalta merkit-

¹⁷¹ Ks. myös *Tuovisen* 1985 s. 128 lausumaa syyttäjän ja psykiatrin väkivaltateon subjektiivista puolta koskevasta lähestymistavasta. – Aggression ambivalentti luonne on tuotu esiin myös mm. hypoteettisen tahtoteorian kritiikkinä: arvioidako asiaa vastaajan kannalta ankarasti lähtien siitä, että hän oli niin raivoissaan, että hän olisi tehnyt teon vaikka olisi pitänyt seurausta varmana, vai suopeammin

tävän rationaliteetin arviointi vaikeutuu edelleen tilanteessa, jossa tekijällä on psyykkisiä ongelmia; vaikeutumisen aste riippuu tietenkin psyykkisen ongelman luonteesta. Joka tapauksessa on syytä pohtia, missä määrin normaalit rationaalisuuskriteerit pätevät mielenterveysongelmaisen henkilön tarkoitusten arviointiin ja todentamiseen.¹⁷²

5.3 ERITYISSÄÄNTELYÄ

Oikeusjärjestys saattaa sisältää normeja, jotka jossain suhteessa merkitsevät poikkeamaa yleisistä rikosvastuun edellytyksiä koskevista näyttösäännöistä. Tässä kiinnostaa tietysti etenkin tahallisuus ja siihen liittyvä näyttö. Poikkeukset voisivat liittyä erityyppisiin asioihin todistelussa, ja ne voisivat myös olla eriaseteisia. Näyttövelvollisuutta ja sen vahvuutta voisivat koskea esimerkiksi säännökset käännetyistä todistustaakasta ja, vastaajan näkökulmasta ehkä astetta vähemmän haitallisina, presumtiosäännökset. Sellaiset poikkeusnormit saattaisivat hyvin olla ongelmallisia ihmis- ja perusoikeuksien, erityisesti syyttömyysolettan näkökulmasta.¹⁷³ Myös *prima facie* asianmukaisia säännöksiä voidaan soveltaa tavalla, joka merkitsee huomattavaa poikkeamaa ”oppikirjasoveltamisesta”. Toisaalta näytöllisiin asetelmiin ja -ongelmiin voidaan vaikuttaa myös aineellisia vastuuehtoja koskevin muutoksin.

Ilmaisurikosten yhteydessä on ollut tästä näkökulmasta kiinnostavia sääntöjä. Painovapauslain (1/1919) 32 § sisälsi painovapauden tuottamuksellista väärinkäyttämistä koskevan käännetyin todistustaakan. Kunnianloukkauksia koskeneessa RL 27 luvussa oli säännöksiä vastuuvapaudesta tahallisista rikoksista sillä perusteella, että vastaaja näyttää väitteensä todeksi tai ainakin tuo väitteen tueksi esiin todennäköisiä syitä. Tekohetkinen usko väitteen todistettavuuteen merkitsi ei-vastoin parempaa tietoa tehdyssä herjauksessa vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen kaltaista tahallisuusvastuun kumoajaa. Väärää ja todistamatonta ilmiantoa koskeneessa RL 26 luvussa oli samantapaisia todenta-

katsoen esimerkiksi, että aggressioteon tilanteessa hypoteesin vastaus on tavallista epävarmempi, jolloin päädytään vastaajalle lievempään vaihtoehtoon.

¹⁷² Syyntakeisuusarvioinnissa merkittävää on ollut mm. se, onko tekijän toiminta ollut johdonmukaista (ks. esim. KKO 1988:98).

¹⁷³ EIS 6.2 artikla ei kiellä kaikkia rikosprosessin vastaajalle vahingollisia presumtiosäännöksiä sellaisenaan, mutta niiden soveltamisessa on noudatettava kohtuullisuutta. Tapaus Salabiaku koski huumeiden salakuljetusta ja sellaisessa yhteydessä tyypillistä väitettä, jonka mukaan henkilö ei tiennyt kuljettavansa huumeita. Ranskan lainsäädäntö oli omaksunut ekskulpaatiovelvollisuuden, ja sen soveltamista ei pidetty 6.2:n vastaisena. Keskeistä on, miten säännöstä sovelletaan. EIS 6.2 artiklasta ja tapauksesta ks. *Danelius* 1993 s. 172–176, *Vogel* 2002 s. 133–134 ja *Pellonpää* 2005 s. 413–419.

misnormeja kuin RL 27 luvussa. Kaikki mainitut säännökset on nyttemmin kumottu. Esimerkiksi uusi synteettinen kunnianloukkausta koskeva RL 24:9 ei sisällä toteennäyttämismismeja. Kunnianloukkaustahallisuus on esillä oikeuskäytäntöä koskevassa jaksossa III.5.

Yleisten oppien uudistuksessa tuli esiin eräitä poikkeusproblematiikan näkökulmasta kiinnostavia asioita. Humalaisen tahallisuus arvioidaan esitöiden mukaan periaatteessa samojen lähtökohtien mukaan kuin muidenkin. Muuta lähtökohtaa laki tuskin mahdollistaisikaan. Seuraavasta sitaatista ilmenee, että näyttöön liittyy erityispiirteitä.

Näyttöä koskevissa ratkaisuisissa joudutaan tosin nojaamaan varsin pitkälle yleisiin kokemussääntöihin. Oikeuskäytännössä kokemussääntöjen merkitys on tulkittu siten, että melko vahvassakin humalassa olevan henkilön on katsottu ymmärtävän, että toista keskivartaloon puukolla lyödessä kuoleman mahdollisuus on teon varsin todennäköinen seuraus.¹⁷⁴

Tässä työssä on katsottu, että tuollaista kokemussääntöä ei välttämättä ole, ainakaan yleisessä tiedossa, mikäli varsin todennäköisen sisältö on yli 50 %:n todennäköisyys kuten asia on ollut 1.1.2004 alkaen. Tahallisuuden määrittelemisen merkitsi ylipäättään sitä, että mahdollisuudet tavallista ankaramman sui generis -humalatahallisuuden omaksumiseen rajoittuvat prosessisääntöjen mahdolliseen joustavuuteen. Laki ei kuitenkaan oikeuta ”katsomaan” humalaisen tahallisuutta näytetyksi eikä myöskään muitta mutkitta lähtemään siitä, että humalassa oleva ymmärtää saman kuin selvä henkilö. Humalaisen tekijän tahallisuuden näytöllisessä arvioinnissa on hyödynnettävä humalaisen mieltämistä koskevia kokemussääntöjä.¹⁷⁵

Tässä oli lähinnä kyse esityölausumien arvioinnista. Eräässä kohden yleisten oppien uudistuksessa huomiota kiinnittää myös legaalissäätely. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä on kyse, jos tilanteeseen ei liity RL 4:4–6 §:ssä tarkoitettua vastuuvapausperustetta, mutta tekotilanteeseen, sellaisena kuin tekijä sen ”perustellusti käsitti”, olisi tällainen peruste liittynyt. Tekijää ei tällöin tuomita tahallisesta rikoksesta. Nyt voidaan kysyä, merkitseekö tämä ”perustellusti” aineellisen kvalifikaation asettamista vai jonkinlaista poikkeamista rikosprosessin näyttösäännöistä vai ehkä molempia. HE 44/2002 tuntuu antavan ilmaisulle prosessuaalisen merkityksen (s. 110):

Rajauksen tehtävänä on ennen kaikkea torjua vastuuvapaus tapauksessa, jossa tekijän virhekäsityksille ei löydy minkäänlaista järkevää selitystä tai puolustusta. Rajaus ei merkitse muutosta yleisiin syyllisyys- ja tahallisuusperiaatteisiin.

¹⁷⁴ HE 44/2002 s. 88.

¹⁷⁵ Ks. myös Virtanen 2005 s. 396–400.

Ilmauksen tulkitseminen prosessuaaliseksi saa vahvistusta lakivaliokunnan kannanotosta (LaVM 28/2002 s. 10):

Valiokunta korostaa sitä, että tekijä vapautuu tahallisuusvastuusta vain, jos erehtyminen on ollut perusteltua. Esimerkiksi pelkkä väite oletetusta hätävarjelutilanteesta ei riitä, vaan tekijän on kyettävä esittämään uskottavia syitä hyökkäystä koskevalle oletukselleen.

Tekijän asiaksi selitetään siis ”uskottavien syiden” esittäminen erehdykseen. Näyttövaikeudet ovat varmaankin lähes suurimmillaan tilanteessa, joka liittyy jonkun käsitykseen, subjektiiviseen seikkaan, joka kaiken lisäksi on maailman todellista tilaa vastaamaton, jolloin apua ei juuri ole odotettavissa objektiivisista olosuhteista. Mitä rauhallisempi jokin tilanne on ollut, sitä epäuskottavammalta voi tuntua, että vastaaja olisi luullut, että käsillä on esimerkiksi hyökkäys. Jos hypoteesi on näytön valossa poissuljettu, sitä ei tarvitse ottaa ratkaisussa huomioon. Perus- ja ihmisoikeudet asettanevat rajoja syytetyn vahingoksi normaalista poikkeavien näyttösääntöjen omaksumiselle.

Jos ”perustellusti” on prosessuaalinen raja, kuten HE antaa ymmärtää, lieene putatiivierihdys aineellisesti ymmärrettävä kvalifioimattomaksi. Tällöin virhekäsitys jo sellaisenaan poistaa aineellisesti tahallisuusvastuun, ja vastaajan kannalta ongelmaksi jää, ilmenevätkö riittävän uskottavat syyt, joiden laatua valiokunta ei valitettavasti selitä, prosessiaineistosta.¹⁷⁶

Merkittäviä näyttöön liittyviä säännöksiä voi olla myös kansainvälisen rikosoikeuden alueella. Kansainvälisperäisen normin oikeuslähdeopillinen status voi vaihdella. Normi on saatettu erikseen transformoida kotimaiseksi säännökseksi, normi katsotaan ehkä oikeutemme jo sisältyväksi ja/tai sillä voi olla merkitystä kotimaisen säännöksen tulkinnassa (kotimaista säännöstä tulkitaan siten, että se on sopusoinnussa kansainvälisen normin kanssa). Seuraavassa en yritä arvioida kansainvälisiä normeja tällaisesta näkökulmasta. Monet rikoslain kriminalisoinnit pohjautuvat kansainvälisten sopimusten sisältämiin kriminalisointivelvoitteisiin. Esimerkiksi Wienissä vuonna 1988 huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitonta kauppaa vastaan tehdyllä YK:n yleissopimuksella (SopS 44/1994) on ollut keskeinen vaikutus RL 50 luvun säännöksiin. Sopimuksen 3 artiklan 3 kappale sisältää määräyksen, jonka mukaan ”[k]nowledge, intent or purpose required as an element of an offence set forth in paragraph 1 of this article may be inferred from objective factual circumstances”. Vastaavasti Euroopan neuvoston konfiskaatiosopimuksen (SopS 53/1994) 6 artiklan 2 kappaleen

¹⁷⁶ Faktoja koskevat virhekäsitykset ovat mahdollisia kenelle tahansa. Pääteiden, esimerkiksi hallusinoogeenien käyttö on omiaan aiheuttamaan virhekäsityksiä. Eräissä mielisairauksissa erilaiset harhat voivat olla krooninen ilmiö.

c) kohdan mukaan artiklan 1 kappaleessa tarkoitetun rikoksen tunnusmerkistössä edellytetty tietoisuus, tahallisuus tai tarkoitus voidaan päätellä objektiivisista tosiseikoista.¹⁷⁷

Tällaisten sopimusmääräysten taustalla on mitä ilmeisimmin tehokkuusvaatimus. Subjektiiivisen puolen todistamista pidetään ongelmallisena, ja jottei syyttäjä joudu käytännössä mahdottomien näyttövaatimusten eteen ja sopimus menetä näin olennaisesti merkitystään, on määrätty, että kyseiset subjektiiviset seikat saadaan päätellä objektiivisista tosiseikoista. Tässä ollaan subjektiivisen puolen todistamisen peruskysymyksissä. Duffilaisia näkemyksiä edustavalle määräys saattaa tuntua selvän asian sanomiselta: kun subjektiiviset momentit ”nähdään” teossa, on näyttö tällä tavoin joka tapauksessa objektiivista. Perinteinen näkemys, joka pitää subjektiivisen puolen näyttöä ongelmallisena, on lähtenyt siitä, että päättely objektiivisista olosuhteista on väistämätön osa tahallisuusnäyttöä. Sopimusmääräys merkitsee tämän tosiasian tunnustamista. Edellä on käynyt ilmi, että todistustosiseikkoina on sekä subjektiivisia että objektiivisia seikkoja. Tahallisuutta perustellaan usein tekijän tiedoilla. Tällöin subjektiiviset seikat päätellään subjektiivisista seikoista, joskin usein silloinkin on hyödynnettävä myös objektiivista selvitystä.

¹⁷⁷ Samoin Europa-Delikte art. 4.1. Ehdotuksesta ks. jakso IV.7.2.3.

III

TAHALLISUUS SUOMESSA

1 Johdanto

Vuoden 1889 rikoslain valmistelussa oli esillä kysymys tahallisuuden sääntelystä. Kun lakiin ei otettu asiaa koskevia säännöksiä, tahallisuutta koskeva oikeus-tila jäi muiden oikeuslähteiden huoleksi. Ensinnä vetovuoroon astui oikeustiede, jonka käsityksiin rikoslain valmistelutyössä esitetyt näkemykset luonnollisesti vaikuttivat. Oikeustieteen valtakausi tahallisuuden määrittäjänä jatkui 1970-luvulle saakka.

Rikosoikeuskomitean periaatemietintö vuodelta 1976 merkitsi keskeistä pohjaa yleisten oppien uudistuksessa rikoslain kokonaisuudistuksen osana. Toisaalta mietinnöstä tuli suunnannäyttäjä oikeuskäytännölle. Vuonna 1978 KKO antoi kaksi merkittävää tahallisuusratkaisua, ja ne operoivat rikosoikeuskomitean mietinnössään suosimilla kriteereillä.

Sittemmin rikoslakiprojektin työskentely ja KKO ovatkin muodostaneet tahallisuusnormien kehityksen kaksi keskeistä pylvästä. Selvää on, että rikoslain uudistaminen, vaikka se aloitettiin erityisestä osasta, on muodostanut keskeisen voimatekijän myös tahallisuuskysymyksissä. Oikeuskäytännössä taas merkittävää on myös, että KKO:sta tuli vuonna 1980 prejudikaattituomioistuin. Päätöspäätökset olivat lähteneet kehittymään runsaampaan suuntaan jo tätä ennen.

Oikeuskäytännön ja kokonaisuudistuksen tahallisuuslinjat ovat olleet toinen toistaan tukevia. Oikeustieteen kriittinen sondi ei erityisen voimallisesti rientänyt arvioimaan tätä kehitystä. Olenkin jäsenellyt esitystä rikosoikeuskomitean jälkeiseltä ajalta erityisesti KKO:n oikeuskäytännön ja rikoslain uudistustyön varaan. Niiden lomittaisuus merkitsee tiettyä vaikeutta esittämisjärjestyksen kannalta. Olen päätenyt tarkastelemaan kumpaakin omana kokonaisuutenaan. Ensin esillä on KKO:n oikeuskäytäntö ja sen jälkeen lainsäädäntötoimiin johtaneet lainvalmisteluvaiheet. Sen jälkeen käsitellään vielä lyhyesti KKO:n käytäntöä vuoden 2004 alusta alkaen.

2 Vuoden 1889 rikoslaki

2.1 VALTIOPÄIVÄTOIMINNAN ALKAMINEN

Rikoslainsäädäntö oli vuoden 1734 lain jälkeen muuttunut melko vähän. Vanhentuneen rikoslainsäädännön uudistamiseksi asetettiin komitea jo 1814, mutta uudistustyöskentelyn tulokset jäivät ensi vuosikymmeninä laihoiksi.¹

Keväällä 1859 Suomen senaatti sai määräyksen ryhtyä valtiopäivävalmisteluihin. Valtiopäivätoiminnan alkaessa uudelleen koettiin rikosoikeudellisten säännösten uudistaminen yhdeksi tärkeäksi tavoitteeksi. Keisari antoi vuoden 1863–1864 valtiopäiville useita rikosoikeudellisia esityksiä, jotka oli senaattori J. E. Bergbomin vaarinpidon alaisena valmistellut komitea, jonka asiantuntijoina olivat professori K. G. Ehrström, hovioikeudenasessori J. D. Dahl, kihlakunnan tuomari C. Leopold ja yliopistonsihteri A. Grotenfelt. Yksi esityksistä oli esitys uuden rikoslainsäädännön perusteiksi. Uuden rikoslain valmistelu oli mittava työ, minkä vuoksi oli ensin syytä antaa säätyjen lausua mieltensä niistä periaatteista, joiden pohjalta rikoslaki tulisi laadittavaksi.² Esitys jakaantui kolmeen osastoon. Ensimmäinen oli laaja ja yksityiskohtainen ja koski rangaistuslajeja. Toisessa lueteltiin rangaistuslajit, jotka tulisi poistaa. Kolmas, suppea osa koski muita uuden rikoslain yleisiä perusteita. Siinä mainittiin lyhyesti, että niihin tuli kuulua rikoksen syyksilukemista koskevia sääntöjä, tekijän tahtoon liittyen mm. tahallisuudesta ja tuottamuksesta³. Kolmannen osaston perusteluissa todetaan, että kyseessä ovat sellaiset yleiset säännökset, jotka esiintyvät useimmissa uusissa rikoslaeissa. Niitä ei ollut syytä muotoilla yksityiskohtaisesti ennen kuin rikoslaki olisi kokonaisuudessaan valmisteltu⁴. Säädyt hyväksyivät 30.3.1864 esityksen periaatteineen muutamien rangaistusjärjestelmää koskevin muutoksin.⁵

Tiettyjä kiireellisiä osauudistuksia toteutettiin muiden esitysten pohjalta, ja vuoden 1866 lopulla annettiin viisi asetusta rikosoikeuden alueelta, jotka tulivat voimaan 1.1.1870. Ne koskivat lapsenmurhaa ym., pahoinpitelyrikoksia ja kuolemantuottamusta ym., kaksintaistelua, väärää ilmiantoa ja muuta kunnianlouk-

¹ Ks. näistä vaiheista lähemmin *Blomstedt 1964* s. 425–430 ja *Kivivuori 1969* s. 80–87.

² Prop. N:o 12 s. 213–214.

³ Prop. N:o 12, 74 §: ”De allmänna bestämningarne skola innefatta ej allenast allmänna föreskrifter om straffarterna, utan äfven stadganden om följande ämnen: [...] 2:o. Om tillräknandet af brott: [...] c) i afseende å viljan: aa) uppsåt, vållande.”

⁴ Prop. N:o 12 s. 250.

⁵ Ks. myös *Blomstedt 1964* s. 430 ss. ja *Kivivuori 1969* s. 144–150.

kausta sekä vapausrangaistusten täytäntöönpanoa. Vuoden 1866 osittaisuudistuksissa kiinnitettiin selkeästi huomiota rikoksen subjektiiviseen puoleen⁶. Uudessa rangaistussäännöksissä operoitiin latitudeilla, mikä aluksi saattoi tuottaa hankaluuksia. Osittaisuudistukset merkitsivät tiettyä epäsymmetriaa rikosoikeudessa, kunnes rikosoikeus saatiin kokonaisuudessaan uudistettua.⁷

2.2 VUODEN 1865 RIKOSLAKIKOMITEA

Vuonna 1865 asetettiin komitea valmistelemaan rikosoikeudellisia säännöksiä. Komitean jäseninä olivat A. Grotenfelt, K. G. Ehrström ja J. D. Dahl, viimeksi mainitun toimiessa komitean puheenjohtajana. Suurimman työn teki Ehrström, jonka kriminaalipoliittiset käsitykset tulivatkin ehdotuksessa vahvasti esiin.⁸

Komitea laati ehdotukset rikoslaiksi, asetukseksi rangaistusten täytäntöönpanosta sekä asetukseksi rikoslain voimaannapemisesta (KB 1875:9). Ehdotuksen pohjana toimivat aiemman komitean valmistelemat, vuonna 1864 hyväksytyt rikoslain yleiset perusteet ja valtiopäivätoiminnan alettua syntyneet rikosoikeudelliset säädökset perusteluineen. Tärkeänä lähteenä komitean työlle olivat myös ”tieteellinen kriminaalioikeus” ja sille pohjaavat ulkomaiset rikoslait. Kyseessä ei kuitenkaan ollut ulkomaisen rikosoikeuden kritiikitön reseptointi: ”All slafvisk härmning af det utländska har man härvid likväl försökt undvika, upptagande däraf allenast hvad som icke kunnat umbäras, samt anknyttande det nya, så vidt möjligt varit, vid det gamla, stundom kanske med äfventyr att, mera än nödvändigt varit, hafva fasthållit den gamla tidens benägenhet för kasuistik.”⁹

Ehdotuksen luvut 1–11 koskivat yleisiä määräyksiä ja luvut 12–53 erinäisiä rikoksia. Komitea ehdotti rikosvastuun edellytysten laajaa ja perusteellista sään-

⁶ Ks. asetusehdotusten tarkastelua *Blomstedt 1964* s. 468–477. Pahoinpitelyasetusta (26.11.1866 annettu Keisarillisen Majesteetin Armollinen Asetus taposta, ilman kuolettamisen aikomusta, ja muusta räjäköyksestä ihmistä kohtaan) koskevan keisarillisen esityksen perusteluissa on seuraava syyksiluettavuuden muotojen luonnehdinta: ”Då uppsåtligt brott förutsätter dels medvetande af gerningens brottsliga beskaffenhet, dels ock vilja att densamma, det oakadt, begå, saknas deremot vid vållande vilja att åstadkomma den skadliga följden”; Prop. N:o 16 s. 427. Asetuksen suomenkielisessä versiossa substantiivi ”uppsåt” on muodossa aikomus, adjektiiviattribuutti ”uppsåtlig” puolestaan ehdollinen (uppsåtlig misshandel – ehdollinen räjäköys, samoin uppsåtligan – ehdollisesti). ”Syfte”, ”äsyftad” ja ”för att” viittaavat tarkoitukseen, ”vållande” syllisyyteen ylipäättään mutta myös spesifimmin tuottamukseen.

⁷ Ks. *Myhrberg 1978* s. 57–58 ja seikkaperäisesti *Blomstedt 1964*. *Backman 1989b* käsittelee kysymystä vuoden 1889 rikoslainsäädännön mahdollisesta vanhentuneisuudesta jo syntyessään ottaen huomioon, että rikoslaki oli klassisen rikosoikeusajattelun tuote samalla kun uudet sosiologisen rikosoikeuskoulun tuulet olivat alkaneet puhaltua jo 1870-luvulla.

⁸ Ks. *Kivivuori 1969* s. 179–187 ja *Myhrberg 1976* s. 17–18. Kutsun komiteaa Ehrströmin komiteaksi.

⁹ KB 1875:9 s. 140 todettaessa, että vuonna 1864 hyväksytyistä periaatteista ja uusista rikossääntelyistä oli joissain kohdin poikettu mm. ulkomaisen tiedon ja kokemuksen perusteella.

telyä rikoslaissa. Komitea piti yleistenkin vastuuedellytysten melko yksityiskoh-
taista sääntelyä tarpeellisenä, koska ”vägledning af dylika föreskrifter ännu icke
kan i landet umbäras” ja koska tieteellisen kehittelyn alaisuus ja siitä ehkä seu-
rauksena oleva lain muutoksen tarve eivät suinkaan koskeneet yksinomaan näitä
säännöksiä, vaan myös monia muita, jotka ovat välttämättömiä rikoslaissa.¹⁰

Tämän työn kannalta kiinnostavasti ehdotuksessa on myös säännöksiä tahalli-
suudesta. Tahallisuus ja tuottamus nähdään ehdotuksessa syyllisyyden päämuo-
toina. Keskeiset säännökset ovat ehdotuksen 3 luvussa, 52, 53 ja 57 §. Jäljempä-
nä tulee vielä puhe luvun erehdyssäännöksestä (63 §).

52 §. Är brott uppsåtligen föröfvadt, och är i lagen skilnad ej gjord emellan
straff för sådan handling af berådt mod och af hastigt mod; skall högre straff
ådömas den, hvilken med lugn öfverläggning förbrytelsen utfört, än den, som
i hastig uppbrusning, eller af öfverilning den föröfvat. Har förbrytaren genom
svår ärekränkning, eller annorledes, blifvit till brottet retad af den, emot hvil-
ken det rigtadt varit; pröfve domstolen, huruvida den omständigheten bör
såsom straffsänkningsskäl gälla, eller efter 87 § anses.

53 §. Hade gerningsmannen icke bestämdt uppsåt att straffbar gerning föröf-
va, men viste, att den handling, som han utföra ville, kunde viss straffbar
verkan förorsaka, och utförde den ändå, likgiltig om den verkan skulle deraf
inträffa, eller ej; då skall han, om sådan verkan deraf uppstod och lagen ej
särskildt föreskrifvit, huru sådan förbrytelse bör vid slikt lätt sinnigt förhållan-
de straffas, anses med ringare straff, än om han gerningen i bestämdt uppsåt i
hastigt mod hade föröfvat, men ändå med svårare straff, än om han samma
verkan hade af grof vårdslöshet vållat.

57 §. Handling vare såsom vårdslös ansedd, om gerningsmannen viste, att
sådan rättskränkning, som af handlingen förorsakades, kunde af samma hand-
ling vållas, fastän han vid dess utförande antog, att sådan verkan deraf ej in-
träffa skulle. Var rättskränkningens inträffande mera sannolikt, än dess uteb-
lifvande; vare vårdslösheten såsom grof ansedd, och bör den omständighet,
när den icke i straffbudet särskildt afsedd blifvit, såsom straffhöjningsskäl
gälla.

Pykälätekstien valossa ei 52 ja 53 §:issä ainakaan yksinomaan ole kysymys
tahallisuuden määrittelemisestä, vaan kyseessä ovat myös rangaistuksen mittaa-
mista koskevat normit. Perusteluissa pykälät kyllä identifoidaan oikeustieteelli-
sestä näkökulmasta; 52 §:ssä on kyse *bestämdt uppsåtista* (dolos determinatuk-
sesta), 53 §:ssä puolestaan esiintyy *obestämdt uppsåt* (dolos indeterminatus eller
eventualis).¹¹

¹⁰ KB 1875:9 s. 157–158. Argumentaatio esitetään ehdotetun, mm. seuraavassa tarkasteltavia ta-
hallisuussäännöksiä sisältävän 3 luvun (”Om allmänna grunder för brottslighetens och straffmått-
ets bestämmande”) perustelujen alussa.

¹¹ KB 1875:9 s. 159.

Perustavat syyllisyysmuodot ovat siis tahallisuus ja tuottamus. Tuottamuksen rangaistavuuden tulee erikseen ilmetä laista (54 §). Jos kyseessä on pikemmin tapaturma kuin tuottamus, ei rikosoikeudellista vastuuta ole. Tuottamus jaetaan huolimattomuuteen (*vårdslöshet*) ja varomattomuuteen (*oaktsamhet*). Jaottelu on lähinnä rangaistuksen mittaamiseen vaikuttava seikka siten, että huolimattomuus on ankarammin rangaistava kuin varomattomuus (59 §). Huolimattomuutta koskevassa pykälässä on myös määritelty törkeä huolimattomuus, joka rangaistusarvoltaan lähinnä seuraa dolus eventualista. *Bestämdt – obestämdt uppsåt* -jaottelun ohella ehdotetuissa lainkohdissa mainitaan rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavana teon tapahtuminen vakain tuumin (”af berådt mod”) tai pikaisuuksissa (”i hastigt mod”). Edellisen ollessa kyseessä on tuomittava korkeampi rangaistus. 53 §:stä käy ilmi, että kombinaatio *bestämdt uppsåt* ja *i hastigt mod* on ankarammin rangaistava kuin *obestämdt uppsåt*. Jaottelulla *berådt mod* – *hastigt mod* on ehdotuksessa merkitystä myös tunnusmerkistötasolla, sillä se toimii keskeisenä murhan ja tahtotapon (*viljadråp*) välisenä rajanvetokriteerinä (280–281 §).

Huolimattomuus–varomattomuus-jaottelu vastaa nykynäkökulmasta subjektiivisen huolimattomuuden tai tekijän huolimattomuuden sisällä tehtävää jaotusta tiedostettuun ja tiedostamattomaan tuottamukseen.¹²

Ehdotuksessa ilmaistu käsitys tahallisuuden ja tuottamuksen välisestä rajanvedosta käy siis ennen muuta ilmi 53 §:stä, mutta myös 57 § täsmentää mainitun rajanvedon kriteerejä. 53 § ilmentää, että dolus eventualikseen sisältyy

- 1) seurauksen pitäminen mahdollisena ja
- 2) välinpitämättömyys siitä, syntyykö seuraus vai ei.

57 §:n mukaan huolimattomuudessa on kyse siitä, että tekijä oletti, että seurausta ei synny, jolloin se ilmaisee (*e contrario*) vielä kolmannen tahallisuuden alimman asteen kriteerin:

- 3) tekijä ei olettanut, että seuraus jää syntymättä.

Voidaan ajatella, että kriteerit 1–3 ovat dolus eventualiksen itsenäisiä kriteereitä. Toisaalta ei ole mahdotonta ymmärtää niiden suhdetta myös niin, että 2 ja 3 ovat esimerkiksi komplementaarissa suhteessa toisiinsa. Tällöin siis kriteerit 2 ja 3 olisivat apuna toistensa määrittelyssä; jos tekijä ei olettanut seurauksen jäävän syntymättä, hän oli välinpitämätön siitä, syntyykö seuraus vai ei.

Pykälä 57 in fine ilmaisee vielä sen, että törkeä huolimattomuus on kyseessä silloin, kun oikeudenloukkauksen syntyminen oli todennäköisempää kuin sen jääminen tapahtumatta. Onko tällä todennäköisyyden kriteerillä jotain merkitys-

¹² Kirjallisuudessa tavataan puhua tietoisesta ja tiedottomasta tai itsetietoisesta ja itsetiedottomasta tuottamuksesta. Kumpikaan näistä ilmaisupareista ei vaikuta täysin luontevalta.

tä dolus eventualiksen kannalta? Pykäläehdotuksen valossa tältä ei näytä, ja todennäköisyys vaikuttaa törkeään huolimattomuuteen liittyvältä objektiiviselta elementiltä. Tämä olisi yhteensopivaa myös kriteerien 1–3 ilmentämän tahallisuuskäsityksen kanssa. 53 §:n perustelut ja Ehrströmin luennoissaan esittämä kanta antavat tulkinnoille lisää pohjaa:

I 53 § är derefter fråga om s. k. obestämdt uppsåt (dolus indeterminatus eller eventualis), som naturligtvis är mindre straffbart, än det i 52 § omnämnda bestämda uppsåtet, men ändå straffbarare än vållande, ifrån hvars svåraste grad, s. k. grof vårdslöshet (luxuria), det obestämda uppsåtet skiljer sig derigenom, att den med obestämdt uppsåt handlande förbrytaren med likgiltighet samtycker till den vilkorligt emotsedda straffbara påföljdens inträdande, då deremot den förbrytare, som af grof vårdslöshet vållar en rättskränkings inträdande, ändå antager eller hoppas, att den sannolika påföljden af hans handling ej skall inträda. (Se 57 §.)¹³

Från dolus eventualis, hvarvid äfven ett dylikt förutseende förekommer, skiljas sig luxuria derigenom, att subjektet vid den förste skuldformen vilkorligt samtycker till den rättskr{änkande} påföljden, hvilket ej ega rum vid luxuria, hvarvid han tvertom hoppas att den ej skall inträffa.

Om vid luxuria det för subjektet (efter hans grad af vetande) måste framstå mera sannolikt, att rättskränkningen skulle inträffa, än att den skulle uteblifva, så ökar detta brottsligheten, och skuldformen benämns då grof vårdslöshet.¹⁴

Pykälien sanamuotoon verrattuna sitaatissa on havaittavissa kaksi relevanttia piirrettä. Ensinnäkin todennäköisyys on noussut enemmän kuvaan mukaan tahallisuuden luonnehtimisessa ja saanut etenkin Ehrströmin omassa tekstissä subjektiivista luonnetta. Toinen mielenkiintoinen seikka on se, että ”antager -p”:n ohella mainitaan ”hoppas -p”.

Sekä todennäköisenä pitäminen että toivo ovat kiinnostavia käsitteitä etenkin suhteessa 57 §:n ilmentämään kriteeriin olettaa. Kyse on siitä, missä määrin p:n todennäköisenä pitäminen ja olettaminen, että p kattavat samoja tilanteita. 57 §:n mukaanhan olettaminen -p merkitsee huolimattomuutta, ja Ehrströmin mukaan p:n pitäminen todennäköisenä ei sellaisenaan perusta tahallisuutta. Saattaa olla, että olettaminen on tässäkin subjektiivisempi käsite kuin todennäköisenä pitäminen. Lisäksi olettamisessa ja todennäköisenä pitämisessä saatetaan hyväksyä välialue, jossa henkilö pitää p:tä ja -p:tä mahdollisena olettamatta/pitämättä todennäköisenä (osaamatta olettaa/pitää todennäköisenä) kuitenkin kumpakaan.

¹³ KB 1875:9 s. 159.

¹⁴ Ehrström 1994 s. 112.

Toivo -p esiintyy usein oletus -p:n (usko -p:n) vanavedessä. Olettamisella ja todennäköisenä pitämisellä on melko samankaltaiset sovellutusalueet, mutta toivominen poikkeaa ensin mainituista tiedollisesti. Jonkin toivomisen kannalta riittää, että pitää sitä edes jollain tavalla mahdollisena. Jotkut saattaisivat olla asettamatta tällaistakaan tiedollista edellytystä. Näin ollen sillä, operoidaanko dolus eventualiksen luonnehdinnassa jonkin asian olettamisella (uskomisella) vai toivomisella, on erittäin suuri merkitys. Näin mietinnön perustelusitaatin ilmaisu ”antager eller hoppas” sisältää jo selvästi muutakin vivahdetta kuin 57 §:n ”antog”.

Näin todennäköiseksi mieltämisellä ja toivolla -p operointi tekevät dolus eventualiksen tulkintaa komplisoidummaksi. Eroa on vielä siinä, ymmärretäänkö ehdotetun lakitekstin ilmentämät kriteerit 2) (välinpitämättömyys) ja 3) (ei-oletus -p) toisistaan riippumattomiksi vai komplementaarisiksi. Summa summarum seuraava tulkinta vaikuttaa (ottamatta tosin kantaa komplementaarisuutta koskevaan kysymykseen) mahdolliselta. Dolus eventualis ratkaistaan kriteerien 1–3 perusteella. Se, mikä niiden perusteella ei ole tahallisuutta, on huolimattomuutta. Tämän jälkeen arvioidaan huolimattomuuden yhteydessä seurauksen todennäköisyyttä. Ainakin silloin, kun tekijä piti seurausta todennäköisenä, huolimattomuus kvalifioituu törkeäksi. Toivo -p:n rooli jää jossain määrin epäselväksi; ehdotetun lakitekstin mukaan se ei vielä näyttäisi merkittävältä pro-argumentilta huolimattomuuden puolesta, vaan sellainen olisi vasta oletus -p, mutta perustelulausuma ja Ehrström näyttäisivät suovan sillekin tämänkaltaisen funktion.¹⁵

Mietintö sisältää eräitä muitakin tahallisuuden kannalta merkittäviä yleisiä säännöksiä. 61 § sääntelee aberratio ictusta (ja/tai error in personaa) ja 88 § actio libera in causa -tyyppisiä tilanteita. 63 § sisältää säännöksen erehdyksestä, jota on syytä tarkastella lyhyesti.

63 §. Var någon, som straffbar handling föröfvade, då okunnig om att sådan till handlingen hörande omständighet, hvaraf dennas straffbarhet berodde, för handen var; skall han från ansvar frias, der ej så är, att hans okunnighet, när straffbar gerning af vållande föröfvats, ock utaf vållande härrörde. Ej må obekantskap med lagen till sådan okunnighet räknas, eller någon förskonas från straff blott derföre, att han föröfvat brott af god bevekelsegrund, eller för godt ändamål, eller för att hans samvete eller troslära handlingen tillstodde.

Tekijä vapautuu näin tahallisuusvastuusta, jos hän oli tietämätön (okunnig) siitä, että relevantti olosuhde (omständighet) oli käsillä. Mikä on tämän säännöksen suhde dolus eventualikseen? Ainakin kolme tulkintalinjaa vaikuttaa mahdolliselta. Ensimmäinen lähtee siitä, että tahallisuutta koskevia edellä tarkasteltuja

¹⁵ Ks. myös *Forsman 1884* s. 19–24.

säännöksiä on luettava yhdessä 63 §:n kanssa. Toisekseen on mahdollista, että 63 § on tarkoitettu yleiseksi erehdyssäännökseksi, joka sanoo negatiivisesti (ja tosin vain mieltämisellä operoiden) saman kuin 53 § sanoo positiivisesti. Kyse olisi asiallisesti kahteen kertaan sääntelemisestä, mikä sopisi kohtuullisesti yhteen komitean ekstensiivisen yleisten kysymysten sääntelylinjan kanssa. Kolmas tulkintamahdollisuus on, että 53 § koskisi seuraustahallisuutta ja 63 § olosuhdetahallisuutta. 53 § käyttää sanaa ”verkan” ja 63 § ilmaisua ”omständigheter”.¹⁶

Säännöksestä käy ilmi myös laintuntemattomuuden (oikeuserehdys) lähtökohtainen merkityksettömyys vastuuvapausperusteena. Asiaa ei käsitellä lähemmin säännöksen perusteluissa, joskin niistä välittyy käsitys, että se on todettu pykälässä selvyden vuoksi.¹⁷

Hagströmer totesi tarkastuksessaan, että ehdotuksessa poikettiin Ruotsin ja Saksan rikoslaeista, mitä tulee yhtäältä lainsäädännön ja tieteen, toisaalta lainsäädännön ja tuomioistuimen suhteeseen, mikä selitti merkittävästi etenkin ehdotuksen yleisen osan laajuutta verrattuna mainittuihin lakeihin. Nykyinen tiede ei (enää) katsonut, että sen tulokset tuli kirjata lakiin, vaan toivoi pikemmin, että lainsäädäntö on sellaista, että se kunnioittaa tieteen vapautta eikä estä sen kehittymistä. Ehdotuksen säännökset kysymyksissä, jotka tulisi jättää doktriinille, voitiin jakaa kahteen ryhmään: ne, joiden tarkoituksena on ratkaista tieteellinen kiistakysymys ja ne, jotka tuomarin valistamiseksi välittivät oppilauseita, joista tieteessä ei ollut riitaa. Esimerkkeinä edellisistä Hagströmer tuo esiin 53 §:n dolus eventualis -luonnehdinnan, 61 §:n (error in objecto ja aberratio delicti), 63 §:n laintuntemattomuutta koskevan ehdotuksen sekä yrityksen kelvollisuuteen liittyvän 75 §:n¹⁸. Jälkimmäistä ilmentää 52 §; on selvää, että vakain tuumin tehty rikos on rangaistavampi kuin pikaistuksissa tehty, ja näiden luonnehdinta pykälässä on omiaan antamaan aiheutta huomautuksiin.¹⁹ Lainsäätäjän ja tuomioistuimen suhteen osalta Hagströmer piti rangaistuksen mittaamisen sääntelyä ylimitoitettuna.²⁰

¹⁶ Perusteluista oikea tulkinta ei käyne ilmi. Asetelmaa komplisoi vielä se, että 53 § näyttäisi sanamuotonsa mukaan koskevan vain tilanteita, joissa seuraus syntyi (ja laki ei erikseen sääntele kuinka moiseen kevytmieliseen suhtautumiseen tulee rikosoikeudellisesti reagoida). – Aberratio ictus ja/tai error in objecto koskevan 61 §:n mukaan rikos syyksiluetaan tahallisenä, mutta rangaistuksen määräämisessä ei oteta huomioon rangaistavuutta koventavaa olosuhdetta (”omständighet, som straffet försvåra kunde”), josta tekijä ei ollut selvillä, paitsi jos tähän nähden oli culpa. Tekijälle tuntemattomiin rangaistusta koventaviin seikkoihin nähden tuli 62 §:n mukaan muutenkin menetellä samoin; ks. *Hagströmerin* 1879 s. 13–14 av. 1 kritiikkiä ja s. 15 av. 2.

¹⁷ *KB* 1875:9 s. 162.

¹⁸ *Hagströmer* 1879 s. 7–17. Hän ei ryhtynyt lähemmin arvioimaan 53 §:n dolus eventualis -käsitystä.

¹⁹ Ks. laajaa tarkastelua *Hagströmer* 1879 s. 21–33.

²⁰ Ks. lähemmin *Hagströmer* 1879 s. 33–42. Mm. 52, 53 ja 57 § ovat (myös) mittaamissääntöjä. Vuoden 1875 ehdotuksen arvioista ks. myös *Kivivuori* 1971 s. 11–18 ja *Utriainen* 1980 s. 196–199.

2.3 VUODEN 1880 TARKASTUSKOMITEA

Vuonna 1880 senaatti asetti komitean tarkastamaan ja tarpeen mukaan työstämään vuoden 1875 rikoslakiehdotusta. Komitea, johon kuuluivat Richard Idestam, K. W. Sulin, Jaakko Forsman ja puheenjohtajana myös Ehrströmin komiteassa puhetta johtanut J. D. Dahl, kiinnitti työssään paljon huomiota ulkomaisiin rikoslakeihin ja rikoslakiehdotuksiin. Näitä olivat erityisesti Saksan (1871), Ruotsin (1864) ja Alankomaiden rikoslait sekä Venäjän rikoslakiehdotus.²¹

Tarkastuskomitean ehdotuksessa vuodelta 1884 suhtauduttiin erityisesti yleisiin kysymyksiin toisin kuin Ehrströmin komiteassa: ”I afvikelse från 1875 års förslag till strafflag, har komitén i sitt förslag ej upptagit allmänna grunder för brottslighetens och straffmättets bestämmande, emedan komitén anser sådana grunder tillhöra doktrinen och ej vara egnade att ingå i positiv lag, hvilket numera äfven torde vara överallt erkändt.”²² Näkemys ei koskenut yksinomaan 3 luvua, vaan myös esimerkiksi yrityksen kelvollisuutta koskeneet 75–76 § saivat jäädä pois positiivisesta laista, nehän olivat ”af helt och hållet doktrinär art”²³.

Laajempaa keskustelua 3 luvun säännösten tarpeellisuudesta käy puheenjohtaja Dahl eriävissä mielipiteessään. Dahl kertoo ajaneensa voimakkaasti yleisten säännösten ottamista Ehrströmin komitean rikoslakiehdotukseen. Hänen keskeisin argumenttinsa säännösten puolesta liittyi tuomioistuinten ohjaamiseen tilanteessa, jossa oltiin siirtymässä absoluuttisista rangaistuksista (joiden jäykkyyttä leuteraatiomahdollisuus osin vähensi) rangaistusasteikkoihin. Dahl näyttää pitäneen käsitystä, jonka mukaan yleiset säännökset ovat luonteeltaan doktriinin työsarkaan kuuluvana, liian muodollisena.²⁴

Tahallisuutta koskeneet 52–53 § jäivät siis pois vuoden 1884 rikoslakiehdotuksesta. Mietinnössä ei ole puhe Ehrströmin komitean dolus eventualiksen sisällöstä, joten mietinnön perusteella ei voida päätellä, suhtautuiko komitea sii-

²¹ Tarkastuskomitean työskentelystä ks. *Kivivuori 1971* s. 18–24.

²² *KB 1884:12* s. 146. Ks. myös Forsmanin lausumaa *KB 1884:12* s. 191. Forsman näyttää pitäneen jopa tahallisuuden vaatimusnormia teoreettisena kysymyksenä. Hän piti hyvänä myös sitä, ettei rikoslakiin tullut lähempää määritelmää tuottamuksen ja tapaturman välisestä rajasta; ks. *Forsman 1893* s. 165 ja 169. *Forsmanin 1877* s. 22–26 mukaan suuri osa vuoden 1875 ehdotuksen 3 luvun säännösmateriaalista voitaisiin siirtää perusteluihin.

²³ *KB 1884:12* s. 148. Joitakin yleisiä tai doktrinäärisiä kysymyksiä sivuavia säännöksiä tarkastuskomitea omaksui, mm. yritystä kuvaavan (39 §) ja pakkoa koskevan säännöksen (31 §) sekä suosimisen ja avunannon rajanvetoa koskevan määräyksen (50 §). Keskustelua herätti yleisten oppien alueelta mm. alentunutta syntyakeisuutta koskeva kysymys; ks. *KB 1884:12* s. 147 ja 181. Ks. lainsäätäjien suhtautumisen muutoksista teoreettisten kysymysten ratkaisemiseen *Ellilä 1974* s. 80–81 av. 12.

²⁴ Ks. *KB 1884:12* s. 178–180.

hen myönteisesti vai kielteisesti. Henkirikosten yhteydessä tarkastuskomitea piti tahallisen surmaamisen kategorisointia berådt mod – hastigt mod -perusteella toisaalta epäselvänä, toisaalta ei-tyhjentävänä. Komitea katsoi, että murhana on pidettävä henkirikosta, jossa ”uppsåtet var öfverlagdt” (180 §), muissa tapauksissa kyse on lievemmin rangaistavista tahallisista henkirikoksista.

2.4 RIKOSLAIN VALTIOPÄIVÄKÄSITTELY

Keisarin armollinen esitys mm. rikoslaiksi annettiin vuoden 1888 valtiopäiville. Ehdotuksessa on Forsmanin komitean tavoin jätetty pois sellaisia yleisiä määräyksiä, ”som kunna anses tillhörå mera kriminalrättens vetenskapliga ån dess legislativa område”²⁵. Tällaisiin kuului mm. kysymys tahallisuuden määritelmästä. Tahallisuutta ei esityksessä lähemmin käsitellä. Siitä käy kyllä ilmi, että komitean mietintöjen perusteluilla on merkitystä rikoslakiehdotuksen perusteluina.²⁶

Myös rikoslakivaliokunnan mietinnössä todetaan vuoden 1875 komitean mietinnön sisältäneen liikaa ”allmänna vetenskapliga läror”. Vielä tarkastuskomitean mietinnössä mukana ollut yrityksen määritelmä sai myös jäädä pois. Määritelmän mukaan ottamisen puolesta olisi puhunut se, että yrityksen rangaistavuus tulisi merkittävästi laajentumaan verrattuna vanhaa germaanis-skandinaavista oikeusajattelua edustavaan 1734 vuoden lakiin. Määritelmän poisjättämisen syyt heijastelevat luultavasti hiukan yleisemminkin suhtautumista yleisten oppien kodifiointiin: ”Men det torde icke kunna nekas, att en definition i omförmåldt syfte, huru den ån formulerades, måste affattas i så allmänna ordalag, att domaren vid bedömandet af det konkreta fallet deraf hade föga ledning, utan såge sig åndock nödsakad att begagna den vägledning teorin rörande ifrågavarande begrepp kan erbjuda. Vid sådant förhållande synes den nåd. props. förfarande att afstå från allt definierande icke medföra någon olågenhet utan tvårtom innebåra en fördel deruti, att tillgodogörandet i praxis af den teoretiska utvecklingen utaf försöksbegreppet icke varder af lagstiftaren förhindradt.”²⁷

Tahallisuuteen liittyvistä kysymyksistä mietinnössä käsitellään mm. affektin merkitystä. Se on esillä toisaalta syyntakeisuuden yhteydessä, toisaalta taas henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tarkastelussa. Affekti vastaa hastigt mod -tilaa berådt modin vastakohtana. Käsite on keskeinen tapon ja murhan välisessä rajanvedossa. Sen sijaan pahoinpitelyrikoksissa valiokunta ei halunnut

²⁵ Prop. N:o 1 s. 3. – Hyvin samankaltainen esitys oli annettu jo vuoden 1885 valtiopäiville, joilla sitä ei kuitenkaan ehditty käsitellä loppuun.

²⁶ Prop. N:o 1 s. 5.

²⁷ U.B. – Prop. N:o 1 s. 25–26.

hyödyntää jaottelua lakitekstissä. Valiokunta antoi ymmärtää, että tuomioistui-
met saattavat käytännössä pohtia ensin sitä, kuinka ankara rangaistus teosta tulee
tuomita ja vasta sen jälkeen arvioida, kuinka tulos suhtautuu em. subjektiivisiin
tunnusmerkkeihin.²⁸

Näin rikoslakiin jäi ottamatta säännökset sekä siitä, milloin tahallisuutta vaa-
ditaan että siitä, mikä sen sisältö on.

²⁸ Ks. argumentaatiosta lähemmin *U.B. – Prop. N:o 1* s. 58–63.

3 Tiedemiesten aika

3.1 JAAKKO FORSMAN

Dolus on Forsmanin mukaan rikollinen elementti, joka on tahdossa aikaan saada oikeudenloukkaus. Berneriä seuraten Forsman tekee selkoa dolukseen liittyvästä käsitteistöstä. Ihmisen halut ja tarpeet johtavat tahtomiseen. Tarpeiden tyydyttäminen on motiivi ja tavoite (ändamål). Tavoitteella (toisin kuin tarkoituksella) on vain harvoin itsenäistä rikosoikeudellista merkitystä muutoin kuin rangaistuksen mittaamisessa. Tarkoitus (afsikt) on tahdon suuntautuneisuus seurauksen aikaansaamiseksi ulkomaailmassa.²⁹

Ihmisen on otettava huomioon luonnonlakeja ja muita olosuhteita, jotka ovat relevantteja seurauksen aikaansaamisen näkökulmasta. Tahdon suuntautuneisuutta näihin detaljeihin Forsman kutsuu *föresatsiksi* (suunnitelma tai aikomus). Suunnitelmaan liittyvä harkintaprosessi ei ole aina samanlainen. Suunnitelmaa kutsutaan harkinnaksi (vakain tuumin, prämeditatio, berådt mod) tai teko syntyy pikaistuksissa (impetus, hastigt mod). Erottelu oli tärkeä etenkin henkirikoksissa. Vakain tuumin merkitsee sitä, että harkinnalla ja päätöksellä on etäisyyttä toisiinsa nähden, sen sijaan pikaistuksessa harkinta ja päätös ovat hyvin lähellä toisiaan, ne sulautuvat yhteen. Pikaistus merkitsee affektia; jos tekijän mieli on ollut riittävän hämärtynyt (fördunklat), ei tahallisuusvastuuta synny ollenkaan.³⁰

Dolus voidaan luontevasti jakaa dolus determinatukseen ja eventualikseen (indeterminatukseen). Niiden sisältö on seuraava: ”Dolus determinatus föreligger, då den handlande obetingadt åsyftar effektens inträdande. Vid den senare vill subjektet i främsta rummet en bestämd effekt, men inser att handlingen tillika kan förorsaka äfven en annan effekt, hvilken subjektet eventuellt upptager i sitt viljande. Subjektet gifver eventuellt sitt bifall till effekten eller förhåller sig åtminstone likgiltigt mot den samma.”³¹

Keskeistä on rajanveto tuottamukseen päin. ”[...] vid dolus eventualis, som redan blivit framhållet, subjektet med likgiltighet samtycker till den motsedda

²⁹ Ks. *Forsman 1893* s. 150–154. Poikkeuksena motiivien merkityksettömyydestä rangaistavuuden perustavina seikkoina Forsman mainitsee finaali muodon ”kostaakseen” RL 16:1:ssä; mts. 163. Bernerin dolus ja culpa -opeista ks. *Berner 1872* s. 160–169. Bernerin rikosoikeudellisesta ajattelusta ks. myös *Backman 1976* s. 93–104.

³⁰ *Forsman 1893* s. 150–154.

³¹ *Forsman 1893* s. 159. Jos tekijä on pitänyt seurausta varmana, kyse on dolus determinatuksesta.

straffbara påföljdens inträdande, hvaremot vid luxuria subjektet antager och hoppas, att den som möjlig ja t.o.m. till en viss grad sannolik insedda påföljden af handlingen icke skall inträda.”³²

Luonnehdinta muistuttaa vuoden 1875 mietinnön perustelulausumia. Todennäköisyyden asema Forsmanin tahallisuuskäsityksessä on hiukan tulkinnanvarainen. Yhtäältä hän nimenomaan sanoo, ettei dolus determinatuksen ja eventualiksen välinen rajanveto tapahdu todennäköisyyden näkökulmasta³³. Sitaatit dolus eventualiksen ja culpa luxurian välisestä erosta viittaavat eron tekemiseen lähinnä hyväksynnän ja välinpitämättömyyden tahtomomenttien ja oletus/toivo-p:n perusteella. Toisaalta Forsman painottaa sitä, että tahtominen edellyttää todennäköisenä pitämistä. Tämä liitetään nimenomaan tahtomiseen yleensä eikä tarkoitukseen. Toinen asia tietenkin on, mitä todennäköisenä pitäminen tässä tarkoittaa. Todennäköisyyden ei tarvinne olla erityisen suuri. Tuntuu siltä, että Forsman pitää sellaista todennäköisyyttä riittävänä, joka mahdollistaa puhumisen tahtomisesta eikä pelkästään toivomisesta: ”Ty, såsom redan nämnts, det, som förefaller fullkomligt osannolikt, kan man icke vilja, utan endast önska.”³⁴

Siihen nähden, että Forsman näyttää selvästi erottavan pelkän toivon mieltämisestä, huomiota kiinnittää, että culpa luxurian määrittelyn puolella puhutaan olettamisesta -p ja toivomisesta -p yhdessä (”antager och hoppas”).

Culpa luxuriaa koskeva esitys mietityttää niin ikään todennäköisyyden kannalta; riittääkö mahdollisena pitäminen vai oliko seuraus todennäköinen, mutta tekijä piti sitä virheellisesti vain mahdollisena? Forsman sanoo: ”vid närmare öfvervägande skulles subjektet hafva funnit att den icke åsyftade effekten värkligen efter all sannolikhet skulles komma att inträda [...] Då vi säga att hos subjektet finnes medvetande om möjligheten af den icke åsyftade rättskränkningen, så förstå vi med denna möjlighet icke blott en abstrakt möjlighet (tänckbarhet), utan en sådan, som innebär en viss grad af sannolikhet.”³⁵ Joka tapauksessa tästä tulee se vaikutelma, joka myös mm. saksalaisissa kirjoituksissa usein on, että culpa luxuriaa ja uskoa -p luonnehtii jonkinlainen kevytmielisyys. Tähän suuntaan viittaa myös culpa luxurian ja culpan välillä oleva syyllisyysero: ”Vid oaktsamhet ligger skulden i en brist på uppmärksamhet, men vid luxuria i ett lätt sinnigt afvändande af uppmärksamheten från handlingens följder.”³⁶ Culpa luxuria ei

³² Forsman 1893 s. 168–169.

³³ Forsman 1893 s. 159.

³⁴ Forsman 1893 s. 157; samoin mts. 155–156. Ks. myös Nuotio 2003b s. 245. Samaan suuntaan Forsmanin kanssa mm. Frände 1994 s. 126, jonka mukaan ”rent önsketänkande” ei ole dolus determinatuksen kognitiivisen puolen kannalta riittävää.

³⁵ Forsman 1893 s. 168.

³⁶ Forsman 1893 s. 169.

siis suinkaan välttämättä ole mitään ”harkittua riskinottoa”, jollaiseksi sitä toisinaan kuvataan ja joka antaa rationaalisen kuvan rikoksentekijästä.

Tahallisuudelle ja tuottamukselle yhteistä on velvollisuus välttää kielletty seuraus. ”I bäge händelserna är handlingen skuldbelagd; samma plikt har blivit kränkt, att icke genom en handling förorsaka något som strider mot det rätta. Den dolosa handlingen är mera straffbar redan därför att vid den samma motsatsen mellan plikten och den åsyftade rättskränkningen framträder med större klarhet och bestämdhet än då det endast kommer an på att inrätta sin värksamhet så, att den icke åsyftade effekten icke åstadkommes.”³⁷

Forsmanilla ei tahallisuutta koskevassa esityksessään ole oikeustapausviittauksia. Doktriinista etenkin Berner on ollut hänelle keskeinen vaikuttaja.

Erehdys tosiasiallisesta olosuhteesta, joka kuuluu rikokseen (error facti), voi poistaa rangaistavuuden. Tekijä esimerkiksi luulee ottamaansa omaisuutta omakseen. Jos erehdys oli tekijän syytä, tuottamusvastuu tulee kyseeseen, jos teko on myös tuottamuksellisenä rangaistava. Myös erehtyminen luulemaan, että käsillä on hätävarjelutilanne, poistaa tahallisuuden.³⁸

Sitä vastoin tietämättömyys lain määräyksistä ei voi vapauttaa rangaistuksesta. ”Orsaken härtill är, att hvarje tillräknelig person besitter medvetande af det rätta såsom det lefver hos hans nation.” Tällainen tietoisuus saadaan kasvatuksen, koulutuksen ja elämän monipuolisten tilanteiden kautta. Myöskään ulkomaalainen ei vapaudu vastuusta: ”För det första existerar hos de civiliserade nationerna en åtminstone i det väsentliga lika rättsåskådning, och för det andra är hvar och en som beträder ett främmande gebit skyldig att sätta sig in i därstädes rådande rättsförhållanden.” Ajateltavissa tosin olisi lievempi suhtautuminen, jos tekijä oli kotoisin erittäin matalan kulttuuritason maasta.³⁹

3.2 ALLAN SERLACHIUS

Serlachiuksen mukaan tahallisuusteorioissa voidaan erottaa kaksi pääsuuntaa, tahtomis- ja mieltämisteoriat. Erot näiden teorioiden välillä ovat kuitenkin sanallista eivätkä asiallista laatua. Kumpikin johtaa näet tulokseen, jonka mukaan ta-

³⁷ Forsman 1893 s. 166–167.

³⁸ Forsman 1893 s. 141–142 sekä 110–111, 116 ja 127–129.

³⁹ Forsman 1893 s. 142–143 ja 173–174. – Päihtymyksen merkitystä käsitellään syyntakeisuuden näkökulmasta. Jos humala on niin syvä, että tietoisuus on lakannut, vastuu tässä tilassa tehdystä teosta riippuu humalan syyksiluettavuuden asteesta; jos humalaan oli hankkiuduttu rikoksen tekemisen aikomuksessa, tahallisuusvastuu tulee kyseeseen. Jos taas humalaan oli hankkiuduttu tahallaan, muttei tuollaisessa aikomuksessa, tai jos humala oli tuottamuksellinen, kyseeseen tulee vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta. Ks. lähemmin Forsman 1893 s. 71–74.

hallisuutta on paitsi pyrkimys seurauksen aiheuttamiseen, myös tilanteet, joissa tekijä piti seurausta varmana tai ainakin ”jommoisellakin todennäköisyydellä” seuraavana (dolus eventualis). Teoriat eivät anna sellaisenaan mitään yksiselitteistä riittävää todennäköisyyden astetta. Tahtomisteoriat ratkaisevat asian sen mukaan, oliko tekijä hyväksynyt todennäköiseksi mieltämänsä seurauksen, mieltämisteoriat taas sen mukaan, olisiko tekijä tehnyt kuten teki, jos olisi pitänyt mahdollisena pitämäänsä seurauksen syntymistä varmana. Oikeustieteen saavutamiin em. tuloksiin Serlachius suhtautui skeptisesti: ”Onko toinen tahtoessaan jotakin, samalla hyväksynyt jotakin toista tahi olisiko joku, joka määrättyissä olosuhteissa on tehnyt jotakin, toisissakin olosuhteissa tehnyt saman, on kysymys, jonka vastaamiseen vaadittaisiin kykyä, raamatullista sananpartta käyttäkseni, tutkia sydämiä ja munaskuita.”⁴⁰ Kun tuomari joutuu kummankin teorian valossa mahdottoman tehtävän eteen, tulee raja tehtäväksi sen mukaan, mitä tuomari arvostelee todennäköiseksi. Tätä todennäköisyysarvostelua tuomari taas ei voi perustaa muuhun kuin ”asianhaaroihin”, toisin sanoen siihen suurempaan tai pienempään todennäköisyyteen, jolla tuo seuraus tekotilanteessa oli odotettavissa.⁴¹

Itse asiassa Serlachiuksen mielestä voidaankin pitää selvitettyinä, että mitään varmaa rajaa tahallisuuden ja tuottamuksen välillä ei ole. Asianmukaisinta olisi hänen mukaansa luopua syyllisyysasteiden luokituksesta tai ainakin määrätä tahallisen ja tuottamuksellisen teon rangaistusasteikot siten, että ne kohtaavat toisensa.⁴²

Serlachius väitteli vuonna 1897 teoksella *Bristande lagkunskap och dess invärkan på straffbarheten enligt finsk rätt*. Yhteenvedonomaaisesti Serlachiuksen siinä esittämä käsitys oli seuraava. Rikosoikeudellisen vastuun tulee edellyttää tietoisuutta oikeudenvastaisuudesta. Tämä tietoisuus ei kuitenkaan ole osa tahallisuutta, vaan se on syyllisyyden yleinen edellytys. Kyseinen tietoisuus toteutuu (jo) sillä, että tekijä ymmärtää menettelynsä olevan sen tarkoituksen vastainen, joka on normin perusteena. Tietoisuus ei edellytä myöskään varmuutta menette-

⁴⁰ Serlachius 1921 s. 210–211. Tuo mieltämisteoria vastaa Frankin I kaavaa, jonka mukaista mallia kutsutaan myös hypoteettiseksi tahtoteoriaksi. Ks. Frank 1890 s. 211.

⁴¹ Serlachius 1919 s. 122–125.

⁴² Serlachius 1919 s. 125 ja 128. Hiukan epäselväksi jää, mitä olisi tehtävä silloin, kun menettely on rangaistava vain tahallisenä. Klamin 1984 s. 148–149 mukaan Serlachiuksen tarjoama todennäköisyyskriteeri on omalla tavallaan yhtä puutteellinen ja mielivaltainen kuin intentionaalisen mallin varaan rakentuva tarkastelu. – Grotenfeltin 1913 s. 82 mukaan dolus eventualis oli käsillä, kun tekijä oli mieltänyt, että oikeudenloukkaus oli normaalioloissa teon erittäin todennäköinen (högst sannolik) seuraus. Tulenheimo 1926 s. 6–7 ja 26–31 on hypoteettisen tahtoteorian eli Frankin I kaavan mukaisen rajanvedon kannalla. Granfelt 1941 s. 41 esittää dolus eventualiksen hypoteettista tahtoteoriaa muistuttavalla tavalla: tekijä piti seurausta mahdollisena, ja voidaan olettaa, että hän ei olisi jättänyt tekoa tekemättä, vaikka olisi pitänyt seurausta varmana.

lyn oikeudenvastaisuudesta, vaan jo epäily on tässä suhteessa riittävä. Käsitystä menettelyn rangaistavuudesta ei ole edellytettävä.⁴³

3.3 SERLACHIUKSEN RIKOSLAKIEHDOTUS

Allan Serlachius laati toimeksi saaneena ehdotuksen uudeksi rikoslaiksi. Ehdotuksen yleinen osa on vuodelta 1920. Serlachius tarkoitti työnsä pikemminkin keskustelua herättämään kuin viimeistellyksi lakiehdotukseksi; kyseessä oli ”ehdotus ehdotukseksi”. Valmistelutyössä hän otti huomioon Norjan ja Ranskan rikoslait sekä Ruotsin, Tanskan, Sveitsin, Itävallan ja Saksan rikoslakiehdotukset. Serlachius korosti pohjoismaisen oikeuden merkitystä.

Verrattuna vuoden 1889 rikoslakiin ehdotuksessa oli omaksuttu osin toisenlaiset rangaistusteoreettiset lähtökohdat. Serlachiuksen edustaman sosiologisen koulukunnan mukainen erityisprevention painotus tulee esiin etenkin seuraamusjärjestelmässä. Vuoden 1889 rikoslain tavoin ehdotuksessa jätetään teoreettisten kysymysten ratkaiseminen lainkäyttäjälle: ”Laissa täten löytyvästä – jos niin tahdotaan – aukosta ei käytännössä ole ollut haittaa, eikä sen vuoksi ole ollut syytä luopua siitä, mihin vanhastaan ollaan totuttu.”⁴⁴ Määritelmät eivät kuitenkaan todellisuudessa ohjaisi lainkäyttäjää, eikä ole syytä kuormittaa lainsäätäjää filosofisilla kysymyksillä.⁴⁵

Vaikka ehdotus sisältääkin säännöksen tahallisuuden vaatimusnormista (6:13), ei ole yllättävää, ettei Serlachius kuitenkaan laatinut tahallisuuden määritelmää. Tahallisuuden asteisiin ei esityksessä muutenkaan oteta kantaa. Arvioidessaan teoreettisten kysymysten kodifoinnin tarpeellisuutta Serlachius ottaa kuitenkin tahallisuuttakin koskevan esimerkin Ruotsin rikoslakiehdotuksesta, joka Serlachiuksen sanojen mukaan ”ainakin tieteellisyydessä voittaa kaikki muut”: ”Ainoa teoreettinen kysymys, minkä se [yrityksen määritelmä, JM] todellakin poistaa, on, että sen mukaan yritykseen on vaadittava n.s. *dolus directus* etteikä niinmuodoin *dolus eventualis* riitä – seikka joka on sanomattakin pidettävä selvänä.”⁴⁶ Ehdotuksen 6:14 sisältää säännöksen tahallisiin rikoksiin liittyvien eitähällisten rangaistusta koventavien seurausten syyksilukemisen edellytyksistä. Ehdotuksen 6:9:n mukaan tuomioistuin voisi, kun rangaistava teko on tehty ankarassa mielenliikutuksessa tai muuten epätavallisissa oloissa ja kun laki (muu-

⁴³ *Serlachius 1897* passim. Ks. myös oppikirjaesitystä *Serlachius 1919* s. 136–142. Ks. vielä *Tuulenheimon 1926* s. 24–26 ja 31–32 esitystä syyllisyyden sosiaalis-eettisestä elementistä.

⁴⁴ *Serlachius 1920* s. 16.

⁴⁵ *Serlachius 1920* s. 15–16 ja 27.

⁴⁶ *Serlachius 1920* s. 16.

ten) johtaisi kohtuuttoman ankaraan rangaistukseen, alentaa rangaistusta tai eräissä tapauksissa antaa sen kokonaan raueta.

Serlachiuksen yleisten oppien – mukaan lukien tahallisuuden – kodifioinnin skeptisyyteen nähden yllättävä säännös on ehdotuksen 6:15:

Rikosta älköön rangaistako, jos tekijä on tehnyt tekonsa, tietämättä, että se loukkaa yleistä tahi yksityistä oikeutta.

Rikkomuksesta rangaistaan tekijä tähän tietoon katsomatta.

Pykälässä Serlachius ottaa kantaa väitöskirjansa *Om bristande lagkunskap* (1897) alaan kuuluvaan kysymykseen, joka ”kuuluu rikosoikeuden riitaisimpiin”. Tukea Serlachius saa liiallisen tieteellisyyden näkökulmasta kritisoimastaan Ruotsin rikoslakiehdotuksesta, joten hänen ehdotuksensa ”ei ole niin maailmata mullistava kuin miksi sitä ehkä luullaan”⁴⁷. Serlachius ei selvennä säännöksen suhdetta tahallisuus- ja erehdystilanteisiin. Selvä ero tehdään lainkohdassa kuitenkin rikosten ja rikkomusten välillä edellisten edellyttäessä tietoisuutta loukkaavuudesta, jälkimmäisten taas ei. Serlachius toteaaakin: ”Joka ei ole tietänyt tekevänsä mitään pahaa, ei voi koskaan olla rikokseen mutta kyllä rikkomukseen syyppää.”⁴⁸ Yhdensuuntaista tämän kanssa on, että kun vapausrangaistukselle nähdään ominaisena kasvattava vaikutus ja pyritään asosiaalisen mielenlaadun poistamiseen, on sakon tarkoituksena ”pikemmin antaa sakotettavalle muistimaria kuin aikaansaada varsinaista mielenlaadun muutosta”⁴⁹.

Serlachiuksen ehdotus sai melko positiivisen vastaanoton. Rikoslakia pidettiin muutoksen tarpeessa olevana. Syitä tähän olivat mm. rikoslain kulttuurisidonnaisuus ja oikeushyvien muuttuvuus, kansainvälisten oikeudellisten suhteiden lisääntyminen, Suomen itsenäistyminen sekä uuden rikosoikeusideologian esiintulo Euroopassa.⁵⁰ Useissa maissa vireillä olleet rikoslain uudistushankkeet olivat luonnollisia ”kun ottaa huomioon sen valtavan kulttuurikehityksen, joka viimeisinä vuosikymmeninä kaikkialla Euroopassa on tapahtunut”⁵¹. Myös ehdotuksen erityispreventiivisiin lähtökohtiin suhtauduttiin melko positiivisesti. Erityisen innostunut sosiologisen koulun annista oli Kaila: ”Erehtymättä voidaan väittää, että nykyisten ’klassillisten’ rikoslakien loisto aika on mennyt. Ajan henkeä, jolle on ominaista yleensä reaaliin oloihin syventyminen ja siten todel-

⁴⁷ *Serlachius 1920* s. 25.

⁴⁸ *Serlachius 1920* s. 15. On huomattava, että tietoisuusvaatimus koskee ”rikoksia”, jotka 6:13:n mukaan voivat – jos niin on säädetty – kuitenkin olla rangaistavia myös tuottamuksellisia. Ks. myös *Kaila 1921* s. 28–29.

⁴⁹ *Serlachius 1920* s. 28 ja 15. Oikeuttamiskysymysten näkökulmasta on periaatteessa muistettava tehdä ero yhtäältä rangaistusten ja turvaamistoimenpiteiden välillä, toisaalta rikosten ja rikkomusten välillä ja kolmanneksi vielä sakko- ja vapausrangaistuksen välillä Serlachiuksen ehdotuksensa.

⁵⁰ Ks. *Granfelt 1921* s. 135 ja *Tulenheimo 1923* s. 208–209.

⁵¹ *Tulenheimo 1923* s. 209.

lisuuteen pohjaavan käsityksen tavoitteleva myös yhteiskunnasta ja sen moninaisista ilmiöistä, eivät enää tyydytä sellaiset rikoslait, jotka pääasiallisesti on rakennettu abstraktisten käsitteyhdistelyjen ja -erittelyjen varaan. Nykyään kaivataan rikoslainsäädäntöä, jonka lähtökohtana on tietoisesti yhteiskunnan suojaamistarkoitus ja jossa niin muodoin oikeellisuuseriaa ohella kiinnitetään riittävästi huomiota myös rikoksentekijäin henkilöllisyyteen ja elämänoloihin.”⁵² Kriittisemmin ehdotukseen suhtautui klassisen koulukunnan näkökulmasta Renwall.⁵³

Tulenheimon mielestä laajan harkintavallan jättäminen tuomioistuimelle myös yleisten oppien kysymyksissä oli koherenttia Serlachiuksen omaksumien peruslähtökohtien kanssa. Ehdotuksessa oli kuitenkin hänen mielestään menty liian pitkälle pelossa määritellä yleisiin oppeihin liittyviä käsitteitä. Määritelmää vailla olevat kysymykset jäisivät lainkäytön ja oikeustieteen varaan. Tästä ei olisi haittaa sikäli kuin eri teorioiden tulokset johtaisivat käytännössä samoihin tuloksiin tai jos lainkäytössä ja doktriinissa päästäisiin yksimielisyyteen ja suurempaan selvyyteen.⁵⁴

Erityisesti tahallisuuden jäämisestä määrittelemättä Tulenheimo ei näyttänyt olevan erityisen huolestunut, sillä ”[v]oi olla käytännölliselle tuomarille verrattain yhdentekevää onko tahallisuus käsitettävä tahtomisteorian mukaan vaiko mieltämisteorian mukaan”⁵⁵. Thyrén puolestaan katsoi, että oli käytännöllisesti merkittävää tietää, kuuluiko tahallisuuteen myös dolus eventualis vai ei ja kuinka se olisi rajattava.⁵⁶ Yleisesti ottaen tahallisuuteen liittyvät kysymykset eivät herättäneet erityistä keskustelua, mikä johtunee siitä, ettei ehdotus sisältänyt sitä koskevaa määritelmää eikä tahallisuus ollut erityisemmin esillä myöskään perustelulausumissa.

Oikeudenvastaisuustietoisuutta koskeva ehdotuksen 6:15 herätti sitä vastoin kommentteja. Toisin kuin Serlachius näytti tekevän, piti Tulenheimo ehdotusta laajakantoisena muutoksena.⁵⁷ Ehdotus ei ainakaan esitetyssä muodossaan saanutkaan osakseen merkittävää kannatusta. Pikemminkin sen periaatteellista oikeellisuutta ja käytännöllistä sopivuutta pidettiin kyseenalaisena.⁵⁸ Renwall piti ehdotusta lähtökohdaltaan oikeana, mutta katsoi, että tietoisuusvaatimusta oli lievennettävä vaatimalla ainoastaan sitä, että tekijä oli voinut kohtuudella tietää teon loukkaavuudesta.⁵⁹

⁵² Kaila 1921 s. 27.

⁵³ Renwall 1927 s. 343–365.

⁵⁴ Tulenheimo 1923 s. 222–223 ja Thyrén 1922 s. 338.

⁵⁵ Tulenheimo 1923 s. 223.

⁵⁶ Thyrén 1922 s. 338.

⁵⁷ Tulenheimo 1923 s. 211.

⁵⁸ Ks. Leopold 1923 s. 245.

⁵⁹ Renwall 1927 s. 361.

Selvästi vähemmän epäilyksiä herätti ehdotuksen 6:14.⁶⁰ Tarpeellisenä pidettiin ankaraa mielenliikutusta ja poikkeuksellisia olosuhteita koskevaa ehdotuksen 6:9:ää.⁶¹

3.4 BRYNOLF HONKASALO

Tahallisuuden raskaimman lajin muodostaa Honkasalon mukaan dolus determinatus, jossa seurauksen saavuttaminen on ollut tekijän tarkoituksena. Se, kuinka todennäköisenä tekijä on seurausta pitänyt, on hänen mukaansa yhdentekevää. Jos kuitenkin ”seurauksen syntyminen on tekijälle esiintynyt siinä määrin epätodennäköisenä, ettei hänen teossaan enää ilmene aiheuttamistahtoa, vaan hän tekee sen esim. vain jostakin syystä tekoa demonstroidakseen”, tahallisuutta ei ole.⁶² Seurauksen syyksilukeminen tuottamuksellisenä on sitä vastoin tällaisissakin tapauksissa mahdollista.

Toisessa tahallisuuden ”riidattomassa muodossa”, dolus directuksessa, ovat kyseessä tekijän tavoittelemaan päämäärään, luvalliseen tai luvattomaan, välttämättä liittyvät seuraukset.⁶³

Ongelman muodostaa tahallisuuden alimman asteen määrittely. Honkasalo tarkastelee asiaa vertailemalla mieltämis- ja tahtomisteorioita. Mieltämisteorias-
sa on kyse seurauksen mieltämisestä jollakin todennäköisyydellä. Sitä todennäköisyyden astetta, jota tahallisuus edellyttää, ei Honkasalon mukaan ole kyetty määrittelemään, vaan se on teorian mukaan lainkäyttäjän arvioitava. Hän pitää tällaista ”puhtaasti reseptatiiviseen momenttiin” perustuvaa tahallisuuden alimman asteen määrittämistapaa epäonnistuneena: ”Syyllisyys merkitsee moitittavuutta; tahallisuuden suurempi rangaistavuus tuottamukseen nähden perustuu sen suurempaan moitittavuuteen. Henkilöön ei kuitenkaan voida kohdistaa suurempaa moitetta pelkästään sillä perusteella että hän selvemmin kuin toinen henkilö, esim. hänen rikoskumppaninsa, on mieltänyt aiheuttamansa seurauksen [...] Yhteiskunnanvastaisuus ei esiinny mieltämisenä, vaan sosiaalisesti vahingollisena tahtomisena, toivomisena tai hyväksymisenä.”⁶⁴

Teoria ei myöskään ole onnistunut määrittämään vaadittavaa todennäköisyyden rajaa. Se johtaa eräissä tapauksissa myös tuloksiin, jotka ”eivät ole sopu-
soinnussa elävässä elämässä vallitsevan käsityksen kanssa”. Sellaisiin tapauksiin

⁶⁰ Ks. *Granfelt* 1921 s. 146 ja *Kaila* 1921 s. 29.

⁶¹ *Kaila* 1921 s. 31–32 ja *Renwall* 1927 s. 360. Ks. myös *Leopold* 1923 s. 241–242 ja vielä *Hiltunen* 1951 s. 193–195.

⁶² *Honkasalo* 1967 s. 81.

⁶³ *Honkasalo* 1967 s. 82–84.

⁶⁴ *Honkasalo* 1967 s. 85.

kuuluvat mm. lääkäriesimerkki ja petoesimerkki. ”Luonnollinen käsitys”, sanoo Honkasalo, ”ei voi pitää tahallisenä surmaamisena tekoa, joka on suoritettu surmansa saaneen hengen pelastamiseksi”.⁶⁵

Myös hypoteettinen tahtoteoria sai Honkasalolta kriittisen vastaanoton. Tahallisuutta ei voida arvioida sen mukaan, miten tekijä olisi suhtautunut jossain muussa tilanteessa kuin tekotilanteessa. Myös hypoteettinen tahtoteoria johtaa eräissä tilanteissa virheellisiin lopputuloksiin. Honkasalo esittää esimerkin kerjäläisjoukosta, joka silpoo lapsia tehdäkseen nämä kerjäämistä silmällä pitäen mahdollisimman sääliittäviksi. Lapsia on jo kuollut näin meneteltäessä. Hypoteettinen tahtoteoria johtaisi surmaamistahallisuuden näkökulmasta vastuuvapauteen, koska on ilmeistä, että varmuus seurauksen syntymisestä olisi pidättänyt teosta, koska muuten ansaitseminen ei olisi ollut mahdollista. Teoriassa joudataan kiinnittämään liikaa huomiota tekijän persoonallisuuteen ja hänen menneisyyteensä; mikään tilanne ei ole täysin aikaisempien kaltainen, minkä lisäksi tekijän ”sosiaaliseettinen laatu” vaihtelee. Varsin vaikeaa on useinkin sanoa, olisiko varmuus seurauksen syntymisestä pidättänyt tekoon ryhtymisestä.⁶⁶

Paras ohje rajanvetoon saadaan positiivisen eli todellisen tahtoteorian omaksumasta Frankin II kaavasta. Teko on tahallinen, jos tekijä siihen ryhtyessään on ajatellut: ”Olkoonpa, että tekoni johtaa mieltämäni oikeudenloukkaukseen, ryhdyin siihen kuitenkin.” Tekijän tahto voi suhtautua seuraukseen hyväksyvästi, välinpitämättömästi tai torjuvasti. Kaksi ensimmäistä kuuluu tahallisuuteen, viimeksi mainittu culpa luxuriaan. Honkasalo luonnehtii teorian mukaista tahallisuutta myös seuraavasti: ”Tekijän ottaessa lukuun, että teosta voi aiheutua mielletty oikeudenloukkaus, hän ryhtyessään siihen antaa hyväksymisensä mainitulle mahdollisuudelle.”⁶⁷ Tahallisuusratkaisu edellyttää edelleen sen seikan toteamista, ”onko [...] tekijän suoranainen tavoite oikeudenvastaisen seurauksen kerälläkin ollut tekijälle mieluisampi kuin siitä luopuminen”⁶⁸.

Sitaatissa esiintyvät luonnehdinnat lienee tarkoitettu ilmentämään positiivisen tahtoteorian yleisempiä peruskäsitteitä hyväksymistä ja välinpitämättömyyttä. Lisävalaistusta tahallisuuden sisältöön saadaan e contrario Honkasalon torjuvan suhtautumisen luonnehdinnoista: torjuvan suhtautumisen tilanteessa, ”jossa tekijä on ryhtynyt tekoonsa luottaen tai uskoen siihen, ettei seurausta siitä synny, yhteiskunnan moite kohtaa häntä lievemmin. Tällainen usko ja luottamus tekijällä saattaa olla silloinkin, kun oikeudenloukkauksen mahdollisuus näyttää hänes-

⁶⁵ Honkasalo 1967 s. 86–87. Kiinnostavan vertailuesimerkin voivat muodostaa mm. panttivangin vapauttamistilanteet.

⁶⁶ Ks. Honkasalo 1967 s. 91–93.

⁶⁷ Honkasalo 1967 s. 89. Ks. myös Frank 1931 s. 190.

⁶⁸ Honkasalo 1967 s. 90 ja von Hippel 1908 s. 506. Ks. myös Ståhlberg 1964 s. 234–237. Niin ikään Ellilä 1974 s. 72–76 on positiivisen tahtoteorian kannalla ja katsoo sen edustavan oikeudessamme vallitsevaa kantaa.

tä varsin suurelta, sillä tekijä voi jollakin perusteella, esim. taitavuutensa tai joittenkin ulkonaisten olosuhteitten ansiosta luulla välttävänsä seurauksen”⁶⁹. Myös kerjäläisesimerkissä päätyminen tuottamukseen on oikeaan osunut, jos ”lapsen silpojat jostakin syystä, esim. parantuneen hygieenisen menettelynsä ansiosta uskoivat voivansa välttää seurauksen”⁷⁰.

Toisin kuin esimerkiksi Serlachius, Honkasalo suhtautui optimistisesti tahallisuuden näytettävyyteen. Hänen mukaansa tapaukset, joissa tahallisuuden selvittäminen osoittautuu vaikeaksi, eivät käytännössä ole yleisiä.⁷¹ Honkasalo antaa hypoteettiselle tahtoteorialle merkitystä todistuskeinona. Myös mielletyllä todennäköisyydellä voi in casu olla suurikin merkitys tahallisuusarviossa. Keskeiseen periaatteelliseenkin asemaan intellektuaalinen momentti nousee muiden teko-olosuhteiden kuin seurausten yhteydessä. Tekijä voi hyväksyä seikkoja vain siltä osin kuin ne ovat kausaalisessa suhteessa hänen tekoonsa, kun vain sellaiset seikat voivat olla hänen tahdostaan riippuvaisia. Tahallisuus suhteessa muihin teko-olosuhteisiin – esimerkiksi seksipartnerin ikään – riippuu yksinomaan siitä seikasta, ”pitääkö tekijä niiden olemassaoloa todennäköisenä vai ei”.⁷²

Honkasalon mukaan tahallisuus edellyttää tietoisuutta teon oikeudenvastaisuudesta. Tässä suhteessa riittävää on kuitenkin tietoisuus siitä, että teko on vahingollinen tai vaarallinen jonkun toisen tai yhteiskunnan eduille. Tätä voidaan kutsua tietoisuudeksi teon yhteiskunnanvastaisuudesta. Tahallisuuteen ei kuulu tieto teon rangaistavuudesta.⁷³

Jos tekijältä puuttuu tieto tunnusmerkistöön kuuluvasta tosiasiasta, hänellä ei ole tahallisuutta. Putatiivihätävarjelu poistaa tahallisuuden. Vaikeuksia tuottaa Honkasalon mukaan niiden tapausten arvosteleminen, joissa tilanne, jonka tekijä käsittää olevan esillä, ei oikeuttaisi tekoon, mutta tekijä luulee sen oikeuttavan. Esimerkkinä Honkasalo esittää tilanteen, jossa tekijä luulee olevansa oikeutettu iskemään toista jo ennen hätävarjelutilanteen alkamista ja vielä sen lakattua.

⁶⁹ Honkasalo 1967 s. 88–89.

⁷⁰ Honkasalo 1967 s. 92. Honkasalo 1967 s. 90–91 av. 13 piti vuoden 1875 rikoslakiehdotuksen dolus eventualiksen määritelmää ”erittäin mielenkiintoisena” suhteuttamatta kuitenkaan kantaansa siihen lähemmin.

⁷¹ Honkasalo 1967 s. 94. Vrt. Honkasalo – Ellilä 1966 s. 71.

⁷² Honkasalo 1967 s. 86–87 ja 90–94. Alaikäiseen sekaantumista erityisessä osassa tarkastellessaan Honkasalo 1960 s. 153 sitä vastoin operoi positiivisella tahtoteorialla käsitellessään tahallisuutta suhteessa partnerin ikään. Myös Salmiala 1941 hyödyntää kysymyksessä dolus eventualista. Hän ei näytä juuri tekevän eroa hypoteettisen ja positiivisen tahtoteorian välillä. Salovaaran 1948 s. 213 dolus eventualis -käsitys on samantapainen kuin Honkasalon, joskin Salovaara operoi toivolla -p tahdosta riippuvaisia seikkoja koskevassa tiedostetussa tuottamuksessa. Ståhlberg 1964 s. 242 hyödyntää positiivista tahtoteoriaa myös olosuhteisiin nähden. Ellilä 1974 s. 75–76 av. 6 soveltaa, tarkastellessaan lapsen kohdistuvaa haureutta koskenutta ratkaisua NJA 1941 s. 466, tekijän tahdosta riippumattomien seikkojen olemassaoloon todennäköisyyskriteeriä.

⁷³ Honkasalo 1967 s. 106–111 ja 117–118.

Tapauksissa tekijä siis laajentaa oikeudenmukaisen hätävarjelun alaa. Honkasalon mukaan tällaiset erehdykset eivät vaikuta tahallisuuteen. Tämä voisi tuntua yllättävältä siihen nähden, että Honkasalon mukaan tahallisuuden kohteisiin kuuluu teon oikeudenvastaisuus, mutta otettaessa huomioon Honkasalon oikeudenvastaisuustietoisuudelle antama sisältö kanta on ymmärrettävä.⁷⁴

Päihtymyksen aiheuttamalle tunnusmerkistöseikkoja tai oikeudenvastaisuutta koskevalle erehdykselle Honkasalo ei ollut valmis antamaan normaalia tahallisuutta poistavaa merkitystä. Olisi vaikea ajatella, että lainsäätäjä, joka ei anna päihtymyksestä johtuvalle käsityskyvyn alenemiselle samaa merkitystä syynäkeisuusarvioinnissa kuin muulle käsityskyvyn alenemiselle, kuitenkin myöntäisi erehdykselle, joka on alenneen käsityskyvyn seuraus, sen tavallisen rikosoikeudellisen merkityksen. Kysymystä on lähestyttävä hypoteesin avulla kysymällä olisiko tekijä erehtynyt myös selvänä; jos olisi, erehdyksellä on normaalivaikutukset.⁷⁵

⁷⁴ *Honkasalo 1967* s. 114–120. – Vikatmaan mukaan Serlachiuksen väitöskirjan jälkeen kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ei ollut perusteellisesti tarkasteltu erehdykseen liittyviä ongelmia. Tuskin voitiin puhua suomalaisesta erehdysopista rikosoikeuden kirjallisuuden valossa. Perusteellisimmin asiaa oli (Serlachiuksen lisäksi) käsitellyt Honkasalo. Ks. *Vikatmaa 1970* s. 184–195.

⁷⁵ Ks. *Honkasalo 1967* s. 46.

4 Rikosoikeuskomitea

Vuonna 1972 asetettiin rikosoikeuskomitea, jonka tehtävänä oli valmistella rikoslainsäädännön kokonaisvaltainen perusuudistus. Komitea jätti mietintönsä joulukuussa 1976. Rikosoikeuskomitean mietintö ei sisällä suoranaisia pykäläehdotuksia perusteluineen vaan on pikemminkin periaateluontoinen. Mietinnön yleisiä oppeja koskeva VI luku on jossain määrin pinnallinen ja ylimalkainen. Rikosoikeuskomitea palasi mielipiteissään 101 vuotta vanhan edeltäjänsä, vuoden 1875 Ehrströmin komitean mietinnön linjoille katsoessaan, että rikoslakiin tulisi sijoittaa riittävän täsmällisesti yleisiä oppeja koskevat säännökset. Perusteena tähän ei kuitenkaan enää ollut niinkään tuomioistuinten ohjaaminen, vaan oikeusvarmuuden, ennustettavuuden ja lakitiedottamisen intressit sekä legaliteettiperiaate: ”Rikoslain yleiset säännökset vaikuttavat ratkaisevasti rangaistavan käyttäytymisen alaan. Tästä seuraa, että samat näkökohdat jotka voidaan esittää mahdollisimman yksityiskohtaisten tunnusmerkistöjen ja ylipäänsä tuomioistuinten mahdollisimman sitovasti ohjaavan sääntelyn puolesta, puoltavat periaatteessa myös yleisen osan normien mahdollisimman täydellistä ja täsmällistä kirjoittamista lakiin. Yleisten periaatteiden ottaminen lakiin on eduskunnan ja tuomioistuinten päätösvaltaa sekä ennustettavuutta ja oikeusturvaa koskeva kysymys.”⁷⁶

Myös tahallisuuden kannalta rikosoikeuskomitean mietintö oli hyvin merkittävä. Komitea ehdotti tahallisuuden (ja tuottamuksen) määrittelyä laissa ja siten tahallisuuden sisältönormin oikeuslähdeopillisen statuksen olennaista korottamista. Myös tahallisuuden sisällön osalta komitea ehdotti muutosta. Se ehdotti ns. oletetusta tahallisuudesta luopumista ja todennäköisyystahallisuuden käyttöönottoa tahallisuuden alimmaksi asteeksi.⁷⁷

Komitean (s. 110) mukaan Suomessa on tahalliseksi rikokseksi yleensä luonnehdittu menettelyä

- jossa seuraus aiheutetaan tarkoituksellisesti, tietien tahtoen
- jossa tekijä on ymmärtänyt seurauksen tavoittelemansa päämäärän välttämättömäksi lisäseuraukseksi taikka edellytykseksi
- jossa tekijä on käsittänyt seurauksen vain menettelynsä mahdolliseksi seuraukseksi, mutta ajatellut suorittavansa sen siinäkin tapauksessa, että seuraus liittyisi siihen (ns. oletettu tahallisuus).

⁷⁶ KM 1976:72 s. 95–96 ja 179–180.

⁷⁷ Liikenne rikoksia koskevassa jaksossa komitea puhuu kuitenkin siitä, että oletetun tahallisuuden käyttöä rikoslainsäädännössä ”olisi vähennettävä”. Ks. KM 1976:72 s. 110–111 ja 298.

Syynä oletetusta tahallisuudesta luopumiseen olisi se, että ”näistä moitittavuuden muodoista viimeksi mainitun soveltaminen edellyttää niin runsaasti päättelemistä ja olettamista siitä, mitä tekijä ajatteli tekohtekellä, että sen käyttäminen tahallisuuden määrittämistapana saattaa vaarantaa oikeusvarmuuden. Voidaan myös pitää arveluttavana sitä, että joku voitaisiin tuomioistuimen päätöksellä leimata sellaisen seurauksen tahalliseksi aiheuttajaksi, jota hän ei tavoitellut ja jonka toteutumisesta hän piti erittäin epätodennäköisenä, melkein mahdottomana”⁷⁸. Komitea esittikin, että tahallisuuden piiriin sisällytettäisiin tarkoituksellisesti aiheutettujen seurausten lisäksi ”vain ne seuraukset, joiden syntymistä tekijä piti käyttäytymisensä varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena”⁷⁹.

Mietinnössä ei nimenomaisesti selvitetä, mitä todennäköisyyden määre ”varsin” tarkoittaa tai millä tavalla ”varsin todennäköinen” mahdollisesti eroaa yksinkertaisesta todennäköisyydestä (överbägnande sannolikheter). Tiettyä johtoa kysymykseen voi saada välillisesti komitean tahallisuuslausumista. Edellä siteeratusta oletetun tahallisuuden kritiikistä voidaan e contrario päätellä, että ”varsin todennäköinen” ei johda ”erittäin epätodennäköisinä, melkein mahdottomina” pidettyjen seurausten syyksilukemiseen tahallisina. Samansuuntainen johtopäätös voidaan tehdä seuraavasta asiasta koskevasta mietinnön yhteenvedon kohdasta: ”Tahallisuuden ja tuottamuksen välinen raja olisi tarkistettava siten, ettei seurausta, jonka syntymistä tekijä piti ilmeisen epätodennäköisenä, saisi katsoa hänen tahallisesti aiheuttamukseen, ellei hän tavoitellut seurausta.”⁸⁰

Kysymykseen palataan vielä liikenne rikoksia koskevan esityksen yhteydessä. Siellä todetaan, että tahallisena pidettäisiin pääsääntöisesti tapauksia, joissa tekijä on suorittanut teon tietoisena niistä seikoista, joista rangaistavuus riippuu, tai ”pitäen näiden seikkojen käsilläoloa tai syntymistä todennäköisenä”⁸¹. Tässä kohtaa puhutaan siis todennäköisyydestä käyttämättä mitään kvalifikaatioita.

Komitea ymmärsi tosiasiaerehdyksen tahallisuuden käänköpuoleksi siten, että jos tahallisuus määritellään laissa, mikä komitean mielestä tulisi tehdä, erillistä säännöstä tosiasiaerehdyksestä ei tarvittaisi. Anteeksiannettavalla oikeuserehdyksellä pitäisi komitean mielestä olla syyllisyyttä poistava merkitys suhteellisen ahtaissa rajoissa. Tuomioistuimella tulisi olla oikeus alentaa rangaistusta tai jättää tekijä rangaistukseen tuomitsematta, jos tekijä lainsäädännön puuttuvan tuntemisen, uutuuden, vaikeaselkoisuuden tai muun näihin verrattavan syyn joh-

⁷⁸ KM 1976:72 s. 110.

⁷⁹ KM 1976:72 s. 110–111.

⁸⁰ KM 1976:72 s. 172–173. Vastaavasti mietinnön ruotsinkielisessä tiivistelmässä todetaan s. 180: ”Gränsen mellan uppsåt och vållande borde justeras sålunda, att en effekt vars inträdande gärningsmannen ansåg vara uppenbart osannolik inte skulle kunna tillräknas honom som uppsåtlig, för såvitt han inte avsåg att framkalla ifrågavarande effekt.”

⁸¹ KM 1976:72 s. 298.

dosta ”perustellusti luuli tekoaan sallituksi”⁸². Kun oikeuserehdys koskee jotakin rangaistussäännöstä täydentävää oikeussääntöä, esimerkiksi varkaussäännöstä sovellettaessa omistusoikeuden siirtymistä koskevia sääntöjä, tulisi komitean mielestä soveltaa tosiasiaerehdystä koskevia periaatteita. Rikoslakiin tulisi ottaa säännös oikeuserehdyksen merkityksestä. Komitean mielestä humalassa tapahtuneeseen ilmiselvään tosiasiaerehdykseen tulee suhtautua kuten tosiasiaerehdyksiin yleensä.⁸³

Rikosoikeuskomitealle tahallisuus oli syyllisyyskysymys. Jotta moitteen esittäminen olisi mielekästä, on tekijän oltava syyllinen ao. menettelyyn. Syyllisyysvaatimusta käyttämällä rajataan vastuun ulkopuolelle sellaiset teot, jotka eivät ansaitse moitetta. Tämä toteutetaan yhtäältä syyntakeisuutta ja toisaalta syyksiluettavuutta koskevan vaatimuksen kautta. Syyksiluettavuuden muodoista tahallisuus osoittaa ”moitittavampaa mielenlaatua” kuin tuottamus.⁸⁴

Mietinnöstä pyydettiin lausuntoa 135 viranomaiselta ja järjestöltä, ja niitä saatiin yli 100. Yleisten oppien käsittelyn pinnallisuus oli omiaan vaikuttamaan palautteen luonteeseen. Tahallisuuskaavailut saivat osakseen myönteistä palautetta, mutta myös dolus eventualiksen säilyttämistä puollettiin.⁸⁵ Koskinen totesi Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitoksen puolesta laatimassaan lausunnossa rajanvetokysymyksestä seuraavaa:

Komitean oma ehdotus tahallisuuden ja tuottamuksen rajausperusteeksi poikkeaa joka tapauksessa nykyisestä ottaessaan lähtökohdaksi sen todennäköisyyden, jolla tekijä on seurauksen mieltänyt. Tämä onkin eräs huomionarvoinen mahdollisuus. Valitettavasti vain ajatusta ei ole kehitelty kovinkaan pitkälle. Koko esitys rakentuu ensinnäkin pelkästään seurausrikosten ongelmille. Lisäksi todennäköisyyskriteerin sisältö jää esityksen ristiriitaisuuden vuoksi hämäräksi: yhtäällä tahallisuuden piiriin halutaan lukea vain ne seuraukset, joiden syntymistä tekijä piti käyttäytymisensä varmana tai *varsin todennäköisenä* seurauksena (s. 111), toisaalta taas tahallisuuden ulkopuolelle ilmoitetaan jäävän seurausten, joiden syntymistä tekijä piti *ilmeisen epätodennäköisenä* (s. 173). Entä näiden tapausten välimaasto? Sinne kai varsinaiset ongelmat juuri sijoittuvat.⁸⁶

⁸² KM 1976:72 s. 108.

⁸³ Ks. KM 1976:72 s. 107–109, 115 ja 172. Komitean erehdyskäsitys näyttää siis perustuvan jaottelulle tosiasia- ja oikeuserehdykseen ja jälkimmäisen jaotteluun tosiasiaerehdykseen rinnastettavaan (epävarsinaiseen) oikeuserehdykseen ja ankarammin arvioitavaan (varsinaiseen) oikeuserehdykseen.

⁸⁴ KM 1976:72 s. 109–110.

⁸⁵ Ks. lähemmin OLV 18/1978 s. 129–153. – Käydystä yleisiä oppeja koskeneesta keskustelusta ks. myös Majanen – Palmén 1977, jossa käsitellään eräitä mietinnön VI luvun keskeisiä puutteita ja ristiriitaisuuksia sekä komitean tahallisuusesitystä arvioinut Koskinen 1977. Törnudd 1977 vastasi arvioihin hiukan ärhäkästi ja totesi s. 162 mm., että komitea pohti kokouksissaan melko perusteellisesti syyksiluettavuuden rajaamisongelmia. Ks. myös Koskinen 1978 s. 14–19.

⁸⁶ Koskinen 1978 s. 17. Korostukset, lausunnossa alleviivauksina, Koskinen. Ks. myös laajempaa tarkastelua Koskinen 1977.

Tämä oli sangen osuvasti sanottu. Seuraavissa jaksoissa tarkastellaan sitä, miten oikeustila kehittyi ja miltä tilanne näyttää lainsäädäntötyön tältä osin päätyttyä neljännesvuosisata myöhemmin.

5 Tahallisuutta koskevaa korkeimman oikeuden käytäntöä

5.1 JOHDANTO

Tahallisuutta koskevaa korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä voidaan analysoida monin tavoin. Tarkasteltavien tapausten joukko on rajattava ja tapausmateriaalia on jotenkin jaoteltava. Mitkä kaikki siis ovat relevantteja tahallisuustapauksia? Kaikissa tapauksissa, jossa KKO on päättänyt syyksilukemaan tahallisuutta edellyttävän rikoksen, on tahallisuutta jouduttu arvioimaan. Tiedossa toisaalta on, että tahallisuuskysymykset ovat eräissä ennakkoratkaisuissa olleet nimenomaisemmin esillä kuin toisissa. Rajallisempaan otokseen päädyttäinkin hyödyntämällä jotain sopivaa tunnistamisnormia. Otsikoihin liittyvät asiasanat muodostavat luontevan lähtökohdan. ”Tahallisuus” on asiasanana 21 ennakkoratkaisussa. Ne ovat: 1984 II 129 (veropetos), 1984 II 130 (veropetos), 1987:132 (epäsiveellisen julkaisun levittäminen), 1988:21 (tapon yritys), 1988:73 (murha), 1989:125 (optikon toimen harjoittamisesta annetun lain säännösten rikkominen), 1990:97 (luvaton valtakunnanrajan ylittäminen), 1991:171 (tapon yritys), 1992:28 (tappo), 1992:92 (tappo), 1993:5 (tapon yritys), 1995:64 (velallisen petos), 1997:108 (tapon yritys), 1998:1 (tapon yritys), 1998:2 (tappo), 1999:20 (tapon yritys), 2001:13 (törkeä huumausainerikos), 2001:117 (törkeä huumausainerikos), 2003:42 (liikennetrikkomus), 2003:53 (murhan yritys) ja 2003:115 (tapon yritys). Uuden lain ajalta joukkoon liittyy vielä KKO 2004:120 (tappo).⁸⁷

Voidaan myös ottaa huomioon se, mitä eri oikeuslähteissä muuten on pidetty merkittävänä tahallisuusratkaisuina. Lakien esitöissä on toisinaan viittauksia merkittäviin oikeustapauksiin. HE 44/2002:n tahallisuutta koskevassa esityksessä on oikeuskäytäntöä koskeva jakso. Oikeuskäytännössä voi olla viittauksia tärkeisiin ratkaisuihin. Eräs merkittävä tällainen on KKO:n ratkaisunsa 1993:92 perusteluissa muotoilema normipremissi. Oikeustieteellisissä esityksissä on merkittävänä tahallisuusratkaisuina pidetty monia muitakin kuin niitä, joista tahallisuus löytyy asiasanana. Yksi esimerkki on mainittu KKO 1993:92.

Seuraavassa on tarkasteltu lähinnä korkeimman oikeuden tahallisuusratkaisuksi asiasanoillaan nimeämiä ratkaisuja sekä ratkaisuja, joissa tahallisuusproblematiikka näyttäisi olleen keskeisellä sijalla.

⁸⁷ Ratkaisua KKO 2004:120 käsitellään jaksossa III.7. – KKO 1990:97 koskee lähinnä tahallisuuden vaatimusnormia.

Esityksen jaottelussa voitaisiin noudattaa erilaisia periaatteita. Tämä on tietenkin yhteydessä esityksen luonteeseen ja tavoitteisiin samoin kuin siihen, että esitykseni rajoittuu lähinnä KKO:n ennakkoratkaisuihin. Ratkaisuja voitaisiin tarkastella yksinkertaisesti kronologisessa järjestyksessä. Tahallisuutta koskevia ennakkoratkaisuja on kuitenkin siinä määrin runsaasti – toisin kuin esimerkiksi Norjan oikeuskäytännössä – että puhtaasti kronologinen lähestymistapa olisi hyvin raskassoutuinen. Toinen vaihtoehto olisi edetä rikostunnusmerkistöittäin tai -tyypeittäin. Ratkaisuja on kuitenkin toisaalta sen verran vähän, että eri rikostyypeistä lähinnä vain henkirikokset ovat laajemmin edustettuina; noin puolet tahallisuusprejudikaateista koskee niitä. Mahdollista olisi myös jaotella ratkaisuja niissä hyödynnetyn teoreettisen mallin (mieltämisteoria, tahtoteoria) tai muun perusteluihin liittyvän kriteerin avulla (esim. pakottavalla päättelyllä operoiminen tms). Voitaisiin myös hyödyntää joitakin tarkoituksenmukaisia oikeustieteellisiä jaotteluperusteita, kuten jaottelua seurauksiin ja muuntyyppisiin tunnusmerkkeihin taikka jaottelua deskriptiivisiin ja normatiivisiin tunnusmerkkeihin.

Uuden lain tahallisuuteen liittyvät, oikeustieteellisiä jaotteluperusteita seuraavat pykälät muodostavat luontevan lähtökohdan. Niissä keskeistä on suhtautumisen kohde: tahallisuuden tulee kohdistua tunnusmerkistön toteuttaviin seikkoihin, jotka laki jaottelee ”tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin” (RL 3:6) ja (muihin) ”seikkoihin, joiden käsilläoloa tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää” (RL 4:1). Tahallisuuden ei tarvitse kohdistua teon kiellettyisyyteen (RL 4:2). Oman tilanteensa muodostavat vastuusta vapauttavaa (tosiasiallista) seikkaa koskevat virhearvioinnit (RL 4:3). Kieltoerehdyksen ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen tapaukset tulee voida erottaa tahallisuuskysymyksistä.

Seuraava jakso koskee tahallisuutta henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa. Ne muodostavat suurimman ennakkoratkaisujoukon. Surmaamistahallisuudella on lisäksi tärkeä rooli tahallisuuden yleisen sisällön rakentamisessa ja kyse on yksinkertaisista seurauksista. Sen jälkeen käsitellään tahallisuutta muiden seurausten yhteydessä. Kolmantena ovat yksinkertaiset olosuhteet tahallisuuden kohteena. Neljännessä jaksossa esillä ovat ratkaisut, joissa operoidaan myös tekijän normatiivisilla käsityksillä, jolloin saatetaan liikkua osin tahallisuuden, osin kieltoerehdyksen alueella. Oman ryhmänsä muodostavat vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevat erehdystilanteet, mutta aiheita koskevat tai sivuavat tapaukset tulevat esiin jo muissa jaksoissa. Viimeisenä tarkastellaan eräitä muita tapauksia. Ensimmäisen ryhmän näistä muodostavat kunnianloukkausta koskevat tapaukset. Lopuksi arvioidaan eräitä tapauksia, joissa on ollut kyse toisen henkilön tekoa koskevasta tahallisuudesta.

Jaottelu ja sen soveltaminen ei ole ongelmatonta. Tietyissä ratkaisussa voi olla esillä useamman tyyppisiä tahallisuuskysymyksiä. Mutta itse jaottelukaan ei ole yksiselitteinen. Käsitykset teon seurauksista pohjautuvat osin arvioihin käsillä-

olevista olosuhteista (A luulee pistoolia panostamattomaksi, tähtää leikillään B:tä ja vetää liipaisimesta; C ampuu kohti D:tä luullen tätä hirveksi). Seurauksen ja olosuhteen periaatteellinenkin erottelu voi tuottaa vaikeuksia. Tahallisuuteen vaikuttavia oikeudellisia käsitteitä on vaikea erottaa siihen vaikuttamattomista.

5.2 SURMAAMISTAHALLISUUS

5.2.1 Oikeuskäytäntö 1970- ja 1980-luvulla

A oli tapauksessa *KKO 1978 II 24* lyönyt B:tä pitkäteräisellä veitsellä kerran rintaan ja kerran vasemman kylkikaaren alle seurauksin, että B oli sanottujen pistohaavojen johdosta, joista toinen oli lävistänyt sydämen ja toinen ulottunut munuaisiin, kuollut. Kun A:n oli pitänyt ymmärtää, että sanotut voimakkaat veitsenpistot saattoivat todennäköisesti aiheuttaa B:n kuoleman, KKO luki surmaamisen hänen syykseen tahallisenä tappona.⁸⁸

Teko tapahtui uudenvuoden päivänä 1977 kello n. 21.30. A ja hänen veljensä olivat olleet ryypiskelemässä tuntemiensa B:n ja tämän entisen vaimon luona. Uhri oli illan päättyessä pyytänyt veljeksiä poistumaan. Kun nämä eivät olleet totelleet, hän oli toistanut poistumiskehotusta voimistuvien äänenpainoin. B oli poistaessaan veljeksiä tönäissyt tai lyönyt A:ta suupieleen. A puukotti B:tä yllä todetuilla tavoin. B lyyhistyi lähes välittömästi lattialle, ja toisesta huoneesta tullut selvin päin ollut tytär soitti paikalle poliisin ja ambulanssin. Ambulanssi sai hälytyksen kello 21.34 ja saapui paikalle kello 21.40, jolloin B todettiin kuolleeksi. A oli lyöntien jälkeen istunut sohvalle. Kello 00.55 A:n verenalkoholipitoisuudeksi todettiin 2,81 promillea (ainakaan kello 21.40 tapahtuneen kiinniottonsa jälkeen A:lla tuskin oli ollut tilaisuutta nauttia alkoholia). Hän oli viimeiset 5 vuotta käyttänyt runsaasti alkoholia. Tekoväline oli sahanteräinen leipäveitsi, jonka kokonaispituus oli 29 cm ja terän pituus 17,8 cm ja terän suurin leveys 3 cm.

Raastuvanoikeus totesi 2,5-sivuisten perustelujensa toiseksi viimeisenä kapaleena, että "[e]dellä kerrotulla perusteella raastuvanoikeus, huomioon ottaen vielä B:n ja A:n alkoholin vaikutuksen alaisuuden, katsoo jääneen näyttämättä, että A:n tarkoituksena olisi ollut tahallansa surmata B". A tuomittiin täyttä ymmärrystä vailla yksin teoin tehdyistä törkeästä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta. Hovioikeuskaan ei katsonut, että kyseessä oli tappo. Muutoksenhaussa KKO:lle asianomistajat katsoivat A:n syyllistyneen tappoon, "sillä hänhän iski vainajaa jopa kaksikin kertaa sellaisella aseella, josta ei muuta seuraamusta voinut syntyä kuin kuolema". Vastineessa vastaajan puolesta taas kat-

⁸⁸ KKO:n perustelujen ja otsikko-osan sanamuodoissa saattaa olla eroja; perusteluissa sanotaan, että A:n on pitänyt ymmärtää B:n kuoleman "todennäköisesti voivan" seurata pistoista, otsikko-osa käyttää ilmaisua "saattoivat todennäköisesti". Asiallista eroa ei välttämättä ole.

sottiin, että A käytti veistä puolustaakseen itseään tukalassa tilanteessa ja että ”[o]n aivan katteetonta väittää, että minä olisin edes mieltänyt, saatikka sitten tarkoittanut [...] kuolemaa”. KKO tuomitsi A:n selostetuin tavoin (täyttä ymmärrystä vailla) taposta (6v 6kk).

Samana vuonna annettiin ratkaisu *KKO 1978 II 111*. Siinä 25-vuotias A tuli puolen yön jälkeen kotiinsa Ypäjällä. Kävi ilmi, että B oli tullut vieraisille. B oli jo asettautunut yöpuulle. A löi voimakkaasti leipäveitsellä (terän pituus 15 cm ja leveys keskikohdalta n. 2,4 cm) kerran kylkeen B:tä, joka oli ollut kohottautumassa vuoteelta. A soitti itse poliisille. Myös ambulanssi soitettiin. A ei osannut sanoa toelle mitään syytä; kenties hänellä oli B:tä kohtaan alitajuisesti kaunaa (B olisi vuosia aiemmin väittänyt A:n vieneen häneltä rahaa, mitä A ei ollut tehnyt). A:n veren alkoholipitoisuus oli 1,69 promillea.

Alioikeus, hylättyään A:n pyynnön mielentilatutkimuksen toimittamisesta, ”katsoi” ”jääneen näyttämättä, että A olisi tahallaan surmannut B:n” (5 v). Valituksessaan HO:lle syyttäjä katsoi, että A:lla oli lyödessään täytynyt olla varmuus siitä, että seurauksena voi olla vain kuolema. Hän lisäsi, että sanottuun paikkaan sanotulla aseella lyömistä koko terän mitalta niin, että uhri säilyisi hengissä, pystyisi tuskin lääkärikään suorittamaan. Oli ilmeistä, että A oli suhtautunut seuraukseen hyväksyvästi sen ollessa suhteessa tekoon niin ilmeinen. A:n puolesta vastattiin mm., ettei hän ollut edes voinut mieltää tekoaan saatikka sen seuraamuksia, koska ei edes tajunnut tekoaan ennen kuin vasta sen jälkeen, kun oli sen tehnyt. HO tuomitsi A:n taposta, perustein, että ”A:n on näytetty kihlakunnan oikeuden päätöksessä kerrotulla menettelyllään tahallaan surmanneen B:n” (9 v). KKO toimitutti mielentilatutkimuksen, ja A:n katsottiin olleen täyttä ymmärrystä vailla. Syyksilukemiseen se otti, tuomitessaan B:n teosta 7 vuodeksi vankeuteen, otsikossa kantaa seuraavalla tavalla:

A oli tahallaan lyönyt B:tä pitkäteräisellä veitsellä vasempaan kylkeen niin, että pisto oli vahingoittanut pernaa ja vasenta munuaista sekä puhkaissut vatsa-aortan seurauksin, että B oli kuollut. Kun A:n oli lyödessään B:tä sanotunlaisella veitsellä kylkeen täytynyt käsittää, että lyönnistä seuraisi varsin todennäköisesti kuolema ja siten oli katsottava A:n tahallaan surmanneen B:n, A tuomittiin taposta.

Tapauksiin liittyy yhteisiä piirteitä. Ensin kiinnitän kuitenkin huomiota pariin esille tulevaan näkökohtaan. Ensimmäinen on tarkoitustahallisuus tahallisuutena. Ei ole epätavallista, että vastaaja myöntää menetelleensä teonkuvauksen mukaisesti eli tässä lyöneensä toista veitsellä ja näin ehkä aiheuttaneensa toisen kuoleman, mutta viittaa puolustukseksaan siihen, ettei hänellä ollut tarkoitusta aiheuttaa toisen kuolemaa. Niin näissäkin jutuissa. Tämä on eräs tyypillinen puolustus sosiaalisessa tilanteessa. Myös oikeudellisessa argumentaatiossa saatetaan, huolimattomasti, puhua tarkoituksesta (tai aikomuksesta) suunnilleen ta-

hallisuuden synonyymina. Toisinaan tämä voi olla tiedostamatonta, jolloin lausuman esittäjä ei näe näissä erityistä eroa, toisinaan taas tiedostettua, sillä voi hyvinkin olla esimerkiksi vastaajan edun mukaista, että tahallisuuskeskustelua käydään tarkoittamisen ympärillä. Oikeudellisestihan väite ”en tarkoittanut aiheuttaa seurausta tehdessäni x” merkitsee vain tahallisuuden erään alueen, lähinnä tarkoitustahallisuuden, kiistämistä. Muusta tahallisuuden alueesta (muista tahallisuuden asteista) tämä ei vielä paljoa sano. Jutussa KKO 1978 II 24 alioikeus katsoi surmaamistarkoituksen jääneen mm. alkoholin vaikutuksen alaisuuteen nähden näyttämättä.⁸⁹

Toinen esiin tuotava seikka on päätösten perustellisuus. Jokaiselle perustelulle voidaan vaatia perusteluja, kenties ad infinitum. Perusteluketju täytyy saada katkaista jossain kohtaa riittävänä. Kysymys on siitä, miten tämä raja määritetään. Tahallisuuteen liittyvät erityiset näyttöongelmat tms. eivät voi oikeuttaa perustelujen jäämistä puuttumaan kokonaan (ellei lähdetä tahallisuuden periaatteellisesta näyttämättömyydestä, jolloin saattaisi olla perusteltavissa pelkästään ”katsoa” tahallisuuskysymystä jonkinlaisen kokonaisintuition avulla). Jutussa KKO 1978 II 111 alioikeus ”katsoi” tahallisuuden jääneen näyttämättä tuomiten 5 vuotta vankeutta, kun taas hovioikeus totesi, että tahallinen surmaaminen ”on näytetty”, tuomiten 9 vuotta vankeutta. KKO päätyi tapon syyksilukevaan ratkaisuun otsikkositaatista ilmenevin perustein. Perustelukulttuuri on kehittynyt parempaan suuntaan, eikä enää liene tavallista perustella henkirikostahallisuusratkaisua pelkällä ”katsomisella”.⁹⁰

Näiden huomautusten jälkeen voidaan siirtyä ratkaisujen yleisempään tarkasteluun. Tapaukset ovat tosiseikastoltaan monessa suhteessa toistensa kaltaisia. Molemmissa kyse on ollut lyömisestä (pitkäteräisellä) veitsellä toista ylävartaloon kohtalokkain seurauksin tekijän ollessa päihtyneenä ja täyttä ymmärrystä vailla. Oikeudellista yhteneväisyyttä on mm. siinä, että surmaamistahallisuuden katsottiin olleen käsillä. Tarkoitustahallisuus ei kuitenkaan ollut syyksilukemisen peruste eikä perusteluissa muutoinkaan käytetä volitiivisia kriteerejä. Sitä vastoin niissä operoidaan mieltämisellä, käyttäen hyväksi ns. pakottavaa päätteilyä.

Mitä ratkaisuista saadaan tai on saatu päätellä? Relevanttia on esimerkiksi yhtäältä se, että positiivista tahtoteoriaa pidettiin noihin aikoihin ”vallitsevana” rajanvetomallina. Toisaalta rikosoikeuskomitean periaatemietinnössä oli äskettäin suhtauduttu myönteisesti toisenlaiseen rajanvetomalliin, todennäköisyydestä-

⁸⁹ Lähikäsite aikomus on sikäli surmaamistahallisuuden yhteydessä erityisen kiinnostava, että vuoden 1969 RL 21 luvun uudistukseen asti tappo- ja murhapykälä puhuivat surmaamisen ”aikomuksesta”. Ei olekaan yllättävää, että aikomus on ollut esillä tahallisuuskeskustelussa. Mutta oikea keskustelun kohde on tahallisuus.

⁹⁰ Alioikeuksien tahallisuusperusteluista Ruotsissa ks. Cavallinin laajaa tutkimusta, *Cavallin 1999* s. 603–763.

hallisuuteen. Entä onko sillä merkitystä, että ratkaisua KKO 1978 II 24 oli antamassa rikosoikeuskomiteaan kuulunut oikeusneuvos Heinonen?

On voitu pohtia esimerkiksi sitä, onko kyseessä yleinen linjanveto tahallisuuskysymyksissä, vai rajoittuuko ratkaisujen merkitys kenties henkirikosjuttuihin tai onko mahdollisesti kyseessä jonkinlainen humalatekoihin tai kenties täyttä ymmärrystä vailla oleviin tekijöihin sovellettava erityinen tahallisuusmalli tai perustelu? Tai onko ehkä niin, että kyseisillä ratkaisuilla oli vain näytöllistä merkitystä, eikä päätelmiä suhteessa tahallisuuden materiaaliseen sisältöön olisi syytä tehdä näiden ratkaisujen pohjalta?⁹¹

Huomio kiinnittyy erityisesti kahteen elementtiin, ensiksikin operointiin kognitiivisella kriteerillä (todennäköisyys). Toisekseen huomionarvoista on, että tapauksissa ei operoida suoraan tai puhtaasti tekijän konkreettisella mieltämisellä, vaan hyödynnetään sellaisia ilmaisuja kuin oli ”pitänyt” ymmärtää (KKO 1978 II 24) tai oli ”täytynyt” käsittää (KKO 1978 II 111), eli pakottavaa päättelyä. Sitä on käsitelty edellä.⁹²

Tarkasteltakoon siis kognitiivista kriteeriä. Edellä on jo mainittu, että tapausia on voitu lukea monella tapaa. Ratkaisut ovat ajalta, jolloin positiivinen tahtoteoria oli ”vallitseva” rajanvetomalli. Monesti esitetään, että tekijän pitäessä relevanttia seikkaa hyvin todennäköisenä, on lähellä samalla volitiivisen kriteerin edellytysten täyttyminen. Voitaasiinko ratkaisuja siis lukea ”vallitsevaa” paradigmaa vastaavina? Kenties voisi olla jopa niin, että kyse on ollut tarkoitustahallisuutta koskevista näyttöratkaisuista?⁹³

Perusteluille voidaan antaa myös itsenäisempi tulkinta. Tahallisuuden alin aste on määräytynyt käytetyllä kognitiivisella kriteerillä. Tällöin olisi tapahtunut siirtymää uusien tahallisuuskriteerien suuntaan. Siirtymä olisi sensuuntainen, josta rikosoikeuskomitea puhui vain paria vuotta aiemmin antamassaan mietinnössä. Ratkaisussa 111 on jopa hyödynnetty ilmausta ”varsin todennäköinen”, jota myös komitea käytti.⁹⁴

⁹¹ Heinonen 1986 s. 49–50 on kiinnittänyt huomiota siihen, että tuntuu tarpeettomalta odottaa, että KKO ottaisi kantaa niihin abstrakteihin teorioihin, joita tahallisuuden ja tuottamuksen välisestä rajanvedosta on esitetty. Juuri yleisten oppien alueella KKO:n ratkaisut ovat ennen kaikkea juttukohtaisia ratkaisuja. KKO:n ratkaisut dolus eventualiksesta henkirikoksissa ovat kylläkin selvittäneet tätä yleisten oppien kysymystä oikeuskäytännön tarpeita varten.

⁹² Pakottavaa päättelyä niin ikään käyttäneen KKO 1978 II 24:n ”oli pitänyt ymmärtää” oli vielä vuoden 1983 Suomen laki I -teoksessa RL 21:1:n alla harmittavasti muodossa ”oli pitänyt ymmärtää”.

⁹³ Saatetaan kysyä, ”mitä muuta” henkilö voi tarkoittaa kuin toisen kuolemaa menetellessään sellaisella tavalla kuin vuoden 1978 tapauksissa. – Englannissa on pohdittu sitä, merkitseekö hyvin todennäköiseksi mieltäminen *intentionia* vai onko sillä vain indisiomerkitystä arvioitaessa *intentionin* näytettyisyyttä.

⁹⁴ Tähän suuntaan mm. Lahti 1980 s. 10 ja 13–14, joka kiinnittää mahdollisena selityksenä huomiota siihen, että positiivisen tahtoteorian tahtomomentin kannalta merkitykselliset seikat, kuten se, onko

Ratkaisussa KKO 1978 II 24 taas käytettiin ilmaisua, jonka mukaan tekijän oli pitänyt ymmärtää kuoleman ”todennäköisesti voivan” pistoista seurata (otsikko-osassa: ”saattoivat todennäköisesti” aiheuttaa). ”Todennäköisesti voivan” on tulkinnanvarainen ilmaisu (toisella tavalla kuin 111:n ”varsin todennäköinen”, johon palataan kohta). Tämä tulkinnanvaraisuus liittyy kyseisten kahden termin suhteeseen toisiinsa, ei niinkään termien omaan sisältöön. Molemmilla termeillä on samankaltainen funktio, ja propositio tulisi toimeen jo toisella, kun taas molempien käyttäminen herättää kysymyksiä. Propositio ”pistoista todennäköisesti voi seurata kuolema” saattaa merkitä jotakin seuraavista.

- 1) Pistoista todennäköisesti seuraa kuolema (p tehdään ymmärrettäväksi poistamalla jälkimmäinen termi).
- 2) Pistoista voi seurata kuolema (p tehdään ymmärrettäväksi poistamalla edellinen termi).
- 3) On todennäköistä, että pistot merkitsivät sitä, että niistä voi seurata kuolema (jolloin kuoleman mahdollisuus, ts. hengenvaara, ei ylipäättään ollut mikään selvä asia, vaan oli ainoastaan todennäköistä, että ne perustivat hengenvaaran).
- 4) Pistot merkitsivät sitä, että ne voivat johtaa kuolemaan, ja tämä mahdollisuus oli luonteeltaan niin varteenotettava, että sen toteutuminen oli todennäköistä (vaihtoehto merkinnee jokseenkin samaa kuin 1).

Ei ole selvää, mikä vaihtoehto – vai kenties jokin tässä mainitsematta jäänyt – olisi lähinnä sitä, mitä ratkaisulla on ajettu takaa. Vaihtoehtojen merkityserot ovat melko suuret, ja näin ollen on selvää, että omaksutun tulkintavaihtoehdon mukaan hyvinkin erilaisten tekojen tahallisuutta voidaan perustella viitaten tämän prejudikaatin ratkaisukriteereihin. Olen kutsunut ”signaalisana-tahallisuudeksi” sellaisia tahallisuusmuotoiluja, joissa on tosin käytetty tiettyä signaalisanaa, josta sen voi tunnistaa tietyn tahallisuusmallin edustajaksi, samalla kun muotoiluissa on jotain sellaista outoa, että herää kysymys siitä, onko mallin ajatusta sittenkään ymmärretty (ja ratkaisu kenties vain legitimizeetti- tms. syistä varustettu tietyn mallin mukaisiksi luulluilla mutta paljastavasti kysymyksiä herättävillä sanakäänteillä). Jos tavoitteena on ollut ilmentää jompaakumpaa kahdesta ensimmäisestä vaihtoehdosta, olisi ollut parempi jättää ylimääräinen termi pois.⁹⁵

Vahvimmillaan muotoilu saattoi siis tarkoittaa, että tekijän oli pitänyt käsittää, että puukonpistoista todennäköisesti seuraa kuolema. Tällaisena se ilmentäisi

tekijä, kun hänen vaikuttimensa ja tarkoituksensa kaikin puolin punnitaan, pitänyt teon tekemistä oikeudenloukkauksen uhallakin itselleen edullisempaan kuin siitä pidättäytymistä, tuntuvat kovin teoreettisilta humalassa ja harkitsematta tehdyn surmateon yhteydessä.

⁹⁵ Ks. *Matikkala* 1991 s. 969–970. *Lahden* 1980 s. 10 mukaan KKO:n ratkaisun 1978 II 111 antanut toinen jaos ei ilmeisesti ollut tyytyväinen ratkaisuun KKO 1978 II 24 perustelujen muotoiluun ilmaislessaan saman periaatteellisen eli mieltämisteorian mukaisen kannan toisin. Ks. myös *Lappi-Seppälä* 1987 s. 307–308.

todennäköisyystahallisuutta, kuten kohta sen jälkeen annettu rikosoikeuskomitean terminologiaa hyödyntänyt KKO 1978 II 111. Mitä eroa tällöin on ”todennäköisellä” (KKO 1978 II 24) ja ”varsin todennäköisellä” (rikosoikeuskomitea ja KKO 1978 II 111)? Tähän liittyy muutama huomionarvoinen näkökohta.

Ratkaisuissa itsessään ei kerrota, mitä ”todennäköisellä” tai ”varsin todennäköisellä” tarkoitetaan. Sikäli kuin ilmausten välistä eroa on pohdittu, lieene usein katsottu, että ”varsin todennäköinen” on enemmän kuin ”todennäköinen”. Tästä näkökulmasta tahallisuuden asiallinen kriteeri olisi ratkaisussa KKO 1978 II 111 ollut korkeammalla. Termin ”varsin” sisältö on kuitenkin hyvin tulkinnanvarainen. Ei ole esimerkiksi mitenkään ilmeistä, että rikosoikeuskomitea olisi tarkoittanut ”varsin todennäköisellä” korkeaa tai edes 50 % ylittävää todennäköisyyttä. Komiteahan piti epäkohtana sitä, että tarkoitustahallisuuden ulkopuolella voitaisiin lukea tahallisia syyksi seurauksia, joita tekijä on pitänyt ”erittäin epätodennäköisinä, melkein pä mahdottomina”, ja tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajaa tulikin ”justeerata” siten, ettei tahallisena tarkoitustahallisuuden ulkopuolella syyksiluettaisi seurausta, jonka tekijä katsoi olevan ”ilmeisen epätodennäköinen”. Jos KKO on pyrkinyt seurailemaan komitean suositusta eikä vain sattunut käyttämään myös sen käyttämää ilmaisua ”varsin todennäköinen”, voitaisiin ajatella, että KKO:n tavoitteena oli asettaa rima kohtaan ”todennäköisempi kuin ilmeisen epätodennäköinen”. Tällöin taas olisi kenties vähemmän perusteita sille, että ”varsin todennäköinen” asettaisi riman korkeammalle kuin ”todennäköinen”.

Tilannetta komplisoi vielä eräs ulottuvuus, joka liittyy tahallisuusperustelujen ja jutun tosiseikkojen väliseen vastaavuuteen. Saattaa nimittäin olla, että tahallisuusperustelut on kirjoitettu ”ylä- tai alakanttiin” verrattuna siihen, mitä olisi voitu kirjoittaa. Tietyissä jutussa tahallisuutta saatetaan perustella esimerkiksi varsin todennäköisenä pitämisellä, vaikka olisi selvää, että tekijä piti relevanttia asiaa suorastaan varmana. Jos varsin todennäköinen olisi enemmän kuin todennäköinen, jos tekijät olivat selvillä oikeista todennäköisyyksistä ja jos käytetyt tahallisuusperustelut heijastelisivat juuri tuota todennäköisyystasoa, voitaisiin ehkä päätellä, että kuoleman (ex ante) todennäköisyys oli suurempi ratkaisussa KKO 1978 II 111 (pisto vasempaan kylkeen) kuin ratkaisussa KKO 1978 II 24 (pisto rintaan ja pisto vasemman kylkikaaren alle).⁹⁶

Ensimmäinen surmaamistahallisuutta koskeva uuden valituslupajärjestelmän mukainen päätös on *KKO 1981 II 81*. Siinä A oli 10.4. aamulla kello 5 aikaan

⁹⁶ Veitsijutuista ks. myös KKO 1985 II 172, 1999:20 ja uuden lain ajalta KKO 2005:63. Ks. myös NJA 1977 s. 630, 1980 s. 514, 1985 s. 757, 1996 s. 509 ja 2004 s. 479. – Vuonna 1978 annettiin vielä kolmas tunnettu henkirikosratkaisu KKO 1978 II 128. Siinä oli ensi sijassa kyse teon tahdonvaltaisuudesta, enkä käsittele sitä lähemmin tässä. Kysymys oli esillä myös ratkaisussa KKO 2004:57. Ks. myös NJA 1968 s. 500, Lamb (1967) ja Moloney (1985).

suistanut tieltä entisen avovaimonsa B:n molempien autojen ajaessa noin 100 km/h (A:n ajama auto oli Mazda 1300 ja B:n Ford Escort 1,1). Taustalla oli se, että B oli tammikuun lopulla muuttanut heidän yhteisen lapsensa kanssa pois yhteisestä asunnosta. A oli yrittänyt päästä puheisiin B:n kanssa, mihin B ei ollut suhtautunut myönteisesti. A oli mm. seurailut B:tä autolla ja jättänyt viestilappuja B:n auton ikkunaan. Autourheilua harrastanut A oli sekä B:lle että todistajille uhannut surmata B:n ajamalla päin tämän autoa. A oli pian ulosajon jälkeen ker-tonut asumassaan talossa olleille henkilöille suistaneensa B:n tieltä. B:n auto romuttui ulosajossa, mutta hän itse sai vain lieviä vammoja. Turvavyö ei ollut kyt-ketty. Myös A:n auto meni tieltä; A ei saanut vammoja ja auto vaurioitui hie-man kosketuskohdista. Tapahtumapaikka oli suora tie, jonka reunoilta ei ollut jyrkkää pudotusta. Molemmat pääsivät omin voimin autoistaan.

Kun A:n mainittua tekoa tehdessään oli pitänyt käsittää, että B hänen autonsa suuresta nopeudesta johtuen tieltä suistuessaan voi saada surmansa, KO tuomitsi A:n tältä osin tapon yrityksestä. HO:n tapon yrityksen syyksilukevat perustelut olivat hyvin samankaltaiset. KKO päätyi samaan lopputulokseen, ja tapauksen otsikko-osa kuuluu seuraavasti:

A oli ajettuaan henkilöautolla edellään kovaa vauhtia ja mutkitellen liikkuneen B:n kuljettaman henkilöauton rinnalle tahallaan ohjannut autonsa sivuttaissuun-nassa B:n autoa päin, jolloin B:n auto oli suistunut tieltä ja B oli saanut vammoja. Koska A näin menetellessään oli käsittänyt B:n voivan saada surmansa, A:n kat-sottiin tahallaan yrittäneen surmata B:n.

Tapaus on monessa suhteessa erilainen kuin vuoden 1978 ratkaisut. Kyse oli ensinnäkin henkirikoksen yrityksestä eikä täytetystä henkirikoksesta. Myös itse tapahtuma oli hyvin erityyppinen. Tekijä oli selvin päin eikä kovassa humalassa kuten esim. tapauksessa KKO 1978 II 24. Näin prima facie välttyään sellaiselta problematiikalta, jonka humala tuo tahallisuuden arviointiin. Kyseessä ei ollut hetkellinen impulssiteko, vaan esimerkiksi lausutut uhkaukset olivat senkaltaisia kuin toteutunut teko. Tämäntyyppinen tapahtuma oli ollut A:n mielessä olennai-sesti laajemmin kuin puukotus impulsiivisen puukotuksen tekijän mielessä.

Tekoväline oli tahallisten henkirikosten näkökulmasta prima facie epätavalli-nen eli auto. Eräs tahallisuusarvioinnin kannalta merkittävä seikka on se, että kolarointi vaarantaa myös tekijän hengen ja terveyden. Merkitseekö surmaamis-tahallisuus-hypoteesi tahallisuutta myös suhteessa omaan kuolemaan? Ajatus on lähellä ainakin jos kyse on nokkakolarista (KKO 1992:92). Tapauksessa KKO 1981 II 81 oli kuitenkin kyseessä suistaminen, joka on keskimäärin vaarallisem-paa kohteelle kuin tekijälle. Huomioon on lisäksi otettava, että tekijä oli autour-heilun harrastaja. Asiantuntijan käsissä väline on yhtäältä tavallista vaarallisem-pi, ja toisaalta hänellä itsellään on tavallista paremmat mahdollisuudet selvitä tilanteista vähemmän vammoin⁹⁷.

⁹⁷ Asiantuntijuus on moniulotteinen käsite. Monilla surmaamiseen kelvollisilla välineillä on jokin legitimi käyttötarkoitus. Voi olla, että hyvä autonkäsittelijä ei vielä ole hyvä tieltäsuistaja. Toisaalta

Teon kohteena oli entinen avopuoliso, jonka kanssa tekijä olisi halunnut päästä puheisiin. On ajateltavissa, että tahallisuuden kannalta merkitystä olisi sillä, onko teon kohteena ollut läheinen henkilö, vihamies vai neutraalimpi henkilö; skaala on laaja ja varmaankin asteikollinen. Toinen asia tietenkin on, olisiko mahdollinen merkitys luonteeltaan tahallisuuden sisältöä koskevaa vai pikemminkin näytöön liittyvää.

Tapauksessa kaikki oikeusasteet olivat samaa mieltä syyksiluettavuutta koskevan kysymyksen lopputuloksesta: kyseessä oli tapon yritys. Perusteluissa ei viitata surmaamistarkoitukseen. Muillakaan volitiivisilla momenteilla ei ainaakaan näkyvästi operoida. Ratkaisuperuste on ollut kognitiivinen. Kaikissa oikeusasteissa se on ollut tasoa kuoleman on mielletty ”voivan” seurata. Sitä vastoin ratkaisut poikkeavat toisistaan sikäli, että alemmat oikeudet ovat hyödyntäneet pakottavaa päättelyä, kun taas KKO operoi todellisella mieltämisellä: A oli käsitänyt B:n voivan saada surmansa.

Se, että jokin asia voi tapahtua, on suunnilleen samaa kuin että kyseinen asia on mahdollinen. Se, että jotakin voi tapahtua, on sillä tavoin hyvin laaja käsite, että poissuljettua on periaatteessa vain se, että kyseinen asia varmasti tapahtuu tai varmasti ei tapahdu. Sitä, että pelkkä mahdollisena pitäminen riittäisi tahallisuuteen, voidaan kritisoida. Tahallisuuden alinta astetta koskevien mallien keskeisenä tehtävänä on pidetty rationaalista rajanvetoa mahdollisena pidetyn alueen sisäpuolella siten, että osa tällaisista tapauksista kuuluisi tahallisuuden, osa tuotamuksen piiriin. Pelkkä mahdolliseksi mieltäminen tahallisuuden riittävänä kriteerinä ohjaa kaikki nämä tapaukset tahallisuuteen. Näin ollen on selvää, että tällainen kriteeri merkitsee tahallisuuden alan kasvamista hyvin laajaksi.

Kriteeri olisi alempi kuin esimerkiksi ”todennäköiseksi” tai ”varsin todennäköiseksi” mieltäminen ja se mahdollistaisi tahallisuutta syyksilukemisen myös tilanteissa, joissa rikosoikeuskomitea ei pitänyt tahallisuusvastuuta asianmukaisena (tekijä oli pitänyt seurausta erittäin epätodennäköisenä, melkein pä mahdotto- mana). Selvää on, että rima on matalammalla kuin se ”yli 50%”, joka näyttää olevan ”varsin todennäköisen” sisältönä uudessa laissa.

Toisaalta KKO operoi nyt todellisella mieltämisellä eikä pakottavalla päätte- lyllä. Pakottavan päättelyn sisältö on tulkinnanvarainen, mutta sen tulkinnat voitaneen karkeistaen tiivistää toteamukseksi, jonka mukaan pakottava päättely on vähemmän tai enintään yhtä paljon kuin todellinen mieltäminen. Tämän ulot- tuvuuden kannalta rima on siis voinut olla korkeammalla kuin esimerkiksi rat- kaisussa KKO 1978 II 111, jossa tosin operoitiin varsin todennäköisellä, mutta toisaalta käytettiin pakottavaa päättelyä eikä todellista mieltämistä. Olisiko ta-

toisen surmaaminen autolla voi hyvin onnistua huonoltakin kuljettajalta. Eri aspekteja voi asiantunti- juudessaakin tulla esiin riippuen siitä, onko surmaamisväline tai -tapa puukotus, tuhotyö, ampuma-ase tai oma keho, kuten kuristamisessa tai HIV:n tartuttamisessa.

pauksessa KKO 1978 II 111 tuomittu, jos kriteerinä olisi ollut vuoden 1981 ratkaisun tavoin pelkkä mahdollisena pitäminen, mutta todellinen mieltäminen?

Uuden lain kannalta on selvää, että pelkkä mahdollisena pitäminen ei riitä tapon yrityksen syyksilukemiseen tahallisuuden alimman asteen kannalta. Vaikka KKO 1981 II 81 ei tässä mielessä edusta voimassa olevan oikeuden kantaa, toisin kuin mahdollisesti KKO 1978 II 111, ei tästä vielä seuraa, että ratkaisua KKO 1981 II 81 vastaava tilanne ilman muuta edustaisi vain tuottamusta suhteessa kuolemaan. Kysymys on jälleen tosiseikkojen, tahallisuusmallien ja syyksilukemisen lopputuloksen suhteista. Vaikka ”voi”-taso ei nykyään riitä seuraustahallisuuden alimpaan asteeseen, ratkaisevaa on se, olisiko ratkaisukriteerit voitu kirjoittaa riittävän todennäköisyystahallisuuden mukaisiksi vai ei. Tahallisuuskriteerit on saatettu kirjoittaa ”alakanttiin”. Asiaa ei voida lähemmin arvioida. Nykylain näkökulmasta pitäisi kenties lähteä liikkeelle siitä kysymyksestä, seuraako kyseisentyypistä menettelystä ex ante objektiivisesti pikemmin relevantti seuraus kuin on seuraamatta⁹⁸.

Tapauksessa *KKO 1984 II 142 A* oli 7.7.1984 vastaisena yönä Helsingissä seurannut polkupyörällä ajaen eräässä puistossa kotiinsa matkalla ollutta B:tä. A oli lyönyt useita kertoja nyrkeillä B:tä niin, että tämän alaleuanluu oli kahdesta kohdasta murtunut, ja tällä väkivallalla pakottanut B:n kanssaan avioliiton ulkopuolella tapahtuneeseen sukupuoliyhteyteen. Maatessaan vielä B:n päällä A oli mahdollisen kiinnijäämisen estämiseksi kuristanut B:tä kaksin käsin voimakkaasti kurkusta siten, että B:n kurkunpään sormusrusto ja kieliluu olivat murtuneet. B oli kuollut kuristamisen seurauksena. Myös kahdessa muussa syytekohtassa oli kyse seksuaalisesti motivoituneista pakottamisteoista.

AO piti surmaamista tahallisena, sillä A:n oli kuristaessaan B:tä täytynyt käsittää, että kuristamisesta seuraisi kuolema. HO pysytti ratkaisun tältä osin perustelematta kantaansa. KKO:n mukaan ”A:n on täytynyt käsittää, että raastuvanoikeuden päätöksessä kerrotusta kuristamisesta varsin todennäköisesti seuraisi B:n kuolema”, joten A oli tahallaan surmannut B:n.

KKO käytti tässä täytetyn henkirikoksen tilanteessa jälleen todennäköisyystahallisuutta hyödyntäen pakottavaa päättelyä. Todennäköisyystahallisuusperustelut eivät jääneet esimerkiksi vain puukkotappoja koskevaksi ilmiöksi. Ratkaisussa ei ole signaalisen tahallisuuden tyyppisiä ongelmia. ”Varsin” todennäköisen merkitystä ja sisältöä ei selvennetä.

Tekotapana oli nyt siis kuristaminen. Kun veitsenisku on usein hyvin momentaaninen tapahtuma, kestää tekijän toiminta kuristamisessa usein jonkin aikaa.

⁹⁸ Viitattakoon tässä vielä argumentaatioon, jota vastaajan puolesta esitettiin valituksessa HO:lle rangaistuksen mittaamisen yhteydessä: ”Yrityksenä se olisi tilastojen valossa lähellä kelvotonta yritystä; ani harvoin ulosajo tieltä johtaa surmansa saamiseen. Nykyaikaisen henkilöauton turvakori suojelee matkustajaa varsin tehokkaasti.” – Tieltä suistamisesta oli kyse myös ratkaisuihin KKO 1988:8 ja 2004:120. Ks. myös BGH 9.2.1968.

Tällä on merkitystä tekijän psykologisten prosessien näkökulmasta. Kuristaminen on sinänsä ”yleisen elämäkokemuksen” mukaan hengenvaarallista. Kuristamisen vaarallisuuteen vaikuttavat kuristamisen kohteen ominaisuudet, kuristamisen intensiteetti ja kesto. Tapauksessa oli kyse voimakkaasta kaksin käsin taптuneesta kuristamisesta. B oli kuollut hapenpuutteen vuoksi⁹⁹.

Kuristamistilanteen olosuhteet saattaisivat silti olla syyksilukemisen näkökulmasta merkittäviä. A oli kertomansa mukaan mennyt aivan sekaisin kuultuaan jonkun askelten ääniä. Hän oli päättellyt B:n yrittäneen huutaa ja kuristanut tätä. Hän oli niin hysteerinen ja peloissaan, ettei tajunnut, mitä teki. Kuristaminen oli A:n kertoman mukaan kestänyt kauan sen vuoksi, että läheisellä tiellä kulkenut lenkkeilijä ehtisi pois huutoetäisyydeltä. A kertoi kuristaessaan katsoneensa juoksijan perään. Asianomistajatahon käsityksen mukaan lenkkeilijä oli tuulesta temmattu, ja tosiasiaassa surmaamisen syynä olisi ollut se, että A oli huomannut menneensä liian pitkälle ja halunnut poistaa elävien kirjoista mahdollisen todistelulausunnon antajan, mitä osoittivat myös A:n jälkitoimet ruumiin kätkemiseen. Asiantuntijaselvityksen valossa huutamisen estämiseen olisi riittänyt vähempikin kuristaminen tai pelkkä käden laittaminen suun eteen. Vastaajan kertomus herättää kysymyksen siitä, onko mahdollista, että tekijä hysteerisenä ja huomion ollessa kiinnittyneenä muualle ei täysin ymmärtäisi menettelynsä vaarallisuutta. Asianomistajan käsitys puolestaan viittaisi dolus determinatuksen suuntaan. Joka tapauksessa KKO perusteli ratkaisua todennäköisyyshallisuudella ja perustellessaan sitä, että kyseessä ei ole murha vaan tappo katsoi, että surmaaminen oli johtunut paljolti tilanteen odottamattomasta kehityksestä.

Tahallisuuden kannalta merkityksetöntä ei ole myöskään syyntakeisuusarvio, vaikkei syyntakeisuutta ja tahallisuutta tässäkin tapauksessa pohdittu myös toistensa valossa. Lääkintöhallituksen lausunnon mukaan A:n vaikea tunne-elämän kypsymättömyys ja paranoidinen asennoituminen heikensivät ajoittain hänen todellisuudentajuaan, mutta hänen sadistisen vaativa ja itsekeskeinen suhtautumisensa naisiin oli pitkälti hänen itsensä hyväksymää. Lausuntoehdotuksessa oli katsottu, että A oli kaikkien muiden tekojen osalta täydessä ymmärryksessä, mutta kuristaessaan B:tä täyttä ymmärrystä vailla. Lääkintöhallitus katsoi A:n olleen kaikkien rikosten osalta täydessä ymmärryksessä, AO taas täyttä ymmärrystä vailla. HO ja KKO olivat lääkitöhallituksen linjoilla.¹⁰⁰

Tapauksessa *KKO 1985 II 172 A* ja B olivat 23.5. iltapäivällä ryypiskelemässä A:n kerrostaloasunnossa Karjaalla pelaten samalla korttia. A löi B:tä Mora-puu-

⁹⁹ Saadun asiantuntijaselvityksen mukaan aivot kestävät hapenpuutetta enintään 4–5 minuuttia. B:n kuristaminen ei ollut kestänyt tätäkään aikaa.

¹⁰⁰ Kuristamisjutuista ks. myös *KKO 1986 II 70*, 1988:73, 1998:1, 1998:2 ja 2004:63. Ks. myös *NJA 1975 s. 230* ja 1998 s. 86 sekä *BGH 22.4.1955*, 17.9.1963, 8.3.1988, 7.7.1992, 9.3.1993 ja 28.3.1995.

kolla (terän pituus 90 mm) navan yläpuolelle B:n noustessa ylös istuttuaan nojatuolissa. B käveli ulos tuupertuen polkupyöränsä luokse. Sivullisen osuttua paikalle B toimitettiin sairaalaan. Lääkärintalouden mukaan vammat olivat olleet hengenvaarallisia. Kello 18.45 (noin puolitoista tuntia puukotuksen jälkeen) A puhalsi alkometriin lukemat 3,0 promillea. A kertoi tuikkauksen syyksi sen, että B oli aikonut lyödä A:ta viinipullolla, kun taas B kertoi nuokahdelleensa nojatuolissa havahtuen A:n huudahdukseen ”ja nyt minä tapan sinut”, jolloin B ehti reagoida sen verran, että nousi ylös tuolista kun A jo pisti vatsan seutuille.

KO tuomitsi A:n törkeästä pahoinpitelystä. HO:n mukaan A:n oli lyödessään B:tä kerran puukolla vatsaan ”täytynyt käsittää, että lyönti olisi saattanut aiheuttaa B:n kuoleman”, ja tuomitsi A:n tapon yrityksestä (2v 6kk). Yksi jäsen olisi pysyttänyt otsikon törkeänä pahoinpitelynä. KKO toimitti asiassa suullisen käsittelyn, pysytti HO:n päätöksen lopputuloksen ja totesi perusteluissaan seuraavaa:

Teon syyksilukemisen perusteeksi ei ole voitu esittää suoranaista selvitystä A:n tahallisuuden sisällöstä ja ulottuvuudesta tekohetkellä. Puukoniskua sinänsä voidaan A:n kertomuksen perusteella pitää tahallisuutena. Sen suuntautuminen kehon helposti vioittuvien sisäelinten alueelle ei selvityksen mukaan ole johtunut B:n yllättävästä liikkumisesta tai muusta sellaisesta A:n tekoon kuulumattomasta seikasta. Näin ollen on perusteltua päätyä siihen, että A on tahallaan puukottanut B:tä hengenvaaralliseen kohtaan. Tällaisen puukotuksen seuraus on usein kohtalokas. Puukottaja ei siten voi lähteä siitä, ettei uhrin kuoleman mahdollisuus olisi hyvinkin todennäköinen puukotuksen seuraus, tai ainakin puukon käyttäminen tällä tavalla osoittaa välinpitämättömyyttä uhrin hengestä. Sen vuoksi on perusteltua päätyä siihen, että A:n tahallisuus on ulottunut B:n kuolemaan asti. Näin ollen teko voidaan lukea A:n syyksi tapon yrityksenä.

Ratkaisussa operoidaan uudentyyppisellä todennäköisyyskriteerillä, pakottavalla päättelyllä ja mieltämiskriteerien ohella positiivisesta tahtoteoriasta tutulla välinpitämättömyydellä. Todennäköisyyden osalta ratkaisussa puhutaan nyt ”hyvinkin todennäköisestä”. Miten tämä suhtautuu esimerkiksi ”varsin todennäköiseen” ja ”hyvin todennäköiseen”? Otsikko-osan ruotsinnoksessa käytetään ilmaisua ”mycket sannolik”. Ratkaisussa ei selvitetä kriteerin sisältöä sen paremmin yleisesti kuin suhteessa ”varsin” todennäköiseen.

On mahdollista, että objektiivinen ex ante -todennäköisyys oli pienempi kuin vuoden 1978 ratkaisujen tilanteissa. Osumakohta oli nyt vatsa ja veitsi lyhyempiteräinen, joskin veitsellä voidaan toki aiheuttaa pistokanava, joka on pidempi kuin veitsen terä. Olisiko KKO halunnut käyttää toista todennäköisyysstermiä, kun kyseessä oli nyt yritys eikä täytetty teko? Tämä johtaa siihen yleisempään kysymykseen, onko ongelmallista käyttää 50 % ylittävää todennäköisyyskriteeriä yritykseen jäävässä rikoksessa; kenties on vaikea todistaa vastaajan pitäneen yli 50 %:n todennäköisenä seurausta, joka jää syntymättä. Voin yhtyä siihen KKO:n perustelujen lausumaan, jonka mukaan tällaisen puukotuksen seuraus on usein kohtalokas (voi tosin olla, että KKO viittasi tällä yleisemmin tahalliseen

puukottamiseen hengenvaaralliseen kohtaan). Sen sijaan en tiedä, onko kuoleman todennäköisyys tällaisen teon yhteydessä yli 50 %.

Asiallisesti merkittäväksi on muodostunut KKO:n päätöksen perusteluissa käytetty kriteeri ”helposti vioittuvien sisäelinten alueelle”. Voimakas puukonisku helposti vioittuvien sisäelinten alueelle on käytännössä hyvin pitkälle riittänyt surmaamistahallisuuteen.¹⁰¹ Eräs esikysymys, jota mm. KKO:n suullisessa käsittelyssäkin selviteltiin, on se, oliko iskun osuminen tuolle alueelle ollut tahallista (eikä johtunut uhrin yllättävästä liikkumisesta tms.).

Lisävaikeutta todennäköisyyskriteerin tulkitsemiseen tuo se, että ”hyvinkin todennäköinen puukotuksen seuraus” oli perustelujen mukaan uhrin ”kuoleman mahdollisuus” – ei kuolema. Näin tapausta vaivaa tältä osin sama ongelma, signaalisanatahallisuus, kuin ratkaisua KKO 1978 II 24.

Toinen huomiota herättävä seikka on se, että tapauksessa on käytetty negatiivista pakottavaa päättelyä (”ei [...] voi lähteä siitä, ettei”). Ilmaus mahdollistaa sekä näyttöön liittyvän että normatiivisväritteisen tulkinnan (otsikko-osassa käytetty pluskvamperfekti-ilmaisu tuo lähinnä mieleen näytöllisen käytön). Uudella muotoilulla KKO ehkä pyrki selventämään pakottavan päättelyn luonnetta. Negatiivista ilmaisutapaa saatetaan kuitenkin pitää monimutkaisena.

Erittäin huomionarvoista ratkaisussa on se, että siinä on hyödynnetty myös volitiivista kriteeriä (”tai ainakin puukon käyttäminen tällä tavalla osoittaa välinpitämättömyyttä uhrin hengestä”)¹⁰². Epätietoisuutta lienee herättänyt ennen kaikkea ilmaisu ”tai ainakin”. Prima facie tuntuisi siltä, että tuollainen ilmaisutapa viittaa epävarmuuteen sen suhteen, pitääkö virkkeessä aiemmin sanottu paikkansa vai ei. Onko siis niin, että todennäköisyysperustelu (-väättämä) ei sitenkään ole varmasti tosi, jolloin ratkaisuperusteeksi jää välinpitämättömyys uhrin hengestä? Tai onko kyseessä jonkinlainen kombinaatiomalli?

Joka tapauksessa vaikuttaa siltä, että KKO hyväksyi tuolloin positiivisen tah toteorian käytön. Tahallisuusmalleihin liittyvät perustelut herättävät kysymyksiä, eikä voitane pitää itsestään selvänä, että surmaamistahallisuus olisi tuollaisessa tapauksessa perusteltavissa uuden RL 3:6:n näkökulmasta. KKO ei nimenomaisesti käsitellyt tekijän voimakkaan humalatilan merkitystä.

Tapauksessa *KKO 1986 II 70 A*, 31 v, ja *B*, 34 v, olivat menneet 76-vuotiaan C:n luo saadakseen tältä rahaa. C:n ilmoitettua, ettei hänellä ollut rahaa, A oli lyönyt C:tä nyrkillä kasvoihin ja C:n kaaduttua potkaissut häntä päähän sekä B ryhtynyt

¹⁰¹ Ks. myöhemmästä oikeuskäytännöstä esim. KKO 1999:20, jossa voimakas veitsenpisto osui yläreiteen. KKO hylkäsi syytteen tapon yrityksestä mm. koska tekijän ei ollut näytetty suunnanneen puukoniskua B:n ”keskikehon” helposti vioittuvien sisäelinten alueelle. KKO 1985 II 172 puhui ”kehon” helposti vioittuvien sisäelinten alueesta.

¹⁰² Perusteluosaa on kritisoitu – yleinen välinpitämättömyys uhrin hengestä ei vielä osoita tahallisuutta; ks. *Backman 1989a* s. 566–567 ja *Koponen 2002* s. 268–269.

kuristamaan C:tä kurkusta A:n siirtyessä etsimään asunnosta anastettavaa omaisuutta. Käydessään noutamassa C:n taskusta avaimia A oli havainnut B:n edelleen kuristavan C:tä. C oli B:n kuristamisen seurauksena kuollut.

Rahaa tarvittiin ryyppäämiseen.¹⁰³ C oli aiemmin mm. lainannut A:lle rahaa, mistä syystä A arveli, että C:llä sitä olisi. Teko tapahtui C:n kaksi huonetta ja keittiön, wc:n ja eteisen käsittäneessä huoneistossa Lahdessa, varsinainen surmaaminen huoneiston keittiössä. Molempia syytettiin yhdellä teolla tehdyistä taposta ja törkeästä ryöstöstä, mistä heidät kaikissa oikeusasteissa myös tuomittiin (A 10v 6kk ja B 11v). AO:n mukaan ”[m]yös A:n on täytynyt käsittää, että B:n suorittaman kuristamisen, mikä A:n kertoman mukaan on jatkunut noin 10 minuutin ajan, seurauksena on kuolema”. HO pysytti, ratkaisua perustelematta, AO:n päätöksen. Muutoksenhaussa KKO:lle B:n puolesta kiinnitettiin huomiota siihen, että C oli sairastanut vaikea-asteista sepelvaltimotautia ja sydäntautia, jotka olivat voineet myötävaikuttaa kuolemaan. Voitiin perustellusti väittää, että jos C olisi ollut terve mies, vaikkakin hän oli iältään melko vanha, hän ei ehkä olisi kuollut senasteisesta kuristamisesta, joka häneen kohdistui. Tämän vuoksi, kun B ei tiennyt ko. sairauksista, hän ei olisi syyllistynyt tappoon vaan vain tuotamukselliseen kuoleman aiheuttamiseen. Syyttäjä totesi vastineessaan, että yleisen elämäkokemuksen mukaan iän karttuessa ihmisen fyysinen rakenne heikenee, haurastuu sekä mahdollisuus erilaisten sairauksien syntymiseen ja olemassaoloon kasvaa. Tämä A:n ja B:n on syyttäjän mukaan pitänyt mieltää. Sitä vastoin heidän ei ole tarvinnutkaan tietää, että C sairasti mainittuja sairauksia. KKO totesi seuraavaa:

Lähtiessään [...] etsimään anastettavaa omaisuutta A on havainnut C:n kimpussa olleen B:n kuristavan C:tä kurkusta. [...] Käydessään kuristamisen jo jatkuttua jonkin aikaa noutamassa avaimia C:n taskusta on A havainnut B:n edelleen kuristavan C:tä kurkusta. Tällöin A ei ole voinut olla havaitsematta sitä, että hänen yhdessä B:n kanssa aloittamansa rikos saattaisi johtaa C:n kuolemaan. Tästä huolimatta hän on osaltaan jatkanut rikoksen suorittamista ja siten suhtautunut välinpitämättömästi C:n kuoleman mahdollisuuteen. Näillä ja alempien oikeuksien lausumilla perusteilla Korkein oikeus katsoo, että A on yhteistuumin B:n kanssa surmannut C:n.

Tapauksessa tulee esiin niin laiminlyöntiopeja, osallisuusvastuuta kuin tahallisuuttakin koskevia kysymyksiä. Vastuun oikeudellista arviointia koskevat perustelulausumat liittyvät etenkin A:han. Kultakin tekijäkumppanilta edellytetään tahallisuutta.

Tahallisuuden asteiden näkökulmasta huomiota kiinnittää se, että AO:n perustelut viittaavat varmuustahallisuuteen, kun taas KKO operoi lähinnä positiivisel-

¹⁰³ A:n ja B:n puolesta pyydettiin mielentilatutkimusta viitaten mm. alkoholin väärinkäyttöön. Tutkimus toimitettiin. A:n ja B:n katsottiin olleen täydessä ymmärryksessä.

la tahtoteorialla. Kuitenkin KKO viittasi siteerattujen perustelujensa viimeisessä virkkeessä myös alempien oikeuksien lausumiin perusteisiin. Volitiivisen kriteerin osalta kyse on välinpitämättömyydestä, joka teoriassa muodostaa viimeisen vielä tahallisuuteen kuuluvan suhtautumismuodon. Tosin otsikko-osan (toisin kuin perustelujen) mukaan kyse on vahvemmin ”ainakin” välinpitämättömyydestä suhtautumisesta. KKO:n perustelu on sikäli ongelmallinen, että se näyttää ilmentävän signaalisuhteellisuutta: välinpitämättömyydestä on suhtauduttu kuoleman mahdollisuuteen. Kognitiivisen momentin yhteydessä hyödynnetään negatiivista pakottavaa päättelyä (KKO 1985 II 172).

Positiivisen tahtoteorian käyttäminen yksin merkitsee jälleen uudentyyppisen tahallisuusperustelun hyödyntämistä prejudikaatissa. Tosin positiivinen tahtoteoria oli ollut vallalla oleva rajanvetomalli ainakin teoriassa, ja sitä oli vastikään hyödynnetty ennakkoratkaisussa edellisvuonna (KKO 1985 II 172). Unohtaa ei voida myöskään KKO 1986 II 70:n osallisuusopillista kontekstia, mikä antaa aiheutta tiettyyn varovaisuuteen tulkinnoissa. Entä mihin mieltämisteoria tai todennäköisyystahallisuus olisi johtanut? Pari vuotta aikaisemminhan sitä sovellettiin kuristamistapauksessa (KKO 1984 II 142), joten todennäköisyystahallisuuden rooli ei ollut rajoittunut esimerkiksi puukkojuttuihin. Mikä merkitys todennäköisyystahallisuuden kannalta olisi sillä, että A:lla oli vain ajoittaisia havaintoja kuristamisesta?

Mielenkiintoinen on myös kysymys uhrin sydänsairauden roolista tahallisuuden kannalta. Se, että uhrilla on jokin erityinen heikkous, josta tekijä ei ole selvillä, voi hyvinkin olla tahallisuuden kannalta merkittävää. Toisaalta tässä tapauksessa kyse oli iäkkästä miehestä, jollaisella voi tämäläpaisia sairauksia olla. Tämä taas oli syyttäjän mielestä yleisen elämäkokemuksen mukaista. Ehkä B:n puolesta esitetty väite koski lähinnä tahallisuuden suhdetta kausaalikulkuun. Tältä osin ei kuitenkaan ole voitu vaatia tekijän käsityksen ja toteutuneen kausaalikulun ”täydellistä” vaan vain jonkinlaista pääpiirteittäistä yhtenevyyttä. Oikeusasteet eivät käsitelleet kysymystä nimenomaisesti perusteluissaan. Sama koskee myös B:n tahallisuutta. Kenties lähtökohta oli se, että kun viimekätiseen täytäntöönpanotoimeen osallistumattoman A:n tahallisuus on voitu perustella, ei lievempi arvio yleensä tule kyseeseen viimekätisen täytäntöönpanotoimen suorittajaan nähden.

Tahallisuuden kannalta merkittävää on mm. kuristamisen kohteen ominaisuudet, kuristamisen voimakkuus ja kuristamisen kesto. Kuten vuoden 1998 ratkaisusta ilmenee, kuolema voi lyhyen kuristamisen tilanteissa johtua ns. heijasteellisesta sydänpysähdyksestä. Ratkaisussa KKO 1986 II 70 taas kaulalle kohdistuneesta puristuksesta oli seurauksena tukehtuminen.

Vuonna 1988 KKO antoi kolme merkittävää surmaamistahallisuutta koskevaa ratkaisua. Ensimmäisessä, tapauksessa KKO 1988:8 A oli 3.10.86 kello n. 21.55 Ruovedellä poliisin näytettyä hänelle pysähtymismerkkejä ja ryhdyttyä sen jäl-

keen ohittamaan hänen autoaan (Datsun 120Y) tahallaan siirtänyt autonsa sivusuunnassa kohti poliisiautoa (Saab 99) törmäten siihen ja suistaen sen tieltä. Ajaessaan kohti poliisiautoa suistaakseen sen tieltä A:n tarkoituksena oli pakottaa poliisiautossa olleet B ja C lopettamaan yrityksensä pysäyttää hänen kuljettamansa auto. C sai vähäisiä vammoja. A jatkoi ajoaan pysähtymättä. Asiantuntijaselvityksen mukaan poliisiauton hallinta oli menetetty 1/4 sekuntia törmäyksen jälkeen, ja nopeus oli ollut hallinta menetettäessä 60–70 km/h. A:n veren alkoholi-pitoisuus oli ajon jälkeen (kello 00.15) 1,63 promillea. Tieosuuden nopeusrajoitus oli 80 km/h. AO ja HO katsoivat jääneen näyttämättä, että A olisi yrittänyt surmata B:n tai C:n. KKO totesi ratkaisussaan asiasta seuraavaa:

Sitä vastoin A:n tarkoituksena ei ole ollut surmata B:tä ja C:tä eivätkä ulkoiset olosuhteet törmäyshetkellä eikä ennen sitä myöskään ole olleet sellaiset, että B:n ja C:n kuolema olisi A:n tietten ollut törmäyksen varsin todennäköinen seuraus. Ajoa kohti poliisiautoa ja törmäystä siihen ei näin ollen ole luettava A:n syyksi surmaamisen yrityksenä.

Kyseessä oli siis henkirikoksen yritystä koskevan syytteen hylkäävä ratkaisu. Siinä hyödynnettiin todennäköisyyshallisuutta. Nyt operoitiin pakottavan päätelyn asemesta tekijän todellisella mieltämisellä ("A:n tietten"). Ilmaisua viittaa jopa vaatimukseen siitä, että seurauksen tulee objektiivisestikin olla varsin todennäköinen (muuten näin ei myöskään voi olla tekijän "tietten"). Tämän kanssa sopii yhteen puhe siitä, että "ulkoiset olosuhteet" eivät olleet sellaiset, että kuolema olisi A:n tietten ollut törmäyksen varsin todennäköinen seuraus. Lähellä onkin ajatus, että voisi usein olla käytännössä vaikea päätyä langettavaan todennäköisyyshallisuusratkaisuun, jos seuraus ei ollut ex ante objektiivisesti varsin todennäköinen. Perustelut eivät sisällä signaalisenatahallisuuden kaltaisia ongelmia. "Varsin" todennäköisen sisältöä ei analysoida.¹⁰⁴

Tapausfaktoiltaan juttu on samankaltainen kuin KKO 1981 II 81, johon myös syyttäjä mm. valituslupahakemuksessaan viittasi. Vuoden 1981 ratkaisu oli tapon yrityksen syyksilukeva, vuoden 1988 ratkaisu henkirikoksen yrityssyytteen hylkäävä. Lopputulosta voi selittää se, että tahallisuuskriteeri näyttää vuoden 1988 ratkaisussa olleen korkeampi (todennäköisyyshallisuus) kuin vuoden 1981 tapauksessa (mahdollisuusteoria). Toisaalta ei ole mahdotonta, etteikö vuoden 1981 ratkaisun tahallisuuskriteeriä olisi voitu muotoilla hiukan vahvemmaksin. Joka tapauksessa tapauksissa on myös sellaisia olosuhde-eroja, jotka saattavat perustella erilaisen lopputuloksen. Objektiivisen vaarallisuuden näkökulmasta merkittävä ero näyttää olleen se, että vuoden 1988 tapauksessa autojen nopeudet ovat olleet alhaisemmat. Uhreilla on vuoden 1988 tapauksessa myös

¹⁰⁴ Syyttäjä lausui syytteessään, että A oli käsittänyt poliisimiesten "voivan" saada surmansa ulosajon yhteydessä. Tämä ei ole estänyt KKO:ta hylkäämästä syytteitä todennäköisyyshallisuudella operoiden. Valituksessaan KKO:lle syyttäjä kyllä totesi, että A:n on täytynyt ymmärtää olevan "hyvinkin todennäköistä", että poliisimiehet saisivat ulosajossa surmansa. Ilmaisua käytettiin ratkaisussa KKO 1985 II 172.

ollut vankempi auto kuin vuoden 1981 tilanteessa. Toisaalta vuoden 1988 tapauksessa tien vieressä näyttää olleen puita lähempänä tietä kuin vuoden 1981 tapauksessa. Muitakin eroja on, esimerkiksi liittyen suistamisteon etukäteisajatteluun ja motivaatiopohjaan.¹⁰⁵

Tapauksessa *KKO 1988:21* A oli 22.2.86 mennyt erääseen puurakenteiseen omakotitaloon, jonka alakerrassa asuivat B ja C ja yläkerrassa liikuntavammainen D ja E. A oli itsekin aiemmin asunut talossa. B tarjosi hänelle alkoholia nauttien itsekin. Iltapäivän kuluessa A oli alkanut käyttäytyä aggressiivisesti, eivätkä asukkaat enää laskeneet häntä huoneisiinsa. A poistui, mutta palasi takaisin. Häntä ei edelleenkään päästetty huoneisiin. A oli sanonut, että ”jätkät perkele kun ette laske mua sisään, sinäkään et laske, et kyllä oo sinäkään täällä kauaa”. Alle 10 minuutin kuluttua oli palolaitos saanut ilmoituksen talon palamisesta. Palon syttymispaikka oli talon kuistin ja eteistilan vaiheilla. Asukkaiden havaittua tulen se oli jo siinä määrin levinnyt eteistilaan ja portaikkoon, että heidän oli ollut pakko pelastautua ikkunoiden kautta. Yläkerran ikkuna, josta D:n oli ollut pudottauduttava, oli n. 5 metrin korkeudella. Sytyttämisen jälkeen A oli poistunut kotiinsa. Hän puhalsi kello 20.00 alkometriin 2 promillea.

AO tuomitsi A:n yksin teoin tehdyistä murhapoltosta ja neljästä tapon yrityksestä. HO korotti rangaistusta. KKO:n enemmistö lausui perusteluissaan seuraavaa:

Harkitessaan, onko A tällä teollaan myös yrittänyt surmata talossa olleita henkilöitä, Korkein oikeus katsoo selvitetyn, ettei A ole sytyttänyt taloa surmaamisen aikomuksessa, vaan että hän on tehnyt sen alkoholin vaikutuksen alaisena ja suutumuksen vallassa lähinnä hävittääkseen talon asunnot. Tästä huolimatta sytyttäminen on luettava A:n syyksi myös surmaamisen yrityksenä, jos olosuhteet sytyttämisen hetkellä olivat sellaiset, että A:n tietien sytyttämisen varsin todennäköisenä seurauksena olisi talossa olleiden tai talossa olleen kuolema.

A oli itse aikaisemmin asunut talossa. Hän on tiennyt, että talo oli puurakenteinen ja siten nopeasti syttyvä. Hän on myös sytyttänyt talon kohdasta, jossa olivat sekä ainoat portaat yläkerrasta alakertaan että ainoa ovi alakerrasta ulos. Sytyttäminen on toisaalta tapahtunut noin kello 18.45, jolloin B, C ja E A:n tietien ja D todennäköisesti olivat hereillä ja pukeissa ja jolloin tulipalon syttyminen oli paitisi talossa olleiden myös ympäristön asukkaiden nopeasti havaittavissa. Kaikki talossa olleet ovat myös voineet pelastautua muita teitä kuin portaiden ja oven kautta. Näissä olosuhteissa talon sytyttämisen varsin todennäköisenä seurauksena ei A:n tietien ole ollut kenenkään talossa olleen kuolema. Sytyttämistä ei siten voida lukea A:n syyksi tapon yrityksenä.

Kyse oli siis henkirikoksen yrityksiä koskevan syytteen hylkäävästä ratkaisusta. Ratkaisussa on hyödynnetty, kuten edellisessä, tekijän ”tieten” -ilmaisua ja ”varsin todennäköinen” -kriteeriä. KKO:n perusteluja voitaisiin lukea kahdella tapaa; joko A ei ollut selvillä riskin suuruudesta tai sitten riski ei ollut riittävän

¹⁰⁵ Vuoden 1988 tapauksessa Saab kolhi puuta, joka oli n. 4 metrin päässä ajoradan reunasta. Piennar oli jyrkähkö ja tie reilun metrin vierustajaan korkeammalla.

suuri. Jälkimmäinen vaihtoehto lieene oikea; seuraus ei ollut (edes) objektiivisesti ex ante varsin todennäköinen¹⁰⁶.

Ratkaisu ei kuitenkaan ollut yksimielinen. OikN Nybergh katsoi, että ”A:n on täytynyt käsittää, että rakennuksen tuleen sytyttämisestä suurella todennäköisyydellä voi seurata ainakin yläkerrassa asuneen liikuntavammaisen D:n kuolema”. A oli syyllistynyt D:hen nähden tapon yritykseen. OikN Takala taas oli enemmistön kanssa samaa mieltä lopputuloksesta operoiden kuitenkin hiukan toisenlaisella tahallisuuskriteerillä: ”Näissä olosuhteissa talossa olleiden henkilöiden kuolema palon seurauksena ei ole ollut siten todennäköistä, että A:n olisi täytynyt käsittää sen voivan tapahtua”. Ensín mainitun sitaatin ”suurella todennäköisyydellä voi” sisältää samankaltaisia tulkintakysymyksiä kuin KKO 1978 II 24:n muotoilu. Myös Takalan muotoiluun liittyy yhtäältä todennäköisyys (”sitén todennäköistä”) ja toisaalta mahdollisena pitäminen. Näyttäisi kuitenkin siltä, että nyt kyseessä eivät ole päällekkäiset kognitiiviset kriteerit, vaan todennäköisyys viittaa ilmeisesti objektiiviseen. Muotoilu tuntuu sisältävän pakottavan päättelyn ajatuksen: kun seurauksen todennäköisyys on riittävän suuri, myös tekijän täytyy pitää sitä (vähintäänkin) mahdollisena; nyt todennäköisyys ei kuitenkaan ollut niin suuri, että tällainen päätelmä olisi voitu tehdä. Kukaan ei ollut esimerkiksi sitä mieltä, että kyseessä olisi ollut D:hen nähden pahoinpitelyrikos.

Tapauksessa otetaan aiempaa selkeämmin kantaa humalan ja suuttumuksen (affektin) rooliin tahallisuuden näkökulmasta. Perusteluissa todetaan, että kyseessä on ”tästä huolimatta” surmaamisen yritys, jos olosuhteet olivat sellaiset, että A:n ”tieten” sytyttämisen varsin todennäköisenä seurauksena olisi talossa olleiden tai talossa olleen kuolema. Päihtymys ja suuttumus eivät siten sellaiseen estä syyksilukemista tahallisuutena, eivät tosin liioin vapautta edellyttämästä tahallisuutta, vaan tahallisuus on käsillä, jos seuraus on ollut tekijän tietén varsin todennäköinen. Viesti näyttää olevan se, että on noudatettava normaaleja tahallisuuskriteerejä. Merkillepantavaa on myös se, että KKO käyttää tässä yhteydessä ilmausta tekijän ”tieten”, eikä esim. ”oli täytynyt käsittää” tms. pakottavaan päättelyyn viittaavaa.

Impulsiivisen teon tekijälle ”valkenee” tai ainakin tarkemmin ”kirkastuu” usein vasta jälkikäteen tekonsa hengenvaarallinen luonne. Kysymys kuuluu, milloin ollaan tekemisissä dolus subsequensin kanssa? A kertoi kävelleensä tekonsa jälkeen bussipysäkillä ja menneensä bussilla talon ohi. Bussissa hän oli mieltänyt miesten, etenkin yläkerran ”keppimiehen” olevan vaarassa. Sen sijaan hän ei osannut sanoa sitä tarkemmin, mielsikö hän näiden hengenvaaran paloa sytyttäessään. Perimmältään kyse on siitä, mikä on tahallisuuden kannalta riittä-

¹⁰⁶ KKO:n kuvauksessa tilanteeseen liittyi inhimillisiä reservejä (palo olisi ajankohtaan nähden sekä uhrien että ulkopuolistenkin nopeasti havaittavissa), jotka olivat omiaan heikentämään seurauksen syntymismahdollisuuksia.

vää käsittämistä – milloin asioiden jälkikäteinen täydempi ymmärtäminen on tahallisuuden kannalta relevanttia, milloin taas vain ylimääräistä jo tekohetkisen käsittämisen oltua riittävää. Tämä on eräs alue, jolla juristin olisi nähdäkseni hyvä perehtyä saatavilla olevaan psykologiseen tietoon.¹⁰⁷

Tapauksessa *KKO 1988:73* A oli ensin pahoinpidellyt antikvariaatissa asiakkaana ollutta 10-vuotiasta B:tä ja sen jälkeen sitonut naruilla tämän kädet ja jalat sekä jättänyt B:n yksin useaksi tunniksi suljettuun huoneistoon. Palattuaan takaisin ja ryhdyttyään vapauttamaan B:tä ja tämän saatua jalkansa vapaiksi A oli irrottamillaan naruilla kuristamalla surmannut B:n tämän uhattua ilmiantaa A:n poliisille.

Pahoinpitely oli tapahtunut kello 16 aikaan ja liikkeeseen A oli palannut kello 19 aikaan. Hän oli nauttinut alkoholia. AO tuomitsi A:n murhasta. HO hyödynsi tahallisuusperusteluissaan positiivista tahtoteoriaa tuomiten A:n kuitenkin vain taposta. KKO lausui perusteluissaan, että ”A:n on täytynyt käsittää, että kuristamalla voimakkaasti 10-vuotiasta B:tä kahdella narulla kurkusta, kuristamisesta varsin todennäköisesti seuraa kuolema”.

Kyseessä on siis täytetty teko, joka syyksiluettiin tahallisenä. Perusteluissa on hyödynnetty ”varsin todennäköistä” ja, poiketen edellä tarkastelluista kahdesta I-jaoston saman vuoden tahallisuusratkaisusta, operoitu pakottavalla päättelyllä (tosin myös ratkaisun KKO 1988:21 vähemmistö hyödynsi pakottavaa päättelyä). On vaikea sanoa, liittyykö pakottavan päättelyn käyttö siihen, että nyt kyseessä oli täytetty teko ja/tai syyksilukeva ratkaisu tai kenties siihen, että näin tehtiin myös ratkaisussa KKO 1984 II 142, vai eikö siihen ole mitään erityistä syytä. HO:n positiivista tahtoteoriaa ilmentäviin perusteluihin on voinut vaikuttaa uudempi kuristamista koskenut päätös KKO 1986 II 70. Ratkaisun KKO 1988:73 tulkintaa komplisoi seuraava KKO:n perustelulausuma:

A on kertomansa mukaan aloittanut kuristamisen menetettyään malttinsa sen johdosta, että B on, saatuaan jalkansa vapaiksi ja A:n ollessa aloittamassa hänen käsiensä vapauttamista siteistä, uhannut tehdä hovioikeuden päätöksessä selostetun ilmoituksen poliisille. Surmaamalla B:n A on näin ollen pyrkinyt estämään hovioikeuden päätöksen 1 ja 2 kohdassa mainittujen rikosten ilmitulon.

Viimeinen virke voisi viitata siihen, että B:n surmaaminen oli väline tietyn tavoitteen saavuttamiseksi eli mainittujen rikosten ilmitulon estämiseksi. Tällaisessa tilanteessa voi olla lähellä katsoa, että kyseessä on korkeampi tahallisuuden aste kuin todennäköisyystahallisuus. Ratkaisussa KKO 1984 II 142 tekijän ei sanottu surmanneen vaan kuristaneen uhria kiinnijäämisen estämiseksi; väli-

¹⁰⁷ Ks. myös UfR 1918.946 H, BGH 28.4.1994, 7.6.1994 ja 14.7.1994 sekä Hyam (1975) ja Nedrick (1986).

neenä oli siis kuristaminen, ei surmaaminen, jolloin todennäköisyydestä hallisuus ei ollut tältä kannalta ongelmallinen syyksilukemisperuste tuossa ratkaisussa.¹⁰⁸

5.2.2 Oikeuskäytäntö 1990-luvulla ja 2000-luvun alkuvuosina

Ratkaisussa *KKO 1991:171* syytetty C oli heikossa valaistuksessa ja päihtyneenä ampunut haulikolla noin 35 metrin etäisyydeltä laukauksen kohti poliisimiestä. Tämä oli saanut haulista naarmun leukaansa ja menettänyt toisesta haulista hampaan. Kolmas hauli oli läpäissyt hänen vaatteensa, pysähtyen olkapään ihoon. Kaikki oikeusasteet katsoivat C:n syyllistyneen yöllä 23.12.1989 tapahtuneella teollaan tapon yritykseen. Tahallisuusarvioinnin kannalta erityisen tärkeä on seuraava kappale KKO:n perusteluissa:

C on ampunut olosuhteissa, joissa tarkasti tähdätty laukaus ei tekohetken heikon valaistuksen ja C:n oman päihtymyksen vuoksi ollut mahdollinen. Ammuttaessa haulikolla lähietäisyydeltä toista henkilöä kohti tämän hengen menettämisen vaara on yleisen elämäkokemuksen mukaan huomattavan suuri. Ampuessaan noin 35 metrin etäisyydeltä kohti A:ta C on ollut tietoinen siitä, että ihmishengen menetys olisi ollut hänen menettelynsä ennalta-arvattava seuraus. Kun hän siitä huolimatta laukaisi haulikon kohti A:ta, hän syyllistyi tapon yritykseen.

Ratkaisu on moniulotteinen. Yhtäältä kyse on yksinkertaisesta tapahtumasta, mutta toisaalta aineellinen ja näytöllinen ovat jälleen kietoutuneina toisiinsa. A oli myös päihtynyt. Ratkaisukriteerit näyttäisivät poikkeavan aiemmista. Lisäksi otsikko-osa ja KKO:n perustelut poikkeavat toisistaan merkittävällä tavalla.

Kaikki oikeusasteet katsoivat siis C:n syyllistyneen tapon yritykseen, eli että hänen tahallisuutensa ulottui A:n kuolemaan. Ratkaisuperusteissa ei ole nimenomaista volitiivista kriteeriä. Myöskään ei ole näkyvästi operoitu todennäköisyydestä hallisuudella. Painopiste on kuitenkin kognitiivisissa kriteereissä. Yhtäältä esitetään kokemussääntö, jonka mukaan ammuttaessa haulikolla lähietäisyydeltä toista henkilöä kohti tämän hengen menettämisen vaara on yleisen elämäkokemuksen mukaan huomattavan suuri. Sitaatin toiseksi viimeisessä virkkeessä puhutaan konkreettisemmin C:stä todeten, että hän on ampuessaan ollut tietoinen siitä, että ihmishengen menetys olisi ollut hänen menettelynsä ennalta-arvattava seuraus. Tuomittaisiinko C edelleen tapon yrityksestä hyödynnettäessä yksinkertaista todennäköisyydestä hallisuutta? Uskoakseni tekoon, joka esimerkiksi 30 %:n todennäköisyydellä johtaa kuolemaan, voitaisiin sanoa liittyvän ”huomattavan suuri hengen menettämisen vaara”. ”Ennalta-arvattava” on puolestaan ainakin oikeudellisissa yhteyksissä kattanut myös hyvin epätodennäköisiä tapahtumainkulkuja ja seurauksia.

¹⁰⁸ Toinen asia on, että siitä, että A oli aloittanut kuristamisen menetettyään malttinsa B:n uhkauksen johdosta, ei seuranne, että surmaaminen oli tapahtunut rikosten ilmitulon estämiseksi (vrt. sitaatin jälkimmäisen virkkeen ”näin ollen”).

KKO toimitutti tutkimuksen haulikonlaukauksen vaarallisuudesta. A:han osuneet haulit eivät vaarantaneet hänen henkeään. KKO:n mukaan yhtäältä laukauksen haulisuihkun osuminen keskivartaloon ja toisaalta hauliparven osuminen kokonaisuudessaan kasvoin olisivat voineet johtaa kuolemaan. Näkökohdat eivät mielestäni merkitse sitä, että teko olisi sisältänyt kuoleman yli 50 %:n todennäköisyyden.

Ei olekaan mielestäni selvää, että yksinkertainen todennäköisyystahallisuus johtaisi kyseisenlaisessa tapauksessa teon arviointiin tapon yritykseksi. Mahdollisesti operointi muilla perusteilla tai kriteereillä kuin ”varsin todennäköisellä” liittyi tämantapaisiin ajatuksiin, vaikkei ”varsin todennäköistä” tuolloin ollutkaan kytketty 50 % ylittävään todennäköisyyteen.¹⁰⁹

Seuraava otsikko-osa sisältää tiivistetyn kuvauksen tapauksesta *KKO 1992:28*:

A ja B olivat pahoinpidelleet C:tä niin, että tämä oli menettänyt tajuntansa. Tämän jälkeen A ja B, jotka olivat erheellisesti luulleet, että C oli kuollut, olivat haudanneet hänet veteseen suohon 20–60 cm:n syvyyteen. C oli suohon haudattuna tukehtunut. Asiassa ei ollut näytetty, että A ja B olisivat tarkoittaneet surmata C:n. Kun C:hen kohdistettu väkivalta ei myöskään ollut ollut senkaltaista, että C:n kuolema olisi ollut sen varsin todennäköinen seuraus, A:n ja B:n ei katsottu syyllistyneen tahalliseen surmaamisrikokseen tai sellaiseen yritykseen. Kun A:n ja B:n olisi tilannetta edeltäneen menettelynsä vuoksi täytynyt tarkistaa, oliko heidän käsityksensä C:n tilasta oikea, heidän katsottiin törkeällä huolimattomuudellaan aiheuttaneen C:n kuoleman. A ja B tuomittiin rangaistukseen, B törkeästä pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta ja A täyttää ymmärrystä vaila tehdyistä pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta.

Ratkaisu korostaa syyksiluettavuuden teonhetkisyyden vaatimusta. Surmaamistahallisuutta ei ollut pahoinpitelyhetkellä, joten vastuuta tahallisesta henkirikoksesta ei voitu kiinnittää siihen. Jälkimmäisessä vaiheessa toimiessaan vastaajat taas uskoivat C:n olevan jo kuollut, eikä surmaamistahallisuutta ollut tuolloinkaan käsillä. Tuomitseminen tahallisesta henkirikoksesta (tai sen yrityksestä) olisi edellyttänyt toisentyypisiä tahallisuusmalleja, dolus subsequensin riittävyyttä ja/tai toisenlaista näytönarviointia. Alioikeuden tapon syyksilukevan ratkaisun perustelut ilmentävät ensimmäistä, mahdollisesti myös toista vaihtoehtoa.

¹⁰⁹ Samansuuntaisesti *Koponen 2002* s. 270–271. Vrt. *Frände 2001* s. 251–252, jonka mukaan ”huomattavan suurella vaaralla” (betydande fara) eroa ”rätt sannolik” -tasoon ei otaksuttavasti olisi tarkoitettu; ”rätt sannolik” merkitsee Fränden esityksessä suunnilleen samaa kuin ”överbälgande sannolik”, jolla hän tosin ehkä tarkoittaa jonkinlaista reilua 50 %:n ylitystä; mts. 137 ja 150. Todennäköisyystahallisuusterminologian ruotsinnokset tuovatkin keskusteluun oman näkökulmansa. *HE 44/2002* s. 77–78 antaa ymmärtää, ettei ratkaisu olisi merkittävä tahallisuusprejudaattina vaan lähinnä yrityksen edellyttämän vaaran näkökulmasta; tahallisuus esiintyy tapauksen hakusanana, mutta korkein oikeus ”ei perusteluissaan viittaa suoraan tahallisuuteen”. Mielestäni ratkaisu on ilman muuta merkittävä tahallisuusprejudaattina. – Ks. myös KKO 1995:143, KKO 2003:115, Rt 1980 s. 979 ja UfR 1992:455 H.

AO:n mukaan A:n ja B:n oli raahatessaan lähes 120 kiloa painavaa C:tä neljän metrin päähän tiestä pehmeässä, upottavassa suossa ”täytynyt ottaa huomioon ja myös mielessään hyväksyä se vaihtoehto, että tämä oli heidän menettelystään jo kuollut tai ainakin saattaisi lopulta kuolla”. HO pysytti tahallisuusratkaisun lopputulokseltaan, mutta tuntuu arvioineen näytöllistä tilannetta vastaajien näkökulmasta hiukan ankarammin. HO:n mukaan A:n ja B:n oli nimittäin pahoinpitelyvaiheen jälkeen täytynyt pitää varsin todennäköisenä sitä mahdollisuutta, että C oli vielä elossa. Tähän nähden ei ole yllättävää, että heidän oli HO:n mukaan myös täytynyt pitää varsin todennäköisenä sitä, että upottamalla ja peittämällä tajuton C suoperäiseen liejuiseen maahan he tulisivat aiheuttamaan tämän kuoleman. KKO lähti siitä, että A ja B olivat erheellisesti luulleet, että C oli jo kuollut.

A ja C olivat vahvasti juovuksissa tapahtuma-aikaan aamuyöllä 22.6.1984. C:hen ensivaiheessa kohdistetussa väkivallassa, josta otsikossa on puhe, oli ollut kyse lyönnistä kasvoihin viinapullolla (A), lyönnistä päähän oikaisusasaralla (B) ja lyömisestä reilun nyrkin kokoisella kivellä päähän (B). B:n lyönneistä oli aiheutunut kallovammoja. Niistä sanotaan vuosikirjaselosteessa KKO:n perusteluissa seuraavaa:

Ruumiinavauslausunnon mukaan C:n kallovammat eivät olleet aiheuttaneet hänelle välitöntä hengenvaaraa. Näin ollen B:n päähän kohdistamat iskut eivät olleet olleet senkaltaiset, että C:n kuolema olisi ollut niiden varsin todennäköinen seuraus.

Sitaattia voi olla kohtuullista tulkita siten, että ”varsin todennäköinen” edellytti kyseisen seurauksen välitöntä vaaraa. Sitä taas ei voida päätellä, että seurauksen välitön vaara merkitsisi sen seuraamista varsin todennäköisesti. Toisaalta ”välitöntä hengenvaaraakaan” ei voida metrittää todennäköisyysarvoksi. Kenties voidaan sanoa, että esim. venäläisen ruletin pelaaja on välittömässä hengenvaarassa vetäessään liipaisinta, vaikka aseessa olisi vain 1/6 patruunaa.¹¹⁰

Otsikossa operoitiin objektiivisella todennäköisyydellä eikä tekijän käsityksen mukaisella todennäköisyydellä. Mitä tämä tarkoittaa? Ainakin kolme tulkintaa voidaan esittää; seurauksen objektiivinen ”varsin todennäköisyys” on todennäköisyystahallisuuden

- välttämätön edellytys
- riittävä edellytys
- käytännöllinen (kontingentti) edellytys.

¹¹⁰ Välittömän hengenvaaran käsitteen näkökulmasta mainittakoon, että jutun ratkaisi, nytkin yksimielisesti, sama KKO:n kokoonpano kuin vastikään tarkastellun tapauksen KKO 1991:171, jossa haulikolla 35 metrin etäisyydeltä ampunut tuomittiin tapon yrityksestä.

Ensimmäinen vaihtoehto merkitsisi, että edellytyksen täytyy toteutua, mutta muitakin edellytyksiä asetetaan (kuten se, että myös tekijä piti seurausta varsin todennäköisenä). Toisen vaihtoehdon mukaan lisäedellytyksiä ei asetettaisi. Tämä olisi vastoin tahallisuuden perinteisiä lähtökohtia. Kolmannen vaihtoehdon mukaan kyse on käytännöllis-näyttöllisestä edellytyksestä: objektiivinen todennäköisyys ei ole tahallisuuden edellytys, mutta jos seuraus ei ollut objektiivisesti varsin todennäköinen, on yleensä vaikea todistaa, että vastaaja olisi pitänyt seurausta varsin todennäköisenä. Kannattaa toisin sanoen yleensä ensin tutkia, oliko seuraus edes objektiivisesti varsin todennäköinen ennen kuin siirrytään käyttämään resursseja tekijän mieltämän todennäköisyyden selvittelyyn.¹¹¹

Ratkaisussa *KKO 1993:5* kyse oli mm. siitä, oliko astalolla toista päähän lyöneellä todennäköisyystahallisuus suhteessa kuolemaan. A oli alkoholin yhteisen nauttimisen jälkeen tahallaan lyönyt B:tä noin 25–30 cm:n pituisella ja 2 cm:n paksuisella ratanaulalla useasti päähän. B:n saamiin vammoihin ei ollut liittynyt hengenvaaraa. Katsottuaan jääneen näyttämättä, että A olisi tavoitellut B:n henkeä, *KKO* toteaa, että ”A:n menettely ei ole ollut sellaista, että hänen on täytynyt sen varsin todennäköiseksi seuraukseksi ymmärtää B:n kuolema”. *OikN Lehtimaja* esitti tältä osin hiukan erilaiset perustelut:

A:n menettely olisi luettavissa hänen syykseen surmaamisen yrityksenä ainoastaan sillä edellytyksellä, että A:n lyöntien varsin todennäköisenä seurauksena olisi hänen tietensä ollut B:n kuolema. Katson kuitenkin jääneen näyttämättä, että tämä edellytys olisi täytynyt.

Enemmistö käytti siis pakottavaa päättelyä, vähemmistön hyödyntäessä ratkaisusta *KKO 1988:8* ja 21 tuttua ”tekijän tietten” -perustelua. Tätä voidaan tulkita ainakin kahdella tavalla. Saattaa olla, että *Lehtimaja* halusi edellyttää tietämiseen liittyvän totuuden vaatimuksen mukaisesti sitä, että tahallisuuden edellytyksenä tuli olla sekä objektiivinen että subjektiivinen todennäköisyys. Toisaalta on mahdollista, että hän halusi painottaa sitä, että tahallisuudessa on kyse tekijän käsityksistä, mikä tulee selvästi esiin tekijän tietten -perustelussa, kun taas pakottavan päättelyn käyttö sisälsi riskejä ollessaan mm. sekoitettavissa tuottamukseen.

Tapauksessa *KKO 1992:92* A oli tahallaan kuljettanut henkilöautoa kovalla nopeudella vastaan tulevan liikenteen kaistalla noin 800 metriä. Tällä matkalla hän oli törmännyt vastaan tulleeseen B:n kuljettamaan henkilöautoon, jolloin B oli saamiensa vammojen johdosta kuollut.¹¹² *KKO* arvioi A:n tahallisuutta seuraavasti.

¹¹¹ Frände näyttää pitävän objektiivista varsin todennäköisyyttä todennäköisyystahallisuuden käsilläolon edellytyksenä, tosin hän puhuu myös keskimääräishenkilön mieltämästä todennäköisyydestä. Ks. *Frände 2001* s. 252 ja *Frände 2003* s. 52.

¹¹² A oli ensin törmätä toiseen autoon, jonka kuljettajan D:n väistöliike kuitenkin johti kolarin välttämiseen. A jatkoi ajoa vastaantulevien kaistalla. B:n kuljettama auto oli seuraava vastaan tullut auto. D:n mukaan A:n auton nopeus oli yli 80 km/h, tuossa autossa niin ikään olleen E:n mukaan yli 100 km/h.

Kuljettaessaan autoaan kovalla nopeudella edellä mainitulla tavalla A:n on täytynyt ymmärtää, että hän tulisi törmäämään vastaan tulevaan autoon ja että tässä autossa matkustavat varsin suurella todennäköisyydellä kuolisivat. Hänen mahdollinen itsemurha-aikomuksensa ei poista teon tahallisuutta. A on siten tahallaan surmannut B:n ja tahallaan yrittänyt surmata C:n.

KKO näyttää siis katsoneen, että törmääminen olisi varmaa, ja siitä taas suurella todennäköisyydellä seuraa kuolema. KKO totesi, ettei mahdollinen itsemurha-aikemus poista teon tahallisuutta. Voidaan sanoa, että nokkakolaritilanteessa itsemurha-aikomuksen puuttuminen onkin merkittävä indisio tahallisuuden puuttumisen puolesta, sillä normaali ihminen ymmärtää, että nokkakolarissa voi odottaa itselleen suunnilleen samoja seurauksia kuin vastapuolelle (ellei ajoneuvojen laadussa tms. ole olennaista eroa).¹¹³ Jos tekijä pyrki nokkakolariin mutta pitäisi sen tapahtumista alle 50 %:n todennäköisenä, ja törmäyksestä seuraisi hänen käsityksensä mukaan suurella todennäköisyydellä kuolema, ei käsillä olisi todennäköisyystahallisuus (kokonaistodennäköisyys jäisi alle 50 %:n). Kyseessä ei myöskään olisi RL 3:6:n viimeisen virkkeen mukainen tilanne, sillä se koskee vain tekijän tavoitteeseen hänen käsityksensä mukaan varmasti, ei sen sijaan vain todennäköisesti liittyviä seurauksia.

Mainittakoon vielä, että HO hyödynsi mielentilatutkimuksessa saatua tietoa arvioidessaan A:n käsityksiä. Mielentilatutkimuksessa A:n suorituksissa oli todettu hyvää loogista päättelytaitoa ja havaintotarkkuutta. Myös nopeus- ja näp-päryystehtävissä A oli suoriutunut varsin hyvin. Nämä seikat tukivat sitä, ettei ollut kysymys erehtymisestä auton sijainnista tiellä A:n ajaessa vastaan tulevien kaistalla.¹¹⁴

Seuraavana vuonna KKO antoi toisen kuolonkolaria koskevan ratkaisun, jossa kolari niin ikään tapahtui vastaan tulevan kaistalla.

Tapauksessa *KKO 1993:26* auton kuljettaja A oli suurella nopeudella ohittanut toisen auton rajoitetusta näkyvyydestä huolimatta ja tällöin törmännyt kohtaa-vaan autoon seurauksin, että sen kuljettaja C oli kuollut. Ajankohta oli 30.6.1991 kello 00.05. Nopeusrajoitus alueella oli 70 km/h. Ohituspaikassa mäen kaksois-harjanne oli vaikeuttanut havaintojen tekemistä. A:n nopeus oli vähintään 130 km/h ja mäen alta oli tulossa C noin 65 km/h. Törmäys tapahtui A:n auton 46,6 metrin lukkojarrutuksen jälkeen, ja A:n auton törmäysnopeus oli ollut 98–116 km/h. KKO lausui tahallisuuskysymyksestä seuraavan:

A on menetellyt kihlakunnanoikeuden päätöksessä selostetulla tavalla. Hänen tarkoituksenaan ei ole ollut törmätä vastaan tulevaan autoon. Myöskään ei ole pääteltävissä, että hän siirtyessään ohitusta varten vastaan tulevan liikenteen kais-talle olisi havainnut C:n kuljettaman auton. Vallinneissa keskiön olosuhteissa

¹¹³ Suistamistilanteessa suistaja voi sen sijaan hyvinkin selvitä vähäisemmillä henkilövahingoilla kuin uhrinsa.

¹¹⁴ Tältä kannalta voidaan lisätä, että A tuomittiin täyttä ymmärrystä vailla olleena, ja hän oli ajaes-saan ollut 2 promillen humalassa.

vastaan tulevan ajoneuvon kohtaaminen ei myöskään ole ollut varsin todennäköistä. Näin ollen A:n ei voida katsoa tahallaan törmänneen C:n kuljettamaan autoon eikä siten myöskään C:n kuoleman aiheuttaessaan syyllistyneen tappoon vaan alempien oikeuksien hänen syykseen lukemaan törkeään kuolemantuottamukseen.

Ero KKO 1992:92:n tapahtumiin on selvä. Vuoden 1992 ratkaisun kuljettajalla oli varmuus- ellei tarkoitustahallisuus suhteessa kolariin. Vuoden 1993 ratkaisun kuljettaja ei ollut, vaikka hänenkin menettelynsä on ollut vaarallista ja moitittavaa, ollut valmis ajamaan jonkun kanssa kolaria. Mm. lukkojarrutus ilmentää tätä.¹¹⁵

Tahallisuusperusteluissa operoidaan, kuten esimerkiksi ratkaisussa KKO 1992:28, sillä, ettei tietty seuraus (tässä: ajoneuvon kohtaaminen) ollut varsin todennäköistä, tarkastelematta tekijän todennäköisyysarvioita¹¹⁶. Nytkin kyseessä on tahallista henkirikosta koskevan syytteen hylkäävä ratkaisu. Perustelutapa on tulkittu ratkaisun KKO 1992:28 yhteydessä. KKO 1993:26:n kaltaisessa tapauksessa päädyttäisiin luultavasti myös RL 3:6:n valossa siihen, että syyte tahallisesta henkirikoksesta tulisi hylättäväksi.

Tapauksessa *KKO 1993:92* vastaaja A oli ilmoittamatta kumppanilleen B:lle HIV-positiivisuudestaan ollut vuosina 1986–1987 tämän kanssa toistuvasti suojaamattomassa anaaliryhdyksessä. B oli tuolloin saanut A:lta HIV-tartunnan ja kuollut siitä johtuneen AIDS-oireyhtymän seurauksena vuonna 1990.

Alioikeus katsoi A:n syyllistyneen törkeään pahoinpitelyyn ja kuolemantuottamukseen, hovioikeus puolestaan törkeään pahoinpitelyyn ja törkeään kuolemantuottamukseen. KKO:n enemmistö katsoi A:n syyllistyneen vain törkeään kuolemantuottamukseen, kun taas vähemmistöön jäänyt jäsen oli otsikoinnin suhteen samalla kannalla kuin alioikeus.

Ratkaisu oli monessa suhteessa hyvin merkittävä. Se koski uudentyyppistä tilannetta. Nyt tuli oikeuskäytännössä tehtäväksi hiukan samanlaista välitilinpäätöstä voimassaolevan tahallisuusnormin sisällöstä kuin mitä rikoslakiprojekti oli tehnyt neljä vuotta aiemmin päätyessään ehdottamaan väliaikaista tahallisuusmääritelmää RL 21 lukuun. Ratkaisu oli merkittävä myös kannanottona tahallisuusmallien välillä.

Eri lopputuloksiin päätyneet HO ja KKO muotoilivat kumpikin ratkaisuaan tukemaan tahallisuuden sisältöä koskevan normipremissin viitaten myös KKO:n prejudikaatteihin. HO:n mukaan:

¹¹⁵ Vastaavansuuntaisesti *Frände 2001* s. 223–224 katsoo, että *liggiltighetsuppsåt*-teoria olisi ratkaisussa KKO 1993:26 johtanut tuottamukseen. Ks. myös *Nuutila 1997* s. 225–226.

¹¹⁶ Nyt tarkasteltavan ratkaisun KKO 1993:26 edellä siteeratussa perustelukohdassa mainittiin kylläkin, ettei ole pääteltävissä, että A olisi siirtyessään vastaantulevien kaistalle havainnut C:n kuljettaman auton (rekonstruktioselvityksen mukaan ainakin auton katto oli ollut näkyvässä).

Oikeuskäytännössä tahallisuuden oli katsottu ulottuvan uhrin kuolemaan asti, kun tekijän oli pitänyt ymmärtää tällaisen seuraamuksen mahdollisuus tai kun hän teon tehdessään oli suhtautunut välinpitämättömästi uhrin henkeen (ks. KKO 1978 II 24, 1981 II 81, 1985 II 172, 1986 II 70, 1991:171).

KKO:n normipremissi oli puolestaan seuraava:

Viimeaikaisessa rikosoikeudellisessa käytännössä (KKO 1988:8, 1988:21, 1988:73, 1992:28, 1993:5 ja 1993:26) on yleensä lähdetty siitä, että surmaaminen tai terveyden vahingoittaminen on tahallista, jos tekijä on tarkoittanut seurauksen syntymistä tai hänen on täytynyt käsittää sen syntyminen tekonsa varmaksi tai varsin todennäköiseksi seuraukseksi.

Normipremissit olivat siis erilaiset. Tahallisuusprejudikatuuri oli ollut sen verran runsasta ja heterogeenistäkin, että viitatuissa ratkaisuissa ei ollut yhtään yhteistä! HO sovelsi HIV:n tartuttamisen syyksilukemisessaan välinpitämättömyystahallisuutta, mutta operoi lähinnä kognitiivisilla näkökohdilla katsoessaan, ettei A:n tahallisuuden voitu katsoa ulottuneen B:n kuolemaan asti. KKO sovelsi normipremissiiään. Se ei tarkastellut tilannetta volitiivisten tahallisuusnäkökohtien kannalta. Tämä on merkittävää sikäli, että ratkaisussa KKO 1985 II 172 oli ehkä sovellettu sekä kognitiivista että volitiivista tahallisuusmallia. Tuossa ratkaisussa kuitenkin molemmat kriteerit johtivat samaan, langettavaan tulokseen. Jos mallit johtaisivat eri tuloksiin, heräisi kysymys, kumpaan lopputulokseen tulisi päätyä. Uuden RL 3:6:n näkökulmasta ei ole enää suurta tarvetta arvioida ratkaisua volitiivisten mallien näkökulmasta.¹¹⁷ Todennäköisyystahallisuuden kannalta ratkaisua voidaan lyhyesti vielä arvioida.

Tilanteeseen liittyy 1) yhteen seksitekoon liittyvä tahallisuuden perusproblematiikka ja 2) usean osateon mukanaan tuoma lisävaikeuskerroin. Kyse oli tahallisuudesta suhteessa ensinnäkin tartuntaan ja toiseksi kuolemaan. Surmaamistahallisuuden edellytyksenä on tartuttamistahallisuus siten, että jos tahallisuutta ei ole suhteessa tartuntaan, ei sitä ole myöskään suhteessa kuolemaan; teosta seuraa tekijänkin tietien kuolema luonnollisesti enintään yhtä todennäköisesti kuin tartunta. Kuoleman todennäköisyys on tartunnan todennäköisyys kertaa tartunnan letaalisuus. Molempien osatodennäköisyyksien tilastollis-objektii-viseenkin määrittämiseen liittyy monenlaisia kysymyksiä.

Tartuntatodennäköisyys yhden seksiteon yhteydessä on tilastollisesti prosenttiluokkaa. Riskin ominaisuuksiin kuuluu kuitenkin se, että siihen vaikuttavat

¹¹⁷ *Frände 2001* s. 144–146 katsoo, että likgiltighetsuppsät olisi tapauksessa ilmeisesti johtanut tuomioon pahoinpitelystä. Tämän suuntainen oli myös alempien oikeuksien kanta. KKO 1993:92 on *Fränden 2001* s. 146 mielestä ainoa (RL 21 lukua koskeva) prejudikaatti, jossa on selkeä vastakkainasettelutilanne todennäköisyystahallisuuden ja likgiltighetsuppsätin välillä.

jopa dramaattisesti erilaiset tilannetekijät, kofaktorit, joihin kuuluu mm. seksiteon laatu (esimerkiksi suojaamatonta anaaliyhdyntää pidetään vastaanottavan osapuolen näkökulmasta erityisen vaarallisena), viruksen laatu, HIV-negatiivisen osapuolen terveydentila (sairaudet, esim. sukupuolitaudit nostavat riskiä) ja se, missä vaiheessa infektion kulkua infektoitunut partneri on (virusta on paljon yhtäältä henkilön saatua vastikään tartunnan ja toisaalta taudin edettyä oireettomasta vaiheesta myöhempiin vaiheisiin). Todellisen yksittäistapausta koskevan riskitason määrittely on erittäin vaikeaa. Kaiken kaikkiaan on yleensä vaikea todentaa, että yhden yksittäisen seksiteon suorittava pitäisi yli 50 %:n todennäköisenä sitä, että teko johtaa tartuntaan. Näin yksinkertaisen todennäköisyyshallisuuden edellytyksiä ei tällaisessa tilanteessa useinkaan voitane näyttää toteen. Jos tekijä pyrki tartunnan tai jopa kuoleman aiheuttamiseen, on tahallisuus käsillä tarkoitustahallisuuden perusteella.

Käsitykset relevanteista riskeistä ovat ajan mittaan osin muuttuneet. Tältä osin on kuitenkin erotettava tartuntariski ja letaalisuus. Vuonna 1986 käsitys infektiosta tarttuvuudesta oli keskeisiltä osin samantyyppinen kuin nykyäänkin. Esimerkiksi suojaamatonta anaaliyhdyntää pidettiin vastaanottavan osapuolen kannalta tuolloinkin ehkä vaarallisimpana seksimuotona. Vaikka virusta koskeva tieto on tutkimuksen myötä kasvanut ja syventynyt, ei esimerkiksi tiettyyn seksikontaktiin liittyvää tartuntatodennäköisyyttä voida luotettavasti ilmoittaa prosentissa.¹¹⁸

Tartunnan letaalisuutta koskevat käsitykset ovat sitä vastoin muuttuneet huomattavastikin. HIV-infektion kulku kestää vuosia. Tämän vuoksi selkeää käsitystä infektion letaalisuudesta ei aluksi ollut. 1980-luvun puolivälissä arveltiin, että ehkä vain 5–20 % tartunnan saaneista sairastuisi. 1990-luvun alkupuolella uskottiin, että ennemmin tai myöhemmin suurin osa, elleivät kaikki, sairastuu vakavasti tartunnan edetessä. Infektion luonnollinen kulku johtaa erittäin todennäköisesti kuolemaan. Infektion hoidon kehittyminen on merkinnyt mm. odotettavissa olevan elinajan pidentymistä. Sairautta pysäyttävää, parantavaa hoitoa ei sitä vastoin toistaiseksi ole. Selvää on, että muutokset letaalisuutta koskevissa käsityksissä ovat merkittäviä kognitiivisen tahallisuusarvion kannalta.¹¹⁹

Modernissa HIV-infektion hoidossa viruksen määrää pyritään ja kyetään pitämään alhaisena. Tällä on merkitystä myös tartuntariskiinkin, koska se riippuu muun muassa viruksen määrästä eritteessä, jolle joku on altistunut. Hoito voi näin mer-

¹¹⁸ Tartuntariski on raiskauksessa keskimäärin suurempi kuin yhteisymmärryksellisessä seksiteossa. Raiskausteen yleinen pahuus ei sitä vastoin ole peruste tartuttamistahallisuuden puolesta operoitaessa todennäköisyyshallisuudella.

¹¹⁹ Koska kuolema ei seuraa HIV-tartunnasta varmasti, ei surmaamistahallisuus käytännössä olisi RL 3:6:n viimeisen virkkeen mukaisena käsillä tilanteessa, jossa tekijällä on tarkoitustahallisuus suhteessa tartuntaan. Vrt. Rikosoikeus 2002/*Lappi-Seppälä – Nuutila* s. 810–811.

kitä sitä, että tartuntatodennäköisyys on alhaisempi kuin mitä se olisi ilman hoitoa.¹²⁰

Tapauksessa KKO 1993:92 ei ollut kyse vain yhdestä suojaamattomasta anaaliyhdyntästä, vaan niitä oli ollut KKO:n ratkaisun mukaan toistuvasti. Ex ante-tartuntatodennäköisyys on usean yhdynnän tapauksessa tietenkin suurempi kuin yhden yhdynnän tapauksessa. Yhden yhdynnän sisältämän tartuntatodennäköisyyden määrittämisen vaikeudet heijastuvat luonnollisesti useaa yhdyntää koskevan riskin arviointiin¹²¹.

Usean osateon tapauksessa herää kysymys siitä, onko niitä arvioitava yhdessä vai erikseen. Perusteltua lienee lähteä siitä, että jos tekijä tekohetkellä uskoo toistavansa ao. henkilöön nähden kyseisen vaarallisen teon, arvioidaan tekoja yhtenä.¹²²

KKO totesi ylläsiteeratun normipremissin lisäksi A:n tahallisuuden arviosta seuraavaa:

Annetussa informaatioissa on korostettu erityisesti suojaamattoman anaaliyhdyntän vaarallisuutta. Kuitenkaan A:n ei ole selvitetty saaneen syksyyn 1987 mennessä, jolloin hänen suhteensa B:hen päättyi, mitään täsmällistä luotettavaa tietoa HIV-tartunnan todennäköisyydestä suojaamattomassa anaaliyhdyntässä. Luultavasti tuollaisia tietoja ei ollut saatavillakaan. Jutussa on viitattu erääseen lääketieteelliseen selvitykseen, jossa oli todettu, että suojaamattomassa anaaliyhdyntässä vastaanottavan osapuolen tartuntatodennäköisyys on vähintään 10 prosenttia. A on ollut suojaamattomassa anaaliyhdyntässä B:n kanssa useita kertoja, jolloin tartunnan todennäköisyys on ollut suurempi. A on siten tiennyt voivansa aiheuttaa B:lle HIV-tartunnan.

— — — [normipremissi]

A:n ei ole näytetty tarkoittaneen tartuttaa mainittua infektiota B:hen. Ottaen huomioon hänen käytettävissään tekojen aikaan olleet tiedot tartuntamahdollisuuden suuruudesta ei myöskään ole perusteita olettaa, että A olisi pitänyt tartunnan tapahtumista anaaliyhdyntän varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena.

Vähemmistöön jäänyt jäsen totesi seuraavaa:

S ei ole voinut jatkuvasti lähteä siitä, ettei yhdynnöistä aiheudu B:lle tartuntaa, vaan hänen on päinvastoin täytynyt ymmärtää, että toistuvat suojaamattomat yhdynnat varsin todennäköisesti aiheuttavat B:lle HIV-tartunnan.

KKO:n ratkaisun otsikossa ja perusteluissa viitataan A:n käytettävissä tekojen aikana olleisiin tietoihin tartuntamahdollisuuden suuruudesta. Tämä on sinänsä oikein, joskin käsitykseni mukaan vuosista 1986–1987 vuoteen 1993 päätösrelevantin tiedon muutokset koskevat lähinnä infektion letaalisuutta, ei niinkään

¹²⁰ Ks. tältä kannalta NJA 2004 s. 176.

¹²¹ Ks. lähemmin *Matikkala 1995* s. 1–19.

¹²² Vaikeampaa saattaa olla arvioida sitä, että henkilö kohdistaa osateot useaan henkilöön pitäen varsin todennäköisenä, että menettelyn seurauksena ainakin joku saa tartunnan.

menettelyn luonnetta tartuntavaarallisuuden näkökulmasta. ”Täsmällistä luotettavaa tietoa HIV-tartunnan todennäköisyydestä anaalilyhdyssä” on tuskin tarjolla nykyäänkään. Voidaan kysyä, mahtaako sellaista olla esimerkiksi puukonpistojen letaalisuudestaan, etenkin maallikolla, jonka puukotusteko lisäksi on hetkellinen ja tapahtuu usein vahvassa humalassa.¹²³

Tapauksessa *KKO 1995:143 A*, joka tiesi kahden henkilön olevan asunnossa, ampui kahdesti haulikolla ikkunan läpi valaistuna olleeseen keittiöön kertomansa mukaan säikäyttääkseen huoneiston haltijana ollutta B:tä. Tapahtuma-aika oli 12.6.1993 vastainen yö. Ampumaetäisyys ikkunasta oli 15–20 metriä, ja ensimmäinen laukaus oli ladattu 3–4,5 mm haulilla, toinen 8 mm haulilla. AO tuomitsi A:n vaaran aiheuttamisesta, HO taas *KKO 1991:171:aa* muistuttavien perustelulausumin tapon yrityksestä. KKO päätyi seuraavien tahallisuusperusteiden samaan otsikointiin kuin AO.

A:n ampuessa hovioikeuden tuomiossa kerrotuissa näkyvyysolosuhteissa haulikolla kahdesti B:n asunnon keittiön ikkunan läpi kohti vastakkaisella seinällä ollutta kaapistoa keittiö on ollut hyvin valaistuna. Laukaukset ampuessaan A on tähdännyt ikkunan keskiosaan. A:n nähtävissä on siten ampumishetkellä ollut, ettei ampumalinjalla ollut ketään. Haulisuihkun osuminen suoraan ihmiseen ei näin ollen ole ollut varsin todennäköistä tai edes todennäköistä enempää kuin sekään, että haulien kimmokkeista tai lasinsiruisista olisi voinut seurata huoneistossa olevan kuolema. A, jonka ei ole väitetty tarkoittaneen surmata B:tä, on kertonut ampumisen tapahtuneen vain B:n säikäyttämiseksi. A:n ei siten ole näytetty syyllistyneen tapon yritykseen, vaan hänen syykseen jää, että hän on ampuksellaan tahallaan aiheuttanut vakavan vaaran B:n hengelle ja terveydelle.

Tekotapa on ollut samantapainen kuin ratkaisussa *KKO 1991:171*. Nyt päädyttiin kuitenkin hylkäämään tapon yritystä koskeva syyte. Ampumaetäisyys oli nyt vain runsaat 15–20 metriä eli noin puolet vuoden 1991 tapauksen etäisyydestä. Toisessa laukauksessa oli myös järeämmät 8 mm haulit. Näiden ominaisuuksien osalta teon vaarallisuus oli nyt suurempi kuin vuoden 1991 tapauksen tilanteessa. KKO:n perustelut sisältävät vuoden 1995 ratkaisussa viittauksen siihen, ettei seuraus ollut (objektiivisesti) todennäköinen (verbin ”voi” esiintyminen ao. perustelussa tosin hankaloittaa jossain määrin tulkintaa). A kontrolloi ampumisen seurauksia sikäli, että hänen nähtävissään oli, että ampumalinjalla ei ollut ketään. Vuoden 1991 ratkaisussa vastaaja oli ampunut ”kohti” asianomistajaa, vuoden 1995 tapauksessa ei. Vuoden 1995 ratkaisussa keskeistä lienee ollut, ettei seuraus ollut objektiivisesti todennäköinen, ja se, että A:n nähtävissä oli, ettei ampumalinjalla ollut ketään, viittaa siihen, että hän ei pitänyt tekonsa todennäköisenä seurauksena jonkun kuolemaa. Pikemminkin hän oli saattanut lähteä siitä, että näin ei käy.

¹²³ Ks. lähemmin *Matikkala 1995* s. 216–231. – Ks. vielä *NJA 1994* s. 614, *1995* s. 119, *1995* s. 448 ja *2004* s. 176 sekä *BGH 4.11.1988* ja *12.10.1989*.

Perustelut viittaavat siihen, että ”varsin todennäköinen” on enemmän kuin ”todennäköinen” (”[...] osuminen suoraan ihmiseen ei näin ollen ole ollut varsin todennäköistä tai edes todennäköistä [...]). On epäselvää, onko todennäköisellä tällöin tarkoitettu yli 50 %:n todennäköisyyttä, kuten kielellisesti saattaisi olla perusteltua olettaa.¹²⁴

Ampuminen asuntoon oli tapon yrityksen näkökulmasta arvioitavana myös ratkaisussa *KKO 1997:108*. Siinä B oli yöllä pelottelutarkoituksessa ampunut kadulta noin 10 metrin etäisyydeltä järeällä revolverilla kuusi laukausta kohti A:n omakotitaloa, jonka sisällä ei ollut ollut valoja. Luodeista kolme oli osunut olohuoneeseen ja yksi makuuhuoneeseen kulkien sängyn yläpuolelta ja osuen sängyllä olleeseen peittoon. A oli ampumisen alkaessa nukkunut sängyssä ja luodin osuessa makuuhuoneeseen ollut menossa makuuhuoneesta keittiöön. Kaikki oikeusasteet katsoivat jääneen näyttämättä, että B olisi syylistynyt tapon yritykseen tuomiten hänet vaaran aiheuttamisesta ym. *KKO* tarkasteli tahallisuuden alinta astetta koskevaa kysymystä seuraavasti:

Ampuminen on luettava B:n syyksi tapon yrityksenä, jos olosuhteet hänen ampuessaan ovat olleet sellaiset, että hänen tietensä ampumisen varsin todennäköisenä seurauksena olisi ollut talossa olevan henkilön kuolema.

Tapahtumahetkellä ei talon sisällä ole ollut valoja eikä B ampumapaikaltaan ole voinut muutenkaan havaita talossa olleen henkilön sijaintia. Merkitystä on sillä seikalla, tiesikö B ampuessaan, missä A tai joku muu henkilö talossa olisi voinut olla. A:n ja B:n kertomukset poikkeavat toisistaan siinä, oliko B aikaisemmin käynyt talossa ja siten tiennyt myös makuuhuoneen sijainnin. Tällä seikalla ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä siihen nähden, että B:n kertomus laukausten ampumisesta tähtäämättä ja summittaisesti pelottelutarkoituksessa on uskottava. Sitä tukee selvitys luotien osumisesta laajalle alueelle eri puolille taloa. Vaikka neljä luodeista onkin osunut asuinhuoneisiin, ei B:n tietien luodin osuminen A:han olosuhteet kokonaisuudessaan huomioon ottaen ole ollut varsin todennäköistä.

Ampuminen tapahtui 3.11. kello 1 jälkeen yöllä noin 10 metrin etäisyydeltä. Aseena oli tällä kertaa järeä revolveri, jonka laukauksen, joita nyt oli kuusi, riskiprofiili on toisentyyppinen kuin esimerkiksi haulikon laukauksen. *KKO* piti uskottavana B:n väitettä summittaisesta ampumisesta.¹²⁵ Tähän nähden on ymmärrettävää, että osumista A:han ei pidetty tekijän tietien varsin todennäköisenä. B:n nähtävissä ei liene ollut, ettei ampumalinjalla ollut ketään (*KKO 1995:143*), mutta summittaisuus merkitsi tekijän mieltämän todennäköisyyden jäämistä alle varsin todennäköisen. *KKO* operoi ”tekijän tietien” varsin todennäköisellä.

¹²⁴ *KKO*:n perusteluissa sanotaan, että A:n ei ole väitetty tarkoittaneen surmata B:tä. Tätä prosessuaalista näkökulmaa ei tarkastella tässä lähemmin.

¹²⁵ Tosin huoneistoon sisään menneet luodit olivat lävistäneet ikkunat 88–143 cm:n korkeudelta ja pysähtyneet seiniin tms. 81,5–142,5 cm:n korkeudelle, joten summittaisuus näyttää olleen lähinnä horisontaalista.

Vuonna 1998 KKO antoi kaksi lyhytaikaista kuristamista koskevaa tahallisuusratkaisua.

Tapauksessa *KKO 1998:1 A* oli kuristanut avovaimoaan B:tä sekä kaksin käsin että vyöllä Vana Tallinn -laivan hytissä. B oli vyöllä kuristamisen aikana ollut hetkellisesti tajuton. Kuristaminen oli kuitenkin päättynyt ja B ollut tajuissaan järjestysmies D:n saapuessa paikalle. B:lle aiheutui nirhautumia, verenpurkauksia, vakavia hengitysvaikeuksia ja shokkitila.

Kuultujen lääkärien mukaan kuristaminen voi aiheuttaa kuoleman eri mekanismeilla. Syynä voi olla hengityksen estyminen tai se, että uhrin verenkierto aivoihin estyy. Tämä edellyttää voimakasta ja suhteellisen pitkään jatkuvaa päättävistä kuristamista ja yleensä välineen käyttöä. Toisaalta kuristamisesta voi seurata heijasteellinen sydänpysähdys. Tällöin kuolema voi aiheutua jo varsin lyhytaikaisesta kurkunpään kohdistuvasta väkivallasta. Seuraustodennäköisyys on varsin vaikeasti ennustettavissa. AO ja HO tuomitsivat A:n tapon yrityksestä. KKO hylkäsi äänin 4–1 tämän syytteen, ja enemmistön perustelut eivät olleet yksimieliset.

Kolme oikeusneuvosta:

Korkein oikeus pitää selvitettyinä, että B on ollut A:n suorittaman kuristamisen seurauksena konkreettisesti hengenvaarassa. Sen on aiheuttanut kuristamiseen liittyvä heijasteellisen sydänpysähdysten vaara. Tenhun kertomuksesta ilmenee, ettei ole mahdollista ennakoita, missä tapauksissa tällainen riski toteutuu. Kertomuksesta ilmenee myös, ettei kuristamiseen liittyvä heijastekuoleman mahdollisuus ole yleisesti tiedossa.

Ottaen huomioon viimeksi mainitun seikan Korkein oikeus katsoo näyttämättä jääneen, että A:lla olisi ollut tapon yrityksen edellyttämä tahallisuus siinä suhteessa, että hän olisi ymmärtänyt tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena olevan B:n kuolema. Kun kuristamista, joka oli päättynyt ennen järjestysmiehen paikalle saapumista, ei hetkellisestä tajuttomuudesta huolimatta tässä tapauksessa muutoin kuin heijasteellisen sydänpysähdysten vaaran vuoksi ole katsottava hengenvaaralliseksi, A ei ole syyllistynyt tapon yritykseen.

OikN Suhonen:

Kuten läänioikeuslääkäri Tenhun todistajankertomuksesta ilmenee, kuolemanvaara on todellisuudessa johtunut käsin kuristamisesta varsin lyhyeenkin kuristamiseen liittyvästä heijasteellisen sydänpysähdysten riskistä, joka ei kuitenkaan ole yleisesti tiedossa. Kun A ei ole jatkanut kuristamista uhrin kuolemaan saakka vaan keskeyttänyt sen jo ennen häirityksi tulemistä, katson jääneen näyttämättä, että A:n olisi täytynyt ymmärtää seurauksena tapahtuneesta kuristamisesta varsin todennäköisesti olevan B:n kuolema.

OikN Wirilander:

Asiassa ei ole näytetty, että A olisi tarkoittanut tappaa B:n. Yleisesti on kuitenkin tiedossa, että kuristamisen seurauksena voi olla uhrin kuolema. Kuristaminen on tässä tapauksessa ollut voimakasta ja jatkuvaa. Kuristamiseen liittyvän heijasteellisen sydänpysähdysten mahdollisuuden ei voida katsoa olleen tuolloin yleisesti tunnetun eikä kuristamisen ja kuoleman sanotun lääketieteellisen syy-yhteyden

ole näytetty olleen tekohetkellä myöskään A:n tiedossa. A:n on kuitenkin tullut yleisen elämäkokemuksen mukaan käsittää, että B:n kuolema on hänen edellä mainituin tavoin toteuttamansa kuristamisen hyvin varteenotettava seuraus. Tämän vuoksi katson, ettei ole syytä muuttaa hovioikeuden tuomion lopputulosta.

Yksimielisyys vallitsi siitä, että todennäköisyystahallisuutta ei voitu liittää kyseisen kuristamisen suurimman vaaran perustaneeseen heijasteellisen sydänpysähdyksen vaaraan, joka ei ollut yleisesti tunnettu. Hiukan epäselväksi jää, olisiko todennäköisyystahallisuuteen riittänyt se, että heijastekuoleman mahdollisuus olisi ollut yleisesti tiedossa; kyseisen mahdollisuuden tai mekanismin oleminen yleisesti tiedossa ei nimittäin vielä sano, mikä olisi kyseisen mekanismin toteutumisen todennäköisyys. Eniten kannatusta saaneessa perustelussa todetaan, ettei ole mahdollista ennakoida, missä tapauksessa tällainen riski toteutuu. Tässä suhteessa on nähtävissä yhtäläisyyttä HIV-infektion tartuntaan. Wirilander mainitsi täydentävästi myös sen, ettei kyseinen syy-yhteys ollut myöskään B:n tiedossa.

Ei ole selvää, missä kaikissa suhteissa Suhosen ja kannatetuimman perustelun sisältö erosivat toisistaan. Wirilander tuntuu painottaneen muita enemmän kuristamista muiltakin osin kuin heijasteellisen sydänpysähdyksen riskin osalta. Kenties hänkin katsoi, ettei tätä tietä kuitenkaan päädytä todennäköisyystahallisuuteen, sillä hän operoi viimeksi mainitun sijasta ”hyvin varteenotettavan seurauksen” kriteerillä.

On tarpeen tarkastella vielä lyhyesti tarkoitustahallisuutta tapauksen yhteydessä. Perustelujensa neljännessä kappaleessa KKO toteaa, että ”[e]nsinnäkin jutussa on kysymys siitä, onko A syytteessä tarkoitettussa tilanteessa yrittänyt tappaa B:n eli onko A:n täytynyt ymmärtää, että hänen kuristaessaan B:tä varsin todennäköisenä seurauksena olisi tämän kuolema”. Tarkoitustahallisuutta ei siis mainita. Enemmistön perusteluissa ei tarkoitustahallisuuden edellytyksiä arvioida muutenkaan. Alioikeus oli perustellut tahallisuusratkaisuaan sillä, että A:lla oli ollut surmaamisen tarkoitus, minkä KKO noteerasi perustelujensa ensimmäisessä kappaleessa. KKO:ssa vain Wirilander otti asian esiin katsoen jääneen näyttämättä, että A olisi tarkoittanut tappaa B:n. Wirilanderin kanta onkin epäilemättä oikea, sillä usein on vaikea näyttää toteen tarkoitustahallisuutta tilanteessa, jossa tekijä ei ole jatkanut tekoa seurauksen syntymiseen saakka, vaikka siihen olisi ollut tilaisuus. Suhonen operoi viimeksi mainitulla näkökohdalla perustellessaan todennäköisyystahallisuuden jäämistä näyttämättä.¹²⁶

¹²⁶ Ruotsalaisessa prejudikaatissa NJA 1975 s. 230 oli tiettyjä yhtäläisyyksiä tämän tapauksen kanssa. Taustana molemmissa olivat mustasukkaisuusasiat ym. Mies kuristi tyttöystäväänsä koiran talutus-hihnalla. Molempiin tilanteisiin liittyi jopa determinatukseen viittaavaa vastaajan lausumaa. KKO:n ratkaisussa A oli B:n kertoman mukaan kysynyt B:ltä ”kumman valitset, kuoleman vai minut”. Ruot-

Kokoonpano, jonka jäsenistä neljä oli ollut antamassa juuri tarkasteltua ratkaisua, antoi samana päivänä ratkaisun *KKO 1998:2*. Siinä A oli päähtyneenä kuristanut yhdellä kädellä kurkusta isäänsä B:tä, joka kuoli kuristamiseen. AO ja HO tuomitsivat A:n taposta. KKO hylkäsi yksimielisesti syytteen taposta:

B:n kuolema on ollut äkillinen ja yllättävä. Kuolema on aiheutunut lyhytaikaisesta yhdellä kädellä kuristamisesta johtuneesta sydänpysähdyksestä. Sydänpysähdyksen mahdollisuus lyhytaikaisen kuristamisen seurauksena ei ole yleisesti tiedossa. Tämän vuoksi A:lla ei ole ollut tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta siitä, että B:n kuolema on hänen suorittamansa kuristamisen varsin todennäköinen seuraus. Mitkään seikat eivät osoita, että A olisi tarkoittanut jatkaa tekoaan, kunnes B olisi kuollut. A ei näin ollen ole syylistynyt tappoon.

Ratkaisevaa todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta oli se, ettei sydänpysähdyksen mahdollisuus lyhyen kuristamisen seurauksena ollut yleisesti tiedossa. Kysymys on jälleen siitä, missä määrin perusteluista voidaan tehdä vastakohtaispäätelmiä: olisiko todennäköisyystahallisuus ollut käsillä, jos tällainen yleinen tietoisuus olisi ollut olemassa? Sen tarkastelua, kuinka todennäköinen kuolema lyhytaikaisesta kuristamisesta johtuen (eli sydänpysähdyksen seurauksena) on, ei perusteluissa ole. Siteeratuissa perusteluissa KKO puhuu (A:lta puuttuneesta) tahallisuuden edellyttämästä ”tietoisuudesta” siitä, että B:n kuolema on hänen suorittamansa kuristamisen varsin todennäköinen seuraus. Tämä voi viitata siihen, että objektiivisesti kyse oli ”varsin todennäköisestä” seurauksesta.¹²⁷ Se, ettei mikään osoittanut, että A olisi tarkoittanut jatkaa tekoaan, kunnes B olisi kuollut, voi viitata yhtäältä tarkoitustahallisuuden puuttumiseen ja/tai siihen, että mieltämisarviota ei ollut perustettava toteutunutta pidempään kuristamiseen.¹²⁸

Tapauksessa *KKO 1999:20* A:n kertomansa mukaan ”huitaisuksi” kohti B:n ”kinttuja” tarkoittama veitsen isku oli osunut B:tä reiden yläosaan. Veitsen terä oli kulkenut läheltä alaraajan suurta valtimoa ja laskimoa sekä aiheuttanut virtsarakon sisäistä verenvuotoa ja reisilihaksen vahingoittumisen. Pistohaava oli noin 2 cm pitkä ja 10 cm syvä. Tapaus sattui Helsingissä erään grillikioskin luona. A ilmoitti luulleensa, että hänet aiotaan ryöstää. Kysymys oli yhtäältä surmaamistahallisuuden ja toisaalta putatiivihätävarjelun arvioinnista. Alemmat oikeusasteet

salaisessa ratkaisussa vastaaja oli todennut, että ”det är bäst att jag dödar dig”. Mies oli kuitenkin keskeyttänyt kuristamisen. HD katsoi jääneen näyttämättä, että hänellä oli tarkoitustahallisuus tai edes hypoteettisen tahtoteorian mukainen dolus eventualis. Ks. ruotsalaisesta ratkaisusta myös s. 291–292.

¹²⁷ AO esitti käsityksen, jonka mukaan kuristamiseen sisältyy aina mahdollisuus keskeyttää se ennen uhrille aiheutuvia kohtalokkaita seurauksia, jolloin se ei voinut yhtyä A:n käsitykseen, jonka mukaan kuolema oli aiheutunut huolimattomuudesta.

¹²⁸ *Fränden 2001* s. 146 mukaan likgiltighetsuppsåt olisi tapauksessa johtanut samaan tulokseen kuin todennäköisyystahallisuus.

tuomitsivat A:n tapon yrityksestä. Tapon yritystä koskevan syytteen hylätessään KKO totesi seuraavaa.

A:n ei ole näytetty suunnanseen puukoniskua B:n keskikehon helposti vioittuvien sisäelinten alueelle. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella ei muutoinkaan voida katsoa näytetyn, että A:n tarkoituksena on ollut tappaa B tai että hänellä olisi ollut tahallisuuden edellyttämä tietoisuus siitä, että hänen B:n jalkoihin tarkoittamansa puukoniskun varsin todennäköinen seuraus olisi tämän kuolema. Tekoa ei voida lukea A:n syyksi tapon yrityksenä.

Tapauksessa on hyödynnetty ratkaisusta KKO 1985 II 172 tuttua ”helposti vioittuvien sisäelinten alueen” kriteeriä lisäten siihen kuitenkin tarkentavan määreen ”keskikehon”. Kaiketi tämä oli tarpeen, kun esimerkiksi reisivaltimon ja -laskimon saatetaan yhtä hyvällä syyllä sanoa olevan sisäelimiä kuin keskikehon (tai kaulan) alueen vastaavien verisuonten. Myöskään kaulan alue ei tosin ehkä kuulu ”keskikehoon”. Toisin kuin vuoden 1985 ratkaisussa, ei vuoden 1999 ratkaisussa operoida välinpitämättömyydellä; ratkaisuun KKO 1999:20 sisältyvässä normipremississä puhutaan tarkoitustahallisuudesta, varmuustahallisuudesta ja todennäköisyystahallisuudesta viimeaikaisen oikeuskäytännön mukaisena ”vakiintuneena” hengen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuutena. Ratkaisussa KKO 1993:92 käytettiin vastaavan normipremissin yhteydessä vielä varovaisempaa määrettä ”yleensä”¹²⁹.

Tapauksessa *KKO 2002:124* A oli kuristanut päihtynyttä ja lievästi kehitysvammaista B:tä ja tämän jälkeen potkaissut laiturin reunalle kyykistynyttä B:tä seurauksin, että tämä putosi veteen ja hukkui.

Todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta on tämäntyyppisessä tilanteessa relevanttia, mikä käsitys tekijällä oli mm. seuraavista seikoista.

- kuinka syvää ao. kohdassa oli,
- osasiko uhri uida,
- mikä vaikutus pahoinpitelyllä oli uhrin kykyyn selviytyä,
- mikä vaikutus päihtyneisyydellä oli,
- mikä vaikutus lievällä kehitysvammaisuudella oli,
- millainen sää oli,
- millainen valaistus oli,
- minkälaiset mahdollisuudet tekijällä oli pelastaa uhri ja
- minkälaiset mahdollisuudet muilla oli pelastaa uhri.

Merkittävää on myös mm. se, pidetäänkö surmaamisenmenettelynä potkaisuista vai laiminlyöntiä pelastaa B tämän jouduttua veteen, sillä tämä määrää samalla sen ajankohdan, jolloin tahallisuuden on tullut olla käsillä, mikäli A tuomitaan taposta.

¹²⁹ Ks. ratkaisusta myös *Backman 2004* s. 9–10.

Tapahtuma-ajankohta oli 26.9. yöllä. Veden lämpötila oli 13 astetta. B:n verenalkoholipitoisuus oli 1,4 promillea. Kuristamisen seurauksena hän oli saanut mm. kieliluun ja kilpiruston murtuman. B oli hukkunut nopeasti. A oli kertonut odotelleensa 5–15 minuuttia, että B tulisi ylös vedestä, ja kun näin ei käynyt, hän oli poistunut paikalta. Esitutkinnassa A oli kertonut, ettei pidä itseään hyvänä uimarina, ja alioikeudessa, ettei osaa uida.

AO tuomitsi A:n taposta. HO:n enemmistön mielestä A:n menettely ei ollut ollut sellaista, että hänen on täytynyt ymmärtää, että potku mitä suurimmalla todennäköisyydellä johtaa kuolemaan katsoen hänen syyllistyneen vain pahoinpitelyyn ja törkeään kuolemantuottamukseen. Yksi jäsen katsoi, ettei A:lla ollut potkaistessaan syytä lähteä siitä, että B pelastautuisi uimalla tai muuten ja että A oli syyllistynyt tappoon. Myös KKO:ssa äänestettiin. Yksi jäsen katsoi, että mm. se, että aikuista ihmistä ei saada yhdellä potkulla kovin kauaksi rannasta, puhui sen puolesta, että A oli voinut pitää B:n pelastautumista todennäköisempänä kuin hänen hukkumistaan päätyen HO:n otsikointiin. Enemmistö esitti seuraavaa:

Faran för drunkning är särskilt stor, när en människa plötsligt och överraskande hamnar i kallt vatten. Vid ifrågavarande tidpunkt har vattnet varit 13-gradigt. Faran för att drunkna har varit förhöjd på grund av B:s nedsatta handlingsförmåga till följd av strypningen och hennes berusningstillstånd. Hennes möjligheter att klara sig har under dessa omständigheter varit helt beroende av utomstående hjälp och hennes eventuella simkunnighet har uppenbarligen inte haft någon stor betydelse med tanke på hennes chanser till räddning.

A har berättat att B hade haft svårt att andas och tala en tid efter strypningen. Med beaktande av strypningens kraft borde A även i övrigt ha insett att strypningen hade försvagat B:s handlingsförmåga. A har även varit medveten om B:s berusningstillstånd. På grundval av årstiden har den slutsatsen kunnat dras att vattnet redan måste ha varit ganska kallt. Med stöd av sin lokalkänedom har A också känt till att vattnet inte var grunt vid ifrågavarande brygga. Han kan inte ha haft säker vetskap om B:s simförmåga, då hon inte egentligen hade simmat när hon tidigare rörde sig i strandvattnet. A har också vetat att han själv inte hade förutsättningar för effektiva räddningsinsatser, och andra människor fanns inte på plats.

A har sålunda varit medveten om de faktorer, på grund av vilka sannolikheten för att B skulle drunkna har varit stor. A har inte ens försökt rädda henne eller kalla på hjälp utan har avlägsnat sig från platsen. Högsta domstolen finner att A måste ha förstått att följden av hans förfarande högst sannolikt var B:s död.

Tätä ratkaisua annettaessa KKO oli yleisten oppien uudistuksesta antamassa lausunnossa jo asettunut kannattamaan todennäköisyystahallisuuden legaalimääritelmää. Tahallisuutta koskeva johtopäätösosa ilmenee sitaatin viimeisestä kappaleesta. Vaikka sitoutuminen todennäköisyyskriteereihin on selvää, herättää kappale kysymyksiä. Siinä on kaksi mieltämistä koskevaa virkettä, ensimmäinen ja viimeinen. Ensimmäisen mukaan A oli selvillä seikoista, jotka tekivät seurauksesta todennäköisen. Viimeisen mukaan A:n oli täytynyt ymmärtää seuraus erittäin todennäköiseksi, toisin sanoen tehdä seurauksen todennäköisyyttä kos-

keva johtopäätös. Tämä liittyy siihen, riittääkö, että tekijä on tekohetkellä selvillä kustakin todennäköisyyden perustavasta seikasta, vai edellyttääkö tahallisuus, että myös johtopäätös on tehty. Tappotahallisuus edellyttää tahallisuutta suhteessa nimenomaan kuolemaan.

Jo ensimmäinen vaatimus voi olla työläs – riippuen tietysti siitä, mitä tiedostamisella halutaan tarkoittaa. Selvää on, että jos A:lta olisi tekohetkellä kysytty KKO:n toisessa siteeratussa kappaleessa viittaamista faktoreista, onko hän niistä selvillä, hän olisi useimpien osalta voinut enempää pohtimatta vastata myöntävästi (esim. oliko B:llä kuristamisen jälkeen hengitys- ja puhevaikeuksia?). Paljon vaikeampaa on tehdä seurauksen kokonaistodennäköisyyttä koskeva johtopäätös relevanttien faktorien pohjalta.

Kaksi seikkaa komplisoi tilannetta edelleen. Ensimmäinen on se, että ensimmäinen virke käyttää ilmaisua ”stor sannolikheter”, jälkimmäinen ilmaisua ”högst sannolik”. Kun jälkimmäinen tuntuu ainakin prima facie viittaavan korkeampaan todennäköisyyteen, voidaan kysyä, mistä ero johtuu, etenkin kun tekijä olisi johtopäätöksenä lähtenyt (omaksi vahingokseen) suuremmasta todennäköisyydestä, kuin mihin ensimmäisen virkkeen faktorit, joista hän oli selvillä, johtaisivat. Kenties asia selittyy sillä, että myös ”mitä suurin todennäköisyys” on ”suuri todennäköisyys”¹³⁰. Tilannetta kuitenkin mutkistaa myös välissä oleva virke, jossa puhutaan A:n laiminlyönnistä edes yrittää toimia B:n hyväksi. Kun vasta tämän jälkeen esitetään virke, jonka mukaan A:n on täytynyt pitää B:n kuolemaa menettelynsä högst sannolik -seurauksena, herää kysymys, mitä enemistö on pitänyt ratkaisevana tahallisuuden ajankohtana.¹³¹

Tapauksessa *KKO 2003:53* A oli aamuyöllä kuljettanut B:n autolla noin 100 kilometrin matkan LJ:n asuinkerrostalon pysäköintialueen läheisyyteen. Heillä oli ollut mukanaan pommi, jota B oli ryhtynyt A:n antamien ohjeiden mukaisesti asentamaan LJ:n vaimon KJ:n omistaman, mutta pääasiassa LJ:n käytössä olleen henkilöauton alle siten, että pommi räjähtäisi lähdetessä autolla liikkeelle. Pommi oli kuitenkin räjähtänyt auton alla B:n sitä asentaessa, jolloin mainittu auto ja sen lähellä olleet kolme muuta autoa olivat vaurioituneet ja B oli saanut vakavia vammoja. Asiassa vaadittiin A:lle ja B:lle rangaistusta törkeästä tuhotyöstä ja, paitsi LJ:hin, myös KJ:hin kohdistuneesta murhan yrityksestä.

¹³⁰ Mielestäni ”högst sannolik”, jota KKO käyttää viimeisessä virkkeessä, viittaa selvästi suurempaan todennäköisyyteen kuin 51 %, joka kuitenkin riittäisi ”varsin todennäköiseen” sen rikoslakiprojektin yleisiä oppeja koskevan vuoden 2000 ehdotuksen mukaan, johon pohjautuneesta HE-luonnoksesta KKO antoi lausuntonsa kannattaen ”varsin todennäköisen” kodifiointia. Ks. jakso III.6.

¹³¹ *Hahto/KKO 2002:124* s. 447 katsoo, että KKO:n näyttöharkinta on hyvin perusteltu ja kiinnittää huomiota todennäköisyyden objektiiviseen arviointiin KKO:n ratkaisussa ikään kuin esivaiheena näyttöharkinnassa; ellei todennäköisyys olisi ollut ylipäättään riittävä, ei olisi enää ollut mielekästä yrittää todistaa sitä tekijän näkökulmasta riittävän suureksi. Näin todennäköisyydestä tahallisuutta sovellettaessa onkin kohtuullista ajatella. – Ks. myös BGH 25.8.1982.

Kukin oikeusaste tuomitsi A:n ja B:n tuhotyöstä ja yhdestä eli LJ:hin kohdistuneesta murhan yrityksestä. KKO lausui perustelujensa jaksossa 4 toisessa kapaleessa:

Ottaen huomioon pommin sisältämän räjähdysaineen suuri määrä, mikä B:nkin on pommia käsitellessään täytynyt havaita, ja tarkoitettu pommin asettamistapa auton alle räjähdysaikaansaamiseksi, on sekä A:n että B:n täytynyt ymmärtää, että pommin räjähtämisen seurauksena auton kuljettaja varsin todennäköisesti kuolisi.

Tämäkin näennäisesti hyvin yksinkertaisen oloinen tilanne sisältää kiinnostavia tahallisuuskysymyksiä. Ne liittyvät sitaatin ilmentämiin tiedollisiin kysymyksiin, muihin tahallisuuden asteisiin ja kvalifiointiperusteisiin.

Ensiksi viitataan räjähdysaineen suureen määrään. Sitä oli asiantuntijan mukaan ollut 0,5–1 kiloa. Selosteen valossa A:lla on ollut tietoa ainakin pommin rakentamisesta ja toiminnasta. Pommia asentaessaan B taas on varmaankin havainnut ainakin suunnilleen millaisesta määrästä oli kyse. Sitä vastoin perusteluista ei nimenomaisesti ilmene, miksi B olisi ollut selvillä, minkälainen vaikutavuus kyseisellä määrällä räjähdysainetta on. Asiasta ei välttämättä ole myöskään kovin täsmällistä ”yleistä elämäkokemusta”, jollaiseen perusteluissa ei viitata. Luonnollisesti merkittävää on määrän lisäksi laatu, tässä kyse oli dynamiitista. Pommin asettamistavan merkitys on sidoksissa räjähdysvaikutavuutta koskevaan käsitykseen.

A:n katsottiin syyllystyneen henkirikoksen yritykseen vakaasti harkiten. Tätä kvalifiointiperustetta ei sovellettu B:hen. Olisikin odottanut tarkoitustahallisuuden selkeää tarkastelua (ainakin) A:n osalta.¹³²

Sitaatin mukaan A:n ja B:n oli siis tekohetkellä täytynyt ymmärtää, että ”pommin räjähtämisen seurauksena auton kuljettaja varsin todennäköisesti kuolisi”. Todennäköisyystahallisuutta ei voitaisi perustaa yksin tähän, sillä kuoleman todennäköisyys ei riipu pelkästään pommin letaalisuudesta, vaan myös siitä, millä todennäköisyydellä pommi räjähtää; kuoleman todennäköisyys on pommin räjähtämisen todennäköisyys x räjähdysvaikutavuuden todennäköisyys.

Samasta sitaatista käy ilmi teon tapahtuneen räjähdysaikaansaamiseksi. Dolus directus -opin mukaan tahallisia ovat tavoiteltuun tekijän käsityksen mukaan välttämättä/varmasti liittyvät (sivu)seuraukset. Jos tekijät olisivat siis pitäneet varmana, että heidän tavoittelemansa räjähdysvaikutavuus seurauksena on kuolema, olisi heillä ollut dolus directus suhteessa kuolemaan. Varsin todennäköinen ei tältä kannalta riitä. Tilanne ilmenee RL 3:6:n viimeisestä virkkeestä.

¹³² Ks. myös Nuutila/KKO 2003:53 s. 378–379, jonka mukaan A:lla ja B:llä oli tarkoitustahallisuus suhteessa LJ:n kuolemaan.

Myös muualla perusteluissa on kuitenkin lausumia, jotka vaikuttavat tahallisuuden kannalta merkityksellisiltä. Niinpä osallisuutta koskevan 2. jakson viimeisen virkkeen mukaan ”B:n on puolestaan täytynyt ymmärtää pommin räjähtävän, kun autolla lähdettäisiin liikkeelle”. Tässä voisi B:n osalta olla todennäköisyysarvion ensimmäinen premissi, josta ei 4. jakson sitaatissa ollut lausuttu. Jos juuri siteeratussa virkkeessä esiintyvä ”ymmärtää pommin räjähtävän” voidaan lukea ”pitää pommin räjähtämistä varmana”, ja jos siteerattuja perustelu-kohtia voidaan lukea yhdessä, on B:n todennäköisyystahallisuuden perustelu muodollisesti asianmukainen. Jaksossa 6 todetaan vielä kokoavasti, että ”[k]uten edellä on lausuttu, B:n on kuitenkin täytynyt ymmärtää, että pommin asentamisen seurauksena auton kuljettajan kuolema tulisi olemaan hänen tekonsa varsin todennäköinen seuraus”.

Räjähdysaineasiantuntijan mukaan sekä auton kuljettaja että kuljettajan vieressä istunut matkustaja olisivat saaneet surmansa räjähdyksessä. Syyttaja oli selosteen mukaan vaatinut A:lle ja B:lle rangaistusta myös yrityksestä murhata LJ:n vaimo KJ, joka omisti auton, todeten, että A ja B olivat suhtautuneet täysin hyväksyvästi tai välinpitämättömästi siihen mahdollisuuteen, että autossa voi sen räjähtäessä olla LJ:n lisäksi myös KJ. Syyte tuli siis tältä osin hylätyksi, seuraavin perustein:

A:n ja B:n ei ole väitetty tarkoittaneen tappaa KJ:tä. Asiassa on myös jäänyt näytettämättä, että A:n tai B:n tiedossa olisi ollut tai että heidän olisi täytynyt pitää varsin todennäköisenä sitä, että myös KJ olisi ollut autossa lähdettäessä sillä liikkeelle. B:n ei ole näytetty edes tienneen KJ:stä.

Tämän vuoksi ja koska pelkästään sillä perusteella, että KJ olisi voinut olla LJ:n mukana autossa lähdettäessä sillä liikkeelle, ei voida katsoa A:n ja B:n tahallaan yrittäneen tappaa myös KJ:n, ei heidän syykseen voida lukea yritystä tappaa KJ.

Tarkoitustahallisuutta koskevaa väitettä ei ollut siis esitetty. Positiivisen tahtoteorian mukaista tahallisuusmallia ei nähtävästi haluttu käyttää. Jäljelle jäivät siten kognitiiviset tahallisuusperusteet, joita ei katsottu näytetyiksi.¹³³

Tarkoitustahallisuus on ollut keskeisessä asemassa ratkaisussa *KKO 2003:115*, jota on edellä tarkasteltu surmaamistarkoitusta koskevan näytön näkökulmasta.

Tapauksessa K oli alkoholin vaikutuksen alaisena ampunut katkaistulla haulikolla laukauksen L:n asuntoon. Laukaus oli ammuttu ulko- ja välioven läpi noin metrin korkeudella jokseenkin vaakasuoraan noin 35 asteen kulmassa oveen nähden. K:n tietien asunnossa oli L ja kolme muuta henkilöä. K oli vihamielinen L:ää kohtaan ja hän oli ennen ampumista uhannut tappaa L:n. Yksi hauli osui L:ää reiteen.

¹³³ Ks. myös UfR 1998.277 H.

Ampumista oli tapon yrityksen näkökulmasta arvioitu mm. edellä selostetuissa ratkaisuisissa KKO 1991:171, 1995:143 ja 1997:108. Kaksi viimeksi mainittua koski asuntoon ampumista. Sekä KO että HO viittasivat normipremissinä todennäköisyystahallisuuteen hyvin samankaltaisin sanakääntein kuin KKO vuoden 1997 ratkaisussa. KO tuomitsi K:n L:ään kohdistuneesta tapon yrityksestä hyödyntäen todennäköisyys- ja välinpitämättömyyskriteereitä. HO hylkäsi äänin 2–1 tämän syytteen todennäköisyystahallisuusperustein, yksi jäsen olisi pysyttänyt KO:n ratkaisun.

KKO taas tuomitsi K:n mm. tapon yrityksestä. Kiinnostavaa on, että tämä tapahtui tarkoitustahallisuuden nojalla eikä esim. todennäköisyystahallisuuteen viitaten. K:lla katsottiin olleen tarkoitus tappaa L. Kognitiivisesta edellytyksestä KKO totesi, ettei K ole voinut ampuessaan lähteä siitä, ettei laukauksen osuminen L:ään olisi ollut mahdollista. Päinvastoin hänen oli täytynyt pitää osumista vartenotettavana mahdollisuutena. Nämä perusteet viittaavat oikeastaan vasta pahoinpitelyrikokseen liittyvän tarkoitustahallisuuden kognitiiviseen puoleen, sillä puhe on osumisen mahdollisuudesta. Jäljempänä KKO lisää, ettei K ampuessaan ole voinut täsmälleen tietää, missä kohtaa asunnossa L on laukaisuhetkellä ollut, millä seikalla ei kuitenkaan ole merkitystä, ”koska joka tapauksessa on selvää, että Johanna L on ollut laukaisuhetkellä hengenvaarassa ja K:n on täytyntä mieltää tämä”.

KKO tuomitsi K:n tarkoitustahallisuuden perusteella, muttei lausunut esim. todennäköisyystahallisuudesta. Alemmat oikeudet taas operoivat tahallisuuden alarajalla käsittelemättä lähemmin tarkoitustahallisuutta. KKO:n sanomana liepee kiinnittää huomiota siihen, että tarkoitustahallisuuskin on tahallisuutta, itse asiassa sen ylin aste (seuraustahallisuuden puolella). Tahallisuutta ei tule arvioida yksin tahallisuuden alarajan näkökulmasta. Alarajakeskustelun takia todennäköisyystahallisuus on ollut laajasti esillä, jopa siinä määrin, että tahallisuuden muu ala on jäänyt hiukan varjoon.¹³⁴

KKO:n viesti on perusteltu – huomiota on kiinnitettävä, elleivät prosessuaaliset syyt sitä estä, tahallisuuden muuhunkin alaan kuin sen alimpaan asteeseen. Edellä on kiinnitetty huomiota tappotarkoituksen näyttöön liittyviin asioihin. On mielenkiintoista seurata, mikä vaikutus ratkaisulla tulee olemaan. Tulevatko kenties jotkin aiemmin tahallisuuden alarajan näkökulmasta arvioidut tyypit-

¹³⁴ Jotkut prejudikaatit ovat ehkä olleet omiaan saamaan aikaan todennäköisyystahallisuuskeskeistä vaikutelmaa. Ratkaisussa 1998:1 KKO:n enemmistö toteaa perustelujensa ensimmäisessä kappaleessa, että vastaajalla oli KO:n mukaan ollut ”surmaamisen tarkoitus” kuristamisen hetkellä; HO ei ollut muuttanut KO:n tuomiota. Neljännessä perustelukappaleessaan KKO toteaa jutussa kyseen olevan ensinnäkin siitä, oliko A yrittänyt tappaa B:n ”eli onko A:n täytynyt ymmärtää, että hänen kuristaessaan B:tä varsin todennäköisenä seurauksena olisi tämän kuolema”. OikN Wirilanderin mukaan tappotarkoitusta ei ollut näytetty. Kriittisesti *Niemi-Kiesiläinen 2004* s. 110–111.

tilanteet tulevaisuudessa arvioituiksi (myös) tarkoitustahallisuuden näkökulmasta?

Kaikkein merkittävin kysymys kuitenkin kuuluu: johtaako tarkoitustahallisuuden mahdollinen ”elpyminen” siihen, että sillä kompensoidaan sitä, että tahallisuuden alarajan rajaaminen laissa yli 50 % -kriteerillä operoivaan todennäköisyystahallisuuteen voi merkitä tahallisuuskynnyksen nousemista? Jos esim. KKO 1991:171:n tyypisessä tapauksessa todennäköisyystahallisuuden edellytykset eivät toteudu, onko paineita katsoa tarkoitustahallisuus näytetyksi? Yllättävää painetta ei tosin sikäli pitäisi syntyä, että KKO otti itse lausunnollaan kantaa todennäköisyystahallisuuden puolesta, jolloin säännöksen kokonaismerkitystä lienee arvioitu. Oma käsitykseni on, että legaalimääritelmä kiristi todennäköisyystahallisuuden edellytyksiä.

Tapauksessa KKO 2003:115 tapon yrityksen syyksilukeminen yksin kognitiivisin perustein ei perustelujen valossa ilmeisesti olisi onnistunut, sillä se, että K:n oli KKO:n toteamin tavoin täytynyt mieltää L:n olevan hengenvaarassa, ei vielä riittäisi RL 3:6:n mukaiseen todennäköisyystahallisuuteen.

Ratkaisua voitaisiin tulkita myös siten, että KKO:n käsityksen mukaan yritys edellyttää – normaalikielisen ydinmerkityksensä mukaisesti – tarkoituksellisuutta. Vain tarkoitustahallisuus voisi riittää yrityksen rangaistavuuteen. Vaikka argumentti ei uusien, kvalifoidulla legaliteettiperiaatteella (”nimenomaan”) varustettujen kodifioitujen yleisten oppien aikana(kaan) ole mielestäni ilmeisen huono, oli vallitseva kanta kuitenkin tahallisuuden alimmankin asteen riittävyys yrityksessä. Jos KKO olisi halunnut rajua muutosta oikeustilaan, olisi se mitä luultavimmin esittänyt kannalle nimenomaisia perusteluja.

Kaiken kaikkiaan huomion kiinnittäminen muihinkin tahallisuuden lajeihin kuin todennäköisyystahallisuuteen oli paikallaan. Näin on siittäkin syystä, että tahallisuuden asteella on vaikutusta myös rangaistuksen mittaamisessa, kuten ratkaisusta myös ilmenee: tappamistarkoituksena ilmenevä tahallisuuden voimakkuus tuli ottaa huomioon rangaistusta koventavana perusteena. Luonnollisesti tahallisuutta, kuten muitakaan tahallisuuden asteita, ei saa mennä laventamaan soveltamisalansa ulkopuolelle, siinäkään tapauksessa, että tekoa haluttaisiin tai sitä olisi tarvetta pitää tahallisena. Tarkoitustahallisuudelle tunnusomaista on tekijän toimiminen ”för att”, saadakseen aikaan kyseisen seurauksen. Kognitiivisella puolella edellytetään seurauksen olevan tekohtekillä tekijän käsityksen mukaan vähintäänkin mahdollinen.

Ennen siirtymistä yhteenvetoon käsitellystä surmaamistahallisuutta koskevasta oikeuskäytännöstä, otan esille pari KKO:n ratkaisua pahoinpitelyjutuissa. Molemmat liittyvät jääkiekkoon.

Tapauksessa KKO 1996:74 B oli sen jälkeen, kun erotuomari oli viheltänyt kyseisen 4. divisioonan pelin poikki, ensin poikittaisella mailalla kaatanut A:n jäähän ja välittömästi sen jälkeen huitaissut jäällä maannutta A:ta mailalla, joka oli osu-

nut A:n kasvoihin aiheuttaen kolmen hampaan irtoamisen. A vaati B:lle rangais-
tusta siitä, että B oli tahallaan aiheuttanut hampaiden irtoamisen. AO hylkäsi
syytteen viitaten kiinnostavasti siihen, että tällaisessa tapauksessa oli edellytettä-
vä dolus determinatusta, joka oli jäänyt näyttämättä. HO tuomitsi B:n pahoinpite-
lystä. KKO pysytti HO:n tuomion lopputuloksen ja totesi tahallisuuskysymyses-
tä seuraavan.

Huitaistessaan A:ta mailalla kohti ylävartaloa B:n on täytynyt käsittää, että
vammojen aiheutuminen A:lle oli lyönnin varsin todennäköinen seuraus. B on
näin ollen tahallaan aiheuttanut A:n vammat.

Perusteluissa hyödynnetään todennäköisyystahallisuutta ja pakottavaa päätte-
lyä. Tältä osin ratkaisu on paradigman mukainen. Perustelut herättävät myös
kysymyksiä. Oliko B:llä todennäköisyystahallisuus (vain) yleisesti siihen, että
teosta aiheutuu A:lle vammoja, vai yksilöidymmin siihen, että teosta aiheutuu
hampaiden irtoaminen? Lopputuloksen kannalta kysymys ei välttämättä ole
merkittävä, kun molemmissa tapauksissa kyse olisi pahoinpitelyvammoista, jot-
ka toteutuvat samassa henkilössä.

Toinen kysymys liittyy teon tosiasialliseen luonteeseen. Selosteessa puhutaan,
myös KKO:n ratkaisussa, vuoroin mailalla ”huitaisemisesta”, vuoroin mailalla
”lyömisestä”. Huitaisun kohteena KKO mainitsee otsikossa pään, siteeratussa
perustelukohdassa puhe on huitaisusta ”kohti ylävartaloa” molempien kohtien
puhussa myös lyönnistä. Näistä liikkeen luonnetta ja sen kohdetta koskevista
muuttujista saadaan useita kuvausvariantteja, joilla voi olla merkittäviä vaaralli-
suuseroja. ”Ylävartalosta” selkeästi suurin osa on erilaisten suojusten peitossa,
jolloin pelkkä ”huitaisu” ”kohti ylävartaloa” pikemminkin epätodennäköisesti
aiheuttaisi vammoja. Tilanne muuttuu puhuttaessa huitaisusta päähän, puhumat-
takaan huitaisusta saati lyönnistä kohti kasvoja, joita useimmat pelaajat eivät
kypärää lukuun ottamatta suojaa¹³⁵.

Tapauksessa *KKO 1997:129* A oli peliajalla tullut täyttä vauhtia luistellen häneen
nähdessä selin ollutta B:tä kohti ja iskenyt tätä poikittaisella mailalla hartiasoutuun,
jolloin B oli iskun voimasta kaatunut jäähän seurauksin, että hän oli ollut noin 20
minuuttia tajuttomana ja hänelle oli tullut otsan vasemmalle puolelle T:n muotoi-
nen kalloluuhun ulottuva haava, suun limakalvolle kolme haavaa sekä aivotäräh-
dys. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat A:n pahoinpitelystä, KKO katsoen, että A:n
on täytynyt käsittää, että mainittujen B:n saamien vammojen syntyminen on ollut
varsin todennäköinen seuraus hänen menettelystään.

Käytössä on jälleen todennäköisyystahallisuus pakottavan päättelyn avusta-
mana. On mielestäni jossain määrin rohkeaa katsoa, että nuo vammat, etenkin
kaikki, olisivat (varsin) todennäköinen seuraus A:n menettelystä, joskin on käsi-
tykseni mukaan sanottavissa, että siitä ”aivan hyvin” tai ”helposti” voisi seurata

¹³⁵ Ks. myös *Nuutila 1997* s. 221, jonka mukaan on selvää, että tilanteessa tahallisuusvaatimus täyt-
tyy, ja tekijä mielsi hampaiden irtoamisen varsin todennäköiseksi.

mainitut vammat. Pelaajan kaatumista voidaan tilanteessa pitää lähes varmana, ja jonkinlaisten vammojen syntymistä todennäköisenäkin.¹³⁶

5.2.3 Yhteenvetoa

KKO:n ratkaisuja 1978 II 24 ja II 111 tarkastellaan usein ensimmäisinä varsinaisina tahallisuusprejudikaatteina. Niiden ratkaisuperusteissa seurauksen todennäköisyyden mieltäminen oli keskeistä. 1980-lukua leimasi yleisesti ottaen ratkaisuperusteiden etsiminen. Todennäköisyystahallisuuden ohella tahtokriteerit olivat edustettuina. Todennäköisyystahallisuuden tyypilliseksi todennäköisyyttä koskevaksi kriteeriksi muodostui ratkaisussa KKO 1978 II 111 käytetty ”varsin todennäköinen”. 1990-luvulla todennäköisyystahallisuus muodostui henkirikoksissa yhä hallitsevammaksi. KKO asettui rikoslain yleisiä oppeja koskevasta HE-luonnoksesta antamassaan lausunnossa todennäköisyystahallisuuden kannalle, joten sittemmin ei ehkä ole ollut odotettavissa, että KKO ainakaan henkirikoksissa operoisi muilla tahallisuusmalleilla¹³⁷.

Todennäköisyystahallisuus sisältää todennäköisyyden suuruuden (”varsin todennäköinen”) ohella toisen elementin, jota ilman puhe todennäköisyystahallisuudesta on vaillinaista ja harhaanjohtavaa. Tuo elementti on mieltämiseen liittyvä elementti. Todennäköisyystahallisuuden perusmuotoilu on se, että tekijä piti relevanttia seikkaa (seurausta) varsin todennäköisenä. Tuo ”piti” liittää tahallisuuden edellyttämin tavoin varsin todennäköisen tekijän todelliseen subjektiiviseen mieltämismailmaan. Todennäköisyystahallisuutta koskevalle prejudikaaturille on, niin 1970-luvun lopulla ja 1980-luvulla kuin nytemminkin, ollut tyypillistä, että tuo todennäköisyyden tekijään liittävä ilmaisu on vaihdellut. Selkeästi tekijän todelliseen mieltämiseen liittyviä ilmaisuja ovat esimerkiksi ”on ymmärtänyt”, ”on käsittänyt” tai ”on mieltänyt”. Alun pitäen mukana kuvasa on ollut myös pakottava päättely, jolloin tahallisuus muotoillaan siten, että tekijän ”on täytynyt pitää” (tai vastaavasti ymmärtää, käsittää tai mieltää) relevanttia seurausta varsin todennäköisenä. Pakottavaa päättelyä voidaan tulkita eri tavoin. Jotkin tulkintavaihtoehdot ovat yhteensopimattomia tahallisuuden perusluonteen kanssa.

Kolmas lähestymistapa on ollut se, että seuraus on aiheutettu tahallisesti, koska se on ollut ”tekijän tietten” varsin todennäköinen. Tämä kriteeri on perusmallin tavoin selkeän subjektiivinen ja sellaisena tahallisuuden peruslähtökohdan mukainen. ”Tekijän tietten” on jopa perusmallia kireämpi edellytys sikäli, että se viittaa myös tekijän käsityksen paikkansa pitävyyteen. On vielä neljäs lähesty-

¹³⁶ Tahallisuudesta urheilutilanteissa ks. *Kinnunen 1999* s. 103–109.

¹³⁷ Tästä lähemmin jaksossa III.6.

mistapa. Eräissä tapauksissa syytteen hylkäämisen perusteeksi on viitattu siihen, että seuraus ei ao. olosuhteissa ollut varsin todennäköinen. Tässä tapauksessa mitään nimenomaista liityntää tekijään ei ole. Tämä herättää omia tulkintakysymyksiään, joita on käsitelty edellä.

Jotkut ratkaisut sisältävät muotoiluongelmia, kuten signaalisanatahallisuutta. Tämä lisää vaikeuskerrointa näiden ratkaisujen tulkinnassa. On mahdollista, että vain muotoilussa on tapahtunut työtapaturma, vaikka ratkaisun takana oleva harkinta olisi ollut moitteetonta. On myös mahdollista, että ongelmat kielivät siitä, ettei asiaa hahmoteta oikein. Kenties kyse on jopa intuitiivisesta ratkaisusta, joka jälkikäteen koristellaan varsin todennäköisellä tms. signaalisanoilla. Tietysti intuitiivinenkin ratkaisu voi olla lopputulokseltaan oikeaan osunut. Vastaavasti moitteeton muotoilu ei ole tae siitä, ettei kyseessä olisi fasadiperustelu.

”Varsin todennäköinen” muodostui, kuten todettu, henkirikoksissa vakiintuneeksi vaadittavan todennäköisyyden tasoksi, ja on sittemmin myös otettu RL 3:6:een. ”Varsin” on epämääräinen määre. Vaadittavasta todennäköisyydestä ei tiedetä paljoakaan, ellei tämän määreen sisällöstä ole selvyyttä. RL 3:6:n soveltamisessa tuskin rohjetaan alittaa tasoa ”yli 50 %”, sillä tämä merkitys sille on annettu esitöissä eikä selvempää ruotsinkielistä säädösilmaisua ”överbägnande sannolik” voitane tulkita siten, että myös alle 50 %:n todennäköisyys voisi riittää. Keskeistä on, että ”yli 50 %” on ”varsin todennäköiselle” tämän vuosituhannen puolella annettu sisältö. Aiemmin sillä ei ole esimerkiksi oikeuskäytännössä ollut tällaista etabloitunutta sisältöä.¹³⁸ Siten ei voida lähteä siitä, että edes muotoilultaan korrekteja etenkin ennen vuotta 2000 annettuja todennäköisyystahallisuusprejudikaatteja voitaisiin ilman muuta hyödyntää uutta RL 3:6:ää sovellettaessa.

On tuskin löydettävissä yhtä merkitystä, joka ”varsin todennäköisellä” olisi ollut ennen vuosituhannen alussa tapahtunutta ilmaisun merkityksen selittämistä yli 50 %:n todennäköisyyttä tarkoittavaksi. KKO 1995:143 viittaisi siihen, että ”varsin todennäköinen” olisi enemmän kuin ”todennäköinen”, mutta tästä ei voida tehdä kovin pitkälle meneviä päätelmiä. Sekään ei ole selvää, että varsin todennäköisellä olisi ylipäätään ollut jokin pysyvä merkitys, jonka löytämisestä vain olisi kyse. Se on voinut vaihdella ajan kuluessa. Esityölausumat jopa tukevat tällaista mahdollisuutta.¹³⁹ Ei myöskään ole välttämätöntä, että merkitys olisi ollut sama tekotyypistä toiseen.

¹³⁸ Yhdessä otettiin osaksi osaruotsinnoksessa ei ole käytetty ilmaisua ”överbägnande sannolik”. Pääosa ilmaisuista on viitannut korkeisiin todennäköisyyksiin.

¹³⁹ Vrt. esim. KM 1976:72 s. 110–111 ja 172–173 sekä OJL 1989 s. 255–256, jota arvioidaan jaksossa III.6.

5.3 TAHALLISUUS MUIDEN SEURAUSTEN YHTEYDESSÄ

Tapauksessa *KKO 1995:85* on kyse murhapoltosta, jota koskeva RL 34:1 edellytti, että joku ”tahallansa tuleen sytyttää talon, rakennuksen [...]” jne. Talon tuleen syttymisen merkittävänä kriteerinä oli, saattoiko palaminen jatkaa ilman lisätoimenpiteitä¹⁴⁰. Syytetty A oli sytyttänyt kirjahyllyn päällä olleen kynttilän. Jonkin aikaa myöhemmin hän oli horjahtanut kirjahyllyä vasten, jolloin kynttilä oli pudonnut sänkyyn ja sytyttänyt sängynpeitteen palamaan. Tästä tuli oli levinnyt ja tarttunut huoneiston kattoon ja seiniin sekä levinnyt osittain huoneiston ulkopuolelle. AO:n mukaan A oli laiminlyönyt ryhtyä sammutustoimiin ja antanut palon levitä. Hänen oli sängynpeitteen sytyttyä täytynyt käsittää, että tuli varsin todennäköisesti leviäisi talon rakenteisiin. A oli suhtautunut palon leviämiseen hyväksyvästi tai ainakin välinpitämättömästi. AO tuomitsi A:n murhapoltosta, ja HO pysytti ratkaisun. KKO viittasi mm. siihen, että A:n kertoman mukaan hän oli huomannut liekit niiden ollessa noin metrin tai yli metrin korkuiset eikä hän ollut ehtinyt tukahduttaa niitä. Lisäksi KKO totesi mm. seuraavan:

Tulipalon syttymisestä ja leviämisestä huoneistossa ei ole muuta selvitystä kuin A:n kertomus. Ei ole selvitetty, että A olisi suhtautunut tulen leviämiseen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi. A:n syyksi jää kuitenkin, että hän on varomattomuudellaan aiheuttanut palavan kynttilän putoamisen sänkyyn ja palon syttymisen ja siten varomattomuutensa kautta ollut syynä ihmisten asuttavan talon palamiseen.

Kyse oli siis olennaisesti tahallisuudesta suhteessa ”tulen leviämiseen”. KKO perusteli tahallisuuden puuttumista nyt siis positiivisen tahtoteorian mukaisesti, vaikka henkirikoksissa todennäköisyystahallisuus oli saanut enenevästi jalansijaa. Alioikeus oli perustellut tahallisuutta molemmilla malleilla. Onko KKO:n perustelut ymmärrettävä esimerkiksi vain viestinä positiivisen tahtoteorian voimassaolosta rajanvetomallina ja/tai oliko ehkä niin, että todennäköisyystahallisuus ei olisi johtanut tuottamuvastuuseen?

Kysymys lienee ollut osin näytön arvioinnista. KKO on lähtenyt A:n kertomuksesta, jonka mukaan hän oli havainnut liekit metrin korkuisina eikä ollut ehtinyt tukahduttaa niitä. Jos tahallisuusarvio kiinnitetään tällaiseen tilanteeseen, voi johtopäätöksenä olla se, että henkilö on tuolloin pitänyt erittäinkin todennäköisenä palon leviämistä rakenteisiin. Jos tilanne kuitenkin oli se, että toimet

¹⁴⁰ Ks. lähemmin *Honkasalo 1960* s. 135–136. *Fränden 2001* s. 151–152 mukaan vaikka tunnusmerkistö ei edellyttänyt seurausta – rakennuksen tuleen sytyttäminen riitti – ilmentää ratkaisun tapahtuma kehityslinjaa, johon syytetty oli voinut vaikuttaa. Uusi tuhotyösäännös (RL 34:1) puhuu siitä, että joku ”sytyttää tulipalon” siten, että teko on omiaan aiheuttamaan tai siitä on lainkohdassa mainittua vaaraa. Esitöiden, *HE 94/1993* s. 117, mukaan tuhotyö ”on vaarantamisrikos, ei seurausrikos”, ja kohta sen jälkeen todetaan, että ”[k]ielteiset ilmiöt, jotka ehdotettu tuhotyösäännös edellyttää aikaansaataviksi, ovat tulipalo, räjähdys, vedentulva tai muu luonnontilan mullistus”. Tulipalo on siis ”ilmiö”, joka ”aikaansaadaan”.

leviämisen estämiseksi olivat mahdottomia, ei tuottamuksellinenkaan vastuu tulisi kysymykseen ottamatta huomioon henkilön aiempaa menettelyä.¹⁴¹

Tapauksessa *KKO 1996:149* A oli saanut pitkäaikaiset työtoverinsa B:n ja C:n takaajiksi 1.7.1992 ottamaansa 290 000 markan lainaan sekä C:n vielä asettajaksi 30.12.1992 ottamaansa 27 000 markan vekseliin. A oli lainaa ottaessaan ollut kyseiselle Pohjolan Osuuspankille velkaa n. 1 000 000 markkaa. Hänellä oli luottoja muilta tahoilta yhteensä lähes 700 000 markkaa. A:n kuukausinettotulot olivat olleet n. 10 000 markkaa, ja hänen omaisuutensa arvo oli noin puoli miljoonaa markkaa. Heinäkuun lainassa kyse oli järjestelylainasta, jolla oli maksettu A:n entisiä lainoja mainitulle Pohjolan Osuuspankille. B ja C olivat tienneet A:n tulot ja omaisuuden, mutteivät hänen kokonaisvelkamääräänsä. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat A:n tältä osin kahdesta petoksesta. Tahallisuuden näkökulmasta erityisen merkittäviä olivat seuraavat KKO:n perustelulausumat:

Näissä olosuhteissa A:n on täytynyt nyt kyseessä olevia muiden velkojen maksuun käytettyjä lyhytaikaisia luottoja ottaessaan ymmärtää niiden jäävän häneltä maksamatta ja hän on suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi.

— — —

Näissä olosuhteissa takauksen antaminen ja vekselin asettaminen ovat A:n tietien tosiasiallisesti merkinneet takaajille sitoutumista suoraan velkavastuuseen.

Edellisessä kohdassa viitataan pakottavalla päättelyllä tuettuun kognitiiviseen kriteeriin ja välinpitämättömyyteen. Perustelu saattaa herättää kysymyksen siitä, millä todennäköisyydellä A mielsi lainojen jäävän maksamatta, kun yhtäältä puhutaan ymmärtämisestä mutta virkkeen lopussa operoidaan sillä ”mahdollisuudella” että näin tulee käymään. Kognitiivisen puolen vahvuudesta riippuu osin sen arviointi, mikä rooli välinpitämättömyydellä on ollut.¹⁴² Pakottavan päättelyn käyttö on sikäli kiinnostavaa, että nyt ei kysymys ollut viinanhuuruisesta hetkellisestä aggressioteosta, kuten humalapuukkotapoissa. Tarve hyödyntää pakottavaa päättelyä tämäntyypisissä teoissa voi johtua siitä, että niihin voi liittyä katteetonta optimismia omista mahdollisuuksista selvitä taloudellisesta ahdinkotilasta. Tällaiseen ratkaisuselosteen tiedot eivät kylläkään viittaa. Jälkimmäisessä sitaatissa ei ole hyödynnetty pakottavaa päättelyä, vaan on päädytty siihen, että takauksen antaminen ja vekselin asettaminen ovat A:n ”tietien” merkinneet sitoutumista suoraan velkavastuuseen.

RL 36:1 puhuu taloudellisen vahingon aiheuttamisesta, jolloin taloudellista vahinkoa voidaan pitää seuraustunnusmerkkinä. Taloudellinen vahinko on ymmärretty laajemmin kuin vain lopulliseen varallisuusvahinkoon viittaavaksi. Varrattoman takaaminen on esimerkki riittävästä rahan tai tavaran tappion välittömästä vaarasta. Näin luonnehdittuun taloudelliseen vahinkoon tulee ulottua vä-

¹⁴¹ Ks. myös UfR 1918.946 H.

¹⁴² *Nuutilan 1997 s. 241* ja *Rikosoikeus 2002/Nuutilan s. 1168* mielestä todennäköisyystahallisuus olisi johtanut samaan kuin välinpitämättömyys-kriteerin käyttö eli tahallisuuteen.

hintäänsä RL 3:6:n mukainen todennäköisyystahallisuus¹⁴³. Tapausselosteen valossa edellytys varmaankin toteutuisi. Kyseiset oikeustoimet ovat perustelujen mukaan merkinneet sitoutumista suoraan velkavastuuseen. Allekirjoitukset ovat merkinneet taloudellisen vahingon syntymistä. Tilannetta voitaneen lähestyä myös RL 3:6:n viimeisen virkkeen mukaisen dolus directuksen näkökulmasta. A:n tavoitteena voitaneen sanoa olleen B:n ja C:n allekirjoituksen saaminen takauksiin ja vekseliin, ja näiden varmana seurauksena on ollut taloudellinen vahinko, josta lopullinen tappio.

Taloudellisen vahingon tulee aiheutua erehdyksen ja disponoinnin välityksin. Tunnusmerkistö tuntee vaihtoehtoina erehdyttämisen ja erehdyksen hyväksi käyttämisen. Edellisessä on kyse seuraustunnuksmerkistä, joten siihen sovelletaan RL 3:6:ää, jälkimmäiseen taas RL 4:1:ää. Erehdys, disponointi ja taloudellinen vahinko ovat vahvasti sidoksissa toisiinsa; ratkaisevassa asemassa on kautta linjan tekijän ja uhrien tietämys edellisen taloudellisesta asemasta.¹⁴⁴

5.4 YKSINKERTAISET OLOSUHTEET TAHALLISUUDEN KOHTEENA

Tapauksessa *KKO 1990:97* vastaajat olivat erehdyksessä ylittäneet Suomen ja Neuvostoliiton välisen rajan. Kysymys oli ennen kaikkea siitä, edellyttikö RL 42:2 tahallisuutta vai oliko tuottamus riittävä. KKO katsoi, että rikos edellytti tahallisuutta ja päätyi katsomaan, etteivät A ja B ”sitien ylittäessään erehdyksessä valtakunnan rajan ole syyllistyneet rangaistavaksi säädettyyn tekoon”.

Tapausten analysointi tahallisuuden sisällöllisten ulottuvuuksien kannalta on hankalaa. Selosteesta ei ilmene, minkätyyppinen erehdys oli kyseessä, eikä sekään, oliko syyttäjä rajannut rangaistusvaatimuksensa tuottamukseen. Periaatteessa, jos henkilö ei esimerkiksi huomaa merkkiä, joka osoittaa rajakohtaa, ja luulee sen vuoksi olevansa Suomessa (ja siten menettelevänsä lainmukaisesti oleskellessaan ao. paikassa), hän ei liene RL 4:1:n edellyttämien tavoin selvillä relevantista olosuhteesta eikä hänellä näin ole tahallisuutta.

Tapauksessa *KKO 1995:64* A oli valalla vahvistanut oikeaksi pesähoitajan laatiman yhtiön pesäluettelon, johon pesän varoiksi oli merkitty 1 473 416 markkaa. Luettelosta puuttui osakaslainasaamisia 1 084 387,70 markkaa A:lta, hänen vaimoltaan ja heidän toiselta yhtiöltään. Mainitut saamiset ilmenivät kyllä ajan tasalla olleesta kirjanpidosta.

¹⁴³ Taloudellisesta vahingosta ks. lähemmin *Tapani 2004a* s. 196–219.

¹⁴⁴ Petostahallisuudesta ks. Ståhlberg 1964 s. 233–248, *Rikosoikeus 2002/Nuutila* s. 1168–1169 ja *Tapani 2004a* s. 224–226.

AO ja HO tuomitsivat A:n törkeästä velallisen petoksesta. Tahallisuuden näkökulmasta keskeistä perusteluissa oli luettelosta puuttuneen määrän suuruus verrattuna varoiksi merkittyihin varoihin. HO:n mukaan, kun otettiin huomioon ilmoittamatta jätettyjen varojen suuri määrä ilmoitettuihin varoihin verrattuna, oli epäilyn ulkopuolella, että A ei olisi ollut tietoinen valalla vahvistamansa pesäluettelon virheellisyydestä. A:n keskeinen tahallisuusargumentti oli, että hän oli pesäluettelon oikeaksi vannoessaan luottanut siihen, että pesänhoitaja oli ammattimiehenä laatinut luettelon oikein. KKO:n ratkaisuksi muodostuneen kannan (presidentti Heinonen ja OikN Lindholm) perusteluissa todetaan seuraava:

Konkurssisäännön 15 §:n nojalla konkurssivelallisen on velkojainkuulustelussa ilmoitettava pesän varat ja velat ja valalla vahvistettava pesäluettelo oikeaksi. Konkurssisäännön 18 §:n nojalla mainitun velvollisuuden täyttämiseksi niskoiteleva velallinen voidaan tuomita vankeuteen. Nämä säännökset osoittavat, että juuri vahvistamalla pesäluettelon oikeaksi velallinen antaa oikeudelle sellaisen ilmoituksen konkurssipesän varallisuudesta, jonka oikeellisuudesta hän vastaa. Se että luettelosta pois jätetyt pesän saamiset ilmenevät kirjanpidosta, ei muuta sitä tosiasiaa, että velallinen on tahallaan valalla vahvistanut pesän varojen olevan todellista vähäisemmät eli salannut osan pesän varoista.

Se, että pesänhoitajan käytössä oli kirjanpitomateriaali, josta ilmenivät myös kyseiset osakaslainasaamiset, johti siihen, ettei menettelyn katsottu täyttävän kokonaistörkeysvaatimusta, ja A tuomittiin velallisen petoksesta. Kaksi jäsentä olisi pysyttänyt HO:n perustelut ja lopputuloksen. Yksi jäsen totesi seuraavan:

A:n kertoman mukaan pesänhoitajalle oli toimitettu yhtiön kirjanpitomateriaali, josta ilmenivät myös puheena olevat saamiset. Pesäluettelo oli käytännössä laadittu pesänhoitajan toimesta ilman, että A oli aktiivisesti myötävaikuttanut luettelon muotoutumiseen virheelliseksi. Vannoessaan pesäluettelon oikeaksi A oli luottanut siihen, että pesänhoitaja oli laatinut luettelon oikein. A:n on täytynyt käsittää, että kirjanpitoon merkityn saatavan salaaminen ei onnistuisi. Sen vuoksi katson jääneen näyttämättä, että A on toiminut tahallisesti ja hankkiakseen itselleen tai toiselle taloudellista hyötyä.

Ratkaisun määränneen kahden jäsenen perustelu on hiukan monitulkintainen. Saamisten ilmeneminen kirjanpidosta ei muuttanut ”sitä tosiasiaa”, että A oli tahallaan salannut osan pesän varoista. Miksi tahallisuus oli käsillä, ei oikein ilmene eikä perustelussa esimerkiksi viitata HO:n perusteluihin. Kenties tahallisuus oli niin selvää, ettei ollut syytä tehdä muuta kuin todeta, ettei saamisten ilmeneminen kirjanpidosta vapauta vastuusta. Otsikko-osaan on otettu tiedot poisjääneistä varoista ja mukana olleista varoista samoin kuin siitä, että kyseiset osakaslainasaamiset olivat A:lle itselleen, A:n vaimolle ja heidän yhtiölleen. Tällaisia saamisia olisi vaikeampi unohtaa kuin vieraiden saamisia. Toinen tulkintatapa olisi se, että tahallisuus perustui osin normatiivisiin kriteereihin: kun pesän varallisuuden ilmoittamisen ratkaiseva forum oli pesäluettelon vannomi-

nen, ei velallinen saa tahallisuuden poissulkevasti luottaa pelkästään kirjanpidon oikeellisuuteen ja pesänhoitajan ammattitaitoon. Ei vaikuta yksiselitteiseltä, pitiivätkö nämä jäsenet A:n väitettä luottamuksestaan ammattimiehen laatiman pesäluettelon oikeellisuuteen epäuskottavana vai oliko niin, että pelkkä tuollainen luottamus ei ollut tahallisuusvastuusta vapauttava.¹⁴⁵

Syytteen hylännyt jäsen lähti siitä, että A oli luottanut siihen, että pesänhoitaja oli laatinut luettelon oikein. Lisäksi mainitaan, että A:n oli täytynyt käsittää, ettei kirjanpitoon merkityn saamisen salaaminen onnistuisi (miksi näin olisi, ei perustella). Se ei tule esiin, vaikuttiko jälkimmäinen seikka edelliseen. Ainakin näkökohdat ovat samansuuntaisia siten, että jos on rationaalista lähteä siitä, että saatavan salaaminen ei onnistu, on ymmärrettävää, jos on luotettu siihen, että luettelo on laadittu oikein.

Toinen asia vielä on, oliko A tahallaan salannut koko tuon yli miljoonan markan määräisen varallisuuden. Osankin tahallinen salaaminen tosin riittäisi, tuomioistuimessa vahvistettuna, toteuttamaan törkeän velallisen petoksen kvalifiointiperusteen. Myös huomattavan hyödyn tavoittelu on kvalifiointiperuste. KO ja HO katsoivat A:n tahallaan salanneen ”osakaslainasaamiset”, kun taas KKO:n mukaan hän oli tahallaan valalla vahvistanut ”pesän varojen olevan todellista vähäisemmät eli salannut osan pesän varoista”. Salaamisen tulee velallisen petoksessa tapahtua hyötymistarkoituksessa, mitkä seikat saattavat käytännössä kulkea käsi kädessä.

¹⁴⁵ Nuutila 1997 s. 252–253 ja Tapani 2001 s. 270 näyttävät tulkitsevan ratkaisua pikemminkin jälkimmäisellä tavalla. Samoin Rikosoikeus 2002/Nuutila s. 1247, jonka mukaan asiallisesti velalliselle on asetettu selonottovelvollisuus pesäluettelon oikeellisuudesta. Jos tahallisuuteen ei sisältyisi selonottovelvollisuutta pesäluettelon oikeellisuudesta, pesäluettelon tahallinen tarkistamatta jättäminen sulkisi pois petosvastuun. Samansuuntaisesti Nuotio 1995 s. 958–960 lisäksi, että tällaisessa tahallisuusanalyysissä tietoisuusvaatimus ulotetaan oikeastaan koskemaan vain sitä, että velallinen on käsittänyt sen, että hän vastaa antamiensa ilmoitusten ja valalla vahvistettavan pesäluettelon sisällöstä. Koponen 2002 s. 274–279 katsoo ratkaisun ilmentävän tiukahkoa selonottovelvollisuutta kiinnittäen huomiota mm. siihen, että ilmeisesti KKO:n johtopäätös näytöstä oli toisenlainen – HO:han oli syyksilukevassa ratkaisussaan operoinut vastaajan mieltämisillä. Hän katsoi, ettei tahallisuus voi perustua pelkästään jälkikäteen todettuun selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin, vaan tarvitaan tieto relevantin seikan mahdollisuudesta realisoimaan selonottovelvollisuus. Esim. velallisen valan sisältö onkin omiaan ainakin kiinnittämään velallisen huomiota juuri pesäluettelon oikeellisuuteen. – Uuden RL 4:1:n mukaan teko ei ole tahallinen, jos tekijä ei ollut selvillä tunnusmerkistön toteutumisen kannalta relevantista seikasta. Selonottovelvollisuudella voidaan tahallisuuskysymyksissä operoida vain RL 4:1:n sallimissa rajoissa. – Vastaajan väitteessä kyse ei siis ollut pelkästä luottamuksesta siihen, että luettelo oli oikein, vaan sellaisesta perustellusta luottamuksesta, jossa laatijan ammattilaisuus muodosti perusteen kyseiselle luottamukselle. – Tapauksen tosiasiatiedot ovat melko niukat. Ainakin vanhojen käsitysten arviointiin voisi vaikuttaa summien suuruuden ohella mm. se, kuinka laaja ja monimutkainen luettelo on ollut, kuinka kauan vanhoja on siihen tutustunut, miten sitä on läpikäyty oikeudessa, mistä saatavien poisjäänti luettelosta on kirjanpidon oikeellisuudesta huolimatta johtunut ja mitä muuta syytä vanhojalla oli pitää luetteloa oikeana kuin pesänhoitajan ammattitaito jne.

Tapauksessa *KKO 1995:105* A oli ostanut B:ltä 400 000 markalla 146 kappaletta 5000 markan suuruisia leimamerkkejä, siis yhteiseltä nimellisarvoltaan 730 000 markan edestä. Leimamerkit olivat väärennetyjä. A:lla oli ollut yhtiönsä tekemän kiinteistönkaupan vuoksi käyttöä 420 000 markan leimamerkeille. A möi kaksi leimamerkkiä C:lle 9000 markan hinnasta ja yritti myydä 300 000 markan merkit KOP:lle 10 %:n alennuksella. Kysymys oli siitä, oliko A näin menetellessään syyllistynyt väärennysrikoksiin ja petosrikoksiin. Molempien kannalta keskeistä oli se, oliko A:lla tahallisuus suhteessa siihen, että merkit olivat väärennetyjä.

B oli halunnut myydä A:lle koko leimamerkkierän eikä vain A:n kiinteistönkauppaan tarvitsemaa osaa niistä. B ei esittänyt merkeistä saantokirjaa. Leimavelolain 96 §:n (620/1978) mukaan kun yksityisen henkilön tai yhteisön ostama leimamerkki oli jäänyt käyttämättä, lääninverovirasto suoritti hakemuksesta takaisin leimamerkin määrän. Tällöin hakija sai takaisin koko nimellismäärän. B oli kuitenkin selittänyt, että hän tarvitsi rahaa nopeasti. Tarjotessaan 300 000 markan merkkejä KOP:lle A oli vastaavasti viitannut toteutumatta jääneeseen kauppaan ja rahantarpeen kiireellisyyteen. KKO päätyi katsomaan, että ”A:n on täytynyt käsittää, että hänen ostamansa 5000 markan nimellisarvoiset leimamerkit olivat hyvin todennäköisesti väärennetyjä”. A oli syyllistynyt 62 merkin osalta yhtäältä törkeään väärennykseen ja toisaalta C:hen nähden petokseen ja KOP:iin nähden törkeän petoksen yritykseen sekä 84 merkin osalta väärennysaineiston hallussapitoon.

KKO sovelsi mieltämiskriteerejä. Kyseessä on jonkinlainen todennäköisyys-tahallisuus, joskaan siinä ei hyödynnetä tuttua ”varsin todennäköinen” -kriteeriä, vaan todetaan, että A:n on täytynyt käsittää, että leimamerkit olivat ”hyvin todennäköisesti” väärennetyjä. Volitiivisia kriteerejä ei käytetä. Mieltämisperusteluissa käytetään pakottavaa päättelyä.

Ymmärrän ”hyvin todennäköisellä” yleiskielisenä ilmaisuna todennäköisyyttä, joka on joka tapauksessa yli 50 %. Selosteessa kuvatun informaation valossa on mielestäni kohtuullista olettaa, että A on pitänyt todennäköisenä, että B:n leimamerkkeihin liittyy jokin rikos. Selosteen valossa herää toisaalta kysymys siitä, miksi tuo rikos olisi juuri se, että merkit olisivat väärennetyjä - eikö jostain syystä ollut epäiltävissä, että merkit olivat B:llä esimerkiksi anastus- tai kätkemisrikoksen seurauksena?

Kätkemisrikoksen (RL 32:1) esitöissä oli katsottu, että riittävää olisi, että ”tekijä on mieltänyt omaisuuden saaduksi jollakin säännöksessä mainitulla esirikoksella” (HE 66/1988 s. 106). Tämäkin sisältää tulkintavaihtoehtoja: B kauppittelee A:lle varastamaansa kelloa. A:n käsityksen mukaan B on saanut kauppittelemansa kellon 1) varkauden kautta; 2) varkauden, kavalluksen tai ryöstön kautta; 3) kavalluksen tai ryöstön kautta; 4) kavalluksen tai ryöstön kautta mutta ei varastamalla. Täysin riidatonta tahallisuusvaatimuksen toteutuminen on tilanteessa 1. Siteerattu esityölausuma viittaa siihen, että myös tapauksessa 2 olisi riittävä tahallisuus. Yleisten oppien uudistus on voinut muuttaa tilannetta. Tapauksia voidaan varioida konkretisoimalla niitä todennäköisyysarvioilla. Muuttuisiko esimerkiksi tilanteen 2 arvio, jos A piti varkautta 20 %:n, kavallusta 40 %:n ja ryöstöä 40 %:n todennäköisenä?

Väärennetyisyys on olosuhde, petoksen edellyttämä taloudellinen vahinko taas seuraus, joten edellisellä operoivien tunnusmerkkien tahallisuuskysymyksiä arvioidaan RL 4:1:n, jälkimmäisen RL 3:6:n valossa. Jos A tapauksen 1995:105 tilanteessa olisi pitänyt väärennetyisyyttä 40 %:n, varkaussaantoa 30 %:n, kavallussaantoa 20 %:n ja oikeudenmukaista saantoa 10 %:n todennäköisenä, riippuisi mainitun 40 %:n suhteesta RL 4:1:n selvillä olemisen vaatimukseen, olisi-ko A syyllistynyt väärennysrikokseen. Sitä vastoin petostahallisuuden kannalta merkittäviä saattaisivat olla myös varkaus- ja kavallusepäilyt. Lopputuloksena saattaisi olla se, että A olisi syyllistynyt petos- muttei väärennysrikokseen.¹⁴⁶

Tapauksessa *KKO 1997:33* opetusministeriön osastopäällikkö oli vuosina 1992–1994 osallistunut kolmelle valtionapua saavan liikuntajärjestöihin kuuluvan lajiliitto X:n kustantamalle matkalle jalkapallo-otteluihin Ruotsiin, Ranskaan ja Yhdysvaltoihin. Edun arvo oli 23 500 markkaa. Lisäksi hän oli vuonna 1993 osallistunut sellaista lajiliittoa tukevan yhdistys Z:n omistaman yhtiön kustantamalle matkalle Saksan-Itävallan mäkiviikon osakilpailuun. Edun arvo oli 3580 markkaa. A:lla oli asemansa vuoksi mahdollisuus vaikuttaa osastollaan valmisteltavina olleisiin liikuntajärjestöjen valtionavustuksiin, joita hän oli kyseisinä vuosina X:lle ja Z:lle myös itse myöntänyt. A:ta syytettiin jalkapallomatkojen osalta kolmesta lahjuksen ottamisesta ja mäkiviikolle suuntautuneen matkan osalta lahjusrikkomuksesta. HO hylkäsi syytteet. KKO katsoi A:n syyllistyneen mainittuihin rikoksiin, joskin piti jalkapallomatkoja yhtenä lahjuksen ottamisena. Keskeisimmät tahallisuusjohtopäätökset olivat seuraavat:

Ottaen huomioon edellä kerrotut olosuhteet kokonaisuudessaan A:n on virka-asemansa ja varanotaarikoulutuksensa vuoksi pitänyt ymmärtää, että matkaedut on annettu hänelle hänen virka-asemansa ja siinä olevien vaikutusmahdollisuuksiensa vuoksi ja että yhdistys X:n kustannuksella tehdyt matkat ovat olleet omiaan vaikuttamaan hänen virkatoimintaansa.

A on virkatehtäviensä perusteella ollut tietoinen PM-yhtiön omistussuhteista. Ottaan tämän lisäksi huomioon edellä selostetut olosuhteet kokonaisuudessaan A:n on täytynyt käsittää, että hänen osallistumisensa matkalle varsinkin juuri harkinnanvaraisten avustusten myöntämisen jälkeen on ollut omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen ja hän on suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi.

RL 40:1 ja 3 § (792/1989) sisälsivät mm. abstraktiin vaaraan viittaavan tunnusmerkin, joista näissä perusteluissa mm. on ollut kyse. RL 40:1 puhui edun vastaanottamisesta, joka ”on omiaan vaikuttamaan hänen mainittuun” virkatoimintaansa, RL 40:3 edun vastaanottamisesta, joka ”on omiaan heikentämään

¹⁴⁶ HE:ssä 66/1988 s. 117 viitataan siihen, että asiakirjan käyttäjä kiinni jäätyään usein väittää toimineensa hyvässä uskossa asiakirjan hänelle antaneen ”tuntemattoman miehen” puolesta, jollaisten tilanteiden varalta olisi painotettava todistuskappaleen käyttäjälle asetettavaa yleiseen elämäntapamallukseen perustuvaa selonottovelvollisuutta. *Rikosoikeus 2002/Nuotion* s. 1103–1104 mukaan selonottovelvollisuutta ei voida tulkita kovin laajasti. Uuden RL 4:1:n mukaan teko ei ole tahallinen, jos tekijä ei ole selvillä tunnusmerkistön toteutumisen kannalta relevanteista seikoista. Toinen asia on, missä määrin selonottovelvollisuudella ehkä voidaan operoida näyttöpuolella.

luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen”. Tahallisuuden kohteena oleviin olioihin ei tältä osin näytä liittyvän erityistä normatiivisuutta. Tunnusmerkistöt ovat mm. sikäli erilaiset, että edellisessä abstrakti vaara liittyy virkamiehen itsensä virkatoimintaan, jälkimmäisessä viranomaistoiminnan tasapuolisuuden objektiiviseen seikkaan. RL 40:1 sisälsi myös vaihtoehtoiset tunnusmerkit (vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan), jotka tahallisuustodistelun kohteina saattavat syyttäjän näkökulmasta olla abstraktia vaaraa vaativampia.

Edellisessä perustelukohdassa on operoitu kognitiivisilla, ehkä jopa varmuustahallisuudeksi katsottavilla perusteilla. Jälkimmäisessä kiinnitetään huomiota myös välinpitämättömyyteen.¹⁴⁷ Jos ratkaisevana pidetään sitä, että abstraktia vaaraa ei perinteisesti ole luettu seuraukseksi, sovellettaisiin tapaukseen RL 4:1:ää.¹⁴⁸

Tapauksessa *KKO 2001:13 B* oli 22.6.1999 tuonut kassin vaimonsa A:n työpaikalle tämän työhuoneessa säilytettäväksi. Kassin sisällöstä ei ollut keskusteltu. Kassi oli ollut lukittuna eikä sen sisältöä ollut voinut päätellä sen muodosta. Tuliviranomaiset toimittivat 28.6. kotietsinnän A:n ja B:n kotona, missä yhteydessä A sai tietää, että B:tä epäiltiin törkeistä huumausainerikoksista. Tässä tilanteessa A oli päättänyt hankkiutua kassista eroon ja luovutti sen C:lle. C oli kassin luovuttamisen yhteydessä ehdottanut A:lle kassin avaamista, mutta A ei ollut siihen suostunut. Kassissa oli 297 grammaa kokaiinia, 475 grammaa amfetamiinia ja 885 ecstasy-tablettia.

Esitutkinnassa A oli yhtäältä kertonut tajunneensa kassin luovutushetkellä, että kassissa täytyi olla huumausaineita, mutta toisaalta, ettei hänelle ollut koskaan selvinnyt, että kassi sisälsi huumausaineita. Merkittävää oli, oliko A:lla tahallisuus suhteessa siihen, että a) kassissa oli huumeita, b) kyse on suuresta määrästä huumausaineita, c) kyse on erittäin vaarallisista huumausaineista sekä oliko rikoksessa tavoiteltu huomattavaa taloudellista hyötyä (RL 50:2 1 ja 2 kohta). AO ja HO tuomitsivat A:n törkeästä huumausainerikoksesta. KKO totesi perustelujensa kohdassa ”A:n tahallisuus” mm. seuraavan:

Huumausainerikoksesta tuomitseminen edellyttää tekijän tahallisuutta. A:lta vaadittavaan tahallisuuteen kuuluu tässä tieto siitä, että kassi sisälsi huumausainetta.

¹⁴⁷ Lahjusrikkomusta koskeva perustelukohta saattaa olla tulkinnanvarainen sen suhteen, onko siinä nähtävissä jopa varmuustahallisuus, missä tapauksessa viittaamista välinpitämättömyyteen ei olisi tarvittu, vai ei, mihin voisi viitata perustelujen operointi ”mahdollisuudella”. *HE 44/2002* s. 81–82 omaksuu edellisen tulkintavaihtoehdon, kyseessä oli asiallisesti varmuustahallisuus. – *Rikosoikeus 2002/Rautio* s. 1284 katsoo, että merkittäviä taloudellisia etuja tuskin käytännössä annetaan tai otetaan vastaan ymmärtämättä sitä, että etu ainakin on omiaan vaikuttamaan vastaanottajan toimintaan palvelussuhteessa, jolloin kyse on lahjuksen ottamisesta. Ks. myös *Viiljanen 1984* s. 278–284.

¹⁴⁸ Ks. esim. *Frände 2001* s. 155, jonka mukaan ”[i] motsats till de konkreta faredelikten är det uppenbart att det tillstånd som ägnadedelikten förutsätter hör till klassen opåverkbara omständigheter”, mistä taas frändeläisittäin seuraa kognitiivisten tahallisuuskriteerien soveltaminen.

Jotta hänet voitaisiin tässä asiassa tuomita törkeästä huumausainerikoksesta, vaaditaan lisäksi muun muassa, että hän on tiennyt sen sisältäneen suuren määrän tai erittäin vaarallisia huumausaineita tai että hän tavoitellut rikoksellaan huomattavaa taloudellista hyötyä.

Jo A:n omien lausumien perusteella on pääteltävissä, että hän on jossain määrin ollut selvillä B:n ja C:n välisestä huumausainekaupasta. On epätavallista, että puoliso antaa toiselle jonkin laukun säilytettäväksi kodin ulkopuolella, tässä tapauksessa toisen puolison työpaikalla, ilman että syyt menettelyyn samalla selvitetään. Se, ettei A ole tiedustellut kassin sisältöä, viittaa yhtäältä siihen, että hän on arvannut asian oikean laidan, ja toisaalta siihen, ettei hän itseään suojellakseen ole halunnut sitä kuulla. A on pyrkinyt pääsemään kassista nopeasti eroon heti sen jälkeen kun A:n ja B:n kotiin oli tehty huumausainerikostutkintaan liittynyt kotietsintä. Hän ei ole halunnut kassin joutuvan tutkintaa suorittavien viranomaisien haltuun. A on luovuttanut kassin juuri C:lle, joka oli hänen tietensä harjoittanut huumausainekauppaa B:n kanssa.

Korkein oikeus katsoo edellä mainittujen seikkojen osoittavan, että A on kassia säilyttäessään ja sen C:lle luovuttaessaan pitänyt varsin todennäköisenä, että kassi sisälsi huumausaineita. Hänellä on siten ollut huumausainerikoksen edellyttämä tahallisuus. Sitä vastoin on jäänyt näyttämättä, että hän olisi ollut selvillä kassissa olleen huumausaineen laadusta tai määrästä. Myöskään ei ole näytetty, että A olisi kassia säilyttäessään tai sen luovuttaessaan tavoitellut huomattavaa taloudellista hyötyä. Sen vuoksi hänen syykseen ei voida lukea törkeää huumausainerikosta.

Rangaistuksen mittaamisen yhteydessä KKO totesi vielä seuraavan:

A:n on huumausainekassia säilyttäessään ja sen C:lle luovuttaessaan kassin koon ja painon perusteella täytynyt pitää mahdollisena, että se sisälsi suurehkon määrän huumausaineita. Hänen on täytynyt ymmärtää, että C ryhtyy niitä myymään. A:n varsinaisena tarkoituksena on ilmeisesti ollut päästä kassista eroon eikä niinkään huumausaineiden levittäminen. A ei siten ole tavoitellut taloudellista hyötyä, mutta hän on kuitenkin myöhemmin tilaisuuden siihen tarjoutuessa ottanut myyntituloja vastaan C:ltä.

Ratkaisu on perusteiltaan kognitiivinen ja siinä hyödynnetään todennäköisyystahallisuutta perusmuodossaan (on pitänyt varsin todennäköisenä). Nytkään ei kerrota, kuinka korkeasta todennäköisyydestä ”varsin todennäköisessä” on kyse, mikä rajoittaa tapauksen arvioimista. Ratkaisussa on operoitu eräillä muilla kognitiivista tilaa kuvaavilla ilmaisuilla. Kvalifiointiin määrän näkökulmasta ei ole riittänyt, että A:n oli täytynyt pitää mahdollisena, että kassi sisälsi suurehkon määrän huumausaineita, joten pelkkä mahdollisena pitäminen ei riittänyt tahallisuuteen ja/tai ”suurehko määrä” on kuitenkin vähemmän kuin RL 50:2:ssä mainittu ”suuri määrä”.

Merkittävää on myös, että perusteluissa puhuttiin tietämisestä ja selvillä olemisesta. Normipremississä tahallisuuteen todettiin kuuluvan ”tieto” relevanteista seikoista. Tuomitsemisen edellytyksenä on, että hän on ”tiennyt” ne. Tämä voisi viitata siihen, että varsin todennäköisenä pitäminen toteutti kyseisen tietovaatimuksen. Tämä taas voisi merkitä sitä, että varsin todennäköinen sisältää

korkean, vähintään yli 50 %:n todennäköisyyden. Toisaalta tahallisuusopissa on perinteisesti puhuttu ”tahallisuuteen kuuluvasta tietoisuudesta” ilman, että se olisi välttämättä viitannut edes todennäköisenä pitämiseen.

Lisäksi RL 50:2:n edellyttämä tahallisuus jäi näyttämättä, koska jäi todistamatta, että A olisi ollut ”selvillä” aineen erityisestä vaarallisuudesta tai suuresta määrästä. Tämän tekee erityisen mielenkiintoiseksi se, että RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdys käyttää juuri tätä verbiä. Voitaneen sanoa, että usein selvillä oleminen sisältää ajatuksen siitä, että henkilö pitää jotain (vähintäänkin) todennäköisenä.

Ei ole mahdotonta, että KKO olisi halunnut kriminaalipoliittisista tms. syistä asettaa tahallisuusvaatimuksen riman korkeammalle törkeän kuin tavallisen huumausainerikoksen yhteydessä. Jos kuitenkin vaatimukset ovat samat, mitä normipremissin sanamuoto sinänsä tukee, voi olla syytä lukea tietämistä, varsin todennäköisenä pitämistä ja selvillä olemista koskevat vaatimukset toisiinsa nähden yhteensopivina. Tällöin kielellisen tarkastelun pohjalta lieenee oikeampaan osuvaa olettaa, että kriteerinä oli tekijän käsittämä yli 50 %:n todennäköisyys kuin että vähempikin olisi riittänyt.

Toinen asia on sitten se, vakuuttavatko selosteen perustelut siltä osin kuin syyksi on luettu tavallinen huumausainerikos, ts. oliko A:lla riittävä käsitys siitä, että kassissa oli huumetta. Näyttötilanne on kokonaisuus, enkä yritä tarkemmin arvioida näytön lopputulosta. A on ainakin luovuttaessaan kassin C:lle pyrkinyt välttämään sen selville saamista, mitä kassissa oli. Kyseessä näyttäisi olevan dolus Alexanderson: pysyäkseen lain paremmalla puolella A on pyrkinyt olemaan tietämättä relevantista seikasta. Menettelyn mielekkyys voi jossain määrin riippua siitä, mikä on tiedollinen lähtötaso – pitikö asiaa vain mahdollisena vai jo todennäköisenä. Perusteluista käy ilmi seikkoja, jotka huomioon ottaen A:n luulisi pitäneen sisällön huumeluonnetta vähintään mahdollisena.¹⁴⁹

Toisaalta moni seikka on mielestäni kohtuullisessa sopusoinnussa sellaisenkin hypoteesin kanssa, että A:n käsitys hänen pitäessään kassia hallussa ja luovuttaessaan sen oli tasoa ”piti hyvinkin mahdollisena” muttei välttämättä ”todennäköisenä”. Sen, ettei A tiedustellut kassin sisällöstä B:n tuodessa sen hänen työpaikalleen, ei tarvitse viitata muuhun kuin siihen, ettei asia ole A:ta kiinnostanut. Se, että A kotietsinnän jälkeen hankkiutui eroon kassista, on ollut hänen näkökulmastaan rationaalista yhtä hyvin silloin kun hän olisi pitänyt 55 %:n todennäköisenä kuin silloin, kun hän olisi pitänyt 5 %:n todennäköisenä, että se sisältää huumetta. Epäilemättä A:lla oli kotietsinnän jälkeen objektiivisesti aiempaa suurempaa syytä epäillä kassin mahdollisesti liittyvän huumeisiin. A oli esitutkinassa antanut tahallisuutta C:lle luovuttamisen hetkellä tukevan lausuman, mutta

¹⁴⁹ Dolus Alexandersonista ks. lähemmin ratkaisun NJA 1941 s. 466 yhteydessä esitettyä.

hän oli jo esitutkinnassa myös sanonut, ettei hänelle ollut koskaan selvinnyt, että kassi sisälsi huumeita.¹⁵⁰

Myös ratkaisussa *KKO 2001:91* tahallisuuskysymykset olivat esillä. Tuntemattomaksi jäänyt autonkuljettaja oli tuonut maahan kokaiinipaketin ja kätkenyt sen huoltoaseman wc:n kattoon. Erä oli 163 gramman painoinen. Tieto kätköpaikasta oli ilmoitettu A:lle. A:n tehtävänä oli ollut järjestää paketin noutaminen ja edelleen luovuttaminen. A oli kääntynyt B:n puoleen, jotta B suorittaisi tehtävän. A oli kertonut, että tehtävän suorittamisesta maksettaisiin 1000 markkaa, jotka A ja B jakaisivat. A:n ja B:n vironkielellä käymien puhelinkeskustelujen perusteella A:n ja B:n voitiin päätellä tienneen, että kyse oli huumausaineesta, tarkemmin kokaiinista. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat A:n (ratkaisuseloste koski A:ta) törkeästä huumausainerikoksesta. Määrää koskevasta kvalifiointiperustetahallisuudesta KKO totesi seuraavaa:

Puhelinkeskusteluista tai muustakaan selvityksestä ei ilmene, että A olisi B:n kehotuksen mukaisesti selvittänyt paketissa olleen kokaiinin tarkan määrän tai että määrä muutoin olisi ollut hänen tiedossaan. A on kuitenkin voinut aineen maahantuontitavasta ja kätköpaikasta sekä sen pelkästä noutamisesta luvatussa, virolaisen ansiotason perusteella arvioituna huomattavasta palkkiosta päätellä, että kysymys oli suuresta määrästä kokaiinia.

KKO päätyi siihen, että ”[v]aikka A ei ole tiennyt huumausaineen tarkkaa määrää, hän on tiennyt sen, että kysymys on suuresta määrästä vaarallista huumausainetta”.

A:n on katsottu jopa ”tienneen” kyseiset seikat, joten ratkaisu ei välttämättä ole erityisesti tahallisuuden alarajaa koskeva kannanotto (myöskään otsikko-osassa ei viitata tahallisuuteen). Sitaattikappaleessa tunnutaan sanovan sikäli vähemmän, että A:n todettiin (vain) ”voineen päätellä”, että kyse oli suuresta määrästä kokaiinia. Lausumat ovat yhteensopivat ainakin, jos tuo ”voida päätellä” tarkoittaa sitä, että kyseiseen päättämiseen kykenevä myös tekee ao. päätelmän. ”Rekkakuskit” voivat tuoda maahan niin isoja kuin pieniäkin eriä. Jaetun 1000 markan palkkion indisioarvo pitää suhteuttaa myös mm. riskeihin. Kattoon kätkemisen tavalla on niin ikään merkitystä. Asiaan ei voida tässä yksityiskohteisemmin paneutua.

Tapauksessa *KKO 2001:117* A oli tuonut autolla Virossa Suomeen suuren määrän huumausaineita renkasiin kätkettynä. 19-vuotias B oli A:n pyynnöstä matkalla mukana matkustajana siten, että he näyttivät pariskunnalta. B:n mukanaolon katsottiin vähentäneen A:n riskiä joutua tullitarkastukseen ja kiinni huumausainerikoksesta. A oli luvannut korvata B:n matkasta aiheutuneet kulut ja lisäksi hän oli

¹⁵⁰ Samansuuntaisesti *Koponen 2002* s. 280. *Vottosen 2004* s. 156–159 mukaan olisi voitu perustellusti päätyä myös siihen, että A:n oli täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että kassissa oli suuri määrä huumausaineita. Ks. myös *KKO 2001:91* ja *117* sekä *2004:73* ja *Rt 1991* s. 600, *2000* s. 2072, *2001* s. 58, *2003* s. 118 ja *BGH 31.3.1999*.

luvannut B:lle 1000 kruunun palkkion. Matkaan lähdettiin tuolloin B:n tietien työttömänä olleen A:n tätä matkaa varten hankkimalla uudehkolla vuokra-autolla. Noin kuukautta aiemmin B oli matkustanut samalla tavalla A:n kanssa Suomeen. B oli tiedustellut tädiltään, joka oli A:n avovaimo, liittyykö matkaan lainvastaisuutta, mihin täti oli vastannut kieltävästi.

AO ja HO:n enemmistö tuomitsivat B:n avunannosta törkeään huumausainerikokseen, HO:n enemmistö positiiviseen tahtoteoriaan viittaavin perustein. Yksi hovioikeudenneuvos katsoi, ettei ollut näytetty B:n tienneen vuokratun auton renkasiin kätettyinä olleiden huumausaineiden laatua ja määrää ja katsoi B:n syyllistyneen vain avunantoon huumausainerikokseen. KKO äänesti asiassa. Yksi OikN hyväksyi esittelijän mietinnön, jonka tahallisuutta koskevat johtopäätökset olivat seuraavat:

Lähtiessään näissä olosuhteissa matkalle B on tietoisesti edistänyt A:n rikosta. Vaikka B ei ole nähnyt auton renkasiin piilotettuja huumeita, B:n on täytynyt järjestelyjen perusteella ymmärtää, että A oli tavoitellut huomattavan suuren huumausainemäärän maahantuontia. Suhtautuessaan näin hyväksyvästi tai välinpitämättömästi A:n rikokseen B on syyllistynyt hänen syykseen luettuun rikokseen.

Toinen OikN päättyi niin ikään alempien oikeusasteiden otsikointiin katsoen, että

B:n on matkan järjestelyjen ja kustannusten sekä luvattun palkkion perusteella täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että A on salakuljettamassa Suomeen huumausaineita sekä että kysymyksessä ei voinut olla muu kuin suuri määrä huumausainetta.

Hän olisi kuitenkin alentanut rangaistusta huomioon ottaen mm. sen, että B:llä ei ollut näytetty olleen edellä todettua tarkempaa tietoa huumausaineiden laadusta tai määrästä. KKO:n ratkaisun määrännyt kolmen OikN:n enemmistö päättyi seuraavaan tahallisuusnäkemykseen:

Korkein oikeus katsoo kerrottujen seikkojen osoittavan B:n todennäköisesti epäilleen, että A yrittää tuoda Suomeen jotakin laitonta tavaraa tai että A:n matkaan liittyy ainakin jotain lainvastaisuutta. Ei kuitenkaan ole esitetty seikkoja, joiden perusteella voitaisiin päätellä B:n arvelleen, että kysymyksessä olisivat juuri huumausaineet. Hänen mahdolliset rikosepäilynsä ovat jääneet epämääräisiksi. Jotta hänet voitaisiin tuomita avunannosta huumausainerikokseen, hänen olisi kuitenkin täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että A on salakuljettamassa Suomeen huumeita. Korkein oikeus katsoo tämän jääneen näyttämättä.

Syyte siis hylättiin. Yksi OikN päättyi alempien oikeuksien otsikointiin positiivista tahtoteoriaa hyödyntäen, yksi todennäköisyystahallisuutta hyödyntäen, kun taas enemmistö hylkäsi syytteen todennäköisyystahallisuutta käyttäen. Teoriataiston näkökulmasta kyseessä oli jälleen todennäköisyystahallisuuden ase-

maa vahvistava ratkaisu, joskin tähän malliin KKO oli jo lausunnossaan sitoutunutkin.¹⁵¹

B oli pitänyt mahdollisena, että matkaan liittyisi jotain laitonta. Keskeistä on, että tämä on vielä hyvin eri asia kuin se, että hän olisi pitänyt todennäköisenä, että kyse on juuri huumeiden viennistä. Tuon yleisen laittomuusepäilynsäkin näkökulmasta hän oli tiedustellut asiaa tädiltään, joka oli vastannut kieltävästi, mikä on molempien tahallisuusteorioiden näkökulmasta omiaan puhumaan tahallisuutta vastaan. Tältä pohjalta vaikuttaa luontevalta, että KKO katsoi B:n mahdollisten rikosepäilyjen jääneen epämääräisiksi.

Mikäli B:llä olisi katsottu olleen tahallisuus suhteessa huumausaineen viennin, olisi ehkä ollut lähempänä kuin ratkaisussa KKO 2001:13 päätyä saman tien törkeän huumausainerikoksen edellyttämään tahallisuuteen. Autoon mahtuu enemmän huumeita kuin kassiin, ja A:lla oli (B:n tietten) myös ollut selkeitä kuluja.¹⁵²

Tapauksessa *KKO 2001:97* voimailuharrastaja A oli 16.5.1999 pitänyt hallussaan tuntemattomiksi jääneiltä henkilöiltä ostamiaan viittä metenoloniampullia, yhtä testosteroniampullia sekä 17 metyylistestosteronitablettia. Kyseiset valmisteet ovat lääkkeitä, mutta niillä ei ole myyntilupaa Suomessa. Lääkelain (395/1987) 19 §:n mukaan yksityishenkilö sai kuitenkin tuoda maahan lääkevalmisteita henkilökohtaista lääkitystään varten lääkelaitoksen lähemmin määräämällä tavalla. Lääkelaitoksen 1.1.1997 voimaan tulleen määräyksen 1/1996 mukaan yksityishenkilö sai tuoda maahan kohtuullisen määrän laillisesti hankittuja lääkkeitä. Lääkelain 17 § sääntelee tuontia esimerkiksi teollista valmistusta, tutkimusta ja tuotantotoimintaa varten. Lasiampullissa (testosteroni?) oli ollut venäjänkielistä tekstiä, tableteissa ei ilmeisesti ollut ollut alkuperämerkintöjä. A:ta syytettiin laittomasta tuontitavaraan ryhtymisestä (RL 46:6). Asiaan liittyi KKO:n mukaan kaksi kysymystä: oliko mainitut aineet tuotu Suomeen salakuljettamalla (esirikos) ja jos näin oli, oliko A ”tiennyt” ne salakuljetetuiksi.

AO tuomitsi A:n lautamiesten äänin. Puheenjohtaja katsoi näyttämättä jääneen sekä sen, että valmisteet oli salakuljetettu maahan että sen, että A olisi ollut tietoinen tällaisesta. HO tuomitsi A:n esittelijän katsoessa, että riittävää ei ole, että A:lla arvioidaan voimailuharrastajana olleen yleisellä tasolla tietoisuus siitä, että voimailusaleilla luvattomasti myytävät hormonivalmisteet ovat yleensä Venäjältä salakuljetettuja. KKO:ssa esittelijä katsoi, ettei ole esitetty mitään selvitystä niistä olosuhteista, joissa syytteessä tarkoitettut valmisteet on tuotu maahan, ja että tällöin olisi menetelty laittomasti saati syyllistytty salakuljetukseen. Jäsenet olivat kuitenkin toista mieltä. Oli epätodennäköistä, että valmisteet olisi

¹⁵¹ *KKO:n lausunnossa 5.3.2001* s. 398 mainitaan mm. KKO 2001:13 lisäyksenä yleisten oppien HE-luonnoksessa mainittuihin todennäköisyystahallisuusratkaisuihin. Presidentti Heinonen oli tekemässä sekä lausuntoa että mainittua prejudikaattia.

¹⁵² Ks. myös *Vottonen 2004* s. 159–161.

tuotu maahan lääkelain sallimin tavoin. Lisäksi nyt oli kyseessä kolme valmistetta, joista KKO:n mukaan yhdenkään osalta hankintalähteestä tai -lähteistä annettu selvitys ei tukenut tällaista mahdollisuutta. KKO päätyi siihen, että tuonin laillisuuden mahdollisuus on niin etäinen, ettei sitä ollut aihetta ottaa arvioinnin perusteeksi. Subjektiiivisesta puolesta KKO totesi seuraavan:

Mitä tulee siihen kysymykseen, onko A:n vastoin kiistämistään katsottava tienneen lääkevalmisteet salakuljetetuiksi, Korkein oikeus toteaa A:n itse arvelleen, että metyyli-testosteronitabletit ovat peräisin Venäjältä. Viiden metenoloniampullin ja yhden testosteroniampullin alkuperästä hän ei ole lausunut käsitystään. A ei ole halunnut kertoa lähemmin tilanteista, joissa hän oli valmisteet ostanut, eikä paljastaa myyjien nimiä. Korkein oikeus katsoo, että A on lääkevalmisteet ostaessaan pitänyt varsin todennäköisenä, että ne on tuotu maahan salakuljettamalla. Sen vuoksi A:lla on ollut laittomaan tuontitavaraan ryhtymisen edellyttämä tahallisuus.

KKO on soveltanut todennäköisyystahallisuutta perusmuodossaan (”on pitänyt varsin todennäköisenä”), joskin virkkeen ensimmäisestä lauseesta ilmenee, että KKO ”katsoo” asian olleen näin (eikä esim. todennut sen olevan selvitetty). Kun valmisteilla ei ollut myyntilupaa Suomessa, voidaan pitää erittäin todennäköisenä, että ne oli tuotu ulkomailta (tosin kai kotimaisellekin valmistellelle voitaisiin olla myöntämättä myyntilupaa). Ampullissa oli lisäksi ollut venäjänkielisiä tekstiä, mikä edelleen nostaa sen ulkomaisen alkuperän todennäköisyyttä.

Yksityishenkilö voi lääkelain 19 §:n mukaisesti tuoda lääkevalmisteita laillisesti maahan. Selosteesta ei ilmene esim. perusteita, joiden avulla voitaisiin arvioida hankinnan laillisuutta alkuperämaassa, eikä myöskään se, millä todennäköisyydellä saatavilla voi olla valmisteita, jotka ehkä alun perin on aiottu omaan käyttöön mutta sitten syystä tai toisesta myyty. Onko esimerkiksi niin, että valmisteita on voitu käyttää lääkelain 19 §:n mukaiseen ”lääkitykseen” vain perin harvinaisten sairauksien yhteydessä (miten ”lääkitystä” ylipäättään on tulkittava)? KKO oli vastikään toisessa jutussa hylännyt syytteen huumausainerikoksesta, kun syytetty oli ilmoittanut hankkineensa huumausaineina pidettävät lääkevalmisteet henkilökohtaista lääkitystään varten, eikä syyttäjä ollut näyttänyt toteen muuta käyttötarkoitusta - näyttämättä oli tällöin jäänyt, että tuonti olisi tapahtunut laittomasti (KKO 2001:95). Onko sillä, että myyntilupaa Suomessa ei ollut, poissuljettu esimerkiksi kaikki lääkelain 17 §:n mukaiset lailliset tuontitavat? Kaiken kaikkiaan voi kuitenkin olla perusteita lähteä siitä, että se, että sillä myyntiin ilmaantuva ampulli on salakuljetettu, on ex ante objektiivisesti ainkin vartenotettava mahdollisuus.

Oma kysymyksensä on myös se, että RL 46:6 viittaa useisiin rikostyyppeihin, joihin ainetta maahan tuotaessa on voitu syyllistyä. Kaikki rikoksia sisältävä tuonti ei siis ole (ainakaan rikoslain tarkoittamaa) salakuljetusta. Syyksiluettavuuden näkökulmasta asian merkitystä relativoi se, että RL 46:6:n esitöissä (HE

66/1988 s. 181) viitataan mm. syyksilukemisvaatimuksen osalta kätkemisrikoksen perusteluihin, joissa taas sanotaan, että riittävää olisi, että tekijä on mieltänyt omaisuuden saaduksi jollakin säännöksessä mainitulla esirikoksella (HE 66/1988 s. 106). Tätä on käsitelty edellä.

Onko tekijä tiennyt aineet salakuljetetuiksi? Arviota komplisoi mm. se, että objektiiviseen todennäköisyyteen päädyttiin osin normeja koskevan informaation kautta. Voidaanko lähteä siitä, että vastaaja on sillä tavoin selvillä lääkevalmisteiden tuonnin normeista, että hän voi arvioida kaupan olevan ampullin tuontitavan todennäköisyyttä? Mahdollisesti vastaaja on ollut selvillä siitä ”koke-mussäännöstä”, jonka mukaan voimailusaleilla liikkuvat (luvattomat) aineet on yleensä salakuljetettu Venäjältä. A ei ole kertonut hankintojensa olosuhteista. KKO on ottanut tämänkin esiin tahallisuusarviossaan. Vaikenemisen ei periaatteessa pitäisi vaikuttaa vastaajan vahingoksi. A:n vaikeneminen voi lisäksi olla riippumatonta siitä, onko hän pitänyt valmisteita varsin todennäköisesti salakuljetettuina jo ostaessaan ne (johon ajankohtaan KKO liitti todennäköisyystahallisuuden) vai ehkä vasta myöhemmin.¹⁵³

Ratkaisuun liittyy myös kiinnostava lisäjuonne. KKO liitti tahallisuuden ostamishetkeen, joka tosin ei selosteesta selviä, toisin kuin se, että A:lla on ollut hallussaan kyseiset valmisteet 16.5.1999. Sekä tuolloin voimassa ollut että nykyinen RL 46:6 puhuu ryhtymisestä mm. salakuljetettuun omaisuuteen ”vaikka hän tietää, että omaisuus on tällä tavalla maahan tuotu”. Salakuljetussaantoon nähden on siis mainittu erityisesti subjektiivinen tunnusmerkki ”tietää”. KKO syyksiluki rikoksen todennäköisyystahallisuuden avulla. Todennäköisyystahallisuuden katsottiin siis täyttävän kyseisen ”tietämistä” koskevan vaatimuksen. Asiassa ei olisi ongelmaa, jos ”tietäminen” olisi mutkattomasti ”tahallisuuden” synonyymi tai jos ”tietämisellä” viitattaisiin vain ”tahallisuuden edellyttämään tietoisuuteen”. Silläkin tavoin ratkaisu voidaan tältä osin selittää asianmukaiseksi, että ”varsin todennäköisellä” on tarkoitettu jotain sellaista korkeaa todennäköisyyttä, jota enempää tietämiseltäkään ei yleensä vaadita (tuonti katsottiin objektiivisesti salakuljetukseksi, joten ”tietämisen” implikoima totuusvaatimus ei tuota ongelmia). Käsitykseni mukaan mikäli ”tietämisestä” puhuvissa tunnusmerkeissä ei haluta suorastaan vaatia varmuustahallisuutta, kuten myös on tehty, tulee sen edellytykset ainakin arvioida itsenäisesti eikä lähteä siitä, että riittävää olisi tahallisuus yleensä.¹⁵⁴

¹⁵³ Ks. myös *Kinnusen/KKO 2001:97* s. 237–240 kriittistä arviota.

¹⁵⁴ HE 6/1988 s. 106 ja 181 esitetyissä tahallisuusperusteluissa ei tarkastella juuri tätä kysymystä lähemmin.

5.5 NORMATIIVISET OLIOT JA TAHALLISUUS

Juridisten olioiden (seikkojen) yhteydessä tulee merkittävällä tavalla esiin se, mihin kaikkeen tahallisuuden on ulotuttava, toisin sanoen, vaikuttaako puuttuva tai virheellinen käsitys tahallisuuteen vai ei. Perinteisesti tosiasiaerehdyistä on pidetty tahallisuuden kääntöpuolena. Tosiseikoista erehtyneeltä on katsottu puuttuvan tahallisuus. Oikeuserehdykseen on suhtauduttu ankarammin – ignorantia juris nocet. Lähtökohta ilmeni myös vuoden 1875 rikoslakiehdotuksesta. Sen 63 §:n mukaan jos tekijä oli tekohtekellä tietämätön rangaistavuuden edellyttämästä olosuhteesta, hän oli vastuusta vapaa (ei kuitenkaan mahdollisesta tuottamusvastuusta). Pykälän jälkimmäisen virkkeen mukaan sellaiseksi tietämättömyydeksi ei luettu tietämättömyyttä laista.¹⁵⁵ Rikoslakiin säännöstä ei otettu. Missä määrin oikeudenvastaisuus mahdollisesti kuului tahallisuuden kohteisiin, on ollut kiistelty kysymys. Uudessa laissa erehdysopit ovat osin toisenlaiset.

Sääntö, jonka mukaan tosiasiaerehdys poistaa tahallisuuden, kun taas oikeuserehdys on lähtökohtaisesti arviointiin vaikuttamaton, voi vaikuttaa jäykältä. Kuuluminen jompaankumpaan ryhmään voi olla tulkinnanvaraista, mutta kategorisoinnin oikeusvaikutukset ovat merkittävät. Erottelu voi olla vaikeasti läpivietyävissä, ja on saatettu löytää tilanteita, joissa oppia noudattaen saavutettu lopputulos on koettu epätyytyttäväksi.¹⁵⁶

Niinpä on pyritty löytämään parempia kriteerejä eri erehdystyyppien välille (esimerkiksi jaottelu tunnusmerkistö- ja kieltoerehdykseen tosiasia- ja oikeuserehdyksen sijaan) ja/tai lisäämään erehdykategorioiden määrää (esimerkiksi selittämällä osa oikeuserehdyksistä tahallisuuden kannalta relevanteiksi tai ope- roimalla soveltamiserehdyksellä kolmantena kategoriana).

Eriyttämismahdollisuuksia lisäksi siirtyminen operoimaan (myös) rikosvas- tuun edellytysten ulkopuolelle, rangaistuksen määräämisen alueelle. Esimerkik- si oikeuserehdykselle voitaisiin tällä tavoin antaa merkitystä silloinkin, kun se ei johtaisi suorastaan vastuuvapauteen. Tematiikan näkökulmasta erittäin merkittä- vä uudistus toteutettiin 1960-luvulla, kun vuoden 1967 alusta otettiin käyttöön

¹⁵⁵ ”Ej må obekantskap med lagen till sådan okunnighet räknas [...]”. Ehdotuksen 46 § sisälsi vuo- den 1976 RL 6:1:ää muistuttavan rangaistuksen mittaamisen pääsäännön. Ehdotuksen 65 § mah- dollisti lievempään rangaistuslajiin tuomitsemisen.

¹⁵⁶ Lindholm 1968 s. 550–551 toteaa toimenpiteistä luopumista koskevassa artikkelissaan, että tuomioistuimet ovat aina soveltaneet ja tulevat vastakin soveltamaan tiettyä ”armahdusoikeutta” katsoessaan, että lain kirjaamisen tiukka seuraaminen johtaisi kohtuuttomuuteen. Tämä on voinut tapahtua lainsoveltamisen puolella (esim. katsottaessa pieniä vähäpätöisiä ryöstöjä omankädenoi- keudeksi) tai nostamalla, tiedostetusti tai tiedostamatta, näyttökynnystä. Näkemys on yhteensopi- va sen kanssa, että tahallisuusvastuun todellisen alan kannalta aineelliset rajakriteerit eivät suin- kaan kerro kaikkea, vaan huomioon on otettava mm. näyttömahdollisuuksien erilaisuus eri rikos- tyypeissä.

yleinen tuomitsematta jättämistä koskenut RL 3:5.2 (1.4.1966/196). Säännöksen mukaan ”[j]os rikos on vähäpätöinen, tuomioistuin saa jättää rangaistuksen tuomitsematta, mikäli ilmenee, että teko on johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta huomaamattomuudesta, ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä eikä yleinen etu vaadi rangaistuksen tuomitsemista”. Lindholmin mukaan anteeksiannettavia oikeuserehdyksiä voidaan käsitellä anteeksiannettavan tietämättömyyden yhteydessä. Soveltaminen voisi tulla kyseeseen esimerkiksi ulkomaalaisten kohdalla samoin kuin rikoslain ulkopuolisten kriminalisointien tilanteissa mutta myös in abstracto ankarammin rangaistavien rikosten yhteydessä erityistilanteissa.¹⁵⁷

Lahden mukaan huomaamattomuutta koskeva edellytys voinee täytyä lähinnä vain silloin, kun on kysymys tuottamuksellisena rangaistavasta rikoksesta, mutta tahallisenakin rangaistava teko on voitu tehdä ajattelemattomuudesta tai tietämättömyydestä. Tietämättömyydellä on tarkoitettu lähinnä tietämättömyyttä teon rangaistavuudesta (laintuntemattomuutta). Tietämättömyyttä teon rangaistavuudesta on perusteltua käsitellä syyksiluettavuudesta erillisenä mutta syyllisyyden alaan kuuluvana ilmiönä. Laintuntemattomuus voi olla niin anteeksiannettava, että teko on rankaisematon. RL 3:5.2:n soveltuessa tekijään pidetään mahdollisena kohdistaa jonkinmääräinen selonottovelvollisuuden täyttämiseen liittyvä moite, mutta hänen syyllisyytensä on po. suhteessa poikkeuksellisen lievä.¹⁵⁸

Nimenomaiset rangaistuksen mittaamissäännöt otettiin rikoslakiin vasta vuonna 1976. RL 6:1:n mukaan rangaistus oli mitattava niin, että se oli oikeudenmukaisessa suhteessa mm. rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen. 1970-luvulla rikoslakiin otettiin myös asteikon alitusta koskenut RL 3:5.2. Lailla 302/1990 tuomitsemattajättämissäännöstö uudistettiin. Tuomioistuin sai jättää rangaistukseen tuomitsematta mm. milloin ”rikosta on sen haitallisuus tai siitä ilmenevä tekijän syyllisyys huomioon ottaen pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisenä” (RL 3:5.3 1k, vähäisyysperuste) tai milloin ”rikosta on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä pidettävä anteeksiannettavana” (RL 3:5.3 2k, poikkeuksellisuusperuste). Esitöissä esimerkkinä vähäisyysperusteeseen liittyvästä syyllisyydestä mainitaan mm. toimiminen ”osittaisen oikeuserehdyksen vallassa”. Tekoon liittyvänä poikkeuksellisuusperusteena mainitaan mm. ”rangaistavuuden poistavaa oikeuserehdyistä lähellä olevat tilanteet”.¹⁵⁹ Esityöt noteeraavat

¹⁵⁷ Lindholm 1968 s. 555–558, jossa puhutaan sekä rangaistavuuden että kiellettyisyyden ja lain tuntemattomuudesta.

¹⁵⁸ Ks. Lahti 1974 s. 388–396 ja 457–459 sekä 286–291. Lahti puhuu siis etenkin tietämättömyydestä teon rangaistavuudesta.

¹⁵⁹ HE 79/1989 s. 13 ja 18–20 sekä *Rikosoikeus 2002/Lappi-Seppälä* s. 342–343 ja 356–357. Mitä esim. vähäisyysperusteeseen liittyvä ”osittainen oikeuserehdys” on ja miten oikeuserehdyksen huomioon ottamisen mahdollisuutta 1 ja 2 kohdassa on suhteutettava toisiinsa nähden, ei lähemmin ilmene, ainakaan nimenomaisesti, mainituista esitöistä.

siis yhtäältä rangaistuksen poistavan oikeuserehdyksen, ja toisaalta tuomitsematta jättämisen mahdollisuus oli oikeuserehdystapauksessa olemassa sekä 3 momentin 1 että 2 kohdan nojalla.

Kaiken kaikkiaan mahdollisuudet ottaa huomioon oikeuserehdys ovat monipuolistuneet. Myös tahallisuuden ja oikeuserehdyksen suhteen ymmärtämisessä on voinut tapahtua siirtymää. Merkitystä voi olla muillakin rikosoikeudellisen järjestelmän muutoksilla, esimerkiksi aiempaa synteettisemmällä tunnusmerkistöjen kirjoitustavalla. Kaiken kaikkiaan eri oikeuserehdystilanteet saattavat osin päätyä arvioitaviksi eri dogmaattisissa lokeroissa kuin aiemmin. Tilanne, jota jokin vuosikymmen sitten pidettiin esimerkiksi vastuun poissulkevana tai siihen vaikuttamattomana, on myöhemmin kenties johtanut tuomitsematta jättämiseen.

Asunto-osakeyhtiön toimitusjohtajan ja hallituksen jäsenten katsottiin tapauksessa *KKO 1980 I 1* syllistyneen jatkettuun alkoholipitoisen aineen myyntiin, kun he olivat yhtiön saunan yhteydessä välittäneet ns. virvoitusjuomapankin jäseniksi liittyneille talon asukkaille A-olutta, mitä oli tapahtunut vuosina 1969–1973. Kyseessä oli kaikkiaan 34 230 pulloa. Muitakin virvoitusjuomia oli ollut tarjolla. Olutta oli hankittu alkoholilain 31 §:n mukaista tilausmenettelyä käyttäen. Saunot olivat maksaneet oluista sen hinnan, jolla ne oli ostettu, kuitenkin niin, että asukkaiden saamansa kehotuksen mukaisesti palauttamista tyhjiä pulloista niitä myytäessä saaduista maksuista oli tuloutettu asunto-osakeyhtiölle ainakin 2000 mk. Palauttaminen oli kuitenkin ollut sikäli vapaaehtoista, että palauttaminen tai palauttamatta jättäminen ei vaikuttanut hintaan.

Kyseisessä täysistuntoratkaisussa KKO:n enemmistö (kaikkiaan 20 ratkaisuun osallistunutta) katsoi siis vastaajien syllistyneen mainittuun rikokseen. Osa olisi tuominut heidät siitä rangaistukseen, mutta päätökseksi muodostuneen mielipiteen mukaan heidät jätettiin rangaistukseen tuomitsematta RL 3:5.3:n nojalla: rikos oli ollut vähäpätöinen ja se oli johtunut olosuhteet huomioon ottaen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja tietämättömyydestä eikä yleinen etu vaatinut rangaistuksen tuomitsemista. Osa olisi hylännyt syytteen sillä perusteella, että kyseessä ei ollut rikos (kaikkiaan 9 ratkaisuun osallistunutta).

Oikeusneuvos Miettinen olisi hylännyt syytteen subjektiivisella perusteella. Alkoholilain (459/1968) 85.1 § oli tulkinnanvarainen siinä kohden, ettei alkoholijuoman välittämisestä ollut nimenomaan lausuttu, niin kuin pykälän 4 momentista alkoholijuoman luovuttamisen osalta ilmeni, että teko oli rangaistava silloinkin, kun tekijä ei ollut saanut siitä taloudellista hyötyä, minkä hyödyn saamista ennen alkoholilakia voimassa olleen väkijuomalain (45/1932) 37 §:n mukaan väkijuomain välittämisessä avullisena olemisen rangaistavuus oli edellyttänyt. Syytetyillä oli ollut ”perusteltua aihetta käsitykseensä puheena olevan, talon asukkaiden palveluna pitämänsä toiminnan lainmukaisuudesta” senkin vuoksi, että Alkon toimihenkilöiden oli tilaajan ostokelpoisuuden toteamisen yhteydessä

pitänyt olla selvillä siitä, etteivät taloon tilatut huomattavat olutmäärät tulleet tilaajien henkilökohtaiseen käyttöön vaan että kyse oli yhteishankinnasta, mutta tilausten tarkoittamat ostotarjoukset oli hyväksytty oluen toimitusten saadessa jatkoa syytteessä ilmoitetun lähes neljän vuoden ajan. Kun syytettyjen ”virheel-listä käsitystä lain sisällöstä” näin ollen voitiin pitää ”anteeksiannettavana erehdyksenä”, jäsen olisi hylännyt syytteen. Otsikossa kantaa kuvataan toteamalla, että yksi jäsen katsoi, että syytetyt olisi pitänyt vapauttaa rikosoikeudellisesta vastuusta oikeuserehdyksen perusteella.

Asiallisesti erehdyksen vastuusta vapauttava merkitys liittyi siis säännösten tulkinnanvaraisuuteen ja ehkä myös toiminnan mieltämiseen asukkaiden palvelumiseksi. Merkittävää oli myös, että julkisoikeudelliseksi mielletävän Alkon edustajat eivät olleet reagoineet menettelyyn, joka oli jatkunut pitkään.

Enemmistö ei siis ollut näin suopea, vaan jätti vain vastaajat rangaistukseen tuomitsematta. Selosteen ilmentämissä perusteluissa ei oteta lähemmin kantaa erehdysproblematiikkaan. Kun vielä osa olisi tuominnut vastaajat rangaistukseen, tuo ratkaisu hyvin esiin vastuun asteikollisuuden. Esille tulee myös ratkaisukriteerien läheisyys sikäli, että Miettisen mukaan syytettyjen virheel-listä käsitystä lain sisällöstä voitiin pitää anteeksiannettavana erehdyksenä, mikä johti syytteen hylkäämiseen, ja anteeksi annettavuuden käsitettä käytti myös enemmistö soveltaessaan RL 3:5.3:ää, mm. kun teko oli johtunut anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja tietämättömyydestä. Anteeksiannettavuuden esilläolo sekä syytteen hylkäämiseen johtavissa että vain tuomitsematta jättämisen mahdollistavissa perusteissa on syystä koettu sekoittavaksi. Yleisen osan uudistuksessa lakitekstiä yritettiin muotoilla siten, että ongelma ainakin pienenesi (RL 4:2 ja 6:12).

Ratkaisun antamisen aikoihin erehdysoppi oli toisenlainen kuin nykyään. Erehdysten jaottelu ja niiden perusteet samoin kuin teoreettiset vaikutukset olivat osin nykyisestä poikkeavat. Ei ehkä ole aivan selvää, oliko kyse rangaistussäännökseen (AlkoholiL 85.1 §) vai sitä täydentävään normistoon liittyvästä erehdyksestä tai tietämättömyydestä, millä teoriassa saattoi olla merkitystä erehdyksen käsittelyn kannalta. Jäsen viittasi rangaistussäännöksen – rikoslain ulkopuolisen – muotoiluun, mutta argumentatiivista tukea oli saatavissa myös muualta laista. Sekään ei tosin ole selvää, katsottiinko rikoksen edellyttävän tahallisuutta (mihin suuntaan lainkohdan ilmaisut ja ankara 2 vuoden maksimirangaistusuhka voisivat viitata) vai pohdittiinko erehdystä vain tuottamusta edellyttävän rikoksen yhteydessä. Uuden lain näkökulmasta jäsenen pohdinta koskisi ilmeisesti kieltoerehdystä.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ks. myös *Backman 1989a* s. 586–587.

Tapauksessa *KKO 1984 II 80* ravintolan asiakas A oli väkivaltaisesti vastustanut ravintolan vahtimestari C:tä potkimalla C:tä jalkoihin C:n poistaessa ravintolasta A:n seurassa olleen miehen. Vahtimestari oli asianmukaisen luvan perusteella asetettu järjestysmieheksi. Hänellä ei tuolloin ollut ollut sisäministeriön julkisen huvitilaisuuden järjestysmiehen tunnusmerkistä antamassa päätöksessä tarkoitettua nauhaa tai pukua, jossa olisi ollut näkyvällä paikalla sana ”järjestysmies”, vaan hän oli ollut pukeutunut yleisesti käytetyillä vahtimestarin merkeillä varustettuun asuun. Kysymys oli siitä, oliko A:lla tahallisuus suhteessa siihen, että hänen vastustamansa henkilö oli ”järjestysmies” (laki julkisista huvitilaisuuksista 492/1968, 18.3 §, joka viittasi RL 16:1 ja 2:iin). AO ja HO tuomitsivat A:n järjestysmiehen väkivaltaisesta vastustamisesta. KKO katsoi kuitenkin A:n viaksi jääneen vain lievän pahoinpitelyn:

C:llä ei ole kysymyksessä olevassa tilaisuudessa ollut sisäasiainministeriön julkisen huvitilaisuuden järjestysmiehen tunnusmerkistä antamassa päätöksessä tarkoitettua nauhaa tai pukua, jossa olisi ollut näkyvällä paikalla sana ”järjestysmies”. Hän ei myöskään ollut esittänyt A:lle järjestysmieskorttiaan eikä ilmoittanut tälle olevansa järjestysmies. Näin ollen A ei ole tiennyt ravintolan vahtimestarina toimineen C:n olleen myös asianmukaisesti asetettu järjestysmies. A ei siten ole syyllistynyt järjestysmiehen väkivaltaiseen vastustamiseen.

”Järjestysmies” on sikäli juridinen ominaisuus, että järjestysmieheksi tuleminen edellyttää viranomaisen hyväksyvän henkilön tällaiseen tehtävään. Tältä kannalta ominaisuus on samantapainen kuin virkamiehen. Tekijä oli ilmeisesti ymmärtänyt, mitä tehtäviä C ravintolassa hoiti. Tämä ei kuitenkaan riittänyt järjestysmies-tunnuksen edellyttämään tahallisuuteen, jonka osalta ratkaisussa operoitiin verbillä ”tietää”. Tahallisuusratkaisun lopputulos voi olla oikea ainakin, jos vahtimestarin ja järjestysmiehen sosiaalisessa roolissa ja funktiossa on eroa.¹⁶¹

Tapauksessa *KKO 1984 II 129* ammatinharjoittaja (arkkitehti) A ja hänen vaimonsa B olivat vuosien 1972–1977 aikana tallettaneet suuria rahamääriä sekä asuinpaikkakuntansa että myös toisella paikkakunnalla liikettä harjoittavan osuuskunnan säästökassaan ja saaneet talletusten verohuojennuslaissa edellytettyä korkotasoa ylittävää korkoa, jota he eivät olleet ilmoittaneet ko. vuosien verotuksessa. A ja B olivat kumpikin tallettaneet toiseen osuuskassaan vuosina 1972–1977 vähimmillään 81 575 mk ja suurimmillaan 322 159 mk A (B:llä ei ollut talletuksia vuodelta 1976) ja niistä oli maksettu korkoa 6 576 mk–43 459 mk ja toiseen osuuskassaan vuosina 1973–1977 vähimmillään yhteensä 105 520 mk ja suurim-

¹⁶¹ Ks. myös *Backman 1989a* s. 574, jonka mielestä tahallisuudelta edellytettiin liian täsmällistä tietoa vastustamisen kohteen järjestysmiesominaisuudesta. Hän otaksuu, että ratkaisun taustalla olivat seuraamuksen määräämiseen liittyvät kohtuussyyt. Näin tapaus saattaisi edustaa *Lindholmin 1968* s. 550–551 tarkoittamaa ”judiciell benädningsrätt”iä”. – Mahdollisesti ratkaisua selittävät myös preventiiviset syyt – pidemmälle menevä rikosoikeudellinen suoja edellyttää suojeltavaltaakin määräysten tarkkaa noudattamista – ja/tai tietty julkisen vallan ulottuvuus; asianmukaisesti asetettu järjestysmies on eräänlainen esivallan jatke, ja asiakas–esivalta-suhteessa esivallan edustajilta voidaan edellyttää tavallista enemmän, kuten järjestysmiesstatuksensa selväksi tekemistä tässä tapauksessa tai ajo-oikeuden lakkaamisen selvää ilmoittamista tapauksessa *KKO 1985 II 179*.

millaan yhteensä 152 000 mk ja niistä oli maksettu korkoa 5 250 mk–21 068 mk. A, joka hoiti yksin perheen raha-asiat veroilmoitusten laatimisineen ja joka oli tullut tietoiseksi siitä, että talletuksille maksettiin muiden rahalaitosten maksamaa korkoa korkeampaa korkoa, kiisti syytteen jatketusta veropetoksesta sillä perusteella, etteivät korot ja talletukset olleet hänen käsityksensä mukaan veronalaisia. B viittasi mm. siihen, että hänen miehensä A hoiti raha-asiat ja veroilmoitusten laatimiset.

AO tuomitsi A:n ja B:n jatketusta veropetoksesta. HO hylkäsi syytteen, koska näyttämättä oli jäänyt, että A:lla ja B:llä olisi, huomioon ottaen talletusten veronalaisuutta koskevat puheena olevana aikana voimassa olleet säännökset ja niiden soveltamisesta annetut virallisohteet, ollut tahallisuuden edellyttämä tietoisuus sanotun suuremman koron merkityksestä tilillä olevien varojen ja niille maksettavan koron veronalaisuuden kannalta. KKO:n enemmistö perusteli tahallisuutta seuraavasti:

Ottaen huomioon A:n ja B:n talletusten suuren määrän ja sen, mitä verovuosia 1972 ja 1973 koskeneissa verohallituksen julkaisemissa ohjeissa veroilmoituksen laatijalle oli mainittu korkotulojen ja talletusten veronalaisuudesta ja mitä A:n ja B:n asemassa olevien verovelvollisten tiedossa yleisen elämäkokemuksen mukaan on tulojen ja varallisuuden veronalaisuudesta, A:n ja B:n on täytynyt tietää, että heidän ilmoittamatta jättämistään koroista ja talletuksista on maksettava veroa.

Talletusten veronalaisuutta koskevat puheena olevana aikana voimassa olleet säännökset ja talletusten veronalaisuuden soveltamisesta annetut virallisohteet, lukuun ottamatta verovuosia 1972 ja 1973, ovat tosin olleet jossain määrin tulkinanvaraisia, mutta huomioon ottaen edellä esitetyt seikat A:lla ja B:llä on katsottava olleen tahallisuuden edellyttämä tietoisuus normaalia suuremman koron merkityksestä tilillä olevien varojen ja niille maksettavan koron veronalaisuuden suhteen. He ovat siten menettellyllään tahallaan pidättäneet valtiolta ja muilta veronsaajilta veroa.

Tahallisuuden puolesta puhui siis kolme seikkaa, talletusten suuri määrä, verohallituksen ohjeet ja se, mitä A:n ja B:n asemassa olevien tiedossa yleisen elämäkokemuksen mukaan on tulojen ja varallisuuden veronalaisuudesta. Nämä ovat informaatiolähteinä eriluontoisia. Seloste ei mahdollista kyseisten seikkojen yksityiskohtaista analyysiä. Lisäksi A ja B ovat olleet aika merkittävästikin eri asemassa tapahtumainkulussa. Ilmi ei käy esimerkiksi se, luonnehtii-ko B:n ”asemaa”, johon liitettiin yleisen elämäkokemuksen mukainen tietty selvilläolo veronalaisuudesta, ominaisuus arkkitehdin vaimo ja/tai muut seikat, tai se, minkälaista tuo tietoisuus eri asemassa (yleensä) on. B:n tutustumisesta verohallituksen ohjeisiin ei ole puhetta.¹⁶²

On vaikeahkoa arvioida myös sitä, perustuiko tahallisenä syyksilukeminen puhtaasti riittävään käsitykseen relevanteista seikoista vai lisäksi esimerkiksi jonkinlaisen selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin. Siteeratun perustelukohdan

¹⁶² Kriittisesti myös *Lehtonen 1986b* s. 197–200.

mukaan A:n ja B:n oli ”täytynyt tietää”, että heidän ilmoittamatta jättämistään koroista ja talletuksista oli maksettava veroa, kun taas sitä seuraava kappale päätyy siihen, että huolimatta verohallituksen ohjeiden jonkinasteisesta tulkinnanvaraisuudesta A:lla ja B:llä oli ”katsottava olleen” tahallisuuden edellyttämä tietoisuus normaalia suuremman koron merkityksestä tilillä olevien varojen ja niille maksettavan koron veronalaisuuden suhteen.

Vähemmistöön jäänyt jäsen viittasi mm. siihen, että syyttäjä oli lausunut A:n kertoneen uskoneensa, että korkotulot olivat verovapaita, ja muotoili syyksilukemiskysymyksen seuraavasti:

Kysymys on erehtymisestä lain tulkintaan liittyvästä seikasta. Kun A:n ja B:n erehtyminen syyttäjänkin mielestä on tapahtunut tosiasia, A:n ja B:n tuomitsemisen rangaistukseen edellyttää, että he ovat suhtautuneet verovelvollisuuteensa välinpitämättömästi ja, hyväksyessään senkin mahdollisuuden että tilillä olevat varat ja niistä saadut korot ovat olleet veronalaisia, ottamatta asiasta enempää selkoa jättäneet nuo varat ja korot verotusta varten ilmoittamatta.

Hän katsoi molempien menetelleen kyseisten kriteerien valossa tahallisesti. B:n teon hän kuitenkin katsoi johtuneen anteeksi annettavasta ajattelemattomuudesta ja jätti hänet RL 3:5.3:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta.

Enemmistön ja vähemmistön prosessuaalis-näytöllinen lähtökohtatilanne näyttää olleen osin erilainen. Enemmistö katsoi tahallisuusarviossaan, että A:n ja B:n oli täytynyt tietää, että heidän ilmoittamatta jättämistään koroista ja talletuksista oli maksettava veroa. Vähemmistö taas on lähtenyt siitä, että A:n käsityksen mukaan korkotulot olivat verovapaita. Enemmistö on voinut päätyä tahallisuuteen jo kognitiivisin perustein. Vähemmistö ei ole lähtökohdastaan johtuen näin voinut tehdä, vaan on positiiviseen tahtoteoriaan viittaavin sanakääntein perustanut saman lopputuloksen osin selonottovelvollisuuden laiminlyömiseen. B on vielä ajattelemattomuuteen viitaten jätetty rangaistukseen tuomitsematta.

Enemmistön ja vähemmistön perustelumuotoilut viittaavat siihen, että molemmat ovat pitäneet problematiikkaa tahallisuuskysymyksenä. Tahallisuuden tuli kohdistua siihen, että (kyseisistä) talletuksista ja koroista oli maksettava veroa. Jos tästä lähdetään, johtaisivat uudet säännökset vähemmistön ilmeisesti hylkäämään syytteen sekä A:n että B:n osalta, heidän eivät olleet selvillä veronalaisuudesta. Syyksilukeminen saattaisi edellyttää tahallisuuden ja kieltoerehdyksen välisen rajan siirtämistä siten, että vähemmistön lähtökohtanaan pitämä erehdys selitettäisiin kieltoerehdykseksi. Operoiminen pelkästään kognitiivisella tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvedolla voi johtaa juuri tällaiseen menettel-
lyyn.¹⁶³

¹⁶³ *Rikosoikeus/Nuutilan 2002* s. 1018 mukaan verovelvolliselle on yleensä asetettu jonkinasteinen selonottovelvollisuus siitä, miten verolainsäädäntöä sovelletaan hänen tapaukseensa: ”Jos kuitenkin

Raja-alueella liikkumista ilmentää kiinnostavasti se vähemmistön nimenomaisesti esiintuoma käsitys, että kysymys on erehtymisestä lain tulkintaan liittyvästä seikasta. Korkojen veronalaisuus lienee kuvaava esimerkki kahteen maailmaan kuulumisesta. Yhtäältä voidaan kysyä, onko erehtynyt selvillä toimintansa relevanteista olosuhteista (tahallisuus), toisaalta kyse on siitä, että erehtyneellä on virheellinen käsitys menettelynsä kiellettyisyydestä ja jopa rangaistavuudesta. Syynä saattaa olla se, että tällaisten korkojen veronalaisuus on institutionaalinen tosiasia, olemassa oikeusjärjestyksen osana.¹⁶⁴

Samana päivänä sama kokoonpano antoi toisenkin ratkaisun *KKO 1984 II 130* ylikorkojutussa. Sen otsikko on seuraava:

Syytetty oli sopinut kauppaliikettä harjoittavan osuuskunnan säästökassan kanssa talletuksilleen maksettavasta normaalin talletuskoron olennaisesti ylittävästä korosta ja allekirjoittanut kuitteja, joiden mukaan maksettu lisäkorko olisi muka tarkoittanut muuta maksusuoritusta. Syytetyllä katsottiin sen vuoksi olevan tahallisuuden edellyttämä tietoisuus tuon koron merkityksestä tileillä olevien varojen ja niille maksettavan koron veronalaisuuden suhteen ja hänet tuomittiin rangaistukseen jatketusta veropetoksesta.

Perustilanne oli olennaisesti sama kuin edellisessä ratkaisussa. Nyt tahallisuus kuitenkin perusteltiin ennen kaikkea sillä, että syytetty oli käyttänyt energiaa toimiin, joiden avulla oikeustoimen luonne saattoi näyttää toiselta kuin mistä varsinaisesti oli kyse. Lisäkorko oli merkitty kerran vuodessa A:n tileille panona. Tosin edellisessäkin ratkaisussa ylikoron osuus näkyi toisessa säästökassassa kirjalla talletuksena ja toisessa ylikoron määrä oli lisätty heti pääomaan.¹⁶⁵

1980-luvun puolivälissä KKO antoi kaksi ratkaisua polttoöljyn kuljetuksesta, liikenneluvasta ja erehdyksestä.

kin voidaan katsoa, että verovelvollinen on riittävässä määrin täyttänyt selonottovelvollisuutensa, tahallisuusvaatimus ei täyty.” Tahallisuutta ei voitane perustella selonottovelvollisuuden laiminlyönnillä, jos tekijä ei ollut ”selvillä” relevanteista seikoista ja/tai ei RL 3:6:n mukaisesti pitänyt seurausta yli 50 %:n todennäköisenä. Sitä vastoin selonotolla voidaan ainakin teoriassa operoida syytetyn eduksi asettamalla sen laiminlyönti tahallisuuden lisäedellytykseksi. Selonottoyrkimykset menettelyn sallittuudesta voivat toisaalta jossain vaiheessa tehdä kieltoerehdyksen anteeksiannettavaksi.

¹⁶⁴ *Backman 1989a s. 572–573* toteaa tätä ja seuraavaa ratkaisua kommentoidessaan, että kysymys ei ole tosiasiakysymys. Hän katsoo, että eräs KKO:n käytännön 1980-luvun tärkeimpiä linjanvetoja oli ollut pyrkimys häivyttää ero tosiasia- ja oikeuserehdyksen välillä ”eli liittää tahallisuuden sisältämään tietoisuuteen myös tieto teon oikeudellisesta merkityksestä”.

¹⁶⁵ Ks. ylikorkojutuista *Lehtonen 1986a s. 390–393*, jossa mm. todetaan, että silloin kun syyte on tahallisuuteen kuuluvan tietoisuuden puuttumisen vuoksi hylätty, perusteena on ollut talletusten ja korkojen veronalaisuutta koskeneiden säännösten epäselvyys ja että langettavat päätökset on perusteltu monipuolisemmin kuin vapauttavat. – *HE 66/1988 s. 63* mukaan muutosta tahallisuusarviointiin ei ehdotetun RL 29:1.1:n myötä aiheutuisi; ”Tahallisuus edellyttäisi, että rikoksenteikijä on pitänyt verorasituksensa lainvastaista pienenemistä menettelynsä varmana tai ainakin varsin todennäköisenä seurauksena.”

Tapauksessa *KKO 1985 I 2* huoltoasemaliikettä harjoittanut A, jolla ei ollut ollut liikennelupaa, oli öljy-yhtiö B:n kanssa tekemänsä sopimuksen perusteella suorittanut 1976–1980 polttoöljyn kuljetus- ja markkinointitoimintaa toimittaen säiliö-autoillaan suurimmaksi osaksi suoraan B:n varastolta polttoöljyä sitä hänen huoltoasemaltaan tilanneille kuluttajille. A olisi tarvinnut kuljetustoimintaansa liikenneluvan, ja häntä syytettiin luvattomasta ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisesta. AO hylkäsi syytteen, HO tuomitsi A:n 50 päiväsakkoon ja 40 000 markan hyötykonfiskaatioseuraamukseen. KKO käsitteli asian 11-jäsenisessä vahvennetussa jaostossa. Syyte hylättiin:

Se, milloin tavaran kuljettamista moottoriajoneuvolla on pidettävä ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisena, on joissakin tapauksissa varsin tulkinnanvarainen kysymys. Tässäkin ja vastaavanlaisista toimintaa koskevilla jutuissa on eri tuomioistuimissa annettu asiasta erisuuntaisia ratkaisuja. Asiakirjoista ilmenee, että Oy Esso Ab:llä on ollut vastaavanlaisia kauppa-asiamiesseurimuksia muidenkin alan yrittäjien kanssa. On ilmeistä, että A on kauppa-asiamiestoiminnan järjestelyssä luottanut Oy Esso Ab:n asiantuntemukseen ja että hän on uskonut menettelevänsä lainmukaisesti kuljettaessaan polttoöljyä kerrotulla tavalla. Näissä olosuhteissa A:n virheellistä käsitystä lain sisällöstä on pidettävä anteeksiannettavana erehdyksenä.

Ratkaisu jäi KO:n päätöksen lopputuloksen varaan. Viisi jäsentä katsoi KO:n tavoin, ettei lupaa ollut tarvittu. Kolme jäsentä olisi pysyttänyt HO:n tuomion. KKO antoi seuraavana vuonna ratkaisun KKO 1986 II 37, jossa tilanne oli ollut hyvin samankaltainen. Syytetty oli alemmissa oikeuksissa tuomittu vuosina 1977–1979 tapahtuneesta toiminnasta 30 päiväsakkoon ja 55 000 markan hyötykonfiskaatioseuraamukseen. KKO hylkäsi syytteen perusteilla, jotka subjektiivista puolta koskevilta osin olivat lähes sanasta sanaan samat kuin edellisvuoden selostusratkaisussa.

Ratkaisevaa oli siis, että polttoöljyä kuljettaneet olivat toiminnan järjestelyssä luottaneet suuren oikeushenkilön asiantuntemukseen ja uskoneet menettelevänsä lainmukaisesti polttoöljyä kuljettaessaan. Erehdystä pidettiin anteeksiannettavana. Syytteet hylättiin, ja kyse ei ollut pelkästään toimenpiteistä luopumisesta vaan rikosoikeudellisen vastuun edellytyksen jäämisestä toteutumatta. Erehdykseen perustuvaa syytteen hylkäämistä ei näissä tapauksissa, toisin kuin ylikorkojutuissa, kuitenkaan liitetty tahallisuuteen. Tosin ei nimenomaisesti myöskään sanottu, että kyse ei ollut tahallisuuden puuttumisesta. Vuosikirjaperusteluista ei ylipäätään ilmene, edellyttikö kyseinen rikos tahallisuutta vai ei. Kyse oli vanhassa käsitteistössä selkeästi oikeuserehdyksestä (”virheellinen käsitys lain sisällöstä”). Kriminalisoinnit eivät olleet rikoslaista ja kyse oli myös blankotekniikasta (millä voi olla merkitystä oikeuserehdysten jaottelussa, ainakin, jos rangaistavuus edellytti tahallisuutta).¹⁶⁶

¹⁶⁶ *Koponen 2002* s. 315–316 kiinnittää huomiota siihen, että KKO 1985 I 2:ssa ja 1986 II 37:ssä esiintyvä oikeuskäytännön epäyhtenäisyyttä koskeva erehdysargumentointi on talousrikosasioissa harvinaista, vaikka usein on kyse oikeudellisesta tulkinnanvaraisista tilanteista. Ks. oikeuserehdysproblematiikasta myös *Kaisto 1997* s. 270–276.

Ajokorttita-ajoa koskevan ratkaisun KKO 1985 II 179 otsikko-osa on seuraava:

Poliisimies oli esitutkinnassa kehottanut rattijuopumukseen syylliseksi epäiltyä luovuttamaan ajokorttinsa sen poisottamista varten, jolloin epäilty oli ilmoittanut kadottaneensa ajokortin. Tämän jälkeen mutta ennen kuin poliisi oli ratkaissut, oliko ajokortti peruutettava väliaikaisesti, epäilty oli kuljettanut autoa. Koskei epäillylle ollut ilmoitettu ajo-oikeuden lakkaamisesta, josta epäillyn ei ollut näytetty muullakaan tavoin olleen tietoinen, syyte ajokorttita-ajosta hylättiin.

Tuolloin voimassa ollut TLL 102 § (267/1981) puhui siitä, joka kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa, ”vaikka hänellä ei ole sen kuljettamiseen oikeutavaa voimassa olevaa ajokorttia”. Alemmat oikeusasteet katsoivat, ettei tunnusmerkkistön objektiivinen puoli ollut täyttynyt, kun päätös ajokortin väliaikaisesta peruuttamisesta oli tapahtunut vasta ajon jälkeen. Ajokortin fyysistä poisottoa taas ei ollut voitu suorittaa ennen ajoa, koska epäilty oli kertonut kadottaneensa sen. KKO oli kuitenkin aiemmin saman vuonna antamassaan ratkaisussa 1985 II 72 katsonut, että kortin poisottamisen, mikä tuossa tapauksessa oli onnistunut, seurauksena epäillyllä ei enää ollut ollut voimassa olevaa ajokorttia hänen kuljettaessaan tämän jälkeen henkilöautoa.

Tapauksessa *KKO 1985 II 179* katsottiin nähtävästi, että voimassa olevaa ajokorttia ei ollut myöskään silloin, kun korttia ei ollut otettu pois, mutta se olisi otettu pois, ellei sitä olisi epäillyn kertoman mukaan kadotettu. Voimassa olevan ajokortin omaamisen asiallisena sisältönä on ajo-oikeus, jonka ei-olemassaolo on siis potentiaalinen tahallisuuden kohde (mikäli rikos edellytti tahallisuutta, mistä tässä lähdetään). Ajo-oikeus on luonteeltaan juridinen konstruktio. Jos se on tahallisuuden kohde, suurta sijaa ei jääne erilliselle kieltoerehdyskeskustelulle. Kun syyte on hylätty ajo-oikeuden lakkaamista koskevan tietoisuuden jäätyä näyttämättä ilman, että käsityksen perustellisuutta olisi arvioitu, on ajo-oikeuden lakkaamista ilmeisesti pidetty tahallisuuden kohteena. Ratkaisussa 1985 II 72 erillistä tahallisuuskeskustelua ei käyty. Voidaan ehkä lähteä siitä, että yleensä ihmisten käsityksen mukaan se, että poliisi ottaa liikennetikoksen perusteella kortin pois, merkitsee sitä, ettei asianomainen henkilö toistaiseksi saa ajaa. Tällaista näkyvää indikaattoria ei jälkimmäisessä tapauksessa ollut, jolloin epäillyn ei välttämättä voida olettaa olleen asiasta muutta mutkitta selvillä. Vastuuta ei ollut, koska epäillyn ei ollut näytetty olleen ”tietoinen” ajo-oikeuden menettämisestä.¹⁶⁷

Ratkaisussa *KKO 1987:39* oli kyse siitä, että eräät henkilöt olivat Ahvenanmaalla sukeltamassa tietämättä, että kyseisenlainen sukeltaminen edellytti Ahvenanmaan maakuntahallituksen lupaa. AO:n tuomittua heidät sakkorangaistuksiin HO py-

¹⁶⁷ Ks. tapauksista myös *Backman 1989a* s. 570–571.

sytti syyksilukemisen, mutta jätti heidät RL 3:5.3:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta viitaten laintuntemattomuuden osalta siihen, että kyseisten säännösten ei ollut näytetty olleen yleisön saatavilla muuten kuin Ahvenanmaan lakikokoelmassa. Syyttäjän haettua muutosta KKO katsoi niin ikään, että kyseiset vähäiset rikokset olivat johtuneet tietämättömyydestä, joka olosuhteisiin nähden oli ollut anteeksiannettavaa, ja pysytti HO:n päätöksen. KKO totesi ratkaisussaan, että RL 3:5.3 oli erityissäännös, eikä tuomitsematta jättämisellä tässä tapauksessa ollut sellaista prejudisoivaa vaikutusta, että kyseessä olevien säännösten rikkomisen tapauksessa tulisi muissa tapauksissa päätyä tuomitsematta jättämiseen. Yksi jäsen olisi tuominnut vastaajat pieniin sakkorangaistuksiin.

Laintuntemattomuuden RL 3:5.3:n mukainen anteeksiannettavuus liittyi kyseisen jutun olosuhteisiin. Rikos oli vähäinen. Syyksiluettavuuden asteita ei nimenomaisesti käsitelty. Ratkaisun erehdysopillinen prejudikaattiarvo on rajallinen, koska vain syyttäjät jatkoivat KKO:een. Kyseessä oli nykyterminologiassa kieltoerehdys.¹⁶⁸

Tapauksessa *KKO 1987:132 A, B, L ja S* olivat vuosina 1982–1984 tuoneet maahan, myyneet ja vuokranneet seksifilmejä. Laki epäsideellisten julkaisujen levittämisen ehkäisemisestä (23/1927) 1 § sääti rangaistavaksi ”kuvallisen esityksen”, ”joka loukkaa sukupuolikuria tai säädylisyyttä”, maahantuonnin ja levittämisen. Vastaajat olivat etukäteen tiedustelleet tullihallitukselta, mitä filmeissä oli pidettävä tällä tavoin loukkaavana, ja antaneet filmien toimittajille ohjeita filmien sisällöstä välttääkseen tuomasta maahan loukkaavia filmejä. He olivat myös antaneet filmit tulliin tarkastettavaksi. Filmit eivät olleet antaneet aihetta huomautuksiin, ja ne oli saatu tuoda maahan. Tuomioistuimet pitivät filmejä lain tarkoittamin tavoin epäsideellisinä. Alioikeus tuomitsi vastaajat rangaistukseen, kun taas HO ja KKO hylkäsivät syytteen. KKO:n ratkaisun otsikko-osassa todettiin seuraava:

De åtalade hade till landet infört och här spridit filmer som måste anses vara osedliga. Därvid hade de dock misstagit sig och trott att filmerna inte var osedliga. Vid anskaffningen hade de med tillbörlig omsorg försökt undvika osedliga filmer och låtit tullgranska filmerna utan att vare sig hemlighålla något för eller vilseleda tullen om filmernas innehåll. Tullen hade godkänt filmerna för införsel. De åtalades misstag var berättigat. Den förbjudna införseln och spridningen av filmerna tillräknades därför inte de åtalade som uppsåtligt brott, varför åtalet förkastades.

Itse päätöserusteluissa todetaan, että ”misstag i fråga om filmernas lagstridigheter är berättigat”. Vastaajat olivat selvillä siitä, että maahantuotavat filmit olivat jonkinlaisia seksifilmejä. Selosteesta ei käy ilmi, olivatko vastaajat ennen filmien maahantuontia katsoneet filmit vai eivät. Siten ei ole selvää, missä määrin vastaajat olivat tuon yleistiedon ”seksifilmejä” lisäksi selvillä filmien sisällöstä, ts. siitä tosiasiapohjasta, johon arvio epäsideellisuudesta tullaan kiinnittämään. HO:n päätöstä koskevasta selosteesta käy ilmi, että tullissa oli tarkastettu

¹⁶⁸ Ks. myös *Frände 2004* s. 243–244.

vain videofilmien kannet muttei sisältöä, mitä vastaajat eivät kuitenkaan tulleet tietämään.

Maahantuojat olivat selvillä siitä, että epäsideellisten filmien maahantuonti oli kiellettyä. He olivat toimillaan pyrkineet välttämään kiellettyjen filmien maahantuontia. Selosteesta ei kuitenkaan käy yksityiskohtaisesti ilmi tullihallitukselle osoitetun tiedustelun ja siihen saadun vastauksen sisältö.

Vastaajat erehtyivät siis uskomaan, että heidän maahantuomansa filmit eivät toteuttaneet sellaista tunnusmerkkiä, joka tekisi filmien maahantuonnin kielletyksi. KKO näyttäisi lähteneen siitä, että kyseessä oli tahallisuuden puuttuminen. Tahallisuudestaan puhutaan otsikossa sekä todettaessa, ettei tekoa syyksiluettu vastaajille tahallisuutena rikoksena, että asiasanoissa. Asiasanoina ovat epäsideellinen julkaisu, tahallisuus ja erehdys, jota ei ole luonnehdittu tosiasia- tai oikeuserehdykseksi. Otsikon tekstissä puhutaan siitä, että tekijät olivat erehtyneet luulemaan, etteivät filmit olleet epäsideellisiä, ja ratkaisussa puhutaan erehdyksestä ”i fråga om filmernas lagstridigheter”.

KKO toteaa, että erehdys oli oikeutettu (”berättigat”). Erehdysopissa lähdetään siitä, että tunnusmerkistöerehdys johtaa tahallisuuden poissulkeutumiseen, eikä yleensä ole asetettu sellaista edellytystä, että vastaajan täytyisi (voida) esittää riittävän hyvä syy sille, miksi on erehtynyt. Kieltoerehdyksestä koskevaan oppiin sitä vastoin kuuluu, että anteeksiannettava erehdys poistaa rikosvastuun. Oikeutettu erehdys ei ole tunnusmerkistöerehdykseen liitettävä kvalifioimaton erehdys, muttei myöskään vain anteeksiannettava. Nykydoktriinin valossa tekijältä puuttuisi ehkä potentiaalinen vääryystietoisuus, hän olisi toisin sanoen toiminut anteeksiannettavassa kieltoerehdyksessä.

Estettä ei toisaalta olisi sillekään, että kyseessä olisi tahallisuuteen kuuluvaa maallikon paralleeliarvotusta koskeva ratkaisu. Siitä saatetaan nimittäin omaksumaa sellainen malli, jossa mahdollisen erehdyksen syy olisi merkittävä vastuun näkökulmasta. Tällaisen mahdollisuuden puolesta puhuu se, että KKO näyttäisi pitäneen asiaa tahallisuuskysymyksenä. Tahallisuusnäkökulman puolesta saattaa puhua myös se peruste, että vastaajat olivat yrittäneet välttää epäsideellisiä filmejä. Tekijät ovat siis yrittäneet ei-p samalla kun ovat toimineet tavalla p; on saatettu katsoa, että tahallisuus ei voi luontevasti kattaa tällaista tilannetta.

On mahdollista esittää tulkinta myös tahallisuuden ja vääryystietoisuuden ulkopuolelta. Voidaan ehkä ajatella, että tekijät eivät ottaneet kiellettyä riskiä. Hehän olivat elinkeinotoiminnassa noudattaneet menettelytapoja, joita KKO kutsui huolelliseksi, ja erehdyksestä pidettiin oikeutettuna. Tekijöillä näytti olevan oikeus luottaa saatuihin viranomaisreaktioihin.

Summa summarum tuntuisi siltä, että arvioitaessa tapausta nykynäkökulmasta tekijöiden katsottaisiin ehkä toimineen anteeksiannettavassa kieltoerehdyksessä. Lähellä on ajatus, että vastaajien aktiivisuus ratkaisi tilanteen heidän edukseen syyksilukemisessa. Jos he eivät olisi osoittaneet tällaista aktiivisuutta, olisiko

heidät tuomittu ja tuomittaisiinko heidät nykyään? Kysymys on mm. kompensaation mahdollisuudesta eli siitä, voidaanko tahallisuuskysymys ja vääryystietoisuuskysymys pitää toisistaan sillä tavoin erillään, etteikö toiseen kysymykseen liittyvät näkökohdat voisi vaikuttaa toiseen. Voisiko esimerkiksi tekijän passiivisuus maahantuonnin sallittuisuuden selvittämisessä kompensoida hänen vahingokseen sitä, että hänellä olisi filmien sisällöstä vain yleiskäsitys ”seksifilmejä”?

Tapauksessa *KKO 1989:125 A* ja *B* olivat vuonna 1986, A A Oy:n omistamalla Shell-huoltamolla ja B omistamallaan TB-huoltamolla myyneet sangallisia ns. suurentavia lukulaseja, joiden vahvuus oli 1,0–2,5 diopteria. Optikon toimen harjoittamisesta annetun lain (429/1960) 1 §:n mukaan oikeutettu määräämään silmälasia näkövikojen korjaamiseksi on lääkärintoimen harjoittamiseen oikeutettu ja optikko. Tällaisten silmälasien sovittamista ja vähittäismyyntiä eivät saa toimittaa muut henkilöt. Kiellon rikkomisesta voi lain 5 §:n rangaistussäännöksen mukaisesti seurata sakkoa tai enintään 6 kuukautta vankeutta. AO tuomitsi A:n ja B:n rangaistukseen. HO:n mukaan laki tarkoittaa sellaisia silmälasia, jotka määrätään ja sovitetaan yksilöllisesti ja näkövikojen korjaamiseksi. Sellaisista ei nyt ollut kyse, joten HO hylkäsi syytteen. KKO piti lasia lain tarkoittamina silmälasina, minkä suhteen merkittävää näyttäisi olleen, että heikkonäköiset ovat voineet käyttää lasia myös näkökykynsä parantamiseksi. KKO hylkäsi kuitenkin syytteen subjektiivisin perustein:

A:lla ja B:llä on kuitenkin ollut lasista saamansa tiedon nojalla perusteltua aihetta uskoa, etteivät lasit ole olleet sellaisia silmälasia, joita tarkoitetaan optikon toimen harjoittamisesta annetun lain 1 §:ssä. Tämän vuoksi tapahtunutta myyntiä ei voida lukea A:n ja B:n syyksi tahallisenä rikoksena.

Kyseisenlainen rikoslain ulkopuolinen rikos edellytti siis tahallisuutta. Kyse oli siitä, olivatko A ja B olleet selvillä siitä, että he olivat myyneet sellaisia silmälasia näkövikojen korjaamiseksi, josta lain 1 § puhuu. A:n ja B:n tosiasiallisista mieltämisistä ei lausuta, mutta tilanne oli joka tapauksessa ollut se, että heillä oli lasista saamansa tiedon perusteella ollut ”perusteltua aihetta uskoa”, etteivät lasit olleet sellaisia silmälasia. Seurauksena oli syytteen hylkääminen.

Silmälasien luonne oli oikeudellinen kysymys, ja sitä koskevat käsitykset lain sisältöä koskevia käsityksiä. KKO on nähtävästi pitänyt asiaa tahallisuuskysymyksenä, mitä ilmentää mm. se, että otsikon asiasanoina ovat optikon toimi ja tahallisuus. Tahallisuuden tuli kohdistua lasien sellaiseen ominaisuuteen, että niitä saivat myydä vain tietyt tahot. Kyse oli siis lähinnä sellaisesta oikeudellisesta seikasta koskevasta käsityksestä, jota tahallisuus edellytti, ja jonka puuttumisessa (potentiaalisessa, koska A:n ja B:n tosiasiallisella mieltämisellä ei operoitu) olisi ilmeisesti kyse oikeuserehdyksestä, joka oli rinnastettava tosiasiaerehdykseen. Tahallisuuteen vaikuttavana seikkana pitämiseen on voinut vaikuttaa se, että kyse oli rikoslain ulkopuolisen blankotyypin kriminalisoinnin viittauksesta käyttäytymisnormista. Sen objektiivisestikaan oikea tulkinta ei ollut selvä. Perusteltua aihetta koskeva perustelu herättää kysymyksiä, sillä tahallisuudessa

ratkaisevia ovat vastaajien käsitykset sellaisinaan, ei yhtäältä se, mihin on ollut aihetta uskoa, muttei toisaalta myöskään se, onko käsitys ollut perusteltu vai ei. Muotoilu saattaa olla ymmärrettävissä näytöllisestä näkökulmasta, esimerkiksi niin, että kun oli perusteltua aihetta uskoa -p, syyttäjällä on tavallista vaikeampi tehtävä yrittäessään osoittaa, että vastaajilla olisi ollut, vahingokseen, toinen käsitys. Voi myös olla, että muotoilu tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, että A ja B uskoivat, että lasit eivät olleet optikon toimen harjoittamisesta annetun lain tarkoittamia silmälasia, ja tämä käsitys oli myös perusteltu. Saattaa myös olla, että kyse ei ollut tahallisuudesta, vaan esimerkiksi vastuuvapauteen johtavasta (anteeksiannettavasta) oikeuserehdyksestä. Vuosikirjaselosteesta ei ilmene, mitä oli se A:n ja B:n lasista saama tieto, jonka perusteella heillä oli ollut perusteltua aihetta uskoa, ettei kyse ollut lain tarkoittamista silmälasista. Mahdollista anteeksiannettavuutta ei siis tältä osin voida arvioida.

Uuden lain näkökulmasta kyse on tunnusmerkistö- tai kieltoerehdyksen piiriin kuuluvasta asiasta. Ratkaisevaa on, pidettäisiinkö lasien po. ominaisuutta seikkana, jota rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää vai teon sallittuisuuden kannalta vaikuttavana seikkana. Kyse lienee ainakin jälkimmäisestä.¹⁶⁹

Ratkaisussa *KKO 2000:113* kyse oli siitä, että yhtiö X:n talousjohtaja ja hallituksen jäsen A oli 7.3.1995 irtisanonut yhtiön työsuojeluvaltuutettu B:n ilman, että työsuojelun valvonnasta ja muutoksenhausta työsuojeluasioissa annetun lain 11.4 §:n ja työsopimuslain 53.2 §:n edellyttämät perusteet olisivat olleet käsillä. Edellytyksenä oli nimittäin niiden työntekijöiden, joiden luottamusmiehenä (valtuutettuna) henkilö toimii, suostumus, ja ettei voida järjestää muuta hänen ammatitaitoaan vastaavaa työtä. A oli ennen irtisanomista varmistanut ao. työnantajaliiton lakimieheltä, nauttiko B työsuojeluvaltuutetun asemassaan työsuhdetta päätettäessä erityistä irtisanomissuojaa, ja hänelle oli ilmoitettu, ettei B:llä ollut erityissuojaa irtisanomistilanteessa.

AO tuomitsi A:n työsuojeluvalvontalain (TSVL) 26.2 §:n nojalla rangaistukseen. HO katsoi, että mainitun lainkohdan näkökulmasta tuottamus oli riittävä syyksiluettavuuden muoto. 1.9.1995 voimaan tullut RL 47:4 edellyttää tahallisuutta. HO:n mukaan A oli voinut luottaa saamaansa ilmoitukseen. Kun A oli pyrkinyt etukäteen selvittämään B:n irtisanomisen laillisuuden, hänen ei voitu

¹⁶⁹ Nuutilan 1997 s. 250 mukaan kyse oli tyylipuhtaasta soveltamiserehdyksestä. Myös *Fränden 2001* s. 163 ja 209–213 mielestä kyse oli subsumtioerehdyksestä, mikä hänen rakennemallissaan ei vaikuta tahallisuuteen. Ks. myös *Rantalainen 2004* s. 174–175. Itse olen rikosoikeuskomitean esitystä ja KKO:n ratkaisuja arvioidessani ajatellut, että olisi olemassa jatkumo tosiseikoista normatiivisiin näkökohtiin siten, että mitä normatiivisempaan suuntaan edetään, sitä vahvempaa bona fideä edellytetään tahallisuusvastuun poistumiseksi; *Matikkala 1998* s. 1335.

katsoa menetelleen tietoisesti vastoin TSVL 26.2 §:ää. Hänen syykseen ei siten voitu lukea RL 47:4:n edellyttämää tahallisuutta, ja syyte hylättiin. KKO totesi tuomionsa perusteluissa, että ”[k]ysymys on siitä, onko tällaista väärää käsitystä lain säännöksistä pidettävä perusteena, joka voi poistaa tunnusmerkistön mukaisen teon rangaistavuuden (KKO 1985 I 2, 1986 II 37)”. Kysymykseen vastataan otsikko-osassa seuraavasti:

Työnantajayhtiön talousjohtaja ja työsuojelupäällikkö A oli työsuojelun valvonasta ja muutoksenhausta työsuojeluasioissa annetun lain 11 §:n 4 momentin ja työsopimuslain 53 §:n 2 momentin vastaisesti irtisanonut yhtiön työsuojeluvaltuutetun B:n. Vaikka A:lla työnantajaliitosta hankitun selvityksen perusteella oli voinut olla sellainen käsitys, ettei B:llä ollut erityistä irtisanomissuojaa, ei A:n erehdyistä, huomioon ottaen hänen asemansa yhtiössä ja irtisanomissuojasäännösten selvä sisältö, voitu pitää anteeksiannettavana. A tuomittiin ensin mainitun lain 26 §:n 2 momentin (29/1987) nojalla rangaistukseen työsuojeluvaltuutetun irtisanomissuojan loukkaamisesta.

KKO ei lausunut siitä, miksi se sovelsi vanhaa lakia. HO katsoi hyvin perustein, että RL 47:4 edellytti tahallisuutta, mutta TSVL 26.2 § ei. Selitys piilee siinä, että KKO katsoi, että A:lla oli tahallisuus, jolloin uusi laki ei in concreto johtanut lievempään lopputulokseen. HO piti tilannetta tahallisuuskysymyksenä. KKO on käsitellyt asiaa kieltoerehdyskysymyksenä; ratkaisevaa on ollut lain säännöksiä koskevan erehtymisen anteeksiannettavuus. Otsikossa puhutaan erehdyksestä muttei tahallisuudesta, kuten ratkaisussa KKO 1987:132. Tähän ratkaisuun KKO ei viittaakaan, ratkaisuihin KKO 1985 I 2 ja 1986 II 37 sen sijaan kyllä.

Tulkintakysymys liittyikin nyt ennen kaikkea anteeksiannettavuuden sisältöön. Tiedustelu asiantuntevalta taholta on pro-argumentti anteeksiannettavuuden puolesta. Vastaan puhuvat seikat eli A:n asema yhtiössä, kysymyksen liittyminen hänen toimenkuvaansa (työsuojelupäällikkö) ja säännösten selvyys painoivat punninnassa enemmän. Tahallisuuden alaan jäävistä asioista ratkaisussa ei juuri ollut kyse (KKO totesi A:n olleen tietoinen siitä, että B oli yhtiön työsuojeluvaltuutettu).¹⁷⁰

¹⁷⁰ Kriittisesti *Rantalainen* 2004 s. 178, jonka mukaan KKO asetti selonottovelvollisuuden riman melkoisiin korkeuksiin. *Tolvanen/KKO 2000:113* s. 278–279 taas pitää KKO:n ratkaisua perustelluna. Ks. myös *Frände* 2004 s. 217. – Jakson problematiikkaan palataan luvussa VI.

5.6 MUITA TAPAUKSIA

5.6.1 Kunnianloukkaus

Kunnianloukkausrikokset muodostivat tahallisuusvaatimusten näkökulmasta mielenkiintoisen ryhmän. Rangaistavuus edellytti tahallisuutta. Osin operoitiin loukkaustarkoituksella (RL 27:6). Perusrikos herjauksen tunnusmerkistöön kuului toisen sanominen syypääksi nimettyyn rikokseen tms. ”vastoin parempaa tietoa” (RL 27:1). Tämän tekeminen myös ”tahallansa, ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoa” oli myös rangaistavaa. Siten kaikki tahallisuuden asteet olivat edustettuina. Nekin, jotka tulkitsevat ”tietämisen” tai ainakin ”tahallisuuteen kuuluvan tietoisuuden” tarkoittavan vain samaa kuin tahallisuus yleensä tai sen kognitiivinen puoli, katsovat yleensä, että ”vastoin parempaa tietoa” muodostaa kvalifioitun vaatimuksen. Kunnianloukkausrikos, joka oli tehty tahallaan, ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoa, viittaa erityisesti tahallisuuden alimpaan asteeseen. Esitetyn väitteen totuus oli merkittävä elementti. Se muodostaisi tahallisuustarkastelun kannalta otollisen, usein suhteellisen yksinkertaisen olosuhteen. KKO on antanut herjaustahallisuusasioista erinäisiä ratkaisuja, joista osaa tarkastellaan kohta.¹⁷¹

Asetelma ei kuitenkaan ollut aivan yksinkertainen. Honkasalon mukaan erehdys soimauksen todenperäisyydestä ei näet poistanut tahallisuutta, ja erehdyksen merkitys tahallisuuden poistavana perusteena oli kunnianloukkauksessa tavallista pienempi. Hänen mukaansa ei vastoin parempaa tietoa tehdyssä herjauksessa voitiin erottaa kahdenlaista sielullista suhtautumista: 1) loukkaaja ei tiedä, että asia on toisin kuin hän väittää, mutta ei usko itsekään loukkaavan väitteensä todenperäisyyteen; 2) loukkaaja ei tiedä, että asianlaita on muu kuin hän väittää, vaan päinvastoin uskoo loukkaavan väitteensä todenperäisyyteen¹⁷². RL 27:2:stä ilmenee, että teosta rankaisemisen edellytyksenä oli, ettei tekijä voinut soimauksen tueksi tuoda esiin todennäköisiä syitä. Honkasalo toteaa:

Kun lain edellyttämä näyttö poistaa soimauksen oikeudenvastaisuuden, ellei sitä ole loukkaamistarkoituksessa tehty, poistaa perusteltu usko siihen, että lausuma on todistettavissa, rikokseen kuuluvan tahallisuuden, samoin kuin perusteltu usko jonkin muun oikeudenvastaisuuden poistavan perusteen olemassaoloon.¹⁷³

¹⁷¹ Tekijällä täytyi olla tahallisuus mm. siihen nähden, että väite oli tunnusmerkistön edellyttämien tavoin loukkaava. En tarkastele laajalti tätä tahallisuuskysymystä.

¹⁷² *Honkasalo 1970* s. 135–139 ja 146–147. Luonnehdinta on tältä osin samantapainen ei vastoin parempaa tietoa tehdyn väärän ilmiannon yhteydessä, ks. *Honkasalo 1962* s. 184.

¹⁷³ *Honkasalo 1970* s. 139. – Onkin sinänsä selvää, että väitteen totuus ja sen todistettavuus ovat eri asioita. Uskomme kaiken aikaa tuhansia asioita, mutta emme suinkaan voi todentaa niistä kuin

Onko kyse siitä, ettei epätotuus ollut RL 27:2:ssa tahallisuuden kohde, vai asetettiin tahallisuudelle sen suhteen poikkeuksellisen alhaiset vaatimukset? RL 27:1 sisälsi nimenomaisesti tunnusmerkin ”perättömästi”, RL 27:2 ei. Tämä taas voi olla selitettävissä soimauksen toteennäyttämistä koskevien sääntöjen valossa.¹⁷⁴ Väärää ja todistamatonta ilmiäntoa koskevassa RL 26 luvussa operoitiin niin ikään vastoin (1–3 §) ja ei vastoin parempaa tietoa (4 §) tehdyillä rikoksilla. Lain valmistelussa tunnusmerkki ”vastoin parempaa tietoa” vaikutti molemmissa luvuissa melko ongelmattomalta. Lievempää subjektiivista suhtautumista edellyttävä muotoilu sen sijaan eli etenkin herjausrikoksen osalta. Vuoden 1875 ehdotuksessa se oli ”af uppenbart oförstånd eller obetänksamhet” (368 §) ja tarkastuskomitean mietinnössä ”upsåtligen, dock icke emot bättre vetande” (233 §). Armollisen esityksen 27:2 puolestaan käytti ilmaisua ”upsåtligen, af uppenbart oförstånd eller obetänksamhet”. Rikoslakivaliokunta päätyi tältä osin tarkastuskomitean muotoiluun, joka myös tuli lakitekstiin. Valiokunta huomautti nimittäin, että herjaus ”af uppenbart oförstånd eller obetänksamhet” on vähempi (”är af mindre uträkning”) kuin herjaus ei vastoin parempaa tietoa, jolloin käytettäessä edellistä ilmaisua osa 1 §:n ulkopuolelle jäävistä herjauksista jäisi myös 2 §:n ulkopuolelle. Valiokunta viittasi ilmaisujen ”vastoin parempaa tietoa” ja ”ei vastoin parempaa tietoa” sisällön osalta 26:4:n yhteydessä sano- maansa (s. 72–73):

Emedan uttrycket ”emot bättre vetande” innebär, att angifvaren vet den tilltalade vara oskyldig, samt ”icke emot bättre vetande” följaktligen innfattar såväl det fall att anklagaren tror den angifne vara saker, som ock den händelse att angifvaren väl icke tror det, men dock ej heller eger vetskapa om den angifnes oskuld, kunna under 4 § komma brott, hvilka ådagalägga ett ganska stort lättsinne å angifvarens sida, hvarföre Utskottet anser straffsatsen tariffva skärpning [...]

joitakin. Todistamisessakin on erotettava periaatteellinen todistettavuus, käytännöllinen todistettavuus ja esim. käytännöllisen todistettavuuden sallittavuus tuomioistuimessa. Ks. myös *Honkasalo 1964*.

¹⁷⁴ *Serlachius 1924* s. 130 katsoo, ettei RL 27:2 edellyttänyt väitteen olevan epätosi: ”Vastoin parempaa tietoa tehty herjaus sisältää aina perättömän lausuman. Herjauksesta, joka ei ole tehty vastoin parempaa tietoa, saattaa sitä vastoin joutua rangaistavaksi sekin, joka ei ole puhunut muuta kuin minkä hän tietää todeksi, ellei hän voi tietoaan todeksi todistaa tahi sen tueksi saada esiintuoda todennäköisiä syitä.” Jokainen on oletettava kunnon mieheksi, kunnes vastakohta näytetään. Jos tunnusmerkistö ei edellytä epätotuuksia, ei siihen nähden tahallisuutta tarvitaakaan, ellei sellainen vaatimus ole perusteltavissa sisällyttämällä teon loukkaavaan luonteeseen tms. *Alanen 1937* s. 415 taas toteaa: ”Käsitettäköön edellämainittu seikka, herjaavan väitteen perättömyys (todistamattomuus) tunnusmerkistöön kuuluvaksi elementiksi tai rangaistavuuden objektiiviseksi edellytykseksi, niin ilmeistä on kuitenkin, että tekijän psykologisen suhteen tähän seikkaan ei tarvitse olla – rikoslain 27 luvun 2 §:n tarkoittamissa tapauksissa – tahallisuusluontoisen.” ”Selvää rikosoikeudellista tahallisuutta” herjausrikos sitä vastoin *Alanen 1937* s. 416 mukaan edellyttää suhteessa lausuman toista halventavaan ominaisuuteen.

RL 27:2 sisälsi maininnan ”tahallansa” ennen tunnusmerkkiä ”ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoansa”, RL 26:4 ei.

Siteerattu perustelukohta muistuttaa Honkasalon lausumaa RL 27:2:ssä kyseeseen tulevista subjektiivisista suhtautumistavoista. Valiokunnan mainitsema jälkimmäinen tilanne näyttää kuitenkin koskevan tapausta, jossa tekijä ei usko soimatun olevan syyllinen, ei sen sijaan välttämättä myös sitä, että tekijä uskoo soimatun olevan syytön. Mainittakoon vielä, että valiokunta poisti kuolleen muiston hävähäisemistä koskevasta kriminalisoinnista (RL 27:4) subjektiivisen tunnusmerkin ”eller gör det af obetänksamhet” viitaten siihen, että rangaistaviksi voisivat muutoin tulla mm. lausumat jotka, vaikkeivät perustuneetkaan hyviin syihin, oli tehty hyvässä uskossa.¹⁷⁵

Forsmanin mukaan 2 § kattoi myös tilanteen, jossa tekijä uskoi väitteensä paikkansapitävyyteen, vaikkei hänellä ollut käsityksensä ja väitteensä tueksi pitäviä syitä¹⁷⁶. Vastaavasti Alanen katsoi, että herjauksena on käsiteltävä sellaisia-kin tilanteita, joissa tekijä on bona fides – kukaan ei ole oikeutettu kevytmielises- ti, todellisesta asiointilasta selvyyttä hankkimatta, sanomaan lähimmäistään syy- pääksi rikokseen tai muuhun tämän kansalaisarvoa tahraavaan tekoon¹⁷⁷.

Vaikuttaa kaiken kaikkiaan siltä, että usko väitteen totuuteen ei oikeustieteen mukaan ole merkinnyt tahallisuuden puuttumista. Keskustella voidaan tämän jälkeen mm. siitä, edellyttikö vastuuvapaus RL 27:2:ssä mainittujen todennä- köisten syiden esiintuontia vai oliko vastuuvapaus mahdollinen myös subjektiiv- isin perustein, riittikö esimerkiksi myös usko todennäköisten syiden esiintuota- vuuteen. Honkasalo oli, kuten sitaatista ilmeni, lähtökohtaisesti jälkimmäisellä kannalla; todennäköiset syyt merkitsivät teon oikeudenvastaisuuden poistumis- ta, ja usko tällaisten perusteiden käsilläoloon poisti yleisten rikosopillisten linjo- jen mukaan teon tahallisuuden samaan tapaan kuin esimerkiksi putatiivihätävar- jelu, paitsi jos tekijällä oli suorastaan loukkaustarkoitus (RL 27:6).¹⁷⁸

Tapauksessa *KKO 1971 II 77* erään yhdistyksen puheenjohtaja ja asiamies olivat lähettäneet yhdistyksen jäsenille heiltä kokoamiinsa tietoihin perustuvan luette- lon henkilöistä, jotka rikollisella menettelyllä olivat aiheuttaneet jäsenten omista- mille liikkeille tappiota. Luetteloon oli erään jäsenen perusteluja vailla olleen il- moituksen nojalla merkitty myös henkilöitä, jotka eivät olleet menettelleet kerro- tuin tavoin. Kun puheenjohtaja ja asiamies eivät olleet ennen kiertokirjeen lähet-

¹⁷⁵ *U.B. – Prop. N:o 1 s. 73.*

¹⁷⁶ *Forsman 1924 s. 146–147.*

¹⁷⁷ *Ks. Alanen 1937 s. 414–416.*

¹⁷⁸ Seuraavassa tarkasteltavan oikeuskäytännön voi oikeustieteen lausumien pohjalta odottaa läh- tevän siitä, että 1) pelkkä bona fides ei riitä, mutta 2) tekijän käsityksillä on silti merkitystä, jos- kaan 3) ratkaisevia kriteereitä ei välttämättä sidota tai osatakaan sitoa johonkin edellä mainittuun tai muuhun teoreettiseen selityspäätöseen. Uusi kunnianloukkaussäännös ja uudet tahallisuus- ja erehdyssäännökset muuttanevat oikeustilaa. Väitteen epätotuus on RL 24:9.1 1 kohdassa tahal- lisuuden kohde.

tämistä varmistautuneet tietojen todenperäisyydestä, heidät tuomittiin rangaistukseen herjauksesta.

Kyse ei siis ollut esimerkiksi yhtä yksittäistä henkilöä koskeneesta rikosuutisoinnista, vaan yhdistyksen sisäisestä luettelosta ”rikollisesti menetelleistä”. Yhdistyksessä oli päätetty, että tiedon lähettäjä oli yksin vastuussa tiedon oikeellisuudesta. Syyksilukeminen perustui siihen, etteivät puheenjohtaja ja asiamies olleet varmistautuneet tietojen todenperäisyydestä. Kyse oli toisin sanoen selo-
nottovelvollisuuden laiminlyönnistä. Vaikuttaa siltä, että puheenjohtajan ja asiamiehen tuskin voitaisiin katsoa olleen ”selvillä” kyseisen tiedon perättömyydestä, ottaen huomioon edellä mainitun sisäisen vastuunjaon ja sen, että kyse oli vain kahdesta henkilöstä useita henkilöitä käsittäneellä ao. listalla.

Tapauksessa *KKO 1980 II 86* aikakauslehdessä julkaistu artikkeli, jonka kirjoittaja oli jäänyt tuntemattomaksi (lähdesuoja), oli tehty niin, että lukija saattoi saada siitä sen käsityksen, että asianomistajat olivat toista hyödyttääkseen rikkoneet virkavelvollisuutensa. Syytettynä oli lehden päätoimittaja, joka oli lukenut kirjoituksen ja hyväksynyt sen julkaistavaksi. AO ja HO tuomitsivat hänet tahallisuudesta, ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoa tapahtuneesta julkisesta herjauksesta. KKO:ssa kolme jäsentä katsoi, ettei ollut syytä muuttaa HO:n päätöstä tältä osin. Kaksi jäsentä olisi tuominnut päätoimittajan vain painovapauden tuottamuksellisesta väärinkäyttämisestä mm. seuraavin perustein:

Artikkelissa esitettiin sellaisia erilaisia yksityiskohtia koskevia tietoja ja näkemyksiä, joiden paikkansapitävyyden tarkistamiseen päätoimittajalla ei ole ollut käytettävissään mitään selväpiirteistä ja yksinkertaista keinoa. Kuitenkin artikkelin luotettavuuden arviointia olisi helpottanut esimerkiksi se, että siihen olisi sisällytetty siinä nimeltä mainittujen B:n ja C:n käsitykset artikkelissa esitetyistä seikoista. Tätä A päätoimittajana ei kuitenkaan ole vaatinut. Kun A:lla päätoimittajana on painovapauslain 19 §:n 1 momentin mukaan ollut velvollisuus valvoa artikkelin julkaisemista ja valta määrätä sen sisällöstä, julkaiseminen ilman edellä tarkoitettuja tarkistuksia on merkinnyt eräänlaisen riskin ottamista artikkelissa esitettyjen tietojen luotettavuudesta. Kun kuitenkin ei ole aihetta otaksua, että A olisi ottanut tämän riskin riippumatta siitä, olivatko artikkelin tiedot ja näkemykset virheellisiä ja objektiivisia, vaan uskoen niiden luotettavuuteen, en tälläkään perusteella pidä A:n menettelyä tahallisuudesta syyksiluettavana kunnianloukkauksena.

Kirjoittajan jääminen lähdesuojan takia tuntemattomaksi on ollut omiaan vaikeuttamaan tahallisuusarviota. Enemmistön tahallisuuskäsityksen perusteet eivät juuri ilmene selosteesta. Vähemmistön perusteet, jotka ilmentävät moitteen liittyvän selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin, ovat sellaiset, että niissä kuvattunlaisen tilanteen tapauksessa myös nykysäännökset olisivat ilmeisesti johtaneet syyksilukemiseen vain tuottamuksellisena.

Voi toisinaan olla tulkinnanvaraista, onko kyse seuraus- vai olosuhdetahallisuudesta vai kenties muista(kin) seikoista. Moniulotteisessa tapauksessa KKO 1982 II 159 vartioimisliikkeen palveluksessa olleet vastaajat A ja B olivat eräissä valintamyymälässä epäillen, että asianomistajat M ja N olisivat tehneet anas-

tusrikoksen, liikkeen ulko-ovella tiedustelleet asianomistajilta ”tuliko kaikki tavarat maksettua” sekä tarttuneet heidän ostoksiaan sisältäneisiin kärryihin kiinni ja tarkastaneet asianomistajien ostokset todeten ne maksetuiksi. A ja B olivat saaneet ilmoituksen myymälässä tapahtuneesta anastuksesta ja luulleet saamiensa tuntomerkkien perusteella, että M ja N olivat anastuksen suorittajat.

A ja B saivat syytteen solvauksesta (RL 27:3, 39/1889), jonka tunnusmerkistö edellytti, että henkilö muulla kuin RL 27:1–2:ssä mainitulla tavalla ”loukkaa toista” esimerkiksi häväreillä lauseella. Syyte kuitenkin hylättiin kaikissa oikeusasteissa. KKO:n ratkaisun otsikko-osassa keskeiset perusteet kuuluvat seuraavasti:

Vaikkei vastaajilla ollut lakiin perustuvaa oikeutta tarttua kiinni asianomistajien ostoskärryistä eikä tarkastaa näiden ostoksia, vastaajien ei voitu katsoa syyllistyneen solvaukseen, koska he, huomioon ottaen heidän tehtävissään saamiensa ohjeiden puutteellisuus ja että he olivat juuri ennen tapahtumaa saaneet ilmoituksen liikkeessä tehdystä anastuksesta, jonka tekijän tunnusmerkit sopivat toiseen asianomistajaan, eivät olleet mieltäneet tekonsa loukkaavaa ominaisuutta.

Vastaajat olivat virheellisesti luulleet väärä henkilöitä tekijöiksi eli erehtyneet tosiasioista. Kyseessä oli eräänlainen aberratio ictus tai error in objecto. Erehdystä voitaisiin lähestyä kahdella tavalla riippuen siitä, pidetäänkö menettelyn – pidän nyt lähinnä silmällä vastaajien lausumaa tavaroiden maksamisesta – kohdistumista oikeaan henkilöön (anastajaan) tunnusmerkistön mukaisuuteen vai oikeudenvastaisuuteen liittyvänä seikkana. Ensinnäkin voitaisiin ajatella, että vastaajilla oli tahallisuus suhteessa tunnusmerkistön toteutumiseen, tässä siis etenkin siihen nähden, että heidän menettelynsä oli luonteeltaan loukkaava. He kuitenkin myös uskoivat, että käsillä olivat olosuhteet (M ja N olisivat syyllistyneet anastukseen), joissa näin saatiin menetellä, jolloin usko oikeuttamisperusteen perustavien olosuhteiden käsilläoloon merkitsisi tahallisuusvastuun poissulkeutumista (ja jos käsitys oli oikea, oikeuttamisperusteen objektiivistakin käsilläoloa). Näkökulma liittyisi siis oikeuttamisperusteen faktapohjaa koskevaan erehdykseen. Toinen mahdollisuus oli ajatella, että RL 27:3:n tarkoittama loukkaavuus oli tapauksessa käsillä juuri siksi, että kyseessä olivat väärät henkilöt. Tällöin virhekäsitys merkitsisi sitä, että vastaajilla ei ollut tahallisuutta suhteessa loukkaavuuteen ja siis tunnusmerkistötekijän tarkoittamaan seikkaan (ja jos käsitys olisi oikea, tunnusmerkistö ei toteutuisi objektiivisestikaan). Se, että otsikossa puhutaan siitä, että A ja B ”eivät olleet mieltäneet tekonsa loukkaavaa ominaisuutta”, saattaisi viitata jälkimmäiseen arviointitapaan.

Nykyinen RL 24:9.1 1 kohta puhuu ”valheellisen tiedon tai vihjauksen” esittamisestä siten, että teko on omiaan aiheuttamaan esimerkiksi kärsimystä loukatulle. Jos A:n ja B:n menettelyä pidettäisiin objektiivisesti tunnusmerkistön tarkoittamana valheellisena vihjauksena, tapauksessa olisi ilmeisesti ollut kyseessä

tunnusmerkistöerehdys – virheellinen käsitys vihjauksen valheellisuudesta (vihjauksen kohdistuminen väärin henkilöihin tekee siitä valheellisen, joten asia näyttää nykyisin valossa kiinnittyvän juuri tunnusmerkistön mukaisuuteen). Kyse on luonteeltaan olosuhteesta, joten tunnusmerkistöerehdyksessä on kyse olosuhdetahallisuuden puuttumisesta. Jos menettely olisi arvioitavana nykyisen RL 24:9.1 2 kohdan ”muuten [...] halventaa toista” -tunnusmerkistön näkökulmasta, ratkaisu voisi edellyttää sen pohtimista, onko käsillä seuraustahallisuutta, olosuhdetahallisuutta vai putatiivierehdyistä koskeva kysymys.¹⁷⁹

Tapauksessa KKO 1982 II 159 katsottiin mahdollisesti kyseen olleen muustakin kuin tosiseikkoja koskevasta erehdyksestä. Tilanteen kannalta huomioon voidaan ottaa useampia oikeuttamisperusteita (tuolloinen RL 3:6:n hätävarjelu, RVA 12 §:n itseapu ja RVA 23 §:n jokamiehen kiinniotto-oikeus jne.), joihin liittyy tulkinnanvaraisia kysymyksiä, sekä RL 27:5:n soimauksen toteennäyttämistä koskenut pykälä. Mahdollisesti vartijoiden menettely olisi merkinnyt kiellettyä tekoa siinäkin tapauksessa, että heidän tosiasioita koskevat arvionsa olisivat olleet oikeita. Tilanteeseen on siis voinut liittyä oikeuserehdys (kieltoerehdys). Tähän saattaisi viitata se, että otsikko-osassa puhutaan myös A:n ja B:n tehtävissään saamien ohjeiden puutteellisuudesta. On tosin myös ajateltavissa, että tämä viittasi tosiasioita koskevan virhekäsityksen perustellisuuteen.¹⁸⁰ Teon tosiasiallista luonnetta ja sallittuisuutta koskevien erehdyksen kombinaation tapauksessa on ensin arvioitava ensin mainitun vaikutus rangaistavuuteen.

Tapauksessa KKO 1997:185 oli kyse siitä, että 7 päivää -lehdessä oli julkaistu artikkeli otsikolla ”Huijariliikemiehet voitellivat pankinjohtajia. A oli Nauvon juhlien päättähti”. Artikkelin yhteydessä oli myös julkaistu suurikokoinen A:n kuva. Lisäksi lehden kannessa oli maininta artikkelista otsikolla ”Pankkiherrojen hurjat ilotyttöjuhlat. A päättähtenä” ja samoin A:n kuva. Toimittaja B oli kirjoittanut artikkelin, ja C vastasi päätoimittajana lehden sisällöstä ja laati etusivun tekstit. Kyseisiä juhlia ei ollut järjestetty. AO katsoi B:n ja C:n syyllistyneen herjaukseen vastoin parempaa tietoaan, HO tahallaan, ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoaan. KKO perusteli tahallisuusratkaisuaan seuraavasti:

¹⁷⁹ Putatiivierehdyksen näkökulmasta oman kysymyksensä muodostaisi tällöin se, miten on menettävä muiden kuin RL 4–6:ssä mainittujen vastuuvapausperusteiden suhteen, sillä RL 4:3 viittaa vain niihin.

¹⁸⁰ Tahallisuuden voitaisiin katsoa puuttuneen, kun on menetelty työnantajan ohjeiden mukaan, eikä työntekijöiltä voitu vaatia enempää. Mikäli ”ohjeet”, joiden puutteellisuudesta oli kyse, koskivat sitä, mitä vartijat saavat tai mitä heidän tulee missäkin tilanteessa tehdä, mistä olen edellä lähtenyt, on kyse toimien luvallisuudesta, eivätkä ne vaikuta epäilyn suuntautumiseen M:ään ja N:ään, kylläkin mahdollisesti valittavaan toimintatapaan. – Tapauksen KKO 1982 II 159 arviointia hankaloittaa vielä se, että ”tuliko kaikki tavarat maksettua” voidaan ymmärtää herjausluontoiseksi väitteeksi, jolloin arviointiin ovat saattaneet vaikuttaa herjaustahallisuuden erityispiirteet. Ylipäättään RL 27 luku oli komplisoitu ja sen tahallisuuskysymyksiä koskevat retrospektiiviset arviot kenties tavallistakin spekulatiivisempia. Ks. tapauksesta myös *Lappi-Seppälä* 1987 s. 323–324.

B ja C ovat käräjäoikeuden tuomiossa kerrotulla tavalla perustaneet julkaistut tiedot yksityisen henkilön kertomaan ja ovat pitäneet kertomusta luotettavana ja uskoneet kuulemansa kertomuksen todenperäisyyteen, koska mainittu henkilö on B:n ja C:n ilmoituksen mukaan aikaisemmin käsitellyt samaa aihepiiriä koskevia asioita radio- ja televisio-ohjelmissa sekä suurimmassa valtakunnallisessa päivälehdessä ja koska ”7 päivää” -aikakauslehti on käyttänyt tietolähteenään mainittua henkilöä myös aikaisemmin ja hänen antamansa tiedot ovat osoittautuneet oikeiksi. B:n ja C:n on kuitenkin täytynyt käsittää, että lehdessä julkaistavat A:ta koskevat seikat, mikäli ne osoittautuvat perättömiksi, loukkaavat A:n kunniaa ja aiheuttavat hänelle kärsimystä ja vahinkoa. Niinpä B:llä ja C:llä on ollut perusteltua aihe selvittää tietojen todenperäisyys ennen artikkelin julkaisemista lehdessä. He ovat laiminlyöneet tietojen varmistuksen, vaikkakin ovat ilmoittaneet yrittäneen tarkistaa tietojen todenperäisyyttä. Näin ollen B ja C ovat syyllistyneet tahalliseen painotuotteen kautta tapahtuneeseen herjaukseen, jota ei ollut tehty vastoin parempaa tietoa.

Selvää on, että tällaiset väitteet olisivat epätosina loukkaavia. Mitä vakavampi väite on, sitä suurempi objektiivinen syy on varmistua sen totuudenmukaisuudesta. Perustelujen mukaan B ja C olivat siis uskoneet kuulemansa kertomuksen todenperäisyyteen, mutta laiminlyöneet tietojen todenperäisyyden varmistuksen. Jos B ja C luottivat väitteen todenperäisyyteen, eivät he ilmeisesti samalla ole pitäneet sen epätotuutta todennäköisenä tai olleet selvillä sen epätotuudesta. Kyseessä olisi de lege lata luultavasti vain huolimattomuus.

Tapauksessa *KKO 2000:45* oli kyse Yleisradio Oy:n 1.11. ja uusintana 6.11.1994 televisiossa lähettämästä Kuningaskuluttaja-ohjelmasta, jossa toimittaja A oli todennut mm., että ”myös kuluttajaviranomaisille Oulun Ompelukone Ky on tuttu jo vuosien takaa muun muassa uusina myydyistä käytetyistä koneista”. A:n esittämä väite oli perustunut pääosiltaan kuluttajavalituslautakunnan yhtiölle vuosina 1987 ja 1988 antamiin kahteen ompelukonekaupan purkamista tai koneen vaihtamista koskevaan suositukseen. Jälkimmäiseen liittyen Rovaniemen HO oli 27.6.1991 antanut kaupan purkamista koskevaan kanteeseen hylkäävän tuomion, koska riittävää näyttöä ei ollut esitetty siitä, että ompelukone ei ostohetkellä olisi ollut uusi. Vastaava ohjelmatoimittaja B oli tullut tietoiseksi kyseisestä tuomiosta 4.11.1994. A:lle vaadittiin rangaistusta 1.–6.11.1994 tapahtuneesta ei vastoin parempaa tietoa tehdystä julkisesta herjauksesta ja B:lle 1.11. lähetyksen osalta radiovastaulain mukaisen valvontavelvollisuuden laiminlyönnistä mutta 6.11. lähetyksen osalta vastoin parempaa tietoa tehdystä julkisesta herjauksesta. Jutussa oli kyse myös solvauksesta, jota koskevan näkökulman jätän tässä sivuun. A tuomittiin mainitusta herjauksrikoksesta. KKO:n enemmistö perusteli kantaansa seuraavasti:

Väitteen vakavuus huomioon ottaen A ei olisi saanut tyytyä noista jo varsin vanhoista suosituksista saamiinsa tietoihin, vaan hänen olisi pitänyt varmistaa viranomaislähteistä tai yhtiöstä suosituksista ilmenevien tietojen todenperäisyys ja se, mitä suositusten perusteella lopulta oli tapahtunut. Tähän tarkistamiseen hänellä olisi ollut mahdollisuus. A ei ole näyttänyt soimaukseen sisältyvää väitettä toteen.

Kohdan perusteluista eriävän mielipiteen esittänyt OikN Kitunen toi esiin samansuuntaiset perusteet, joskin hän mm. liitti ne enemmistöä selvemmin juuri

tahallisuuteen sillä ennen soimauksen toteennäyttämättömyyttä koskevaa virkettä hänellä on johtopäätösvirke ”[n]äin ollen A:n tahallisuutta ei poista se, että hänen lausumansa väitteen lähteenä ovat olleet kuluttajavalituslautakunnasta saadut tiedot”¹⁸¹. Sekä enemmistö että Kitunen viittasivat B:n osalta seuraaviin käräjäoikeuden perusteluihin, joiden nojalla B:n katsottiin syyllistyneen julkiseen herjaukseen vastoin parempaa tietoaan:

B oli tullut 4.11.1994 eli kaksi päivää ennen toista esityskertaa tietoiseksi Rovaniemen hovioikeuden tuomiosta 27.6.1991. Sen vuoksi hänelle oli syntynyt erityinen velvollisuus varmistaa esitettyjen väitteiden oikeellisuus. Hän ei ollut voinut varmistua väitteiden oikeellisuudesta katsomalla ohjelman läpi työryhmänsä kanssa. Hän olisi ilmeisesti voinut vain keskustelemalla A:n kanssa varmistua siitä, minkä tietojen perusteella A oli ohjelman tehnyt. Siten saamansa tiedon perusteella B olisi pystynyt arvioimaan, kuinka luotettavia ja riittäviä tiedot olivat.

A:n osalta olennaista oli selonottovelvollisuuden laiminlyöminen. A:n tuskin voitaisiin katsoa olleen ”selvillä” herjaavan väitteensä epätotuudesta. Merkittävää lisäksi on, että selonottovelvollisuuden laajuus näyttää perustelujen valossa riippuvan siitä, kuinka vakava kyseinen väite on. Mitä vakavampi väite, sen paremmin tulee varmistua sen totuudesta. Mahdollisesti lopputulokseen vaikutti myös selonottovelvollisuuden täyttämisen vaikeusaste. Väitteen vakavuus ei mitenkään välttämättä korreloi sen totuudenmukaisuuden ex ante objektiivisen todennäköisyyden kanssa. RL 4:1 asettaa mieltämistä koskevat minimivaatimukset. Väitteen vakavuus voidaan ottaa tahallisuudessa huomioon operoimalla lisäksi vaihtoehtoisilla kriteereillä.

B:n kohdalla kyse oli siis vastoin parempaa tietoa tehdystä herjauksesta siltä osin, kun hän oli ennen jälkimmäistä lähetystä saanut tiedon Rovaniemen hovioikeuden tuomiosta. Erityisen kiinnostavaa on, että B:nkin vastuullisuutta perusteltiin nimenomaisesti sillä, että hän oli HO:n tuomiosta tiedon saatuaan laiminlyönyt varmistua esitettyjen väitteiden oikeellisuudesta. ”Parempi tieto” ei näytä edellyttäneen kovin paljoa, ja osin merkitykselliset kriteerit – laiminlyönti varmistua väitteiden oikeellisuudesta – olivat kotoisin mieltämisen ulkopuolelta.¹⁸²

Etenkin ei vastoin parempaa tietoa tehdyssä herjauksessa selonottovelvollisuus on ollut merkittävässä roolissa. Tilannetta voidaan lähestyä tahallisuuskysymyksenä ja katsoa, että tämäntyyppisissä rikoksissa selonottovelvollisuudella on ollut huomattavan merkittävä rooli. Mielestäni näyttää kuitenkin siltä, että ratkaisulinjat ovat melko hyvin yhteensopivia Honkasalon ja muidenkin oikeus-

¹⁸¹ Vähemmistö käyttää myös vähemmän konditionaali-ilmauksia (ei ole saanut tyytyä, on ollut mahdollisuus), viittaus HO:n ratkaisuun puuttuu ja varmistustapoina viranomaislähteet ja yhtiö eivät ole samanarvoisia vaihtoehtoja, vaan varmistus olisi pitänyt tehdä viranomaislähteistä ”ja viime kädessä yhtiöstä”.

¹⁸² Ks. myös *Rikosoikeus* 2002/Nuutila s. 921–922.

oppineiden linjan kanssa: usko väitteen totuuteen ei vielä poissulkenut tahallisuusvastuuta, vaan vasta usko väitteen todistettavuuteen.

Uusissa kunnianloukkauksrikriminalisoinneissa ei enää tehdä eroa tahallisuuden ja kvalifioitun vastoin parempaa tietoa -tahallisuuden välillä. Kysymys väitteen totuudesta on de lege lata RL 24:9.1 1 kohdassa selkeästi tunnusmerkistön mukaisuuteen kuuluva ja sellaisena tahallisuuden kohde. Lainkäytön kannalta on nyt mielenkiintoista, kuinka suhtautua tulevaisuudessa selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin. Jos syytettyä moititaan siitä, että hän on laiminlyönyt ottaa selkoa väitteen totuudesta, ei prima facie ole kaukaa haettava lähteä siitä, että hän ei nähtävästi siis ollut selvillä kyseisestä seikasta.

Siteeraan vielä uusia kunnianloukkauksrikoksia koskevia tahallisuusperusteluja HE:n 184/1999 sivuilta 16–17 ja 34.

Tunnusmerkistön valintaan ei myöskään enää vaikuttaisi se, tehdäänkö kunnianloukkaus vastoin parempaa tietoa vai ei. Rikoksen vahingollisuuteen asianomistajan kannalta ei välttämättä vaikuta se, onko rikoksenteijä tiennyt väitteensä perättömäksi vai ei. Siitä, mitä rikoksenteijä on tiennyt, saattaa myös olla mahdotonta saada luotettavaa näyttöä. Vaikka näyttöä olisikin saatavilla, voi olla vaikea ratkaista, onko tekijän todella katsottava tienneen asian oikean laidan vai olisiko hänen ainoastaan hyvin perusteiden pitänyt epäillä tietojensa oikeellisuutta. Kun tiedon olemassaolo ei enää ratkaisisi tunnusmerkistön valintaa, tällaisten tulkintaongelmien merkitys vähenisi selvästi. Rangaistuksen mittaamiseen rikoksenteijällä olleet tiedot luonnollisesti vaikuttavat (s. 16–17).

Kunnianloukkaus olisi vain tahallisen rangaistava. Teko ei ainakaan silloin ole 1 kohdassa tarkoitettu rikos, kun tekijällä on ollut vahvoja perusteita pitää totena, mitä hän on esittänyt tai mihin hän on vihjannut. Eri tilanteisiin soveltuvaa tarkkaa tahallisuuden rajaa ei voida etukäteen ilmaista yleisin sanonnoin (s. 34).

Ylempi sitaatti henkii käsitystä, jonka mukaan tekijän tiedon vaatimus olisi sekä asiallisesti että näytettävyyden osalta aivan toista kuin ”pelkkä” vaatimus tahallisuudesta. Selvästikin lainlaatija on tällä kohden pitänyt ei vain ”parempaa” tietoa, vaan myöskin tietämistä yleensä, kvalifioituna tahallisuuden lajina. On vaikea sanoa, missä määrin lainlaatija on tiedostanut sen, että ei vastoin parempaa tietoa tehdyn herjauksen syyksiluettavuusvaatimus suhteessa väitteen epätotuuteen on ollut yllä selostetun kaltainen. De lege lata on selvää, että väitteen epätotuus on tahallisuuden kohde, eikä laissa ole mitään sellaista, mikä mahdollistaisi normaalivaatimuksista tinkimistä myöskään tahallisuuden sisälön tai sen näytön suhteen. Jos tekijä ei ollut selvillä väitteensä epätotuudesta, tahallisuusvaatimus ei täyty. RL 24:9.1 2 kohta taas operoi ”halventamisella”.

5.6.2 Toisen henkilön tekoa koskeva tahallisuus

Ratkaisussa *KKO 1984 II 105* oli kyse avunantotahallisuudesta veropetoksen yhteydessä. Yhtiö X oli ostanut kiinteistöyhtiö Y:ltä erään tontin vuokraoikeuden ja tontilla olevat rakennukset. Kauppakirjaan merkittiin kauppahinnaksi 850 000 mk. Samassa yhteydessä tehtiin kuitenkin myös kaksi muuta sopimusta, joiden tarkoituksella tuomioistuimet katsoivat vajaan 300 000 markan lisän vuokraoikeuden ja rakennusten kauppahintaan. Kun kaupasta menevää leimaveroa maksettiin kauppakirjaan merkityn summan mukaan, veronsaajalta jäi saamatta sitä. Lisäksi myyjäyhtiön veroilmoituksessa jätettiin ilmoittamatta kaupassa saatua tuloa tuo vajaat 300.000 mk. Ostajayhtiön puolesta kauppakirjan olivat allekirjoittaneet yhtiön rautakaupparyhmän johtajana ja apulaisjohtajana toimineet K ja L, joille X:n toimitusjohtaja B oli antanut tähän oikeuden. Kysymys oli K:n, L:n ja B:n avunantotahallisuudesta ostajayhtiön tuloverotuksessa tapahtuneeseen veropetokseen. AO hylkäsi avunantosyytteen, kun taas HO katsoi heidän tahallaan edistäneen A:n rikosta. KKO lausui asiasta seuraavan:

K:n, L:n ja B:n on, K:n ja L:n allekirjoittaessaan 15.11.1974 X:n puolesta kysymyksessä olevan tontin vuokraoikeuden ja tontilla olevien rakennusten omistusoikeuden siirtoa koskevan kauppakirjan sekä B:n antaessaan K:lle ja L:lle yhtiön puolesta siihen luvan, täytynyt käsittää, että A antaessaan Y:n puolesta veroilmoituksen vuoden 1974 tuloista todennäköisesti tulee käyttämään kauppakirjaa siihen merkittyine, todellista alhaisempine kauppahintoihin hyväkseen pidättääkseen valtiolta, kunnalta ja seurakunnalta veroa. Tähän mahdollisuuteen he ovat suhtautuneet hyväksyvästi tai ainakin välinpitämättömästi. Tämän vuoksi he ovat syyllistyneet HO:n hänen syykseen lukemaan avunantoon A:n tekemään törkeään veropetokseen.

Tahallisuuden kohteena oli siten ensinnäkin se, miten A tulee menettelemään verotuksessa – tuleeko hän käyttämään kauppakirjaa liian alhaisine kauppahintoihin vai ei (= väärän tiedon antamista RL 38:11:ssä [498/1972]). Tässä on tahallisuuden kohteena kyse melko yksinkertaisesti hahmotettavasta fyysis-deskriptiivisestä asiasta.

KKO katsoi, että B:n, K:n ja L:n oli täytynyt käsittää, että A todennäköisesti tulee käyttämään kyseistä kauppakirjaa. Lienee luontevaa lähteä siitä, että todennäköisyydellä on tarkoitettu yksinkertaista todennäköisyyttä. Erityistä keskustelua KKO ei käynyt tämän arvion perusteista. Asiassa on luultavasti lähdetty siitä, että avunannosta syytetyt olivat selvillä kahden lisäkauppakirjan mustaa kauppahintaa peittävästä luonteesta. Kyse oli nyt lähinnä siitä, kuinka todennäköistä heidän näkökulmastaan oli se, että A tulee poikkeamaan kaupalle annetusta ilmi-asusta verotuksessa. Tämä on todistelukysymys in casu: kauppakirjamenettely indisoit tulevaa veropetosta, muttei tee sitä välttämättömäksi.¹⁸³

¹⁸³ Yhtäältä B:n ja toisaalta K:n ja L:n asema ja käsitykset olisivat myös saattaneet olla erilaiset, mihin seloste ei anna paljoa valaistusta. – Oikeustointen naamiointitoimet voivat viitata tahallisuuteen; tästä näkökulmasta voidaan viitata myös mm. ylikorkojuttuun KKO 1984 II 130, joskin tahallisuuskysymykset ovat ratkaisuihin osin erilaiset. Ks. *Lehtonen 1986a s. 392 ja Rikosoikeus 2002/Nuutila s. 1019*.

Perusteluissa on hyödynnetty todennäköisyystahallisuuden ja positiivisen tahtoteorian kombinaatiota. Ratkaisu voitaisiin vaihtoehtoisesti katsoa positiivisen tahtoteorian mukaiseksi, jossa vain on operoitu vahvemmalla kognitiivisella kriteerillä kuin olisi ollut tarpeen. Todennäköisyyden osalta operoidaan siis vain todennäköisyydellä ilman ”varsinta” tms. määrettä. Käytössä on myös pakottava päättely. Perusteluissa on positiivisen tahtoteorian osalta hyödynnetty sekä hyväksymistä että välinpitämättömyyttä. Joidenkin mielestä toimiminen huolimatta todennäköiseksi mieltämisestä sisältää hyväksymisen/välinpitämättömyyden, jolloin volitiivisilla kriteereillä ei olisi itsenäistä merkitystä. Joka tapauksessa ratkaisua on perusteltu sekä kognitiivisilla että volitiivisilla kriteereillä.¹⁸⁴ Positiivisen tahtoteorian mukainen perustelu sisältää signaalisantahallisuuden – hyväksyntä tai välinpitämättömyys kohdistuvat siihen ”mahdollisuuteen”, että A tulee (todennäköisesti?) käyttämään kauppakirjaa. Perustelujen mukaan B, K ja L olivat suhtautuneet kyseiseen mahdollisuuteen hyväksyvästi ”tai ainakin” välinpitämättömästi. Tämäntapaista tulkinnanvaraista ilmaisua käytettiin myös tapon yritystä koskevassa ratkaisussa KKO 1985 II 172, jota koskevassa keskustelussa on arvioitu ilmaisen merkitystä. Tuossa ratkaisussa ilmaisu oli ehkä merkittävämmässä asemassa, sillä se oli todennäköisyystahallisuuden ja positiivisen tahtoteorian välissä, kun taas ratkaisussa KKO 1984 II 105 se on positiivisen tahtoteorian sisällä (kahden tahtokriteerin välissä).

Avunantajalla tulee olla tahallisuus suhteessa 1) omaan toimintaansa, 2) sen tahallista rikosta auttavaan merkitykseen ja 3) siihen, että tapahtuu sellaista, joka vastaa rikoksen tunnusmerkistön toteutumista. Näissä asioissa ei yleisten oppien uudistuksessa ole ainakaan tavoiteltu muutoksia verrattuna aikaisempaa oikeustilaan. Kysymys on (jälleen) siitä, miltä osin sovelletaan RL 3:6:ää, miltä osin taas 4:1:ää, sikäli kuin näiden vaatimukset eroaisivat toisistaan. RL 3:6 operoi yksinkertaisella todennäköisyydellä kuten ehkä on tehty tarkasteltavassa ratkaisussakin. Välinpitämättömyydellä ja hyväksynnällä saadaan operoida, mutta niillä ei voida korvata vaadittavia kognitiivisia kriteerejä.

Tapauksessa *KKO 2003:42 A* oli huhtikuussa 2000 ostanut mopon pojalleen B:lle, joka täytti 15 vuotta 22.9.2000. B sai harjoitella ajamista omakotitalon pihalla,

¹⁸⁴ Ratkaisun suhdetta tahallisuutta koskevaan yleiseen oikeustilaan on eri ajankohtina luonnehdittu jossain määrin erilaisin painotuksin. *Backman 1989a* s. 573–574 toteaa, että tätä veropetoksen avunannon tahallisuutta koskevaa ratkaisua on ”tavanomaisesta poiketen” perusteltu positiivisesta tahtoteoriasta tutuin argumentein. *Lehtonen 1986a* s. 374–375 kommentoi ratkaisua ja toteaa, että kaiken kaikkiaan ei näytetä olevan riidattomia perusteita luopua siitä käsityksestä, että positiivisella tahtoteorialla on edelleen vallitseva asema. *Nuotio 1995* s. 972 sanoo, että ainakaan KKO:n veropetosta koskevasta oikeuskäytännöstä ei ole osoitettavissa yhtään esimerkkiä tapauksesta, jossa nimenomaisesti olisi viitattu todennäköisyysopin mukaisiin perusteisiin tahallisuuteen – ratkaisussa KKO 1984 II 105 on selvästi tahtoteoriaan viittaava muotoilu. *Fränden 2001* s. 292 mukaan ratkaisu viittasi siihen, että likgiltighetsuppsätt oli sovellettavissa avunantajaan.

mutta ei saanut mennä yleiselle tielle. Vastoin tätä kieltoa B oli A:n tietien kahdesti ajanut yleisellä tiellä. A ei ryhtynyt erityisiin toimiin, esimerkiksi lukinnut mopoa, enemmän kiellonvastaisen tiellä ajamisen estämiseksi. A:n ollessa 3.6. pois kotoa B oli kolmannen kerran ajanut yleisellä tiellä.

TLL 65.1 §:n mukaan ”ajoneuvoa ei saa luovuttaa sen kuljetettavaksi”, jolta esimerkiksi lain 64 §:n mukaan ilmeisesti puuttuvat edellytykset ajoneuvon kuljettamiseen. TLL 103 § kriminalisoi rikkomuksen mm. 65 §:ää vastaan. A:ta syytettiin liikenerikkomuksesta 3.6. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat A:n, KKO äänin 3–2. Tapaus tuo esiin mm. laiminlyöntiproblematiikan; epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen soveltuvuus edellyttää RL 3:3:n mukaan, että kyse on seurausten estämisestä. Tahallisuuden näkökulmasta kyse oli ensinnäkin siitä, mitä syyksiluettavuuden astetta vastuu edellytti. TLL 103 §:n kannalta tuottamus on sinänsä katsottu riittäväksi (nytemmin tämä ilmenee lainkohdasta suoraan), mutta onko sillä merkitystä, että rikottu käyttäytymisnormi TLL 65.1 § puhuu ajoneuvon ”luovuttamisesta”?¹⁸⁵

Joka tapauksessa KKO otti kantaa siihen, oliko A:lla tahallisuus suhteessa siihen, että B tulee kahden tietoon tulleen ajon jälkeen vielä kiellonvastaisesti ajamaan yleisellä tiellä. Langettavan kannan omaksuneiden enemmistö totesi perusteluissaan, että ”yleisen elämäkokemuksen mukaan mopon hankkiminen alaikäisen pojan harjoittelukäyttöön luo tälle suuren houkutuksen kuljettaa sitä myös yleisillä teillä”. Perusteluissa päädyttiin siihen, että ”on ollut A:n tietien varsin todennäköistä, että poika lähtee vielä kolmannenkin kerran kuljettamaan mopoa yleisillä teillä”. Yhden jäsenen mukaan A:n oli hankkiessaan mopon täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että ajo ei rajoittuisi kotipihaan, mitä osoitti jo kieltoakin ajaa muualla. A oli kiellonvastaisen käytön jälkeen laiminlyönyt ryhtyä toimiin, joilla hän olisi varmistanut kiellon tehokkuuden. Kaksi syytteen hylkäävälle kannalla päätyntä oikeusneuvosta piti epäselvänä, oliko ”riski siitä, että B vielä jatkossakin ryhtyy isänsä kiellon vastaisesti kuljettamaan mopoa yleisellä tiellä, ollut niin suuri, että sen toteutumista olisi pidettävä varsin todennäköisenä”.

Peruskysymys on, millä todennäköisyydellä kieltoa jo kahdesti rikkonut poika rikkoo kieltoa vielä uudestaan, ja mitä syytetty ymmärsi tästä. Merkittävää on myös, oliko kyse siitä, tuleeko B ajamaan kiellonvastaisesti juuri kyseisenä päivänä 3.6. vai ylipäätään ennen kuin täyttää 15 (jolloin 3.6. on ajankohta, jolloin objektiiviset edellytykset kohtasivat tulevaisuuteen yleensä kohdistuneen tahallisuuden). Rima on tietenkin korkeammalla edellisessä vaihtoehdossa. KKO:n kannan määränneessä mielipiteessä operoitaneen jälkimmäisellä. On varmaan-

¹⁸⁵ Tolvanen/KKO 2003:42 s. 298 näkee KKO:n ratkaisussa selkeän kannanoton sen puolesta, että mopon luovuttaminen alaikäiselle on rangaistavaa vain tahallisuutena, ja pitää kantaa hyvin perusteltuna, koska termi ”luovuttaminen” viittaa selkeästi tahalliseen toimintaan.

kin olemassa KKO:n kuvaama yleinen kokemussääntö, joskin sen sisältö on melko yleisluontoinen eikä sellaisenaan luonnollisesti yksin riittä arvioinnin pohjaksi. Todennäköisyyden arviointia olisivat helpottaneet mm. tiedot siitä, montako tilaisuutta pojalla oli ollut kiellon rikkomiseen, miten A oli reagoanut kahdesta kiellon rikkomisesta tiedon saatuaan, oliko poika yleensä tottelevainen jne. Huomiota kiinnittää rikosasioiden näytösääntöjen näkökulmasta mm. enemmistön perustelukohta, jonka mukaan asiassa ei ole näytetty, että syytetty olisi kahdesta tielläajosta tiedon saatuaan ryhtynyt varotoimiin kiellonvastaisen ajon uusiutumisen estämiseksi.

Luovuttamisen katsottiin kaiketi tapahtuneen 3.6, tähän oli rikoksen teko-aika, jolloin kyse lieene ollut laiminlyöntivastuusta. Uusi RL 3:3 puhuu tunnusmerkistön mukaisen seurauksen estämisestä, ja tahallisuuden näkökulmasta seurausrikoksiin sovellettaisiin RL 3:6:n tahallisuusmääritelmää (eikä vain RL 4:1:ää) ja siten, kuten myös tässä tapauksessa, varsin todennäköisen kriteeriä.¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Tolvanen/KKO 2003:42* s. 298 katsoo, että KKO asetti tapauksessa tahallisuuden riman aika alas; voidaan hyvinkin sanoa olleen ennakoitavissa, että poika kolmannenkin kerran rikkoo isänsä kieltoa, mutta eri asia on, onko uudelleen kuljettamista ollut pidettävä varsin todennäköisenä.

6 Rikoslain kokonaisuudistus rikosoikeuskomitean jälkeen

6.1 JOHDANTO

Oikeusministeriö asetti 31.3.1980 projektiorganisaation, jonka tehtävänä oli rikosoikeuskomitean periaatemietinnön ja siitä annettujen lausuntojen pohjalta laatia rikoslain kokonaisuudistuksen toteuttamiseksi tarvittavat säädösehdotukset perusteluineen. Tämä rikoslakiprojekti toimi vuoteen 1999 saakka. Rikoslakiprojektissa toimi työryhmiä, muun muassa yleisten oppien työryhmä, ja johtoryhmä, joka viime kädessä hyväksyi projektin ehdotukset.

Rikoslain kokonaisuudistus on toteutettu vaiheittain aloittaen erityisestä osasta. Sitä uudistettiin valmistelemalla ensin kaksi suurta pakettia, jotka rikoslakiprojektista valmistuivat vuosina 1984 ja 1989. Niitä vastaavat hallituksen esitykset annettiin vuosina 1988 ja 1993. Pienempiä osauudistuksia sekä erityisen osan että seuraamusjärjestelmän puolelta on valmisteltu omina kokonaisuuksinaan. Rikoslakiprojektin ehdotus yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi valmistui vuonna 2000 projektin jo päätettyä työnsä.

Seuraavassa kokonaisuudistustyötä tarkastellaan tahallisuuden kannalta. Uudistusjärjestystä seuraten aloitetaan erityisestä osasta.

6.2 ERITYINEN OSA

Rikoslain kokonaisuudistuksen I-pakettia koskevassa HE:ssä 66/1988 ei käsitellä tahallisuuden sisältöä yleisenä kysymyksenä. Lausumia on pykälien perusteissa. Tahallisuutta ei käsitellä niissä kuitenkaan nimenomaisesti kovin usein. Tämä koskee erityisesti perustahallisuutta. Tämä voi osin johtua siitä, että esimerkiksi tunnusmerkeissä hyödynnettyihin verbeihin liittyy usein subjektiivisenkin puoli.¹⁸⁷ Erityisiä tarkoitustunnusmerkkejä käsitellään laajemmin.

Tahallisuutta koskevat lausumat ovat yleensä myös melko lyhyitä ja standardityyppisiä. Yleisimmän muotoilun mukaan tahallisuuteen kuuluu tai se edellyttää tietoisuutta tietyistä seikoista. Usein puhutaan myös jonkin tietämisestä tai

¹⁸⁷ Tahallisuusvaatimusta käsitellään nimenomaisesti parissa tusinassa kohtaa, laajemmista ks. esim. lausumat HE 66/1988 s. 113 (väärännys), 116 (väärännysaineiston hallussapito) ja 124 (vahingonteko). Muuallakin tahallisuus tulee toki esiin esimerkkien ym. yhteydessä.

mieltämisestä. Termejä on käytetty sekä tahallisuuden alimman asteen ollessa riittävä että silloin, kun ehdotettu tunnusmerkistö viittaa tietämiseen (RL 32:1 ja 39:6). Lausumissa ei analysoida oikeustapauksia tai viitata sellaisiin. Muutaman kerran hyödynnetään todennäköisyystahallisuutta¹⁸⁸. Positiiviseen tahtoteoriaan ei viitata. Selonottovelvollisuus on esillä RL 33:1:n yhteydessä¹⁸⁹.

Lakivaliokunnan mietinnössä pidettiin ongelmallisena sitä, että yleisten opien kysymyksiä ei voitu ratkaista vielä kokonaisuudistuksen I-vaiheessa. Asian käsittelyä olisi helpottanut se, että eduskunnalla olisi ollut tiedossa, mikä sisältö on tarkoitus antaa esimerkiksi syyksiluettavuutta koskeville säännöksille.¹⁹⁰

II-paketissa tahallisuus on yleisenäkin kysymyksenä laajemmin esillä rikoslakiprojektin seuraavassa jaksossa lähemmin käsiteltävän surmaamisen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuutta koskeneen *lex specialis* -ehdotuksen vuoksi. Hallituksen esityksessä 94/1993 ehdotettujen tunnusmerkistöjen tahallisuusperusteluista piirtyy samantapainen kuva kuin I-paketista. Tarkoitustunnusmerkit ovat esillä. Niissä harvahoissa kohdissa, joissa perustahallisuuden edellytykset otetaan nimenomaisesti esiin, puhutaan yleensä tietoisuudesta, tiedosta ja tietämisestä.¹⁹¹

Todennäköisyystahallisuus on nimenomaisesti esillä RL 21 luvussa, jossa myös lyhyesti viitataan todennäköisyystahallisuutta hyödyntäneisiin tapauksiin. Oikeustieteessä ja -käytännössä suuntauksen kerrotaan olevan välinpitämättömyystahallisuutta tiukemman tahallisuusvaatimuksen suuntaan. Todetaan myös, että oikeusturvanäkökulmalta oikeuskäytännössä on tarvetta ilmeisesti pikemminkin tahallisuusvaatimuksen kiristämiseen kuin sen lieventämiseen.¹⁹²

Kuva ei suuresti muutu käytäessä läpi oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan tehtyjä sekä seksuaalirikoksia koskevan uudistuspaketin esitöitä. Perustahallisuuden nimenomaisempia perusteluja on esitetty ainakin 22 rikoksessa. Yleisimmin puhutaan tahallisuuteen kuuluvasta tai tekijän tietoisuudesta sekä tahallisuuteen sisältyvästä tiedosta. Todennäköisyystahallisuus on esillä RL 15:3:n, 6:n ja 9:n, 17:1:n ja 17:14:n yhteydessä.¹⁹³

¹⁸⁸ Ks. HE 66/1988 s. 63 (veropetos), 67 (avustuspetos) ja 138 (luottamusaseman väärinkäyttö). Myös LaVM 6/1990 s. 15 käyttää todennäköisyystahallisuutta luottamusaseman väärinkäyttöä koskeissa perusteluissaan.

¹⁸⁹ HE 66/1988 s. 113.

¹⁹⁰ LaVM 6/1990 s. 3. Ks. myös ed. Moilasen kritiikkiä mietinnön s. 36. Vastaavasti II-paketin yhteydessä LaVM 22/1994 s. 5 todetaan, että erityisesti epätietoisuus syyksiluettavuutta ja osallisuutta koskevista säännöksistä on luonut epävarmuutta säännösehdoitusten arviointiin. Ks. myös LaVM 3/1998 s. 6.

¹⁹¹ Ks. HE 94/1993 s. 15–16 sekä esimerkiksi 36, 48, 61, 69–70, 73, 117, 154, 155, 172, 197 ja 198.

¹⁹² HE 94/1993 s. 87–88, 92 ja 98. Lisäksi tekijänoikeusrikoksen yhteydessä on kiinnostava tahallisuuslausuma, jossa suhteutetaan tietoisuutta, tietämistä ja olosuhteisiin kohdistuvaa todennäköisyystahallisuutta; HE 94/1993 s. 213, ks. myös s. 215.

¹⁹³ Ks. HE 6/1997 s. 62, 65, 74, 78, 79, 81, 83, 117, 123, 140, 151, 152–153, 157, 173, 176, 177, 182 ja 186, todennäköisyystahallisuudesta ks. s. 30, 33, 40–41, 111 ja 135.

6.3 RIKOSLAKIPROJEKTIN VUODEN 1989 EHDOTUS SURMAAMISEN JA TERVEYDEN VAHINGOITTAMISEN TAHALLISUUDEN MÄÄRITELMÄKSI

Rikoslain kokonaisuudistuksen II-paketin yhteydessä tulivat uudistettavaksi mm. henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Rikoslakiprojekti antoi II-paketin koskevan ehdotuksensa vuonna 1989. Siinä todettiin, että henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa kysymys siitä, milloin teko on tahallinen, on erityisen tärkeä ja vaikea ratkaista. Tämän vuoksi oli tarpeellista esittää erityistä tahallisuudsmääritelmää RL 21 lukuun. Määritelmä oli tarkoitettu väliaikaiseksi ja olemaan voimassa siihen asti, kun rikoslakiin saadaan yleinen tahallisuuden määritelmä.¹⁹⁴

Mietinnön mukaan usean nykytilanteen epäkohdan voidaan katsoa johtuvan siitä, että Suomessa ainakin oikeustieteessä katsotaan tahallisuuteen kuuluvan niin sanotun dolus eventualis -tahallisuudenkin. Sitä kohtaan esitettiin seuraavaa kritiikkiä:

Hänen [= tekijän, JM] ei ole tarvinnut uskoa aiheuttavansa tätä seurausta. Näin laajasti käsitetty tahallisuus ei ainakaan vastaa tahallisuuden yleiskielistä merkitystä. Se johtaa siihen, että tahalliseksi tapoksi tulkitaan sellainenkin teko, joka ei vastaa tavanomaista käsitystä tahallisesta taposta. Tappo kuuluu niihin rikosnimikkeisiin, joihin liittyy aivan erityinen moraalinen paheksunta. Siksi on tärkeätä, että tahalliseksi tapoksi katsotaan vain teot, jotka sanan yleiskielisen merkityksenkin mukaan ovat sellaisia.¹⁹⁵

Tahallisuuden ydin on tarkoitustahallisuus. Rikosoikeudessa ei kuitenkaan voida rajoittaa vain siihen:

Henkilön katsotaan toimivan tahallisesti silloinkin, kun hän ei varsinaisesti tarkoita aiheuttaa jotakin mutta uskoo toimintansa aiheuttavan sen. Uskomisella ei tarkoiteta tällöin tietämisen vastakohtaa vaan suhtautumista, jossa henkilö ei ainoastaan miellä seurauksen syntymahdollisuutta vaan pitää seurauksen syntyä varmana tai hyvin todennäköisenä. Tätä laajempaa tahallisuutta ei rikosoikeudessa ole syytä hyväksyä.¹⁹⁶

KKO:n viimeaikaisista ratkaisuksista voitiin mietinnön mukaan päätellä, että se on katsonut tahallisuudella tarkoitettavan juuri edellä kuvattua, dolus eventualis-

¹⁹⁴ *OLJ 1/1989* s. 33–34 ja 219–220.

¹⁹⁵ *OLJ 1/1989* s. 220.

¹⁹⁶ *OLJ 1/1989* s. 220–221.

ta rajoitetumpaa tahallisuutta¹⁹⁷. Ehdotettu ”käsitteen yleiskieliseen merkitykseen ja korkeimman oikeuden viimeaikaiseen linjaan perustuva”¹⁹⁸ tahallisuuden määritelmä oli seuraava.

14 §

Surmaamisen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuus

Surmaaminen on tahallista, jos tekijän tarkoituksena on ollut riistää toisen henki tai jos tekijä on pitänyt toisen kuolemaa tekonsa varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena.

Terveyden vahingoittaminen on tahallista, jos tekijän tarkoituksena on ollut aiheuttaa toiselle vamma, sairaus, muu terveydellinen vaurio tai hengenvaarallinen tila tai jos tekijä on pitänyt sellaista tekonsa varmana tai varsin todennäköisenä seurauksena.

Ruotsinkielisessä säännösehdotuksessa ”varsin todennäköinen” oli ilmaistu sanonnalla ”högst sannolik”. Perusteluissa ”varsin todennäköistä” luonnehdittiin seuraavasti:

Todennäköisyydellä ei tarkoiteta tilastollista todennäköisyyttä. Pikemminkin ”varsin todennäköinen” vastaisi ”melko varmaa”. Ruotsinkielellä ”varsin todennäköinen” onkin ollut tapana ilmaista ”högst sannolik”, mitä ilmaisua sellaisenaan ei voida suoraan kääntää suomeksi, mutta se kuvaa hyvin, millä todennäköisyydellä tekijän on uskottava seurauksen aiheutuvan.¹⁹⁹

Projektin kiire lyödä lukkoon tahallisuuden sisältö – tosin vain RL 21 luvun seurauksissa – on jossain määrin yllättävä ottaen huomioon, että projekti oli päättänyt aloittaa erityisestä osasta ja että tahallisuusprejudikaatteja oli annettu vasta 11 vuoden aikana. Tämä aika oli sitä paitsi suurelta osin merkinnyt ratkaisulinjojen etsimistä. Vastikään, vuonna 1988, oli tosin annettu kolme juuri ”varsin todennäköisellä” operoivaa ratkaisua (8, 21 ja 73).

Huomattava on se sisältö, jonka projekti varsin todennäköiselle halusi antaa verrattuna rikosoikeuskomitean mietintöön. Rikosoikeuskomitea, joka niin ikään operoi varsin todennäköisellä tahallisuuden alarajana, näyttää halunneen pois-sulkea tahallisuudesta ainakin tekijän ilmeisen epätodennäköisenä pitämät seuraukset (kun tekijällä ei ole tarkoitustahallisuutta). Rikoslakiprojektin mukaan taas varsin todennäköinen vastaa ”melko varmaa”. Näin siirryttiin todennäköisyysasteikolla lähes yhdestä laidasta toiseen saman käsitteen, ”varsin todennäköisen”, alla.²⁰⁰

¹⁹⁷ OLV 1/1989 s. 221.

¹⁹⁸ OLV 1/1989 s. 221.

¹⁹⁹ OLV 1/1989 s. 256.

²⁰⁰ Tosin myös rikosoikeuskomitean tahallisuusehdotusta puolustettiin yleiskieliargumentilla; *Törnudd* 1977 s. 163.

Väkivaltarikoksissa päihteet ovat usein kuvassa mukana. Projektin näkemys asiasta oli seuraava.

Ehdotuksessa ei ole otettu kantaa humalan merkitykseen. Tässä luvussa rangaistavaksi säädetty teot tehdään usein humalassa. Nykyisin sääntö on, että humalassa tehdyt teot katsotaan ikään kuin selvin päin tehdyiksi eikä oteta huomioon päihtymyksestä aiheutuneita tajunnan muutoksia (RL 3:4.2). Humala voi olla niin syvä, että rikoksentekijä ei aidosti tiedosta käyttäytymistään. Usein humalassa aiheutetaan jotakin, mitä ainakaan selvin päin ei olisi tarkoitettu. Koko ongelma humalan merkityksestä syyksiluettavuuteen nähden on ratkaistava rikoslain yleistä osaa uudistettaessa.²⁰¹

Pidän erikoisena sitä, että ehdotetaan kognitiivista tahallisuuden alarajaa rikosten yhteydessä, jotka usein tehdään humalassa, jopa siten, ettei tekijä aidosti tiedosta käyttäytymistään, samalla kun kysymys humalan merkityksestä katsotaan voitavan jättää tässä yhteydessä ratkaisematta.

Ehdotettua erityistä tahallisuuden määritelmää ei, ymmärrettävästi, hyväksytty. Perusteluina viitattiin siihen, että tällaisesta määrittelystä seuraisi suuria tulkintaongelmia muiden rikoslain lukujen osalta.²⁰²

6.4 RIKOSLAKIPROJEKTI JA YLEISET OPIT

6.4.1 Yleistä

Yleisten oppien valmistelun lähtökohtia on selostettu edellä mm. rikoksen rakenteen ja rikosoikeuskomitean yhteydessä. Keskeistä oli, että laillisuusperiaate edellytti myös yleisten vastuun ehtojen kodifiointia. Kodifiointi haluttiin toteuttaa systeemineutraalisti, ts. sitoutumatta tarpeettomasti teoreettisiin oppeihin.

Rikoslakiprojektissa toimi yleisten oppien valmistelua varten yleisten oppien työryhmä. Kesäkuulta 1990 on olemassa luonnos rangaistusvastuun edellytyksiä ja vastuuvapausperusteita koskeviksi säännöksiksi. Luonnoksen rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä koskevan 2 luvun 6 § sisälsi seuraavan tahallisuuden määritelmäsäännöksen.

6 §

Tahallisuus

Teko on tahallinen, milloin tekijän tarkoituksena on rikoksen tunnusmerkistön toteuttaminen tai milloin hän pitää varmana tai varsin todennäköisenä, että hänen tekonsa tai laiminlyöntinsä täyttää rikokselle tunnusmerkistössä asetetut edellytykset.

²⁰¹ OLV 1/1989 s. 223.

²⁰² Rikoslain kokonaisuudistus II/Tiivistelmä lausunnoista s. 20–26 sekä HE 94/1993 s. 15–16 ja 88.

Teko on tahallinen myös, milloin tekijän tarkoituksena on muu kuin rikoksen tunnusmerkistön toteuttaminen, mutta hän käsittää, että tarkoituksen toteutuessa teko tai laiminlyönti välttämättä täyttää myös rikokselle tunnusmerkistössä asetetut edellytykset/rikoksen tunnusmerkistön.²⁰³

Rikosoikeuskomitea oli ehdottanut tahallisuuden (ja tuottamuksen) määrittelymistä laissa, jolloin erillistä säännöstä tosiasiaerehdyksestä ei tarvittaisi. Sen sijaan lakiin tulisi komitean mukaan ottaa säännös oikeuserehdyksen merkityksestä.²⁰⁴

Projektin luonnoksen vastuuvapausperusteita koskevassa 3 luvussa oli kuitenkin säännökset paitsi kieltoerehdyksestä (3:2), myös tunnusmerkistöerehdyksestä (3:1) ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä (3:3). Tunnusmerkistöerehdyksellä tarkoitetaan sitä, ettei tekijä tekohetkellä tunne kaikkia rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvia seikkoja. Teko ei tällöin ole tahallinen. Kieltoerehdyksellä tarkoitetaan erehtymistä teon oikeudenvastaisuudesta. Tekijä olisi rangaistusvastuusta vapaa, jos erehdys oli ilmeisen anteeksiannettava tai, vaihtoehtoisen muotoilun mukaan, jos tekijää ei voida erehdyksestä moittia. 3:3 lähti siitä, että jos käsillä ei ole 4–8 §:ssä säädettyä vastuuvapausperustetta, mutta tekotilanteeseen sellaisena kuin tekijä sen käsitti, olisi liittynyt sellainen peruste, häntä ei rangaista tahallisesta rikoksesta. Ehdotuksen 3:4–8:ssä säänneltiin hätävarjelu, pakkotila, voimakeinojen käyttö, itsepu ja pakottavat olosuhteet.

Lappi-Seppälän mukaan erillistä tunnusmerkistöerehdyssäännöstä voitiin puolustaa seuraavin argumentein:

- 1) metsästäjäkaverinsa erehdyksessä ampunutta ei vapauteta vastuusta siksi, että häneltä puuttui tahallisuus vaan siksi, että hän erehtyi kohteesta;
- 2) eri säännöksillä on myös erilainen funktio prosessissa. On syyttäjän tehtävänä osoittaa, että tahallisuuden edellytykset toteutuivat. On vastaajan tehtävä osoittaa, että tunnusmerkistöerehdyssäännöstä voidaan soveltaa;
- 3) voidaan myös kysyä, vastaavatko tosiasiaerehdys ja tahallisuus toisiaan todella 100 %:ssa tapauksia. Seuraako tahallisuuden edellytysten täyttymättä jäämisestä tosiaan, että käsillä oli aina jonkinlainen (tosiasia)erehdys? Jos tekijä ei ole selvillä tekonsa seurauksista, häneltä yksinkertaisesti puuttuu informaatiota, ja informaation puuttuminen on eri asia kuin väärä informaatio.²⁰⁵

Yleisten oppien pykäläehdotukset saivat arvokasta palautetta, kun Helsingin yliopistossa järjestettiin syyskuussa 1990 kansainvälinen kollokvio, jonka aiheena oli 100-vuotias Suomen rikoslaki. Jonkin verran yleistäen voidaan sanoa, että tahallisuuspykälän katsottiin rajaavan tahallisuuden liian kapeaksi, ja tilalle eh-

²⁰³ Loppuosassa on vaihtoehtoiset muotoilut.

²⁰⁴ *KM 1976:72* s. 108, 111 ja 172.

²⁰⁵ *Lappi-Seppälä 1992* s. 233.

dotettiin volitiivista rajanvetomallia. Toisen momentin ehdollisen varmuustahallisuuden sääntelemistä pidettiin liian yksityiskohtiin menevänä ja sen poistamista ehdotettiin.²⁰⁶

Valmistelua jatkettiin vuoteen 1999 asti, jolloin projekti päätti säännösehdo-
tusten lopullisesta sanamuodosta. Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että lopputulos
poikkesi vuoden 1990 luonnoksesta melko vähän. Tämä koskee esimerkiksi
erehdyspykälää. Tahallisuuspykälän kohtalo – lähinnä se, otetaanko jonkinlainen
tahtomalli mukaan vai ei – taas oli avoinna viime metreille saakka.²⁰⁷ Johtoryh-
män puheenjohtaja Pekka Koskinen laati johtoryhmän kokoukseen 1.10.1998
kompromissiehdotuksen, jossa tahtomallikin oli mukana. Äänestyksessä komp-
romissiehdotus voitti 8–1.²⁰⁸

6.4.2 Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva rikoslakiprojektin ehdo- tus vuodelta 2000

6.4.2.1 Yleistä

Rikoslakiprojektin johtoryhmä hyväksyi projektissa valmistellut yleisten oppien
pykälät keväällä 1999. Perusteluja täydennettiin tämän jälkeenkin, ja ehdotus
perusteluineen valmistui toukokuussa 2000.

Rikoslakiprojektin vuoden 2000 ehdotus yleisiä oppeja koskeviksi säännök-
siksi lähtee rikosoikeuskomitean mietinnön tavoin siitä, että rikosoikeudellisen
vastuun yleiset edellytykset on kodifioitava nykyistä laajemmin. Laillisuusperi-
aatteen näkökulmasta myös yleiset vastuusäännökset, esimerkiksi tahallisuuden
sisältö, ovat tärkeitä, eivät ainoastaan erityisen osan tunnusmerkistöt. Lainsää-
däntöteoreettiset syyt eivät aseta esteitä laajemmalle kodifioinnille – teoreettiset
kysymykset kuuluvat (nytemmin) lainsäätäjänkin toimialaan.²⁰⁹

²⁰⁶ *Roxin* 1992 s. 250–251, *Triffierer* 1992 s. 264–266 ja *Jescheck* 1992 s. 324–325, joka tosin toteaa
volitiivista elementtiä tarvittavan ennen kaikkea, jos todennäköisyystahallisuudessa edellytetään
”vain” 50 %. ”Varsin” todennäköinen oli saksalaisessa käännöksessä ”sehr wahrscheinlich”, englan-
ninkielisessä ”very probable”. *Lappi-Seppälä* 1992 s. 229–231 näyttää pykäläehdotuksia esitteleväs-
sä artikkelissaan tarkoittavan ”varsin todennäköisellä” 50 % ylittävää todennäköisyyttä. – Ehdollisen
varmuustahallisuuden sääntelyn tarpeellisuus riippuu ainakin osittain siitä, millainen tahallisuuden
alin aste on. – Tunnusmerkistöerehdystä kommentoinut *Roxin* 1992 s. 253 ei ottanut kantaa tahalli-
suuden ja tunnusmerkistöerehdyksen muodostamaan ”kahdenkertaiseen” sääntelyyn, joskin hän ky-
syi Lappi-Seppälän kolmannen argumentin näkökulmasta kiinnostavasti, onko se toiminut tunnus-
merkistöerehdyksessä, joka on sinänsä tuntenut teko-olosuhteet, mutta pitänyt seurausta virheellisest-
ti vain mahdollisena muttei todennäköisenä – todennäköisyystahallisuuden edellytyksethän eivät
tällöin täyty.

²⁰⁷ Ehdollista varmuustahallisuutta koskeva momentti jäi pois aiemmin.

²⁰⁸ Rikoslakiprojektin johtoryhmä 1.10.1998. Pöytäkirja 14/1998.

²⁰⁹ *OLJ* 5/2000 s. 2–3.

Onnistunut kodifiointi edellyttää mm. ristiriidattoman käsitejärjestelmän käyttämistä. Toisaalta ehdotuksessa halutaan välttää sitoutumista johonkin erityiseen rikosoikeustieteelliseen oppirakennelmaan. Esityksessä katsotaan tehdyn yksi poikkeus tästä ”teorianeutraalisuuden” lähtökohdasta. Se on ”kanta, jonka mukaan teon oikeudenvastaisuutta koskevaa erehdystä käsitellään syyllisyys- ei tahallisuuskysymyksenä”. Tämä ainoaksi poikkeukseksi mielletty kysymys koskee siten tahallisuutta. Säännöksiin ei ole otettu pelkkiä linjanmäärityksiä, vaan kaikilla säännöksillä on ajateltu olevan merkitystä myös lainsoveltamisessa. Lähtökohta on siis, että yleisten vastuuehtojes kodifioituisuuden aste kasvaa olennaisesti, eikä vain nimellisesti, vaan myös asiallisesti merkittävällä tavalla.²¹⁰

6.4.2.2 Tahallisuus ja sitä sivuavat kysymykset

Tahallisuuden yhteydessä merkittävää lisää lakiin olisi merkinnyt jo vaadittavaa syyksiluettavuuden lajia koskevan säännön (vaatimusnormin) ottaminen rikoslakiin. Sellainen ehdotuksessa onkin (3:5). Ehdotuksessa ei kuitenkaan ole tyydytty tähän, vaan syyksiluettavuuden lajit myös määritellään (3:6: tahallisuus, 3:7: tuottamus). Määrittelyn puolesta puhuvat edellä jo mainittujen legaliteettiperiaatetta ja lainsäätäjän kompetenssia koskevien näkökohtien lisäksi se, että ”tahallisuusarvioinnin pääsäännöistä on [...] päästy jo verraten suureen yksimielisyyteen” ja se, että ”[o]ikeustieteen käsitelmäärityt sekä oikeuskäytännön kannanotot antavatkin nyttemmin riittävän perustan myös tahallisuutta koskevan legaalimäärittelmän ottamiselle lakiin”²¹¹. Edellä kerroituin tavoin kompromissina hyväksytty 3:6 kuului seuraavasti.

6 §

Tahallisuus

Tahallisuusvaatimus täyttyy, milloin rikoksen tunnusmerkistön toteutumisen vastaa sitä, mitä tekijä teon hetkellä on

- 1) tarkoittanut,
- 2) pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä taikka
- 3) pitänyt varteenotettavana mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen.

Tahallisuuden kannalta merkittävä on myös tunnusmerkistöerehdys (4:1), jonka mukaan ”[t]ahallisuusvaatimus ei täyty, jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutu-

²¹⁰ OLJ 5/2000 s. 3.

²¹¹ OLJ 5/2000 s. 12.

minen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta”. Monessa rikoslaissa on tyydytty vain toisen määrittelemiseen. Tahallisuuden määritelmää pidettäneen tärkeämpänä mutta vaikeampana lainsäädäntötehtävänä. Rikosoikeuskomitea ehdotti vain tahallisuuden määrittelemistä laissa. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa molempien ottamista lakiin perustellaan lähinnä pedagogisilla syillä.²¹²

Muissakin säännöksissä on tahallisuuden näkökulmasta relevanttia ainesta. Ehdotuksen edellä mainittu teoreettinen sitoumus merkitsee ns. tahallisuusteorian hylkäämistä ns. syyllisyysteorian hyväksi. Tämän sitoumuksen ilmasuna on kieltoerehdyssäännös (4:2). Jos tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna ja erehtymistä on pidettävä säännöksessä mainitusta syystä ilmeisen anteeksiannettavana, tekijä on rangaistusvastausta vapaa. Tahallisuuden kohteena on tunnusmerkistön toteutuminen (vastaavuus tunnusmerkistön kanssa), ei sen sijaan se, että teko oli kielletty. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys on säännelty erikseen (4:3). Siinä erehdys koskee ontologisesti samantasoisia seikkoja kuin tunnusmerkistöerehdyksessä, mutta kyse on nyt oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin (4:4–7) eikä tunnusmerkistötekijöihin liittyvistä seikoista. Erehdyksen seurauksena tekijää ”ei rangaista tahallisesta rikoksesta”, joskaan tällaiseen vastuuvapauteen ei riitä erehdys sinänsä (kuten tunnusmerkistöerehdyksessä) vaan virhekäsityksen tulee olla perusteltu²¹³. Toinen ero näyttäisi olevan siinä, että tunnusmerkistöerehdyksiä olisivat sekä virhekäsityksen että puuttuvan käsityksen tapaukset (tekijä ei ollut selvillä seikasta), kun taas vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys näyttää koskevan vain virhekäsityksen tilanteita.

6.4.2.3 Erityisesti tahallisuuden alarajasta

Ehdotettu tahallisuuden (positiivinen) määritelmä (3:6) sisältää oikeustieteellisen käsitteenmuodostuksen näkökulmasta neljä tahallisuuden lajia. Kohdassa 1) kyse on tarkoitustahallisuudesta. Kohdassa 2) on kyse varmuustahallisuudesta ja suomalaisesta todennäköisyystahallisuudesta, kohdassa 3) taas positiivisen tah toteorian tyyppisestä tahallisuudesta. Tarkoitustahallisuutta ja varmuustahallisuutta pidetään usein tahallisuuden ”riidattomana” ydinalueena. Siteeraan kohta 3) kohdan tahtomalliin liittyvää perustelukohtaa:

²¹² KM 1976:72 s. 108 ja OJL 5/2000 s. 123.

²¹³ Miten ”perustellusti” käsittäminen eroaa tunnusmerkistöerehdyksen virhekäsityksestä (tai puuttuvasta käsityksestä) sellaisenaan – mukaan lukien se, onko kyseessä materiaallinen ja/tai prosessuaalinen määre – jää epäselväksi. Perusteluissa sanotaan vain, että ”[r]ajauksen tehtävänä on ennen kaikkea torjua vastuuvapaus tapauksessa, jossa tekijän virhekäsityksille ei löydy minkäänlaista järkevää perustetta. Rajaus ei merkitse muutosta yleisiin syyllisyys- ja tahallisuusperusteisiin”; OJL 5/2000 s. 131. Ehdotuksen sivuilta 139 ja 145 saa puolestaan sen käsityksen, ettei eroa tunnusmerkistöerehdykseen tältä osin olisi. Taustalla lieene vaikuttanut KKO 1999:20. Ks. myös av. 220.

Kyse on toisin sanoen siitä, onko joissain tilanteissa tarve ulottaa tahallisuusvastuu volitiivisin perustein myös seurauksiin taikka olosuhteisiin, joiden syntymättä jäämistä tai puuttumista tekijä pitää todennäköisempänä kuin niiden syntymistä tai käsilläoloo, taikka joiden suhteen tekijä ei ole ottanut lainkaan kantaa, mutta johon hän kuitenkin on suhtautunut myönteisesti (sellaiseen kuitenkin suoranaisesti pyrkimättä). Tällaisen vaihtoehtoisen tahallisuusmuodon tarve lieene verraten vähäinen. Poikkeustilanteiden varalta esitetään lakiin kuitenkin otettavaksi myös tekijän tahdonsuuntauksen varaan rakentuva tahallisuuden muoto.²¹⁴

Nyt ehdotettu tahallisuuden alarajan toinen määrittely on sukua tälle varhaisemmalle eventualis-tahallisuudelle siinä, että arvioissa on kiinnitettävä huomio sekä tekijän tiedollisiin käsityksiin että hänen tahdonsuuntaukseensa. Sen sijaan näille asetettavat edellytykset poikkeavat aikaisemmasta. Pelkkä välinpitämättömyys taikka vähäiseksi arvioitava mahdollisuus ei riitä tahallisuusvastuuseen. Tämä on tahdottu tuoda esille vaatimalla, että käsillä on varteenotettava mahdollisuus. Toiseksi vaaditaan, että tekijän menettely on selaista, että hänen voi katsoa mielessään hyväksyneen tuon mahdollisuuden toteutumisen. Esimerkiksi toimet, joilla pyritään torjumaan seurauksen aiheutuminen, tukevat päätelmää, ettei tekijä ole hyväksynyt tunnusmerkistön toteutumista. Hyväksymistä koskevalla ehdolla tulisi tahallisuusarvioinnissa olla itsenäinen merkitys. Vaadittava hyväksyminen ei niin ollen tule todistetuksi pelkästään sillä, että tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varteenotettavana mahdollisuutena, mutta siitä huolimatta jatkanut toimintaansa.²¹⁵

Tahallisuuden alarajaa koskevat perustelut – sekä siteeratut että muut – ovat mielestäni jossain määrin ongelmalliset. Positiiviseen tahtoteoriaan suhtaudutaan kautta linjan hyvinkin kriittisesti, kun taas vastaavaa suhtautumista ei ole havaittavissa suhteessa ”varsin todennäköiseen” (s. 82–102). Tässä ei tietenkään sellaisenaan ole vikaa, mutta kun ehdotuksessa päädytään ehdottamaan sekä todennäköisyystahallisuutta että positiivista tahtoteoriaa lakiin, on vaikea välttää sellaista ajatusta, että perustelut ja ehdotettu lakiteksti eivät ehkä vastaa toisiaan. Toinen ja vielä perustavampi kysymys on se, onko itse tuo argumentaatio, lähtien jo rajanvetomallien sisällön luonnehdinnasta, moitteetonta.

Kahden rajanvetotavan suhde toisiinsa ja tarpeellisuus määräytyy tietysti pitkälti niille annettavan sisällön mukaan. Parasta rajanvetomallia koskevassa argumentaatiossa todennäköisyystahallisuus ja tahtomalli nähdään yleensä lähtökohteisesti tasavertaisina rajanvetomalleina. Ehdotetussa pykälässä todennäköisyys on varmuustahallisuuden kanssa kohdassa 2 ja tahtomalli kohdassa 3. Todennäköisyystahallisuus on perustelujen valossa selvää tahallisuutta, jonka sisältöä vasten volitiivisten perusteiden tarpeellisuutta olisi pohdittava. Tahtoteoria olisi-kin mukana (vain) poikkeustilanteiden varalta (s. 96–97). Valitettavasti esimerk-

²¹⁴ *OLJ 5/2000* s. 97.

²¹⁵ *OLJ 5/2000* s. 101–102.

kejä tilanteista, joissa tahtomallia tulisi soveltaa, ei esitetä. Perusteluissa todetaan myös, että volitiivisella elementillä tulisi olla itsenäinen merkitys ja että sellaisesta ei käy se, että tekijä jatkaa toimintaa pitäessään seurausta vartenotettavana mahdollisuutena. Mikä sellaisesta kävisi, ei kerrota (lukuun ottamatta sitä, että seurauksen torjumiseen pyrkimisen todetaan indisoivan hyväksymisen puuttumista).

Ehdotetun todennäköisyystahallisuuden – tekijä piti tunnusmerkistön toteutumisesta varsin todennäköisenä – sisältö halutaan vaadittavan todennäköisyyden asteen osalta ymmärtää yksinkertaisen todennäköisyysvaatimuksen sisältävänä: ”Ilmaisulla on tarkoitus kytkeä tahallisuusvastuu alkavaksi pisteestä, jossa tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä. [...] Niin tahdottaessa voidaan puhua myös 50 %:n ylittävästä todennäköisyydestä” (s. 101). ”Varsin todennäköisen” halutaan toisin sanoen tarkoittavan samaa kuin Tanskan ja Norjan rikosoikeudesta tuttu ”övervägande sannolik”.

On kiinnostavaa verrata rikoslakiprojektin vuoden 2000 ehdotusta sen 11 vuotta vanhempaan käsitykseen. Tuolloinhan projekti ehdotti RL 21 lukuun erityistä väliaikaista säännöstä surmaamisen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuudesta (ehdotuksen 21:14). Siinä yksin ”varsin todennäköisen” sisältävä todennäköisyystahallisuus olisi muodostanut tahallisuuden alarajan. ”Varsin todennäköinen” vastaisi ”melko varmaa”. Ruotsin kielellä ”varsin todennäköinen” olisikin ollut tapana ilmaista ”högst sannolik”, mikä ilmaisu kuvaisi hyvin, millä todennäköisyydellä tekijän on uskottava seurauksen aiheutuvan.

Vuonna 1989 ”varsin todennäköinen” on rikoslakiprojektille tarkoittanut ”melko varmaa” – ”högst sannolik”, vuonna 2000 taas ”pikemmin X kuin -X” ja ”yli 50 %”. Projekti ei ikävä kyllä ole lausunut siitä, mistä sen muuttunut käsitys johtuu. Erikoista tietenkin on, että sekä 1989 että 2000 tahallisuuden sisältö on selitetty oikeuskäytäntöä vastaavaksi – enintään toinen voi olla oikeassa, mikäli samoista tapauksista on kyse. Sillä, ymmärretäänkö ”varsin todennäköisellä” ”melko varmaa”, ”yli 50 %” tai ehkä ”todennäköisempää kuin ilmeisen epätodennäköinen” (ks. rikosoikeuskomitea), on tuki aivan ratkaiseva merkitys koko tahallisuuskeskustelussa.

Aivan toinen suomalaisen todennäköisyystahallisuuden kodifiointiin liittyvä kysymys on pakottavan päättelyn ongelma (esim. ”on täytynyt käsittää” sen sijaan, että ”käsitti”). Merkittävä osa todennäköisyystahallisuusprejudikatuuriahan operoi pakottavalla päättelyllä todellisen mieltämisen asemesta. Kysymys kuuluu: onko ongelmatonta kodifoida todennäköisyystahallisuus todellista mieltämistä edellyttäväksi, jos oikeuskäytäntö tyytyy pakottavaan päättelyyn? Tätä ei ehdotuksessa ilmeisesti ole pidetty ongelmana.²¹⁶

²¹⁶ OJL 5/2000 s. 88 lausutaan pakottavasta päättelystä seuraavaa. ”Myös ilmaisu ’on pitänyt ymmärtää’ voidaan tulkita kahdella tavoin. Sanonta voi viitata joko normatiiviseen vaatimukseen siitä, mitä

Positiivisen tahtoteorian luonnehdinnalle olennaista on mahdollisena pitäminen ja tunnusmerkistön toteutumisen hyväksymisen ohella se, että tiedostettua tuottamusta merkitsevä torjuva suhtautuminen luonnehditaan yleensä uskoksi tai luottamukseksi siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu.²¹⁷ Positiivisen tahtoteorian kritiikissä ehdotuksessa näkyy lähdettävän siitä, että malli mahdollistaisi syyksilukemisen tapauksissa, joissa ”todennäköisyys jää häviävän pieneksi (joskin vielä mahdolliseksi)” (s. 95). Samoin s. 101 katsotaan, että ehdotettu positiivinen tahtoteoria poikkeaisi siten aikaisemmasta, että ”[p]elkkä välinpitämättömyys taikka vähäiseksi arvioitava mahdollisuus ei riitä tahallisuusvastuuseen”. Lähdettäessä positiivisen tahtoteorian yhteydessä siitä, että usko -p on tiedostettua tuottamusta, on kaikissa siteeratuissa tapauksissa kyseessä tuottamus. Myöskään pelkkä välinpitämättömyys ei ole perustanut positiivisen tahtoteorian mukaista tahallisuutta.

6.5 JATKOVALMISTELU

Ehdotus lähetettiin lausuntokierrokselle. Siitä pyydettiin lausuntoa 51 viranomaiselta, järjestöltä ja muulta asiantuntijataholta. Lausuntoja saatiin 45. Palautte oli tahallisuuskysymyksessä melko laajaa ja monipuolista. Tahtomallin mukaanotto sai osakseen sekä kiitosta että kritiikkiä. Tahtomalliin myönteisesti suhtautuneiden joukossa esiintyi kritiikkiä sitä kohtaan, että positiivista tahtoteoriaa oli esityksessä kavennettu operoimalla volitiivisella puolella vain hyväksynnällä ja pudottamalla siis välinpitämättömyys pois. Erehdyssääntelyn saamassa palautteessa ei vastaavalla tavalla erottunut muutamaa teemaa, joihin palautte olisi painottunut.²¹⁸

Lausuntopalautteen pohjalta laadittiin luonnos asiaa koskevaksi hallituksen esitykseksi. Siitä taas oikeusministeriö pyysi 8.1.2001 KKO:n lausuntoa. KKO antoi lausuntonsa 5.3.2001.

KKO (puheenjohtaja Heinonen ja jäsenet Arponen, Mansikkamäki ja Tulenheimo-Takki) totesi lausunnossaan tahallisuusmääritelmän 3) kohdan tahtomal-

henkilön olisi pitänyt ymmärtää (siihen katsomatta mitä hän on ymmärtänyt) tai sen voi tulkita ilmaisevan tuomioistuimen käsityksen siitä, mitä on katsottu näytetyksi. Ensimmäinen vaihtoehto johtaisi asiallisesti tuottamusvastuuseen ja se onkin tällä perusteella hylättävä.” Näkemyksenä siitä, mitä tuomioistuimen tulee tehdä, voi lausuma olla korrekti. Olemassa olevien ratkaisujen osalta voimme taas tietenkin vain toivoa, että kyse on ollut näytöllisestä ilmaisusta.

²¹⁷ Näin myös Honkasalo, jonka positiivisen tahtoteorian luonnehdintaan ehdotuksessa *OLJ 5/2000* s. 83 muilta osin nojataan. Ks. *Honkasalo 1967* s. 88–89 ja 92.

²¹⁸ Ks. lähemmin *Yleiset opit/Tiivistelmä lausunnoista* s. 24–30 ja 35–42. Tahallisuuden määritelmäehdotuksesta ks. myös *Tapani 2001* s. 266–267 ja 271–275.

lista, että säännösesitys jättää avoimeksi sen, missä tilanteissa vaihtoehtoista kriteeriä olisi tarkoitus soveltaa, eikä perusteluista ilmene, mistä syystä poikkeusmahdollisuus on ylipäättään tarpeen. Ilman soveltamisalamäärittelyä se mahdollistaisi tahallisuuskynnyksen laskemista nykyisestä, mihin ei ole tarvetta. KKO ehdotti 3) kohdan poistamista.²¹⁹

Eriävän mielipiteen jättänyt oikeusneuvos Tulokas katsoi, että tahallisuuden määritelmä tulisi poistaa ja jättää sen edelleen kehittämisen oikeustieteen ja -käytännön varaan. Tahallisuuteen liittyvät ongelmat koskevat pikemminkin näyttöä kuin sisällöllistä puolta. Käytännössä tahallisuuden arviointitilanne on kovin toisenlainen kuin ehdotetun säännöksen abstrakti ajatusmalli. Perusteluissa oikeuskäytännön arviointi keskittyy lähes yksinomaan RL 21 lukuun. Aiheellista olisi saattanut olla esimerkiksi sen keskustelun huomioon ottaminen, jota on käyty velallisen epärehellisyysrikoksesta. Tulokas olisi luopunut myös tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyssäännöksistä.²²⁰

Lopputuloksena oli, että tahtomallia ei otettu HE:een 44/2002. Erehdyssääntelyyn tehtiin muutoksia lähinnä sikäli, että eräiden ilmaisujen paikkoja vaihdettiin virkkeiden sisällä, minkä lisäksi tehtiin joitain lähinnä stilistisiä muutoksia. Jostain syystä tunnusmerkistöerehdyksen muotoilua oli muutettu siten, että sen sijaan, että ilmenisi, että tunnusmerkistöerehdyksessä tehty teko ei ole tahallinen, ehdotettu 4:1 totesi tunnusmerkistöerehdyksen seuraukseksi sen, että tekijää ”ei rangaista tahallisesta rikoksesta”. Näin tunnusmerkistöerehdyksen seuraus oli HE:n mukaan sama kuin vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevalla erehdyksellä (4:3) eli vain tahallisuusvastuusta vapautuminen, ei tahallisuuden edellytysten jääminen toteutumatta.²²¹

Perustelut ovat kotoisin rikoslakiprojektin mietinnöstä, joskin niihin on tehty säännösmuutosten vaatimia muutoksia ja niitä on muutenkin jossain määrin kehitetty ja stilisoitu. ”Varsin todennäköisen” sanotaan jatkavan vakiintunutta lin-

²¹⁹ Ks. lähemmin *KKO:n lausunto 5.3.2001* s. 398–399. KKO antoi 26.1.2001 huumekassin säilyttäjän tahallisuutta koskevan edellä tarkastellun ratkaisun KKO 2001:13. Huumausainerikos syyksiluetiin todennäköisyystahallisuuden avulla. Ratkaisu, jota antamassa oli mm. presidentti Heinonen, oli näin linjassa KKO:n lausunnossa esittämän kanssa. Ratkaisun voidaan sanoa luoneen merkittävää tukea todennäköisyystahallisuuden legalimääritelmälle, sillä sen hyödyntäminen oli tähän mennessä keskittynyt henkirikoksiin. Samana vuonna annettiin vielä kaksi muuta todennäköisyystahallisuutta olosuhdetahallisuudessa hyödyntänyttä ratkaisua, KKO 2001:97 ja 117.

²²⁰ Ks. lähemmin *KKO:n lausunto 5.3.2001* s. 411–413. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen osalta hän kiinnittää s. 413 huomiota mm. siihen, miten henkilöä voidaan rangaista tuotamuksellisesta rikoksesta, jos hän perustellusti käsitti toimivansa esim. pakkotilassa. *Lehtimaja* 1995 s. 990 olettaa, että lainkäyttäjät mieltää tahallisuusoppinsa useimmiten rikoslajikohtaisesti. Tahallisuus voidaan hänen mukaansa tietysti ”virallisesti” määritellä, mutta tällainen ratkaisu epäilyttä, koska se olisi liian helppo.

²²¹ Pakottavat olosuhteet -vastuuvapausperuste jäi pois, minkä vuoksi 4:3 ei viittanut enää siihen.

jaa samalla kun ”varsin todennäköisen” sisällöksi halutaan yksinkertainen todennäköisyys (pikemminkin p kuin ei-p):

Korkeimman oikeuden melko vakiintuneen linjan mukaisesti vaadittava todennäköisyyden aste voidaan ilmaista termein ”varsin todennäköinen”. Tällöin seuraus X on varsin todennäköinen, milloin tekijä pitää sitä kahdesta vaihtoehdosta (X ja ei-X) uskottavampana eli lähtee siitä, että pikemmin X kuin ei-X.²²²

Sanamuodolla tarkoitetaan samaa kuin korkeimman oikeuden tahallisuusprejudikaateilla.²²³

Ilmaisulla on tarkoitus kytkeä tahallisuusvastuu alkavaksi pisteestä, jossa tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä.²²⁴

Mielestäni tällöin annetaan ymmärtää, että ”varsin todennäköisen” sisältö olisi KKO:n prejudikaateissa ollut yksinkertaisen todennäköisyyden mukainen. Perusteita sille, miksi näin olisi ollut, ei esitetä.

Esityksessä tuodaan esiin rikosoikeuskomitean kanta humalatilassa tapahtuneeseen tosiasiarehdykseen. HE:ssä todetaan, että ratkaisua KKO 1988:21 voidaan tulkita varsin selväksi kannanotoksi siitä, että tahallisuuden alin aste on sisällöltään sama myös juopumus- ja affektiteioissa. Esityksen oma kanta näyttää olevan se, että humalaisen tahallisuus arvioidaan periaatteessa samojen lähtökohtien mukaan kuin muidenkin. Näyttää koskevissa ratkaisuissa jouduttaisiin tosin nojaamaan varsin pitkälle yleisiin kokemussääntöihin.²²⁵ Tätä arvioitiin kriittisesti näyttöä koskevassa jaksossa.

HE oli luonnollisesti tuotettava myös ruotsiksi. ”Varsin” todennäköisen ilmaiseminen ruotsiksi lienee aiheuttanut tiettyä päänvaivaa. Ruotsinkieliseksi ilmaisuksi muotoutui ”övervägande sannolik”. Jos ja kun haluttiin sitoutua yksinkertaiseen 50 % ylittävään todennäköisyyteen, ilmaisu on mielestäni onnistunut. Tunnusmerkistöerehdyksen ”ei [...] ole selvillä” ilmaistiin ”inte är medveten”.²²⁶

²²² HE 44/2002 s. 85.

²²³ HE 44/2002 s. 87.

²²⁴ HE 44/2002 s. 87.

²²⁵ Ks. HE 44/2002 s. 67–68, 77 ja 88.

²²⁶ ”Varsin todennäköisen” ruotsinkieliset ilmaisut muodostavat oman lukunsa suomalaisen todennäköisyystahallisuutemme lyhyessä historiassa. ”Varsin todennäköisen” ruotsinnokset ovat vaihdelleet. Tämä ilmentää osaltaan varsin-kvalifikaation epämääräisyyttä. Sekä vuoden 1989 ehdotuksessa että RL 3:6:ssä varsin todennäköisen ruotsinkielinen versio ilmaisee, mitä asiallisesti on haluttu sanoa. KKO:n prejudikaattien otsikko-osissa varsin todennäköinen on yleensä ruotsinnettu sangen korkeaan todennäköisyyteen viittaavalla tavalla. 12 henkirikosratkaisusta kuudessa on käytetty ilmaisua ”med största sannolikhet”, viidessä ”synnerligen sannolik” ja yhdessä (KKO 1984 II 142) ”mycket sannolik”. Pahoinpitelyä koskevassa ratkaisussa KKO 1996:74 ilmaisu on (mielestäni osuvasti) ”rätt san-

6.6 EDUSKUNTAKÄSITTELY

Eduskunta lähetti 10.4.2002 yleisiä oppeja koskevan HE:n 44/2002 lakivaliokuntaan valmistelevasti käsiteltäväksi. Samalla eduskunta määräsi, että perustuslakivaliokunnan on annettava asiasta lausunto lakivaliokunnalle. Perustuslakivaliokunta antoi 17.9.2002 lakivaliokunnalle nelisivuisen lausuntonsa 31/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunnossa käsitellään erityisesti laillisuusperiaatetta, lievemman lain periaatetta ja voimakeinojen käyttöä. Tahallisuuskysymyksiä ei tarkasteltu. Välillisesti merkittävää on, että valiokunta käsiteli laillisuusperiaatetta ja siihen liittyvää ”nimenomaan”-kvalifikaatiota. Erityistä antia esimerkiksi edellä tarkastellun sanarajaperiaatteen näkökulmasta lausunnolla ei kuitenkaan nähdäkseni ole.

Lakivaliokunta antoi mietintönsä LaVM 28/2002 vp 21.1.2003. Eduskunta hyväksyi 31.1.2003 yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön lakivaliokunnan mietinnön mukaisena. Eduskunnan vastauksessa 261/2002 vp oli lausuma, jonka mukaan eduskunta edellyttää, että hallitus selvittää, täyttävätkö blankorangaistussäännökset rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaatimukset ja ryhtyy tarvittaessa toimenpiteisiin lainsäädännön uudistamiseksi. Asiaan kiinnitti huomiota jo perustuslakivaliokunta lausunnossaan. Blankoproblematiikalla on merkitystä tahallisuuden kannalta, erityisesti mitä tulee tekijän oikeudellisten käsitysten arviointiin. Lait annettiin 13.6.2003 ja ne tulivat voimaan 1.1.2004.

Lakivaliokuntakäsittely johti muutoksiin mm. tahallisuuteen liittyvien kysymysten sääntelyssä. Koska valiokunnan perustelut ilmentävät käytyä keskustelua ja koska niillä on suuri merkitys säännösten tulkinnassa, saan seuraavassa siteerata valiokunnan tahallisuusperusteluja s. 9–10 in extenso.

6 § tahallisuus. Ehdotetun pykälän mukaan teko on tahallinen, jos rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä on teon hetkellä tarkoittanut taikka pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä. Pykälä on ollut esityksen eniten keskustelua aiheuttanut säännös. Erilaiset näkemykset ovat koskeneet tahallisuuden alarajan määrittämistä ja sitä, miten säädetään seuraustahallisuudesta ja olosuhdetahallisuudesta.

Ehdotettu tahallisuuden määritelmä koskee sekä seuraus- että olosuhdetahallisuutta. Seuraustahallisuuden määrittelemine ei ole niin vaikeaa tai kiistanalaista kuin rikostyypeittäin vaihtelevan olosuhdetahallisuuden. Ehdotetun säännöksen

nolik”, kun taas olosuhdetahallisuutta koskevassa ratkaisussa KKO 2001:117 käytetään samaa erittäin korkeaan todennäköisyyteen viittavaa ilmaisua ”högst sannolik” kuin vuoden 1989 ehdotuksessa. Kiinnostavasti yleisten oppien ruotsinkielisessä *RP:ssa* 44/2002 käytetään ilmaisua ”överbälgande sannolik” puhuttaessa ehdotetusta pykälästä (s. 84–85 ja 87–88), kun taas selostettaessa todennäköisyystahallisuuttamme muuten käytetään ilmaisuja ”rätt sannolik” (s. 73 ja 85) ja ”högst sannolik” (esim. s. 74 ja 87). Se, että ruotsinkieliseen pykälään jo HE-vaiheessa valittiin ilmaisu ”överbälgande sannolik”, ei ole sattuma vaan ilmentää pykälän sisältöavoitetta.

on katsottu soveltuvan erityisen huonosti talousrikosten olosuhdetahallisuuteen ja voivan nostaa niiden tahallisuuskynnystä. Sen vuoksi valiokunta ehdottaa, että pykälässä säädetään ainoastaan seuraustahallisuudesta. Olosuhdetahallisuus jää oikeuskäytännössä arvioitavaksi, jolloin huomioon on otettava tunnusmerkistöerehdyistä koskeva säännös. Seuraustahallisuuden alarajan ehdotetaan määräytyvän korkeimman oikeuden vakiintuneen käytännön mukaisesti sen perusteella, kuinka todennäköisenä tekijä on seurausta pitänyt. Teko on tahallinen, kun tekijä pitää tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymistä varsin todennäköisenä. Tahallisuuden alarajan määräytyminen jakaa oikeustieteilijöiden mielipiteitä. Eri tahallisuusmääritelmiä voidaan arvostella hyvin perustein ilman, että parhaasta määritelmästä päästään yhteisymmärrykseen. Valiokunta yhtyy perusteluissa esitettyyn näkemykseen (s. 87/II), ettei ole esitetty vakuuttavia perusteita säätää korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiin perustuvasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä poikkeavaa tahallisuussäännöstä, joka saattaisi johtaa ennalta vaikeasti arvioitaviin seurauksiin.

4 luku. Vastuuvapausperusteista

Rikoslaisissa ehdotetaan säädettäväksi aikaisempaa tyhjentävämmiin vastuuvapausperusteista, joista tärkeimmät ovat oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet. Merkittävä muutos nykyiseen verrattuna on se, että rikoslakiin sisällytetään säännökset tahallisuuden poistavasta tunnusmerkistöerehdyksestä, syyllisyyden poistavasta kieltoerehdyksestä ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä.

1 §. Tunnusmerkistöerehdys. Teko ei ole tahallinen, jos tekijä ei ole teon hetkellä selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy niistä. Tunnusmerkistöerehdys on siten tahallisuuden poissulkeva peruste ja tavallaan tahallisuuden kääntöpuoli. Ehdotetun sanamuodon mukaan tekijää ei rangaista tahallisesta teosta. Valiokunta ehdottaa pykälää muutettavaksi siten, että tunnusmerkistöerehdyksen johdosta teko ei ole tahallinen.

3 §. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys. Tekijä voi erehtyä rangaistavuuden perustavien seikkojen lisäksi myös rangaistavuuden poistavista seikoista eli vastuuvapausperusteista. Ehdotetun pykälän lähtökohtana on jaottelu oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin. Ehdotuksen mukaan ainoastaan oikeuttamisperusteita koskeva erehdys, eli perusteita, jotka tekevät teon sallituksi, johtaisi vapautumiseen tahallisuusvastuusta. Lähtökohta ilmenee selkeästi paitsi pykäläehdotuksesta myös perusteluista, vaikka niissä myös virheellisesti todetaan, ettei ehdotus tee eroa oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden välillä (vrt. s. 109/II ja s. 110/I). Valiokunta ehdottaa pykälän muuttamista siten, että se koskee sekä oikeuttamis- että anteeksiantoperusteita.

Valiokunta korostaa sitä, että tekijä vapautuu tahallisuusvastuusta vain, jos erehtyminen on ollut perusteltua. Esimerkiksi pelkkä väite oletetusta hätävarjelutilanteesta ei riitä, vaan tekijän on kyettävä esittämään uskottavia syitä hyökkäystä koskevalle oletukselleen.

Lainsäätäjä päätyi siis tahallisuuden määrittelemiseen laissa. Tämä ei kuitenkaan tapahtunut sen paremmin rikoslakiprojektin kuin HE:nkään tahallisuusmääritelmän perusratkaisun mukaisesti. Positiivinen tahtoteoria ei ole RL 3:6:ssä mukana, mutta myöskään todennäköisyystahallisuudesta ei tullut RL 3:6:ssä

yleistä tahallisuuden alarajan määritelmää. RL 3:6:n mukainen tahallisuuden alaraja on todennäköisyystahallisuuden mukainen, mutta määritelmäsäännöksen soveltamisala rajoitettiin tahallisuuteen suhteessa tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin. Olosuhdetahallisuus jäi RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdyssäännöksen varaan.²²⁷

Ratkaisu oli eräänlainen kompromissi tahallisuuden alarajaa koskevien erilaisten näkemysten välillä. Keskeistä näyttää olleen tavoite välttää sellaisia määritelmäsäännöksiä, jotka merkitsisivät askelen ottamista kohti tuntematonta. Rikoslakiprojektin mukainen malli olisi merkinnyt sellaisen askelen ottamista siltä osin kuin oli olemassa ”vakiintunut” KKO:n oikeuskäytäntö. Toisaalta samantapaisen riskin ottamista olisi merkinnyt todennäköisyystahallisuuden ulottaminen HE:n mallin mukaisesti sellaisellekin alueelle, jolla tahallisuus saattoi vaihdella eri rikoksissa ja jolla ei ollut vastaavaa vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Lainsäätäjän ratkaisu oli prima facie luonteva tällaisissa oloissa.

Sellaisia olisi voinut olla muitakin. Sikäli kuin tavoitteena on jättää asiat ”entisen varaan”, voi olla järkevää säännellä asiaa mahdollisimman vähän, sillä kaikki sääntely merkitsee tuomioistuimen käsien sitomista jossain suhteessa. Laillisuusperiaate asettaa toisaalta omia rajojaan sääntelemättömyydelle. Kun uudistuksen tarvetta oli painokkaasti perusteltu mm. laillisuusperiaatteella ja kun yleisten oppien säännöksiä uudistetaan harvoin, saattoi olla luontevaa ottaa lakiin RL 3:6:n kaltainen säännös siltä osin kuin tahallisuuskysymys oli ”selvä” pikemmin kuin jättää se tekemättä.

Sääntelyratkaisu ei kuitenkaan merkitse pelkästään vanhan oikeustilan jatkumista. RL 3:6 merkitsee mm. sellaista muutosta, että positiivinen tahtoteoria ei enää perusta seuraustahallisuutta (ellei samalla toteudu jokin RL 3:6:n tuntema tahallisuuden muoto). Tämä tosin ei ole mikään odottamaton vaan päinvastoin tiedostettu oikeustilan muutos. Mutta muutokset eivät rajoitu tähän. RL 3:6 pohjautuu ”vakiintuneeseen” todennäköisyystahallisuuteen, mutta voidaan kysyä, mitä muuta vakiintunutta kyseisessä oikeuskäytännössä on kuin että ratkaisuiissa esiintyy kyseiset signaalisanat ”varsin todennäköinen”. RL 3:6:n myötä suomalaiselle todennäköisyystahallisuudelle on annettu sellainen auktoritatiivinen sisältö (= yksinkertainen todennäköisyystahallisuus), jollaista sillä ei aiemmin ole ollut. Olosuhdetahallisuutta sääntelee RL 4:1, ja lainkäyttäjän ratkaisujen on liikkuttava sen rajojen sisällä, myös pyrkiessään toteuttamaan valiokunnan tavoitetta olla nostamatta talousrikosten tahallisuuskynnystä.

²²⁷ Tahallisuusmääritelmän rajoittaminen seuraustahallisuuteen kuului *Koposen* 2002 s. 328–332 esittämiin vaihtoehtoihin ratkaisumalleihin talousrikosrikoksiin liittyvien näkökohtien huomioon ottamiseksi, mikäli päädyttäisiin todennäköisyystahallisuuteen ainoana rajanvetomallina. *Lahti* 2003 s. 153 piti tätä vaihtoehtoa Koposen vaihtoehtomalleista realistisimpana kompromissiratkaisuna. Myös valtakunnansyyttäjänviraston lausunnossa yleisistä opeista lakivaliokunnalle 10.9.2002 nostettiin esiin vaihtoehtoja HE:ssä omaksutulle ratkaisulle, muun muassa tuo rajoitusmalli.

RL 3:6:ää koskeva lainsäätäjän ratkaisu tuo mieleen tilanteen runsasta kymmentä vuotta aikaisemmin. Rikoslakiprojektin ehdotti kokonaisuudistuksen II paketin yhteydessä erityisen surmaamisen ja terveyden vahingoittamisen tahallisuutta koskevan *lex specialis* ottamista RL 21 luvun 14 §:ksi. Alaraja olisi tuossakin määräytynyt ”varsin todennäköisen” mukaan, joskin sen sisältöä selitettiin tuolla kertaa kuvaavan pykäläehdotuksen ruotsinkielisen ilmaisun ”högst sannolik”²²⁸. Ehdotus tuli torjutuksi mm. koska olisi aiheutunut epäselvyyttä tahallisuuden sisällöstä muiden rikosten yhteydessä²²⁹. Myös RL 3:6 merkitsi sovellutusosaltaan rajoitetun todennäköisyystahallisuuden hyväksymistä. RL 3:6:ssä alana ovat tunnusmerkistönmukaiset seuraukset yleensä eivätkä vain surmaaminen ja terveyden vahingoittaminen. Myös RL 3:6:n osalta ruotsinkielinen pykäläversio kertoo, mistä ”varsin todennäköisessä” on kyse. ”Övervägande sannolik” vastaa nimittäin seurauksen pitämistä todennäköisempänä kuin sen jäämistä syntymättä.

HE:n ehdottamaa RL 3:6:ää muutettiin valiokuntakäsittelyn seurauksena myös sellaisessa suhteessa, joka ei käynyt ilmi yllä olevasta perustelusaatasta. Pykälään lisättiin nimittäin virke, jonka mukaan seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä.

Kyse on *dolus directus*sesta, jota Koskinen on kutsunut nimellä ehdollinen varmuustahallisuus²³⁰. Se on sukua sekä tarkoitustahallisuudelle että varmuustahallisuudelle, mutta myös eroaa kummastakin. Ehdollisesta varmuustahallisuudesta on kyse esimerkiksi seuraavassa tilanteessa. Terroristi A on laittanut matkalaukuun pommin, jonka on tarkoitus räjähtää lennolla. Hänen tarkoituksenaan on tappaa lennolla oleva B. A ymmärtää, että jos räjähdys tapahtuu, kaikki matkustajat, sekä B että muut, kuolevat varmasti. A tietää, että turvatoimet ovat tiukat ja arvioi räjäytyssuunnitelman onnistumisen 5 %:n todennäköiseksi. A:lla on tarkoitustahallisuus suhteessa B:n kuolemaan. Sitä vastoin hänellä ei olisi tarkoitustahallisuutta suhteessa muiden matkustajien kuolemaan. Kun viimeksi mainittujen kuolema on hänen käsityksensä mukaan vain 5 % x 100 % eli 5 %:n todennäköinen, eivät todennäköisyystahallisuuden saati varmuustahallisuuden edellytykset täytyisi. Tarvitaan siis jokin muu peruste syyksilukea muiden matkustajien kuoleman aiheuttaminen tahallisenä. RL 3:6:n viimeinen virke kattaa tapauksen.

Tapauksen erityisen huomioon ottamisen tarve riippuu luonnollisesti siitä, millainen tahallisuuden kokonaissääntely on omaksuttu ja kuinka vakavasti lailisuusperiaatteeeseen ja sanarajasääntöön (tässä yhteydessä) suhtaudutaan. HE katsoi voivansa selittää tämäntyyppisen tapauksen varmuustahallisuuteen kuulu-

²²⁸ OJL 1989/1 s. 33–34, 255–256, 767 ja 958.

²²⁹ HE 94/1993 s. 88.

²³⁰ Rikosoikeus 2002/Koskinen s. 110. Käsitettä käyttää myös mm. Lappi-Seppälä 2003 s. 782–784.

vaksi.²³¹ Eräät tapaukset olisi saatettu kanavoida tarkoitustahallisuuden kautta (välttämättömät esiseuraukset). Positiivinen tahtoteoria olisi voinut kattaa ainakin osan RL 3:6:n viimeisen virkkeen tilanteista. RL 3:6:n jättäminen kokonaan pois olisi jättänyt tahallisuuskysymykset RL 4:1:n varaan. HE:n kanta olisi merkinnyt lain sanamuodon selvästi ylittävää säätämistä esitöissä, ja uuteen viimeiseen virkkeeseen ei ilmeisesti katsottu liittyvän erityisempiä epävarmuustekijöitä, toisin kuin esimerkiksi positiiviseen tahtoteoriaan. Lopputulos on lähellä rikoslakiprojektin esimerkiksi vuoden 1990 kollokviossa tarjoamaa sääntelymallia, jossa RL 3:6:n viimeisen virkkeen kaltainen määräys oli otettu tahallisuuden määritelmäsäännökseen omaksi momentikseen (RL 2:6.2)²³².

HE:n pykäläehdotuksissa sekä tunnusmerkistöerehdyksen että vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen merkitys oli se, että tekijää ”ei rangaista tahallisesta rikoksesta”. Valiokuntakäsittelyn seurauksena tunnusmerkistöerehdys muutettiin tältä osin muotoon ”teko ei ole tahallinen”. Tämä vastaa perustelusaatissa esiin tuotua ajatusta tunnusmerkistöerehdyksestä eräänlaisena tahallisuuden kääntöpuolena.²³³

Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevassa erehdyksessä jonkinlaista muutosta edellytti se, että pykälän otsikko viittaa sekä oikeuttamis- että anteeksiantoperusteisiin mutta HE:n pykäläehdotus puhui perusteesta, ”joka tekisi teon sallituksi”, mikä taas viittaa vain oikeuttamisperusteisiin. Korjaus toteutettiin muuttamalla säännöksen sisältö otsikointia vastaavaksi. RL 4:3 koskee siis erehtymistä RL 4:4–6:issä tarkoitettujen sekä oikeuttamis- että anteeksiantoperusteiden asiallisista edellytyksistä.

Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevaa erehdystä sivuaa myös kysymys siitä, sisältyykö oikeuttamisperusteeseen ”subjektiivinen” puoli, eli edellyttääkö esimerkiksi hätävarjelun oikeudenmukaisuus sitä, että hätävarjelijä oli selvillä hätävarjelu-oikeuden perustavista seikoista ja/tai että hän toimi puolustustarkoituksessa. Tältä osin HE:ssä on katsottu, että vastuuvapaus edellyttäisi ”tietoisuutta tai ymmärrettävää luuloa” hätävarjelu- tai pakkotilanteesta. Lisäksi hätävarjelu ja pakkotila edellyttäisivät puolustus- tai pelastamistarkoitusta, mikä (ainakin edellisen osalta) olisi luettavissa säännöksen sanamuodosta. Mielestäni säännösten sanamuodoista on kovin vaikea lukea väitettyä subjektiivista tarkoi-

²³¹ HE 44/2002 s. 86–87.

²³² Ks. *Lappi-Seppälä* 1992 s. 229–231, jossa myös mainitaan dolus eventualis mahdollisuutena lähestyä tilannetyyppejä. Ehdotusta kommentoineista *Trifflerer* 1992 s. 264–266 katsoi, ettei varmuustahallisuus kata tilannetta, kun taas *Roxin* 1992 s. 250–251 oli päinvastaista mieltä. Molemmat pitivät kuitenkin 2 momenttia tarpeettomana ja molemmat suosittivat tahtomallia tahallisuuden alimmaksi asteeksi.

²³³ Rikoslakiprojektin säännösluonnokset esim. kesäkuulta 1990 ja 18.12.1996 vastaavat tältä osin lopullista lakia. Projektin lopullisessa pykälässä tunnusmerkistöerehdyksen merkityksestä todettiin vastaavasti, että ”[t]ahallisuusvaatimus ei täyty”.

tusta. Subjektiiivisen vaatimuksen liittäminen ainakin näihin oikeuttamisperusteisiin saattaisikin merkitä säännöksen sanamuodon ylittämistä syytetyn vahingoksi.²³⁴

6.7 KRIITTISTÄ ARVIOINTIA

Tahallisuuden osalta saavutettu lainsäädäntötulos vastaa paljossa rikoslakiprojektin jo vuonna 1990 esittämää. Todennäköisyystahallisuus on kirjattu lakiin. Sen sisältönä on yksinkertainen eli 50 % ylittävä todennäköisyys. Todennäköisyystahallisuus tosin rajattiin lakivaliokuntakäsittelyn seurauksena tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin, mutta kun teko ei muutenkaan ole tahallinen, jos tekijä ei tekohetkellä ollut ”selvillä” kaikkien tunnusmerkistörelevanttien seikkojen käsilläolosta (RL 4:1), voi olla vaikeaa legaliteettiperiaatetta taivuttamatta alittaa todennäköisyystahallisuuden vaatimuksia. Myös ehdollinen varmuustahallisuus, joka vuonna 1990 oli erillisessä momentissa, on RL 3:6:ssä mukana. Erehdyssäännöksiin ei ylipäätään suuremmin kajottu matkan varrella.

Yleisten oppien uudistus oli kokonaisuutena ottaen erittäin merkittävä edistysaskel rikosoikeudessamme. Kaikissa kysymyksissä näin ei mielestäni kuitenkaan ole.

Jonkinlaisen pulman muodostavat paikoin ongelmalliset perustelut HE:ssä 44/2002. Tämä liittyy työn alussa selostetuin tavoin jo laillisuusperiaatteeseen, joka tulkinnan rajoista määräävänä muodostaa muulle rikoslainsäädännölle, myös yleisten oppien säännöksille, eräänlaisen metanormin. Yleisten oppien säännökset puolestaan vaikuttavat kaikkiin tai ainakin useisiin rikoksiin. Ongelmalliset yleisten oppien perustelut ovat valitettavampia kuin ongelmalliset yksittäisiä rikostunnusmerkistöjä koskevat perustelut.

Todennäköisyystahallisuuden preferointi lainvalmistelussa on ollut vahvaa. Esitöistä puuttuu objektiivinen eri rajanvetovaihtoehtojen meriittien ja dismeriittien läpikäynti. Sellaisesta olisi luonnollisesti ollut hyötyä koko valmistelupro-

²³⁴ HE 44/2002 s. 121–122 ja 116 sekä vastaavasti OJL 5/2000 s. 145 ja 139. – Suomalaiseen rikosoikeustieteeseen huomattavasti vaikuttanut Roxin näyttää olevan sitä mieltä, että oikeuttamisperusteiden kohdalla sanarajaperiaate ei sitoisi tuomaria. Hänen mielestään tätä edellyttää oikeusjärjestyksen yhtenäisyys. Sitä vastoin anteeksiantoperusteita ei saa supistaa syytetyn vahingoksi sanaraja ylittäen. *Roxin 1997* s. 113–114. Näkemys ei ole ongelmaton korostettaessa sitä, kuten yleisen osan valmistelussa mm. meillä on tehty, että legaliteettiperiaate koskee lähtökohtaisesti yhtä lailla rangaistavuuden alaa määrittäviä yleisiä kysymyksiä kuin erityisen osan tunnusmerkistöjä. Ks. esim. *KM 1976:72* s. 95 ja *OJL 5/2000* s. 2–3. Sikäli kuin subjektiivista puolta kuitenkin voitaisiin edellyttää, ei ehdotuksessa kerrota, miten arvioidaan tilannetta, jossa vaadittava subjektiivinen elementti puuttuu; olisiko kyseessä täytetty teko, vain yritys vai ehkä liioittelu? Aiheeseen palataan luvussa VI.

sessille, mutta erityisesti työhön kantaaottavien – esimerkiksi lausunnonantajien – kannalta sellainen olisi ollut tarpeellinen. Myös palaute olisi tällöin muodostunut arvokkaammaksi.

Rikoslakiprojekti tosin otti positiivisen tahtoteorian mukaan vuoden 2000 ehdotukseensa, mutta sitä koskevat perustelut olivat sen luontoiset, ettei voi olla yllättynyt sen jäämisestä sittemmin pois, miltä osin uskon KKO:n lausunnon olleen sängen merkittävä.

Yleisten oppien valmistelun loppuvaihe vaalikauden lopussa oli lisäksi erittäin vauhdikas, jolloin mitä yksiselitteisempi ja helpommin korjattavissa oleva jokin ongelma oli, sitä suuremmat mahdollisuudet muutoksiin olivat olemassa. Lakivaliokunnan panos oli mielestäni myös yleisten oppien uudistuksessa positiivinen, mutta sen olosuhdetahallisuutta koskevia tavoitteita voidaan kenties toteuttaa vain rajoitettusti.

Todennäköisyystahallisuuteen liittyy joitakin kysymysmerkkejä. ”Varsin todennäköisen” sisältö on muuttunut lainvalmistelussa olennaisesti ilman, että syitä tähän olisi sanottavammin tehty tiettäväksi. Vuonna 1989 varsin todennäköisen merkitys oli rikoslakiprojektilla ”melko varma” kun taas yleisten oppien uudistuksessa saman käsitteen sisältö onkin ”yli 50 %”. Oikeuskäytännössä esiintyvän ”varsin todennäköisen” on molemmissa tapauksissa katsottu tukevan kulloinkin valittua sisältöä. Todennäköisyystahallisuutta puoltaneen rikosoikeuskomitean tavoitteena taas näytti olleen ainakin miellettyjen vähäisten todennäköisyyksien poistaminen tahallisuuden alueesta (paitsi tarkoitustahallisuuden tapauksissa).

Merkittävänä ongelmana pidän aiemmin selostettua kahden sisällön antamista ”varsin todennäköiselle” HE:ssä 44/2002. Siitä, että varsin todennäköisen sisällönä olisi aiemmassa todennäköisyystahallisuusprejudikatuurissa ollut yksinkertainen todennäköisyys, ei ole mitään takeita. Viittaus vanhaan todennäköisyystahallisuusprejudikatuuriin voidaan jopa tulkita yleisemmin valtuutukseksi ymmärtää todennäköisyystahallisuus ”kuten ennenkin”, toisin sanoen ilman, että sen sisällölle olisi asetettu konkreettisia määreitä. Tässä yhteydessä voidaan kiinnittää huomiota siihen, että tahallisuuskeskustelussa esitetään usein väite siitä, että tahallisuusmallit ovat vain fasadeja, joilla tehty ratkaisu koristellaan jälkikäteen. ”Varsin” on lisäksi sängen epämääräinen kvalifikaatio, ja selvän semanttisen sisällön puuttuessa varsin todennäköisellä operoivia ratkaisuja voidaan pitää melko kontrolloimattomina. Lisänä ovat vielä signaalisanatatahallisuuden tyypiset ongelmat. Mikäli RL 3:6:lla halutaan antaa sisältöä tahallisuudelle ja yhtenäistää oikeuskäytäntöä, on tärkeää tuoda esiin, että aiempi oikeuskäytäntö on merkittävää siltä osin kuin se täyttää tuon toisen sisältömääreen, yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden edellytykset. Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden alapuolelle jäävä ei täytä lain ”överbägnande sannolik” -sana-muotoa.

Tahallisuuskysymyksissä näyttö on sangen ratkaisevassa asemassa. Jos näytöllistä näkökulmaa ei oteta huomioon, voi peitsentaitto tahallisuuden materiaalisesta sisällöstä olla pitkälti ajanhukkaa. Näytöllinen puoli – esimerkiksi sen merkitys tahallisuuden laissa määrittelemisen kannalta, että oikeuskäytännössä hyödynnetään laajalti pakottavaa päättelyä – ei ole vakuuttavalla tavalla ollut näkyvästi mukana tahallisuuden legaalisääntelyhankkeissa.

Todennäköisyystahallisuutta markkinoitiin henkirikosratkaisilla. Niissä päätteet ovat olennaisesti kuvassa mukana. Humala voi olla niin syvää, ettei tekijä aidosti tiedosta tekoaan, kuten rikoslakiprojekti vuonna 1989 osuvasti totesi. Epäilemättä humalan vaikutuksesta tahallisuuteen pitäisi olla olemassa vakuuttava konseptio ryhdyttäessä määrittelemään tahallisuutta laissa. Yleisten oppien uudistuksessa tällaista konseptiota ei näytä olevan. Ongelmat lakaistaan pitkälti maton alle näytöllisinä analysoimatta näitä relevantteja näytöllisiä seikkoja.

Jos rangaistussäännös viittaa oikeudellisiin olioihin, ja tekijä erehtyy niistä, merkitsee tämä samalla usein erehtymistä myös teon kiellettyisyydestä. Voidaan ajatella, että oppi maallikon paralleeliarvotuksesta, johon tunnusmerkistöerehdyspykälän sivun mittaisissa perusteluissa viitataan, ei pysty läheskään aina tällaisissa tilanteissa antamaan merkittäviä ratkaisun välineitä tahallisuus- ja kieltoerehdyskysymysten erottamiseksi. Perusteluista jää epäselväksi, miten oikeudellisesta erotetaan se kielto, joka on kieltoerehdyksen aluetta.²³⁵

6.8 NÄKÖKOHTIA OLOSUHDETAHALLISUUDEN SISÄLLÖSTÄ

Kun RL 3:6 rajattiin koskemaan tunnusmerkistön mukaisia seurauksia, edellä selostetuin ja siteeratuin lakivaliokunnan perusteluin, herää kysymys olosuhdetahallisuuden sisällöstä uudistuksen jälkeen.

Siltä osin kuin lakivaliokunta on asiasta lausunut, on selvitettävä, 1) mikä oli sen tavoite, 2) miten tämä onnistuttiin kirjaamaan lakitekstiin ja 3) onko tällainen lainsäätäjän tahto toteutettavissa voimassa olevan RL:n puitteissa. Valiokunnan mietinnön oikeuslähdearvo on suuri, mutta senkään voimalla ei voida ylittää lain sanamuotoa.

²³⁵ Se, että kieltoerehdyksen perusteluissa tarkastellaan kysymystä kieltoerehdyksen anteeksiannettavuudesta, ei juuri auta mainitun esikysymyksen ratkaisemisessa. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen yhteydessä HE 44/2002 s. 109 todetaan, että ”ehdotuksen lähtökohtana on erottelu vastuuperusteen olemassaoloa, perusteen oikeudellisia rajoja sekä vastuuperusteen perustavien toiseikkojen käsilläoloa koskevien erehdysten välillä”. Kaksi ensin mainittua olisivat luettavissa kieltoerehdyksen piiriin. Vaikka jaottelu tosiasia- ja oikeuserehdykseen hylätään, on perusteluille melko tyypillistä – kuten sitaatissa – puhua toiseikoista tai tosiasiallisista edellytyksistä viitattaessa tahallisuuden tai tahallisuusvastuun kannalta relevantteihin käsitysten kohteisiin.

Rajauksen ratiota, valiokunnan perusteluja ja niiden merkitystä voidaan tulkit-
ta pidemmälle tai vähemmän pitkälle menevästi. Joka tapauksessa voidaan sa-
noa, että rajoitus ilmensi halua välttää sitoutumista todennäköisyystahallisuuteen
seurausten ulkopuolella. Paljoa muuta valiokunnan tavoitteista ei välttämättä
voidakaan sanoa. Perustelut ilmentävät huolta siitä, että todennäköisyystahalli-
suus ehkä nostaisi rimaa talousrikoksissa, mistä voidaan päätellä, että tätä ei
haluta, mutta esimerkiksi sellaista yleistä näkemystä, jonka mukaan ososuhdetahalli-
suudessa pitäisi yleisesti voida päätyä tahallisuuteen alemmilla kriteereillä
kuin seuraustahallisuudessa, ei nähdäkseni ole mietinnöstä luettavissa.

Erityisen kiinnostavaa on, missä määrin voidaan mahdollisesti operoida alem-
milla perusteilla kuin todennäköisyystahallisuudessa.

Edellä laillisuusperiaatetta koskevan tarkastelun yhteydessä olen lähtenyt sii-
tä, että muiden tahallisuuden kohteiden kuin tunnusmerkistön mukaisten seuraus-
ten osalta soveltuu RL 4:1. Ilmaisun ”ei ollut selvillä”, joka esiintyy RL 4:1:ssä,
näyttää sisältävän vaatimuksen kyseisen seikan pitämisestä vähintäänkin toden-
näköisenä. Ei näin ollen vaikuta prima facie järin helpolta päästä alittamaan
mielletyn yksinkertaisen todennäköisyyden vaatimusta ososuhdetahallisuudessa
(kaan). Tulokseen pääsemiseksi saatetaan esittää seuraavia perusteluja.

- 1) ”olla selvillä” ei edellytä yli 50 %:n todennäköisenä pitämistä;
- 2) laillisuusperiaate ei sovellu yleisen osan puolella ainakaan samalla taval-
la kuin erityisen osan puolella;
- 3) lainsäätäjän tahto on, että vähempikin kuin todennäköisyystahallisuus
riittää ososuhdetahallisuudessa;
- 4) RL 3:6 ja RL 4:1 eivät sääntele tahallisuuden koko aluetta, vaan on myös
sääntelemätön alue;
- 5) RL 4:1 ei sääntele tahallisuuden kriteereitä (vaan tunnusmerkistöerehdys-
tä eikä näin ollen ole esteenä tahallisuutta koskeville tulkinnoille);
- 6) RL 4:1:n negatiivinen muotoilu (ei ollut selvillä [...] ei ole tahallinen) on
merkityksellinen, eikä sitä tule lukea positiivisesti muotoiltuna siten, että
tahallisuus edellyttää selvillä oloa tunnusmerkistörelevantteista ososuh-
teista.

Pekka Koponen on arvioinut tahallisuuskriteerejä erityisesti talousrikosten
yhteydessä. Talousrikokset muodostavat monessa suhteessa erityisen, perinteisiä
rikoslakirikoksia kuten henkirikoksia ongelmallisemmän toimintaympäristön,
mikä on hänen mukaansa heijastunut ja minkä tuleekin heijastua tahallisuuskri-
teereihin.²³⁶ Todennäköisyystahallisuus voisi Koposen mukaan asettaa tahalli-

²³⁶ Talousrikoksissa kyse on komplisoiduista toimista, joiden seuraukset ilmenevät ehkä vasta pitkän
ajan kuluttua. Mainittujen seurausten syntymiseen vaikuttavat monet seikat, joihin tekijä ei voi juuri
vaikuttaa, kuten erilaiset viranomais-toimet ja taloudellisten suhdanteiden muuttuminen. Esitutkinta-
kin kestää usein pitkään. Todistelu on paljolti asiakirjatodistelua. Normisto on monimuotoinen ja
kompleksinen. Ks. esim. *Koponen 2002* s. 252–254.

suudelle liian korkeat edellytykset. Hän toteaa, että selonottovelvollisuus muodostaa nykyisen tahallisuutta koskevan soveltamiskäytännön keskeisimmän tavan reagoida talousrikostunnusmerkistöjen erityisongelmiin²³⁷.

Selonottovelvollisuus on Koposen mielestä paremmin perustettavissa tekijän hyväksyvään tai välinpitämättömyyteen suhtautumiseen kuin todennäköisyystahallisuuden kriteereihin. Todennäköisyystahallisuuden asettaminen kriteeriksi (olosuhdetahallisuudessakin) vesittäisi selonottovelvollisuuden huomattavalta osin. Hän katsoo, että selonottovelvollisuutta voidaan selkeiden reaalisten argumenttien ohella perustella jo melko vakiintuneella tulkintakäytännöllä, prejudikaattitasolla erityisen merkittävä on KKO 1995:64.²³⁸

Tätä taustaa vasten ja tahallisuuden eduskuntakäsittelyn huomioon ottaen hän katsoo, että olosuhdetahallisuuteen voidaan edelleen soveltaa oikeuskirjallisuudessa esitetyin ja oikeuskäytännössä jo vakiintunein tavoin myös tahtotahallisuutta. ”Rikoslain yleisen osan muutosten jälkeen tulkintakäytäntö voi olosuhdetahallisuuden osalta jatkua entisellään.”²³⁹ Tunnusmerkistöerehdys ei saisi johtaa tahallisuusarvioinnista poikkeavaan lopputulokseen, eli mikäli ehdollisen tahallisuuden katsotaan täyttyvän esimerkiksi laajan selonottovelvollisuuden nojalla, ei tunnusmerkistökiteijöistä ”selvillä oleminen” voisi saada tähän verrattuna erilaista sisältöä.²⁴⁰

Koposen näkemys vastaa nähdäkseni suunnilleen perusteita 4–5; tahallisuusmääritelmän soveltamisala rajattiin seurauksiin, ja olosuhdetahallisuus olisi lähinnä jätetty sääntelemättä tai ainakaan RL 4:1 ei olisi esteenä olosuhdetahallisuutta koskeville tulkinnoille. RL 4:1:n tulkinnan tulee (päinvastoin) muokkautua sellaiseksi, että se on kohtuullisessa sopusoinnussa olosuhdetahallisuuden kanssa.

Koponen asettaa vastattavakseen kysymyksen, miten selonottovelvollisuuden laiminlyönnistä voidaan johtaa vastuu tahallisesta eikä vain tuottamuksellisesta teosta. Keskeistä lienee seuraava: ”Mikäli tekijällä on asemassaan tai menettelyssään ollut oikeudellinen velvollisuus menettelynsä oikeellisuuden varmistamiseen, muodostuu tahallisuus tämän velvollisuuden tietoisesta rikkomisesta.”²⁴¹

²³⁷ Koponen 2004a s. 118.

²³⁸ Koponen 2004a s. 120. Koposen 2002 s. 322 mukaan niissä talousrikoksia koskevissa alemmien oikeusasteiden ratkaisussa, joissa ylipäättään esiintyy tahallisuuden alinta astetta koskevia perusteluja, argumentointi näyttää perustuvan ainakin yhtä usein tahtotahallisuuteen kuin todennäköisyystahallisuuteen.

²³⁹ Koponen 2004a s. 120. Asiallisesti samoin Koponen 2004b s. 98–100.

²⁴⁰ Koponen 2004a s. 122 ja 112. Ks. myös Koponen 2002 s. 312, jossa asiaa arvioidaan tilanteessa, jossa käytössä on HE 44/2002 mutta lainsäätäjän ratkaisu ei vielä ole tiedossa.

²⁴¹ Koponen 2002 s. 250.

Toisaalla hän esittää seuraavan luonnehdinnan:

Talousrikosasioissa on rikosoikeudellisen vastuun toteutumisen kannalta erityisen tärkeää, että liiketoiminnassa asetetaan toimijoille selonottovelvollisuus menettelynsä lainmukaisuudesta. Selonottovelvollisuuden soveltaminen tahallisuusarvioinnissa ei saa kuitenkaan johtaa niin laajaan tulkintaan, ettei toisintoimimisen mahdollisuus olisi täyttynyt. Muodollisessa vastuuasemassa olevalla täytyy olla mahdollisuus täyttää selonottovelvollisuutensa ja hänellä tulee olla käsitys sanotun velvollisuuden perustavasta vastuuasemastaan. Poikkeustapauksissa myös kieltoerehdys voi rajoittaa tekijän rikosoikeudellista vastuuta sinänsä tahallisestakin menettelystä.²⁴²

Kuvatunlainen selonottovelvollisuuden laiminlyönti merkitsee siis tahallisuutta. Toisintoimimismahdollisuus muodostaa esteen selonottovelvollisuuteen perustuvan tahallisuuden liialliselle laajuudelle, joskin mahdollisuuden sisältö (ja siten esteen toimintaperiaate) jää jonkin verran avoimeksi.²⁴³

Onko jopa ajateltavissa, että selonottovelvollisuuden tietoisien rikkomisen tilanteessa tahallisuus ei ainakaan aina (selonottovelvollisuuden laajuus vaihtelee tunnusmerkistö- ja tekokohtaisesti) edellyttäisi, että tekijä on konkreettisesti havainnut edes tunnusmerkistön mukaisen relevantin olosuhteen käsillälöön riskiä?²⁴⁴ Selonottovelvollisuuden rikkominen voisi näin ilmentää vaadittavaa volitiivista suhtautumista mutta voisi myös korvata volitiivistenkin mallien edellyttämän mieltämiselementin²⁴⁵.

Toisaalta Koponen nimenomaan toteaa, että tahallisuuden täyttymisen rajan tulee olla korkeammalla kuin pelkkä tekijän mieltämä mahdollisuus tunnusmerkistön täyttymisestä ilman mitään lisäedellytyksiä.²⁴⁶

²⁴² Koponen 2004a s. 51–52.

²⁴³ Mahdollisuus täyttää selonottovelvollisuus oli esim. pesäluettelon vannomista koskeneessa ratkaisussa KKO 1995:64. Sen sijaan tapauksessa KKO 1993:93, jossa hallituksen jäsentä oli estetty edes saamasta tietoa yhtiön kirjanpidosta ja maksusuorituksista, hänellä ei ollut ollut tilaisuuttakaan täyttää vastuuasemansa mukaisia velvoitteita; ks. Koponen 2004a s. 52–53. – Koposen 2002 s. 313 mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on, että tekijä on ollut tietoinen tekonsa oikeudenvastaisuudesta. Ks. myös mts. 310. Lausuttuun on voinut vaikuttaa OJ:n 5/2000 sekava perustelukohta s. 125–126 taitteessa, joka on valitettavasti lähes sellaisenaan siirtynyt myös HE:een 44/2002 s. 106.

²⁴⁴ Ks. lähemmin Koponen 2002 s. 274–279 mm. esimerkkejä pesäluettelon vannomisesta sekä bulvaanista s. 276 ja veroilmoituksen antamisesta s. 277. Selonottovelvollisuus yhtiön nimissä tehdystä oikeustoimista ei ole yhtä laaja kuin yksilöidyn nimenomaisen tiedon antamisessa viranomaiselle (esim. pesäluettelo ja kaupparekisteriin annettava vakuutus). Ks. myös Koponen 2004a s. 118–122.

²⁴⁵ Tosin voitaisiin esim. ajatella, että kun tekijä on selvillä velvollisuudestaan ottaa selvää tietystä asiasta, esim. pesäluettelon paikkansapitävyydestä, hän tämän velvollisuuden laiminlyödessään samalla ymmärtää, ettei tiedä, mitä selvitys toisi esiin. Tämä taas merkitsisi sen mieltämistä, että pesäluettelossa voi olla virheitä. – Selonottovelvollisuuden laiminlyönnin selittäminen pelkästään volitiivisen kriteerin kannalta merkittäväksi on joka tapauksessa huomattavasti helpompaa.

²⁴⁶ Koponen 2002 s. 325.

Koposen kirjoitukset tuovat esiin talousrikosten erityiset piirteet tahallisuusarvioinnin kannalta. Oikeuskäytäntö näyttää olleen talousrikoksissa olennaisesti toisentyypistä kuin esimerkiksi henkirikosprejudikatuuri, operoiden merkittäväällä tavalla mm. selonottovelvollisuudella ja volitiivisilla kriteereillä. Olen samaa mieltä mm. siitä, ettei ole syytä palkita esimerkiksi tunnusmerkistön mukaisuuden kannalta relevanteista seikoista tarkoituksellisesti tietämättömyyden tahallisuusvastuusta vapautumisella.

RL 3:6:n rajoittaminen tunnusmerkistön mukaisiin seurauksiin ei kuitenkaan merkitse sitä, että muissa tahallisuuskysymyksissä voitaisiin toimia kuten ennenkin. RL 4:1:n mukaan, jos tekijä ei teon hetkellä ole ”selvillä” relevanteista seikoista, ”teko ei ole tahallinen”. Olosuhdetahallisuus edellyttää tällaisen riman ylittämistä. Jonkinlaista tulkinnanvaraa kriteeriin sisältynee, kuten useimpiin kielellisiin kriteereihin. Selonottovelvollisuudella, sikäli kun se kohdistuisi RL 4:1:n tarkoittamiin seikkoihin, ei kuitenkaan kovin hyvin voitaisi operoida tahallisuuskriteerinä, koska selonottovelvollisuuden laiminlyönti viittaa tilaan, joka on jotakuinkin selvillä olemisen vastakohta.

Mikko Eteläpää toteaa tarkoituksellista tietämättömyyttä koskevassa artikkelissaan, että bulvaanitilanteita ei ole oikeuskäytännössä niinkään tarkasteltu tunnusmerkistöerehdyksen vaan selonottovelvollisuuden kannalta tai sitten näyttökysymyksenä (tietämättömyysväitteen uskottavuus). Hän kirjoittaa: ”Edellä kuvatun kaltaisessa ’saattohoito’-järjestelyssä voidaan pitää selvänä, että tekijä – muodollisessa asemassa oleva, omaisuuden luovutuksia suorittanut bulvaani – ei ole selvillä esimerkiksi kaikista rikoslain 39 luvun 1 §:n mukaisen velallisen epärehellisyys -rikoksen tunnusmerkistötekijöistä eli hän ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää. [...] Voidaanko tällainen bulvaani tuomita rikoksesta [...]?”²⁴⁷

Vastaus kysymykseen näyttää sisältyvän sitaatin ensimmäiseen virkkeeseen, jossa tilannetta kuvataan tunnusmerkistöerehdyksestä tutuin sanakääntein. Koska tilannekuvauksen mukaan sitä, ettei tekijä ole selvillä relevanteista seikoista, ”voidaan pitää selvänä”, ei syyksilukemiseen voida tuollaisessa tapauksessa luonnollisesti päätyä myöskään näyttösäännöillä operoimalla. Kuten artikkelista käy ilmi, selonottovelvollisuuden laiminlyönti voi olla tarkoituksellista taikka johtua laiskuudesta tai välinpitämättömyydestä, ja bulvaaneja on monenlaisia, ammattimaisia ja satunnaisempia. Hän pitää tahallisuuden perustamista selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin nykytilanteessa laillisuusperiaatteen näkökulmasta ongelmallisena. Ongelmakohtissa lainsäätäjän reaktio, esimerkiksi tuotamuskriminalisointi, on luonteva vaihtoehto.²⁴⁸

²⁴⁷ Eteläpää 2004 s. 187.

²⁴⁸ Ks. lähemmin Eteläpää 2004.

Fränden mukaan olosuhdetahallisuuden sisältöä voitaisiin arvioida ainakin neljällä tavalla. Ensimmäinen lähtee lainsäätäjän tahdosta ja merkitsee sitä, että mieltämisen ei tarvitse ylittää RL 3:6:n yli 50 %:n todennäköisenä pitämiseen, vaan riittävää on ”olla selvillä” -kriteerin edellyttämä mieltämisen taso. Toisessa lähdetään niin ikään lainsäätäjän tahdosta – nyt lähinnä sen perusteena olleesta huolesta tahallisuuskynnyksen nousemisesta – ja katsotaan, että aiempi käytäntö saa jatkaa. Myös kolmas tulkintamalli lähtee edellä mainitusta huolesta. Varsin todennäköinen olisi myös olosuhdetahallisuuden kriteerinä, mutta ei sitouduttaisi yli 50 %:iin varsin todennäköisen sisältönä. Tällöin voitaisiin soveltaa rikostyypeittäin vaihtelevaa todennäköisyysvaatimusta saman kattokriteerin varsin todennäköinen alla. Neljäs vaihtoehto on katsoa lakivaliokunnan ratkaisuyrityksen olevan niin vaikeaselkoinen, että se jätetään huomiotta ja myös olosuhteisiin sovelletaan RL 3:6:ää.

Frände päättyy ensimmäiseen vaihtoehtoon. Se vastaisi lainsäätäjän tahtoa ja olisi melko selkeä. Malli lähtee siis siitä, että RL 4:1:n *medveten omin* sisällöksi selitetään mieltämisen taso, joka on vähemmän kuin RL 3:6:n edellyttämä. Fränden todennäköisyyskaalalla yli 50 %:n todennäköisyyttä seuraa *femtio–femtio-sannolikhet*, jossa tekijä pitää olosuhteen käsilläoloa yhtä todennäköisenä kuin sen ei-käsilläoloa. Semanttisesti olisi mahdollista sanoa, että ”medvetenhet” p:stä on käsillä femtio–femtio-sannolikhetin tilanteessa. Tämä *jämviktsuppsåt* on olosuhdetahallisuuden sisältö²⁴⁹.

Seuraava askelma alaspäin todennäköisyyskaalalla on *antaglighet*, joka Frändellä tarkoittaa samaa kuin *inte helt osannolik*. Jotta tämä riittäisi olosuhdetahallisuuteen, tarvittaisiin jokin lisävaatimus, jollaisena Frände pitää välinpitämättömyyttä. Hänen mukaansa olisi kuitenkin kohtuutonta liittää välinpitämättömyys seikkaan, johon tekijä ei voi vaikuttaa. Perusongelma on näytöllinen: välinpitämättömyyttä ei voitaisi perustaa reaaliaikailman asioihin, jolloin siitä muodostuisi tekijän henkilökohtaisten ominaisuuksien ja aiemman elämän funktio, mikä ei olisi asianmukaista tekurikosoikeudessa. Frände pysyy näin *jämviktsuppsåts*sa²⁵⁰.

Femtio–femtio-sannolikhet tulee tietenkin kyseeseen tekijän arvioitua todennäköisyyttä ja päädyttyä tähän tulokseen. Mutta *jämviktsuppsåt* olisi kyseessä myös ”när gärningsmannen saknar kunskap om hur sannolikt ett visst alternativ är”²⁵¹. Frände katsoo tasapainotahallisuuden selviävän myös päänsäiväa aiheutaneesta talousrikostahallisuudesta selonottovelvollisuuksineen: ”Den som inte

²⁴⁹ Frände 2004 s. 126, 136–139 ja 145. Semanttisen sallivuuden osalta hän toteaa s. 139 av. 116, että suomeksi tilanne on sekavampi. ”Olla selvillä” tarkoittaa tietämistä. Jotta voitaisiin löytää kohtuullinen tulkinta uusille säännöksille, on niiden välille presumoitava merkitysero.

²⁵⁰ Frände 2004 s. 138–139.

²⁵¹ Frände 2004 s. 138.

kontrollerar en viss uppgift kan sägas sakna kunskap om hur det ligger till och måste utgå från att uppgiften lika gärna kan vara felaktig som att den är korrekt.”²⁵²

Fränden tasapainotahallisuus on kiinnostava yritys sovittaa yhteen RL 4:1:n sanamuodon edellyttämä ja lainsäätäjän (lakivaliokunnan) tarkoitus välttää sitoutumista yli 50 % -kriteeriin olosuhdetahallisuudessa. Frände on ottanut huomioon jopa talousrikokset selonottovelvollisuuksiineen. Mallin mukaan RL 4:1 on siis ensinnäkin kysymystä koskeva keskeinen normi. Frände katsoo medveten-käsitteen sallivan jämviktsuppsåtin. Suomenkielinen tilanne ei sitä sen sijaan näyttäisi sallivan, viittaahan olla selvillä Fränden mukaan tietämiseen, jota hän taas pitää kvalifioituna tahallisuuden muotona.²⁵³ Näiden välille onkin presumoitava merkitysero, jotta kohtuulliseen tulkintatulokseen voitaisiin päästä. Kun Frände näissä oloissa pudottaa todennäköisyysvaatimusta portaan verran – yli-painosta tasapainoon – voidaan mallissa (suomenkielisestä näkökulmasta) nähdä eräänlainen lievän analogian malli.

Mallin kannalta merkittävän sisäisen kysymyksen muodostaa selonottovelvollisuuden laiminlyöntitilanteiden selittäminen tasapainotahallisuuden tilanteiksi. Onkin mahdollista, että tekijä on sitä mieltä, että p voi yhtä hyvin vallita kuin olla vallitsemat ja että hänellä on mahdollisuus suorittaa tietty kontrolliteko, joka selvittäisi asian. Mutta mikään ei takaa, että p ja ei-p ovat alkutilanteessa tekijän käsityksen mukaan yhtä todennäköisiä vaihtoehtoja tai että tilanne on avoin. Hän voi pitää p:tä 5 %:n tai 95 %:n todennäköisenä ennen kontrolliteon tekemistä.

Myös Tapani on arvioinut olosuhdetahallisuutta. Hän lähtee siitä, että laillisuusperiaate koskee myös yleisten oppien säännöksiä. Olosuhdetahallisuuden arviointi liittyy RL 4:1:n tulkintaan. Näissä kysymyksissä olen samaa mieltä. Tapanin mukaan RL 4:1:n selvilläolo sulkee pois selkeästi ainoastaan tilanteet, joissa tekijällä ei ole mitään uskomusta suhteessa relevanttiin seikkaan, ts. nollatiedon tapaukset. RL 4:1 ilmeisesti sallisi tulkintavaihtoehtot, joissa tekijä vähintäänkin epäilee relevantin seikan olevan käsillä²⁵⁴. Yksinkertainen todennäköisyystahallisuus voidaan tulkintavaihtoehtona sulkea pois lakivaliokunnan mietinnön perusteella. Tapani näyttää hyväksyvän sekä Koposen (ainakin muodossa ”piti p:tä varteenotettavana mahdollisuutena ja hyväksyi sen”) että Fränden olosuhdetahallisuusmallit.²⁵⁵

²⁵² *Frände 2004* s. 140.

²⁵³ *Frände 2004* s. 143.

²⁵⁴ Epäileminen tarkoittanee Tapanilla mahdollisena pitämistä. Tosin *Tapani 2004b* s. 58 katsoo, että tietoisuusvaatimus ei täyty, jos verovelvollinen ainoastaan olettaa tai epäilee tiedon olevan väärä. Tässä tietoisuus saattaa kuitenkin olla tahallisuuden synonyymi eikä esimerkiksi selvillä olemisen tulkintaa.

²⁵⁵ Ks. *Tapani 2004b* s. 56–60 ja *2005* s. 290–293.

Tapani kuitenkin katsoo, että RL 4:1 hämärtää ja tuottaa aivan tarpeetonta pohdintaa tietoisuusvaatimuksen asettamisessa. Tietoisuusvaatimusta ei nimittäin ole yksinkertaisesti mahdollista kiinnittää tiettyihin abstrakteihin mittapuihin. Lainkäyttäjä arvioi Tapanin mukaan tietoisuutta tietyn rikostunnusmerkistön näkökulmasta ja asettaa tietoisuusvaatimuksen rajat joka kerta uudelleen konkreettisessa tapauksessa.²⁵⁶

²⁵⁶ *Tapani* 2005 s. 298–299. Se, että tietyt tyypilliset tosiseikkakombinaatiot johtavat syyksilukemiseen tahallisenä ei sinänsä estäne sitä, että tahallisuutta voidaan luonnehtia sisällöllisesti. – *Lappi-Seppälä* 2004 s. 6 ei ota lähemmin kantaa olosuhdetahallisuuden edellyttämään mieltämisen korkeuteen. – Ks. aiheesta vielä s. 523–525.

7 KKO:n käytäntöä yleisten oppien voimaantulon jälkeiseltä ajalta

7.1 SURMAAMISTAHALLISUUS

KKO antoi 9.3.2004 ensimmäisen uuden lain aikaisen seuraustahallisuutta koskevan ratkaisunsa *KKO 2004:16*. Siinä A oli 21.5.2002 ampunut lähietäisyydeltä B:tä 5 cm navan yläpuolelle vartalon keskiviivan kohdalle 7.65 kaliiberin pistoolilla. Luoti oli lävistänyt varsin vahvassa humalatilassa olleen B:n suoliston. B hakeutui hoitoon vasta noin 12 tunnin kuluttua tästä. Luodin lävistämän paksusuolen sisällön valuminen oli kuitenkin ehtinyt aiheuttaa vaikean vatsakalvon tulehtumisen ja B oli kuollut leikkauksessa tapahtuneeseen sydänpysähdykseen.

AO ja HO tuomitsivat A:n taposta. A valitti KKO:een katsoen syyllistyneensä vain hätävarjeluna tai enintään sen liioitteluna tehtyyn törkeään pahoinpitelyyn. Hänen kertomuksensa mukaan B oli yllättäen lähtenyt tulemaan A:ta kohti, jolloin A oli suojellakseen itseään yrittänyt ampua B:tä jalkaan. Koska hän oli tottumaton aseenkäyttäjä, laukaus oli kuitenkin vahingossa osunut B:tä vatsaan. A, joka oli nauttinut päivän kuluessa pontikkaa, oli kertomansa mukaan kantanut asetta jo viikon ajan pelätessään joutuvansa erään henkilön väkivallan kohteeksi.

Tapauksessa aktualisoitui lievemmän lain kysymys, koska teko oli tehty vuonna 2002 ja KKO antoi ratkaisunsa yleisten oppien uudistuksen tultua voimaan. Asiaa arvioitiin hätävarjelun ja putatiivihätävarjelun näkökulmasta päätyen siihen, että tilannetta oli arvioitava vanhan oikeustilan mukaisesti. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä KKO totesi, että niin kuin RL 4:3:n esitöistäkin ilmenee, tämä säännös ei merkitse muutosta siihen, miten teon rangaistavuutta on jo aikaisemmin arvioitu, eikä se rajausta, jonka mukaan erehdyksen tulee perustua perusteltuun käsitykseen, myöskään merkitse muutosta yleisiin syyllisyys- ja tahallisuusperusteisiin. Viittaus koskee HE:ssä 44/2002 s. 110 esitettyä. Sitä on siteerattu edellä näyttyä koskevassa jaksossa. Kohta on lyhyt ja epäselvä. Siinä on esitykselle tyypillisesti annettu ymmärtää, ettei sääntely muuta oikeustilaa. Onkin toivottavaa, että lain soveltaja arvioi asiaa myös itsenäisesti.

A oli 168 cm pituinen ja uhri B yli 10 cm A:ta pidempi. Ampumasuunnan voitiin päätellä olleen 45–30 asteen kulmassa alaviistoon oikealle. Tämä viittasi siihen, että B ei ollut seissyt ampumahetkellä. Myös A oli kertonut, että B:n kädet olivat roikkuneet sivuilla ja ettei B:llä ollut ollut mitään esinettä kädessään. KKO totesi:

Olosuhteista ei voida näin ollen myöskään päätellä, että A olisi perustellusti käsittänyt B:n aloittaneen sellaisen hyökkäyksen tai uhkaavan sellaisella hyökkäyksellä, että ampuma-aseen käyttö olisi ollut suojelutarkoituksessa välttämätön.

Lausuma on jossain määrin tulkinnanvarainen ottaen huomioon, että sen aineksina ovat negatiivinen näyttötilanne, henkilön käsitys ja sen perustellisuus. Huomioon ottaen, että uhri ei liene ollut seisomassa ja että A oli itse havainnut tämän käsien roikkuneen sivuilla ja ettei kädessä ollut ollut esinettä, vaikuttaa lopputulos oikealta. Surmaamistahallisuudesta KKO, katsottuaan, ettei väite tarkoituksesta ampua vain jalkoihin ole uskottava, toteaa seuraavaa:

Korkein oikeus katsoo, että A:n, joka on kertonut olevansa tottumaton aseenkäyttäjä, ampuessaan lähietäisyydeltä B:tä kohti laukauksen on täytynyt ymmärtää laukauksen osumisen hengenvaarallisesti olevan hyvin todennäköistä ja ampumisesta seuraavan varsin todennäköisesti B:n kuoleman.

KKO ei arvioinut seuraustahallisuutta lievemman lain arviossaan. Vanhan oikeustilan näkökulmasta tahallisuusperustelu onkin korrekti. Tämä liittyy siihen, että ”varsin” todennäköisellä ei ollut auktoritatiivista sisältöä, joten jonkin asian katsomista varsin todennäköiseksi ei voitu juuri falsifioida. RL 3:6 edellyttää seurauksen pitämistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä. Tämä edellyttää käytännössä usein sitä, että seuraus oli myös ex ante objektiivisesti yli 50 %:n todennäköinen, koska olisi useimmiten vaikea perustella tekijän pitäneen seurausta omaksi vahingokseen todennäköisempänä kuin se todellisuudessa oli.

Sen, että jokin on esimerkiksi ”hengenvaarallista”, mistä sitaatissa puhutaan, ei vielä tarvitse tarkoittaa, että seuraus oli yli 50 %:n todennäköinen. Venäläinen ruletti 1/6 luodilla on hengenvaarallista, mutta vasta 4/6 luodilla hengenmenon todennäköisyys on yli 50 %. Osuminen hengenvaarallisesti oli ratkaisussa sekin sitä paitsi vain hyvin todennäköistä. Perustelujen kappaleesta 11 käy ilmi, että B olisi todennäköisemmin selvinnyt hengissä kuin menehtynyt, jos hänet olisi heti tuotu hoitoon. Nämä seikat eivät yksin ole ratkaisevia, mutta itse ratkaisuselosteesta ilmenevän perusteella en pitäisi RL 3:6:n edellytysten toteutumista täysin selvänä.²⁵⁷

Tapauksessa *KKO 2004:57* A oli rahaa anastaakseen mennyt B:n kuljettamaan taksiautoon ja autossa ampunut hallussaan olleella pistoolilla B:tä kohti siten, että kolme laukausta oli osunut B:n päähän viimeisen laukauksen ollessa välittömästi tappava. A:ta syytettiin murhasta.

A:n väitteen mukaan B ei hänen yllätyksekseen ollut taipunut A:n ryöstöaikeisiin, vaan oli syntynyt kamppailu, jonka kuluessa ase oli lauennut. Laukaukset olisivat lähteneet yhtäjaksoisesti. Kyse oli siten ensinnäkin teon tahdonvaltaisuudesta. Väitettä ei pidetty uskottavana. Eräänä syynä oli se, että viimeinen, välittömästi tappava laukaus oli tapahtunut vasta jonkin ajan kuluttua kahdesta ensimmäisestä laukausta.

²⁵⁷ Ks. myös seuraava KKO 2004:57 ja KKO 2004:75 sekä BGH 20.11.1986 ja 28.11.1995.

mäisestä, poskeen osuneesta laukauksesta. Näin A oli ampumalla tahallaan tappanut B:n. Vaikkei A:lla alun perin ollut ollut tarkoitusta tappaa B:tä, oli viimeisessä kerrotuissa olosuhteissa ammutusta lähilaukauksesta KKO:n mukaan pääteltävissä, että A:n tarkoituksena tällöin oli ollut tappaa B.

OikN Lehtimaja katsoi, toisin kuin enemmistö, että kvalifiointiperuste vakaa harkinta toteutui. En puutu tähän sen enempää. Lehtimaja perusteli tahallisuutta sillä, että A:n oli joka tapauksessa täytynyt käsittää se, että uhrin kuolema on ollut varsin todennäköinen seuraus tällaisista lähietäisyydeltä päähän ammutuista laukauksista. Viimeisestä laukauksesta Lehtimaja totesi vielä, että mitään muuta tarkoitusta tällaisen laukauksen ampumiselle ei tuossa tilanteessa ole järkevästi ajateltavissa kuin B:n tappaminen. Tahallisuuskysymysten arvioinnissa enemmistöllä ja vähemmistöllä ei näytä olevan juuri eroa, joskaan enemmistö ei katsonut tarpeelliseksi hyödyntää perusteluissa todennäköisyystahallisuutta. Viimeisen, tappavan laukauksen determinatus-luonteisuus merkitsi sitä, ettei tahallisuusarvioinnin lopputulos muodostunut erityisen kiperäksi ongelmaksi. Viimeisen laukauksen tarkoitus voitiin duffilaisittain lukea teosta.

Tapauksessa *KKO 2004:63* 15-vuotias A oli pahoinpideltyt sattumalta tapaamaan 14-vuotiasta B:tä niin, että tämä oli menettänyt tajuntansa. A oli siirtänyt B:n ojan pohjalle, jossa A oli kuristanut B:tä seisoen tämän päällä. A:n menettelyn seurauksena B oli kuollut tukehtumalla hengitettyään ojan pohjalla ollutta mudansekasta vettä. A:ta syytettiin murhasta. A katsoi syyllistyneensä pahoinpiteelyyn ja törkeään kuolemantuottamukseen.

AO katsoi, ettei ole näytetty, että A:lla oli tarkoitustahallisuus. Kyse oli varmuustahallisuudesta. HO katsoi, että A oli menettelyllään varmistanut B:n kuoleman ja että A:lla oli tarkoitustahallisuus. KKO:n mukaan ei voitu varmuudella todeta, missä teon vaiheessa B oli ollut tajuissaan, milloin hän oli menettänyt tajuntansa ja milloin hän oli kuollut. A oli kuitenkin jatkanut kuristamista kunnes B:n liikehdintä oli loppunut. Tahallisuudesta KKO totesi seuraavan (12 kohta):

Kuten edellä kohdassa 9 on todettu, A:n on täytynyt havaita B:n hengitysteiden joutuneen teon aikana ainakin joksikin ajaksi veden alle. A:n on täytynyt myös ymmärtää, että liikehdinnän loppuminen on johtunut joko siitä, että B oli menettänyt tajuntansa tai siitä, että hän oli kuollut. A on jättänyt B:n tällaiseen tilaan ojaan ja poistunut paikalta, ilmeisesti vielä B:n pään päältä ponnistaen. A:n on täytynyt käsittää, että hänen menettelystään seuraa uhrin kuolema. Näin ollen B:n surmaaminen on luettava A:n syyksi tahallisenä rikoksena.

KKO katsoi siis, että A:lla oli ollut varmuustahallisuus. Ratkaisussa hyödynnettiin pakottavaa päättelyä. Siteerattu tahallisuusperustelu ei siinä suhteessa ole aivan vakuuttava, että hengitysteiden todetaan joutuneen veden alle (vain) ainakin joksikin ajaksi, ottaen huomioon, että liikehdinnän loppuminen oli voinut johtua tajunnan menetyksestä. Kuristaminen ei myöskään ollut ollut erityisen voimakasta (ks. 6 kohta). Syyksilukemiskysymyksessä samaan lopputulokseen

päätynyt OikN Tulokas totesi, että A:n menettely oli teon loppuvaiheessa ollut määrätietoista, ja A oli lähietäisyydeltä voinut havaita uhrinsa menehtyvän.

Mittaamisen yhteydessä sivutaan lievemmän lain kysymystä. Tahallisuutta ei mainita, mutta varmuustahallisuuden kuuluminen tahallisuuden alaan sekä teko-aikana että yleisten oppien uudistuksen jälkeen on ollut selvä asia.

Tapauksessa *KKO 2004:75* mielenterveysongelmista kärsinyt M oli vanhempiensa pyynnöstä määrätty toimittamaan lääkärinvastaanotolle, mutta M ei ollut suostunut lähtemään sairaankuljettajien mukaan. Hän oli poistunut kotipihastaan 82 cm pitkällä vesurilla ja harava käsissään. Ambulanssikuljettaja ilmoitti asiasta poliisille. Koirapartio, johon kuului H poliisikoirineen, K ja P, sai poliisiradion välityksin tiedon tehtävästä toimittamaan M hoitoon.

Partio havaitsi M:n jäljitettävään häntä noin tunnin. Päästyään metsänhakkua-alueella M:stä noin 20 metrin päähän partio käskytti M:ää pudottamaan vesurin. Tällöin M pysähtyi, kääntyi ja lähti vesuri kohotettuna etenemään nopeasti kohti poliisikoiraa ja sen takana ollutta H:ta. K ampui revolverilla M:ää jalkaan M:n ollessa vajaan 10 metrin päässä H:sta ja uudestaan M:n otettua vielä muutaman askelen. Tämän jälkeen poliisikoiraa hyökkäsi M:n kimppuun ja kaatoi M:n, mutta M tainnutti sen vesurilla. M:n ollessa tämän jälkeen punnertautumassa ylöspäin vesurinsa kanssa H ampui M:ää 9 mm:n pistoolilla yläreiteen. Luoti oli osunut M:n reiteen noin 30 cm polven yläpuolelle, kulkenut oikean jalan läpi häpyluun päältä vasempaan reiteen ja siitä jalan läpi ulos. Luoti oli kulkenut yläviistoon niin, että ulostuloaukko oli seitsemän senttimetriä osumapistettä ylempänä, ja se oli lävistänyt vasemman jalan reisivaltimon ja laskimon. M kuoli myöhemmin näihin vammoihin.

H:lle vaadittiin rangaistusta hätävarjelun liioitteluna tehdystä taposta ym. AO ja HO hylkäsivät syytteet. KKO:n enemmistö totesi surmaamistahallisuudesta seuraavan (32 kohta):

H [...] on kertonut suunnanneensa tähtäämättömän laukauksen kohti M:n [...] alaraajoja. M on liikkunut, ja laukaus on voinut osua tarkoitettua vaarallisempaan paikkaan. Siten ei voida katsoa, että H:n olisi täytynyt pitää M:n kuolemaa menettelynsä varsin todennäköisenä seurauksena.

Perustelut herättävät kysymyksen siitä, johtaisiko tähdätyn laukauksen ampuminen osumakohtaan 9 mm:n aseella todennäköisyystahallisuusvastuuseen kuolemasta. Jos voisi johtaa, erityisen merkittäviksi nousevat ne näytölliset perusteet, joiden vuoksi ampujan katsotaan tässä tapauksessa voineen osua muualle kuin piti. Vastaavia näytöllisiä perusteita tulee luonnollisesti soveltaa muissakin jutuissa.²⁵⁸ Jos tekotyypin määrittely on laivastammin (ja myös vähemmän vaaralli-

²⁵⁸ *Hahto 2004* s. 163 kiinnittää huomiota siihen, että hätävarjelun liioitteluna tehdyssä puukottamisessa tekijä ei ehkä uhrin hyökkäyksen äkillisyyden vuoksi ole ehtinyt edes havaita, mihin hänen puukonhuitaisunsa suuntautuu. Tahallisuusarviointi on kuitenkin toisinaan tehty melko rutiininomaisesti. Ks. erityisesti KKO 1993:54, jossa vastaaja oli vielä älykkyydeltään lievästi vajaamielisen alarajoilla ja *Hahto* mts. 432–433.

sia kohtia käsittäen) 9 mm:n pistoolin laukaukseksi ”kohti alaraajoja”, ei todennäköisyydestä tahallisuus ilmeisesti ole lähellä. Arvio voi tällöin olla samantapainen kuin veitsitilanteessa (KKO 1999:20).

KKO ei ottanut mukaan tahallisuutta arvioidessaan lievemman lain periaatetta.

KKO 2004:120 on RL 3:6:n voimaantulon jälkeen tärkein seuraustahallisuutta koskeva prejudikaatti. Tapauksessa A oli 19.5.2002 maantiellä ajanut suurella nopeudella takaa Y:n ohjaamaa autoa 18 kilometrin matkan, yrittänyt ohittaa sitä ja useaan kertaan tahallaan törmännyt siihen. Viimeisestä törmäyksestä Y:n ohjaama auto oli joutunut ensin sivuluusuun oikealle ja sitten suistunut tien vasemmalle puolelle ojaan. Auto oli kimmonnut ojasta ilmaan ja katkaissut ensin 120 senttimetrin korkeudelta täysikasvuisen männyn ja lopulta törmännyt kymmenen metrin päässä siitä olleeseen toiseen mäntyyn. Katkennut mänty oli kaatunut auton päälle. Autossa ollut X sai surmansa ja Y ja Z vammoja. A:n kuljettamassa autossa olleet B ja C olivat kehottaneet A:ta ajamaan takaa Y:n autoa ja ohittamaan sen, vaatineet jatkamaan vaaralliseksi käynnystä takaa-ajoa sekä lopuksi törmäämään Y:n autoon. Poliisin laskelman mukaan autojen nopeus oli juuri ennen Y:n auton tieltä suistumista ollut 112–126 km/h.

Oulun KO tuomitsi 27.8.2002 A:n taposta ja kahdesta tapon yrityksestä sekä eräistä muista rikoksista ja B:n ja C:n yllytyksestä tappoon ja kahteen tapon yritykseen sekä eräistä muista rikoksista. HO:n enemmistö piti mahdollisena, että A:n tarkoituksensa ei viimeisellä kerralla ollut törmätä Y:n autoon ja tuomitsi hänet törkeästä kuolemantuottamuksesta ja kahdesta törkeästä vammantuottamuksesta sekä B:n ja C:n (virheellisesti) yllytyksestä näihin rikoksiin. Eri mieltä ollut jäsen päätyi kärkeäoikeuden tavoin tahalliseen henkirikosvastuuseen.

KKO katsoi selvitetyn, että myös viimeisellä kerralla A oli törmännyt tahallaan Y:n auton perään. A, B ja C eivät olleet menettelyllään pyrkineet tappamaan, vaan pysäyttämään Y:n pakoon pyrkineen auton. Kyse oli siitä, oliko heillä todennäköisyydestä tahallisuus suhteessa toisessa autossa olleiden kuolemaan. Neljä jäsentä totesi seuraavan (16 kohta):

Asiakirjoihin liitetystä valokuvasta ja tapahtumapiirroksista ilmenee, että suistumispaikalla tie on sinänsä suora ja näkyvyys hyvä. Heti ajoradan ulkopuolella on pehmeä, alaspäin viettävä ojanpiennar ja kapean reunavyöhykkeen vieressä, jo muutamien metrien päässä ojasta paksurunkoista puustoa. Y:n auto on ollut varsin pienikokoinen, vanhaa vuosimallia ja siten törmäysturvallisuudeltaan heikko. A:n on täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että jos näissä oloissa Y:n kovalla nopeudella kulkeva auto menettää törmäyksen vuoksi ohjattavuutensa, seurauksena on auton hallitsematon ja kovavauhtinen tieltä suistuminen ja törmäminen puihin sekä autossa olleiden kuolema.

Edellisessä kappaleessa KKO totesi, että ”[k]un painostavaksi ja luonteeltaan hyökkääväksi kehittynyt takaa-ajo on jatkunut näin pitkään, A:n on täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että törmätessä toistuvasti Y:n auton perään tämä tulisi ennen pitkää menettämään autonsa hallinnan ja auto tulisi suistumaan tieltä”.

Perustelujen 21 kohdan mukaan myös B:n ja C:n ”on täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että Y:n auto tulee A:n menettelyn seurauksena suistumaan tieltä ja että autossa olleet henkilöt tieltä suistumisen seurauksena kuolevat”. Näin enemmistö päätyi syyksilukemisessa käräjäoikeuden linjoille. Rangaistuksen mittaamisessa otettiin huomioon, että teoissa on ollut kysymys tahallisuuden lievimmästä asteesta, ja ero siihen, että teot olisi arvioitu tehdyiksi törkeästä tuottamuksesta, ei ollut suuri. Vähemmistöön jäänyt OikN Häyhä totesi mm. seuraavaa:

A:n on näissä oloissa pitänyt ymmärtää, että törmäämällä toistuvasti Y:n kuljetta-
man auton perään, se ennen pitkää tulisi suistumaan tieltä tai vaurioituisi siten,
ettei ajaminen olisi enää mahdollista. Yhtä lailla A:n on täytynyt käsittää, että
nämä seuraukset saattaisivat kohdata hänen ohjaamaansa ajoneuvoa. Kaikki mai-
nitut seuraukset ovat kuvatuissa oloissa olleet mahdollisia ja A:n ennakoitavissa
ilman, että mitään niistä olisi pidettävä tekohetken näkökulmasta arvioituna sel-
keästi muita todennäköisempänä. Tämän vuoksi katson, ettei A ole tekohetkellä
ymmärtänyt juuri ihmishengen menetyksen olevan hänen ajonsa varsin todennä-
köinen seuraus.

OikN Häyhä katsoi A:n syyllistyneen törkeään kuolemantuottamukseen ja kahteen törkeään vammantuottamukseen. B:tä ja C:tä vastaan KKO:ssa esitetyn toissijaisen syytteen näistä rikoksista hän jätti tutkimatta.

Todennäköisyystahallisuuden selitetään olevan vakiintuneen oikeuskäytän-
nön mukaista tahallisuutta suhteessa seurauksiin, ja tämä tahallisuuden laji ilme-
nee nyttemmin RL 3:6:stä (13 kohta). Oikeuskäytännön ja RL 3:6:n todennäköi-
syystahallisuuden lähempään sisältöanalyysiin ei mennä. Mahdolliset erot olisi-
vat voineet johtaa pohtimaan lievemman lain kysymystäkin.

Enemmistön perustelut näyttävät, luettaessa 15 ja 16 kohtaa yhdessä, merkit-
sevän sitä, että A:n on täytynyt pitää X:n, Y:n ja Z:n kuolemaa kahden varsin
todennäköisen tekijän (suistuminen ja suistumisen seuraukset) tulona, mikä on
vähemmän kuin varsin todennäköinen. Asialla on merkitystä, mikäli varsin to-
dennäköisen sisältö on tiedossa (RL 3:6:n kannalta yli 50 %). 21 kohdan B:tä ja
C:tä koskeva muotoilu on tältä kannalta korrekti.

Vähemmistö lähti siitä, että törmäily tulee johtamaan jommankumman auton
(ehkä molempien) vaurioitumiseen tai suistumiseen. Vaihtoehtoja oli useita eikä
mikään niistä noussut esiin selkeästi muita todennäköisempänä. A ei ymmärtänyt
juuri hengen menetystä teon varsin todennäköiseksi seuraukseksi.

Huomioon on otettava, mitkä vaihtoehdot ovat aidosti toisistaan riippumatto-
mia. Tapposyytteen kannalta hengenmenetys muodostaa relevantin vaihtoehdon
ja ne vaihtoehdot, jotka eivät sisällä hengen menetystä, ovat yhdessä ensin mai-
nittua vastassa. Tekijän oma henkilövahinko on ollut mahdollinen kuten toises-
sakin autossa olevan.

Enemmistön ja vähemmistön mielipide-ero saattaa liittyä siihen, että enem-
mistö katsoi A:lla olevan suurempi kontrolli törmäyksen jälkeen tapahtuvaan

(mahdollisuudet tiellä pysymiseen) kuin Y:llä, kun taas vähemmistö katsoi, että kummankin kontrolli vähenee samantapaisesti. Tosin vähemmistö kiinnittää huomiota siihen, että Y:n auto oli hieman pienempi, kevytperäinen ja takavetoinen, ja Y:n mahdollisuudet hallita ajoneuvoa kuvatuissa oloissa olivat heikommät kuin A:n.²⁵⁹

Tapauksessa *KKO 2005:7* V ja P olivat, edellinen 2,7 ja jälkimmäinen 3,8 promillen humalassa, lyöneet ja potkineet O:ta ylävartaloon ja päähän sekä hyppineet hänen pänsä ja rintakehänsä päälle. V ja P aiheuttivat menettelyllään miltei kaikkien O:n kylkiluiden murtumisen ja maksan repeämisen, mihin vammoihin O kuoli. Pahoinpitely oli tapahtunut kahdessa vaiheessa. Todistaja oli kuvannut jälkimmäistä vaihetta ”työnteoksi”. Jälkimmäinen vaihe oli kestänyt noin 10 minuuttia. V oli toisen todistajan mukaan jossain vaiheessa todennut P:lle: ”Taitaa olla kuollut jo”, mihin P oli vastannut myöntävästi. V:tä ja P:tä syytettiin murhasta.

HO katsoi tekijöillä olleen todennäköisyystahallisuuden suhteessa O:n kuolemaan ja tuomitsi heidät taposta. KKO katsoi tekijöiden pyrkineen tappamaan O:n. Tappaminen oli tapahtunut erityisen raatavalla ja julmalla tavalla. Todistajien tekemien V:n ja P:n käyttäytymistä ja lausumia koskevien havaintojen perusteella oli pääteltävissä, että nämä olivat koko ajan olleet tietoisia selosteessa mainituista raakuus- ja julmuusarviointiin vaikuttavista seikoista (19 kohta).

KKO totesi myös, että vaikka V ja P olivatkin olleet tekohetkellä vahvassa humalatilassa, ei humalatilaa ja sen vaikutusta heidän kykyynsä havaita tekonsa seuraukset, ottaen myös huomioon edellä mainitut, heidän käyttäytymisestään ja lausumistaan tehdyt havainnot, voitu pitää heidän tekonsa rikosoikeudellista arviointia lieventävänä seikkana (kpl 21). Lausuma vaikuttaa tulkinnanvaraiselta. Oliko humalalla todettu jokin vaikutus V:n ja P:n havaintokykyyn? Koskeeko lausuma syyntakeisuutta, tahallisuusulottuvuutta ja/tai esimerkiksi kokonaistörkeysarviointia? Vastaajat olivat katsoneet, että vahvasta humalatilastaan johtuen he ”eivät ole kyenneet havaitsemaan tai ymmärtämään O:n vammojen vakavuutta” (kappale 5). Tämä voisi viitata noihin kaikkiin.

Tapauksessa *KKO 2005:44* A, joka aiemmin oli esittänyt uhkauksia B:lle, oli aamuyöstä 17.8.2002 hakenut ulkoa 2,3 kiloa painavan ja 70 cm pituisen kirveen. Hän oli mennyt yläkertaan ja siellä lyönyt kirveellä päähän B:tä, joka ei ollut puolustautunut eikä osannut varoa lyöntiä. Haava oli ulottunut 10 cm:n syvyyteen. A oli ollut noin 3 promillen humalassa. A:ta syytettiin murhasta. Hän selitti tähdänneensä seinään tai lattiaan, mutta isku oli vahingossa osunut B:tä päähän.

Väitettä vahingosta ei pidetty uskottavana, vaan A oli kirveeniskulla tahallaan tappanut B:n. Teon katsottiin myös, äänin 4–1, tapahtuneen vakaasti harkiten. A tuomittiin murhasta.

²⁵⁹ Ks. myös *Tolvasen/KKO 2004:120* syyksilukemisratkaisun hyväksyvää arviota. Hänen mukaansa ratkaisu viestittää sitä, että tahallisuusarvion perusteet ovat samat tällaisessa teossa kuin perinteisemmässä puukotusteossa.

Tässä tapauksessa tahallisuuden kiistäminen on voinut perustua lähinnä siihen, että isku on jostain syystä osunut muualle kuin piti. Tämä oli epäuskottavaa – B:hän ei mm. ollut osannut varoa lyöntiä. Tämän jälkeen surmaamistahallisuus ei edellyttänyt erityisiä perusteluja. Surmaamisen katsottiin tapahtuneen peräti vakaasti harkiten. Se on merkittävää huomioon ottaen A:n vahvan humalatilaa.

Tapauksessa *KKO 2005:63* A oli 9.12.2002 suutuspäissään lyönyt B:tä kaksi kertaa hedelmäveitsellä vatsaan. A:ta syytettiin tapon yrityksestä. AO katsoi A:n syyllistyneen tapon yritykseen, mutta tehokkaan katumisen vuoksi – A oli hälyttänyt paikalle ambulanssin – hänet tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä.

HO katsoi, ettei A:n ollut osoitettu teollaan nimenomaisesti tavoitelleen B:n kuolemaa. Yleisen elämäkokemuksen mukaan hengen menettämisen vaara keskivartaloon kohdistuneiden veitseniskujen seurauksena oli kuitenkin suuri. B:lle veitseniskusta aiheutuneet vammat olivat ulottuneet lääkärinlausunnosta ilmenevin tavoin ohutsuoleen ja suuren vatsavaltimon pinnalle saakka. Ottaen huomioon A:n lyöntien määrä ja voima sekä kohdistuminen B:n keskivartalon alueelle, jossa helposti vioittuvat sisäelimet sijaitsivat, hovioikeus katsoi, että B:n kuolema näissä olosuhteissa oli A:n tietten ollut A:n menettelyn varsin todennäköinen seuraus. Näillä perusteilla HO katsoi, että A oli tahallaan yrittänyt tappaa B:n. KKO myönsi valitusluvan ja totesi perustelujensa 4 kohdassa katsovansa hovioikeuden tuomiossa mainitulla perusteella, että A oli tahallaan yrittänyt tappaa B:n.

Kyse on ollut ennen kaikkea tehokkaan katumisen vapaaehtoisuusvaatimuksen arvioinnista. HO:n todennäköisyystahallisuusperustelu, jonka KKO hyväksyi, on muodollisesti korrekti. RL 3:6:n varsinaiseen sisältöön – pitkö tekijä seurausta yli 50 %:n todennäköisenä – ei mennä. Tapahtumatiedoista ei käy ilmi haavojen syvyys eikä hedelmäveitsen terän pituus. Lyöntejä oli kaksi, jolloin todennäköisyys oli joka tapauksessa suurempi kuin yhden lyönnin tapauksessa.

Yhteenvedon voidaan todeta, että kaikissa muissa paitsi ratkaisuisissa KKO 2005:7 ja 2005:63, KKO:ssa on ollut kyse siitä, ovatko tekijät syyllistyneet tahalliseen vai tuottamukselliseen henkirikokseen tai – tapauksessa KKO 2004:75 – eivätkö ehkä rikokseen lainkaan. Surmaamistahallisuuden alarajasta on ollut varsinaisesti kysymys vain ratkaisuisissa KKO 2004:75 ja 120 ja 2005:63. Ratkaisussa KKO 2004:57 kyse oli ensi sijassa teon tahdonvaltaisuudesta, ja kun tähän kysymykseen tuli myöntävä vastaus, kyseeseen tulivat myös tahallisuuden ylemmät asteet. Ratkaisussa KKO 2004:63 tekijällä katsottiin olleen varmuustahallisuus. Tapauksessa KKO 2005:44 esikysymyksenä oli se, oliko kirveenisku osunut tekijän tarkoittamaan kohtaan, ja kun näin oli, tahallisuuskysymys oli selkeä. Osuminen halutuun tavoin oli esillä myös tapauksessa KKO 2004:120, jossa kysymykseen vastattiin myöntävästi ja ratkaisussa KKO 2004:75, jonka mukaan laukaus oli voinut osua tarkoitettua vaarallisempaan paikkaan.

Tahallisuuden alimman asteen sisältöä ratkaisuihin ei juuri analysoitu, ei esimerkiksi otettu kantaa siihen, onko todennäköisyystahallisuus nyt ymmärrettävä yksinkertaisena todennäköisyystahallisuutena vai ei. Myöskään lievemmän lain kysymyksenä tahallisuutta ei juuri arvioitu. Asiaa sivuttiin ratkaisussa KKO 2004:120 (kpl 13), jossa todettiin, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tekoa on pidetty tahallisuutena myös silloin, kun tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varsin todennäköisenä, ja tämä tahallisuuden laji ”ilmenee nyttemmin nimenomaisesti” RL 3:6:stä. Mitä korkeamman asteisesta tahallisuudesta on ollut kyse, sitä vähemmän tarvetta lievemmän lain tarkasteluun on periaatteessa ollut, sillä sitä selvemmin menettely on ollut tahallista sekä aiemmin että RL 3:6:n kannalta. Toinen asia tietysti on, että aiempi oikeustila ei ylipäätään ilmene laista samalla tavoin kuin nyt, millä voi olla vaikutusta vertailun houkuttelevuuteen.

7.2 OLOSUHDETAHALLISUUS JA EREHDYS

Tapauksessa *KKO 2004:71* 51-vuotias mies A oli 2.3. Internetissä olleella ”kirjendipalstalla” ottanut yhteyttä B:hen, jolla oli ollut nimimerkki ”Antsu 11 vuotta – Kuopio”. B oli 9.3. viestissään kertonut mm. olevansa 11-vuotias tyttö. A oli B:lle lähettämässään sähköpostiviesteissä käyttänyt ilmaisia, jotka osoittivat, että hän oli pyrkinyt seksuaaliseen kanssakäymiseen. A:ta syytettiin lapsen seksuaalisen hyväksikäytön yrityksestä. A:n kiistoperusteena oli mm. se, että hän ei ollut tiennyt B:n ikää, koska palstalla ilmoittavien nimimerkkien antamat tiedot eivät välttämättä ole oikeita.

AO ja HO tuomitsivat A:n. Hänelle myönnettiin valituslupa. Korkein oikeus totesi tahallisuudesta kappaleessa 7, että B oli jo palstalla ilmoittamassaan nimimerkissä ilmoittanut ikänsä. A:lle oli tämän ja seuranneessa sähköpostiviestien vaihdossa B:n viestien sisällön perusteella ja viimeistään B:n 9.3. lähettämän viestin perusteella täytynyt tulla selväksi, että B myös tosiasiallisesti oli nimimerkissä ilmoittamansa ikäinen. B oli tuossa viestissä nimenomaisesti ilmoittanut ikänsä. Korkein oikeus katsoi siten A:n tämän jälkeen tienneen, että hän oli tekemisissä 11-vuotiaan lapsen kanssa. Syyte kuitenkin hylättiin, koska teko ei objektiivisesti vielä täyttänyt yritykselle asetettavia kriteerejä.

A:lle oli siis täytynyt ”tulla selväksi” ja hänen katsottiin ”tienneen” B:n olleen 11-vuotias. Ratkaisu oli lähinnä näytöllinen. Kiinnostavaa on tältä kannalta se, että tällaisessa tapauksessa vastaajan tahallisuutta ei voitu arvioida esimerkiksi lapsen ruumiillisen kehittyneisyyden perusteella.²⁶⁰

²⁶⁰ Ks. myös NJA 1941 s. 466.

Tapauksessa *KKO 2004:72* A ja B olivat ajaneet eräälle hampurilaisravintolalle. Heidän sieltä tultuaan autoon oli ilmestynyt musta reppu, jonka B työnsi istuimen alle. Repussa oli 4 996 grammaa amfetamiinia. B:n katsottiin syyllistyneen törkeään huumausainerikokseen. Kyse oli siitä, oliko A, joka oli 20 vuotta ollut B:n avopuoliso, osallinen rikokseen, mikä taas riippui keskeisesti hänen tilannetta koskevasta käsityksestään.

AO katsoi, ettei ollut mitään viitettä siitä, että A olisi tiennyt tai edes aavistanut repun sisältävän erittäin vaarallista huumausainetta. HO sen sijaan tuomitsi A:n. KKO päätyi siihen, että mitään muuta uskottavaa selitystä hänen myötävaikutukselleen ei ole kuin se, että hän ”on ollut tietoinen tehtävästä ja yksissä tuumin B:n kanssa osallistunut sen suorittamiseen” (13 kohta). Kyseessä on lähinnä näyttöratkaisu.²⁶¹

Tapauksessa *KKO 2004:73* A oli mm. käynyt hakemassa B:n tuoman, C:lle tarkoitetun huumausainepaketin. Paketti sisälsi heroiniä, jonka pitoisuudeksi ilmeni sitemmin 6–7 prosenttia, kun tavanomainen pitoisuus huumausainekaupassa on 30 prosentin luokkaa. A kertoi olettaneensa paketissa olevan amfetamiinia, ts. heroiniä vähemmän vaarallista huumausainetta. Erehdysväite liittyi siihen, että B oli aiemmin antanut A:lle ainetta, jonka A oli todennut hyvälaatuisiksi amfetamiiniksi. A kertoi olettaneensa paketissa olleen samaa ainetta. Toisaalta A oli kokeilemisen ja yllä mainitun paketin toimittamisen välillä toimittanut C:lle B:lta toisen paketin, jonka sisältämän aineen C oli seuraavana päivänä (eli ennen yllä mainitun paketin hakua) ilmoittanut olevan käyttökelvotonta.

KKO totesi, ettei A:lla toista pakettia noutaessaan ole enää voinut olla varmuutta siitä, että paketit sisälsivät samaa ainetta, jota hän oli aiemmin kokeillut. A ei ollut edes väittänyt, että hän ei olisi tiennyt pakettien joka tapauksessa sisältävän erittäin vaarallista huumausainetta, jollaisena amfetamiiniakin pidetään. Vaikka A olisi erehtynyt luulemaan tätä huumausainetta jo aikaisemmin kokeilemakseen hyvälaatuisiksi amfetamiiniksi, mahdollinen erehdys ei koskisi sellaista seikkaa, joka voisi olennaisesti vaikuttaa rangaistuksen mittaamiseen (syytekohta 5, perustelujen 3 kohta).

A:n väittämässä erehdyksessä tilanteen ominaisuudet (osittain) ikään kuin kompensoivat todellista tilannetta: luultu aine oli vähemmän vaarallista – mutta kuitenkin erittäin vaarallisena pidettävää – ja hyvälaatuista, todellinen taas vaarallisempaa mutta pitoisuudeltaan verraten heikkoa. Erehdys ei voisi tapauksessa olennaisesti vaikuttaa rangaistuksen mittaamiseen. Näin KKO:n ei tarvinnut ottaa lopullista kantaa siihen, oliko erehdysväite osoittautunut virheelliseksi.

²⁶¹ *Metsäpelto/KKO 2004:72* kiinnittää myönteisessä arviossaan huomiota siihen, että huumejutuissa näytön kokonaisarviointi on usein erittäin tärkeässä asemassa.

Ratkaisussa KKO 2004:89 A, joka oli ollut taloudellisissa vaikeuksissa jo usean vuoden ajan, oli 1.7.1994–30.10.1995 noston käteisenä keskimäärin 27 500 markkaa kuukaudessa määräysvallassaan olleesta osakeyhtiöstä ja käyttänyt varat omaan ja perheensä kulutukseen. Ei ollut tullut esiin seikkoja, joiden vuoksi hyväksyttävää elantomenoja olisi pidettävä suurempina kuin 15 000 markkaa kuukaudessa.

Kaikki oikeusasteet katsoivat A:n syyllistyneen törkeään velallisen epärehellisyyteen. Kun A:n ylivelkaisuus oli ollut selvä ja hyväksyttävien elatusmenojen ylitys huomattava, hänen oli KKO:n mukaan katsottava yksityisotoillaan tahallaan pahentaneen maksukyvyttömyyttään ja loukanneen velkojiensa taloudellisia etuja. Kahden jäsenen vähemmistö hyväksyi esittelijän laajemmat perustelut. Tahallisuutta koskevan osan mukaan A oli ollut maksukyvytön ainakin vuodesta 1992 alkaen, mistä hän oli kertonut olleensa tietoinen. Näissä olosuhteissa A:n oli täytynyt käsittää, että hänen menettelynsä heikentää hänen kykyään suoriutua veloistaan. A oli siten tahallaan vahingoittanut velkojiensa taloudellista etua.

Toisessa velallisen rikoksia koskevassa ratkaisussa KKO 2004:112 A:lle oli vahvistettu maksuohjelma ajalle 1.6.1996–31.5.2001. Siinä A:n nettotuloiksi oli arvioitu 6 784 markkaa kuukaudessa ja maksuvaraksi 2 664 markkaa kuukaudessa. Maksuohjelmaan liitetyn ohjauksen mukaan velallisen tuli ilmoittaa velkojille maksukyvyssä tai velkajärjestelyn kannalta merkityksellisissä olosuhteissa tapahtuvasta olennaisesta paranemisesta. Vuonna 1999 A:n nettotulot olivat olleet 8 857 markkaa kuukaudessa. Lisäksi hän oli saanut tilikaudelta 1.11.1997–31.10.1998 eräästä yhtiöstä osinkoa 30 000 markkaa, josta hän oli vuonna 2000 noston 5 000 markkaa loppuosan jäädessä hänen saatavakseen yhtiöltä. Näitä seikkoja A ei ilmoittanut velkojilleen.

AO ja HO hylkäsivät syytteen velallisen petoksesta. KKO totesi velallisen petoksen voivan toteutua myös maksuohjelmavaiheessa. Tahallisuusvaatimuksen se katsoi täyttyneen, sillä tässä tapauksessa A oli myös maksuohjelman yhteydessä saamiensa ohjeiden perusteella ollut tietoinen mainitusta ilmoitusvelvollisuudestaan. Tulojen nousu ja osingon jakamisesta kertynyt omaisuuden lisäys oli ollut niin merkittävä, että A:n oli täytynyt varmuudella ymmärtää hänellä olleen sen johdosta ilmoitusvelvollisuus (11 kohta).

Tapauksessa KKO 2005:10 osakeyhtiö oli jättänyt tilittämättä palkan maksukielon perusteella työntekijältään B:ltä pidättämänsä palkanosat ulosottomiehelle. Yhtiön hallituksen ainoa varsinainen jäsen A oli käyttänyt varat yhtiön muihin menoihin. Häntä syytettiin tilityskavalluksesta (RL 28:4.3).

AO:n ja HO:n hylättyä syytteen KKO ratkaisi asian 11 jäsenen vahvennetussa jaostossa. Viiden jäsenen vähemmistö katsoi, ettei A työnantajayhtiön puolesta toimiessaan ollut saanut haltuunsa B:n varoja lainkohdan tarkoittamalla tavalla eikä säännöstä tule syytetyn vahingoksi tulkita laveammin kuin se on lakiin kirjoitettu. Kuuden jäsenen enemmistö taas katsoi, että yhtiön haltuun oli A:n toimenpiteiden johdosta jäänyt B:lle kuuluvia varoja. Koska A oli ollut tietoinen

maksukiellosta ja varojen tilitysvelvollisuudesta sekä siitä, että hänen menettelynsä seurauksensa tilitysvelvollisuus jää täyttämättä, hänen menettelynsä oli ollut tahallista (10 kohta).

Tapauksessa *KKO 2005:12* A oli huhti–toukokuussa 2002 esittänyt usealle viranomaiselle, että B:llä on alkoholiongelma. AO tuomitsi hänet kunnianloukkauksesta (valheellisen tiedon tai vihjauksen esittäminen). A valitti HO:een vaatien pääkäsittelyä sekä syytteen hylkäämistä ym. HO seuloi jutun. KKO totesi, että A ei ollut valituksessaan HO:lle kiistänyt B:n alkoholinkäyttöä koskeneita lausumiaan. A oli perustellut syytteen kiistämistä sillä, että hän oli huolestuneena B:n lapsen hyvinvoinnista välittänyt asianomaisille viranomaisille lapsen kertomuksia tämän huoltajan B:n alkoholinkäytöstä. A oli riitauttanut AO:n näytönarvioinnin. KKO:n mukaan ”A:n valituksen perusteet kytkeytyvät siten siihen, onko hän esittänyt väitteensä B:stä tahallaan”. Valituksen ratkaiseminen HO:ssa oli näin ollen edellyttänyt sen selvittämistä, mitä A tarkalleen oli sanonut. Seulonnan edellytykset olivat jääneet täyttymättä. Eriävät perustelut esittänyt OikN Tulokas totesi, että valituksessa ”on kiistetty kunnianloukkausrikoksen keskeinen elementti, loukkaamistarkoitus”. Sitä koskevan luotettavan käsityksen muodostaminen ei ollut ollut mahdollista HO:ssa pelkästään asiakirjojen perusteella.

Ratkaisu on siis prosessuaalinen eikä sen perusteella voida juuri arvioida tahallisuuden sisältöä. Kiinnostavaa on, että KKO ymmärsi A:n kiistoperusteet olennaisesti tahallisuutta koskeviksi, eriävässä perustelussa puhutaan loukkaamistarkoituksesta. Tilanne ei ole ollut täysin pelkistetty, vaan selosteessa on puhe erilaisista sanomisista (alkoholiongelma, alkoholisti, juoppo, valehtelija) eri tahoille. Esittäjä on ollut A mutta hän kertoi välittäneensä olennaisesti toiselta eli lapsi C:ltä saamaansa informaatiota. Tahallisuuskysymykset voivat eri esiin tulleissa tilannevarianteissa ainakin jossain määrin vaihdella. Niihin voi kuulua esimerkiksi A:n käsitys (deskriptiivisten) väitteidensä totuudesta.

Tapauksessa *KKO 2005:17* A oli vuonna 1996 vuokrannut 25 huonetta käsittävän nk. Punaisen talon VS:lle ja 1.1.1998 alkaen JS:lle majoitustoiminnan harjoittamista varten. Punaisessa talossa harjoitettiin laajamittaista prostituutiota. A:ta syytettiin parituksesta 1.8.1997–6.1.2002.

AO tuomitsi A:n parituksesta, kun taas HO katsoi menettelyn avunannoksi paritukseen. KKO, jossa syyttävä vaati A:n tuomitsemista parituksesta, totesi parituksen edellyttämästä tahallisuudesta:

Ratkaisevaa on vuokranantajan tietoisuus siitä, mihin tarkoitukseen tiloja tosiasiallisesti käytetään. Vuokranantaja syyllistyy paritukseen tekijänä jo silloin, kun hän tietää tai kun hänen on täytynyt käsittää, että hänen vuokralle antamiaan tiloja, olipa ne muodollisesti vuokrattu vain majoitustoimintaa varten tai mihin muuhun käyttöön tahansa, tosiasiallisesti käytetään yksinomaan tai ainakin muutoin kuin satunnaisesti prostituution harjoittamiseen, ja että vuokran maksu ainakin pääasiallisesti rahoitetaan prostituutiosta saatavilla tuloilla (11 kohta).

Punainen talo oli laajalti tunnettu ”ilotalona”. A:ta oli kuulusteltu jo 2.7.1997 samassa talossa harjoitetusta parituksesta epäiltynä ja hänet oli lainvoiman saa-

neella tuomiolla sittemmin tuomittu yhdessä VS:n kanssa tehdystä, 15.11.1996–31.7.1997 tapahtuneesta parituksesta. Muun muassa näihin seikkoihin nähden KKO katsoi, että A:n oli täytynyt tietää talossa harjoitetusta prostituutiosta, siitä huolimatta, ettei hänellä ollut näytetty olleen yksityiskohtaista tietoa tai omakoh-
taisia havaintoja talon toiminnasta tai asiakkaita.

Tahallisuusratkaisu perustuu siis tietämiseen pakottavaan päättelyyn yhdistet-
tynä. Merkittävä on myös se yksityiskohtaisuustaso, johon tietämisen on yllettä-
vä ollakseen riittävää tunnusmerkistötahallisuutta. Riittävää oli tieto prostitu-
tion harjoittamisesta talossa, yksityiskohtaista tietoa toiminnasta ei edellytetty.

Tapauksessa *KKO 2005:27 Ålands Penningautomatföreningens (PAF) edustajia toimitusjohtaja A:ta, markkinointipäällikkö B:tä ja hallituksen puheenjohtaja C:tä* syytettiin 3.3.2000–3.10.2001 tehdystä arpajaisrikoksesta. PAF oli harjoittanut on-
line -rahapelejä internetissä. Pelejä voitiin pelata myös muualta Suomesta kuin
Ahvenanmaalta. PAF olikin markkinoinut pelaamista voimakkaasti Manner-Suo-
messä. PAF oli saanut Ahvenanmaan maakuntahallitukselta vuonna 1997 luvan
harjoittaa internet-rahapelejä. PAF:illa ei kuitenkaan ollut ollut lupaa harjoittaa
pelejä Manner-Suomessa. Lupa siihen oli annettu yksinoikeudella Oy Veikkaus
AB:lle. Arpajaislain (491/1965) 6.1 §:n mukaan arpajaisrikoksesta voitiin tuomi-
ta se, joka ”luvattomasti toimeenpanee arpajaiset, joiden järjestämiseen tarvitaan
viranomaisen lupa” (uusi säännös on RL 17:16a).

AO tuomitsi vastaajat, kun taas HO hylkäsi syytteet. KKO:n mukaan pelit oli
toimeenpantu myös Manner-Suomessa, siihen ei ollut lupaa eikä rangaistavuus
ollut ristiriidassa EY-oikeuden kanssa. Koska A:n tarkoituksena oli ollut, että
PAF suuntautuu Suomen pelimarkkinoille, teko oli tahallinen (46 kohta). B oli
tarkoituksellisesti A:n kanssa toteuttanut pelitoiminnan ja C tarkoituksellisesti
myötävaikuttanut hallituksen internet-pelitoimintaa koskeviin päätöksiin ja kan-
nanottoihin (47 ja 50 kohdat).

Vastaajat olivat vedonneet myös kieltoerehdykseen. KKO totesi, että se seik-
ka, että maakuntahallitus valvoo PAF:in toimintaa, ei poista toimintaa harjoitta-
vilta vastuuta siitä, että toiminta tapahtuu laillisesti. 13.6.1997 annetussa lupa-
päätöksessä oli myös huomautettu yhdistyksen vastuusta siitä, että toimintaa
harjoitetaan voimassaolevien säännösten mukaisesti. Maakuntahallitus oli lisäk-
si 15.4.1999 vastannut A:n lausumapyyntöön, että kysymys siitä, voitiinko pe-
laaminen luvalla ulottaa maakunnan ulkopuolelle, riippui siitä, kuinka muut
maat olivat yhtäältä kansallisesti, toisaalta yhdessä Suomen kanssa kansainväli-
sesti säännelleet asian; tältä osin oli kuitenkin yhdistyksen eikä maakuntahalli-
tuksen asia olla selvillä oikeustilasta maakunnan rajojen ulkopuolella. Pelit oli
ensi kerran esitelty suomalaiselle yleisölle 3.3.2000 Helsingissä pidetyssä infor-
maatiotilaisuudessa medialle. Tämän jälkeen sisäministeriö oli reagoinut tode-
ten, että PAF toimeenpani arpajaisia Manner-Suomessa, mikäli asiakkaita ote-
taan mannermaalta internetin kautta. Sen paremmin maakunnan kuin valtakun-
nakaan viranomaiset eivät näin olleet menetelleet tavalla, joka sisältäisi vir-

heellisten neuvojen antamista PAF:ille. Johtopäätöksenään KKO totesi, että ei voida katsoa, että vastaajilla olisi ilmeisen anteeksiannettavasta syystä ollut käsitys, jonka mukaan Ahvenanmaan maakuntahallituksen lupa olisi merkinnyt PAF:ille oikeutta toimeenpanna arpajaisia myös Manner-Suomessa.

Oikeudellisia kysymyksiä koskevan tunnusmerkistöerehdyksen ja kieltoerehdyksen erottaminen toisistaan ei ole yksiselitteistä. KKO:n mukaan jos vastaajat toimivat kieltoerehdyksessä, se ei ainakaan ollut ilmeisen anteeksiannettava. Esiin tulleet olosuhteet ilmentävät sitä, että kyse ei ainakaan ole ollut sellaisesta tilanteesta, että kysymys menettelyn sallittuisuudesta ei olisi koskaan käynyt edes mielessä. Päinvastoin on ilmeistä, että kysymystä luvan ulottuvuudesta on pohdittu (eri vastaajien käsitykset ja niiden perusteet saattoivat toki olla erilaiset). Toinen asia on, kuinka selvää toiminnan laittomuuden voidaan sanoa olevan ja miten PAF:in edustajat olisivat voineet kysymyksestä varmistua. Oikeudellista tilannetta ei ehkä voida pitää niin selvänä kuin esimerkiksi työsuojeluvaltuutetun irtisanomista koskevassa ratkaisussa KKO 2000:113. Manner-Suomen viranomaisilta asiaa ei näy pyrityn selvittämään – sisäministeriön kanta tuli kuitenkin esiin – eikä mahdollinen kieltoerehdys ainakaan tältä kannalta ollut ilmeisen anteeksiannettava. Lievemman lain kysymystä sivutaan mm. katsottaessa, että RL 4:2 perustuu aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Tämä lienee erehdysopin tilaan nähden vahvahkosti sanottu.

Yhteenvetona todettakoon, että sisällöllisiä kysymyksiä koskivat lähinnä huu-
mausaineen laatuerehdyistä koskenut KKO 2004:73 ja kieltoerehdysratkaisu KKO 2005:27. Esimerkiksi siihen keskustelua herättäneeseen kysymykseen, estääkö RL 4:1 operoimasta olosuhdetahallisuudessa yksinkertaista todennäköisyyssitahallisuutta matalammilla kriteereillä, ei ole toistaiseksi otettu kantaa.

Lopuksi voidaan vielä tuoda esiin vaatimuskannan (joka määrittää, mitä syyksiluettavuuden lajia rikos edellyttää) koskeva KKO 2004:81. A oli sallinut rakentamisen omistamalleen kiinteistölle varmistumatta siitä, että rakennuslupa oli hankittu. Rakentamisrikkomusta koskevassa syytteessä oli todettu, ettei kyse ollut tahallisuudesta.

Kyseisessä sakonuhkaisessa rangaistussäännöksessä, 1.1.2000 voimaan tulleen maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999) 185 §:n 1 momentissa, ei mainita vaadittavasta syyksiluettavuudesta. Sitä edeltäneen rakennuslain 146 §:n 2 momentin mukaan sekä tahallinen että tuottamuksellinen menettely oli rangaistavaa. Uutta säännöstä koskevan HE 101/1998 s. 119 mukaan rangaistussäännökset olisivat voimassa olevan lain mukaisia. AO katsoi säännöksen edellyttävän tahallisuutta hyläten syytteen, samoin HO:n enemmistö. KKO totesi (8 kohta): ”Tähän lain sanamuodossa tapahtuneeseen muutokseen nähden uutta säännöstä ei voida, riippumatta siitä mitä hallituksen esityksessä asiasta on sanottu, tulkita vastaajan vahingoksi niin, että teko olisi edelleen myös tuottamuksellisena rangaistava.” Tämä ilmentää sangen osuvasti laillisuusperiaatetta.

IV OIKEUSVERTAILUA

1 Johdanto

1.1 YLEISTÄ

Eri maissa tahallisuuden sisältöä koskeva oikeustila on tai voi olla monella tapaa erilainen. Tahallisuutta – huomioon ottaen myös lähikysymykset kuten erehdys ja juopumus – voi olla säännelty enemmän tai vähemmän, ja säännökset voivat olla uusia tai vanhoja. Jo tämä antaa odottaa maakohtaisia eroja tahallisuuden sisällön muodostumisessa. Sääntelystä sanottu soveltuu muihinkin oikeuslähteisiin. Asiasta voi olla esityölausumia, jotka voivat vaihdella iältään, laajuudeltaan ja nimenomaisuudeltaan sekä laadultaankin. Oikeuskäytännön rooli riippuu muun muassa lainsäädännön ja esitöiden jättämästä tilasta. Oikeustiede on voinut keskittyä tahallisuuskysymyksiin vaihtelevassa määrin.

Yleisesti ottaen voidaan sanoa, mitä yksityiskohtaisemmin tahallisuuden sisältöä on määritetty oikeuslähteenä merkittävämmässä lähteessä, sitä vähemmän tilaa jää vastaavasti vähemmän merkityksellisille oikeuslähteille. Oikeuslähdekulttuurikin voi eri maissa ainakin jossain määrin vaihdella. Näin eri oikeuslähteiden rooli voi painottua tahallisuuden sisällön muodostumisessa eri tavoin eri maissa. Kokonaan oman lukunsa muodostavat vielä mahdolliset hankkeet oikeustilan muuttamiseksi. Ne voivat toteutuessaan työntää sivuun olennaisen osan aiemmin merkittävästä asiaa koskevasta oikeuslähdemateriaalista. Vaikka hanke ei menisi läpi, sillä voi silti olla merkitystä oikeustilaan.

Sanottu vaikuttaa eri maiden oikeustilan käsittelyyn seuraavassa. Eri maissa myös eri asiat voivat olla Suomen oikeuden näkökulmasta kiinnostavia. Käsitteilyssä oikeuskäytännöllä on sangen merkittävä asema. Erityisesti oikeuskäytäntö ilmentää tahallisuusmallien toimintaa käytännössä.

1.2 OIKEUSKÄYTÄNNÖN VERTAILUSTA

Oikeuskäytäntöä vertailtaessa on otettava huomioon monia seikkoja. Ensinnäkin lainsäädäntö vaihtelee edellä todetuin tavoin, jolloin oikeuskäytännöllä voi eri kysymyksissä olla erivahvuinen rooli. Maissa, joissa tahallisuutta ei ole määriteltä, lankeaa rajanvetovelvollisuus usein oikeuskäytännölle.

Yksi periaatteessa merkittävä kysymys on oikeuskäytännön, etenkin korkeimman oikeusasteen ratkaisujen oikeuslähdeopillinen asema. Ovatko ne oikeusläh-

dehierarkiassa korkealla vai matalalla, minkälainen sitovuus niillä on jne.? Ratkaisuja, ehkä jopa prejudikaateiksi luonnehdittuja, saattaa olla vain muutama tai sitten niitä voi olla runsaasti. Käsittelyni rajoittuu korkeimpaan oikeusasteeseen menneisiin prejudikaattiluonteisiin tapauksiin. Mukana olevista maista lähinnä vain Saksasta niitä on niin runsaasti, että niillä voi olla jonkinlaista kvantitatiivistakin merkitystä.

Ratkaisujen asemaan ja niiden hyödynnettävyyteen vaikuttaa se, kuinka helposti ne ovat saatavilla. Huomioon on lisäksi otettava korkeimman oikeusasteen prosessuaalinen asema ja prosessisäännökset. Sovelletaanko jonkinlaista valituslupajärjestelmää? Mitä tutkitaan ja mistä lausutaan – tutkitaanko kaikkia vai vain esimerkiksi oikeudellisia kysymyksiä? Prosessuaaliset määräykset heijastuvat luonnollisesti ratkaisujen rakenteeseen. Myös perustelujen laatu ja laajuus voivat vaihdella. Yhden kysymyksen muodostavat ratkaisujen mahdolliset otsikko-osat ja niiden merkitys.

Minua kiinnostaa ensinnäkin se, seurataanko oikeuskäytännössä muodollisesti jotain tiettyä tahallisuusmallia. Kuinka yleisesti mallia seurataan, rajoittuuko sen esiintuominen vain tietentyyppeihin rikoksiin vai onko se yleisempi? Tätä teoreettista puolta vielä kiinnostavampi ja luultavasti myös vaikeampi kysymys on se, millä edellytyksillä kyseisen tahallisuusmallin edellytysten katsotaan toteutuvan. Jos näihin kysymyksiin voidaan vastata, voidaan pyrkiä aiempaa rationaalisemmin vastaamaan sellaisiin (kiista-) kysymyksiin kuten johtaako malli A (käytännössä) laajempaan tahallisuusvastuuseen kuin malli B. Yksi kiinnostava kysymys, johon vastausta tahallisuuden tosiasiallisten kriteerien etsimisellä voidaan hakea, on esimerkiksi volitiivisen momentin rooli; onko se tyhjä ”käsitehylys”? Jossain määrin voidaan myös arvioida mallien ansiokkuutta näytön näkökulmasta.

2 Ruotsi

2.1 SOU 1923:9 JA SOU 1953:14

Professori J. C. W. Thyrén vaikutti keskeisellä tavalla Ruotsin oikeuden tahallisuuden alinta astetta koskeviin linjauksiin. Tutkielmassaan *Über dolus und culpa* (1895) hän tarkasteli rajanvetokysymyksiä perusteellisesti. Thyrén arvioi tahallisuutta myös lainsäädäntökysymyksenä. Hän katsoi, että oikeastaan rajaa ei voitu tehdä, sillä tiedostetussa syällisyydessä erot olivat aste-eroja. Hän korosti rikollisen yhteiskuntavaarallista tahtoa. Rajanveto kylmäverisen egoistin ja kevytmielisen sangviinikon välillä oli syytä tehdä laissa Frankin hypoteettisen tahtoteorian pohjalta.¹

Vuonna 1916 rikoslakikomissio sai tehtäväkseen laatia Thyrénin pohjatyön pohjalta lausunnon laadittavan rikoslain peruslähtökohdista. Toimeksiantoon liisättiin sittemmin 1919 tehtävä laatia ehdotus rikoslain yleistä osaa koskevaksi lakitekstiksi perusteluineen. Komissio valmisti puheenjohtaja Hasselrotin johdolla mietinnön SOU 1923:9.²

Komissio suhtautui myönteisesti yleisen osan, myös syyksiluettavuuden muotojen kodifointiin. Enää ei ollut tieteellistä epäselvyyttä tahallisuuden rajoista ja sisällöstä. Tahallisuus oli tieteessä perin juurin valaistu asia. Lisäksi tahallisuus on rikosoikeuden tärkeimpiä kysymyksiä ratkaisten monien ihmisten kohtaloita. Niinpä modernissa rikoslainsäädännössä nämäkin kysymykset oli otettu aiempaa laajemmin esiin.³ Tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajaa koskevaa kysymystä ei voitu jättää tuomioistuimille, koska kokemukset muista maista osoittivat, ettei oikeuskäytännössä pystytä riittävästi välttämään mielivaltaa kysymyksen ratkaisemisessa.⁴

¹ Ks. *Thyrén 1895* s. 148–154 ja *Thyrén 1914* s. 14–46, 70–74 ja 161–164. *Bomgren 1961* arvioi Thyrénin psykologisten prosessien käsittelyä todeten, että moderni yksilöpsykologia pitäisi hänen lähestymistapaansa liian introspektiivisenä. Mieltämistä ja tahtoa ei Bomgrenin mielestä voida ymmärtää niin intellektuaalisina kuin Thyrén näyttää tehneen; Thyrénin analyysi soveltuu vain henkilöihin, joilla on kehittynyt kyky havaitsemiseen ja tietoiseen harkintaan.

² Komissioon kuului jäsenenä mm. professori Kallenberg ja myöhemmin myös Thyrén. Perustelujen laadinnassa avusti Bergendal, joka sittemmin suhtautui esitykseen ainakin tahallisuuskysymyksissä kriittisesti; ks. *Bergendal 1963* s. 138. Thyrénin tahallisuuskäsityksestä ja sen merkityksestä ks. myös *Jareborg 1969* s. 21–30 ja *Wong 2004* s. 534–537.

³ *SOU 1923:9* s. 113–114. Komission oikeusvertailevaa perustaa muodostivat mm. Saksan, Sveitsin, Tanskan ja Suomen osalta Serlachiuksen rikoslakiehdotus. Ks. *SOU 1923:9* s. xi–xiii.

⁴ *SOU 1923:9* s. 130.

Komissio pohti myös mahdollisuutta luoda tahallisuuden ja tuottamuksen ohkeen kolmas syyksiluettavuuden laji. Lainsäätäjän näkökulmasta tämä ei kuitenkaan olisi hyvä ratkaisu, koska tulisi suoritettavaksi kaksi rajanvetoa yhden sijaan. Oikeuskäytännön kannalta asialla ei olisi suurta merkitystä, sillä jos syyksiluettavuuden muotoja olisi kolme, voitaisiin yleensä yksi jo alkuvaiheessa sulkea pois, jolloin tuomioistuimen tehtävä muodostuisi samankaltaiseksi kuin operoitaessa vain kahdella syyksiluettavuuden muodolla. Kun rajanvetokysymykset eivät myöskään muodostuisi laadullisesti helpommiksi eivätkä määrällisesti harvinaisemmiksi, ei komissio nähnyt syytä kolmannen syyksiluettavuuden muodon käyttöönottoon.⁵

Komission mielestä ei ollut syytä sisällyttää lakiin pelkkää ”tahallisuus on toimimista tietien tahtoen” -tyyppistä määritelmää, sillä sellainen olisi epäselvä eikä sillä olisi ratkaisutoimintaa ohjaavaa funktiota. Toisaalta komissio katsoi, ettei liene mahdollista laatia määritelmää, joka olisi samanaikaisesti tyhjentävä ja lyhyt. Komission mielestä tahallisuuden selvä alue voitiin jättää laissa määrittelemättä. Legaalimääritelmä oli tarpeen ainoastaan tahallisuuden ja tuottamuksen välisestä rajanvedosta.⁶

Tahallisuuden selvään alueeseen kuului ensinnäkin tarkoitustahallisuus. Yhtä selvää oli, että tahallisuuteen kuuluvat ne seuraukset, jotka liittyvät tavoiteltuun toisaalta välttämättömänä edellytyksenä tai välineenä, toisaalta tavoitteen välttämättömänä seurauksena. Tekijän ei ole tarvinnut pitää seurausta mitenkään toivottavana⁷. Tahallisuuteen kuuluvat ilman muuta myös mahdollisena pidetyt ja toivotut sivuseuraukset. Kun tilanteet, joissa tekijä ei pitänyt seurausta edes mahdollisena, eivät kuulu tahallisuuden piiriin, jäävät epävarmaksi alueeksi tilanteet, joissa tekijä piti seurausta mahdollisena, mutta ei kuitenkaan toivonut sen syntyvän, vaan pikemminkin toivoi sen jäävän syntymättä tai ainakin suhtautui siihen välinpitämättömästi. Tästä tapausjoukosta osa kuuluu tahallisuuteen, osa tuottamukseen, ja tämä rajanveto tapahtuu dolus eventualiksen avulla⁸.

Dolus eventualiksen tavallisena sisältönä oli komission mukaan se, että tekijä pitää mieluisampana kielletyn seurauksen syntymistä kuin sitä, että hänen tavoittelemansa seuraus jää syntymättä. Eri mielipiteitä oli siitä, miten tuomioistuin päättää, onko tämä tahallisuuden muoto käsillä vai ei. Erään teorian mukaan kysymys ratkaistaan seurauksen syntymisen todennäköisyyden mukaan. Toinen

⁵ *SOU 1923:9* s. 114. Tosin tahallisuuden ja tuottamuksen sisällä voi olla rikoslainsäädännössäkin huomioon otettavia eroja, mutta nämä kysymykset sopivat komission mukaan luontevammin erityisessä osassa käsiteltäviksi ja ratkaistaviksi. Ks. *SOU 1923:9* s. 137.

⁶ *SOU 1923:9* s. 116–117.

⁷ *SOU 1923:9* s. 128–129. Varmuustahallisuuden perusmuotoa, tunnusmerkistötekijän pitämistä varmana, ei sitä vastoin tässä mainita.

⁸ *SOU 1923:9* s. 129–130.

taas katsoo, että dolus eventualis käsittää vain tilanteet, joissa tekijä ”själ v i gärningsögonblicket sagt sig, att även visshet om deras inträdande icke skulle avhålla honom från handlingen”⁹. Kolmannen mukaan tuomarin on käytettävä hypoteettista tarkastelutapaa ja kysyttävä itseltään, olisiko tekijä tehnyt saman, vaikka hän olisi pitänyt seurausta varmana.

Komissio katsoi, että viimeksi mainittu kanta oli Ruotsissa voimassa olevaa oikeutta. Malli ”gör största rättvisan åt de psykologiska olikheterna”. Komissio toteaa selväsanaisesti, että mallin mukaan tuomioistuimen tehtävä ei rajoitu syytetyn todellisen tietoisuuden selvittämiseen. Tämä sopii kuitenkin komission erityispreventiota korostavaan näkemykseen rikosoikeuden tehtävästä: ”Detta kan möjligen i vissa fall försvåra uppgiftens lösning, men å andra sidan möjliggöres enligt denna metod att taga hänsyn till den verkliga beskaffenheten av gärningsmannens samhällsfarlighet. Ty för att kunna besvara den fråga, som domstolen har att ställa sig, kräves att domstolen bildat sig en möjligast noggrann uppfattning av gärningsmannens psykiska läggning.”¹⁰

Syyksiluettavuuden muodoissa on kyse siitä, että tekijä ”ådagalagt ett samhällsfarligt sinne”¹¹. Tämä vaarallisuus on tahallisuudessa suurempaa kuin tuottamuksessa. Dolus eventualista luonnehtii kylmäverinen egoismi: ”gärningsmannen [...] hava med kallt blod beslutit sig för att åvägabrunga risken av det för annan farliga, men för honom själv nästan ligkiltiga resultatet”¹². Tiedostetussa tuottamuksessa kyse taas on joko riskin arvioinnista virheellisesti pienemmäksi kuin se todellisuudessa on, tai luottamuksesta ”onnellisiin tähtiin”¹³. On perusteltua tehdä rangaistavuuden näkökulmasta ero kylmäverisen egoismin ja ajattelemattoman kevytmielisyyden välillä¹⁴.

Toinen rikoslaissa ratkaistava kysymys oli komission mielestä se, missä määrin erehdykselle on annettava vastuusta vapauttavaa merkitystä. Epävarsinaiset oikeuserehdykset tuli rinnastaa tosiasiaerehdyksiin siten, että molemmat poisulkevat tahallisuuden. Tahallisuuteen ei kuulu tietoisuus oikeudenvastaisuudes-

⁹ SOU 1923:9 s. 131.

¹⁰ SOU 1923:9 s. 131–132. Erityispreventiivistä ajattelua ilmentävät nähdäkseni myös mm. seuraavat luonnehinnat hyötymistarkoituksesta ym. kvalifioidusta tahallisuudesta: ”Sådana moment äro nämligen ofta av en synnerlig betydelse för ett närmare bedömande av beskaffenheten och svårheten av den samhällsfarlighet, som kommit till uttryck i en viss gärning. I den mån samhällsfarligheten sammanhänger med en verklig passion eller eljest något i brottslingens själsliga läggning djupt rotat motiv, måste den antagas vara mera svårutrotlig”; SOU 1923:9 s. 137.

¹¹ Ks. SOU 1923:9 s. 85 ja esim. 117–118.

¹² SOU 1923:9 s. 132. Komissio huomauttaa myös, että voi olla olemassa henkilöitä, jotka ovat täydellisen välinpitämättömiä toisten intresseistä, ja joihin nähden hypoteesi voisi tuottaa positiivisen tuloksen silloinkin, kun tunnusmerkkiä ei ole pidetty edes mahdollisena (missä tapauksessa kyseeseen ei tietysti voi tulla tahallisuus).

¹³ SOU 1923:9 s. 136.

¹⁴ SOU 1923:9 s. 133.

ta; muussa tapauksessa olisi hyödyllistä pitäytyä tietämättömänä lain sisällöstä. Myös näyttövaikeudet olisivat suuria ja yleispreventio heikkenisi. Komissio ei kuitenkaan ehdottanut säädettäväksi asiasta. Erehdys rangaistavuudesta ei vapauta vastuusta. Komission mukaan rikkomusluontoisissa teoissa toisenkinlaiset linjanvedot olivat mahdollisia.¹⁵

Komissio ehdotti SL 3 lukuun (Om uppsåt och oaktsamhet) seuraavaa säännöstä *dolus eventualiksesta* (2 §):

Insåg gärningsman, när han företog handlingen, att därav kunde följa sådan verkan, varav enligt lag gärningens straffbarhet beror, utan att han dock var viss om dess inträdande, och har den inträtt, då skall den verkan anses vara uppsåtligan åstadkommen, där efter omständigheterna måste antagas, att gärningsmannen icke av visshet om dess inträdande skulle låtit avhålla sig från handlingen.

Efter de grunder, som nu äro sagda, skall ock avgöras, om gärning skall anses uppsåtligan begången, då gärningsmannen vid handlingens företagande var oviss om förefintligheten av rättighet, som kränkes genom gärningen, eller huruvida eljest de omständigheter förelågo, som enligt lag utmärka brottet.

Lainkohdan 2 momentti ilmentää komission käsitystä epävarsinaisista oikeuserehdyksistä. Lisäksi siitä käy ilmi, että *dolus eventualis* merkitsee rajanvetotapaa myös muissa tunnusmerkeissä kuin 1 momentissa tarkoitetuissa seurauksissa. Esityksessä ei lausuta seuraustahallisuuden kolmannen selvän muodon (toivotut sivuseuraukset) suhteesta 2 momenttiin ts. siitä, merkitseekö olosuhteen käsilläolon toivottuisuus ilman muuta tahallisuutta vai ei. Ensimmäisen momentin sanamuoto ”och har den inträtt” viittaa siihen, että seuraustahallisuudessa hypoteettinen *dolus eventualis* koskisi vain täytettyjä rikoksia. Yritystä koskevat perustelut osoittavat, että näin on. Yritystahallisuuteen riittäisi ilman muuta tarkoitus seurauksen aikaan saamiseen samoin kuin se, että tekijä pitää seurausta tavoittelemaansa välttämättömästi liittyvänä. Jos seurausta ei synny, ei *dolus eventualis* ilmennä sellaista yhteiskunnalle vaarallista tahdonmuodostusta, että rangaistusta tarvittaisiin. Niihin seurauksiin nähden, jotka ”av den handlande önskats eller till vilka han förhållit sig likgiltig”, on epäselvää, voidaanko yritystahallisuuden katsoa yleisesti olevan käsillä. Komissio halusi ilmentää subjektiivisesti vaadittavaa yrityksen määritelmänsä ilmaisulla ”äsyftade att utföra brott-

¹⁵ *SOU 1923:9* s. 119–127. Rangaistavuutta koskevasta tietämättömyydestä ehdotettiin seuraavaa 3:1.2:ää: ”Har någon uppsåtligan begått gärning, för vilken straff är utsatt i denna lag, och visste han ej, att den är belagd med straff, varde ändock straffad för uppsåtligt brott”. Ks. erehdyslinjauksista vastaavasti *Thyrén 1916* s. 29–30 ja 55–56 (§ 6:5). *Thyrénin* ja rikoslakikomission oikeuserehdyskäsityksistä ks. myös *Thornstedt 1956* s. 93–102.

et” (5:1). Tämä olisi myös parhaiten yhteensopivaa ”yritys”-sanana yleiskielisen merkityksen kanssa¹⁶.

Rikoslakikomission työ ei johtanut lainsäädäntöön, mutta sen ehdotus tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon tavasta muodostui hyvin tärkeäksi Ruotsin oikeudelle. Komissio katsoi, että se vastasi jo tuolloin voimassa ollutta oikeutta.¹⁷

Jo ennen Thyrénin vuonna 1933 tapahtunutta kuolemaa Ruotsissa oli luovuttu ajatuksesta uudistaa rikoslaki hänen työnsä pohjalta. Rikoslain uudistusta jatkettiin osittaisuudistuksin. *Straffrättskommitté*lle uskottiin erityisen osan uudistuksen valmistelu. Vuonna 1945 saadun toimeksiannon mukaan tuli henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten uudistuksen valmistelun yhteydessä arvioida myös esiin tulevia yleisten oppien kysymyksiä. Komitea, puheenjohtajanaan Birger Ekeberg, valmisti mietinnön SOU 1953:14 *Förslag till brottsbalk*.¹⁸

Komitea ehdotti tahallisuuden vaatimusunormin ottamista uuteen BrB:hen (22:1). Komitea suhtautui sinänsä myönteisesti rikoslakikomission vuonna 1923 suosittamaan hypoteettiseen dolus eventualikseen käyttäen sitä mm. erityisen osan perusteluissaan ja todeten sillä olevan tukea myös oikeuskäytännössä. Komitea kiinnitti huomiota kuitenkin myös erityisesti Tanskassa ja Norjassa käytössä olevaan todennäköisyystahallisuuteen, jonka mukaan tahallisuus on käsilä, jos tekijä on pitänyt tunnusmerkkiä ”såsom överbägende sannolik”. Komitean mukaan todennäköisyystahallisuuden käyttö ei ollut aivan vierasta myöskään Ruotsin oikeuskäytännölle. Erityisesti teko-olosuhteiden, kuten omaisuuden rikoksen kautta tapahtuneen saannon tai partnerin iän osalta ”är vad gärningsmannen insett vara sannolikt ett kriterium på gärningens samhällsfarlighet”¹⁹. Komitea ei nähnyt syytä ehdottaa muutosta doktriinissa ja oikeuskäytännössä muutouutuneeseen tahallisuuskäsitteeseen. Siihen nähden, ettei tahallisuuden alaraja ollut vielä täysin vakiintunut, komitea katsoi, ettei ollut vielä aika määrätä tahallisuuden käsitteestä laissa²⁰. Komitea katsoi, ettei ollut tarpeen ottaa lakiin myöskään

¹⁶ Ks. SOU 1923:9 s. 184–187. Välinpitämättömyys on siis tässä rinnastettu toivottuuteen; vrt. s. 129. Viittaus äsytad-verbin käyttämiseen yrityksen määritelmässä voisi tarkoittaa sitä, että tahallisuudessa on oikeastaan vain kaksi astetta, tarkoitustahallisuus ja dolus eventualis, mutta että tarkoitettuihin seurauksiin luetaan yleisesti välttämättömät sivuseuraukset ja toisinaan (täytettyjen seurausrikosten ja mahdollisesti muiden teko-olosuhteiden osalta) myös toivottuus. Yrityksen määritelmä tuo kuitenkin järeborglaisittain mieleen ei ainoastaan tavoitetta (avsiktS), vaan myös päätöksen tehdä jotain (avsiktB). Erottelusta ks. *Jareborg 1969* s. 264–272. Dolus eventualis ja yrityksen subjektiivinen puoli vastasivat olennaisesti *Thyrénin 1916* s. 29–31 ja 54–56 (§§ 6:2 ja 7:1) esittämää.

¹⁷ SOU 1923:9 s. 131; yrityksen näkökulmasta ks. myös s. 186.

¹⁸ Rikoslain uudistustyön etenemisestä ja komitean työstä ks. lähemmin SOU 1953:14 s. 11–14 ja 97–101.

¹⁹ SOU 1953:14 s. 376. Tämän suuntaisina viitataan ratkaisuihin NJA 1919 s. 367, 1941 s. 466 ja 1942 s. 420.

²⁰ SOU 1953:14 s. 114 ja 374–377.

säännöstä oikeuserehdyksen merkityksestä²¹. Vuonna 1965 voimaan tulleen BrB:hen otettiin seuraava vaatimuskriteeri koskeva 1:2.1: ”I denna balk beskriven gärning skall, om ej annat sägs, anses som brott endast då den begås uppsåtligt.”

Tahallisuuskysymysten kannalta potentiaalisesti merkittävää on, että syyntakeisuus ei BrB:n myötä ole enää ollut rikosoikeudellisen vastuun edellytys. Syyntakeisuuden palauttamista vastuun edellytykseksi on harkittu. Ennen siirtymistä tahallisuuden alarajaa koskevaan oikeuskäytäntöön käsitellään lyhyesti päihtymystä ja erehdysoppia koskevaa oikeustilaa.

2.2 PÄIHTYMYS

Vaatumusnormin edellyttämän tahallisuuden modifikaationa komitea ehdotti lakiin otettavaksi säännöksen itseaiheutetusta juopumuksesta (BrB 22:2). Säännös tarkoittaisi sitä, että itseaiheutetusta juopumuksesta johtuva erehdys ei poistaisi tahallisuusvastuuta. Poikkeuksen tästä lähtökohdasta muodostaisivat kuitenkin tilanteet, joissa tehty rikos on epätyypillinen humalassa tehdyksi ja tilanteet, joissa tunnusmerkit edellyttävät erityistä tarkoitusta tai muuten kvalifioitua tahallisuutta. Tätä järjestelyä, joka ei merkitsisi muutosta voimassa olevaan oikeuteen, puolustivat kriminaalipoliittiset tehokkuussyyt. Komitea tuki kantaansa myös Norjan järjestelmällä ja anglosaksisella oikeudella.²² BrB:hen otettiin seuraava 1:2.2:

Har gärningen begåtts under självförvållat rus eller var gärningsmannen eljest genom eget vållande tillfälligt från sina sinnens bruk, må därav icke förändras att gärningen ej anses som brott.

Päihtymyksen merkitystä koskeva klassikkotapaus on *NJA 1973 s. 590*. S oli 22.8.1971 ottanut rapusta, jossa hän oli aiemmin asunut, lastenvaunut. S oli vahvassa humalatilassaan luullut, että kyseessä olivat muutossa unohtuneet, hänen perheelleen kuuluneet lastenvaunut. S:n ehdittyä mennä vaunujen kanssa jonkin matkaa, sai vaunujen omistaja juostua hänet kiinni ja S luovutti vaunut hänelle. S sai syytteen näpistyksestä.

TR tuomitsi 27.4.1972 S:n näpistyksestä. HovR pysytti 21.11.1972 tuomion. S haki muutosta HD:ssa, joka antoi tuomionsa 5.12.1973. HD:n mukaan esitöiden perusteella lainsäätäjän tarkoituksena näyttää olleen, että juopumuksen aiheuttama erehdys jostain olosuhteesta ei johda vastuvapauteen. Esityöt eivät

²¹ *SOU 1953:14 s. 377–378.*

²² *SOU 1953:14 s. 380–387.*

tukeneet sellaista vastaajalle lievempää tulkintavaihtoehtoa, jonka mukaan erehdystä arvioitaisiin normaalien tahallisuutta koskevien sääntöjen mukaan. Näin S:n erehdys ei poistanut vastuuta siitä, että hän oli luvattomasti ryhtynyt vieraaseen omaisuuteen. Säännös ei kuitenkaan näyttänyt sisältävän sellaista, että tahallisuusvaatimuksesta luovuttaisiin, kun rikostyyppi edellyttää tiettyä tarkoitusta tai jossain suhteessa kvalifioitua tahallisuutta. Syyte näpistyksestä hylättiin ja S tuomittiin otsikolla *egenmäktigt förfarande* (BrB 8:8).

BrB 1:2.2:n soveltuminen jutussa merkitsi siis sitä, että itseaiheutetusta juopumuksesta johtuva erehdys ei vaikuttanut normaalin tunnusmerkistöerehdyksen tavoin eli siten, että teko ei ole tahallinen. BrB 1:2.2:n sääntely soveltui tavalliseen (olosuhde-) tahallisuuteen, ei sen sijaan anastustahallisuuden kaltaiseen erikoistahallisuuteen. HD painotti argumentaatiossaan erityisesti esitöitä.²³

Ratkaisua on pidetty oikeustilaa selventävänä, joskin jäljelle on silti jäänyt kysymyksiä. Minkä sisältöinen BrB 1:2.2:n mukainen tahallisuusvaatimuksen modifiointi on: luovutaanko vaatimasta tahallisuutta ko. seikkaan nähden, katsotaanko tahallisuuden olleen käsillä (fingerat uppsåt) vai, mikäli juopumuksen ja erehdyksen välillä täytyy vallita seuraussuhde, tehdäänkö hypoteettinen koe (olisiko tekijä erehtynyt myös selvänä – jos olisi, erehdyksellä on tahallisuuden poissulkeva merkitys)? Koskeeko modifiointi vain olosuhde- vai myös seuraus-tahallisuutta? Entä kuinka juovuksissa tekijän täytyy olla, jotta modifiointi aktualisoituu, ts. kuinka pitkälle normaalien tahallisuusedellytysten suoja ulottuu?²⁴

Itseaiheutetun juopumuksen arvioinnin kriminaalipoliittinen peruste voidaan nähdä siinä, että täytyy voida reagoida etenkin vakavien (väkivalta-) rikosten ollessa kyseessä. Straffrättskommittén olikin esittänyt tiukkaa vastuuta ilmentävän esimerkin: jos metsästäjä erehtyy juovuksissa luulemaan kohdetta eläimeksi mutta se onkin ihminen, ei metsästäjä vapautune tahallisuusvastuusta²⁵. Ajatus saattaisi johtaa siihen, että rattijuopot, jotka ajavat jonkun hengiltä, olisivat lähtökohtaisesti vastuussa tahallisesta henkirikoksesta. Näin ei käytännössä kuitenkaan ole tuomittu, ja normaaleista tahallisuusvaatimuksista näyttää – paradoksaalisesti – pidettävän kiinni etenkin törkeimmissä rikoksissa.²⁶

On katsottu, että ratkaisu johtaa luopumaan tahallisuusvaatimuksesta mm. oikeuttamisperusteen käsilläolon ja puolustettavuusarvioinnin osalta. Malli johdattaa siihen, että arviointi riippuu siitä, kuinka tunnusmerkistö on muotoiltu. Esimerkiksi anastusrikokset voitaisiin muotoilla ilman tunnusmerkistön tasolla

²³ Asiaa on käsitelty etenkin *straffrättskommittén* mietinnön *SOU 1953:14* s. 380–387. Ratkaisu on saanut *Strömmerstedtin* 1987 s. 185–189 tarkastelemaan esitöiden sitovuutta yleisesti.

²⁴ Ks. *Strahl* 1976 s. 101–104 ja *Jareborg* 1994 s. 238–240. *SOU 1996:185a* s. 153 tulkitsee vallitsevaa oikeustilaa siten, että hypoteesin tekemistä edellytetään.

²⁵ *SOU 1953:14* s. 382.

²⁶ Ks. *Strahl* 1976 s. 102–103, *SOU 1988:7* s. 152 ja *Jareborg* 1994 s. 239.

esiintyvää tarkoituksivaatimusta, jolloin juovuksissa erehtynyt tekijä tuomittaisiin anastusrikoksesta²⁷. Toiset ovatkin katsoeet, että olisi parempi noudattaa normaaleja erehdyssääntöjä. Strömmerstedtin mukaan ankarampi malli on periaatteessa epäilyttävä myös pienissä rikoksissa. Tahallisuusarvioinnissa käytettäviin hypoteeseihin ja fiktioihin sisältyy aina tietty mielivallan siemen²⁸.

Straffansvarsutredningen ehdotti juopumussäännöksen täsmentämistä siten, että säännöksestä selvästi ilmenisi, että tahallisuusvaatimuksesta luopuminen erehdystilanteessa edellyttää, että erehdys perustui juopumukseen (syy-yhteysvaatimus). Ehdotus ei ole johtanut lainsäädäntöön.²⁹

2.3 EREHDYSOPPI

1980-luvulle ruotsalaisessa erehdysopissa hyödynnettiin jakoa tosiaerehdykseen ja oikeuserehdykseen. Viimeksi mainitun sisällä erotettiin epävarsinainen ja varsinainen oikeuserehdys. Epävarsinainen oikeuserehdys rinnastettiin tosiasiaerehdykseen, joten sillä oli tahallisuuden poistava merkitys. Varsinainen oikeuserehdys – erehdys siitä, onko teko rangaistava – oli lähtökohtaisesti merkitykseltön. Se saattoi kuitenkin johtaa vastuuvapauteen, jos se oli anteeksiannettava ja jos vastuuvapaus ei vaikuttaisi haitallisesti yleiseen lainkuuliaisuuteen. Agge ja Thornstedt viittaavat kolmeen tyyppitilanteeseen, joissa vastuuvapaus oli tullut kyseeseen: 1) rangaistussäännöksen julkaisemismenettelyssä oli ollut puutteita, 2) rangaistussäännös oli erityisen epäselvä tai 3) viranomaisen oli antanut oikeussäännöksen sisällöstä virheellistä informaatiota. Vastuuvapauden edellytykset olivat kuitenkin ankarat eikä käytäntö ollut erityisen johdonmukaista. Epäilemättä yleinen lainkuuliaisuus ei kärsisi, vaikkei suhtautuminen olisi näin ankaraa. Varsinainen oikeuserehdys saatettiin toisaalta ottaa huomioon myös seuraamuspuolella.³⁰

Erottelu varsinaisen ja epävarsinaisen oikeuserehdyksen välillä on vaikeaa. Merkittävän tilanneryhmän, jossa epävarsinainen oikeuserehdys saattoi tulla sovellettavaksi, muodostivat sääntelyt, joissa jonkin toisen oikeudenalan sääntöi-

²⁷ Leijonhufvud – Wennberg 1997 s. 86–87. *Strömmerstedtin* 1987 s. 190 mukaan tahallisuus ei muutoin yleensä ole herkkä rikosten konstruointiin liittyville ongelmille.

²⁸ *Strömmerstedt* 1987 s. 185 ja 188–189.

²⁹ *SOU 1996:185a* s. 147–173, erityisesti s. 153 ja 165–173. – Ks. päihtymysproblematiikasta kokoavasti myös *Jareborg* 2001 s. 337–341, *Leijonhufvud – Wennberg* 2005 s. 74–77 ja *BrB Kap. 1–12/Wennberg* s. 1:28–33.

³⁰ Ks. Agge – *Thornstedt* 1984 s. 115–119 ja *Jareborg* 1990 s. 33 ja 39–40. Ruotsin oikeuserehdyskäytännöstä ajalta ennen *BrB*:tä ks. lähemmin *Thornstedt* 1956 s. 169–201 ja 209–255.

hin liittyy rangaistussäännös. Kaksinnaimisen taustalla olivat avioliittoa koskevat säännökset, varkaus liittyi siviilioikeuden omistusoikeutta koskeviin sääntöihin ja veropetos sääntöihin, jotka esimerkiksi määräävät tulolajien veronalaisuutta. Virhekäsitykset näistä toisten oikeudenalojen määräyksistä saatettiin rinnastaa tosiasiarehdyksiin. BrB:n taustakatsomusten näkökulmasta voidaan todeta, että tekijän yhteiskuntavaarallisuus riippui merkittävästi siitä, että hänellä oli ollut oikea käsitys tällaisista oikeudellisistakin kysymyksistä.³¹

Vuonna 1983 *fängelsestraffkommittén* sai tehtäväkseen arvioida, missä määrin rikosoikeuden aluetta voitaisiin supistaa yleisten poikkeussäännösten kautta. Komitea arvioi tässä yhteydessä mm. oikeuserhdyksymyksiä. Komitea keskittyi nimenomaan varsinaiseen oikeuserhdykseen, jota se nimitti rikosoikeuserhdykseksi (straffrättsvillfarelse). Rajanvetoon epävarsinaisen oikeuserhdyksen ja rikosoikeuserhdyksen välillä se ei puuttunut. Mm. laillisuusperiaate puolusti rikosoikeuserhdyksen sääntelyä laissa. Lähtökohtana olisi edelleen sen vaikutuksettomuus, mutta selvästi anteeksiannettavan rikosoikeuserhdyksen tuli johtaa vastuuvapauteen. Tällainen yleinen kriteeri oli omiaan laajentamaan jossain määrin vastuuvapauden aluetta. Teoreettisena taustana oli ennen kaikkea syyllisyysteoria³². Lailla 1994:458 säädettiin sanamuodoltaan komitean ehdottamasta jossain määrin poikkeava BrB 24:9:

En gärning som någon begår i villfarelse rörande dess tillåtlighet (straffrättsvillfarelse) skall inte medföra ansvar för honom om villfarelsen på grund av att fel förekommit vid kungörandet av den straffrättsliga bestämmelsen eller av annan orsak var uppenbart ursäktlig.

Rikosoikeuserhdyks on siis tahallisuudesta ja tuottamuksesta erillinen kysymys ja tulee arvioitavaksi niiden jälkeen. Komitea katsoi, että vastuuvapaus tulisi kyseeseen ennen kaikkea virhekäsitysten osalta, kun taas puuttuva käsitys voisi johtaa vastuuvapauteen vain sangen poikkeuksellisissa tilanteissa (kuten tekijän oltua jostain syystä eristyksissä ympäristöstään). Näkemys torjuttiin valmistelun myöhemmissä vaiheissa, ja BrB 24:9 koskeekin myös puuttuvan käsityksen tilanteita.³³ Todistustaakka on syyttäjällä, mutta pelkkä vastaajan väite ei vielä riitä syyttäjän todistelun tarpeellisuuteen.³⁴

³¹ Agge – Thornstedt 1984 s. 116–118.

³² Ks. lähemmin *SOU 1988:7* s. 163–189.

³³ Ks. *SOU 1988:7* s. 183–185 vrt. *NJA II 1994* s. 455.

³⁴ Ks. kokoavasti *BrB Kap 13–24/Wennberg 24:9* s. 73–82, *Leijonhufvud – Wennberg 2005* s. 100 sekä *Jareborg 2001* s. 354–355 ja 362–366. – Esimerkiksi *SOU 1988:7* s. 180–189 ja *NJA II 1994* s. 450–460 puhuvat toisinaan rangaistussäännöstä koskevista käsityksistä, toisinaan kiellettyisyyttä koskevista käsityksistä, mistä näkökulmasta huomiota herättää myös BrB 24:9:n sanamuoto. Ks. myös *Jareborg 2001* s. 362, jossa käytetään ilmaisua ”straffrättsligt rättsstridig”. *Löfmarck 1983* s. 507–509 puhuu vastaavasti varsinaisen oikeuserhdyksen yhteydessä toisinaan rangaistavuutta, toisinaan kiellettyisyyttä koskevasta virhe- tai puuttuvasta käsityksestä.

2.4 TAHALLISUUDEN ALARAJAA KOSKEVAA HD:N KÄYTÄNTÖÄ

2.4.1 1940-luvulta 1970-luvun loppuun

NJA 1941 s. 466. H oli 11.1.1941 ollut sukupuolitekemisissä 31.5.1926 syntyneen M:n kanssa. Hän sai syytteen sekaantumisesta 12 vaan ei 15 vuotta täyttäneeseen.

AO katsoi tuomiossaan 18.2.1941, että H:lla ei ollut ollut ”skälig anledning antaga” että M oli 15-vuotias ja tuomitsi H:n syytteessä tarkoitettusta rikoksesta kuudeksi kuukaudeksi vankeuteen. HovR, jonne H saattoi jutun, katsoi 2.5.1941 tahallisuuden hypoteesin avulla selvitetyn. Yksi jäsen olisi hypoteesin nojalla vapauttanut vastaajan syytteestä.

H haki muutosta HD:lta, joka antoi tuomionsa 22.8.1941. HD totesi langettavassa tuomiossaan, että H tiesi, että M kävi kansakoulua. Tähän, M:n ulkoiseen kehitykseen ja useisiin H:n kannalta raskauttaviin seikkoihin nähden (joita selosteessa ei ole yksilöity) oli ilmeistä, että H,

om han än icke med säkerhet visste att M icke fyllt 15 år, dock måste hava framstätt såsom synnerligen tvivelaktigt huru härmed förhöll sig.³⁵

H oli kertonut tienneensä, että seksitekemiset alle 15-vuotiaiden kanssa olivat rangaistavia. Hän oli kertonut tiedustelleensa M:lta, ”för att vara riktigt på den säkra sidan”, tämän ikää ja saaneensa vastaukseksi 15 vuotta. HD:n mukaan, vaikka näin olisi, minkä M oli kiistänyt, H:lle oli olosuhteet huomioon ottaen täytynyt olla selvää, että M:n vastaukseen ei voinut luottaa.

HD:n tahallisuusperustelut herättivät keskustelua ja erilaisia tulkintoja. Strahlin mielestä perusteet viittasivat enemmän culpaan kuin dolukseen. Todennäköisesti kyse oli kuitenkin siitä, että HD tarkoitti muotoilullaan dolus eventualista. HD oli kuitenkin halunnut lieventää hypoteesin väitteen terävää kaikua ja muotoillut sen vuoksi ratkaisunsa näin. Jutun ratkaisemiseen osallistunut JR Alexanderson otti kantaa Strahlin arvioon. Hän totesi, ettei kyse ollut pelkästään muotoilusta. Sovellettaessa HovR:n hypoteesia olisi jouduttu – tai ainakin hän olisi joutunut – hylkäämään syytteen. Alexanderson toteaa:

Cyniskt säger sig en man: jag vill öva otukt med den där lilla folkskoleflickan; men vet jag att hon inte fyllt femton år, då kommer denna min vetskap också nog att kunna bevisas, och då riskerar jag frihetsstraff. Det vågar jag inte riskera. Jag måste alltså hålla mig i ovisshet om hur det är med hennes exakta ålder. Kanske

³⁵ Tämä on otettu myös selosteen otsikko-osaan.

har hon fyllt femton år, fast hon går kvar i skolan, kanske inte. Jag vet inte och kan således låta henne prostituera sig till min tillfredsställelse.³⁶

Karlgren katsoi jutussa NJA 1959 s. 63, että NJA 1941 s. 466:n perustelu liittyy positiiviseen tahtoteoriaan. Hänen kantaansa kritisoi Huldén, jonka mukaan kyseessä oli todennäköisyystahallisuuden ja eräänlaisen *likgiltighetsuppsåtin* yhdistelmä³⁷. Perustelumallia käytettiin jonkin verran suojaikärajaa koskevissa tahallisuuskysymyksissä, kunnes BrB:n voimaan tullessa tuottamus tuli riittäväksi suhteessa suojaikärajoihin (BrB 6:9, nykyään 6:11). Jareborg on katsonut, ettei dolus Alexanderson sellaisenaan muodostanut tahallisuutta de lege lata, joskin sillä on merkitystä hypoteesin kannalta³⁸.

Ratkaisulla on kuitenkin ollut tahallisuuskeskustelun näkökulmasta myös yleisempää merkitystä. Vastauksessaan Strahlille Alexanderson esitti käsityksensä tahallisuusmallien luonteesta. Kyseiset mallit koskevat kaikkia rikoksia ja ovat pitkän ajan kuluessa syntyneitä abstrakteja käsitteitä. Alexandersonin mukaan tahallisuusmallit ovat oikeuskäytännössä korvaamattomia apuvälineitä, mutta ne ovat kuitenkin vain työhypoteeseja. Tuomari voi tapaustaan analysoidessaan huomata, että tarvitaan pientä poikkeamaa (jämkning) abstraktista käsitteestä. Kehitys lainkäytössä syntyy analyysin ja synteysin vuorovaikutuksen kautta. Kun on olemassa useita poikkeamia, voi olla tarvetta arvioida synteesiä uudelleen.³⁹

Alexanderson kyseenalaisti siis ”yhden ainoan oikean” tahallisuusmallin idean. Tuomioistuimen sidottuus tahallisuusmalleihin – jotka oikeusläh-

³⁶ Ks. *Strahl* 1945 s. 32–34 ja *Alexanderson* 1945 s. 295–297. Alexanderson-sitaatissa viitattu olosuhteet eivät kaikilta osin ilmene NJA-selosteesta, minkä vuoksi niitä ei ole tuotu esiin tapausreferaatissa. Dolus Alexanderson -keskustelu liittyy juuri tyyppitilanteeseen, jossa henkilö ”pysyäkseen lain paremmalla puolella” jättää selvittämättä rangaistavuuden kannalta keskeisen seikan. – NJA 1941 s. 466 ei suinkaan ole ainoa tahallisuusratkaisu ruotsalaisessa oikeuskäytännössä, jota koskevaan oikeustieteelliseen keskusteluun myös tuomari osallistui.

³⁷ Karlgren NJA 1959 s. 63, 77–80. Huldén jakaa *positiv innvilgelsen* ylempään ja alempaan osaan. Ylemmstä on kyse silloin, kun tekijä on faktisesti ottanut kantaa tunnusmerkistön toteutumiseen hyväksyen sen. Tällaisissa tapauksissa myös hypoteettinen tahtoteoria johtaisi langetta-vaan tulokseen. Alemmasta on kyse, kun tekijä pitää tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena, suhtautuu siihen välinpitämättömästi ja rangaistuksen pelossa pyrkii pitäytymään tietämättömänä rangaistavuuden kannalta relevantin seikan käsilläolosta. Tällaisissa tapauksissa hypoteettinen tahtoteoria johtaisi vapauttavaan tuomioon. Juuri *positiv innvilgelsen* alemmasta osasta oli Huldénin mukaan kyse ratkaisussa NJA 1941 s. 466. *Synnerligen tvivelaktigt* puolestaan on lähellä *överbäggande sannolikia*. Huldén 1960 s. 598–604. Ks. myös *Jareborg* 1969 s. 248–249.

³⁸ Ks. keskustelusta *Jareborg* 1969 s. 55–61 ja 1994 s. 206 sekä *Strömmerstedt* 1987 s. 65–72. *Jareborg* 1969 s. 248–249, on myös katsonut, että alioikeuden perustelurakenne (A ej kunde anses ”hava haft skälig anledning antaga, att B var 15 år gammal”) toteaa vain todistustositseikan. *Löfmarck* 1983 s. 508–509 toteaa, että velallisen pitäytyessä tietoisesti tietämättömänä taloudellisesta tilanteestaan oikeuskäytäntö ei ole ollut taipuvainen pitämään suhtautumista DeH:na, vaan pikem-minkin vain tuottamuksellisen tunnusmerkistön toteuttavana (BrB 11:1 ja 3).

³⁹ *Alexanderson* 1945 s. 296–297.

deopilliselta statukseltaan tosin perustuvat vain lakia alemmanasteisiin oikeuslähteisiin – on vain suhteellinen. Alexandersonilla on myös nähtävissä tietynlainen kuhnilainen edistysajatus; on olemassa analyysin ja synteessin vuorovaikutuksen kautta syntynyt ”normaalivaiheen” työhypoteesi, josta tuomioistuimien voi kuitenkin tehdä pieniä poikkeamia. Kun näitä poikkeamia on tarpeeksi, on vanha työhypoteesi joutunut jonkinlaiseen kriisitilaan ja voi olla aika siirtyä synteessin kautta uuteen työhypoteesiin, paradigmaan.

Voidaan kysyä, onko olemassa jotain sisällöllisiä kriteereitä, jotka säätelevät poikkeamista työhypoteesista. Yleisiä kriteereitä Alexanderson ei anna. Tässä jutussa poikkeamista perusteltiin mm. sillä, että tunnusmerkistön rajat muodostuivat lainsäädäntöteknisistä syistä mielivaltaisiksi. Tahallisuudessa Alexandersonin hahmottelema tilanne muodosti tilannetyypin, jossa hypoteesi ei toiminut luontevasti. Merkitystä on voinut olla myös sillä, että jutussa oli kyse rangaistavan ja rankaisemattoman eikä vain ankarammin tai lievemmin rangaistavan raja-ikäynnistä⁴⁰. Strömmerstedt näkee työhypoteesi -ajattelussa positiivisia puolia. Paitsi että tahallisuuden sisältönormi kehittyi, kyseessä on myös oikeusturvan kannalta positiivinen asia: tuomioistuimet saavat tilaisuuden perustella kantansa avoimesti, eivätkä tuomioistuimen käsitykset hautaudu teoreettisen mallin taakse. Hän jakaakin Rossin käsityksen siitä, että tahallisuusratkaisujen sisältöä ohjaavat olennaisimmin ”common-sense moralske ideer”, eivät teorian mallit⁴¹. Moraali-intuitio (tahallisuus-intuitio) näyttää jutussa olleen melko yhtenäinen – kyseessä oli yksimielinen HD-ratkaisu⁴². Mutta mitä merkitystä työhypoteesiajatuksella voisi olla tilanteessa, jossa tahallisuusmallilla on legaalimääritelmän status? Ratkaisun ympäriltä löytyvät lähes kaikki tahallisuuden alinta astetta koskevan keskustelun keskeiset teemat.⁴³

NJA 1959 s. 63. O, 16 v ja C, 17 v oli edellisenä vuonna määrätty Råbyn ammatikouluun suojelukasvatukseen (skyddsuppfostran). He olivat kuitenkin usein karanneet mainitusta paikasta ja tuolloin syyllistyneet rikoksiin. Tekopäivänä 4.6.1958 O ajoi autolla hiljaista vauhtia kapeaa metsätietä C:n ollessa matkustajana. He olivat tietoisia siitä, että heidän olonsa metsässä oli havaittu. O ja C havaitsivat siviilipukuisen poliisimiehen A:n, joka auton ollessa noin kymmenen metrin päässä antoi selvän pysähtymismärkin. O vaihtoi pienimmälle vaihteelle

⁴⁰ Tästä huomauttaa *Huldén 1960 s. 603.*

⁴¹ Ks. *Ross 1977a s. 673–674* ja *Strömmerstedt 1987 s. 66–72.* Ks. myös *Lammenrannan 1993 s. 78* esitystä oikean tiedon analyysin etsinnästä.

⁴² Vrt. *Karlgren 1960 s. 702–703*, joka vastauksessaan Huldénille joutuu hiukan modifioimaan omia näkemyksiään. Karlgren näyttäisi olevan valmis tuomitsemaan myös hypoteesin avulla tämän tyyppisessä tilanteessa. Hän myös esittää epäilyksen siitä, mahtoivatko muut JR:t olla samaa mieltä Alexandersonin kanssa siitä, ettei hypoteesi olisi johtanut langettavaan tulokseen.

⁴³ Ks. myös *Sund 1948*, jossa selostetaan dolus Alexanderson -tyyppitilanteen kannalta kiinnostavaa norjalaista oikeudenkäyntiä. Tahallisuuden kohteena ei ollut ikä vaan se, oliko teloitettavat henkilöt tuomittu oikeudessa, mikä oli teloituksen sallittuisuuden oikeudellinen edellytys.

ja painoi kytkimen pohjaan. C kehotti kuitenkin O:ta ajamaan eteenpäin sen sijaan, että olisi pysähtynyt. Auton ollessa noin kolmen metrin päässä A:sta O päästikin kytkimen lisäten samalla kaasua, ja auto syöksähti eteenpäin. A hyppäsi tällöin vaistomaisesti ylöspäin välttääkseen joutumasta yliajetuksi. A joutui vasemman lokasuojan ja konepellin päälle. A roikkui siinä jonkin aikaa auton lisäessä vauhtia. A yritti turhaan avata auton ovea, ja luisui pois auton päältä. O kertoi lähteneensä siitä, että A hyppää pois tieltä, ja jälkimmäisessä vaiheessa hän oli keskittynyt kääntymiseen maantielle ja auton hallintaan. Tilanne oli ollut nopea. Syyttäjä syytti O:ta ensisijaisesti tapon yrityksestä ja C:tä avunannosta siihen. AO tuomitsi 14.8.1958 O:n törkeästä varomattomuudesta liikenteessä ja liikennepaosta ja C:n avunannosta. Syyttäjä haki muutosta vaatien O:n tuomitsemista tapon yrityksestä ja C:n avunannosta siihen. Tuomiossaan 3.10.1958 HovR för Skåne och Blekinge lausui mm. seuraavaa (s. 69):

Olssons och Carnehults uppgifter, att de räknat med att Adolfsson skulle hoppa åt sidan, kunna icke lämnas utan avseende. Vid bedömning av det senare skedet av händelseförloppet bör hänsyn tagas till den snabbhet med vilken händelserna måste ha utspelats och den känsla av panik under vilken Olsson uppenbarligen handlat.

På grund av vad sålunda anförts och i betraktande av Olssons och Carnehults bristande utveckling i psykiskt hänseende finner HovR:n icke styrkt, att de insett faran för Adolfsson och handlat i uppsåt att döda denne.

RÅ haki muutosta vaatien toissijaisesti rangaistusta pahoinpitelyrikoksen yrityksestä. HD:n enemmistö katsoi tuomiossaan 19.2.1959, että O:n ja C:n oli täytynyt havaita menettelyn hengenvaarallisuus, mutta näyttämättä oli jäänyt, että O ja C olisivat menettelleet tapahtunein tavoin, jos olisivat pitäneet varmana sitä, että A kuolisi tai saisi vakavan vamman. HD pysytti HovR:n tuomion lopputuloksen tässä syytekohtassa. JR Digman esitti perusteluista eriyvän mielipiteen ja arvioi vastaajien väitettä, että he olivat uskoneet -p (s. 75–76).

Adolfssons placering på vägen och bilens ringa utgångshastighet göra, att faran för att Adolfsson skulle dödas eller få svår kroppsskada icke kan bedömas hava framstått såsom så stor att man på grund därav och med hänsyn jämväl till övriga omständigheter i målet kan lämna utan avseende vad Olsson och Carnehult uppgivit ang. sitt uppsåt och sin uppfattning om faran av att ej stanna bilen. Detsamma får anses gälla det senare skedet [...] Ei myöskään voitu pitää varmana, että O ja C olisivat menettelleet tapahtunein tavoin, jos he olisivat pitäneet varmana, että A kuolee tai saa vakavan vamman. Digman oli lopputuloksesta samaa mieltä kuin enemmistö.

JR Lind esitti eriyvänä mielipiteenään mm. seuraavaa (s. 76):

Enligt vad Olsson och Carnehult uppgivit räknade de med att Adolfsson skulle hoppa åt sidan. Emellertid var för dem att beakta, att Adolfsson vid den överraskande rivstarten kanske icke skulle hinna eller komma sig för med att kasta sig åt sidan eller att han, av hänsyn till sin ställning som polisman, skulle tveka att vika undan. Dessa förhållanden ligga så öppen i dag, att Olsson och Carnehult måste hava insett att det var i hög grad sannolikt att Adolfsson skulle bli påkörd.

Uppenbart är, att en påkörning lätt skulle kunna hava orsakat Adolfsson svåra skador.

Väl saknas anledning tro, att Olsson och Carnehult önskade skada Adolfsson. Men de befunno sig sedan länge på flykt undan myndigheterna och hade en fientlig inställning mot ordningsmakten. Synbarligen uppfattade de, behärskade av naivt schablonmässiga föreställningar, sina förhävanden såsom ett äventyr, där det gällde att med djärvhet och list undkomma förföljare. Över huvud taget hava de utan undseende för andra brukat låta sitt handlande bestämmas uteslutande av hänsyn till egen fördel. Deras likgiltighet för vad som kunde hända Adolfsson får också sin belysning av att bilen icke stannades, när Adolfsson under uppenbar fara hängde på kylaren.

Lind katsoi esitetyillä perusteilla, että O ja C olisivat suorittaneet ”mäkilähdön”, vaikka olisivat pitäneet varmana, että A loukkaantuisi vakavasti. Näin ei voitu kuitenkaan katsoa suhteessa A:n kuolemaan. Lind olisi tuominnut O:n ot-sikolla *försök av hastigt mod till misshandel med uppsåt att åstadkomma svår kroppsskada* ja C:n yllytyksestä tähän rikokseen.

Riktsåklagarämbetet kävi jutun yhteydessä periaatteellista keskustelua tahallisuuden alimman asteen oikeasta määrittämisestä. Hypoteettiseen tahtoteoriaan liittyi RÅ:n mukaan väkivaltarikosten yhteydessä erityisongelmia; kyseessä on usein impulsiivinen affektiteko, jolloin on vaikea saada hypoteesin näkökulmas-ta relevanttia selvitystä tekijän luonteesta tai intresseistä. Hypoteesi antaa useim-
miten negatiivisen tuloksen. Toisen vaikeuksia tuottavan tyyppitilanteen muo-
dostivat tapaukset, joissa tekijä tiedostamastaan suuresta seuraustodennäköisyy-
destä huolimatta toimii toivoen, ettei seurausta kuitenkaan synny. Tällöinkin
hypoteesi antaa negatiivisen vastauksen. Hypoteesiin liittyi myös psykologisia
ongelmia. Vastaajalle – saati tuomioistuimelle – on jokseenkin mahdotonta tie-
tää, mitä vastaaja olisi tehnyt, jos hän olisi pitänyt tunnusmerkistön toteutumista
varmana. Malli on oikeusalamaisille vaikea ymmärtää, ja tuomitussa voi herätä
epäilyksiä siitä, onko hänet tuomittu oikeudenmukaisesti. Tanskassa ja Norjassa
oli käytössä malli, jossa tahallisuutta oli se, että tunnusmerkistön toteutuminen
oli tekijälle ”övervägande sannolik”. Myös dolus eventualis hyväksyttiin rajoite-
tusti, mutta – kuten Saksassakin – tekijän todellisen eikä hypoteettisen kannan-
oton sisältävänä.

Valituksenalaisesta tapauksesta RÅ totesi, että hypoteesi antaisi ilmeisesti
negatiivisen tuloksen – olihan kyseessä impulssiteko, O ja C eivät olleet halun-
neet ajaa A:ta kuoliaaksi ja he olivat saattaneet toimia siinä toivossa, ettei tilan-
teessa käy kuinka. O:lle ja C:lle oli kuitenkin näyttäytynyt todennäköisenä,
että A jää auton alle. Eri asia kuitenkin vielä oli, seuraisiko päälleajosta vakava
vamma tai kuolema. ”Att siffermässigt ställa de båda sannolikhetsgraderna i
någon relation till varandra synes icke görligt”, totesi RÅ, mutta ”[o]avsett hur
frågan härom teoretiskt skulle kunna besvaras, får emellertid enligt all erfarenhet
anses gälla, att sannolikhetsgraden för dödens inträde är synnerligen stor vid en

överkörning med en bil”. Jälkitilanne sen sijaan ei ollut sisältänyt sellaista vaaraa A:n hengelle, että todennäköisyystahallisuus olisi ollut käsillä, mutta vakava vamma oli ollut *överbägnande sannolik*. RÅ lisäsi vielä, ettei ollut harvinaista, että autovarkaat altistivat poliisimiehiä ilmeiselle hengenvaaralle. Yleispreventiivisistä syistä olikin tärkeää katsoa, että surmaamistahallisuus oli tällaisissa tapauksissa käsillä. Tämä vastasi myös yleistä oikeuskäsitystä.

JR Karlgren esitti dictumin RÅ:n argumentaatiosta. Karlgrenin mukaan tahallisuutta oli Ruotsin oikeudessa *positiv innvilgelse*, jossa tekijällä ei ollut mitään tunnusmerkistön toteutumista vastaan tai hän oli suhtautunut siihen välinpitämättömästi. Tähän yhteyteen saatettiin lisätä myös tilanne, jossa tekijä tietoisesti jättää selvittämättä rangaistavuuden kannalta ratkaisevan seikan. Näyttö *positiv innvilgelsen* edellytyksistä oli fiktiivisiin turvautumatta kuitenkin usein hankalaa. Tämän vuoksi oli katsottu voitavan tuomita tahallisuudesta menettelystä myös tilanteessa, jossa ei ollut tekijän omaa kannanottoa tunnusmerkistön toteutumiseen, vaan esitettyyn selvitykseen perustuva oletus siitä, ettei varmuus tunnusmerkistön toteutumisesta olisi pidättänyt häntä ryhtymästä tekoon. Hypoteettinen tahtoteoria oli siis hyväksytty, jotta syyttäjän todistustaakkaa voitaisiin helpottaa. Operointi todennäköisyyksillä ei Karlgrenin mielestä ole ongelmallista; oli epäiltävää, muodostuisiko tahallisuuden arviointi konkreettisemmaksi tai vähemmän hypoteettiseksi. Käsilläoleva tapaus ilmensi niitä vaikeuksia, joita tekijän mieltämän relevantin todennäköisyysasteen selvittämiseen sisältyi.

Kaikki oikeusasteet katsoivat siis, ettei vastaajien tahallisuus ulottunut A:n kuolemaan asti. JR Lind katsoi tahallisuuden riittävän pahoinepitelyrikoksen yritykseen. Tapaukseen on sovellettu vallitsevaa hypoteettista tahtoteoriaa. Kiinnostavaa oli ennen kaikkea se, miten tuli suhtautua vastaajien väitteeseen uskostaan -p sekä toisaalta tietysti minkä vastauksen hypoteesi antaisi ja millä perusteilla. RÅ:n argumentaatio toi esiin myös todennäköisyystahallisuuteen liittyviä näkökohtia. Tapauksessa onkin melko monipuolisesti arvioitu sitä, mihin lopputuloksiin tahallisuusmallit voisivat tällaisessa tilanteessa johtaa. Keskeinen kysymys on siis vastaajien usko -p. Syyttömyysolettama johtaa siihen, että vaikkei väitetä voida positiivisesti näyttää toteen, siitä on kuitenkin lähdettävä, ellei sitä voida osoittaa paikkansapitämättömäksi. Usko -p:n aseman keskeisyys on sikälkin kiinnostavaa, että tahallisuusmalleista sillä on välitön liityntä ainoastaan positiiviseen tahtoteoriaan, joka ei nimenomaisesti ollut jutussa esillä muutoin kuin JR Karlgrenin dictumissa. Jos vastaaja on uskonut -p, on kuitenkin vaikeampaa osoittaa hypoteesin saavan positiivisen lopputuloksen; ja kun uskolla -p on olennaisesti kognitiivinen sisältö, on myös vaikea osoittaa, että tekijä, joka uskoi -p, olisi pitänyt tunnusmerkistön toteutumista todennäköisenä. Tähän nähden ei ole ihmeteltävää, että usko -p on ollut jutussa tärkeässä asemassa ja että lähdettäessä siitä on myös katsottu, ettei tahallisuus ole ollut käsillä.

Lopputuloksena pahoinpitelyrikoksen yritykseen päätnyt JR Lind suhtautui toisin myös väitteeseen uskosta -p. Lindin mukaanhan ”[e]mellertid var för dem att beakta”, ettei A ehkä ehtisi hypätä pois alta tai että hän poliisimiehenä ehkä epäröisi väistyä; nämä olosuhteet ”ligga så öppen i dag”, että O:n ja C:n on täytynyt käsittää, että päälleajaminen oli ”i hög grad sannolikt”. He olivat myös suhtautuneet välinpitämättömästi siihen, kuinka A:n kävisi. Näyttääkin mahdolliselta, että JR Lind olisi päätnyt tahallisuuteen kaikkien tahallisuusmallien näkökulmasta. Merkillepantavaa tästä näkökulmasta on, että RÅ suhtautui epäilevästi menestykseensä hypoteettisen tahtoteorian avulla, mutta katsoi todennäköisyystahallisuuden olevan käsillä vähintäänkin pahoinpitelyn yrityksen osalta.

Eräs keskustelua herättänyt piirre jutussa on ollut se, mikä vaikutus tekijöiden nuoruudella mahdollisesti on ollut tahallisuusarvioinnissa. HovR viittasi selkeästi vastaajien psyykkiseen kehittymättömyyteen; samoin teki Lind päätyen kuitenkin syyksilukemaan pahoinpitelyrikoksen. Strömmerstedtin mukaan lopputulos pahoinpitelyrikoksen yrityksen osalta tuskin olisi ollut vapauttava, jos kyseessä olisivat olleet 25–30-vuotiaat notoriset rikolliset.⁴⁴

Näkökulmia tahallisuusmallien välisiin suhteisiin avaa myös Huldénin argumentaatio, jossa hän arvioi etenkin Karlgrenin dictumia ja ratkaisun suhdetta ratkaisuun NJA 1941 s. 466. Karlgrenhan oli katsonut, että positiv innvilgelse oli Ruotsissa tahallisuutta. Huldénin mielestä ei ollut suurta eroa ratkaisun NJA 1941 s. 466 *synnerligen tvivelaktigt* -muotoilun ja nyt torjutun *överbägende sannolikin* välillä. Jutuissa oli kuitenkin kaksi relevanttia eroa: vuoden 1941 ratkaisu koski teko-olosuhdetta ja vuoden 1959 ratkaisu seurausta, ja vuoden 1941 tahallisuusratkaisussa oli kyse rangaistavan ja ei-rangaistavan välisen rajan käymisestä, kun taas vuoden 1959 jutussa syyllistyminen ainakin liikenneerikokseen oli selväköä.⁴⁵

NJA 1959 s. 63 on ollut ehkä ruotsalaisen tahallisuuskeskustelun vaikutusvaltaisin prejudikaatti 1900-luvun jälkipuoliskolla⁴⁶. Sellaiseksi sen teki ennen

⁴⁴ Strömmerstedt 1987 s. 76. Arviossa on siis mukana myös rikoksen uusimisen tausta, joka voi vaikuttaa hypoteesiin positiiviseen suuntaan. Ks. myös KKO 2004:63.

⁴⁵ Huldén 1960 s. 598–604 erottaa positiv innvilgelsessä av:ssa 37 selostetuina tavoin kaksi tasoa. Karlgren 1960 s. 702–703 vastasi Huldénille todeten, että hänelle tahallisuutta olivat myös jotkin alemman positiv innvilgelsen tilanteet. Huldénin käsityksen mukaan ”överbägende sannolikin” epämääräisyys olisi ollut synnä todennäköisyystahallisuuden torjumiseen; käsitys on voinut saada alkunsa Karlgrenin eriävästä mielipiteestä, jossa (RÅ:ta tulkiten) lähdettäneen siitä, että ”överbägende sannolikt” voisi merkitä vaihtelevaa todennäköisyyttä. Huldén 1960 s. 600–601 ja JR Karlgren NJA 1959 s. 78–79. Ks. myös Åqvist 1985 passim, jossa tapausta käsitellään todennäköisyyden kielellä.

⁴⁶ Jareborg 1969 s. 42 kirjoitti, että NJA 1959 s. 63 oli ”det enda verkligt vägledande för den allmänna frågan om uppsåtsbegreppets omfång i svensk rätt”.

muuta RÅ:n yritys tuoda Ruotsin oikeuteen tai ainakin väkivaltarikoksiin todennäköisyystahallisuus. RÅ:n yritys torjuttiin, ja HD oli yksimielinen siitä, että hypoteettinen tahtoteoria on Ruotsin oikeuden mukainen tahallisuusmalli. Todennäköisyystahallisuutta ei vuoden 1959 jälkeenkään ole hyväksytty tahallisuudeksi Ruotsissa. Hypoteettinen tahtoteoria vahvisti ratkaisun myötä asemiaan entisestään – tapahtui sellaista tahallisuuden alimman asteen sisältönormin stabilisointumista, jota straffrättskommittén ei oikeustilassa vielä vuoteen 1953 mennessä ollut havainnut.⁴⁷

NJA 1968 s. 500. Parikymppiset nuoret olivat ottaneet tavakseen kokoontua ja metelöidä usein häiritsevästi G:n kotikadulla. Vuoden 1967 ensimmäisellä puoliskolla oli tehty 28 ilmoitusta viranomaisille, joista G oli tehnyt 9. G, joka oli harrastanut ammuntaa, oli luonteeltaan tarkka ja velvollisuudentuntoinen, jopa pedantti ja besserwissermäinen sekä kypsytön ja kykenemätön kompromisseihin. G tuli kotiin 20.30 aikaan nautittuaan jonkin verran alkoholia. Meteli alkoi kello 22 aikoihin. G soitti poliisille ja lähti pistooli taskussaan ottamaan ylös nuorten autojen rekisterinumeroita. Lähtiessään pois autojen luota G kuuli huudon, joka sai hänet kääntymään ympäri. G otti aseensa esille ja se laukesi osuen 1–1,5 metrin päässä seissyttä pahimpiin häiritsijöihin kuulunutta A:ta vatsaan muutama sentti navan alapuolelle. Muutaman sekunnin kuluttua ase laukesi uudestaan osuen lähellä ollutta B:tä niin ikään muutaman sentin navan alle. Tämän jälkeen G ajoi vielä juosten takaa erästä paikalta kiireesti lähtenyttä nuorten autoa. G kertoi, ettei hän ollut tarkoituksellisesti kohdistanut asetta A:han. Hän ei ollut tietoinen siitä, että hän painoi liipasinta, mutta oli kuullut laukaukset. Myöskään hän ei ollut havainnut, että joku olisi loukkaantunut. Syyttäjä syytti G:tä aseensa luvattomasta hallussapidosta, kahdesta murhan yrityksestä ja laittomasta uhkauksesta.

AO tuomitsi 22.4.1968 hypoteesia hyödyntäen G:n kahdesta tapon yrityksestä ja muista em. rikoksista kolmeksi vuodeksi vankeuteen. Syyttäjä ja G hakivat muutosta. HovR ratkaisi jutun 20.6.1968. Sosiaalivaltio (prof. Rylander) oli antanut (uuden) lausunnon. Sen mukaan G:n kyky ymmärtää tapahtumia ympärillään vahvassa affektitilassa lieenee ollut alentunut. AO:n näkemys siitä, että G:n on täytynyt ymmärtää, että A ja B voivat kuolla, merkitsee sitä, että samat vaatimukset asetetaan affektitilassa toimivalle psyykeltään poikkeavalle henkilölle kuin keskimääräisihmiselle melko tasapainoisessa mielentilassa. Vahvat affektitilat aiheuttavat mieltämiskentän kaventumista; tällaisessa tilassa henkilö mm. ollessaan vakavasti haavoittunut ei tunne kipua, eikä ymmärrä selviä käskyjä. Vaikkei Rylander halunnut kiistää AO:n arvioinnin juridista oikeellisuutta, oli se hänen mielestään elämälle melko vieras. Hypoteesin sisältämään kysymyk-

⁴⁷ Ks. *SOU 1953:14 s. 376* sekä *Strahl 1976 s. 115–117*, *Strömmerstedt 1987 s. 72*, *Jareborg 1994 s. 207–208* ja *Leijonhufvud – Wennberg 1997 s. 64–65*. Nytemmin tosin *Cavallin 1999 s. 294, 297, 391* ja *760* on korostanut sitä, että prejudikaatti koski rikoksen yritystä ja syytteen (tältä osin) hylännyttä ratkaisua. Hänen mielestään prejudikaatin merkitystä dolus eventualiksena (hypoteettisen tahtoteorian) keskeisen aseman vahvistamisessa onkin liioiteltu.

seen ei teoriassa voida vastata, koska vastaaja ei olisi kyennyt sen edellyttämään mieltämiseen. Jos hän siihen olisi kyennyt, saattaisi hypoteesi huomioon ottaen G:n persoonallisuus ja lainkuuliaisuus antaa negatiivisen tuloksen.

HovR katsoi, ettei voitu poissulkea sitä mahdollisuutta, että G oli laukaissut aseensa refleksiäisesti emotionaalisesti erittäin latautuneessa tilanteessa. G tuomittiin aseensa luvattomasta hallussapidosta ja kahdesta vammantuottamuksesta vuoden vankeusrangaistukseen.

RÅ haki muutosta. RÅ katsoi, että oli kyseenalaista, voitiinko tahallisuutta arvioida puhtaasti lääketieteellisestä näkökulmasta. Seuraukset olisivat vakavat, jos henkilöt, joilla on erikoinen persoonallisuus ja räjähtävä temperamentti voisivat affektitilanteissa tehdä vakavia väkivaltarikoksia ei-tahallisesti. HD antoi tuomionsa 26.11.1968. HD:n mukaan voitiin pitää poissuljettuna, että G

vare sig vid det första skottet eller vid det eller de följande [...] handlat rent reflexmässigt i den meningen att han, till följd av att han plötsligt blivit skrämmd eller av annan liknande orsak, kommit att ofrivilligt påverka avtryckaren.

G oli ollut siinä määrin tietoinen toiminnastaan, että hänen oli katsottava ampuneen tahallisesti. Ampuessaan lähietäisyydeltä kohti A:ta ja B:tä G:n on täytynyt tarkoittaa osua. Näyttöä tarkoitustahallisuudesta kuolemaan nähden ei ollut, eivätkä olosuhteet olleet olleet sellaiset, että hypoteesin positiivista tulosta voitaisiin pitää varmana. HD tuomitsi G:n aseensa luvattomasta hallussapidosta, kahdesta törkeästä pahoinpitelystä ja laittomasta uhkauksesta vuoden vankeusrangaistukseen.

Jutussa oli kyse tahallisuuteen kuuluvasta tietoisuudesta; miten syvää tiedostamisen on oltava, jotta rikos voisi olla käsillä tai minkälaista tietoisuutta tahallinen/tietoinen toiminta ylittää edellyttää? Mikä on affektin vaikutus vastuun arvioinnissa?

Ratkaisu ilmentää ensinnäkin sitä, ettei kyseessä ollut rikosoikeudellisessa mielessä refleksiilike. Teko ei ollut ”minän kontrollin ulkopuolella”⁴⁸. Ratkaisun on katsottu osoittavan, ettei tahallisuus edellytä mitään erityistä päätöstä toimia tai harkintaa. Tahallisuus ei edellytä *Daran-Denkeniä*. Jareborgin mukaan riittävä tietoisuus on sillä, joka on kerran tullut uskomaan asian, eikä ole sitä sittemmin unohtanut. Ihminen uskoo tuhansia asioita kaiken aikaa ilman, että huomion pitäisi olla erikoisesti kiinnittyneenä kyseiseen asiaan. Ratkaisu tukee Jareborgin mielestä hänen käsitystään siitä, ettei tahallisuus edellytä aktuaalista mieltämistä⁴⁹. Myöskään toiminnan impulsiivisuus tai affekti ei poissulje riittävää kogni-

⁴⁸ Jareborg 1994 s. 255 ja Leijonhufvud – Wennberg 1997 s. 61. Arviointi olisi voinut olla tässä suhteessa vielä hankalampaa, jos laukauksia olisi ollut vain yksi.

⁴⁹ Ks. Jareborg 1969 s. 220–222, 1990 s. 7 ja 1994 s. 198–199 sekä Strahl 1976 s. 92 ja 112–113.

tiivista tilaa tai tahallisuutta. Tätä ilmentää Strahlin usein siteerattu lause: ”Han ser rött men han ser”⁵⁰.

Vaikka ratkaisussa keskeisintä on tahallisuuteen liittyvän tietoisuusvaatimuksen arviointi yleensä, sitä voidaan tarkastella myös tahallisuuden asteiden näkökulmasta. Ross toteaa, että mielipiteet tahallisuuden ulottuvuudesta erosivat toisistaan huomattavasti. Ratkaisu ilmentääkin sitä, ettei hypoteettinen tahtoteoria voita sitä epävarmuutta, jonka usein väitetään vaivaavan todennäköisyystahallisuutta. Hän katsoo tapauksen lukeutuvan niihin harvoihin ruotsalaisiin ratkaisuihin, joissa Tanskassa luultavasti olisi todennäköisyystahallisuuden avulla päädytty ankarampaan tahallisuusarviointiin. Toisaalta hän katsoo, että affektilla on ruotsalaisen ja tanskalaisen tahallisuusmallin kannalta erilainen funktio: hypoteesin kannalta sillä on usein langettava merkitys, todennäköisyystahallisuuden kannalta taas riittävää mieltämistä koskevaa näyttöä heikentävä merkitys. Strahl puolestaan on sitä mieltä, että tapaus on esimerkki siitä, että tuomioistuimen on vaikea arvioida seurauksen todennäköisyyttä. HD ei varsinaisesti perustellut hypoteesin negatiivista lopputulosta henkirikoksen yrityksen osalta.⁵¹

Ratkaisu on merkittävä myös psykologisen tai psykiatrisen selvityksen osalta. Voidaan kiinnittää huomiota sekä Rylanderin lausuntoon että kysymykseen yleisemminkin. On katsottu, että Rylander ei ehkä täysin ymmärtänyt sitä, mistä hypoteesissa oikein oli kyse. Rylander ei ehkä ole käyttänyt joitain käsitteitä (kuten refleksiliike) täysin samassa merkityksessä kuin juristit⁵². Näin voi olla ja tämä ehkä tulee esille HD:n tuomiossa, joka vaikuttaa tietynlaiselta luovinnalta RÅ:n tehokkuusnäkökohtien ja Rylanderin näkemysten välillä. Niinpä HD täsmentää refleksinomaisuuden merkitystä liittämällä sen ”vapaaehtoiseen tekkoon” ja sanoo vastaajan olleen ”siinä määrin” tietoinen toiminnastaan, että se oli ollut tahallista. Mielestäni Rylanderin käsitys oli kuitenkin selvä sikäli, että

⁵⁰ Strahl 1976 s. 92. Tosin kyseinen lause ei ole peräisin Strahlilta. On arvioitu, että jos tekijä ei olisi nauttinut alkoholia aiemmin illan aikana, hän tuskin olisi syylistynyt tällaiseen tekoon. Strömmerstedt 1987 s. 182.

⁵¹ Ks. Ross 1977a s. 684 ja 688–692, Strahl 1976 s. 118 sekä Strömmerstedt 1987 s. 102. Rosshan 1977 s. 696 oli sitä mieltä, että erityisesti Ruotsissa yritetään todella käyttää ”vallitsevaa” tahallisuusmallia. Todennäköisyystahallisuuden avulla ankarammin olisi arvioitu myös ratkaisua NJA 1959 s. 63; tältä osin on huomattava, että Rossin Tanskan oikeuden näkökulmasta eräänä vaihtoehtona esiin tuoman vaaran aiheuttamisen (strl 252 §) yleiskriminalisointi on Ruotsissa vasta vuodelta 1962 (BrB 3:9). Ks. lisäksi SOU 1996:185a 136–141, jonka mukaan ehdotettu *insiktsuppsåt* johtaisi ankarampaan ratkaisuun myös Stureplanmålet-tyyppisessä tapauksessa (NJA 1996 s. 27). Strömmerstedtin 1987 s. 50 mukaan jaottelu olosuhde- ja seuraustahallisuuteen on pedagogisesti hyvä, mutta käytännössä ne voivat sulautua yhteen. Wennbergin 1985 s. 269–270 mukaan HD näyttää olleen vuoden 1968 tapauksessa epätavallisen varovainen arvioidessaan, oliko DeH ollut käsillä.

⁵² Ks. Ross 1977a s. 690. Jareborg 1969 s. 220–221 toteaa hiukan kyynisesti: ”Med all respekt får sägas, att det belyser vådan av att man inte klargör i vilken betydelse man använder centrala termer.”

hän piti mahdollisena, ettei G ollut ymmärtänyt kuoleman mahdollisuutta ja että G ei ehkä ollut kykeneväinen hypoteesin edellyttämään tietoon, joskin itse hypoteesi on hänen lausumissaan virheellisesti formuloitu.

Tärkeä on myös kysymys tahallisuuskäsitteen luonteesta: psykologinen vai normatiivinen? Strahlin mielestä tahallisuus on normatiivinen käsite, jonka edellytyksiä ei viime kädessä voida ratkaista psykologisin kriteerein⁵³. Vastaus kysymykseen saattaa vaihdella tahallisuusteoriasta toiseen. Myös Rylanderin esiintuomalla keskimääräisihmisellä voi eri tahallisuusmalleissa olla erilainen merkitys. Lisäksi saattaa olla, kuten edellä olen arvellut, että eräs osa tahallisuuden edellytysten ”juridisuudesta” liittyy näyttövaatimuksen asettamiseen realistiselle tasolle⁵⁴.

NJA 1969 s. 401. Sokeritautia sairastava I oli ollut syömättä koko päivän. Tultuaan kotiin 11.9.1967 hän otti normaalein tavoin insuliinia sekä söi ja joi kaksi snapsia. Kello 20 aikoihin hän tunsu, että sokeri oli alkanut vihoittelemaan ja meni lepäämään. Kello 23 aikaan hän kutsui kylään ex-kihlattunsa E:n. Kylässäolijat, mukaan lukien E, siirtyivät I:n mentyä lepäämään kohta A:n asuntoon. 23.30 aikoihin eräs ystävä herätti I:n, joka suuttui kuultuaan, että E oli mennyt A:n asunnolle. I:n hakattua pariin kertaan ovea ja E:n tultua asunnosta ulos I otti E:stä otteen ja heitti tämän maahan, jolloin mm. E:n nenä murtui. Poliisi vei I:n, joka tuli tokkuraiseksi ja menetti poliisiasemalla tajuntansa. Poliisin toimitettua I:n sairaalaan hänen verensokeriarvonsa oli 0.220 %; insuliinikoomassa arvo oli normaalisti 0,07–0,05 %.

AO tuomitsi I:n 5.3.1968 pahoinpitelystä kuukaudeksi vankeuteen. I:n haettua muutosta HovR pysytti AO:n ratkaisun tuomiossaan 25.9.1968. I haki ratkaisuun muutosta.

HD antoi tuomionsa 25.9.1969 pyydettyään I:n tilasta lausunnon. Lausunnonssa katsottiin, että I oli pahoinpitelytilanteessa ollut hypoglykeemisessä tilassa eikä ollut tiennyt mitä teki. HD:n enemmistön mukaan I:n käytös saattoi tosin antaa läsnäoleville kuvan tietoisista ja tarkoituksellisista liikkeistä. Ei kuitenkaan ollut luotettavasti selvitetty että I, jonka alkoholin nauttimisella ei ollut tapahtumainkulussa ratkaisevaa osaa, oli ollut siinä määrin tietoinen toiminnastaan, että käsillä oli ollut tahallisuus BrB 1:2:n merkityksessä. Syyte hylättiin.

Vähemmistö katsoi, ettei se seikka, että I oli ollut tokkurainen ja menetellyt tavalla, joka oli hänelle normaalioloissa vierasta, poissulkenut tahallisuutta. I oli ollut siinä määrin tietoinen toiminnastaan, että tekoa oli pidettävä tahallisena.

BrB:n tultua voimaan vuonna 1965 syyntakeisuus ei enää ollut rikosoikeudellisen vastuun edellytys. Esitöissä oli katsottu, että aiemmin vastuuvapauteen

⁵³ Ks. *Strahl 1976 s. 89–90.*

⁵⁴ Joko on käytettävä yhteistä kieltä tai sitten on hyväksyttävä eräänlainen ”hyppy” lääkärien kielestä juristien kieleen. Tämän voitaneen sanoa koskevan sekä syyntakeisuus- että tahallisuusarviointia. Tapausta tulkittaessa on hyvä muistaa, että syyntakeisuus ei BrB:n aikana ole ollut rikosoikeudellisen vastuun edellytys Ruotsissa.

johtaneissa tilapäisen mielenhäiriön tilanteissa tahallisuusvaatimus ei täyttyisi. Järjestelmää on arvosteltu sekä periaatteelliselta kannalta risitiriitaisuudesta konformiteettiperiaatteen kanssa että käytännölliseltä kannalta.⁵⁵

Siten ei ole yllättävää, että asiaa on käsitelty tahallisuus- ja tietoisuusvaatimuksen näkökulmasta. HD:n argumentaatio koskee oikeastaan vain toiminnan tietoisuutta ottamatta erikseen kantaa tahallisuuteen suhteessa BrB 3:5:n seuraustunnusmerkkeihin. NJA 1968 s. 500:n muotoiluja seuraten kyse oli siitä, oliko tekijä ollut siinä määrin tietoinen toiminnastaan, että kyseessä oli tahallisuus.⁵⁶

Syyntakeisuuskysymyksen oli esillä, mutta vain seuraamuspuolella. Siten tällaisissa ”tokkuraisten” tekijöiden tapauksissakin kysytään ensin tahallisuusedellytysten täyttymistä. Ratkaisu ilmentää ehkä jälleen tahallisuuskäsitteen ”juridisuutta”, sillä se, ettei vastaaja lääketieteellisen asiantuntemuksen mukaan tiennyt mitä teki, ei näyttänyt olevan suoraan ratkaisevaa enemmistön eikä varsinkaan vähemmistön mielestä. Tämän ratkaisun yhteydessä ei ole käyty samanlaista keskustelua juridisista termeistä lääkärin käsissä kuin jutun NJA 1968 s. 500 yhteydessä.

NJA 1975 s. 230. Illalla 17.10.1974 jossain määrin alkoholin vaikutuksen alainen G saapui tyttöystävänsä M:n asunnolle. G:n ja M:n välille syntyi sanaharkkaa, ja G löi M:aa ainakin kolme kertaa avokämmenellä kasvoihin. Tämän jälkeen G otti lattialta koiran talutushihnan ja laittoi sen M:n kaulan ympäri. G sanoi ”det är bäst att jag dödar dig” ja ryhtyi vetämään hihnan päistä. Menettely hihnalla aiheutti M:lle pistemäisiä verenpurkaumia pään alueen iholle ja silmien sidekalvoille sekä jälkiä kaulaan. Oikeuslääkärin mukaan kyseisten seurausten aiheuttaminen oli edellyttänyt kiristämistä 30–60 sekunnin ajan. Hänen mukaansa oli hyviä syitä olettaa, että M oli menettänyt tajuntansa; M oli häilynyt elämän ja kuoleman välillä, ja sattuma oli ratkaissut lopputuloksen. Syyttäjä syytti G:tä ensi sijassa murhan yrityksestä. G oli syytteessä myös siitä, että hän oli 5.10.1974 kahdessa eri tilanteessa lyönyt M:ää nyrkillä kasvoihin ja E:tä kerran.

AO katsoi tuomiossaan 18.11.1974 selvitetyn, että G:llä oli ollut tarkoitus tappaa M. AO tuomitsi G:n tapon yrityksestä ja pahoinpitelyrikoksesta. G haki muutosta. HovR över Skåne och Blekinge pysytti tuomiollaan 20.12.1974 AO:n ratkaisun. G:lle myönnettiin valituslupa. Tuomiossaan 29.4.1975 HD lausui mm. seuraavaa:

Även om hans yttrande om att vilja döda henne inte bör tillmätas någon större betydelse, ger hela hans uppträdande intryck av att han just då även kan ha velat beröva henne livet. Vad som framkommit medger emellertid inte någon säker

⁵⁵ Jareborg 1994 s. 258–259. Strömmerstedt 1987 s. 198 näkee sen hyvän puolen operoinnissa rikosoikeudellisen tahallisuuskäsitteen avulla tai kautta, että oikeuspsykiatriset lausunnot eivät saa kysymyksessä ratkaisevaa merkitystä.

⁵⁶ Tämä ilmentää Strömmerstedtin 1987 s. 134 mukaan sitä, että sovelletaan Strahlin uppsåt rätt och slätt. Ks. Strahl 1976 s. 110–113.

slutsats om hur därmed förhållit sig. Att han avbrutit åtsnörningen, fastän han varit oförhindrad att fortsätta den, talar bl.a. i viss mån för att sådant uppsåt aldrig förelegat. Det kan alltså inte hållas för visst, att G haft för avsikt att beröva M livet. Grund saknas även för antagande att G skulle ha handlat som han gjort, om han föreställt sig att åtdragningen av kopplet måste orsaka M:s död.

HD katsoi G:n syyllistyneen törkeään pahoinpitelyyn alentaen rangaistuksen kahdeksi vuodeksi vankeutta.

Tuomioistuinten arvioissa oli siis suuri ero alempien oikeusasteiden pitäessä suorastaan tarkoitustahallisuutta selvitettyinä HD:n sitä vastoin katsoessa, ettei selvitys riitä edes tahallisuuden alimman asteen käsilläoloon henkirikoksen yrityksen osalta. Valitettavasti HD jätti avoimeksi sen, miten se arvioi tahallisuuden alinta astetta koskevaa näyttoa.⁵⁷

Ratkaisu ei tahallisuuden näkökulmasta sisällä varsinaisia oikeuskysymyksiä. Se, että HD viittasi päätöksessään hypoteettiseen tahtoteoriaan tahallisuuden alimpana asteena, merkitsi osaltaan sen aseman vahvistumista. Erityisesti jutussa oli kyse tahallisuutta koskevan näytön arvioinnista.

Ratkaisu ilmentäne HD:n pidättyvää linjaa tuomita henkirikoksen yrityksestä, jos vain (hypoteettinen) dolus eventualis voisi tulla kysymykseen⁵⁸. Eräänä ratkaisua tulkittaessa huomioon otettavana näkökohtana on pidetty sitä, että HD olisi alempia oikeusasteita herkempi soveltamaan in dubio mitius -periaatetta⁵⁹. On myös pidetty luonnollisena sitä, että tahallisuuden käsilläoloon päädytään useammin silloin, kun seuraus syntyy. Erityisesti tarkoitustahallisuuden täyttymistä on vaikea osoittaa, mikäli tekijällä olisi ollut mahdollisuus jatkaa yritystehtävään, mutta hän ei ole tehnyt niin.⁶⁰

Tässä jutussa, kuten Strömmerstedt huomauttaa, M olisi oikeuslääkärin mukaan aivan hyvin voinut saada tilanteessa surmansa. Jos näin olisi käynyt, ei olosuhteiden muuten pysyessä samana olisi tahallisuuden puuttumisen puolesta voitu viitata yritystehtävän täytäntöönpanon lopettamisen ajankohtaan. Strömmerstedt pohtii myös M:n menettelyn – hän oli teon jälkeen uskaltanut jäädä asuntoon – mahdollista merkitystä; ehkä se oli antanut G:n luonteesta edullisemmän kuvan? Mahdollista oli myös, että G oli pitänyt kuolemaa vain mahdollisena ja että hän oli kertomallaan tavalla halunnutkin vain pelästyttää M:aa.⁶¹

⁵⁷ Ks. myös *Strömmerstedt* 1987 s. 102 ja 104, jossa viitataan siihen, että jos hypoteettinen tahtoteoria on niin selkeä kuin sen puolesta usein esitetään, luulisi myös tuomioiden perustelemisen käyvän päinsä. Tärkeää ei ole vain langettavien, vaan myös syytteen hylkäävien ratkaisujen perustelu.

⁵⁸ *Jareborg* 1994 s. 208.

⁵⁹ Ks. *Strömmerstedt* 1987 s. 104.

⁶⁰ *Leijonhufvud – Wennberg* 1997 s. 66–67. Ks. myös *Wennberg* 1985 s. 271 ja 275–276.

⁶¹ *Strömmerstedt* 1987 s. 103–104. Hän nojautuu tässä osin Löfmarckin argumentaatioon. HD:n dolus determinatuksen yhteydessä viittaaman uhkauksen näytöllisen merkityksen kannalta saman-

NJA 1977 s. 630. B ja T olivat 6.–7.12.1976 viettämässä iltaa ja yötä yhdessä ryypiskellen. Heidän välillään oli yön kuluessa ollut ärsyyntyneisyyttä ja riitaa. B uhkaili T:tä keittiöveitsellä, missä yhteydessä T sai veitsestä haavoja mm. kasvohinsa. Eräässä vaiheessa T:n istuessa nojatuolissa B löi häntä keittiöveitsellä vasemmalle puolelle rintaan. Pisto oli 7–8 sentin syvyinen ja lävisti sydämen. T kuoli muutaman minuutin kuluttua. B:llä oli psyykkinen poikkeavuus, joka ei kuitenkaan ollut niin merkittävä, että se olisi rinnastettavissa mielisairauteen. B sai syytteen taposta sekä aiemmin tehdyistä varkaudesta, petoksesta ja laittomasta uhkauksesta.

TR katsoi tuomiossaan 29.6.1977, ettei B:llä ollut ollut tarkoitusta tappaa B:tä, mutta dolus eventualis oli ollut käsillä. B tuomittiin taposta sekä em. rikoksista kuuden vuoden vankeusrangaistukseen. B haki ratkaisuun muutosta. HovR för Västra Sverige antoi tuomionsa 12.9.1977. HovR:n mukaan B:n tarkoitus oli joka tapauksessa ollut osua yläruumiiseen. Surmaamistahallisuus oli kuitenkin jäänyt näyttämättä. B tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta sekä em. muista rikoksista kahden vuoden kuuden kuukauden vankeusrangaistukseen. RÅ haki muutosta. HD:n enemmistö lausui tuomiossa 8.11.1977, että

knivhugget träffat i trekten av hjärtat och utdelats med den kraft att kniven trängit 7 à 8 centimeter in i T:s kropp. Vid avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått som praktiskt taget oundvikligt.

B tuomittiin taposta ja em. muista rikoksista kuuden vuoden vankeusrangaistukseen. Vähemmistö (kaksi JR:ää) oli lopputuloksesta samaa mieltä, mutta perusteli surmaamistahallisuuden enemmistön edellä siteeratun perustelun asemesta seuraavasti:

knivhugget med hänsyn till knivens beskaffenhet och det sätt på vilket det utfördes mot T:s bara kropp innebar en överväldigande risk för att hugget skulle medföra T:s död. Det måste med hänsyn härtill och till B:s obalanserade uppträdande tidigare under natten antas, att B inte i det ögonblick handlingen utfördes skulle ha ryggat tillbaka inför visshet om att hugget var dödande.

HD:n vähemmistö sovelsi – tosin hiukan epäkorrektisti muotoillen – hypoteettista tahtoteoriaa. Perustelusitaatit tuovat esiin sen, että hypoteesin todistamiseksi turvaudutaan myös muihin kuin varsinaiseen tekohetkeen liittyviin seikoihin.

Enemmistön syyksilukemisperusteisiin liittyi olennaisesti se, että seurauksen oli täytynyt näyttäytyä tekijälle ”som praktiskt taget oundvikligt”. Mitä tämä tarkoittaa? Perustelua on tulkittu monin tavoin. Olisiko kyseessä peräti dolus

suuntaisesti KKO 1993:5. Uudemmassa prejudikaatissa NJA 1998 s. 86, jossa naisuhri tapauksen KKO 1998:1 tavoin jäi henkiin, on syyte murhan yrityksestä hylätty hypoteettisen tahtoteorian mukaisin perusteluin.

determinatus? Vai omaksuiko HD vastoin vuoden 1959 prejudikaattia jonkinlaisen todennäköisyystahallisuuden? Mikäli näin olisi, ei todennäköisyystahallisuus näyttäisi laajentavan tahallisuuden alaa, mitä toisinaan on epäilty – päätyihän vähemmistökin samaan lopputulokseen perinteistä hypoteettista tahtoteoriaa soveltaen.⁶² Mikäli kyseessä olisi todennäköisyystahallisuus, näyttäisi todennäköisyyden aste kuitenkin huomattavasti korkeammalta kuin norjalais-tanskalaisessa yksinkertaisessa överbägarande sannolikheter -todennäköisyystahallisuudessa.

Erääksi tulkintavaihtoehtoksi onkin tarjottu dolus directusta. Jareborgin mukaan dolus directus ei edellytä absoluuttista varmuutta. ”Den visshet som krävs för indirekt uppsåt torde kunna karakteriseras som ’praktisk visshet’, dvs det krävs att gärningsmannen inte hyser något egentligt tvivel, men det krävs inte att han inte kan föreställa sig att han kan ha fel.” Tällaisesta varmuudesta näyttäisi tapauksessa olevan kyse Jareborgin mielestä. Ero dolus indirectuksen ja eventuaalisen välillä on jossain määrin samaa.⁶³

Kyseisessä tapauksessa – kuten useissa suomalaisissa ratkaisuisissa – on ollut kyse humalapuukkotaposta. Strömmerstedt tuo esiin sen mielenkiintoisen seikan, että mikäli (itseaiheutetussa) humalassa olleen tekijän tahallisuudelle voidaan yleisesti ottaen asettaa poikkeavat vaatimukset, esim. luopumalla (efterge) vaatimasta tahallisuutta, luulisi humalapuukkojuttujen olevan kuin suorastaan tällaisen opin ydinaluetapauksia. Harvoille tulisi kuitenkaan mieleen olla edellyttämättä tahallisuutta henkirikosasiassa – vaikka tekijä olisi ollut humalassa.⁶⁴

2.4.2 1980-luvulta vuosituhannen loppuun

NJA 1980 s. 514. B oli 29.1.1980 pysäköinyt autonsa postin lastausalueelle. Päästäkseen jatkamaan lastaustöitä kuorma-autolla K oli useaan kertaan, ensin ulkona ja sitten sisällä postissa, pyytänyt B:tä siirtämään autonsa pois tieltä. B ei ollut vastannut mitään. Lopulta K otti postissa B:tä kädestä kiinni ja ryhtyi saattamaan tätä ulos siirtämään autoaan. Vaikutti siltä, että B ryhtyisi toimimaan pyydetyn tavoin, jolloin K lakkasi pitämästä kiinni B:n kädestä. B:n ja K:n saavuttua ulko-ovelle johtavien portaiden luo B oli kääntynyt ja iskenyt K:ta vatsaan veitsellä, jonka terän pituus oli 15–20 cm. Yläviistoon suuntautunut isku lävisti paksunsuolen ja ulottui 12. vasemmanpuoleisen kylkiluun keskiosan seutuville. Jutussa tuotiin esille, että B kärsi fobioista ja että hänen oli tämän vuoksi vaikea oleskella julkisilla paikoilla. B ilmoitti olleensa varma, että K työntäisi hänet portaita alas.

TR tuomitsi 13.5.1980 B:n tapon yrityksestä todeten, että ”[v]id avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått

⁶² Näin Strömmerstedt 1987 s. 79.

⁶³ Jareborg 1990 s. 11 ja 1994 s. 225. Leijonhufvudin ja Wennbergin 1997 s. 66 arvio on samansuuntainen. Ks. myös Strömmerstedt 1987 s. 78–79 ja 198 av. 24.

⁶⁴ Strömmerstedt 1987 s. 152 ja 159–160.

som praktiskt taget oundvikligt.” B valitti tuomiosta. HovR för Västra Sverige katsoi tuomiossaan 26.6.1980 selviteteksi, että

B har tillfogat K skadorna genom ett avsiktligt knivhugg mot dennes buk. Skadorna ha varit livshotande. För B måste det ha framstått som i hög grad sannolikt att K skulle dö av knivhugget, och med tanke på B:s handlingssätt är det uppenbart att B har förhållit sig likgiltigt till följderna av gärningen.

HovR pysytti TR:n tuomion. B haki muutosta. Vastauksessaan RÅ lausui, että Ruotsin oikeudessa oli todellisen tahtoteorian ohella hyväksytty hypoteettinen tahtoteoria. Asiaa koskevan keskeisimmän ratkaisun, NJA 1959 s. 63:n jälkeen kysymys todennäköisyydestä tahallisuuden hyväksymisestä ei ollut ollut esillä HD:ssa. Hypoteettista tahtoteoriaa vastaan oli olemassa vahvoja syitä; nämä syyt eivät puhuneet yhtä voimakkaasti positiivista tahtoteoriaa vastaan, jonka mukaista tahallisuutta oli kuitenkin vaikeampi näyttää. Erityisesti väkivaltarikoksissa hypoteettisen tahtoteorian avulla oli vaikea päästä hyväksyttäviin tuloksiin oikeuskäytännössä. Olisikin perusteltua (etenkin väkivaltarikoksissa) hyväksyä todennäköisyydestä tahallisuudelle tahallisuusarviointia täydentävä funktio.

HD:n enemmistö totesi 16.10.1980, että B:n luonteenlaadusta esiin tullut vaikeutti tahallisuuden arviointia. Näyttämättä oli jäänyt, että B olisi pyrkinyt tappamaan K:n tai että hypoteesi antaisi positiivisen tuloksen. Lisäksi enemmistö lausui:

På grund av det anförda kan B – även om han, såsom riksåklagaren hävdar, i gärningsögonblicket varit medveten om att sannolikheten för en dödlig effekt av hans handlande var högst avsevärd – inte dömas för försök till dråp.

Enemmistö tuomitsi näin ollen B:n törkeästä pahoinpitelystä sekä varkaudesta ja petoksesta kolmen vuoden vankeusrangaistukseen. Vähemmistön (kaksi JR:ää) mukaan K:n kuoleman oli täytynyt näyttäytyä B:lle ”som i hög grad sannolikt”. Huomioon ottaen ennen kaikkea teon laatu ja vaarallisuus sekä mitä B:n henkilöstä oli tullut esille (hänen psyykensä erityispiirteet ja aiemmin tehty ryöstö) oli pidettävä varmana, ettei varmuus seurauksesta olisi pidättänyt B:tä teosta.

TR sovelsi ratkaisuunsa siis ratkaisun NJA 1977 s. 630 tuomioperusteita. HovR ei puolestaan ilmeisesti katsonut tekijän mieltämisen yltävän näin korkeaan todennäköisyyteen, vaan tuomitsi B:n heikomman todennäköisyyskriteerin ja välinpitämättömyyden näkökohdan perusteella.⁶⁵ HD:ssa enemmistö ja vä-

⁶⁵ Ratkaisussa KKO 1985 II 172 oli samankaltaiset perustelut. Tapauksessa NJA 1980 s. 514 on sitä todennäköisyyden astetta, jolla vastaajan oli täytynyt mieltää seurauksen syntyvän, arvioitu eri tavoin: TR: *praktiskt taget oundvikligt*; HovR ja HD:n vähemmistö: *i hög grad sannolikt*; RÅ: ei *praktiskt taget oundvikligt*, mutta kylläkin *högt avsevärd sannolikhet*; HD:n enemmistö: *högt avsevärd sannolikhet*.

hemmistö päätyivät eri tuloksiin samaa sääntöä eli hypoteettista tahtoteoriaa soveltaen. Strömmerstedt pitää tätä ongelmallisena, eikä hypoteesi hänen mukaansa takaakaan restriktiivistä tahallisuutta. Perustava käsitys tekijän tahallisuudesta pohjautuu arvostuksille, joita ei voida vangita teoreettisiin malleihin.⁶⁶

Tapauksen erityispiirteen muodosti tekijän fobioiden rasittama luonteenlaatu. Luonteenpiirteiden liittäminen tahallisuusarviointiin tuo hypoteettiseen tahtoteoriaan negatiivista tekijärikosoikeudellista väritystä; ratkaisevaksi ei välttämättä muodostu Jareborgin termien *episodisk* vaan *dispositionell likgiltighet*⁶⁷. Asialla on muutakin merkitystä; miltä osin kyse on syyntakeisuus-, miltä osin tahallisuuskysymyksestä? Fobiat voivat johtaa mm. virhekesityksiin hätävarjelu tarpeellisuudesta. Ihmisten erilainen älykkyys ja erilaiset kokemukset ovat ylipäättään asioita, jotka eri tahallisuusmallien tulee ottaa huomioon. Siitä, että jokin on esimerkiksi todennäköistä, ei seuraa, että myös tekijä olisi pitänyt sitä todennäköisenä.⁶⁸

Ratkaisulla on ollut myös suuri yleisen tason merkitys ruotsalaisen tahallisuusopin kannalta. Jo toisen kerran – ensimmäinen yrityshän oli vuodelta 1959 – RÅ yritti saada HD:ta hyväksymään yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden. Kyseessä ei ollut yritys saattaa todennäköisyystahallisuutta yksinomaiseksi tahallisuuden alinta astetta koskevaksi malliksi, vaan ainakin *expressis verbis* RÅ tavoitteli vaatimattomammin todennäköisyystahallisuudelle vain täydentävää asemaa – ja sitäkin lähinnä väkivaltarikoksissa. Siihen RÅ:nkin (s. 522) viittaamaan seikkaan nähden, että todennäköisyys on hypoteesinkin kannalta tärkeä asia, vaikuttaa HD:n torjuva suhtautuminen ehkä yllättävänkin jyrkältä. Tämän jälkeen lienee myös aiempaa koherentimpaa tulkita ratkaisua NJA 1977 s. 630 dolus directuksen näkökulmasta.⁶⁹

NJA 1985 s. 757. 17-vuotias J oli 15.3.1985 juotuaan illan aikana olutta ollut ulkona kahden ystävänsä kanssa. Oli syntynyt sananvaihtoa G:n kanssa. G:n lähdettyä tämän seurauksena tulemaan heitä kohti olivat J:n ystävät konfliktia välttääkseen poistuneet paikalta. J otti esiin 25 sentin pituisen kalaveitsen. J:n onnistui saada vasen kätensä G:n kaulan ympäri, minkä jälkeen J löi kolme kertaa G:tä veitsellä niskaan. G lähti juoksemaan pois J:n seurattessa häntä. Niskaan osuneet lyönnit olivat 4–5 cm, 5–6 cm ja 8 cm syvät. Lisäksi G oli saanut vasemmalle puolelle rintaansa iskun, joka oli ulottunut kahdeksannen kylkiluun alaosaan. Epäselväksi jäi, missä vaiheessa tapahtumaa viimeksi mainittu isku tapahtui. Iskut olivat lävistäneet G:n nahkatakia. G kuoli 18.3.1985 niskaan osuneesta lyönnistä. J:tä syytettiin taposta.

⁶⁶ Strömmerstedt 1987 s. 84 ja 99.

⁶⁷ Ks. Jareborg 1994 s. 219–220.

⁶⁸ Ks. myös Åqvist 1985 s. 94–95.

⁶⁹ Ks. Waaben 1982 s. 402–404, Strömmerstedt 1987 s. 82–84, Jareborg 1994 s. 207–208 ja Leijonhufvud – Wennberg 2005 s. 60. Zilan 2003 s. 338–339 mukaan vuoden 1959 ja 1980 ratkaisut lienevät olleet erityisen tärkeitä arvioitaessa voimassa olevan oikeuden sisältöä.

Häntä syytettiin myös törkeästä pahoinpitelystä, koska hän oli 22.12.1984 pistänyt B:tä veitsellä kaulaan ja niskaan.

TR tuomitsi 4.7.1985 J:n taposta ja törkeästä pahoinpitelystä. J haki muutosta. HovR antoi tuomionsa 5.9.1985. Se katsoi, että iskujen sijaintiin ja laatuun nähden J:llä oli joka tapauksessa ollut dolus eventualis suhteessa G:n kuolemaan ja pysytti TR:n ratkaisun. Yksi jäsen perusteli hypoteettisen tahtoteorian mukaista tahallisuutta ottaen huomioon J:n menettelyn niin ennen tekoa kuin jälkitilanteessakin samoin kuin sen, ettei J ollut tyytynyt lyömään G:tä vain kerran. Kaksi jäsentä oli erimielisiä myös lopputuloksesta. He katsoivat selvitetyn, että J ”måste visserligen ha begripit att det fanns en mycket stor risk för dödlig utgång”. Kuitenkaan ei voitu pitää täysin varmana sitä, että J olisi menetellyt näin, jos hän olisi pitänyt G:n kuolemaa varmana. He katsoivat, että kyse oli törkeästä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta. J haki muutosta. HD tuomitsi J:n mm. taposta:

Skadornas art och det sätt på vilket de tillfogats G visar att J vid huggen i vart fall varit helt likgiltig för om G skulle dö eller ej. J kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

Keskeistä tapauksessa on se, että HD – toisin kuin alemmat oikeusasteet – perusteli langettavan ratkaisunsa J:n (totaalisella) välinpitämättömyydellä. Kun HD ei viitannut ratkaisussaan (perinteiseen) dolus eventualikseen eikä sen osiin, pohtivat Leijonhufvud ja Wennberg, onko HD ottanut askeleen kohti uudenlaista tahallisuusarviointia⁷⁰. Ratkaisun terminologia viittaa positiivisen tahtoteorian mukaiseen tahallisuuden ja tuottamuksen väliseen rajanvetoon⁷¹. HD:n ratkaisu oli yksimielinen ja keskeinen rajanvetokriteeri on otettu myös otsikko-osaan⁷².

NJA 1990 s. 210. F oli tulossa juhlista tyttöystävänsä kanssa, kun hän ulkomaalaisuutensa vuoksi joutui muutaman nuoren, erityisesti asianomistaja M:n ja N:n takaa-ajamaksi. Jäätyään kiinni F sai vastaanottaa useita iskuja. Hän pääsi kuitenkin karkuun M:n ja N:n lähtiessä uudelleen tavoittamaan F:ää. F otti esille tapetiveitsen ja huiatoi sillä kohti M:ää. M:n farkkutakki vahingoittui useasta kohtaa. M sai myöskin 7 cm pituisen haavan ohimoonsa, 6 cm pituisen haavan poskeensa ja 2–3 cm pituisen haavan kaulaansa. F kertoi olleensa peloissaan, ettei hänellä ollut ollut tarkoitusta vahingoittaa M:ää ja että hän ei ollut huomannut osuneensa M:ään. F:ää syytettiin törkeästä pahoinpitelystä (sekä näpistyksestä).

⁷⁰ Leijonhufvud – Wennberg 1997 s. 67.

⁷¹ Strömmerstedt 1987 s. 31. Ks. myös Jareborg 1994 s. 208 ja 211.

⁷² On ajateltavissa, että tuomiolla olisi voinut olla vaikutusta ratkaisun KKO 1986 II 70 tahallisuuden sisältonormin muotoiluun. Sama ajatus tulee mieleen ratkaisusta NJA 1977 s. 630 suhteessa ensimmäisiin varsinaisiin tahallisuusprejudikaatteihimme KKO 1978 II 24 ja 111.

TR katsoi tuomiossaan 21.11.1988, että F olisi menetellyt kuten oli tapahtunut, vaikka olisi tiennyt osuvansa M:ään. F tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä ja näpistyksestä. HovR arvioi 22.6.1989 vastuukysymystä kuten TR. F haki muutosta. HD lausui tuomiossaan tahallisuudesta, että

han i detta skede måste ha träffat M flera gånger med tapetkniven, låt vara att själva kroppsskadorna kan ha orsakats av ett enda knivsnitt. Anförda omständigheter visar att F då var helt likgiltig för om han skulle komma att träffa M med kniven och tillfoga honom sådana skador som angetts i gärningsbeskrivningen. Därmed har F uppsåtligen tillfogat M skadorna.

HD katsoi kuitenkin, että F:n oli hätävarjelun liioittelua merkitsevän pahoinpitelyteon yhteydessä ollut vaikea malttaa mieltään (BrB 24:5.1), mistä syystä syyte pahoinpitelyrikoksesta hylättiin.

Myös tässä tapauksessa HD muutti siis alempien oikeusasteiden hypoteettista tahtoteoriaa tarkoittavat syyksilukemisperusteet positiivisen tahtoteorian mukaisiksi. Tahallisuusarvioinnin lopputulos pysyi kaikissa oikeusasteissa samana. Tässä, kuten myös ratkaisussa NJA 1985 s. 757, oli kyse syyksilukevasta tahallisuusratkaisusta⁷³.

NJA 1994 s. 614. Vastaaja A oli saanut tiedon HIV-infektiostaan ja asianmukaisen informaation 3.10.1990. Hän oli kuitenkin loka-marraskuussa 1992 ollut asianomistaja S:n kanssa ainakin kahdesti suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä informoimatta S:ää infektiostaan. S ei saanut tartuntaa. Syyttäjä syytti A:ta törkeän pahoinpitelyn yrityksestä, vaihtoehtoisesti vaaran aiheuttamisesta.

Örebro tingsrätt katsoi ratkaisussaan 24.2.1994, että A oli yhdyntätilanteissa syyllistynyt törkeän pahoinpitelyn yritykseen. A tuomittiin menettelystään sekä mm. virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta 2 vuoden vankeusrangaistukseen. Syyttäjä haki ratkaisuun muutosta vaatien rangaistuksen korottamista. A vaati syytteen hylkäämistä. Göta HovR pysytti 22.6.1994 syyksilukemista koskevan ratkaisun korottaen rangaistuksen 3 vuoteen vankeutta.

Syyttäjä haki ratkaisuun muutosta vaatien rangaistuksen korottamista. A, joka 7.7.1994 ilmoitti tyytyvänsä ratkaisuun, vaati syyttäjän muutoksenhaun hylkäämistä katsoen, että kyseessä oli rankaisematon teko tai enintään vaaran aiheuttaminen. HD päätti 2.8.1994 rajoittaa jutun tutkimisen ”till den straffrättsliga bedömningen av de gärningar HovR:n funnit utgöra försök till grov misshandel och till påföljdsfrågan”⁷⁴. Ratkaisussaan 31.10.1994 HD katsoi, että A oli syyllistynyt törkeän pahoinpitelyn yritykseen ja pysytti seuraamuksen.

⁷³ Jareborg 1994 s. 225 näyttää pitävän tätä NJA 1977 s. 630:n tavoin dolus directuksen ja tahallisuuden alimman asteen ”sameaa” rajaa edustavana ratkaisuna. Ks. myös *Leijonhufvud – Wennberg* 1997 s. 67 ja 101–102.

⁷⁴ NJA 1994 s. 617.

Justitierådet Lind, jonka näkemykseen kolme jäsentä pääasiallisesti yhtyi, otti kantaa tahallisuuskysymykseen, vaikka HD oli päättänyt rajoittaa tarkastelun HovR:n syyksilukemaan menettelyyn. Lindin mukaan tekijällä ei kyseisen kaltaisissa tilanteissa yleensä ole dolus determinatusta, vaan kysymys on tahallisuuden alimman asteen edellytysten tutkimisesta. Dolus eventualis on käsillä, jos tekijä ensinnäkin pitää seurausta mahdollisena ja varmuus seurauksen syntymisestä ei toisekseen olisi pidättänyt häntä teosta. Tahallisuuden ensimmäinen vaihe ei aiheuttane suuria ongelmia. Usein puuttuu varma pohja katsoa II-vaihe täyttyneeksi. Sitä ei saa johtaa siitä, että tekijä on havainnut riskin; silloin ensimmäinen vaihe olisi itse asiassa ratkaiseva, ja kyse olisi jonkinlaisesta todennäköisyystahallisuudesta, jota Ruotsin rikosoikeudessa ei ole hyväksytty. Lindin mukaan ”HD har under senare år i fråga om våldsbrott tillämpat det eventuella uppsåtet så att domstolen vid prövning av det senare ledet ställt sig frågan, om gärningsmannen varit helt likgiltig för effekten av det handlande som läggs honom till last. Han har t ex varit helt likgiltig för om det knivhugg han utdelade skulle medföra döden eller ej” (NJA 1985 s. 757)⁷⁵. Tällaisissa tapauksissa seuraus on ollut läheisessä yhteydessä tekoon, seuraus on ollut hyvin todennäköinen, tekijä on halunnut vahingoittaa uhria ja teko on tehty konfrontaatiossa kiihtyneen tunnelman vallitessa. Ratkaistavana olevan jutun tyyppinen tilanne on aivan toinen. Seuraus selviää vasta lääketieteellisen tutkimuksen jälkeen, tekijä ei yleensä halua loukata toista vaan yhdyntää, on mahdotonta ennakoida johtaako tietty yhdyntä tartuntaan eikä kyse yhteisymmärryksellisessä seksissä ole konfrontaatiosta. ”Mot bakgrund härav är det tydligt, att det måste finnas någon särskild omständighet som kan läggas till grund för en bedömning att det andra ledet i det eventuella uppsåtet är uppfyllt. Vad det skulle kunna vara är svårt att förutse.”⁷⁶

Doktriinissa on Lindin mukaan katsottu, että dolus eventualista on sovellettava varovaisesti erityisesti vakavissa rikoksissa. Dolus eventualiksen soveltaminen tarkasteltavana olevan kaltaiseen tekoon menisi hyvin pitkälle. Huomioon ottaen lääketieteellinen nykytieto tulisi tartuntariskin ja seuraukset tunteva vastaaja, jolla katsotaan olleen tahallisuus suhteessa tartuntaan, tuomita itse asiassa tahallisuudesta henkirikoksesta. ”Det framstår emellertid som orimligt att ett frivilligt oskyddat samlag med tillämpning av eventuellt uppsåt skulle kunna medföra ansvar för dråp eller mord⁷⁷.” Lähempänä onkin pitää tekoa vaaran aiheuttamisena tai – tartunnan tapahtuessa – törkeänä ruumiinvamman tuottamuksena⁷⁸.

⁷⁵ NJA 1994 s. 618.

⁷⁶ NJA 1994 s. 618.

⁷⁷ NJA 1994 s. 619.

⁷⁸ NJA 1994 s. 614–619.

A tuomittiin siis törkeän pahoinpitelyn yrityksestä. Prosessuaaliset seikat tekevät HD:n ratkaisun arvioinnin prejudikaattina ongelmalliseksi.⁷⁹ Erityisen kiinnostava on JR Lindin dictum.

Lind esitti ensinnäkin tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetoa koskevan normipremissin⁸⁰. Siinä välinpitämättömyys muodostaa eräänlaisen testin tai täsmennyksen hypoteettiselle tahtoteorialle⁸¹. Lind viittaakin HD:n vuoden 1985 tahallisuusratkaisuun. Todennäköisyystahallisuutta Ruotsin oikeudessa ei sen sijaan ole hyväksytty. Hän vertaa tapauksessa esiintyneen tyyppistä tekoa tavallisiin väkivaltarikoksiin ja esittää tartuttamisen osalta joukon tyypillisiä vastaargumentteja tahallisuudelle⁸². Lindin mainitsemat erot vertailutapausten välillä ovat pitkälti olemassa, toinen asia onkin sitten niiden oikeudellinen merkitys. Wennberg kysyy, miksi joku HIV-infektiostaan tietoinen ei käyttäisi kondomia, jos hän ei ole välinpitämätön tartunnan tapahtumisesta. On otettu enemmän tai vähemmän annettuna, ettei seksiteossa tartuntaa ainakaan todistettavasti aiheuteta tahallaan. Hänen mielestään Lind suurentelee HIV-juttuihin liittyviä todisteluvaikkeitä. Parantumaton ja epärealistinen optimisti voisi luottaa -p; tällaisissa tapauksissa dolus eventualiksen edellytykset eivät tietenkään täyty.⁸³ Se, ettei tekijä halua vahingoittaa partneriaan vaan haluaa ainoastaan yhdyntää, ei Wennbergin mielestä sano muuta kuin että kyseessä ei ole dolus determinatus⁸⁴. Sittemmin Lindin ja Wennbergin käsitykset näyttävät sikäli lähentyneen, että Lind on kertonut lausuman tarkoittaneen ennen kaikkea tahallisuusarviointia yksittäisessä yhdynnässä ja Wennberg puolestaan on todennut, ettei hänkään tarkoittanut sitä, että tahallisuus suhteessa tartuntaan olisi aina käsillä. Lind lisäsi perusteluihinsa sen, että on tilastollisesti selvästi todennäköisempää, ettei yksittäinen yhdyntä johda tartuntaan kuin että näin tapahtuisi. Tapauksissa, joissa tekijällä

⁷⁹ HD:n päätöksellä tutkia juttu vain oikeudellisen arvioinnin ja seuraamusten osalta on oma merkityksensä. Epäselväksi jää, miten pitkälle HD:n voidaan katsoa hyväksyneen alempien oikeusasteiden tahallisuusarvioinnin. Lindin käsitys on, että rajaamispäätös ei ilmennä HovR:n tahallisuusratkaisun hyväksymistä. *Lind 1995–96* s. 236–238 selostaa dictumin synnyn historiaa ja katsoo, ettei sillä ole normialuovaa vaikutusta, vaikka kolme JR:ää yhtyi pääosin hänen lausumiinsa. Lindin dictum on kuitenkin ollut merkittävä sekä HIV-juttujen että tahallisuusnormin näkökulmasta. Ks. *SOU 1996:185a* s. 98–99. Kriittisesti HD:n prosessuaalisesta ratkaisusta Wennberg *1994–95a* s. 729–730.

⁸⁰ Näin on menetelty myös useissa saksalaisissa ratkaisuissa. Ks. esim. BGH 4.11.1988 ja Suomessa KKO 1993:92.

⁸¹ NJA 1994 s. 618. Vrt. *Honkasalo 1967* s. 91–94, jonka mukaan hypoteesin tuloksella on jonkinlainen rajoitettu merkitys positiivisen tahtoteorian mukaisen tahallisuuden todistamisessa.

⁸² Tyypillisintä vasta-argumenttia, uskoa seurauksen poisjääntiin, hän ei sen sijaan NJA 1994 s. 614:ssä esitä näkemyksensä perusteluksi. Tämä saattaa johtua siitä, että Lind katsoi, ettei yhdynnän seurauksia voida ex ante ennustaa.

⁸³ Luottamus -p:n tahallisuutta poistava merkitys liittyy ennen kaikkea positiivisen tahtoteorian määrittelmään. Näin näyttäisi tässäkin suhteessa tapahtuneen siirtymää kohti sitä.

⁸⁴ Wennberg *1994–95a* s. 730–731 ja *1994–95b* s. 1023.

on suuri määrä yhdyntöjä, ehkä usean partnerin kanssa, tartunnasta ilmoittamatta jättäminen voi merkitä täydellistä välinpitämättömyyttä siitä, tapahtuuko tartunta.⁸⁵

Eräänä perusteena näkemykselleen Lind esitti standardiargumentin tartuttamistahallisuudesta seuraavasta surmaamistahallisuudesta. Tämä tulos – jonka Lindkin tosin katsoo seuraavan nimenomaan riittävillä tiedoilla tartunnan seurauksista – ei de facto ollut välttämätön⁸⁶. Viimeisenä argumenttina Lindillä on kohtuus. Avoimeksi jää, merkitsisikö esimerkiksi raiskaustilanne tahallisuuden kannalta pro-argumenttia⁸⁷.

NJA 1995 s. 119. Vuonna 1966 syntynyt B oli 5.11.1986 saanut tietää HIV-infektiostaan. 12.6.1987 hän sai *smittskyddslagen* edellyttämän informaation. Hän keskusteli lääkäreiden kanssa HIV-infektiostaan myös tämän jälkeen. Tästä huolimatta B oli useita kertoja suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä Charinan kanssa 20.6.1987 ja elokuun puolivälin 1987 välisenä aikana, Camillan kanssa heinäkuun 1987 ja helmikuun 1990 välisenä aikana, Ann-Sofien kanssa toukokuun ja syyskuun välisenä aikana 1989 ja Marie-Louisen kanssa syys-lokakuun 1989 ja maaliskuun 1992 välisenä aikana sekä kerran suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä Britt-Louisen kanssa maaliskuussa 1989. B ei informoinut partnereitaan HIV-infektiostaan. Camilla ja Ann-Sofie tulivat raskaaksi. Marie-Louise ja Britt-Louise saivat HIV-tartunnan. Virallinen syyttäjä syytti B:tä eräiden muiden rikosten ohella kahdesta törkeästä pahoinpitelystä ja kolmesta törkeän pahoinpitelyn yrityksestä sekä tartunnan levittämisestä (BrB 13:7). B myönsi saaneensa tiedon infektiostaan 5.11.1986, mutta ilmoitti, ettei hän ollut uskonut testitulosta ja ettei hän muistanut informointitilanteita.

Stockholms TR ratkaisi asian 4.10.1994. Se katsoi B:n syyllistyneen törkeisiin pahoinpitelyihin ja niiden yrityksiin. B tuomittiin niistä ja eräistä muista rikoksista 7 vuodeksi vankeuteen. Menettelyn ei katsottu toteuttavan BrB 13:7:n edellytystä tartunnan yleisestä vaarasta.

Syyttäjä ja B valittivat ratkaisusta. Syyttäjä vaati B:n tuomitsemista tartunnan levittämisestä ja joka tapauksessa rangaistuksen korottamista. B vaati syytteiden hylkäämistä törkeistä pahoinpitelyistä ja niiden yrityksistä sekä rangaistuksen lieventämistä. Svea HovR ratkaisi asian 20.12.1994. Sen mukaan B:n oli täytyntä käsittää, että hän altisti asianomistajat HIV-tartunnalle suojaamattomien yhdyntöjen kautta.

⁸⁵ Ks. *Lind 1995–96 s. 237–238* ja *Wennberg 1995–96 s. 984–985*.

⁸⁶ Ks. tästä kysymyksestä *Matikkala 1995 s. 227–228*. Toinen asia on, oliko kuoleman suurta todennäköisyyttä pidettävä notorisena. Uudet hoidot ovat merkinneet HIV-infektoituneen elinajan-odotteen merkittävästi pitenemistä.

⁸⁷ Skeptisesti Lindin argumentaatioon suhtautuu *Wennberg 1994–95a s. 730–731*. Wennberg hakee ratkaisua tahallisten henkirikosten ongelmaan sitä kautta, että syy-yhteys teon ja seurauksen välillä ei saa olla ”alltför avlägset”. Esitys jää hiukan ohueksi. Ks. *Wennberg 1994–95a s. 731, 1994–95b s. 1023–1024* ja *1995–96 s. 985–986*. Ks. yrityksistä ”katkaista” objektiivinen syyksilukeminen teon ja kuolema-seurauksen välisen pitkän ajan perusteella HIV-jutuissa myös *Matikkala 1995 s. 155–165*.

B ”[...] haft ett stort antal oskyddade samlag med totalt fem kvinnor. Han har således vid alla dessa tillfällen brutit mot de förhållningsregler han fick redan i juni 1987. Av detta och av vad som i övrigt kommit fram om hans livsföring och brottsliga beteende i övrigt under den tid åtalet avser kan annan slutsats inte dras än att han genomgående varit helt likgiltig för den smittoöverföring som kunde följa på de oskyddade samlagen. Genom sitt handlande har han helt överlåtit åt slumpen att avgöra om den typiskt sett farliga smittan skulle spridas eller inte. Det är vidare fråga om ett stort antal samlag, som alla var för sig varit ägnade att leda till den åtalade effekten [...] Omständigheterna i målet är därför sammantagna sådana att det måste hållas för visst att [...] B skulle ha genomfört de oskyddade samlagen med målsägandena även om han föreställt sig att de skulle bli smittade”.⁸⁸

HovR katsoi B:n syyllistyneen TR:n syyksilukemien rikosten lisäksi tartunnan levittämiseen. HovR pysytti TR:n määräämän rangaistuksen.

B valitti HovR:n ratkaisusta. Siltä varalta, että B:n valitus menestyisi, syyttävä esitti vaihtoehtoisen rangaistusvaatimuksen Marie-Louiseen ja Camillaan kohdistuneesta menettelystä, edelliseen nähden sairauden tuottamuksesta (BrB 3:8.2) ja jälkimmäiseen nähden vaaran aiheuttamisesta (BrB 3:9). HD katsoi ratkaisussaan 10.3.1995, että ”[v]id nu angivna omständigheter måste [...] B ha varit medveten om sin HIV-infektion när han hade samlag med målsägandena. Han måste också ha haft klart för sig hur allvarlig en smittoöverföring skulle vara för dem [...] B har trots detta inte använt kondom. Med hänsyn härtill och med beaktande av omständigheterna i övrigt [...] B har handlat med ett sådant mått av hänsynslöshet gentemot målsägandena att det måste hållas för visst att han inte skulle ha avhållit sig från att genomföra samlagen även om han vetat att risken för smittoöverföring skulle förverkligas”.⁸⁹ Riski oli ollut käsillä, että hänen menettelynsä olisi voinut johtaa yleiseen hengen tai terveyden vaaraan. HovR:n päätöstä muutettiin tältä osin siten, että B:n syyksi luettiin tartunnan levittämisen yritys. Syytä muuttaa HovR:n määräämää seuraamusta ei ollut.

Vähemmistö (JR:t Jermsten ja Nilsson) oli eri mieltä ja katsoi, että B,

”[...] med sin allmänt överslätande attityd, kan ha varit snar att fästa ett överdrivet avseende vid bla de omständigheterna att Camilla lätit HIV-testa sig med negativt resultat och att han själv känt sig helt frisk. Det bör vidare noteras att [...] B, enligt egna uppgifter, varit känslomässigt engagerad i målsägandena samt att hans förbindelser med dem, utom beträffande Britt-Louise, senare också utvecklat sig till mer eller mindre varaktiga samboliknande förhållanden. Till detta kommer att [...] B framstår som påtagligt omogen och allmänt tanklös [...] Vid en sammanvägning av vad sålunda anförts finner vi att det inte med tillräcklig grad av säkerhet kan förutsättas att [...] B skulle ha genomfört påtalade oskyddade samlag om han varit säker på att han därigenom skulle överföra HIV-smittan till den han hade samlag med”.⁹⁰ Syytteet törkeistä pahoinpitelyistä ja niiden yrityksistä sekä tar-

⁸⁸ NJA 1995 s. 127.

⁸⁹ NJA 1995 s. 132.

⁹⁰ NJA 1995 s. 134.

tunnan levittämisestä tulivat näin ollen hylättäviksi. B:n katsottiin syyllistyneen Marie-Louiseen kohdistuneeseen sairauden tuottamukseen ja Camillaan kohdistuneeseen vaaran aiheuttamiseen. Charinaan, Britt-Louiseen ja Ann-Sofieen kohdistuneista teoista syyttäjä ei (vanhentumisen takia) ollut esittänyt vaihtoehtoja syytettä. Vähemmistö olisi tuominnut B:n 3 vuodeksi vankeuteen.⁹¹

Tässäkin jutussa ratkaisevassa asemassa oli tahallisuutta koskeva näyttö. B:n keskeinen kiistoperuste oli se, ettei hän uskonut olevansa infektoitunut. Kyse ei siis kuitenkaan ollut siitä, etteikö häntä olisi testattu ja tulosta ilmoitettu hänelle ennen tekoja; B:hän oli myöntänyt saaneensa tiedon testin tuloksesta jo vuonna 1986. Oikeusasteet katsoivatkin selvitetyn, että B oli tietoinen infektoitumisestaan. Kyse oli siitä, oliko B tahallisuuteen vaikuttavalla tavalla sisäisesti torjunut tämän tiedon. Rikosoikeudellisesti kysymys koskee tavallaan lähinnä tiedostamisen syvyydelle asetettavia edellytyksiä. Etenkin HD:n vähemmistö otti tämän seikan kuitenkin huomioon tarkastellessaan kysymystä siitä, antaako hypoteettisen tahtoteorian jälkimmäinen vaihe myöntävän vai kieltävän vastauksen.⁹²

Sekä HovR että HD ratkaisivat tahallisuuskysymyksen hypoteettisen tahtoteorian mukaisesti, vaikka etenkin HovR argumentoi myös positiivisen tahtoteorian termein. Materiaalisesti keskeinen seikka seuraustahallisuuteen päädyttäessä lienee ollut partnerien ja suojaamattomien yhdyntöjen suuri määrä. Tärkeätä on nähdäkseni jälleen kerran ollut myös se, että suojaamaton yhdyntä merkitsee seurauksen jättämistä sattuman varaan. HovR:n argumentaatio sisältää myös sellaisia rikoksen tekijään liittyviä näkökohtia, joiden vuoksi hypoteettista tahtoteoriaa on periaatteellisesti kritisoitu.⁹³ Sellainen näkökohta – HovR:n mukaan tosin välinpitämättömyyttä ilmentävä – oli etenkin tekijän elämäntapa ja muu rikollisuus törkeitä pahoinpitelyjä ja niiden yrityksiä koskevan syytteen tekoajanjaksolla. HD:n materiaaliset tahallisuusperustelut ovat melko yleisluontoiset. Vähemmistö on antanut merkitystä B:n tiedostamisen syvyyttä koskevien seikkojen ohella mm. sille, että kyse oli yhtä asianomistajaa lukuun ottamatta pidempiaikaisista suhteista.⁹⁴

Wennbergin mielestä eräät vähemmistön esittämistä näkökohdista – hän tarkastelee etenkin näkökohtia tekijän kypsytymättömyydestä ja yleisestä ajattelemattomuudesta – saattavat pikemminkin tukea tahallisuutta. Hypoteesissa hypoteettista on vain tunnusmerkkien toteutumisen pitäminen varmana. Hypoteesissa ei kysytä, mitä vastaaja asiaa kypsästi harkittuaan olisi tehnyt: ”Frågan hur han skulle ha handlat, om han kommit på bättre tankar och lyssnat på samvetets smygande röst, ligger utanför frågeställningen.” Vähemmistö ei tosin suoraan väitä-

⁹¹ NJA 1995 s. 119–134.

⁹² Tiedostamisen tasoista ks. esim. *Jareborg 1969* s. 210–223.

⁹³ Hypoteettisen tahtoteorian kritiikistä ks. esim. *Jareborg 1990* s. 12–13.

⁹⁴ Kognitiivisten tahallisuusteorioiden kannalta kyse saattaisi olla pikemminkin tahallisuuden puolesta puhuvasta seikasta, jos useaa osatekoa arvioidaan kokonaisuutena.

kään, että hypoteesissa kysyttäisiin, mitä hän olisi tehnyt jos hän olisi ollut kypsempi ja vähemmän ajattelematon, mutta Wennberg ajattelee, että näitä seikkoja on käytetty selittämään sitä, kuinka vastaaja saattoi olla niin välinpitämätön asianomistajista. Tällöin ollaan kuitenkin lähtöpisteessä, sillä välinpitämättömyys ilmentää hypoteesin positiivista tulosta. Lopputuloksesta huolimatta myös Lind katsoo, ettei ratkaisun tahallisuusarviointi ole yhteensopimaton hänen ratkaisussa NJA 1994 s. 614 esittämänsä mielipiteen kanssa⁹⁵. Syytteen rajoituksessa törkeään pahoinpitelyyn eivät tuomioistuimet joutuneet ottamaan kantaa surmaamistahallisuutta koskeviin kysymyksiin.

Sekä enemmistö että vähemmistö käyttivät hypoteettista tahtoteoriaa. Tätä on pidetty merkittävänä siitä syystä, että edellisten 10 vuoden aikana välinpitämättömyys oli saanut merkittävää jalansijaa, ja hypoteettista koetta oli etenkin vakavissa väkivaltarikoksissa käytetty lähinnä vapauttavissa ratkaisuissa.⁹⁶

Kiinnostavaa oli myös, toteuttiko menettely pahoinpitelytekojen ohella BrB 13:7:n tartunnan levittämisen (spridande av smitta) edellytykset. Tunnusmerkistön edellyttämä tahallisuus toteutui kun tartuntatahallisuus katsottiin näytetyksi; niinpä HovR ja HD:n enemmistö katsoivat tahallisuuden selvitettyksi, kun taas HD:n vähemmistö, hylätessään syytteet törkeistä pahoinpitelyistä ja niiden yrityksistä, katsoi, ettei tahallisuutta myöskään tartunnan levittämisen tunnusmerkistön osalta ollut näytetty.⁹⁷

NJA 1995 s. 448. S sai huhtikuussa 1994 tietää olevansa HIV-infektoitunut. Lääkäri ja sairaanhoitaja informoivat S:ää tämän merkityksestä ja antoivat hänelle tietoa myös kirjallisessa muodossa. Sitten S harrasti vaginaalisyndyntää A:n, F:n ja P:n kanssa. S ei informoinut heitä tartunnastaan, mutta vain yhdessä yhdynnässä F:n kanssa ei käytetty kondomia. S harrasti em. miesten kanssa myös suojaamatonta oraaliyhdyntää. S ilmoitti mm. ettei ollut täysin ymmärtänyt hänelle annettua informaatiota. Syyttäjä syytti S:ää suojaamattomien yhdyntöjen osalta törkeän pahoinpitelyn yrityksestä tai toissijaisesti vaaran aiheuttamisesta.

TR tuomitsi S:n 22.3.1995 hypoteettiseen tahtoteoriaan viitaten törkeään pahoinpitelyn yrityksistä kahden vuoden vankeusrangaistukseen. HovR, johon sekä S että syyttäjä saattoivat jutun, katsoi tuomiossaan 9.5.1995, että tartuntariski oli epäselvä mitä tuli infektoituneen suorittamaan fellatioon hyläten syytteen tältä osin. Arvioitavaksi jäi F:ään liittyen kaksi oraali- (ilta) ja yksi vaginaalisyndyntä (aamu) ja P:hen nähden yksi oraaliyhdyntä. Se, ettei S ollut ilmoittanut partnereilleen HIV-infektiostaan, puhui dolus eventualiksen puolesta. S oli myö-

⁹⁵ Ks. Wennberg 1994–95b s. 1024–1025 ja Lind 1995–96 s. 237 sekä Vängby 1995 s. 514. Myös HD viittasi NJA 1994 s. 614:een; ks. NJA 1995 s. 130.

⁹⁶ *SOU 1996:185a* s. 98–99.

⁹⁷ Ks. Wennberg 1994–95b s. 1026 sekä tartunnan saaneen vastuusta BrB:n yleisvaarallisten rikosten kannalta laajemmin *Leijonhufvud 1993* s. 131–135.

tävaikuttanut kondomin käyttöön silloin, kun siitä oli ollut etua hänen terveyden-tilansa pysymiseksi salassa. S:llä oli ollut dolus eventualis em. kolmessa tilanteessa. HovR tuomitsi S:n törkeän pahoinpitelyn yrityksistä kahdeksi vuodeksi vankeuteen ja määräsi hänet karkotettavaksi. Vähemmistöön jäänyt jäsen olisi tuominnut S:n vain vaaran aiheuttamisesta. S haki muutosta. HD lausui tuomiossaan tahallisuuden sisältönormista:

Vid den typ av gärningar som är aktuella i målet kan ansvar ådömas för uppsåtligt misshandelsbrott med tillämpning av läran om eventuellt uppsåt (NJA 1995 s. 119). För att detta skall kunna ske fordras för det första att gärningsmannen förstod att sexualpartnern utsattes för en smittorisk. Vidare krävs som ett andra led i prövningen att det står klart att sexualhandlingen skulle ha ägt rum även om gärningsmannen varit säker på att den skulle leda till smittoöverföring. Med hänsyn till gärningens särskilda karaktär kan det andra ledet av prövningen inte anses uppfyllt, såvida det inte i målet finns någon särskild omständighet som kan läggas till en grund för en bedömning att gärningsmannen varit helt likgiltig för om smittoöverföringen skedde (jfr NJA 1994 s 614, JustR Linds särskilda yttrande).

Oli selvää, että S tunsu suojaamattomaan vaginaaliyhdyntään liittyvän tartuntariskin. Sitä vastoin ei ollut yhtä selvää, että S olisi ymmärtänyt, että myös kyseiset oraaliyhdyntämiset sisälsivät tartuntariskin. Kannanotto tähän ei ollut kuitenkaan välttämätön, sillä HD ei katsonut, että S olisi ollut täysin välinpitämätön siitä, saisivatko partnerit tartunnan. Tältä kannalta oli erityisen merkityksellistä, että S:lle oli ollut tärkeää, että kondomia käytettiin vaginaaliyhdyntämisessä. HD tuomitsi S:n vaaran aiheuttamisesta vuoden vankeusrangaistukseen.

Kyseessä on pitkälti näyttöratkaisu. Tahallisuuden kannalta on arvioitu eri tavoin sen merkitystä, että vaginaaliyhdyntämisessä oli yleensä käytetty kondomia. Oraaliyhdyntöjen vaarallisuus ja S:n sitä koskeva tietoisuus on aiheuttanut pohdintaa. Paitsi että oraaliyhdyntämisessä tartuntatodennäköisyys on objektiivisesti vaikea arvioida, oli jutussa myös – HIV-jutuille jossain määrin tyypillisesti – kyse siitä, oliko S ymmärtänyt saamansa suullisen ja kirjallisen informaation.

Prejudikaattien seuraamista voidaan tarkastella mm. tapaustyyppin ja normiformuloinnin näkökulmasta. Se, että joku on HIV-infektiostaan tietoisena suojaamattomassa yhdynnässä ilmoittamatta tartunnastaan partnerilleen, on melko selväpiirteinen tapaustyyppi. JR Lind oli vuoden 1994 ratkaisussa jo esittänyt dictumin tämän tyyppitilanteen tahallisuusarvioinnista ja päätyntä siihen, että tahallisuuden käsilläolo edellyttää tähän tyyppitilanteeseen verrattuna erityisiä olosuhteita. Tällaisia seikkoja ei nyt ollut käsillä.

Ratkaisulla on tahallisuusprejudikaattina myös yleisempää merkitystä. Siinä on ensin kerrottu, mitä tahallisuuden alin aste edellyttää eli luotu sitä koskeva normipremissi⁹⁸, jonka soveltamisesta on sitten ollut kyse. Erittäin kiinnostava

⁹⁸ Normipremissin luomisesta oli kyse myös mm. HIV-ratkaisuissa KKO 1993:92 ja BGH 4.11.1988.

on myös normipremissin sisältö. Siinä on eräänlainen hypoteettisen ja positiivisen tahtoteorian yhdistelmä. Hypoteesi ja välinpitämättömyys on nähty suunnitteen saman asian erilaisina kuvauksina. Normipremissi muistuttaa enemmän JR Lindin vuoden 1994 formulointia kuin esimerkiksi langettavaa HIV-ratkaisua NJA 1995 s. 119, johon myös viitataan. NJA 1995 s. 119:ssa operoitiin puhtaammin hypoteettisella tahtoteorialla⁹⁹.

NJA 1996 s. 27. T, G, F ja D halusivat 4.12.1994 ravintola Storecompagnietiin. T ja G kyllästyivät kohta odottamiseen ja yrittivät päästä jonon ohi, minkä vahtimestarit J ja N estivät. Heidän välilleen syntyi käsikähmä, josta seurasi poliisien tulo paikalle. G:n tiedot otettiin ylös. Vahtimestareille lausuttiin uhkauksia. T, G ja F poistuivat, mutta päättivät palata saadakseen hyvitystä. D:n kuljettaessa autoa haettiin T:n kätköistä automaattiasse. T latasi siihen autossa 20 patruunaa yksitellen. Suunnitelmana oli antaa J:lle opetus siten, että T pitäisi aseella muut loitolle ja G ja F pahoinpitelisivät J:tä. Ajettiin ravintolan läheisyyteen. D jäi odottamaan muita. G kuljetti asetta pitkän takkinsa suojissa. 15–20 metrin päässä ravintolasta kellon ollessa 5 aamulla T otti aseensa G:ltä. T ampui 3–4 laukausta yksitellen maahan, mistä G ja F yllättyivät. Tämän jälkeen hän ampui G:n ja F:n seistesä hänen lähellään kahdessa sarjassa loput patruunat ravintolan eteiseen. T ja G saivat syytteen neljästä murhasta ja viidestä murhan yrityksestä, ja F ja D avunannosta niihin.

TR katsoi ratkaisussaan 23.5.1995 hypoteesin avulla, että F:llä oli tahallisuus suhteessa J:n muttei muiden kuolemaan. F:n tavoin G:kin oli osoittanut hyväksyneensä sen, että ihmisiä saattoi kuolla tai vahingoittua. Heidän katsottiin syyllistyneen avunantoon murhaan ja avunantoon törkeisiin kuolemantuottamuksiin ja törkeisiin vammantuottamuksiin (10 v vankeutta). T tuomittiin syytteen mukaisesti elinkaudeksi vankeuteen ja D avunannosta törkeään pahoinpitelyyn ja törkeisiin kuolemantuottamuksiin ja törkeisiin vammantuottamuksiin (2 v 6 kk vankeutta). Yksi jäsen olisi J:hin kohdistuneen teon osalta tuominnut G:n ja F:n vain avunannosta törkeään pahoinpitelyyn.

Syyttäjät, T, G ja F valittivat HovR:een, joka antoi ratkaisunsa 6.9.1995. HovR katsoi jääneen näyttämättä, että G ja F olisivat menettelleet tapahtunein tavoin, jos he olisivat pitäneet varmana, että J ja muita ammutaan hengiltä. Oli lähdettävä siitä G:n ja F:n ilmoituksesta, että ensimmäiset laaukukset olivat tulleet yllättäen, ja oli otettava huomioon, että heidän henkilöllisyytensä olisi selvinnyt. G ja F tuomittiin, samalla kun T:n tuomio pysytettiin, vain avunannosta törkeisiin

⁹⁹ Lind oli ratkaisemassa myös tapausta NJA 1995 s. 448. Ratkaisuun NJA 1995 s. 448 osallistuneista JR Vängby oli hyväksymässä Lindin dictumia ratkaisussa NJA 1994 s. 614. Vängbyn mielestä hypoteesi on väkivaltarikoksissa ”ren metafysik”. Erityisiä vaikeuksia syntyy HIV-infektion tartuttamisesta yhdynnässä, ”där inte ens den mest insatte läkare kan vara säker på om smittan kommer att överföras eller inte”. Dolus eventualiksen soveltaminen onkin tällaisissa jutuissa johtanut eri mielipiteisiin HD:ssa. *Vängby 1995 s. 514.* HIV-infektioon liittyvistä tahallisuuskysymyksistä seksitekemisissä kokoavasti ks. *Leijonhufvud 1993 s. 113–123, Matikkala 1995 s. 216–231 ja SOU 1996:185a s. 141–145.*

kuoleman- ja vammantuottamuksiin, kumpikin neljäksi vuodeksi vankeuteen. Yksi jäsen olisi pysyttänyt TR:n ratkaisun.

RÅ saattoi asian HD:hen, joka antoi tuomionsa 5.2.1996. Dolus eventualis määräytyi hypoteettisen tahtoteorian mukaisesti. Sen arviointia vaikeutti se, että G:llä ja F:llä ei ollut kontrollia aseeseen. He olivat pitäneet seurauksia mahdollisina. Arvioinnissa merkitystä oli mielletyllä riskillä. ”Ifall det förelegat en helt övervägande risk för effektens inträdande så att utrymmet för en annan handel-seutveckling varit mycket litet, utgör detta ett starkt skäl för ståndpunkten att gärningsmannen under alla förhållanden skulle ha handlat som han gjorde.” Oli ollut hyvin todennäköistä, että tilanne johtaisi ampumiseen. Osallistuminen kostotoimenpiteeseen tällaisella aseella viittasi tiettyyn välinpitämättömyyteen seurauksista. G:llä ja F:llä oli ollut hyvin aikaa ajatella tilannetta. Molemmat tunsivat myös vahvaa lojaalisuutta muita seuruelaisia kohtaan. Vaikka nämä seikat puhuivat vahvasti hypoteesin positiivisen tuloksen puolesta, ei sitä kuitenkaan ollut riittävällä varmuudella näytetty. HovR:n G:lle ja F:lle tuomitsemia rangais-tuksia korotettiin kuuteen vuoteen.

Hypoteettinen tahtoteoria on ollut tahallisuuden alimman asteen ratkaiseva kriteeri. Myös positiivinen tahtoteoria on ollut mukana kuvassa. Oli kuitenkin selvitetty vain tietty yleisluontoinen välinpitämättömyys seurauksista. Keskei-nen näytöllinen seikka – liittyen lähinnä positiivisen tahtoteoriaan – oli se, että G ja F olivat yllättyneet ensimmäisistä, yksittäisistä laukauksista¹⁰⁰. HD:n perustelut tuovat esiin myös vastaajan mieltämän todennäköisyyden merkittävän ase-man hypoteesin lopputuloksen kannalta. Voidaan siis sanoa, että jutussa operoi-tiin kaikilla tahallisuusmalleilla. Todennäköisyyden mieltämistä koskevasta si-taatista käy kuitenkin ilmi paitsi se, että kriteerissä on yleisesti ottaen kyse indi-siosta eikä ratkaisevasta asiasta, myös se, että yksinkertainen todennäköisyys ei mitä ilmeisimmin riittäisi tahallisuuteen – etenkin periaatteellisena ratkaisu-mallina muttei myöskään hypoteesin kautta¹⁰¹.

Kyseessä oli osallisuustilanteeseen liittyvä tahallisuuskysymys, jolloin on otettava huomioon osallisuuden subjektiivisten vaatimusten (yhteisymmärrys ym.) suhde (muihin) tahallisuuskysymyksiin.¹⁰²

¹⁰⁰ Ks. KKO 1978 II 128.

¹⁰¹ Ks. myös *Jareborg* 1994 s. 207. Toinen asia on, että HD korosti tässäkin ratkaisussa varovai-suutta hypoteesin käytössä etenkin vakavissa rikoksissa, joten kattavaa käsitystä myöskään toden-näköisyyden roolista rikoksissa yleensä ei HD:n em. todennäköisyyttä koskevasta lausumista nähdäkseni saa. Ratkaisun on tulkittu ilmentävän vaikeutta saavuttaa riittävää näyttöä hypoteesis-ta. Ks. *SOU* 1996:185b s. 41.

¹⁰² Tahallisuusnäytön ongelmallisuutta etenkin osallisuuskysymyksissä kuvaa osuvasti seuraava HovR:n lausuma (s. 36): ”I allmänhet vet bara den misstänkte själv vad han insåg och vad han tänkte i gärningsögonblicket. Vid sin prövning av frågan om uppsåt är domstolarna hänvisade till att utifrån styrkta och kända omständigheter dra en slutsats om uppsåtet. Om den misstänkte är den som har företagit den skadebringande handlingen berättigar hans beteende ofta slutsatsen att han

NJA 1996 s. 93. Skinheadit olivat 4.6.1994 jahdanneet maahanmuuttajia ja mm. pahoinpidelleet M:n teho-osastolle. 18–21-vuotiaat A, B, C, D ja E valmivat kymmenen palopommiä käytettäväksi skinheadeja vastaan, mikäli nämä hyökkäisivät heidän päälle. He olivat 6.6.1994 lastanneet palopommit sekä mm. lyömävälineitä autoon ja ajaneet keskustaan, jossa M:n isä pitäisi puheen torilla. Poliisit ottivat heidät kiinni ja välineet pois heidän ollessaan pysäköimässä kaupungilla. Syyttäjät syytti heitä törkeän pahoinpitelyn valmistelusta.

TR katsoi tuomiossaan 20.12.1994, että heillä oli ollut ainakin dolus eventualis tehdä pahoinpitelyrikos tuomien heidät kolmen kuukauden vankeusrangais-tukseen. Kaikkien haettua muutosta HovR antoi tuomionsa 30.5.1995. HovR katsoi, että toteutuessaan kyse olisi ollut rankaisemattomasta hätävarjeluteosta. Sellaisen teon valmistelu ei ollut rangaistavaa ja syyte hylättiin.

RÅ haki muutosta. HD:n mukaan kysymys siitä, oliko dolus eventualis käsil-lä, oli ratkaistava lähtien ulkoisesta tapahtumainkulusta ennen valmistelutoimia ja niiden aikana. Dolus eventualis oli käsillä, kun

gärningsmannen inser att det är möjligt att hans fortsatta handlande kan leda till att en viss effekt inträder och det måste hållas för visst att han skulle handla på detta sätt även om han var säker på att effekten skulle inträda, eller om han i allt fall var helt likgiltig för om effekten skulle inträda eller ej (se *NJA 1985 s. 757*). Ett hypotetiskt prov blir således avgörande för om eventuellt uppsåt föreligger.

HD:n mukaan huomioon ottaen tapahtumat 4.6. ja se ajateltu tilanne, jossa palopommeja käytettäisiin, oli selvitetty, että ”envar av dem då skulle ha varit likgiltig för om de framrusande skinnhuvudena kom till skada eller ej”.

Toukokuussa 1994 eräitä rikosoikeudellisia kysymyksiä selvittämään asetetun Straffansvarsutredningenin mukaan HD asetti ratkaisussa yhtäläisyysmerkit tra-ditionaalisen hypoteettisen dolus eventualiksen ja välinpitämättömyysnäkökoh-dan välille. Sen mukaan useat nykyiset JR:t eivät katso, että välinpitämättömyys eroaisi traditionaalisesta dolus eventualiksestä. Tätä ilmentäisi mm. se sitaatin kohta, jossa sanotaan, että hypoteesi muodostuu dolus eventualiksessa ratkaise-vaksi. Tulkinta on mahdollinen, mutta on otettava huomioon, että HD myös erotti että-lauseella välinpitämättömyysnäkökohdan ikään kuin vaihtoehtoiseksi tahallisuusmalliksi.¹⁰³

handlat med uppsåt att skada eller döda. När som i detta fall de misstänkta inte själva har utfört handlingen blir uppsåtsfrågan åtskilligt mera svårbedömbär”. Ks. myös *Vängby 1995 s. 514*. – Ti-lanteesta, jossa joku yllättäen ylittää alkuperäisen suunnitelman, ks. myös KKO 1991:100.

¹⁰³ Ks. *SOU 1996:185a* mm. s. 98 ja 120. Hypoteettisen tahtoteorian ja välinpitämättömyyden jonkinlainen kombinaatio olikin esillä mm. jo Lindin mielipiteessä jutussa *NJA 1994 s. 614* ja ratkaisussa *NJA 1995 s. 448*. *NJA 1996 s. 93*:ssa viitattiin – jälleen kerran – ratkaisuun *NJA 1985 s. 757*, jossa täydellinen välinpitämättömyys oli tahallisuuden kriteerinä myös otsikko-osassa. *NJA 1996 s. 93*:ssa välinpitämättömyyttä kvalifioiva ilmaisu ”helt” on mukana normipremississä, mut-tei sen soveltamisessa. HD on tahallisuutta koskevassa johtopäätöslausumassaan tullut (vahingos-sa) korvanneeksi tunnusmerkistön ”med uppsåt att” -vaatimuksen ilmaisulla ”i syfte att”; *SOU 1996:185b s. 44*. – Straffansvarsutredningenia käsitellään lähemmin jaksossa 2.6.

Tahallisuuden arviointiperustana tuli HD:n mukaan olla ulkoinen tapahtumainkulku. Viitteitä tekijäsyylisyyttä tms. ilmentäviin näkökohtiin ei ole.¹⁰⁴

Ruotsin lehdistössä oli sangen näkyvästi esillä tapaus *NJA 1996 s. 509* (Klippanmälet). 16-vuotias L ja 18-vuotias A olivat nauttineet alkoholia ja poistuneet eräästä pubista kahden aikaan yöllä 9.9.1995. N oli noussut bussista. L ja A lähtivät seuraamaan mustaihoista N:ää. L ja A saavuttivat N:n, ja L löi N:ää 8,8 cm:n terällä varustetulla perhosveitsellä vasemmalle puolelle rintaan. N menehtyi muutaman minuutin kuluttua tähän mm. molemmat sydämen kammiot lävistäneeseen veitseniskuun.

L:ää syytettiin murhasta. TR katsoi 22.3.1996 *NJA 1977 s. 630:n* tapaisin perustein tahallisuuden ulottuneen kuolemaan. HovR katsoi tuomiossaan 17.6.1996 surmaamistahallisuuden jääneen näyttämättä. Yksi lautamies olisi pysyttänyt TR:n syyksilukemisratkaisun. HD tuomitsi L:n murhasta neljäksi vuodeksi vankeuteen. Tahallisuusperustelut s. 538 muistuttavat läheisesti vuoden 1985 ratkaisua:

Skadans art liksom det sätt på vilken den tillfogats [...] N visar att [...] L vid knivsticket i vart fall måste ha varit helt likgiltig för om N skulle dö eller ej. [...] L kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.¹⁰⁵

Tapauksessa *NJA 1998 s. 86* T oli 13.7.1997 ravintolailian jälkeen kuristanut yhdellä kädellä selällään maannutta naisystäväänsä S:ää. Seurauksena oli mm. tajunnan menetys ja verenpurkaumia silmien sidekalvoilla. Oikeuslääkärin mukaan S oli käynyt melko lähellä kuolemaa.

T:tä syytettiin murhan yrityksestä ym. TR tuomitsi 1.9.1997 hänet törkeästä pahoinpitelystä. HovR tuomitsi 5.11.1997 T:n murhan yrityksestä. Yksi juristijäsen ja yksi lautamies päätyivät tahallisuuskysymyksessä TR:n kannalle. Tuomiossa 27.2.1998 HD:n enemmistö totesi, että tahallisuusarviointi on erityisen hankalaa yrityksessä. Riittävän kauan kestävä ja riittävän voimakas kuristaminen voi puhua surmaamistahallisuuden puolesta, samoin uhkaukset; T oli uhanut tappaa S:n ja teon jälkeen soittanut S:lle sanoen aikoneensa tappaa tämän mutta tulleen katupäälle. Toisaalta kuristaminen oli tapahtunut yhdellä kädellä ja se oli vastaajan vääräksi osoittamattoman väitteen mukaan kestänyt 5–10 sekuntia. Hypoteesi ei ollut tullut näytetyksi. T tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä. Kaksi jäsentä katsoi, että T tuli tuomita tästä rikoksesta riippumatta tahallisuusarvioinnista, sillä T oli joka tapauksessa luopunut yrityksestä.

¹⁰⁴ Tosin tuomituista vain yhdellä oli rikosrekisterimerkintöjä.

¹⁰⁵ Ks. ratkaisusta lähemmin *Cavallin 1999 s. 330–341*. *Persson 1999–2000* on esittänyt klassisen retoriikan metodia hyödyntävän argumentaatioanalyysin oikeusasteiden perusteluista. TR:n ja HD:n perustelut pohjautuvat tekoon. Argumentaatio luo tapahtumista kuvan, joka on auditorion aistittavissa (veitsen ominaisuudet, lyönti seurauksineen) ja tunteita herättävää. Ote on holistinen. HovR:n perusteluja taas leimaa tapahtumainkulun keskittyminen paikallaolleiden lausumiin. Argumentaatio on tieteellisen syllogistista ja lähestymistapa atomistinen.

2.5 YHTEENVETOA TAHALLISUUDESTA OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ

SOU 1923:9 halusi hypoteettisen tahtoteorian mukaisen tahallisuuden alarajan määritelmän lakiin. Tämä ei toteutunut, mutta hypoteettinen tahtoteoria muodostui oikeuskäytännössä keskeiseksi tahallisuuden ja tuottamuksen väliseksi rajanvetomalliksi. Erittäin merkittävänä teorian vahvistajana oikeuskäytännössä on pidetty ratkaisua NJA 1959 s. 63. Samalla ratkaisussa torjuttiin tanskalais-norjalainen yksinkertainen todennäköisyystahallisuus. Todennäköisyystahallisuus koki uudelleen saman kohtalon ratkaisussa NJA 1980 s. 514. Voidaankin sanoa, että HD ei ole hyväksynyt todennäköisyystahallisuutta. Hypoteettinen tahtoteoria on ollut keskeinen, vaikka oikeuskirjallisuudessa mm. Jareborg on kritisoinut sitä voimakkaastikin. Ehkä jonkinlaisena reaktiona kritiikkiin ryhdyttiin sittemmin, alkaen varsinaisesti ratkaisusta NJA 1985 s. 757, soveltamaan eräänlaista positiivisen tahtoteorian sukuista välinpitämättömyystahallisuutta. Malli on esiintynyt myös mm. ratkaisuissa NJA 1990 s. 210 ja 1996 s. 509 (Klippanmälet). Positiivinen tahtoteoria on perinteisesti saanut osakseen vähemmän kritiikkiä kuin hypoteettinen tahtoteoria.

Toisaalta kyse on nimenomaan jonkinlaisesta välinpitämättömyystahallisuudesta. Esimerkiksi seurauksen hyväksymisestä ratkaisuissa ei puhuta. Seuraavassa jaksossa lähemmin käsiteltävässä straffansvarsutredningenin mietinnössä SOU 1996:185 HD:n *likgiltighetsuppsåt* (LU) on haluttu nähdä melko pitkälle vain hypoteesin uusmuotoiluna. On kuitenkin huomattava, että tulkinnassa voi olla mukana tiettyä tavoitteellisuutta: samastamalla *likgiltighetsuppsåt* hypoteettiseen tahtoteoriaan saadaan jälkimmäiseen kohdistettava painava kritiikki osumaan myös edelliseen. Cavallin on katsonut, että välinpitämättömyysmallissa on osin kyse SOU:n tarkoittamasta hypoteettisen tahtoteorian uusmuotoilusta, osin taas välinpitämättömyydestä tekotahallisuutena (*likgiltighet som gärningsuppsåt*). Kyseessä olisi lähtökohtaisesti GU, ja välinpitämättömyydellä olisi rooli GU:n perustavien seikkojen ja päätelmän ”tahallinen” välivaiheena ilmaisemassa ”oikean” syyllisyysperustelun käyttämistä.¹⁰⁶ Tähänkin tulkintaan voidaan liittää tietty tavoitevaraus. Tällä tulkinnalla Cavallin saa oikeuskäytännöltä merkittävää tukea edustamalleen GU-tahallisuuskäsitykselle. Mallin sanamuoto viittaa joka tapauksessa aiemmasta poikkeavaan tahallisuusmalliin ja siirtymiseen positiivisen tahtoteorian suuntaan. Tämä ei kuitenkaan estä näkemästä mallissa myös SOU:n ja Cavallinin antamaa leimaa. Kun välinpitämättömyystahallisuus on istutettu vahvaan DeH-kulttuuriin, ei ole ihme, jos LU:lla ei ole niin selvää

¹⁰⁶ Cavallin 1999 s. 326–329. *Gärningsuppsåtin* (GU) lähtökohtana on, että teon tahallisuus on luettavissa teosta itsestään. Ks. lähemmin jakso V.3.3.

itsenäisyyttä suhteessa DeH:iin kuin mikä sillä ehkä olisi ilman tuota taustaa. Toisaalta LU:ssa voi hyvinkin olla normatiivista sielua, minkä käsityksen Cavallin saattaisi allekirjoittaa. Tilanne näytti olevan sen suuntainen, että DeH:iä sovelletaan etenkin yhtäältä yrityksessä ja toisaalta syytteen hylkäävissä tapauksissa, kuten Cavallin on korostanut¹⁰⁷. Esimerkkinä jälkimmäisestä on NJA 1998 s. 86. Cavallinin mukaan:

Utvecklingen av HD:s formuleringar av gränsuppsåtet beskriver två parallella linjer: dels finns gärningsuppsåtet i en obruten linje, dels dolus eventualis som ett *speciellt* instrument. Dagsläget verkar peka mot en kombination av gärningsuppsåtet och likgiltighetsuppsåtet.¹⁰⁸

Cavallinin työn myötä käytettävissä on myös tietoja Ruotsin alioikeuskäytännöstä henkeen ja terveyteen kohdistuvissa rikoksissa. Cavallin on tutkinut tapausaineiston, joka käsittää 1013 henkirikoksia ja törkeää pahoinpitelyä koskevaa alioikeusratkaisua vuosilta 1989–1992. Cavallin tutki lähinnä sitä, miten tuomioperustelut vastaavat tahallisuusmalleja. Tahallista surmaamista koskevissa 284 ratkaisussa tahallisuutta oli perusteltu seuraavasti: 1) tahallisuuden ylimmät asteet 64 tapausta, 2) dolus eventualis 56 tapausta, 3) gärningsuppsåtet 94 tapausta, 4) todennäköisyystahallisuus 7 tapausta, 5) culpa 25 tapausta, 6) medvetenhet (esim. refleksiväitteen yhteydessä) 3 tapausta ja 7) ei tahallisuusperustelua 35 tapausta. Likgiltighet-muotoilut Cavallin on sisällyttänyt kategorioihin dolus eventualis ja GU, joten niiden itsenäisestä merkityksestä tulos ei suoraan kerro. Niiden osuus on kuitenkin merkittävä.¹⁰⁹

Perusteluissa oli havaittavissa mielenkiintoisia yhtäläisyyksiä ja eroja mm. sen mukaan, onko kyseessä ollut murha vai tappo, täytetty teko vai yritys, hylätty vai hyväksytty syyte ja miten syytetty suhtautui syytteeseen. Niinpä 69 tapauksesta, joissa syyte koski tahallista surmaamista mutta joissa tekijä tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä, dolus eventualiksen osuus oli 32 tapausta. Murhien osalta tahallisuus perusteltiin dolus eventualiksella täytetyissä teoissa 3/79 tapauksessa, mutta yrityksessä ym. 22/69 tapauksessa. 468 tapauksesta, joissa syyte koski törkeää pahoinpitelyä ja tekijä myös tuomittiin siitä, ei tahallisuutta perusteltu 365 (78 %) tapauksessa. Cavallinin johtopäätös on, että dolus eventualista käytetään yhtäältä yrityksessä, toisaalta hylättäessä syyte (lähinnä positiivisena luonneperusteluna). GU:lla oli erittäin merkittävä asema. Selvää on, että tahallisuuden perustelemiseen käytettävä energia riippuu mm. syytteen vakavuudesta ja syytetyn suhtautumisesta syytteeseen.¹¹⁰

¹⁰⁷ Cavallin 1999 s. 302, 351–352 ja 749–751.

¹⁰⁸ Cavallin 1999 s. 305.

¹⁰⁹ Cavallin 1999 s. 329: ”[...] har under de år som förflutit NJA 1985 visat sig representera den linje, som alltmer dominerat gränsdragningen i tingsrättspraxis i de fall som det här är fråga om.”

¹¹⁰ Ks. lähemmin Cavallinin alioikeusratkaisuja koskevan tutkimuksen kategorisointeja, tuloksia ja arviointia Cavallin 1999 s. 603–661 ja 746–763. Cavallin käsittelee mts. 661–746 lähemmin

2.6 SOU 1996:185

Toukokuussa 1994 hovioikeudenneuvos Martin Borgeke nimettiin selvittämään eräitä rikosoikeudellisia kysymyksiä. Selvitykselle annettiin nimi Straffansvarsutredningen. Selvitys, jonka tekemiseen osallistui asiantuntijaryhmä, johon kuului mm. Nils Jareborg, antoi mietintönsä Straffansvarets gränser joulukuussa 1996.

Selvityksessä käsitellään tahallisuuden alinta astetta eräänä pääkysymyksenä. Hypoteettinen tahtoteoria saa osakseen voimakkaan kritiikin. Malli oli syntynyt teoreettisessa ilmanalassa eikä ollut riittävässä määrin todellisiin olosuhteisiin kiinnittynyt. Se sopi sosiologisen koulukunnan rikosoikeudellisiin käsityksiin, muttei nykypäivän tekorikosoikeudelliseen ajatteluun. Tekijäkeskeisyys johti selvityksen mukaan ennustettavuuden vähenemiseen ja oli epäinhimillinen ja epäeettinen. Malli oli oikeusalamaisille vaikeaselkoinen eikä sellaisena ollut omiaan nostamaan luottamusta oikeuslaitokseen. Hypoteettinen tahtoteoria oli myös vastaajalle loukkaava. Prosessissa oli vaikea selvittää hypoteesin edellyttämiä kysymyksiä. Selvityksen kansainvälisen argumentin mukaan oikeudessa ei pitäisi säilyttää integraation näkökulmasta haitallisia erityisratkaisuja. Sellaisena voitaisiin pitää lähinnä vain Ruotsissa sovellettavaa DeH:ia.¹¹¹

Selvityksessä tarkastellaan vaihtoehtoisina tahallisuudsmalleina välinpitämättömyystahallisuutta ja todennäköisyystahallisuutta. Selvityksen mukaan ei useinkaan voida erikseen arvioida tekijän suhtautumista tunnusmerkistön toteutumiseen. Silloin kun voidaan, arviointi palautuu joko mieltämiseen tai sitten kyseessä on hypoteesin käyttäminen uudessa ilmiössä. Edellistä tilannetta

86:ta edustavaa tapausta materiaalistaan. Cavallin on tehnyt alioikeuden ratkaisuja koskevan analyysin, koska hänen mielestään ei ole ongelmatonta, että doktriini on se, joka arvioi oikeuskäytännön sisältöä. Tarkastelemalla alioikeuskäytäntöä voidaan nähdä, mitä oikeuskäytäntö ”itse sanoo itsestään”; ks. *Cavallin 1999* s. 18–21. Analyysin tulokset ovat mielenkiintoiset. Cavallin on lähinnä kiinnostunut ratkaisujen perusteluista ja niiden suhteesta tahallisuudsmalleihin. Sen sijaan hän ei ole varsinaisesti analysoinut sitä, mitkä ovat ne faktakombinaatiot, jotka johtavat tahallisuuteen; riittääkö esimerkiksi voimakas veitsenisku vatsaan, riippumatta käytetyistä tahallisuudsmallioinneista, tapon yritykseen vai ei? Tämän tyyppisen kysymyksenasettelun olisi voinut olettaa kiinnostaneen GU:ta edustavaa tutkijaa. Oikeuskäytännön perusteluista ks. myös analyysiä *Westin 1985*. *Cavallin 1999* s. 408–409 huomauttaa, mielestäni aiheellisesti, että hänen tutkimuksensa koskee törkeitä väkivaltarikoksia, joten ei voida tehdä sellaista johtopäätöstä, että tahallisuus myös muiden rikosten yhteydessä olisi samanlainen. – Ylioikeuksien ratkaisuista *Ingblad 2000–01* s. 794–795 toteaa vastaavasti, että törkeissä väkivaltarikoksissa syytteen hylkäävissä tuomioissa käytetään säännönmukaisesti DeH:ia. Hänen mukaansa tahallisuuden laji tuskin ohjaa arviointia vaan sillä pikemminkin jälkikäteen legitimoidaan saavutettu ratkaisu. Poikkeuksen muodostavat kenties atyyppiset teot kuten HIV-vaaralliset seksiteot.

¹¹¹ *SOU 1996:185a* s. 109–111.

edustaa de facto saksalainen oikeuskäytäntö, ja jälkimmäisen osalta arvioidaan, että pääosa JR:sta ei näe eroa hypoteettisen ja positiivisen tahtoteorian välillä.¹¹²

Todennäköisyystahallisuuden eräänä hyvänä puolena nähdään arvioinnin yksivaiheisuus. Tanskassa ja Norjassa ei ole onnistuttu operoimaan samalla todennäköisyyden asteella eri rikostyypeissä. Suomalaista todennäköisyystahallisuutta, joka edellyttää edellisiä korkeampaa todennäköisyyttä, pidetään vaatimuksiltaan epäselvänä. Siitä huolimatta, että voitaisiin käyttää yksinkertaista todennäköisyyttä kaikkien rikosten kohdalla kriteerinä, sisältäisi tällainen tahallisuusmalli kuitenkin erään keskeisen heikkouden. Vaikka tekijä pitäisi tunnusmerkistön toteutumista todennäköisenä (överbägnande sannolik), saattaa tekijä hyvinkin luottaa -p: ”Det finns kvar ett utrymme för att gärningsmannen även på rationella grunder kan ha förlitat sig på att gärningsinnehållet inte skulle förverkligas.”¹¹³ Olisi myös kielenvastaista tuomita vastaaja tällaisessa tilanteessa tahallisesta teosta. Tekijä tuskin tekee todennäköisyysarviointeja. Tahallisuusarviointi voi muodostua objektiiviseksi, ja todennäköisyystahallisuus voi johtaa ajatukset lukuihin ja laskelmiin¹¹⁴.

Ratkaisuksi esitetään *insiktsuppsåt*, jota voidaan pitää kvalifioituna todennäköisyystahallisuuden muotona. *Insiktsuppsåt* muistuttaa olennaisesti Jareborgin *avsiktlighetsuppsåta*. Tahallisuus edellyttää, että tekijä tietää mitä tekee. *Insiktsuppsåt* lähtee siitä olettamasta, että ihminen on ”en rationell individ, som i de allra flesta fall är kapabel att förstå innebörden och konsekvenserna av sitt handlande”¹¹⁵. Normaalielämän toiminta ei edellytä ihmisiltä varmuutta eri olosuhteiden käsilläolosta. Ratkaisevaa tahallisuudessa tulee olla, että tekijä on lähtenyt tunnusmerkistön toteutumisesta. Varmuuden ja muun uskon p välillä ei ole moitittavuuseroa. Tekijä on pitänyt riskiä suurena: ”Det skall inte vara rationellt för gärningsmannen att tro annat än att risken kommer att förverkligas.”¹¹⁶ Legaali-määritelmän muotoon saatettuna tahallisuus on:

En gärning är uppsåtlig om den är avsiktlig eller om den motsvarar vad gärningsmannen har insett, uppfattat eller antagit om den.

”Inse” tarkoittaa suunnilleen samaa kuin varmuustahallisuus ja liittyy informaation intellektuaaliseen työstämiseen, ”uppfatta” tarkoittaa passiivista mieltämistä ja oikeastaan ”anta” muodostaa viimekätisen rajan tuottamusta vasten. ”Antagit pekar å ena sidan på en mer aktiv bedömning – en verklighetsföreställ-

¹¹² SOU 1996:185a s. 116–121.

¹¹³ SOU 1996:185a s. 122.

¹¹⁴ SOU 1996:185a s. 121–123.

¹¹⁵ SOU 1996:185a s. 112.

¹¹⁶ SOU 1996:185a s. 123–125.

ning som gärningsmannen tar som utgångspunkt i sitt handlande – men kan å andra sidan också avse en lägre grad av insikt än ’upfattat’.”¹¹⁷ Vaikka tekijällä onkin eräänlainen tietomonopoli omiin mieltämisinsä, on todellisuuden edellytyksille uskollinen, teonteorialla hyödyntävä insiktsuppsåt näytönkin näkökulmasta hyvä tahallisuusmalli – se, mitä ihminen on tiennyt, ymmärtänyt tai oletanut voidaan usein ”lukea” hänen käyttäytymisestään¹¹⁸.

Selvitys sisältää rikkaan argumentaation pohjoismaisten tahallisuusmallien ansioista ja heikkouksista. Argumentaatiossa esiintyy mm. mallien todellisuus-pohjaisuuteen, ymmärrettävyyteen, hyväksyttävyyteen ja näytettävyyteen liittyviä näkökohtia sekä kielellisiä ja kansainvälisiä argumentteja. Niiden sisällöstä voidaan tietenkin keskustella. Erään huomionarvoisen seikan muodostavat myös tarjotun tahallisuusmallin alaa koskevat käsitykset. Selvityksen tilannetyypiverailusta ilmenee, että insiktsuppsåt johtaisi ankarampaan tahallisuusarviointiin useiden keskeisten tahallisuusprejudikaattien käsittämässä tilanteissa. Välinpitämättömyystahallisuuden avulla perustellut tahallisuusratkaisut sitä vastoin ”pysyisivät” myös insiktsuppsåtia käytettäessä. Selvityksessä uskotaan, ettei insiktsuppsåt juuri muuttaisi oikeustilaa normatiivisiin tunnusmerkkeihin liittyvän tahallisuusarvioinnin osalta¹¹⁹. Eräs kiintoisa parhaaseen rajanvetomalliin liittyvä argumentti esitetään pro et contra legaalimääritelmä –keskustelun yhteydessä. Oikeustilan muuttamista legaalimääritelmän (eikä prejudikaattien) kautta puoltaa mm. legaliteettiperiaatteen lisäksi HD:n uppiniskaisuus: on syytä määritellä tahallisuus (oikealla tavalla) laissa, koska HD ei ole ottanut varteen doktriinissa esitettyä (erityisesti hypoteettiseen tahtoteoriaan kohdistettua) kritiikkiä¹²⁰.

Positivistisen koulukunnan käsitykset vaikuttivat BrB:hen. Syyntakeisuus ei enää muodosta rikosvastuun edellytystä. Syyntakeettomuus otetaan kuitenkin huomioon seuraamuksen määräämisessä: tällaista henkilöä ei voida tuomita vankeusrangaistukseen (BrB 30:6). Syyntakeeton voidaan määrätä oikeuspsykiatriin hoitoon. Voidaan kysyä, vaikuttiko järjestely jollain tavalla tahallisuuteen? Nythän tuomioistuimet joutuvat suorittamaan myös sellaisten vastaajien tahallisuuden arvioinnin, joiden rikosoikeudellisen vastuun selvittäminen olisi aiemmin pysähtynyt syyntakeettomuuteen. Tähän ei ehkä BrB:n valmistelussa kiinnitetty riittävä huomiota.¹²¹

¹¹⁷ *SOU 1996:185a* s. 129–130. Ks. myös *Jareborg 2004–05* s. 812.

¹¹⁸ *SOU 1996:185a* s. 131–132.

¹¹⁹ Ks. *SOU 1996:185a* s. 134 ja 141.

¹²⁰ Legaalimääritelmän puolesta puhuu myös oikeustilan epäselvyys, johon prejudikaatit voivat johtaa; tästä esimerkkinä mainitaan Suomen ja Englannin oikeus. Ks. *SOU 1996:185a* s. 110–111.

¹²¹ *SOU 1996:185a* s. 522–523.

Voisi luulla, että järjestely johtaisi siihen, että syyte tulisi aiempaa selvästi useammin hylättäväksi tahallisuuden puuttumisen vuoksi. Rikosasiaa käsittelevällä tuomioistuimella ei kuitenkaan ole mahdollisuuksia määrätä vastaajalle hoidollista seuraamusta, jos syyte hylätään. Westinin mukaan havaittavissa on sellainen tendenssi, että tahallisuutta laajennetaan sillä tavoin, että vaaditaan yhä ohuempaa tietoisuutta tahallisuuden käsilläoloon: ”Jag tolkar detta som att domstolen i det i och för sig vällovliga syftet att erforderlig vård skall komma till stånd, måste ’tänja ut’ uppsåtet så att man kan avkunna en fällande dom.”¹²²

Jos tekoon on myötävaikuttanut tilapäinen mielenhäiriö, ei sen paremmin hoidon kuin rangaistuksenkaan (jos mielenhäiriö ei ollut itseaiheutettu) tarvetta ole. BrB:hen ei säännöstä asiasta tullut. Esitöiden perusteella on pidetty selvänä, että tarkoitus on ollut, että ilman omaa syytään tilapäiseen mielenhäiriöön joutuneet edelleenkin olisivat rikosoikeudellisesta vastuusta vapaita. Päänvaivaa on kuitenkin aiheuttanut se, mikä on vastuuvapauden peruste. Kanavoituvatko tilanteet tahallisuusarvion kautta, vai onko kyseessä jonkinlainen kirjoittamaton vastuuvapaussääntö?

Oikeuskäytännössä asiaan suhtaudutaan tahallisuuskysymyksenä. Tahallisuuden katsotaan kuuluvan tietty vaatimus siitä, että tekijä on ollut riittävässä määrin tietoinen (medveten) toiminnastaan; tekijä ei saa olla ollut ”alltför omtöcknad”. Oikeustilan kannalta merkittäviä ratkaisuja ovat mm. NJA 1968 s. 471, NJA 1968 s. 500 ja NJA 1969 s. 401.¹²³

Mietinnössä SOU 1996:185 ehdotetaan palattavaksi klassisempaan järjestelmään. Syyntakeisuusvaatimus on tarkoitus saattaa BrB:hen rikosoikeudellisen vastuun edellytykseksi. Syyntakeettomuuden edellytyksenä olisi, että tekijältä on ilman omaa syytään vakavan psyykkisen häiriön vuoksi puuttunut kyky arvioida todellisuutta tai kontrolloida käyttäytymistään. Vaikka tekijä arvioi todellisuutta virheellisesti, hänellä voi silti olla tahallisuus. Myös satunnainen mielenhäiriö perustaisi syyntakeettomuuden. Esimerkiksi toksiset psykoosit ovat sillä tavoin itseaiheutettuja, että tekijää ei pidettäisi syyntakeettomana.¹²⁴

Cavallin suhtautuu kriittisesti insiktsuppsåtiin. Cavallinhan kritisoi perinteisiä tahallisuusmalleja yleisesti ottaen dualistisesta perusasenoitumisesta. Edellyttäessään mahdottomia mallit johtavat tarpeeseen pyrkiä helpottamaan syyttäjän

¹²² Westin 1994 s. 223. Ks. myös Heckscher 1985 s. 244–247 ja SOU 1996:185a s. 504–506 ja 528–531. Westinin vuoden 1985 tutkimuksessa oli 143 tahallisesta henkirikoksesta tai sellaisen yrityksestä syytettyä. Surmaamistahallisuus katsottiin näytetyksi syyntakeettomien (”särbedömda”; tuolloinen BrB 33:2) osalta 71/86 tapauksessa, syyntakeisten osalta 31/57 tapauksessa; tosin ensin mainitussa ryhmässä oli myös suhteellisesti enemmän surmaamistahallisuuden tunnustuksia (18/71–3/31). Kaikkien tunnustaneiden osalta surmaamistahallisuus katsottiin selvitettyksi. Ks. Westin 1985 passim.

¹²³ Ks. lähemmin Strahl 1976 s. 91–95 ja SOU 1996:185a s. 504–506, 530–531 ja 551–562.

¹²⁴ SOU 1996:185a s. 521–537 ja 558–562.

roolia eri tavoin. Tuloksena on oikeudellinen epävarmuus. Straffansvarsutredningenin insiktsuppsåt ei periaatteessa eroa perinteisistä rajanvetomalleista. Cavallin katsookin, ettei insiktsuppsåtia pitäisi ottaa BrB:hen.¹²⁵

Straffansvarsutredningenin mietintö SOU 1996:185 lähetettiin lausuntokierrokselle. Asiasta laadittiin regeringens proposition 2000/01:85. Esityksessä ei kuitenkaan ehdotettu tahallisuuden määritelmää. Useimmat lausunnonantajat olivat puoltaneet ehdotusta, eivät kuitenkaan kaikki. Esityksen mukaan hypoteettinen tahtoteoria sisältää teoreettisia ongelmia. Nykyinen tahallisuuskäsite on kuitenkin johtanut pääosin kohtuullisiin tuloksiin oikeuskäytännössä, jossa se on täydentynyt ja muokkautunut eri tilanteisiin. Hypoteettinen tahtoteoria tulee ylipäättään käytettäväksi melko harvoin. Tätä vasten oli esityksen mukaan epäselvää, missä määrin reformitarvetta on. Nykyinen tahallisuuskäsite oli hyvin tunnettu ja tahallisuuden ala hyvin määrittynyt. Reformi johtaisi joksikin ajaksi epävarmuuteen aiemman käytännön menettäessä merkityksensä. Tahallisuus joudutaan usein näyttämään toteen tekijän käyttäytymisen perusteella, jolloin tietyn mallin periaatteellinen terävyys on jossain määrin näennäistä.¹²⁶

Moni asia puhuu esityksen mukaan sen puolesta, että tahallisuus jää tällä erää oikeuskäytännön kehitettäväksi ja tarvittaessa muutettavaksi. HD:n käyttämä *likgiltighetsuppsåt* voidaan, vaikka mielipiteet tällä kohden eroavat, nähdä tendenssinä tähän suuntaan. Ehdotuksella on tärkeä funktio esimerkkinä käytännöllä mahdollisesta kehityslinjasta.¹²⁷

Eduskunnan oikeusvaliokunta (*justitieutskottet*) katsoi jokseenkin samoin perustein kuin esitys, ettei ole toistaiseksi syytä muuttaa tahallisuuskäsitettä. Myöskään nykyistä tahallisuuskäsitettä ei ole syytä määritellä laissa.¹²⁸

2.7 STRAFFANSVARSUTREDNINGENIN JÄLKEEN

Tuomioistuimet olivat nyt kiinnostavan tilanteen edessä. SOU 1996:185 ja siinä ehdotettu insiktsuppsåt ei ollut johtanut lainsäädäntöön. Näin oli siitä huolimatta, että perinteinen rajanvetomalli hypoteettinen tahtoteoria oli saanut osakseen

¹²⁵ *Cavallin* 1999 s. 273, 356 ja 757. Kriittisesti myös *Zila* 2003 s. 344–348.

¹²⁶ *Prop. 2000/01:85* s. 7–13.

¹²⁷ *Prop. 2000/01:85* s. 13. *Träskmanin* 2002–03 s. 618–619 mukaan Suomen RL:n kokonaisuusdistuksessa legaliteettiperiaatteen vaatimuksiin on suhtauduttu hyvin vakavasti, ja *Prop. 2000/01:85:n* perustelut olla määrittelemättä tahallisuutta laissa vaikuttaisivat suomalaisen lainsäätäjän näkökulmasta legaliteettiperiaatteen vastaisilta.

¹²⁸ *Justitieutskottets betänkande 2000/01:JuU25* s. 6–8 sekä s. 12, jossa eriävän mielipiteen mukaan tahallisuus tulisi määritellä laissa.

vahvaa kritiikkiä. Heräsi kysymys lainsäätäjän ja tuomioistuimen suhteista rikosoikeudellisten sääntöjen luojina ja muuttajina.

Lainsäätäjä oli torjunut insiktsuppsåtin mukaisen legaalimääritelmän eikä ollut ratkaissut tahallisuuskysymystä. Näin pallo oli heitetty takaisin tuomioistuimille. Mutta se, minkälaisen roolin tuomioistuin tällöin katsoo voivansa omak-sua, voi riippua mm. niistä syistä, joista lainsäätäjän toimimattomuus johtui. Tarkasteltuna esillä olleista malleista lähtien asetelma näytti suunnilleen seuraava-

Hypoteettinen tahtoteoria oli perinteinen ja ”voimassa oleva” rajanvetomalli, joka kuitenkin oli mm. SOU 1996:185:ssä saanut osakseen voimakasta kritiikkiä. Likgiltighetsuppsåt oli vajaan kahden vuosikymmenen aikana ollut esillä HD:n ratkaisuihin. Sitäkin oli kritisoitu, etenkin jos oli katsottu, että se merkitsi itse asiassa samaa kuin hypoteettinen tahtoteoria. Tätä saatetaan perustella niin, että se, jolle tietty asia on samantekevä, ei anna sen vaikuttaa päätöksente-koonsa, jolloin hypoteettinen varmuus asiasta ei vaikuttaisi hänen toimintaansa. Toisaalta saatetaan sanoa, että täydellinen välinpitämättömyys on tekohteen todellisuudessa liittyvä kriteeri eikä, kuten hypoteettinen tahtoteoria, operoi kri-terillä, jota ei todellisuudessa koskaan ollut olemassa.

Todennäköisyystahallisuus on voimassa olevaa oikeutta mm. Tanskassa ja Norjassa. Juuri sen HD oli kuitenkin kahteen otteeseen torjunut, ja myös SOU 1996:185 oli esittänyt sitä kohtaan tiettyä kritiikkiä todistelllessaan insiktsuppsåtin ansiokkuutta. Myös kvalifioitu todennäköisyystahallisuus oli ollut esillä.

SOU 1996:185 oli tarjonnut insiktsuppsåtia, mutta lainsäätäjä ei tullut sen ansioista ainakaan niin vakuuttuneeksi, että olisi hyväksynyt sitä vastaavan le-gaalimääritelmän. Kannattaako oikeuskäytännönkään kääntyä insiktsuppsåtin puoleen?

Tapauksessa *NJA 2002 s. 449 A* oli 10.7.2000 kello 01.00 aikaan ajanut Opel Omegalla 2,03 promillen humalassa. Poliisimies B näytti hänelle tiellä seisten taskulampulla pysähtymismerkkejä. A ei noudattanut merkkejä, ja B joutui kii-reesti siirtymään syrjään välttääkseen jäämästä alle. Muutaman kilometrin ajon jälkeen A törmäsi puuhun. A kertoi, ettei muistanut ajamista vaan vain törmäyk-sen.

TR:n mukaan A:lla ei voinut olla epäilystäkään siitä, että B seiso i tiellä. Ajota-vallaan A oli osoittanut olevansa täysin välinpitämätön siitä, ajoiko hän B:n pääl-le. A tuomittiin törkeän pahoinpitelyn yrityksestä ym. A haki muutosta.

HovR totesi, että rajanveto oli jo pitkään tapahtunut hypoteettisen tahtoteorian avulla. Se katsoi jääneen näyttämättä, että mallin II-vaihe toteutui. HovR kiinnitti huomiota likgiltighetsuppsåtiin, mutta viittasi siihen, että HD oli itse sanonut (mm. *NJA 1996 s. 93*), että kyse on samasta asiasta kuin hypoteettisessa tahto-teoriassa. HovR totesi, että olisi kummallista, ellei A:n riskinotto merkitsisi ta-hallisuutta. HovR selosti hypoteettisen tahtoteorian kritiikkiä, todennäköisyysta-

hallisuuden torjuntaa ja insiktsuppsåtin kohtaloa ja päätyi pysyttämään TR:n tuomion:

Vid uppsåtsbedömningen i förevarande fall kan konstateras att [A], trots sin berusning, måste ha insett att en alldeles övervägande sannolikhet förelåg för att [B] skulle komma att bli mycket allvarligt skadad genom [A:s] sätt att föra bilen. Även en gärning som företas under sådana omständigheter bör enligt HovR:ns mening betecknas som uppsåtlig. Detta hänger samman med att det i praktiken knappast finns skäl att i klandervärdhet skilja mellan en gärning där man har full visshet om konsekvenserna av ens handlande (indirekt uppsåt) och en gärning, som den förevarande, där man inte har full insikt men ändå, med hänsyn till den höga sannolikheten, antar att dessa konsekvenser inträffar.

HD:n päätöksen 25.10.2002 muodostaneet kaksi jäsentä (JR:t Magnusson ja Svensson) totesivat, että hypoteettiseen tahtoteoriaan oli kohdistettu vakuuttavaa kritiikkiä. Likgiltighetsuppsåtia oli toisinaan pidetty hypoteettisen tahtoteorian varianttina (NJA 1996 s. 93); ero oli kuitenkin huomattava, sillä arvio koskee tekijän tosiasiallista suhtautumista tekohetkellä. Jäsenet totesivat Straffansvarsutredningenin kritisoiheen myös likgiltighetsuppsåtia ja selostivat lainsäätäjän suhtautumista. Jäsenten mukaan välinpitämättömyydellä ei ole itsenäistä funktiota silloin, kun tekijä pitää relevanttia seikkaa erittäin todennäköisenä. Sitä vastoin oli epäilyksenalaista, missä määrin rajaa voitiin pelkän mieltämiskriteerin avulla tehdä tilanteissa, joissa tekijä ei pidä todennäköisyyttä hyvin suurena mutta kuitenkin huomattavana. Sitä vastoin olosuhteista voi käydä ilmi, että henkilö suhtautui seikkaan välinpitämättömästi, esimerkiksi kun teko on tehty hyvin piittaamattomalla tavalla, kun tekijä on ollut suuren mielenkuohun vallassa tai kun häntä on ohjannut jokin hänen näkökulmastaan hyvin vahva intressi. Likgiltighetsuppsåtia ei tule käyttää matalien riskien tilanteissa. Jäsenet päätyivät seuraavaan arvioon (s. 458).

När det gäller [A] är det utrett att han först tvingade H.L. att väja undan med sin polisbil och att han därefter på kort avstånd från [B] valde att accelerera mot denne i stället för att bromsa eller styra undan. Han försatte sig därmed medvetet i en situation där han inte själv kunde undvika att [B] blev påkörd. Det förelåg alltså en avsevärd risk för att [B] skulle åsamkas svår kroppsskada, något som [A] måste ha insett. [A:s] körsätt visar också att han var likgiltig för om [B] skulle åsamkas en sådan skada. Han skall därför dömas för försök till grov misshandel.

Myös toiset kaksi JR:ää (Håstad ja Lindeblad) olivat sitä mieltä, että hypoteettisen tahtoteorian kritiikki oli ollut vakuuttavaa. Välinpitämättömyysarvio oli tähänastisessa käytännössä liittynyt tekotilanteen ulkoisiin olosuhteisiin. Olisi kuitenkin keinoitekoista rajata välinpitämättömyyden todistelua. Miksei myös tekijän luonnetta, mielentilaa (sinnesstämning), intressejä ja suhdetta uhriin saisi ottaa huomioon? Tällöin kuitenkin hypoteettinen tahtoteoria tulisi takaovesta sisään. Kriteeri on lisäksi spekulatiivinen ja yhdistettävissä myös mataliin riski-

tasoihin. Tämän jälkeen jäsenet siirtyivät tarkastelemaan todennäköisyystahallisuutta Suomenkin tilanteen kannalta mielenkiintoisella tavalla (s. 459–460):

I dansk och norsk praxis samt enligt en finsk proposition räcker det för uppsåt att gärningsmannen insåg att effekten var övervägande sannolik (se SOU 1996:185 s. 105 ff. och RP 44/2002 rd). I hittillsvarande finsk praxis förutsätter insiktsuppsåtet dock att effekten var högst sannolik (se anförd RP s. 77 ff.). Den sistnämnda nivån förefaller i sak överensstämma med artikel 30 i statuterna för den nya internationella brottmålsdomstolen. Där anses, vid sidan av avsiktsuppsåt, uppsåt i form av insikt föreligga om en gärningsman var medveten om att en omständighet förelåg eller att en effekt skulle inträda i ett normalt händelseförlopp (se prop. 2000/02:122 bil. 1). Ett s.k. sannolikhetsuppsåt har dock tidigare avvisats av HD (se NJA 1959 s. 63 och 1980 s. 514).

Jäsenet päätyivät seuraavaan normipremissiin (s. 460):

Den nedre gränsen för uppsåt bör helt enkelt dras vid insikt om att sannolikheten för effekten är alldeles övervägande eller vid insikt om att effekten kommer att uppstå i ett normalt händelseförlopp.

Näin muotoillun tietotahallisuuden ja välinpitämättömyystahallisuuden välillä, sellaisena kuin jälkimmäistä tähän asti oli pääosin sovellettu, tuskin olisi merkittävää eroa. Tapaukseen sovellettuna lopputulos oli seuraava (s. 460):

När [A] senast hade kunnat bromsa eller styra undan för att själv undvika att [B] skadades men i stället valde att under acceleration köra rakt mot [B], har [A] måst inse att det förelåg en alldeles övervägande sannolikhet för att [B] skulle åsamkas svår kroppsskada. Han skall därför dömas för försök till grov misshandel.

JR Regner puolestaan totesi, että A oli ollut selvillä siitä, että B:n täytyy siirtyä ellei halua tulla päälleajetuksi. Sen, joka lähestyy tällaista poliisisulkua täytyy ymmärtää, että poliisimies lähtee siitä, että hänen pysähtymismerkkiään noudatetaan ja voi helposti yllättyä siitä, että kuljettaja pysähtymisen sijaan kiihdyttää ja ajaa kohti häntä. A:n ajoa voitiin tämän vuoksi pitää tietoisesti törkeän varomattomana.

Selostettuaan lainsäätäjän kantaa tahallisuuden määrittelemiseen jäsen totesi, että ne syyt, joita voitiin esittää sitä vastaan, että lainsäätäjä yhdellä iskulla syvälekäyvästi muuttaa rikosoikeudessa keskeistä tahallisuuskäsitettä, voidaan esittää myös kysymyksen ollessa vastaavan muutoksen aikaansaamisesta oikeuskäytännön kautta. Erityispulmana olisi tällöin ylimenosäätelyn puuttuminen. Tahallisuusopin muuttamisen oikeuskäytännön kautta tuleekin tapahtua varovaisesti. Hän päätyi s. 462 seuraavaan kantaan:

Även om det eventuella uppsåtet i den form som det hittills har tillämpats i rättspraxis kan kritiseras, finns det nu inte anledning nog att frågå det synsätt som anlagts av HD i tidigare avgöranden. Bedömningen av om [A] uppsåtligen försökt skada [B] bör därför göras utifrån – förutom insikten att hans oaktsamma körsätt kunnat leda till att denne skadades – prövningen av frågan huruvida det

måste hållas för visst att [A] skulle ha handlat på detta sätt även om han varit säker på effekten eller om han i vart fall varit helt likgiltig för om den skulle inträda. Omständigheterna i målet är dock inte sådana att det med tillräcklig grad av säkerhet kan fastslås att det hos [A] förelegat ett eventuellt uppsåt att skada [B].

HovR:n jaoston puheenjohtajana toimi Straffansvarsutredningens selvitysmies Borgeke ja jäsenenä sen sihteeri Reimer. Ei ehkä ole erityisen yllättävää, että langettavassa syyksilukemisessa operoitiin ”anta”-kriteerillä.

HD:ssa A tuomittiin siis äänin 4–1. Neljä jäsentä näytti olevan valmiita luopumaan hypoteettisesta tahtoteoriasta. Mitä sen tilalle? Lopputulokseksi muodostuneessa kahden jäsenen mielipiteessä tarjottiin oikeuskäytännössä jo sovellettua likgiltighetsuppsåtia. Toiset kaksi langettavaan tulokseen päätynttä operoivat kvalifoidulla todennäköisyystahallisuudella. Osapuolet arvioivat oman kandidaattinsa parhaaksi, mihin taas osaltaan vaikutti mm. se, kuinka etäiseksi tai läheiseksi ne arvioivat likgiltighetsuppsåtin suhteessa hypoteettiseen tahtoteoriaan.

Lopputuloksessa vähemmistöön jäänyt jäsen, joka olisi hylännyt syytteen törkeän pahoinpitelyn yrityksestä ja tuominnut vain vaaran aiheuttamisesta, operoi hypoteettisella tahtoteorialla ja helt likgiltig -kriteerillä. *Likgiltighetiä* rajanvetokriteerinä kannatti siis kolme jäsentä, mikä on ehkä ollut syynä siihen, että LU:ta langettavassa ratkaisussaan käyttäneiden päätös muodostui HD:n tuomioksi.

Suomalaisittain kiinnostavaa on se Håstadin ja Lindebladin esittämä, että HE:n 44/2002 määritelmäehdotus edustaa yksinkertaista överbägende sannolik -todennäköisyystahallisuutta, suomalainen oikeuskäytäntö sen sijaan kvalifioitua högst sannolik -todennäköisyystahallisuutta. Valitettavasti HE 44/2002 ei kiinnittänyt kysymykseen sen ansaitsemaa huomiota. Överbägende sannolik -kriteeri on, kuten jäsenet toteavat, käytössä Tanskassa ja Norjassa. Kvalifioitua todennäköisyystahallisuutta, jollaista nuo jäsenet päätyivät hyödyntämään, edusti heidän mukaansa suomalaisen käytännön ohella kv. rikostuomioistuimen perussäännön 30 artiklan sääntely.

Oma vaikutelmani ratkaisusta on seuraava. HD:n ratkaisusta saattaa seurata hypoteettisen tahtoteorian väistyminen. Näinkin vahvassa asemassa olleen tahallisuusmallin syrjäyttäminen saattaa tosin vaatia lisää HD-signaalia, kenties sellaisen ratkaisun muodossa, jossa kukaan viidestä jäsenestä ei sovello sitä. Lienee liian aikaista yrittää ennustaa, mikä malli sen jälkeen nousisi valta-asemaan.

Träskmanin mukaan tuomio oikeuttaa luopumaan hypoteettisesta tahtoteoriasta kokonaan. Zila muotoilee hiukan varovaisemmin, että malli ei enää muodosta (rajanvetomallina) päävaihtoehtoa.¹²⁹ Muiden esilläolleiden mallien kan-

¹²⁹ *Träskman 2002–03* s. 623 ja *Zila 2002–03* s. 632. Ks. myös *Leijonhufvud – Wennberg 2005* s. 58. Kognitiivisiin tahallisuuskriteereihin myönteisesti suhtautuva *Träskman 2002–03* s. 623–

nalta Cavallin katsoo, että ratkaisu on kannanotto ligkiltighetsuppsåtin puolesta, ei tosin ainoana rajanvetomallina, vaan lähinnä affektitekoihin liittyen ja varustettuna rajauksella, jonka mukaan syyksilukeminen mallin avulla edellyttää, että kyse oli huomattavasta riskinotosta. Hänen mukaansa tuomio ei sisällä selvää kannanottoa todennäköisyystahallisuuden puolesta¹³⁰.

Neljän JR:n käsityksille on joka tapauksessa yhteistä, että kognitiivinen elementti riittää, jos tekijän käsityksen mukaan on ”en mycket hög sannolikhet” että relevantti seikka on käsillä. Herää kysymys, mikä on tämän suhde ilmaisuun ”praktiskt taget oundviklig”, joka ratkaisussa NJA 1977 s. 630 riitti tahallisuuteen, ja mikä on viimeksi mainitun suhde varmuustahallisuuteen. Prima facie tuntuisi siltä, että erittäin korkeaan todennäköisyyteen riittäisi jonkin verran vähempikin kuin käytännöllisesti katsoen välttämättömään. Tällöin ratkaisu voisi merkitä kognitiivisille kriteereille osavoittoa; aiempaa jossain määrin laajempi tekijän mieltämä varmuutta lähentelevä alue olisi tahallisuutta jo mieltämisen perusteella. Zila tulkitsee perustelujen viittausta vuoden 1977 ratkaisuun kuitenkin siten, että ilmaisut tarkoittaisivat samaa.¹³¹

Håstad ja Lindeblad olisivat siis soveltaneet mieltämistä rajanvetokriteerinä ilman välinpitämättömyyttä tms. lisäkriteeriä. Heidän vaatimansa tekijän mieltämä todennäköisyys oli siis ”alldeles övervägande sannolik”. Kuten edellä on käynyt ilmi, kyse on kvalifioidusta todennäköisyystahallisuudesta eikä esimerkiksi RL 3:6:n ilmentämästä yksinkertaisesta övervägande sannolik -todennäköisyystahallisuudesta.

Westinin mukaan tahallisina tulee pitää vain tekoja, jotka ovat yhtä rangais-
tuksenarvoisia kuin ilmeisen tahalliset teot. Uuden mallin kannattajat eivät ratkaisu-
ssa esitä kysymystä siitä, merkitsisikö se tahallisuuskäsitteen laajentamista
vai supistamista. Hän ei pitänyt ratkaisua erityisen uuttaluotaavana.¹³²

Tuomion määränneiden perustelujen mukaan ligkiltighetsuppsåtia ei tulisi
käyttää matalan riskin tilanteissa, vaan käsillä on täytynyt olla ”avsevärd risk”.
Cavallin näkee tämän ligkiltighetsuppsåtin kavennuksena ja riskivaatimuksen
tiukennuksena verrattuna vanhaan dolus eventualikseen.¹³³ Näin HD s. 458 te-
kee, joskaan ei oikein käy selville, onko rajoituksessa kyse objektiivisesta huo-

626 on hiukan pettynyt siihen, että selvän linjaprejudikaatin sijaan saatiin vaikeaselkoinen ratkaisu kolmine mielipiteineen – tilanne on samantapainen kuin sillä, joka lähtee karhujahtiin mutta palaa kaniini saaliinaan.

¹³⁰ Cavallin 2003–04 s. 3–4. Cavallinin artikkelissa ratkaisua arvioidaan paljolti hänen myöhemmin esiin otettavaan tahallisuusmalliinsa dolus ex re’hen suhteutettuna.

¹³¹ Zila 2002–03 s. 635. Näin ollen ei kannata lähteä purkamaan vanhaa kysymystä siitä, onko vuoden 1977 ratkaisussa kyse vain varmuustahallisuudesta vai hieman vähemmästä mieltämisestä.

¹³² Ks. Westin 2002–03.

¹³³ Cavallin 2003–04 s. 3–8.

mattavasta riskistä/todennäköisyydestä (HD käyttää sekä ilmaisua ”avsevärd risk” että ”avsevärd sannolikhet”) vai siitä, että tekijä on mieltänyt riskin/todennäköisyyden huomattavaksi.

Zila, joka suhtautuu ligiltighetsuppsåtiin myönteisesti, piti ratkaisua terve-
tulleen. Ratkaisun määränneiden argumentaatioissa hän piti kuitenkin huonona
mainittua toteamusta, että matalien riskien tilanteissa mallia ei tulisi käyttää.
Matala mielletty riski on usein indisio tuottamukselle ominaisesta suhtautumi-
sesta, mutta seurauksen ollessa hyvin vakava näin ei välttämättä ole. Zilan mu-
kaan esimerkiksi venäläisen ruletin tapauksessa, jossa panoksia on 1/8, pitäisi
ilmeisesti ainakin olla mahdollista tuomita tahallisesta kuoleman aiheuttamisesta.¹³⁴

Tahallisuusarviointi ei kuitenkaan jäänyt vuoden 2002 ratkaisun varaan.

Tapauksessa *NJA 2004 s. 176 S* oli saanut tietää HIV-infektiostaan vuonna 1996.
Hän oli vuoden 1999 ja toukokuun 2003 välisenä aikana ollut noin 200 kertaa
suojaamattomassa anaali- ja oraaliyhteydessä 10 muun miehen kanssa infor-
moimatta heitä infektiostaan. Kukaan ei saanut tartuntaa. Lääkefirmassa asiakas-
myyjänä toiminutta S:ää syytettiin törkeän pahoinpitelyn yrityksistä. S kiisti tar-
tuttamistahallisuuden. Hän oli ollut vuodesta 1996 lokakuun puoleen väliin 2002
antiviraalisessa hoidossa, jolla viruksen määrä veressä oli saatu laskettua niin
alas, ettei sitä voitu mitata. Hän ei käsityksensä mukaan ollut tartuttava. Esitetyn
asiantuntijatodistelun mukaan veressä olevan virusmäärän ja tartuttavuuden välil-
lä oli kyllä korrelaatio, mutta oli epävarmaa kuinka suuri. Ei ole näytetty, ettei
henkilö olisi tartuttava, kun virusta on vähän. Virusmäärän laskeminen spermassa
saattoi olla pienempää kuin sen laskeminen veressä. Kun antiviraalihoito lopete-
taan, virusmäärä on parin viikon kuluttua mitattavissa ja se palaa sille tasolle,
jolla se oli ennen hoidon aloittamista. TR tuomitsi S:n törkeän pahoinpitelyn yri-
tyksestä 4 vuodeksi vankeuteen hyödyntäen ligiltighetsuppsåtia tahallisuusar-
viossaan. HovR päätyi törkeän pahoinpitelyn yrityksen syyksilukemiseen lähinnä
hypoteettisen tahtoteorian avulla tuomiten S:n 3 vuodeksi vankeuteen. Vähem-
mistöön jäänyt jäsen olisi tuominnut S:n vaaran aiheuttamisesta 2 vuodeksi van-
keuteen. S haki muutosta. HD antoi tuomionsa 6.4.2004.

HD:n mukaan kysymyksenä oli, oliko S menettelyllään ”utsatt dessa för risk
att smittas av HIV-virus på ett sådant sätt att vart och ett av samlagen är att be-
döma som försök till misshandelsbrott eller framkallande av fara”. Objektiiv-
isesti edellytykset olivat käsillä. Tahallisuudesta HD totesi seuraavaa:

Av utredningen framgår att smittöverföring vid vart och ett av samlagen var syn-
nerligen låg och det finns inget som talar för att S trott att den skulle vara större
än den faktiskt var eller för att han skulle ha haft för avsikt att överföra smitta
genom samlagen.

Frågan är då om det trots detta finns några omständigheter som tillåter slutsat-
sen att S varit ligiltig till om hans partner skulle smittas av HIV-infektion. Mot
bakgrund av den låga risken måste mycket starka skäl krävas för att det skall

¹³⁴ Zila 2002–03 s. 635–637. Ks. myös Asp 2002–03, joka muodostaa johdannon Träskmanin,
Westinin ja Zilan kommenteilte.

kunna anses visat att S varit likgiltig i den mening som här avses. Någon annan omständighet än det stora antalet samlag som talar för att S skulle kunna ha varit likgiltig har inte framförts i målet. Riskbedömningen skall emellertid göras i förhållande till varje enskilt samlag och ett upprepat risktagande, som exempelvis inte är ovanligt i trafiksammanhang, tillåter inte i sig slutsatsen att en person också varit likgiltig till ett förverkligande av risken. Den utredning som förebringats i målet tillåter för övrigt inte ens den bedömningen att det skulle ha förelegat en avsevärd risk för att åtminstone någon av S:s partner skulle ha smittats. Annat har inte framkommit än att S i övrigt varit mån om målsägandenas välfärd. Någon våldsanvändning eller annat liknande beteende har inte förekommit. Utredningen ger således inte stöd för annat än att S genomfört samlagen i förlitan på att någon smittöverföring inte skulle ske. Det är alltså inte visat i målet att S vid vart och ett eller vid något av samlagen handlat med uppsåt att överföra HIV-smitta till sin partner.

S oli tietyillä kerroilla ollut alkoholin vaikutuksen alaisena, mutta tätä koskevia tietoja oli niin vähän, ettei humalaa tästäkään syystä voitu ottaa huomioon tahallisuusarvioinnissa. Yksi asianomistajista oli tiennyt S:n tartunnasta muuta kautta kuin S:ltä, ja oli siitä huolimatta harrastanut hänen kanssaan suojaamattomasti oraaliseksiä 2–3 kertaa. Loukatun suostumus katsottiin päteväksi ja syyte hylättiin tämän asianomistajan osalta. S tuomittiin muihin asianomistajiin kohdistuneista vaaran aiheuttamisista vuodeksi vankeuteen.

Tahallisuusarvio tuli tehdä erikseen kustakin osateosta (syy tähän ei oikein selviä selosteesta). Tapauksen tilanteessa, jossa tartuntariski viruksen vähyden johdosta oli tavallista pienempi, olisi tällöin ilmeistä, että yksinkertainen todennäköisyystahallisuus johtaisi katsomaan, ettei tahallisuutta suhteessa tartuntaan ole. Likgiltighetsuppsåtin näkökulmasta johdutaan kysymään, onko käsillä välinpitämättömyyttä ilmentäviä seikkoja. Riskin pienuuteen nähden niiden tulisi olla erityisen vahvoja. Perusteluista käy ilmi, että väkivallan käyttäminen, josta tapauksissa ei ollut kyse, voisi olla tässä suhteessa merkittävää. Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta väkivallan käyttö ei olisi tartuntatahallisuuden osalta kvalitatiivisesti erityisasemassa.

Riskiarvio tuli tehdä kunkin osateon osalta erikseen, mutta perusteluissa todetaan, että riskinoton toistaminen ei sellaisenaan oikeuta päättelemään, että tekijä oli välinpitämätön tartunnasta. Riskinoton toistamisen todetaan lisäksi esiintyvän liikenteessä. Missä mielessä teon toistaminen loppujen lopuksi saadaan ottaa huomioon tahallisuusarviossa ja missä mielessä ei, ei mielestäni tule täysin selväksi. On myös vaikea nähdä, miksei toistaminen vaikuttaisi välinpitämättömyyteen. Liikenne voi muodostaa merkittävän vertailukohdan, joskin merkitystä voi olla myös sillä, että liikennetilanteet eroavat HIV-tilanteesta mm. sen suhteen, kenelle siinä voi syntyä henkilövahinkoja – vain toisille vai myös tekijälle itselleen.

HD:n ratkaisu on merkittävä paitsi HIV-vaarallisen menettelyn arvioinnin, myös tahallisuuden sisällön yleisen määrittämisen näkökulmasta. Tahallisuuden kannalta ratkaisu on merkittävin prejudikaatti sen jälkeen, kun tahallisuuden le-

gaalimääritelmä torjuttiin. Ratkaisussa HD nähdäkseni haluaa kantaa sen vastuun tahallisuuden rajojen määrittelystä, joka sille on tässä tilanteessa langennut. Ratkaisu on myös yksimielinen. Tuomio pyritti rakentamaan vuoden 2002 ratkaisun perustalle. Tuomiossa otetaan kantaa esillä olleisiin kolmeen rajanvetomalliin, hypoteettiseen tahtoteoriaan, yksinkertaiseen todennäköisyystahallisuuteen ja likgiltighetsuppsåttiin. Ratkaisu on linjoja ainakin periaatteellisesti muuttava. Hypoteettinen tahtoteoria nimittäin hylätään, joskin sillä todetaan olevan tiettyä arvoa eräänlaisena testinä tahallisuutta koskevan näytön riittävydestä. Myöskään todennäköisyystahallisuutta ei hyväksytty, joskin sekä faktisen että tekijän mieltämän todennäköisyyden todetaan kuuluvan keskeisimpiin näyttöfaktoreihin arvioitaessa sitä, merkitsikö tietty seikka tekijälle relevanttia syytä luopua teosta vai ei. Argumentteina mainitaan, että yhtäältä todennäköisyystahallisuus johtaisi pitämään tahallisuutta tiettyjä tekoja, joissa tahallisuuden ei kuitenkaan voida kohtuudella sanoa olleen käsillä; esimerkkinä mainitaan lääkäriesimerkki. Toisaalta tahallisuus olisi poissuljettu sellaisissa tapauksissa, joissa todennäköisyys oli alhainen, mutta tahallisuuden täytyy katsoa olleen käsillä. Esimerkkinä mainitaan venäläinen ruletti yhdellä luodilla. HD päättyy likgiltighetsuppsåttiin, jota selostetaan mm. seuraavin tavoin:

För att en gärningsman skall kunna anses ha varit likgiltig på ett sådant sätt att det föreligger förutsättningar för att döma för uppsåtligt brott är det inte tillräckligt att gärningsmannen allmänt sätt kan betecknas som likgiltig, i den meningen att han handlat utan att beakta att gärningen inneburit en kränkning av straffrättsligt skyddade intressen. Redan den omständigheten att gärningsmannen insett att det förelåg en risk för att gärningen skulle medföra en viss effekt eller att en viss omständighet förelåg ineffattar ett mått av likgiltighet. För att uppsåt till effekten eller omständigheten skall anses föreligga krävs dock likgiltighet inte endast till risken utan också till förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten. Detta förutsätter inte att gärningsmannen värderat förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten på visst sätt. Även om han skulle beklaga att effekten inträdde eller att omständigheten förelåg kan han ha varit likgiltig i den meningen att han varit beredd att uppoffra det av rättsordningen skyddade intresse som uppsåtsprövningen avser. Det avgörande är således att förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen. Har gärningsmannen handlat i förlitan på att effekten inte skulle förverkligas eller gärningsomständigheten föreligga har han inte varit likgiltig i denna mening även om hans inställning kan framstå som lättsinnig. I sak motsvarar ett på detta sätt uppfattat likgiltighetsuppsåt vad som ovan sagts angående direkt och indirekt uppsåt i de fall som gärningsmannen inte insett att effekten skulle inträda utan endast att det förelåg en risk för detta.

Sammanfattningsvis talar övervägande skäl för att uppsåtets nedre gräns bör förstås på det sätt som nu sagts. Vad som förutom insikt i risken är avgörande är således gärningsmannens inställning eller attityd vid gärningstillfället. Endast om det står klart att han haft en positiv eller i vart fall likgiltig inställning till effektens förverkligande eller förekomsten av gärningsomständigheten skall gärningen bedömas som uppsåtlig. Ett på detta sätt bestämt uppsåtskrav får också anses följa av NJA 2002 s. 449.

Sitaatista ilmenee yleisen välinpitämättömyyden torjunta. Siinä korostetaan sitä, että välinpitämättömyys suhteessa riskiin on eri asia kuin välinpitämättömyys suhteessa relevanttiin seuraukseen tai olosuhteeseen. Relevanttia välinpitämättömyyttä luonnehditaan muutamalla tavalla. Se merkitsee, että tekijä on tekotilanteessa ollut valmis uhraamaan oikeusjärjestyksen suojeleman edun. Se merkitsee myös, että relevantti seuraus tai olosuhde ei merkinnyt tekijälle hyvää syytä luopua teosta. On myös negatiivinen luonnehdinta: välinpitämättömyys ei ollut käsillä, jos tekijä toimi luottaen (i förlitan på) siihen, että relevantti seuraus ei synny tai olosuhde ole käsillä.

Nähdäkseni näin muotoillulla tahallisuudella on yhteistä saksalaisen tahallisuusmallin kanssa. Tahtomista jonkinlaisen miellyttävyyden merkityksessä ei edellytetä, mitä Saksassa ilmentää Billigung im Rechtssinne. Toiminta luottaen -p merkitsee, ettei välinpitämättömyys ollut käsillä. Saksassa puolestaan katsotaan usein, että vaadittava hyväksyminen ei ole käsillä tekijän luottaessa seurauksen poisjääntiin (Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges).

Sitaatissa katsotaan, että selostettu likgiltighetsuppsåt vastaa sellaisia tarkoitustahallisuuden ja ehdollisen varmuustahallisuuden tilanteita, joissa seuraus ei ole tekijän käsityksen mukaan käytännössä varma. Myös niissä on kyse siitä, ettei p muodostanut relevanttia syytä luopua teosta ja myös niissä toimiminen luottamuksessa -p merkitsee tahtomomentin puuttumista. Näin näillä tahallisuustilanteilla on tietty yhteinen perusta. Luottamus -p ja usko -p näyttävät näin olevan eri asioita, sillä tarkoitustahallisuus on täysin yhteensovittavissa usko -p:n kanssa, ts. tekijä tavoittelee tiettyä seurausta, mutta uskoo, ettei saavuta sitä. Luottamus -p:n voidaan sanoa sisältävän sen, että tekoon on ryhdytty, koska uskotaan, ettei seuraus synny. Näin luottamus -p ilmentäisi p:tä koskevan ennusteen lisäksi myös suhtautumista p:hen, toisin kuin usko -p, joka vain ilmentäisi toimijan p:tä koskevaa ennustetta.

Selostettu likgiltighetsuppsåt muodostaisi, kuten sitaattikin ilmentää, sekä seuraus- että olosuhdetahallisuuden alimman asteen. Sitä, mitä viimeisessä kapaleessa *likgiltigheten* ohella mainittu positiivinen suhtautuminen merkitsisi, ei lähemmin kehitellä.

Kaiken kaikkiaan ratkaisu ilmentää tahallisuuden alueen hahmottamista uudella tavalla. Tahallisuutta on ensinnäkin sellainen insiktsuppsåt, jossa tekijä pitää relevanttia seikkaa käytännössä varmana. Lisäksi tahallisuutta olisi likgiltighetsuppsåt, jossa (vähintään mahdollisena pidetty) relevantti seikka ei muodostanut syytä luopua teosta. Tarkoitus- ja ehdollinen varmuustahallisuus ilmentävät tällaista suhtautumista.¹³⁵

¹³⁵ Ks. myös *Aspin 2004–05* s. 395 ja *Ulvängin 2005* s. 2–4 luonnehdintaa. *Ulvängin 2005* mukaan välinpitämättömyyden määrittelemineen puuttuvaksi syyksi jättää ryhtymättä tekoon merkitsee sitä, että hypoteesin positiivinen tulos on välinpitämättömyyden looginen ekvivalentti. LU:ssa

Tätä keskeistä ratkaisua arvioimaan ehdineistä Asp suhtautuu siihen myönteisesti. Ratkaisu on perusteellinen, hyvin kirjoitettu ja omiaan luomaan selvyyttä tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetoon. Asp on tyytyväinen myös siitä, että HD valitsi likgiltighetsuppsåtin eikä todennäköisyystahallisuutta. Tuomioistuinten ja oikeustieteen merkittäväksi tehtäväksi muodostuu nyt sen arviointi, missä oloissa tahallisuusvastuu on perusteltu huolimatta siitä, että mielletty todennäköisyys oli matala, ja vastaavasti, missä olosuhteissa tahallisuus ei toteudu huolimatta mielletystä korkeasta todennäköisyydestä.¹³⁶

Asp arvelee, että matalan mielletyn todennäköisyyden tilanteissa (poislukien tarkoitustahallisuuden ja ehdollisen varmuustahallisuuden tapaukset) välinpitämättömyyden osoittaminen on vaikeaa. Lähinnä kyse voisi olla kärjistetyistä tapauksista, ts. tilanteista, joissa riskille altistamista ei yleensä tapahdu, ellei samalla olla valmiita hyväksymään seuraus (esimerkiksi venäläinen ruletti). Tahallisuuden puuttumisesta huolimatta korkeasta mielletystä todennäköisyydestä voisi olla kyse ainakin kolmessa tilanteessa. Näin olisi ensinnäkin silloin, kun on selvää, että tekijä välittää siitä, jota riski koskee (esimerkiksi läheinen henkilö tai riskin kohdistuminen myös tekijään itseensä). Toisena Asp mainitsee tilanteet, joissa ihmisillä on taipumusta torjua tietojaan riskeistä. Kolmanneksi hän mainitsee ihmisten taipumuksen yliarvioida riskejä tietyissä tilanteissa.¹³⁷

Toinenkin tahallisuusratkaisu annettiin samana vuonna, *NJA 2004 s. 479*. Tällä kertaa kyse oli 15-vuotiaan tekijän, P:n, tahallisuuden ulottuvuudesta. P oli nauttinut illan kuluessa olutta. Eräässä puistossa syntyi suunsoittoa nuorisoryhmän ja G:n välillä. Ryhmässä ollut P löi yllättäen G:tä 5–7 cm:n terällä varustetulla ”nyrkkirautaveitsellä” vasemman silmän ja vasemman korvan alle. G juoksi pois mutta P lähti perään. Saavutettuaan G:n P löi häntä kyseisellä veitsellä kerran vasemmalle puolelle selkään 6–7 rintanikaman kohdalle. Lääkärin mukaan vasemman keuhkon vauriot olivat olleet hengenvaaralliset ja olisivat, jollei G:tä olisi saatu korkeatasoiseen lääkärihoitoon, voineet johtaa hengenmenoon.

pyritään kuitenkin episodiseen syyllisyyteen DeH:n ilmentämän dispositionaalisen syyllisyyden asemesta. DeH:n ja LU:n mainittu yhteisyys ja tavoite olla laajentamatta tahallisuuden alaa tekevät ymmärrettäväksi mm. sen, että hypoteesin negatiivinen tulos puhuu välinpitämättömyyden puuttumisen puolesta. – Ks. myös *Hansen 2002 s. 394*, joka pitää relevantin seikan (suoraa tai epäsuoraa) hyväksymistä yhteisenä tekijänä välttämättömyys- ja todennäköisyystahallisuudelle sekä dolus eventualikselle. Tällöin Tanskan oikeudessa voidaan nähdä kaksi tahallisuusmuotoa, tarkoitustahallisuus ja hyväksymistahallisuus. Ks. vielä *Jareborg 2004–05*, jonka mukaan tahallisuuden alueen uusi hahmotustapa jättää tarkoitustahallisuuden liian vähälle huomiolle.

¹³⁶ Ks. kommenttia *Asp 2004–05*. Sivulla 393 hän kiinnittää huomiota siihen, että *NJA 2004 s. 176* operoi LU:n kognitiivisella puolella periaatteessa pelkällä riskin mieltämisellä asettamatta *NJA 2002 s. 449*:sta luettavissa olevin tavoin mielletyn *avsevärd* riskin tms. korkeampaa kognitiivista minimiedellytystä. Ks. myös *Leijonhufvud – Wennberg 2005 s. 59–60*.

¹³⁷ *Asp 2004–05 s. 392–394*. *Ulväng 2005 s. 8–16* arvioi ja problematisoi pro välinpitämättömyys piittaamaton toimintaa, affektia, varotoimenpiteiden laiminlyöntiä ja tekijän intressiä teossa sekä contra välinpitämättömyys tekijän intressiä teossa, toimimista luottaen -p ja varotoimiin ryhtymistä.

P:tä syytettiin murhan yrityksestä. TR tuomitsi 9.12.2003 hänet törkeästä pahoinpitelystä. HovR pysytti 13.2.2004 syyksiluettavuusratkaisun. HD totesi, ettei ollut väitetty, että P:llä olisi ollut direkt tai indirekt uppsåt, eikä ollut perusteita olettaa, että hän oli pitänyt kuolemaa käytännössä väistämättömänä (= ratkaisun NJA 1977 s. 630 perusteet). Tahallisuus saattoi olla käsillä myös muuten. HD esitti ratkaisujen NJA 2002 s. 449 ja 2004 s. 176 pohjalta perusteet, joiden valossa tahallisuuden alinta astetta arvioitiin. Tarkasteltavan tapauksen kannalta päädyttiin seuraavaan:

I P.B:s fall är det oklart hur stor sannolikheten faktiskt var att knivhuggen mot målsäganden skulle leda till döden och vilken föreställning P.B. hyste om dödsrisken. Typiskt sett kan dock åtminstone det tredje knivhugget anses ha inneburit en avsevärd risk för att målsäganden skulle berövas livet. När gärningsmannen som här var endast 15 år kan dock detta förhållande inte som ofta annars tas till intäkt för att han varit likgiltig inför effekten av sitt handlande. Det finns inget belägg för att P.B. hade nått en sådan utveckling i sin personlighet och hade fått sådan erfarenhet att han trots sin ungdom kan jämföras med en vuxen i nu aktuellt hänseende.

Ratkaisu saattaa jo edustaa normaalivaiheen tulkintaa tapahtuneen oikeudellisen murrosvaiheen jälkeen. Kaikki oikeusasteet päätyivät murhan yritystä koskevan syytteen hylkäämiseen. Tärkeää on, että nuoruus ja kypsyttömyys tuli selvästikin otettavaksi huomioon tahallisuusarvioinnissa.

Myös todennäköisyystahallisuus olisi ilmeisesti johtanut syytteen hylkäämiseen – ainakin siitä sitaatissa sanotusta päätellen, että objektiivinen todennäköisyys ja tekijän käsitys kuolemanriskistä olivat jääneet epäselviksi. Likgiltighetsuppsåt ei aseta kognitiivisella puolella yhtä korkeita ja yksilöityjä vähimmäisvaatimuksia kuin todennäköisyystahallisuus, mikä on omiaan heijastumaan näyttöön (esimerkiksi ”hengenvaarasta” puhuva lääkärintodistus on prima facie merkittävämpi todiste LU:n kuin yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden kannalta).

Kokoavasti voidaan todeta, että tahallisuuden alaraja määräytyy, sekä seurauskiin että teko-olosuhteisiin nähden, nykyään LU:n avulla, sellaisena kuin sitä on analysoitu ja luonnehdittu erityisesti ratkaisussa NJA 2004 s. 176. Todennäköisyystahallisuus tuli jälleen torjutuksi. Laajaa kritiikkiä osakseen saanut DeH syrjäytyi ratkaisevana rajanvetomallina. LU:lla on vahva analyttinen yhteys DeH:iin, mutta toisaalta LU eroaa DeH:sta kiinnittäessään huomion tekijän suhtautumiseen nimenomaan tekotilanteessa eikä hypoteettisessa tilanteessa. Näin saatiin ”salonkikelpoinen” rajanvetomalli samalla, kun oikeuskäytännön ei tarvitse odottaa ajautuvan täysin uusille urille.

3 Tanska

3.1 VUODEN 1930 *STRAFFELOVIN* VALMISTELU

Vuonna 1905 Tanskassa asetettiin komissio, jonka tehtävänä oli valmistella rikoslainsäädännön uudistus. Keskeinen hahmo komissiossa, joka antoi mietintönsä 1912, oli Carl Goos. Komissio ei katsonut olevan syytä tahallisuuden määrittelymiseen laissa. Tämä puhui toisaalta sen puolesta, että lakiin otetaan säännökset erehdyksestä. Tietämättömyys ja virheellinen käsitys sellaisista tosiasiallisista ja oikeudellisista olosuhteista, jotka ovat teon rangaistavuuden edellytyksenä, poissulkevat ehdotuksen 40 §:n mukaan rangaistuksen tahallisesta rikoksesta. Tietämättömyys menettelyn oikeudenvastaisuudesta (saati rangaistavuudesta) ei sitä vastoin yleensä poissulkisi syyllisyyttä (41 §). Perustelut eivät sisällä erityisiä suosituksia tahallisuuden ja tuottamuksen väliseen rajanvetoon¹³⁸.

Oikeusministeriö pyysi vuonna 1914 Carl Torpia jatkamaan rikoslain valmistelua. Torpin ehdotus valmistui 1917. Hänen mielestään etenkin tahallisuuden alarajaa koskeva oikeudellinen epävarmuus oli suurempi paha kuin ne puutteet, joita määritelmään ehkä sisältyy. Yksimielisyys vallitsi siitä, että todennäköisyystahallisuus kuuluu tahallisuuteen, ja kysymys oli etenkin siitä, sisällytetäänkö *dolus eventualis* tahallisuuteen vai ei. Torpin mielestä näin oli syytä menetellä. Torpin ehdottama tahallisuuden määritelmä oli seuraava (20.1 §):

Forsæt foreligger, naar Gerningsmanden ved sin Handling vil hidføre, hvad der efter Loven kræves til Forbrydelsen, eller anser dennes Intræden som nødvendig eller overvejende sandsynlig Følge af Gerningen, samt, naar han vel kun anser Forbrydelsens Intrædelse som mulig, men vilde have handlet, selv om han havde anset den som sikker.

Määritelmäehdotuksen *dolus eventualis* vastaa hypoteettista tahtoteoriaa.¹³⁹ Käsitys, jonka mukaan tahallisuuden ja tuottamuksen välillä ylipäätään on terävä

¹³⁸ Ks. lähemmin perustelut *Betænkning 1912* s. 55–63 ja 95–96. Puhuminen esimerkiksi tahtomista tai toimimisesta tieteen tahtoon (med Vidende og Villie) ei sanoisi oikein mitään uutta.

¹³⁹ Varsinaista keskustelua siitä, mitä vaihtoehtoja *dolus eventualis* sisällön muotoiluun ehkä oli, ei esityksessä käydä. Tämä voi osittain liittyä siihen, että Torp, modernin tanskalaisen rikosoikeuden isä, piti *dolus eventualis* -muotoiluja samantyyppisinä: ”Fælles for alle disse Forsøg paa ad denne Vej at udvide (og afgrænse) Forsætsomraadet er det, at Vægten lægges paa et hypotetisk Moment – hvilken Indflydelse en (in concreto ikke eksisterende) Vished om Følgens Intræden maa antages at ville have havt paa vedkommendes Handlemaade”; *Torp 1905* s. 379. Eriytyneemmin

raja, on Torpin mukaan virheellinen. Todellisuudessa raja on liukuva.¹⁴⁰ Tästä seuraa mm. tarve törkeän tuottamuksen kriminalisointiin tilanteissa, joissa raja-tapauksia esiintyy usein.¹⁴¹

Uusi rikoslakikomissio, jonka jäseniin mm. Torp ja Oluf H. Krabbe kuuluivat, asetettiin marraskuussa 1917 ja se antoi mietintönsä huhtikuussa 1923. Komissio halusi säilyttää tahallisuuden määritelmän (19.2 §), ja se on käytännössä samanlainen kuin Torpin ehdotuksessa. Dolus eventualiksen todetaan olevan voimassa olevaa oikeutta. Mielipiteet jakaantuivat arvioitaessa sitä, minkälaista tahallisuutta yritys edellyttää. Ehdotuksessa (22 §) käytettiin samaa ilmaisua ”sigter til” kuin voimassa olleessa rikoslaissa (45 §). Kolme jäsentä (mm. Torp) katsoi, etteivät kaikki tahallisuuden asteet kelpaa; ei voinut olla riittävää, että tekijä piti oikeudenloukkausta yksinkertaisesti todennäköisenä (overvejende sandsynlig). Oikeudenloukkauksen tuli olla tavoiteltu. Tämä muodosti tiettyä vastapainoa sille, että jo valmistelutyyppejä tekoja pidettäisiin yrityksinä. Toiset kolme jäsentä katsoivat, että vaatimuksen tuli olla sama kuin täytetyssä teossa. Tämä vastasi myös voimassa olevaa oikeutta.¹⁴²

Torpin ehdotusta vastaava tahallisuuden määritelmä otettiin myös vuoden 1924 rikoslakiehdotukseen. Sitä ei kuitenkaan lopulta otettu vuoden 1930 straffeloviin; määritelmän katsottiin sisällöltään vastaavan voimassa olevaa oikeutta ja sen ottamista lakiin pidettiin tarpeettomana. Koska määritelmän poisjättäminen syy oli tällainen, katsotaan sillä olevan tiettyä oikeuslähdearvoa.¹⁴³

sittemmin Hurwitz, joka vuonna 1952 totesi, että ”I dansk teori har man hidtil ved dolus eventualis forstået et hypotetisk forsæt”, *Hurwitz 1952* s. 323–328. Hiukan samantapainen käsitys kuin Torpilla oli mm. *Rossilla 1971* s. 415–418.

¹⁴⁰ *Betænkning 1917* s. 29 todetaan: ”Den Erkendelse vinder mere og mere Indgang, at Grænsen mellem disse Skyldformer er ganske flydende, og at det er den egentlige Grund til, at det stadig har vist sig umuligt at fastslaa en rationel og almindelig anerkendt Grænselinie”.

¹⁴¹ Ks. lähemmin *Betænkning 1917* s. 29–33. Torp ei ottanut ehdotukseensa vuoden 1912 ehdotuksen 40 §:n kaltaista säännöstä tosiasiaerehdyksestä ja epävarsinaisesta oikeuserehdyksestä; tahallisuuden määritelmän myötä sellaisen tarve oli entisestään vähentynyt. Varsinainen oikeuserehdys mahdollistaisi asteikon alittamisen ja tuomitsematta jättämisen (78 §); ks. *Betænkning 1917* s. 31–32 ja 101–102. Tahallisuudesta esitetyt käsitykset vastaavat Torpin oppikirjassa esittämää; ks. *Torp 1905* s. 373–396 ja 412–426. Torpille dolus eventualis oli hyväksyttävä tie ulos siitä dilemmasta, että yhtäältä tahallisuuden ja tuottamuksen välille ei voida rationaalisesti tehdä rajaa, ja toisaalta ilman dolus eventualiksen hyödyntämistä rikosoikeudellinen tahallisuus jäisi epätydyttävän kapeaksi.

¹⁴² *Betænkning 1923* spalte 66–71. Oppikirjassaan Torp esitti, että dolus eventualiksen ei voida katsoa riittävän yrityksessä; *Torp 1905* s. 495–498. Komissio ei pitänyt tarpeellisenä tosiasiaerehdystä ja epävarsinaista oikeuserehdystä koskevien säännösten ottamista lakiin. Varsinaisen oikeuserehdyksen (86 §) sääntely olisi samantyyppinen kuin Torpin ehdotuksessa.

¹⁴³ *Greve 2004* s. 209.

3.2 OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

UfR 1918.946 H. Vaimonsa uskottomuuden vuoksi epätoivoisessa mielentilassa ollut T oli kotitalonsa puutyöhuoneessa sytyttänyt piippunsa ja heittänyt palavan tulitikut taakseen sanoen ”käyköön kuinka käy” (”ske, hvad der vil”) kävellen pois taakseen katsomatta. Lattialla oli päreitä ja sahanpurua, ja talo syttyi tuleen. T kertoi, että hänelle oli ollut selvää, että palo voi syttyä tai olla syttymättä. T:llä katsottiin olleen murhapolton edellyttämä tahallisuus ja hänet tuomittiin mainitusta rikoksesta.

Tilanne on kuin oppikirjatapaus positiivisesta tahtoteoriasta. Tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena eikä ole lähtenyt siitä, ettei niin tahdu. Tekijä on jopa ”jupissut” Frankin II kaavan¹⁴⁴. Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden edellytysten ei voida katsoa toteutuneen, sillä T:n kertomus ei viittaa siihen, että hän olisi pitänyt tunnusmerkistön toteutumista todennäköisempänä kuin että niin ei käy.¹⁴⁵

Waaben totesi väitöskirjassaan vuonna 1957, että todennäköisyystahallisuus on selkeästi tahallisuutta. Siinä lähtökohtana on mielletty 50 %:n ylittävä todennäköisyys, joskin aiemmin oikeustieteessä ilmauksella ”overvejende sandsynlig” on voitu tarkoittaa korkeampaa todennäköisyyttä. Voidaan lisäksi olettaa, että raja vaihtelee oikeuskäytännössä jossain määrin eri rikostyypeissä. Niinpä perätön lausuma ja tappo saattoivat edellyttää hyvin suurta todennäköisyyttä, kätkemisrikos taas ehkä 60 %:n todennäköisyyttä ja tahallisuus suhteessa ikärajaan seksuaalirikoksissa ehkä vähemmänkin. Tietyissä varallisuusrikoksissa alle 50 %:n todennäköisyyskin on voinut riittää. Oli outoa, että vaikka dolus eventualis oli jo 50 vuoden ajan oikeustieteessä ymmärretty kiinteäksi osaksi tahallisuutta, löytyi lainkäytöstä vain erittäin harvoja ratkaisuja, joissa käytetään dolus eventualis -muotoiluja. Vuoden 1918 ratkaisu oli yksi sellainen. Etenkään hypoteettinen tahtoteoria ei määrää tahallisuuden alarajaa.¹⁴⁶

Hansenin mukaan seuraavan ratkaisun myötä tuli vuosien epävarmuuden jälkeen vahvistetuksi, että dolus eventualis on voimassa olevaa oikeutta.¹⁴⁷

UfR 1979.576 H. D suunnitteli pakoa vankilasta eräiden vankitoveriensä kanssa. Hän oli pyytänyt veljeään, vastaaja T:tä tulemaan käymään luonaan vankilassa. D pyysi T:tä luovuttamaan J:lle asunnoltaan laukun. T ei tuntenut J:tä. D pyysi, ettei T kyselisi syytä pyyntöön. D kuvaili J:n auton. J:n saavuttua ajettiin vankilalta T:

¹⁴⁴ Waaben 1973 s. 193. *Andenæsin* 1997 s. 219–220 mukaan ”[d]ette er et av de sjeldne tilfelle hvor en kan si at gjerningsmannen har akseptert resultatet”.

¹⁴⁵ Vrt. tosin *Garner* 1981 s. 353–354.

¹⁴⁶ Waaben 1973 esimerkiksi s. 112–114, 170–171 ja 349–356.

¹⁴⁷ Hansen 2002 s. 391. *Garner* 1981 s. 352 kirjoitti: ”Mange jurister var af den bestemte opfattelse, at denne forsætsform [= dolus eventualis, JM] var afgået ved en stille og rolig død og kom jævnligt med hånlige udtalelser om den.” Vastaavasti *Langsted* 1988 s. 133 toteaa, että epäily siitä, että dolus eventualis oli vain oikeushistoriallisesti kiinnostava teoreettinen konstruktio, kasvoi, kunnes vuoden 1979 tuomio käänsi tämän käsityksen ylösalaisin.

n luo, ja T luovutti pyydytyin tavoin J:lle laukun. Laukku oli ollut avaamattomana T:n asunnolla ja se sisälsi T:n tieteen vaatteita. T tiesi, että D oli kerran aikaisemmin karannut vankilasta. 8 päivää D:n tapaamisen ja laukun luovuttamisen jälkeen D karkasi eräiden muiden kanssa vankilasta.

T:tä syytettiin vangin karkaamisen avustamisesta (124.1 § straffeloven). *Østre landsretin* 3 jäsentä katsoi, että T oli ollut selvillä siitä, että laukun luovutus oli osa suunniteltua pakoa. 3 jäsentä taas katsoi jääneen näyttämättä, että T olisi tiennyt tai olettanut (bestemt formodning) näin olevan, mutta katsoi kuitenkin, että

tiltalte har indset muligheden heraf og også med denne mulighed for øje har indvilliget i at udlevere kufferten som sket, hvorfor der foreligger fornødent forsæt.

Muutoksenhaussa *Højesteretille* katsottiin vastaajan puolesta, että lakia oli sovellettu virheellisesti, sillä dolus eventualis, jonka avulla kolme tuomaria oli syyksilukenu T:lle rikoksen, ei ollut voimassa olevaa oikeutta. *Højesteret* viittasi *Folketingetille* ehdotettuihin tahallisuuden määritelmiin ja niitä koskeviin lausumiin ehdotusten käsittelyssä. Kolmen tuomarin kantaa ei pidetty voimassa olevan oikeuden vastaisena.

Siteerattua kohtaa voidaan pitää positiivisen tahtoteorian mukaisena syyksilukemisperusteena. Sen ei katsottu olevan voimassa olevan oikeuden vastainen. *Højesteretin* lyhyt argumentaatio perustui 1920-luvulta oleviin lain esitöihin ja ilmentää oikeustilan jatkuvuutta, sillä ehdotettujen määritelmien, joita ei tosin otettu lakiin, katsottiin tuolloin kuvaavan voimassa olevaa oikeutta. Kiinnostavaa on, että ehdotetuissa pykälissä esiintyi hypoteettinen, ei positiivinen tahtoteoria. Ratkaisu antaa kaiken kaikkiaan tukea sellaiselle käsitykselle, että *Højesteret* katsoi molempien edustavan voimassa olevaa oikeutta.¹⁴⁸

Ufr 1992.455 H. Ehdonalaisessa vapaudessa ollut 27-vuotias T oli ottanut luvattomasti käyttöönsä erään auton, minkä jälkeen hän 10.15 aikaan meni erään pankin konttoriin naamioituneena ja varustautuneena katkaistulla metsästyshaulikolla, jossa oli kaksi patruunaa. T vaati rahaa. 10.20 pankkiin saapui poliisimies S mainitun ryöstön vuoksi. T ampui kaksi laukausta kohti noin kuuden metrin päässä ollutta S:ää, jolloin toisen haulilataus osui S:ää käsiin ja kasvojen vasemmalle puolelle aiheuttaen mm. näön menetyksen toisesta silmästä, minkä lisäksi yksi hauli, jota ei voitu leikata pois, jäi S:n aivoihin.

Østre landsret tuomitsi T:n tapon yrityksestä ym. mainituista teoista 14 vuodeksi vankeuteen. Puheenjohtaja oli ohjannut lautamiehiä tahallisuuden osalta mm. seuraavasti:

¹⁴⁸ Näin *Toftegaard Nielsen 2004* s. 77. Ratkaisua kommentoinut *Garner 1981* katsoi, että olisi ollut parempi, että *Højesteret* olisi ottanut selvemmin kantaa siihen, missä muodossa ja miten laajalti dolus eventualis oli voimassa olevaa oikeutta. Nythän se totesi, että *landsretin* po. kolmen tuomarin kanta ei ollut voimassa olevan oikeuden vastainen. Ks. myös *Waaben 1982* s. 404–407.

Fra denne forsætsform (sandsynlighedsforsæt) er der en glidende overgang til den forsætsform, der kaldes dolus eventualis det vil sige, at gerningsmanden har anset det for muligt, at følgen ville intræde og accepteret dette for det tilfælde, at følgen virkelige intræder eller sagt på en anden måde denne mulige følge foretrakkes, når alt kommer til alt, af gerningsmanden frem for at give afkald på/afholde sig fra gerningen.

Vastaajan puolesta katsottiin mm., että *positiv indvilligelsen* soveltaminen seurausrikokseen oli ongelmallisempaa kuin sen soveltaminen tekorikokseen, jollaisesta vuoden 1979 ratkaisussa oli ollut kyse. Ohjaus koskien dolus eventualista oli ollut virheellinen tai epätäydellinen.

Højesteretin mukaan dolus eventualiksen soveltamisessa on yleisesti noudatettava varovaisuutta. Puheenjohtaja ei kuitenkaan ollut menetellyt virheellisesti lähtiessään siitä, että tämä tahallisuuden muoto voi tulla kyseeseen myös käsiteltävän tyyppisessä tilanteessa. Højesteret ei myöskään katsonut, että puheenjohtajan lausumat kyseisen tahallisuuden muodon sisällöstä olisivat olleet virheellisiä tai epätäydellisiä. Tuomio pysytettiin.

Juryn ohjaus oli lähinnä positiivisen tahtoteorian mukainen. Tästä myös vastaajan valituksessa lähdettiin. Højesteretin kannasta ilmenee, että juryn ohjaus oli ollut hyväksyttävä. Samoin katsottiin, että dolus eventualiksen sovellutusala ei rajoitu esimerkiksi tekorikoksiin. Højesteret tarkasteli osin juryn ohjausta (jossa lähdettiin positiivisesta tahtoteoriasta), osin puhui dolus eventualiksesta; tämä jättää jonkin verran avoimeksi sen, miten hypoteettiseen versioon suhtaudutaan. Ainakin positiivinen tahtoteoria näyttää olevan tahallisuutta. Højesteret ei yksilöinyt, mitä varovaisuuden noudattamisella dolus eventualiksen soveltamisessa lähemmin tarkoitetaan.

UfR 1998.277 H. A, B ja C olivat liikkeellä luvattomasti käyttöönotetulla autolla. A ja B heittivät autosta käsikranaatit kohti D:tä ja E:tä seurauksin mm. että räjähdys vei osan D:n jalkaa. Tämän jälkeen C ajoi pois. A:ta, B:tä ja C:tä syytettiin mm. D:hen ja E:hen kohdistuneesta tapon yrityksestä. Kysymys oli mm. siitä, oliko C:llä ollut tahallisuus suhteessa siihen, että hän myötävaikuttaa tapon yrityksiin.

Landsretin puheenjohtaja kertoi juryn ohjauksessaan, että dolus eventualista oli kahta lajia, hypoteettista ja positiivista. Hypoteettiseen tahtoteoriaan saatettiin kohdistaa kritiikkiä. Puheenjohtajan käsityksen mukaan syyttäjät ei ollut vedonnut siihen, ja hän katsoi, ettei voinut vaatia jurya soveltamaan sitä, ja hän rajoittui ohjauksessaan *positiv indvilligelsesteori*'hin. Jos jury ei katsonut todennäköisyydestä tahallisuuden edellytysten toteutuneen, sen tuli kiinnittää huomiota siihen, että C ei ollut tiedustellut, mihin hänen apuaan tarvitaan. Puheenjohtaja jatkoi:

For hvorfor spurgte C ikke? kan det have været af anden grund end erkendelsen af, at hvad man ikke ved, har man ikke ond af?

Men netop, hvor folk holder sig i forsættlig uvidenhed om, hvad de er i færd med, er der et særligt behov for forsætsformen *dolus eventualis*.

Puheenjohtaja tiivistä ohjauksen seuraavasti:

Selv om De ikke mener, at C indså, at sandsynligheden for, at hovedgerningsmændene ville forsøge at slå nogen ihjel, var over 50 %, kan C alligevel dømmes for medvirken til drabsforsøg, nemlig hvis det lægges til grund, at han har indset, at muligheden for at der er tale om et drabsforsøg er til stede, og at han med sig selv har accepteret at udføre sin bistand til hovedgerningsmændene med den mulighed for øje, altså selv om det skulle vise sig, at det faktisk var et drabsforsøg, hovedgerningsmændene er i gang med.

Højesteret katsoi, ettei puheenjohtaja ollut menetellyt virheellisesti katsoessaan, että positiv indvilligelse voi tulla kyseeseen tämäntyyppisessä tapauksessa. Huomioon ottaen sen, että Højesteret oli ratkaisussa UfR 1992.455 H lausunut, että tahallisuusmuoto *dolus eventualista* on käytettävä varovaisesti, olisi ohjauksessa voitu esittää joitain huomautuksia tästä varovaisuudesta suhteessa käsiteltävään tapaukseen. *Dolus eventualis* oli ohjauksessa kuitenkin läpikäyty perusteellisesti, eikä ohjausta voitu pitää virheellisenä. Tuomio pysytettiin.

Tämäkin tuomio ilmentää positiivisen tahtoteorian hyväksymistä. Kysymys oli eräänlaisesta *dolus Alexanderson* -tilanteesta. Hypoteettiseen tahtoteoriaan nähden juryn ohjauksessa tuodaan esiin tietty kriittisyys, mutta tapauksen tuskin voidaan katsoa viittaavan siihen, että sitä ei hyväksytä. Højesteret puhuu nyt nimenomaan *dolus eventualiksen* positiv indvilligelse -muodosta katsoessaan, ettei ohjaus ollut virheellinen kun siinä katsottiin, että malli voi tulla kyseeseen tämänkaltaisissa tapauksissa. Højesteret kiinnitti huomiota varovaisuuteen *dolus eventualiksen* käytössä. Tälläkään kertaa ei kuitenkaan sanottu, mitä varovaisuus pitää sisällään: onko esimerkiksi ohjauksessa pidettävä huolta siitä, että *dolus eventualis* ymmärretään oikein (esimerkiksi signaalisanatahallisuuden välttäminen) tai onko kysymys ehkä siitä, että *dolus eventualista* pitää soveltaa restriktiivisesti? Joka tapauksessa *dolus eventualis* -tarkastelun perusteellisuus kompensoi riittävästi sitä, ettei mainittua varovaisuuden aspektia ollut nimenomaisesti käsitelty.

3.3 OIKEUSTILA

Tahallisuutta koskeva oikeustila ei ole kaukana Torpin vuoden 1917 määritelmäehdotuksesta. Ylempien tahallisuuden asteiden ohella todennäköisyystahallisuutta – tekijän käsityksen mukaan tunnusmerkistön toteutuminen on *overvejende sandsynlig* – pidetään riidattomana tahallisuuden asteena. Kysymys onkin lähinnä siitä, millainen asema *dolus eventualiksella* on Tanskan rikosoikeudessa.

Todennäköisyystahallisuuden tyypillistä overvejende sandsynlig -edellytystä voidaan kielellisesti tulkita kahdella tavalla. Ensinnäkin se voi tarkoittaa hyvin todennäköistä tai sitten sitä, että p on todennäköisempi kuin sen vastakohta. Edellä todetuin tavoin sillä on aiemmin oikeustieteessä voitu tarkoittaa korkeampaa todennäköisyyttä, ja oikeuskäytännössä vaadittu subjektiivinen todennäköisyys näyttää jossain määrin vaihdelleen eri rikostyypeissä. Nykyään lähdetään kuitenkin siitä, että overvejende sandsynligiä tulkitaan jälkimmäisen merkitysmahdollisuuden mukaan eli siten, että tunnusmerkistön toteutuminen on todennäköisempää kuin se, ettei niin käy. Ajatus voidaan ilmaista myös puhumalla yli 50 %:n todennäköisyydestä. Tämän katsotaan lähtökohtaisesti riittävän kaikissa rikoksissa. Toinen asia on, että sen todentaminen, kuinka näkemys toteutuu oikeuskäytännössä, ei tietenkään ole helppoa. Oikeuskäytännössä esiintyy, lähinnä teko-olosuhteiden osalta, muitakin yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta (tai kvalifioitua todennäköisyyttä) kuvaavia ilmauksia kuten ”bestemt antaget”, ”bestemt regnet med” ja ”haft en bestemt (sikker) formodning om”.¹⁴⁹

Dolus eventualista tarkastellaan yleensä kahdessa muodossa. Ensinnäkin tunnetaan Frankin I kaavan mukainen hypoteettinen tahtoteoria, joka sisältyy myös vuosien 1917 ja 1923 määritelmäehdotuksiin. Toisekseen tunnetaan todellinen tahtoteoria, positiv indvilligelse, jossa mahdollisena pitämisen lisäksi edellytetään positiivista kannanottoa, hyväksymistä tai suostumista tunnusmerkistön toteutumiseen. Hypoteettista tahtoteoriaa kritisoidaan melko voimakkaasti oikeuskirjallisuudessa. Sen katsotaan rikkovan tahallisuuden struktuuriin liittyvää vaatimusta todellisesta mieltämisestä ja/tai tahtomisesta, minkä ohella hypoteesia pidetään ongelmallisena todistusteemana. Positiiviseen tahtoteoriaan suhtaudutaan myönteisemmin.¹⁵⁰

Molempien dolus eventualis- varianttien katsotaan olevan Tanskassa voimassa olevaa oikeutta, joskin hypoteettiseen tahtoteoriaan voidaan liittää kysymysmerkki. Positiivista tahtoteoriaa on hyödynnetty ratkaisuisissa. Tuomiot eivät vahvista hypoteettisen tahtoteorian voimassaoloa, mutta sitä ei ole niissä suoraan torjuttukaan. Højesteret on katsonut, että dolus eventualiksen käytössä on noudatettava varovaisuutta, muttei liene lähemmin kertonut, mitä tällä tarkoitetaan. Kaiken kaikkiaan dolus eventualiksella on lähinnä täydentävä funktio. En kuitenkaan ole havainnut, että sen sovellutusala olisi periaatteessa rajattu.¹⁵¹

¹⁴⁹ KS 2001/*Toftegaard Nielsen* s. 173 ja *Greve* 2004 s. 212. *Waabenin* 1997 s. 146 luonnehdinnan mukaan *overvejende sandsynlig* tarkoittaa samaa kuin *mest sandsynlig*. *Ross* 1979 s. 151 suositti todennäköisyystermin korvaamista verbaalisella ilmauksella, ja sopivana hän piti ilmausta ”mit rechnen”. Oikeuskäytännön tulkinnan vaikeuksista tahallisuuskysymyksissä Tanskan osalta ks. esim. *Ross* 1979 s. 29–30.

¹⁵⁰ Esim. *Hansen* 2002, *Greve* 2004 s. 212–214 ja *Toftegaard Nielsen* 2004 s. 75–79.

¹⁵¹ *Waaben* 1997 s. 147–150, KS 2001/*Toftegaard Nielsen* s. 173–175 ja *Greve* 2004 s. 212–214. Välinpitämättömyys ei näytä olevan tarkastelussa erityisesti esillä. *Greve* 1983 s. 230 ja 2004

Keskustelua dolus Alexandersonista (selvvalgt tvivl -tapauksista) on käyty mm. Østre landsretin ratkaisun TfS 1989.646 Ø ympärillä. Siinä eräs merimies oli saanut veroratkaisun, johon vero oli merkitty liian alhaiseksi, mutta jättänyt reagoimatta tähän. Puolustukseksien hän vetosi siihen, että hän ei tiennyt asiasta, sillä hänellä oli tapana heittää ”ruutukirjeet” pois. Tahallisuuden katsottiin olleen käsillä. Vaikka dolus Alexandersonin katsottaneen olevan tahallisuutta, on ratkaisua kritisoitu; dolus Alexanderson -asetelma olisi ollut selkeämpi ja konkreettisempi, jos syytetty olisi heittänyt esimerkiksi kaikki verohallinnolta tulleet kirjeet pois.¹⁵²

Tanskalainen yritysoppi on subjektiivinen ja ulottuu melko aikaiseen vaiheeseen. Jo vuoden 1930 straffelovin esitöissä käytiin edellä kerrotuin tavoin keskustelua siitä, riittääkö yrityksessä mikä tahansa tahallisuuden aste vai onko edellytettävä korkeaa tahallisuuden astetta, ehkä suorastaan tarkoitustahallisuutta. Täyttä selvyyttä kysymyksestä ei vielääkään liene. Näkemykset ovat kuitenkin sen suuntaisia, että kun yritys on edistynyt täytäntöönpanotoimien asteelle, riittää mikä tahansa tahallisuuden aste (mitä mm. UfR 1992.455 H ilmentää), kun taas aikaisemman, valmistelutyypin toiminnan osalta saatetaan subjektiivisella puolella edellyttää enemmän, kuten päätöstä tai suunnitelmaa.¹⁵³ Tanskalainen subjektiivinen yritysoppi merkitsee sitä, että tilanteessa, jossa henkilö virheellisesti uskoo tiettyjen olosuhteiden olevan käsillä, ja nuo olosuhteet toteuttavat tunnusmerkistön, hän syyllistyy yritykseen, jos ao. rikoksen yritys on rangaistava.¹⁵⁴

s. 214 arvelee tahallisuuden alan laajentuneen todennäköisyystahallisuuden alueen ensin laajettua ja tuomioistuinten näyttäessä olevan luopumassa, mikäli julkaistuista tuomioista käy päättelemisen, pidätyvästä suhtautumisestaan dolus eventualikseen. Ks. uudempia ratkaisuja, joissa pyritään hyödyntämään positiivista tahtoteoriaa: UfR 2002.1314 V (tuhotyön yritys), UfR 2003.1448 Ø (pahoinpitely) ja UfR 2003.2306 Ø (rahanväärennys). Ks. vielä UfR 2002.932 Ø (verorikos).

¹⁵² Greve 2004 s. 213–214 ja 300. Hän pitää dolus Alexandersonia dolus eventualiksen kolmantena haaranä, sillä tekijä ei ole hyväksynyt tunnusmerkistön toteutumista eikä hän olisi tehnyt tekoa, jos olisi pitänyt tunnusmerkistön toteutumista varmana. KS 2001/Toftegaard Nielsen s. 175 käsittelee sitä dolus eventualiksen erityistapauksena. Ks. myös Toftegaard Nielsen 2004 s. 78–79. Hansen 2002 s. 397 (joka on ehkä ymmärtänyt dolus Alexandersonin virheellisesti), pitää tapauksia positiivisen tahtoteorian tilanteina. Näin jo Waaben 1973 s. 159, 162 ja 173, joka toteaa, että tietoinen tietämättömyys on tahallisuutta, mutta tästä ei suinkaan ole kyse aina, kun joku laiminlyö hankkia lähempää informaatiota. Langsted 1988 s. 135–137 hyödyntää tätä lähtökohtaa arvioidessaan Vestre landsretin ratkaisua UfR 1987.564 V, jossa syytetty oli laukaissut voimakkaan savupommin juhlateltassa laiminlyötyään selvittää pommin ominaisuuksia; hänellä katsottiin olleen tahallisuus suhteessa siihen, että pommi levittää ”skadevoldende luftarter”, strl 183 §. Ks. myös UfR 1998.277 H.

¹⁵³ Ks. lähemmin Waaben 1997 s. 199–201 ja Greve 2004 s. 218–219.

¹⁵⁴ Greven 2004 s. 233 esimerkki: jos joku makaa kuolleen luullen tämän olevan vain tajuton, rangaistaan yrityksestä maata puolustuskyvyttömässä tilassa oleva (strl 218 §), ja jos joku makaa tajuttoman luullen tätä kuolleen, rangaistaan ruumiin sopimattoman käsittelyn yrityksestä (strl 139 §).

Erehdysopin lähtökohtana on jaottelu tosiasia- ja oikeuserehdykseen. Oikeuserehdykset puolestaan jaetaan epävarsinaiseen ja varsinaiseen. Epävarsinaisella oikeuserehdyksellä, josta strl:ssa ei ole säännöstä, on samanlainen merkitys tahallisuuden kääntöpuolena kuin tosiasiaerehdyksellä. Varsinaisesta oikeuserehdyksestä on määräys lieventämisperusteita koskevassa strl 82 §:ssä: ”Det skal ved straffens fastsættelse i almindelighed indgå som formildende omstændighed, [...] 4) at gerningsmanden har handlet i undskyldelig uvidenhed om eller undskyldelig misforståelse af retsregler, der forbyder eller påbyder handlingens foretagelse.” Strl 83 §:n mukaan minimi voidaan alittaa, kun tekoa, tekijän henkilöä koskevat tai muut seikat ratkaisevasti puhuvat tämän puolesta. Jos olosuhteet ovat muutoin lieventävät, voidaan tekijä jättää rangaistukseen tuomitsematta.

Strl 82 § on uusi, mutta siteerattu 4 kohta on samanlainen kuin aiempi 84 §. Uusikaan sääntely ei mahdollista vastuuvapautta, vaan enintään tuomitsematta jättämisen. Tätä on pidetty ongelmallisena.¹⁵⁵ Varsinainen ja epävarsinainen oikeuserehdys erotetaan samansuuntaisesti kuin muuallakin. Waaben luonnehtii edellistä erehdykseksi ”om den strafferetlige regel der kriminaliserer et forhold”¹⁵⁶. Sanamuotonsa mukaan strl 82 § puhuu kylläkin oikeussäännöksistä, jotka kieltävät tai käskvät, mutta Waaben ei pidä tätä merkittävänä käytännön ongelmana, sillä teosta kieltävät tai siihen käskvät säännöt ovat useimmiten rangaistuksella sanktioituja¹⁵⁷. Epävarsinainen oikeuserehdys ei koske rikosoikeudellisen kielto- tai käskynormin sisältöä vaan ”retsregler der ligger uden for de strafferetlige og har en præjudiciel eller forudsætningsvis betydning i straffesager ved at afgøre om gerningsindholdet er opfyldt”¹⁵⁸. Rajanveto voi olla vaikea, jolloin huomiota on kiinnitettävä siihen, onko tekijän käsitys normatiivisesta seikasta niin merkittävä, että sen täytyy kuulua tahallisuuteen. Näin on yleisesti ottaen, jos tunnusmerkistö edellyttää tekijältä jonkinlaista suhtautumista toisten oikeuksiin tai velvollisuuksiin, kuten esineen kuulumiseen toiselle (”fremmed ting”) varkaudessa ja kavalluksessa.¹⁵⁹ Humalasta johtuvaan erehdykseen suhtauduttaneen kuten muihinkin erehdyksiin¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Waaben 1997 s. 171–173. Greve 1994 ehdotti vastuuvapautta tilanteissa, joissa varsinaista oikeuserehdystä ei voida lukea syyksi edes tuottamuksellisena. Tämä ei siis toteutunut.

¹⁵⁶ Waaben 1997 s. 165.

¹⁵⁷ Waaben 1997 s. 168–169.

¹⁵⁸ Waaben 1997 s. 173.

¹⁵⁹ Ks. Waaben 1997 s. 175–176 ja Greve 2004 s. 234–235.

¹⁶⁰ Waaben 1973 s. 334 ja varauksin Greve 2004 s. 220.

4 Norja

4.1 JOHDANTO

Norjassa vuoden 1902 straffeloviin ei otettu tahallisuuden määritelmää. Esitöissä oli ehdotettu tuottamuksen, mutta ei tahallisuuden määritelmää. Tilanne on kuitenkin muuttumassa yleisten oppien uudistuksen myötä, jota tarkastellaan jaksossa 4.3. Tässä jaksossa arvioidaan vielä voimassa olevaa oikeustilaa.

Rikoslakiin otetun vaatimusnormin mukaan rangaistaan rikoslaissa rangaistavaksi säädetystä teosta vain tahallisenä, ellei tuottamusta ole erikseen säädetty tai selvästi edellytetty rangaistavaksi (40.1 §). Muilta osin tuottamuksen riittävyys ratkaistaan tunnusmerkistökohtaisesti tulkinnalla. Varsinaisten laiminlyöntirikkomusten osalta lähtökohta on kuitenkin tuottamus (40.2 §).

Tuottamusarvio on kaksivaiheinen sisältäen objektiivisen (forsvarlig opptreden) ja subjektiivisen (personlige forutsetninger) arvion. Yleensä tavallinen (alminnelig, simpel) tuottamus riittää. Toisinaan rangaistussäännöksessä vaaditaan törkeätä tuottamusta (esim. maanpetos nstrl 86a §). Jaottelulla tiedostettuun ja tiedostamattomaan tuottamukseen ei katsota olevan suurta merkitystä; esimerkiksi törkeä tuottamus voi subjektiivisella puolella olla tiedostettua tai tiedostamatonta. Laki tuntee kylläkin erityisiä syyksiluettavuussääntöjä, kuten 155 §:ssä (”skjellig grunn til å tro”). Straffelovissa on säännös (43 §), jonka mukaan silloin, kun laki määrää korotetun rangaistuksen tilanteissa, joissa on seurannut ei-tahallinen (lisä)seuraus, edellyttää korotetun asteikon soveltaminen kuitenkin sitä, että tekijä oli voinut havaita seurauksen (tai, kun on kyse laiminlyönnistä, oli havainnut vaaran). Oli voinut havaita -edellytyksen (culpa levissima) katsoaan toteutuvan alhaisemmin kriteerein kuin normaalin tuottamuksen. Luonnollisten henkilöiden objektiivinen rangaistusvastuu on lähes tuntematonta nykyään.

Tarkoitustahallisuus (*hensiktsforsett*) on kvalifioitu tahallisuuden muoto. Kvalifioituna tahallisuuden muotona saatetaan pitää myös harkintaa (overlegg). Tunnusmerkistön toteutumisen pitäminen varmana ja yksinkertaisesti todennäköisenä on osa tahallisuutta. Viimeksi mainituista on usein käytetty yhteistä nimitystä todennäköisyystahallisuus (*sannsynlighetsforsett*) tai yleinen tahallisuus (*vanlig forsett*)¹⁶¹. Oikeuskäytäntö on antanut merkittäviä ratkaisuja siitä, miltä osin dolus eventualis on tahallisuutta.

¹⁶¹ SK 2003/Bratholm s. 342–343 puhuu mm. *vanlig forsett*istä ja esim. *NOU* 1983:57 s. 143–144 ja *NOU* 1992:23 s. 115 todennäköisyystahallisuudesta näiden kahden mieltämiseen palautuvan

Erehdys on säännelty nstrl 42 ja 57 §:ssä. Ensin mainittu koskee tietämättömyyttä rangaistavuuden perustavista tai sitä korottavista olosuhteista. Tällöin vastuu tahallisesta rikoksesta ei tule kyseeseen. Nstrl 57 § puolestaan sääntelee erehdystä teon oikeudenvastaisesta luonteesta. Tekijä voidaan vapauttaa vastuusta tai hänet voidaan tuomita lievennettyyn rangaistukseen. Mahdollista on myös jättää tällainen erehdys vaille merkitystä. Vastuuvapaus on edellyttänyt erehdyksen anteeksiannettavuutta, ja kynnys on ollut korkealla. Kaikkia oikeuserehdyksiä ei ole käsitelty 57 §:n mukaisina, vaan epävarsinaiset oikeuserehdykset on arvioitu 42 §:n mukaan ja siis tahallisuuden poistavina. Suunnilleen samaa tarkoittaen voidaan puhua ennakkoluonteista oikeudellista seikkaa koskevasta erehdyksestä (villfarelse om prejudisielle rettsforhold). Termiä tilanne-erehdys (situsjonsvillfarelse) voidaan käyttää nstrl 42 §:n mukaan käsiteltävien erehdysten eli tosiasiaerehdyksen ja epävarsinaisen oikeuserehdyksen yhteisnimityksenä.¹⁶²

Peittämisperiaatteesta tehdään joitakin poikkeuksia. Niinpä se, joka on virheellisesti uskonut, että promillemäärä on alle 0,2, ei vapaudu vastuusta; promillemäärä on puhtaasti objektiivinen tunnusmerkki (vegtrafikkloven 22 §). Alakäisiin kohdistuvissa seksuaaliteoissa tilanne on sama, jos lapsi oli alle 14-vuotias (195 §). Jos hän taas oli 14–15-vuotias, edellyttää vastuu, että tekijä oli tietoinen tästä tai ainakin osoitti huolimattomuutta tähän nähden (196 §).

Straffelov 49 §:n mukaan rangaistava yritys on käsillä, kun rikos ei ole täyttynyt, ”men der foretaget Handling, hvorved dens Udforelse tilsigtedes paabegyndt”. Sana ”tilsigtedes” voi herättää kysymyksen siitä, edellyttääkö yritys ehkä normaalia korkeampaa tahallisuuden astetta. Vastaus on kielteinen. Muotoilulla pyrittiin ilmaisemaan, että myös kelvoton yritys on rangaistava.¹⁶³

tahallisuusasteen yhteisnimityksenä. Vastaavasti SOU 1996:185 puhuu tarkoitustahallisuuden ulkopuolelle jäävästä tahallisuuden alueesta yhteisnimityksellä *insiktsuppsåt*. Toisaalta norjalaisista *Slettan ja Øie* 1997 s. 178–182 puhuvat erikseen todennäköisyystahallisuudesta ja varmuustahallisuudesta (*visshetsforsett*); jälkimmäinen on, toisin kuin edellinen, kansainvälisesti hyväksytty tahallisuuden laji, minkä lisäksi on harhaanjohtavaa puhua todennäköisyydestä, jos jokin on sataprosenttisen varmaa. Esimerkkiä on seurannut *Eskeland* 2000 s. 261–263. Ks. myös *Meland* 2004 s. 120–121.

¹⁶² Ks. esim. *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 231–234 ja yksityiskohtaisesti epävarsinaisesta oikeuserehdyksestä *Andorsen* 2003.

¹⁶³ *NOU* 1983:57 s. 132–133, *Slettan – Øie* 1997 s. 111–112 ja *Andenæs* 1997 s. 322–323. Yrityksen alkupiste ei ulotu niin aikaiseen vaiheeseen kuin Tanskan oikeudessa, jossa vastaus kysymykseen yrityksen edellyttämästä tahallisuudesta ei ole ollut yhtä selkeä.

4.2 OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

Tapauksessa *Rt 1954 s. 20 A:*lle oli toukokuun alussa postikonttoriin tullut kirje, jossa häntä kutsuttiin 14 päivän sotilaalliseen palvelukseen alkaen 20. toukokuuta. A:lle oli tullut ilmoitus kirjeestä kotiin. Samassa talossa asunut A:n veli oli myös saanut kutsun. A ei mennyt hakemaan kirjettä. Hän ymmärsi, että kyseessä oli sotilaskutsu. 29.5. postikonttorissa ollessaan A halusi nähdä kirjeen ennen kuin vastaanottaisi sen. Siinä oli leima, joka ilmaisi kyseen olevan sotilaskirjeestä. A ilmoitti, ettei hän ota kirjettä vastaan, jolloin se palautettiin. Sotaoikeus oli hylännyt syytteen palvelukseen saapumatta jäämisestä (militær straffelov 34.1–2 – ”bliver borte fra det Sted, hvor det paaligger ham som militær Pligt at være til stede”). *Høyesterett* kumosi tuomion yksimielisesti. *Førstvoterende* totesi:

Når han med åpne øyne har unnlatt å ta imot og gjøre seg kjent med innkallingen fordi han ikke ville møte, er han forsettlig uteblitt fra tjenesten og kan ikke til sin frifinnelse påberope seg at han manglet den nærmere kjennskap til tid og sted for fremmøte.

Kyseessä oli eräänlainen dolus Alexanderson -tilanne siinä mielessä, että A jätti tietoisesti vastaanottamatta ja avaamatta kirjeen ja jäi siten tietämättömäksi palvelukseen astumisen ajankohdasta ja paikasta. Tahallisuuden katsottiin kuitenkin olleen käsillä. Voidaanko tästä nyt päätellä, että dolus Alexanderson on tahallisuutta Norjan oikeuden mukaan? Mahdollista on myös, että kyseiset seikat olivat jo yksityiskohtaisempia seikkoja kuin se, mihin tahallisuuden tunnusmerkistön näkökulmasta tuli ulottua. Ehkä tahallisuuden kohteena riittävää oli jo, että kyseessä oli palvelukseenastumismääräys – sellainenhan yleensä sisältää tiedon lähemmästä ajasta ja paikasta. Seikkaan ”kyseessä on palvelukseenastumismääräys” nähden tekijällä näyttäisi olleen vähintäänkin todennäköisyystahallisuus. Andenæs on katsonut, että *Høyesterett* vastasi kieltävästi kysymyksen siitä, edellyttikö tahallisuus tietoisuutta palvelukseen astumisen ajasta ja paikasta. Tämän vuoksi ratkaisusta ei hänen mukaansa voida päätellä, miten sellaiset tapaukset ratkaistaan, joissa valittu tietämättömyys koskee rangaistavuuden näkökulmasta ratkaisevaa seikkaa.¹⁶⁴ Näin saattaa olla. Mutta silloin sen, että A jättäytyi tietämättömäksi kirjeen lähemmästä sisällöstä, pitäisi ehkä olla tahallisuuden näkökulmasta samantekevää. Siteerattu perustelukohda saattaa viitata näidenkin näkökohtien jonkinlaiseen merkityksellisyyteen¹⁶⁵. Sitaattia voidaan tulkita niinkin, että siinä vain (dictumina) todetaan, ettei tällainen tietämättömyys voi kumota tahallisuutta, joka perustuu jo siihen, että tekijä ymmärsi, että kyseessä on palvelukseenastumismääräys.

Rt 1980 s. 979 koskee tilannetta, jossa A oli tappelussa kolmen poliisimiehen kanssa, jotka olivat aikeissa ottaa häneltä aseensa pois. A ampui katkaistulla haulikolla kaksi laukausta lähietäisyydeltä kohti poliisimiehiä. Hiukan sivumpana ol-

¹⁶⁴ Andenæs 1997 s. 220–221.

¹⁶⁵ Ks. myös Greve 2004 s. 213–214.

lut rikostoveri B ampui myös katkaistulla haulikolla 1–2 laukausta kohti yhtä poliisimiehistä osuen tähän. *Lagmannsrettin* puheenjohtaja ohjasi jurya tahallisuuskysymyksessä todeten mm., että

Det er tilstrekkelig at de har tatt i betraktning muligheten for at skuddene skulle drepe, og at de har ”tatt denne mulighet med på kjøpet”.

[...] gjerningsmannen må for å kunne dømmes for drapsforsøk bevisst ha tatt den mulige drapssfølge med på kjøpet.

Ensimmäisenä mielipiteensä lausunut Høyesterettin tuomari hyväksyi *positiv innvilgelsesteorin* mukaisen ohjauksen ja katsoi, että muutoksenhaku tuli hylätä. Toinen jäsen katsoi, että ”ta mulighet at skuddene skulle drepe med på kjøpet” saattoi ohjauksessa yhtäältä tarkoittaa sitä, että vastaaja halusi ampua, vaikka joku saisi surmansa, missä tapauksessa käsillä oli tahallisuus. Mutta toisaalta se saattoi tarkoittaa myös sitä, että hän otti tietoisesti riskin, toisin sanoen ampui huolimatta siitä, että hän oli selvillä kuoleman riskistä, missä tapauksessa kyseessä oli tiedostettu tuottamus. Kaiken kaikkiaan ohjaus oli sen verran epäselvä, että jury ei välttämättä ollut ymmärtänyt tahallisuuden edellytyksiä, ja jäsen katsoi, että ratkaisu oli kumottava. Kolme jäsentä oli ensimmäisellä kannalla, joka muodostui päätökseksi, ja kaksi jälkimmäisellä.

Ratkaisu ilmentää positiivisen tahtoteorian hyväksymistä tahallisuudenlajina. Nähdäkseni vähemmistö ei esittänyt eriävää käsitystä tästä asiasta. Varsinainen mielipide-ero koski sitä, oliko juryn ohjaus ollut riittävän selvä. Vähemmistö näytti katsovan, että ohjaus ei ollut riittävän selvä sikäli, että oli edellytettävä tunnusmerkistönmukaisen seurauksen eikä pelkästään sen riskin hyväksymistä.¹⁶⁶

Eräs merkittävimmistä ratkaisuista on *Rt 1991 s. 600* (skoheroindommen). A oli tuonut kenkiinsä kätkehtynä 693 grammaa heroiniin Ruotsista Norjaan. Hän myönsi tienneensä, että kyse oli huumausaineesta pulverimuodossa ja syyllistyneensä törkeään huumausainerikokseen (nstrl 162.2 §:n mukaan arvioitaessa sitä, onko rikkomus törkeä, on erityistä huomiota kiinnitettävä siihen, minkälaisesta aineesta ja määrästä on kysymys sekä rikkomuksen luonteeseen). A kiisti kuitenkin syyllistyneensä sellaiseen törkeään huumausainerikokseen, joka koskee erittäin huomattavaa määrää (”et meget betydelig kvantum”, nstrl 162.3 §), sillä hän kiisti tienneensä, että kyse oli heroininista ja että sitä oli noin suuri määrä. Juryn ohjaus sisälsi hypoteettisen tahtoteorian mukaisen tahallisuusmallin. *Lagmannsrett* tuomitsi A:n 10 vuodeksi vankeuteen nstrl 162.3 §:n mukaisesta rikoksesta.

Vastaajan puolesta valitettiin lainkäytöstä (juryn ohjaus) katsoen, että hypoteettinen tahtoteoria ei ollut korrektisti muotoiltu eikä malli ylipäättään ollut tahallisuutta Norjan oikeudessa. Høyesterettin *førstvoterende* totesi, että ratkaisus-
sa *Rt 1980 s. 979* oli lähdetty siitä, että positiivisen tahtoteorian mukainen dolus

¹⁶⁶ *Andenæs 1997 s. 219* on samaa mieltä kuin vähemmistö ja pitää vaarallisena ilmaisua ”ta følgen med på kjøpet”, joka voi hämärtää pelkän riskin hyväksymisen ja seurauksen hyväksymisen välis-
tä eroa. Ks. myös *Andorsen 1996 s. 123–124*.

eventualis oli tahallisuutta. Kysymys oli nyt kuitenkin siitä, voitiinko mennä vielä pidemmälle ja katsoa tahallisuuden olevan käsillä, vaikkei tekijän ole selvitetty tehneen positiivisen tahtoteorian edellyttämää päätöstä, jos on selvitetty, että tekijä olisi tehnyt sellaisen päätöksen, jos olisi pitänyt olosuhdetta yksinkertaisesti todennäköisenä tai varmana. Ei ollut perusteita laventaa dolus eventualista tällä tavoin:

Det virker lite naturlig at tiltalte forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon.

Førstvoterende tuomitsi A:n törkeästä huumausainerikoksesta (nstrl. 162.2 §). Uusi otsikointi johti rangaistuksen alentamiseen 7 vuodeksi vankeutta. Muut tuomarit yhtyivät hänen mielipiteeseensä.

Tuomiossa siis hylättiin hypoteettisen tahtoteorian käyttö tahallisuuden muotona. Ratkaisu oli yksimielinen, joten kantaa on pidettävä hyvin merkittävänä. Tarkoitus-, varmuus- ja yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden ohella vain positiivinen tahtoteoria on tahallisuutta. Sekä positiivisen että hypoteettisen tahtoteorian soveltuvuutta koskevat lausumat ovat luonteeltaan yleisiä eivätkä niinkään vain juuri tähän tunnusmerkistöön liittyviä.

Tapauksen Rt 1991 s. 600 ratkaisuseloste ja førstvoterenden arvio tuovat myös esiin niitä prosessuaalisia kysymyksiä, joita norjalaisia ratkaisuja arvioitaessa on pidettävä mielessä. Juryn ohjaus oli ollut virheellinen pitäessään hypoteettista tahtoteoriaa voimassa olevana oikeutena. Tämä on virhe lain soveltamisessa, joskaan emme lagmannsrettin ratkaisun perusteella periaatteessa tiedä, katsoiko jury A:lla olleen juuri hypoteettisen mallin mukaisen tahallisuuden vai esimerkiksi ehkä jopa varmuustahallisuuden. Aspekti tuli nimenomaan tässä jutussa selkeästi esiin, sillä rangaistuksen mittaamista perustellessaan lagmannsrett oli katsonut selvitetyn, että A oli ollut selvillä tuomansa aineen laadusta ja määrästä. Syyllisyyskysymystä koskevan näytönarvioinnin oli kuitenkin pohjautettava puheenjohtajan ohjaukseen, eikä voitukaan poissulkea, etteikö se olisi vaikuttanut ratkaisuun.

Vuosilta 1991–1992 on muitakin ratkaisuja, joiden voidaan sanoa vahvistaneen positiivisen tahtoteorian asemaa voimassa olevana oikeutena.

Tapauksessa Rt 1991 s. 741 alioikeus oli katsonut, että moni seikka puhui sen puolesta, että vastaaja A oli ollut selvillä (”klar over”) pankkisertifikaattien veronalaisuudesta (omaisuus ja korkotulot), mutta oli näyttämättä, että hän tiesi tämän (”rent faktisk visste dette”). Høyesterettin mielestä tuomioperusteluista ilmenevä olisi antanut aihetta arvioida myös todennäköisyystahallisuuden ja positiivisen tahtoteorian mahdollista toteutumista. Tuomio kumottiin.

Tapauksessa Rt 1992 s. 334 pankkitoimihenkilö A oli tuomittu väärennyksistä, mutta pääsyyte osallisuudesta törkeään petokseen oli hylätty. A oli mm. harhaut-

tavilla pankkitositteilla antanut miljoonien kruunujen lainoja saaden vakuudeksi jalokiviä, joiden käyttö vakuutena oli hänen tietensä ollut kielletty ja joiden arvoakaan hän ei itse ollut yrittänyt selvittää. Høyesterett painotti, että tunnusmerkistön toteutti vahingon lisäksi vahingonvaara, johon nähden alemman oikeuden olisi tullut pohtia todennäköisyystahallisuutta ja positiivista tahtoteoriaa. Tuomio kumottiin tältä osin.

Ratkaisussa *Rt 1992 s. 370* nimismies oli syytteessä oltuaan sukupuoliyhteydessä 24-vuotiaan mielenterveysongelmanaisen naisen B:n kanssa. *Herredsrett* katsoi syytetyn ymmärtäneen, että B oli henkisesti jälkeenyäännyt ja että B:n henkinen tila mahdollisti sukupuoliyhteyteen pääsyn. Jäi kuitenkin järkeviä epäilyksiä siitä, oliko A ymmärtänyt ("forstod"), että B:n psyykkinen vamma oli niin vakava kuin mitä nstrl 193.2 § tarkoitti, ja tämä syyte hylättiin. Syyttäjä valitti katsoen, että tahallisuudelle oli asetettu liian korkeat vaatimukset. Høyesterett katsoikin, että oikeudenkäynnissä oli tapahtunut virhe, kun ei ollut arvioitu, oliko A:lla positiivisen tahtoteorian mukainen tahallisuus. Tuomio kumottiin siltä osin kuin syyte oli nstrl 193.2 §:n osalta hylätty.

Pahoinpitelyjutuissa *Rt 1991 s. 538 ja 539* oli päinvastoin kysymys perustelujen riittävydestä tahalliseen syyksilukemiseen, ja jälkimmäisessä Høyesterett totesi pahoinpitelyn edellyttävän varmuus- tai todennäköisyystahallisuutta suhteessa vahinkoihin, mainitsematta positiivista tahtoteoriaa.

Ratkaisussa *Rt 2000 s. 2072* tilanne oli se, että Hollannin kansalaista A:ta oli pyydetty kuljettamaan huumeita Hollannista Norjaan. Palkkioksi hän saisi 10 000 guldenia (= n. 37 500 Norjan kruunua). Toimeksiantaja hankki A:lle Volvo 740 -henkilöauton (arvo 1 000–2 000 guldenia), jonka A saisi pitää. Huumeet oli piilotettu autoon kun A sai sen. Tullissa huomattiin, että autossa oli 9,853 kg amfetamiinia ja 47,5 kiloa hasista kätkeynäk takapenkin ja tavaratilan väliin.

AO tuomitsi A:n dolus eventualis -tahallisuusperustein huumausainerikoksesta 11 vuodeksi vankeuteen (nstrl 162.1 ja 3). Ylempi oikeusaste pysytti tuomion. A haki muutosta rangaistuksen mittaamiseen. Vastaajan puolesta katsottiin, että dolus eventualis -tahallisuudella tehtyjä tekoja pitäisi arvioida lievemmin kuin muita tahallisia tekoja.

Høyesterettin mielestä näin ei voi olla. A oli ottanut tehtäväkseen viedä huumeita Hollannista Norjaan. Teolla ei ole erilainen rangaistusarvo sen mukaan, oliko tekijä itse laittanut huumeet autoon vai oliko hän antanut toisten tehdä sen, tietoisena siitä, ettei hänellä ole täyttä kontrollia kuljetettavan määrän suhteen. Valitus hylättiin.

Tapauksessa *Rt 2001 s. 58* A, B ja C oli alemmissa oikeusasteissa tuomittu suuren amfetamiinimäärän (23,8 kg) hallussapidosta ja yrityksestä tuoda se autolla Norjaan. Valituksissaan Høyesterettille he katsoivat, että laamanni oli lagmannsrettissä antanut virheellisen oikeudellisen ohjauksen huumeiden laatua ja määrää koskevasta tahallisuudesta.

Oikeudellisessa ohjauksessa oli sanottu, että se joka ei halua tietää, se joka ei kysy koska ei halua tietää, on saattanut itsensä tietoiseen tietämättömyyteen eikä

häntä voida vapauttaa. Ja se joka toivoo, että kyse on hasiksesta mutta tietää, ettei voi olla tästä täysin varma, on samassa tilanteessa. Tekijän ei ole tarvinnut ajatella läpi kaikkia muita mahdollisuuksia nimenomaisesti. Hänen ei ole tarvinnut ajatella konkreettisesti heroinia, kokaiinia tai muita huumausaineita. Riittävä on, että hän on ymmärtänyt sen mahdollisuuden, että kyse on muusta huumausaineesta, ja että hän kuitenkin suorittaa teon. Laamanni siteerasi vuoden 1991 ratkaisua, jonka mukaan tekijä on voinut teollaan osoittaa, että hän on päättänyt tehdä teon siinäkin tapauksessa, että kyseinen teko-olosuhde on käsillä. Sellainen päätös voidaan katsoa tehdyksi, vaikkei asia ollut täysin selvänä tekijän tietoisuudessa. Laamanni oli myös sanonut, että sillä, joka suostuu hakemaan huumausaineita ulkomailta silmällä pitäen luvatonta tuontia Norjaan, ja joka ei ole kysynyt tai esittänyt selviä edellytyksiä määrän suhteen vaan ilman muuta hyväksyy tuotavaksi sen, mitä hänen autoonsa pannaan, on määrän suhteen tarvittava tahallisuus.

Førstvoterenden mukaan tietoinen tietämättömänä pysyminen jostain seikasta, jottei menettäisi bona fides -ekskulpaatioperustetta, perustaa tiedostetun tuotamuksen. Tahallisuus on käsillä, jos tekijä päättää suorittaa teon siinäkin tapauksessa, että relevantti olosuhde olisi käsillä. Kysymyksen esittämättä jättäminen ei sellaisenaan perusta tahallisuutta, joskin valinta pysytellä tietämättömänä muodostaa vahvan presumtion tahallisuuden puolesta. Pöytäkirjastusta ohjauksesta saattoi saada sen käsityksen, että tietyn asian selvittämisen laiminlyönti sellaisenaan perusti tahallisuuden. Epäselvyys oikeudellisessa ohjauksessa oli voinut vaikuttaa lagrettin kantaan. Tuomio oli kumottava. Kolme muuta jäsentä yhtyi tähän näkemykseen.

Vähemmistöön jäänyt jäsen katsoi oikeudellisen ohjauksen sisältäneen sen, että henkilöllä, joka pysyttelee tietämättömänä aineen laadusta ja määrästä, mutta joka on ymmärtänyt sen mahdollisuuden, että kyseessä on huomattava määrä amfetamiinia ja suostuu suorittamaan viennin riippumatta aineen laadusta ja määrästä, on vaadittava tahallisuus. Tämä käy jäsenen mielestä riittävästi ilmi ohjauksesta eikä ole oikeudellisesti virheellinen luonnehdinta. Se, että laamanni siteerasi vuoden 1991 ratkaisun kohtaa, joka koski näytönarviointia, ei ole ollut omiaan sekoittamaan tahallisuuden aineellisesta sisällöstä sanottua. Jäsen olisi hylännyt valitukset.

Ratkaisuproblematiikkaan liittyi siis tahallisuus yhtäältä oikeus- ja toisaalta näyttökysymyksenä. Prosessuaaliseen puoleen liittyi kysymys siitä, että ohjaus oli pöytäkirjattu vain osittain. Aineellisen tahallisuuden näkökulmasta kyse oli siitä, merkitseekö dolus Alexanderson -tyyppinen tietoinen tietämättömyys tahallisuutta vai ei.

Enemmistön kannasta kävi ilmi torjuva suhtautuminen hypoteettiseen tahtoteoriaan, eikä vähemmistöäkään operoinut sillä. Positiivinen tahtoteoria on voimassa olevaa oikeutta, volitiivisella puolella kyse on lähinnä hyväksymisestä.

Enemmistön kannasta kävi ilmi, että tietoinen tietämättömyyden valinta ei sellaisenaan perusta tahallisuutta. Tietämättömyyden valinta ei sellaisenaan ole sama asia kuin relevantin seikan hyväksyminen tai päätös toimia siitä huolimatta, että kyseinen seikka vallitsee. Toinen asia on, että niillä voi olla läheinen suhde, mikä enemmistön perusteluissakin ilmenee toteamuksesta, jonka mukaan tietämättömyyden valinta puhuu näytöllisesti vahvasti tahallisuuden puolesta.

Kyse on myös siitä, missä määrin operoidaan johtamisella, inferensseillä, missä määrin taas todistettavat seikat pitää nostaa itsenäisesti esiin tarkasteltaviksi. Esimerkiksi huumausaineella on aina jokin laatu ja määrä. Jos henkilö tietää kuljettavansa huumetta mutta jättää kaiken aineeseen liittyvän lähemmin selvittämättä, kyse voi periaatteessa olla mistä tahansa huumausaineesta niissä määrällisissä rajoissa, jotka kuljetusväline mahdollistaa. Näistä tiedossaan oleviin seikkoihin loogisesti liittyvistä asioista (= siitä, että kyseiset mahdollisuudet ovat olemassa) tekijän kenties katsotaan olleen selvillä.¹⁶⁷

Tapauksessa *Rt 2003 s. 118* asetelma oli jonkin verran erikoinen. Siinä B oli osistanut A:n rahoilla – 65 000 kruunulla – heroiniä. A ja B jäivät seuraavana päivänä kiinni ja heiltä löydettiin 88 grammaa heroiniä. Molemmat kertoivat lagmannsrettissä odottaneensa grammahinnan olevan 1 000 kruunua, joskin B oli esitutkinassa sanonut hinnan olevan 600–800 kruunua grammalta. A:n puolesta todettiin, että hänen tahallisuutensa ulottui vain 65 gramman ostamiseen. Lagmannsrett (poislukien yksi lautamies) katsoi, ettei kumpikaan ollut päättänyt rajoittaa ostoa tiettyyn määrään. Vaikka kumpikaan ei positiivisesti odottanut saatavan 88 grammaa heroiniä, katsoi enemmistö molempien ymmärtäneen, että tällainen määrä oli niissä rajoissa, joka summalla saatettiin saada. Vähintäänkin positiivisen tahoteorian mukainen tahallisuus oli käsillä. Molemmat olivat päättäneet tehdä teon siinäkin tapauksessa, että määrä oli odotettua suurempi. Høyesterettillä ei ollut huomauttamista lagmannsrettin käsitykseen dolus eventualiksesta.

Tilanteessa, jossa jälkikäteen osoittautuu, että henkilö onkin saanut enemmän huumetta kuin mitä hän grammahintaoletuksensa perusteella oli odottanut, todennäköisyystahallisuus ulottuu lähtökohtaisesti vain odotettuun määrään, tässä A:n kannalta 65 grammaan asti. Entä positiivisen tahtoteorian kannalta? Operoitaessa hyväksymisellä ja annettaessa sille arkikielen mukainen sisältö edellytyksen toteutuminen vaikuttaa selvältä. Ostaja hyväksyy yleensä sen, että saa odotettua enemmän tai parempaa. Jos hyväksymiselle annetaan merkitys ”mukautua johonkin” (*Billigung im Rechtssinne*), lienee tilanne sama. Volitiivista puolta voidaan myös lähestyä sen kääntöpuolen, usko -p:n kannalta; nyt arvio on jo olennaisesti kognitiivinen ja tahallisuus voi jäädä toteutumatta. Entä positiivisen

¹⁶⁷ Ks. myös jaksossa III.6.8 Koposen oppi selonottovelvollisuudestaan tietoisien laiminlyönnistä ottaa selvää ao. asiasta, mikä voi perustaa tahallisuuden.

tahtoteorian mieltämiskriteeri – relevantin seikan mahdollisena pitäminen? Mitä vahvempi oletama tietystä markkinahinnasta on, sitä vähemmän voidaan olettaa tekijän pitävän mahdollisena suuremman määrän saamista. Selvää on, että vahvallaan myönteisellä suhtautumisella suurempaan määrään ei voida kompensoida täysin puuttuvaa mieltämispuolta.

Tarkastellulla tilanteella ei välttämättä olisi suurta merkitystä, voidaanhan tekijät joka tapauksessa tuomita 65 gramman osalta. Tahallisuus suhteessa grammamäärään voi in casu kuitenkin olla hyvin ratkaiseva rajanvedossa tavallisen ja törkeän huumausainerikoksen välillä. On lisäksi mahdollista, että samantapainen asetelma aktualisoituu myös muuntyyppisten rikosten yhteydessä.

Kuten Tanskassa, pidetään Norjassakin todennäköisyystahallisuutta selvänä tahallisuuden osana. Rajakriteeri on Norjassakin *overvektsprincipen*, lähdetään toisin sanoen siitä, että teko oli tahallinen, kun tekijä piti tunnusmerkistön toteutumista yli 50 %:n todennäköisenä.¹⁶⁸ Aiemmin todennäköisyysvaatimus on ollut korkeammalla.

Hypoteettinen tahtoteoria on Norjassa ollut kritiikin kohteena. Sen kuulumiin voimassa olevaan oikeuteen suhtauduttiin epäilevästi, vaikka Høyesterettin vuoden 1933 hakaristituomiossa (Rt 1933 s. 1132) oli operoitu tällä tahallisuuden muodolla.¹⁶⁹ Sittenhypoteettinen tahtoteoria katsotaan kuitenkin nimenomaan torjutuksi ratkaisun Rt 1991 s. 600 perusteella¹⁷⁰. Positiiviseen tahtoteoriaan on kohdistettu osin samaa kritiikkiä kuin hypoteettiseen tahtoteoriaan, yleensä kuitenkin lievempänä. Positiivista tahtoteoriaa pidetään Norjassa voimassa olevana oikeutena. Tämän ilmauksena on pidetty ratkaisua Rt 1980 s. 979, ja merkittävä on myös Rt 1991 s. 600. 1990-luvulla mallia on sovellettu muissakin ratkaisuisissa¹⁷¹. Tietoisien välinpitämättömyyden on katsottu de lege lata voivan merkitä tahallisuutta positiivisen tahtoteorian kautta¹⁷².

¹⁶⁸ Ks. esim. *Eskeland* 2000 s. 258–259 ja 262–263 sekä *Ot.prp. no. 90* (2003–2004) s. 226.

¹⁶⁹ *NOU* 1983 s. 144: ”[...] kan neppe sies å vara gjeldende norsk rett”.

¹⁷⁰ Ks. esim. *Andorsen* 1996 s. 127, *Slettan – Øie* 1997 s. 182, *NOU* 1992:23 s. 116–117 ja *Mæland* 2004 s. 121. Vuoden 1991 ratkaisussa *førstvoterende* vielä katsoi (s. 603), että hypoteettisen tahtoteorian voimassaoloa ehkä puolustavat vuosien 1933 ja 1945 (Rt 1945 s. 109) ratkaisut voitiin, ”tross enkelte formuleringer, også forstås som utslag av den positive innvilgelsesteori”. Ks. myös *Ot.prp. no. 90* (2003–2004) s. 226: ”Eventuelt forsett finnes også i en annen og mer hypotetisk form som ikke er godtatt som forsett i norsk rett [...]”.

¹⁷¹ *NOU* 1992 s. 115–117, *Andenæs* 1997 s. 218–221 ja *Eskeland* 2000 s. 264–265.

¹⁷² Ks. *Andenæs* 1997 s. 221. Ks. tahallisuuden ja tuottamuksen lajeista kokoavasti *Slettan – Øie* 1997 s. 177–191, taulukon muodossa s. 178–179. – Dolus eventualista koskeva oikeustila vaikuttaa Norjassa kaiken kaikkiaan eriytyneemmältä ja selkeämmältä kuin Tanskassa.

4.3 STRAFFELOVIN KOKONAISUUDISTUSHANKE

Norjassa on käynnissä straffelovin kokonaisuudistus. Straffelovin uudistusehdotusta laatimaan vuonna 1980 asetettu *straffelovkommisjon* on antanut kaksi mietintöä, joissa tahallisuuskysymykset ovat olleet esillä osana rikosoikeuden yleisiä oppeja. Vuoden 1983 mietintö on luonteeltaan periaatemietintö, kun taas vuoden 1992 mietinnössä on jo pykäläehdotukset perusteluineen. Uuteen lakiin aiotaan ottaa myös mm. tahallisuuden määritelmä. Laillisuusperiaatteen ei katsota ehkä suorastaan edellyttävän määritelmää, mutta sellaista pidetään periaatteen tausta-ajatuksen mukaisena ja pedagogisista syistä suotavana.¹⁷³

Mietinnöissä on voimassa olevan oikeuden mukaisesti haluttu sisällyttää tahallisuuteen ensinnäkin tarkoitustahallisuus ja todennäköisyystahallisuus. Jälkimmäisen alarajana on tuttu yli 50 %. Vuoden 1992 mietinnössä halutaan kuitenkin selvyiden vuoksi tuoda kyseinen ajatus esiin ilmaisulla ”mest sannsynlig”. Vuonna 1983 komissio halusi rajata tahallisuuden todennäköisyystahallisuuteen ja luopua dolus eventualiksesta kokonaan, siis myös positiivisen tahtoteorian mukaisena. Vuoden 1983 mietinnön mukaan tarvetta dolus eventualikselle saattoi olla merkittävämmän aiemmin kun todennäköisyystahallisuus edellytti suurempaa kuin yli 50 %:n todennäköisyyttä. Myös systeemin yksinkertaisuus saattoi puhua sen puolesta, että tahallisuuden alaraja olisi todennäköisyystahallisuuden mukainen.¹⁷⁴

Vuoteen 1992 tultaessa komissio oli muuttanut mieltään tämän kysymyksen suhteen. Sen mukaan positiivisen tahtoteorian mukaiselle dolus eventualikselle oli oikeuskäytännössä tiettyä tarvetta; mietinnössä viitattiin henkeen ja terveyteen kohdistuviin rikoksiin ja huumausainerikoksiin. Jos dolus eventualis hylättäisiin, saattaisi tämä johtaa todennäköisyysvaatimuksen alentumiseen todennäköisyystahallisuudessa alle 50 %:n. Dolus eventualiksesta luopuminen merkitsisi myös tarvetta tehdä poikkeuksia peittämisperiaatteesta tietyissä tilanteissa, etenkin sellaisissa, joissa oli sovellettu dolus eventualista. Tätä pidettiin mietinnössä hankalana, minkä lisäksi huomautettiin, ettei etukäteen ole selvää, minkä kaikkien rikosten yhteydessä muutoksia ehkä pitäisi tehdä.¹⁷⁵ Ehdotettu 30 § (*Forsett*) on seuraava:

Forsett foreligger når noen

1. med hensikt foretar en handling som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eller

¹⁷³ NOU 1983:57 s. 116–117 ja 147 sekä NOU 1992:23 s. 25 ja 112.

¹⁷⁴ NOU 1983:57 s. 146.

¹⁷⁵ Ks. pro et contra -argumentaatiota NOU 1992:23 s. 117–118. Vrt. OLV 5/2000 s. 86. Komissio katsoi, että dolus Alexanderson -tilanteet hoituisivat usein yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden avulla; NOU 1992:23 s. 117–118.

2. handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, eller
3. regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt.

Det kreves ikke for forsett at gjerningspersonen er kjent med at handlingen er ulovlig, jf § 34.

Toisen kohdan ”mest sannsynlig” tarkoittaa vaatimusta yksinkertaisesta todennäköisyydestä. Komissio katsoi, että normaali ilmaisu ”overvevende sannsynlig” voi herättää sen virheellisen käsityksen, että vaaditaan enemmän kuin yksinkertaista todennäköisyyttä. Komissio halusi mest-kvalifikaatiolla nimenomaan teroittaa sitä, että kyseessä on yksinkertainen todennäköisyysvaatimus.¹⁷⁶

Positiivisen tahtoteorian osalta komissio ilmoittaa pyrkineensä melko suppeaan ilmaisuun, ”i og med at det kan reises tvil om berettigelsen av skyldformen dolus eventualis”. Niinpä ei riittäisi, että tunnusmerkistön toteutumisen riskin havainnut on päättänyt tehdä teon siinäkin tapauksessa, että seuraus todennäköisesti syntyisi, vaan hänen on pitänyt päättää tehdä teko myös siinä tapauksessa, että seuraus syntyisi varmasti. Vaaditaan, että tekijä on tietoisesti ottanut sen kannan, että hän tekee teon riippumatta siitä, seuraako tunnusmerkistön toteutuminen vai ei.¹⁷⁷ Mainittu rajausta voi ensi näkemältä tuntua poissulkevan vain melko epätavallisen tilanteen. Sillä tuskin onkaan suurta käytännön merkitystä.¹⁷⁸ Kohdan 3 malli on yksityiskohtaisempi kuin mitä olisi esimerkiksi puhumisen tunnusmerkistön toteutumisen hyväksymisestä.

Useimmat rikoslakikomission jäsenet jäivät pois komissiosta sen jätettyä mietinnön NOU 1992:23. Helmikuussa 1994 komissio miehitettiin uudestaan. Uuden komitean pyynnöstä vuoden 1992 mietintö lähetettiin lausuntokierrokselle. Vuonna 2002 komissio antoi mietinnön NOU 2002:4 Ny straffelov. Se sisältää straffelovin yleisen osan pykäläehdotukset, pitkälti vuoden 1992 mietintöön pohjautuen, sekä hahmotelman erityiseksi osaksi.

Komissio korosti ultima ratio -periaatteen merkitystä. Tämä näkyy mm. sen suhtautumisessa tuottamuskriminalisointeihin. Rangaistavuuden laajentamiselle

¹⁷⁶ NOU 1992:23 s. 115: ”I rettspraksis og teori beskrives dette vanligvis ved uttrykket ’overvevende sannsynlig’. Dette uttrykket kan virke noe misvisende for så vidt som det kan gi inntrykk av at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt. Straffelovkommisjonen har derfor funnet at det vil være en riktigere beskrivelse av de krav som stilles å bruke uttrykket ’mest sannsynlig’.” Ks. myös Slettan – Øie 1997 s. 181.

¹⁷⁷ Ks. NOU 1992:23 s. 118–119.

¹⁷⁸ Ks. myös Eskeland 2000 s. 264–265 ja 269–270. Rajausta saattaa ehkä tehdä ymmärrettävämmäksi se, että Norjassa hypoteettisessa tahtoteoriassakin hypoteettinen varmuus on toisinaan korvattu hypoteettisella yksinkertaisella todennäköisyydellä.

tuottamuksen puolelle pitää kulloinkin olla hyvät syyt, ja pidettäessä tahallisuutta yksin riittämättömänä syyksiluettavuuden lajina tulee tyytyä törkeän tuottamuksen kriminalisointiin, jos se on riittävää. Mietinnössä ehdotetaan törkeän tuottamuksen määrittelyä (3–10.2 §). Tahallisuusvaatimuksen tulee, ellei toisin ole säädetty, koskea myös *nstrl:n* ulkopuolisia kriminalisointeja. Näin lainsäätäjät joutuu pohtimaan tuottamuksen kriminalisoinnin todellista tarvetta. Erityisen osan puolella komissio ehdotti monen teon syyksiluettavuusvaatimuksen kiristämistä¹⁷⁹. On myös syytä mahdollisimman suurella määrällä operoida syyllisyyden perusmuodoilla, tahallisuudella ja tuottamuksella, ja välttää tarpeetonta erityisten syyllisyydenmuotojen kuten tarkoituksen (*hensikt*), harkinnan (*overlegg*) ja tiedon (*kunnskap*) käyttämistä¹⁸⁰.

Erään erityisen syyn kriminalisoida tuottamus voi muodostaa ”*skjult forsett*”. Kysymys on tilanteista, joissa teko on tahallinen, mutta tahallisuuden todentaminen on erityisen vaikeaa. Tuottamus kriminalisointi ei ole tässä ongelmaton ratkaisu, sillä se merkitsee eräällä tavalla näyttövaatimuksen alentamista – kysehän ei ole huolimattoman menettelyn rangaistuksen arvoisuudesta vaan tarpeesta voida sanktioida edes jollakin tavalla tahallista menettelyä.¹⁸¹

Komissio oli erimielinen vastuun edellytyksiä koskevan 3 luvun kolmesta pykälästä, joista yksi oli tahallisuuden määritelmäsäännös. Kyse oli dolus eventualiksen kohtalosta. Neljä jäsentä kannatti paluuta vuoden 1983 mietinnön linjoille eli dolus eventualiksen jättämistä pois säännöksestä. Perusteina viitattiin mm. siihen, että myös positiivinen tahtoteoria sisälsi hypoteettisen elementin ja että malliin liittyy näyttövaikeuksia ja todistusteemojen muotoiluvaikeutta. Puheenjohtaja Høgetveit oli vuoden 1992 mietinnön kannalla eli olisi sisällyttänyt määritelmään myös positiiviseen tahtoteoriaan viittaavan muotoilun. Perusteena hän viittasi mm. siihen, että voi ilmetä tilanteita, joihin määritelmän muut tahallisuuden lajit eivät pure.¹⁸²

Tahallisuussäännöksessä ei ole merkittäviä asiallisia muutoksia paitsi että dolus eventualis ei enää ole mukana. Strandbakken pahoittelee dolus eventualiksen jättämistä pois tahallisuussäännöksestä. Hänen mukaansa ei ole epäilystä siitä, etteikö ole tapauksia, joissa sitä voitaisiin tarvita. Poisjättämisestä voi seurata, että todennäköisyystahallisuutta aletaan tulkita siten, ettei enää vaaditakaan miellettyä yli 50 %:n todennäköisyyttä. Dolus eventualis -teon rangaistusarvo

¹⁷⁹ *NOU 2002:4* s. 87–88.

¹⁸⁰ *NOU 2002:4* s. 168–177. Tarpeettomia erityiset subjektiiviset syyllisyysvaatimukset ovat etenkin silloin, kun ne tarkoittavat samaa kuin tahallisuus, törkeä tuottamus tai tuottamus. Tarkoitustunnusmerkin korvaaminen tavallisella tahallisuudella olisi periaatteessa merkittävää humalateoisia, sillä erityisen tarkoituksen tulee tällöinkin olla käsillä, kun taas tavallisissa tahallisuutta edellyttävissä rikoksissa arviointi tapahtuu ikään kuin tekijä olisi ollut selvin päin.

¹⁸¹ *NOU 2002:4* s. 88–89.

¹⁸² *NOU 2002:4* s. 224–225.

voi olla yhtä suuri kuin muulla tahallisuudella tehdyn teon (Rt 2000 s. 2072). Ehdotettu sääntely voi merkitä sellaisen huumausainerikollisen suosimista, joka tietoisesti pitäytyy tietämättömänä aineen laadusta ja määrästä.¹⁸³

Valmistelutyön pohjalta laadittiin hallituksen esitys Ot.prp nr. 90 (2003–2004), josta parlamentin oikeuskomitea antoi lausuntonsa Innst. O. nr. 72 - 2004–2005. Esityksen tahallisuusmääritelmään otettiin myös dolus eventualis. Se on erityisesti tarpeen vakavassa terveyteen kohdistuvassa ja huumausainerikollisuudessa sekä organisoituneessa rikollisuudessa. On oireellista, että Høyesterettin vuodesta 1980 antamasta kuudesta dolus eventualis -ratkaisusta viidessä kyse on huumausainerikoksista (ja yhdessä tapon yrityksestä). Organisoituneessa rikollisuudessa on paljon toimijoita ja roolien mukaista työnjakoa, ja käskevässä asemassa oleva pitäytyy usein kaukana rikoksen toteuttamisesta. Ilman dolus eventualista syytteet voisivat tulla hylätyiksi tai tekijät tuomituiksi rangaistussäännösten nojalla, jotka eivät kuvaa menettelyn rangaistusarvoa. Dolus eventualikseen voi liittyä näyttövaikeuksia, mutta ei ole syytä olla hyödyntämättä sitä silloin, kun näyttö on selvä. Tahallisuusmuodon määrittely laissa voi puolestaan helpottaa sitä koskevien todistusteemojen muotoilua¹⁸⁴. Oikeuskomitealla ei ollut huomautettavaa esityksen tahallisuusmääritelmän muotoiluun, ja parlamentti hyväksyi määritelmän¹⁸⁵:

§ 22. Forsett

Forsett foreligger når noen

- a) handler med hensikt om å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud,
- b) handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, eller
- c) regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt.

Forsett foreligger selv om lovbrøyten ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.

Esityksen mukaisina hyväksyttiin niin ikään seuraavat aiheen kannalta kiinnostavat tosiasiallista ja oikeudellista tietämättömyyttä koskevat säännökset:

§ 25. Faktisk uvitenhet

Enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet.

Er uvitenheten uaktsom, straffes handlingen når uaktsomt lovbrudd er straffbart.

¹⁸³ *Strandbakken* 2003 s. 270–271. Positiivisen tahtoteorian käytännöllisyyteen huumausainerikosten yhteydessä vastaajan kiistäessä tahallisuuden suhteessa aineen määrään tai laatuun viittaa myös *SK 2003/Bratholm* s. 343.

¹⁸⁴ *Ot. prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 115–118. Ks. myös *Innst. O. nr. 72 - 2004–2005* s. 22–23.

¹⁸⁵ *Innst. O. nr. 72 - 2004–2005* s. 52–53.

Det ses bort fra uvitenhet som følge av selvforskyldt rus. I slike tilfeller bedømmes lovbryteren som om han hadde vært edru.

§ 26. Rettsuvitenhet

Den som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom.

Pykälässä 25 käytetään nyt tietämättömyyden eikä erehdyksen käsitettä. Sama koskee 26 §:ää. Itseaiheutettua juopumusta koskeva 25.3 § täydentää sekä tahallisuus- että tuottamussäännöstä. Säännöksen mukainen hypoteettinen malli humalatapauksissa toteutettiin jo 1.1.2002 voimaan tulleella nstrl 40 ja 42 §:n muutoksella (laki 17.1.1997 nr 11). Se koskee tietämättömyyttä muttei esimerkiksi tarkoituksuvaatimusta. Esityksessä korostetaan, ettei päihtymys sinänsä suoraan johda tahallisuus- tai tuottamussuorituksen täyttymiseen, vaan siihen, että tilannetta arvioidaan sellaisena kuin mikä tekijän käsitys selvänä ollessaan olisi ollut.¹⁸⁶

Oikeudellista tietämättömyyttä koskevassa säännöksessä toteutui jo vuoden 1983 mietinnössä kaavailtu erehdyksen käsittelyn muuttaminen siten, että epävarsinaisetkin oikeuserehdykset siirtyivät käsiteltäväksi oikeus- eikä tosiasia-erehdyksinä. Tosiasioita koskeva tietämättömyys merkitsee tahallisuusvaatimuksen jäämistä täyttymättä, oikeudellinen tietämättömyys ei. Tämä merkitsee periaatteessa ankaroitumista. Tiettyä lievennystä verrattuna nykyiseen oikeustilaan oikeuserehdyksessä tapahtui siinä, että vastuuvapauden edellytyksenä on huolellisuus eikä enää anteeksiannettavuus. Merkittävää on huolellisuuskriteerin relatiivisuus. Näin voidaan ottaa huomioon oikeuserehdyksen laatu. Aiempien epävarsinaisen oikeuserehdyksen tilanteissa huolellisuusvelvollisuus on lievempi kuin varsinaisen oikeuserehdyksen tilanteissa. Myös viranomaisten vastuu oikeuserehdyksen ehkäisemisessä otetaan huomioon huolellisuutta arvioitaessa (säännösten selvyys, tiedottaminen muutoksista).¹⁸⁷

26 § sääntelee oikeuserehdystä syyllisyyskysymyksenä. Jos oikeudellinen tietämättömyys johtuu huolimattomuudesta eivätkä vastuuvapauden edellytykset toisin sanoen ole käsillä, arvioidaan oikeudellisen tietämättömyyden merkitystä vielä seuraamusjärjestelmän kannalta. Myös tällöin voidaan ottaa huomioon oikeudellisen tietämättömyyden lähempi luonne. Esityksessä lähdettiin siitä, että tilanne-erehdyksen arviointi ei yleisesti ottaen saa muodostua nykyistä ankaramaksi.¹⁸⁸

¹⁸⁶ *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 232–233 ja 429. Ilmaisu ”prinsippet om fingering av forsett”, ks. *NOU 2002:4* s. 225, ei ole aivan korrekti.

¹⁸⁷ *NOU 1983:57* s. 149–151, *NOU 1992:23* s. 131–132, *NOU 2002:4* s. 227–228, *Andorsen 2003* s. 40–48, *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 235–238 ja 429–430 ja *Innst. O. nr 72 – 2004–2005* s. 55–56. – Huolellisuusnormin relatiivisuuden näkökulmasta ks. myös *Matikkala 1998* s. 1335.

¹⁸⁸ *NOU 2002:4* s. 171.

Uuden mallin etuna pidetään muun muassa sitä, että vältytään rajanvedosta epävarsinaisen ja varsinaisen oikeuserehdyksen välillä ja mennään ”suoraan asiaan” eli arvioimaan sitä, mikä merkitys oikeuserehdyksellä on. Huomiota kiinnitettiin myös saksalaiseen rajanvetotapaan. Ei kuitenkaan ollut tarkoituksenmukaista arvioida sitä ilman riittävää selvitystyötä. Myöskään saksalaisessa mallissa ei sitä paitsi välttyä rajanvetokysymyksiltä.¹⁸⁹

Positiivinen tahtoteoria otettiin, toisin kuin meillä, lopulta mukaan tahallisuuden määritelmään¹⁹⁰. Toisin kuin meillä, se katsottiin tarpeelliseksi myös henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten näkökulmasta. Todennäköisyystahallisuus on, kuten meillä, yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden mukainen¹⁹¹. Erehdyssääntelyssä norjalainen lainsäätäjä piti erottelua tosiasia- ja oikeuserehdykseen edelleen käyttökelpoisena. Päihtymyksen merkitykseen syyksiluettavuuden kannalta kantaa oli lain tasolla otettu jo vuonna 1997.

Hyväksyttyä yleisten oppien uudistusta ei, muutamia seuraamusjärjestelmään liittyviä uudistuksia lukuun ottamatta, saateta voimaan ennen kuin myös erityisen osan uudistus on saatu valmiiksi. Tämä voi tapahtua aikaisintaan vuonna 2006.¹⁹²

¹⁸⁹ NOU 1992:23 s. 131 ja *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 237.

¹⁹⁰ Sen volitiivisessa elementissä operoidaan kannanotolla ei ainostaan seurauksen syntymiseen varmasti, vaan myös todennäköisesti. Tilanteet olisivat moitittavuudeltaan rinnastettavia, ja mallia puolustaa samankaltainen johdonmukaisuus kuin on siinä, että todennäköisyystahallisuus on tahallisuutta kuten varmuustahallisuuskin. Muotoilua puolustavat ne syyt, joiden vuoksi dolus eventualista pidettiin tarpeellisenä, ja se on voimassa olevan oikeuden mukainen. Ks. *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 227–228.

¹⁹¹ Ks. tahallisuussäännöksen sisällöstä *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 424–426.

¹⁹² *Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)* s. 44 ja 50 sekä *Innst. O. nr. 72 – 2004–2005* s. 11.

5 Saksa

5.1 SÄÄNTELYN KEHITYS JA TILANNE

Vuoden 1871 yleissaksalainen Reichsstrafgesetzbuch ei sisältänyt tahallisuuden määritelmää. Oli katsottu, kuten meilläkin vuoden 1889 RL:n valmistelun edetessä, että tahallisuuden määrittely on tieteellinen kysymys, jota lainsäätäjän ei kuulu ratkaista, vaan se on jätettävä oikeustieteen ja -käytännön tehtäväksi¹⁹³. Lakiin tuli vain säännös tosiasiaerehdyksestä (StGB 59 §):

Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

1900-luvun alkupuolella valmistettiin useita rikoslakiehdotuksia, joissa oli myös tahallisuuden määritelmä. Ne eivät kuitenkaan johtaneet tahallisuuden leagalimääritelmään.

Vuonna 1975 voimaan tulleen StGB:n uuden yleisen osan valmisteluvaiheisiin kuului olennaisena osana kaksi ehdotusta, vuoden 1962 ehdotus (E 1962) ja vuoden 1966 Alternativ-Entwurf (AE 1966). Käsitys lainsäätäjän, tuomarin ja oikeustieteilijän tehtävistä oli jossain määrin muuttunut sitten 1800-luvun lopun. Niinpä E 1962:ssa katsottiin, ettei tieteellisiäkään kysymyksiä voi jättää pelkääntään lainkäytön ja doktriinin harteille, vaan lainsäätäjän on otettava kantaa käytännössä merkittäviin kysymyksiin. Tällaisiin kuuluu tahallisuus ja tuottamus. Sitä vastoin lainsäätäjän tehtäviin ei kuulu predestinoidia teoreettisia kysymyksiä enempää kuin käytännöllinen sääntelytarve edellyttää. Olikin pyrittävä teoria-neutraalisuuteen¹⁹⁴.

¹⁹³ Näin E 1962 s. 101–102.

¹⁹⁴ Ks. E 1962 s. 101–102 ja 123, jossa E 1962 jätti erityisesti avoimeksi ”ob der Vorsatz eine Schuldform oder ein Bestandteil der Handlung ist oder zur Schuld wie zur Handlung gehört”. E 1962:n kriminaalipoliittinen lähtökohta oli melko klassinen, kun taas AE painotti voimakkaasti mm. erityispreventiota; ks. esim. E 1962 s. 96–102 ja AE 1966 s. 28–31 ja 71–73 sekä AE:n laati-joihin kuulunut Roxin 1997 s. 80–83.

Sekä E 1962 että AE 1966 sisälsivät tahallisuuden määritelmäehdotuksen. E 1962 olisi 16 §:ssään (Vorsatz) määritellyt tahallisuuden seuraavasti:

Vorsätzlich handelt, wem es darauf ankommt, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen, wer weiß oder als sicher voraussieht, daß er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, oder wer die Verwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Tahallisuuden alimman asteen ”kääntöpuolen” muodosti tiedostetun tuottamuksen määritelmä 18.2 §:ssä:

Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht, jedoch pflichtwidrig und vorwerfbar im Vertrauen darauf handelt, daß er ihn nicht verwirklichen werde.

16 § sisälsi tahallisuuden asteen. Varmuustahallisuus on ilmaistu hyödyntäen sekä tietämistä että varmana pitämistä, sillä henkilö voi tietää vain käsilläolevat tai välittömästi seuraavat seikat, kun taas varmuus viittasi tulevaisuuden tapahtumiin. Määritelmää ei haluttu kuormittaa sääntelemällä nimenomaisesti vielä dolus indirectus, ja määritelmä katsottiin riittäväksi myös sellaisten tilanteiden kannalta.¹⁹⁵ Tahallisuuden alimman asteen ymmärtämiselle keskeistä oli ottaa huomioon myös tiedostettu tuottamus: niitä on tulkittava siten, ettei synny aukkoa ehdollisen tahallisuuden ja tiedostetun tuottamuksen välille. Joka luottaa siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu, ei mukaudu sen toteutumiseen. Joka mukautuu tunnusmerkistön toteutumiseen, ei luota siihen, ettei se toteudu.¹⁹⁶

AE 1966 ei ollut täysin tyytyväinen vuoden 1962 ehdotukseen, vaan esitti oman tahallisuuden määritelmänsä 17 §:ssä (Vorsatz und Wissentlichkeit).

Vorsätzlich handelt, wer die gesetzlichen Tatumstände mit Wissen und Wollen verwirklicht.

Vorsätzlich handelt auch, wer die Verwirklichung der Tatumstände ernstlich für möglich hält und in Kauf nimmt.

Wissentlich handelt, wer weiß, daß die Umstände vorliegen, für die das Gesetz wissentliches Handeln erfordert, oder wer das Eintreten dieser Umstände als sicher voraussieht.

Tahallisuuden alimman asteen määritelmässä tahdottiin poissulkea sellainen tahallisuuskäsitys, jossa riittää, että tekijä pitää seurausta vakavasti mahdollisena. Määritelmän katsottiin kattavan sekä vuoden 1962 määritelmän tyyppisen

¹⁹⁵ E 1962 s. 129–130.

¹⁹⁶ E 1962 s. 130, jossa myös katsotaan, että malli on yhteensopiva oikeuskäytännön kanssa. *Sich-Abfinden*ä luonnehditaan siten, että välinpitämättömyys ja Franklin II kaavan mukainen suhtautuminen näytävät olevan lähellä sitä. Nimenomaisesti todetaan, että esitetyn tahallisuuden alimman asteen toteutuminen ei vielä merkitsisi hypoteettisen tahtoteorian edellytysten toteutumista.

tahallisuuskäsityksen että mallin, jossa tekijä on sisäisesti suostunut (eingewilligt) seurauksen syntymiseen. AE katsoi, ettei tuottamuksen määritelmässä (18 §) ollut tarpeen erotella tiedostettua ja tiedostamatonta tuottamusta¹⁹⁷.

Lopullisessa valmistelussa kallistuttiin kuitenkin sille kannalle, että määritelmä ei oteta lakiin. Oli esitetty pelkoja siitä, että määritelmä ehkäisisi tulevaa dogmaattista kehitystä, eikä määritelmän puute ollut johtanut vakaviin ongelmiin. Ei toisaalta haluttu määritellä pelkästään tahallisuuden alarajaa. Lakiin otettiin säännökset tunnusmerkistöerehdyksestä (16 §) ja kieltoerehdyksestä (17 §).

§ 16. *Irrtum über Tatumstände.* (1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

(2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines mildernden Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildernden Gesetz bestraft werden.

§ 17. *Verbotsirrtum.* Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

5.2 OIKEUSTIEDE

5.2.1 Tahallisuusmalleja

Tahallisuusmallit ovat pitkälti kotoisin mannermaiselta, etenkin saksalaiselta kielialueelta. Esimerkiksi suomalainen oikeustiede kiinnittää huomiota saksalasiin ratkaisuehdotuksiin. Varsinkin saksalaisessa rikosoikeustieteessä käytetään edelleen valtavasti energiaa tahallisuuden ja tuottamuksen välisen entisiä paremman rajanvetomallin etsimiseen. Ei olekaan yllättävää, että erilaisia rajanveto-teorioita on paljon.

¹⁹⁷ AE 1966 s. 52–55. AE oli laajan keskustelun kohteena rikosoikeuden opettajien päivillä Münsterissä 1967; tapahtuman alustukset on julkaistu ZStW 1968:ssa. Dogmaattisesta puolesta alustaneista Gallas oli sitä mieltä, että lainsäätäjän tulisi määritellä ainoastaan dolus eventualis; muilta osin tahallisuuden ja tuottamuksen määrittely ei olisi tarpeen eikä sellainen voisi olla tyhjentävä; ks. Gallas 1968 s. 28–29. Armin Kaufmannin mielestä AE 17.2 § (kuten E 16 §) sallisi kaikkien edustettujen dolus eventualis -mallien käyttämisen tulevaisuudessakin. Näin ollen tavoiteltuun oikeusvarmuuden lisääntymiseen ei päästäisi, eikä tahallisuuden määritelmä näissä oloissa ole välttämätön; Kaufmann 1968 s. 37–38.

Perinteinen vastakkainasettelu on olemassa tahtomis- ja mieltämisteorioiden välillä. On myös heikon volitiivisen elementin sisältäviä malleja, objektiivisia teorioita, vaara- ja riskimalleja, indisio- ja kombinaatioteorioita sekä malleja, joissa lähdetään korkeammalta abstraktiotasolta. Tahallisuusmalleja voidaan ryhmitellä usealla eri perusteella.¹⁹⁸

A Tahtoteorioita

Tahtoteorioissa lähdetään usein siitä, että tahallisuus on toimimista tieteen tahtoon. Myös tahallisuuden alimman asteen tulee heijastella tätä yleisluonnehdintaa. Hyödyntämällä rajanvedossa tahtomomenttia pystytään tekemään materiaallinen ero tiedostettuun tuottamukseen.

Tahtomisteorioiksi luokitellaan ainakin Pohjoismaisessa keskustelussa perinteisesti mm. Frankin kaavat. Frankin vuonna 1890 esittämän I kaavan mukaan teko on tahallinen, jos tekijä piti seurausta mahdollisena, eikä hän olisi pidättynyt teosta, vaikka olisi pitänyt sitä varmana¹⁹⁹. Frankin II kaava lähtee siitä, että tahallisen teon tekijän suhtautumista kuvastaa lause ”käyköön kuinka käy, toimin kuitenkin”²⁰⁰. von Hippelin mukaan *dolus eventualis* on käsillä, kun tavoiteltu seuraus ja kielletty seuraus ovat yhdessä tekijälle mieluisampi vaihtoehto kuin luopuminen intresseistään. Tuottamus on kääntäen silloin käsillä, kun toivo seurauksen jäämisestä syntymättä oli ratkaisevaa teon tekemiselle.²⁰¹ Keskeisimmillä on Saksassa ollut hyväksymis- tai suostumisteoria. Sen mukaan teko on tahallinen, kun tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena ja on hyväksynyt (gebilligt) tunnusmerkistön toteutumisen tai suostunut (eingewilligt) siihen. Engisch kehitti välinpitämättömyysteorian nimellä kulkevan rajanvetomallin. Tahallisuus edellyttää sen mukaan sitä, että tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena ja suhtautunut tunnusmerkistön toteutumiseen välinpitämättömästi. Tiedostetulle tuottamukselle on ominaista, että tekijä toivoo seurauksen jäävän syntymättä²⁰².

¹⁹⁸ Eri rajanvetotapoja esittelevät melko laajasti ja kukin hiukan eri tavoin ryhmitellen ja jäsennelläen mm. *Puppe* 1995 s. 11–54, *Roxin* 1997 s. 372–394 ja *Schroth* 1994 s. 87–123. Viimeksi mainittu puhuu *dolus eventualis*in ja tiedostetun tuottamuksen välisen struktuurieron paradigmasta, emotiivisen suhtautumisen paradigmasta, tiedon paradigmasta ja riskitiedon työstämisen paradigmasta rajanvedossa; mainitut paradigmat eivät ole toisiaan ajallisesti seuraavia. Vanhemmista rajanvetomalleja koskevista esityksistä ks. esim. *Engisch* 1930 s. 88–141.

¹⁹⁹ *Frank* 1890 s. 211. Muotoilu näyttäisi kuitenkin olleen edustettuna jo muutamaa vuosikymmentä aikaisemmin; ks. *Mayer* 1953 s. 256, jossa viitataan teokseen Breidenbach: Kommentar zum Großherz. Hess. Strafgesetzbuch, 1847.

²⁰⁰ *Frank* 1931 s. 190.

²⁰¹ *von Hippel* 1908 s. 506: ”*Dolus eventualis* ist gegeben, wenn dem Täter der Eintritt des erstrebten Erfolges und des rechtswidrigen zusammen lieber war als der Verzicht auf seine Interessen. Umgekehrt liegt Fahrlässigkeit vor, wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben des rechtswidrigen Erfolges entscheidend für die Vornahme der Handlung war.”

²⁰² *Engisch* 1930, esim. s. 191–192, 219–220 ja 233–234.

Saksalainen oikeuskäytäntö on lähtenyt hyväksymisteoriasta. Varsinaisen hyväksymisen ohella tai sen sijaan puhutaan sekä oikeustieteessä että oikeuskäytännössä kuitenkin usein seurauksen ottamisesta ”kaupan päälliseksi” (in Kauf nehmen, billigend in Kauf nehmen), seuraukseen mukautumisesta (sich abfinden), sen kanssa yhteisymmärryksessä olemisesta (einverstanden sein) tai sen hyväksymisestä oikeudellisessa mielessä (Billigung im Rechtssinne). Näitä kriteerejä voidaan ehkä kutsua heikennetyiksi tahtomomentteiksi, sillä niiden katsotaan usein voivan toteutua, vaikka tekijä olisi pitänyt tunnusmerkistön toteutumista ei-toivottuna, jolloin on tultu ulos ”tahtomisen” arkikieliseltyä ydinalueelta.²⁰³

Finalismi on mainittava volitiivisten mallien yhteydessä, sillä sen isälle Welzelille tahallisuus oli aiheuttamistahtoa. Tahtominen ei kuitenkaan ollut hyväksymisteorian mukaista sisäistä hyväksymistä, koska on tahalliseksi luettavia tapauksia (mm. varmat sivuseuraukset), joita tekijä voi harmitella. Tahtominen ei olekaan rikosoikeudessa tahtoa omistaa tai saavuttaa jotain, vaan tahtoa toteuttaa. Tahtominen edellyttää vaikutusmahdollisuutta, joten pelkät toiveet eivät perusta tahtoa eivätkä toisaalta pelasta tahallisuusvastuulta. Mahdollisina pidettyjen sivuseurausten osalta ratkaisevaa oli, ottiko tekijä seurauksen huomioon (mit-rechnen) vai luottiko hän siihen, ettei seuraus synny. Seurauksen huomioon ottaminen ja luottamus -p ovat komplementaarisia käsitteitä. Mahdollisena pitäminen edustaa intellektuaalista puolta, ja luottamus seurauksen poisjääntiin volitiivis-aktiivista puolta: tekijä on intellektuaalisesti havainnut vaaran, mutta volitiivisella päätöksentekopuolella lähtee kevytmielisesti siitä, ettei riski toteudu. Welzel painottaa siis tahtoa tahallisuuden ytimenä, mutta tahto on hänelle muuta kuin perinteisille hyväksymis- ja suostumusteorioille. Itse asiassa Welzelin malli on melko lailla kognitiivinen. Hän ei kuitenkaan pidä luottamus -p:n kriteeriä intellektuaalisen vaan volitiivisen tason käsitteenä. Luottamus -p:n pitäminen volitiivisena on Saksassa lähtökohtana. Asiallisesti Welzelin malli on lähellä malleja, joissa operoidaan jonkinlaisella heikennetyllä tahtomomentilla.²⁰⁴

²⁰³ Näin myös *E* 1962 s. 129 ehdottamastaan *sich-abfinden*-kriteerin sisältävästä tahallisuuden alimmasta asteesta: ”Bei der dritten in § 16 genannten Erscheinungsform des Vorsatzes könnte es zweifelhaft sein, ob es psychologisch richtig wäre, die seelische Haltung, um die es dabei geht, als eine Form des Wollens zu bezeichnen.”

²⁰⁴ *Welzel* 1969 s. 68–69 tekee tai tulee tehneeksi jonkinlaisen eron tekijän toiminnan ohjaamisen tavasta riippuvaisten sivuseurausten ja siitä riippumattomien sivuseurausten/olosuhteiden välillä. Molemmissa dolus eventualis on positiivisesti, tahallisuuden puolelta määriteltynä käsillä huomioon ottamisen tilanteessa. Lähestyttäessä rajaa tiedostetun tuottamuksen puolelta ero tulee esiin. Edellisten osalta Welzel luonnehtii tiedostettua tuottamusta (volitiivisesti) luottamukseksi seurauksen poisjääntiin, kun taas jälkimmäisten kohdalla tiedostettua tuottamusta luonnehtii (ehkä intellektuaalisemmin) kaukainen epäily (entfernte Zweifel) tunnusmerkistön toteutumisesta. Wel-

Tässä yhteydessä voidaan mainita myös Schrothin teoria. Hänelle tahallisuutta on tunnusmerkistön toteutumisen pitäminen mahdollisena ja vääryyden perustavien tunnusmerkkien omaksuminen (Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale). Mallissa hyödynnetään mm. välttämisteorian ajatuksia²⁰⁵.

B Mieltämisteorioita

Mieltämisteorioissa katsotaan, että kognitiivinen puoli ratkaisee yksin tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon. Schmidhäuserin mahdollisuusteorian mukaan tahallisuus on käsillä, kun tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista konkreettisesti mahdollisena²⁰⁶. Mallin katsotaan vähintäänkin supistavan tiedostetun tuottamuksen aluetta²⁰⁷.

Eroa tiedostettuun tuottamukseen voidaan yrittää saada selvemmin aikaiseksi todennäköisyystahallisuuden avulla. Saksassa todennäköisyystahallisuuden edustajana pidetään varsinkin Hellmuth Mayeria, jonka mallin mukaan tahallisuus on käsillä, kun tunnusmerkistön toteutumista on pidetty todennäköisenä. Todennäköisyys on puolestaan enemmän kuin pelkkä mahdollisuus mutta vähemmän kuin yksinkertainen todennäköisyys.²⁰⁸ Nykykirjoittajista melko lähellä mayerilaista kantaa näyttäisi olevan Jakobs, jonka mukaan tahallisuus on käsillä silloin, kun tekijä ei ole pitänyt tunnusmerkistön toteutumista epätodennäköisenä.²⁰⁹

zel luonnehtii seurauksen huomioon ottamisen kriteeriä myös muuten kuin komplementaarikäsite luottamus -p:n kautta: huomioon ottamisen alaraja vastaa mayerilaista (ks. seuraava kohta B) todennäköisyyden kriteeriä, jonka mukaan tekijä on pitänyt seurausta enemmän kuin vain mahdollisena mutta vähemmän kuin yksinkertaisesti todennäköisenä (überwiegende Wahrscheinlichkeit). Ross näyttää pitävän Welzelin mallia todellisuudessa identtisenä tanskalaisen todennäköisyystahallisuuden kanssa; ks. *Ross 1979* s. 92–95, 108 ja 113–114. Ross katsoo, että se, mitä tekijä otti huomioon, on verbaalisesti hyvä kuvaus kognitiivisesta tahallisuudesta; mts. 111 ja 151. Minunkin mielestäni Welzelin malli on ainakin kognitiivissävyinen. Sitä vastoin ei mielestäni ole kuitenkaan niin, että Welzelin malli olisi identtinen yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden kanssa. Tätä tukee moni Welzelin lausuma. Ensinnäkin Welzel suhteuttaa huomioon ottamisen mayerilaiseen todennäköisyystahallisuuteen, jossa nimenomaan operoidaan yksinkertaista todennäköisyyttä alemmalla kriteerillä (enemmän kuin mahdollinen mutta vähemmän kuin ”überwiegend” todennäköinen), minkä Ross tosin näyttäisi havainneen (mts. 92). Teko-olosuhteissa huomioon ottamisen vastine tiedostetun tuottamuksen puolella oli ”kaukainen epäily” (entfernte Zweifel). Vaikuttaakin siltä, että Welzel hyväksyy luottamus -p:n ja luottamus p:n välille kolmannen alueen, jossa tekijä ei luota p muttei myöskään -p – tekijä ei toisin sanoen osaa luokitella tilannetta jompaankumpaan. Tämä välialue kuuluu Welzelillä tahallisuuteen, mutta ei ainakaan kokonaisuudessaan toteuta yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden edellytyksiä.

²⁰⁵ Ks. esim. *Schroth 1994* s. 115–123.

²⁰⁶ Ks. esim. *Schmidhäuser 1980*.

²⁰⁷ *Welzel 1969* s. 71.

²⁰⁸ *Mayer 1953* s. 250–253; ”Wahrscheinlichkeit bedeutet mehr als bloße Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit”.

²⁰⁹ Ks. *Jakobs 1993* s. 269–278. – Edellä on tarkasteltu Welzelin mallin suhdetta mayerilaiseen todennäköisyystahallisuuteen.

Mayerilaisittain muotoiltu todennäköisyystahallisuus on hyvin epämääräinen. Raja on siinä alempana kuin norjalais-tanskalaisessa yksinkertaisessa todennäköisyystahallisuudessa. Saksalaisen tahallisuuskeskustelun mieltämismalleissa rajaa ei yleensä ole haluttu nostaa yksinkertaisen todennäköisyyden tasolle. Todennäköisyystahallisuus ei ole Saksassa kovin suosittu.

C Kognitiivisen puolen työstäminen ja heikko volitio

Oikeuskirjallisuudessa vahva asema on ns. *Ernstnahme*-teorialla. Sen mukaan tahallisuus on käsillä, kun seurauksen mahdollisuus on havaittu ja otettu vakavasti. Tiedostetulle tuottamukselle on puolestaan ominaista kevytmielinen suhtautuminen havaittuun vaaraan. Teoriassa rajanvetoa lähestytään myös volitiiviselta puolelta. Tahallisuutta ilmentäisi tunnusmerkistön toteutumiseen mukautuminen, tiedostettua tuottamusta taas olisi luottamus siihen, ettei seuraus synny. Tekijä on siis havainnut riskin, ottanut sen vakavasti ja mukautunut siihen, että tunnusmerkistö toteutuu. Tiedostetun tuottamuksen voidaan myös sanoa olevan komplementaarisessa suhteessa tahallisuuden alimpaan asteeseen: joka ei ole luottanut siihen, ettei seurausta synny, on mukautunut seuraukseen.

Ernstnahme-teoria on eräänlainen kompromissi tahtomis- ja mieltämisteorioiden välillä. Niinpä sen ratkaisevista kriteereistä vakavasti ottamista voidaan kutsua vahvennetuksi kognitiiviseksi kriteeriksi – pelkkä reseptiotyyppinen mieltäminen ei riitä – ja seuraukseen mukautumista puolestaan heikennetyksi volitiiviseksi kriteeriksi; kyse ei ole varsinaisesta tahtomisesta ainakaan merkityksessä toivottaisuus. Kun mukautumista pidetään volitiivisena, sitä on periaatteessa myös sen vastinpari tiedostetun tuottamuksen puolella, kognitiivissävyinen luottamus -p -kriteeri.

D Objektiiviset mallit

Eräissä malleissa tahallisuutta on pyritty tavalla tai toisella objektiivomaan. Tällainen malli oli mm. finalisti Armin Kaufmannin teoria manifestoituneesta välttämistahdosta. Kun tahallisuuden ydin oli aiheuttamistahdossa, sopi tahallisuusvastuun rajaamiseen ajatus välttämistahdosta. Teko on tahallinen, jos tekijä on ottanut huomioon tunnusmerkistön toteutumisen, ei kuitenkaan, jos hän on objektiivisesti ilmentänyt tahtoa tunnusmerkistön toteutumisen välttämiseen.²¹⁰

Herzberg näyttää seuranneen Alf Rossin käsityksiä siinä, että tahallisuuden ja tuottamuksen kannalta keskeinen rajanveto täytyy tehdä jo objektiivisella puolella. Tahallisuus edellyttää objektiivisesti sitä, että kyseessä on tunnusmerkistön toteutumisen peittämätön vaara (unabgeschirmte Gefahr); peitetyt ja hyvin kaukaiset riskit voivat perustaa tuottamusvastuun. Tahallisuus on tietoisuutta peittämättömästä vaarasta.

²¹⁰ Kaufmann 1958 passim.

Hiukan samansuuntainen on Puppen ratkaisuyritys. Hänen mukaansa tahallisuus on tietoisuutta sellaisesta riskistä, jonka ottaminen merkitsee toimimista sellaisen periaatteen mukaan, että seurauksen tulee tai se ainakin saa syntyä. Malli on siis kognitiivinen, mutta vaadittavan mieltämisen rajakriteeri on eräänlainen objektiivoitu hyväksymiskriteeri.²¹¹

E Vaara- ja riskimallit

Ottom vaaramallin mukaan tahallisuus on tietoisuutta tunnusmerkistön toteutumisen konkreettisesta, välittömästä vaarasta.²¹²

Frischille tahallisuus on henkilökohtaista lähtemistä kielletystä riskistä. Teoria lähtee vahvasti tahallisuusrangaistavuuden ratiosta. Tahallisuuden kohteena ei ole tunnusmerkistö, joka on tuomarille tarkoitettu sanktionormi, vaan tunnusmerkistön mukainen käyttäytyminen, josta päästään kiellettyyn riskiin. Kielletty riski on osin normatiivinen. Malli on mieltämissä painotteinen, ja painottaa henkilökohtaista lähtemistä riittävästä vaarallisuudesta.²¹³

F Kombinaatio- ja indisiomallit

Kombinaatiomalleissa lähdetään siitä, ettei ole absolutisoitavaksi kelpaavaa yhtä ainoaa oikeaa tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon mallia. Niinpä Schroederin mukaan tahallisuuden alin aste on käsillä, kun tekijä pitää tunnusmerkkiä mahdollisena ja hyväksyy sen, pitää sitä todennäköisenä tai suhtautuu siihen täysin välinpitämättömästi.²¹⁴

Joidenkin kirjoittajien tahallisuusmallit perustuvat indisioiden systematisointiin. Niissä saattaa olla pohjana menettelyn vaarallisuus ja tekijän käsitys siitä. Myös tekijän suhtautumista ilmentävät näkökohdat voivat olla esillä. Merkittäviä voivat olla myös normatiiviset näkökohdat; tahallisuuden saatetaan katsoa osittain määräytyvän esimerkiksi oikeushyvän tärkeyden, oikeushyvän kokonaissuojan ja tekijän tavoitteen arvon kautta.²¹⁵

G Abstraktiotason nostaminen

Tahallisuutta saatetaan luonnehtia myös kriteereillä, jotka ovat perinteisiä kriteerejä abstraktimpia. Menettely saattaa osittain liittyä samaan kuin ns. sosiaalinen

²¹¹ Ks. esim. *Puppe* 1995 s. 39–54. Mm. objektiivisiin malleihin palataan luvussa V.

²¹² *Otto* 2004 s. 84–87.

²¹³ Frisch kehittää malliaan laajassa monografiassaan *Vorsatz und Risiko* (1983). Ks. jo *Philipps* 1973 s. 38: "Vorsatz ist dann anzunehmen, wenn der Handelnde sich bewußt für ein Verhalten entscheidet, das mit der Rechtsordnung unerträglich ist." Esiin tulevat modernien mallien suositut kielletty riski ja päättäminen. Samaa suuntaa *Botke* 1988 s. 188–196: tahallisuuden alin aste on "konkret entscheidungsrelevante Vorstellung eines tatbestandsspezifischen, intolerablen Risikos". Samaa suuntaa kuin Frisch *Zielinski* 1990 s. 496–499.

²¹⁴ *Schroeder* 1994 s. 48–53.

²¹⁵ Ks. *Prittitzin* rikosprosessuaalisesti orientoitunutta indisioteoriaa 1988 s. 497–499. Ks. myös *Hassemer* 1989 ja *Schünemannin* 1999 typologista tahallisuuskäsitystä, josta lähemmin jaksossa V.3.4.

teonteoria: jollei pystytä luomaan konkreettista teon ja laiminlyönnin käsittävää teonteoriaa, saattaa ratkaisuna olla abstraktiotason nostaminen.

Niinpä saksalaisessa kirjallisuudessa on suosituttu luonnehtia tahallisuutta päätökseksi oikeushyvää vastaan tai päätökseksi tunnusmerkistön mahdollisen toteutumisen puolesta. Tällaisen luonnehdinnan saatetaan katsoa liittyvän pikemminkin tahallisuusrangaistavuuden ratioon kuin olevan konkreettinen rajanvetomalli.

5.2.2 Yleisiä havaintoja

Materiaalisesti jonkinlainen yhteisymmärrys näyttää vallitsevan siitä, että tahallisuus ei ole tunnekysymys. Sikäli kuin tahallisuuteen kuuluu volitiivinen momentti, kyse on jonkinlaisesta suhtautumisesta. Volitiivinen ja kognitiivinen leiri ovat lähentyneet toisiaan. Vallitseva kanta lähtee Ernstnahme-teoriasta tai sitä lähellä olevista malleista, joissa rajakriteerien puhdas kognitiivisuus ja volitiivisuus voidaan kyseenalaistaa; saatetaan pitää makuasiana, puhutaanko vahvennusta kognitiivisesta vai heikennetystä volitiivisesta mallista.

Uudet teoreettiset mallit ovat kognitiivisesti painottuneita. Operoidaan myös normatiivisilla ja objektiivisilla kriteereillä. Tämä liittyy osin siihen, että rikoslainopissa kiinnostuksen kohteena on ollut objektiivinen syyksilukeminen, mikä on tahallisuuskeskustelussa johtanut huomion kiinnittymiseen myös tahallisuuden kohteeseen. Esimerkiksi Frischin teoria kiinnittää paljon huomiota tahallisuuden kohteeseen. Normatiivista pohjaa etsitään usein tahallisuusrangaistavuuden ratiosta.

Kiinnostavaa on, että vaikka tahallisuuden alimmalle asteelle on useita positiivisia muotoiluyrityksiä, on kuitenkin melko yleistä, että tiedostettu tuottamus määritellään yhtenäisesti – luottamukseksi siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu. Niinpä esimerkiksi sekä E 1962:n mukautumismalli (sich abfinden) että Welzel katsoivat tiedostetun tuottamuksen olevan käsillä, kun tekijä on luottanut tunnusmerkistön jäävän toteutumatta. Molemmissa positiivinen volitiivinen kriteeri ja tiedostetun tuottamuksen luottamus -p todetaan suorastaan komplementaarisiksi käsitteiksi. Vaikutelmani onkin, että melko yleisesti tiedostettua tuottamusta luonnehditaan p:n mahdolliseksi mieltämiseksi mutta luottamukseksi -p, ja tätä luonnehdintaa katsotaan voitavan hyödyntää dolus eventualiksen rajaamisessa. Toisin sanoen on lähellä ajatus, että tahallisuuden alimman asteen negatiivisesta määrittelystä vallinne melko laaja konsensus, kun sen sijaan sen positiivinen määrittelyminen tuottaa suuria vaikeuksia.²¹⁶

²¹⁶ Voidaan kysyä, mitä muuta haittaa tahallisuuden alimman asteen negatiivisesta määrittelemisestä olisi kuin se, että tieteenteoreettisesti suositeltavana pidetään asioiden määrittelemistä positiivisesti, jos se on mahdollista.

Muun muassa luottamus -p:n laaja hyödyntäminen tiedostetun tuottamuksen luonnehdinnassa viittaa siihen, että käsitykset tahallisuuden ekstensiosta, lienevät melko samansuuntaiset. Keskustella voidaan tietysti siitä, mitä luottamus -p on. Näin on tehtykin. Joka tapauksessa oletus on yhteensopiva sen usein esitettyyn näkemyksen kanssa, jonka mukaan dolus eventualis -teoriamittelössä on enemmän kyse teoreettisista mielipide-eroista kuin erilaisista käsityksistä tilanteiden oikeista lopputuloksista.

Uudet kognitiiviset rajanvetomallit näyttäisivät yleisesti ottaen operoivan kriteereillä, jotka (ainakin reseptiivisen ”raakatiedon” määrän osalta) jättävät riman yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden alapuolelle. Vaikka yksinkertainen todennäköisyystahallisuus ei sisällä mayerilaisen mallin perusheikkoutta eli rajan epämääräisyyttä, on yksinkertainen todennäköisyystahallisuus melko harvoin keskustelussa ylipäättään mukana.²¹⁷ Pohjoismaisen keskustelun näkökulmasta tämä on harmillista, sillä varsinkin Tanskassa ja Norjassa yksinkertainen todennäköisyystahallisuus on perinteisesti ollut suosittu.

Eräs merkittävä keskustelun kohde saksalaisessa kirjallisuudessa on se, mikä merkitys mieltämisen ”työstämisellä”, esimerkiksi vaaramieltämisen kevytmielillä torjumisella on. Osa pitää lähtemistä työstetystä mieltämisestä kriminaalipoliittisesti kestävämmänä privilegiointina.²¹⁸ Toiset taas pitävät keskeisenä, että mikä tahansa mieltäminen ei riitä, vaan esimerkiksi konkreettisen vaarallisuuden pitää olla tekijän itseään sitova persoonallinen käsitys (für-sich-ausgehen, aneignen).²¹⁹ Tämän kiinnostavan kysymyksen rationaalisen pohtimisen kannalta tarvittaisiin myös psykologista erityistietämystä, joka on argumentaatioissa ollut melko niukasti esillä.

Kysymys ”raakatiedon” vai ”työstetyn tiedon” etusijasta on merkityksellinen arvioitaessa mallien laajuutta ja mm. suhdetta yksinkertaiseen todennäköisyystahallisuuteen. Sama koskee näyttövaatimusten tasoa, jolla voidaan olennaisestikin vaikuttaa eri mallien tosiasialliseen laajuuteen.

5.3 OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

5.3.1 Johdanto

Tahallisuutta ei ole määritelty StGB:ssä. Näin ollen oikeuskäytännön rooli on sekä toisenlainen että merkittävämpi kuin silloin, jos tahallisuus olisi määritelty

²¹⁷ Esim. *Wessels 2000* s. 74 mainitsee todennäköisyystahallisuutta esitellessään vain mayerilaisen todennäköisyystahallisuuden.

²¹⁸ *Puppe 1995* s. 25–30 ja 49–50.

²¹⁹ Esim. *Zielinski 1990* s. 498–499.

laissa. Tilanne on siis tältä osin samankaltainen kuin Suomessa ennen vuotta 2004. Tosin Saksassa on säännökset tahallisuuden vaatimusnormista (StGB 15 §) sekä teko-olosuhteita koskevasta erehdyksestä (StGB 16 §) ja kieltorehdyksestä (StGB 17 §).

Saksassa ylin yleinen tuomioistuin rikosasioissa on *Bundesgerichtshof* (BGH). Sen ratkaisulla on käytännössä merkittävä asema. Mitään stare decisis -systeemiä Saksassa ei kuitenkaan ole; ”sanktiona” BGH:n ratkaisun huomiotta jättämiselle on muutoksenhaun onnistumisen suurempi todennäköisyys. Oikeuskäytännöllä ja oikeustieteellä ei näytä olevan oikeuslähdeopillisesti yhtä suurta statuseroa kuin Suomessa.²²⁰ Vakiintunut oikeuskäytännön linja on luonnollisesti merkittävämpi kuin yksittäinen ratkaisu. BGH julkaisee osan ratkaisuistaan vuosikirjassa *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (BGHSt). Kuitenkin myös useat oikeudelliset aikakausjulkaisut kuten *NStZ*, *NJW* ja *StV* julkaisevat BGH:n ratkaisuja. Toimituksessa tapahtuvan valinnan lisäksi esimerkiksi syyttäjät ja asianajajat voivat ”ilmoittaa” ratkaisuja julkaistaviksi. Kiinnostavia uusia kysymyksiä koskevat alempienkin oikeusasteiden ratkaisut saattavat olla oikeudellisissa aikakauskirjoissa julkaistuna ja keskustelun kohteena.

BGH:n tahallisuusratkaisut ovat yleensä revisioratkaisuja; faktakysymys jää näytön vastaanottaneen alemman oikeusasteen, *Tatrichterin* ratkaisun varaan (StPO 261 §), ja BGH ottaa kantaa tahallisuuteen oikeuskysymyksenä (StPO 337 §). Asian selvittäminen ja todistelu on tapahtunut alemmassa oikeusasteessa. BGH tutkii, onko alempi oikeusaste seurannut tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa oikeaa normipremissiä. BGH tarkastelee ennen kaikkea perusteluja; onko ratkaisuun päädytty vakuuttavien perustelujen kautta ja onko kantaa otettu ratkaisun kannalta kaikkiin merkittäviin näkökohtiin.²²¹

Oikeudellisesti virheellinen ratkaisu ei pysy. Seurauksena voi olla jutun palauttaminen. Lopullinen tuomio ei tällöin luonnollisesti selviä BGH:n ratkaisusta. BGH voi joissain tapauksissa myös ratkaista tahallisuuskysymyksen asiallisesti. Näin tapahtuu esimerkiksi silloin, kun se katsoo, ettei uuden pääkäsittelyn toimittaminen toisi merkittävää uutta selvitystä tekijän tahallisuudesta. BGH voi tällöin hylätä syytteen siltä osin kuin alemman tuomioistuimen tahallisuusperustelut eivät kanna sellaiseen tuomioon saakka, joka jutussa on annettu. Julkaistut ratkaisut eivät välttämättä sisällä yhtä selvästi tietoja alemman oikeuden tuomiosta ja muutoksenhakutilanteesta kuin esimerkiksi KKO:n vuosikirjaratkaisut. Tämä liittyy nähdäkseni BGH:n rooliin ennen kaikkea perustelujen aukotto-

²²⁰ *Rossin* 1979 s. 79–80 mukaan ylimmäkään oikeusasteen ratkaisuja ei pidetä ratkaisevina, vaan niitä käsitellään ikään kuin yhtenä monista opillisista käsityksistä. Myös tuomioista heijastuu usein käsitys alisteisuudesta oikeustieteeseen verrattuna.

²²¹ BGH:n asemasta revisiotuomioistuimena tahallisuusratkaisuja tulkittaessa huomauttaa myös *Ross* 1979 s. 95. Ks. vielä *Schroth* 1990 s. 324 ja *Mühlbauer* 1999 s. 15–20.

muutta tarkastavana tuomioistuimena. Reformatio in pejus -kielto (StPO 358.2 §) ei myöskään kiellä BGH:ta tarkastelemasta surmaamistahallisuutta alemman oikeusasteen perustelujen pohjalta, vaikka tekijä olisi tuomittu vain esimerkiksi vaarallisesta pahoinpitelystä ja vain hän hakee muutosta. Reformatio in pejus -kielto kieltää ankarampien seuraamusten määräämisen.

Tahallisuuskysymyksen ratkaisussa voidaan erottaa 1) merkitykselliset tosi-seikat, 2) tahallisuusmalli (normipremissi) ja 3) lopputulos. BGH:n tehtävänä ei ole näytön arviointi, vaan alemman oikeusasteen tahallisuusperustelujen ja -ratkaisun arviointi lähtien sen faktapremisseistä. Näin ollen ei voida varsinaisesti sanoa, että BGH:n mielestä tahallisuus oli tai ei ollut käsillä tietyssä tapauksessa. Kyse on siitä, onko alemman oikeusasteen tahallisuuskysymystä koskeva ratkaisu oikeudellisesti virheetön vai ei²²².

Tästä ei toki seuraa, ettei BGH:n käsityksestä eri tilanteissa olisi sanottavissa mitään. Ensinnäkin normipremissin esiintuomisella on arvioita yhtenäistävä vaikutus. Toisekseen mitä yksityiskohtaisempi tuo normipremissi on, sitä lähemmäksi se voi tulla yksittäisen jutun konkretiatasoa. Myös perustelujen vakuuttavuuden valvomisella on merkitystä. Jos tahallisuusratkaisu voitaisiin kuvata sarjana deduktioita, olisi perustelujen hyväksyttävyyys yhtä kuin tietyn tosiseikaston ja lopputuloksen välinen hyväksyttävyyys. Mitä laajemmin ja yksityiskohdaisemmin perustelujen vakuuttavuutta tarkastellaan, sitä selvemmin tarkastavan instanssin näkemys alemman oikeusasteen ratkaisun oikeellisuudesta vastaa myös käsitystä lopputuloksen oikeellisuudesta. Hyvät perustelut johtavat todennäköisemmin hyvään lopputulokseen kuin virheelliset tai puutteelliset. Subjektiivisen seikan arvioinnissa oikeus- ja todistustositseikkojen suhde voi tosin olla epäselvempi kuin objektiivisten seikkojen osalta. Myöskään oikeuskysymyksen ja tosiasiakysymyksen välinen ero ei suinkaan aina ole riidaton²²³.

Saksalaiset tahallisuuden alinta astetta koskevat ratkaisut ovat, kuten monissa muissakin maissa, pitkälti henkirikosratkaisuja. Puppe totesi oikeuskäytäntöä arvioidessaan, että vuodesta 1980 (vuoteen 1995) julkaistuja tahallisuusratkaisuja oli 44, ja niistä 8 koski muuta kuin surmaamista²²⁴. Kuten monissa muissakin maissa, voidaan Saksan oikeuskäytännössä tahallisuusratkaisujen sisällöllisistä linjoista puhua lähinnä henkirikosten kohdalla. Tämä ei ole yllättävää, ovathan henkirikokset ankarimmin rangaistavia, joten niiden yhteydessä oletettavasti taapahtuu vähintään yhtä huolellista punnintaa kuin muiden rikosten yhteydessä, minkä lisäksi kuolema on tunnusmerkkinä helposti ymmärrettävä ja usein vähän

²²² Tästä muistuttaa myös *Mühlbauer* 1999 s. 154–156.

²²³ Revisio-oikeuskäytännön on katsottu tulkinneen revisiovaltuuksia laajasti. BGH on tulkinnut esimerkiksi kokemussääntöjen kuuluvan revision piiriin; *Mühlbauer* 1999 s. 16–20.

²²⁴ *Puppe* 1995 s. 54–55.

tulkinnanvaraa sisältävä. Ei olekaan yllättävää, että induktiivinen tahallisuusmallin luonti tapahtuu pitkälti henkirikostahallisuuden ympärillä. Muissa rikoslajeissa sovellettaneen pitkälti henkirikostahallisuuden avaamia linjoja.

Surmaamistahallisuudella on siis olennainen merkitys arvioitaessa sitä, minkä sisällön oikeuskäytäntö tahallisuudelle Saksassa antaa. Toisaalta Saksassa esitetään usein, että surmaamistahallisuus näyttää olevan edellytyksiltään osin eri asemassa kuin tahallisuus ”yleensä”. Näin surmaamistahallisuudella on eräällä tavoin kaksijakoinen luonne: yhtäältä se merkittävällä tavalla vaikuttaa tahallisuuden yleiseen sisältöön, mutta toisaalta se katsotaan osin erityiseksi tahallisuudeksi.

Yritän ensin valottaa tahallisuuden yleisiä linjoja, vaikka surmaamistahallisuus tulee jo siinä esiin. Kaksi nähdäkseni eniten huomiota herättänyttä ratkaisua on näet henkirikostarkaisuja. Mielestäni ne ovat ohittamattomia myös tahallisuuden yleislinjojen hahmottamisessa. Lisäksi ensimmäinen niistä, nahkahihnatapaus (Lederriemenfall), on annettu vaiheessa, jossa BGH ei vielä tuonut henkirikoksissa esiin ns. pidäkekynnyksoppea (Hemmschwellenlehre), jota pidetään surmaamistahallisuuden erityispiirteenä²²⁵. Toinen tapauksista, HIV-tapaus, puolestaan sisältää sekä henkirikostahallisuutta että yleistä tahallisuuskäsittelyä. Tämän jälkeen otan esiin ensin lyhyesti muita rikostyyppisiä koskevaa ja sitten lähemmin surmaamistahallisuutta koskevaa käytäntöä.

5.3.2 Tahallisuus oikeuskäytännössä – yleistä

5.3.2.1 Perusmalli

Sekä *Reichsgericht* että sen seuraaja *Bundesgerichtshof* ovat perinteisesti soveltaneet hyväksymisteoriaa (Billigungstheorie) tai suostumusteoriaa (Einwilligungstheorie) tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa. Tahallisuus on käsillä, kun tekijä on havainnut tunnusmerkistön voivan toteutua, ja hän on hyväksynyt tunnusmerkistön toteutumisen tai suostunut siihen. Mallissa on siten sekä kognitiivinen että volitiivinen elementti, ja rajanvetovastuu on lähtökohtaisesti volitiivisella elementillä.

5.3.2.2 BGH U 22.4.1955 – nahkahihnatapaus

K ja J halusivat saada M:ltä rahaa ja omaisuutta. He halusivat saattaa M:n puolustuskyyttömäksi voidakseen sitten rauhassa suorittaa anastuksen M:n asunnossa. He olivat ensin pohtineet mahdollisuutta kuristaa M:ää nahkaisella hihnalla ja sitoa tämä sitten. He olivat kuitenkin huanneet, että sellainen kuristaminen

²²⁵ Opin mukaan surmaamistahallisuus edellyttää paljon suuremman pidäkekynnyksen ylittämistä kuin vaarantamis- tai vahingoittamistahallisuus.

voisi johtaa tajuttomuuden lisäksi vakaviin vammoihin, jopa kuolemaan. Tämän vuoksi J ehdotti, että M voitaisiin tainnuttaa hiekkasäkillä; hiekkasäkki ei aiheuttaisi vakavia vammoja. Eräänä iltana K ja J vierailivat M:n luona, ja J:llä oli housuntaskussaan hiekkasäkki. J:n tietämättä K oli kaiken varalta ottanut mukaan myös kyseisen nahkahihnan. K ja J saivat jäädä M:n luokse yöksi. Neljän aikaan aamuyöllä J löi M:ää voimakkaasti kahdesti hiekkasäkillä päähän, mutta tämä ei johtanut toivottuun vaikutukseen vaan siihen, että M heräsi. J löi vielä kerran, jolloin hiekkasäkki hajosi. M:n ja J:n välille syntyi käsikähmä. K otti esiin hihnan, ja J:n pitäessä M:ää käsistä K sai sen M:n kaulan ympärille. K ja J vetivät nyt kaikin voimin hihnan päistä, kunnes M vajosi sänkyynsä. He ryhtyivät sitomaan M:ää. Kun M alkoi kohottautua, K kuristi häntä uudelleen, kunnes M ei enää liikkunut eikä äänennellyt. J huusi, että K:n pitää lopettaa, minkä K teki. He sitoivat M:n ja ryhtyivät etsimään omaisuutta. He tulivat ajatelleksi mahtaako M olla hengissä ja yrittivät turhaan elvyttää häntä. Tämän jälkeen he poistuivat asunnosta.

LG katsoi, että tekijöillä oli M:n kuolemaan nähden tahallisuuden alin aste. BGH:n mielestä lopputulokseen ei ollut huomautettavaa. BGH lausui:

[...] tietoisuus menettelyn mahdollisista seurauksista ja näiden seurauksien hyväksyminen ovat tahallisuuden alimman asteen kaksi itsenäistä edellytystä [...] Mainitut olosuhteet puhuvat tosin sen puolesta, että M:n kuolema oli syytetyille erittäin epätoivottu [...] Seurauksen hyväksyminen, joka Reichsgerichtin ja Bundesgerichtshofin oikeuskäytännössä muodostaa tahallisuuden alimman asteen ja tiedostetun tuottamuksen välisen ratkaisevan rajanvetokriteerin, ei kuitenkaan tarkoita, että seurauksen pitäisi vastata tekijöiden toiveita. Tahallisuuden alin aste voi olla myös silloin käsillä, kun seuraus on tekijälle epätoivottu. Oikeudellisessa mielessä tekijä hyväksyy seurauksen silti, kun hän tavoitteensa vuoksi, pakolla, toisin sanoen sikäli kuin hän ei muuten voi saavuttaa tavoitettaan, mukautuu myös siihen, että hänen menettelynsä johtaa ei-toivottuun seuraukseen, ja haluaa sitä tällä tavoin [...]

[...] tiedostetun tuottamuksellisesti toimiva luottaa siihen, että mahdollisena pidetty seuraus ei synny [...]

Tässä oikeuskirjallisuuden ehkä ahkerimmin käsittelemässä tahallisuusratkaisussa oli siis kyseessä ”annosteltu” kuristaminen; tekijät halusivat saattaa uhrin tiedottomaksi anastustekoa varten. Surmaamistahallisuuden alimman asteen edellytysten katsottiin toteutuneen. Edellytettävän kognitiivisen momentin näkökulmasta tapaus ei tuottanut erityisiä vaikeuksia – tekijät olivat pohtineet kuristamisen mahdollisuutta tainnutusmenetelmänä, mutta hylänneet sen hengen-vaarallisuuden vuoksi. BGH operoi perinteisellä hyväksymisen (Billigung) kriteerillä rajanvedossa. Ratkaisun merkittävyys perustuu tuon hyväksymiskriteerin sisällön täsmentämiseen. Hyväksyminen ei edellytä sitä, että seuraus olisi tekijälle toivottu. Näin ollen, vaikka hyväksymistä yleensä luonnehditaan tahallisuuden tahtomomentiksi, ei hyväksyminen edellytä seurauksen tahtomista tahtomisen-sanan arkikielisessä merkityksessä. Tästä tapauksesta lähtien on, myös kriittisesti, alettu puhua hyväksymisestä oikeudellisessa mielessä (Billigung im

Rechtssinne). Tiedostettu tuottamus on kyseessä, kun tekijä luotti siihen, ettei seurausta synny.²²⁶

5.3.2.3 BGH U 4.11.1988 – HIV I

A, jota vuodesta 1965 lähtien oli 16 kertaa hoidettu armeijan terveydenhuollossa sukupuolitautien takia, oli vastaanotolla akuutin sukupuolitaudin vuoksi. Tässä yhteydessä hänelle tehtiin HIV-testi, joka osoittautui positiiviseksi. A:ta informoitiin perusteellisesti testituloksen antamisen yhteydessä. Kaikki suojaamaton sukupuolikanssakäyminen saattoi johtaa tartuntaan ja aiheuttaa tartunnansaajalle kuolettavan sairauden. Merkitystä ei ollut sillä, johtiko kanssakäyminen ejakulaatioon vai ei. Myös heinäkuussa 1986 lääkäri informoi A:ta HIV:in tarttuvuudesta. Elokuussa 1986 A oli kuitenkin samana päivänä kahdesti sukupuolitekemisissä toisen miehen B:n kanssa; molemmilla kerroilla A harjoitti ensin aktiivisena osapuolena suojaamatonta anaalilyhdyntää, keskeytti sen ja asetti kondomin ja jatkoi ejakulaatioon saakka. Joulukuussa 1986 hän oli D:n kanssa suojaamattomassa oraalilyhdyntäessä passiivisena osapuolena, keskeytti sen ennen ejakulaatiota, laittoi D:n antaman kondomin ja harjoitti anaalilyhdyntää ejakulaatioon saakka. Tamikuussa 1987 hän toimi D:n kanssa samoin paitsi että hän yritti ensin anaalilyhdyntää ilman kondomia mutta tuntiessaan kipua laittoi D:n hakeman kondomin ja jatkoi sitten. A ei informoinut partnereitaan tartunnastaan. D:lle tehtiin HIV-testi eikä hän ollut saanut tartuntaa.

LG: kolme vaarallisen pahoinpitelyn yritystä 2 vuotta vankeutta. BGH 4.11.1988: Tahallisuuden alin aste oli vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan käsillä, kun tekijä piti seurausta mahdollisena eikä aivan kaukaisena ja oli sillä tavoin yhteisymmärryksessä seurauksen kanssa, että hyväksyi sen tai vähintään mukautui siihen, olkoonpa seuraus hänelle epätoivottukin. Tiedostettu tuottamus taas on käsillä, kun tekijä ei ole yhteisymmärryksessä mahdollisen seurauksen kanssa ja uskoo vakavasti – ei vain heikosti – ettei seuraus synny. Molempien elementtien – kognitiivisen ja volitiivisen – käsilläolo on tutkittava tarkkaan. Volitiivisen elementin osalta on otettava huomioon tekijän persoonallisuus ja teko-olosuhteet. Kokonaisarvio on ratkaiseva, ja erilaisissa tilanteissa eri näkökohdat voivat olla etualalla. Tekijän aikaisempi elämä sekä hänen lausumansa tekohetkellä samoin kuin sitä ennen ja sen jälkeen voivat antaa viitteitä tekijän suhtautumisesta suojattuihin oikeushyviin. Huolimatta oikeuskirjallisuudessa esitetystä kritiikistä (etenkin Herzberg) ei ole syytä luopua näistä oikeuskäytän-

²²⁶ *Engisch* 1955 katsoi, että hypoteettinen tahtoteoria ja hänen oma välinpitämättömyysmallinsa olisivat johtaneet tuottamukseen; samoin välinpitämättömyys- ja (varsinaisesta hyväksymisestä lähtevän) hyväksymisteorian osalta *Hillenkamp* 1999 s. 13–14. Sitä vastoin mayerilainen todennäköisyysmalli olisi *Engischin* 1955 mukaan johtanut tahallisuuteen. Hän katsoi, että tekijät pitivät hengenmenon todennäköisyyttä suurena. Siksi onkin kiinnostavaa, olisiko tilanne meillä johtanut tuomioon tahallisesta henkirikoksesta. Selvää on, että tekijät olivat pitäneet kuristamista ainakin hengenvaarallisena, ja tuota vaaraa ainakin niin konkreettisena, että olivat aluksi hylänneet kuristamisen tainnutustapana. *Eser – Burkhardt* 1992 s. 88 katsovat, että yksinkertainen todennäköisyystahallisuus ei olisi johtanut tahallisuuteen. Ks. myös *Ross* 1979 s. 102–105.

nössä vakiintuneista rajanvetokriteereistä yleisesti ottaen eikä myöskään erityisesti HIV-tapauksia silmällä pitäen. Tekijän tiedosta ei saa tosin ilman muuta johtaa tahtoelementtiä, mutta tekijän tiedontasoa saa hyödyntää volitiivisen puolen arvioinnissa. Edelleen on otettava huomioon, että nyt käsiteltävän kaltaisissa tapauksissa, joissa tekijä ei kausaalikulun käynnistettyään enää voi kontrolloida sitä, voi olla erityisen merkityksellistä, missä määrin tekijä on aikaan saanut peittämättömän vaaran. Väite siitä, että hän on uskonut tai toivonut seurauksen jäävän syntymättä, ei estä katsomasta tekijän hyväksyneen seurauksen, jos tekijä on jättänyt seurauksen syntymisen sattuman varaan. Toisaalta tahallisuuden alinta astetta vastaan voi puhua se, että tekijällä oli syytä siihen käsitykseen, että tartuntariski on kyseisessä konkreettisessa tilanteessa vain vähäinen. LG ei ollut rikkonut näitä oikeudellisia periaatteita vastaan, vaan oli voinut päätyä siihen johtopäätökseen, että tekijä oli hyväksynyt seurauksen.

Kvalifiointiperuste ”henkeä vaarantava käsittely” (”das Leben gefährdende Behandlung”, StGB 223a §) edellytti, että tekijä tunsi ne olosuhteet, jotka perustivat hänen konkreettisen toimintansa yleisen vaarallisuuden toisen hengelle. Edellytyksenä ei ollut, että tekijä on myös tehnyt sen johtopäätöksen, että menettely voi johtaa uhrin kuolemaan.

Myös siinä, että tekijällä ei kuitenkaan ollut surmaamistahallisuuden alinta astetta, LG:n ratkaisu pysyi vakiintuneen oikeuskäytännön puitteissa. Surmaamistahallisuus edellyttää paljon suuremman pidäkekyynnyksen ylittämistä kuin vaarantamis- tai vahingoittamistahallisuus. LG ei ole pitänyt hyväksymistä selvitettyinä huomioon ottaen sen, että inkubaatioaika on toisinaan hyvinkin pitkä ja että A ehkä toivoi monen infektoituneen tavoin, että keksittäisiin lääke ennen sairauden puhkeamista. Vastoin oikeuskirjallisuudessa esitettyä kritiikkiä LG:n ratkaisu ei sisällä metodista ristiriitaa. Jo lainsäätäjä on edellyttänyt tehtäväksi eron henkeä vaarantavaan käsittelyyn ja hengenmenoon kohdistuvan tahallisuuden välillä; henkilö saattaa aivan hyvin tuntea seikat, jotka perustavat henkeä vaarantavan käsittelyn, ilman että hän hyväksyisi uhrin kuolemaa.

Tämä BGH:n vuosikirjaratkaisu koski siis HIV-infektiovaarallista menettelyä. Ratkaisu on nahkahihnatapauksen ohella ehkä ahkerimmin käsitelty tapaus kirjallisuudessa, ja kiinnostus on liittynyt sekä yleiseen tahallisuusproblematiikkaan että HIV-juttujen tahallisuusongelmiin. Yleistä merkitystä ratkaisulla on ennen kaikkea siinä, että se sisältää ikään kuin yhteenvedon BGH:n tahallisuuden sisältöä koskevasta käsityksestä. Myös surmaamistahallisuuden erityisasetma on esillä. Ratkaisussa tuodaan lisäksi esiin se, ettei BGH:lla ole aikomusta muuttaa tahallisuuslinjojaan. Tähän eivät anna aihetta myöskään HIV-tilanteet.

HIV-jutut sisältävät useita tahallisuuden kannalta merkittäviä kysymyksiä. Yleisellä tasolla HIV-infektion tartuntariski seksissä on tilastollisesti pienehkö, mutta vaihtelee melko voimakkaasti tiettyjen tilannekohtaisten kofaktorien mukaan (esim. seksiteon laatu, viruksen laatu, viruksen kantajan taudin vaihe, HIV-

negatiivisen henkilön terveydentila ym). Siksi yksittäisen seksiteon seuraus on hyvin sattumanvarainen. Käsitykset infektion letaalisuudesta ovat muuttuneet ajan kulumisen ja hoitojen kehittymisen myötä. Tilanteet vaihtelevat yksittäisestä suojaamattomasta seksiteosta (”yhden illan jutuista” ja raiskauksista) pitkään jatkuneisiin suhteisiin saakka. Infektoitunut voi halutessaan hyvin yksinkertaisella toimella, käyttämällä kondomia, vähentää tartuntariskiä olennaisesti jossakin ei kokonaan poissulkea sitä.

Tässä tapauksessa BGH hyväksyi siis LG:n syyksilukemISRatkaisun. Ratkaisua kritisoineet ovat katsoneet, että on epäloogista hyväksyä tartuntatahallisuus huolimatta pienestä tartuntatodennäköisyydestä ja taas sitten hylätä surmaamistahallisuus huolimatta taudin erittäin suuresta letaalisuudesta. Pitäisi joko hylätä syyte kokonaisuudessaan tai sitten katsoa, että sekä tartuttamis- että surmaamistahallisuus toteutuvat. Argumentti on merkittävä.²²⁷ Tartuntatahallisuudesta ei kuitenkaan välttämättä seuraa surmaamistahallisuutta, sillä ensinnäkään ei voitu eikä voida sanoa, että tartunnan saanut kuolee siihen varmasti. Kuoleman todennäköisyys on pienempi kuin tartunnan. Toisekseen ratkaiseva kriteeri on poliittinen; voi hyvin olla, että henkilö hyväksyy toisen tartunnan muttei kuitenkaan kuolemaa menettelynsä seurauksena. Näistä argumenteista voidaan keskustella. Joka tapauksessa BGH sai selkänöjaa surmaamistahallisuuden hylkäämisessä myös pidäkekynnyksopista: jos raja on surmaamistahallisuudessa korkeammalla kuin vahingoittamis- ja vaarantamistahallisuudessa, ei jälkimmäisiä koskeva tahallisuusmalli ilman muuta ole sovellettavissa myös surmaamiseen.²²⁸

Ehkä ratkaisussa on myös kriminaalipoliittisen kompromissin makua. Vaarallisen pahoinpitelyn yritys oli asianmukaisen tuntuinen luonnehdinta menettelystä. Huomioon on tällöin otettava, että StGB:ssä ei ole RL 21:13:n tyyppistä hengen ja terveyden vaarantamisen yleiskriminalisointia. Juuri tässä tapauksessa tekijä oli kuitenkin tehnyt ainakin jotain estääkseen seurauksen. Suojaamattoman infektiotaarallisen menettelyn otsikointi vaarallisen pahoinpitelyn yritykseksi on Saksan oikeuskäytännössä tavallinen, kun tekijä ei ole informoinut partneriaan tartunnastaan²²⁹.

²²⁷ Ks. esim. *Mühlbauer* 1999 s. 99–101 ja *Roxin* 1997 s. 399–400. Argumentti olisi hyvin vahva, jos 1) tartuntariskin osalta voitaisiin lähteä vain sen toisesta puolesta eli pienestä tilastollisesta todennäköisyydestä (ja unohtaa tartuntariskin toinen keskeinen ominaisuus, sen suuri vaihtelevuus tilannekohtaisten kofaktorien mukaan), 2) jos letaalisuus olisi 100 % ja 3) jos tahallisuus olisi samanlainen ja kognitiivinen eri rikoksissa. Olisi kuitenkin virheellistä lähteä yksinomaan yleisestä tilastollisesta tartuntariskistä ja 100 %:n letaalisuudesta. Kolmannen premissin totuus puolestaan vaihtelee eri maissa.

²²⁸ Ratkaisua vastaan on usein esitetty huomautus, ks. esim. *Roxin* 1997 s. 400, ettei pelkkä toive -p – tässä tapauksessa siitä, että lääke keksitään ajoissa – riitä, vaan on edellytettävä perusteltua luottamusta -p. Huomautus on aiheellinen.

²²⁹ Samantyyppinen oikeudellinen arviointi on tehty myös toisessa BGH:n käsittelemässä HIV-jutussa BGH 12.10.1989, jossa tekijä oli kahdesti suojaamattomassa anaaliyhdyntäessä erään hen-

5.3.2.4 Muita ratkaisuja

BGH U 6.12.1983 – termiinikaupat. A oli tehnyt B:n lukuun riskialttiita tavaratermiinikauppoja. B ei itse ollut oikeutettu tekemään kyseisiä kauppia.

OLG: epärehellisyys (StGB 266 §). BGH 6.12.1983: A:n ja B:n välinen termiinikauppoja koskeva sopimus oli pätemätön. Vaikka näin on, voi toisen varallisuusintressien tosiasiallinen hallinta perustaa velvollisuuksia, joita 266 § suojaa. Tunnusmerkistön laajuudesta johtuen on tahallisuusnäytölle asetettava ankarat vaatimukset; tämä koskee ennen kaikkea tahallisuuden alinta astetta. Se ei voikaan perustua yksin siihen, että A oli tietoinen tavaratermiinikauppoihin liittyvästä suuresta vahinkoriskistä. A sai lähteä siitä, että B, joka oli hyväksynyt A:n tekemiä kauppia huomautuksista, tunsin näiden liiketoimien spekulatiivisen luonteen ja niihin liittyvän suuren vahinkoriskin. Tahallisuuden alin aste voi tulla kyseeseen sikäli kuin on kyse kaupoista, joihin sisältyvä riski on selvästi suurempi kuin se vaara, jonka B oli ollut valmis hyväksymään, ja kun A on tuntenut ja hyväksynyt lisäriskin. Tuomiota ei pysytetty.

BGH U 4.8.1987 – väärän rahan hävittäminen. Kirjapainon omistaja G pyysi A:ta ottamaan huostaansa väärennetyjä dollareita. A teki näin. Myöhemmin A halusi päästä noista dollareista eroon. Niinpä hän heitti ne paketissa moottoritien taukopaikkaravintolan sisäänkäynnin lähellä olleeseen roskasankoon.

LG: rahanväärennys (StGB 146.1 3k). BGH 4.8.1987: Teko toteuttaa rahanväärennyksen tunnusmerkin ”liikkeeseen saattamisesta”, jos rahoista hankkuidutaan eroon sellaisella tavalla, että on olemassa läheinen vaara siitä, että joku löytää ne ja saattaa liikkeeseen aitoina. Siihen nähden, että väärä raha saatetaan liikkeelle aitona, riittää tahallisuuden alin aste. Dolus eventualis on tämän tunnusmerkistön osalta käsillä, kun tekijä havaitsee sen läheisen vaaran, että joku löytää väärennetyt rahat ja saattaa ne aitoina liikkeelle, ja toimii kuitenkin, koska tämä seuraus on hänelle samantekevä. Tiedostettu tuottamus on käsillä silloin, kun tekijä tosin havaitsee menettelynsä vaarallisuuden, mutta toivoo velvollisuudenvastaisesti ettei vaara toteudu. Päätely ulkoisesta tapahtumainkulusta tahallisuuden alimpaan asteeseen on usein soveliaista. Mitä enemmän olosuhteet kuitenkin sallivat pitää tekoa myös tuottamuksellisena, sitä huolellisemmin tahallisuuden alimpaan asteeseen päätyminen on perusteltava. Tässä tapauksessa tahallisuuden alin aste ei itsestään selvästi ilmene ulkoisista seikoista, varsinkin, kun A on kertonut, että hän luotti siihen, että väärät rahat tuhottaisiin sangon muun sisällön kanssa. Luottamus niiden tuhoutumiseen ei poista tahallisu-

kilön kanssa informoimatta tätä infektiostaan. Tahallisuuden arvioinnin yhteydessä BGH esitti sellaisen dictumin, että tahallisuuden alin aste suhteessa tartuntaan voi yksittäistapauksessa olla kyseenalainen, etenkin silloin, kun partnerit pyrkivät seksikontakteillaan aitoon yhteiselämään; BGHSt 36, 266.

den alinta astetta, jos tekijä huolimatta toiveestaan hyväksyi vastakkaisen seurauksen. Siihen nähden, oliko tässä kyseessä vain tuottamus, merkittävää on mm. rahojen poisheittämisen lähemmät olosuhteet; minkälainen rosкасanko oli ja millä tavoin paketti oli sinne laitettu; oliko se esim. päällimmäisenä vai muiden roskien alla. Mitä suurempi löytämisen vaara oli, sitä selvemmin voidaan tekijän päätellä hyväksyneen seurauksen. Tuomiota ei pysytetty.

BGH U 8.6.1993 – kätkemisrikos. Kultasepäni liikkeen pitäjä A oli ostanut 10 kertaa kultaa B:ltä, 6 kertaa C:ltä ja D:ltä ja kerran E:ltä. A:lle oli myyty B:n ja C:n suorittamista murroista peräisin olevaa kultaa, mutta myös muuta kultaa. B, jolta A ei kysellyt kullan alkuperästä, oli A:n tietien useita kertoja tehnyt kauppvoja vieraalla nimellä, jottei pistäisi silmään A:n ostokirjoissa toistuvana myyjänä.

LG: syyte A:ta kohtaan kätkemisrikoksista hylätty (oli jäänyt näyttämättä, että esiteot olivat omaisuusrikoksia). BGH 8.6.1983: Joka ostaa esineen pitäen mahdollisena, että myyjä on saanut sen varkauden tai muun varallisuusrikoksen kautta ja hyväksyy sen, syyllistyy kätkemisrikoksen yritykseen, jos esirikos jää näyttämättä. Tuomiota ei pysytetty.

BGH B 31.3.1999 – huumehuriiri. A oli lentänyt Bogotasta Madridiin mukanaan alkuperäispakkauksessa oleva stereolaite, johon oli kätetty 5035 grammaa kokaiinia (kokaiinihydrokloridiosisuus 91 %). A tunnusti teon mutta kertoi, että hänelle oli ilmoitettu, että kokaiinia olisi kaksi kiloa. Hänelle oli luvattu kuriiripalkkioksi 5 000 dollaria kilolta.

LG huumausainerikos ym. (ylimenevä osa syyksiluettu tahallisenä). BGH 31.3.1999: Tapauksissa, joissa tekijä ei vaikuta huumausaineen määrään eikä voi sitä myöskään tarkistaa, hänen on, mikäli hänen ja toimeksiantajan välillä ei ole henkilökohtaista luottamussuhdetta, täytynyt ottaa huomioon myös se, että hänelle annetaan enemmän ainetta kuljetettavaksi kuin mitä hänelle ilmoitetaan. Ryhtyessään tällaiseen toimeen (esim. koska kuljetettava määrä on hänelle samantekevä) on ilmeistä, että hän hyväksyy lisämäärän. Tällaista tahallisuuden alinta astetta vastaan voivat puhua seikat, jotka ovat voineet saattaa tekijän siihen käsitykseen, että hänelle on kerrottu määrästä totuus. Tällaisena seikkana voi tulla kyseeseen kuriiripalkkion määrääminen aineen määrän mukaan ainakin silloin, kun toimeksiantajan täytyy ottaa huomioon se, että kuriiri saa tietää – vaikkakin ehkä myöhemmin – kuinka paljon huumausainetta hän on kuljettanut. Perustelut eivät ilmennä, että A olisi lähtenyt myös kahta kiloa suuremmasta määrästä ja hyväksynyt sen. Tuomiota ei pysytetty.

Oikeuskäytäntö lähtee siis hyväksymisteoriasta. Sitä sovelletaan periaatteessa kaikentyyppisissä rikoksissa. Hyväksymisteorian käyttöä ei siis ole esimerkiksi rajoitettu seurauksiin.²³⁰ Ratkaisuissa esitellään usein normipremissi eli se, mitä

²³⁰ Esim. kätkemisrikos- ja huumehuriiritapaukset. Aivan toinen asia on, että melko usein esillä tuntuu olevan kysymys siitä, riittääkö dolus eventualis tietystä tilanteesta ylipäätään, vai onko

tahallisuuden alimmalla asteella tarkoitetaan. Melko usein esiintyvä rajanvedon muotoilu on seuraaventyypinen. Tahallisuuden alin aste on käsillä, kun tekijä on pitänyt seurausta mahdollisena eikä aivan kaukaisena, ja hän on hyväksynyt seurauksen tai tavoitteensa saavuttaakseen ainakin mukautunut siihen. Tiedostettu tuottamus on käsillä, kun tekijä on pitänyt seurausta mahdollisena, mutta on vakavasti eikä vain heikosti luottanut siihen, ettei se synny.

Viitatuista ratkaisuksista ei (tietenkään) voida päätellä, millä tosiseikkakombinaatioilla tahallisuuden alimman asteen edellä luonnehditut edellytykset toteutuivat. Eräitä yleisiä asioita voidaan kuitenkin todeta.

Volitiivisen elementin itsenäisen roolin suodattaminen ratkaisuksista ja yksiselitteinen määrittely ei ole yksinkertaista. Toisinaan dolus eventualiksen luonnehdinnoissa viitataan siihen, että tekijä, joka pitää tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena eikä aivan kaukaisena (epätodennäköisenä), hyväksyy sen ryhtyessään tekoon tai jatkaessaan sitä. Tällainen muotoilu herättääkin kysymyksen siitä, onko ehkä kognitiivinen puoli kuitenkin yksinään ratkaiseva. Toisaalta useissa ratkaisuissa painotetaan sitä, että tahtomista ei saa johtaa mieltämisestä, tai ainakaan hyväksymistä ei saa johtaa pelkästä mahdollisena pitämisestä. Tämä taas viittaa volitiivisen puolen jonkinlaiseen itsenäiseen rooliin ja ominaisuuksiin.

Joka tapauksessa oikeuskäytäntö ilmentää sitä, että pelkkä tunnusmerkistön toteutumisen mahdollisena pitäminen ei riitä dolus eventualikseen. Useissa ratkaisuissa viitataan siihen käsiteloogiseen seikkaan, että tunnusmerkistön toteutumisen mahdollisena pitäminen on yhteistä dolus eventualikselle ja tiedostetulle tuottamukselle, joten perustelut, jotka viittaavat vain tunnusmerkistön toteutumisen pitämiseen mahdollisena, eivät ole tahallisuuserusteluja. Toisinaan BGH viittaa myös siihen muodolliseen perusteeseen, että lainsäätäjät tekee eron vaara-tahallisuuden ja seuraustatahallisuuden välillä.

Käytännössä mahdollisena pitämisen riittämättömyys ilmenee ja rajaa etsi-tään operoimalla negatiivisesti volitiivisen elementin kääntöpuolella eli luottamuksella seurauksen syntymättä jäämiseen. Tahallisuuden alinta astetta koske-vissa ratkaisuissa pitää ottaa huomioon seikat, jotka voivat puhua sellaisen luot-tamuksen puolesta (esim. huumekuriiritapaus). Tyypillistä onkin tahallisuusrat-kaisun hylkääminen sen takia, että ei ole otettu huomioon ja näkyvästi käsitelty ja poissuljettu sitä vaihtoehtoa, että tekijä oli luottanut -p. Usein korostetaan sitä, että tällaisen luottamuksen tulee olla vakavaa eikä vain heikkoa merkitäkseen tiedostettua tuottamusta.

edellytettävä tarkoitus- tai varmuustahallisuutta. Ks. esim. BGH 20.8.1953 (ekshibitionisti, aiempi StGB 176 §), BGH 21.4.1983 (kirjekuriiri, StGB 99 §), BGH 22.3.1994 (grilliauto, StGB 307 §), BGH 8.7.1999 (shekit, StGB 267 §).

Oikeuskäytännölle onkin ominaista tilanteen lähestyminen kahdelta suunnalta; tarkastellaan yhtäältä sitä, voidaanko sanoa tekijän hyväksyneen tunnusmerkkien toteutumisen, ja toisaalta sitä, onko mahdollista, että hän luotti -p.

Useista ratkaisuksista käy ilmi objektiivisen vaaran merkittävyys tahallisuuden kannalta. Toisaalta korostetaan myös tämän riittämättömyyttä ainoana indisiona. Vaatimus todellisesta mieltämisestä on vahva. Eräissä tapauksissa on myös sanottu, että tahallisuudelle/tahallisuusnäytölle on etenkin dolus eventualiksessa asetettava ankarat vaatimukset. Tämän perusteluksi on viitattu mm. tunnusmerkkien laajuuteen, kuten tapahtui § 266:n ("Untreue") osalta termiinkauppajutussa.

5.3.3 Surmaamistahallisuus oikeuskäytännössä

5.3.3.1 Yleistä

Surmaamistahallisuus nähdään sinänsä osaksi normaalia tahallisuutta. BGH muistuttaa usein henkirikostapaustenkin alussa siitä, että tahallisuuden alin aste on käsillä, kun tekijä pitää seurausta mahdollisena eikä aivan kaukaisena ja on hyväksynyt seurauksen tai ainakin tavoitteensa vuoksi mukautunut siihen. Surmaamistahallisuudessa on kuitenkin myös tiettyjä erityispiirteitä. Ne koskevat etenkin äärimmäisen vaarallisia väkivallantekoja. Sellaisissa on BGH:n mukaan lähellä katsoa, että tekijä on ottanut huomioon myös uhrin kuoleman mahdollisuuden ja on ryhtyessään tekoon tai jatkaessaan tekoa hyväksynyt seurauksen. Aina ei kuitenkaan tarvitse olla näin. Toisen tappaminen edellyttää korkean – vaarantamista ja vahingoittamista korkeamman – pidäkekynnyksen ylittämistä. Silloinkin, kun teko on yleisesti omiaan johtamaan kuolettaviin vammoihin, yksittäistapauksessa tekijä ei ehkä ole havainnut menettelynsä hengenvaarallisuutta tai on ainakin vakavasti eikä vain heikosti luottanut siihen, ettei seuraus synny. Tämän vuoksi tuomioistuimen on otettava näkyvästi huomioon ja käsiteltävä kaikki sellaiset seikat, jotka voivat puhua tahallisuuden alinta astetta vastaan. Sellaisia seikkoja voi sisältyä tekotapahtumaan ja tekijän persoonallisuuteen.

Kysymys herää tietysti siitä, milloin kyseessä on äärimmäisen vaarallinen väkivallanteko. Toisekseen voidaan kysyä, mitkä ovat (in concreto) sellaisia seikkoja, jotka in casu voivat herättää epäilyjä siitä, oliko tekijä havainnut menettelyn hengenvaarallisuutta tai oliko hän ehkä kuitenkin vakavasti luottanut siihen, ettei seuraus synny, tai mitkä seikat muuten voivat puhua surmaamistahallisuuden alinta astetta vastaan.

Olen löytänyt saksalaisesta oikeuskäytännöstä aikaväliltä 1952–1999 nelisenkymmentä BGH:n julkaistua ratkaisua, joissa surmaamistahallisuuden sisältöä on käsitelty. Oikeuskäytäntöä voidaan tarkastella monella tapaa, ja valittava tapa riippuu myös kiinnostavina pidetyistä kysymyksistä. Ratkaisuja voitaisiin käsi-

tellä esimerkiksi kronologisesti. Mitä enemmän ratkaisuja on, sitä epämielekkäämpi tällainen lähestymistapa luultavasti on. Sillä ei myöskään ole tässä tapauksessa tarjota merkittäviä etuja varsinkin, kun relevantteja muutoksia ei liene 1970-luvulla tapahtunutta pidäkekynnysopin esiintuloa lukuun ottamatta juuri tapahtunut. Tekotapakohtainen tarkastelu taas olisi sitä mielekkäämpää, mitä enemmän ratkaisuja olisi. Tätä vastaan puhuu mielestäni BGH:n rooli pikemminkin perusteluihin kuin lopputuloksiin huomiota kiinnittävänä tuomioistuimena. Olisi myös mahdollista perustaa tarkastelu sovellettavan tahallisuusmallin edellytyksiin, jolloin lähtökohtana olisi kognitiivisen ja volitiivisen elementin etsiminen ratkaisuista. Tahallisuuden kannalta relevantteja näkökohtia ei kuitenkaan ole ratkaisuissa riittävästi lokeroitu (vain) kognitiivisiin ja (vain) volitiivisiin.

Mainituista 42 ratkaisusta 6 on annettu ennen vuotta 1980. 42 ratkaisusta alempi oikeusaste on 34:ssa tuominnut tekijän tahallisesta henkirikoksesta, ja vain 8:ssa katsonut, että kuolemaan nähden kyseessä on vain tuottamus. Mainituista 42 ratkaisusta 10:ssä BGH on pysyttänyt alemman oikeusasteen tahallisuusratkaisun, ja peräti 32:ssa BGH ei ole sitä hyväksynyt. Muodostuu näin ollen neljä ryhmää: 1) alempi oikeusaste on katsonut surmaamistahallisuuden olleen käsillä, ja BGH on pysyttänyt tuomion: 7 tapausta, 2) alempi oikeusaste on katsonut surmaamistahallisuuden olleen käsillä, mutta BGH ei ole pysyttänyt tuomiota: 27 tapausta, 3) alempi oikeusaste on katsonut, ettei tahallisuus ulottunut kuolemaan, ja BGH on pysyttänyt tuomion: 3 tapausta, ja 4) alempi oikeusaste on katsonut, ettei tahallisuus ulottunut kuolemaan, mutta BGH ei ole pysyttänyt tuomiota: 5 tapausta.

Ottaen huomioon tämän jakauman ja BGH:n roolin käsitellään ratkaisuja seuraavassa tätä jaottelua hyödyntäen. Ryhmää 2) olen yrittänyt analysoida pidemmälle, koska siinä ratkaisuja on selvästi eniten.

5.3.3.2 Surmaamistahallisuuteen päätynyt tuomio on pysytetty

BGH U 17.9.1963 – kuristaminen. A kävi yläluokkalaisen B:n kimppuun voidakseen käyttää häntä seksuaalisesti hyväkseen, ja kuristi häntä, kunnes hän meni tajuttomaksi. Voidakseen pitää B:n puolustuskyvyttömänä ja voidakseen olla hänen kanssaan häiriöttä sukupuoliyhteydessä A laitto B:n kaulan ympärille nenäliinan, veti sen niin kireälle kuin pystyi ja solmi sen kahdella solmulla. A oli sukupuoliyhteydessä B:n kanssa, joka oli silmät auki tajuttomana ja hengitti kouristuksenomaisesti. Yhdynnän jälkeen A huomasi, ettei B enää hengittänyt. Hän pelästyi ja avasi solmut. B oli kuollut.

LG: murha ym. vankeutta elinkaudeksi. BGH 17.9.1963: LG oli viitaten ratkaisuun BGHSt 7, 363 oikein todennut, että tahallisuuden alimman asteen ratkaiseva tunnusmerkki – seurauksen hyväksyminen (Billigung des Erfolges) – on myös silloin käsillä, kun tekijä olisi mieluummin välttänyt seurauksen mutta –

kuten syytetty – tavoitteensa vuoksi kuitenkin mukautuu siihen, että hänen tekonsa johtaa sinänsä epätoivottuun seuraukseen. Tuomio pysytettiin.

Tapauksessa oli, kuten nahkahihnatapauksessakin, kyse kuristamisesta tai kuristumisesta. Kuten mainituissa tapauksessa, on menettely tässäkin johtanut kuolemaan. Tahallisuuden katsottiin molemmissa ulottuneen kuolemaan. Yhteistä mainituille tapauksille on niin ikään sen korostaminen, että seurauksen ei-toivotuus ei merkitse tahallisuuden poissulkeutumista. Tahallisuus on perusteltu hyväksymisen heikommalla versiolla eli sillä, että tekijä oli tavoitteensa saavuttaakseen mukautunut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymiseen. Oman tavoitteen saavuttamisen jälkeen tapahtunut vieraan oikeushyvän huomioon ottaminen (solmujen avaaminen) ei tässäkään johtanut tahallisuutta lievempään vastuuseen. Myös myöhemmissä kuolemaan johtaneissa kuristamistilanteissa, joissa kuristamiseen ei näytä liittyneen lyhytaikaisuutta tms. erityispiirteitä, tahallisuuden on katsottu ulottuneen kuolemaan.²³¹

BGH U 9.2.1968 – pakotapaus. Ajo-oikeutta vailla oleva A aiheutti talvella 1967 liikenneonnettomuuden. Hän halusi kaikissa olosuhteissa päästä pakoon, ettei häntä tunnistettaisi. Jonkin ajan kuluttua hän huomasi kahden poliisiauton seuraavan itseään. A ajoi villisti jopa 100 km/h kaupungin läpi. Hän huomasi kuitenkin, että hänen autonsa oli poliisiautoja hitaampi. Nyt hän päätti pakottaa poliisit lopettamaan seuraamisen ajamalla poliisiautot pois tieltä, vahingoittamalla niitä ja saattamalla ne ajokunnottomiksi. Tämä vaikutti hänestä mahdolliselta, sillä hänen Mercedes-autonsa oli raskaampi kuin poliisiautot. Noin 100 km/h nopeudella A ohjasi auton ohitusta yrittävään poliisiautoon kiinni, jolloin tämä joutui jättäytymään jälkeen. Toinen poliisiauto oli tällä välin päässyt A:n auton ohi ja yritti pakottaa A:ta pysähtymään, mutta A pääsi poliisiauton ohi autojen osuessa tuolloin toisiinsa. Tämän jälkeen toinen poliisiautoista oli jälleen A:n rinnalla ajettaessa täyttä vauhtia, ja A ohjasi jälleen kohti poliisiautoa siten, että autot törmäsivät sivusuunnassa. Poliisiauto joutui pois tieltä mutta sen kuljettaja sai sen suurella vaivalla pysähtymään. A:n auto törmäsi ensin aitaan ja sitten sivuttain toiseen poliisiautoon. Karkumatka päättyi.

LG: viisi murhan yritystä (autoissa olleisiin poliisimiehiin nähden) ym. BGH 9.2.1968: Tahallisuutta ei ole vielä se, että pitää seurausta mahdollisena ja suhtautuu seuraukseen välinpitämättömästi. Ratkaisevaa ei varsinkaan ole se, miten tekijä yleisesti suhtautuu tuollaiseen vahinkoseuraukseen, onko sellainen hänelle yleisesti ”samantekevä” vai ei. Tahallisuus ei olisi käsillä esimerkiksi tilanteessa, jossa joku ajaa kovaa vauhtia kaupungin läpi, havaiten tämän voivan johtaa jonkun kuolemaan kolaritilanteessa ja suhtautuen tähän sinänsä välinpitämättömästi, jos hän uskoo, että toisen ajoneuvon kuljettaja pystyy pysäyttämään tai väistämään. Tahallisuuden alin aste on käsillä, kun tekijä pitää seurausta mahdollise-

²³¹ Ks. BGH 28.7.1983 – varkaan yllättäminen ja BGH 9.3.1993 – kuristaminen II. Molemmissa taustalla on ollut anastusrikos. Ratkaisut koskevat ennen kaikkea surmaamistahallisuuden ja murhan tarkoitustunnusmerkien suhteita.

na ja on siihen nähden yhteisymmärryksessä (einverstanden). Tätä yhteisymmärrystä ei estä se, että seuraus on tekijälle epätoivottu. On olemassa kokemussääntö, jonka mukaan taitavimmatkin kuljettajat voivat suurella nopeudella tapahtuvassa sivuttaistörmäyksessä menettää auton hallinnan ja joutua kuolemaan joutavaan onnettomuuteen. Jos vastaaja on mieltänyt tavoittelemastaan törmäyksestä seuraavan läheisen (naheliegend) hengenvaaran, hän ei ole voinut uskoa siihen, ettei kuolema seuraa. Hän on tosin voinut toivoa, ettei vakavaa onnettomuutta tapahdu, mutta tämä ei estä tahallisuuden alimman asteen toteutumista. Hän halusi kaikissa oloissa päästä poliisia pakoon, eikä ole tässä pelännyt itsensäkaan vaarantamista, joskin hänellä on tietensä ollut poliisiautoja vahvempi ja kestävämpi auto. Tekijä on hyväksynyt poliisimiesten kuoleman tavoitteensa saavuttaakseen, vaikka tämä on ollut hänelle epätoivottua. Tilanne on tältä osin samanlainen kuin mm. nahkahihnataapauksessa.

Sovellettavan tahallisuusmallin tasolla ratkaisu edustaa BGH:n normaalia tahallisuuskäsitystä. Törkeän vaarallinen ajo ei vielä sellaisenaan, toisin kuin positiivisen tahtoteorian kriitikot joskus katsovat, merkitse surmaamistahallisuutta. Yleisen tason välinpitämättömyys ei toteuta volitiivisen elementin vaatimuksia. Keskeistä on, onko tekijä luottanut (voinut luottaa) siihen, ettei seuraus synny. Ratkaisussa operoidaan tahallisuutta perustavaan suuntaan menettelyn vaarallisuutta koskevalla yleisellä kokemussäännöllä.²³²

BGH U 16.7.1980 – kirveenheitto. A ei ollut noudattanut oikeuden kutsua saapua kuultavaksi, ja hänet määrättiin noudettavaksi. Viiden aikaan aamulla kaksi poliisimiestä saapui hakemaan A:ta, koputti oveen ja ikkunaan sekä yritti avata ovea. A luuli, että kyseessä olivat murtovarkaat ja vei eteiseen kaksi kirvestä puolustautuakseen tarpeen tullen niillä. Poliisit menivät pois. Kello 7.15 poliisimiehet G ja H yrittivät noutoa uudestaan. A:n asunnon ovesta oli kolme ikkunaa rosoisesta lasista, joiden läpi saattoi sisältä nähdä ainakin ihmisen hahmon. H yritti avata ovea voimakeinoin. Tällöin A, joka havaitsi, että oven takana oli poliisimies, raivostui ja pauskasi kirveen 4-5 metrin päästä kohti ovea. Kirves osui pään/kaulan korkeudelle ikkunaan ja ikkunapienaan ja putosi H:n viereen. H sai lieviä vammoja käteensä sirpaleista.

LG: tapon yritys ym. BGH 16.7.1980: Dolus eventualis edellyttää vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan, että tekijä on pitänyt seurausta mahdollisena eikä aivan kaukaisena ja hyväksynyt sen. On lähellä olettaa, että tekijä hyväksyy seurauksen, kun hän toteuttaa teon huolimatta sen äärimmäisestä vaarallisuudesta, voimatta luottaa onnelliseen lopputulokseen ja jättäessään sattuman varaan, toteutuuko hänen havaitsemansa vaara vai ei. Siitä, että tekijä on voimalla heit-

²³² Ks. myös *Ross 1979* s. 106–108, jossa ratkaisu nähdään esimerkkinä welzeliläisellä mallilla ja todennäköisyystahallisuudella operoinnista. *Eser – Burkhardt 1992* s. 85 katsovat ratkaisun ilmentävän, ettei pelkkä välinpitämättömyys tunnusmerkistön toteutumisesta riitä volitiivisen momentin kannalta; vrt. BGH 19.7.1994 – olutpullo ja BGH 3.5.1995 – raiskaus.

tänyt 4–5 metrin etäisyydeltä kirveen kohti ovea, jonka takana hän havaitsi seisovan poliisimiehen ja huomioon ottaen tekijän henkiset kyvyt oli oikeudellisesti luvallista päätellä dolus eventualiksien edellytysten toteutuneen. Tätä ei muuta se, että uhrin edessä oli ovi, sillä sen lasiruudut eivät muodostaneet sanottavaa suojaa, eivätkä tarjonneet tekijälle perusteltua syytä luottaa onnelliseen lopputulokseen. Tekijä oli syylistynyt tapon yritykseen.

Tapauksessa tulee esiin volitiivisen elementin ja tiedostetun tuottamuksen vahva, ellei suorastaan komplementaarinen luonne. On lähellä olettaa, että tekijä on hyväksynyt seurauksen (volitiivinen elementti), kun hän ei ole voinut luottaa seurauksen jäävän syntymättä (tiedostetun tuottamuksen puuttuminen). Kun seuraus jätetään sattuman varaan, ei sen jäämiseen syntymättä ole voitu luottaa. Keskustella voidaan siitä, kuinka paljon volitiivisuutta luottamus -p tahallisuuden keskeisenä kriteerinä loppujen lopuksi sisältää.

BGH U 29.3.1988 – tappajakeppi. Karaten taitaja A oli alkoholin vaikutuksen alaisena ja perusteettomasti mustasukkaisena puolen tunnin ajan massiivisesti pahoinpidellyt tyttöystävänsä B:tä, joka pahoinpitelyn aikana menetti tajuntansa. A löi B:tä nyrkein ja teräskeppi ”Tappajalla” sekä potki eri puolille. Noin 50 teräskepin lyönnistä noin 12 oli osunut pään ja niskan alueelle. Menettelyn seurauksena oli mm. sisäisiä verenvuotoja, mm. munuaisissa, kylkiluiden ja kilpirauhasruston murtuma ja nyrkinkokoinen raunioitunut alue maksassa. B kuoli lähes välittömästi pahoinpitelyn jälkeen.

LG: tappo 11 vuotta vankeutta. BGH 29.3.1988: LG:n perustelut olivat oikeudellisesti hyväksyttävät. Niiden mukaan A, etenkin karaten taitajana, oli ymmärtänyt menettelynsä hengenvaarallisuuden ja hän oli, ”raivossaan, mustasukkaisuudessaan, alkoholin vaikutuksen alaisuudessaan ja pyrkiessään saamaan selville luulottelemansa kilpailijan nimen, hyväksynyt (in Kauf genommen und gebilligt) seurauksen”. Tekijällä oli taipumusta perusteettomaan mustasukkaisuuteen, jolloin kuvitelmat alkoivat työntää todellisuutta syrjään. Ei voitukaan pitää varmana, että tekijä olisi tekohetkellä täysin ymmärtänyt tekonsa motiiveja ja sitä, että hänen menettelynsä oli murhatunnusmerkistön mielessä raakaa. Näillä seikoilla ei kuitenkaan ole tekemistä surmaamistahallisuuden kanssa vaan niistä seuraa, etteivät tarkastellut murhan kvalifointiperusteet (alhaiset vaikutukset ja raakuus) toteutuneet subjektiivisesti.

Raivo ja alkoholin vaikutuksen alaisuus ovat usein olosuhteita, joiden BGH katsoo voivan merkitä sitä, että tekijä ei ehkä ymmärtänyt seurauksen mahdollisuutta tai hän ainakin luotti siihen, ettei se syntyisi. Tahallisuuden alinta astetta vastaan voi puhua myös sellainen tekijän tavoite, joka ei ole hyvin yhteensopiva uhrin tappamisen kanssa, kuten jonkin tiedon saanti uhrilta. Nyt brutaali pahoinpiteleminen, jonka aikana uhri oli mennyt tajuttomaksi, oli kuitenkin kestänyt puolen tunnin ajan. Kyse ei siten ollut lyhyestä silmittömän raivon ja harkitsemattomuuden hetkestä, kuten toisinaan esimerkiksi puukkojutuissa. Lisäksi A:lla

katsottiin karaten taitajana olevan normaalia paremmat tiedot väkivallan vaarallisuudesta. Tahallisuus ei ollut ulottunut mm. raakuuteen. Kyse voisi olla siitä, että tekijä oli tosin havainnut, mitä hän tekee, mutta ei ollut tehnyt sellaista sosiaalista arvotusta, että hänen menettelynsä on raakaa (oppi maallikon paralleeli-arvotuksesta).

5.3.3.3 BGH pysyttänyt tuomion, jossa ei päädytty surmaamistahallisuuteen

Seuraavissa kolmessa ratkaisussa BGH on pitänyt virheettömänä tuomiota, jossa on katsottu, ettei tahallisuus ulottunut kuolemaan. Varsinkin ensimmäinen ilmentää hyvin jutun ratkaiseen alemman oikeusasteen ja BGH:n välistä roolijakoa.

BGH U 3.7.1986 – lapsi (potkiminen). 20-vuotias mies A vihastui 3 kuukautta vanhan, vilustuneena kuumessa olevan lapsensa B:n huutoon ja heitti tämän sohvalle, josta lapsi putosi lattialle. Huuto vain yltyi, ja A potkaisi voimalla paljasjaloin B:tä ainakin kaksi kertaa. B sai kylkiluiden murtumia ja kallonmurtuman, mutta oli ulkoisesti vahingoittumattoman näköinen. Muutaman tunnin kulluttua A toimitti hengitysvaikeuksista kärsivän B:n, jolle A oli yrittänyt antaa teko hengitystä, sairaalaan ilmoittaen hengitysvaikeuksien syyksi kumeisen vilustumisen. B menehtyi kohta huolimatta intensiivisistä hoitotoimista.

LG: kuolemaan johtanut pahoinpitely 5 vuotta (nuorisorangaistusta). BGH 3.7.1986: Ei ole sellaista yleistä kokemussääntöä, jonka mukaan tekijä, joka potkaisee monta kertaa voimakkaasti kolmekuukautista vauvaa, joista kerran päähän, välttämättä ottaa huomioon kuoleman mahdollisuuden ja vähintäänkin hyväksyy kuoleman. LG:n ratkaisua, jonka mukaan ei ollut selvitetty, että tekijä piti kuolemaa tekonsa mahdollisena seurauksena, ei voida revisio-oikeudellisesti pitää virheellisenä. LG:llä on vapaus päätyä tietyistä tosiasioista tiettyihin lopputuloksiin, vaikka ne eivät olisi välttämättömiä. Yhtä vähän voidaan vaatia, että sen on tietyillä edellytyksillä päädyttävä tiettyyn käsitykseen. Se, että LG on katsonut, että tekijän poikansa huutamisesta seurannut tunteenpurkaus (viha, raivo) oli teko hetkellä niin voimakas, ettei hän ollut kyennyt järkevään ajatteluun ja käsityksiin, on LG:n arvotus, josta se vastaa, ja joka revisio-oikeuden täytyy hyväksyä.²³³

BGH U 8.3.1988 – lyhyt kuristaminen I. A puristi vaimoaan B:tä kurkusta 20 sekunnin ajan, jolloin tämä meni tajuttomaksi ja lyyhistyi lattialle. Tämän jälkeen A löi edelleen tajuttoman B:n päätä kahdesti voimakkaasti kaakelilattiaan. Välittömästi tapahtuman jälkeen A oli sanonut poliisille: ”Ottakaa minut kiinni, halusin tappaa vaimoni.”

²³³ Monet ovat pitäneet tahallisuusratkaisua tässä jutussa hyvin tekijäystävällisenä. Huomioon on kuitenkin otettava mainittu tuomioistuinten roolijako, minkä BGH:kin melko selvästi tuo perusteissaan esiin; ks. myös *Mühlbauer 1999* s. 154–156.

LG: vaarallinen pahoinpitely 2 vuotta 6 kuukautta. BGH 8.3.1988: Teon kummassakin vaiheessa oli kyse äärimmäisen vaarallisesta väkivallasta. LG oli kuitenkin katsonut, että huomioon ottaen A:n tekopäätöksen spontaanisuuden ja tavoitteen antaa B:lle ”ajateltavaa” sekä A:n erityisen persoonallisuusrakenteen ja tekohtekisen sieluntilan, A ei ollut lainkaan ajatellut tekonsa seurauksia eikä halunnut B:n kuolemaa tai hyväksynyt sellaista mahdollisuutta. LG:n surmaamistahallisuuden hylkäävä ratkaisu oli oikeudellisesti hyväksyttävä.

Edellä oli jo esillä johtava saksalainen HIV-prejudikaatti (BGH 4.11.1988 – HIV I).

5.3.3.4 BGH ei pysyttänyt syyksilukevaa ratkaisua

Noin 2/3:ssa julkaistuista saksalaisista dolus eventualis -surmaamistahallisuustapauksista alempi oikeusaste on tuominnut tekijän tahallisesta henkirikoksesta tai sellaisen yrityksestä, mutta BGH ei ole pysyttänyt ratkaisua. Tahallisuuserustelujen ei ole katsottu ”kantavan” surmaamiseen saakka. Yleensä kyse on siitä, että LG:n perustelut ovat olleet puutteelliset. Se ei ole näkyvästi tarkastellut ja poissulkenut sitä mahdollisuutta, että tekijä ei ollut ymmärtänyt tekonsa voivan johtaa kuolemaan (kognitiivinen elementti) tai että hän oli kuitenkin luottanut siihen, että seuraus ei synny (volitiivinen elementti). Syitä näihin mahdollisuuksiin voi olla erilaisia. Niitä voi samassa ratkaisussa olla yksi tai useampia.

BGH:n ratkaisu, jossa LG:n tuomiota ei pysytetä, ei merkitse suoraa kannanottoa jutun tosiseikastoon. Tällaisesta ratkaisusta ei voidakaan päätellä, että tahallisuus ei ole käsillä tällaisessa tyyppitilanteessa tai edes tässä tilanteessa. Juttu voidaan palauttaa ja alempi oikeusaste voi päättyä samaan lopputulokseen kuin ennenkin – tällä kertaa moitteettomin perustein. Tämä vaikuttaa tapaani kertoa noista ratkaisuista. Tapausten esittelyn sijaan yritän seuraavassa lähteä niistä syistä, jotka ovat johtaneet siihen, ettei ratkaisua hyväksytty. Tämäkään lähestymistapa ei ole ongelmaton. Tapauksia ei aina voida sijoittaa yhden yksittäisen perusteen alle. Tapaukseen voi liittyä useita seikkoja, joiden käsittelyn puuttumista BGH on pitänyt pulmallisena.

Olen yrittänyt niputtaa konkreettisia seikkoja ryhmiksi. Tällaisia ryhmiä ovat 1) teoreettiset syyt, 2) yleiset näytölliset näkökohdat, 3) tekoilanteeseen liittyvät seikat, 4) tekijän psyykeen liittyvät seikat ja 5) tekijän suhtautumiseen liittyvät syyt.

1. Teoreettiset syyt

Useissa tapauksissa BGH on painottanut sitä, että jo lainsäätäjä on erottanut vaara- ja seuraustahallisuuden. Tunnusmerkistötasolla lausuma viittaa etenkin tappoon ja vaarallisen pahoinpitelyn tunnusmerkkiin ”hengenvaarallisen käsittelyn kautta”. Osin tämä on myös vastaamista niihin doktriinin kriittisiin puheen-

vuoroihin, jotka katsovat, että ero tahallisuuden alimman asteen ja vaaratahallisuuden välillä on veteen piirretty viiva. BGH ei myöskään hyväksy perusteluja, jotka sisältävät vain seurauksen pitämisen mahdollisena, viitaten siihen, että tämä edellytys on yhteistä sekä tiedostetulle tuottamukselle että dolus eventualikselle. Vain mahdollisena pitämisen varaan rakentuvat perustelut kelpaavat vasta tiedostetun tuottamuksen perustelemiseen. Tuomitseminen tahallisesta rikoksesta edellyttää, että myös volitiivinen elementti toteutuu. Tähän riittänee se, että poissuljetaan se mahdollisuus, että tekijä oli luottanut siihen, ettei seuraus synny, eli suljetaan pois tiedostetun tuottamuksen mahdollisuus.

Edes tahallisuuden kognitiivisen elementin toteutuminen ei ole äärimmäisen vaarallisissakaan teoissa mikään itsestään selvä asia. Periaatteessa mikä tahansa mahdollisena pitäminen ei ensinnäkään edes teoriassa ole riittävää. Tähän viitataan usein normipremississä toteamalla, että tiedostettu mahdollisuus ei saa olla kaukainen (fernliegend). Tietynlaisen intensiteetin puolesta vaadittavassa vaaramieltämisessä puhuu myös se yleinen ilmaisu, että tekijän on täytynyt ottaa tunnusmerkistön toteutumisen mahdollisuus huomioon (mit rechnen). Myös tämä viittaa mielestäni siihen, että kognitiivinen puoli edellyttää, että tekijä on pitänyt vaaraa ainakin jossain määrin merkittävänä.

Teoreettiseksi painotukseksi luen kognitiivisella puolella myös sen BGH:n usein toistaman näkökohdan, että tekijä voi tuntea kaikki hengenvaarallisuuden perustavat olosuhteet, vaikka ei olisikaan havainnut tekoaan hengenvaaralliseksi. Tämä liittyy StGB 223a §:n vaaratahallisuuden ja surmaamistahallisuuden väliseen eroon. Menettelyn hengenvaarallisuuden perustavien seikkojen tunteminen perustaa BGH:n mukaan tahallisuuden suhteessa tunnusmerkkiin ”hengenvaarallisen käsittelyn kautta”. Surmaamistahallisuuden kognitiivinen puoli edellyttää siis lisäksi, että tekijä tekee tuntemistaan seikoista sen johtopäätöksen, että tämä hänen konkreettinen menettelynsä voi johtaa hengenmenoon. Tätä ilmentää hyvin selvästi seuraava vasaratapaus.

BGH B 21.10.1986 – vasara. A:lla oli liikeasioita koskeva välienselvittely liikekumppaninsa B:n kanssa. A pelkäsi, että B haluaa tuhota ja tulee tuhoamaan hänet taloudellisesti. Kuunteleminen tuli hänelle yhä sietämättömämmäksi. A löi B:tä nyrkillä, otti sen jälkeen kaapin päältä vasaran ja löi sillä 23 kertaa B:tä päähän, niskaan ja kaulaan saadakseen B:n hiljenemään ja ”päästääkseen höyryä pihalle”.

LG: tappo 3 vuotta 6 kuukautta vankeutta. BGH 21.10.1986: Äärimmäisen vaarallisten väkivallanteekojen kuten päähän suuntautuvien vasaraniskujen tilanteessa on lähellä olettaa, että tekijä otti kuoleman mahdollisuuden huomioon ja hyväksyi seurauksen. Tämä ei kuitenkaan ole itsestään selvää, mitä ilmentää jo lainsäätäjän erottelu hengenvaarallisen käsittelyn kautta tapahtuvan pahoinpiteilyn (StGB 223a §) ja dolus eventualis -tappamisen välillä. On aivan mahdollista,

että henkilö tunsi kaikki seikat, jotka tekivät hänen toiminnastaan hengenvaarallisen käsittelyn, vaikkei hän kuitenkaan, vaikkapa hermostollisen ylläsurinuksen aikaansaamasta kontrolloimattomasta tunteenpurkauksesta johtuen, ymmärtänyt menettelynsä voivan johtaa toisen kuolemaan. Tuomiota ei pysytetty.

Voitaisiin ajatella, että kognitiivisen elementin osalta hyväksyttäisiin tekijän latentti tieto tahallisuutta perustavaksi tai ainakin tahallisuuden puolesta puhuvaan suuntaan konkreettisia havaintoja täydentäväksi. Myöskään tätä BGH ei näytä hyväksyvän: tekijän tieto siitä, että kyseinen tekotyyppi on (yleisesti ottaen) hengenvaarallinen, ei vielä merkitse sitä, että hän olisi havainnut tekonsa konkreettisesti tekotilanteesta hengenvaaralliseksi. BGH:n suhtautuminen on johdonmukaista huomioon ottaen sen edellä selostetun käsityksen vaaratahallisuuden ja surmaamistahallisuuden kognitiivisen puolen erosta.

BGH B 19.7.1994 – olutpullo. K:n ravintolassa oleskelleella A:lla ei ollut rahaa maksaa sakkoaan. Hän päätti hankkia rahaa heti. A seurasi 69-vuotiaasta K:ta keittiöön tyhjä olutpullo kädessään. K:n kääntyessä A löi häntä täydellä voimalla kahdesti kasvoihin olutpullolla. Tämän jälkeen hän löi K:ta täydellä voimalla useita kertoja nyrkillä kasvoihin. A anasti 640 DM ja jätti K:n makaamaan verisään. K sai mm. kasvoluiden murtumia mutta hänen aivonsa eivät vahingoittuneet eikä hän ollut objektiivisesti akuutissa hengenvaarassa. K, joka tekohetkellä oli 1,96 promillen humalassa, kertoi tietävänsä, että olutpullolla voi tappaa ihmisen, ja että hänelle oli tuohon aikaan kaikki ollut samantekevää.

LG: murhan yritys ym. 7 vuotta vankeutta. BGH 19.7.1994: Syyksilukemisarviossa on otettava huomioon kaikki tahallisuutta vastaan mahdollisesti puhuvat seikat. A:n lausuma olutpullosta koski sen yleistä vaarallisuutta käytettäessä sitä tekovälineenä pään alueelle; siitä ei seuraa, että hän olisi tekotilanteesta ottanut K:n kuoleman huomioon menettelynsä mahdollisena seurauksena. Se, että kaikki oli A:lle tuohon aikaan samantekevää, sopi puolestaan yhteen myös sellaisen oletuksen kanssa, ettei A ollut lainkaan ajatellut tekonsa seurauksia. LG:n tuomiota ei pysytetty.

Myös volitiivinen elementti on tuotu ratkaisussa esiin. Jos kognitiivinen puoli on jäänyt riidattomasti näyttämättä, ei synny kysymystä volitiivisesta elementistä. Moitittavallakaan volitiivisella suhtautumisella ei voida kompensoida kognitiivisella puolella olevia puutteita tai siihen kohdistuvia näytöllisiä epävarmuusmomentteja²³⁴. Muun muassa tästä on ollut kyse myös seuraavassa raiskaustapauksessa.

BGH B 3.5.1995 – raiskaus. A kävi 80-vuotiaan S:n kimppuun yöllä tämän asunnossa, ensisijaisesti käyttääkseen tätä seksuaalisesti hyväkseen ja ottaakseen tältä lisäksi rahaa. A kietoi S:n kasvojen ympärille 5 cm leveää teippiä siten, että silmät

²³⁴ Vrt. *Caldwell-recklessness*.

ja osin sieraimet jäivät näkyviin. Lisäksi A sitoi S:n kädet. A otti rahalippaasta 150 DM rahaa. A laittoi S:n pään yli puuvillaisen tyynyliinan ja raiskasi tämän. Sen jälkeen hän laittoi S:n, joka yritti huutaa ja liikuttaa jalkojaan, päälle peiton. A:lla ei ollut mielikuvaa siitä, miten S vapautuisi avuttomasta tilastaan; S:n kohtalo oli A:lle samantekevä. A poistui huoneistosta. S tukehtui. Muutamaa päivää myöhemmin A sai naisystävältään kuulla, että poliisi oli ollut tämän luona ja ker-tonut, että eräs nainen oli kuollut. A hermostui ja epäili, oliko S tosiaankin kuol-lut. Hän etsi lehdistä tietoa siitä, oliko eräs toinenkin nainen, jonka kimppuun hän oli käynyt, kuollut.

LG: murha. BGH 3.5.1995: Kyseessä oli äärimmäisen vaarallinen väkivallan-teko. Sitä vastaan, että A olisi ottanut huomioon S:n kuoleman mahdollisuuden, saattoivat puhua useat seikat. Hän ei ollut peittänyt sieraimia kokonaan, joten S:n hengitys oli vaikeutunut, muttei estynyt. S oli huutanut ja yrittänyt huutaa ja liikuttanut jalkojaan, mitä elonmerkkejä A oli havainnut vielä välittömästi ennen lähtöään asunnosta. Hän oli jälkikäteen myös epäillyt, oliko S, joka hänen lähties-sään asunnosta oli vielä ollut elossa, tosiaankin kuollut. Välinpitämättömyys si-ten, että kaikki, mitä uhrille tapahtuu, siis myös tämän kuolema, sopii tekijälle, voi merkitä tahallisuuden alimman asteen edellyttämää hyväksymistä. Tämä edellyttää kuitenkin sitä, että tekijä on ottanut uhrinsa kuoleman mahdollisuuden huomioon. Jos näin ei ole, sulkeutuu kuoleman hyväksyminen jo siitä syystä pois, että kukaan ei voi mukautua sellaiseen tapahtumaan, jonka syntymistä hän ei ole ottanut ajatuksissaan huomioon. Tekijän yleinen välinpitämättömyys uhrin kohtalosta, hänen elämästään tai kuolemastaan, ei sellaisessa tapauksessa mer-kitse hyväksymistä. Tuomiota ei pysytetty.

2. Yleisiä näytöllisiä näkökohtia

Tahallisuuskysymyksiin liittyy tavallista suurempia näyttöongelmia. Tahalli-suusväitteen todentavaa luotettavaa selvitystä on tiukasti ottaen usein lähes mah-dotonta saavuttaa. Tähän liittyy myös se, että tahallisuuskysymyksissä voi olla vaikea erottaa toisistaan oikeustosisieikkoja ja todistustosisieikkoja. Tahallisuu-den alimman asteen kuvaamiseksi tarjottuja indisiomalleja onkin saatettu kriti-soida tästä: mitä indisiot indisoivat? Myös BGH:n ratkaisuihin eri näkökohdat kietoutuvat toisiinsa, ja näytöllisten näkökohtien erottaminen ei-näytöllisistä voi tuntua vaikealta. Tässä yritän tuoda esiin eräitä yleisiä näytöllisiä seikkoja, joi-hin BGH on tuomioissaan viitannut. Nämä seikat liittyvät etenkin kokemussään-töihin ja motiivitaustaan.

On tunnettua, että tahallisuusnäytössä operoidaan mielellään erilaisilla koke-mussäännöillä. Tuntuu vähemmän pahalta tuomita tahallisesta teosta, kun selvi-tystä tekijän mieltämisistä ja tahtomisista ei varsinaisesti ole, jos tuomiota voi-daan tukea edes kokemussäännöllä. Kokemussäännön soveltuminen nostaa sitä todennäköisyyttä, että on päädytty oikeaan langettavaan tuomioon. Itse asiassa koko BGH:n pidäkekynnysopin voidaan sanoa melko olennaisesti rakentuvan

kokemussääntöjen varaan. Sellaisena voitaneen pitää tarkasteltavan teon ”äärimmäistä vaarallisuutta” eli pidäkekynnysopin mukaisten tahallisuusratkaisujen ensivaihetta. Kokemussääntöä hyödynnettiin langettavaan suuntaan edellä tarkastellussa pakotapauksessa. Nyt on kuitenkin kyse ratkaisuista, joissa ei ole päädytty syyksilukemaan kuolemaa tahallisenä. Seuraavista pysähtymiskäskypauksista edellinen, vuodelta 1975 oleva on nähdäkseni ensimmäinen julkaistu ratkaisu, jossa on operoitu surmaamistahallisuuden vaara- (ja vahingoittamis-) tahallisuutta suuremmalla pidäkekynnyksellä.

BGH B 27.11.1975 – pysähtymiskäsky I. A ajoi varastetulla kuorma-autolla kohti tiesulkua, joka muodostui poliisin pakettiautosta. Pakettiauton vieressä seissyt poliisimies B antoi käsimerkein A:lle pysähtymiskäskyn. A halusi jatkaa pakoaan ja ajoi kohti B:tä, joka hyppäsi pois alta.

LG: murhan yritys ym. BGH 27.11.1975: On tosin olemassa tapauksia, joissa tekijän ulkoinen käyttäytyminen viittaa niin vahvasti surmaamistahallisuuteen, että lisäperustelut vaikuttavat turhilta. Tämä ei kuitenkaan päde tähän tapaukseen. Kokemus osoittaa, että tilanteissa, joissa kuljettaja murtaa poliisisulun, uhatun virkamiehen onnistuu useimmiten saattaa itsensä oikea-aikaisesti pois vaarasta. Tekijät ottavat huomioon sellaisen reaktion ja hyväksyvät tavoitteensa vuoksi poliisimiehen vaarantumisen, mutta eivät hänen kuolemaansa; surmaamistahallisuuden edessä on nimittäin paljon suurempi pidäkekynnys kuin vaarantamistahallisuuden. Sen vuoksi surmaamistahallisuuden alin aste edellyttää tämäntyyppisissä tilanteissa yksityiskohtaisempia perusteluja kuin mitä LG oli esittänyt. Tuomiota ei pysytetty.

BGH B 18.6.1982 – pysähtymiskäsky II. A oli noin 100 metrin etäisyydeltä havainnut, että hänen tulee pysähtyä. Hän oli kuitenkin ajanut nopeutta vähentämättä vähintään 70 km/h nopeudella kohti ajoradalla seisovaa poliisimies B:tä. Auton ollessa noin 20 metrin päässä B oli hypännyt pois alta A:n jatkaessa matkaa suuntaa muuttamatta.

LG: murhan yritys ym. BGH 18.6.1982: Äärimmäisen vaarallisten väkivalanteiden osalta on lähellä katsoa, että tekijä oli ottanut huomioon myös kuoleman mahdollisuuden ja oli, jatkaessaan toimintaansa, hyväksynyt kuoleman. Näin ei tarvitse kuitenkaan aina olla. Kokemus osoittaa, että tilanteissa, joissa kuljettaja murtaa poliisisulun, vaarannetun poliisimiehen onnistuu, kuten tässäkin, saattaa itsensä pois vaarasta, ja tekijät lähtevät yleisesti ottaen tästä (mit rechnen). Vaikka he haluaisivat hinnalla millä hyvänsä välttää kiinni joutumisen, hyväksyvät he tämän tavoitteen vuoksi tosin poliisimiehen vaarantumisen, eivät kuitenkaan yleisesti ottaen hänen kuolemaansa. Surmaamistahallisuus edellyttää nimittäin paljon suuremman pidäkekynnyksen ylittämistä kuin vaarantamistahallisuus. Siitä, että A ei voinut olla varma siitä, että poliisimies hyppää sivuun,

ei seuraa etteikö hän kuitenkin olisi lähtenyt siitä mahdollisuudesta, että näin tulee tapahtumaan. Ratkaisu kumottiin.²³⁵

Jaksossa 3.3 esillä olleessa ratkaisussa BGH 3.7.1986 – lapsi (potkiminen) 20-vuotias mies A vihastui 3 kuukautta vanhan, vilustuneena kuumeessa olevan lapsensa B:n huutoon ja mm. potkaisi voimalla paljasjaloin B:tä ainakin kaksi kertaa. B menehtyi. LG tuomitsi A:n kuolemaan johtaneesta pahoinpitelystä. BGH totesi ratkaisussaan 3.7.1986 mm, ettei sellaista yleistä kokemussääntöä ole, jonka mukaan tekijä, joka potkaisee monta kertaa voimakkaasti kolmekuukautista vauvaa, joista kerran päähän, välttämättä ottaa huomioon kuoleman mahdollisuuden ja vähintäänkin hyväksyy kuoleman.²³⁶

Motiivitaustaan liittyvistä yleisistä näytöllisistä näkökohdista mainittakoon ensin se, että BGH korostaa velvollisuutta erityisen huolelliseen tahallisuusharkintaan tilanteissa, joissa ei ole havaittavissa syytä niin vakavaan tekoon kuin toisen tappamiseen. Kyse ei ole siitä, että pitäisi edellyttää surmaamisen olleen tekijän tavoitteena – silloinhan oltaisiin jo tarkoitustahallisuudessa. Näkökohta tulee esiin mm. seuraavassa BGH:n ratkaisussa.

BGH B 26.10.1990 – seivästapaus. Varhaislapsuuden eksogeenisestä psykosyndroomasta kärsinyt A oli kiihtyneenä lyönyt 2,09 promillen humalassa B:tä erittäin lujaa seipäällä.

LG: tapon yritys. BGH 26.10.1990: A:n valituksen mukaan LG oli lähtenyt normaalista havaintokyvystä tarkastelematta kysymystä A:n psyykkisen tilan näkökulmasta. Edelleen B oli A:lle periaatteessa arvostettu ikätoveri, eikä A:lla ollut ymmärrettävissä olevaa syytä niin vakavaan tekoon kuin toisen tappamiseen, mitä näkökohtia ei ollut tarkasteltu volitiivisen momentin arvioinnissa. BGH yhtyi näihin käsityksiin. Tuomiota ei pysytetty.²³⁷

Jutussa voi olla selvitetty sellainen seikka, joka on ristiriidassa dolus eventualiksen edellytysten kanssa. Tällainen seikka voi olla tietynlainen motiivi. Varsinkin ratkaisuissa, joissa tekijä on halunnut antaa uhrille ”ajateltavaa” (Denkzettel-fälle), voisi dolus eventualis olla ristiriidassa tavoitteen kanssa tai ainakin

²³⁵ Samantyyppisessä tapauksessa BGH 21.10.1982 – pysähtymiskäskey III A oli pysäyttänyt varas-tamansa BMW:n. Poliisi-Golf ajoi BMW:n lähelle siten, ettei A:lle jäänyt esteetöntä poistumistietä. A painoi kaasun pohjaan, jolloin BMW törmäsi Golfiin, joka siirtyi siten, että A:lla oli nyt riittävästi tilaa ajaa pois. Välttömästi BMW:n edessä seisoj poliisimies B. A painoi uudestaan kaasun pohjaan, jolloin B hyppäsi sivuun BMW:n osuessa kuitenkin häntä jalkaan. LG tuomitsi A:n murhan yrityksestä ym. 5 vuodeksi vankeuteen. BGH, viitaten mm. ratkaisun 18.6.1982 argumentaatioon, ei hyväksynyt tahallisuuserusteluja.

²³⁶ Kokemussäännöistä jutussa, jossa BGH ei hyväksynyt syytteen hylännyttä ratkaisua ks. myös BGH 7.11.1991 – mopotapaus.

²³⁷ BGH on voinut kiinnittää huomiota myös siihen, että teon motiivi on jäänyt selvittämättä. Jos tavoite ei ole selvillä, ei ehkä voida sanoa, että tekijä oli tavoitteensa saavuttaakseen mukautunut seuraukseen (dolus eventualiksen heikompi versio).

yhteensopiva myös tiedostetun tuottamuksen kanssa. Näkökohta voi liittyä kognitiiviseen elementtiin – tällainen tavoite voi viitata siihen, ettei tekijä havainnut kuoleman mahdollisuutta. Tai sitten se voi viitata volitiiviseen elementtiin – tavoite ei ole hyvin yhteensopiva sen kanssa, että tekijä olisi hyväksynyt toisen kuoleman tai ainakin suhtautunut siihen välinpitämättömästi oman tekonsa seurauksena.

BGH B 28.11.1995 – ajateltavaa II. A halusi saada rahaa. Hän oli kaapannut B:n voidakseen kiristää rahaa B:n veljeltä. Suunnitelma epäonnistui. A halusi suuttuneena antaa B:lle ”ajateltavaa” ja ampui suurikaliiberisellä pistoolilla kaksi tähdätyä laukausta lähietäisyydeltä B:tä takapuoleen.

LG: tapon yritys. BGH 28.11.1995: A halusi ensi sijassa, myös kiristysuunnitelman epäonnistuttua, elävältä uhrilta rahaa. ”Ajattelemisen” antaminen edellytti uhrin jäävän henkiin. A ei ollut käyttänyt edullisempia tilaisuuksia tappaa B. Hän oli mm. ampunut B:tä takapuoleen, vaikka olisi voinut, jos olisi halunnut B:n kuolevan, ampua tätä vaarallisemmalle alueelle kuten päähän tai yläruumiiseen. Ampuma-alue puhuu pikemmin sen puolesta, että A halusi välttää B:n surmaamista kuin että hän olisi halunnut B:n kuolevan. Tuomiota ei pysytetty.

”Ajattelemisen aiheen antaminen” tai ainakin sen mahdollisuus oli esillä eräänä perusteena olla hyväksymättä syytetä henkirikoksen yrityksestä mm. seuraavissa tilanteissa.

BGH B 15.7.1983 – ajateltavaa I (nainen). A oli alkoholin vaikutuksen alaisena ja vihaisena rajusti lyönyt ja potkinut tyttöystävänsä B:tä antaakseen tälle ”ajateltavaa”, ettei tälle enää koskaan tulisi mieleen lähteä A:n luota. LG: henkirikoksen yritys. BGH: tuomiota ei pysytetty.

BGH U 8.3.1988 – lyhyt kuristaminen I. A puristi vaimoaan B:tä kurkusta 20 sekunnin ajan, jolloin tämä meni tajuttomaksi ja lyyhistyi lattialle. Tämän jälkeen A löi edelleen tajuttoman B:n päätä kahdesti voimakkaasti kaakelilattiaan. Välittömästi tapahtuman jälkeen A oli sanonut poliisille: ”Ottakaa minut kiinni, halusin tappaa vaimoni.” LG: vaarallinen pahoinpitely 2 vuotta 6 kuukautta. BGH: tuomio pysytettiin.

Lapsen kuolemaan johtaneessa pahoinpitelytapauksessa BGH 16.7.1996 – filmaaminen surmaamistahallisuutta kyseenalaisti se, että kyse oli (ainakin alun perin) ollut ”rankaisutoimista”. Myös tällainen motiivi voi olla ristiriidassa surmaamistahallisuuden alimmankin asteen kanssa.

Muutkin kuin dolus eventualiksen kanssa potentiaalisesti suorastaan ristiriidassa olevat motiivit voivat antaa aiheen pohtia dolus eventualiksen edellytyksiä tavallista tarkemmin. Motiivi on voinut olla dolus eventualis -surmaamiseen verrattuna hyvin kaukainen. Tarkoituksena on voinut olla esimerkiksi vaarallinen peli. Myös hyvin negatiivinen tarkoitus kuten pahoinpitelytarkoitus voi olla huonosti yhteensopiva surmaamistahallisuuden alimman asteen kanssa. Näin voi varsinkin olla, jos tuo tarkoitus oli selvästi rajoitettu vammojen aiheuttamiseen.

Tämä kävi ilmi jo ajattelemisen aiheen antamisen tilanteissa. Tämänäkötyyppinen negatiivinen mutta selvästi rajattu tarkoitus voi olla myös esim. pelottelutarkoitus tai vastarinnan murtamisen tarkoitus (olutpullotapaus).

3. Tekotilanteeseen liittyvät näkökohdat

Tekotilanteeseen liittyviä seikkoja, jotka saattavat puhua tahallisuutta vastaan, ovat ensinnäkin näkökohdat, jotka voivat viitata siihen, että tekijä on halunnut välttää seurauksen. Tälläkin voi olla merkitystä sekä kognitiivisen että volitiivisen puolen näkökulmasta. Teoreettisista malleista näkökohta tuo mieleen Kaufmannin teorian manifestoituneesta välttämistahdosta. Eräs finalismin ongelma oli ollut, että jos tahdottuina seurauksina pidetään muitakin kuin niitä, joihin on varsinaisesti pyritty, on vaikea olla ottamatta huomioon kaikkia tekijän mahdollisiksi mieltämiä seurauksia, jolloin mukaan tulisivat myös tiedostetun tuottamuksen tilanteet. Kaufmannin malli merkitsi ratkaisuyritystä tähän ongelmaan. Oli johdonmukaista rajata tahallisuuden ulkopuolelle tilanteet, joissa oli kyse aiheuttamistahdon negaatiosta, välttämistahdosta. Sellaista tekijä voi ilmentää ryhtymällä seurausta estäviin varotoimiin. Periaatteessa välttämistoimet olivat merkityksellisiä nimenomaan volitiivisen elementin näkökulmasta. Hyvin on kuitenkin myös ajateltavissa, että tekijä välttämistoimen takia ei enää pidä seurausta lainkaan mahdollisena tai luottaa siihen, ettei seuraus kuitenkaan synny. Viimeksi mainittua seikkaa pidetään tosin Saksassa usein dolus eventualiksen volitiivisen elementin kääntöpuolena ja siten volitiivisena.

Hyvä esimerkki operoinnista seurauksen välttämisen tahdon ilmentämisellä on edellä mainittu ratkaisu, jossa kiristäjä ampui uhriaan takapuoleen. Myös edellä selostetussa raiskaustapauksessa tällaisena seikkana otettiin huomioon se, että sieraimet oli jätetty osin vapaaksi. Pahoinpitelyrikosten puolelta välttämistä on otettu esiin mm. seuraavassa keskustelua herättäneessä ilmakivääritapauksessa.

BGH B 20.11.1986 – ilmakivääri. Uudenvuodenyönä kello 2 aikaan A oli poikaystävänsä S:n ja kahden tuttavapariskunnan kanssa S:n asunnolla. A, joka muuten oli täysin raitis, nautti alkoholia. W pääsi asuntoon ja löi A:ta vatsanseutuun. W saatiin poistettua asunnosta portaikkoon, mutta siellä syntyi tappelu S:n ja W:n välille. A huomasi asunnon seinällä ilmakiväärin. Hän loksautti sen auki, näki piipussa hopeanvärisen esineen ja yritti ravistaa sitä ulos. Varmistumatta siitä, oliko esine pudonnut piipusta A palasi portaikkoon. Siellä hän kehotti S:ää menemään pois tieltä, kohdisti ilmakiväärin seisomassa olleeseen W:hen ja veti liipaisimesta. Ilmakivääristä lähti projektiili, joka meni W:n kahden kylkiluun välistä, lävisti sydämen etuseinämän ja jäi kiinni takaseinämään. Hätäleikkaus pelasti W:n hengen.

LG: törkeä pahoinpitely. BGH 20.11.1986: Vaikka A tiesi ilmakiväärin yleisesti ottaen soveltuvan vahingoittamiseen, ilmensi kiväärin ravistelu sitä, ettei hän halunnut hyväksyä ladattuun ilmakivääriin perustuvaa vaaraa, vaan hän ha-

lusi välttää sellaista vaarantamista. Oli mahdollista, että A oli vakuuttunut siitä, että ravistelu oli ollut riittävää, jolloin ilmakiväärin uusi tarkistaminen ei olisi ollut tarpeen. Siinä tapauksessa hän olisi luottanut vakavasti eikä vain heikosti siihen, että hän ei tulisi vahingoittamaan W:tä. Samaa merkitsisi se, että A:lla olisi ollut se käsitys, ettei ilmakiväärillä voi vahingoittaa toista vaatteiden läpi. Merkitystä A:n tietoisuudentilan kannalta saattoi olla myös alkoholin nauttimiseen tottumattoman A:n alkoholin nauttimisella, tilanteen myrskyisyydellä ja W:n aiemmalla lyönnillä. A:lla saattoi olla tarkoituksena vain uhata W:tä ja saada hänet näin poistumaan. S:lle esitetty kehoitus siirtyä sivuun on voinut merkitä tällaisen uhkaamisen tehostamista. Tuomiota ei pysytetty.

Varsinaisten välttämistoimien ohella kyseeseen voi tulla myös muu sellainen käyttäytyminen, joka ilmentää sitä, että tekijä ei halua toisen joutuvan hengenvaaraan. Tästä on esimerkkinä kanavatapaus.

BGH B 25.8.1982 – kanavatapaus. S ja K olivat väkivaltaa käyttäen ja uhkaamalla ryöstäneet S:n autoon houkuttelemansa E:n. Autosta noustaessa E:tä oli lyöty. K potkaisi maassa makaavaa E:tä voimakkaasti päähän. S veti K:n kuitenkin pois ja kehotti menemään autoon. S neuvoi E:tä olemaan rauhallisesti, ettei K hakkaisi tätä hengiltä, ja asetti tämän kanavan reunalla olevan aidan päälle. S:n palatesa autoon E putosi kanavaan. K ja S miettivät, pitäisikö heidän auttaa E:tä. Kun heitä ei kuitenkaan ”huvittanut” nousta uudestaan autosta ja ruveta pimeässä etsimään E:tä, he rauhoittivat itseään K:n esittämällä oletuksella, jonka mukaan E osaisi kuitenkin uida ja ajoivat pois paikalta.

LG: tapon yritys ym. BGH 25.8.1982. Avoimeksi jää se mahdollisuus, että vastaajien toimeettomuus oli perustunut heidän vakavaan odotukseensa siitä, että E pelastaisi itsensä. Lisäksi S:n menettely välittömästi ennen E:n putoamista ilmensi sitä, ettei S halunnut missään tapauksessa E:n joutuvan hengenvaaraan, mikä oli otettava huomioon arvioitaessa sitä, oliko S hyväksynyt E:n kuoleman. Tapahtumainkuvaus ei siten sellaisenaan merkinnyt surmaamistahallisuuden alimman asteen toteutumista.

Kaufmannin välttämistahtoteoriaa on arvosteltu. Eräs seikka johon on kiinnitetty huomiota, on se, miten tulee suhtautua ”puolivillaisiin” välttämistoimiin. Tekijä on voinut esimerkiksi haluta kuristaa uhrinsa ”vain” tajuttomaksi voidakseen suorittaa anastuksen tai makaamisen. Jos kyse ei ole ollut lyhytaikaisesta kuristamisesta, ei tekijää ole palkittu tuottamusvastuulla²³⁸. Esimerkkejä problematiikasta löytyy myös pahoinpitelysyytteiden alueelta; mm. ilmakiväärin tapauksen yhteydessä on keskusteltu tästä näkökohdasta. Samasta näkökulmasta voitaisiin tarkastella myös HIV I -ratkaisua (osittainen kondominkäyttö).

²³⁸ Ks. edellä selostetut nahkahihnataapaus ja kuristamistapaus.

Tahallisuutta vastaan on voinut puhua myös tekijän toiminta teon jälkeen. Kyse on ennen kaikkea elvytystoimista tekijän ollessa toisinaan suorastaan paniikissa. Tilanne voi olla indisiona siitä, että tekijä on ehkä ymmärtänyt tekonsa todellisen vaarallisuuden vasta jälkeinpäin (kognitiivinen elementti). Toisaalta elvytystoimet voivat olla relevantteja myös volitiivisen elementin kannalta. Ne voivat viitata siihen, että toisen kuolema ei ollut tekijälle samantekevä. Näkökohta tulee esiin mm. seuraavassa ratkaisussa.

BGH B 25.8.1992 – lapsi (ravistaminen). 18-vuotias A hoiti naisystävänsä 3,5 kuukauden ikäistä lasta B:tä. Hoidettuaan ensin illan aikana useasti itkenyttä ja huutanutta B:tä useita tunteja huolellisesti, A, lapsen alettua uudestaan huutaa, löi suuttuneena tätä useasti takapuoleen ja kahdesti kasvoihin. Kun B huusi vielä kovemmin, A menetti itsehillintänsä ja ravisti B:tä voimakkaasti, missä yhteydessä lapsen pää osui useita kertoja vinoon puukattoon. Vähän ajan päästä tämän jälkeen A huomasi, että B oli oksentanut, oli kasvoistaan sininen ja yritti saada ilmaa. Paniikinomaisessa pelossa, että B voisi kuolla, A suihkutti B:tä kylmällä vedellä, kunnes hänellä oli se vaikutelma, että B sai jälleen ilmaa. A laitto B:n sänkyyn. Ajatuksen avun hakemisesta A hylkäsi, koska hän pelkäsi, että voisi käydä ilmi, mitä hän on tehnyt lapselle. Aamulla B oli kuollut.

LG: tappo 8 vuotta nuorisorangaistusta. BGH 25.8.1992: Edellytettävässä kokonaisarvioinnissa olisi pitänyt kiinnittää huomiota tekijän persoonallisuuteen ja hänen tekohekikseen erityiseen psyykkiseen tilaansa. Tämä oli sitäkin tärkeämpää, kun ymmärrettävää syytä niin vakavaan tekoon kuin lapsen tappamiseen ei ollut havaittavissa ja tekijä, joka ei tähän saakka ollut ilmentänyt aggressiivisuutta, oli tehnyt teon spontaanisti affektiivisessä kiihtymyksessä. Hän oli myös heti havaittuaan hengitysvaikeudet ryhtynyt mielestään kelvolliseen pelastustoimeen eli suihkuttamiseen kylmällä vedellä. Se, että tekijä oli tuolloin ollut paniikinomaisessa pelossa lapsen hengestä, ei riitä osoittamaan, että hän jo tekohekikellä olisi ymmärtänyt tekonsa koko merkityksen. Pikemminkin juuri pelastusyritys saa sen, että nuorella ja kypsymättömällä A:lla, jolle pienen lapsen hoito oli ollut liikaa, olisi ollut surmaamistahallisuus, vaikuttamaan kaukaiselta. Tuomiota ei pysytetty.

Tietysti ylipäättään tilanteissa, joissa teon seuraus on ollut tekijälle yllättävä, on lähellä olettaa, että tahallisuuden alimmalle asteelle asetettavat mieltämisvaatimukset eivät tekohekikellä olleet käsillä. Mahdolliset elvytystoimet (jotka jo syntyneisiin seurauksiin nähden olisivat turhia) ovatkin eräs indisio siitä, että seuraus on ollut yllättävä.²³⁹

Jos tekijä on vakavasti eikä vain heikosti luottanut siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu, kyseessä ei ole tahallinen teko. Kaufmannin manifestoituneen välttä-

²³⁹ Ks. myös KKO 1978 II 128, jossa liipaisimen painamisen tahdottomuuden teki luultavasti osaltaan mahdolliseksi selvitys, joka viittasi siihen, että asean laukeaminen oli yllättänyt myös tekijän. Yllättyminen seurauksesta on varsinkin positiivisen tahtoteorian näkökulmasta – joka yllät-

mistahdon malli lähti siitä, että välttämistoimen suorittaja on tekijä. Yleisesti katsotaan kuitenkin, että vakavan luottamuksen seurauksen syntymättä jäämiseen pitäisi merkitä tahallisuusvastuusta vapautumista riippumatta siitä, perustaako tekijä luottamuksensa omaan välttämistoimeensa tai taitavuuteensa, vai rakentaako tekijä luottamuksensa esimerkiksi uhrin tai kolmansien toiminnan varaan. Näin ajattelee myös BGH. Vakava luottamus -p on tahallisuuden poissulkeva kriteeri riippumatta siitä, mihin luottamus perustuu. Vuodelta 1968 olevassa pakotapauksessa BGH totesi jo dictumina, että hurja ajo kaupungissa ei perusta seuraustahallisuutta, kun tekijä on lähtenyt siitä, että vaarannettu kuljettaja pystyy välttämään onnettomuuden. Pysähtymiskäskyä koskevassa tapauksessa vuodelta 1982 BGH lähti siitä, että kokemus osoittaa, että tilanteissa, joissa kuljettaja murtaa poliisisulun, vaarannetun poliisimiehen onnistuu yleensä saattaa itsensä pois vaarasta, mistä tekijät yleisesti myös lähtevät. Kanavatapauksessa tekijät olivat rauhoittaneet itseään sillä, että kanavaan pudonnut uhri osaisi kyllä uida.

Käytännössä keskeinen kysymys on pikemminkin se, milloin kyseessä on vakava luottamus -p, jolloin tahallisuus ei ole käsillä, milloin taas vain heikko luottamus -p tai pelkkä toive -p, jotka eivät poista tahallisuutta. Tässä yhteydessä on tarkasteltu kriittisesti mm. BGH:n HIV-ratkaisua 4.11.1988, jossa päädyttiin tartuntatahallisuuteen, kun taas surmaamistahallisuuden jäämiseen näyttämättä viittasi mm. se, että tekijä oli saattanut monen infektoituneen tavoin toivoa, että lääke keksittäisiin ajoissa.

Jos ilmenee, että tekijällä oli hyviä syitä pitää seurausta epätodennäköisenä, voi tahallisuutta olla vaikea perustella. Edellä viitatussa tapauksessa pysäyttämiskäsky III tahallisuuden alinta astetta vastaan puhui, kuten muissakin samantyyppisissä tapauksissa, ensinnäkin kokemussääntö, jonka mukaan poliisimies yleensä ehtii hypätä pois alta. Tapauksessa pysähtymiskäsky III poliisimies oli ollut välittömästi auton edessä tekijän painaessa kaasun pohjaan. BGH:n mukaan A oli voinut pitää lyhyeen etäisyyteen nähden törmäysvoimaa niin pienenä, että törmäyksen tapauksessa B tosin loukkaantuisi, muttei kuolisi.²⁴⁰

tyy seurauksesta ei prima facie ole lainkaan pitänyt sitä edes mahdollisena tai on ainakin vakavasti luottanut siihen, ettei se synny. Elvytystoimet sitä vastoin ovat vain indisio kognitiivisen ja/tai volitiivisen puolen puuttumisesta tekoohetkellä, sillä elvytystoimet voivat ilmentää myös esimerkiksi katumusta. Että kyse oli ”vain” katumuksesta, ei tietenkään voida vastaajan vahingoksi ilman muuta presumoida.

²⁴⁰ Vastaajan puolesta oli esitetty, että jos etäisyys poliisimieheen oli metri, BMW saattoi tuolla matkalla päätyä nopeuteen 7–9 km/h. Tilastojen mukaan vähäisin törmäysnopeus, jolla jalankulkija oli kuollut ajoneuvon törmäessä häneen, oli ollut 15 km/h, jolloin uhrina oli ollut 80-vuotias henkilö; suurin nopeus taas, jolloin jalankulkija oli selvinnyt ilman mainittavia vammoja, oli ollut 40 km/h, jolloin jalankulkija oli ollut 11-vuotias; tiedot *Mühlbauer 1999* s. 86–87. Tavoitteena oli osoittaa, ettei menettely ollut ollut ilmeisen hengenvaarallista.

Eräissä tapauksissa BGH on myös viitannut täytäntöönpanotoimen lyhytkestoisuuteen. Erityisesti tällä on merkitystä tyypillisesti pitkäkestoisissa tekotavoissa. Tällainen on esimerkiksi kuristaminen. Jos tekijä luopuu kuristamisesta melko pian, voi jäädä epäselväksi, minkälainen tekopäätös hänellä ylipäätään oli. Silloin ei voida soveltaa esimerkiksi pitkäkestoisen kuristamisen vaarallisuuteen liittyviä kokemussääntöjä.²⁴¹

Ilmakivääritapauksessa tuottamuksen puolesta saattoi puhua myös tilanteen ”myrskyisyys”. Merkittävää tahallisuusarvioissa voi olla myös tapahtuman epätavallisuus. Epätavallisten tapahtumien suhteen ei mm. useinkaan ole olemassa yleisiä kokemussääntöjä eikä tekijälläkään yleensä ole henkilökohtaista kokemusta, joka voisi puhua tahallisuuden puolesta. Seuraavassa tapauksessa erikoinen tapahtumainkulkua yhdistyi mm. vastaajien sellaiseen virhekäsitykseen, jonka seurauksena he olivat pitäneet tapahtumaa vähemmän vaarallisena kuin mitä se todellisuudessa oli.

BGH B 7.4.1983 – hirttoleikki. 17- ja 18-vuotiaat S ja W polttivat hasista samanikäisen D:n kanssa. He päättivät ryhtyä ”pelaamaan hirttämistä venäläisen ruletin tapaan” keskustelematta lähemmin, kuinka pitkälle tässä mentäisiin. Pitkän aikavälin vetämisen perusteella D valikoitui hirtettäväksi. S tönäisi apaattista D:tä selkään, minkä jälkeen D roikkui ilmassa, tuntien nyt kuolemanpelkoa, kaulansa ympärille ja puun oksaan kiinnitetystä köydestä vähän aikaa, kunnes köysi katkesi tai solmu löystyi. S kiirehti irrottamaan köyttä D:n kaulasta. Vastaajat eivät olleet ymmärtäneet välittömän kuoleman mahdollisuutta niskan katkeamisen kautta, vaan he olivat lähteneet siitä, että kuolema tapahtuu kuristumisen seurauksena, kuten elokuvissa oli esitetty.

LG: tapon yritys. BGH 7.4.1983: Olkoonpa vastaajien menettely objektiivisesti hengenvaarallista, ei ole itsestään selvää, että he olisivat ymmärtäneet sen sellaiseksi. Tapahtuma on ollut epätavallinen ja vastaajat hyvin nuoria. He halusivat vain peliä, vaikkakin vaarallista sellaista. Vastaajat eivät olleet ymmärtäneet välittömän kuoleman mahdollisuutta niskan katkeamisen kautta, vaan he olivat lähteneet siitä, että kuolema tapahtuu kuristumisen seurauksena, kuten elokuvissa oli esitetty. D oli roikkunut ilmassa vain hyvin vähän aikaa, ja S oli heti hänen pudottuaan irrottanut silmukan. Myöskään ei ollut tarkasteltu hasiksen polton mahdollisia vaikutuksia vastaajien havaintokykyyn. Nämä tahallisuuden kognitiivisiin vaatimuksiin kohdistettavissa olevat epäilykset koskivat ytimeltään myös kuoleman hyväksymistä.

Kyseisessä hirttoleikitapauksessa merkittävää oli siis mm. vastaajien virheellinen käsitys kuoleman syntymekanismista hirttämisessä. Kyse ei ollut pelkästään erehdys esimerkiksi kausaalikulun yksityiskohdista, vaan tietämättömyys toisesta relevantista kuoleman mekaniismista merkitsi kuoleman riskin

²⁴¹ Ks. myös KKO 1998:1, jossa tekijän katsottiin lopettaneen kuristamisen ennen todistajan ehtimistä paikalle. Ks. myös ruotsalaista talutushinnatapausta NJA 1975 s. 230.

aliarviointia. Kyse olisi suunnilleen samasta kuin jos tekijät olisivat revolverilla tapahtuneessa venäläisessä ruletissa vakavasti uskoneet, että revolverissa on vähemmän luoteja kuin siinä todellisuudessa oli. Samantapainen riskin aliarviointi konkreettista seikkaa koskevan tietämättömyyden vuoksi saattoi olla kärsillä myös raiskaustapauksessa, jossa tekijä ei ehkä tiennyt, että uhrin hengitys tuli käymään vähitellen vaikeammaksi mm. kasvojen edessä olevien teippien vettyessä ja päästäessä yhä vähemmän ilmaa lävitseen.

4. Tekijän psyyke

BGH tuo pidäkekynnsoppia esitellessään hyvin usein esiin sen, että seikat, jotka täytyy ottaa huomioon tahallisuutta ehkä kyseenalaistavina, liittyvät yhtäältä tapahtumaolosuhteisiin ja toisaalta tekijän psyykkiseen tilaan. Psyykkistä tilaa koskevat näkökohdat otetaan normaalisti esiin (myös) syyntakeisuusarvion yhteydessä. Jos henkilö on syyntakeeton, häntä ei saa tuomita rangaistukseen (StGB 20 §). Alentuneesti syyntakeinen saa hyväkseen fakultatiivisen rangaistuksen lievennyksen (StGB 21, 49 §). Ei siis kuitenkaan ole niin, että näiden seikkojen merkitys rajoittuisi syyntakeisuusarvioon. Päinvastoin, BGH pitää tuomion tahallisuusperusteluja olennaisesti puutteellisina, jos niissä ei ole otettu huomioon esiin tulleita tekijän psyykeen liittyviä erityispiirteitä. Velvollisuus psyykeen liittyvien näkökohtien huomioon ottamiseen on olemassa riippumatta siitä, mikä merkitys niillä on katsottu olevan syyntakeisuusarviossa. Käytännössä tärkeimmät tahallisuusarvion kannalta merkittävät tekijän psyykeen liittyvät piirteet ovat 1) affekti ja siihen liittyvät tekopäätöksen spontaanisuus ja harkitsemattomuus, 2) humala ja 3) erilaiset psyykkiset ongelmat. Jo tästä voidaan havaita, että kyseeseen tulevat siis yhtäältä episodiset seikat ja toisaalta dispositiiviset tilat.

Oivallinen esimerkki affektin usein huomattavasta merkityksestä on edellä mainittu vasaratapaus, jossa henkilö oli liikekumppaninsa puheen käydessä hänelle yhä sietämättömämmäksi kuunnella, 23 kertaa lyönyt tätä vasaralla päähän, kaulaan ja niskaan. Tunnetusti perheen sisällä tapahtuvat väkivaltatilanteet ovat usein affektiivisia. Huomiota siihen on kiinnitetty tekijän antaessa naisystävälleen ”ajateltavaa” samoin kuin konfliktin päätyessä lyhytkestoiseen kuristamiseen. Oman ryhmänsä muodostavat tilanteet, joissa mies on ollut kotona hoitamassa naisystävänsä pientä lasta. Hoidettuaan lasta ensin asiallisesti mies on lopulta hermostunut lapsen itkuun ja huutamiseen, menettänyt malttinsa ja pahoinpidellyt lasta (usein lyhyen aikaa) erittäin vakavin seurauksin. Kuvaan kuuluvat usein myös elvytysyritykset ja vaikeudet tunnustaa omaa menettelyään, jolloin lapsen vienti sairaalaan on voinut siirtyä tai jäädä tapahtumatta. BGH on katsonut, että tahallisuuteen on affektitilanteissa kiinnitettävä erityistä huomiota eikä ole hyväksynyt tuomioita, joissa affektin tahallisuuden potentiaalisesti kyseenalaistavaa merkitystä ei ole perusteluissa poissuljettu. Affekti voi johtaa

siihen, ettei tekijä ymmärrä sitä, mitä hän normaalioloissa ymmärtäisi. Mitä hän on hyväksynyt tai mihin hän on mukautunut, ei myöskään ole tällöin yhtä hyvin pääteltävissä. Tekijän psyykkistä tilaa samoin kuin hänen teon jälkeistä toimintaansa oli käsiteltävä surmaamistahallisuutta vastaan puhuvina seikkoina myös mm. seuraavassa *veitsitapauksessa BGH U 19.11.1992*.

A, 51-vuotias mies B, C, D ja E olivat C:n asunnolla ja nauttivat alkoholia. A halusi, että B olisi osallistunut korttipeliin, sillä hän oletti, että B:llä on rahaa. B kieltäytyi, mistä harmistuneena A esitti B:lle loukkaavan lauseen. B vastasi loukkaukseen. A löi B:tä keittiöveitsellä, jonka terän pituus oli noin 20 cm, kahdesti, vatsan ja rinnan alueelle. B:lle hankittiin ambulanssi, mihin myös A osallistui. B:n henki saatiin pelastettua.

Tekijän tekohetkinen humala otetaan Saksassa – toisin kuin pääsääntöisesti meillä – huomioon syyntakeisuusarvioinnissa. Se voi siis johtaa vähentyneeseen syyntakeisuuteen ja syyntakeettomuuteen. Oikeuskäytännössä on jopa omaksuttu tiettyjä peukalosääntöjä sen suhteen, miten vahva humala johtaa mihinkin syyntakeisuusarviossa. Niinpä 2 promillen humalassa oleva voi hyvin olla vähentyneesti syyntakeinen, ja 3 promillen (henkirikoksissa: 3,3 promillen) humalassa oleva on saattanut olla syyntakeeton²⁴². Tätä kriminaalipoliittisesti tekijäystävällistä sääntelyä kompensoi *Vollrausch*-rikos (StGB 323a §). Jos oikeuden vastaisen teon tekijä oli humalan takia syyntakeeton tai tätä ei voida poissulkea, tekijä tuomitaan *Vollrausch*-rikoksesta. Rangaistus on sakkoa – 5 vuotta vankeutta, enintään kuitenkin syyntakeettomana tehdystä rikoksesta säädetty enimmäisrangaistus²⁴³. Humala on merkittävässä asemassa myös tahallisuusarviossa. Niistä yhteensä 25 tapauksesta, joissa alempi oikeus on katsonut surmaamistahallisuuden olleen käsillä, mutta joissa BGH ei ole pysyttänyt tuomiota, yhdeksässä BGH on tahallisuuslausumissaan viitannut tekijän alkoholin vaikutuksen alaisuuteen.

Humalan tavoin myös huumautuneisuus ja/tai psyykeen vaikuttavien lääkkeiden käyttö vaikuttaa tahallisuusarvioon. Niinpä edellä esitellyssä hirttoleikkitapauksessa LG:n olisi tullut tahallisuustarkastelussaan ottaa huomioon myös mm. se, että tekijät olivat hasiksen vaikutuksen alaisia.

Tapauksessa *BGH B 28.3.1995 – lyhyt kuristaminen III (huume)* 19-vuotias A seurusteli D:n kanssa. Hän oli usein käyttäytynyt oudosti D:tä ja tämän sisarta J:tä kohtaan. A oli illalla ottanut suoneen heroiniä. Aamulla 4 aikaan hän oli mennyt J:n ja D:n asuntoon. Siellä hän oli laittanut köyden J:n kaulan ympärille ja ryhtynyt kuristamaan sillä. J oli kohta kuitenkin saanut sormen köyden alle ja saanut työnnettyä A:n pois. Lyhyen käsikähmän jälkeen A oli paennut. LG: tapon

²⁴² Ks. esim. BGH 22.11.1990 – tuhkakuppi; on olemassa kokemussääntö, jonka mukaan 3,3 promillen humalassa on lähellä, etteivät tekijän pidäkekyvyt enää toimi.

²⁴³ Joihinkin tilanteisiin voidaan ehkä toisaalta soveltaa *actio libera in causa* -oppia.

yritys ym. 5 vuotta 6 kuukautta. BGH B 28.3.1995: Huomioon olisi ollut otettava se, että A oli huomattavasti huumausaineen vaikutuksen alainen; tämä voi vaikuttaa ratkaisevasti mieltämiseen ja hyväksymiseen. Lisäksi olisi tullut ottaa huomioon A:n persoonallisuus – 19-vuotiaan A:n aiempi erikoinen käyttäytyminen sisarusia kohtaan ja kypsymättömyyttä ilmentävät lausumat poliisille. Tuomiota ei pysytetty. Voidaan olettaa, että tällaisen tekijän tekopäätöksen luonnetta on vielä vaikeampi arvioida kuin muissa lyhyen kuristamisen tilanteissa.

Ei ole tietenkään tavatonta, että tekijä oli sekä huumeiden tai lääkkeiden että alkoholin vaikutuksen alaisena. Tästä oli kyse seuraavassa tuhkakuppitapauksessa.

BGH U 22.11.1990 – tuhkakuppi. Alkoholin vaikutuksen alaisena rikoksen tehnyt alkoholisoitunut A oli tekoa edeltäneenä päivänä ottanut useita Diazepam 10 - pillereitä ja tekopäivänä kaksi Diazepam 10 ja yhden Lexotanil-pillerin. A:n teko hetkinen verenalkoholipitoisuus, laskettuna hänen esittämiensä määrien mukaan, oli ollut 3,41 promillea. A oli yli puolen tunnin ajan potkinut uhri B:tä ja lyönyt tätä lasi- ja posliinituhkakupilla päähän. B kuoli vammoihin. LG: tappo 8 vuotta 6 kuukautta. BGH 22.11.1990 ei pysyttänyt ratkaisua. Siitä, ettei tekijän kyky havaita tekonsa vääryys ole ollut huomattavasti alentunut (StGB 20,21 §) ei seuraa, että tekijällä oli myös kyky havaita menettelynsä objektiivinen vaarallisuus. Näin ollen edellisen toteamisesta ei seuraa, ettei jälkimmäistä kysymystä olisi tarpeen käsitellä, vaan alkoholin ja lääkkeiden nauttimisen mahdollinen vaikutus väkivallan seurausten mieltämiseen oli myös käsiteltävä.

Kolmas merkittävä ryhmä ovat tekijän erilaiset psyykkiset ongelmat. Lähtökohtaisesti kaikki sellaiset psyykkiset ongelmat, joilla voi olla vaikutusta tekijän mieltämiseen tai hänen volitioihinsa, on otettava huomioon. Seuraavat tapaukset ilmentävät psyykkisten näkökohtien merkitystä.

BGH B 16.7.1996 – ”filmaaminen”. A oli kiihtynyt siitä, ettei hänen tyttöystävänsä 3-vuotias lapsi ollut suostunut syömään kunnolla. Osana ”rankaisemistoimia” A oli nostanut B:n korkealle ilmaan ja pudottanut, jolloin B löi päänsä lattiaan. A löi vielä B:tä useita kertoja voimakkaasti nyrkillä kasvoihin. Lapsi menetti tajuntansa. A nosti hänet ylös ja mylvi, ettei saa ”filmata”. A:lla oli persoonallisuushäiriö ja hän oli alkoholisoitunut ja tekohetkellä 1,88 promillen humalassa. Kouluaikoinaan hän oli nyrkkeillyt kilpatasolla. Alkoholin juominen ja nyrkkeily olivat saattaneet johtaa A:lla aivojen orgaanisiin vahinkoihin. A ja hänen tyttöystävänsä veivät B:n pian sairaalaan, mutta tämä kuoli muutaman päivän kuluttua vammoihin.

LG: tahallinen henkirikos. BGH 16.7.1996: LG ei ollut ottanut huomioon A:n persoonallisuusstruktuuria ja henkistä tilaa tekohetkellä. Persoonallisuushäiriö, juopuneisuus ja aivojen orgaanisten vahinkojen mahdollisuus olivat seikkoja, jotka saattoivat puhua sitä vastaan, että tekijä olisi tekohetkellä tiedostanut lapsen kohdistetun pahoinpitelyn suuren vaarallisuuden, mistä hän yleisesti oli tietoinen. Pahoinpitely oli myös ollut osa ”rankaisemistoimia”. A oli myös mylvinyt, ettei B saa ”filmata”. Tuomiota ei pysytetty.

BGH B 27.6.1986 – räjähdys. A oli 2,44 promillen humalassa paritalon kellarissa. Hän avasi kaasuhanan ja antoi kaasun virrata, ja sytytti kaasu-ilma-seoksen tapakseen itsensä. Seurasi räjähdys, jonka aiheuttamat vahingot olivat niin suuret, että paritalon puolisko piti purkaa. Alakerrassa oli räjähdysketellä A:n tietien hänen ystävänsä B.

LG: murhan yritys. BGH 27.6.1986: Tässä tapauksessa oli otettava huomioon, että A ja B eivät olleet vihamielisissä, vaan ystävällisissä väleissä. Olisi myös pitänyt tarkastella, oliko A:n juopumuksella ja presuisidaalisella syndroomalla vaikutusta hänen mieltämiseensä. Tuomiota ei pysytetty.

Monesti tilanteissa, joissa BGH olisi edellyttänyt parempia tahallisuusperusteluja, on ollut kyse, kuten räjähdystapauksessakin, jostain psyykkisestä ongelmasta ja humalatilasta. Eräissä tapauksessa (BGH B 10.11.1994) persoonallisuuden kehitykseltään vakavasti häiriintynyt nuori nainen, jolla oli alhainen älykkyys, ei ollut hankkinut lääkäriapua miesystävänsä pahoinpideltyä hänen lapsiaan hengenvaarallisesti. Jo edellä kuvatussa tapauksessa BGH 26.10.1990 (seiväs) varhaislapsuuden psykosyndroomasta kärsinyt A oli kiihtyneenä lyönyt 2,09 promillen humalassa B:tä erittäin lujaa seipäällä. A:n valituksen mukaan LG oli lähtenyt normaalista havaintokyvystä tarkastelematta kysymystä A:n psyykkisen tilan näkökulmasta. Edelleen B oli A:lle periaatteessa arvostettu ikätoveri, eikä A:lla, joka oli uhannut B:tä pahoinpitelemisellä, ollut ymmärrettävissä olevaa syytä niin vakavaan tekoon kuin toisen tappamiseen, mitä näkökohtia ei ollut tarkasteltu volitiivisen momentin arvioinnissa. BGH yhtyi näihin käsitksiin, eikä tuomiota tapon yrityksestä pysytetty.

Eräissä tapauksissa tahallisuutta vastaan oli saattanut puhua tekijän ikä ja/tai kypsymättömyys (mm. hirttoleikkitapaus). Myös ylikuormittuneisuus tekoilanteessa on merkityksellinen²⁴⁴. Tekijän taipumus outoon käyttäytymiseen on omiaan vaikeuttamaan tahallisuuden luotettavaa selvittämistä (lyhyt kuristaminen III – huume).

5. Volitiivisia näkökohtia?

Oikeuskäytännössä sovellettava tahallisuusmalli edellyttää, että myös volitiivinen tahtomomentti tulee näytetyksi toteen. BGH onkin korostanut tahtomomentin itsenäisyyttä. Tunnusmerkitön toteutumisen hyväksymisen tai ainakin siihen mukautumisen käänköpuolena pidetään oikeuskäytännössä (kuten yleensä oikeus-

²⁴⁴ Nuoruus ja/tai kypsymättömyys oli merkityksellistä myös mm. lapsen ravistamista koskeneessa tapauksessa (tekijä 18-vuotias mies; BGH 25.8.1992) ja 19-vuotiaan heroiinin käyttäjän kuristettua tyttöystävänsä sisarta (lyhyt kuristaminen III (huume); BGH 28.3.1995), samoin kuin tilanteissa, jossa nuorehko ja henkisesti vähemmän kyvykäs äiti ei ilmeisesti ollut täysin ymmärtänyt lapsiinsa kohdistetun pahoinpitelyn merkitystä, jonka tekijänä oli hänen miesystävänsä (lapsi – äidin laiminlyönti; BGH 10.11.1994). Ensin mainitussa tapauksessa viitattiin myös pienen lapsen hoitamisen aiheuttamaan ylikuormittuneisuuteen.

tieteessäkin) vakavaa, ei vain heikkoa luottamusta siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu. Volitiivisen momentin kääntöpuolena kysymystä siitä, onko tekijä voinut luottaa -p, pidetään yleensä volitiivisena. Pidäkekynnsoppi lähestyy tahallisuutta erityisesti edellyttämällä sen käsittelyä, oliko tekijä saattanut olla havaitsematta seurauksen mahdollisuutta (kognitiivinen puoli) tai oliko hän ehkä ainakin luottanut seurauksen jäävän syntymättä (volitiivinen puoli).

Monet edellä esille tulleista seikoista ovat sellaisia, että niihin on edellytetty kiinnitettävän huomiota sekä kognitiivisen että volitiivisen puolen arvioinnissa. Tämä ei ole yllättävää, sillä monia relevanteiksi katsottavia seikkoja voidaan tarkastella sekä kognitiivisesta että volitiivisesta näkökulmasta. Esimerkiksi toimet, jotka ilmaisevat seurauksen välttämistä ja ovat teorian kannalta hyvinkin volitiivisia, merkitsevät samalla tunnusmerkistön toteutumisen vaaran vähentymistä, mikä on usein kognitiivisen puolen kannalta merkittävää. Olen jo edellä kiinnittänyt huomiota siihen, että volitiivisen elementin kääntöpuoli, luottamus seurauksen jäämiseen syntymättä, on itse asiassa melko kognitiivinen ja onkin ehkä omiaan estämään kognitiivisen ja volitiivisen puolen tarkkaa erottamista toisistaan.

Tarkastelen tässä lyhyesti sellaisia kriteerejä, jotka ovat prima facie selkeästi muita kuin tiedollisia. Tällöin voitaisiin yrittää erotella toisistaan yhtäältä varsinaista hyväksymistä ja toisaalta seuraukseen mukautumista koskevat kriteerit. Otan esiin lähinnä edelliset. Etenkin seuraukseen mukautuminen on nähdäkseni komplementaarinen kognitiivista ainesta sisältävän luottamuksen -p kanssa.

Volitiivisina voidaan pitää argumentteja, joissa kiinnitetään huomiota tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen. Räjähdytapauksessa oli tahallisuusarviossa otettava huomioon, että tekijä ja uhri, itsemurhaa yrittäneen ystävä, olivat ystävällisissä eivätkä vihamielisissä väleissä. Tapauksessa, jossa mies oli ravistanut voimakkaasti lasta, merkittävää oli BGH:n mukaan mm. tekijän suhtautuminen hoitamiinsa lapsiin. Lapsiin niiden hoitamisen yhteydessä kohdistuneissa affektiteoissa BGH ei kovin helposti hyväksyne perusteluja, joiden mukaan henkilö on tahallaan tappanut lapsen. Seivästäpauksessa BGH:n epäluuloja tahallisuutta kohtaan herätti se, että varhaislapsuuden eksogeenisestä psykosyndroomasta kärsivän henkilön 2,09 promillen humalassa tekemä teko oli kohdistunut tekijälle periaatteessa arvostettuun ikätoveriin.

Tekijän menneisyyden hyödyntäminen on usein liitetty, kriittisessä mielessä, volitiivisiin malleihin, ehkä ennen kaikkea hypoteettiseen tahtoteoriaan. Saksalaisessa oikeuskäytännössä on eräissä tapauksissa – ainakin läheisen ihmisen pahoinpideltyä hengenvaarallisesti lasta – kiinnitetty tahallisuutta vastaan potentiaalisesti puhuvana näkökohtana huomiota siihen, ettei tekijä ollut aiemmin käyttäytynyt aggressiivisesti (kyseistä uhria kohtaan). Tällekin näkökohdalle voidaan tosin antaa sekä volitiivinen että kognitiivinen tulkinta. Kyse voi volitiivisesta näkökulmasta olla ”positiivisesta luonnetodistelusta” tai, vähemmän kri-

tiikille alttiisti, siitä, ettei tekijä aikaisemminkaan ole ilmentänyt valmiutta kyseisen loukkausobjektin tuhoamiseen. Se voidaan myös kognitiivisesti liittää siihen, että käyttäytyminen oli tekijälle poikkeuksellista, joten erityistä huomiota on kiinnitettävä siihen, onko tekijä esimerkiksi ymmärtänyt kaikkea sitä, mitä hän normaalisti ymmärtää. Väkivallattomalle menneisyydelle voidaan antaa vielä sellainen kognitiivinen tulkinta, että tällaisella henkilöllä on vähemmän tietoa väkivallan seurauksista kuin esimerkiksi henkilöllä, joka on aiemminkin aiheutanut käyttäytymisellään vakavia seurauksia kanssaihmisilleen.

Eräissä tapauksissa BGH on todennut tietyn käyttäytymisen viittaavan siihen, ettei tekijä ole suhtautunut seuraukseen hyväksyvästi tai ettei se ole ollut hänelle samantekevä. Tällaisena menettelynä pidettiin kanavatapauksessa toisen tekijän toimia uhrin hyväksi ennen uhrin putoamista kanavaan. Ilmakivääratapauksessa kiväärin ravistelu ilmensi sitä, ettei tekijä halunnut hyväksyä ladattuun ilmakivääriin perustuvaa vaaraa. Äidin ollessa syytteessä laiminlyönneistä toimittaa miesystävänsä pahoinpitelemät lapset lääkäriin hoitoon BGH kiinnitti huomiota mm. siihen, että äiti oli mennyt väliin miehen kuristaessa toista lasta ja juossut ystävättärensä luo hakemaan apua huomattuaan lapsensa hengitysvaikeudet.

Yhteenvetona voidaan todeta seuraavaa. Tapauksia, joissa alempi oikeusaste katsoi surmaamistahallisuuden olleen käsillä, mutta BGH ei hyväksynyt ratkaisua, oli 27/42. Näkökohtia, joihin BGH tällöin viittasi, on yhteenvedonomaaisesti luokiteltu jäljempänä. Päätöspäätösluokituksen ryhmittely on aina jossain määrin harkinnanvaraista. Tulokset ovat siten lähinnä suuntaa-antavia. Näkökohtia on tässä ryhmitelty 89, joten niitä oli keskimäärin 3,5 per BGH:n ratkaisu. Viittauksista 26 kohdistuu affektiin, humalaan (+ huumeet/lääkkeet) ja psyykkisiin ongelmiin. Niiden osuuden voidaan olettaa olevan huomattavasti pienempi useissa muissa rikostyypeissä.

1) Teoreettiset seikat: 12

- 3: lainsäätäjällä on erottanut vaaratahallisuuden ja surmaamistahallisuuden
- 4: mahdollisena pitäminen ei ole vielä dolus eventualista
- 2: tekijä on voinut tuntea kaikki vaarallisuuden perustavat seikat ilman, että hän oli havainnut teon hengenvaaralliseksi
- 1: tieto tekotyyppin vaarallisuudesta ei ole tietoa konkreettisen teon vaarallisuudesta
- 2: välinpitämättömyys ei toteuta volitiivista elementtiä, ellei kognitiivinen puoli ole toteutunut

2) Yleiset näytölliset seikat: 18

- 4: ei ole kokemussääntöä, jonka mukaan x
- 4: ei havaittavissa olevaa syytä niin vakavaan tekoon kuin toisen surmaamiseen
- 4: on tullut esiin motiivi, joka sopii huonosti yhteen dolus eventualiksen kanssa
- 6: muu kaukainen tai selvästi rajallinen motiivi

3) Tekotilanteeseen liittyvät seikat: 19

- 5: välttämistoimet
- 1: muu käyttäytyminen, joka ilmentää tahtoa välttää kuolema
- 4: toiminta teon jälkeen
- 2: täytäntöönpanotoimen lyhytkestoisuus
- 1: tapahtuman epätavallisuus
- 2: luottamus uhrin/kolmannen seurausta estävään toimintaan
- 1: tekijä on voinut pitää seurausta epätodennäköisenä
- 1: laiminlyödyn teon mahdottomuus
- 2: vaaran aliarviointi tietämättömyyden vuoksi

4) Tekijän psyyke: 33

- 8: affekti, spontaanisuus
- 9: humala
- 3: huumeet/lääkkeit
- 6: psyykkiset ongelmat
- 2: nuoruus
- 3: kypsymättömyys
- 1: outo käyttäytyminen
- 1: ylikuormittuneisuus tekotilanteessa

5) Volitiivisia seikkoja? 7

- 3: tekijän ja uhrin välinen suhde
- 4: tekijän aiempi käyttäytyminen

5.3.3.5 BGH ei hyväksynyt syytteen hylkäävää ratkaisua

Eräissä ratkaisuissa on ollut kyse siitä, että alempi oikeusaste on hylännyt surmaamistahallisuuteen perustuvan syytteen, mitä tuomiota BGH taas ei ole hyväksynyt. Kokonaiskuvan täsmentämisen vuoksi käsittelen lyhyesti näitäkin tilanteita.

BGH U 28.4.1994 – Molotov cocktail I. Äärioikeistolaisesti orientoitunut 24-vuotias A oli tehnyt ”strategisen suunnitelman” turvapaikanhakijoiden karkottamiseksi kotipaikkakunnaltaan. Lähtökohtana oli hyökkäys kolmikerroksista turvapaikanhakijoiden taloa vastaan. Huoneet piti sytyttää tuleen polttopulloin. Mahdollinen puolustautuminen piti murtaa. Talossa oli noin 100 henkilöä, joista osa oli lapsia. Hyökkääjiä oli 30–40, osa huomattavasti alkoholin vaikutuksen alaisena. A itse jäi hyökkäyksen fyysisen toteuttamisen ulkopuolelle, koska arveli poliittisen toimintansa takia kuuluvansa potentiaalisten epäiltyjen joukkoon. Kello 23 aikaan toteutetussa hyökkäyksessä Molotov cocktailit kimposivat seinistä tai eivät syttyneet, joten talon sisällä ei syttynyt paloja, eikä henkilövahinkoja syntynyt.

LG: vaarallisen pahoinpitelyn yritys ym. 3 vuotta vankeutta. BGH 28.4.1994: A tunsi polttopullojen vaikutuksen yleensä samoin kuin sen vaarallisen tavan, jolla niitä oli tarkoitus käyttää. Spontaaniteosta, jossa psyykkiset seikat, alkoholi-

li tai kontrolloimattomat tunteenpurkaukset voisivat vaikeuttaa vaaran arviointia, ei ollut kyse. Päinvastoin teko oli suunniteltu. Myös volitiivisen momentin näkökulmasta teon hengenvaarallisuus on merkittävä indisio. Tappaminen edellyttää kuitenkin korkean pidäkekynnyksen ylittämistä, joten hyväksyminen edellyttää huolellista tutkimista. Arviossa tulee tarkastella seikkoja, jotka puhuisivat sen puolesta, että teon vaarallisuudesta huolimatta tekijä olisi luottanut siihen, ettei kukaan kuole hyökkäyksen seurauksena. Luottamus seurauksen jäämiseen syntymättä ei lähtökohtaisesti ole käsillä, jos vaara on mielletty niin suureksi, että vain onnellinen sattuma voi estää seurauksen. Onko näin tilanteessa, jossa asuttuun rakennukseen kohdistetaan polttopulloisku, ei voida yleisesti sanoa, vaan se riippuu olosuhteista, kuten talon materiaalista, pakomahdollisuuksista, hyökkäysajankohdasta ja sen toteuttamisen tavasta. Tässä tapauksessa sitä vaaraa, että tuli yllättäisi uhrin nukkumasta, ei juuri ollut, sillä tekijät aikoivat järjestää ”jättirysäyksen”. Vaaran näkökulmasta merkittävää oli myös mm. ylempien kerrosten asukkaiden mahdollisesti pienemmät pakomahdollisuudet ja suuri paniikinvaara. Ei ole erityisen lähellä olettaa, että tekijä, joka ei voinut kontrolloida hyökkäyksen tapahtumia, olisi luottanut vakavasti eikä vain heikosti siihen, ettei kukaan kuole. Volitiivisen momentin kannalta on myös tarkasteltava tekijän motiivitilaa. Hyväksyminen voi puuttua etenkin silloin, kun tekijän näkökulmasta ei ole havaittavissa mitään syytä niin vakavaan tekoon kuin toisen tappamiseen. Tilanteissa, joissa tahallisuuden alin aste ei ole ollut käsillä, on voinut olla kyse tapauksista, joissa tekijä on suhtautunut uhriin ystävällisesti tai, lukuun ottamatta hetkellistä suuttumustaan, ainakin neutraalisti. Näin ei ole tässä tapauksessa. Vastaajalle oli samantekevää, minkälaisia palovammoja uhrin ehkä saivat, ja hänen käyttäytymisensä ilmentää vihamielisyyttä ja halveksuntaa tätä henkilöpiiriä kohtaan.

Esiin tulevat kääntäen samantyyppiset seikat kuin tilanteissa, joissa syyksilukevaa tuomiota ei ole pysytetty. Menettelyn hengenvaarallisuus on jälleen merkittävä indisio, sekä kognitiivisen että volitiivisen puolen kannalta. Kyse ei nyt ollut humalaisen selittämättömästä affektiteosta, vaan ennalta suunnitellusta menettelystä. Seurauksen jättäminen sattuman varaan on usein tahallisuuden kannalta melkoisen merkittävää. Kun 30–40 osin alkoholin vaikutuksen alaisista hyökkää polttopulloin 100 henkilön, mm. lapsien asuttaman talon kimppuun, ei ole lähellä olettaa, että hyökkäyksen suunnittelija olisi vakavasti eikä vain heikosti luottanut siihen, ettei kukaan kuole. Volitiivisen elementin puolesta puhuivat myös puhtaasti volitiiviset seikat, joten niiden merkitys ei rajoittune ”positiiviseen luonnetodisteluun” tms. tahallisuusratkaisun hylkäävään argumentaatioon.

Lähikuukausina BGH otti kantaa myös kahteen muuhun Molotovin cocktail-tapaukseen. Kummassakaan BGH ei hyväksynyt syytteen hylännyttä tuomiota. Tosin BGH on kaikissa näissä ratkaisuissa korostanut, että kyse on kokonaisar-

vioinnista, eikä tällaisen tapauksen tekijän tahallisuutta voida arvioida pelkän (muotoilultaan yleiseksi jäävän) tekotyypin valossa²⁴⁵.

Myöskään seuraavassa ratkaisussaan BGH ei pysyttänyt LG:n syytteen murhan yrityksestä hylkäävää tuomiota.

BGH B 7.7.1999 – kaasutapaus. A, joka aiemmin oli uhannut keksivänsä jotain hurjaa, oli yöllä kello 2.30 aikaan tunkeutunut entisen naisystävänsä D:n asuntoon. A oli keittiössä irrottanut kaasuhellän kaasuputken ja varmuusventtiilin, jolloin kaasu pääsi vapaasti virtaamaan keittiöön, minkä jälkeen hän poistui asunnosta. Kaasu ei sinänsä ollut myrkyllistä, mutta saattoi johtaa tukehtumiseen, minkä lisäksi kipinä olisi voinut johtaa kaasu-ilma-seoksen räjähtämiseen. Objektiivisesti tukehtumisriskiä ei ollut, sillä makuuhuoneen, jossa D ja tämän kakisivuotias tytär nukuivat, ovi oli kiinni ja ikkuna raolleen. D:n veli tuli yllättäen kello 2.45 aikaan, huomasi kaasunhajun ja herätti sisarensa, joka pani kaasun pääkatkaisijasta kiinni. LG oli BGH:n mukaan saattanut asettaa surmaamistahallisuuden alimmalle asteelle liian korkeat vaatimukset. Seurauksen todennäköisyys ei yksin ole ratkaiseva, vaan huomioon on etenkin volitiivisen puolen kohdalla otettava tekijän persoonallisuus ja tapahtumainkulkukku. Jos D:n veli ei sattumalta olisi tullut asuntoon, olisi suurja määriä kaasua levinnyt asuntoon ja taloon. Tällainen teko on omiaan saattamaan talon asukkaat hengenvaaraan, mikä on yleisesti tiedossa. Sitä, miksi tekijä ei olisi ymmärtänyt tätä, ei ole käsitelty. Ratkaisevaa ei ole, millä tavoin teosta A:n käsityksen mukaan saattoi seurata räjähdys. Mikäli tekijä on tiennyt tekonsa erityisen vaarallisuuden, ei ”toive” siitä, että kaasu ei räjähdä, poista seurauksen hyväksymistä. Myöskään sitä, miksi hän olisi luottanut siihen, etteivät D ja hänen tyttärensä tule vahingoittumaan, ei ollut käsitelty.

Pidäkekyynsoppiin sisältyy mielenkiintoinen raja. Siitä puhutaan yleensä (äärimmäisen) vaarallisten väkivallanteiden yhteydessä. BGH ei vuodelta 1991 olevassa mopotapauksessa näytäkään haluavan soveltaa oppia laiminlyönteihin.

BGH U 7.11.1991 – mopo. A ajoi 19.30 aikaan lievää ylinopeutta 50 km/h alueella. Epähuomiossa hän joutui tien vasemmalle puolelle ja törmäsi jarrutuksesta huolimatta vastaan tulleeeseen mopoon. Mopon 15-vuotias kuljettaja B lensi auton tuulilasiin ja siitä tien viereiselle niitylle. A pysäytti noin 40 metrin päähän, kulki ensin lyhyen matkaa kohti onnettomuuspaikkaa mutta kääntyi kuitenkin ympäri ja ajoi pois. Asukas oli kuullut törmäyksen äänen ja B:n tuskanhuudot. B pääsi hoitoon. A vietti yön autossaan. Kello 9.20 toimitettu alkoholitestit oli negatiivinen.

LG: vammantuottamus ja liikennepako 1 vuosi 3 kuukautta ehdollisena. BGH 7.11.1991: Yleisen elämäkokemuksen mukaan kuljettaja ei silloinkaan, kun hän tietää toisen loukkaantuneen pahoin, lähde ainoana mahdollisuutena siitä, että tämä on jo kuollut, niin kauan kuin hän ei ole varmistunut tämän kohtalosta.

²⁴⁵ Ks. BGH 7.6.1994 – Molotovin cocktail II ja BGH 14.7.1994 – Molotovin cocktail III. Varhemmassa polttopullotapauksessa BGH 13.5.1983 BGH ei hyväksynyt alemman oikeusasteen ratkaisua, jossa surmaamistahallisuuden oli katsottu olleen käsillä. LG ei ollut tahallisuusarviossaan riittävästi tarkastellut tekijän psyykeä koskevia näkökohtia.

Kuljettaja, joka ei ole varmistunut toisen kohtalosta, voi hyvin pitää samanaikaisesti sekä tämän kuolemaa että elossaoloa mahdollisena. Oikeuskäytännössä tosin edellytetään erityisen vaarallisen menettelyn tapauksissa tahallisuuden alimman asteen näytön yhteydessä subjektiivisen puolen erityisen kriittistä tutkimista. Suhteessa surmaamistahallisuuden edessä olevaan pidäkekynnykseen tämä koskee kuitenkin erityisesti vaarallisia väkivallantekoja ilman havaittavaa surmaamismotiivia. Laiminlyöntitilanteissa ei surmaamistahallisuuden edessä yleisesti ole samanlaista psykologista pidäkekynnystä kuin aktiivisissa teoissa. Varsinkin tilanteissa, joissa tekijä moitittavan edellä käyneen menettelynsä jälkeen laiminlyö toisen auttamisen, tämä psykologinen momentti ei saa jalansijaa tyyppillisen vastakkaisen itsesuojelumotiivin vuoksi. Näissä tapauksissa surmaamistahallisuuden alin aste tulee myös silloin kysymykseen, kun seuraus on tekijälle epätoivottu mutta hän on kuitenkin, välttyäkseen tulemasta havaituksi ja voidakseen paeta onnettomuuspaikalta hyväksynyt seurauksen siinä mielessä, että hän on tietoisesti mukautunut siihen.

Voidaan kysyä, merkitseekö tämä tahallisuuskynnyksen alentamista epävarsinaisen laiminlyönnin tilanteessa. Vaikuttaa siltä, että normipremissi sinänsä pysyy samana. Pidäkekynnys vaikuttaa etenkin näyttöön liittyvältä konstruktiolta²⁴⁶.

5.4 YHTEENVETOJA SAKSAN TAHALLISUUSOIKEUSKÄYTÄNNÖSTÄ

Kuten Suomessa, on Saksassakin valtaosa ratkaisuista henkirikosten alueelta. Varsinaisia tahallisuusratkaisuja on muista rikoksista vähän. Toisaalta tätä rikoskohtaista vertailua haittaavaa tekijää lieventää jossain määrin se, että ainakin muodollisesti, normipremissin tasolla, Saksan oikeuskäytäntö näyttää seuraavan melko yhtenäisesti samaa tahallisuusmallia. Kyseistä mallia sovelletaan sekä seuraus- että olosuhdetunnusmerkkeihin, ainakin silloin, kun kyseessä ovat deskriptiiviset tunnusmerkit. Tätä mallia voidaan kutsua hyväksymisteoriaksi (*Biligungstheorie*). Sen mukainen tahallisuus on käsillä, kun tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena eikä aivan kaukaisena ja on hyväksynyt

²⁴⁶ BGH sovelsi pidäkekynnysoppia surmaamistahallisuutta arvioidessaan kuitenkin HIV I -jutussa, jossa ei ollut kyse väkivaltaisesta teosta, mutta teosta kylläkin. *Mühlbauer 1999* s. 143–144 näkee moporatkaisussa oikeustilan muutosta, sillä hän katsoo, että kanavatapauksessa vuodelta 1982 pidäkekynnysoppia olisi asiallisesti sovellettu laiminlyöntiin, vaikkakaan siinä ei puhuttu pidäkekynnyksestä. *Hassemer 1992* s. 525 pitää mopotapauksessa lausuttua pidäkekynnysopin konkretisointina.

tunnusmerkistön toteutumisen tai tavoitteensa vuoksi ainakin mukautunut siihen. Volitiivinen elementti ei ole käsillä, kun tekijä on vakavasti eikä vain heikosti luottanut siihen, ettei tunnusmerkistö toteudu²⁴⁷.

Jo RG sovelsi volitiivista tahallisuuden alimman asteen rajanvetotapaa. Vuonna 1955 BGH antoi tärkeän nahkahihnaratkaisunsa. Sen keskeisenä sanomana on pidetty sitä, ettei tahallisuuden alinta astetta poissulje se, että seuraus oli tekijälle ei-toivottu. Hyväksyminen oikeudellisessa merkityksessä on käsillä, kun tekijä tavoitteensa saavuttamisen vuoksi mukautuu tunnusmerkistön toteutumiseen. Tilanne on yksinkertaistaen saatettu nähdä suunnilleen sellaisena, että tahallisuus ei edellytä tunneperäisen elementin toteutumista, mutta riittävää ei ole pelkkä mieltäminen. BGH:n oikeuskäytäntöä on pidetty melko yhtenäisenä ainakin mitä tulee normipremissiin ja yleisiin linjoihin.²⁴⁸

Mainittua hyväksymistä oikeudellisessa mielessä on kuitenkin pidetty kielellisesti vähintäänkin ontuvana käsitteenä; hyväksymisestä ei katsota jäävän paljoa jäljelle, jos ei-toivottukin voi olla hyväksyttyä. Pitäisi mieluummin käyttää kohdettaan paremmin kuvaavaa käsitettä.²⁴⁹ Volitiiviseen elementtiin kriittisesti suhtautuvat esittävät vielä paljon kovempaa kritiikkiä oikeuskäytännön normipremissin volitiivista elementtiä kohtaan. Hyväksyminen olisi vain tyhjä käsite, jota käytetään muodon vuoksi. Kun näin olisi, on tietysti kysyttävä, mikä funktio elementillä todellisuudessa sitten olisi.²⁵⁰ Volitiivisen momentin erään jyrkän kriitikon Puppen mielestä rajanveto onkin täysin BGH:n käsissä. Epämääräisiä käsitteitä ei Puppen mielestä ylipäättään voida käyttää muulla tavalla kuin manipulatiivisesti. Yleisesti ottaen on havaittavissa, että BGH:n käytäntö on lopputu-

²⁴⁷ Ks. myös *Mühlbauer* 1999 s. 5.

²⁴⁸ Ks. *Eser – Burkhardt* 1992 s. 85 ja *Roxin* 1997 s. 395. Ks. myös *Schroth* 1990 s. 324. *Prittwitz* ei pidä nahkahihnatapausta erityisen käänteentekeväenä; *Prittwitz* 1988 s. 487. Ks. myös *Engisch* 1955, jossa tapausta kommentoitiin tuoreeltaan. Hän näyttää pitävän nahkahihnaratkaisua surmaamistahallisuuden alaa jossain määrin laajentavana. Hypoteettinen tahtoteoria ei ole ollut kovinkaan paljoa nimenomaisesti esillä ratkaisuissa. Rossin mukaan se on kuitenkin syvällä saksalaisessa tahallisuusajattelussa, mikä taas ei hänen mukaansa ole ongelma sikäli kuin ratkaiseva kriteeri tosiasiaassa olisi mielletty todennäköisyys; *Ross* 1979 s. 111–112. Kanavatapausta on pidetty esimerkiksi hypoteettisen tahtoteorian käytöstä. Oikeuskirjallisuudessa mallin on usein katsottu asettavan tahallisuusriman liian korkealle; näin esim. *Roxin* 1997 s. 385–386.

²⁴⁹ Esim. *Geppert* 1986 s. 612 ja *Prittwitz* 1988 s. 487. *Schünemannin* mielestä volitiivisessä elementissä ei ole kyse eksaktisti kuvattavissa ja rajattavissa olevasta tietoisuusilmiöstä, vaan ”verkappte Bewertungen eines Gesamtsachverhalts, nämlich der gesamten, sich aus objektiven und subjektiven Komponenten zusammensetzenden Tatsituation und Täterpsyche”; *Schünemann* 1994 s. 267. Ks. myös *Roxin* 1997 s. 397; hän pitää hyvänä sitä, ettei jollekin teorialle ole myönnetty absoluuttista asemaa samalla kun eri malleilla katsotaan olevan merkitystä indisiona.

²⁵⁰ Rossin mielestä volitiivinen elementti on useimmiten tyhjä ja sen käyttö ”rituaalinomaista”. Volitiivisen momentin kliseenomaisella käytöllä olisi ideologinen funktio: se suojelisi sitä kuvitelmia, että kaikki syyllisyys lähtee pahasta tahdosta tai ainakin jostakin siihen rinnastettavasta emotionaalisesta suhtautumisesta. Rajanveto perustuisi pitkälti todennäköisyystahallisuuteen. *Ross* 1979 s. 79–114, erityisesti s. 113.

loksiltaan melko onnistunutta. Normipremissiin kriittisesti suhtautuvan näkökulmasta tämä seuraa pikemminkin hyvästä intuitiosta kuin normipremissistä.²⁵¹

Ratkaisuissa joka tapauksessa painotetaan sitä, että volitiivinen puoli on tahallisuuden itsenäinen elementti. Tahallisuus ei seuraa pelkästä mahdolliseksi mieltämisestä. Kognitiivista puolta voidaan kuitenkin hyödyntää myös volitiivisen puolen arvioinnissa.

Oikeuskäytäntö ymmärtää volitiivisen elementin kääntöpuoleksi tiedostetun tuottamuksen edellytyksen, jonka mukaan tekijä on (vakavasti eikä vain heikosti) luottanut siihen, että tunnusmerkistö ei toteudu. Dolus eventualiksen volitiivinen elementti ja tiedostetun tuottamuksen mainittu kriteeri ymmärretään oikeuskäytännössä jokseenkin komplementaariksi; se, joka ei ole (vakavasti) luottanut -p, on mukautunut seurauksen syntymiseen. Luottamus -p sisältää prima facie melko vahvastikin kognitiivista ainesta. Tämä tekee tiettyä oikeutta äsken mainitulle volitiivisen elementin kritiikille – kognitiivinen on myös volitiivisessä kriteerissä esillä. Samalla pitäisi tosin myös tuoda esiin, että pelkkä mahdollisena pitäminen ei suinkaan ole tahallisuuden riittävä kriteeri.

Havaintojeni mukaan komplementaarisuus näyttäisi liittyvän ennen kaikkea juuri seuraukseen mukautumiseen (sich mit dem Erfolg abfinden). Ennen kaikkea seuraukseen mukautuminen näyttäisi vastaavan ”hyväksymistä oikeudellisessa mielessä” (Billigung im Rechtssinne), joka on lähtöisin nahkahihnaratkaisusta BGH 22.4.1955. Todellinen hyväksyminen saattaisi olla hyväksymisen jonkinlainen ydinalue, ja seuraukseen mukautuminen tai hyväksyminen oikeudellisessa mielessä taas teorian mukaisen hyväksymisen raja-alue. Välinpitämättömyys seurauksen synnystä toteuttaa volitiivisen elementin vaatimukset. Se, onko siinä kyseessä pikemminkin varsinaiseen hyväksymiseen vai oikeudellisessa mielessä tapahtuvaan hyväksymiseen rinnastettava tilanne, ei ehkä ole yleisesti sanottavissa.²⁵²

²⁵¹ Schünemann 1994 s. 271–272. Ei ole harvinaista, että tutkija katsoo oikeuskäytännön ratkaisulinjan olevan selitettävissä hänen kehittämänsä tahallisuusmallin näkökulmasta; ks. esim. Schünemann, joka juuri mainitussa kohdassa katsoo BGH:n soveltaneen hänen typologista tahallisuusmalliaan ja vaikkapa Schroth 1990 s. 324, jonka mukaan surmaamistahallisuuskäytäntö sopii hyvin hänen malliinsa, jossa lähdetään siitä, että tahallisuus edellyttää tunnusmerkistötekijöiden omaksumista (”Aneignung”).

²⁵² Välinpitämättömyyden relevanssia koskevat käsitykset eivät ole täysin yhteneväiset; niinpä esimerkiksi Eser – Burkhardt 1992 s. 85 näyttävät katsovan, tukeutuen pakotapaukseen vuodelta 1968, ettei välinpitämättömyys riittäisi volitiiviseksi momentiksi. Schünemann 1991 s. 117 puolestaan katsoo, että oikeuskäytännössä on jo pitkään sovellettu todennäköisyys- ja välinpitämättömyysteorioiden kombinaatiota. Pakotapauksen sanoma näyttäisi olevan, että yleinen välinpitämättömyys ei toteuta vaadittua volitiivista elementtiä, eikä myöskään välinpitämättömyys tilanteessa, jossa tekijä luottaa -p. Välinpitämättömyys on ollut esillä myös kahdessa uudemmassa tapauksessa, vuoden 1994 olutpullotapauksessa ja vuoden 1995 raiskaustapauksessa. Molempien sanoma on mielestäni se, että ilmeiselläkään välinpitämättömyydellä ei voida kompensoida kognitiivisella

Komplementaarisuuden ajatuksesta – etenkin siis tunnusmerkistön toteutumiseen mukautumisen ja luottamus -p:n välillä – seuraa, että tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajaa voidaan lähestyä rajan kummaltakin puolelta. Voi olla – ja tähän voi perustua tällaisen mallin eräs vahvuus – että tiettyä esille tullutta seikkaa voidaan paremmin tarkastella yhdestä suunnasta (puhuuko seikka sen puolesta tai sitä vastaan, että tekijä oli mukautunut siihen, että seuraus syntyy?) tai toisesta (puhuuko seikka sen puolesta tai sitä vastaan, että tekijä oli luottanut siihen, ettei seuraus synny?). Jos näin on, on tahallisuuden selvittämiseksi tavallaan enemmän kiinnityspintaa. Esimerkiksi hirttoleikitapauksessa BGH:n mielestä oli relevanttia, että tekijät halusivat vain tiettyä, joskin vaarallista, peliä. Tällainen tavoite oli huonosti yhteensopiva sellaisen oletuksen kanssa, että tekijät olisivat mukautuneet jonkun kuolemaan leikin seurauksena. Edelleen oli relevanttia, että tekijät olivat erehtyneet tosiseikoista tavalla, joka sai heidät aliarvioimaan leikin vaarallisuutta: he olivat luulleet, että hirttämässä kuolema perustuu tukehtumiseen eivätkä tienneet, että se voi seurata myös niskan katkeamisesta. On uskottavaa, että tekijät olivat näissä oloissa uskoneet, ettei ”hirtettävä” kuole menettelyn seurauksena. Kun otamme huomioon molemmat mainitut näkökohdat, voimme melko hyvin perustein lokeroida tapauksen ei-tahalliseksi hyväksymisteorian näkökulmasta.

Surmaamistahallisuutta pidetään jossain määrin erityisenä tahallisuutena. Tämä johtuu BGH:n 1970-luvulta lähtien henkirikoksissa soveltamasta pidäkekynnsopista. Pidäkekynnsoppi lähtee kuitenkin hyväksymisteorian pohjalta. Voidaan keskustella siitä, onko pidäkekynnsopissa kyse jonkinlaisesta materiaalisesta erityistahallisuudesta tai hyväksymisteorian konkretisoinnista ja/tai ehkä näytöllisestä mallista. Opissa lähdetään eräänlaisesta tahallisuuspresumtiosta: on lähellä olettaa, että erittäin vaarallisen väkivallanteon tekijä on havainnut kuoleman mahdollisuuden ja hyväksynyt seurauksen. Tappaminen edellyttää kuitenkin korkean pidäkekynnyksen ylittämistä, ja tuomioistuimen on arvioitava kaikkia sellaisia seikkoja, jotka mahdollistavat sen, että tekijä ei ehkä kuitenkaan ymmärtänyt tekonsa hengenvaarallisuutta tai ainakin uskoi seurauksen jäävän syntymättä.

puolella mahdollisesti olevia puutteita. Varsinkin raiskaustapauksessa välinpitämättömyyden riittävyys volitiiviseksi elementiksi tulee selvästi ilmi BGH:n lausussa: ”Eine Gleichgültigkeit, bei der dem Täter alles, was mit dem Opfer geschieht, also auch dessen Tod, ’recht ist’, kann allerdings das zum bedingten Vorsatz gehörende Willenselement der Billigung sein; das trifft indessen nur zu, wenn der Täter mit der Möglichkeit, daß als Folge seines Handelns der Tod des Opfers eintreten könne, gerechnet hat, also das Wissenselement des bedingten Vorsatzes gegeben ist.” Sitaatti ilmentää myös *Billigungin* asemaa tietynlaisena yläkäsitteenä; välinpitämättömyyden sanotaan voivan toteuttaa hyväksymisen volitiivisen momentin. Välinpitämättömyys näyttää siis olevan ikään kuin eräs hyväksymisen alalaji, kuten seuraukseen mukautuminenkin, joka on hyväksymistä oikeudellisessa mielessä.

Kun ensin esitetään tahallisuuspresumtio ja sitten kuitenkin kiinnitetään arvio tiukasti tekijään, voitaisiin ajatella, että tämän mutkittelun lopputuloksena olisi tavallinen tahallisuusvaatimus. On kuitenkin katsottu, että pidäkekynnsoppi merkitsee tahallisuusriman nostamista niissä tapauksissa, joissa sitä sovelletaan – toisin sanoen ennen kaikkea henkirikoksissa, joihin liittyy affekti ja usein humala. Eräs kiinnostava kysymys on surmaamistahallisuuskynnystä nostavan pidäkekynnsopin suhde yleistä tahallisuuskynnystä mahdollisesti laskeneeseen oppiin hyväksymisestä oikeudellisessa mielessä. Jälkimmäisessä näyttäisi olevan kyse selkeästi normipremissistä, kun taas pidäkekynnsopin luonnehdinta on ongelmallisempaa, joskin tosiasiallisesti sen merkitys näyttäisi olevan lähinnä näytöllinen.²⁵³

Pidäkekynnsoppia on kritisoitu. Sitä on pidetty ensinnäkin psykologisesti epäloogisena. Jos tappaminen edellyttäisi suuremman pidäkekynnyksen ylittämistä, ei tekijä olisi ryhtynyt tekoon: teko osoittaa juuri sitä, että pidäkkeet ovat pettäneet.²⁵⁴ On pidetty vaikeasti perusteltavissa olevana, että oppia sovelletaan vain tekoihin, ei sen sijaan laiminlyönteihin²⁵⁵. Ei ehkä myöskään ole (ainakaan empiirisesti) itsestään selvää, että hengenvaaraan nähden ei olisi korkeaa pidäkekynnystä (vaarallinen pahoinpitely henkeä vaarantavan käsittelyn kautta), hengenmenoon nähden kyllä²⁵⁶. Kaiken kaikkiaan onkin arveltu, että kyseessä on etenkin affektitekojen jonkinasteinen privilegiointi jostain syystä. Puppen mielestä malli johtuu siitä, että affektia ei oteta lainsäädännössä riittävästi huomioon, jolloin siitä on tullut tahallisuuden alimman asteen yhteydessä vaikuttava tekijä.

²⁵³ Tämä taas saattaisi merkitä erilaisia näytöllisiä vaatimuksia eri rikostyyppien tahallisuuskysymyksissä. Periaatteessa kaikkia rikoksia – myös niihin sisältyvää subjektiivista puolta – koskee täyden näytön vaatimus. Kuitenkin tunnustetaan, että de facto subjektiivisen puolen näyttäminen on vähintäänkin työläämpää kuin objektiivisten kysymysten. Ehkä asia liittyy siihen, että väärän päätöksen haitta on surmaamistahallisuuden kohdalla erityisen suuri.

²⁵⁴ *Schiinemann* 1991 s. 116 ja 1994 s. 273. *Mühlbauer* 1999 s. 31–38 ja 50–51 lähtee siitä, että jonkinlainen pidäkemekanismi on olemassa toisen surmaavaan tekoon nähden. Epäselvää kuitenkin on, onko kyseinen ominaisuus synnynnäis-biologinen vai psykologinen ja opittu (normien, esimerkiksi kymmenen käskyn kautta). Tämä pidäkekynns on luonteeltaan kokemussääntö ja sellaisenaan tietyssä määrin revisiotuomioistuimen kompetenssiin kuuluva kysymys. Surmaavaan tekoon nähden kynns on Mühlbauerin mielestä täytetyn teon osalta ylitetty. Sikäli taas kun pidäkekynns ilmenee oman teon jälkikäteenä torjumisena, ei sillä enää ole tahallisuuden kannalta merkitystä. – Epäselvyyttä voi aiheutua opin hiukan horjuvasta muotoilusta; toisinaan korkea pidäkekynns liitetään surmaamistahallisuuteen (esim. BGH 8.3.1988 – lyhyt kuristaminen I ja 4.11.1988 – HIV I), toisinaan kuoleman hyväksymiseen (BGH 25.11.1987 – lapsi (kädensyrjä)) ja toisinaan surmaamiseen (BGH 19.7.1994 – olutpullo) tai henkirikoksiin (BGH 7.7.1992 – lyhyt kuristaminen II).

²⁵⁵ *Roxin* 1997 s. 397–398: ”Daß man demnach bei bloßem Unterlassen schneller zum Totschläger werden soll als bei lebensgefährlichem aktiven Tun, leuchtet wenig ein.” Huomioon on otettava sekin, että rajanveto teon ja laiminlyönnin välillä voi olla vaikeaa.

²⁵⁶ Ks. myös *Mühlbauer* 1999 s. 171.

Menettely ei ole aivan väärin sikäli, että affektissa ja humalassa tekijän mieltäminen ei useinkaan ole samantasoista kuin selvänä. Mikäli affekti ja humala ovat vaikuttaneet vaadittavaan mieltämiseen, on oikein ottaa asia huomioon tahallisuuden yhteydessä. Muilta osin affektin huomioon ottamisen tapa ei ole tahallisuusarviossa²⁵⁷. On kuitenkin toisaalta huomautettu, ettei affekti ole ollut pidäkekynnsopin soveltamisen välttämätön edellytys, eikä opin soveltamisessa muutoinkaan liene rajoituksia lukuun ottamatta laiminlyöntitilanteita²⁵⁸. BGH ei siis kuitenkaan aina viittaa pidäkekynnsoppiin, kun kyseessä ei ole laiminlyönti. Eräs mahdollinen selitys tälle on, että BGH tavoittelee opilla yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta²⁵⁹.

Puppen mielestä on haitallista, että tahallisuuden yleisenä mallina toimii tällainen affektitahallisuuskäsitelmä, joka oikeastaan merkitsee doktriinia tahallisuuden välttämisestä.²⁶⁰

Kritiikissä on paljon huomioon otettavaa. On myös huomattava, että Puppe edustaa näkemystä, jonka mukaan ”raakatiedon” pitää ratkaista tahallisuuskysymys; mitään itseä sitovaa tietoa, jota esimerkiksi Frisch painottaa, hän ei edellytä. Pidäkekynnsoppia soveltaessaan BGH viittaa usein siihen, ettei tekijä ehkä ollut havainnut menettelynsä hengenvaarallisuutta. Jos oppi on manipulatiivinen, osoittaa tämä ainakin samalla, ettei tällainen ongelma mitenkään yksinomaan liity volitiivisiin tahallisuuskäsitelmiin²⁶¹. Voidaan pohtia, liittyykö oppiin tiettyä optimismia ihmisen hyvyyden suhteen; halutaan ehkä tavallista yksityiskohtaisemmat perustelut, ennen kuin ollaan valmiit uskomaan affektiivisen

²⁵⁷ *Roxin 1997* s. 398–399 huomauttaa, että tuollaisissa tilanteissa voisi usein päinvastoin ajatella, että seuraus oli tekijälle tehoketkellä samantekevä. Tämä on varmaan totta. Toisaalta volitiivisella momentilla ei BGH:n mukaan voida korvata kognitiivisen puolen mahdollisia puutteita. Ross on arvioinut affektin merkitystä tahallisuuteen yhtäältä Tanskan ja toisaalta Ruotsin oikeudessa seuraavasti: ”Det er bemærkelsesværdigt at der således kan tillægges affektmomentet modsat vægt i de to systemer: efter svensk ret som et moment der kan begrunde eller bestyrke antagelsen af dolus eventualis, efter dansk ret som et moment der kan udelukke antagelse af den fornødne fareinsigt”; *Ross 1977a* s. 699.

²⁵⁸ *Mühlbauer 1999* s. 156–159.

²⁵⁹ *Mühlbauer 1999* s. 159–164. Pitää kuitenkin muistaa, että BGH on revisiotuomioistuin, joten sen mahdollisuudet toteuttaa yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta ovat rajalliset. Sitä paitsi merkitystä on sillä, onko oppi ylipäätään esimerkiksi normipremissiin vai näyttöön kuuluva seikka. Ei kuitenkaan ole mahdotonta, etteikö BGH sitä herkemmin viittaisi pidäkekynnsoppiin (lisä)argumenttina, mitä heikommin alempi oikeusaste on perustellut etenkin langettavan surmaamistahallisuusratkaisun. Merkitystä on luultavasti myös sillä, mihin seikkoihin muutoksenhaussa on kiinnitetty huomiota.

²⁶⁰ Affektin ja tahallisuuden suhteesta ks. myös *Schroeder 1994* s. 59–60. Myös mm. *Herzberg 2000* s. 74–78 pitää surmaamistahallisuuden alinta astetta koskevan oikeuskäytännön nykylinjaa melko vastaajaystävällisenä.

²⁶¹ *Roxin 1997* s. 399.

väkivallantekijän havainneen, että menettely voi johtaa toisen kuolemaan, ja mukautuneen tähän seuraukseen²⁶².

On myös otettava huomioon, että BGH:n ratkaisut koskevat perusteluja, eikä tiedossa useinkaan ole, miten eri tapauksissa on käynyt.

Toinen asia on, että in concreto asetettavat edellytykset voivat eri rikoksissa ja ehkä jopa saman rikostyyppin eri tyyppitilanteiden välillä vaihdella. Mitä nämä vaihtelut yksityiskohtaisemmin olisivat ja millainen osuus tällöin on yhtäältä normipremissillä ja toisaalta näytöllä lieenee vaikea sanoa ainakin ilman niitä koskevia erityistutkimuksia. On esitetty mm. sellainen käsitys, että teon liittyessä periaatteessa sallittuun ja ehkä hyödylliseenkin toimintaan, tahallisuusvaatimukset asetettaisiin korkeammalle kuin silloin, kun toiminta jo itsessään on rikkollista tai moitittavaa. Tämän tyyppiset näkökohdat voisivat vaikuttaa esimerkiksi siihen, että seuraustahallisuusvaatimus ei täyty liikenteessä helposti. Esimerkiksi alaikäisiin ryhtymisen (ikäraja) ja raiskauksen (suostumus) osalta tahallisuusvaatimusten on katsottu olevan ehkä tavallista alempana²⁶³. Eräs esiintuotu näkökohta on se, että tahallisuuden edellytykset voivat olla melko korkealla silloin, kun on mahdollista tuomita useamman kriminalisoinnin perusteella²⁶⁴.

Ross on tarkastellut saksalaista oikeuskäytäntöä ja yrittänyt verrata sitä tanskalaiseen. Eräs hänen päänäkemysnsä on se, että saksalaisessa käytännössä noudatetaan hyväksymisteorian mukaisesta normipremissistä huolimatta pitkälti mieltämisteoriaa. Rossin mielestä ruotsalaiset yrittävät todellisemmin soveltaa käytännössä normipremissinsä hypoteettista tahtoteoriaa kuin saksalaiset *Billigungstheorieta*. Tosin Saksassakin on käytäntöä, jossa hyväksymisteoriaa sovelletaan myös käytännössä. Jos Saksassa sovelletaan de facto lähinnä mieltämisteoreettista lähestymistapaa, seuraa kysymys, kuinka korkea mieltämisvaatimus sitten näkyisi asetettavan. Tähän Ross ei näytä vastaavan kovin selvästi. Yhtäältä hän katsoo, että oikeuskäytäntöä hallitsee mahdollisuusteoria eikä todennä-

²⁶² Myös Schroth näkee mallissa hyvää. Hänen mukaansa BGH:n oikeuskäytäntö on pragmaattisesti mielekästä, sillä vain kun tuomioistuinten vaaditaan käsittelevän kaikkia normipremissin kannalta merkittäviä seikkoja, voidaan taata, että normipremissiä sovelletaan oikein. *Schroth 1990* s. 325. *Mühlbauerin 1999* s. 5–14 mukaan pidäkekyynsoppi ei ole materiaallinen sisältönormi, sillä malli ei täytä tarkkarajaisuuden vaatimusta; se ei myöskään ole prosessuaalinen todistussääntö, sillä se antaa vain surmaamistahallisuuden toteamisen vähimmäisedellytykset, mutta näiden edellytysten toteutuminen ei johda automaattisesti tahallisuuteen; kyseessä on lähinnä peukalo-sääntö.

²⁶³ *Philipps 1973* s. 39 ja *Schroeder 1994* s. 51–52. Suojaikärajojen osalta tahallisuuskytymykset ovat olleet esillä muuallakin, ja eräänä ratkaisuna on ollut syyksiluettavuusvaatimuksen pudottaminen tuottamukseen. Näin on tehty esimerkiksi Ruotsissa. Tuottamusvaatimuksen puolesta on puhunut myös mm. *Greve 1983* s. 233–234. Ks. myös *Prittwitz 1988* s. 488–489.

²⁶⁴ Näin Schünemannin kiinnostava ”Staffelungstheorie”; ks. *Schünemann 1994* s. 272–273 ja 287–289.

köisyystahallisuus. Olisi kuitenkin vaikea sanoa, missä määrin saksalainen dolus eventualis menee pidemmälle kuin tanskalainen tahallisuussyksilukeminen. Toisaalta Ross näkee welzeliläisen huomioon ottamisen kriteerin merkittäväksi saksalaisessa käytännössä. Mainittua kriteeriähän Ross taas piti melko lailla samana kuin yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden vaatimuksia. Ross katsoo myös, ettei ole kuitenkaan aivan selvää, mikä lopulta määrää dolus eventualisen edellytyksiä saksalaisessa käytännössä.²⁶⁵ On huomattava, että pidäkekynsopin soveltaminen henkirikosoikeuskäytännössä, jonka on katsottu jossain määrin nostaneen tahallisuusrimaa näissä rikoksissa, yleistyi varsinaisesti 1980-luvulla eli Rossin tutkimuksen jälkeen.

Ruotsissa torjutuksi tulleen tahallisuuden määritelmäehdotuksen laatinut *Straffansvarsutredningen* on samoilla linjoilla kuin Ross. Mietinnön mukaan saksalaisessa oikeuskäytännössä ratkaisevaa on tekijän tieto. Siinä ilmaistaan myös seuraava käsitys vaadittavan mieltämisen määrästä: ”Har gärningsmannen sett följden som det mest sannolika eller till och med som lika sannolikt som dess uteblivande anses gärningsmannen ha funnit sig i följden. I praktiken blir därför det tyska eventuella uppsåtet omöjligt att skilja från ett sannolikhetsuppsåt.”²⁶⁶

Miltä saksalainen oikeus näyttää verrattuna Suomen oikeuteen? On otettava huomioon yleisten oppien uudistus, joka on voinut muuttaa oikeustilaa. Sen koko vaikutus tahallisuuskysymyksiin ei ole vielä nähtävissä. Seurauksiin sovellettava todennäköisyystahallisuus on RL 3:6:n myötä sisällöltään yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden mukainen. Sen sijaan sen sisältö aikaisemmassa oikeuskäytännössä on epäselvä. Olosuhdetahallisuuden tilanne on uudistuksen jälkeen toistaiseksi avoimempi kuin seuraustahallisuuden.

On mielenkiintoista, että hyväksymisteoria on aika lähellä sitä, mitä meillä lienee pidetty tahallisuuden ja tuottamuksen välisenä rajana rikosoikeuskomitean mietinnöstä alkaneeseen ”varsin todennäköisen” esiintuloon saakka.

Rikoslain kokonaisuudistuksessa on lähdetty siitä, että todennäköisyystahallisuus on kapeampi kuin positiivinen tahtoteoria, erityisesti välinpitämättömyys-tahallisuus. Tahallisuuden alaraja ei kuitenkaan näytä oikeuskäytännössä nousseen todennäköisyystahallisuuden valtakaudella. Mistä tämä voi johtua? ”Var-sin” todennäköinen on ollut rajakriteerinä epäselvä – mitä osoittavat jo rikosla-kiprojektin omat käsitykset sen sisällöstä – joten epämääräisyyttä sen soveltami-

²⁶⁵ Ks. Ross 1979 s. 95–114 ja 149–150, erityisesti s. 96–97 ja 113–114.

²⁶⁶ Ks. *SOU 1996a* s. 107 ja 119. Käsitys, jonka mukaan BGH muodollisesti edustaa volitiivista kantaa mutta de facto operoi vain mieltämisellä, vastaa saksalaisten kognitivistien näkemyksiä, joskaan ei vaikuta siltä, että nämä katsoisivat, että rima olisi niinkin korkealla kuin yksinkertaisen todennäköisyyden kohdalla. Sitaatissa selitetään myös *lika sannolikt* -tilanne seuraukseen mukautumisen toteuttavaksi. Mietinnön liitteen esimerkinomaisesti esitellyt tapaukset ovat nahkahihna-tapaus, pakotapaus ja kanavatapaus; *SOU 1996:185b* s. 101–102. Sekä Ross että mietintö ovat kognitiivisen tahallisuuden alimman asteen kannalla.

sessä on ollut odotettavissa. Toinen asia on signaalisanatahallisuus. Toisinaan varsin todennäköistä ei ole seuraus, vaan (vain) sen mahdollisuus. Kolmas asia on todellisen mieltämisen korvaaminen pakottavalla päättelyllä. Pakottava päätely voi sitä paitsi lipsahtaa konditionaalimuotoiseksi, jolloin ollaankin periaatteessa tiedostamattoman tuottamuksen puolella.

Todennäköisyystahallisuuden pitäisi käytännössä usein edellyttää, että teosta oli objektiivisesti varsin todennäköisesti odotettavissa kielletty seuraus. Jos näin ei ole, edellyttäisi tahallisuusvastuu sitä, että onnistutaan osoittamaan, että tekijä oli yliarvioinut seurausriskiä varsin todennäköisen tasoon asti. Uskoakseni suomalaisessa oikeuskäytännössä ei kuitenkaan välttämättä aina ole esitetty selvitystä siitä, että syytteen tarkoittamasta teosta oli ex ante vähintäänkin varsin todennäköisesti, nykyään yli 50 %:n todennäköisyydellä, odotettavissa kyseinen seuraus. Esimerkiksi lääkirintodistuksella, jossa vamma luokitellaan ”hengenvaaralliseksi”, ei ex ante varsin todennäköisyyttä toki vielä suinkaan ole selvitetty.

Merkittävää on, että suomalaisessa tahallisuutta koskevassa oikeuskäytännössä ei näytä painoa juuri pantavan sellaisille seikoille kuin humala tai affekti. Ensimmäiset prejudikaattimmeikin koskivat juuri ”humalapuukkotappoja”. Toisessa tekijä oli teon jälkeen 2,86 promillen humalassa, mikä ei estänyt todennäköisyystahallisuuden edellytysten toteutumista. Tuntuu siltä, että esimerkiksi humalan ja affektin melko vähäinen merkitys suomalaisessa tahallisuusarviossa selittyy pikemminkin kriminaalipoliittisin syin kuin todennäköisyystahallisuuden ominaisuuksista. Todennäköisyystahallisuus itsessään tuskin johtaa lähtemään siitä, että humalaiset ja affektitilassa toimivat mieltävät saman kuin selvät, harkitsevat henkilöt. Todennäköisyystahallisuuden kriteerit ovatkin ehkä oikeuskäytännössä olleet lievemmat kuin ”paperilla”.

Saksalaisessa surmaamistahallisuuskäytännössä BGH on edellyttänyt, että langettavassa päätöksessä poissuljetaan se, että tekijä affektinsa, humalansa, psyykkisten ominaisuuksiensa tai muiden syiden vuoksi oli voinut olla huomaamatta tekonsa voivan johtaa kuolemaan tai voinut luottaa siihen, ettei seuraus synny. Minulle syntyi sellainen vaikutelma, että BGH asettaa tahallisuuden perustelemiselle tässä suhteessa osin hyvinkin ankarat vaatimukset. Saksalaisessa oikeuskäytännössä on toisaalta omat kritiikille alttiit piirteensä.

On myös otettava huomioon BGH:n rooli ensisijaisesti perustelujen asianmukaisuutta kontrolloivana instanssina. Joka tapauksessa vaikuttaa siltä, että Saksan osalta voimme Suomea vähemmän puhua siitä, ”merkitseekö” tietty teko-tyyppi – esimerkiksi puukonisku vatsaan – surmaamistahallisuutta vai ei.

Tällä ei ole vielä sanottu, onko tahallisuusvastuun laajuudella suurta todellista eroa. Kummassakin maassa surmaamistahallisuudella on myös jonkinlainen erityisasema. Saksalaisten mukaan tämä erityisasema merkitsee surmaamistahallisuudelle asetettavan tavallista jossain määrin korkeampia vaatimuksia – edellyt-

tähän toisen surmaaminen BGH:n mukaan erityisen korkean pidäkekynnyksen ylittämistä. Suomessa se liittyy ainakin henkirikosten merkittävyyteen prejudikaaturissa ja siihen liittyneeseen RL 3:6:een. Olosuhdetahallisuuden tilanne on avoimempi. Yleisten oppien uudistuksen jälkeen sen sisältö riippuu merkittävästi siitä, kuinka RL 4:1:ää tullaan tulkitsemaan. Henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten alueella Saksan ja Suomen välillä on otettava huomioon myös se, että Saksassa ei ole vaaran aiheuttamista (RL 21:13) koskevaa yleistunnusmerkistöä. Tästä voi seurata, että juuri tällä kohden sääntely on meillä niin kattavaa, että ”niin haluttaessa” tapon edellyttämää tahallisuusvaatimusta ”on varaa” pitää korkealla. Tästä ei kuitenkaan seuraa, että näin todella olisi.

Tiettyä eroa saattaa olla erityiskysymyksissä, esimerkiksi epävarsinaisten laiminlyöntirikosten käsittelyssä, ainakin mitä tulee surmaamistahallisuuteen. Suomessa on katsottu, että surmaamistahallisuus on epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa harvinainen. Palmén on vuonna 1978 viitannut yhtäältä siihen, että laiminlyönti on käytännössä ajattelemattomuudesta johtuvaa eikä harkittua – seikka, joka tietysti olisi luonteeltaan yleinen eikä vain esimerkiksi Suomeen liittyvä. Toisaalta kysymys voisi olla osittain siitä, että dolus eventualiksen edellytykset nostetaan tällaisissa tapauksissa suhteellisen korkealle²⁶⁷. Saksassa laiminlyönti oli esillä julkaistuissa ratkaisuissa mm. mopotapauksessa. Surmaamistahallisuuskynnys voi Saksassa olla jopa alempana laiminlyönti- kuin tekori- koksissa sikäli kuin pidäkekynnysoppia ei sovelleta laiminlyöntitilanteisiin.

²⁶⁷ Palmén 1978 s. 97–98.

6 Englanti

6.1 YLEISTÄ

Englanti on common law -maa ja sillä on mm. osin erilainen oikeuslähdekulttuuri kuin mannermaalla. Englannilla ei ole rikoslakia. Käynnissä on kylläkin kodifikaatiohanke, jonka tavoitteena on luoda yhtenäinen rikoslaki. Rikosoikeuden reformointia varten asetettiin 1959 *Criminal Law Reform Committee* ja 1965 *Law Commission*. Osana Law Commissionin työtä ryhmä akateemisia juristeja tuotti professori J. C. Smithin johdolla ensimmäisen kodifikaatioluonnoksen vuonna 1985. Syntyneen palautekeskustelun jälkeen julkaistiin vuonna 1989 ehdotus A Criminal Code for England and Wales (Law Commission 177). Kodifikaation tarve tunnustetaan ja Law Commissionin työtä on pidetty korkeatasoisena. Pulmana on pidetty sitä, että hankkeen eteenpäin vienti on vaikeaa; parlamentti on ehkä pelännyt, että rikoslain valmistelu veisi huomattavan paljon aikaa. Law Commission on sittemmin valmistellut pienempiä osaehdotuksia.²⁶⁸

Rikoslain puuttuminen ei tarkoita sitä, etteikö Englannissa olisi säädännäistä (statutory) rikosoikeutta. Päinvastoin, sellaista kyllä on ja se on osin hyvin yksityiskohtaistakin. Säädännäinen aines on kuitenkin melko hajallaan eri laeissa.

Anglosaksinen rikosoikeus on tunnetusti pragmaattisesti painottunutta, jos sitä vertaa esimerkiksi teoreettisesti orientoituneeseen saksalaiseen rikosoikeuteen, jolle systemaattisesti linjakas rikosoikeus on kunnia-asia.

Englantilainen rikoksen rakenne jakautuu lähtökohtaisesti kahtia. Rikos edellyttää yhtäältä tietynlaista käyttäytymistä (actus reus) ja toisaalta syyllisyyttä (mens rea). Eräänlaisen kolmannen elementin muodostavat *defences* (vastuuvapausperusteet, ”puolustukset”) eli seikat, joihin vastaaja voi vedota rikosvastuusta vapautuakseen²⁶⁹.

Defence saatetaan jakaa *justificationiin* ja *excuseen* eli suunnilleen oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteisiin. Erottelulle voidaan antaa myös samankaltaista merkitystä kuin mannermaalla. Niinpä justificationin, vaikkapa itsepuolustuksen (self defence) käsilläollessa teko on oikeudenmukainen eikä sitä vastaan saa

²⁶⁸ Ks. *Molan – Lanser – Bloy 2000* s. 9–12.

²⁶⁹ Defencejen dogmaattinen asema voidaan ymmärtää eri tavoin. Ne voidaan ymmärtää rikoksen rakenteen kolmantena elementtinä tai jopa rikoksen ulkopuolisina seikkoina (haluttaessa korostaa jaottelua offence – defence); saatetaan myös haluta pitää kiinni kaksijaosta actus reus – mens rea ja sijoittaa defences jompaankumpaan niistä. Ks. *Clarkson – Keating 1998* s. 90–93.

esimerkiksi kohdistaa voimakeinoja²⁷⁰. Saatetaan toisaalta olla sitä mieltä, että defencet ovat muodostuneet sellaisiksi, ettei niitä voida luontevasti analysoida jaotteleamalla niitä justificationeihin ja excuseihin²⁷¹.

Defenceihin liittyy meidän näkökulmastamme prosessuaalisia erityispiirteitä. Vastaajan esitettyä defence-puolustuksen hänen tulee esittää jotain uskottavaa selvitystä väitteen tueksi. Kun näin on tapahtunut, syyttäjän on näytettävä ”beyond reasonable doubt”, että defence ei ollut käsillä. Syyntakeettomuuden ja vähentyneen syyntakeisuuden todistustaakka on vastaajalla, mutta näyttökynnys noudattelee siviilijuttujen todennäköisyysnäyttövaatimusta²⁷². Eräs tapa jaotella defencejä on jaottelu ”failure of proof” ja ”substantive” defenceihin. Edellisissä, joihin on voitu lukea erehdys ja juopuneisuus/huumaantuneisuus, on kyse oikeastaan väitteistä, joiden mukaan syyttäjä ei ole onnistunut näyttämään syytettä toteen; esimerkiksi erehdykseen vetoaminen merkitsee tällaisen jaottelun kannalta väitettä siitä, ettei mens reaa ole näytetty toteen. *Substantive defences* edustaisivat varsinaisia vastuuvapausperusteita (esim. hätävarjelu). Jaottelu voi teoriassa olla selvä, mutta epävarma ja muuntuva käytännössä.²⁷³

Defences voi olla yhtäältä yleinen (esim. syyntakeettomuus) tai toisaalta partikulaarinen, vain tiettyä rikostyyppiä koskeva. Defencen käsilläolosta voi seurata täysi vastuuvapaus tai osittainen vastuu, jolloin niiden vaikutustapa voi kanavoitua toisin kuin meillä. Merkittävä excuse on provokaatio (provocation). Se koskee vain murhaa (murder). Sen vaikutustapa on sellainen, että tekijää ei tuomita murhasta vaan vastuu redusoituu (*voluntary manslaughter*) rikoksi.

6.2 SYYKSILUETTAVUUS

Syyksiluettavuusvaatimus kuuluu siis mens reaan. Mens rea sisältää lähtökohtaisesti yleiset syyksiluettavuuden muodot *intentionin* ja *recklessnessin*. Joissakin rikoksissa on myös erityisiä mens rea -tunnusmerkkejä kuten ”maliciously”, ”knowingly” tai ”wilfully”. Myös eräät rikosten tunnusmerkistöjen verbit ovat sellaisia, että ne edellyttävät subjektiivista ulottuvuutta. Mens rean sisältö täytyykin tulkita rikoksittain. Intentionin ydinaluetta ovat tilanteet, joissa tekijä pyrkii aiheuttamaan jonkin mahdollisena pitämänsä seurauksen. Lisäksi intentionina on voitu pitää käytännöllistä varmuutta seurauksen syntymisestä. Reck-

²⁷⁰ Ks. Clarkson 2001 s. 77–126, erityisesti s. 77–81.

²⁷¹ Simester – Sullivan 2000 s. 537–540 ja sivulla 541: ”The present state of English law does not permit a logically-derived scheme for presenting defences. [...] all that can be done is to organise our account of defences under broad and to some extent overlapping categories.”

²⁷² Molan – Lanser – Bloy 2000 s. 18–19.

²⁷³ Simester – Sullivan 2000 s. 533–542.

lessnessin perinteinen merkitys on ollut se, että tekijä havaitsee, että teko voi toteuttaa tunnusmerkistön, ja otettu riski ei ollut oikeutettu. Karkeasti ottaen intention kattaa tarkoitustahallisuuden (ja varmuustahallisuuden) ja recklessness tahallisuuden alemmat asteet ja tiedostetun tuottamuksen²⁷⁴. Law Commissionin edellä mainitussa ehdotuksessa vuodelta 1989 on seuraava määritelmä (clause 18).

Fault

For the purposes of this Act and of any offence other than a pre-Code offence as defined in section 6 (to which section 2(3) applies) a person acts

- a) "knowingly" with respect to a circumstance not only when he is aware that it exists or will exist, but also when he avoids taking steps that might confirm his belief that it exists or will exist;
- b) "intentionally" with respect to
 - i) a circumstance when he hopes or knows that it exists or will exist;
 - ii) a result when he acts either in order to bring it about or being aware that it will occur in the ordinary course of events;
- c) "recklessly" with respect to
 - i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist;
 - ii) a result when he is aware of a risk that it will occur;
 and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk;

and these and related words (such as "knowledge", "intention", "recklessness") shall be construed accordingly unless the context otherwise requires.

Ehdotuksen mukaan "knowingly" siis kattaa sekä olosuhteesta selvillä oleminen (aware) tilanteet, että tilanteet, joissa tekijä välttää ryhtymästä toimiin, jotka osoittaisivat todeksi hänen uskomansa seikan. Jälkimmäisessä kyseessä on *wilful blindness*. Sen katsotaan useissa rikoksissa riittävän toteuttamaan tietämistä puhuvan tunnusmerkin²⁷⁵.

Yleensä kumpi tahansa, intention tai recklessness, riittää täytetyssä teossa; niinpä vahingonteko toteutuu, jos tekijällä on intention tai recklessness. Toisinaan edellytetään intentionia. Niinpä murhassa, jonka syyksiluettavuusvaatimuksen sisältöön palataan jäljempänä hiukan lähemmin, recklessness ei riitä. Vaaditaan intentionia. Sitä vastoin intentionin kohteena ei ole yksinomaan kuo-

²⁷⁴ Mens rean sanamuodon mukainen käännös on *guilty mind*. Mens rea ei kuitenkaan edellytä moraalisesti paheksuttavaa suhtautumista. Myöskään motiivit eivät yleensä kuulu mens reaan. Ks. kokoavasti *Jefferson 2003* s. 153–171. – Erityisesti recklessnessistä ks. myös *Nuutilan 1996* s. 586–596 kiinnostavaa esitystä. Siinä käsitellään myös yhdysvaltalaisista syyksiluettavuusoppia, erityisesti mallirikoslaki *Model Penal Coden* näkökulmasta. Tahallisuusopin näkökulmasta englantilaista oikeutta tutkivista pohjoismaisista esityksistä ks. *Ross 1979* s. 47–78 ja *Cavallin 1999* s. 224–256.

²⁷⁵ Ks. *Law Commission 1989b* s. 191–192 ja *Jefferson 2003* s. 159. Ehdotuksen wilful blindnessissa tekijä siis jo uskoo p, joten hän välttää vain tietoa/varmuutta p:stä.

lema, jolloin kyseessä on *express malice*, vaan myös ”intention to cause grievous bodily harm” riittää (*implied malice*)²⁷⁶.

Rikoksia, joissa intention tai recklessness riittää, saatetaan kutsua *basic intent* -rikoksiksi. Rikoksia, jotka edellyttävät intentionia, saatetaan kutsua *specific intent* -rikoksiksi. Joissain rikoksissa saatetaan vaatia tiettyä intentionia, jonka objektiivista toteutumista ei kuitenkaan edellytetä (*ulterior intent*)²⁷⁷.

Vaikka recklessness yleensä riittää täytetyssä teossa, näin ei kuitenkaan välttämättä ole laita yrityksessä. Criminal Attempts Act 1981 section 1 (1) sisältää seuraavan määräyksen yrityksestä:

If, with intent to commit an offence [...] a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.

Näin ollen, vaikka täytettyyn tekoon nähden riittäisi recklessness, edellyttäisi yritysvastuu kuitenkin intentionia. Tätä on perusteltu mm. sillä, että ”yrittäminen” normaalikielinen merkitys edellyttää intentionia. Korkealla syyksiluettavuusvaatimuksella saavutetaan myös tiettyä läheisyyttä täytettyyn tekoon ja kompensoidaan sitä, että rikos on objektiivisen puolen osalta täytettyä rikosta vähäisempi. Tämä intention-vaatimus on koskenut lähtökohtaisesti yrityksen kaikkia tunnusmerkkejä. Tiukimmin siitä on kuitenkin pidetty kiinni seurauksissa. Sitä vastoin teko-olosuhteisiin nähden suuntana on ollut se, että jos recklessness on riittävä täytetyssä teossa, ei enempää ole vaadittu yrityksessäkään²⁷⁸. Murhan yrityksessä tiukennettu syyksiluettavuusvaatimus näkyy siinä, että vain intention suhteessa kuolemaan riittää, ei sen sijaan implied malice.

Recklessnessiä vähäisempää syyllisyyttä osoittaa *negligence*. Se ei yleensä riitä rikosvastuuseen. Voidaan keskustella siitä, voidaanko negligenceä kutsua mens rean kolmanneksi muodoksi. Kun se ei yleensä riitä rikosvastuuseen ja kun siinä ei ole kyse actus reukseen liittyvästä syyllisyyttä ilmentävästä mielentilasta (state of mind) vaan pikemminkin sellaisen puuttumisesta, saatetaan negligenceä

²⁷⁶ Jos murhan intention-vaatimuksen täyttävään tekoon liittyy provokaatio, tekijä oli alentuneesti syyntakeinen tai kyseessä oli itsemurhasopimus (”suicide pact”), rikos redusoituu voluntary manslaughteriksi. Jos taas henkirikoksessa selostettu intention-edellytys ei toteudu, voi kyseessä olla involuntary manslaughter. Ks. esim. yhteenvetoa *Ashworth – Mitchell 2000* s. 4.

²⁷⁷ Näin mm. *Clarkson 2001* s. 110–112 ja 172–173. Basic intent – specific intent -jaottelulla on merkitystä mm. juopumuksen vaikutuksen kannalta, ks. jaksoa 6.6. Käytävä keskustelu intentionin sisällöstä saattaa jossain määrin heijastua terminologiaan. Jotkut saattavat ymmärtää specific intentillä intentionin ydinosaa, toimimista ”in order to”. Ulterior-intentia pidetään yleensä specific intentinä. Ks. *Duff 1990* s. 40, 104 ja 193, *Clarkson – Keating 1998* s. 410–419, *Molan – Lanser – Bloy 2000* s. 74–76 ja *Smith – Hogan 2002* s. 86–88. Ks. myös *Cavallin 1999* s. 224–227.

²⁷⁸ *Clarkson 2001* s. 126–129.

mieluummin pitää mens rean ulkopuolelle jäävänä erityisenä syyksiluettavuuden muotona.²⁷⁹

Objektiivinen vastuu (*strict liability*) ei ole vierasta englantilaiselle rikosoikeudelle. Päinvastoin, Englannin oikeuden yli 7 200 rangaistavasta teosta enemmän kuin puolet on *strict liability* -tekoja, joiden yhteydessä syyllisyyslementtiä ei edellytetä. *Strict liability* -rikokset ovat tyypillistä teollistuvalla yhteiskunnalle, joka tuottaa monimutkaista ja yksityiskohtaista sääntelyä. *Strict liability* -rikokset ovat pääosin lieviä rikkomustyyppisiä tekoja. Objektiiviseen vastuuseen suhtaudutaan varauksellisesti etenkin yksilön rikosvastuun yhteydessä, joskin pienissä rikkeissä sitä ei pidetä niin ongelmallisena kuin merkittävämmissä. Varauksellisuus on pienempää puhuttaessa oikeushenkilön rangaistusvastuusta. Eräissä *strict liability* -rikoksissa on alettu hyväksyä *due diligence -defence*, jolloin tällainen rikos alkaa muistuttaa tuottamuksellista rikosta.²⁸⁰

Vastuu voi toisinaan olla objektiivinen yksittäisiin tunnusmerkkeihin nähden, vaikka rikos lähtökohtaisesti edellyttäisi mens rea. Näin on esimerkiksi eräissä seksuaalirikoksissa ikärajaan nähden.

6.3 INTENTION

Koska mens reaan riittää periaatteessa intention tai recklessness, ei niiden välisellä rajanvedolla ole samaa merkitystä kuin meillä tahallisuuden ja tuottamuksen välisellä rajanvedolla. Mens rean toteutuessa syyksiluettavuuden asteella on merkitystä lähinnä rangaistuksen mittaamisessa. Eräissä tapauksissa rikos edellyttää intentionia. Tämä edellyttää rajanvetoa recklessnessiin päin. Intentionilla on itsenäistä merkitystä myös mm. yritys- ja osallisuusopeissa.

Intentionin selvään alaan kuuluu tilanne, jossa tekijä tavoittelee tiettyä seurausta. Tämä on intentionin normaalikielinen perusmerkitys. Merkittävää on se, mitä muuta intention voi kattaa. Ennen kaikkea kysymys on ollut siitä, voiko intention olla käsillä pelkästään mieltämisen perusteella. Onko toisin sanoen tunnusmerkistön toteutumisen pitäminen esimerkiksi erittäin todennäköisenä luettava intentionin piiriin? Mikäli vastaus on myöntävä, eikö sitten yhtä lailla yksinkertainen todennäköisyys voisi kuulua siihen? Tavoiteltujen seurausten yhteydessä puhutaan usein *direct intention*ista ja intentioniin mahdollisesti muuten kuuluvia tilanteita kutsutaan *oblique intention*in tilanteiksi.²⁸¹

²⁷⁹ Ks. Duff 1990 s. 155 ja Clarkson 2001 s. 71–73.

²⁸⁰ Clarkson 2001 s. 72 ja 135–143.

²⁸¹ Ks. Hartin 1968 s. 119–127 kiinnostavaa esitystä *direct* ja *oblique intention*ista. Tavoitteeseen välttämättä liittyvien edellytysten ja (sivu-) seurausten luokittelu *direct* tai *oblique intention*iin voi olla eräänlainen rajatapaus; etenkin edelliset saatetaan lukea intentionin ydinalueeseen. Kuglerin

Merkittävä on myös aineellisten kriteerien ja näytön välinen suhde. Jos intention voi tulla kyseeseen tekijän pitäessä tunnusmerkistön toteutumista erittäin todennäköisenä, onko tällöin kyse siitä, että tunnusmerkistön toteutumisen pitäminen erittäin todennäköisenä on intentionia, vai onko vain niin, että edellinen on todiste jälkimmäisestä? Edelleen merkittävää on se, miten näyttöä arvioidaan; saadaanko esimerkiksi hyödyntää objektivoivia intention-presumptioita? Onko esimerkiksi niin, että ”a man intends the natural consequences of his acts”?

Merkittävä intention-ratkaisu on *Steane (1947)*. Vastaaja Steane toimi toisen maailmansodan aikaan Saksassa näyttelijänä. Myös hänen vaimonsa ja kaksi lastaan asuivat Saksassa. Saksalaiset halusivat Steanen töihin radiolähetyskeskukseensa. Hänen kertomansa mukaan häntä uhkailtiin ja myös pahoinpideltiin. Yksi uhkaus oli se, että hänen perheensä lähetettäisiin keskitysleirille. Steane toimi sitten uutistenlukijana ja auttoi filmien teossa. Häntä syytettiin menettelystä, joka saattoi auttaa vihollista. Rikos edellytti, että teko tapahtui ”with the intent to assist the enemy”. Juryn ohjaus lähti siitä, että henkilön katsotaan tarkoittavan tekojensa seurauksia. Jos kyseessä on uhkaus (duress), joka täysin murtaa hänen tahtonsa, hänellä ei ole mitään tarkoitusta. Hänet tuomittiin mainitusta rikoksesta.

Vastaajan muutoksenhaussa lähdettiin siitä, että Steanen tarkoituksena oli ollut estää perheensä joutuminen keskitysleiriin. Kun tällainen tarkoitus on selvitetty, ei intentionia saa perustaa siihen, että henkilön katsotaan tarkoittavan tekojensa luonnollisia seurauksia. Pakottaminen oli vastuuvapausperuste, eikä siihen tullut mennä, ennen kuin syyttäjä oli näyttänyt intentionin toteen. Syyttäjän mukaan taas oli samantekevää, mikä oli ollut vastaajan motiivi tehdä niin kuin teki – oliko se ollut raha vai perheensä hyvinvointi. Motiivi oli eri asia kuin tar-

2004a mukaan oblique intention määritellään tavallisesti kattamaan tekijän käytännössä varmaksi mieltämät seuraukset. Tilanteita, joissa tavoiteltu mutta epävarmaksi mielletty seuraus johtaa toteutuessaan tekijän tietien käytännössä varmasti toiseen seuraukseen, hän kutsuu nimellä *conditional oblique intention*. Kuglerin mukaan direct intention ja oblique intention voidaan selittää moitittavuudeltaan samanarvoisiksi yhtäältä katsottaessa, että mitä todennäköisemmäksi seuraus mielletään, sitä suurempi moitittavuus on, ja käytännössä varmaksi mieltäminen vastaa moitittavuudeltaan seurauksen tavoittelemista. Toisaalta molemmissa tekijän voidaan sanoa päättäneen aiheuttaa seurauksen. Ensimmäinen peruste ei johda pitämään conditional oblique intentionia moitittavuudeltaan samanarvoisena kuin direct ja oblique intention, sillä tekijä ei tavoitellut seurausta eikä pitänyt sitä myöskään varmana. Sen sijaan jälkimmäisellä tavalla conditional oblique intention voidaan selittää moitittavuudeltaan samanarvoiseksi kuin direct ja oblique intention – kaikissa tekijä on päättänyt aiheuttaa seurauksen. Kuitenkaan ei pitäisi omaksua sääntöä, jonka mukaan aina kun oblique intention riittää rangaistavuuteen, myös conditional oblique intention olisi riittävä. Intention-vaatimus syyksiluetavuuden muotona ei kaikissa rikoksissa perustu suoraan moitittavuuden astetta koskeviin näkökohtiin. Oblique intentionin riittäessä on rikostyypeittäin tutkittava, onko myös conditional oblique intention riittävä. Kuglerin 2004b mukaan oblique intention on käsillä myös tilanteissa, jossa tekijä on pyrkinyt välttämään seurausta mutta pitää sitä käytännössä varmana – tekijä heittää lapsensa ulos palavan talon ikkunasta säästääkseen tämän hengen mutta pitäen tämän loukkaantumista käytännössä varmana. Rankaisemattomuuteen päästään vastuuvapausperusteita soveltamalla.

koitus. Menettelyn luonnolliset seuraukset huomioon ottaen oli selvää, että teko oli tehty vihollisen auttamisen tarkoituksessa. Muutoksenhakutuomioistuimien toteutti, että kun ei ole esitetty mitään vastaselvitystä tai selitystä, tekijän voidaan katsoa tarkoittaneen menettelynsä luonnollisia seurauksia. Tilanteissa, joissa tekijä oli toisten, etenkin brutaalin vihollisen voimankäytön alaisena, ei tarkoitusta saada presumoida, vaan se on näytettävä toteen. Vasta tämän jälkeen voidaan ryhtyä tarkastelemaan pakottamista, johon nähden vastaajalla on todistustaakka. Juryn ohjaus oli ollut puutteellinen ja tuomio kumottiin.

Jutun lopputulosta pidettäneen yleensä sikäli oikeana, että Steanea ei rangaitu. Tämän jälkeen mielipiteet sitten jakautuvat. Pääkysymys on, pitäisikö vastuuvapauden tällaisessa tilanteessa seurata intentionin puuttumisesta vai vastuuvapausperusteesta (duress)? Intentionin kannalta merkittävää on, mitä ”with intent to assist the enemy” tarkoittaa; edellytetäänkö direct intentionia vai riittääkö jonkinlainen mieltäminen? Jos hyväksytään oblique intention ja intention-vastuu miellettyjen seurausten perusteella ja jos sellainen riittää puheena olevan rikoksen mens rea -vaatimukseen, tekijällä luultavasti olisi tällainen intention. Jos taas olisi edellytettävä, että tekijä on toiminut vihollista auttaakseen, vaatimus tuskin toteutuisi. Tämä taas on eri asia kuin se, onko tekijä halunnut auttaa vihollista.²⁸²

Englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa merkittävimpinä intention-ratkaisuina on pidetty etenkin henkirikosratkaisuja. Tilanne on siis samantapainen kuin esimerkiksi Suomessa, Ruotsissa ja Saksassa. Luonnehdin lyhyesti henkirikosten oikeustilaa.

Englannin oikeudessa keskeinen rajanveto on tehtävä murhan (murder) ja kuoleman aiheuttamisen (manslaughter) välillä. Murhasta seuraa elinkautinen vankeusrangaistus. Se on mahdollinen myös kuoleman aiheuttamisesta, joka kuitenkin on laaja yleiskategoria kattaen tilanteita vähemmän moitittavasta kuo-

²⁸² Ks. esim. *Hart 1968* s. 125–126 ja *Smith – Hogan 2002* s. 73–74. – Steanen motiivitaustaa on kriittiseen sävyyn arvioinut *Rubin 2003*. – Duffin mukaan pitää erottaa toiminta ”with intent to cause” ja ”to cause intentionally”. Edellinen on kapeampi kuin jälkimmäinen; edellisessä toimitaan pyrkien päämäärään, jälkimmäisessä kyse voi olla miellettyistä sivuseurauksista. Esimerkiksi yrityksessä pitää (ainakin seurauksiin nähden) edellyttää edellistä. Edellisessä tavoiteltu asia on vähintäänkin osa toimijan syistä tehdä niin kuin teki. Tämän kapean *intentin* käsilläoloa voidaan selvittää epäonnistumisen testin avulla (test of failure); kysytään, pitäisikö tekijä ex ante tarkasteltavan seurauksen syntymättä jäämistä toimintansa epäonnistumisena. Hiukan samantyyppisiä kysymyksiä kuin Steanessa on esiintynyt muissakin tapauksissa. Tapauksessa *Lynch (1975)* tekijä oli hengenmenolla uhattuna kuljettanut IRA:n jäseniä paikalle, jossa eräs poliisimies tapettiin; intention suhteessa osallisuuteen henkirikokseen? Tapauksessa *Gillick (1985)* lääkäri oli määrännyt e-pillereitä 15-vuotiaalle; intention suhteessa osallisuuteen alle 16-vuotiaaseen tyttöön sekaantumiseen? Duff katsoisi, ettei jälkimmäisessä seurausta ole aiheutettu intentionally; tämä johtuisi siitä, ettei tuo rikoksen mahdollisuus kuulu lääkärille; kyseessä on siis eräänlainen sallittu riski. Jos sitä vastoin kauppias myisi ehkäisyvälineitä tietoisena niiden tuollaisesta käytöstä, hän toimisi intentionally. Ks. *Duff 1990* s. 84–87 ja 92–95. Ks. myös *Hart 1968* s. 117–118.

leman aiheuttamisesta aina murhan tuntumaan asti. Murhan ja kuoleman aiheuttamisen välinen keskeinen ero on se, että edellinen edellyttää *malice aforethoughtia*, jälkimmäinen ei. Erottava tekijä ei siten periaatteessa ole erottelu intention – recklessness. *Malice aforethoughtin* määrittelyssä merkittävä lähtökohhta on ollut seuraava Stephenin luonnehdinta vuodelta 1877:

Malice aforethought means any one or more of the following states of minds preceding or co-existing with the act or omission by which death is caused, and it may exist where the act is unpremeditated.

(a.) An intention to cause the death of, or grievous bodily harm to, any person, whether such person is the person actually killed or not;

(b.) Knowledge that the act which causes death will probably cause the death of, or grievous bodily harm to, some person, whether such person is the person actually killed or not, although such knowledge is accompanied by indifference whether death or grievous bodily harm is caused or not, or by a wish that it may not be caused;

(c.) An intent to commit any felony whatever;

(d.) An intent to oppose by force any officer of justice on his way to, in, or returning from the execution of the duty of arresting, keeping in custody, or imprisoning any person whom he is lawfully entitled to arrest, keep in custody, or imprison, or the duty of keeping the peace or dispersing an unlawful assembly, provided that the offender has notice that the person killed is such an officer so employed.²⁸³

Ensimmäisessä kohdassa on kyse intentionista, seuraavassa seurauksen pitämisestä todennäköisenä ja kahdessa viimeisessä *constructive malice* -mallista. Huomattava on, että kahdessa ensimmäisessä kohteena ei ole pelkästään kuolema, vaan vaihtoehtoisesti vakava terveysvahinko (grievous bodily harm). Tämä kriteeri on ollut relevantti murhan yhteydessä ainakin vuodesta 1803. Vuoden 1957 Homicide Act poisti constructive malicen murhan kriteereistä.

Intentionin kannalta keskeinen ratkaisu oli *Smith (1961)*. Smith ajoi erään toisen miehen ollessa kyydissä autolla, jossa oli heidän anastamaansa tavaraa. Heidät pysäytettiin normaalin liikennevalvonnan yhteydessä. Ilmeisesti havaittuaan, mitä autossa oli, poliisimies M käski Smithiä ohjaamaan autonsa sivuun. Smith lähti kuitenkin äkisti kiihdyttämään. M juoksi auton vieressä ja roikkui siinä kiinni. Reilun 100 metrin jälkeen hän putosi. Hän oli roikkuessaan osunut vastakkaiselta puolelta tullessiin kolmeen autoon, minkä jälkeen hän oli pudonnut neljännen auton eteen ja saanut vammoja, joihin hän menehtyi. S ajoi hiukan eteenpäin, heitti anastetut tavarat pois ja palasi tapahtumapaikalle.

Kysymys oli siitä, oliko S:llä ollut murhan syyksilukemiseen riittävä ”intent to cause grievous bodily harm”. Jurya neuvottiin siten, että jos vastaajan oli järkeväenä henkilönä täytynyt ajatella, että teosta todennäköisesti seuraa vakava terveysvahinko, hän oli syylistynyt murhaan. Vastaaja tuomittiin murhasta.

²⁸³ *Stephen 1877* s. 144–147.

House of Lords katsoi, että jos kielletty ja vapaaehtoinen teko oli kohdistettu johonkuhun, ei sillä ollut merkitystä, mitä tekijä oli pitänyt todennäköisenä seurauksena tai oliko hän ajatellut ollenkaan, edellyttäen, että hän oli vastuullinen teoistaan. Toisin sanoen hän oli kykeneväinen muodostamaan tarkoituksen, ei ollut syyntakeeton M’Naghten-säännön merkityksessä eikä vähentyneesti syyntakeinen. Jos hän oli vastuullinen teoistaan, ainoa kysymys oli, oliko teko sellainen, että vakava terveysvahinko oli sen luonnollinen ja todennäköinen seuraus. Tämän ainoa testi oli se, mitä tavallinen vastuullinen henkilö olisi tapauksen olosuhteissa pitänyt luonnollisena ja todennäköisenä seurauksena. Myös *House of Lords* piti tekoa murhana.²⁸⁴

Ratkaisua kritisoitiin voimakkaasti objektiivisen standardin asettamisesta intentionille²⁸⁵. Tilannetta korjasi subjektiiviseen suuntaan vuoden 1967 *Criminal Justice Act* 8 section:

A court or jury, in determining whether a person has committed an offence,
(a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but

(b) shall decide whether he did intend or foresee that result by reference to all the evidence, drawing such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances.

Objektiivinen tarkastelutapa oli ollut erityisen keskeinen aikaisemmin, koska syytetty ei ollut saanut esiintyä todistajana. Tämä kumottiin vuoden 1898 *Criminal Evidence Act*lla.

Laajaa keskustelua intentionin sisällöstä on aiheuttanut ratkaisu *Hyam* (1975).

Hyam laski, tarkoituksenaan pelotella B:tä ja häätää tämä seudulta, kello kahden aikaan yöllä jerrykannulla noin puoli gallonaa petrolia postiluukusta, työnsi sanomalehteä perään ja sytytti nämä tuleen. Talossa olivat B ja hänen kolme lastaan. B ja yksi lapsista pääsivät pakoon, mutta 11 ja 17-vuotiaat tyttäret saivat surmansa. B oli mennyt kihloihin C:n kanssa, josta Hyam oli mustasukkainen. Hyam oli ennen tekoa tarkistanut, ettei C ollut B:n luona, koskei halunnut tälle vahinkoa.

Puheenjohtaja Ackner J neuvoi jurya kirjallisesti lausuen, että jos jury katsoo, että syytetty tiesi sytyttäessään taloon palon, että tämä aiheuttaa erittäin todennäköisesti (highly probably) kuoleman tai vakavan vamman, syyttäjä on osoittanut vaadittavan tarkoituksen (intent). Hyam tuomittiin murhasta.

Merkittävänä oikeuskysymyksenä pidettiin sitä, riittikö murhaan seurauksen – kuoleman tai vakavan terveysvahingon – pitäminen erittäin todennäköisenä.

²⁸⁴ *Court of Criminal Appeal*, jonka käsitys intentionista oli subjektiivisempi, oli hyväksynyt Smitthin muutoksenhaun ja tuominnut hänet manslaughterista 10 vuodeksi vankeuteen. *House of Lords* palautti siis alioikeuden tuomion. *House of Lords*in argumentaatio oli Viscount Kilmuirin, jonka mielipiteeseen muut tuomarit yhtyivät. Jutun ratkaisuseloste on 46-sivuinen ja sisältää 155 oikeustapausviittausta.

²⁸⁵ *Simester – Sullivanin* 2000 s. 127 mukaan kyseessä oli ”disastrous decision”.

Jutun lopputuloksena oli Hyamin valituksen hylkääminen äänin 3–2. Tämän voidaan ajatella viittaavan siihen, että murhana oli pidettävä Stephenin luonnehinnan b-kohdan mukaisia tilanteita. Tiettyä ongelmallisuutta aiheutti se, että juryn neuvonnassa erittäin todennäköisenä pitäminen oli liitetty intentioniin. Jutun ratkaisseista tuomareista kolme katsoi, että (erittäin) todennäköisenä pidetty kuului intentioniin ja kaksi, että niin ei ole. Tapauksen on katsottu avanneen intentionia (erittäin) todennäköisinä pidettyjen tunnusmerkkien suuntaan samalla kun tämä asia kuitenkin jäi epäselväksi.

Tapauksessa *Moloney* (1985) oli kyse ampumisesta. Vastaaja Moloney oli 22-vuotias sotilas. Hänen vanhempiansa kotona oli vietetty perhejuhlaa, jossa oli nautittu alkoholia. Muiden mentyä nukkumaan M oli jäänyt juttelemaan isäpuolensa P:n kanssa, johon hänellä oli lämpimät välit. P oli sitä mieltä, että hän oli nopeampi lataamaan kuin M, ja kehotti tätä hakemaan kaksi haulikko. M selviytyi aseensa saattamisesta ampumakuntoon P:tä nopeammin. P oli sanonut, että vedä liipaisimesta, jos on kanttia. Me ei tähdännyt aseella mutta veti liipaisimesta osuen vajaan kahden metrin etäisyydeltä P:tä päähän. P kuoli heti.²⁸⁶ M soitti poliisille. Vajaat kaksi tuntia teon jälkeen M:n veren alkoholipitoisuus oli 1,57 promillea. M tuomittiin murhasta.

House of Lords katsoi, että materiaalliseen oikeuteen ei sisälly sääntöä, jonka mukaan seurauksen pitäminen tietyn asteisen todennäköisenä tarkoittaisi samaa kuin intention tai olisi sen vaihtoehto. Se ei kuitenkaan halunnut ryhtyä luonnehtimaan tai määrittelemään intentionia. Oli pidettävä kultaisena sääntönä, että tuomarien ei tule juryn ohjauksessaan ryhtyä määrittelemään tai luonnehtimaan intentionia, ellei se ole välttämätöntä (kuten voisi olla aberratio ictuksen tapauksessa). Kysymys siitä, oliko tekijällä intention, oli syytä jättää juryn valistuneeseen harkintaan. Kysymys tekijän mieltämisestä oli merkittävä näytön kannalta. Oli kuitenkin parempi puhua päättelemisestä (inferences) kuin presumtioista. Juryn harkittavaksi voidaan asettaa kaksi kysymystä: 1) oliko relevantti seuraus vapaaehtoisen teon luonnollinen seuraus; ja 2) pitikö tekijä seurausta tekonsa luonnollisena seurauksena? Jurylle pitää kertoa, että jos vastaus kumpaankin kysymykseen on kyllä, ”it is a proper inference for them to draw that he intended that consequence” (Lord Bridgen ohjeet). ”Luonnollinen” seuraus näyttää edellyttävän hyvin korkeaa todennäköisyyttä.²⁸⁷

²⁸⁶ M:n keskeinen lausuma oli: ”I did not aim the gun. I just pulled the trigger and he was dead.”

²⁸⁷ ”This word conveys the idea that in the ordinary course of events a certain act will lead to a certain consequence unless something unexpected supervenes to prevent it. One might almost say that, if a consequence is natural, it is really otiose to speak of it as also being probable” (s. 929). Kuten ratkaisu Hancock & Shankland (1985) osoittaa, voidaan ”luonnollinen” kuitenkin ymmärtää monella tavalla; ks. erit. tuon ratkaisun s. 466. Vanhassa presumtiosäännössä oli käytetty ilmaisu ”natural and probable”.

Jutun pääkysymys oli se, oliko se, että haulikko osoitti kohti P:n päätä ja että liipaisimen painamisesta väistämättä seuraa P:n kuolema, ollut esillä M:n tietoisuudessa "(present to the appellant's mind)" hänen painaessaan liipaisinta. Jos oli, oli selvää, että M:llä oli intention kuolemaan nähden. "If, on the other hand, as the appellant was in substance asserting, it never crossed his mind, in his more or less intoxicated condition and when suddenly confronted by his stepfather's absurd challenge, that by pulling the trigger he might injure, let alone kill, his stepfather, no question of foresight of consequences arose for consideration. Whatever his state of mind, the appellant was undoubtedly guilty of a high degree of recklessness" (s. 920).

House of Lords kumosi syyksilukemisen murhana ja tuomitsi M:n manslaughterista palauttaen jutun rangaistuksen määräämistä varten.²⁸⁸

Lord Bridgen Moloneyssa juryn ohjaukseksi muotoilemat kysymykset olivat esillä tapauksessa *Hancock & Shankland (1985)*. Siinä vastaajat olivat lakossa olevia kaivosmiehiä. He odottivat aamulla kello 5.15 aikaan töihin menossa olevaa C:tä eräällä kolmikaistaisen maantien yli menevällä sillalla varustautuneina kahdella betonimöhkäleellä (20 ja 30 kg). Kun taksi, joka kuljetti C:tä, meni sillan alta, he pudottivat möhkäleet. Toinen niistä putosi taksin tuulilasiin ja kuljettaja sai surmansa.

Jurya ohjattiin Lord Bridgen ohjeiden mukaisesti. H ja S tuomittiin murhasta. Muutoksenhaku johti lievempään ratkaisuun: manslaughter ja 8 vuotta vankeutta. Keskustelua käytiin erityisesti Lord Bridgen ohjeista. House of Lords piti termiä "luonnollinen" seuraus monitulkintaisena, etenkin sikäli kuin ajateltu todennäköisyyden aste sisältyi tuohon käsitteeseen eikä siitä ollut ohjeissa erikseen puhetta. Mitä suurempi seurauksen todennäköisyys oli, sitä todennäköisemmin tekijä oli mieltänyt seurauksen. Jos seuraus oli mielletty, sitä todennäköisemmin sitä oli tarkoitettu. Mutta todennäköisyys, kuinka korkea tahansa, oli vain yksi tekijä (Criminal Justice Act 1967 sect 8), joissain tapauksissa hyvin merkittäväkin tekijä, jota on tarkasteltava yhdessä kaiken muun näytön kanssa harkittaessa, oliko tekijä tarkoittanut aiheuttaa tietyn seurauksen.

House of Lords ei nytkään halunnut lähemmin luonnehtia intentionin sisältöä. Havaittuaan Bridgen ohjeiden herättämät tulkintakysymykset House of Lords katsoi, että tämäntyyppisten ohjeiden antamisessa tuli olla pidättyväinen, ohjeissa tulisi välttää yleistämistä ja jurya tuli kannustaa terveen järjen käyttöön.

Tapauksessa *Nedrick (1986)* tapahtumat olivat samankaltaiset kuin Hyamissa. Vastaajalla oli kaunaa A:ta kohtaan. Varhain aamulla hän kaatoi parafiinia postiluukusta ja sytytti palamaan. Talon palossa menehtyi A:n 12-vuotias poika. Alioikeus tuomitsi Nedrickin murhasta. Court of Appeal (Lord Lane) totesi, että suurimmassa osassa tapauksia ei tarvita erityistä ohjausta intentionista, etenkin sil-

²⁸⁸ Ratkaisu perustui Lord Bridge of Harwichin lausumaan, johon muut tuomarit yhtyivät.

loin, kun teko on suora hyökkäys uhria kohtaan, sillä tällöin tekijän motiivi ja tahto ovat selvät ja intent on ollut sama kuin motiivi ja tahto. Mutta joissain tapauksissa, kuten tässä, tekijä on tehnyt ilmeisen vaarallisen teon, josta seurauksena on ollut kuolema, mutta tekijän primääritavoite tai motiivi ei ehkä ollut vahingoittaa uhria tai ketään muutaakaan. Court of Appeal jatkoi (s. 1028):

Niissä harvinaisissa tapauksissa, joissa syyte koskee murhaa ja joissa yksinkertainen ohjaus ei ole riittävä, jury pitää ohjata kertomalla, että se ei saa päätellä ("infer") vaadittavan tarkoituksen olleen käsillä, ellei se ole varma, että kuolema tai vakava terveysvahinko oli teon käytännössä varma seuraus ("virtual certainty [barring some unforeseen intervention]") ja että tekijä oli ymmärtänyt tämän [...]. Kysymys on juryn ratkaistava kaiken esillä olevan näytön perusteella.

Nedrick tuomittiin manslaughterista 15 vuodeksi vankeuteen.²⁸⁹

Ratkaisussa *Woollin* (1998) W oli menettänyt malttinsa ja heittänyt 3 kuukautta vanhan poikansa kovalle alustalle. Poika sai kallonmurtuman ja kuoli. W:tä syytettiin murhasta. Jurya ohjattiin Nedrickistä tutuilla lausumilla. Lisäksi tuomari oli sanonut, että jos tekijä ymmärsi, että tunnusmerkistön toteutumisesta on olemassa merkittävä riski, jury saattoi katsoa, että intention oli käsillä. House of Lordsin enemmistö katsoi, että viime mainittu ohje laajensi intentionin alaa ja sekoitti intentionin ja recklessnessin välistä rajaa, joten ohjaus oli virheellinen. Sitä vastoin House of Lords oli tyytyväinen Lanen muotoiluihin intentionista Nedrickissä. Malli oli selviytynyt hyvin oikeuskäytännössä, ja siihen oli suhtauduttu myönteisesti kirjallisuudessa. Sana "infer" Lanen ohjauksessa oli tosin syytä korvata sanalla "find". W tuomittiin manslaughterista.²⁹⁰

Onko tilanne tämän prejudikaatin myötä selvä? J. C. Smithin mielestä ratkaisu on tervetullut ja tekee vankan rajan intentionin ja recklessnessin välille²⁹¹. On myös sanottu, että ratkaisu hämmentää tilannetta entisestäänkin²⁹². Herring katsoo, että ratkaisu vaikuttaa selkeältä, joskin seuraavia kysymyksiä voidaan esittää:

- mitä tarkoittaa (paljonko on) *virtually certain*?
- jos seuraus oli *virtually certain* ja tekijä ymmärsi tämän, saako jury päätyä intentionin käsilläoloon vai tuleeko sen päätyä siihen?
- (edellisessä tapauksessa) millä perusteilla jury päättää, onko se intentionia vai ei?
- riittääkö, että tekijä piti seurausta *virtually certain*ina, vai pitääkö seurauksen myös objektiivisesti olla sitä?
- mikä merkitys on Nedrickin infer-termin korvaamisella sanalla find?
- soveltuuko Woollin intentioniin vain murhassa vai muissakin intentionia edellyttävissä rikoksissa?²⁹³

²⁸⁹ On keskusteltu siitä, olisiko Hyamia enää 1980-luvun puolenvälin jälkeen tuomittu murhasta; ks. *Duff* 1990 s. 179 ja *Clarkson* 2001 s. 202.

²⁹⁰ Ks. myös BGH 3.7.1986, 25.11.1987, 25.8.1992 ja 16.7.1996, joissa on arvioitu dolus eventualista lapsen kuoleman aiheuttamisen yhteydessä.

²⁹¹ *Smith* 1998.

²⁹² *Clarkson* 2001 s. 60.

²⁹³ *Herring* 2004 s. 147–148.

Ratkaisua on tulkittu varovaisesti siihen suuntaan, että käytännössä varmoiksi mielletyt seuraukset kuuluisivat intentioniin tavoiteltujen seurausten ohella. Käytännössä varmoiksi mielletyt seuraukset eivät siis olisi vain intentioniin päätyminen näytöllistä perustaa vaan osa itse intentionia. Tämän tulkinnan puolesta puhuu mm. infer-verbin korvaaminen verbillä *find* samoin kuin eräät muut Steynin lausumat puheessaan. Tällainen johtopäätös ei kuitenkaan ole väistämätön. Huomiota on kiinnitetty siihen, että intentioniin päätyminen on prejudikaatin valossa käytännössä varmojen seurausten osalta vain luvallista (*not entitled to find [...] unless*); jos kysymys olisi intentionin sisällöstä, tämän ei pitäisi olla fakultatiivista. On epäselvää, minkätyyppiset perusteet voivat tulla relevanteiksi tämän avoimeksi jäävän harkintamarginaalin kannalta, mahdollisesti teon moraaliseen arviointiin liittyvät. Steyn sanoi lisäksi (s. 107–108), ettei intentin sisältö erilaisissa rikosoikeudellisissa konteksteissa välttämättä ole sama. Lisäksi vain kaksi tuomaria ilmoitti yhtyvänsä Steynin esittämiin perusteluihin kahden muun päätyessä vain samaan lopputulokseen esittämättä tosin muitakaan perusteluja.²⁹⁴

6.4 RECKLESSNESS

Keskeinen *recklessness*-ratkaisu on *Cunningham (1957)*. Vastaaja oli eräässä kellarissa vääntänyt irti kaasumittarin saadakseen siinä olevat rahat. Hän ei vääntänyt kaasua kiinni ja kaasu levisi taloon. Häntä syytettiin mm. siitä, että hän oli ”*maliciously*” vaarantanut talossa olleen W:n hengen (*Person Act 1861*, 23 section). Hänet tuomittiin ao. rikoksesta.

Court of Criminal Appeal katsoi, että ”*maliciously*” edellytti intentionia tai *recklessnessiä* suhteessa seuraukseen. Viimeksi mainittu oli käsillä, kun tekijä on mieltänyt, että kyseinen seuraus voi syntyä ja ottaa kuitenkin riskin.²⁹⁵ Jyryn ohjaus oli ollut virheellinen ja tuomio kumottiin.

²⁹⁴ Ks. *Mirfield 1999*, *Molan – Lanser – Bloy 2000* s. 70–74 ja *Simester – Sullivan 2000* s. 120–124. – *Norrien 1999* mukaan moraalinäkökulma voi tehdä käytännössä varmaksi mielletystä liian kapean tai leveän kriteerin. Tätä voidaan myös arvioida keskeisten intention-ratkaisujen avulla. Moloneyn ja Woollinin tapauksissa murhaajan leima ja elinkautinen vankeus vaikuttivat sopimattomilta. Hyam ja Nedrick (joka ehkä hyötyi ratkaisun sijoittumisesta Moloneyn sekä Hancockin ja Shanklandin jälkeen) edustavat selvää pahantekoa, ja Hancockin ja Shanklandin moraalisen aseman voidaan ajatella sijoittuvan edellä mainittujen ryhmien välille. Woollin ei ehkä olekaan viimeinen ratkaisu aiheesta, ja moraalisesti pahempi tapaus voi päästää pullosta ”Hyamin hengen”.

²⁹⁵ Tuomioistuin (s. 399–400) omaksui Kennyn *recklessness*-luonnehdinnan teoksesta *Outlines of Criminal Law*. Vanhoissa statuuteissa oli usein *mens rea* -vaatimus ”*maliciously*”. Käsitteellä oli aiemmin ollut merkitys ”*wickedly*”, mutta myöhemmin sen sisällöksi oli muodostunut intention tai *recklessness*. Uudemmissa statuuteissa ”*maliciously*” on vastaavasti saanut väistyä intentionin ja *recklessnessin* tieltä. *Recklessnessiä* (*recklessly*) näyttäisi ensimmäisen kerran käytetyn rikosoikeudellisessa statuutissa vuoden 1903 *Motor Car Act*issa; Reid (1992), s. 403.

Recklessness edellytti siten tunnusmerkistön toteutumisen mieltämistä mahdolliseksi. Kyseessä on tekijän todellinen mieltäminen. Mallia on kutsuttu nimellä subjektiivinen *recklessness*. Myös Law Commissionin työryhmä omaksui tämän lähtökohdan vuonna 1970.

Mallin sisältö tulee melko hyvin esiin tapauksessa *Stephenson (1979)*. Stephenson oli skitsofreenikko. Hän teki eräällä pellolla heinäkasaan onkalon mennäseen sinne nukkumaan. Hänellä oli kylmä, ja hän teki onkaloon tulen. Syttyi tulipalo. Stephenson sai syytteen tuhotyöstä (Criminal Damage Act 1971 section 1). Court of Appeal katsoi, että *recklessness* edellytti riskin todellista mieltämistä. Riskin ilmeisyys ei riittä. Vastaajan tila oli sellainen, että se saattoi estää häntä ymmärtämästä, että teko sisälsi riskin.

Tapauksessa *Caldwell (1982)* vastaaja oli sytyttänyt tulipalon eräässä hotellissa, jossa oli tällöin ollut 10 henkilöä. Häntä syytettiin omaisuuden vahingoittamisesta siten, että hänellä oli *recklessness* suhteessa aiheuttamaansa hengenvaaraan (Criminal Damage Act 1971 section 1). Caldwell kertoi, että hän oli ollut tekohetkellä niin humalassa, ettei hänen mieleensä juolahtanut, että hotellissa saattoi olla ihmisiä, joiden hengen hän saattoi vaarantaa.

House of Lordsin enemmistön kannan muodosti Lord Diplockin näkemys. Hänen mielestään *recklessnessin* yleiskielinen merkitys ei edellyttänyt, että jotain on havaittu. Mielentila, jossa joku havaitsee riskin mutta ei kiihtymyksensä tai humalassa havaitse sen vakavuutta tai uskoo välttävänsä sen toteutumisen, ei ole sen moitittavampi kuin sellainen, jossa henkilö ei edes vaivaudu miettimään, sisältääkö toiminta riskin. Vaatimus riskin mieltämisestä on myös epäkäytännöllinen. Vain tekijä itse tuntee ajatuksensa eikä hänkään aina muista niitä. Lord Diplock esitti seuraavan *recklessness*-luonnehdinnan (s. 354).

In my opinion, a person charged with an offence under section 1 (1) of the Criminal Damage Act 1971 is "reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged" if (1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it.

Vähemmistöön jääneiden kahden tuomarin mielestä oikeudellinen kielenkäyttö ei ole välttämättä samanlaista kuin arkikieli. Subjektiivinen *recklessness* oli ollut oikeuskäytännössä lähtökohtana. Subjektiivisen lähestymistavan puolesta puhui myös Criminal Justice Act 1967 8 section. Ihminen ei voi missään järkevässä mielessä sulkea silmiään riskiltä, ellei hän ole jo havainnut sitä. Juopumuksen tuli voida olla merkityksellinen sekä intentionin että *recklessnessin* yhteydessä.

Toinen merkittävä ratkaisu samalta vuodelta – itse asiassa samalta päivältä – on *Lawrence (1982)*. Siinä vastaaja oli ajanut moottoripyörällä myöhään illalla seuraus, että katu yltämässä ollut henkilö sai surmansa. Nopeusrajoitus oli 30

mailia tunnissa, ja käsitykset Lawrencen nopeudesta vaihtelivat 30 ja 80 mp/h välillä. Syyte koski kuoleman aiheuttamista ajamalla moottoriajoneuvolla ”recklessly” (Criminal Law Act 1977 section 50.1). Tarkastelun kohteena oli recklessness-käsitteen sisältö.

House of Lordsin näkökannan muotoili jälleen Lord Diplock. Tällä kertaa kaikki muut tuomarit olivat hänen kanssaan samaa mieltä. Diplock viittasi Caldwell-ratkaisuun huomauttaen kuitenkin, että käsitteellä oli vahingonteon ja liikennetilanteen konteksteissa kaksi eroa. Vahingonteossa toiminta sellaisenaan on oikeudenvastaista, liikennetilanteessa ei, ja vahingontekokriminalisoinnissa recklessnessillä oli tietty seuraus-kohde (hengenvaara), kun taas nyt käsiteltävässä tunnusmerkistössä muotoilu on toisenlainen. Mielipide sisältää seuraavan recklessnessin luonnehdinnan (s. 526).

Recklessness on the part of the doer of an act does presuppose that there is something in the circumstances that would have drawn the attention of an ordinary prudent individual to the possibility that his act was capable of causing the kind of serious harmful consequences that the section which creates the offence was intended to prevent, and that the risk of those harmful consequences occurring was not so slight that an ordinary prudent individual would feel justified in treating them as negligible. It is only when this is so that the doer of the act is acting ”recklessly” if before doing the act, he either fails to give any thought to the possibility of there being any such risk or, having recognised that there was such risk, he nevertheless goes on to do it.

Diplockin näkemykset olivat molemmissa tapauksissa melko samansuuntaiset. Ensin pitää olla selvitetty, että menettely sisältää merkittävän ja ilmeisen riskin tunnusmerkistön toteutumisesta. Toisekseen pitää olla selvitetty, että tekijä joko havaitsi, että teko sisältää jonkinlaisen riskin tai ei ajatellut, oliko sellaista riskiä vai ei. On vaikea sanoa, missä määrin sen, että tekijä ei ollut ajatellut, sisältääkö toiminta riskejä, pitää ilmentää moitittavuutta. Diplockin muotoilut (”has not given any thought/fails to give any thought”) eivät näytä sisältävän vaatimusta ainakaan äärimmäisestä välinpitämättömyydestä, mutta toisaalta ei näytä olevan niinkään, että kyse olisi vain lievistä huomaamattomuudesta.

Court of Appeal katsoi ratkaisussa *Seymour* (1983), että *Caldwell-recklessness* oli yleinen ja soveltui kaikkiin rikoksiin.

Keskustelua on syntynyt mm. siitä, voisiko olla olemassa sellaisia mielentiloja, jotka jäisivät mainitun kahden subjektiivisen tilan ulkopuolelle. Sellainen voisi olla kyseessä, kun tekijä on havainnut riskin, mutta on katsonut, että se on vähäinen.

Tapauksessa *Shimmen* (1987) vastaaja oli itsepuolustuslajien taitaja. Hän halusi osoittaa hallitsevansa liikkeitään. Tämän vuoksi hän potkaisi kohti erään kaupan ikkunaa. Tarkoitus oli potkaista hyvin lähelle sitä osumatta kuitenkaan. Lasi meni kuitenkin rikki. Shimmen oli nauttinut jonkin verran alkoholia. Häntä syytettiin

reckless-vahingonteosta. Hän kertoi havainneensa, että ikkuna voi rikkoutua. Hän oli kuitenkin uskonut, että hänen taitonsa riittävät ja että ikkuna ei rikkoudu. *Queens Benchin* tuomarit tarkastelivat tapausta Caldwell- ja Lawrence-tapausten oikeusohjeiden valossa. Se, että Shimmen oli minimoinut riskin ja uskoi, ettei seuraus synny, ei merkinnyt sitä, että tapaus putoaisi jonkinlaisen riskin (some risk) mieltämisen ulkopuolelle. Shimmen tuomittiin.²⁹⁶

Caldwell/Lawrence -recklessness on saanut osakseen kritiikkiä. Sen on katsottu olevan yhteensopimaton mens rea -vaatimuksen kanssa; kyse on riskin havaitsematta jäämisestä, eikä voida puhua tekijän suhtautumisesta. On tultu objektiivisen arvioinnin ja huolimattomuuden alueelle. Luopuminen riskin havaitsemisen kriteeristä merkitsee samalla sitä, että rajanvetoa erilaisiin huolimattomuuden tilanteisiin ei voida tehdä, ei ainakaan kvalitatiivisesti.

Caldwellin eräs erityinen ongelma on ollut riskin ilmeisyyttä (obvious) koskeva tulkinta eli kysymys siitä, kenelle riskin tulee olla ilmeinen. Ratkaisua on tulkittu siten, että kyseessä ei ole ilmeisyys vastaajalle – jolloin kriteeriä voitaisiin pitää eräällä tavalla subjektiivisena – vaan normaalihenkilölle. Tällöin skitsofreenikko Stephensonilla (1979) katsottaisiin olevan recklessness. Samaan tulokseen tullaan tapauksessa *Elliott* (1983), jossa vähemmän kyvykäs 14-vuotias tyttö aiheutti palovahinkoja. Tällaisen mallin onkin katsottu olevan suorastaan epäoikeudenmukainen keskivertoa vähemmän kyvykkäisiin henkilöihin nähden²⁹⁷. Vaikka Caldwelliin voidaan kohdistaa tällainen kritiikki, ei vielä ole sanottu, että ajatus *inadvertent recklessness*istä olisi täysin kelvoton; Caldwelliahan voitaisiin korjata katsomalla, että ”ilmeinen” tarkoittaa ilmeistä syytetyille.

Duff on puolustanut recklessnessiä, jossa tekijä ei ole pitänyt tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena. Hän ei kuitenkaan hyväksy Caldwell-ratkaisun kriteereitä eikä lopputulosta. Ratkaisevaa ei ole se, että tekijä ei ole lainkaan ajatellut riskiä, vaikka se oli ilmeinen. Duffin argumentaatiossa keskeinen kriteeri on käytännöllinen välinpitämättömyys (*practical indifference*). Hän tuomitsisi recklessness-rikoksesta silloin, kun ilmeisen riskin jääminen havaitsematta johtuu välinpitämättömyydestä kyseiseen seikkaan nähden. Tällaista hän ei näe Cald-

²⁹⁶ Tilanteesta, jossa tekijä ensin havaitsee riskin mutta pitää sitä sitten kuitenkin poissuljettuna, on keskusteltu nimellä Caldwell-porsaanreikä. Ks. esimerkiksi *Ashworth 2003* s. 186–187. – Esimerkkiä tekijän käsityksen mukaan poissuljetusta riskistä ja siten vain törkeästä huolimattomuudesta (*gross negligence*) saattaisi ilmentää varhaisempi tapaus *Lamb* (1967). Siinä tekijä oli huvin vuoksi osoittanut revolverilla parasta ystäväänsä ja vetänyt liipaisimesta. Ystävä sai surmansa. Tekijä tiesi, että revolverissa oli 2/5 panosta. Hän oli kuitenkin nähnyt, että ne eivät ole iskurin kohdalla, mutta hän ei ollut ymmärtänyt, että liipaisimesta vedettäessä rulla liikkui ja toinen panoksista tulikin näin iskurin kohdalle. Toisin kuin Shimmen, *Lamb* oli näin ollen lähtenyt siitä, että menettely ei sisällä lainkaan tunnusmerkistön toteutumisen riskiä.

²⁹⁷ Ks. *Ashworth 2003* s. 185–186, *Molan – Lanser – Bloy 2000* s. 77–83 ja *Simester – Sullivan 2000* s. 131.

wellissa, mutta kylläkin Lawrenceissa, mikäli tekijä oli ajanut 60 mp/h nopeudella. Hän tuomitsisi myös eräissä sellaisissa tapauksissa, joissa tekijä oli havainnut riskin mutta poissulkenut sen (jolloin tekijä ei osuisi Caldwell-recklessnessin alaan). Hän ottaa esille raiskaustilanteet, joissa tekijä suostumuksen puuttumisesta huolimatta ei pitänyt mahdollisena, että toinen ei suostuisi aktiini. Tekijän pitäisi osoittaa kiinnostusta myös toista eikä pelkästään omia seksuaalisia halujaan kohtaan. Vain perusteltavissa olevan usko -p:n pitäisi vapauttaa recklessness-vastuusta. Duffin dualisminvastaisen perusasennoitumisen mukaisesti käytännöllisessä välinpitämättömyydessä ei ole kyse tunteesta, sillä tunteet eivät ole merkityksellisiä syyllisyyden kannalta, vaan tällainen välinpitämättömyys ilmenee tekijän menettelyssä. Käytännöllisen välinpitämättömyyden tilanteet ovat yhtä moitittavia kuin riskin havaitsemisen tilanteet. Kun kyse on tekijän teossaan ilmentämästä välinpitämättömyydestä, kriteeri on subjektiivinen, vaikka ei olekaan sellaisella tavalla subjektiivinen, että tekijä oli ”valinnut” riskin ottamisen, kuten on laita *Cunningham-recklessness*issä. Duff myöntää, että ero huolimattomuuteen on jossain määrin suhteellinen. Niissä recklessness-tilanteissa, joissa tekijä ei ole havainnut riskiä, on kuitenkin kyse välinpitämättömyydestä juuri kyseistä seikkaa tai oikeushyvää kohtaan, eikä yleisestä huomaamattomuudesta tai tyhmyydestä, jotka ovat ominaisia huolimattomuudelle. Duff ilmentää käsitystään esimerkillä rikosoikeuden ulkopuolisesta maailmasta. Sulhanen unohtaa hänsä. Hän esittää syyksi, että oli kavereiden kanssa pubissa ja asia vain sattui unohtumaan. Selitys ei kuitenkaan juuri lämmitä, vaan ilmentää sitä, että häät ja morsian olivat hänelle aivan samantekevät.²⁹⁸

House of Lords pohti recklessnessin problematiikkaa laajasti liikennejutussa *Reid* (1992). Yleisesti ottaen Caldwell-recklessness hyväksyttiin ja Diplockin käsitystä pidettiin periaatteessa oikeana. Riskin havaitseminen ei ollut recklessnessin välttämätön edellytys. Diplockin muotoilemaa jury-ohjausta ei kuitenkaan pidetty sellaisena, että sitä tulisi sananmukaisesti toistaa ja seurata. Tämä seurasi jo siitä, että ohje on abstrakti eikä Diplock itsekään pitänyt sitä minään lainveroisena sääntömuotoiluna, vaan eräänä oikeustilaa osuvasti kuvaavana ohjausmallina. Liikenteessä on useita sellaisia tilanteita, joissa ajoa voidaan kutsua piittaamattomaksi (reckless) riippumatta siitä, oliko tekijä ajatellut toimintansa riskejä vai oliko holtittoman ajajan huomio kiinnittynyt esimerkiksi vain nopeusmittariin. Tilanteissa ei välttämättä ole moitittavuuseroa eikä käytännössä yleensä voida näyttää, oliko vaarallisesti ajava tullut ajatelleeksi riskiä vai ei. Recklessness, jossa tekijä ei ajatellut riskiä, edellyttää, että riski oli vakava ja ilmeinen. Tavallista huolimattomuutta ilmentäisi sitä vastoin tilanne, jossa ajajan huomio on hetkeksi ollut kiinnittynään muuhun kuin ajamiseen – esimerkiksi

²⁹⁸ Duff 1990 s. 139–167.

hänen nähtyään kauniin tytön viereisessä autossa (s. 408). Caldwell-recklessnessin kuvaaminen ”objektiiviseksi” ikään kuin aiemman ”subjektiivisen” lähtökohdan vastakohtana on harhaanjohtavaa. Kyse on tekijän laiminlyönnistä ajatella toiminnan riskejä, ei esimerkiksi järkevän kolmannen standardista. Vastajan kertomus saattaa ilmentää seikkoja, jotka johtavat katsomaan, ettei recklessness ollut käsillä. Sellaisena saattoi tulla kyseeseen esimerkiksi erehdys jostain seikasta seurauksin, ettei tekijä tullut kiinnittäneeksi huomiota ilmeiseen riskiin. Tällöin kyseessä ei olisi recklessness. Lord Goff lohdutti Caldwell-recklessnessin arvostelijoita lisäksi sillä, että samanlaista keskustelua käydään Saksassa *Leichtfertigkeitin* ympärillä²⁹⁹.

Usein on viitattu arkikieleen sen tueksi, että recklessness voisi legitimiä kattaa joitain muitakin tilanteita kuin pelkästään riskin tiedostamisen tilanteita. Subjektiviin recklessnessin puolesta on muun muassa viitattu siihen, että siitä luovuttaessa luovutaan state of mind -vaatimuksesta ja subjektiivisuudesta. Toiset taas eivät ole olleet valmiit hyväksymään sitä, että riskin tiedostaminen olisi välttämätön edellytys sille, että recklessness on subjektiivinen.³⁰⁰

Sovellettaessa Cunningham-recklessnessiä oikeustila oli melko selväpiirteinen. Saattaa olla niin, että on joitain tilanteita, joissa käyttäytyminen, jossa riskiä ei tiedostettu, ansaitsee yhtä lailla rangaistuksen kuin riskin mieltämisen tilanteessa. Näin katsottiin Caldwellissa, mutta hintana oli recklessnessin tietynlaisen selväpiirteisyyden kärsiminen ja potentiaalisesti liiankin suuri kattavuus. Vaikka Caldwellia pidettiin ensin yleisenä recklessnessin mallina (Seymour [1983]), ovat tuomioistuimet sittemmin ilmentäneet halua etäännyä Caldwell-recklessnessista ja kaventaa sen soveltamisalaa. Sitä ei olekaan sovellettu muissa rikostyypeissä. Liikennerikoksissa, jota Lawrence koski, sen merkitys on nyttemmin kadonnut uuden lainsäädännön myötä. Caldwellin merkitys näyttää rajautuneen vahingontekoon. Raiskauksessa on sovellettu välinpitämättömyyden kriteeriä (couldn't care less test). Näin Englannin oikeudessa tunnetaan itse asiassa kolme

²⁹⁹ Hän sanoo samassa kohtaa (s. 407): ”Obviously, we must guard against drawing too direct a parallel from the German approach to a matter of this kind, especially when one bears in mind the high degree of abstraction in German legal thought and the wide range of degrees of fault recognised in German law.”

³⁰⁰ Edellä oli puhetta esimerkiksi siitä, että Caldwell olisi subjektiivinen tai ainakin vähemmän objektiivinen, jos ”obvious” edellyttäisi ilmeisyyttä syytetyn eikä normaalihenkilön näkökulmasta. Käsitykseen siitä, onko kriteeri objektiivinen vai subjektiivinen, voi vaikuttaa myös se, kuinka suurta aktuaalisuutta tiedostamiselta vaaditaan. *Duff 1990* esim. s. 157 ja 163 puolestaan pitää välinpitämättömyyden kriteeriään subjektiivisena; kyse on tekijän välinpitämättömyydestä. *Molan, Lanser ja Bloy* taas päätyvät välinpitämättömyyden subjektiivisuuteen toista kautta: ”A person must give at least a modicum of thought in order to be indifferent to a consequence or circumstance, that is, a person cannot be ’indifferent’ to something which has never crossed his mind”; *Molan – Lanser – Bloy 2000* s. 79, asiallisesti samoin s. 81. Toisin *Duff 1990* s. 163 (hääesimerkki). Samantapainen kysymys oli esillä myös eräissä saksalaisissa ratkaisuisa, joissa dolus eventuaaliista oli perusteltu vain volitiivisella kriteerillä.

recklessness-tyyppiä. Paradigmaattinen recklessness-tyyppi on (jälleen) riskin tiedostamista edellyttävä Cunningham-recklessness.³⁰¹

On syytä viitata erääseen subjektiivistakin recklessnessiä koskevaan objektiiviseen piirteeseen. Mikä tahansa mielletty riski ei ole recklessnessiä, vaan sellainen mielletty riski, jonka ottaminen ei ole ollut järkevää (reasonable, justifiable). Tämä järkevyyden kriteeri arvioidaan objektiivisesta näkökulmasta. Siihen vaikuttavat ennen kaikkea riskin laatu ja teon sosiaalinen arvo. Lääkäri, joka suorittaa vaikeaa leikkausta, ei useinkaan ole toiminut piittaamattomasti (recklessly) riskitiedostaan huolimatta. Toisin on terroristin laita, joka mieltää tietystä teostaan voivan aiheutua henkilövahinkoja. Shimmenissä (1987) syytetyn katsottiin ilmeisesti arvioineen toimintaansa liittyvän pienen jäännösriskin. Itsepuolustus-taitojensa osoittaminen toisen näyteikkunaa hyväksi käyttäen ei ollut sosiaaliselta arvoltaan sellaista toimintaa, että olisi ollut syytä päätyä muuhun kuin recklessnessiin.³⁰²

Sangen merkittävä käänne recklessness-oikeustilassa tapahtui tapauksessa *G (2003)*. 11- ja 12-vuotiaat pojat olivat varhain aamulla menneet erään liikkeen takapihalle. Siellä he olivat sytyttäneet sanomalehtiä palamaan ja heittäneet ne suuren pyörillä varustetun roska-astian alle, minkä jälkeen he poistuivat sammuttamatta sanomalehtiä. Tuli tarttui roska-astiaan ja lopulta itse liikkeeseen aiheuttaen miljoonan punnan vahingot. Pojat kertoivat olettaneensa, että lehdet sammuvat itseksensä betonilla.

Puheenjohtaja ohjasi jurya Caldwellin mukaisesti. Riskin ilmeisyyttä tuli arvioida tavallisen järkevän henkilön näkökulmasta. Huomioon ei tullut ottaa vastaajien ominaisuuksia. Pojat tuomittiin.

House of Lords katsoi, ettei parlamentilla ollut säätäessään Criminal Damage Actia 1971 tarkoitusta muuttaa omaisuuden vahingoittamisen edellyttämän recklessnessin sisältöä, joten seurauksen mieltäminen kuului tuohon syyksiluettavuusvaatimukseen. Kynnys poiketa House of Lordsin aiemmasta ratkaisusta oli korkea, mutta se oli nyt ylitetty. Kyseisen rikoksen edellyttämä recklessness oli käsillä, jos tekijä oli selvillä relevantin olosuhteen käsilläolon riskistä ja seurauksen syntymisen riskistä, ja tekijän tuntemissa olosuhteissa ei ollut järkevää ottaa tuota riskiä. Tuomio kumottiin.

Ratkaisuun on suhtauduttu myönteisesti. Siinä sovellettiin vuoden 1989 ehdotuksen mukaista subjektiivista recklessnessiä. Caldwellissa ei aikanaan ilmeisesti ajateltu erityisiä tekijäryhmiä kuten lapsia, kun taas tämä ratkaisu on nimenomaan annettu lasten ollessa vastaajina. Ratkaisulla tulee luultavasti olemaan suuri merkitys muissakin rikostyypeissä. Yleisestä subjektiivoitumiskehityksestä ei sitä vastoin voitane puhua ottaen huomioon mm. strict liabilityn soveltamisen

³⁰¹ Ks. *Duff* 1990 s. 139–149 ja *Ashworth* 2003 s. 187 ja 349. Seksuaalirikosuudistuksesta ks. myös *Davies* 2004.

³⁰² Ks. *Clarkson – Keating* 1998 s. 156–157 ja *Molan – Lanser – Bloy* 2000 s. 76. Näkökohta on usein esillä *Duffin* esityksessä 1990 s. 139–173. Ks. myös *Fletcher* 1998 s. 125–128.

oikeuskäytännössä ja sen, että lainsäätäjän on (seksuaalirikoksissa) hyödyntänyt objektiivista standardia. Nähtäväksi jää, mikä merkitys ratkaisulla on sille, että *gross negligence* on pidetty riittävänä manslaughterissa.³⁰³

Davies katsoo, että olisi ollut parempi omaksua modifioitu Caldwell-recklessness. Subjektiivisen recklessnessin lisäksi voitaisiin hyväksyä sellainen Caldwell-recklessness, jossa riskin ilmeisyys suhteutettaisiin tekijän kykyihin eikä objektiiviseen standardiin. Tällöin tuomituksi eivät tulisi standardiin yltämättömät henkilöt kuten ratkaisun G lapset. Kun olisi mahdollisuus tuomita myös tiedostamattoman mutta tekijälle ilmeisen riskin tapauksissa (constructive awareness), todistusharkinta pysyisi parempilaatuisena eikä syntyisi riskiä turvautua pakottavaan päättelyyn pidettäessä tekoa ilmeisen rangaistuksenarvoisena.³⁰⁴

6.5 EREHDYS

Erehdys vapauttaa vastuusta, jos se merkitsee sitä, että vaadittava mens rea ei täyty. Klassinen ratkaisu on *Morgan* vuodelta 1976. Vastaaja oli kehottanut ystäviään seksiin vaimonsa kanssa. Tämän vastustelut olisivat vain näennäisiä. Raiskaus oli recklessness-rikos. House of Lords katsoi, että vilpittömän usko suostumuksen käsilläoloon merkitsee, etteivät vastuun edellytykset toteudu. Uskon ei tarvitse olla järkevä. Miesten väitettä uskostaan suostumuksen käsilläoloon ei kuitenkaan pidetty uskottavana. Sama periaatteellinen lähtökohta pätee myös oikeuttamisperusteiden käsilläoloa koskeviin erehdyksiin. Caldwell-recklessness oli omiaan tuomaan tiettyä epävarmuutta selostettuun subjektiiviseen erehdysoppiin. Morgan-ratkaisun periaatteellista linjaa on kuitenkin jatkettu myös myöhemmin. Vuoden 2003 seksuaalirikosuudistus merkitsi kuitenkin sitä, että vain järkevä erehdys vapauttaa vastuusta ikärajojen ja suostumuksen osalta, ja ainakin ikärajassa 13 vuotta käytössä on strict liability. Kvalifioimattomalla erehdyksellä operoiva Morgan on voimassa muualla, paitsi jos vastuuseen riittää negligence tai strict liability.³⁰⁵

³⁰³ Ashworth 2004 ja Elliott 2004, jossa myös kiinnitetään huomiota siihen, että Law Commissionin recklessness ja Cunningham-recklessness eroavat kahdessa suhteessa: edellisessä puhutaan seurausten lisäksi teko-olosuhteista ja asetetaan riskille myös unreasonable-kriteeri. Davies 2004 korostaa vastakkaisuutta, joka ilmenee ylimpien tuomioistuinten halussa painottaa subjektiivisen mens rean merkitystä vakavissa rikoksissa verrattuna parlamenttiin, joka samaan aikaan seksuaalirikosuudistuksessa ei katsonut tätä tarvittavan suhteessa ikärajoihin ja suostumukseen.

³⁰⁴ Ks. lähemmin Davies 2004 s. 141–145 ja 149.

³⁰⁵ Morganista ks. esimerkiksi Reed – Seago 2002 s. 98–102. Seksuaalirikosuudistuksen subjektiivisen puolen ratkaisuista ks. Davies 2004 s. 130–134.

Suhtautuminen oikeuserehdykseen on ankarampi. Vuoden 1989 ehdotuksen 21 clausen mukaan ”[i]gnorance or mistake as to a matter of law does not affect liability to conviction of an offence except a) where so provided; or b) where it negatives a fault element of the offence”. Kohta b) ilmentää, että syyksiluettavuusvaatimuksen täyttyminen voi edellyttää myös oikeudellista käsitystä, esimerkiksi käsitystä siitä, kuka on tietyn omaisuuden omistaja.³⁰⁶

6.6 HUMALAN MERKITYKSESTÄ

Itseaiheutettua humalaa ja huumautuneisuutta pidetään osin vastuuta lieventävinä seikkoina. Tämän saavuttamiseksi luotiin käsite ”specific intent”. Rikoksissa, joiden mens rea edellyttää intentionia – kuten murha, varkaus – humala johtaa, jos tekijä ei sen vuoksi muodostanut kyseistä intentionia, vastuun lievenemiseen siten, että tekijää ei tuomita kyseisestä specific intent -rikoksesta, vaan siitä basic intent -rikoksesta, jonka ensin mainittu sisältää. Basic intent tarkoittaa tässä yleistä syyksiluettavuusvastuuta eli tilanteita, joissa rikosoikeudellinen vastuu edellyttää intentionia tai recklessnessiä. Esimerkiksi vastuu murhasta (specific intent -rikos) lieventyy siten, että kysymykseen tulee sitä lievempi basic intent -rikos eli manslaughter. Tuohon rikokseen riittävä recklessness otetaan enemmän tai vähemmän presumoituna; katsotaan, että itsensä saattaminen humalaan on reckless teko, ja vaadittava recklessness haetaan ikään kuin tätä kautta. Recklessnessiä objektivoi Caldwell-tapaus liittyi osaltaan tähän ajatteluun. Voi olla, ettei specific intent -rikos sisällä lainkonkurrenssissa mitään basic intent -rikosta. Tällöin seurauksena on täysi vastuuvapaus.³⁰⁷

Mallia on arvosteltu. Operointi specific intent -käsitteellä merkitsee, ettei varsinaisesta kriminaalipoliittisesta kysymyksestä – humalan mahdollisesta lieventävästä merkityksestä – puhuta suoraan sen omalla nimellä. Vaikka voi olla hyvä kyetä välttämään murhan pakollinen elinkautisrangaistus, saatetaan kuitenkin pitää ongelmallisena, että toisinaan humalan tarkoittama lievennystarve johtaa osittaiseen vastuuvapauteen (kuten murder–manslaughter-suhteessa), toisinaan taas täyteen vastuuvapauteen.³⁰⁸

³⁰⁶ *Law Commission 1989b* s. 196. *Ashworth 2003* s. 240–241 pitää ehdotusta traditionaalisenä mutta epätydyttävänä; se olisi jäykkä ja estäisi oikeuskäytäntöä kehittymästä laajemman vastuuvapauden suuntaan lähettäen pääosan tapauksista otettavaksi huomioon rangaistuksen määräämisessä. Ks. myös *Smith – Hogan 2002* s. 97–101.

³⁰⁷ *Clarkson 2001* s. 107–112. *Reed – Seagon 2002* s. 221–226 mukaan specific intent -rikoksissa kin vain specific intent -elementtiä koskeva itseaiheutettu päihtymys on relevantti.

³⁰⁸ *Clarkson 2001* s. 111–112.

Vaihtoehtoisia sääntelymalleja on pohdittu. Sellaisina on tuotu esiin yhtäältä humalarikoksen konstruktio. Toisekseen on pohdittu itseaiheutettua humalaa omana lieventämisperusteenaan.³⁰⁹

³⁰⁹ Clarkson 2001 s. 111–112.

7 Tahallisuuden ylikansallisia ulottuvuuksia

7.1 JOHDANTO

Rikosoikeutta pidetään vahvasti kansallisena oikeudenalana. Tämä voi osaltaan liittyä rikosoikeuden repressiiviseen luonteeseen. Voimankäyttö liittyy valtion suvereenisuuteen. Vastaavasti rikosoikeudellisesti perinteisesti merkittävät toimijat, luonnolliset henkilöt, ovat ainakin vielä muutama sukupolvi sitten eläneet elämäänsä voittopuolisesti kansallisissa toimintaympäristöissä. Teknisen kehityksen myötä elämänmeno on kuitenkin muuttunut, ja ihmisten toimintamahdollisuudet ovat olennaisesti laajentuneet.

Mitä laajempi ihmisten toimintapiiri on, sitä enemmän tarvitaan valtion rajat ylittävää sääntelyä, myös rikosoikeudellista. Tätä ilmentävät mm. RL 1 luvun säännökset. Perinteinen tapa luoda kansainvälistä rikosoikeutta ovat valtiosopimukset. Kansainvälinen rikosoikeus liikkuu rikosoikeuden kaikilla alueilla. On voitu sopia esimerkiksi tietyn käyttäytymisen saattamisesta rangaistavaksi. Rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisen tehostamiseksi on voitu sopia yhteistyöstä rikosprosessioikeuden ja rangaistusten täytäntöönpanon alueilla.

Tässä työssä on kyse rangaistavan menettelyn alasta, tarkemmin sanottuna tahallisuudesta ja sen alarajasta. Ei ole tarvinnut mennä kauaksi todetakseen, että asiaa koskeva oikeustila ei ole samanlainen eri maissa. On kiinnostavaa kysyä, miltä tahallisuus näyttää kansainvälisessä rikosoikeudellisessa toimintaympäristössä. Yritän lähestyä kysymystä kahden osa-alueen tarkastelun avulla.

Yhtäältä on olemassa varsinaisen kansainvälisen rikosoikeuden alue ja tahallisuus sen eräänä kysymyksenä. Kyse on perinteisestä, sopimuksin luodusta oikeudesta. Siitä esimerkkinä tarkastelen modernia, pitkäaikaisen valmistelun tuloksena syntynyttä kansainvälisen rikosoikeuden tuotetta, Kansainvälisen rikos-tuomioistuimen (ICC) perussääntöä.

Toisaalta tuon esiin alueellisen näkökulman. Kyse on eurooppalaisesta rikosoikeudesta. Suomi on vuodesta 1995 ollut EU:n jäsen. Tämä on aiheuttanut keskeisiä muutoksia niin oikeuden rakenteeseen kuin sen aineelliseen sisältöönkin. EU muodostaa oman oikeusjärjestyksensä. Voimassa oleva oikeus määräytyy osin EU:n normien myötä. EU vaikuttaa monin tavoin rikosoikeuteemme. Integraatiota on myös tarkoitus sekä syventää että leventää. EU:n rikosoikeudellinen merkitys tuskin onkaan vähenemässä.

7.2 EUROOPPALAINEN RIKOSOIKEUS

7.2.1 Yleistä

Eurooppalaisella rikosoikeudella voidaan ymmärtää hiukan eri asioita. Joka tapauksessa sen yleisenä taustana on Euroopan integraatiokehitys.

EU-jäsenyyden myötä meillä on kansallisten säädösten ohella eurooppalaista lainsäädäntöä. Sillä on suoraa vaikutusta sovellettavaan oikeuteen. Vaikkei EU:lla ole varsinaisesti toimivaltaa rikosoikeuden alueella, on se rikoslaissa otettu huomioon ja mainittu useassa kohdassa. EU-normit voivat vaikuttaa rikosoikeuteen myös sitä kautta, että ne vaikuttavat muihin oikeusjärjestyksen osiin, mikä sitten heijastuu rikoslainsäädäntöön. Näin on esimerkiksi silloin, kun tunnusmerkeissä hyödynnetään muiden oikeudenalojen käsitteitä.

EU voi eri syistä olla tyytymätön eurooppalaisen rikosoikeuden tällaiseen kehittymiseen. On syntynyt ehdotuksia eurooppalaisten rikosoikeudellisten intressien keskitetymmäksi suojaamiseksi. Tällaisina ehdotuksina otan esille Corpus juriksen ja Europa-Delikte-projektin. Käsittelen niitä sääntelymalleina enkä erityisesti kiinnitä huomiota niiden toteutumismahdollisuuksiin.

Eurooppalaisella rikosoikeudella voidaan ymmärtää myös jotain abstraktimpaa ja yleisempää, jotain sen tasoista kuin ”länsimainen demokratia”. Tällöin voidaan tarkoittaa, että on olemassa jonkinlaisia yhteisiä käsityksiä rikosoikeuden olemuksesta ja funktioista, siihen liittyvistä arvoista ja tavoitteista. Näistä olisi ehkä muodostunut tai muodostumassa jonkinlaista sedimenttiä. Tällainen sedimentti ei välttämättä olisi suoraan yhteydessä Euroopan integraatioon ja EU:hun – onhan rikosoikeudessa kyse paljon muustakin kuin taloudellisesta rakenteesta – samalla kun pintatason näkökulmasta Corpus juriksen tyyppistä hanketta voi halutessaan pitää eurooppalaisen rikosoikeuden alkiona. Varsinaisena eurooppalaisen rikosoikeuden toteutumana voidaan tällöin nähdä jonkinlainen eurooppalainen rikoslaki, mahdollisesti jonkinlaisena mallirikoslakina (kuten Model Penal Code) tai Euroopan rikosoikeussopimuksena.

7.2.2 Corpus juris

7.2.2.1 *Corpus juris* 1997

Vuonna 1995 komission pääosasto XX:n pääjohtaja de Angelis käynnisti suunnitelman Euroopan oikeudellisesta alueesta. Asiantuntijaryhmä, jonka jäseninä olivat professorit Bagicalupo, Delmas-Marty (puheenjohtaja), Grasso, Jareborg, Spencer, Spinellis, Tiedemann ja Van den Wyngaert valmisti ehdotuksen Corpus juris.

EU:n rikosoikeudellisena päähuolenaiheena olivat olleet EU:n budjettiin kohdistuvat väärinkäytökset, ”europetokset”. Väärinkäytökset, jotka kohdistuvat sekä budjetin tulo- että menopuoleen, nousevat kokonaismäärältään valtavaan summaan. Väärinkäytöksiä tehdään usein sofistikoituneesti. Monesti kyseessä on organisoitu toiminta oikeushenkilömuodossa. Samanaikaisesti jäsenvaltioiden rikosoikeusjärjestelmät ovat pitkälti kansallisia. Corpus juriksen laatijoiden mielestä assimilaation, yhteistoiminnan ja harmonisaation keinot eivät olleet riittäviä.

Corpus juris on eräänlainen pienenisrikoslakiehdotus. Se rakentuu seitsemälle ehdotuksen ”yleisen filosofian” luovalle periaatteelle, jotka ovat: laillisuusperiaate, syyllisyysperiaate, rangaistusten suhteellisuuden periaate, eurooppalainen alueperiaate, tuomiokontrollin periaate, kontradiktorisen prosessin periaate ja kansallisen oikeuden toissijaisen sovellettavuuden periaate. Ehdotus sisältää 35 artiklaa, jotka perustuvat mainituille periaatteille. Artiklat 1–17 ovat rikosoikeudellisia ja 18–35 rikosprosessuaalisia.

Artiklat 1–8 käsittävät ehdotuksen erinäiset rikokset. Keskeisin on 1 artiklan yhteisön talousarvioon kohdistuva petos. Seuraavissa artikloissa on kyse petoksesta sopimuksen tekomenettelyssä, lahjonnasta, virka-aseman väärinkäytöstä, varojen väärinkäytöstä, virkasalaisuuden paljastamisesta sekä rahanpesusta ja kätkemisestä. Artiklassa 8 on kyse salahankkeesta, joka vahingoittaa yhteisön budjettia.

Corpus juris säänteleä eräitä yleisten oppienkin asioita. Näitä ovat rangaistukset (9 art), yksilön rikosoikeudellinen vastuu (12 art), yritysjohtajan rikosoikeudellinen vastuu (13 art), ryhtymien rikosoikeudellinen vastuu (14 art), rangaistuksen määrä (15 art), raskauttavat asianhaarat (16 art) ja konkurrenssitilanteissa määrättävät rangaistukset (17 art). Sekä aineellista että prosessuaalista sääntelyä täydentää 35 artikla, jonka mukaan silloin, kun Corpuksessa on aukko, sovelletaan syytteenpanopaikan, tuomitsemispaikan tai täytäntöönpanopaikan lakia. Corpus juris olisi siis ensisijainen, mutta kansalliset säännökset täydentäisivät sitä aukkotapauksissa. Corpus sisältää myös seuraavat säännökset syyksiluettavuudesta:

Art. 10 Élément moral

Pour toutes les infractions définies ci-dessus (art. 1 à 8), la faute intentionnelle ou dol est nécessaire, à l’exception de la fraude communautaire (art. 1) pour laquelle l’imprudence grave, ou la négligence grave, est suffisante.

Art. 11 Erreur

1. L’erreur sur les éléments essentiels de l’infraction exclut le dol, l’imprudence grave pouvant être néanmoins sanctionnée dans le cas de fraude communautaire (supra, art. 1).

2. L’erreur sur la prohibition, ou sur l’interprétation de la loi, exclut la responsabilité au cas d’une erreur inévitable par un homme prudent et raisonnable. Si l’erreur était évitable, la sanction sera diminuée, ce qui exclut alors la pos-

sibilité pour le juge de prononcer le maximum de la peine encourue (supra, art. 9).

Sääntely kattaa siis ensinnäkin vaatimusunormin. Karkeasti ottaen ehdotuksessa vaaditaan tahallisuutta muissa rikoksissa paitsi 1 artiklan yhteisöpetoksessa, kun taas yhteisöpetoksessa riittäisi törkeä tuottamuskin. Corpus juris ei näin ollen hyväksy objektiivista vastuuta. Varsinaista sisältönormia, syyksiluettavuuden muotojen määritelmiä, ehdotus ei sisällä. Puutetta lieventää yhtäältä erehdyssääntely (art 11), ja toisaalta oikeustilaa täsmennettäisiin ilmeisesti kansallisilla säännöksillä (art 35).

Artiklan 11 1 kohdassa on kyse rikoksen olennaista elementtiä koskevasta erehdyksestä. Sellainen poistaisi tahallisuuden. Tällainen elementtierehdys voisi koskea toiseikkoja mutta myös oikeudellisia käsitteitä. 2 kohdan mukaan erehdys kiellosta tai tulkinnasta poistaa vastuullisuuden, jos se ei ollut huolellisen ja järkevän henkilön vältettävissä. Jos tällainen erehdys oli vältettävissä, teosta ei saa määrätä maksimirangaistusta. Kieltoerehdys ja ns. soveltamiserehdys kuuluvat siten 2 kohdan piiriin, jos kohta eron tekeminen 1 kohdan tilanteisiin, joissa niissäkin voi olla kyse normeihin liittyvästä erehdyksestä, lienee vaikeaa.³¹⁰

Voidaanko Corpus juriksen sanoa asettuneen jollekin kannalle siinä kysymyksessä, onko omaksuttava kaksi vai kolme syyksiluettavuuden astetta? Mikä on tahallisuuden alimman asteen sisältö? 10 artikla näyttää operoivan peräti neljällä syyksiluettavuuden asteella (*intention, dol, imprudence grave* ja *négligence grave*). Perusvaatimus on kuitenkin intentionaalisuus tai tahallisuus. Muu kuin tällainen syyksiluettavuuden aste riittää vain yhdessä rikoksessa, yhteisöpetoksessa. Intentionaalisuus lienee lähtökohtaisesti suppeampi käsite kuin dolus. Kun 10 artikla puhuu intentionaalisuudesta tai doluksesta, voidaanko ajatella, että edellinen, suppeampi käsite pitäisi silmällä englantilaista tuomaria, jälkimmäinen mannermaista? Jos näin olisi, jouduttaisiin tilanteeseen, jossa rangaistavuuden rajat jo tämän seurauksena olisivat eri jäsenmaissa erilaiset.

Perussyyksiluettavuusvaatimusta voitaneen kutsua tahallisuusvaatimukseksi. Selvää ei kuitenkaan ole, missä tällaisen tahallisuuden alaraja kulkee³¹¹. Corpuksen laatijoiden on ollut otettava huomioon eri maiden toisistaan poikkeavaa käsitteistöä. Näiden käsitteiden kääntäminen ei välttämättä onnistu helposti. Herää

³¹⁰ Ks. myös Neumann 2000 s. 72–75.

³¹¹ Träskman 1997 s. 266 katsoo, että tahallisuuden alarajan sääntelemättömyys Corpukassa merkitsee sitä, että ”förslaget inte anvisar någon som helst lösning på de problem som framför allt finns ifråga om dolus eventualis”. Samansuuntaisesti Neumann 2000 s. 72 toteaa, että ”das intrikate Problem der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz (dolus eventualis) und Fahrlässigkeit dem Erfindungsreichtum der jeweiligen nationalen Rechtsdogmatik überlassen bleibt”.

myös ajatus siitä, että säännökset eivät ole täysin viimeisteltyjä. Esimerkiksi syyksiluettavuuden vaatimusnormi ilmenee useasta kohtaa. Yhteisöpetoksen alempi syyksiluettavuusvaatimus käy ilmi niin 10 artiklasta, 11 artiklan 1 kohdasta kuin ao. rikosta koskevan 1 artiklan 1 kohdastakin. Edelleen 10 artikla puhuu intentionaalisuudesta tai tahallisuudesta, 1 artikla puhuu intentionaalisuudesta muttei tahallisuudesta ja 11.1:n mukaan elementtieroitus poissulkee tahallisuuden, kun taas intentionaalisuudesta ei ole puhetta. Lisää kysymyksiä herää, kun tarkasteluun otetaan myös käännöksiä. Corpus juris -kirjan englanninkielinen versio artikla 10:stä kuuluu seuraavasti: "All the offences set out above (Articles 1 to 8) require intention or fraud, with the exception of Community fraud (Article 1) for which recklessness or gross negligence is sufficient." Ruotsalaisessa Jareborgin käännöksessä artiklan 10 syyksiluettavuuden muodot ovat "uppsåt" ja "grov oaktsamhet", saksalaisessa käännöksessä samansuuntaisesti "Vorsatz" ja "Leichtfertigkeit"³¹². Artiklaan liittyvä lyhyt kommentti ei riittävästi selkiinnytä tilannetta³¹³.

Erehdyssääntely vastaa asiallisesti melko pitkälle meillä omaksuttua, joskin meillä erehdystilanteet haluttiin jakaa kolmii. Myös Corpuksessa näyttää lähdetyn syyllisyysteoriasta. Törkeän huolimattomuuden riittävyys yhteisöpetoksessa merkitsisi alempaa syyksiluettavuusvaatimusta kuin meillä³¹⁴.

Corpus juriksen ympärillä on järjestetty useita seminaareja ym. arviointitilaisuuksia. Corpus on saanut osakseen kritiikkiä. Onko Corpuksella poliittisen läpimenon edellytyksiä? Onko pakko mennä suurisuuntaiseen pienoisorikoslakiunifikaatioon, eikö EU:n taloudellisia etuja voitaisi rikosoikeudellisesti turvata jollain kevyemmällä mallilla? Corpus juriksen pienoisorikoslain muoto merkitsee eräitä perustavia ongelmia, samalla kun sitä voidaan puolustaa tietyistä näkökulmista. Kansalliset tuomioistuimet joutuisivat soveltamaan kahdenlaista rikosoikeudellista järjestelmää, kotimaista ja Corpus jurista. Tämä voisi tuntua lainsoveltajista ja muistakin erikoiselta. Toisaalta Corpus kuitenkin olisi sidoksissa kansalliseen järjestelmään siltä osin kuin aukkoja on olemassa (art 35). Sellaisia ei 35 artiklan mittainen Corpus juris tietenkään ole voinut välttää. Yleisten oppien puolella Corpus 1997 ei varsinaisesti sisällä säännöksiä esimerkiksi yrityksestä, oikeuttamisperusteista tai syyntakeisuudesta³¹⁵.

³¹² Asiaan kiinnittää huomiota myös Höpfel 2000 s. 85–86.

³¹³ Ks. esim. käytetyn huolimattomuuskäsitteistön suhteesta recklessnessiin Neumann 2000 s. 72.

³¹⁴ Samoin Kaiafa-Gbandi 2000 s. 111–112 Kreikan osalta, jossa hän myös mm. kysyy, miksi EU-fiskuksen suojan pitäisi olla laajempi kuin kansallisen. Ks. myös Nuutila 2000 erityisesti s. 186–190.

³¹⁵ Jälkimmäisten puuttuminen ei Tiedemannin 2000 s. 63 mukaan ole haitallista tämän spesifin sääntelyalueen yhteydessä. On tietysti selvää, että EU:n finanssi-intressejä koskevassa ehdotuksessa keskeisempää on kiinnittää huomiota kieltöerehdykseen kuin vaikkapa hätävarjeluun.

Aineellisemmalle tasolle siirryttäessä voidaan kysyä, miten hyvin Corpus juris noudattaa rationaalisen kriminaalipolitiikan ehtoja, mm. rikosoikeudellisia kriminalisointiperiaatteita. Ehdotus ei sisällä vahvaa empiiristä tietoutta. Miten ultima ratio -säännön noudattaminen ilmenee Corpuksessa? Jos rajojen avaamista, joka on merkittävä syy rikollisuuden leviämislle, pidetään välttämättömänä, voidaan mm. kysyä, millaisiin väärinkäytöksiä estäviin, rikostilanteiden vähentämiseen tähtääviin toimiin on ryhdytty?³¹⁶ Sikäli kuin kriminalisoinnit ovat tarpeellisia, voidaan Corpusta ainakin pitää melko ekstensiivisenä. Tätä ilmentää esimerkiksi ehdotus saattaa europetos rangaistavaksi myös (törkeän) huolimattomana³¹⁷. Samaan viittaa myös se, että Corpuksen rangaistukset ovat ankaria. Prosessuaaliset kysymykset ovat kokonaan oma lukunsa³¹⁸.

Kaiken kaikkiaan Corpus juris ilmentää melko huomattavasti offensiiviselle kriminaalipolitiikalle tunnusomaisia piirteitä. Sen keskiössä on eurooppalainen taloudellinen rakenne ja eurooppalainen taloudellinen toimija, ja enintään tämän primaatin kautta eurooppalaiset oikeusalamaiset. Tällaisena se muodostaisi vinon lähtökohdan eurooppalaiselle rikosoikeudelle.

Sieber pitää kritiikistä huolimatta Corpus jurista askelena kohti eurooppalaisia rikosoikeutta. Delmas-Martya lainaten hän kuvaa ehdotusta Troijan hevoseksi; kun on yhden deliktiryhmän yhteydessä luotu yleiset opit ja prosessuaaliset säännökset, on helppo täydentää deliktikatalogia muilla rikostyypeillä; ylikansallista luonnetta on ilman muuta esimerkiksi tietokone- ja ympäristörikoksilla. Eurooppalaisen rikosoikeuden yhteisen perustuksen hän näkee valistuksen ideoissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa.³¹⁹

7.2.2.2 Corpus juris 2000

Corpus juris -ehdotuksen valmistelua jatkettiin. Kahdeksan eksperttiä (mm. vuoden 1997 Corpuksen laatijat) ja seitsemän kontaktitahoa laati 15 kansallista raporttia Corpusta koskevan kysymyslomakkeen perusteella. Suomea koskevan kansallisen raportin laativat Raimo Lahti ja Pasi Pölönen. Vastausten perusteella laadittiin vertaileva tutkimus. Yleistä osaa (artiklat 9–17) koskeva raportööri oli Joachim Vogel. Työn tuloksena syntyi Corpus juris 2000.

Corpus 2000 yrittää tietenkin vastata vuoden 1997 version osakseen saamaan kritiikkiin. Corpus 2000 on astetta vähemmän offensiivinen kuin edeltäjänsä. Corpuksen runko on suurin piirtein ennallaan. Yksittäisistä yleisten oppien sään-

³¹⁶ Kriittisesti *Träskman 1997* s. 263–265, jossa todetaan mm., että ”[i] ett nordiskt kriminalpolitiskt perspektiv är det mycket förvånande att nivå ett, alltså den som gäller de rent preventiva åtgärderna, helt har förbigåtts”.

³¹⁷ *Neumann 2000* s. 70.

³¹⁸ Ks. esim. *Träskman 1997* s. 269–272.

³¹⁹ *Sieber 1998* s. 9–10.

telyn kysymyksistä eräs merkittävimpiä on yritystä koskevan sääntelyn ottaminen ehdotukseen (art. 11b).

Kansalliset raportit vaihtelevat laajuudeltaan ja yksityiskohtaisuudeltaan. Useissa ei nimenomaisesti vastata kuhunkin kysymykseen, ja toisinaan esitys on melko lyhyt. Vastausten kirjavuus vaikeuttaa osin yksityiskohtaisten väitteiden esittämistä siitä, mikä raporttien suhtautuminen Corpus juriksen syyksiluettavuussääntelyyn oikein on. Osin tämä liittyy tietysti myös kysymyksiin ja niiden mahdollisiin tulkinnanvaraisuuksiin; artiklasta 10 ei esimerkiksi kysytty, pitäisikö käytettävät syyksiluettavuuden muodot määritellä vai ei.

Kansallisten raporttien pohjalta laadittiin yhteenvetoja. Artikloista 9–17 sellaisen laati Vogel, joka myös laati ehdotuksia kyseisten artiklojen muutoksiksi. Hänen ehdotuksensa syyksiluettavuutta ja erehdystä koskevaksi yhteiseksi artiklaksi oli seuraava:

Article 11 – Mens rea; mistake

- 1) All the offences set out above (Arts. 1 to 8) require intention or fraud, with the exception of fraud in the Community Budget (Art. 1) for which recklessness or gross negligence is sufficient.
- 2) There is intention or fraud if the offender desires circumstances that amount to the constituent elements of the offence to exist or knows or thinks that these circumstances exist. The offender acts recklessly if he is aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist and it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk. The offender acts with gross negligence if he is not aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist but the risk is, having regard to the circumstances known to the offender, obvious.
- 3) Mistake about the constituent elements of the offence excludes intention, fraud or recklessness but not, as the case may be, gross negligence.
- 4) A mistake about the unlawfulness of the act – be it caused by a mistake about the existence of a legal prohibition or about its interpretation – excludes liability if it was inevitable, i.e. if it could not have been reasonably expected of the erring person to avoid it. A mistake is presumed to be inevitable if it is reasonably suggested
 - by a judgement of the European Court of Justice or a national Supreme Court; or
 - by an information supplied by a competent public authority; or
 - by an information supplied by reliable legal counsel.

The penalty must not exceed three fourths of the penalties under Article 10 and Article 16 § 1 b and c, § 2 if the mistake was avoidable.

Vogelin mukaan syyksiluettavuus ja erehdys on syytä säännellä samassa artiklassa ”because both are two sides of the same coin”³²⁰. Erehdysten jaottelu il-

³²⁰ Vogel 2000 s. 271.

mentää syyllisyysteoriaa. Merkittävintä on kuitenkin se, että syyksiluettavuuden asteet on nyt positiivisesti määritelty. Lähtökohta Vogelín määritelmässä on ilmeisen englantilainen; *intention (or fraud)* kattaa nyt tarkoitustahallisuuden ja varmuustahallisuuden. *Recklessness* on määritelty perinteisen subjektiivisen *Cunningham-recklessnessin* sisältöiseksi, ja *gross negligencessä* on kysymys vakavasta tiedostamattomasta tuottamuksesta. Vogel tuokin englantilaisuuden selvästi esiin: ”The definitions given in § 2 follow the English Law Commission because Corpus juris itself refers to English law.”³²¹

Corpus juris 2000:ssa syyksiluettavuuden sääntely päättyi seuraavaan muotoon:

Article 9 – Mens rea

All the offences set out above (Articles 1 to 8) require intention, with the exception of offences ”considered” as fraud (”*délit assimilé à la fraude*”) against the Community budget (Article 1) for which recklessness or gross negligence is sufficient.

Implementing provision

The offender acts recklessly if he is aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist and that it is unreasonable, having regard to the circumstances known to him, to take that risk. The offender acts with gross negligence if he is not aware of the risk that the circumstances that amount to the constituent elements of the offence exist but the risk is, having regard to the circumstances known to the offender, obvious.

Article 10 – Error

Mistake as to the constituent elements of the offence excludes intention. Mistake as to the legal prohibition excludes liability if it would have inevitably been committed by a careful, sensible person. If the mistake was avoidable, the penalty may be reduced, and the judge may not impose the maximum penalty (see Article 14).

Vaatimusnormi käy ilmi sekä 1 artiklasta että syyksiluettavuutta koskevasta 9 artiklasta. Artiklojen 2–8 tarkoittamat teot edellyttävät *intentionia*. Tuottamuksellisen petoksen outoutta koskeva kritiikki on otettu huomioon siten, että siltä osin kuin 1 artiklassa kuvattu menettely toteutetaan intentionaalisesti, on kyse petoksesta, siltä osin kuin ”by recklessness or by gross negligence”, kyse on ri-

³²¹ Vogel 2000 s. 271; hän viittaa tässä Corpus 1997:n sivulle 64, jolla on mens reaa koskevan 10 artiklan englanninkielinen versio kommentteineen. Vogelín ajatus käy ilmi myös s. 252–253: ”Indeed, the national reports show that intention or fraud, recklessness or gross negligence are concepts that vary from Member State to Member State. So, it is useful to give a definition which should be modelled on English law because the commentary on Article 10 (and also the English version) expressly refers to ’recklessness’.”

koksesta ”considered as fraud”. Syyksilukeminen vain recklessness- tai gross negligence -asteisena merkitsee rangaistuksen vähentämisperustetta (artikla 14.3).

Syyksiluettavuudesta ja erehdyksestä säädettäisiin eri artikloissa (9 ja 10). Syyksiluettavuuden asteiden määrittelemisestä on nyt luovuttu. Ehdotus sisältää kuitenkin täytäntöönpanosäännöksen (implementing provision), jossa määritellään recklessness ja gross negligence. Eräs kysymys on, mikä on tällaisen implementaatiomääräyksen oikeudellinen luonne. Sisällöllisesti määritelmä on samanlainen kuin Vogelín recklessnessin ja gross negligencen määritelmät. Määritelmät vastaavat kyseisten käsitteiden perussisältöä englantilaisessa oikeudessa. Herää kysymys, onko Corpuksen intentionillakin ymmärrettävä samaa kuin englantilaisessa oikeudessa, vai onko sillä ymmärrettävä mannermaista tahallisuutta, saako tulkinnan mahdollisesti valita tai täydentyykö intention ehkä kansallisen oikeusjärjestyksen kautta (art. 35)?

Määrittelystä osasta ei voida päätellä, että syyksiluettavuuden ylin aste vastaisi englantilaista intentionia tai että sellaista oli tarkoitettu. Jos tarkoituksena olisi ollut englantilaisen intentionin omaksuminen, ei ilmeisesti olisi ollut estettä määrittellä sitäkin. Vaikka recklessness-määritelmä vastaakin sinänsä englantilaista, ei se sellaisenaan estäisi pitämästä intentionina jotakin osaa tarkoitus- ja varmuustahallisuuden ulkopuolellakin, ts. riskin mieltämisen alueella. Omaksuttu recklessnessin määritelmä ei sinänsä poissulje esimerkiksi todennäköisyystahallisuuden tai useiden muidenkaan tahallisuuden alinta astetta määrittävien mallien pitämistä intentionina. Joustava suhtautuminen intentioniin kansallisissa raporteissa on voinut merkitä sitä, että ei ole katsottu olevan pakottavaa tarvetta uskaltautua ylimmän syyksiluettavuuden asteen määrittelemiseen. Voi myös olla, että ei ole haluttu sitoutua kapeaan englantilaiseen intentioniin. Tämän puolesta puhuisi mm. se, ettei Corpus muutenkaan edusta minimalistista linjaa.

Eräs huomioon otettava asia on myös se, että Corpus 2000 on luopunut käyttämästä käsitettä fraud subjektiivisen syyksiluettavuuden lajina. Vuoden 1997 Corpuksen englantilainen kieliasu ja Vogelín ehdotus sanoivat muissa rikoksissa paitsi yhteisöpetoksessa vaadittavan subjektiivista elementtiä ”intention or fraud”. Vuoden 2000 Corpuksessa puhutaan syyksiluettavuuden perusvaatimuksena vain intentionista. Syyksiluettavuuden asteiden määrittelemisen, erityisesti ylimmän syyksiluettavuuden asteen kannalta onkin huomattava, että Vogelín määritelmän poisjätetty osa koski intention or fraudia eikä pelkkää intentionia. Voisiko olla niin, että tämä osa määritelmästä on jätetty vuoden 2000 Corpuksesta pois, kun fraud on jätetty pois, eikä määritelmä koskisi pelkkää intentionia?

Kaiken kaikkiaan fraudin poisjättäminen oli mielestäni siinä mielessä hyvä, että se oli mannermaalaisille outo, eivätkä common law -tradition edustajatkaan tuntuneet sitä erityisesti kaipaavan. Toisaalta se oli vuoden 1997 Corpuksessa ehkä nähty elementtinä, joka laajentaisi perussyyksiluettavuusvaatimusta verrat-

tuna kapeaan englantilaiseen intentioniin. Nämäkin seikat tukevat nähdäkseni sitä, että on epäselvää, onko intentionille haluttu antaa jokin aineellinen sisältö ja jos niin mikä, vai onko se ehkä jollain tavoin jätetty kansallisesti täsmentyväksi.

Erehdyksen suhteen noudatetaan edelleen vuoden 1997 version perusratkaisua, jonka mukaan syyksiluettavuuden asteista ja erehdyksestä säädetään eri artiklassa. Artikloihin 2-8 vaadittavan ylemmän tai perussyyksiluettavuusvaatimuksen sisällön tulkinnassa on merkittävää, mitä elementtierehdys poissulkee. Corpuksen molemmat versiot ovat sillä kannalla, että pois eivät sulkeudu recklessness ja gross negligence. Vogelín artiklaehdotuksen mukaan sellainen erehdys olisi poissulkenut myös recklessnessin. Elementtierehdyksen seurauksena poissulkeutuvan syyksiluettavuuden muodon osalta vuoden 1997 Corpus puhui fraudista (dolista), vuoden 2000 versiossa sellainen erehdys poissulkee intentionin. Tämä voisi puhua sen puolesta, että intentionilla ei vuoden 2000 Corpuksessa tarkoiteta (vain) kapeaa englantilaista intentionia.

Corpus juris 2000 sisältää myös eräitä muita subjektiivisen puolen näkökulmasta merkittäviä määräyksiä. Ylilytyksessä ja avunannossa puhutaan tietoisesta (knowingly) provosoinnista/auttamisesta (artikla 11). Vastaavasti yritysjohdajan vastuuta koskevassa 12 artiklassa puhutaan rikoksen tekemisen tietoisesta sallimisesta. Uudessa yritystä koskevassa 11 bis-artiklassa yrityksen sanotaan olevan käsillä, kun henkilö ”with intent to commit a crime under Articles 1 to 3 and 5 to 8” ryhtyy täytäntöönpanotoimeen. Erityisen osan puolella on eräitä finaalityökaluja (artiklat 3 – rahanpesu ja 5 – lahjominen, ks. myös 2.2 ja 4 art.).

7.2.3 Europa-Delikte

Europa-Delikte on saksalaisen Klaus Tiedemannin johtama hanke, jossa eurooppalaiset rikosoikeustutkijat ovat laatineet talousrikosoikeutta koskevan, yleiset opit ja erityisen osan kattavan säännösten harmonisointiehdotuksiksi. Se valmistui vuonna 2000. Erityisen osan tunnusmerkistöehdotukset koskevat mm. työ-, ympäristö-, kilpailu-, pörssi- ja insolvenssirikoksia. Europa-Delikte täydentää asiallisesti Corpus jurista. Se ei kuitenkaan perustu viralliseen toimeksiantoon.³²²

Myös Europa-Delikte on siis tiettyjä rikosoikeuden lohkoja koskeva ehdotus. Yleisten oppien näkökulmasta se on erityisen kiinnostava sikäli, että sääntelykohteena ei ole ydinrikosoikeus, vaan alue, joka on merkittävässä määrin kuulu-

³²² Ks. lähemmin *Tiedemann 2002*. Europa-Delikte ei juuri sisällä seuraamuksia tai prosessia koskevia määräyksiä.

nut erikoisrikosoikeuteen. Lisäksi talousrikokset olivat merkittävässä asemassa, kun eduskunta rajoitti RL 3:6:n koskemaan tunnusmerkistön mukaisia seurauksia.

Yleisiä vastuuedellytyksiä koskevat säännökset ovat usein huomattavasti yksityiskohtaisempia kuin Corpus juriksessa. Tässä kiinnostavia ovat ennen kaikkea Joachim Vogelin muotoilemat subjektiivista syyksilukemista koskevat artikkelit 4–7.³²³

Neljännen artiklan mukaan rikosoikeudellinen vastuu edellyttää subjektiivista tekoelementtiä. Se on näytettävä toteen, mutta saadaan päätellä objektiivisista seikoista. Subjektiivinen tekoelementti edellyttää tahallisuutta tai, jos niin on erikseen säädetty, huolimattomuutta tai kevytmielisyyttä. Se edellyttää myös oikeudenvastaisuuden mieltämistä tai mahdollisuutta oikeudenvastaisuuden mieltämiseen. Artikla 5.1 määrittelee tahallisuuden seuraavasti:

Art. 5: Vorsatz und Fehlen des Vorsatzes

1. Vorsätzlich handelt, wer sich mit Tatbewußtsein für die Begehung der Tat entscheidet. Tatbewußtsein hat, wer es bei Begehung der Tat zumindest für möglich hält, daß Tatsachen gegeben sind oder eintreten, die sämtliche nach dem Gesetz erforderlichen objektiven Tatelemente verwirklichen; bei normativen Tatelementen muß der Täter zudem die jeweilige normative Wertung, bei Blankettstrafgesetzen zudem die jeweilige blankettausfüllende Norm kennen. Für die Begehung der Tat entscheidet sich, wer sie absichtlich begeht, sicher weiß, daß er sie begeht, oder sie begeht, ohne ernsthaft darauf zu vertrauen, daß die in Satz 2 genannten Tatsachen nicht gegeben sind oder nicht eintreten.

Tahallisuus sisältää tämän mukaan ensinnäkin vaatimuksen tekosäilytyksestä (*Tatbewußtsein*), jollaiseksi riittää myös mahdollisena pitäminen. Malli sisältää myös toisen elementin, päätöksen teon puolesta. Se tuo mieleen saksalaisessa keskustelussa esiintyvän normatiivisen päätös oikeushyvää vastaan -kriteerin. Erityisen merkittävää mielestäni on, että elementissä operoidaan vakavan luottamus -p:n negatiivisella rajanvetokriteerillä. Selvästi suurempi yksimielisyys valitseekin tiedostetun tuottamuksen kuin dolus eventualiksen luonnehdinnasta. Määritelmä on sangen yksityiskohtainen ottaessaan huomioon myös normatiiviset tekoelementit ja blankoprosblematiikan. Ne ovatkin ehdotuksessa sääntelyn kohteena olevien rikostyyppien alueella tavallisia. Tahallisuuden puuttuminen voi vastaavasti johtua myös arvotus- tai oikeuserhdyksestä (art 5.2).³²⁴

Jos tekijä kuvitteli virheellisesti sellaisten tosiasioden olevan käsillä, joiden käsilläollessa teko ei olisi ollut oikeudenvastainen, häntä ei rangaista tahallisesta

³²³ Ks. yleisesti Vogel 2002.

³²⁴ Vogel 2002 s. 126–127 ja 144–145.

teosta (art 5.3). Määräys on samankaltainen kuin RL 4:3, mutta rajoittuu oikeuttamisperusteita koskeviin virhekäsityksiin. Määräys ei toisaalta rajoitu tiettyihin oikeuttamisperusteisiin eikä sisällä vaatimusta virhekäsityksen perustellisuudesta.

Huolimattomuus voi artikla 6.1:n mukaan olla tiedostamatonta tai tiedostettua. Kevytmielisesti toimii (art 6.2), ”[w]er in besonderem Maße pflichtwidrig und aus besonderem Leichtsinne oder besonderer Gleichgültigkeit fahrlässig im Sinne des Absatzes 1 handelt”. Kevytmielisyys on siis kvalifioitua huolimattomuutta.³²⁵

Artikla 7 koskee oikeudenvastaisuustietoisuutta ja sen puuttumista. Oikeudenvastaisuustietoisuus on 1 kappaleen mukaan käsillä, kun tekijä piti tekohetkellä vähintäänkin mahdollisena, että teko on oikeudellisesti kielletty. Oikeudenvastaisuustietoisuuden puuttumisessa kyse voi olla siitä, ettei tekijä tuntenut oikeudellista kieltoa tai ei pitänyt sitä voimassaolevana tai piti sitä soveltumattomana. Toisaalta kyse voi olla myös siitä, että tekijä tulkitsi sitä virheellisesti taikka piti soveltuvana lupaa, jota ei todellisuudessa ollut, tai joka ei ollut voimassa oleva tai soveltuva. Jos tekijä ei voinut päätyä oikeudenvastaisuustietoisuuteen tai sitä ei voitu kohtuudella edellyttää, vastuuta ei ole. Tästä voidaan lähteä, kun oikeudenvastaisuustietoisuuden puuttuminen pohjautui korkeimman oikeusasteen voimassa olevaan oikeuskäytäntöön, viranomaiselta saatuun tietoon tai asianajajan neuvon. Jos oikeudenvastaisuustietoisuuden puuttuminen ei vapauta vastuusta, rangaistusta voidaan kuitenkin lieventää.

Erehdysnäkökulmasta sääntelyn taustalla on jaottelu tunnusmerkistö- ja kieltoerehdykseen eikä esimerkiksi tosiasia- ja oikeuserehdykseen. Lähtökohdat vastaavat rikoslaissa omaksuttuja ratkaisuja. Kieltoerehdyksen anteeksiannettavuuden perusteiden sääntely painottuu osin toisin kuin meillä³²⁶.

7.3 KANSAINVÄLISEN RIKOSOIKEUDEN NÄKÖKULMA

Kansainvälisessä rikosoikeudessa tehdään eräitä rikosten jaotteluja. Eräs on jaottelu rikoksiin rauhaa vastaan (jus ad bellum) ja sodassa tapahtuviin, humanitaarisia sääntöjä rikkoviin tekoihin (jus in bello). Toisaalta voidaan mm. puhua tekopaikasta riippumatta rangaistavissa olevista universaalirikoksista (RL 1:7) ja

³²⁵ Ks. *Vogel 2002* s. 141–142 ja 145–146.

³²⁶ Ks. lähemmin *Vogel 2002* s. 139–141 ja 146, jossa todetaan, että kieltoerehdyksen vältettävyyttä arvioidaan artiklassa – toisin kuin Corpus juriksen 10 artiklassa – henkilökohtaisen mittapuun mukaan.

rikoksista kansainvälistä oikeutta vastaan, joita pidetään rikoksina suoraan kansainvälisen oikeuden nojalla, riippumatta siitä, onko tekoa kriminalisoitu kansallisesti.

Tässä rajoitun lähinnä kansainvälisen rikosoikeuden tuoreeseen ja ehkä merkittävimpään saavutukseen, Kansainväliseen rikostuomioistuimeen ja sen perussääntöön. Tällainen tuomioistuin on ollut hankkeilla jo pitkään. 1990-luvulla poliittinen ilmapiiri hankkeen toteuttamiseksi muuttui aiempaa suotuisammaksi. Vuonna 1992 YK:n yleiskokous antoi Kansainvälisen oikeuden toimikunnalle (ILC) tehtäväksi laatia luonnos pysyvän kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännöksi. Hankkeen valmistelu huipentui Rooman diplomaattikonferenssiin kesällä 1998, jossa kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö hyväksyttiin 17.7.1998. Sen 1.7.2002 tapahtunut voimaantulo edellytti 60:tä ratifiointia.³²⁷

Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö sisältää sekä aineellisen rikosoikeuden että rikosprosessioikeuden alaan kuuluvia määräyksiä. Tuomioistuimen toimivaltaan kuuluvat vain tietyt rikokset eli joukkotuhonta, rikokset ihmisyyttä vastaan, sotarikokset ja hyökkäysrikos (5 art), joista kolme ensimmäistä on yksityiskohtaisesti määritelty artikloissa 6–8. 70 artiklan mukaan tuomioistuimella on myös toimivalta käsitellä tiettyjä sen oikeudenkäyttöä vastaan tehtyjä tahallisia rikoksia.

Perussäännön kolmas osa koskee yleisiä rikosoikeudellisia periaatteita. Niitä koskevien artikloiden otsikot ovat Nullum crimen sine lege (art 22), Nulla poena sine lege (art 23), Taannehtivuuden kielto ratione personae (art 24), Henkilökohtainen rikosoikeudellinen vastuu (art 25), Alle 18-vuotiaiden henkilöiden rajaaminen toimivallan ulkopuolelle (art 26), Virallisen aseman merkityksettömyys (art 27), Päälliköiden ja muiden esimiesten vastuu (art 28), Vanhentumisaikojen soveltamattomuus (art 29), Syyksiluettavuus (art 30), Rikosoikeudelliset vastuuvapausperusteet (art 31), Tosiasiaerehdys ja oikeuserehdys (art 32) ja Esimiehen määräykset ja lain määräykset (art 33).

Tämän työn kannalta kiinnostavia ovat ennen kaikkea artikkelit 30 ja 32. Aiheita sivuavat myös 31 artiklan 1 kappaleen a) ja b) kohdat, joissa käsitellään syyntakeettomuutta ja päihtymystilaan perustuvaa syyntakeettomuutta. 128 artiklasta ilmenee, että perussäännön alkuperäiskappaleen arabian-, englannin-, espanjan-, kiinan-, ranskan- ja venäjänkieliset tekstit ovat yhtä todistusvoimaisia. Kiinnitän seuraavassa sen vuoksi huomiota sekä suomen- että englanninkielisen sopimustekstin 30 ja 32 artikloihin.

³²⁷ Ks. *Tallgrenin* lyhyttä esitystä kansainvälisen rikosoikeuden historiasta, 2001 I s. 8–15 ja kansainvälisen rikosoikeuden justifikaatiokysymysten tarkastelua 2001 V. Tallgrenin 2001 V s. 36–37 mukaan ”In fact it is evident that, regardless of the usual explicit statements referring to utilitarianism, international criminal law has now and always had in our minds, in the general conscience, firmly the retributivist tone of justification”.

Article 30 Mental element

1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.
2. For the purposes of this article, a person has intent where:
 - a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
 - b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.
3. For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

30 artikla Syyksiluettavuus

1. Jollei erikseen ole toisin määrätty, henkilö on rikosoikeudellisessa vastuussa ja hänet voidaan tuomita rangaistukseen tuomioistuimen toimivaltaan kuuluvasta rikoksesta ainoastaan, jos rikoksen tunnusmerkistö on toteutettu tahallaan ja tietoisesti.
2. Artiklaa sovellettaessa tarkoitetaan henkilön toimivan tahallaan:
 - a) suhteessa toimintaan, kun hänen tarkoituksenaan on toimia kyseisellä tavalla;
 - b) suhteessa seuraukseen, kun hänen tarkoituksenaan on aiheuttaa tuo seuraus tai hän on selvillä siitä, että toiminta tavallisesti aiheuttaa tuon seurauksen.
3. Artiklaa sovellettaessa tarkoitetaan "tietoisuudella" sitä, että henkilö on selvillä olosuhteen vallitsemisesta tai siitä, että toiminta tavallisesti aiheuttaa kyseisen seurauksen. Ilmaisulle "tietää" ja "tietoisena" annetaan merkitys vastaavalla tavalla.

Artiklan rakenne on jonkin verran monipolvinen. Ensimmäisestä kappaleesta käy ilmi, että syyksiluettavuus edellyttää 30 artiklan mukaan, ellei toisin ole määrätty, että "the material elements are committed with intent and knowledge". Material elements -vaatimuksella viitataan kyseeseen tulevien rikosten tunnusmerkistökohtaisiin edellytyksiin. Syyksiluettavuus edellyttää siis sekä *intent*ä että *knowledge*a. Rikosmääritelmät sisältävät mm. subjektiivisia tunnusmerkkejä. "Intent and knowledge" syyksiluettavuuden perusvaatimuksena vastaa kyseeseen tulevien tekojen vakavaa luonnetta ja niihin usein liittyvää vahvaa subjektiivista puolta. Valmisteluvaiheessa esillä oli ollut myös alempia subjektiivisia vaatimuksia.³²⁸

Ensimmäisen kappaleen syyksiluettavuuden lajit intent ja knowledge määritellään sitten seuraavissa kappaleissa, intent toisessa ja knowledge kolmannessa. Huomiota on kiinnitettävä niiden kohteisiin: intentiä luonnehditaan suhteessa

³²⁸ 30 artiklan valmistelutaustasta, intentin ja knowledgen konjunkttiivisesta vaatimuksesta ja vaatimusten suhteista rikosmääritelmien subjektiivisiin tunnusmerkkeihin ks. ICC 1999/Piragoff s. 527–532, Schabas 1998 s. 419–421 ja Schabas 2001 s. 85–87.

toimintaan ja seuraukseen ja knowledgea suhteessa olosuhteeseen ja seuraukseen.

Toisen kappaleen a) kohdassa on kyse intentistä suhteessa toimintaan³²⁹. En arvioi sitä lähemmin, vaan siirryn seuraukseen ja olosuhteeseen kohteina.

Seuraus on huomioitu intentin kohteena 2 kappaleen b) kohdassa kahdessa tilanteessa ja 3 kappaleessa knowledgea kohteena. Toisen kappaleen b) kohdassa mainitaan ensin tilanne, jossa tekijä ”means to cause that consequence”. Kyse on lähinnä tarkoitustahallisuudesta. Intent suhteessa seuraukseen on käsillä myös, kun henkilö on ”aware that it will occur in the ordinary course of events”. Kyseessä on siis intent suhteessa seuraukseen mieltämisen perusteella.

Mieltämisestä on luonnollisesti kyse myös 3 kappaleen knowledge-käsitteessä. Kappaleessa säännellään ensin knowledge suhteessa olosuhteisiin (circumstance), joita ei nimenomaisesti mainitakaan muissa kohdissa artiklaa, joten kyseessä on olosuhteita koskeva yleinen syyksiluettavuusvaatimus. Knowledge tarkoittaa ”awareness that a circumstance exists”. Kappaleen loppuosassa säännellään knowledge suhteessa seuraukseen; se on ”awareness that [...] a consequence will occur in the ordinary course of events”. ”Know” ja ”knowingly” on tulkittava vastaavalla tavalla.

Voidaan huomata, että *aware/awareness that a consequence will occur in the ordinary course of events* esiintyy sekä 2 että 3 kappaleessa eli seuraukseen kohdistuvan sekä intentin että knowledgea luonnehdintana. Voidaan siis sanoa, että käsitteet näyttävät asettavan riman seurausten osalta samalle korkeudelle (poislukien intentiin niin ikään liittyvä tarkoitustahallisuus). Tämän jälkeen voidaan mieltämisen vaadittavan korkeuden ymmärtämiseksi yrittää selvittää ilmaukseen sisältyvien käsitteiden sisältöä. Merkittäviä tässä suhteessa ovat ennen kaikkea ”aware(ness)” ja ”in the ordinary course of events”.

Vaadittu mieltämisen korkeus seuraa näistä yhdessä. Jos toinen edellyttäisi varmuutta, ilmaisi toinen yksin kyseistä asiaa. Jos, toisin sanoen, ”aware” edellyttää varmuutta, riittänee selvittää ilmauksen ”in the ordinary course of events” sisältämä todennäköisyysvaatimus. Tällöin keskeistä lienee käsitteen ”ordinary” sisältö. Se on, nähdäkseni osuvasti, käännetty suomenkielisessä artiklassa ”tavallisesti”. Mikä siis on tavallista, mitä tarkoittaa ”x:stä seuraa tavallisesti y”? Voitaisiin ajatella, että ”tavallisesti” olisi sama kuin ”todennäköisesti”. Se voisi edellyttää jotain suurtakin todennäköisyyttä, sen sijaan vaikuttaa siltä, että alle 50 %:n todennäköisyys ei kielellisesti olisi kovin luonteva. ”Ordinary” voisi näin tarkoittaa vähintään yksinkertaista todennäköisyyttä. Jos ”aware” edellyttäisi varmuutta, olisi lopputuloksena jotakuinkin yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta vastaava syyksiluettavuuden muoto.

³²⁹ Ks. ICC 1999/Piragoff s. 532–533, jossa ilmaisun katsotaan sisältävän (vähintäänkin) teon tahdonvaltaisuuden vaatimuksen.

Kun tätä suhteuttaa olosuhteita koskevaan syyksiluettavuusvaatimukseen, saatetaan päätyä tiettyyn inkongruenssiin. Knowledge suhteessa olosuhteisiin merkitsi 3 kappaleen mukaan ”awareness that a circumstance exists”. Tässä ilmaisussa on nyt vain yksi mieltämisvaatimuksen korkeuteen vaikuttava käsite, ”awareness”. Näin syyksiluettavuusvaatimus edellyttäisi olosuhteisiin nähden varmana pitämistä, seurauksiin nähden vain todennäköisenä pitämistä.

Esimerkiksi selitettäessä ”awareness” (vain) todennäköisenä pitämiseksi ja ”in the ordinary course of events” (peräti) varmaksi saataisiin ilmeisesti aikaiseksi melko koherentti syyksiluettavuusvaatimus, joka ei myöskään näyttäisi olevan yhteensopimaton erehdyssäännöksen kanssa.

Piragoff näyttää ymmärtävän ”in the ordinary course of events” -ilmaisulla sellaista hyvin korkeaa todennäköisyyttä, joka merkitsee käytännöllistä varmuutta. Harva asia elämässä on varmaa³³⁰. Ambosin mukaan selvilläolo tavallisesti aiheutuvasta seurauksesta ei kata dolus eventualista, jossa seurausta pidetään vain mahdollisena, vielä vähemmän recklessnessiä, jota koskeva muotoilu jätettiin pois ja joka hänen mukaansa sijoittuu dolus eventualiksen ja tiedostetun tuottamuksen väliin.³³¹ Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymistä ynnä muuta koskevassa HE:ssä katsotaan, että olosuhde- ja seuraustahallisuudessa ollaan käytännössä lähellä todennäköiseksi mieltämisen vaatimusta ja että kotimainen ”varsin todennäköinen” saattaisi asettaa jossain määrin korkeammat vaatimukset kuin 30 artikla.³³²

Olosuhteita koskeva knowledge-vaatimus oli luonnehdittu awareness-käsitettä hyödyntäen. Tällainen selvilläolo viittaa Piragoffin mukaan yleiseen käsitykseen tiedosta (”the common understanding of ’knowledge’”) tai käsitteeseen rikoksen tekemisestä tietoisesti (”knowingly”). Erityinen kysymys on ”wilful blindness”-tilanteiden käsittely. Niissä on kyse tilanteista, joissa tekijä suuresti epäilee tai hän on tietoinen merkittävästä riskistä, mutta haluaa pysytellä asiasta tietämättömänä. Piragoff näyttää lähtevän siitä, että nämä tilanteet eivät yllä säännöksen tarkoittamaan selvilläoloon, joskin pitää toisaalta mahdollisena, että tuomioistuin saattaisi katsoa voivansa tulkita wilful blindnessin joissain tilanteissa mahtuvan säännöksen sovellutusalaan.³³³

³³⁰ ICC 1999/Piragoff s. 533–534. Tosin tällaisia tilanteita käsitellään hänen mukaansa *civil law* -systeemeissä dolus eventualiksena.

³³¹ Ambos 1999 s. 20–22. Myös Werle 2003 s. 110 ja 120 katsoo, ettei säännös ilmeisesti mahdollista dolus eventualista eikä recklessnessiä, mutta pitää epäonnistuneen sääntelyn vuoksi tarpeellisenä oikeaivasta tulkintaa, joka sallisi alittaa dolus directuksen vaatimukset.

³³² HE 161/2000 s. 34–35. Perussäännössä tarkoitettujen rikoksen käsittelyssä suomalaisessa tuomioistuimessa noudatetaan rikoslain kriminalisointeja ja syyksiluettavuutta koskevia säännöksiä.

³³³ ICC 1999/Piragoff s. 534–535.

Artiklan 30 mukaista sääntelyä sovelletaan artiklan 1 kappaleen mukaan ”unless otherwise provided”. Kyse voi olla perussäännön muista säännöksistä, rikosten määritelmien tulkintaohjeista tai sovellettavaa oikeutta koskevan 21 artiklan mukaisista kansainvälisen oikeuden oikeuslähteistä. Tämä muu oikeus voi täsmentää 30 artiklaa mutta myös laajentaa tai supistaa rangaistavuutta.³³⁴

Kiinnitettäköön tämän keskustelun päätteeksi huomiota myös siihen, että 30 artiklan ”is aware” on käännetty on ”selvillä”, jota ilmaisua käyttää RL 4:1.

Article 32

Mistake of fact or mistake of law

1. A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.
2. A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility. A mistake of law may, however, be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by such a crime, or as provided for in article 33.

32 artikla

Tosiasiaerehdys ja oikeuserehdys

1. Tosiasiaerehdys on rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste vain, jos se poistaa rikoksen edellyttämän syyksiluettavuuden.
2. Oikeuserehdys, joka koskee sitä, onko tietyn tyyppinen toiminta tuomioistuimen toimivaltaan kuuluva rikos, ei ole rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste. Oikeuserehdys voi kuitenkin olla rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste, jos se poistaa kyseisen rikoksen edellyttämän syyksiluettavuuden tai se voi olla vastuuvapausperuste sen mukaan, mitä 33 artiklassa määrätään.

Artikla 33 koskee esimiehen määräyksiä ja lain määräyksiä. Näihin tilanteisiin en puutu. Tosiasiaerehdyksen osalta viitattiin edellä siihen, että sen suhde 30 artiklan syyksiluettavuusvaatimukseen ei vaikuta selvältä: tulkitaanko 30 ja 32 artiklan edellytyksiä yhdessä vai tarkoitetaanko sitä, että syyksiluettavuusvaatimuksen sisältö selvitetään itsenäisesti ja sen jälkeen selvitetään erikseen ”osuuko” kyseessä oleva tosiasiaerehdys syyksiluettavuusvaatimuksen sisään neutraaloiden sen. Samantyyppinen yhdessä vai erikseen-kysymys voidaan esittää 2 kappaleen toisessa virkkeessä mainitusta oikeuserehdyksestä.

Nähdäkseni Schabas omaksuu jälkimmäisen lähestymistavan; hänen mukaansa artikla 32 on jossain määrin tarpeeton, siis sikäli kun kyse on siitä, että erehdys vain merkitsee syyksiluettavuusvaatimuksen jäämistä täytymättä³³⁵. Erityi-

³³⁴ Ks. tarkemmin *Werle 2003* s. 110–115 sekä dolus eventualiksen ja recklessnessin näkökulmasta s. 118–120.

³³⁵ *Schabas 1998* s. 426. Ks. myös *Werle 2003* s. 133–134.

sesti tosiasiaerehdystä koskevan 32 artiklan 1 kappaleen erillisen säännöksen tarve tuskin onkaan suuri³³⁶.

Ylipäätään perussäännön 32 artikla operoi tosiasiaerehdyksellä ja oikeuserehdyksellä eli jaottelulla tai ainakin käsitteillä, jotka Suomen rikoslainsäätäjät taas hylkäsi.

Tosiasia- ja oikeuserehdysten merkitys vaikuttaa samantyyppiseltä kuin perinteisesti; tosiasiaerehdys voi toimia syyksiluettavuuden poistavana, ja erehdys rangaistavuudesta (varsinainen oikeuserehdys) ei ole vastuuvapausperuste³³⁷. Tosin muotoilut herättävät myös kysymyksiä, kuten jo edellä on käynyt ilmi. Eräs on se, onko 2 kappaleessa omaksuttu jonkinlainen jaottelu varsinaisiin ja epävarsinaisiin oikeuserehdyksiin. Tämän puolesta voisi puhua se, että yhtäältä erehdys rangaistavuudesta tms. ei ole ensimmäisen virkkeen mukaan vastuuvapausperuste, kun taas toisen virkkeen mukaan oikeuserehdys voi jopa poistaa syyksiluettavuuden eli sen merkitys voi olla sama kuin tosiasiaerehdyksen. Werle toteaa, että jos 30 artiklan mukainen syyksiluettavuusvaatimus edellyttää oikeudellista arvoitusta, virheellinen oikeudellinen käsitys on 32 artiklan näkökulmasta oikeus- eikä tosiasiaerehdys³³⁸.

Artikla 32 ei nimenomaisesti aseta tietäntyyppisen erehdyksen vastuusta vaivauttavan merkityksen edellytykseksi esimerkiksi erehdyksen ei-vältettävyyttä tai ei-moitittavuutta, vaan näyttää selittävän erehdykset joko vaikutuksettomiksi tai syyksiluettavuusvaatimuksen negatiiviviksi. 32 artiklan 2 kappaleen jälkimäinen virke käyttää ilmaisua ”voi”, ja Triffterer näyttää tulkitsevan tilannetta siten, että tähän liittyy tuomioistuimen harkintavaltaa ja vastuuvapaus seuraisi, jos erehdys ei ollut vältettävissä³³⁹.

³³⁶ ICC 1999/Triffterer s. 561–562.

³³⁷ 2 kappaleen 1 virke voidaan tulkita kokonaisuutena yhdeksi erehdykseksi tai siinä voidaan nähdä kaksi erillistä erehdystä (erehdys rangaistavuudesta ja selvilläolo rangaistavuudesta yhdistettynä erehdykseen teon kuulumisesta ICC:n jurisdiktioon), millä tulkinnanvaraisuudella ei kuitenkaan liene merkitystä; ICC 1999/Triffterer s. 568–569.

³³⁸ Ks. Werle 2003 s. 108–109, 135 ja 137.

³³⁹ ICC 1999/Triffterer s. 568–571. Trifftererin käsitys, mikäli olen ymmärtänyt häntä oikein, vaikuttaa lähemmin seuraavalta. Jos tunnusmerkistö puhuu esim. tietystä kiellosta (ks. 8 artiklan 2 kappale b) xx) kohta), tietämättömyys tuosta kiellosta on faktaerehdys, jota siis arvioidaan 1 kappaleen mukaan; jos henkilö on selvillä kiellosta, mutta katsoo, ettei kielto sovellu hänen toimintaansa, kyse on oikeudellisesta arvioinnista, jota vastuu ei edellytä ja jota koskeva erehdys on periaatteessa vaikutukseton. Muut oikeudelliset erehdykset kuin edellä faktaerehdyksiksi luonnehditut ovat 2 kappaleen mukaan arvioitavia oikeuserehdyksiä. Tosin jos 2 kappaleen alaan kuuluva oikeuserehdys negatiivoi syyksiluettavuusvaatimuksen, vastuuvapaus näyttäisi seuraavan jo tästä, eikä vältettävyyсарviointia ehkä tarvittaisi. Kysymys näyttää (jälleen) ainakin osin olevan siitä, voivatko erehdyssäännöt täydentää syyksiluettavuussäätelyä vai sisältääkö viimeksi mainittu jo itsessään kaiken syyksiluettavuusvaatimuksen näkökulmasta relevantin. Ks. myös Werle 2003 s. 136 av. 210.

32 artiklan erehdyssäännös ei esitettyjen käsitysten mukaan kaikilta osin mahdollista päätymistä dogmaattisesti korrekteihin ja oikeudenmukaisiin ratkaisuihin. Error iuris nocet -sääntöä ei voida noudattaa ilman poikkeuksia. Tämä on sitäkin selvempää kansainvälisessä rikosoikeudessa, jossa rikosten määrittely voi olla monimutkaista ja epämääräistä³⁴⁰. Toisaalta tosiasiaerehdystä koskeva 1 kappale puhuu vain rikoksen edellyttämän syyksiluettavuuden negatiivista tosiasiaerehdyksistä. 30 artiklan mukaisen syyksiluettavuusvaatimuksen kohteena on ”material elements”, jolloin esimerkiksi oikeuttamisperusteen faktaedellytyksiä koskevien erehdysten voitaisiin katsoa jäävän 1 kappaleen mukaan merkityksettömiksi³⁴¹. Kaiken kaikkiaan vaikuttaa myös siltä, että 32 artikla mahdollistaa osin erilaisia tulkintoja, jolloin se, mikä koetaan puutteeksi riippuu osin omaksutuista tulkinnoista. Toisaalta 78 artikla mahdollistaa erehdysten huomioon ottamisen seuraamusharkinnassa, ja perussäännön erehdyssääntely voi olla täydennettävissä sovellettavaa oikeutta koskevan 21 artiklan mukaisesti.

³⁴⁰ *Ambos 1999* s. 29–30.

³⁴¹ Ks. *ICC 1999/Triffiterer* s. 562–563 ja 567–568 sekä *Werle 2003* s. 135–136. – Päihtymyksen merkityksestä ks. *Werle 2003* s. 146–149.

V TAHALLISUUDEN JA TUOTTAMUKSEN VÄLINEN RAJA

1 Yleistä

Kuinka tahallisuuden ja tuottamuksen välinen raja on tehtävä? On esitetty monia rajanvetoehdotuksia. Ne voivat erota tuloksiltaan enemmän tai vähemmän. Niitä voidaan ryhmitellä eri jäsennysperusteita käyttäen, esimerkiksi mieltämis- ja tahtoteorioihin.

Saatetaan olla sitä mieltä, että jokin rajanvetomalli, esimerkiksi yksinkertainen todennäköisyystahallisuus, muodostaa ainoan oikean tavan rajanvetoon tai että ainakin tullaan toimeen jollakin tietyllä mallilla. Voidaan myös suhtautua enemmän tai vähemmän epäilevästi yhden ainoan oikean tahallisuusmallin olemassaoloon tai löytymiseen. Tällaista suhtautumista voi ilmentää esimerkiksi useamman rajanvetomallin käyttäminen. Askelta kauempana yhden ainoan oikean tahallisuusmallin tilanteesta ollaan esimerkiksi lähdetessä Alexandersonin tavoin siitä, että (doktriinin) tahallisuusmallit eivät ole tuomaria absoluuttisesti sitovia, vaan pikemminkin työhypoteeseja – tahallisuusarvioinnin lähtökohtia, joista voi in casu olla perusteltua hiukan poiketa¹. Tahallisuuden voidaan myös ajatella vaihtelevan rikostyypeittäin. Esimerkiksi vaadittavan subjektiivisen todennäköisyyden aste ehkä vaihtelee/saa vaihdella.²

Yhden ainoan oikean tahallisuusmallin edustajiin verrattuna toista ääripäätä edustaisi sellainen lähtökohta, jonka mukaan tahallinen on teko, jonka tuomari sellaiseksi ”katsoo”. Näkemys voisi johtua siitä, ettei aineellisesti hyvää rajanvetomallia ole tai voida löytää, ettei sellainen olisi tuomitsemistointia ohjaava tai etteivät periaatteellisesti kelvollisen mallin edellytykset ole kuitenkaan näytettävissä.

Mitä kauempana yhden ainoan oikean mallin tilanteesta ollaan, sitä vaikeampaa tahallisuuden määrittelemisen esimerkiksi laissa voidaan ajatella olevan. Tai ainakin saatetaan tällöin joutua määrittelemään jokin tahallisuuden riidaton osa tai vähimmäisedellytys taikka nostamaan määritelmän abstraktiotasoa, jolloin sen lainkäyttöä ohjaava potentiaali vähenee.

Esitetty rajanvetokäsityksien luonnehdinta skaalalla yhden ainoan oikean rajanvetomallin näkemyksistä syvään skeptisismiin on heuristinen. Näkemyksiä kuvaava kartta voitaisiin piirtää toisinkin perustein.

¹ Ks. jaksoa IV.2 ja *Alexanderson 1945*. Samaan suuntaan *Andenæs 1963b* s. 120.

² *Klamin 1984* s. 151 mukaan voimme asettaa käsitteille tahallisuus ja tuottamus yhtenäisen, eri rikostyyppit kattavan merkityssisällön jos ja vain jos näiden käsitteiden käytöllä säätelykriteereinä on eri rikostyyppien kriminalisoinnissa yhteinen tavoite.

Seuraavassa arvioidaan tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvetomalleja. Ensin käydään keskustelua perinteisten rajanvetomallien välisestä paremmuudesta. Siinä esitellään ja arvioidaan teorioiden puolesta esitettyjä tai esitettävissä olevia pro et contra -argumentteja (en siis suinkaan itse edusta kaikkia näitä argumentteja). Sitten esitellään eräitä muita, oikeuskirjallisuudessa kiinnostavina pidettyjä rajanvetoehdotuksia. Tämän jälkeen siirrytään tarkastelemaan vaihtoehtoisia lähestymistapoja, lähinnä recklessness-tyyppisen välikategorian mahdollisia etuja ja haittoja. Viimeisen pääjakson otsikkona on, hiukan provokatiivisesti, Tosi tahallisuus?

2 Keskustelua perinteisten rajanvetoteorioiden välisestä paremmuudesta

2.1 MIELTÄMISTEORIA

2.1.1 Mahdollisuusteoria

Hyvin pelkistetyn mahdollisuusteorian mukaan tahallisuus on käsillä, kun tekijä pitää relevanttia seikkaa mahdollisena. Malli on selväpiirteinen ja yksinkertainen.

Mallin ongelmana on ennen kaikkea laajuus. Se kattaa tiedostetun tuottamuksen alueen kokonaisuudessaan. Kaksijaosta tahallisuus–tuottamus lähtevässä järjestelmässä ei ole katsottu voitavan lähteä näin laajasta tahallisuudesta. Esimerkiksi ohitukseen liikenteessä liittyy usein jonkinasteinen riski, minkä kuljettaja hyvin ymmärtää. Näitä tilanteita pidetään kuitenkin vain harvoin pahoinpitelyn tai henkirikoksen yrityksenä (vaikka riski ei ollut objektiivisesti sallittu). Mahdollisena pitäminen on tahallisuuden välttämätön, muttei vielä riittävä edellytys.

Rajanvetomalleissa onkin yleensä kyse siitä, mikä on se lisämomentti, joka korottaa pelkän mahdollisena pitämisen tahallisuudeksi. Tämä lisämomentti voi löytyä muualtakin kuin perinteisestä korkeussuunnasta. Mahdollisuusteoriaa voidaan parantaa esimerkiksi edellyttämällä miellettyä konkreettista mahdollisuutta, jolloin tietyt vähäiset riskit voidaan poistaa tahallisuuden alueelta, tai edellyttämällä syvyysuunnassa hyvin aktuaalista mieltämistä.³

Schröderin mukaan tahallisuusvastuun ulkopuolelle jäävät sosiaaliadekvaatien riskien mieltämisen ohella sellaiset minimaaliset riskit, jotka ovat ”quantité négligeable”. Kiväärillä ampuva ei esimerkiksi voi täysin poissulkea sitä mahdollisuutta, että piippu hajoaa ja toiselle koituu vaaraa tai vahinkoa. Kyseessä ei kuitenkaan ole kielletty riski. Muutoin vain se, joka riskin ensin miellettyään, huolimattomuudesta päätyy pitämään sitä poissuljettuna, jää tahallisuuden ulkopuolelle.⁴

³ Kokoavasti Cramer – Sternberg-Lieben 2001 s. 266–267. Schmidhäuserille 1980 s. 250 tahallisuuden alin aste on p:n mieltämistä konkreettisesti mahdolliseksi. Perinteisesti tiedostetuksi tuottamukseksi nimitetyissä tilanteissa on kyse siitä, että tekijä ratkaisevalla hetkellä kieltää tietoisuudessaan konkreettisen mahdollisuuden, ja tiedostettua tuottamusta parempi nimitys olisi näennäisesti tiedostettu tuottamus (”scheinbar bewußte Fahrlässigkeit”).

⁴ Schröder 1949 s. 239–243. Schröder 1949 s. 247–248 tiedostaa mallinsa laajuuden, ja pitää asianmukaisena lievennettyä rangaistusta dolus eventualis -tilanteissa. Tämä samoin kuin mahdol-

2.1.2 Yksinkertainen todennäköisyystahallisuus

Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden mukaan tekijä pitää relevanttia seikkaa todennäköisenä, toisin sanoen todennäköisempänä kuin että se ei seuraa tai ole käsillä.

Eräänä todennäköisyystahallisuuden eduista on pidetty mallin yksivaiheisuutta. Sellaisena se on varmempikäyttöinen kuin monivaiheiset mallit ja johtaa ennustettaviin ja yhtäläisiin tuloksiin. Todennäköisyystahallisuuden avulla voidaan välttää tiettyjen tekijäryhmien poikkeava kohtelu. Malli on myös yksinkertainen ja pedagoginen ja sellaisena helppo oppia ja ymmärtää. Malli onkin käytännöllinen. On myös luonnollista pitää tahallisesti aiheutettuina seurauksia, joita tekijä on pitänyt todennäköisinä⁵. Todennäköisyystahallisuus on yksinkertainen ja realistinen ja sellaisena muita malleja helpompi näyttää toteen⁶.

Kognitiivinen kriteeri, jolle todennäköisyystahallisuus yksinomaan rakentuu, on välttämättömänä ainesosana mukana kaikissa tahallisuuden asteissa. Kognitiivisen kriteerin keskeisyyden puolesta puhuu vastaavasti se, että jos henkilö ei pidä jotain edes mahdollisena, ei kyseessä voi olla muu kuin (enintään) tuottamus. Faktoja koskeva erehdys johtaa tahallisuuden sulkeutumiseen pois. Tähän vaikutukseen riittää yksin tämä kognitiivinen seikka. Se, että tällainen erehdys on tahallisuuden kääntöpuoli, puhuu sen puolesta, että tahallisuus on kognitiivinen.

Tahallisuuden rajan asettaminen yksinkertaisen todennäköisyyden kohdalle on perusteltua. Se muodostaa melko terävän ja selväpiirteisen rajan tuottamukseen⁷. Joka pitää jotain todennäköisenä, lähtee samalla siitä, että näin tapahtuu tai näin on asia. Kielemme rakenteet ja sosiaalinen käyttö tukevat siten juuri tällaisen rajan asettamista. Tällainen raja sopii hyvin yhteen myös tosiasioihin liittyvää erehdyttä koskevan opin kanssa. Yksinkertainen todennäköisyys on rajana myös kriminaalipoliittisesti perusteltu. Muita rajakohtia olisi vaikeampi perustella.

lisuusteorian puolesta esitettävissä olevat seikat, kuten tiedostetun tuottamuksen ja tahallisuuden välisen rajanvedon ongelmallisuus, ovat kiinnostavia arvioitaessa syyksiluettavuuden asteiden kolmijaon hyötyjä ja haittoja.

⁵ Ks. *Andenæs* 1963a s. 5.

⁶ Ks. *Nuotio* 2000 s. 21–22.

⁷ Ks. *Jareborg* 1969 s. 321: "[...] man aningslöst kan sätta en teoretiskt sett mycket klar gräns för sannolikhetssuppsätet: förekomsten av ifrågavarande faktum skall framstå som minst lika sannolik som motsatsen (kan man tänka sig någon teoretiskt sett skarpare gränsdragning?" *Ross* 1979 s. 123 näyttää tulkitsevan Jareborgia niin, että mainittu lausuma koskee melko suoraan *avsiktlighetsuppsätia*. Se ehkä koskee myös *avsiktlighetsuppsätia*, mutta nähdäkseni pikemminkin välillisesti, sitä kautta, että *avsiktlighetsuppsätilla* on Jareborgin mukaan todennäköisyystahallisuuden edut, mutta ei sen eräitä ongelmia; ks. *Jareborg* 1969 s. 320–322. "Lika sannolik" ei vielä ole yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta.

Niinpä yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta ei ehkä voidakaan kritisoida tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajan asettamisesta mielivaltaiseen kohtaan. Tämä kritiikki on muodostunut kohtalokkaaksi saksalaiselle todennäköisyystahallisuudelle, joka esitetään usein siten, että tekijä on pitänyt tunnusmerkitön toteutumista todennäköisempänä kuin pelkkänä mahdollisuutena, muttei niin todennäköisenä, että mielletty todennäköisyys ylittäisi yksinkertaiseen (överbägnande) todennäköisyyteen.⁸

Todennäköisyystahallisuutta on kritisoitu huomauttamalla ensiksikin, että pelkästään mieltämisen enemmitys ei tee tekijästä tai teosta yhteiskunnanvastaisempaa, moitittavampaa tai vaarallisempaa kuin toisesta. Tarvitaan jokin tai joihin muitakin kriteerejä.⁹

Rikoksenteikijät eivät useinkaan tee todennäköisyysarvioita¹⁰. Vielä tavallista vähemmän todennäköisyysarvioita ihmiset tekevät humalassa ja affektitilassa. Sama koskee intellektuaalisesti vähemmän kyvykkäitä henkilöitä. Näin ollen sellaisessakin tapauksessa, että olisi oikein perustaa tahallisuuden ja tuottamuksen raja kognitiivisiin kriteereihin, olisi virheellistä perustaa se siihen, kuinka todennäköisenä tekijä on jotain pitänyt.

Todennäköisyystahallisuuden toimivuus ja käyttökelpoisuus saattavat edellyttää kykyä ja tilaisuutta luokitella relevantit seikat todennäköisiin (jolloin käsillä on tahallisuus) ja epätodennäköisiin (jolloin kyseessä on tuottamus). Jos tekijä tietää, että hänen rullarevolverissaan neljä kuudesta paikasta on täynnä, hän pysyy rationaalisesti tekemään sellaisen arvioinnin, että kohdistessaan aseensa toisen sydämen seutuun tai päähän ja vetäessään liipaisimesta tuo henkilö todennäköisesti kuolee. On kuitenkin oletettavaa, että useissa tapauksissa ollaan sellaisella harmaalla alueella, jossa tekijä, vaikka hänellä olisi aikaa ja halua yrittää arvioida todennäköisyyksiä, ei pysty luokittelemaan seikkaa todennäköiseksi tai epätodennäköiseksi. Usein objektiivistakaan ex ante todennäköisyyttä ei pystytä määrittämään¹¹.

Voidaan esimerkiksi ajatella tilannetta, jossa joku esittää toimittajalle toisesta kunniallekäyvän väitteen; toimittaja, joka ei pysty sanomaan väitteen todenperäisyydestä mitään (muuta kuin että mahdollisesti väite pitää paikkansa), panee jutun lehteen. Yksinkertainen todennäköisyystahallisuus johtaa kaikissa tällaisissa tapauksissa tuottamukseen. Olennaista on, ettei tiedetä, kuinka suuri tällainen harmaa alue eri tilanteissa olisi. On merkityksellistä, pystyykö ihminen luokittelemaan (rikosoikeudellisesti relevanteista) tosiseikastoista esim. 80 %

⁸ Herzberg 1986b s. 250–251.

⁹ Ståhlberg 1964 s. 235.

¹⁰ Hassemer 1989 s. 303 ja Herzberg 1986b s. 251.

¹¹ Tähän suuntaan esimerkiksi tapauksessa Moloney (1985) s. 928: ”The irrationality of any such rule of substantive law stems from the fact that it is impossible to define degrees of probability, in any of the infinite variety of situations arising in human affairs, in precise or scientific terms.”

vai vain 30 % todennäköisiin ja epätodennäköisiin. On luultavaa, että harmaan alueen suuruus vaihtelee eri yhteyksissä. Oikeudellisesti kysymys on siitä, onko syytä pitää tuottamuksellisina kaikkia sellaisia tapauksia, joissa tekijä ei olisi pitkään harkittuaankaan kyennyt luokittelemaan jotakin todennäköiseksi tai epätodennäköiseksi¹².

On myös mahdollista, että tekijällä on tietensä tilaisuus saada tietää, mikä hänen tekonsa suhde relevanttiin seikkaan on, mutta hän jättäytyy asiasta tietämättömäksi pysyäkseen varmemmin ”lain paremmalla puolella”. Tällaista tilannetta edustaa dolus Alexanderson; tekijä jättää selvittämättä seksipartnerinsa iän pysyäkseen ”lain paremmalla puolella”. Relevantin asian selvittäminen voi olla erittäin helppoa tai erittäin vaikeaa. Mieltämisen jäädessä alle todennäköisyyshallisuuden edellyttämän malli ”palkitsee” tekijän tuottamuksella, siis esimerkiksi vain tahallisen rangaistavan lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tapauksessa vastuuvapaudella. Tämä lienee kaikkea muuta kuin ”funktionaalista”, jos rikosoikeuden tehtäväksi ymmärretään oikeushyvien suojeleminen.

Todennäköisyyshallisuus saattaa edellyttää, että tahallisuuden kohteena oleva asia oli objektiivisesti todennäköinen. Voidaan sanoa, että tekijä, joka on pitänyt epätodennäköistä todennäköisenä, on erehtynyt tosiseikoista. Hänen syykseen pitäisi mahdollisesti lukea (ainakin täytettynä rikoksena) enintään se, mikä vastaa todellisuutta. Samaan päädytään sanottaessa, että jokin on ollut tekijän ”tieten” todennäköistä¹³. Vaikka tällaista johtopäätöstä ei periaatteellisten syiden vuoksi tarvitsisi tehdä, saattaa tämä olla johtopäätöksenä näytöllisistä syistä. Jos relevantti seikka ei ollut ex ante objektiivisesti todennäköinen, voi nimittäin olla vaikea osoittaa, että tekijä on – omaksi vahingokseen – virheellisesti pitänyt sitä todennäköisempänä kuin se todellisuudessa oli.

Jos todennäköisyyshallisuus edellyttäisi myös objektiivista todennäköisyyttä, voisi todennäköisyyshallisuus johtaa vaikeuksiin yrityksessä. Todennäköisyyshallisuus ei myöskään pysty tekemään eroa vaaratahallisuuden ja seuraustahallisuuden välillä. Laki kuitenkin edellyttää tämän eron tekemistä.

Todennäköisyyshallisuus johtaa oikeustajun kannalta kestävämpiin lopputuloksiin. Tätä ilmentävät mm. aiemmin esillä olleet lääkäriesimerkki ja peto-

¹² Ks. myös *Eser – Burkhardt* 1992 s. 88, jossa todetaan, että tekijän päätöksenteko ei suinkaan tapahdu pelkästään riskiedellytysten, vaan myös tietämättömyyedellytysten pohjalta. Ks. tarkastellun problematiikan näkökulmasta myös *Frände* 2001 s. 153–154, jossa hän sanoo, että ”[v]issa kunskapstillstånd anses vara sådana att de sällan kan graderas i sannolikhetstillstånd”. Henkilö on esimerkiksi joko vakuuttunut maksukyvyttömyydestään tai siitä, että kykenee maksamaan (tilanne voi tosin olla toinen laman aikana). Näkökohta on kiinnostava, vaikkei Frände tarjoakaan yleistä kriteeriä (sikäli kuin sellaista on) tunnistaa tuollaisia tunnusmerkkejä/tilanteita.

¹³ Tietämiseen katsotaan ainakin filosofisessa kielenkäytössä kuuluvan, että ”tiedetty” seikka on myös tosi; sitä vastoin esimerkiksi varmana pitäminen ei tätä edellytä. Ks. myös *Jareborg* 1969 s. 228–229 (”inse” versus ”framstå” dolus indirectuksen yhteydessä ym.).

esimerkki, joissa tekijä pyrkii teolla pelastamaan toisen hengen, mutta mieltää sen johtavan esim. 80 %:n todennäköisyydellä kuolemaan. Henkilöllä on todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta surmaamistahallisuus.¹⁴ Ylipäättään seurauksia, joita tekijä on pitänyt todennäköisinä, mutta on tehnyt teon, jotta tuo seuraus ei syntyisi, ei pitäisi pitää tahallaan aiheutettuna, mitä todennäköisyystahallisuus ei kuitenkaan voi estää¹⁵.

Tähän kritiikkiin voidaan vastata huomauttamalla, että vaikka tilanteissa on käsillä todennäköisyystahallisuus, tekijä kuitenkin luultavasti vapautuisi ainakin tahallista rikosta koskevalta vastuulta esimerkiksi objektiivista syyksilukemista koskevien oppien tai pakkotilan kautta. Kritiikin painoarvo riippuu tällöin siitä, pidetäänkö riittävänä ongelman hoitumista muuta kautta, vai pidetäänkö tärkeänä myös sitä, ketkä malli ”leimaa” tahallisen teon tekijöiksi. Ainakin voidaan sanoa, että todennäköisyystahallisuus ei näissä tapauksissa näyttänyt johtavan luonnollisiin ja yleiskielen mukaisiin tuloksiin. Ei myöskään ole takeita siitä, että rikoksen rakenteesta löytyy aina tarvittaessa jokin varaventiili, kuten pakkotila petoesimerkissä.¹⁶

Todennäköisyystahallisuuden on katsottu johtavan yleisestikin tahallisuusvastuun laajentumiseen.¹⁷

Lisäksi voi olla tilanteita, joissa todennäköisyys on pieni, mutta joissa kuitenkin tulisi voida päätyä tahallisuuteen (tarkoitustahallisuuden ulkopuolellakin). Todennäköisyystahallisuus ei tätä mahdollista. Esimerkkinä voidaan mainita venäläinen ruletti.¹⁸

Todennäköisyystahallisuutta ei voida luotettavasti näyttää toteen. Tämä johtuu jo siitä, että malli sisältää melko mahdottoman todistustestman ts. sen, että

¹⁴ Lääkäriesimerkki on vastaavasti ollut esillä englantilaisessa keskustelussa pohdittaessa sitä, pitäisikö *intentionin* kattaa tavoiteltujen seurausten lisäksi joitain miellettyjä seurauksia; ks. esim. Duff 1990 s. 16 ja 98.

¹⁵ Ks. mm. Hurwitz 1952 s. 320–321 ja Asp 2004–05 s. 394. Bergendalin 1963 s. 138–139 mukaan ”[d]et förefaller för vanliga människor icke rätt att någon skall dömas för uppsåtligt brott, när man inte kan säga att han har gjort gärningen med vett och vilja, utan avgörandet beror på domstolens bedömning av vad han har trott i fråga om effektens sannolikhet”. Hän pitää tosin hyvin mahdollisena, että ”forsett” on hiukan teknisempi termi eikä niin ankkuroidunut yleiseen kielenkäyttöön kuin ”uppsåt”. Vastaavasti Strahlin 1963 s. 144 mielestä kielellinen argumentti puhuu ratkaisevasti todennäköisyystahallisuutta vastaan: ”Det går inte för sig i Sverige att döma en person för uppsåtligt brott och säga, att han döms därför att han ansåg det vara övervägande sannolikt att effekten skulle inträda.” Ks. myös Andenæs 1963b s. 145–146.

¹⁶ Thornstedtin 1963 s. 129 mukaan lääkäritapauksessa ”[...] det känns ändå stötande att här tala om ett tillåtet uppsåtligt dödande.” Vrt. Jareborg 2004–05 *insiktsuppsåtin* puolesta.

¹⁷ Ks. Thornstedt 1963 s. 128, Strahl 1963 s. 144–145 ja Jareborg 2001 s. 329: ”Att acceptera sannolikhetsuppsåtet skulle innebära en påtaglig utvidgning av det vid dolusbrott kriminaliserade området. Särskilt svåröverskådliga är konsekvenserna beträffande ansvaret för försök till brott.”

¹⁸ Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 111 ja Asp 2004–05 s. 394. – Modifioitu esimerkki: aseistautunut murtovaras tulee huoneeseen, jossa nukkuu lapsi. Hän päättää huvikseen kokeilla, onko lapsella ”onnea”, laittaa revolveriinsa yhden panoksen ja vetää liipaisimesta lapsen ohimolla.

tekijä olisi tehnyt todennäköisyysarvioita¹⁹. Näyttö olisi muutenkin epäluotettavaa. Siinä joudutaan luultavasti operoimaan objektiivisilla todennäköisyyksillä. Ongelma on se, miten objektiivinen todennäköisyys voidaan ”muuttaa” subjektiiviseksi, miten toisin sanoen sen avulla, että jokin oli todennäköistä, voidaan päätellä, että myös tekijä piti sitä sellaisena? Luotettavaa lisäpremissiä, joka tähän päättelyyn tarvittaisiin, ei yleisellä tasolla ole. Ratkaisevaksi tai ainakin keskeiseksi muodostuu käytännössä olosuhteen objektiivinen todennäköisyys. Tahallisuuteen jää tätä kautta joka tapauksessa objektiivinen piirre. Saatetaan esimerkiksi päätyä operoimaan pakottavalla päättelyllä: tekijän oli täytynyt käsittää, että relevantti seikka vallitsee tai seuraa. Tästä on arveluttavan lyhyt matka siihen, että objektiivinen todennäköisyys ratkaisee; tähän voivat viitata mm. sellaiset tahallisuusperustelut, joissa on käytetty konditionaalia (”olisi pitänyt käsittää...”). Jos objektiivinen todennäköisyys on ratkaisevaa, todennäköisyystahallisuus on tiedostamatonta tuottamusta²⁰.

Todennäköisyystahallisuus ei myöskään selviä ehdollisen varmuustahallisuuden ongelmasta. Ehdollinen varmuustahallisuus tarkoittaa tilanteita, joissa tekijä on pyrkinyt tiettyyn (lailliseen tai laittomaan) päämäärään, mutta on pitänyt jonkin tunnusmerkistön mukaista seurausta tekonsa varmana (edellytyksenä tai) sivuseurauksena. Jos näitä tilanteita ei voida hoitaa esim. tarkoitustahallisuuden ja/tai varmuustahallisuuden yhteydessä (RL 3:6:ssä on säädetty erikseen tällaisista tilanteista), ne jäävät tahallisuuden alimman asteen kontrolle. Todennäköisyystahallisuus pystyy selittämään näistä tahallisiksi vain ne tapaukset, joissa tekijän alkuperäinen päämäärä on mallin edellyttämällä tavalla todennäköinen.

Todennäköisyystahallisuus johtaa tuottamukseen tilanteissa, joissa tekijä on pitänyt seurausta vain mahdollisena ja on pyrkinyt seurauksen aiheuttamiseen, eli monissa tarkoitustahallisuuden tilanteissa. Tarkoitustahallisuutta pidetään kuitenkin selvänä tahallisuuden alueena. Todennäköisyystahallisuus onkin enintään teoria tahallisuuden alimmasta asteesta, ei tahallisuudesta yleensä.²¹

2.1.3 Kvalifioitu todennäköisyystahallisuus

Kvalifioidun todennäköisyystahallisuusmallin mukaan tahallisuus on käsillä, kun tekijä on pitänyt relevantin seikan todennäköisyyttä suurempana kuin yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden edellyttämä yli 50 %.

Kvalifioidun todennäköisyystahallisuuden hyvät ja huonot puolet ovat vaadittavaa todennäköisyyden astetta lukuun ottamatta periaatteessa samat kuin yksin-

¹⁹ Herzberg 1986b s. 251.

²⁰ Ks. myös Strahl 1963 s. 145, Nuotio 2000 s. 21–22 ja Eskeland 2000 s. 262–263 ja 276.

²¹ Kaufmann 1958 s. 72. Ongelma tulee sitä useammin esille, mitä suurempaa todennäköisyyttä edellytetään; erittäin korkeissa todennäköisyyksissä se voi alkaa hävitä, jos tahallisuutta aletaan voida silloin perustella (myös) muilla kriteereillä kuin todennäköisenä pitämisellä.

kertaisessa todennäköisyystahallisuudessa. Sen vuoksi tässä otetaan esiin näkökohtia, jotka liittyvät vaadittavan todennäköisyyden valitsemiseen yksinkertaista todennäköisyyttä korkeammaksi.

Mallin arviointi riippuu luonnollisesti siitä, kuinka korkeaa todennäköisyyttä edellytetään ja kuinka tämä ilmaistaan. Kvalifikaatio voidaan ilmaista sanallisesti. Esimerkiksi ”varsin” todennäköinen on aiemmin saatettu selittää ja ymmärtää suuremmaksi todennäköisyysvaatimukseksi kuin yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden vaatimus ”överbägarande sannolik”. Sanallisesti ilmaistu kvalifikaatio on usein tulkinnanvarainen, mikä heikentää mallin soveltamisen kontrolloitavuutta. Hyvin epämääräisen kvalifikaation ollessa kyseessä voidaan kysyä, onko se yhteensopiva laillisuusperiaatteeseen kuuluvan täsmällisyysvaatimuksen ja fair trial -vaatimuksen kanssa. Kvalifikaatio voidaan ilmaista myös numeerisesti, esimerkiksi katsomalla, että tahallisuus edellyttää, että relevanttia seikkaa on pidetty vähintään 75 %:n todennäköisenä.

Kvalifioitun todennäköisyystahallisuuden hyviin puoliin on katsottu kuuluvan sen, että se on lähellä kansankielistä käsitystä tahallisuudesta. Koska se asettaa rajan yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta korkeammalle, se ottaa paremmin huomioon ultima ratio -periaatteen. Tahallisuuden alue muodostuu kapeammaksi.

On totta, että kvalifioitu todennäköisyystahallisuus on kapeampi kuin monet muut mieltämisteoreettiset mallit, joihin nähden vertailua voidaan rationaalisimmin tehdä. Ultima ratio -periaatteen seuraamisen hyödyssä tahallisuutta kaventamalla tulee kuitenkin jossain vaiheessa raja vastaan. Kapeasta tahallisuudesta voi nimittäin seurata tuottamuksen kriminalisoinnin tarve, jolloin rangaistavuuden kokonaisala voi muodostua suuremmaksi kuin systeemissä, jossa on omakuttu jonkin verran laajempi tahallisuus.²²

Voidaan kyseenalaistaa sellaisen todennäköisyysrajan mielekkyys, joka on korkeammalla kuin yksinkertainen todennäköisyys mutta matalampi kuin varmuustahallisuuteen riittävä ”käytännöllinen varmuus”. Mikä peruste voidaan esittää sille, että esimerkiksi mieltäminen 75 %:n todennäköiseksi olisi tahallisuutta, mutta 73 %:n todennäköiseksi tuottamusta? Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden raja on ymmärrettävä, sillä 51 %:n ja 49 %:n ero on siinä, että vaaka kääntyy toiseen suuntaan. Kvalifioitun todennäköisyyden vaatimus näyttää siis asettavan tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajan mielivaltaiseen kohtaan liukuvalla jatkumolla. Onko kenties niin, että vasta kvalifioituun todennäköisyyteen voidaan kiinnittää jokin toinen aineellinen kriteeri kuten se, että vasta hyvin todennäköisenä seurausta pitänyt henkilö on myös uskonut seurauk-

²² Ks. esim. *Thornstedt* 1963 s. 126–127.

sen syntyvän, kun taas se, joka piti seurausta vain 51 %:n todennäköisenä, ei ehkä ole uskonut seurauksen syntyvän?²³

Saksassa todennäköisyystahallisuutena käsitellään usein mallia, jossa todennäköisyyden aste on puolestaan alempi kuin yksinkertaisessa todennäköisyystahallisuudessa. Vaadittava todennäköisyyden aste on siinä ”mehr als bloße Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit”²⁴. Edut ja haitat ovat pitkälti käänteiset verrattuna kvalifioituun todennäköisyystahallisuuteen. Mallin etuihin kuuluu se, että se ei johda yhtä suuriin ongelmiin esimerkiksi objektiivisen todennäköisyyden kanssa kuin jo yksinkertainen todennäköisyystahallisuus, jonka vakavasti ottaminen voisi usein hyvinkin merkitä vaatimusta seurauksen objektiivisestakin 50 % ylittävästä todennäköisyydestä. Mayerilaisen mallin keskeinen ongelma on se, että rajakriteeri ”pelkän mahdollisuuden ylittävä ja yksinkertaisen todennäköisyyden alittava todennäköisyys” on aivan epämääräinen.

Toinen yksinkertaista todennäköisyyttä alempaa todennäköisyyttä hyödyntävä malli on Jakobsin teoria. Sen mukaan tahallisuus on käsillä, kun tekijän vakavan arvion mukaan relevantti seikka ei ole epätodennäköinen. Toisin sanoen välialue kuuluu tahallisuuteen. Tämäkään malli ei ole yhtä jäykkä kuin yksinkertainen todennäköisyystahallisuus. Hintana on tulkinnanvaraisuus. Jakobsin mallilla voitaneen päästä samansuuntaisiin tuloksiin kuin niillä malleilla, joissa operoidaan luottamuksella -p. Tosin Jakobsin mallissa todennäköisyyden alaraja määräytyy riskin päätösrelevanssin kautta, joka riippuu oikeushyvän merkityksellisyydestä ja riskin ”tiheydestä”. Mukana on jo normatiivista ainesta.²⁵

2.2 TAHTOTEORIAMAT

2.2.1 Hypoteettinen tahtoteoria

Hypoteettinen tahtoteoria edellyttää, että tekijä on pitänyt relevanttia seikkaa (vähintään) mahdollisena ja hän olisi tehnyt teon, vaikka olisi pitänyt seikkaa varmana. Malli liitetään yleensä ns. Frankin ensimmäiseen kaavaan vuodelta 1890. On kuitenkin huomautettu, että se olisi ollut esillä jo aiemmin. Malli luo-

²³ Ks. *Jareborg 2004–05* s. 812.

²⁴ *Mayer 1953* s. 250.

²⁵ Ks. *Jakobs 1993* s. 271 ja 276–278. Huomioon otetaan myös se, että tapahtuu tiettyä riskeihin tottumista, esimerkiksi liikenteessä.

kitellaan usein tahtoteoriaksi, vaikka esimerkiksi Frank piti sitä mieltämisteorian.²⁶

Hypoteettisen tahtoteorian puolesta voidaan esittää, että se sisältää kaksivaiheisena mallina kvalitatiivis-materiaalisen tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon eikä (mieltämisteorioiden tapaan) pelkkää liukuvaa rajaa. Malli on myös selvä ja yksinkertainen ja antaa tahallisuuskysymykseen hypoteesin kautta selvän kyllä tai ei -vastauksen. Tuomioistuimet eivät uskalla vastata kysymykseen myöntävästi ilman vahvoja perusteita. Tämä merkitsee sitä, että tahallisuuskynnys pysyy melko korkeana. Pedagogisena se on myös helppo oppia, mikä johtaa yhtenäisempään oikeuskäytäntöön.²⁷

Hypoteettinen tahtoteoria kykenee myös käsittelemään esimerkiksi lääkäri- ja petoesimerkit. Tahallisina ei jouduta pitämään tilanteita, joissa tekijä, vaikka hän mieltää todennäköisyyden suureksi, ei missään tapauksessa halua aiheuttaa seurausta. Siinä tahallisuuden ylin aste toteuttaa myös tahallisuuden alimman asteen. Hypoteettinen tahtoteoria ei joudu mieltämisteorian tavoin ongelmiin yrityksessä eikä ilmeisesti myöskään seuraus- ja vaaratahallisuuden erottamisessa.²⁸

Mallia vastaan on myös esitetty painavaa kritiikkiä. Hypoteettinen tahtoteoria operoi väittämällä tekijän suhtautumisesta sellaisessa tilanteessa, jossa tämä ei tosiasiaassa koskaan ole ollut. On arveluttavaa perustaa tahallisuus merkittävästi tällaiseen kriteeriin.²⁹ Mallin ratkaiseva kriteeri edellyttää menemistä reaaliailman ulkopuolelle. Onkin vaikea nähdä, miten hypoteesi voitaisiin edes periaatteessa näyttää toteen³⁰. Kaksi henkilöä, joiden tekoherkiset, relevanttia seikkaa

²⁶ Frank 1890 s. 211: "Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt also den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen des Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte." – Ks. myös esimerkiksi Hurwitz 1952 s. 325, jossa katsotaan, että mallia vastaan voidaan huomauttaa, että se sitoutuu liikaa tahallisuuden ymmärtämiseen intellektuaalisena prosessina, eikä tahtopuolta oteta riittävästi huomioon. Toisaalta on myös katsottu hypoteettisen tahtoteorian olevan lähellä todellisia tahtoteorioita; ks. esim. Jareborg 1999 av. 10.

²⁷ Ks. lähemmin Thornstedt 1963 s. 132 ja Strahl 1976 s. 118–119.

²⁸ Thornstedt 1963 s. 132. – Mielenkiintoista on, että ligkiltighet-argumentaation voittaessa alaa hypoteettiselta tahtoteorialta Ruotsin oikeuskäytännössä, jälkimmäisen vahvimaksi alueeksi jäivät syytteen hylkäämisen perusteleminen samoin kuin juuri yritys.

²⁹ Esim. Harwitz 1951 s. 214, Mayer 1953 s. 252–253, Andenæs 1963a s. 5 ja 1997 s. 218–219, Bergendal 1963 s. 138, Nuutila 1990 s. 135–136, Waaben 1997 s. 147 ja KS 2001/Toftagaard Nielsen s. 173–174. Slettan – Øie 1997 s. 182 sanovat: "Dette er i realiteten å fingere (foregi) et forsett [...]" ja Greve 2004 s. 213: "[...] åbenbart angribelig som stridende mod tilregnelseslærens fundamentale struktur." Ks. vielä Schröder 1949 s. 233–234.

³⁰ Torp 1905 s. 379–380, Herzberg 1986b s. 255, Jareborg 1990 s. 13 ja Greve 2004 s. 213. KS 2001/Toftagaard Nielsenin s. 174 mukaan "det afgørende spørgsmål er så hypotetisk, at det kan være svært at anse et svar for beviseligt".

koskevat ajatukset ja kuvitelmat ovat samat, voivat tulla tuomituiksi eri tavoin³¹.

Käytännössä malli johtaa tekijärikosoikeuteen. Ratkaisevaksi muodostuu tekijän luonne ja suhtautuminen aikaisemmin elämässään. Merkittävää on mallin mukaan dispositionaalinen eikä episodinen syyllisyys eli syyllisyys (tekijän) ominaisuutena eikä tilannekohtaisena. Varsinkin rikosrekisteri muodostuu keskeiseksi. Mitä enemmän rikoksia on ja mitä enemmän ne muistuttavat syytteessä väitettyä tekoa, sitä herkemmin tahallisuus katsotaan selvitetynksi. Muutoin identtisestä, tahallisuutta edellyttävästä teosta rikoksenuusija tuomitaan todennäköisemmin kuin ensikertalainen. Mallin voidaan siten ajatella merkitsevän eräänlaista kätkeytyä uusimissääntöä³². Mallin tekijärikosoikeudellinen piirre voi merkitä sitä, että henkilön katsotaan olevan luonteeltaan rikollinen. Tämä on ongelmallista ihmisarvon kunnioittamisen perusarvon näkökulmasta. Hypoteettisen tahtoteorian mukainen syyksilukeminen voi olla tuomitulle loukkaavaa.³³

Rikosprosessissa esitettävä materiaali soveltuu sitä paitsi huonosti luotettavan luonnearvioinnin perustaksi³⁴. Käytännössä hyvin merkittäväksi muodostuu se, kuinka todennäköisenä tekijä tunnusmerkistön toteutumista piti. Myös teon tekeminen alkoholin vaikutuksen alaisena tai affektitilanteessa on omiaan puhumaan tahallisuuden puolesta hypoteettisen tahtoteorian yhteydessä³⁵.

Tuomitun on vaikea ymmärtää ja hyväksyä, että hänet tuomitaan jonkin sellaisen perusteella, mitä hän joissain toisissa oloissa olisi tehnyt, eikä sillä perusteella, mitä hän todellisuudessa on tehnyt³⁶. Voidaan olettaa, että myös muilla oikeusalamaisilla on vaikeuksia ymmärtää hypoteettiseen tahtoteoriaan perustuvia tuomioita. Samalla tuomioiden oikeudenmukaisuudesta voi herätä epäilyksiä.³⁷ Näin mallilla voi olla negatiivisia vaikutuksia erityisprevention ja integraatioprevention näkökulmasta.

Hypoteettinen tahtoteoria on myös osoitettu virheelliseksi. Tässä on onnistunut Lacmann ampumakojutapauksessaan. Tekijä lyö vetoa siitä, että hän pystyy ampumaan lasikuulan ampumakojua hoitavan tytön kädestä. Hän pitää osumista tyttöön hyvin todennäköisenä, mutta ampuu silti, sillä jos hän osuu tyttöön, hän pudottaa kiväärin ja häviää väkijoukkoon, ja jos hän osuu kuulaan, tiedossa on voittosumma. Hypoteettinen tahtoteoria johtaa tuottamukseen tässä tapaukses-

³¹ Andenæs 1963b s. 118–119.

³² Ross 1977a s. 701–702, Jareborg 1988 s. 744, Jareborg 1994 s. 208–209 ja Greve 2004 s. 213.

³³ Jareborg 1990 s. 13. Vrt. Thornstedt 1963 s. 130–131.

³⁴ Jareborg 1990 s. 13.

³⁵ Jareborg 1990 s. 13 ja 1994 s. 209.

³⁶ Hurwitz 1952 s. 325–326: ”Særlig i forhold til den tiltalte er det lidet ønskeligt at begrunde domfældelsen for forsætlig forbrydelse med en hypotetisk antagelse, hvis rigtighed og retfærdighed han vil have svært ved at erkende”. Samoin Rudholm 1963 s. 140.

³⁷ Jareborg 1990 s. 13 ja 1994 s. 209.

sa³⁸. Sama pätee muihinkin sellaisiin tapauksiin, joissa tekijän tavoite ei voi toteutua, jos kielletty seuraus toteutuu³⁹. Usein mallin katsotaan tällöin johtavan väärään vapauttavaan ratkaisuun⁴⁰. Myös dolus Alexandersonissa hypoteesi saataisi hyvin johtaa tuottamukseen⁴¹. Ei myöskään ole selvää, että ehdollinen varmuustahallisuus olisi hypoteettisen tahtoteorian mukaan tahallisuutta.

Toisaalta voidaan huomauttaa, että hypoteettiset elementit eivät ole täysin vieraita rikosoikeudessa. Kausaalisuuden yhteydessä saatetaan operoida sillä, mitä olisi tapahtunut, jos tekijä ei olisi tehnyt tekoa tai, laiminlyöntitapauksessa, olisiko tietty toiminta ehkäissyt seurauksen. Vaara- ja riskiarvioinneissa näkökulma saattaa myös olla esillä. Vastuullisuuden perusta, ihmisen kyky toimia toisin kuin toimii, lieene tiukasti ottaen todistamaton hypoteesi. Pidättämisen ja vangitsemisen edellytyksiin kuuluu se, että epäillyn henkilökohtaisten olosuhteiden tai muiden seikkojen perusteella on syytä epäillä, että hän jatkaa rikollista toimintaa (PKL 1:3 ja 8). Eikö tässä voida nähdä asianomaisen pitämistä luonteeltaan rikollisena? Entä onko varmaa, ettei rikosrekisteri meillä vaikuta näyttöön?⁴²

2.2.2 Positiivinen tahtoteoria

Positiiviseksi tahtoteoriaksi ei ole nimetty lähinnä yhtä selväpiirteistä mallia, toisin kuin yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden ja hypoteettisen tahtoteorian tapauksissa. Eri pro- ja contra-argumentit osuvat käsitteen alaan kuuluviin malleihin eri tavoin. Yksinkertaisuuden vuoksi lähden seuraavasta mallista: tekijä on pitänyt relevanttia seikkaa mahdollisena ja hyväksynyt sen, että seikka

³⁸ *Lacmann* 1910 s. 159–160 ja *Ross* 1977a s. 676–677. Ks. myös *Serlachius* 1919 s. 124–125.

³⁹ Usein toistettu, nykyolojen kannalta ehkä hiukan kaukaiselta tuntuva on kerjäläistapaus: A silpoo lasta B tehdäkseen tämän sääliittävän näköiseksi ja siten tehokkaammaksi välineeksi kerjäämisessä; käsittelyyn on jo aiemmin kuollut toinen lapsi; A ei olisi pahoinpidellyt B:tä näin, jos olisi pitänyt tämän kuolemaa varmana, sillä A:n intressit eivät tällöin voisi toteutua. Ks. *Andenæs* 1963b s. 117–118 ja *Honkasalo* 1967 s. 91–92. Voidaan myös ajatella esimerkiksi vaarallisia taloudellisia transaktioita, joissa tekijänkin edut ovat kyseessä, tai tilannetta, jossa hiihdonopettaja vie hiihtoseurueen ilman hyvää syytä vaaralliselle alueelle. *Ross* 1977 s. 676–677.

⁴⁰ Ks. *Roxin* 1997 s. 385–386. Toisaalta pakkotilassa olevaa pienemmän edun loukkaamisen varmuus ei pidättäisi teosta, jolla pelastetaan suurempi etu; *Serlachius* 1921 s. 209–210. *Ross* 1977a s. 696–702, jonka mukaan ruotsalaisessa oikeuskäytännössä DeH:ia – olkoonkin että ehkä tiedostamattomasti – korjataan merkittävästi tekijän mieltämän todennäköisyyden kriteerillä, piti tapauksia NJA 1959 s. 63 ja 1968 s. 500 sellaisina, joissa tanskalainen tuomioistuin olisi todennäköisyystahallisuuden avulla luultavasti tuominnut ankarammin.

⁴¹ *Hurwitz* 1951 s. 213–214 ja 1952 s. 325. *Thornstedt* 1963 s. 131–132 ei pidä tätä ongelmana.

⁴² Ks. myös *Schlüchter* 1983 s. 34, joka sanoo, että hypoteettisia näkökohtia huolestuttavampaa olisi se, ettei seuraustahallisuudelta vaadittaisi enempää kuin vaaratahallisuudelta. Hän edustaa hypoteettista tahtoteoriaa, jossa ei-luottamus -p merkitsee positiivista vastausta hypoteesiin; ks. lähemmin *Schlüchter* 1983 s. 30–37.

on käsillä tai seuraa. Usein hyväksyminen muotoillaan tekijän teonhetkiseksi kannanotoksi mielessään, jonka mukaan hän tekee teon, vaikka p seuraisi tai olisi käsillä.⁴³

Tällainen malli ottaa tahallisuusarvioinnissa huomioon tekijän oikeushyvien- ja yhteiskunnanvastaisen suhtautumisen. Tahtomomentti tekee tahallisuuden ja tuottamuksen välille kvalitatiivisen eikä vain kvantitatiivista eroa. Honkasalon mukaan:

Suurempi moitittavuus ei voi perustua pelkästään mieltämiseen, sen enemmän tai vähemmän selvyyteen, vaan siihen, miten tekijän tahto on suhtautunut miellettyyn. Yhteiskunnanvastaisuus ei esiinny mieltämisenä, vaan sosiaalisesti vahingollisen tahtomisena, toivomisena tai hyväksymisenä.⁴⁴

Avsiktlighetsuppsåtin isä Jareborg lausuu (tosin perustellessaan sitä, miksi usko p:n rangaistusarvo ei ole olennaisesti pienempi kuin p:n varmana pitäminen):

Just accepterandet av den straffbelagda handlingens förverkligande synes mig vara den mest avgörande faktorn för utskiljandet av en grupp gärningsmän (dvs. de dolösa) som mer klandervärda än en risktagare eller en obetänksam gärningsman.⁴⁵

Yleisesti voidaan sanoa, että tahallisuuden ylemmät asteet toteuttavat myös tahallisuuden alimman asteen. Malli ei joudu vaikeuksiin yrityksen yhteydessä ja pystyy seuraus- ja vaaratahallisuuden erottamiseen. Tahallisuuden yleiskielen merkitys puhuu sen puolesta, että tahallisuus sisältää tahtomomentin⁴⁶. Dolus Alexandersonia voidaan pitää tahallisuutena positiivisessa tahtoteoriassa⁴⁷.

Malliin on kohdistettu myös kritiikkiä. Ensinnäkin voidaan todeta, että edes tarkoitustahallisuus ei edellytä positiivista suhtautumista seuraukseen; tekijä voi olla erittäin pahoillaan siitä, että hänen on ”pakko” saada aikaan tietty seuraus⁴⁸. Jos positiivisen tahtoteorian hyväksyminen sisältää seurauksen toivottuisuuden

⁴³ Tällöin hänen voidaan sanoa ottaneen tosiasiallisesti tekohetkellä kantaa hypoteettisen tahtoteorian tarkoittamaan kysymykseen, mistä syystä näin luonnehdittua positiivista tahtoteoriaa pidetään usein periaatteellisesti vähemmän kritiikille alttiina kuin hypoteettista tahtoteoriaa. Ks. esim. *Andenæs 1963b* s. 119–120. Tällaisen hyväksymisen erottaminen välinpitämättömyydestä voi olla tulkinnanvaraista.

⁴⁴ *Honkasalo 1967* s. 85; samoin s. 88: ”[...] tahallisuuden edellyttämä ankarampi moite yhteiskunnan taholta ei voi kohdata tekijää mieltämisen vaan tahtomisen vuoksi.”

⁴⁵ *Jareborg 1969* s. 321–322.

⁴⁶ Ks. *Herzberg 2000* s. 71–72.

⁴⁷ *Andenæs 1963b* s. 119–120. Tämä riippuneen mallin lähemmästä määrittelystä.

⁴⁸ *Mayer 1953* s. 251: ”Übrigens mag der Täter auch bei dolus directus die fremden Rechtsgüter an sich sehr hoch schätzen, und nur durch dringende Motive zur Tat veranlaßt sein.”

tyyppisen hyväksymisen, ei ole välttämätöntä, että dolus determinatus toteuttaisi positiivisen tahtoteorian edellytykset. Vastaavasti ei ole välttämätöntä, että dolus directus merkitsisi tahallisuutta psykologiseksi hyväksymiseksi määritellyssä tahtoteoriassa. Tekijät eivät tekohekellä myöskään jupise mitään Frankin kaavoja⁴⁹.

Ylipäätään voidaan olla sitä mieltä, että tahallisuuden ja tuottamuksen välillä ratkaisevaa ei pitäisi olla tunteen tai muunkaan mielenlaatumomentin (Gesinnungsmoment)⁵⁰. Tahtomomentilla on juurensa pahalla tahdolla operoivissa syyllisyys- ja syntikäsitelyissä. Sellaiset ovat tarpeettomia modernissa oikeushyvien suojeluun suuntautuneessa rikosoikeudessa.⁵¹

Kun ”kaikki on mahdollista”, täyttyy mallin kognitiivinen kriteeri helposti ja jättää rajanvedossa erittäin suuren vastuun volitiiviselle kriteerille. On kuitenkin erittäin vaikea näyttää toteen tekijän hyväksymistä, jolloin mallin pitäisi johtaa usein väärin vapauttaviin tuomioihin⁵². Jos taas tuomioistuimet näissä oloissa eivät edellyttäisi volitiivisen momentin näytettyisyyttä, seurauksena olisi tahallisuuskynnyksen putoaminen. Toisaalta volitiivisella elementillä on vaikea ylipäätään nähdä itsenäistä sisältöä.

Vaikka volitiivisella elementillä olisi merkitystä, mahdollistaa malli erittäin epätodennäköisinäkin pidettyjen seurausten syyksilukemisen tahallisenä, mitä ei voida pitää asianmukaisena⁵³. Toisaalta, riittävän todennäköisenä näyttäytyvän seurauksen tulisi perustaa tahallisuusvastuu siinäkin tapauksessa, että tekijä sen mieluummin välttäisi (ja jota hän siis ei hyväksyisi)⁵⁴.

Tahtoteorian voidaan ajatella kykenevän vain osaratkaisuun tahallisuuskysymyksissä: se soveltuisi vain seurauksiin muttei sen sijaan teko-olosuhteisiin. Argumentti voisi kuulua seuraavasti. Henkilö ei voi pyrkiä siihen, että esine on varastettu tai että seksipartneri on alaikäinen, vaan dolus determinatus voi kohdistua vain seurauksiin, ei sen sijaan teko-olosuhteisiin. Pyrkiminen/tarkoittaminen on tahtomomentti. Kun myös positiivisen tahtoteorian hyväksyminen on volitiivinen momentti, ei sekään voi kohdistua teko-olosuhteisiin.

Näkökohta voidaan muotoilla myös aineellisemmin. Tahallisuushistoriamme kannalta merkittävää on voinut olla, että mm. Honkasalo totesi: ”Tekijä voi hyväksyä seurauksen vain niiltä osilta, jotka ovat kausaalisessa suhteessa hänen

⁴⁹ Ks. Koskinen 1977 s. 102 ja Backman 1984 s. 631.

⁵⁰ Samson 1988 s. 50: ”Die Billigungstheorie bringt ein reines Gesinnungsmoment in die Vorsatzdefinition, das nicht zu begründen ist. Der Grund für die Vorsatzstrafe liegt nicht darin, daß der Täter den Erfolg mit Genugtuung begrüßt, sondern darin, daß das Bewußtsein von den Folgen seiner Tat ihm die Motivation zu normgemäßem Verhalten erleichterte.”

⁵¹ Ross 1979 s. 16–22.

⁵² Ks. esim. Serlachius 1919 s. 124–125 ja 1921 s. 210–211 sekä Thornstedt 1963 s. 129–130.

⁵³ KM 1976:72 s. 110 ja HE 44/2002 s. 83.

⁵⁴ HE 44/2002 s. 83.

tekoonsa, kun se vain niiltä osilta on hänen tahdostaan riippuva.”⁵⁵ Esimerkiksi partnerin ikä tai esineen kuuluminen toiselle eivät ole sellaisia seikkoja, ja niihin nähden tahallisuus riippuukin ”yksinomaan siitä seikasta, pitääkö tekijä niiden olemassaoloa todennäköisenä vai ei”⁵⁶.

Frände on esittänyt saman käsityksen suhteessa välinpitämättömyyteen ja *likgiltighetsuppståt*in soveltumisalaan:

Uppsåt som hänför sig till element utanför gärningsmannens inflytande utgörs av den uppfattning gärningsmannen i handlingsögonblicket hade om sannolikheten för att elementet existerar. Ovan har likgiltigheten främst kopplats samman med gärningsmannens möjligheter att vidta följdelimineringar åtgärder. När det är fråga om opåverkbara omständigheter saknar likgiltighetsuppståtet relevans, eftersom man inget kan göra åt dem.⁵⁷

Totta on, ettei ihminen voi mitään monille olemassa oleville olosuhteille. Mutta seuraako tästä, ettei sellaisiin seikkoihin nähden voida puhua hyväksymisestä? Esimerkiksi Finlex-oikeustapausrekisteri tuntee mm. seuraavia asioita hyväksymisen kohteena: aiheelliseksi määräksi x markkaa, asianosaisten sopima arvo osakkeiden arvoksi, ehdotus, hakemus, HO:n menettely, isyyden tunnustaminen, kanne, kansainvälisen prosessioikeuden periaatteet, kiinteistöyhtiö sivuväliintulijaksi, kohtuulliseksi elatusavuksi x markkaa, mietintö, oy:n ilmoittaminen yhtymän omistajaksi verotukseen, selvittäjän ratkaisu perusteluineen, sopimus, syyte, tarjous, toimenpiteet, toimintasuunnitelma, tuomio, tuomion perustelut, tyytymättömyyden ilmoitus, vaatimus, vakuudeksi pankkitakaus, valitus, varojen katsominen A:n varoiksi, varojen sijoitustoiminta, vekseli, yleiset sopimusehdot ja yleiskaava.

Otoksessa on hyväksymisen kohteena myös muuntyyppisiä seikkoja kuin seurauksia. Monesti tilanne näyttää olevan se, että hyväksymisellä itsellään on joitain seurauksia. Useat hyväksymisen kohteista ovat tässä maailma 3:n asukkeja, monet ovat (osin lähteestä johtuen) juridisia olioita. Otosta tuleekin täydentää kansanomaisemmillä esimerkeillä (hyväksyä voidaan esim. vävy, kohtalo tai jopa tappio). Vaikuttaa siltä, ettei ole tarpeen hyväksyä näkemystä hyväksymisen soveltumattomuudesta muihin seikkoihin kuin seurauksiin. Hyväksymisen koh-

⁵⁵ Honkasalo 1967 s. 90. Samoin Cramer – Sternberg-Lieben 2001 s. 268.

⁵⁶ Honkasalo 1967 s. 90. Rikosoikeus 2002/Koskinen s. 110 esittää vastaavan käsityksen.

⁵⁷ Frände 2001 s. 151. Fränden kanta tahallisuuteen vaikuttaa kokonaisuutena melko samankaltaiselta kuin Honkasalon. – Fränden mainitsevat kaufmannilaiset välttämistoimet muodostavat monitahoisen kysymyksen. Voidaan kysyä, eikö esimerkiksi hyvin yksinkertaisen selonottomahdollisuuden hyödyntämättä jättämisellä (partnerin iän, esineen alkuperän tai kunnialle käyvän väitteen todenperäisyyden tiedustelu) voi olla samantyyppistä merkitystä kuin kielletyn seurauksen välttämiseen tähtäävien toimien laiminlyömisellä seuraustahallisuuden yhteydessä? Kaufmannin mallia käsitellään jaksossa 3.3.1.

teita voitaisiin jaotella eri näkökulmista. Otos ilmentää käsitteen funktioita. Kyseiset kohteet eivät välttämättä sopisi välinpitämättömyyden kohteiksi. Näyttää siltä, että aika monessa tapauksessa hyväksyminen voitaisiin korvata luonnehdinnalla ”saa olla (vallita, seurata)”⁵⁸.

Positiivinen tahtoteoria voi myös johtaa oikeustajun vastaisiin lopputuloksiin. Tekijä huomaa, että hänen suorittamansa talon syyttämisen seurauksena voi olla A:n ja B:n kuolema. Tekijä suhtautuu vihamiehensä A:n kuolemaan hyväksyvästi, mutta näin ei ole suhteessa B:hen, joka on tekijän vanha ystävä. On vaikea nähdä, miksi tahallisuusarvio olisi erilainen.⁵⁹

Hyväksymisellä ei tule eikä tarvitse ymmärtää tunnetta. Kyse on suhtautumisesta. Hyväksymistä käytetään arkikielessä siten, että sille välttämättömänä ei tarvinne pitää sitä, että se ilmentäisi mielihyvää. Jos toisin katsottaisiin, saattaisi olla syytä käyttää jotakin toista käsitettä. Saksassa paljon hyödynnetty ”sich abfinden”, esimerkiksi, tarkoittaa suunnilleen johonkin mukautumista.

Positiiviseen tahtoteoriaan liittyy usein määre, jonka mukaan usko tai luottamus -p merkitsevät tiedostettua tuottamusta. Tämä merkitsee mieltämisen näkökulmasta olennaista lisäkriteeriä. Jos joku pitää p:tä hyvin epätodennäköisenä, hän yleensä uskoo -p. Niinpä sellaiset tapaukset kuuluvat näin määritellyssä positiivisessa tahtoteoriassa lähtökohtaisesti tuottamukseen, eivät suinkaan tahallisuuteen.

2.2.3 Välinpitämättömyystahallisuus – *likgiltighetsuppsåt*

Malli voidaan muotoilla siten, että tahallisuus edellyttää, että henkilö on pitänyt relevanttia seikkaa mahdollisena ja suhtautunut ko. seikan käsilläoloon tai seuraamiseen välinpitämättömästi. Välinpitämättömyysteoria liitetään usein Karl Engischiin, jonka teoria osin poikkesi ylläolevasta pelkistetyistä luonnehdinnasta. Engisch luki erittäin korkeaksi mielletyn todennäköisyyden tahallisuuteen ilman välinpitämättömyyden volitiivista lisäkriteeriä. Lisäksi välinpitämättömyys ei ollut käsillä, jos tekijä oli toivonut, ettei seuraus synny.⁶⁰ *Likgiltighetsuppsåtia*, tosin ilman engischiläistä toivo -p:tä, on meillä edustanut Frände. Ruotsin oikeuskäytännössä tahallisuutta ryhdyttiin 1980-luvulta alkaen enenevästi perustelemaan sillä, että tekijä oli suhtautunut seuraukseen ”helt likgiltigt”. NJA 2004 s. 176:n myötä *likgiltighetsuppsåtista* on tullut hypoteettisen tahtoteorian sijaan keskeinen rajanvetomalli.

⁵⁸ Tämä taas on melko lähellä Puppen mieltämisteoreettista mallia (ks. jakso 3.3.4), joka lähtee siitä, että tahallisuus on käsillä, kun tekijä on menetellyt tavalla, joka ilmentää, että tietty seuraus saa syntyä.

⁵⁹ Kaufmann 1958 s. 76, Nuutila 1997 s. 221 ja HE 44/2002 s. 83.

⁶⁰ Engisch 1930 esim. s. 191–192 ja 219–220.

Välinpitämättömyystahallisuudessa ja hyväksymistahallisuudessa voidaan nähdä eräitä samantyyppisiä etuja ja toisaalta kohdistaa osin samantyyppisiä vastaväitteitä.

Mallin etuihin kuuluu se, että se sisältää materiaalis-kvalitatiivisen rajan tuottamukseen. Se ottaa myös huomioon tekijän suhtautumisen oikeushyviin. Malli selviytyy vaaratahallisuuden, dolus directuksen ja yrityksen ongelmista. Dolus Alexanderson on hallittavissa LU:n avulla. Siihen liittyy myös sellainen vahvuus, että useissa sellaisissakin tahallisuusteorioissa, joissa itse tahallisuuden määritelmässä ei operoida välinpitämättömyydellä, välinpitämättömyyttä kuitenkin hyödynnetään muulla tavalla, esimerkiksi mallin perustelussa tai arvioitaessa tahallisuuden ja tuottamuksen ja niiden alalajien moitittavuuseroja.⁶¹

Mallissa riittää kognitiivisella puolella pelkkä mahdolliseksi mieltäminen, jolloin volitiiviselle kriteerille jää suuri vastuu rajanvedossa. Jos välinpitämättömyys tulee todistetuksi jo tekoon ryhtymisellä, tai välinpitämättömyys kriteerinä muutoin on pelkkä ”käsityshyly” vailla todellista reaalisisältöä, on tuloksena hyvin laaja tahallisuusvastuu. Välinpitämättömyys riskistä muodostuu riittäväksi.

Välinpitämättömyystahallisuus toimii vain seurausten yhteydessä, samasta syystä kuin tahtoteoriat yleensä: tavoitella ja tahtoa voidaan vain jotain sellaista, joka on tulevaisuudessa ja johon itse voidaan vaikuttaa. Näkökohtaa on arvioitu edellä.

Jo positiivisen tahtoteorian yhteydessä mainittu kritiikki on myös se, että jos tekijä menettelee samalla tavoin kahteen henkilöön nähden, mutta vain toisen intressi on hänelle samantekevä, hänellä olisi tahallisuus vain tähän loukkaukseen nähden.⁶²

Välinpitämättömyystahallisuus on vain hypoteettinen tahtoteoria toisin sanoin ilmaistuna. Tätä ilmentää se, että Ruotsin HD on nyttemmin alkanut perustella kantaansa ”helt likgiltigt” -muotoilulla, mutta suuri osa oikeusneuvoksista tuskin näkee tällä eroa hypoteettiseen tahtoteoriaan⁶³. Tälle samuudelle on myös teoreettinen perustelu: hypoteesi toteutuu silloin, kun tekijä on suhtautunut seuraukseen välinpitämättömästi eli kun seuraus on ollut tekijälle samantekevä. Kun välinpitämättömyysteoria on vain hypoteettinen malli toisin sanoin ilmaistuna, soveltuu välinpitämättömyystahallisuuteen suuri osa siitä kritiikistä, joka oli kohdistettavissa hypoteettiseen tahtoteoriaan. Keskeistä tässä kritiikissä oli varsinkin hypoteettisen mallin tekijäkeskeisyys.

Välinpitämättömyystahallisuuden kestävämmä myyminen tulee esiin myös Engischin tiedostetun tuottamuksen luonnehdinnassa toivoksi siitä, ettei mahdolliseksi

⁶¹ Ks. *Jareborg* 2001 s. 325–330.

⁶² *Eser – Burkhardt* 1992 s. 87 ja *SOU* 1996:185a s. 120.

⁶³ *SOU* 1996:185a s. 120.

mielletty seuraus toteudu. Pelkkä toivo ei vaikuta toimintaan; voimme toivoa vaikka mitä, vaikka emme uskoisi sen toteutuvan. Toivo seurauksen toteutumattomuudesta on yhdistettävissä jopa (lähes) varmoin sivuseurauksiin, joita kukaan ei kuitenkaan sanoisi tuottamuksellisiksi.⁶⁴

Välinpitämättömyyden käsitettä rasittaa se, että sillä saatetaan operoida myös tuottamuksen yhteydessä⁶⁵. Voidaankin kysyä, onko välinpitämättömyydellä sellaista erottelukykä ja signaalifunktiota, että sitä on syytä hyödyntää tahallisuudessa. Ongelmaa voidaan vähintäänkin lieventää välttämällä signaalisanatahallisuutta ja kiinnittämällä huomiota välinpitämättömyyden kohteeseen; tahallisuudessa se on nimenomaan se, vallitseeko olosuhde tai syntyykö seuraus, johon tunnusmerkistössä viitataan.

Myöskään välinpitämättömyydellä ei tarvitse ymmärtää tunnetta. Sillä voidaan ymmärtää samantekevyyttä tai sitä, ettei p muodosta tekotilanteessa tekijälle syytä luopua teosta⁶⁶. Näin asian voidaan sanoa olevan myös DeH:ssa, mutta tästä ei seuraa DeH:n ja LU:n samuus. LU:hun ei liity hypoteettista tilannetta. Esimerkiksi Honkasalolla välinpitämättömyystahallisuus onkin positiivista tah-toteoriaa.

Myös välinpitämättömyystahallisuuteen voidaan liittää uskoa tai luottamusta -p koskeva vaatimus. Tällainen onkin esimerkiksi Ruotsin HD:n vuoden 2004 ratkaisussaan soveltamassa LU:ssa.

⁶⁴ Ks. esim. *Roxin* 1997 s. 380.

⁶⁵ Ks. *HE 44/2002* s. 83.

⁶⁶ Ks. *Jareborg* 2001 s. 325–326.

3 Muita rajanvetoehdotuksia

3.1 MIELTÄMISESTÄ LÄHTEVÄ MALLI – NILS JAREBORG

Merkittävä osa Nils Jareborgin tutkimustyöstä on kohdistunut tahallisuuteen. Väitöskirjassaan *Handling och uppsåt* vuodelta 1969 Jareborg katsoi, että keskeisiä käytännön tahallisuuskysymyksiä olisivat mm. peittämisperiaatteen ulottuvuus ja tahallisuusnäyttö. Ennen siirtymistä tällaisiin käytännössä merkittäviin kysymyksiin on kuitenkin selvitettävä tiettyjä peruskysymyksiä. Tahallisuusmallia ei voida perustaa 1700-luvun filosofisiin ja 1800-luvun psykologisiin käsityksiin, jotka ovat käytävän tahallisuuskeskustelun taustalla.

Jareborgin mukaan juridinen tahallisuuskäsite määrittellen käyttäen hyväksi sellaisia ei-juridisia käsitteitä kuin teko, laiminlyönti, tarkoitus, päämäärä, tieto, mahdollisuus, todennäköisyys ym. Näiden käsitteiden sisältö oletetaan melko selväksi ja ongelmattomaksi. Perehtyminen näihin käsitteisiin osoittaa käsityksen virheelliseksi. Jareborgin väitöskirjatyön ”esineenä” onkin tämäntyyppisten käsitteiden analyysi, ”doluslärans propedeutik”.

Keskeisen välineistön työssä muodostaa etenkin anglosaksinen kielenfilosofia. Vaikka Jareborg viittaa tahallisuuskäsitteistön taustalla olevan myös vanhentuneen psykologian, ei työssä juuri käytetä hyväksi etenkin mahdollista empiristä psykotietämystä. Psykoanalyysi saa kylläkin epätieteellisenä jyrkähkön tuomion. Jareborg hyödyntää toki anglosaksista mielenfilosofiaa koskevaa kirjallisuutta.

Jareborgin painopisteen ja kiinnostuksen kohteen huomioon ottaen on ymmärrettävää, että juridisen doktriinin osuus ei ole työssä erityisen suuri. Jareborg viittaaakin mielellään esimerkiksi tahallisuutta koskevien historiallisten ja vertailevien tarkastelujen osalta Waabenin tuolloin melko tuoreeseen väitöskirjaan (1957). Saksalainen itseriittoinen ja epärealistinen dogmatiikka ei Jareborgia sanottavasti tuntunut kiinnostavan.

Jareborg korostaa useaan otteeseen, että hänen tarkoituksenaan ei ole ottaa (tässä vaiheessa) kantaa Ruotsissa vallitsevaan hypoteettiseen tahtoteoriaan tahallisuuden ja tuottamuksen välisenä rajanvetomallina. Ikään kuin sivutuotteena kirjassa syntyy kuitenkin peräti uusi tahallisuusmalli, *avsiktlighetsuppsåt*. Sen pohjana lienee s. 318 *avsiktlig handlingin* määritelmä:

Handlingen Y är avsiktlig, när $Y = X + (F \text{ och/eller } O)$, endast om

- 1) A gör Y; och
- 2) A vet utan varseblivning eller slutledning att han gör X; och
- 3) A åtminstone tror, att X skall leda till F och/eller att O föreligger; eller A gör X med avsikten S att F skall inträda eller med avsikten S att göra Y.

Lyhyesti sanottuna A:lla on tahallisuus p:hen nähden, kun A uskoo, että p (tror p). Usko p implikoi:

- 1) A kan eller har kunnat anföra vissa skäl för p;
- 2) A har mot bakgrunden av dessa skäl accepterat p som sant eller, om skälen består av uppenbart tillräckliga skäl, inte inte-accepterat p som sant (A har kommit att tro att p); och
- 3) A har inte glömt, att (han kommit att tro att) p.⁶⁷

Henkilö, joka uskoo, että p, hyväksyy siis todeksi, että p on tai seuraa (ellei p:n hyväksi ole olemassa niin selvät syyt, että riittää, että henkilö ei ole ei-hyväksynyt p:tä todeksi). Tätä hyväksymistä Jareborg luonnehtii mm. seuraavasti:

Att acceptera p som sant, att taga ställning, kanske efter moget övervägande av skälen för och emot, kräver naturligtvis inte att accepterandet sker i en viss form eller att man tänker vissa ord. Accepterandet kan vidare som varje samtycke vara uttryckligt eller tyst. Det kan också vara konkludent: man säger eller eljest gör något som förutsätter att man har accepterat att p är sant.⁶⁸

A:n on täytynyt joskus tulla uskomaan p siten, ettei hän ole sittemmin unohtanut, että p. A:n on täytynyt jossain vaiheessa kyetä esittämään syitä p:lle. Jos joku sanoo uskovansa p, meillä on oikeus kysyä häneltä syitä siihen. Tahallisuus ei edellytä usko p:n lisäksi, että tekijä ajattelisi kyseistä seikkaa tekohekellä.

Man tror hundratals saker samtidigt och man tror saker under långa tidsperioder, utan att de behöver aktualiseras så att man tänker på dem. [...] Man har inte en mental bild eller tanke hela tiden man tror något. [...] Men har A en gång kommit att tro att p, så kan han naturligtvis glömma bort det. Då tror han inte längre att p.⁶⁹

Tahallisuusvaatimus seuraa konformiteettiperiaatteesta, jonka Jareborg omaksuu Gary V. Dubinin ja H. L. A. Hartin töiden perusteella.⁷⁰ Konformiteettiperi-

⁶⁷ Jareborg 1969 s. 195. – Edellisessä määritelmässä F = följd, O = omständighet ja S = syfte sekä X ja Y = handling tai gärning.

⁶⁸ Jareborg 1969 s. 193.

⁶⁹ Jareborg 1969 s. 190. Hän sanoo samansuuntaisesti tiedosta s. 215: ”Har vi en gång kommit att veta att p, så fortsätter vi att veta att p och handla utifrån att p så länge vi inte har glömt att p, även om vi aldrig mera tänker på att p.”

⁷⁰ Jareborg 1969 s. 355–383 ja 394.

aatteen mukaan henkilö ei ole rikosoikeudellisesti vastuussa teosta, jos hän ei voinut toimia lain edellyttämällä tavalla. Konformiteettiperiaatteen indikatiivimuoto – vastuullisuus edellyttää, että tekijällä on ollut kyky ja tilaisuus toimia toisin – asettaa vaatimuksia tahallisille rikoksille. Mainittu tilaisuus toimia toisin edellyttää, että tekijä uskoo toimivansa tietyllä tavalla ja uskoo, että kyseinen menettely on rangaistava (kielletty).

Näin konformiteettiperiaatteesta seuraa tahallisuusvaatimus ja tahallisuusopin sisältö pääpiirteissään, joka olennaisesti vastaa avsiktlighetsuppsåtia⁷¹. Konformiteettiperiaate edellyttäisi sitä, että puuttuva usko teon rangaistavuuteen (kiellettyisyyteen) johtaisi vastuuvapauteen tahallisista rikoksista. Tehokkuussyistä rikosoikeus on tässä kohden kuitenkin poikennut konformiteettiperiaatteen edellyttämistä linjoista.

Jareborgin mielestä perinteiset rangaistusteoriat eivät näytä tukevan tahallisuusvaatimuksen asettamista, vaikka näin usein oletetaan.⁷²

Jareborg katsoo, että avsiktlighetsuppsått sisältää todennäköisyystahallisuuden edut mutta ei eräitä sen haittoja. Yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden ja avsiktlighetsuppsåtin eroa Jareborg luonnehtii seuraavasti:

Avvikelsen från sannolikhetsuppsåttet ligger främst däri, att tro är något mera personligt än sannolikhet. Detta är en stor fördel, eftersom vi sällan gör sannolikhetsbedömningar, jämfört med hur ofta vi tror något. Man slipper också den felaktiga associationen till siffermässiga kalkyler.⁷³

3.2 RISKITEORiat

3.2.1 Yleistä

Usea moderni riskiteoria on saanut vaikutteita Philippsin vuodelta 1973 olevasta artikkelista ”Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”. Philippsin mielestä perinteinen näkökulma tahallisuuteen, joka pitää keskeisenä te-

⁷¹ Jareborg 1969 s. 358–359 ja 377.

⁷² Ks. Jareborg 1969 s. 361–376. Tahallisuusvaatimus ja sen pääasiallinen sisältö seuraavat siis konformiteettiperiaatteesta. Jareborgin 1969 s. 394 mukaan ” [...] to state the reasons why we should have a doctrine of dolus. It has often been erroneously assumed that the so called theories of punishment provide a justification. The doctrine of dolus must instead be derived from the conformity principle [...]”. Ks. myös s. 366: ”Avskräckningsteorien kan inte i och för sig ge något stöd för straffrihet när dolus eller culpa saknas.” Jareborg 1969 s. 375 myöntää, että kostoteoria rajoitti rankaisemista syylisyyssperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja yhtäläisyysperiaatteen kautta. Keskeiseltä konformiteettiperiaatteen kannalta vaikuttaa joka tapauksessa se, että ihmisillä tulee olla oikeus tehdä valintoja ja ennustaa, miten rikosoikeudellinen järjestelmä reagoi niihin.

⁷³ Jareborg 1969 s. 321.

komallia, joka perustuu tavoitteisiin, keinoihin ja sivuseurauksiin, on riittämätön. Tahallisuus pitää nähdä toimintaan liittyvänä päätöksentekotilanteena erilaisten käyttäytymisvaihtoehtojen välillä. Arviossa tulee ottaa huomioon tekijän mieltämiset ja arvotukset sekä oikeusjärjestyksen arvosysteemi ja säännöt siitä, kuinka riskeihin tulee suhtautua. Malli edellyttäisi, että oikeusjärjestykseen sisältyisi melko yksityiskohtaisia sääntöjä siitä, kuinka erilaisissa riskitilanteissa tulee menetellä. Tällaisia sääntöjä ei kuitenkaan Philippsin toteamin tavoin useinkaan ole. Olemassa olevienkin riskimaksimien osalta on otettava huomioon, että niiden rationa on usein tietty vaarallinen käyttäytyminen massaluonteisena ilmiönä eikä niinkään yksittäisenä tekona. Periaatteessa tahallisuus on käsillä silloin, kun tekijä valitsee tietoisesti sellaisen käyttäytymisvaihtoehdon, joka on yhteensopimaton oikeusjärjestykseen sisältyvien riskimaksimien kanssa.⁷⁴

3.2.2 Frisch

Viime vuosikymmenien mittavimpiin monografiatöihin tahallisuuden alalla kuuluu Wolfgang Frischin *Vorsatz und Risiko* (1983). Frischin tahallisuustyön keskeisiin tavoitteisiin kuuluu ensinnäkin tahallisuusrangaistavuuden perusteiden (Ratio der Vorsatzbestrafung) uudelleenmäärittely. Näiden perusteiden tulee ilmetä tahallisuusmallissa. Frischin ote edustaa siten teleologista ja funktionaalista lähestymistapaa. Tahallisuusrangaistavuuden perusteisiin liittyy tavoiterationaalisia ja arvorationaalisia näkökohtia. Yleisprevention näkökulmasta tahallinen teko järkyttää luottamusta oikeusjärjestyksen loukkaamattomuuteen enemmän kuin tuottamuksellinen teko. Tahallisen rikoksen tekijä on vaarallisempi ja tarvitsee suuremman rangaistuksen (erityispreventio). Arvorationaalinen näkökohta on se, että kun rangaistus on oikeuksiin puuttuva ja moitetta sisältävä, täytyy tekijän henkilökohtaisen virhesuorituksen (personale Fehlleistung) olla tahallisessa teossa tyypillisesti suurempi kuin tuottamuksellisessa. Tahallisuudessa on kyse päätöksestä oikeushyvää vastaan.⁷⁵

Uutta Frischin mallissa on etenkin tahallisuuden kohteen hahmottaminen. Normaalistihan tahallisuuden kohteeksi mielletään objektiivinen tunnusmerkistö tai sen toteuttavat olosuhteet. Saksassa tämä katsantokanta saa positiivista tukea StGB 16 §:n erehdyssäännöksestä. Frischin mielestä perinteisessä näkemyksessä

⁷⁴ Philipps 1973 erityisesti s. 35–44. Termi riskiteoria erotuksena esim. vaarateorialle voi olla perusteltu, koska vaaralla on tietyllä tavoin objektiivisen suureen kaiku, kun taas riski viittaa selvemmin päätöksenteon tilanteisiin. Philipps 2001 opastaa sumean logiikan hyödyntämiseen tahallisuusarvioinnissa.

⁷⁵ Ks. lähemmin Frisch 1983 s. 31–54. Funktionaalisessa lähestymistavassaan ja päätös oikeushyvää vastaan -kriteerillä operoinnissa Frisch on lähellä mm. Roxinin tahallisuuskäsitystä; Roxin 1997 s. 387–388.

ei ole havaittu sitä, että on erotettava toisistaan tuomariin kohdistuva sanktionormi ja oikeusalamaisille tarkoitettu käyttäytymisnormi. Tunnuksmerkistöt edustavat sanktionormeja. Seurausrikoksissa tunnuksmerkistö ei senkään takia voisi olla tahallisuuden kohteena, että seuraus sattuu vasta tulevaisuudessa, eikä tekijällä voi olla siitä tekohetkellä tietoa.⁷⁶ Tahallisuuden kohteena onkin tunnuksmerkistön mukainen käyttäytyminen; sellainen riskinotto, jota oikeushyvä ei voi sietää. Sikäli kuin oikeusjärjestys hyväksyy tiettyjen riskien aiheuttamisen tai korottamisen, ei kyse ole tunnuksmerkistön mukaisesta käyttäytymisestä.⁷⁷

Tahallisuus on tietoisuutta kielletystä vaarantamisesta. Tekijän täytyy ensinnäkin olla yleisesti havainnut menettelynsä normirelevantti vaarallisuus. Toiseen hänen on täytynyt tehdä tuosta kielletystä vaarallisuudesta itseään sitova arvio (für-sich-so-sehen, verbindliche persönliche Sicht). Näin ei ole esimerkiksi silloin, kun tekijä on luottanut seurauksen syntymättä jäämiseen.⁷⁸ On mahdollista, että tekijä on kyllä havainnut menettelynsä vaarallisuuden yleisellä tasolla, mutta ei ole, koska asia on hänelle esimerkiksi täysin samantekevä, muodostanut itselleen normirelevantista vaarallisuudesta sitovaa käsitystä. Koska itseä sitovaan arvioon ei ole päädytty, on kyseessä Frischin mallin näkökulmasta periaatteessa vain tuottamus. Tämä ei kuitenkaan kaikilta osin tyydytä Frischii, vaan hän katsoo eräät, usein välinpitämättömyyttä ilmentävät tällaiset tilanteet kuitenkin tahallisiksi. Tahallisuus on käsillä silloin, kun tekijä, jos hän olisi ottanut kantaa yleisellä tasolla mieltämäänsä vaarallisuuteen, olisi päätenyt itseään sitovasti siihen, että kyseessä on kielletty vaara ja ottaen huomioon hänen ratkaisumaksiiminsa, hän olisi tehnyt teon.⁷⁹

Malli soveltuu myös teko-olosuhteisiin, joskaan vastaavaa tietoteoreettista tarvetta operoida riskillä tahallisuuden kohteena kuin seurausten yhteydessä ei teko-olosuhteiden yhteydessä ole. Jos epävarmuus teko-olosuhteen käsilläolosta on helposti poistettavissa, merkitsee tekoon ryhtyminen usein kiellettyä vaarantamista. Esimerkiksi suojaikäraja ja seksuaaliseen tekoon suostuminen ovat väärämerkitykseltään niin painavia, että mahdollisuus niiden puuttumisesta merkitsee tekijän toimintavapauden intressin väistymistä. Taas esimerkiksi oikeuden väärinkäyttö (Rechtsbeugung) yhteydessä hyväksytyn riskin alue on melko korkea, koska tuomioistuimella on ratkaisupakko⁸⁰.

Frisch testaa malliaan oikeuskäytännön valossa ja päätty – kuten moni muukin – siihen, että oma malli johtaa samoihin lopputuloksiin kuin oikeuskäytäntö,

⁷⁶ Frisch 1983 s. 55–74.

⁷⁷ Ks. Frisch 1983 s. 74–161.

⁷⁸ Frisch 1983 s. 162–225.

⁷⁹ Frisch 1983 s. 225–243.

⁸⁰ Ks. lähemmin Frisch 1983 s. 345–378. Samaan suuntaan Philipps 2001 s. 371. Frischin tuomarin tahallisuutta koskevasta näkemyksestä kriittisesti Schroth 1994 s. 59–60.

mutta oikeuskäytännön perustelut ovat ontuvat. Kun tuomioistuimien esim. *Billigungin* näyttämättömyyteen viitaten katsoo, ettei tahallisuus ole käsillä, on tosiasiassa usein kyse siitä, että riski oli sallittu⁸¹. Frischin mukaan hänen teoriansa mukainen dolus eventualis on itse asiassa tahallisuuden perusmuoto. Tarkoituksellisuus ja varmuustahallisuus ilmentävät vain erityisen selvää ratkaisua oikeushyvää vastaan⁸².

Pidän Frischin teoriassa hyvänä mm. sitä, että siitä käy ilmi se, mitä sen edustama funktionalismi tahallisuusmallin kannalta merkitsee. Mallin tavoite- ja arvorationaaliin lähtökohtiin onkin kiinnitetty huomiota – myös kriittisesti. Näitä lähtökohtia on pidetty riidanalaisina, muun ohella spekulatiivisina ja empiirisesti näyttämättöminä. Ei ole esimerkiksi selvitetty, mitkä käyttäytymismuodot ovat yhteiskunnassa oikeutta erityisesti järkyttäviä (rechtserschütternd; tavoiterationaalinen näkökulma) tai milloin yksilöllä on korostettu kyky välttää tiettyä käyttäytymistä tai -seurauksia (arvorationaalinen puoli). Küper kiinnittää huomiota myös tahallisuusrangaistavuuden erityispreventiiviseen puoleen. Hänen mielestään voitaisiin ajatella myös niin, että suurempi rangaistavuuden tarve pitäisi usein pikemminkin liittää suruttomaan ja kevytmieliseen tekijään kuin sellaiseen, joka on tehnyt tosin tahallisen mutta monesti ainutkertaiseksi jäävän teon, johon ei liity uusimisriskiä.⁸³

Frischin työn riskiin liittyvää tarkastelua on pidetty ansiokkaana objektiivisen syyksilukemisen kehittämisestä kannalta. Sitä vastoin vakuuttavana ei ole pidetty sitä, että tahallisuuden kohteena ei olisi objektiivinen tunnusmerkistö tai sitä vastaavat seikat. Frischin näkemystä siitä, että mieltäminen (kennen) voisi kohdistua vain olemassa oleviin seikkoihin on pidettävä ylimitoitettuna; mieltäminen on aina ymmärretty prognoosina eikä (tietoteoreettisena) tieto-käsitteenä tms.⁸⁴

Erilaisia käsityksiä voitaisiin varmaankin esittää normimalleista ja niiden todistusvoimasta tahallisuuden tyyppisiin käsitteisiin nähden. Joka tapauksessa voidaan kysyä, eikö tunnusmerkistön käsittäminen sanktionormiksi ole ongelmallista legaliteettiperiaatteen tausta-ajatusten näkökulmasta? Niin ikään voidaan kiinnittää huomiota siihen, miten sanktionormien edellyttämät käyttäytymismuodot muodostetaan ja mistä niiden sisällöstä saadaan tietoa. Kun tunnusmerkistö ei enää olisi tahallisuuden kohteena, mahdollistaa Frischin malli sen,

⁸¹ Ks. Frischin oikeustapausanalyysistä 1983 s. 304–339 ja 379–406.

⁸² Frisch 1983 s. 496–501. Frischin tahallisuuden perusmuoto ilmentää, mitä tahallinen toiminta ”schlechthin” on; vrt. Strahlin 1976 s. 110 ”upsåt rätt och slätt”. Ks. myös NJA 2004 s. 176:n tahallisuuden alueen uusjäsentelyä. Frischin tavoin Puppe 1995 s. 61 ja 65 pitää dolus eventualista tahallisuuden perusmuotona. Hän katsoo jopa, että tahallisuuden jako kolmeen lajiin on turha.

⁸³ Ks. Küper 1987 s. 500–503, Roxin 1997 s. 387 ja Schroth 1994 s. 63–64.

⁸⁴ Küper 1987 s. 503, Roxin 1997 s. 388 ja Schroth 1994 s. 60.

että osasta tunnusmerkkejä muodostuu objektiivisia rangaistavuuden edellytyksiä. Ei ole olemassa normatiivista perustetta redusoida StGB 16 §:n soveltamisalaa ja samalla sen suojafunktiota.⁸⁵

Frischin malli pitää volitiivisia momentteja tarpeettomina; tahallisuus on oikein ymmärrettyä riskitietoa. Hän pitää esimerkiksi luottamus -p -tilanteita tuotamuksellisina. Koska luottamus -p:tä pidetään Saksassa usein volitiivisena kriteerinä, näyttää Frischin malli sisältävän myös perinteisesti volitiiviseksi miellettyä ainesta, eikä teoria tässä mielessä olekaan puhtaasti kognitiivinen⁸⁶. Lisää volitiivista tai ainakin ei-kognitiivista väriä saatetaan nähdä niiden tilanteiden käsittelyssä, joissa Frisch päätyy tahallisuuteen, vaikka mallin edellyttämää sitovaa riskitietoa ei ollut. Erityisen mielenkiintoista on, että funktionaalisesti orientoitunut, modernin kognitiivispainotteisen mallin edustaja Frisch operoi näissä tilanteissa ehkä rajuimman kritiikin osakseen saaneilla hypoteettisilla näkökohdilla. Toisaalta Frisch katsoo, että tahallisuusvastuu on näissä(kin) tilanteissa perusteltavissa tekorikosoikeudellisilla näkökohdilla.⁸⁷

Frischin oikeustapausanalyysiä saatetaan pitää metodisesti hiukan ongelmallisena; siinä hien oikeuskäytännön linjaukset hyväksytään lopputuloksiltaan, mutta niitä pidetään perusteluiltaan kestäättöminä. Onko tahallisuusmalleilla juuri funktiota, jos tuomioistuimet osaavat tehdä oikeita ratkaisuja ”vääränkin” tahallisuusmallin ohjaamina?⁸⁸

3.3 RAJANVEDON OBJEKTIVOINTI?

3.3.1 Armin Kaufmann

Eräänlaisena objektiivisten tahallisuusmallien airuena pitäisin finalisti Armin Kaufmannin tahallisuuskäsitystä. Kaufmannille tahallisuus oli toteuttamistahtoa (Verwirklichungswille). Oli pääteltävissä, ettei tahallisuutta ollut, jos tahto koh-

⁸⁵ Kriittisesti Frischin normiteoreettisesta käsityksestä *Schroth* 1994 s. 56–58 ja 62–63; käyttäytymisnormien – jotka voisivat yhtä hyvin olla laajoja kuin suppeita – muotoilu jäisi riippuvaiseksi siitä, miten laajaa suojaa oikeushyvä tuomarin mielestä tarvitsee. Tahallisuus menettäisi luonteensa yleisenä vastuukategoriana. *Schroth* katsoo myös, ettei Frisch ole onnistunut palauttamaan kaikkea tahallisuutta tahallisuuden perusmuotoonsa, sillä tarkoitustahallisuuden tilanteissa on usein perusteltua laskea vaadittavan objektiivisen vaaran kynnyistä verrattuna muihin tahallisuustilanteisiin; esimerkiksi lapsen tappaminen arkipäiväisiäkin riskejä hyväksi käyttäen voi onnistua helpostikin. Myös kelvoton yritys on Saksassa osin kriminalisoitu. *Schroth* 1994 s. 61–62.

⁸⁶ *Roxin* 1997 s. 387–388 ja *Schiinemann* 1994 s. 267–268.

⁸⁷ Ks. lähemmin *Frisch* 1983 s. 234–237.

⁸⁸ Ks. myös *Küper* 1987 s. 489–491 ja 508–509. On esitetty epäilyjä siitä, että Frischin malli laajentaisi tahallisuusvastuuta; ks. *Jescheck – Weigend* 1996 s. 302 ja *Schroth* 1994 s. 63.

distui seurauksen välttämiseen. Kaufmann päätyi oppiin toimivasta välttämistahdosta (betätigter Vermeidewille). Mallin mukaan dolus eventualis ei ollut käsillä, jos henkilö, joka oli havainnut menettelynsä voivan johtaa kiellettyyn seuraukseen, ryhtyi toimenpiteisiin seurauksen estämiseksi ilmentäen näin haluavansa välttää sen. Toimenpiteiden tuli merkitä tekijän käsityksen mukaan reaalistista mahdollisuutta seurauksen välttämiseen.⁸⁹ Mallin etuihin kuului mm. se, että se teki tahallisuuden ja tuottamuksen välille laadullisen eron. Se voitiin myös nähdä teoriana tahallisuudesta yleensä eikä vain dolus eventualis -teoriana. Nyt tarkasteltavaan asiakokonaisuuteen liittyy se teorian ominaisuus, että rajanvedossa keskeisen seikan muodosti objektiivinen momentti eli se, oliko tekijä ryhtynyt johonkin seurauksen estämiseksi vai ei. Tällainen kriteeri merkitsi samalla sitä, että tahallisuus oli prima facie kohtuullisen hyvin näytettävissä⁹⁰.

Huolimatta eduistaan ei tämäkään malli ole saavuttanut suurta suosiota. Teorian on katsottu mahdollistavan päättymisen tiedostettuun tuottamukseen (tekijän tietten) melko heikkojenkin varotoimien tapauksissa. Joka pudottaa ikkunasta raskaan esineen keskelle ihmisjoukkoa välttäisi tahallisuusvastuun, jos hän heittäessään olisi huutanut ”varokaa”⁹¹. Oli myös vaikea nähdä, miksi tekijä, joka piti seurausta 80 %:n todennäköisenä mutta varotoimellaan vähensi vaaran 50 %:iin, välttyisi tahallisuusvastuulta toisin kuin sellainen varotoimiin ryhtymätön, joka kaiken aikaa lähti 50 %:n (tai vaikkapa vain 30 %:n) todennäköisyydestä. Tekijä voi myös lähteä seurauksen syntymättä jäämisestä ilman välttämistoimiakin⁹². Kaufmannin mallia on kritisoitu myös siitä, että välttämistahdon

⁸⁹ Kaufmann katsoi tosin, että teko-olosuhteiden osalta asia oli ratkaistava kognitiivisen kriteerin perusteella; kriteeriksi muodostui mezeriläinen todennäköisyysvaatimus eli vaatimus siitä, että tekijä oli ottanut huomioon seurauksen mahdollisuuden. Ks. *Kaufmann 1958* s. 79–81. Hillenkamp pitää mallin soveltamisalan tällaista rajaamista tarpeettomana. Jos tekijällä on epäilyksiä teko-olosuhteen käsilläolosta, hän voi ilmentää välttämistä selvittämällä asian. *Hillenkamp 1989* s. 366–369.

⁹⁰ *Kaufmann 1958* passim. Hänen tavallaan looginen lähtökohtansa siitä, että välttämistähtoa rajaa aiheuttamistahtoa, päästi hänet siitä ongelmasta, jonka voitiin ajatella uhkaavan finalismia tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa: joko aiheuttamistahto merkitsee vain tarkoitustahallisuuden hyväksymistä tahallisuudeksi tai sitten, jos myös mielletyt sivuseuraukset kuuluvat finaalisien toiminnan ja tahallisuuden alaan, on pakko hyväksyä tahallisuuteen myös tiedostetun tuottamuksen alaan perinteisesti kuuluvat tapaukset. Ks. myös *Roxin 1997* s. 374. Malli ilmentää myös sitä, ettei esimerkiksi *Billigungstheorien* hylkäämisestä mitenkään välttämättä seuraa tahallisuuden rakentaminen yksin kognitiivisten kriteerien varaan. Kaufmann kritisoi esityksessään voimakkaasti tunnettyypisiä tahtoteorioita, mutta perustaa oman tahallisuusmallinsa vahvasti tahtomomenttiin, joka kuitenkin on tunteista tms. riisuttu tahto, aiheuttamistahto. Ks. myös mm. *Hurwitz 1952* s. 320–321.

⁹¹ *Herzberg 1986b* s. 258, *Puppe 1995* s. 23–24, *Roxin 1997* s. 384–385 ja *Weigend 1981* s. 666–667.

⁹² *Hassemer 1989* s. 291, *Hillenkamp 1989* s. 359, *Jescheck – Weigend 1996* s. 303, *Kindhäuser 1984* s. 28–30 ja *Roxin 1997* s. 385.

manifestoituminen kriteerinä painottaa juuri tekijän toimenpiteitä, ja on katsottu, että tahallisuusvastuusta vapautumiseen pitäisi johtaa myös tekijän luottamus esimerkiksi vaaran kohteen tai kolmannen seurauksen estävään toimintaan⁹³.

Malli ei sellaisenaan sovellu tilanteisiin, joissa tekijällä ei ole mahdollisuutta osoittaa välttämistä⁹⁴. Välttämistoimi saattaa joskus jopa edustaa rikollista kalkylointia eikä myönteistä suhtautumista oikeushyviin⁹⁵. Hassemer on esittänyt myös hyvin fundamentaalia kritiikkiä: ontologiset mallit eivät mahdollista normatiivista diskurssia, eikä yhdellä objektiivisella kriteerillä operoivaa tahallisuusmallia voi tarpeen tullen korjata tai hienosäätää⁹⁶.

3.3.2 Alf Ross

Alf Ross keskittyi varttuneilla päivillään rikosoikeudellisiin kysymyksiin. Dogmaattisista kysymyksistä varsinkin tahallisuus kiinnosti häntä. Provokatiivisten artikkeliansa *Hensigt er ikke forsæt* (1970) ja *Dolus eventualis – et vildskud* (1971) lisäksi Ross julkaisi osin jo artikkelien muodossa tunnetuksi tulleen oikeusvertailevan monografian *Über den Vorsatz* (1979).

Ross kannatti intellektuaalista tahallisuusmallia. Hän ei kuitenkaan tyytynyt siihen, että tahallisuuden ja tuottamuksen välinen rajankäynti tulee tehdä mieltämisen perusteella, vaan hän otti myös sen viimeisen askelen, jonka ottamatta jättämisestä on usein pidetty indisiona mieltämiseen painottuvan rajanvedon virheellisyydestä: hän nimittäin katsoi, että tarkoitus ei ole tahallisuutta. Tahallisuus on tietoisuutta menettelyn rangaistavuuden perustavista seikoista.

Rossilla ei ollut huomauttamista siihen, että Tanskassa tahallisuuden katsotaan olevan käsillä, kun tekijä on pitänyt tunnusmerkistön toteutumista todennäköisenä. Hän kuitenkin katsoi, että tahallisuuden ja tuottamuksen välinen rajanveto määräytyy osin jo objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden puolella. Rossin esitys kiinnittyy pitkälti henkirikoksiin.

Henkeä suojataan tapon lisäksi eräiden muidenkin tunnusmerkistöjen, esimerkiksi hengenvaaran aiheuttamisen kieltävien kriminalisointien avulla (esim. strl 252 §). Tällaiset kriminalisoinnit edellyttävät, että menettely oli hengenvaarallinen. Tapon toteuttamiseen tämä ei kuitenkaan vielä riitä, vaan se edellyttää objektiivisesti menettelyä, joka todennäköisesti johtaa kuolemaan. Tietoisuus tekonsa tällaisesta vaarallisuudesta perustaa surmaamistahallisuuden. Tapon edel-

⁹³ Herzberg 1986b s. 258, Samson 1988 s. 50 ja Schroth 1994 s. 95. Kaufmann itse kyllä toteaa, että tekijä voi välttämistoimessa käyttää toisiakin henkilöitä, joko välikappaleina, ”avunantajina” tai ”tekijäkumppaneina”; Kaufmann 1958 s. 77.

⁹⁴ Hassemer 1989 s. 292 ja 303 ja Hillenkamp 1989 s. 358–359 ja 366–369.

⁹⁵ Hassemer 1989 s. 291–292.

⁹⁶ Hassemer 1989 s. 292–293; ks. kuitenkin myös Schünemann 1994 s. 274.

lyttämää kvalifioidusti vaarallista tekoa Ross kutsuu hyökkäysteoksi (angreps-handling).⁹⁷

Päätyminen objektiivisen todennäköisyyden vaatimukseen on itse asiassa lopputulos, johon todennäköisyystahallisuuden voi hyvin ajatella johtavan. Rossin mukaan vaatimus objektiivisesta todennäköisyydestä seuraa perinteisestäkin käsityksestä.⁹⁸

Uutta ei Rossin mielestä ollutkaan päätyminen tällaiseen edellytykseen, mutta hän perusteli sen toisella tavalla. Perinteisessä mallissa se seuraa todennäköisyystahallisuusvaatimuksesta, uudessa rossilaisessa mallissa hyökkäysteolle asetettavista ominaisuuksista. Tappoteon kuvaaminen epäsuorasti kuoleman aiheuttamisen kautta pitää korvata teon suoralla kuvaamisella hyökkäysteon, kuoleman todennäköisesti aiheuttavan teon kautta. Yleisesti ottaenkin tunnusmerkitöt pitäisi laatia hyödyntäen aktiviteettiverbejä, joissa kuvataan (suoraan) kielletty toiminta, eikä nykyisen rikoslain tavoin pääasiallisesti epäsuoraan, toimintaa seurauksen kautta luonnehtivia suoritusverbejä hyväksi käyttäen.

On siis olemassa kvalifioidusti hengenvaarallisia tekoja, hyökkäystekoja, ja hengenvaarallisia tekoja. Ryhtyminen tietoisesti hengenvaaralliseen tekoon merkitsi Rossille piittaamattomuutta (hensynsløshed). Koska tahallinen ja piittaamaton teko sisälsivät käsityksen teon vaarallisuudesta, ne edustivat ”huolettisena” (agtsam, velvidende) tapahtuvaa syyksiluettavuutta. Huolimattomuudelle oli puolestaan ominaista se, että tekijä ei ollut selvillä menettelynsä vaarallisuudesta, mutta hänen olisi pitänyt olla.⁹⁹

Näin Rossin malli on hyvin samantapainen kuin seuraavassa jaksossa käsiteltävä Herzbergin ”peittämättömään vaaraan” perustuva tahallisuusmalli, joka käänsi vallitsevan käsityksen mallin pääläelleen: tahallisuudessa ei ole kyse tiedostetun riskin vakavasti ottamisesta, vaan vakavan riskin tiedostamisesta. Vastaavasti Ross toteaa:

Løvrigt stemmer forsætsformuleringen med den gængse, blot med den omtydning, at hvad der i gængs teori optræder som forudseen af en vis følge som overvejende sandsynlig, her er blevet til viden om, at handlingen var af en tilsvarende farlighed.¹⁰⁰

⁹⁷ Ross 1970 s. 345–350.

⁹⁸ Ross 1970 s. 347.

⁹⁹ Ross 1970 s. 351–360; s. 353 malli esitetään taulukon muodossa. Rossin 1970 s. 355–356 mielestä nimitys ”tiedostettu” (tietoinen, itsetietoinen) tuottamus on harhaanjohtava, sillä huolimattomuudessa on aina kyse siitä, että tekijä ei kiinnittänyt riittävästi huomiota siihen, mitä hän on tekemässä; kriittisesti Waaben 1975 s. 7–8. Välikategorian nimittämiseen hensynsløshediksi Rossia inspiroi recklessness, Ross 1977b s. 246.

¹⁰⁰ Ross 1970 s. 354.

Herzbergin asettaessa kriteeriksi riskin peittämättömyyden (Unabgeschirmt-heit), asettaa Ross riman korkeammalle ja edellyttää seurauksen yksinkertaista todennäköisyyttä.

Rossin argumentaatio sen puolesta, että tarkoitus ei ole tahallisuutta, on myös hyvin kiinnostava. Tarkoituksen asema tahallisuuden osana ja vieläpä sen ylim-pänä asteena perustuu Rossin mielestä yhtäältä traditioon, jossa subjektiiviset seikat samastetaan syyllisyyteen ja toisaalta pahan tahdon dogmiin. Rossin mie-lestä synnin olemus on tottelemattomuudessa, uskonnossa Jumalan tahtoa vas-taan, filosofiassa lakia tai muita valtiollisia käskyjä, maailmanjärkeä tai katego-rista imperatiivia vastaan. Keskeiseksi muodostuu tällaisen käsityksen vallitessa tekijän tahdonsuuntaus. Ei ole yllättävää, että kielletyn seurauksen aikaan saami-sen tarkoitus on tahallisuuden ydintä. Varmuustahallisuuden ja todennäköisyys-tahallisuuden selittäminen tahdotun osiksi on psykologisesti mielivaltaista ja merkitsi tahtodogmin pönkittämistä. Valtion tehtävänä, etenkin pohjoismaises-sa ja angloamerikkalaisessa maailmassa, ei kuitenkaan ole kitkeä pahuutta ja edistää moraalia, vaan pitää yllä järjestystä suojelemalla oikeushyviä niitä vas-taan suuntautuvia tekoja vastaan. Oikeusvarmuus edellyttää, ettei rikosoikeudel-lista vastuuta rakenneta ihmisten pahojen aikomusten varaan. Pahan tahdon ”metafysiikan” tuominen tahallisuusoppiin ei ole tarpeen.¹⁰¹

Oikeuspoliittisesti olisi kestävämpiä rangaista jotakuta tahallisesta henkiri-koksesta, kun hän on tehnyt suhteellisen vaarattoman teon toivoen aiheuttavansa kuoleman. On myös helpompi näyttää toteen mitä tekijä ymmärsi tai mitä hänen täytyi ymmärtää kuin mitä hän tavoitteli tai mitä hänen täytyi tavoitella. Tarkoi-tuksen hyväksyminen tahallisuudeksi johtaa myös eräänlaiseen merkilliseen ”dualismiin”; tarkoitustahallisuus on mahdollinen vain seurauksiin nähden. Se, mitä tahallisuudelta vaaditaan, jää riippumaan siitä teknisestä ja usein sattuman-varaisesta seikasta, onko kyseessä teko- vai seurausrikos.¹⁰²

Tarkoitustahallisuuden hyväksymiseen osaksi tahallisuutta ei ole muutaakaan tarvetta. Jos joku haluaa ottaa toisen hengiltä, hän mitä todennäköisimmin tekee jonkin hyökkäyksen (eikä vain vähemmän vaarallista tekoa). On vain vaikeasti ajateltavissa, että tekijä tekee hyökkäyksen saadakseen toisen hengiltä, mutta ei

¹⁰¹ Ross 1970 s. 370–377, Ross 1977b s. 249 ja Ross 1979 s. 16–22 (vrt. s. 27 ja 43); pahaa tahtoa rangaistaan, kun se tulee esiin, mikä tarkoittaa mm. erittäin subjektiivisen yrityso-pin omaksumista ja tarkoituksen merkityksellisyyttä tahallisuusopissa samalla kun teon vähäinenkin vaarallisuus on riittävää. Ks. pahan tahdon roolista tiedostamattoman tuottamuksen justifikaation yhteydessä myös Ross 1970 s. 358–359. Ks. myös Ross 1977a s. 701, jossa Ross katsoo Ruotsin oikeuskäytäntöä koskevan tutkimuksensa tukevan väitettään, joskin Ruotsissa tilanteissa, joissa sekä tarkoitustahal-lisuus että riittävä tieto ovat käsillä, traditionaalisista syistä pikemminkin viitataan tarkoitukseen kuin tietoon, toisin kuin Tanskan oikeuskäytännössä. Ross puhuu usein pahasta tahdosta ja pahoi-sta toiveista ikään kuin samana asiana kuin hensigt tai viimeksi mainitun osina.

¹⁰² Ross 1979 s. 20–21.

olisi tuolloin selvillä tekonsa vaarallisuudesta. Yleensä käsillä on siten tarkoitus-tahallisuuden tapauksessa samalla todennäköisyystahallisuus. Jos tekijä ei tehnyt hyökkäystä, on usein kyseessä pikemminkin pelkkä toive seurauksen syntymisestä. Tarkoitustahallisuuden näyttäminen, milloin kyseessä ei samalla ole hyökkäystä, olisi pitkälti tekijän lausumien (tunnustuksen) varassa. Kaiken kaikkiaan ei ole yllättävää, että sikäli kuin tuomioistuin lausuu surmaamistahallisuudesta, puhe on yleensä todennäköisyystahallisuudesta. Tarkoitustahallisuus ei (juuri) esiinny oikeuskäytännössä.¹⁰³

Rossin systeemi edellyttäisi syvälleikäviä uudistuksia sekä rikoslain yleisessä että erityisessä osassa. Rossin tarkastelu painottui henkirikoksiin, jolloin käsitys siitä, millaiseksi tilanne muilta osin muodostuisi, jää vaillinaiseksi. Ongelmien painopiste siirtyisi objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden puolelle. Koska Ross hylkää tarkoitustahallisuuden, ei hänen malliaan voida kritisoida kahden erilaisen objektiivisen kriteerin asettamisesta tahallisten rikosten puolella. Tahallista henkirikoksesta ei olisi kysymys esimerkiksi attentaatissa, jonka onnistuminen turvajärjestelyjen vuoksi ei ollut todennäköistä (esim. lentoliikenne). Toisaalta malli saattaisi kannustaa sellaisiin yritystekoihin, joissa objektiivinen todennäköisyys (sikäli kuin sitä kyetään riittävästi arvioimaan) jää alle hyökkäys-teolta vaadittavan.¹⁰⁴

3.3.3 Herzberg

Herzbergin mielestä tahallisuuskäsite ei tarvitse volitiivisia tai emotionaalisia aineksia. Tekijälle, joka on havainnut menettelynsä vaarallisuuden, ei pitäisi myöskään suoda mahdollisuutta manipuloida tätä käsitystään. Manipulointia

¹⁰³ Ross 1970 s. 363–368, Ross 1977b s. 248–251 ja Ross 1979 s. 21 ja 29–38; Rossin tutkimista tapauksista vain yhdessä (HRT 1948.12 – kaksi pistoolinlaukausta merkittävän matkan päästä kohti pakenevaa) oli hänen mielestään tuomittu tarkoitustahallisuuteen viitaten olosuhteissa, joissa todennäköisyystahallisuus ei olisi johtanut tuomioon. Kriittisesti Rossin argumentaatioon suhtautuu Waaben 1975 s. 2, jonka mukaan olisi kielellisesti outoa poistaa tarkoitus tahallisuudesta, minkä lisäksi tarkoituksellista seurauksen aiheuttamista pidetään yleensä selvästi moitittavampana kuin seurauksen aiheuttamista lievemmällä tahallisuuden asteella. Kornbeck 1977 s. 167–168 huomauttaa siitä, että oikeuskäytännössä ei ole ratkaisuja, jotka eivät pitäisi tarkoitustahallisuutta tahallisuutena.

¹⁰⁴ Ks. Waaben 1975 s. 5. Kyseessä on eräänlainen objektiivinen dolus Alexanderson. Jareborg on kirjoittanut Rossin dogmaattisiin näkemyksiin tutustumisen kannalta hyödyllisen yhteenvedon Alf Ross som straffrättsdogmatiker (1999), jossa hän mm. kritisoi Rossin näkemystä hensigt er ikke forsæt katsoen, että se ”bygger dels på ett cirkelresonemang, dels på att straffbestämmelser skall tolkas i enlighet med Ross’ nya dogmatik, och dels på att Ross bryter mot sin egen princip om ansvar för putativa brott”; s. 169 av. 10. Backman 1992 s. 222–231 esittää Rossin rikosoikeudellisista käsityksistä havainnollisen katsauksen, jota edeltää Rossin oikeusteoreettisten näkemysten tarkastelu s. 213–221.

mahdollistavat volitiivisten elementtien ohella mallit, jotka operoivat riskin vakavasti ottamisella, kuten vallitseva kanta tekee, riskien torjumisella mielessään tai mahdollisesti hyvinkin irrationaalisella luottamuksella siihen, ettei seuraus kuitenkaan synny. Tahallisuuden kannalta ratkaisevaa on tietäminen, ei uskominen.¹⁰⁵

Herzbergin mielestä Frisch oli oikealla tiellä alkaessaan lähestyä ongelmaa mm. tahallisuuden kohteen ja kielletyn riskin kautta. Frischille kuitenkin kaikki normirelevantit riskit kelpasivat tahallisiinkin rikoksiin. Tämän ”yksivaihteisuuden” vuoksi Frischkin joutui etsimään rajanvetoa riskimieltämisen sisältä päätyen siten lähelle vallitsevaa kantaa.¹⁰⁶ Ratkaisua on Herzbergin mukaan haettava objektiiviselta puolelta. Jo objektiivisella puolella täytyy erotella toisistaan suuret riskit, jotka kelpaavat tahallisiin rikoksiin ja pienet riskit, jotka mahdollistavat tuottamusvastuun. Jotta vältettäisiin (saksalaiseen) todennäköisyystahallisuuteen kohdistettavissa oleva kritiikki mielivaltaisesta ja liukuvasta rajanvedosta tahallisuuden ja tuottamuksen välillä, täytyy riskit kuitenkin erottaa toisistaan kvalitatiivisella eikä kvantitatiivisella kriteerillä.¹⁰⁷

Ensimmäinen jaottelu on (perinteinen) jako sallittuihin ja kiellettyihin riskeihin; vain jälkimmäiset ovat rikosoikeudellisesti relevantteja¹⁰⁸. Herzbergin keskeinen kvalitatiivinen jaottelu on jakaa kielletyt riskit peitettyihin (abgeschirmt) ja peittämättömiin (unabgeschirmt). Vain jälkimmäiset kelpaavat tahallisuusvastuun pohjaksi. Riski on peitetty silloin, kun inhimillinen tarkkaavaisuus muodostaa erittäin tehokkaan varmistuksen (hocheffiziente Reservoirsicherung) sille, että seuraus vältetään. Niinpä autolla pakenevan murtovarkaan jättäessä noudattamatta edessä seisovan poliisin pysähtymismerkkiä hengenvaara on sinänsä olemassa mutta peitetty, sillä poliisimies hyppää todennäköisesti viime hetkellä sivuun, ja kuljettajakin on varautunut äkkiväistöön, mikäli näin ei tapahtuisi. Kun joku painaa liipaisinta toisen päätä osoittaen tilanteessa, jossa rullarevolverissa on 1/6 patruunaa, ei seurauksen jäämistä syntymättä ole varmistamassa mikään inhimillinen reservi; kyseessä on siten surmaamistahallisuus. Peittämättömistä

¹⁰⁵ Ks. esim. *Herzberg 1986b* s. 261 ja 262: ”Was Glaube und Zuversicht des Täters aus seiner rationalen Erkenntnis, aus seinem Wissen, nachdem es einmal erlangt ist, machen, berührt den Vorsatz nicht.” ”Raakatiedon” ratkaisuutta korostaa voimakkaasti myös *Puppe* 1995 s. 27–28 ja 49–50. Toisin kuin esimerkiksi *Schünemann*, 1994 s. 268–271 ja varsinkin *Frisch*, mm. 1983 s. 102–114 Herzberg ei niinkään perustele kantaansa tahallisuusrangaistavuuden perusteilla. Herzbergille tyypillistä on mm. avoin argumentointi oikeustajulla; ks. esim. *Herzberg 1986b* s. 250: ”[...] doch ist das Rechtsgefühl immer noch der zuverlässigste Wegweiser, wenn die Dogmatik korrigiert und fortentwickelt werden muß.”

¹⁰⁶ *Herzberg 1986b* s. 259–260.

¹⁰⁷ Ks. *Herzberg 1986b* s. 250–251, 253 ja 256 av. 27, jossa Herzberg toteaa, että olisi virheellistä pitää hänen malliaan modifioituna todennäköisyystahallisuutena.

¹⁰⁸ *Herzberg 1986a* passim. pitää sallittua riskiä yhtä hyvin tahallisten tekorikosten kuin tuottamuksellisten seurausrikosten tunnusmerkistöä rajaavana seikkana.

riskeistä Herzberg pudottaa vielä aivan pienet vain tuottamusvastuun mahdollistaviksi.¹⁰⁹

Peittämätön, ei aivan pieni riski on siis tahallisuuden objektiivinen edellytys. Tietoisuus kyseisestä riskistä on tahallisuutta. Tekijän paha tahto ei perusta tahallisuutta, joten dolus determinatuskkin edellyttää peittämätöntä riskiä, eikä kielletty riski sellaisenaan ole riittävä.¹¹⁰

Herzbergin mallin mukaista tahallisuusvastuuta on moitittu liian laajaksi, sillä sen mukaisen tahallisuuden ulkopuolelle objektiivisesti jäävät pienet ja peitetyt riskit merkitsisivät lähinnä lievää huolimattomuutta¹¹¹. Toisaalta on pidetty epätydyttävänä sitä, ettei tahallisuusvastuu olisi peitetyn riskin tapauksessa mahdollinen dolus determinatuksen tilanteessa¹¹². Schrothin mukaan ei ole olemassa metodia, jonka avulla voitaisiin todeta, onko tekijä pitänyt vaaraa peitettynä vai peittämättömänä; tekijät eivät myöskään tee tällaisia arviointoja¹¹³. Operointi oikeustajulla, joka on Herzbergille tyypillistä, ei myöskään ole ongelmatonta; ”oikeustajun” takana voi piillä monentyyppisiä näkökohtia¹¹⁴. Voidaan kysyä, miksi tunnusmerkistön toteutumista estävän reservin pitäisi olla inhimillinen – voihan olla muunkinlaisia tehokkaita reservejä¹¹⁵.

Keskustelua on herättänyt etenkin peitettyisyys-kriteerin sisältö ja luonne; onko kriteeri ehkä tyhjä ja jollei ole, onko se kvalitatiivinen vai sittenkin kvantitatiivinen? Schroth on huomauttanut, että kaikki todelliset vaarat ovat luonteeltaan peittämättömiä¹¹⁶. Schünemannin mielestä kriteeri on lähes tyhjä, sillä rele-

¹⁰⁹ Herzberg 1986b s. 260–262. Nytemmin Herzberg on, oppilaansa Schlehoferin argumentaation innoittamana, puhunut myös ”välittömästä” vaarasta (unmittelbare Gefahr). Välittömyyden kriteeri löytyy StGB 22 §:n yrityksen määritelmästä. Perusmallistaan Herzberg ei nähdäkseni ole luopunut. Ks. lähemmin Herzberg 2000 s. 64–82.

¹¹⁰ Herzberg 1986b s. 251–253 ja 256. Dolus determinatus näyttää kuitenkin olevan Herzbergille kvalifioitua tahallisuutta verrattuna dolus eventualikseen. Tämä käy ilmi mm. siitä, että Herzbergin mielestä dolus eventualis -asteisessa yritysteossa voitaisiin päätyä tavallista lievempään seuraamukseen soveltamalla analogisesti kelvotonta mutta rangaistavaa yritystä koskevaa StGB 23.3 §:ää. Dolus eventualis -yrityksen tapauksessa tekijä vaikuttaa nimittäin vähemmän kauhealta ja hänen tekonsa vähemmän kuohuttavalta kuin jos tekijällä olisi ollut tarkoitus aiheuttaa seuraus tai hän olisi pitänyt sitä varmana. Tämä ei kuitenkaan koske tilanteita, joissa seuraus syntyy. Ks. lähemmin Herzberg 1990.

¹¹¹ Puppe 1995 s. 39–40. Ks. myös Roxin 1997 s. 391.

¹¹² Roxin 1997 s. 392.

¹¹³ Schroth 1994 s. 106. Herzberg ei nähdäkseni aseta ainakaan erityisen selväpiirteisesti sellaista vaatimusta, että tekijän pitäisi tällainen luokittelu tehdä. Schrothille väite tietyn mallin mukaisten kriteerien todentamisen mahdollisuuksien puuttumisesta on melko tyypillinen.

¹¹⁴ Prittwitz 1988 s. 495. Herzberg, joka suojaamattoman HIV-infektiovaarallisen seksin yhteydessä katsoo tahallisuuden ulottuvan tartuntaan, ks. esim. Herzberg 1987 s. 1464, on tehnyt yrityksiä osoittaakseen, ettei tapon (yrityksen) objektiivinen tunnusmerkistö yleensä soveltuisi tuollaiseen tekoon; ks. niistä kokoavasti Matikkala 1995 s. 159–161 ja 164–165.

¹¹⁵ Schlehofer 1996 s. 40–41, jossa tosin myös katsotaan, ettei tämä ole ratkaiseva ongelma.

¹¹⁶ Schroth 1994 s. 105–106.

vanti kysymys koskee vaaran peitettyisyyden astetta¹¹⁷. Peitettyisyys-kriteeri itessään ilman kvalitatiivista (lisä-) määrettä on ongelmallinen, sillä tietyn vaaran arviointi peitettyksi tai peittämättömäksi riippuu osin vaaran hahmottamisen tavasta. Aina kun seuraus ei ex ante ole 100 %:n todennäköinen, tilanteeseen sisältyy joitain seurauksen syntyä estäviä tekijöitä. Jos seurauksen syntyä estävät tekijät erotellaan seurauksen syntyä edistävistä, saadaan esille peitettyjä riskejä, kun taas operoitaessa vaaraa estävien ja edistävien tekijöiden muodostamalla ”kokonaisvaaralla”, se on peittämätön¹¹⁸. Erittäin tehokas varmistus voidaan nähdä kvalitatiivisena, mutta ehkä toisaalta myös kvantitatiivisena määreenä. Varsinkin tahallisuusvastuun ulkopuolelle jäävien pienten riskien kriteerin voidaan ajatella relativoidun mallin kvalitatiivista luonnetta. Mikäli relevantti rajanvetokriteeri osoittautuu kvantitatiiviseksi, on malli, vastoin Herzbergin omaa käsitystä, lähellä (saksalaista) todennäköisyystahallisuutta, jolloin siihen on ehkä kohdistettavissa sellaista todennäköisyystahallisuutta vastaan esitettyjä huomauksia.¹¹⁹

3.3.4 Puppen oppi tahallisuusvaarasta

Tahallisuus merkitsee arkikielessä tarkoituksellisuutta. Myös tahtomisen arki-kielinen merkitys on jonkin tavoittelemisessa. Tahallisuuden yleiskielisestä ymmärtämisestä on lähtöisin tahallisuuden luonnehtiminen ilmaisulla ”tieten tahtoen” (Wissen und Wollen der Tat). Puppe erottelee tahtomisen psykologis-deskriptiivisessä ja normatiivis-syyksilukevassa merkityksessä. Edellisessä tahtominen on tarkoitusta. Jälkimmäisessä henkilölle syyksiluetaan jotain tahdottuna siten, että vastuuvapauden perusteeksi ei riitä viittaaminen tahtomisen puuttumiseen psykologis-deskriptiivisessä mielessä.¹²⁰

Tahtoteoriat ovat lähteneet tahtomisen yleiskielisestä merkityksestä ja kritisoineet mieltämisteorioita siitä, että ne eivät ole koherentteja tämän yleiskielisen merkityksen kanssa. Laajentaessaan tahallisuuden dolus eventualikseen tahtoteorian edustajat eivät kuitenkaan enää operoi tahallisuuden deskriptiivisellä merkityksellä. Esimerkiksi hyväksymistä (billigen) voitaisiin arkikielessä luonnehtia seuraavasti: ”Wer einen Sachverhalt billigt, äußert die Ansicht, daß dieser sein soll oder zumindestens sein darf.”¹²¹ Erinomaisen esimerkin irtaantumisesta hyväksymisen arkikielisestä merkityksestä tarjoaa nahkahihnatapauksessa lanseerattu ”Billigung im Rechtssinne”. Puppe moittiikin tahtoteorioita mm. siitä,

¹¹⁷ Myöskään vaara- ja seuraustahallisuuden erottaminen toisistaan ei onnistuisi Herzbergin mallin avulla. *Schünemann* 1994 s. 268.

¹¹⁸ *Puppe* 1995 s. 39–40.

¹¹⁹ Ks. *Jeschek – Weigend* 1996 s. 302 (av. 35), *Prittwitz* 1988 s. 492 ja *Roxin* 1997 s. 390–392.

¹²⁰ *Puppe* 1995 s. 11–12 ja 15–16 (Rn 17 ja 26).

¹²¹ *Puppe* 1995 s. 18 (Rn 32).

että tahtomista ja tahtomomentteja käytetään vaihtelevasti – toisinaan arkikielissä, toisinaan normatiivisessa merkityksessä ja toisinaan merkitys jää hyvin epäselväksi.¹²²

Puppe kritisoi myös mm. oikeustieteessä suosittuja malleja, jotka lähtevät vaaran vakavasti ottamisesta (ernst nehmen) tai sen kaltaisista kriteereistä (Schroth: Aneignung, Frisch: für-sich-Ausgehen ym). Hän katsoo, että tahallisuusvastuuseen johtavan vakavasti ottamisen vastakohtana on vaaran sisäinen torjuminen (Verdrängen), joka teorioissa merkitsee tuottamusta. Puppen mielestä tämä asetus on moitittavuuden näkökulmasta pääläellään: se, joka torjuu havaitsemansa vaaran, suhtautuu vieraisiin oikeushyviin vielä välinpitämättömämmin kuin sellainen henkilö, joka sentään ottaa mieltämänsä vaaran vakavasti. Mallien keskeisenä virheenä onkin, etteivät ne lähde tekijän alkuperäisestä menettelyn vaaralliseksi mieltämisestä (”raakatiedosta”), vaan sallivat tekijän työstää tämän raakatiedon vakavasti ottamiseksi tai torjumiseksi, ja lähtevät siten tällaisesta työstetystä tiedosta.¹²³

Puppen mielestä tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa on lähdettävä teon vaarallisuudesta. Se on jaettava kvalitatiivisesti vaaraan, joka voi perustaa tahallisuusvastuun (Vorsatzgefahr) ja vaaraan joka on tuottamuksellisen syyksilukemisen edellytyksenä (Fahrlässigeitsgefahr). Jos menettelyn vaarallisuus ylittää vain tuottamusvaaraan muttei tahallisuusvaaraan, ei vastuuta tahallisuudesta täytetystä rikoksesta voi syntyä¹²⁴. Vaara on tahallisuusvaara silloin, kun ”sie für sich betrachtet eine taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges darstellt”¹²⁵. Vaaran kvantitatiivisesta suuruudesta ei voida sanoa juuri muuta

¹²² Puppe 1995 s. 15–19. Puppe 1995 s. 18–19 (Rn 33–34) pitää *Billigung im Rechtssinneä* sisältöään epäselvänä.

¹²³ Ks. lähemmin Puppe 1995 s. 25–30 ja 35–37. Vallitsevan kannan luonnehtiminen kysymykseksi siitä, ”ob der Täter die von ihm erkannte Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung *ernstgenommen* oder verdrängt hat” (Rn 51), merkitsee mielestäni yksinkertaistusta. Puppe jopa luokittelee tahtoteoriat ja riskin vakavasti ottamisesta tms. lähtevät, pitkälti kognitiiviset mallit yhteen ja samaan kaksivaiheisten teorioiden luokkaan. Puppe pitää näet sekä dolus eventualiksen tahtomomentteja että vakavasti ottamisen, *für-sich-so-sehenin* ym. mieltämisen työstämistä sisältäviä elementtejä suhtautumiselementteinä (Einstellungselement des Vorsatzes). Näissä malleissa (työstämätön) kognitiivinen elementti on sama tahallisuudessa ja tiedostetussa tuottamuksessa, ja suhtautumiselementti saakin kantaa päävastuun tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajanvedossa. Toisin on vain todennäköisyystahallisuuden suhteen. Erityisen huonosti suhtautumiselementit soveltuisivat affektitekoihin, joissa tekijä ei Puppen mielestä tee mitään arvioita eikä hyväksy mitään; ks. lähemmin Puppe 1991 s. 1–6.

¹²⁴ Tahallisuus- ja tuottamusvaaran erottamista edellyttää Puppen mukaan myös valmistelun ja yrityksen erottaminen sekä samaan loukkausobjektiin kohdistuvan tuottamuksellisen loukkauksen ja yrityksen konkurrenssi. Tahallisuusvaaran ja tuottamusvaaran väliin sijoittuu *Leichtfertigkeitin* edellyttämä vaara. Tahallisuusvaaraa pienempi on myös konkreettinen vaara; näin Puppe katsoo mallinsa välttävän sen usein etenkin kognitiivisiin teorioihin kohdistetun kritiikin, että seuraus- ja vaaratahallisuuden välillä ei olisi tehtävissä eroa. Puppe 1995 s. 38–39, 47, 49 ja 52–53.

¹²⁵ Puppe 1995 s. 41 (Rn 90).

kuin että seurauksen syntymisen mahdollisuuden pitää olla suhteellisen suuri (relativ hoch). Kvalitatiivisesti tahallisuuden normatiivista olemusta voidaan luonnehtia seuraavasti: ”Das Verhalten des Täters ist dann Ausdruck der Maxime, daß die Verletzung des anderen sein soll oder doch sein darf, wenn ein vernünftig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle nur dann so hätte handeln können, wenn er den Erfolg tatsächlich gewollt oder doch gebilligt hätte.”¹²⁶

Tekijän täytyy mieltää vaarallisista seikoista niin paljon, että niistä muodostuu tahallisuusvaara, mutta tahallisuusvaaraksi arvottamista tahallisuus ei edellytä. Mieltämisessä on kyse työstämättömästä ”raakatiedosta”. Kun vaarasta ja tunnusmerkistön toteuttamisen metodista voidaan oikeastaan puhua vain tulevaisuuteen liittyvien seikkojen (seurausten) suhteen, ei Puppen malli sellaisenaan sovellu luontevasti teko-olosuhteisiin. Ainoa rationaalinen tapa suorittaa rajanveto on Puppen mielestä tältä osin tekijän mieltämän todennäköisyyden asteen asettaminen rajanvedon perusteeksi. Todennäköisyyden tulee olla korkea, jotta rajanveto vastaisi normatiivisesti tunnusmerkistön täyttämiseen kelvollisen metodin kriteeriä.¹²⁷

Puppe tekee sen johtopäätöksen, joka mieltämisteorian kannattajan hänen mielestään pitääkin: seuraukseen pyrkiminen ei ole tahallisuutta, ellei tekijä samalla täytä niitä edellytyksiä, joita Puppen dolus eventualis -malli asettaa. Sellainen merkitys tarkoituksella tosin on, että se tekee käytetystä metodista oikeushyvän näkökulmasta vaarallisemman; se vaikuttaa siten tahallisuusvaaraan. Tahallisuuden jaosta kolmeen asteeseen voidaan luopua.¹²⁸ Puppen mielestä hänen tahallisuusmallinsa johtaisi oikeuskäytännössä tahallisuuden alan kaventumiseen muissa kuin henkirikoksissa. Henkirikoksissa BGH on asettanut riman muita rikoksia korkeammalle pyrkimällä ottamaan vakavasti *Billigung* (im Rechtssinne) -kriteerin ja katsomalla, että surmaamistahallisuus edellyttää muihin rikoksiin verrattuna korkeamman pidäkekynnyksen (Hemmschwelle) ylittämistä. Tappometodin käyttämistä merkitsevät mm. ampuminen ja puukoniskut vartaloon tai kaulaan, iskut päähän raskaalla esineellä, hengityksen estäminen esimerkiksi kuristamalla ja toista kohti ajaminen siten, ettei toisella juuri ole mahdollisuutta hypätä syrjään.¹²⁹

Puppe ymmärtää mallinsa ennen kaikkea todennäköisyydestä tahallisuuden parannetuksi versioksi – muut teoriathan, mukaan lukien sekä tahto- että modernit

¹²⁶ Puppe 1995 s. 40–41 (Rn 89); ks. myös Puppe 1991 s. 17–18.

¹²⁷ Puppe 1995 s. 45–47; vrt. Puppe 1991 s. 22. Billigen sinänsä voi koskea sekä olosuhteita että seurauksia; Puppe 1991 s. 6 ja 1995 s. 46.

¹²⁸ Ks. Puppe 1995 s. 61–65 sekä tunnusmerkistön toteuttamisen tarkoituksen asemasta ja merkityksestä erityisesti Rn 72, 91, 108–111 ja 144–146. Samaan suuntaan Ross – ”hensigt er ikke forsæt”.

¹²⁹ Ks. Puppe 1995 s. 41–44 ja 48–49, erityisesti Rn 92–97 ja 112.

mieltämisteoriat, käyttivät Puppen turhana pitämää suhtautumiselementtiä. Kiinnostavaa on, että Puppen modernissa todennäköisyystahallisuudessa on myös volitiivinen kriteeri esillä. Tosin kyseessä on puhtaasti normatiivinen käytötapa. Herzbergin mallin kanssa yhteistä on se, että ainakin osaratkaisu tahallisuuden ja tuottamuksen rajankäynnissä tehdään jo objektiivisella puolella arvioitaessa sitä, onko kyseessä ollut tahallisuusvaara vai ei. Puppen mallissa on paljon yhteistä myös Cavallinin *gärningssuppsåtin* kanssa. Näyttöä koskeviin kysymyksiin Puppe ja Cavallin suhtautuvat ainakin teoriassa osin eri tavalla. Cavallinille kaikki psyykkiset elementit edustavat kartesiolaista myyttiä eivätkä ainakaan kiistettävässä ole periaatteessa selvitettävissä. Puppen mielestä taas tekijän tiedot ovat tekijän ja ”im günstigen Fall” myös kolmannen jälkikäteen arvioitavissa: ”Bis zum Wissen dringen wir im sozialen Kontakt in die Psyche des anderen vor.”¹³⁰

Puppen mallia on myös kritisoitu. Schrothin mielestä esimerkiksi ”kelvollinen tappostrategia” on epämääräinen kriteeri; mistä lähtien vaikkapa kuristamisessa on kyse tällaisesta¹³¹? Merkittävin periaatteellinen huomautus koskee sitä, että Puppen malli jättäisi normatiivisuudessaan konkreettisen tekijän todellisen näkökulman ja henkilökohtaisen moitittavuuden liian vähälle huomiolle¹³². Järkevän henkilön standardi on omiaan laskemaan tahallisuuskynnystä¹³³. Malliin voidaan ainakin osittain kohdistaa myös sellaisia epäilyjä, joita todennäköisyystahallisuus on saanut osakseen¹³⁴.

3.3.5 Samuel Cavallin – *gärningsuppsåt*

Samuel Cavallin käsittelee väitöskirjatyössään tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetoa. Cavallinin mukaan vanha germaaninen prosessi jakautui kahteen vaiheeseen. Yleisinkvisitiossa selvitettiin, oliko tapahtunut teko rikos. Tähän vaiheeseen kuului myös tahallisuuden selvittäminen. Erityisinkvisitiossa tarkasteltiin sitä, kuka oli yleisinkvisitiossa selvitetyn rikoksen tekijä. Tahallisuus kuului näin tekoon eikä tekijään.¹³⁵ Valistuksen ihmiskuva ja käsitys inhimillisestä teosta muodostui kuitenkin mekaniikan, uuden luonnontieteen ja Descartesin vaikutuksesta dualistiseksi¹³⁶. Myös 1800-luvun lopun klassinen rikoksen rakenne pohjautui ”kartesiolaiseen myyttiin” (ruumis ja sielu); jaosta objek-

¹³⁰ Puppe 1991 s. 37 ja Puppe 1995 s. 52 (Rn 120).

¹³¹ Näin Schroth 1994 s. 93, joka s. 93–94 myös aivan oikein huomauttaa siitä, ettei suhtautumista koskevan kriteerin käyttäminen suinkaan välttämättä merkitse sortumista *Gesinnungsstrafrechtin*; vrt. Puppe 1995 s. 25 ja 40 (Rn 50 ja 88).

¹³² Roxin 1997 s. 383–384.

¹³³ Roxin 1997 s. 383–384 ja Schroth 1994 s. 93–94.

¹³⁴ Sellaisen muodostavat esimerkiksi vaarallisia pelastustoimia koskevat esimerkit. Puppe torjuu kritiikkiä 1995 s. 49–54.

¹³⁵ Cavallin 1999 s. 27–28.

¹³⁶ Ks. Cavallin 1999 s. 150–151, 242–244 ja 563–564.

tiiviseen ja subjektiiviseen puoleen tuli rikoksen rakenteen peruskivi. Tahallisuudesta tuli ”subjektiivisen puolen” asia, jota tarkasteltiin sen jälkeen, kun ”objektiivinen puoli” oli selvitetty. Tahallisuudesta tuli – tai pikemminkin siitä tehtiin – sisäinen fakta¹³⁷. Samaan aikaan ja paradigmaan ajoittui toinenkin dualistinen piirre: materiaalisen oikeuden ja prosessioikeuden voimakas erottaminen toisistaan¹³⁸. Syyllisyydestä muodostui ongelmallinen käsite¹³⁹.

Cavallinin mukaan dualistisen rikoksen rakennemallin edellyttämää sisäistä faktaa ei voida rikosprosessissa edellytettävällä varmuudella näyttää toteen. Jos muilla ei ole pääsyä henkilön sisäisiin faktoihin, ei niiden olemassaoloa voida päätellä ulkoisista seikoista. Lähteminen epärealistisesta todistusteemasta tahallisuuden yhteydessä on omiaan johtamaan oikeudelliseen epävarmuuteen ja pyrkimykseen helpottaa syyttäjän asemaa. Oikea tapa korjata tilanne on luopua dualistisesta perusnäkemyksestä.¹⁴⁰

Cavallin päätyy historiallisten esikuvien ja etenkin R. A. Duffin inspiroimana tahallisuuteen nimeltä *dolus ex re* – gärningsuppsåt (GU). GU voidaan ehkä suomentaa tekotahallisuudeksi (jolloin sitä ei kuitenkaan saa sekoittaa teon tahallisuuden tai tahdonvaltaisuuden ongelmaan). Tekotahallisuudessa on kyse siitä, että tahallisuus manifestoituu teossa; se voidaan siten todeta aistihavainnoin (i sinnevärlden), eikä tarvitse mennä vastaajan ”pään sisään”. Teon tarkoitusta (mening) voidaan nähdä myös yritysteossa¹⁴¹. Kaikki tahallisuus on tekotahallisuutta, joskin Cavallin varaa nimen varsinaisesti tahallisuuden alarajalle. Tahallisuutta on kahta lajia. Ensinnäkin on ilmeinen tahallisuus (*uppenbart uppsåt*). ”Uppsåt kan klassificeras som *uppenbart* och bestämt uppsåt genom att gärningen i sinnevärlden direkt avslöjar sitt syfte eller mening.”¹⁴² Toisekseen on tahallisuutta, joka ei ole ilmeistä, mutta joka kuitenkin on varmaa tahallisuuden rajan asettavaa tahallisuutta (”*icke-uppenbart*, men ändå säkert gränssättande uppsåt”). Siinä on kyseessä ”säkert konstaterbar mening genom att gärningen visar sig vara *särskilt* typisk eller meningsfull i en viss riktning”¹⁴³. Cavallin ei valitettavasti varsinaisesti määrittele GU:ta, vaan luonnehtii yleisluontoisesti

¹³⁷ Cavallin 1999 s. 41–42.

¹³⁸ Cavallin 1999 s. 45–47 ja 151.

¹³⁹ Cavallin 1999 s. 64, 173–174, 191–192 ja 352–353.

¹⁴⁰ Cavallin 1999 s. 14–18, 144, 204, 353 ja 766. Ks. myös Jareborg 2001 s. 307–309. Ei ole yllättävää, että Cavallin suhtautuu myönteisemmin finalismiin kuin klassiseen rikokseen rakenteeseen – oltiinhan finalismissa sitä mieltä, että tahallisuus on finaalisen teon selkäranka, ja tiettyä tekoa ei voida luonnehtia esim. tappamiseksi, ellei tahallisuutta oteta huomioon jo tekoa arvioitaessa; Cavallin 1999 s. 144–145. Toisaalta tekstistä saa paikoin sen käsityksen, että Unrecht–Schuld-jaottele edustaa Cavallinille samaa kuin jaottele objektiivinen – subjektiivinen; ks. Cavallin 1999 s. 12, 41–42 ja 766.

¹⁴¹ Cavallin 1999 s. 373.

¹⁴² Cavallin 1999 s. 259.

¹⁴³ Cavallin 1999 s. 260.

tahallisuutta teon tarkoituksiksi tai suuntautuneisuudeksi sekä esittää tahallisuuden kannalta merkittäviä kriteerejä. Merkityksellistä on väkivallan voimakkuus ja suuntaaminen kehon vitaalisiin osiin sekä tekovälineen tyypillisuus. Erityisesti teon objektiivinen vaarallisuus näyttää siis olevan keskeistä GU:lle, mutta huomioon otetaan myös se, kuinka tyypillinen tekoväline on; mitä vaarallisempaa väkivalta on ja mitä tyypillisempää tappovälinettä teossa on käytetty, sitä todennäköisemmin käsillä on surmaamistahallisuus. Esimerkiksi erittäinkin vaarallista suhtautumista liikenteessä ei pidetä tahallisenä henkirikoksena, sillä auto ei ole tyypillinen surmaamisväline.¹⁴⁴

Cavallinin mukaan GU on Ruotsin rikosoikeudessa edustettuna sekä prejudikaattitasolla että alioikeustasolla. Puhdasta GU:ta edustaa NJA 1977 s. 630. Sitä edustavat myös välinpitämättömyydellä perusteluissaan operoivat NJA 1985 s. 757 ja 1996 s. 509. Välinpitämättömyyttä käytetään jälkimmäisissä, joiden mukainen perustelutapa on alioikeuksissa tullut yhä tavallisemmaksi, eräänlaisena välivaiheena GU:n perustavien tosiseikkojen ja tahallisuus-loppuarvion välissä. Cavallin ei halua väittää, että hänen törkeitä väkivaltarikoksia koskevia tahallisuusjohtopäätöksiään voitaisiin yleistää koskemaan muitakin rikoslajeja.¹⁴⁵

Cavallin ei ole erityisen kiinnostunut osallistumaan ”perinteiseen” tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetoa koskevaan keskusteluun. Perinteiset mallit ovat (dualistisesti) lähteneet siitä, että sisäiset faktat muodostavat todistustee-man. Cavallin pitää tällaisia tahallisuusmalleja pelkkinä parafraseina, jotka eivät ratkaise asiakyksymyksiä¹⁴⁶. Myös *Straffansvarsutredningen*in *insiktsuppsåt* on tällainen kvasiratkaistu¹⁴⁷. Omalla tahallisuusmallillaan Cavallin on nimenomaan pyrkinyt ulos dualistisesta paradigmasta¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Ks. *Cavallin* 1999 s. 310, 317, 346, 595–596, 670, 754–755 ja 760–761. Toinen – ilman lisäinformaatiota melko mitäänsanomaton – luonnehdinta GU:sta on se, että varma tahallisuus on käsillä oikeuskäytännössä kehittyneiden erityisten kriteerien mukaan; *Cavallin* 1999 s. 355. Liikennetekojen osalta Cavallin tekee mielenkiintoisen vertauksen Suomen oikeustilaan: ”I Sverige har domstolarna valt att regelmässigt betrakta ett dödande i trafiken som bara oäktsamt och inte uppsätligt. I Finland är inte detta fallet. Här har HD i ett flertal prejudikat istället dömt för uppsätligt dödande i fall då dessa endast skulle betraktats som oäktsamt dödande i Sverige och kanske inte alls som straffbar oäktsamhet i förhållande till effekten i Danmark och Norge”; ks. *Cavallin* 1999 s. 428 ja 760. Hän viittaa ratkaisuihin KKO 1981 II 81 ja 1992:92. Sen sijaan esimerkiksi ratkaisuja KKO 1988:8 ja 1993:26 ei mainita. Cavallinin näkemys on mielenkiintoinen, joskin ehkä maiden välisiä eroja jossain määrin liioitteleva. Suomessakaan ei ole kovin yleistä, että surmaamistahallisuus katsottaisiin selvitetyn liikennetapauksessa. Eroja on havaittu myös kuolemantuottamuksesta tuomitsemisessa liikennekuolemien tapauksissa; ks. *Nuutila* 1996 s. 28–39.

¹⁴⁵ *Cavallin* 1999 s. 408–409.

¹⁴⁶ Ks. *Cavallin* 1999 s. 257–258 ja 355–356.

¹⁴⁷ *Cavallin* 1999 s. 273, 356 ja 757.

¹⁴⁸ Tämä näkyy myös tuottamusopissa. Cavallin kritisoi oppeja tuottamuksen kaksista kasvoista sikäli kuin niiden perusta on dualismissa. Tahallisuuskin on oikeastaan vain tuottamuksen kvalifioitu muoto. Molemmissa on kyse poikkeamisesta huolellisesta (hyväksyttävästä) menettelystä. Tahallisuudessa teko poikkeaa huolellisesta kuitenkin niin suuresta määrin, että teko manifestoituu

Mallin arviointi ei ole yksinkertaista. On vaikea irtautua omasta perinteestään – olipa se sitten luonnehdittavissa dualistiseksi tai ei. Cavallinin malli näyttäisi merkitsevän tahallisuuden melko täydellistä objektivuudesta. Tämä taas olisi vastoin syyllisyysperiaatetta tai ei osoittaisi tavallista suurempaa (subjektiivista) vääryyttä¹⁴⁹. Normaalitydettä tai ainakin siinä näkemäänsä dualismia Cavallin kuitenkin on kritisoinut. Cavallinin mielestä juuri hänen mallinsa korostaa syyllisyysperiaatteen asemaa ja merkitsee tahallisuuden näyttämistä koskevan vaatimuksen ottamista vakavasti.

Toisaalta voidaan kysyä, kuinka kaukana Cavallinin malli loppujen lopuksi on nykymallista. Voidaan ajatella, ettei siitä, että perinteinen tahallisuusmalli näytetään toteen välillisesti ulkoisten seikkojen avulla, ole pitkä matka siihen, että tahallisuus katsotaan selvitetyn suoraan ulkoisesti havaittavien seikkojen perusteella¹⁵⁰. Voidaan ajatella, että ”sisäisten faktojen” näyttämisestä on tosiasias- sa jo luovuttu, kun käytetään esimerkiksi pakottavaa päättelyä todellisen mieltä- misen sijaan. Lisäksi sellaisten syyllisyysteoreettisten näkökohtien kuin ”valin- ta” ja ”toisintoimimismahdollisuus” katsotaan yleisesti ottaen olevan presumti- visesti käsillä, eikä haluta (enää) tuhlata aikaa keskustelemalla sellaisista sei- koista kuin tahdonvapaus tms.

Voidaan lisäksi kysyä, tuleeko Cavallinkaan toimeen ilman sisäisiä faktoja. Sanottaessa, että (surmaamis-) GU on käsillä, kun voimakas puukonisku osuu toista sydämen seutuun, oletettaneen, että tekijä oli näistä seikoista myös selvil- lä. Vaikka siis teko puhuisi puolestaan ja perustaisi GU:n, täytyy kuitenkin näyt- tää toteen selvilläolo relevanteista olosuhteista – sisäinen fakta. Tietysti tämä voi monesti olla prima facie helposti näytettävissä – esim. näyttämällä, että tekijä ei ollut unessa ja hänen silmänsä olivat auki. Mielestäni Cavallin olisikin voinut hieman selvittää ei-dualistista malliaan tämäntyyppisten kysymysten näkökul- masta.¹⁵¹

tahallisuutta. Ks. *Cavallin 1999* s. 262, 415 ja 597–598. Tämä herättää kysymyksen siitä, voidaanko GU:n avulla ajatella tehtävän tarkka raja tahallisuuden ja tuottamuksen välillä.

¹⁴⁹ Ks. kuitenkin *Cavallin 1999* s. 597: ”Kvalifikationen av culpa följer i huvudsak den lätthet (och därmed förmåga till styrning och kontroll) med vilken händelseförloppet kunnat undvikas.”

¹⁵⁰ *Jareborgin 2001* s. 308 mukaan ”[v]ad en person tror och avser kan ofta direkt avläsas ur hennes beteende”.

¹⁵¹ Hiukan epäselväksi jää, mitä ei-dualismi tarkoittaa; onko kyseessä vain rikoksen rakenteeseen liittyvä konstruktio vai jonkinlainen perustava ontologinen tai epistemologinen käsitys? *Cavalli- nin 1999* s. 16–17 esityksestä saa sen käsityksen, ettei hän katso, että hänen ratkaisuihinsa seuraisi mitään mm. sisäisten elementtien tai vapaan tahdon olemassaolon tai ei-olemassaolon suhteen. ”Bevistemat måste vara något som förevarit i sinnevärlden. Därmed inte sagt att något, som antas ligga i ’innervärlden’ inte existerar. Detta kan bara, som fenomen utanför sinnevärlden, inte vara föremål för en bevisning i en rättegång”; *Cavallin 1999* s. 17. Selvää on, että kritisoitava dualismi liittyi tiettyyn maailmankuvaan, johon Descartesin filosofialla oli vaikutusta. Nykyinen maailman- kuva ei ole yhtenäinen, mutta rikosoikeus (rikoksen rakenneoppi) on ”jäänyt kiinni” dualismiin; *Cavallin 1999* s. 150–151 ja toisaalta 61–62.

Cavallinin GU koskee lähinnä surmaamistahallisuutta. Hän ei halua väittää, että GU soveltuisi muihinkin rikostyypppeihin. Tämä pidättyvyys on perusteltua. GU:n arviointia vaikeuttaa se, ettei Cavallin varsinaisesti määrittele sitä. Cavallin viittaa yhtäältä GU:n kannalta keskeisiin tosiseikkoihin kuten väkivallan voimakkuus, kohdentaminen ja siinä mahdollisesti käytetty ase tai muu väline. Ilmeistä on, että mitä voimakkaampaa väkivalta on, mitä aremmille alueille se kohdistetaan ja mitä vaarallisemmin välinein se toteutetaan, sitä lähempänä on oletus siitä, että teko ilmentää (manifestoi) tahallisuutta suhteessa tunnusmerkistön toteutumiseen. Olisi kuitenkin toivottavaa, että tahallisuutta voitaisiin myös luonnehtia yleisin materiaalisin kriteerein. Voitaisiko GU esimerkiksi ottaa tahallisuuden legaalmääritelmäksi? Toisekseen Cavallin viittaa GU:n sisällön osalta oikeuskäytännössä kehittyneisiin erityisiin kriteereihin. Tässäkin voitaisiin odottaa läheisempää luonnehdintaa. Mielestäni Cavallinin olisi tullut – ottaen myös huomioon, että hän katsoo BrB:n edellyttävän tahallisuutta muttei sitä, että näytön kohteena olisi sisäinen fakta – myös luonnehtia tahallisuuttaan yleisellä tasolla.¹⁵²

Monia perustavia kysymyksiä, joita voidaan esittää Cavallinin tahallisuusmallista, voitaisiin jossain muodossa esittää myös suhteessa muihin, perinteisempiin tahallisuusmalleihin. Kysyttäessä, pystyykö objektiiviselta vaikuttava GU sittenkään välttämään subjektiivista näkökulmaa, voidaan myös kysyä, välttyvätkö perustaltaan subjektiivisiksi ajatellut perinteiset tahallisuusmallit tietyltä objektiivisuudelta? GU saattaa silti muodostaa sellaisen rohkean arvauksen, joka voi viedä tiedettä eteenpäin. Mielestäni Cavallin jättää kuitenkin joitain kysymyksiä sellaisella tavalla avoimeksi, että käsityksen arviointi (”verifioituvuus”) ei ole optimaalisella tavalla mahdollista.

¹⁵² Cavallin käyttää usein termejä *gärningens ”mening”* tai *”riktadhet”*; ks. esim. *Cavallin 1999* s. 17–18. Niissä on kyse tahallisuuden luonnehdinnasta, mutta ne eivät mielestäni kompensoi sitä puutetta, joka johtuu GU:n varsinaisen määrittelyn puuttumisesta. Mainituista luonnehdinnoista tulee ensi sijassa mieleen tarkoitus (-tahallisuus). Olisiko niin, että malli soveltuisi paremmin intentionaalisuuteen kuin tahallisuuteen yleensä? Englannissahan syyksiluettavuuden ylin aste on intention, joka on mannereurooppalaista tahallisuutta suppeampi. Toisaalta rajankäynnillä intention – recklessness ei ole siellä samaa merkitystä kuin tahallisuuden ja tuottamuksen välisellä rajalla, koska recklessness usein riittää rangaistavuuteen. Voidaan ajatella, että tietty teko ”manifestoi” luotettavammin tekijän tarkoituksia kuin esimerkiksi hänen tietojaan. Myös teon teorioissa, joihin Cavallin on työssään paneutunut, on usein lähtökohtana tarkoituksellisuus. Ks. myös *Tapani 2001* s. 269, jonka mukaan Cavallin korostaa aivan oikein tahallisuusarvostelun yhä objektiivisempaa luonnetta, mutta GU:n arviointikriteerit jäävät epäselviksi.

3.4 SCHÜNEMANNIN TYPOLOGINEN TAHALLISUUSMALLI

Schünemann lähtee vallitsevan tahallisuusmallin kritiikistä. Hänen mielestään tahallisuutta koskeva kirjallisuus on tuskin enää hahmotettavissa. Suuri osa siitä on kuitenkin ollut jongleerausta sanojen vivahde-eroilla ilman, että sinänsä uusia rajanvetomalleja olisi tullut kovinkaan paljon. Volitiivista elementtiä ei nyky-muodossaan tarvita. Modernien kognitiivisten mallien kehittäjät ovat osoittaneet tahallisuuden ymmärtämiselle hyvän lähtökohdan: tahallisuus on tietoisuutta rikosoikeudellisesti sietämättömästä tilanteesta. Mitä tämä tilanne lähemmin on, täytyy johtaa tahallisuusrangaistavuuden tarkoituksesta (Zweck der Vorsatzbe-strafung).¹⁵³

Kun tämä tarkoitus on kompleksinen, on myös tahallisuus kompleksinen. Yhtäältä tahallisuudessa on kyse kvalifioitun välttämismahdin väärinkäytöstä. Tämä liittyy tekijän tietoisuuteen menettelynsä vaikutuksista. Olisi suhteellisen helppoa perustaa tahallisuus yksin kognitiivisen kriteerin varaan. Tämä ei kuitenkaan ole lainsäätäjän tarkoitus, koska laki ei lähde anglosaksistyyppisestä kolmijaosta, jossa riskitieto kattaa yhden syyksiluettavuuden muodon, vaan lainsäätäjä lähtee kaksijaosta tahallisuuteen ja tuottamukseen erottaen toisinaan mm. tarkoituksen erilliseksi suhtautumismuodoksi. Ilmeisesti kahtiajaon pohjalla onkin vielä toinen näkökohta, nimittäin oikeushyvien kannalta erityisen vaarallinen suhtautuminen (Gesinnung).¹⁵⁴

Tällaiseksi suhtautumiseksi rikosoikeudessa, joka lähtee yleis- eikä erityis-preventiosta, ei kelpaa tekijän yksityinen tunne, vaan hänen tietoisessa toiminnassaan ilmentämänsä periaate. Siinä on puolestaan yhtäältä kyse tekijän suhtautumisesta suppeammassa mielessä (Einstellung), joka voi ulottua pyrkimisestä ei-toivottuisuuteen. Kuitenkin myös objektiiviset seikat muotoavat suhtautumismomenttia.¹⁵⁵

Tällaisia objektiivisia seikkoja ovat ensinnäkin teon lopullisen päämäärän arvo. Onko kyse jo sellaisenaan kielletystä toiminnasta (kuten ryöstö) vai sinän-

¹⁵³ *Schünemannin* 1999 s. 364–371 mielestä kysymys tahallisuusrangaistavuuden tarkoituksesta on kirjallisuudessa yllättävän vähän käsitelty. Jo mm. *Lacmann* 1911 s. 114 mainitsee tuon tarkoituksen. *Schünemann* 1994 s. 259–266 jakaa tekijän subjektiivista suhdetta oikeushyvää loukkaavaan tapahtumaan koskevat käsitykset kolmeen aikakauteen tai paradigmaan: 1) arkaainen objektivismi, 2) klassinen malli ja 3) postmoderni objektivismi. Viimeksi mainittua edustavat (tahallisuuskustelussa) mm. Herzberg, Frisch, Bottke ja Puppe. Tämän paradigman radikaalina edustajana mainitaan Jakobs.

¹⁵⁴ *Schünemann* 1999 s. 370–372. Schünemann on de lege ferenda katsonut, että olisi syytä korvata kaksijako kolmijaolla; ks. *Schünemann* 1985 s. 363.

¹⁵⁵ *Schünemann* 1999 s. 372–374.

sä sallitusta ja hyödyllisestä toiminnasta (esimerkiksi tieliikenne)?¹⁵⁶ Toisekseen merkittävää on se, missä määrin tekijä on itse valmis asettumaan riskille alttiiksi. Esimerkiksi tieliikenteessä tapahtuu vaarallisia tekoja ilman, että ajajaa pidettäisiin itsemurhakandidaattina. Samanlaista tekoa panssarivaunulla tehtynä saatettaisiin pitää tahallisenä. Kolmanneksi merkitystä on sillä, minkäasteinen teonherruus tekijällä on suhteessa uhriin. Neljänneksi huomioon otetaan se, missä määrin tiettyihin riskeihin on totuttu; liikennerriskeihin on esimerkiksi totuttu enemmän kuin HIV-riskeihin. Viidentenä on ehkä vielä otettava huomioon oikeushyvän suojaamisen tapa: onko vain seurauksen tahallinen aiheuttaminen rangaistavaa, vai lisäksi vaarantaminen? Ainakin tuomioistuimet edellyttävät Schünemannin mukaan tahallisuudelta jossain määrin vähemmän edellisessä tilanteessa. Tekijän mieltämisen täytyy kattaa relevantit objektiiviset momentit.¹⁵⁷

Tahallisuus perustuu useampaan tahallisuusrangaistavuuden pohjana olevaan normatiiviseen näkökohtaan ja niistä johdettuihin elementteihin (kognitiivinen ja suhtautumiselementti). Tahallisuus on tyyppikäsitys, jossa molemmat mainitut elementit ovat mukana. Tietyn profiilin sisään osuvat tapaukset ovat tahallisia. Toisen elementin mahdollisimman suuri mukanaolo johtaa siihen, että toiselta edellytetään vähemmän. Elementin mukanaolo ei kuitenkaan saa laskea nolaa.¹⁵⁸

Schünemann pitää mallinsa etuna ensinnäkin sitä, että siinä tuodaan selvästi esiin objektiivisten seikkojen rooli tahallisuudessa. Toisin kuin mieltämisteoriat,

¹⁵⁶ Schünemann 1999 s. 374–375. Ensimmäisellä kriteerillä, jota myös mm. Jakobs pitää tahallisuudessa relevanttina, on tiettyä sukulaisuutta vanhan versari in re illicita -opin kanssa. Useat ovat käsitelleet sitä kysymystä, milloin törkeä liikennekäyttäytyminen perustaa seuraustahallisuuden. Havainnot ovat samansuuntaisia – liikennetilanteessa aiheutettuja seurauksia ei useinkaan pidetä tahallisina, vaikka vahinkotodennäköisyys olisi samaa luokkaa tai suurempikin kuin tiettyissä muissa tilanteissa, joissa seuraustahallisuuden katsotaan olevan käsillä. Haftin 1976 s. 377–385 käsitys on samansuuntainen kuin Schünemannin. Haftille kevytmielisen rajun ajon liikennetapaukset edustavat tilanteita, joissa tekijän kielletty teko tapahtuu vielä tietyn yleisesti hyväksytyn roolikuvan yhteydessä, ja joissa seurausprognosin torjuminen mielestä katsotaan vielä tuottamukseksi; toisin olisi esimerkiksi kiinnijäävän murtovarkaan sohiessa sokeasti veitsellä, sillä murtautuminen ei edusta toimimista hyväksytyn roolikuvan puitteissa, vaan rikollista toimintaa.

¹⁵⁷ Schünemann 1999 s. 374–375. Oikeushyvien suojaamisen tapa tahallisuutta muotoavana näkökohtana (kriteeri 5)), jota ilmentää mm. BGH:n ”Hemmschwelle”-oppi saattaisi johtaa siihen, että olisi vaikea enää muodostaa yleistä tahallisuuskäsitettä, ja tahallisuudesta muodostuisi erityisen osan ongelma; ks. lähemmin Schünemann 1994 s. 287–289. Schünemannin usein esimerkkinä käyttämän HIV-problematiikan osalta voidaan esimerkiksi miettiä sitä, onko sillä, ettei StGB esimerkiksi Suomen ja Ruotsin tavoin sisällä vaaran aiheuttamista (RL 21:13 ja BrB 3:9) vastaavaa pykälää, merkitystä henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tahallisuusvaatimuksia arvioitaessa. Toisen esimerkin voi tarjota lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskeva tunnusmerkistö, joka Suomessa edellyttää ikärajojenkin osalta tahallisuutta, kun taas Ruotsissa siirryttiin BrB:n voimaantulon yhteydessä tältä osin tuottamusvaatimukseen.

¹⁵⁸ Schünemann 1999 s. 372–374. Ks. kuitenkin myös Schünemann 1994 s. 293, jonka mukaan tekijän pitäessä seurausta todennäköisenä kyseessä olisi aina tahallisuus.

malli mahdollistaa myös eron tekemisen seuraus- ja vaaratahallisuuden välille. Se myös erottelee materiaalisen ja prosessuaalisen puolen. Malli selittää myös teoreettisesti perustellulla tavalla tuomioistuinten vailla kunnon teoriaa, mutta osuvan käytännöllisen intuition avulla tekemät ratkaisut, esimerkiksi sen, miksi vaarallisissa liikennetilanteissa harvoin katsotaan seuraustahallisuuden olleen käsillä. Schünemann katsoo mallinsa edustavan asialoogisen ja normativistisen rikosoikeusajattelun synteisiä.¹⁵⁹

Schünemannin malli on siis ytimeltään kognitiivinen. Hän operoi kuitenkin myös mm. periaateluontoisilla objektiivisilla (objektiivis-normatiivisilla) seikoilla. Tahallisuusarvion perustana olevat seikat ovat reaalisesti olemassa, eikä tahallisuus siten ole pelkkää normatiivista attribuutiota. Rajanvetoa ei tehdä yhdellä eksaktilla kriteerillä, vaan se jää arvostuksenvaraiseksi. Tahallisilla ja tuottamuksellisilla rikoksilla ei näyttäisi olevan ainakaan syyksiluettavuuden lajiin perustuvaa olemuseroa. Se, että Schünemann tekee rajanvedosta osittain objektiivisen, ei merkitse sitä, että hän eräiden rajavetoa objektivointien modernien kognitiivisten mallien edustajien (Herzberg ja Puppe) tavoin suorittaisi rajavetoa erottamalla toisistaan objektiivisesti tahallisuusvaaran ja tuottamusvaaran. Päinvastoin on jopa mahdollista, että tahallisessa rikoksessa riittää pienempi objektiivinen vaara kuin tuottamuksellisessa rikoksessa. Näin on kun tekijä pyrkii aiheuttamaan seurauksen ja kun tekijällä on erityistä tietoa menettelynsä vaarallisuudesta luonteesta.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Schünemann 1999 s. 373–378. Oikeuskäytännön volitiiviset kriteerit ovat todellisuudessa ”verkappte Bewertungen eines Gesamtsachverhalts, nämlich der gesamten, sich aus objektiven und subjektiven Komponenten zusammensetzenden Tatsituation und Täterpsyche”. Perinteisten tahallisuusmallien näkökulmasta Schünemann on katsonut oikeuskäytännön edustavan (saksalaisen) todennäköisyysteorian ja välinpitämättömyysteorian kombinaatiota. Schünemann 1999 s. 367 ja 1991 s. 117–118. Vaaratahallisuuden ja seuraustahallisuuden suhteesta ks. vielä Schünemann 1999 s. 369–370, vrt. Schünemann 1991 s. 116.

¹⁶⁰ Näin tahallisuusrangaistavuuden perusteet tulevat esiin myös tässä. Sallitun riskit rajat ja huolellisuusvelvollisuuden sisältö muotoillaan ottaen huomioon mm. hyödyt ja haitat. Haittana otetaan yleensä huomioon mm. toimintavapauden rajoittuminen. Loukkaustarkoituksen ja erityistiedon tapauksissa ei Schünemannin mukaan ole syytä olla syyksilukematta tavallista pienempiä tai normaalitapauksessa sallittuja riskejä. Ks. Schünemann 1994 s. 293–295 ja 1991 s. 107 av. 39.

4 Vaihtoehtoisia lähestymistapoja

4.1 YLEISTÄ

Mannermainen ja suomalainen rikosoikeudellinen systeemi lähtevät siitä, että syyksiluettavuuden lajeja on kaksi, tahallisuus ja tuottamus. Teko on rangaistava vain tahallisuudella, ellei toisin ole säädetty. Tahallisuuden ja tuottamuksen välinen rajanveto on tärkeä kysymys, koska se yleensä merkitsee rangaistavan ja rankaisemattoman välistä rajaa tai ainakin (olennaisesti) ankarammin tai lievemmin rangaistavan teon rajankäyntiä.

Tämän vuoksi rajaa on pitkään yritetty vetää. Yritykseen käytetty energiamäärä on uskomattoman suuri, mutta tyydyttävää rajanvetomallia ei ole löytynyt. Tällainen tilanne voi johtaa relatiivisiin rajanvetomalleihin tai tahallisuuden luonnehdinnan abstraktiotason nostamiseen. Eräs vaihtoehto on kokonaan kolmansien teiden etsiminen.

Tahallisuudella ja tuottamuksella on kummallakin tietty ”selvä” alueensa. Useimmat pitävät (ainakin) tarkoitustahallisuuden ja varmuustahallisuuden alaan kuuluvia tilanteita tahallisina. Tyypillisenä tuottamuksellisenä seurausten aiheuttamisen tapauksena pidetään esimerkiksi sitä, että kuljettajan huomio on hetkellisesti kiinnittyneenä kassamatkustajan kanssa juttelemiseen, jolloin pääsee tapahtumaan kolari. Näiden tilanteiden väliin kuuluu suuri joukko sellaisia tilanteita, joissa tekijä huomaa tietyn menettelynsä sisältävän tunnusmerkistönmuutoksen seurauksen pienempiä tai suurempia riskejä. Tämä alue on samalla tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon taistelutannerta.

Yllä kuvatunlaisessa mannermaisessa mallissa kummankin syyksiluettavuuden lajin alaan osuu luonnollisesti hyvin suuri osa rikosoikeudellisesti relevanttia käyttäytymistä. Esimerkiksi tahalliseksi katsottavien tapausten laaja kirjo merkitsee sitä, että (tässä mielessä) samanlaisiksi arvioidaan vääryydeltään ja moitittavuudeltaan ehkä hyvinkin erilaisia suhtautumisia. Lisäksi tahallisuuden ja tuottamuksen oikeudelliset seuraukset ovat hyvin erilaiset. Juuri ja juuri tahallisuudesta teosta voi seurata ankara rangaistus, kun taas erittäin törkeän tuottamuksellisesta teosta tekijä voi päästä kokonaan sanktiotta. Tällöin lähes samanlaisia tapauksia kohdellaan hyvin eri lailla.

Näihin seikkoihin nähden onkin kysytty sitä, onko tahallisuuden ja tuottamuksen väliselle rajanvedolle asetettu rikosoikeudellisessa järjestelmässä liian suuri vastuu. Eikö pitäisi esimerkiksi sijoittaa tuo harmaa alue omaan lokeroonsa ja sanktioida tällainen käyttäytyminen tahallisuutta lievemmin, mutta tuottamusta

ankarammin. Tällaisena mallina tulee kysymykseen *recklessness*, joka kattaa yksinkertaistaen tahallisuuden alimman asteen ja tiedostetun tuottamuksen tilanteet.

Träskman on esittänyt tahallisuuden alueen rajaamista. Hänen mukaansa pohjoismaisissa doktriinissa on enenevästi katsottu, että dolus eventualiksesta tulisi luopua. Pitäisi kuitenkin mennä vielä askel pidemmälle. Se, että dolus determinatus kuuluu tahallisuuteen, on Träskmanin mielestä itsestään selvää. Tarkoitustahallisuuden lisäksi tahallisuuteen pitäisi kuulua vain tilanteiden, joissa menettely (tekijän käsityksen mukaan) varmuudella (med visshet) johtaa kiellettyyn seuraukseen. Kyseessä olisi tällöin dolus praedestinatus. Tämän yksinkertaistetun tahallisuusmallin avulla voitaisiin saavuttaa aiempaa yhtenäisempi tahallisuuden arviointi. Osa nykyisistä tahallisuustapauksista putoaisi tietenkin pois tahallisuuden alueelta. Seurauksena voisi olla tarvetta joihinkin tuottamuskriminalisointeihin. Hän ei esitä erityisen *recklessness*-kategorian luomista.¹⁶¹

Tässä yhteydessä on syytä kiinnittää huomiota myös Vagn Greven ehdotukseen. Greven mukaan Tanskassa vuosittain tuomituista noin 250 000 henkilöstä enintään 1/10 on tuomittu teoista, joista ei olisi voitu tuomita, jos ne olisi tehty tuottamuksellisesti. Tahallisuutta edellyttävien kriminalisointien osuus on alle 1 %. Vaatiikin Greven mukaan kehittynyttä kykyä abstraktiin ajatteluun väittää, että tahallisuusvastuu on Tanskan rikosoikeudessa pääsääntö ja tuottamus atyyppinen rikosoikeudellisen vastuun edellytys. Tahallisuusvaatimus löi itsensä läpi samalla vuosisadalla kuin ihmisoikeudet tunnustettiin. Enää ei tarvita tahallisuusvaatimusta mielivallan estäjäksi. Eräissä keskeisissä tahallisuutta edellyttävissä rikoksissa, esimerkiksi raiskauksessa suhteessa vastustukseen ja lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä suhteessa ikärajaan, päätyminen tahallisuusvaatimukseen on ollut osin sattumankauppaa. Myös (todennäköisyys-) tahallisuuden ja tiedostetun tuottamuksen välinen raja on liukunut alaspäin. Rikosoikeudessa olisi syytä luopua liian pitkälle menevästä subjektikeskeisyydestä realismin hyväksi ja ottaa paremmin huomioon yhteiskunnan edut. Olisi lähdeittävä tuottamusvastuusta rikosoikeudellisen syyksilukemisen pääsääntönä. Tahallisuus olisi rangaistuksen mittaamisen keskeisin tekijä.¹⁶²

Tahallisuus- ja tuottamusvastuulle perustuvan systeemin ongelmista, jos ne ovat todellisia, ei tietenkään tarvitse olla seurauksena esimerkiksi *recklessnessin* käyttöönotto uutena syyksiluettavuuden muotona.

Voitaisiin yhtäältä arvioida, ovatko esitetyt ongelmat sellaisia, että meidän kannattaisi omaksua niiden vuoksi *recklessness* kolmanneksi syyksiluettavuuden muodoksi.

¹⁶¹ Ks. Träskman 1985, erityisesti s. 73.

¹⁶² Ks. Greve 1983.

Toisekseen näkökulma voisi olla eurooppalainen. Pitäisikö mahdollisessa EU-rikoslaissa tai eurooppalaisessa rikoslaissa omaksua mannermainen vai anglo-saksinen syyksilukemismalli, jolloin käytännössä tulisi omaksuttavaksi kyseisen systeemin muitakin ratkaisuja? Tai onko ehkä löydettävissä syyksilukemismallien sellainen kompromissisynteesi, jota kummassakin systeemissä voitaisiin soveltaa, ja joka voisi toimia mallina, jota kohden kansallisia rikosoikeuksia voitaisiin kehittää?

4.2 PRO RECKLESSNESS

Kolmiportaisen systeemin etuihin kuuluisi se, että kiistattomasti tahalliset teot merkitsisivät *intentionia* ja kiistattomasti tuottamukselliset teot kuuluisivat *negligenceen*. Näiden kaksivaiheisen mallin yhteydessä selvinä pidettyjen tapausten väliin jäävät tilanteet kuuluisivat luontevasti kolmanteen ryhmään, recklessnesseen. Tahallisuus (intention) merkitsisi tällöin suunnilleen samaa kuin yleiskielessä.

Omaksumalla kolmiportainen malli saavutettaisiin joustavampi ja hienosyisempi systeemi. Ei syntyisi samanlaista ylikuormitusta yhden rajanvedon yhteyteen kuin kaksivaiheisessa systeemissä. Rikosoikeudellisesti relevantti käyttäytyminen jakaantuisi nyt kolmeen syyksiluettavuuskategoriaan, jolloin kategorian sisällä ei syntyisi menettelyn rangaistusarvon näkökulmasta niin suurta hajontaa, ja yksittäinen tapaus olisi keskimäärin oikeammin lokeroitu kuin kaksivaiheisessa systeemissä.

Erittäin merkittävä etu olisi vielä se, että kolmiportainen systeemi vastaa suhtautumisen luonnollista sisältöä eivätkä tarvittavat rajanvedot muodostu keinotekoisiksi kuten kaksiporaisessa systeemissä. Intention kattaa tilanteet, joissa henkilö suorastaan pyrkii seurauksen aiheuttamiseen ja tilanteet, joissa tekijä on varma tunnusmerkistön toteutumisesta. Se vastaa siten tarkoitustahallisuutta ja varmuustahallisuutta (intentionista voidaan tosin erottaa knowledge omaksi ryhmäkseen, jota vastaa varmuustahallisuus), toisin sanoen kaksivaiheisen systeemin edustajien näkemyksen mukaisen tahallisuuden selvää aluetta. Recklessness puolestaan kattaa riskitiedon alueen. Tämäkin on luonteva kokonaisuus. Samaa on sanottava jäljelle jäävästä negligence-alueesta, joka kattaa tilanteet, joissa tekijä ei havainnut menettelynsä vaarallisuutta ja toimi tässä mielessä bona fides, mistä huolimatta häntä voi olla tarve rangaista eräissä tilanteissa. Negligence vastaa sitä, mitä kaksivaiheisen systeemin maissa pidetään selvänä tuottamuksen alueena. Kolmiportaisen mallin syyksiluettavuuden alueet vaikuttavat siten luontevilta. Kaksivaiheinen malli sitä vastoin joutuu yrittämään kielelle väkivaltaista ja epäluontevaa rajanvetoa keskimmäisen kategorian sisällä, ja hävittää samalla

tahallisuuden ja tuottamuksen kahdessa kategoriassaan edellä mainitut luonnolliset kategoriat.¹⁶³

Kolmijako sopii myös konformiteettiperiaatteen struktuuriin. Intention ja recklessness kuuluvat periaatteen indikatiivimuodon alueelle (tekijällä oli tilaisuus luopua teosta), negligence periaatteen konjunktiiivimuodon alueelle (tekijällä olisi ollut tilaisuus luopua teosta, jos hän olisi tehnyt x).¹⁶⁴

Rossin mielestä kolmannen syyksiluettavuusmuodon käyttöönnotosta seuraisi se etu, että voitaisiin luopua käyttämästä harhaanjohtavaa ilmaisua tiedostettu tuottamus; huolimattomuudessa on aina kyse siitä, ettei tekijä havainnut jotain, mitä hänen olisi pitänyt havaita. On myös outoa teknistä kielenkäyttöä sanoa, että se, joka tietoisesti altistaa toisen vaaralle, menettelee tahallisesti; oikea termi on sanoa, että tekijä toimii piittaamattomasti (hensynsløst). Vältettäisiin myös se outo puhetapa, että sama teko on toisinaan tahallista vaaran aiheuttamista, mutta, johtaessaan kuolemaan, tuottamuksellista kuoleman aiheuttamista.¹⁶⁵

4.3 CONTRA RECKLESSNESS

Syyksiluettavuuden kaksi- tai kolmijako ei ole ainoa systeemin joustavuuteen ja erilaisten rajanvetojen kuormittumiseen liittyvä kysymys. Syyksiluettavuuden lajien lukumäärä on vain yksi tapa saavuttaa erilaisten muuttujien avulla sopivankokoisia paloja rangaistaviksi teoiksi. Yksi toinen tapa on tunnusmerkistöjen jako teko-, vaara- ja seurausrikoksiin. Myös esimerkiksi oikeuttamisperusteiden erilainen ulottuvuus eri tilanteissa voi olla tällainen muuttuja. Subjektivistenkaan kysymysten näkökulmasta kyse ei ole yksinomaan siitä, omaksutaanko kaksi- vai kolmijako. Viitattakoon vain Weigendin havaintoon, jonka mukaan Yhdysvaltain liittovaltion rikoslaki sisälsi 78 erilaista mens rean kuvausta¹⁶⁶!

¹⁶³ Ks. *Ross 1977b* s. 248: ”Der er stor forskel på det tilfælde at man ved skødesløshed, distraktion, uopmærksomhed eller anden form for mangel på agtpågivenhed har foretaget en handling der har medført en andens død; og så det tilfælde at man med fuld indsigt i faren dog løber risikoen (tager chancen) og sætter sig ut over skyldigt hensyn til andre.” *Waaben 1997* s. 149 toteaa, että ”[v]ed tredeling af tilregnelsen kan der opnås en forholdsvis høj grad af begrebsmæssig klarhed”.

¹⁶⁴ Ks. *Jareborg 1990* s. 3–5 ja *Nuutila 1990* s. 132–134.

¹⁶⁵ *Ross 1970* s. 351–356. Argumentaatio ei vakuuta *Kornbeckia 1977* s. 163–167, joka pitää tahallista vaaran aiheuttamista parempana luonnehdintana kuin Rossin piittaamattomuus-ehdotusta, mm. siksi, että piittaamattomuuden ydinmerkitys sisältää ajatuksen omien etujen egoistisesta ajamisesta toisten legitimit edut sivuuttaen, mistä ei ole kyse kaikissa vaaran aiheuttamista koskevis- sa tapauksissa. Hän ei myöskään näe ongelmaa siinä, että tekoa luonnehditaan eri syyksiluettavuuskategorioita hyödyntäen riippuen teon seurauksista.

¹⁶⁶ Model Penal Code (MPC) on vaikuttanut Yhdysvalloissa osavaltioiden rikoslakeja yhtenäistävällä ja mens rea -viidakkoa olennaisesti karsivalla tavalla. *Weigend 1981* s. 673–674.

Erilaisia subjektiivisia tunnusmerkkejä – usein jaoteltuna vääräys- ja syyllisyys-tunnusmerkkeihin – on toki kaksijakoa edustavissa rikoslaeissakin. Sanotusta seuraa, että tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajan ylikuormittuneisuutta – mikä ilmiö tuskin on poissuljettu monissa muissakaan rikosoikeudellisissa rajanvedoissa – voitaisiin mahdollisesti hoitaa muullakin tavoin kuin omaksumalla kolmiportainen syyksiluettavuusjärjestelmä.

Rikosoikeudellisen systeemin pitää osoittaa moitittava käyttäytyminen ja sen rajat. Siten ei ole periaatteessa väärin, että on rajatilanteita, joissa paremmalla puolella olevaa ei rangaista ollenkaan ja huonommalla puolella olevaa rangaistaan ankarasti. Näinhän voi olla etenkin tilanteissa, joissa vain tahallinen teko on rangaistava, ja rangaistusasteikko on ankara. Ei pidä luoda ”pehmeän laskun” välivaihetta ottamalla käyttöön recklessness, ainakaan, jos se merkitsisi rangaistavan alueen laajentamista. Rikosoikeudellisessa järjestelmässä on muitakin kohtia, joissa vähäiset erot voivat merkitä radikaalia eroa seuraamuspuolella. Näinhän on näyttökysymyksissä. On edellytettävä täyttä näyttöä tai hylättävä syyte, ei voida antaa puolta rangaistusta puolella näytöllä. Jäykästä näyttöraja ei tosin periaatteessa seuraa, että hyvin jyrkät rajanvedot olisivat materiaallisen rikosoikeuden puolella puolustettavia.

Recklessnessin omaksumisesta seuraisi, että syyksiluettavuuden puolella olisi kaksi rajanvetoa yhden sijaan, tai, toisin sanoen, kolme määrittelykysymystä kahden asemesta. Recklessness ei tällaisen yksinkertaisen matematiikan näkökulmasta tietenkään ole houkutteleva vaihtoehto. Kahden rajanvedon pitäisi, olakseen yhtä rajanvetoa parempi, syystä tai toisesta merkitä yhteensä pienempää pahaa kuin tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajanvedon ongelmallisuus. Kaksi luontevaa rajaa voisikin ehkä merkitä pienempää pahaa kuin yksi väkivaltainen ja tekemällä tehty, ja anglosaksinen malli sisältää melko luontevat syyksiluettavuuden alueet.

Toisaalta on voitu havaita, ettei kolmijako ole täysin kyennyt pysymään mainituissa rajoissaan, mikä vähentää sen luonnollisiin syyksiluettavuusrajoihin perustuvaa houkuttelevuutta. Intention on pyrkinyt laajentumaan alaspäin. Mannermaisissakin oppikirjoissa korostetaan sitä, ettei varmuus rikosoikeudessa tarkoita täyttä varmuutta, vaan ainoastaan eräänlaista käytännöllistä varmuutta. Ihminen ei periaatteessa koskaan voi olla varma tulevaisuuden tapahtumisista¹⁶⁷. Kun käytännössä varma syyksiluetaan intentionina, voi olla vaikeaa selittää, miksi erittäin korkeita todennäköisyyksiä pitäisi käsitellä toisin. Tämän keskustelun jatkuessa tulee jossain vaiheessa yksinkertaisen todennäköisyyden

¹⁶⁷ Jotkut, kuten Frisch, liittävät tähän käsitykseen kauaskantoisempiakin seurauksia: kun emme voi tuntea tulevaisuutta, ei seurausrikoksissa itse seuraus voi olla tahallisuuden kohteena, vaan vain riski sen syntymisestä. Tällä voi olla merkittäviä seurauksia peittämisperiaatteen kannalta.

raja vastaan, jolloin onkin ehkä päädytty kaksijakoon¹⁶⁸. Myös recklessness on voinut kokea vähintäänkin painetta riman laskemiseen. On tunnettua, että mistään välittämätön egoisti, joka ei toiminnassaan lainkaan ole kiinnostunut toisten eduista, eikä havaitse tunnusmerkistön toteutumisen vaaraa, voi hyvin olla vaarallisempi ja moitittavampi kuin altruisti, joka ei juuri uskalla ottaa askeltakaan, koska havaitsee kaikkialla ainakin teoreettisia vaaroja toisten eduille. Recklessnessin laajentumista ilmensi Caldwell-recklessness, joka vastikään torjuttiin.

Mikäli omaksuttaisiin kolmiportainen malli, jouduttaisiin pohtimaan eräitä systeemin muiden osien kysymyksiä. Välittömästi tulee mieleen yrityksen kohdalo. Olisiko recklessness-teko rangaistava myös yrityksenä vai ei? Träskman ja Greve eivät esityksissään ottaneet tähän kysymykseen erityistä kantaa, jos kohta heidän esityksensä eivät ylipäätään koskeneet suoranaisesti recklessnessiä. Weigend katsoi recklessnessiä puolustavassa esityksessään, että tällainen yritys olisi rangaistava¹⁶⁹. Sekin, joka kannattaa erittäin kapeaa intention-tyyppistä tahallisuutta vedoten luonnolliseen kieleen, joutunee myöntämään, että recklessness-yritys tekee kielelle vielä suurempaa väkivaltaa kuin tahallisuuden alimman asteen sisältävä yritys.

Ajateltaessa recklessnessin siirtoa mannermaiseen systeemiin tulisi erityinen osa käytäväksi läpi. Sillä olettaen, että rangaistavan alueen rajat ovat nyt periaatteessa kohdallaan, seuraisi lähtökohtaisesti kautta linjan ylikriminalisointia, jos syyksiluettavuus ilman eri mainintaa edellyttäisi recklessnessiä tahallisuuden sijaan, ja taas vastaavasti alikriminalisointia, jos yleinen tahallisuusvaatimus korvattaisiin yleisellä intention-vaatimuksella. Samoin tapahtuisi kääntäen anglosaksisessa maassa, jossa kolmijako korvattaisiin kaksijaolla.¹⁷⁰

Joka tapauksessa rangaistussäännökset olisi käytävä läpi ja päätettävä, onko kukin teko rangaistava vain tahallisenä, tahallisenä ja piittaamattomuudesta tehtynä vai ehkä myös huolimattomuudesta tehtynä. Lisäksi olisi, milloin yhtä useampi syyksiluettavuuden aste tulisi kysymykseen, päätettävä, asetetaanko yksi asteikko vai ehkä omat asteikot kutakin astetta varten. Vastaavasti olisi luotava vaatimusnormi, joka olisi nykyistä komplisoidumpi.¹⁷¹

Voidaan myös ajatella, että huolimatta kolmiportaisen mallin tietystä luonnollisuudesta tahallisuuden ja tuottamuksen välinen raja, vaikkakin vaikea vetää,

¹⁶⁸ Ks. myös *Ross 1979* s. 111 (tahallisuuden ja tuottamuksen välisestä rajasta): "Es ist nämlich schwer zu verstehen, weshalb zwischen den Fällen, in denen der Eintritt des Erfolgs als praktisch unvermeidbar vorausgesehen wird, und den Fällen, die an jene angrenzen, weil der Eintritt des Erfolgs als in hohem Maße wahrscheinlich vorausgesehen wird, eine entscheidende Grenze gezogen werden sollte. Hat man sich aber erst auf diese Gleitbahn begeben, wo will man dann Halt machen und die Grenze des Vorsatzes im Verhältnis zur 'bewußten Fahrlässigkeit' ziehen?"

¹⁶⁹ *Weigend 1981* s. 699.

¹⁷⁰ Ks. *Roxin 1997* s. 394 ja *Weigend 1981* s. 699–700.

¹⁷¹ *Waaben 1997* s. 149–150.

olisi normatiivisesti merkittävämpi kuin kolmiportaisen mallin rajat. Sitä, että tahallisuuden ja tuottamuksen välinen raja on vedettävissä, ilmentäisi se lopputulosten yhtenäisyys, joihin eri mallit huolimatta teoreettisista eroistaan johtavat.¹⁷²

On myös katsottu, että esimerkiksi termi ”hensynsløshed” olisi usein harhaanjohtava muissa kuin sellaisissa tekotyypeissä, jotka sisältävät riskin integriteettiloukkauksesta.¹⁷³

4.4 DUFFIN KÄSITYS

Duffin lähtökohtana on filosofisen otteen hyödyntäminen mens rean tutkimuksessa. Hän hylkää dualismin, joka lähtee ruumiin ja sielun, objektiivisen ja subjektiivisen puolen erottamisesta ja joka katsoo, että subjektiivinen mens rea on ihmisen yksityistä aluetta eikä siitä voida saada tietoa muutoin kuin päättelemällä ulkoisista seikoista.

Duffin mukaan teon merkitys on nähtävissä teossa itsessään. Istun esimerkiksi pubissa ja näen A:n lyövän B:tä. Näen tämän suoraan; kyse ei ole siitä, että näkisin jonkin liikkeen ja päättelisin, että siihen kuuluu intentio lyödä B:tä¹⁷⁴.

Jos A ampuisi B:n, voitaisiin ilmeisesti kuitenkin huomauttaa, etten välttämättä pysty suoraan näkemään sitä teon merkityksen kannalta olennaista seikkaa, tiesikö A, että aseessa oli panos. Duff myöntääkin, että voimme erehtyä. Hänen yksinkertaisessa esimerkissään kyse saattoi olla siitä, että A demonstroisi B:lle mestarinyrkkeilijä C:n vasenta koukkua ja tuli vahingossa osuneeksi B:tä leukaan. Duffin mukaan voimme tällöin turvautua kaikkeen saatavissa olevaan näyttöön.¹⁷⁵

Näyttää siltä, että mens rean selvittäminen tapahtuu melko lailla samalla tavoin kuin perinteisestikin: kaikkea käsillä olevaa selvitystä hyödyntäen. Duff haluaa liittää inhimillisen käyttäytymisen tulkinnan pikemminkin kirjan tai taideteoksen arviointiin kuin empiriaan. Kyse on ymmärtävästä lähestymistavasta.

¹⁷² *Roxin 1997* s. 394. Lopputulosten samuuden esimerkiksi Herzberg katsoisi pikemminkin johtuvan siitä, että tietyn mallin edustaja yksinkertaisesti toteaa mallinsa johtavan tietyssä tapauksessa tiettyyn lopputulokseen, joka on hyväksyttävä. Jos taas näin on, olisivat ainakin intuitiot tapausten sijoittamisesta tahallisuuteen tai tuottamukseen yhtenevät.

¹⁷³ *Waaben 1997* s. 150. – *Vogelin 2002* s. 142 mukaan Euroopassa tuskin päästäisiin konsensusseen tahallisuuden rajoittamisesta tarkoituks- ja varmuustahallisuuteen ja tietoisien riskimenettelyn erottamisesta omaksi kategoriakseen.

¹⁷⁴ *Duff 1990* s. 130.

¹⁷⁵ *Duff 1990* s. 131–133.

Duffin rajanvetoratkaisut palautuvat pitkälti siihen, minkälaisia rajanvetoja voidaan puolustaa eettisin perustein. Hänen päälähestymistapansa ovat seuraus-eettinen (consequentialist) ja ei-seuraus-eettinen (non-consequentialist) lähestymistapa. Seurausetiikassa lähdetään siitä, että teon oikeus tai vääräys riippuu sen seurausten oikeudesta tai vääryydestä. ”Puhtaalle” seurausetikolle muulla ei olekaan merkitystä, ja hän muodostaisi mens rea -säännöt sellaisiksi, jotka johdavat mahdollisimman suureen tehokkuuteen. Kvalifioitun seurausetiikan näkökulmasta syyksilukemismallin pitää olla hyödyllinen mutta myös oikeudenmukainen. Oikeudenmukaisuus edellyttää, että henkilöllä oli kohtuullinen tilaisuus välttää kielletyn seurauksen aiheuttamista. Tästä taas seuraa, että tieto ja kontrolli nousevat vastuuheutona keskeiseen asemaan. Kun tähän lisätään vaatimus samanlaisten tapausten samanlaisesta kohtelusta ja erilaisten tapausten erilaisesta kohtelusta, päädytään siihen, että intention on raskaampi syyksiluettavuuden laji kuin recklessness. Kvalifioitun seurausetiikan näkökulmasta ei ole välttämätöntä erottaa direct intentionia oblique intentionista, vaan molemmat toteuttavat intention-vaatimuksen.¹⁷⁶

Duff itse edustaa ei-seuraus-eettistä näkökulmaa. Sen mukaan teon merkitystä eivät määrää sen seuraukset, vaan tekoa strukturoivat intentiot. Joissain oloissa voi olla oikeutettua tehdä teko, jonka sivuseurauksena tietää olevan viattoman kuoleman, mutta koskaan ei ole oikeutettua pyrkiä surmaamaan viaton. Ei-seuraus-eettisen lähestymistavan mukaan ”the central or fundamental kind of wrongdoing is to direct my actions towards evil – to intend and to try to do what is evil”¹⁷⁷. Direct intentionia luonnehtii suora hyökkäys kyseistä intressiä vastaan, kun taas oblique intention ilmentää vain äärimmäistä välinpitämättömyyttä (utter indifference) sitä kohtaan. Direct intentionissa tekijä on toiminut, koska hän arvelee voivansa näin saada aikaan x:n. Oblique intentionissa tekijä on toiminut, vaikka hän odottaa (myös) x:n seuraavan teosta¹⁷⁸.

Näin direct intention edustaa duffilaisen ei-seurausetiikan näkökulmasta suu-
 rempaa vääräyttä kuin oblique intention¹⁷⁹. Kysymys on nyt siitä, onko lainsä-

¹⁷⁶ Duff 1990 s. 99–111. Duff puhuu mieluummin intended ja intentional *agency*stä (actionista) kuin *direct* ja *oblique intention*ista. Gardner – Jung 1991 s. 564–565 arvelevat, että jälkimmäinen jaottelu ”seems to have unwelcome Benthamite associations for him”. Itse käytän selostuksessani selvyuden vuoksi jälkimmäistä jaottelua.

¹⁷⁷ Duff 1990 s. 113.

¹⁷⁸ Duff luonnehtii direct intentionia käyttämättä sellaisia tässä yhteydessä monesti esiintyviä sanoja kuten ”want” tai ”desire” (operatiivinen syy); ks. Gardner – Jung 1991 s. 564–567. – Gardnerin ja Jungin mielestä duffilainen ei-seurausetiikka ei kuitenkaan merkitse Kantin lähtökohtien omaksumista; heidän mukaansa tätä ilmentää mm. se, että kun Duffilla direct intention on keskeisessä asemassa, oli Kant taas kiinnostunut toiminnan motiiveista; ks. Duff–Kant-vertailua Gardner – Jung 1991 s. 583–585.

¹⁷⁹ Tavotteellun ja (vain) mielletyn seurauksen välinen ero voidaan todeta epäonnistumisen testillä (test of failure); jos seuraus jäisi syntymättä, katsoisiko tekijä tekonsa epäonnistuneen? Kyseessä

täjän jossain kohdin syytä vaatia direct intentionia. Täytetyn teon edellyttäessä intentionia tähän ei yleisesti ottaen ole syytä. Yrityksessä – joka Englannissa on edellyttänyt intentionia – on Duffin mukaan kuitenkin vaadittava direct intentionia. Syynä tähän on, että vain tällaisen korostetun syyksiluettavuusvaatimuksen tapauksessa ollaan riittävän lähellä rikoksen perusparadigmaa: "[...] whereas a direct intention to commit the relevant offence creates an intimate relation between the (failed) action and the complete offence, the same is not true of recklessness or of oblique intention."¹⁸⁰ Hän ei erityisesti pureudu oblique intentionin ja recklessnessin väliseen rajanvetoon¹⁸¹.

Duff hyödyntää mainittuja lähestymistapoja tehdessään rajaa recklessnessin ja negligencen välille. Kvalifioidun seurausetiikan asettama vaatimus valinnan mahdollisuudesta johtaa luontevasti subjektiiviseen recklessnessiin eli siihen, että tekijä on mieltänyt, että tekoon liittyy riski. Duff laajentaa recklessness-vas- tuuta. Hän ei kuitenkaan hyväksy Caldwell-recklessnessiä, jonka mukaan vastuu seuraa riskin ollessa ilmeinen, vaikka tekijä ei ajatellut asiaa, jos tunnollinen keskimääräishenkilö olisi riskin huomannut. Malli on hänen mielestään viimeksi mainitun kriteerin vuoksi objektivoiva. Duffin mielestä recklessnessiä huolimatta riskin tiedostamattomuudesta edustaisi sulhanen, joka pubissa istuessaan unohtaisi häänsä; sulhanen on ilmentänyt, että häillä ei ollut hänelle merkitys- tä¹⁸². Hän tuomitsisi henkilön, jolle vaara ei ”juolahtanut mieleen” ja henkilön, joka raiskaa toisen luullen selvästi kielteisestä suhtautumisesta huolimatta tämän suostuneen tekoon, mikäli riskin havaitsemattomuus johtui siitä, että kysei- nen intressi oli tekijälle samantekevä. Hän nostaisi toisen intressiin kohdistuvan välinpitämättömyyden recklessnessin keskeiseksi tunnusmerkiksi riskin mieltä- misen sijaan.¹⁸³

on tekijän ex ante -näkökulma, joten myös primääritavoitteen saavuttamiseksi tarvittavat välineet ovat tavoiteltuja. Ks. *Duff 1990* s. 58–63. Joskus eron tekeminen direct ja oblique intentionin vä- lillä voi olla vaikeaa; Duff esittää mieleen jäävän esimerkin, jossa A aikoo teloitaa B:n testatak- seen uutta giljotiiniaan. Ks. *Duff 1990* s. 89–95. Pää- ja sivuseurauksen suhdetta voidaan tarkastel- la loogisena, empiirisenä ja/tai normatiivisena kysymyksenä.

¹⁸⁰ *Duff 1990* s. 180–206. Ks. myös ulterior intentin osalta *Duff 1990* s. 114 ja 205.

¹⁸¹ Todennäköisten seurausten problematiikasta ks. kuitenkin *Duff 1990* s. 95–98.

¹⁸² *Duff 1990* s. 163.

¹⁸³ *Duff 1990* s. 139–179. Ks. Duffin ”test of practical indifference” mts. 172: “[...] an appropriate general test of recklessness would be – did the agent’s conduct (including any conscious risk-tak- ing, any failure to notice an obvious risk created by her action, and any unreasonable belief on which she acted) display a seriously culpable practical indifference to the interests which her ac- tion in fact threatened?” Ks. myös luonnehdintaa mts. 166: ”In order to conclude that a defendant failed to notice an obvious risk because he did not care about it, the jury need not infer some hidden mental state or feeling (or some general character-trait) of indifference from his external conduct: it is rather a matter of the meaning of his particular action – the practical attitude which that action displayed.”

Duffin ajatusten merkityksen arviointi ei ole yksinkertaista. Eräs kysymys on dualismi. Oliko dualismi ja sen hylkääminen välttämätön osa Duffin muuta esitystä? Mitä haittaa dualismista on? Konkreettisena haittana Duff viittaa ainakin siihen, että dualismi on myötävaikuttanut siihen, että *mens realta* tavataan edellyttää jonkinlaista *state of mindia*, jolloin negligencen, jossa sellaista ei ole, voidaan ajatella edustavan jonkinlaista objektiivista vastuuta.¹⁸⁴

Erityisen kiinnostava on Duffin filosofinen lähestymistapa; minkälaisia raja-kohtia voidaan puolustaa tietyistä eettisistä lähtökohdista. Ovatko seurausetiikka ja sen vastine ei-seurausetiikka riittävät lähtökohdat arviolle ja tekeekö Duff niistä oikeat johtopäätökset? Voidaanko näiden paradigmojen välillä suorittaa rationaalinen valinta? Pitäisikö kyseisiä eettisin perustein muodostettuja syyksiluettavuuskategorioita pitää rikosoikeudessa riittävinä, välttämättöminä tai ehkä vain jonkinlaisina optimointikäskyinä¹⁸⁵? Lähestymistavassa on joka tapauksessa tiettyä samanhenkisyyttä yritysten kanssa, joissa tahallisuuden rajoja lähestytään tahallisuusrangaistavuuden ratiosta käsin.

¹⁸⁴ Ks. Duff 1990 s. 155–156. Luulisi tosin tällaisen näkemyksen voivan seurata myös kvalifioidusta seurausetiikasta. Dualismin suhteesta rikoksen rakenteeseen ks. Duff 1990 s. 116–118.

¹⁸⁵ Ks. Gardner – Jung 1991 s. 579–582, jossa katsotaan, että juridinen konteksti merkitsee sitä, etteivät syyksilukemiskategoriat määräydy yksin etiikan mukaan, vaan niiden on mm. mukauduttava prosessuaalisiin sääntöihin.

5 Tosi tahallisuus?

5.1 TOTUUDESTA

Juridisessa metodiopissa lähdetään yleensä siitä, että oikeudellisia tulkintaväittämiä ei useinkaan voida osoittaa riidattomasti tosiksi tai epätosiksi, vaan pikemminkin ne ovat hyvin tai huonosti perusteltuja. Hyvä perustelu on sellainen, jossa on sovellettu oikeuslähdeoppia ja tulkintamaksiimeja argumentaatio-rationaalisuutta noudattaen.¹⁸⁶

Prosessissa totuudella on paljonkin käyttöä. Syyttäjän on näytettävä syytteenä toteen. Langettavan tuomion eräs edellytys on se, että syyttäjän esittämät väitelauseet vastaavat vallinneita olosuhteita. Jos todistaja ei puhu totta, hän saattaa syyllistyä perättömään lausumaan (RL 15 luku). Totuudenvastaisen informaation antaminen voi olla kriminalisoitu muutenkin (esim. sakkovilppi RL 16:6). Väärän todistuksen antaminen viranomaiselle on niin ikään rangaistava teko (RL 16:8).

Filosofiassa totuutta tutkitaan totuusteorioissa. Korrespondenssiteorian mukaan totuus on väitteen ja tosiasioiden välistä vastaavuutta. Teorian eräs keskeinen innoittaja on ollut kielen kuvateoria. Teorialla on myös ongelmansa. Milloin lause ja tosiasiat (maailma) vastaavat toisiaan? Totuuden korrespondenssiteoria voidaan ehkä ymmärtää pikemminkin totuuden määritelmäksi kuin kriteeriksi.

Toinen klassinen totuusteoria on totuuden koherenssiteoria. Sen mukaan propositio on tosi, jos se on yhteensopiva asiaa koskevan, ”todeksi tiedetyn” lausejoukon kanssa. Juridinen tulkintametodi on tekemisissä tämän totuusteorian kanssa. Koherenssitotuutta on verrattu mm. palapeliin: pala on koherentti muiden palasten kanssa, se muodostaa niiden kanssa luontevan systeemin. Koherenssitotuuden ongelma on siinä, että voi olla useita systeemejä, joihin nähden proposition sopivuutta voidaan koetella ja joihin se myös voi sopia. Ei ole kriteeriä valita oikeaa palapeliä usean palapelin joukosta. Toisaalta voi olla niinkin, ettei ole mitään ”todeksi tiedettyä” propositiojoukkoa, johon uutta väitettä verrattaisiin. Koherenssitotuus toimiikin totuuden välttämättömänä, ei riittävänä kriteerinä. Siten sen avulla voidaan lähinnä sanoa negatiivisesti, että jokin väite on (johonkin systeemiin nähden) epätosi.

On myös kehitetty pragmaattinen teoria totuudesta. Sen mukaan totuudella on välinearvoa. Paikkansa pitävien oletusten perusteella toimimisen voidaan nimit-

¹⁸⁶ Ks. Aarnio 1989 s. 286–287, Strömholm 1996 s. 76–80 ja Siltala 2004 s. 461–468.

täin olettaa olevan menestyksestä. Totuus on toimivuutta tai menestystä. Eräs tämän teorian ongelmista on se, että menestyksellinen toiminta voi toisinaan perustua myös sittemmin virheellisiksi osoittautuville oletuksille. Siitä, mitä tarkoitetaan menestyksellä, ei myöskään välttämättä vallitse yksimielisyyttä.

Totuuden konsensus-teorian mukaan totuus löytyy yhteisymmärryksenä ikuisen tutkimuksen tai ideaalisen diskurssiprosessin tuloksena. Juristit ovat hyödyntäneet myös tätä totuuskäsitystä. Mallia vastaan voidaan huomauttaa, että enemmistökin tai jopa yksimielinen (tutkija-) joukko voi olla väärässä. Käytännössä myöskään ideaalisen diskurssin edellytykset tuskin toteutuvat kovinkaan usein.¹⁸⁷

Ei ole löydetty yhtä ainoaa oikeaa – totta – totuusteoriaa. Niillä on kaikilla ongelmansa. Ehkä ne voidaan ymmärtää näkökulmina totuuteen. Vaikka totuusteorioilla voi olla erilaisia filosofisia sitoumuksia ja taustaoletuksia, voitaneen ne ymmärtää ja niitä käyttää toisiaan täydentävinä. Niinpä esim. hypoteesien muodostumiseen vaikuttavat yleensä olennaisesti aiheita koskevat perususkomukset, ja testaamalla hypoteesia voidaan saada selville, oliko se menestyksenkäs.

5.2 ARGUMENTAATIOMALLI

5.2.1 Yleistä

Estettä ei liene yrittää hyödyntää totuusteorioita myös oikeudellisessa tutkimuksessa. Voidaan ajatella, että tahallisuusmallien välistä paremmuutta voitaisiin arvioida – tai ainakin niitä koskevaa argumentaatiota analysoida – totuuteen ja totuusteorioihin liittyviä käsitteitä hyödyntäen.

Edes luonnontieteellisiä totuuksia ei yleensä ymmärretä absoluuttisina. Puhutaan mielellään esim. totuuden lähestymisestä. Oikeustieteen normatiivisuus lisää totuuden suhteellisuutta entisestään. Oikeustieteellisen koherenssiperusteluisuuden näkökulmasta on myös huomattava, että erityisesti juridinen metodinen työkalu, oikeuslähdeoppi, ei eri oikeudenaloilla välttämättä ole identtinen. Rikosoikeudelliseen tulkintaan vaikuttaa rajoittavasti legaliteettiperiaate. Puhutaan myös mm. tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeopeista. Rationaaliseen lainsäätäjään kohdistuvat osin eri odotukset kuin rationaaliseen tuomariin.

Käytettäessä totuusteorioista tuttua terminologiaa tahallisuusmallien arvioinnissa ei odoteta jonkin mallin löytämistä todeksi ilmaisen vaativassa mielessä.

¹⁸⁷ Mainituista totuusteorioista ks. *Niiniluoto* 1997 s. 108–115 ja oikeudellisten tulkintamallien yhteydessä *Siltala* 2004 s. 27–32.

Kyse on enemmänkin pyrkimyksestä saada otetta asiaa koskevasta laajasta keskustelusta. Tarkoituksena ei suinkaan ole kehittää eteenpäin olemassa olevia totuusteorioita. Ei ole edes tarvetta pureutua niihin yksityiskohtaisesti.

Totuusteorioita hyödyntävä, tahallisuusteorioiden ja niitä koskevan argumentaation arvioinnissa käytettävä mallini sisältää kolme osaa: 1) rationaalisuus (loogistyyppinen ja diskursiivinen), 2) totuudenkaltaisuus (korrespondenssi-, koherenssi- ja pragmaattisen totuuden kaltaisuus) ja 3) hyväksyttävyy¹⁸⁸. Argumentit ovat näkökohtia, joilla jotakin tahallisuusmallia voidaan puolustaa. Sellaisia on esitetty edellä tässä luvussa. Tiettyä päällekkäisyyttä voi syntyä; yksittäinen argumentti saattaa tulla esiin useassa kohtaa mallia. Argumentit ovat myös keskenään vuorovaikutuksessa. Tiettyä argumenttia ei välttämättä edes voida eristää täysin itsenäisesti tarkasteltavaksi, sillä argumentit ovat usein monimutkaisia. Näkökohtien joukossa on sekä empiirisiä että normatiivisia seikkoja. Niillä ei välttämättä ole samaa painoarvoa, vaan jotkut niistä vaikuttavat toisia merkittävämmiltä. Seuraava esitys ei pyri tyhjentävästi arvioimaan argumentteja hahmotellussa mallissa.

5.2.2 Rationaalisuus

Rationaalisuuteen kuuluu vaatimus loogistyyppisestä ja diskursiivisesta rationaalisuudesta. Vaatimusta eivät täytä esimerkiksi sellaiset kvasiloogiset argumentit, joiden mukaan teorian A saamasta kritiikistä seuraa, että teoria B on oikea. Vaatimusta ei myöskään täytä esim. sellainen (suggestiivinen) argumentti, jonka mukaan siitä, ettei tekijällä ollut tarkoitusta toteuttaa tunnusmerkistöä seuraa, että hänellä ei ollut tahallisuutta. Oikea johtopäätös tietenkin on, että poisuljettu on tällä perusteella vain *dolus determinatus*.¹⁸⁹

Diskursiivisen rationaalisuuden vaatimuksessa on kysymys yleisistä keskustelun rationaalisuusehdoista. Jos niitä ei noudateta, voidaan odottaa, että keskustelu polkee paikallaan. Argumentaatiosta muodostuu ryteikkö, jossa suuri osa on turhaa ja vie ainoastaan keskusteluun osallistuvien energiaa.

Eräs keskustelun rationaalisuuteen kuuluva seikka on se, että osapuolet tarkoittavat mitä sanovat. Mieltämisteoriaa on Saksassa perusteltu mm. väittämällä, että BGH soveltaa tosiasiaissa mieltämisteoriaa, vaikka se perusteleekin ratkaisujaan tahtoteorian termein. Hyväksymisvaatimus BGH:n perusteluissa olisi pelkkä tyhjä ”käsityshyly”¹⁹⁰. Tämä on eräs esimerkki siitä toisinaan esitetystä

¹⁸⁸ Totuudenkaltaisuus on tässä tekninen ja pedagoginen termi, enkä pyri arvioimaan esim. Niiniluodon totuudenkaltaisuutta koskevia oppeja.

¹⁸⁹ Ks. myös *Rikosoikeus 2002/Lappi-Seppälä – Nuutila* s. 811: ”Tahallisia rikoksia koskevat säännökset on luotu tapausten varalta, joissa toista vahingoitetaan tarkoituksellisesti ja konkreettisesti: ampumalla, puukolla taikka nyrkillä lyöden.”

¹⁹⁰ Samaan suuntaan Saksan oikeuskäytännöstä *SOU 1996:185a* s. 107.

käsityksestä, että tahallisuusperustelut vain koristellaan jälkikäteen ”voimassa olevalla” tahallisuusmallilla. Keskustelulta ei luonnollisesti voida odottaa paljoo, jos siinä hyödynnettävää materiaalia ei voidakaan pitää luotettavana. Toinen asia on, miten todistustaakkakysymykset jäsentyvät tuollaisen keskusteluväitteen yhteydessä, samoin kuin se, missä määrin teoriaa A tukevien perustelujen fasadiluonteisuus tukisi jotain toista mallia B. Myöskään esimerkiksi signaalisatatahallisuutta ilmentävä tahallisuusmalli tai -argumentaatio ei täytä rationaalisuusedellytystä.

5.2.3 Totuudenkaltaisuus

Korrespondenssivaatimuksessa on kysymys vastaavuudesta todellisuuden (maailman) kanssa. Sovelletuna aiheeseen kyse on siitä ovatko tahallisuusmallit sellaisia, että niiden edellytykset vastaavat maailman olosuhteita. Teorian on oltava realistinen. Pekka Koskisen mukaan rikoksentekijät eivät toimintaan ryhtyessään jupise mielessään Frankin kaavoja¹⁹¹. Tämä tarkoittaa väitettä siitä, etteivät teorian edellytykset vastaa maailman tapahtumia. Realistisuudella voidaan ajatella olevan erilaisia asteita. Ihmisille ei ole mitenkään mahdotonta jupista Frankin kaavoja, ja oletettavasti jotkut rikoksentekijät ajattelevat jotain Frankin tarkoittaman kaltaista.

Korrespondenssiväite on esitetty myös mm. todennäköisyystahallisuudesta. On nimittäin esitetty, etteivät rikoksentekijät tekohetkellä useinkaan tee mitään todennäköisyysarviointeja¹⁹². Ihmiset eivät yleensääkään tee todennäköisyysarvioita eivätkä ajattele todennäköisyysmuotoisesti¹⁹³. Oman lukunsa muodostavat voimakkaassa humalatilassa tehdyt teot. Esimerkiksi kolmen promillen humalassa oleva tekijä tekee vielä keskimääräistä vähemmän todennäköisyysarvioita. Kaiken kaikkiaan tässä tarkoitettut korrespondenssinäkökohdat ovat yleensä luonteeltaan empiirisiä.

Koherenssivaatimus tarkoittaa suunnilleen sitä, että palapelin palan – tässä tahallisuusmallin – täytyy sopia tiettyyn tai tiettyihin palapeleihin. Näitä palapelejä, joihin nähden vastaavuutta arvioidaan, voidaan kutsua koherenssihorisonteiksi. Palapelien tulee olla tahallisuuden näkökulmasta relevantteja. Sekä palapelien relevanssista että itse koherenssiväitteistä voidaan tietenkin käydä kes-

¹⁹¹ Koskinen 1977 s. 102.

¹⁹² Ks. esim. Roxin 1992 s. 251 ja 1997 s. 383, Strahl 1976 s. 117–118 ja Träskman 1985 s. 62.

¹⁹³ Ks. Jareborg 1969 s. 321, jonka mukaan ”vi sällan gör sannolikhetsbedömningar, jämfört med hur ofta vi tror något”. Väite siitä, etteivät ihmiset yleensä tee todennäköisyysarvioita, tuntuu sinänsä vähintäänkin huomioon otettavalta. Tästä ei seuraa, että olisi operoitava uskolla. Frände 1994b s. 30–32 katsoo, että on parempi käyttää todennäköisyysterminologiaa kuin uskoon liittyvää terminologiaa. Fränden näkemys näyttää tosin liittyvän siihen, ettei hän hyväksy Jareborgin tahallisuusmallin erästä muuta osaa eli sitä, että usko p merkitsee Jareborgin mielestä sitä, että ao. henkilö hyväksyy todeksi, että p.

kustelua. Vaatimus tahallisuusmallin totuudenkaltaisuudesta koherenssin näkökulmasta on ymmärrettävä – mihin totuuden koherenssiteorianakin katsotaan varsinaisesti pystyvän – pikemminkin negatiivisen koherenssin kielloksi kuin positiivisen koherenssin vaatimukseksi.

Rikosoikeudellinen järjestelmä de lege lata -argumentaatiossa perustuu oikeuslähdeoppiin ja laintulkintaoppiin. Tahallisuusmalli ei saa olla ristiriidassa lain kanssa. Esimerkiksi olosuhdetahallisuutta koskevien mallien tulee olla sopusoinnussa RL 4:1:n kanssa. Huomioon on tällöin syytä ottaa myös seuraustahallisuutta, kieltoerehdystä, vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevaa erehdystä ja jopa syyntakeisuutta koskeva sääntely.

Argumentaatiossa etsitään tavallisesti tukea rikosoikeudellisen systeemin ratkaisuksista. Rikosoikeudellisella systeemillä voidaan tietysti ymmärtää monenlaisia asioita. Edellä jo mainittuihin erehdys- ja syyntakeisuussääntelyyn voi liittyä merkittäviä systemaattisia näkökohtia. Sama koskee esimerkiksi osallisuus- ja yritysoppeja. Myös rikoksen rakenteeseen liittyvät ratkaisut voivat olla merkittäviä, kuten tahallisuuden pitäminen osana tunnusmerkistön mukaisuutta tai syyllisyyttä.

Eräänä koherenssihorisonttina on toisinaan nähty yleiskielisyys; oikea tahallisuusmalli olisi sopusoinnussa tahallisuuden yleiskielisen merkityksen kanssa. Lähellä tätä ovat argumentit siitä, vastaako malli luonnollista käsitystä tahallisuudesta. Rikoslakiprojekti kritisoi vuonna 1989 dolus eventualista tahallisuuden muotona mm. tahallisuuden yleiskieliseen merkitykseen viitaten.¹⁹⁴ *Insiktsuppsåttia* suosittanut *Straffansvarsutredningen* esitti puolestaan, Strahlia seuraten, vastaavan argumentin (yksinkertaista) todennäköisyydestä tahallisuutta vastaan:

Som Strahl har hävdat kan det också rent språkligt bjuda emot att döma någon till ansvar för uppsåttligt brott, som med fog kan invända att han inte trodde att det brottsliga resultatet skulle bli följderna av hans handlande, även om han insåg att det förelåg en övervägande sannolikhet för detta.¹⁹⁵

Toisaalta voidaan esittää sellainenkin käsitys, että rikosoikeudellisen tahallisuuskäsitteen yhtenevyys yleiskielen kanssa ei ole relevantti koherenssihorisontti. Se, että yritystahallisuuteen riittää tahallisuuden alinkin aste, voidaan ajatella tällaista käsitystä puolustavaksi.

Lainsäätäjän ja lainkäyttäjän toimintaa rajoittavat mm. perus- ja ihmisoikeudet. Ne perustelevat syyksiluettavuusvaatimuksen asettamista rikosoikeudessa,

¹⁹⁴ *OLJ 1/1989* s. 220–222.

¹⁹⁵ *SOU 1996:185a* s. 122 ja *Strahl 1976* s. 117–119. *Strahl 1976* s. 117 lisää: ”Om han handlar i förlitan på sin goda tur men annan likväl skadas genom explosionen, synes det obilligt och svärförenligt med gängse föreställningssätt och språkbruk att döma honom för uppsåttligt tillfogande av kroppsskada.”

ja niitä voitaisiin ehkä hyödyntää syyksiluettavuuden asteiden sisällön ja alan määrityksessä. On kylläkin harvinaista, että jotain tahallisuusmallia moitittaisiin perus- tai ihmisoikeuksien näkökulmasta. Hypoteettista tahtoteoriaa näyttää kritisoidun myös epähumanisuudesta¹⁹⁶. Suomalaisittain voitaisiin arvioida sitä, olisiko sellainen tahallisuusmalli ristiriidassa PL 1 §:ssä tarkoitetun ihmisarvon loukkaamattomuuden kanssa. Sekä tahallisuuden sisältönormi että vastuun toteuttamiseen tähtäävät prosessisäännökset – esimerkiksi kysymys vaadittavasta näytöstä – tulee muodostaa perusoikeus- ja ihmisoikeudet huomioon ottavalla tavalla.

Kansainvälinen oikeus on alkanut muodostua lainsäätäjälle yhä vahvemiksi koherenssihorisontiksi. Integraation syveneminen ja se mahdollisuus, että Euroopassa tulevaisuudessa on yhteinen rikoslaki, ovat merkinneet sitä, että lainsäätäjät seuraavat eurooppalaisia ratkaisuja entistä tarkemmin nyt myös siitä syystä, että varaudutaan yhteistyöhön rikosoikeuden alueella. EU:n sisäinen rikosoikeus olikin Straffansvarsutredningenin mielestä eräs argumentti insiktsuppsåtin puolesta. Eurooppalaisen rikosoikeuden huomioon ottaminen onkin nousmassa kriminalisointiperiaatteen asemaan.¹⁹⁷

Koherenssihorisontin asemassa voivat olla myös rangaistusteoriat, rikosoikeuden johtavat periaatteet ja kriminaalipoliittiset näkökohdat. Rangaistusteorioiden taustalla ovat toisaalta yleiset eettiset teoriat. Voidaan myös Jareborgin tavoin lähteä siitä, että tahallisuudella on suurempi rangaistusarvo kuin tuottamuksella, ja yrittää etsiä vastausta siihen, miksi näin on.¹⁹⁸

Tahallisuusmallit on liitetty eri rangaistusteorioihin. Niinpä hypoteettisen tahtoteorian on sanottu edustavan tekijäsyylisyyttä ja sopivan erityispreventiiviin ajatteluun. Todennäköisyystahallisuus taas on liitetty rationaalisuuteen, laskelemointiin ja hyötyetiikkaan; (negatiivinen) yleispreventio voidaan siten nähdä todennäköisyystahallisuuden näkökulmasta merkittävänä taustana. Positiivisen tahtoteorian voidaan taas katsoa liittyvän deontologiseen etiikkaan ja sitä kautta retribuutioon. Tekorikosoikeudellisesti suuntautunut usklassismi ei perusta rikosvastuun edellytyksiä erityispreventiiviselle ajattelulle. Hypoteettisen tahto-

¹⁹⁶ *SOU 1996:185a* s. 109.

¹⁹⁷ Ks. *SOU 1996:185a* s. 126. Sen mukaan "[e]tt insiktsuppsått förefaller också stå i bättre överensstämmelse med uppsåtsrekvisitet i andra jämförbara länder än det hypotetiska eventuella uppsåttet. I sammanhanget bör särskilt noteras att ett kvalificerat sannolikhetsuppsått förefaller att godtas inom den interna EU-straffrätten (se Vagn Greve, Den danske straffrätten i ett EF-perspektiv [...] 1993 s. 184). Även vad vi har benämnt som det internationella argumentet talar med andra ord för ett antagande av insiktsuppsåttet (se avsnitt 2.4)." Olisi ollut kiintoisaa tietää, millaisia malleja verrattavissa maissa on kodifioitu.

¹⁹⁸ *Jareborg 1988* passim.

teorian kaltainen malli ei juuri saa kannatusta tekorikosoikeudellisissa järjestelmissä¹⁹⁹.

Huomioon on kuitenkin otettava myös se rangaistusteoreettinen lähtökohta, joka – toisin kuin edellä mainitut – ei hyväksy rangaistuksen käyttöä. Kun rikosoikeudellisen järjestelmän lakkauttaminen ei ole näköpiirissä, voi abolitionisti tyytyä minimalistiseen asenteeseen: mitä vähemmän rikosoikeutta sen parempi. Tällainen näkemys puoltaa mahdollisimman kapeaa tahallisuuskäsitettä. Tosin tahallisuus ei kuitenkaan saa olla niin kapea, että seuraa tuottamuskriminalisointien vyöry.

Pragmaattisesti totuudenkaltaisen tahallisuusmallin avulla voidaan hahmottaa ja ratkaista riittävästi relevantteja kysymyksiä (ratkaisuvoima in abstracto). Ei ole riittävää, että tahallisuusmallin avulla voidaan ratkaista henkirikosten seuraustahallisuutta koskevat kysymykset. Yhtä lailla pitää voida hallita esimerkiksi talousrikoksiin liittyvät olosuhdetahallisuuskysymykset. Peittämisperiaate edellyttää, että tahallisuuden on peitettävä (ainakin) tunnusmerkistön mukaisuuden objektiivisen puolen tarkoittamat asiat. Oman erityisen haasteensa tahallisuusmalleille muodostavat juridiset oliot tahallisuuden kohteina.

Esimerkiksi henkirikosten tekijät ovat usein juovuksissa. Humala saattaa olla niin syvää, ettei tekijä aidosti tiedosta käyttäytymistään. Hyvä tahallisuusmalli – etenkin sellainen, jossa kognitiiviset kriteerit ovat ratkaisevassa asemassa – ei voi olla ottamatta huomioon humalan ja tahallisuuden välistä suhdetta.

Ei ole riittävää, että relevantit kysymykset voidaan ratkaista periaatteessa. Menestyksellinen tahallisuusmalli on sellainen, joka toimii myös prosessitodellisuudessa (ratkaisuvoima in concreto). Keskeisessä asemassa ovat näyttöön liittyvät ongelmat. Eräs keskeinen kysymys tuli esiin jo korrespondenssitotuu-den yhteydessä. Jos tahallisuusmalli ei perustu seikoille, jotka vastaavat maailman olosuhteita, tahallisuus ei ole näytettävissä. Sitä, mitä periaatteessa voitaisiin näyttää toteen, rajoittavat rikosprosessuaaliset todistelusäännöt. Ei ole luvalista käyttää peukaloruuvia tunnustuksen aikaan saamiseen, vaikka monesti on skeptisesti huomautettu, että tunnustus on niitä harvoja keinoja, joilla voitaisiin päästä vastaajan tekohehkisen subjektiivisen puolen sisään.

Pragmaattisen tahallisuusmallin tulisikin toisaalta voida ottaa huomioon myös syyttäjän asema. Syyttäjällähän on periaatteessa yksipuolinen ja täydellinen todistustaakka, vaikka monesti tuodaan esiin myös sitä, että subjektiiviset seikat ovat näytön kannalta erityisasemassa²⁰⁰. Muutoin yhtä hyvistä tahallisuusmalleista on syytä valita sellainen, joka mahdollistaa myös syyttäjän toiminnan.

¹⁹⁹ Ks. esim. Greve 1993 s. 184 ja Nuutila 1997 s. 222–223.

²⁰⁰ Frände 1999 s. 342.

5.2.4 Hyväksyttävyys

Voi olla useita tahallisuusmalleja, jotka tai joihin liittyvä argumentaatio selviytyy keskustelukelpoisuuden (rationaalisuus) vaatimuksesta ja jotka ovat totuudenkaltaisia. Näistä on järkevää valita sellainen tahallisuusmalli, joka on myös hyväksyttävä. Osa tähän liittyvistä argumenteista operoi sillä, mitä voidaan pitää tahallisuuden ”olemuksena”. Niinpä monen kirjoittajan mukaan tahallisuus on toimimista tieteen tahtoon. Tästä saatetaan päätellä, että tahallisuuteen kuuluu sekä kognitiivinen että volitiivinen momentti. Tämän puolesta voisi puhua myös se (systemaattinen argumentti), että tahallisuus on syyllisyyttä ja syyllisyys (tahdonmuodostuksen) moitittavuutta. Suurempi moitittavuus ei esimerkiksi Honkasalon mukaan voi perustua pelkkään mieltämiseen vaan siihen, miten tahto on suhtautunut miellettyyn²⁰¹.

Jotkut taas ovat sitä mieltä, että tahtomomentit edustavat ”pahan tahdon metafysiikkaa”. Tahallisuuteen kuuluu pelkkä mieltäminen. Tämän tyyppisen käsityksen edustajan tulee ehkä voida perustella se, miksi dolus determinatus on tahallisuutta, vieläpä raskaimman lajin tahallisuutta.²⁰²

Olemukseen ja hyväksyttävyyteen liittyvät myös edellä käsitellyt kysymykset yleiskielen ja luonnollisen käsityksen mukaisesta tahallisuudesta. Myös monia normatiivisia koherenssihorisontteja voitaisiin arvioida (myös) hyväksyttävyydskysymyksinä.

Tahallisuusmallin hyväksyttävyyttä voidaan lähestyä myös tarkastelemalla mallien seurauksia. Johtaako malli toisin sanoen hyväksyttäviin tuloksiin? Ensimmäisenä tähän kuuluvana alakysymyksenä voidaan argumentoida sillä, kuinka laajaan tai suppeaan syyksilukemiseen jokin malli johtaa (tahallisuuden ala). Voi vallita eri käsityksiä siitä, pitäisikö tahallisuuden olla alaltaan laajempi vai suppeampi. Tehokkuus ja syyttäjän asema saattavat edellyttää laajahkoa tahallisuuskäsitystä. Kun tahallisuuden ala määrittää osaltaan rangaistavan menettelyn alaa, on lainsäätäjän otettava huomioon ultima ratio -periaatteen vaatimukset. Näin tahallisuus saa olla alaltaan enintään niin laaja kuin on välttämätöntä. Välttämättömyysarviointissa otetaan tosin huomioon mm. se, että mitä kapeampi tahallisuus on, sitä suuremmat paineet kohdistuvat tuottamuksellisen menettelyn kriminalisointiin.²⁰³

Keskusteltaessa kriminaalipoliittisesti hyväksyttävästä tahallisuuden alasta on usein otettu annettuna, että erimielisyyttä ei synny siitä, mihin lopputuloksiin eri tahallisuusmallit johtavat. Tämä ei kuitenkaan ole selvää. Erimielisyyttä voi ai-

²⁰¹ Honkasalo 1967 s. 85.

²⁰² Ross on ottanut kysymyksen vakavasti. Hänen vastauksensa on selvä – ”hensigt er ikke forsæt”. Ks. Ross 1970 passim.

²⁰³ Ks. esim. Tulenheimo 1926 s. 21.

nakin käytännössä esiintyä myös siinä tapauksessa, että keskustelu on diskursiivisesti rationaalista.

HE:n 94/1993 mukaan yleissuuntauksena oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä voidaan pitää sitä, että ”tahalliseksi teoksi ei enää katsota pelkästään seurauksen mieltämistä ja välinpitämättömyyden suhtautumista siihen, vaan kehitystä tapahtuu tiukemman tahallisuusvaatimuksen suuntaan”. Sellaisena HE:ssä pidetään ”varsin todennäköisellä” operoivaa todennäköisyystahallisuutta, jonka kerrotaan olevan myös Tanskassa ja Norjassa sovellettu tahallisuusmalli.²⁰⁴

SOU 1996:185:ssa taas katsotaan, että siirtyminen tanskalais-norjalaiseen todennäköisyystahallisuuteen merkitsisi tahallisuuden alan olennaista laajenemista. Ehdotettu kapeampi tahallisuusmalli, insiktsuppsåt, puolestaan johtaisi samoihin tuloksiin kuin mihin *likgiltighetsuppsåt*ia soveltaen on päädytty.²⁰⁵

Käsitysten välinen ero on silmiinpistävä. Kyse on vieläpä esityömateriaalista.²⁰⁶ Tahallisuusratkaisuja tekevä rationaalinen lainsäätäjä ei voisi ohittaa tätä selvittämättä itselleen, mistä voi olla kysymys. Osin kyse voi olla rationaalisen keskustelun edellytyksistä. Jos välinpitämättömyystahallisuus ymmärretään niin, että välinpitämättömyyden käsite on tyhjä ja ilmenee jo tekoon ryhtymisenä, on käsitys mallin alasta toinen kuin jos sen sisältö ymmärretään samantekevyydeksi p:stä, joka täytyy aidosti todistaa. Myös esimerkiksi se, ymmärretäänkö usko/luottamus -p:n puuttuminen osaksi LU:ta, on merkittävää.

Sangen kiinnostavaa on, että esimerkiksi Saksassa katsotaan usein, että siellä keskustelussa mukana olevat eri mallit johtavat käytännössä pitkälti samanlaisiin tuloksiin²⁰⁷. Tämän suuntainen näkemys on toki tuttu myös Pohjoismaisesta keskustelusta.²⁰⁸

²⁰⁴ HE 94/1993 s. 88. Kenties vielä laajempi käsitys tahtoteorian alasta oli rikosoikeuskomitealla, jonka mukaan sen vallitsevaksi katsoma tahtomalli johtaisi tekijän ”erittäin epätodennäköisinä, melkein mahdottomina” pitämien ei-tavoiteltujen seurausten syyksilukemiseen tahallisina. KM 1976:72 s. 110. Tämän suuntainen käsitys dolus eventualiksesta näyttää siis olleen lainsäätäjän taustaoletuksena rikoslain kokonaisuudistuksen alkumetreiltä alkaen.

²⁰⁵ SOU 1996:185a s. 121–123 ja 139. Tätä ei muuta se, että myös todennäköisyys on Straffansvarsutredningenin mukaan likgiltighet-tapauksissa ollut erittäin korkea.

²⁰⁶ Vrt. myös rikosoikeuskomitean av:ssa 204 selostettua käsitystä *Andenæsiin* 1963a s. 4, joka lausuu yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden, hypoteettisen tahtoteorian ja suomalaisen tahallisuusmallin (positiv innvilgelsesteori) suhteista: ”Sneverst blir grensene for forsette trucket etter finsk teori, men meget vil her bero på hvilke beviskrav som stilles.”

²⁰⁷ Poikkeuksen muodostaa puhdasverinen mahdollisuusteoria. Teorian nykyedustajien mallit (ks. *Schmidhäuser* 1980) voivat kuitenkin johtaa melko samantapaisiin tuloksiin kuin muut keskustelussa esillä olevat teorit. Ks. *Jescheck – Weigend* 1996 s. 302 ja *Roxin* 1997 s. 380–382.

²⁰⁸ Ks. esim. *Andenæs* 1963a s. 4 ja *Ross* 1979 s. 149–150, joissa viitataan mm. siihen, että todennäköisyys on merkityksellinen myös hypoteettisen tahtoteorian soveltamisessa.

Tahallisuuden laajuutta yleensä koskevien argumenttien lisäksi argumentaatiossa esitetään usein erityisiä tapauksia, jotka osoittaisivat jonkin tahallisuusmallin virheelliseksi (tai tukisivat jotakin tahallisuusmallia). Hypoteettista tahtoteoriaa vastaan esitetään usein Lacmannin ampumakojutapaus ja kerjäläistapaus. Tämäntyyppisissä tapauksissa seurausta ei hypoteettisen tahtoteorian näkökulmasta aiheuteta tahallaan, vaikka kriitikon mielestä näin pitäisi olla.²⁰⁹

Mieltämisteoriaa vastaan taas on esitetty mm. lääkäriesimerkki ja petoesimerkki. Roxin ei näytä pitävän tapauksia ongelmallisina: ”Denn wenn die Operation und der Schuss die einzigen Mittel zur Rettung vor einem sonst sicheren Tode waren, sind beide Handlungen schon objektiv rechtmässig (sei es aufgrund von Einwilligung, mutmasslicher Einwilligung oder rechtfertigendem Notstand), so dass die Vorsatzfrage überhaupt nicht mehr auftritt.”²¹⁰ Vastausta on arvioitu edellä. Varsinkin edellytettäessä tahallisuudelta yleiskielen tai luonnollisen käsityksen mukaisuutta, ei ehkä riitä, että lääkäriä ja ampujaa ei jostakin rikosoikeudellisen vastuun muuhun elementtiin liittyvästä syystä in concreto tultaisi tuomitsemaan rangaistukseen. Luonnollinen käsitys ei pidä tahallisuutta menettelyä, jonka tarkoituksena on pelastaa kyseinen oikeushyvä.²¹¹ Kyseessä on esimerkki tapauksesta, jossa tekijä pitää seurausta ”varsin todennäköisenä”, mutta ei ole valmis uhraamaan tunnusmerkistön suojelemaa oikeushyvä²¹². Liiasta kapeudesta todennäköisyydestä tahallisuutta on taas kritisoitu venäläisen ruletin tyyppisiä esimerkkejä hyödyntäen.

Kuten edellä on sanottu, esiteltyllä argumentaatiomallilla ei varmaankaan päädytä yhteen ainoaan oikeaan tahallisuusmalliin. Tarkoituksena on saada tahallisuusargumentaation ryhdikkyyttä ja sitä kautta löytää ainakin hyvin perusteltuja tahallisuusmalleja. Mallissani argumentit on jaoteltu keskustelukelpoisuuden, totuudenkaltaisuuden ja hyväksyttävyyden pääryhmiin. Jos jokin argumentaatio ei ole loogisesti ja diskursiivisesti rationaalista (keskustelukelpoisuus), ei keskustelua kannata toistaiseksi jatkaa. Eri pääryhmiin sijoittuvia argumentteja on vaikea asettaa kovin vahvaan etusijajärjestykseen. Vaatimus mallin rakennuspuiden realistisuudesta (korrespondenssitotuudenkaltaisuus) tuntuu kuitenkin perustavanlaatuiselta. Sillä on heijastusvaikutuksia myös argumentaation muille osa-alueille.

Etenkin tahallisuusongelmia käytännössä ratkaisevat arvostaisivat sellaista tahallisuusmallia, joka olisi mahdollisimman toimiva ja käyttökelpoinen, prag-

²⁰⁹ Ks. esim. *Roxin 1997* s. 385–386.

²¹⁰ *Roxin 1997* s. 379.

²¹¹ Esim. *Honkasalo 1967* s. 85–86. Honkasalon esimerkissä ampuja on isä; tällöin hänellä on lapseen nähden vastuuasema, jolloin vastuu vapautta voidaan etsiä useampaa tietä kuin jos ampuja ei ole vastuuasemassa.

²¹² Vrt. *Nuutila 1997* s. 223.

maattisesti totuudenkaltainen. Esimerkiksi näytöllisiä ongelmia ei kuitenkaan välttämättä voida hyvälläkään tahallisuusmallilla aivan ratkaisevalla tavalla vähentää. Koherenssitotuudenkaltaisuuden vaatimus tuntuu vaatimuksista suhteellisimmalta; ihmisen luomuksena rikosoikeus ei ehkä ole sillä tavoin koherentti kokonaisuus, että sen tarjoamaan palapeliin välttämättä sopisi vain yhdenlainen pala. Vaatimus hyväksyttävyydestä on arvostuksenvarainen. Usein tuntuu löytyvän sellaisia vastaesimerkkejä, joista malli selviää enintään rimaa vahvasti hiipoen.

On erotettava kysymykset parhaasta mahdollisesta tahallisuusmallista ja siitä, onko tahallisuus syytä määritellä laissa. Se, että olisi olemassa totuudenkaltaisia tahallisuusmalleja tai jopa jokin ainoa oikea tahallisuusmalli, ei merkitse sitä, että se voitaisiin mutkattomasti ilmaista laissa. Oma kysymyksensä on sekin, mitä hyveitä rikosoikeudellisilla määritelmillä tulisi olla.

Määritelmän hyveinä voidaan pitää ainakin selvyyttä, yksinkertaisuutta ja havainnollisuutta (pedagogisuutta). Määritelmän pitäisi myös, jos mahdollista, olla ilmaistu positiivisin termein. Lisäksi sen tulisi noudatella rikoslaissa omaksettua kielellisiä konventioita. Voi olla, että tahallisuusmääritelmä ei voisi täyttää riittävästi kaikkia sanottuja vaatimuksia. Mikään ei esimerkiksi takaa, että tahallisuuden määritelmä voisi olla sekä konkreettinen, ratkaisutoimintaa ohjaava että aivan yksinkertainen, puettavissa muutamaaan sanaan. Voi olla, että asioita joudutaan selventämään esitöissä. Mitä enemmän jää selitettäväksi esitöissä, sitä vähemmän on onnistuttu toteuttamaan legaliteettiperiaatteen henkeä.

Lainsäätäjä on meillä vastikään ottanut kantaa yleisten oppien kysymyksiin. Seuraustahallisuus on säännelty RL 3:6:ssä mielestäni yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden mukaisesti. Olosuhdetahallisuuskään ei ole sääntelemättömässä tilassa, vaan sitä koskee RL 4:1. On lähellä katsoa, että myös se edellyttää yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta. Lähinnä selvillä olemisen kielellinen tulkinta ja RL 4:1:n negatiivinen muotoilu ovat perusteet, joilla kenties voitaisiin perustella yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta matalampaa kognitiivista vaatimusta.

Perusteltu tahallisuuskäsitys nojaa rationaaliseen tutkimukseen. Tahallisuuskäsityksen tulee perustua niin tahallisuusmallien, oikeuspoliittisesti merkittäviksi koettujen tilanteiden kuin mallien näkökulmasta relevanttien psykologisten seikkojen tuntemiseen. Perusteltu tahallisuusmalli on totuudenkaltainen edellä esitetyssä merkityksessä – sen rakennuspuut ovat realistiset, se ei ole ristiriidassa relevanttien koherenssihorisonttien kanssa ja se on ratkaisuvoimainen. Lisäksi se on hyväksyttävä.

Yhteisymmärrystä siitä, mikä malli olisi sellainen, ei ainakaan toistaiseksi ole, eikä välttämättä tule. Tässä tutkimuksessa ei ole edellytyksiä syventyä riittävästi esimerkiksi merkittäviin psykologisiin kysymyksiin. Näyttökysymykset tulevat luultavasti muodostamaan syyksilukemisessa sellaisen pysyvän ongelman, jo-

hon voidaan vain rajallisesti vaikuttaa, mikäli halutaan pitää kiinni sellaisista aineellisista vaatimuksista kuten relevanttien seikkojen ymmärtäminen tahallisuusvastuun edellytyksenä. Jossain määrin näyttöongelmia voidaan helpottaa hyödyntämällä teknistä kehitystä sekä käyttämällä näytölliset realiteetit huomioon ottavaa tahallisuusmallia ja ottamalla näyttömahdollisuudet huomioon tunnusmerkistöjen laatimisessa.

Yhteisymmärrystä tahallisuuden positiivisesta määrittelystä ei ole, mutta huomiota voidaan kiinnittää toisaalta myös luonnehdintoihin siitä, mitä riskin tiedostamisen alueella on pidettävä tuottamuksen puolelle jäävänä. Tässä huomio kiinnittyy siihen, että on sangen tavallista pitää tuottamuksellisena sitä, että tekijä uskoo tai luottaa -p²¹³. Tekijä, joka on tullut ymmärtämään p:n varteenotettavaksi ja konkreettiseksi mahdollisuudeksi, uskomatta tai luottamatta kuitenkaan -p, jättää p:n kohtalon avoimeksi. Se, joka uskoo tai luottaa -p, ei käsityksensä mukaan loukkaa oikeushyvää.²¹⁴

Voidaan pohtia, olisiko tällaisesta kriteeristä hyötyä tahallisuuden sisällön vähimmäisvaatimuksen kannalta. Sen lisäksi voidaan tarvittaessa asettaa yleisiä ja/tai rikostyyppikohtaisia lisäedellytyksiä. Sellaisten tarve riippuisi mm. sen tulkinnasta, minkälaisia tavoitteita lainsäätäjällä katsotaan olosuhdetahallisuuskysymyksessä olleen. Jos tavoitellaan jonkinlaista tahallisuuden alimman asteen yhtenäisyyttä, lisäedellytys voisi olla jokin sellainen, joka tekee p:n avoimeksi jättämisen tilanteen samanarvoiseksi kuin p:n pitäminen varsin todennäköisenä. Rikostyyppikohtaisia lisäedellytyksiä voitaisiin perustella esimerkiksi sellaisilla erityisen osan esityölausumilla, jotka selvästi edellyttävät kapeampaa tahallisuuskäsitystä kuin edellä luonnehdittu. Merkittävä voisi olla myös mm. ao. oikeushyvän kokonaissuoja (onko esimerkiksi tahallisuuden ohella myös tuottamus kriminalisoitu).

Uskon ja luottamuksen -p ongelmiin voi kuulua niiden tietty tulkinnanvaraisuus. Kuinka todennäköiseksi mielletty p voi olla, jotta usko -p olisi vielä mahdollinen? Saattaa olla, että usko -p:llä operoiva tahallisuusmalli pitäisi venäläisen ruletin tapausta tuottamuksena. Tämä ei kuitenkaan haittaa ratkaisevasti, sillä venäläisen ruletin tilanteessa kyse on seuraustahallisuudesta, joka on jo säännelty laissa – tavalla, joka tekee tapauksesta tuottamuksellisen. Myös lääkäri- ja petoesimerkissä malli johtaisi tahallisuuteen, mutta niissäkin kyse on seuraustahallisuudesta ja siis RL 3:6:ssä jo ratkaistusta kysymyksestä.

²¹³ Esim. *Otto 2004* s. 85. – Saman huomion on tehnyt *Vogel 2002* s. 142 sanoen Europa-Delikte-hankkeen yhteydessä rajanvedosta: "[s]ie läßt sich aber mit einer vordringenden Auffassung einigermaßen sicher 'von unten', nämlich von der bewußten Fahrlässigkeit her, bestimmen: Diese ist – weitgehend unstreitig! – durch das ernsthafte und subjektiv nachvollziehbare Vertrauen auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung gekennzeichnet."

²¹⁴ Ks. *Vogel 2002* s. 142.

Eräs ongelma voi olla se, että tekijät eivät välttämättä ota kantaa p:hen. Teon suorittaminen ei ehkä vaadi kannanottoa asiaan tai edes huomion kiinnittämistä siihen. Tekijä voi myös olla siitä täysin välinpitämätön. Voi myös olla, että tekijä on epämääräisesti huomionnut asian ottamatta siihen kuitenkaan kantaa. Edellytyksenä kuitenkin olisi, että tekijä ymmärtää jättävänsä p:n kohtalon avoimeksi. Epämääräiset mielteet eivät yllä tähän. Jos tekijä uskoo/luottaa -p, myöskään hänen välinpitämättömyydellään ei olisi merkitystä.²¹⁵

Voidaan havaita, että usko -p:n selittäminen tuottamukseksi voi merkitä suunnilleen samaa kuin vaarateoria tai kvalifioitu mahdollisuusteoria (konkreettinen, vakavasti otettava tms. mahdollisuus) tai saksalainen todennäköisyystahallisuus (todennäköisyys on enemmän kuin mahdollisuus mutta vähemmän kuin yksinkertainen todennäköisyys, ei-epätodennäköinen). Rikosoikeuskomitea halusi, ettei tahallisuutta pidetä (tarkoitustahallisuuden ulkopuolella) erittäin epätodennäköisinä tai ilmeisen epätodennäköisinä pidettyjä seurauksia. Mainituissa malleissa muotoillaan sellainen kognitiivinen kriteeri, joka ei tee pelkästä mahdolliseksi mieltämisestä tahallisuutta jättäen tilaa myös tiedostetulle tuottamukselle, muttei myöskään sitoudu esimerkiksi yksinkertaiseen todennäköisyystahallisuuteen. Kysymys on mm. siitä, millä tavoin tämäntyyppinen rajakriteeri voitaisiin muotoilla mahdollisimman selkeästi.

Yksi kysymys on se, mitä eroa luottamus -p:llä ja usko -p:llä mahdollisesti on. Tätä on sivuttu II luvussa. Luottamukseen -p saattaa sisältyä ajatus siitä, että teko tehdään sen vuoksi tai sillä edellytyksellä, että -p. Tämä viittaa p:n merkityksellisyteen tekijälle. Lisäksi luottamus voi viitata tiettyyn irrationaalisuuteen tai kevytmielisyyteen (luottamus onneen). Kevytmielisyyttä onkin usein pidetty tyypillisenä pikemminkin tuottamukselle kuin tahallisuudelle. Toisaalta pelkästään toivoa -p ei ole syytä pitää tahallisuusvastuusta vapauttavana, koska sillä ei ole toiminnallista merkitystä.

²¹⁵ Sen, ettei enää voi uskoa/luottaa -p voidaan sanoa merkitsevän rajakohtaa, jossa teon tekeminen ilmentää välinpitämättömyyttä p:stä, ellei siihen ole hyvää syytä. Sikäli kuin sellainen syy ei olisi oikeuttamisperuste, saatettaisiin kenties tarvita esimerkiksi jonkinlaista välinpitämättömyyden tms. lisäkriteeriä.

VI

TAHALLISUUDEN KOHTEESTA

1 Johdanto

Tahallisuusvaatimuksen kokonaismerkityksen ymmärtämiseksi on luonnollisesti tärkeää tietää, mihin kaikkeen tahallisuuden on ulotuttava, mikä on tahallisuuden kohde. Tahallisuuskeskustelussa on perinteisesti keskitytty seurauksiin tahallisuuden kohteena. Varsinkin henkirikokset ja siis surmaamistahallisuus ovat olleet esillä. Keskustelua on jopa pidetty yksipuolisena. Seuraustahallisuuden lisäksi puhutaan mm. olosuhdetahallisuudesta. Rikoksen edellyttäessä tahallisuutta sen tuleekin ulottua myös muuhun kuin vain seurauksiin.

Nyttemmin meillä on myös laissa asiaa koskevia säännöksiä, joiden tulkinasta pohjimmiltaan on kyse. Jareborgin konformiteettiperiaatteen mukaan rikosoikeudellinen vastuu edellyttää, että tekijä saattoi noudattaa lakia. Väitöskirjassaan *Handling och uppsåt* hän sanoo:

Kravet på att A skall ha haft tillfälle att utöva sin förmåga att rätta sig efter lagen ger upphov till åtminstone två allmänna regler. Dels måste han för att vara ansvarig ha förstått eller trott, att han företog respektive underlät just en viss sorts handling, dvs. handlingen eller underlåtenheten skall vara avsiktlig. Och dels måste han ha förstått eller trott, att ifrågavarande sorts handling var förbjuden respektive påbjuden i lagen. Härunder faller således vad som traditionellt omfattas av dolusläran.¹

Jos nämä edellytykset eivät toteudu, voi olla ongelmallista esimerkiksi sanoa, että tekijä valitsi tilanteessa lain rikkomisen. Tämänäyttypisten edellytysten asettamista voidaan puolustaa myös rangaistusteoreettisista lähtökohdista, viittamalla ansaintaan ja yleisprevention edellytyksiin.

Hyvin yleispiirteisen luonnehdinnan mukaan subjektiivisen tulee peittää objektiivinen. Tätä kutsutaan peittämisperiaatteeksi. Mainittu yleinen lähtökohta sisältää peruseriaatteen, jota on kuitenkin monessa suhteessa täsmennettävä ja konkretisoitava.

Nuutilan mukaan ”[p]eittämisperiaatteella tarkoitetaan sitä, että tahallisuuden on ”peitettävä” koko oikeudenvastainen teko”. Frände sanoo, että peittämisperiaatteeksi voidaan kutsua vaatimusta siitä, että ”[u]ppsåtet skall täcka alla de omständigheter (brottsmoment) som anges i den enskilda brottsbeskrivningen”.

¹ Jareborg 1969 s. 358–359.

Leijonhufvud ja Wennberg esittävät seuraavan luonnehdinnan: ”Enligt täckningsprincipen skall de objektiva rekvisiten vara täckta av subjektiva rekvisit.”²

Vaikka peittämisperiaatteen perusajatus on selkeä, vaikuttaa sen täsmällinen sisältö monisyiseltä. Tämä tulee esiin jo siteeratuissa luonnehdinnoissa. Onko kohteena oikeudenvastainen teko, tunnusmerkistössä kuvatut olosuhteet vai objektiiviset ”rekvisiitat”? Mitä merkitystä on sillä, puhummeko subjektiivisesta vai tahallisuudesta peittäjänä? Rikoshan sisältää muutakin subjektiivista kuin tahallisuuden (tai tuottamuksen). Tuleeko tahallisuuden kattaa mahdollisia muita subjektiivisia seikkoja (syyntakeisuus, motiivit jne.)? Jos tahallisuuden kohde määritellään esimerkiksi ”oikeudenvastaiseksi teoksi”, herää kysymys siitä, onko tahallisuuden kohdistuttava myös kyseessä olevan teon ominaisuuteen ”oikeudenvastainen”? Kysymys on siitä, noudatetaanko tahallisuusteoriaa (jolloin vastaus on myöntävä) vai syyllisyysteoriaa (jolloin vastaus on kieltävä).

Vaikuttaa siltä, että tahallisuuden tulee jollain tavoin kohdistua ainakin objektiivisessa tunnusmerkistössä kuvattuihin seurauksiin ja olosuhteisiin. Korostettakoon, että tahallisuuden kohteena eivät ole esimerkiksi objektiiviset tunnusmerkit tai niiden muodostama objektiivinen tunnusmerkistö, vaan ne oliot, se asiain-tila, joka ”toteuttaa” kyseisen tunnusmerkistön. Peittämisperiaatetta koskeviin suuriin kysymyksiin kuuluu, mihin muuhun tahallisuuden ehkä tulee kohdistua.

Peittämisperiaate täsmentyy perustein, jotka liittyvät yhtäältä olioiden ontologiseen luonteeseen, ominaisuuksiin ja merkityksiin sekä toisaalta rikoksen rakennepiiriin. On olemassa erilaisia olioita ja olioiden kombinaatioita. Olioilla on erilaisia ominaisuuksia. Olioita voidaan kuvata ja määritellä eri tavoin. Oliolla voi olla eri näkökulmista ja eri konteksteissa erilaisia merkityksiä.³ Rikoksen rakenteen jäsentäminen on tapahtunut eri aikoina ja eri maissa eri tavoin. Erilaisia tarpeita silmällä pitäen on ”löydetty” ja kehitetty erilaisia jäsenänsäkökohtia.

Teemaa lähestytään usein myös toista kautta, erehdysoppien näkökulmasta. Perinteinen lähtökohta on ollut, että tosiasiaerehdys poistaa tahallisuuden tai ainakin tahallisuusvastuun, oikeuserehdys sitä vastoin ei (ignorantia iuris nocet), paitsi ehkä siltä osin kuin oikeuserehdys voitiin rinnastaa tosiasiaerehdykseen⁴. Nykyään operoidaan, saksalaista terminologiaa ja dogmatiikkaa seuraten, tunnusmerkistöerehdyksellä (erehdys tunnusmerkistön toteutumiseen liittyvästä seikasta) ja kieltoerehdyksellä (erehdys teon kiellettyisyydestä). Tunnusmerkistöerehdys merkitsee sitä, että tahallisuusvaatimus ei täyty. Tunnusmerkistöereh-

² Nuutila 1997 s. 227, *Leijonhufvud – Wennberg* 1997 s. 33 ja *Frände* 2001 s. 132.

³ Ks. myös jaksoa II.4.1.

⁴ Ks. esim. *KM* 1976:72 s. 109, jonka mukaan tärkeimmän tosiasiaerehdykseen rinnastettavan ryhmän muodostavat ne tapaukset, joissa oikeuserehdys koskee jotakin rangaistussäännöstä täydentävää oikeussääntöä, esimerkiksi varkaussäännöstä sovellettaessa omistusoikeuden siirtymistä koskevia sääntöjä.

dystä saatetaan kutsua (tunnusmerkistö-) tahallisuuden mieltämiselementin kääntöpuoleksi tai jopa peilikuvaksi. Kysymys onkin mm. siitä, kuinka täydellinen tuollainen peilikuvasuhte mahdollisesti on.

Tahallisuuteen ja peittämisperiaatteeseen kuuluu myös kysymys siitä, milloin peittävyys tulee olla käsillä. Perinteinen vastaus kuuluu: tekohetkellä. Tästä seuraa ennen kaikkea se, että jälkikäteinen tahallisuus (*dolus subsequens*) ei kelpaa. Periaatteessa myöskään etukäteinen tahallisuus (*dolus antecedens*) ei kelpaa. Poikkeuksena voivat olla jotkin *actio libera in causa* -tilanteet, jolloin toisaalta tekohetkikin voidaan ehkä määritellä alkavaksi jo siitä hetkestä, kun tahallisuus oli käsillä. Seurausrikoksissa on katsottu, että tekohetki on toiminnan hetki, tahallisuuden ”sammuminen” seurauksen odottamisen aikana ei lievennä vastuuta. Asetelmaa saattaa mutkistaa ”luonnollisesta katsantokannasta” lähtevä rikosten yksiköintioppi, joka mahdollistaa sen, että toiminnankin aika voi ulottua kuukausien, ehkä jopa vuosien ajalle. Kysymystä ei käsitellä lähemmin tässä tutkimuksessa.

Puhe tahallisuuden kohteesta voi sisältää ajatuksen siitä, että tahallisuus on muuttumaton suure, jonka tulee kohdistua riittävään joukkoon rikosoikeudellisen vastuun näkökulmasta relevantteja seikkoja. Periaatteessa estettä ei kuitenkaan ole sille, että tahallisuuden sisältö ainakin jossain määrin elää kohteensa mukaan. Tämä tulee esille jo tahallisuuden jakamisessa eri asteisiin ja jaottelussa seuraustahallisuuteen ja olosuhdetahallisuuteen; tarkoitustahallisuuden katsoaan voivan koskea vain seurauksia. Voi myös olla, että tahallisuuden sisältö – esimerkiksi vaadittava mielletyn todennäköisyyden aste – vaihtelee, kuten Waaben on katsonut. Alexandersonin mukaan tahallisuusmallit ovat lähtökohtaisestikin lähinnä työhypoteeseja.

Tähän liittyvät myös eräät ”kompensaatiokysymykset”. Voiko esimerkiksi *dolus determinatus* johtaa siihen, että sallitun riskin rima asetetaan alemmas kuin jos kyseessä olisi tahallisuuden alin aste? Voidaanko tahallisuudessa ottaa huomioon oikeudenvastaisuustietoisuus siten, että jos tekijä tietää tekotyypin olevan kielletty tai peräti rangaistava, esimerkiksi todennäköisyystahallisuuden rimaa voitaisiin laskea verrattuna siihen, että tekijä toimi (paremmin tai huonommin perusteltavissa olevan) kieltoerehdyksen vallassa?

Ennen vuotta 2004 rikoslaissa ei ollut yleisiä säännöksiä peittämisperiaatteesta. Sitä koskevat säännöt ja periaatteet on siis jouduttu muotoilemaan muiden oikeuslähteiden perusteella. Oikeustieteeseemme on tässäkin vahvasti vaikuttanut saksalainen dogmatiikka. Saksalaisessa rikosoikeudessa puolestaan on keskustelussa ollut legaalikiinnekohta jo ennen nykyisiä StGB 16–17 §:ää vuoden 1871 StGB 59 §:ssä. Nytemmin rikoslaissamme on useampiakin periaatteen sisältöön vaikuttavia säännöksiä. Niitä ovat etenkin seuraustahallisuutta koskeva RL 3:6, tunnusmerkistöerehdyistä koskeva RL 4:1, kieltoerehdyistä koskeva RL 4:2 ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva RL 4:3. Säännökset ratkaisevat

eräitä peittämisperiaatetta koskevia – suuriakin – kysymyksiä. Toisia ne jättävät enemmän auki. Lisäksi ne luovat tiettyjä tulkintakysymyksiä.

Seuraavassa tahallisuuden kohdetta koskevaa kysymystä tarkastellaan eräiltä osin hieman lähemmin. Edellä on todettu, että peittämisperiaate täsmentyy – ja tahallisuuden kohde rajautuu – yhtäältä kohteena olevien olioiden luonteen, toisaalta rikoksen rakenneopillisten näkökohtien mukaisesti. Aloitan esityksen sekä tahallisuuden kohteen luonteen että rikoksen rakenneopillisten asioiden kannalta suuresta periaatteellisesta kysymyksestä siitä, kuuluuko teon oikeudenvastaisuus tahallisuuden kohteisiin (jakso 2). Oikeudenvastaisuudella tarkoitetaan tällöin historiallisen tapahtumainkulun (teon) suhdetta oikeusjärjestykseen: teko on tai ei ole oikeudenvastainen. Oikeudenvastaisuuteen liittyy myös se, että rikoksen rakenneoppi sijoittaa historiallisen tapahtumainkulun useaan lokeroon. Se osa siitä, joka toteuttaa tunnusmerkistön, sijoitetaan tunnusmerkistön mukaisuuteen. Jos tapahtumainkulkuun liittyy sellaista, joka toteuttaa oikeuttamisperusteen, se sijoittuu oikeudenvastaisuuteen. Peittämisperiaatteen näkökulmasta kyse on tältä osin siitä, onko myös oikeuttamisperusteen perustava seikasto (tai sellaisen puuttuminen) tahallisuuden kohteena vai ei. Tätä kysymystä, jonka arviointiin jaksossa 2 tarkasteltavan periaatteellisen kysymyksen ratkaisu voi vaikuttaa, käsitellään konkreettisemmin vasta myöhemmissä jaksossa.

Jaksossa 3 keskitytään peittämisperiaatteeseen. Tunnusmerkistökategorioita jaotellaan erilaisiin ryhmiin, kuten objektiivisiin ja subjektiivisiin, positiivisiin ja negatiivisiin sekä deskriptiivisiin ja normatiivisiin. Etenen näitä ryhmittelyjä hyödyntäen. Kukin niistä tuo esiin peittämisperiaatteen kannalta huomionarvoisia seikkoja. Peittämisperiaatteessa on kyse objektiivisen peittämisen subjektiivisella. Positiivinen ja negatiivinen liittyvät yhtäältä asioiden kuvaustapaan ja toisaalta äsken sivuttuun kysymykseen oikeuttamisperusteen perustavista seikoista, joiden ei-käsilläoloa on lähestytty mm. negatiivisina tunnusmerkistökategorioina. Deskriptiivisiä ja normatiivisia tunnusmerkkejä koskeva tarkastelu merkitsee 2 jakson makrotason keskustelun jatkamista konkreettisemmin mikrotasolla. Erehdysoppi on tahallisuuskustelun kääntöpuoli ja liittyy elimellisesti peittämisperiaatteeseen kokonaisuudessaankin. Lainsäätäjän erottelu tunnusmerkistö- ja kieltoerehdykseen luontuu hyvin tarkasteltavaksi deskriptiivisten ja normatiivisten seikkojen yhteydessä. Jakson 3 lopussa käsitellään vielä lainsäätäjän ratkaisun myötä aiempaa merkittävämmäksi nousutta jaottelua seuraukset – muut seikat.

Jaksossa 4 tarkastellaan sitä, kuuluuko oikeuttamisperusteisiin subjektiivinen puoli, mikä kysymys aktualisoituu etenkin siinä tapauksessa, että oikeuttamisperusteita koskevat olosuhteet tai niiden puuttuminen eivät ole tahallisuuden kohteena. Jaksossa 5 palataan kysymykseen oikeudenvastaisuuden roolista mieltämisen kohteena.

2 Oikeudenvastaisuustahallisuus?

Teko on tunnusmerkistön mukainen, jos käsillä ovat seikat (oliot), jotka mahtuvat tunnusmerkistökuvauksen piiriin. Oikeuttamisperuste merkitsee sitä, että käsillä ovat seikat (oliot), jotka vastaavasti toteuttavat jonkin oikeuttamisperusteen ("sallimistunnusmerkistön"). Tunnusmerkistön mukainen teko, johon ei sovellu mikään oikeuttamisperuste, on oikeudenvastainen. Oikeudenvastaisuus ei siis ole jokin luonnollinen olio tai ominaisuus, vaan oikeusjärjestyksen tietyille tilanteille antama oikeudellinen luonnehdinta. Oikeudenvastaisuus ei seuraa tunnusmerkistön toteuttavien olioiden käsilläolosta ja oikeuttamisperusteen toteuttavien olioiden poissaolosta suoraan, vaan lain välityksellä.

Yksi tahallisuuden kohdetta koskevia perustavia kysymyksiä on, tuleeko tahallisuuden kohdistua myös teon oikeudenvastaisuuteen. Toisin sanoen, kuuluuko tahallisuuteen normaalin teon olosuhteita koskevan tahallisuuden lisäksi tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta?

Kysymykseen on kaksi perusvastausta. Tahallisuusteoria vastaa siihen myöntävästi. Tahallisuuteen kuuluu tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta. Syyllisyysteoria taas on kielteisellä kannalla. Tämä ei kuitenkaan ratkaise sitä, vaaditaanko oikeudenvastaisuustietoisuutta kenties tahallisuudesta erillisenä elementtinä ja mikä sellaisen sisältö olisi. Syyllisyysteoriankin kannattajien rikoksen rakenneopissa on lokero "oikeudenvastaisuustietoisuus", mutta tahallisuudesta erillisenä syyllisyysselementtinä. Se, mitä syyllisyysteoreetikot oikeudenvastaisuustietoisuudelta edellyttävät, on kuitenkin usein lähinnä eräänlaista potentiaalista mieltämistä, mahdollisuutta mieltää teon oikeudenvastaisuus.⁵

Tahallisuus- ja syyllisyysteorioiden juuri luonnehdittujen perusmallien näkökulmasta kiinnostavia ovat seuraavat osakysymykset:

- edellyttääkö tahallisuus oikeudenvastaisuustietoisuutta?
- jos ei, asetetaanko tahallisuudesta erillinen oikeudenvastaisuustietoisuuden vaatimus?
- mikä on oikeudenvastaisuustietoisuuden, jos sellaista edellytetään, sisältö, kuuluipa se tahallisuuteen tai vaadittiinpa sitä tahallisuudesta erillään?
- mitä seuraa, jos edellytetty oikeudenvastaisuustiedon vaatimus ei täyty?

⁵ Potentiaalinen tietoisuus kuuluu mieltämisen syvyyssuuntaiseen arviointiin. Tietoisuusvaatimuksen "heikentämistä" voisi tapahtua muissakin suunnissa. Huomioon on otettava korkeussuunta (kuinka todennäköisenä jotain on pidettävä), pituussuunta (kuinka pitkälle, tässä oikeudenvastaisuuteen, tietoisuuden tulee ulottua), näytöllinen aspekti samoin kuin eri rikostyypeissä mahdollisesti tarvittava erilainen käsittely. Näitä аспектеja esitellään hiukan lähemmin jakson loppupuolella. "Tietoisuus" on jakson kontekstissa tekninen termi.

Tahallisuusteoria on usein liittynyt sellaiseen rikoksen rakennemalliin, jossa tahallisuus on syyllisyyskysymys. Tahallisuuden ja oikeudenvastaisuustietoisuuden pitäminen erillään on istunut luontevasti sellaiseen modernimpaan rikoksen rakenteeseen, jossa tahallisuus on jo osa tunnusmerkistön mukaisuutta ja siten vääryystyyppiä koskeva asia; oikeudenvastaisuustietoisuutta koskeva kysymys kuuluu syyllisyyteen.

Millaisin argumentein yhtäältä tahallisuusteoriaa, toisaalta syyllisyysteoriaa voidaan puolustaa ja vastustaa? Tahallisuusteoriaa voidaan puolustaa mm. katso-malla, että tahallisuuteen liittyy tietoista uhmaa oikeusjärjestystä vastaan. Tahallisessa rikoksessa tulee ilmetä paha tahto. Oikeudenvastaisuuden mieltämisessä voidaan nähdä suorastaan tahallisuuden ydin.

Modernin rikosoikeuden isä P. J. A. Feuerbach tunnetaan muun muassa ns. psykologisen pakon teoriasta. Sen mukaan ihmisen halu tehdä rikos voidaan kumota sillä, että hän tietää, että rikoksesta seuraa paha, joka on suurempi kuin se haitta, jota rikollisen teon tekemättä jääminen hänelle merkitsee⁶. Malli edellyttää, että teolle on laissa asetettu rangaistusuhka ja että lainrikkoojaa rangaistaan⁷. Tuolloin oli ollut jo pitkään käynnissä kehitys, jossa julkiset ja raa’at kuoleman- ja ruumiinrangaistukset vähitellen korvautuivat vähemmän raa’alla ja julkisella rangaistusten täytäntöönpanolla vankilassa. Feuerbachin malli sopi pelotuspreventiiviseksi malliksi uudelle ajalle, jolla pelote tuli löytää muualta kuin rangaistuksen näkyvästä ja pelottavasta täytäntöönpanosta – laista.⁸

Mallin näkökulmasta tuntuu luontevalta, että rikosoikeudellisen vastuun tulee edellyttää oikeudenvastaisuuden, oikeastaan jopa rangaistavuuden ja rangaistuksenkin yksityiskohtaista mieltämistä. Feuerbach lähtikin siitä, että dolukseen liittyy kielletyn seurauksen tavoittelemisen ohella tietoisuus teon (tavoittelemisen) lainvastaisuudesta (rangaistavuudesta). Välillisessä (*mittelbar*) huolimattomuudessa tekijä ei oikeudenloukkauksen aiheuttavan teon hetkellä ollut tietoi-

⁶ Oppikirjansa §:ssä 13 Feuerbach toteaa: ”Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antriebe zur That entspringt.”

⁷ Ks. lähemmin *Feuerbach 1832* §§ 12–18; viimeksi mainitun yhteydessä Feuerbach katsoo, että oikein ymmärretty pelotusteoria sopii hyvin yhteen Benthamin yleisen hyödyn periaatteen kanssa.

⁸ *Feuerbachin 1832* § 140 mukaan rangaistuksen täytäntöönpanon tuli kuitenkin tapahtua julkisesti lain uhkauksen tehostamiseksi. – Feuerbachin käsityksistä ja merkityksestä ks. lähemmin *Utriainen 1984* s. 4–18, josta kriittisesti *Backman 1984* s. 624–626, ja *Frände 1989* s. 108–116 sekä *Backman*, joka mm. toteaa, että Feuerbach omaksui Thomas Hobbesilta psykologisen pakon perusajatuksen, että rangaistusuhat olemassaolollaan ehkäisevät rikollisuutta, *1976* s. 70–77 ja *1992* s. 38–44.

nen teon vaarallisuudesta tai rangaistavuudesta. Tietoisuus rangaistavuudesta ei ollut syyllisyyden yleinen edellytys, vaan liittyi vain dolukseen ja välittömään tuottamukseen. Ymmärryksellä varustettujen henkilöiden osalta tietoisuus rangaistussäännöksistä saatiin presumoida, etenkin mitä tulee tekoihin, jotka yleensä kaikkialla on kriminalisoitu. Dolusta ja culpa ei (muilta osin) saanut presumoida.⁹

Tahallisuusteorian keskeisimpiin kehittäjiin kuuluneen Karl Bindingin näkemys liittyy vahvasti hänen normiteoriaansa, joka myös merkitsi oikeuspositivismin huipentumaa rikosoikeudessa. Bindingin normiteoria lähtee siitä, että normi, joka kieltää tai käskää oikeusalamaisia johonkin, edeltää (käsitteellisesti, muttei aina ajallisesti) kriminalisointia ja on olemassa siitä riippumatta. Normi ei välttämättä ole lakiin kirjattu. Norminvastainen teko on oikeudenvastainen. Kriminalisointi merkitsee norminvastaisen menettelyn säätämistä rikokseksi ja kertoo, mitä seuraamuksia tekoon liittyy. Kriminalisointi ei ole imperatiivi, joka käskää tai kieltää oikeusalamaisia tekemästä jotakin. Rikoksentekijä ei myöskään riko kriminalisointia vastaan tehdessään rikoksen.¹⁰

Velvollisuus normin noudattamiseen ei johdu normin syntymisestä, vaan siitä, että oikeusalamainen saa tiedon kyseisestä normista. Oikeusalamainen voi osoittaa kuuliaisuutta normia kohtaan vasta saatuaan siitä tiedon. Norminvastainen menettely ei ole delikti, ellei tekijä ollut selvillä ao. normista. Bindingille olikin luonnollista edellyttää syyllisyyden raskaammalta lajilta tahallisuudelta tietoisuutta teon oikeudenvastaisuudesta (norminvastaisuudesta, kiellettyisyydestä). Joka tekee teon siitä huolimatta, että on selvillä sen kiellettyisyydestä, osoittaa halveksuntaa lakia kohtaan. Ilman normitietoa hänellä taas ei ollut kykyä sen noudattamiseen. Tietämättömyys teon deliktiluonteesta merkitsee tahallisuuden puuttumista. Toisaalta ei ole syytä vaatia tietoa teon rangaistavuudesta. Rangaistussäännöshän ei ole normi, jota vastaan tekijä rikkoo. Relevanttia on tietoinen norminrikkominen.¹¹

⁹ Ks. lähemmin *Feuerbach 1832* §§ 54–60 ja 84–91. Kuten Feuerbachin kantakin osoittaa, eivät korkeat aineellisoikeudelliset kriteerit vielä ratkaise syyksilukemisen todellisia edellytyksiä, vaan huomioon on otettava myös mm. näytölliset näkökohdat. *Serlachius 1897* s. 3–4 viittaakin esityksensä siihen, että Feuerbach presumoi vaaditun lakitiedon, joskin myös katsoo, että Feuerbachin panos aihetta koskevassa keskustelussa oli siihenastisista merkittävin. Ks. myös *Utriainen 1984* s. 9–18. – Tapauksessa, jossa tekijällä oli dolus suhteessa tiettyyn oikeudenvastaiseen seuraukseen, mutta teko johti toiseen seuraukseen, johon nähden tekijällä oli huolimattomuus, tahdonmuodostusta voitiin kutsua nimellä culpa dolo determinata; *Feuerbach 1832* § 60.

¹⁰ *Binding 1890* s. 3–7, 19–22, 44–45, 70, 132–134 ja 225–229. Normiteoriasta sekä Bindingin käsitteistä ja merkityksestä ks. myös *Backman 1976* s. 105–116 ja *Backman 1992* s. 44–50.

¹¹ Ks. *Binding 1877* s. 60–71, 117, 466–478 ja 487–500, *Binding 1890* s. 92–93, *Binding 1916* s. 909–927 ja 935–968 ja *Binding 1918* s. 176–184. – Jaottelu tosiasia- ja oikeuserehdykseen on kestämaton. Paljaat tosiasiat eivät ole kiinnostavia, ja havaittavassa kiinnostavaa on ei-havaittava, ts. havaittavan suhde oikeusjärjestykseen, sen oikeudellinen merkitys. Tietoisuutta teon deliktiluonteesta ei saavuteta aistihavainnoin. Deliktirehdys voi johtua puuttuvasta tai virheellisestä

Johdantokappaleessa siteeratun, Jareborgin konformiteettiperiaatetta koskevan lausuman voidaan myös katsoa puolustavan, vaikkei ehkä suoraan tahallisuusteoriaa niin ainakin sitä, että tahallisuusvastuun pitäisi edellyttää oikeudenvastaisuustietoisuutta. Samansuuntaisesti myös rikosoikeuskomitean käsityksen mukaan ”[s]yylisyysperiaatteelle perustuvassa järjestelmässä olisi johdonmukaista samaistaa tosiasia- ja oikeuserehdys”¹². Rikosoikeudessa on ylipäättään enenevästi korostettu syyllisyysperiaatetta, minkä voitaisiin tulkita tukevan tahallisuusteoreettista asennoitumista.

Oikeudenvastaisuustietoisuus ainakin tahallisten rikosten rangaistavuuden edellytyksenä luontuu hyvin sekä pelotus- että integraatiopreventiivisiin rangaistuksen perusteluihin. Jos tekijä on selvillä siitä, että aiottu teko on kielletty tai jopa rangaistava, on hänen luonnollisesti helpompi valita lainkuuliainen menettely kuin jos hän ei ole tästä tietoinen. Sama koskee edellytyksiä pitää tiettyä tekoa paheksuttavana ja sisäistää paheksuttavien toimintamallien välttämistä. Vaatimus on liitettävissä myös retributiivisiin rangaistuksen perusteluihin.¹³

Tahallisuusteorian konkreettisiin rikoslainopillisiin etuihin kuuluisi se, että ei tarvitsisi ryhtyä erottelemaan erilaisia erehdystilanteita. Kaikki erehdykset, koskivatpa ne tosiasiallisia tai oikeudellisia asioita, joiden seurauksena tekijä ei ymmärtänyt tekonsa oikeudenvastaisuutta, johtaisivat nimittäin samaan tulokseen, tahallisuuden puuttumiseen. Tämä on merkittävä etu ottaen huomioon, että

käsityksestä jostakin seikasta, joka luonnehtii kiellettyä tekoa, sillä tällainen erehdys (*Quellirrtum*) johtaa deliktiluonnetta koskevaan erehdykseen, mutta kyse voi myös olla pelkästään tuota deliktiluonnetta koskevasta erehdyksestä (kieltoerehdys). StGB 59 § sääntelee juuri deliktierihdyistä. Ks. lähemmin *Binding 1918* s. 112–146 ja 295–306. – Bindingin mukaan myös roomalaisen oikeuden mukaan kiellosta tietämättömyys merkitsi doluksen puuttumista; ks. lähemmin *Binding 1877* s. 310–337. – Vain tietämättömyys normista vapautti vastuusta sellaisenaan, ei sen sijaan tietämättömyys normin ja siitä tehtävän poikkeuksen välisestä rajasta; vain edellisessä velvollisuusmotiivi puuttuu kokonaan. Ks. lähemmin *Binding 1877* s. 68–69 ja *1890* s. 92–93, joilla esiintyvää arpa-jaistilannetta on myöhemminkin käytetty esimerkkinä. – Nekin, jotka ovat sinänsä hyväksyneet oikeudenvastaisuustietoisuuden tahallisuuteen kuuluvaksi, ovat saattaneet kritisoida Bindingin teoriaa sikäli kuin se on edellyttänyt juuri rikotun normin tuntemista eikä vain teon mieltämistä oikeudenvastaiseksi; ks. *Binding 1877* s. 403 ja *1890* s. 91, *Serlachius 1897* s. 67 ja *Beling 1906* s. 182. Ei toisaalta ole olemassa yleistä deliktia eikä näin ollen myöskään yleistä tietoisuutta oikeudenvastaisuudesta, vaan kyseessä tulee olla tietoisuus tietyn oikeusvelvollisuuden loukkaamisesta; ks. *Binding 1918* s. 135–137. Bindingin ajatus tuo mieleen syyllisyysteorian puitteissa nyttemmin elävän opin (potentiaalisen) oikeudenvastaisuustietoisuuden jaettavuudesta (*Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins*). – Bindingin vaikutus tulee selvästi esille mm. Serlachiuksen väitöskirjassa (1897), jonka sivulla 6 todetaan, että Binding ”ovedersägligen bevisat bland annat, att skuld omöjligan kan tänkas utan kännedom om en förpliktande norm”. Bindingin normiteoriasta ks. *Backman 1976* s. 114–116. Ks. myös mm. *Utriainen 1984* s. 59–61, 89 ja 100–104.

¹² *KM 1976:72* s. 108.

¹³ Ks. esim. *Gerland 1922* s. 100–103. *Mezger 1933* s. 330 sanoo: ”Würde das geltende Recht mit dem Schuldgedanken wirklich ernst machen, so müßte es zum Vorsatz die Kenntnis der Strafbarkeit der Handlung fordern.”

tahallisuusrelevanttien ja tahallisuuteen vaikuttamattomien erehdysten erottelu on osoittautunut hyvin vaikeaksi.¹⁴

Tahallisuusteoriaa vastaan on esitetty kriittisiä huomautuksia. Usein rikokset, jopa hyvin vakavat, tehdään kiihtymystilassa ja mielenkuohussa. Tällöin tekijälle sinänsä tuttu kielto ei tule hänen mieleensä saati, että hän tuollaisessa tilanteessa kykenisi pohtimaan kysymystä teon oikeudenvastaisuudesta. Tuomioistuini joutuisi, tahallisuusteorian vaatimukset vakavasti ottaessaan, hylkäämään syytteen tällaisissa tapauksissa. Lainsäätäjä ei kuitenkaan ole halunnut vapauttaa kiihtymystilassa tehtyjä tekoja tahallisuusvastuulta.¹⁵

Vakaumuksellisilla rikoksentehtäjillä ja taparikollisilla olisi oikeudelle vihamielinen perusasennoituminen, eivätkä he näin olisi enää kykeneviä ymmärtämään tekoaan oikeudenvastaiseksi. Moitittavassa kieltoerehdyksessä toiminutta voitaisiin rangaista vain silloin, kun myös tuottamus on rangaistavaa. Tuottamuksellisen rikoksen rangaistusasteikko voi vähäisen moitittavuuden tilanteissa olla riittävä, mutta on tilanteita, joissa kieltoerehdys ei juuri vähennä syyllisyyttä.¹⁶

Tahallisuusteoriaa vastaan saatettaisiin edelleen huomauttaa, että syyttäjän olisi usein vaikeaa, ellei mahdotonta, näyttää vääräksi vastaajan väitettä oikeudenvastaisuutta koskevasta erehdyksestään. Näin vastuusta vapautuminen pelkän virheellisen väitteen avulla olisi helppoa. Bagatellirikkomuksissa tekijät eivät useinkaan ole selvillä siitä, että teko oli kielletty, jolloin syyte tulisi tahallisuusteorian mukaan hylätä.

Syyllisyysteoreetikot katsovat kuitenkin, että syyllisyysperiaate (moitittavuus, toisin toimimisen mahdollisuus) edellyttää jonkinlaista vastuuuhtoa lokeroon ”oikeudenvastaisuustietoisuus”. Tämä vastuuuhto on mahdollisuus havaita menettelynsä oikeudenvastaisuus, ts. eräänlainen potentiaalinen tieto. Se on syyllisyysperiaatteen kannalta riittävä edellytys, sillä ihminen on vastuussa ratkaisujensa oikeellisuudesta sosiaalis-eettisen kykynsä rajoissa.¹⁷

Eri argumenttien paikkansapitävyydestä ja todistusvoimasta voidaan luonnollisesti keskustella. Esimerkiksi BGH tuntui asettavan tahallisuusteorian kritiikisään teorian edellyttämälle todelliselle mieltämiselle korkeat vaatimukset; vain tekohetkellä aktuaalisesti mielessä oleva olisi tahallisuusteorian edellyttämää mieltämistä. Voidaan kysyä, eikö tietoisuuden syvyysulottuvuudelle aseteta tällöin suurempia vaatimuksia kuin esim. olosuhdetahallisuuden yhteydessä.¹⁸

¹⁴ Ks. *Gerland* 1922 s. 105.

¹⁵ Näin BGH merkkipaalaratkaisussaan vuodelta 1952; BGHSt 2 s. 206.

¹⁶ Ks. BGHSt 2 s. 206–208.

¹⁷ *Welzel* 1969 s. 162.

¹⁸ Esim. *Welzel* 1969 s. 160 korostaa, että tekijä on useimmiten tekohetkellä selvillä tekonsa oikeudenvastaisuudesta samaan tapaan kuin hän osaa vaikkapa yhteenlaskusäännöt ajattelematta niitä nimenomaan. Tahallisuuteen kuuluvan tietoisuuden muodon kannalta tuollainen inaktiivinen,

Tahallisuus- ja syylisysteorioiden perusmallit muodostavat vain kaksi perustavaa positiota. Teorioiden elementit mahdollistavat erilaisten modifioitujen mallien muotoilun. Erilaiset pro et contra -näkökohdat voivat tällöin ainakin osin painottua eri tavoin. Voi olla hyödyllistä lyhyesti tarkastella, minkälaisia muotoja elementit ehkä voisivat saada.

Asiassa on perustava aineellinen ja näytöllinen puolensa. Mitä yksityiskohtaisempi käsitys tekijällä on tekonsa paitsi tosiasiallisesta myös oikeudenvastaisesta luonteesta, sitä parempi tilaisuus hänellä on välttää kiellettyjä tekoja. Oikeudenmukaisuusnäkökohdat voisivat puoltaa korkeiden aineellisten oikeudenvastaisuustietoisuutta koskevien vaatimusten asettamista.

Mitä korkeammat vaatimukset aineellisessa suhteessa asetetaan, sitä suurempien näyttövaikeuksien edessä syyttäjä on, mikäli näissäkään kysymyksissä lähdetään syyttäjän täydestä ja yksinomaisesta näyttövelvollisuudesta. Oikeudenvastaisuustiedon erityiseen ongelmallisuuteen näytölliseltä kannalta vaikuttaa olennaisesti se, että tekotilanne ei muodosta samalla tavalla keskeistä näytöllistä pohjaa kuin perustahallisuuden näytössä. Rikosopissa saatetaan tosin lähteä siitä, että tunnusmerkistön mukaisuudella on ”varoituskäyttö” teon oikeudenvastaisuuden suuntaan. Tehokkuusnäkökohdat näyttäisivät puoltavan matalampia aineellisia vaatimuksia tai/ja poikkeuksia näyttöä koskevista vaatimuksista (sikäli kuin viimeksi mainitut ovat sallittuja). Joka tapauksessa aineelliset kriteerit on syytä muotoilla sellaisiksi, että rajallisia näyttöresursseja ei tuhlaa, ts. kohdisteta sellaisiin seikkoihin, jotka menevät esim. pitemmälle kuin mitä rikosoikeudelliset perusteet edellyttävät.

Oikeudenvastaisuustahallisuutta tai -tietoisuutta koskeva keskustelu on osa tahallisuuden ”pituussuuntaista” sisältöä. Kuitenkin oikeudenvastaisuustietoisuuden sisältöä voidaan arvioida niiden eri ulottuvuuksien näkökulmasta kuin tahallisuutta yleensäkin.

Periaatteessa merkittävää on ensinnäkin, kuinka korkealle mieltämisvaatimuksen tulee yltää; riittääkö esimerkiksi jo oikeudenvastaisuuden mahdollisena pitäminen, edellytetäänkö ehkä todennäköisyyttä vai suorastaan varmuutta? Syvyysuunnassa on mahdollista edellyttää aktuaalista mieltämistä tai antaa latentin ”myötätiedon” riittää. Mikäli potentiaalinen tietoisuus riittää, ollaan asiallisesti tuottamuksen puolella, ja nimitys oikeudenvastaisuustietoisuus alkaa ehkä tuntua harhaanjohtavalta. Pituussuunnassakin on erilaisia vaihtoehtoja. Näiden elementtien kombinaatiosta muodostuu vaatimuksen aineellinen sisältö. Mutta aineellinen vaatimus on vasta oikeutta paperilla. Huomioon on myös otettava näyttö: se, operoidaanko normaaleilla näyttösäännöillä, muodostuu vaatimuksen

vain aktualisoitavissa oleva tietoisuus ei kuitenkaan riitä, vaan kelvollinen on vain todellinen, aktuaalinen tietoisuus.

käytännön merkityksen kannalta ratkaisevaksi. On vielä viideskin, ”waabenilainen” ulottuvuus. Ei ole sanottua, että sen paremmin aineellinen kokonaisvaatimus kuin näytöllinenkään vaatimus olisi kaikissa rikoksissa tai tyyppitilanteissa sama.

Erityisesti näytön näkökulmasta on otettava huomioon toimintaympäristön muutos. Ihminen geneettis-biologisena oliona ei ole sanottavasti muuttunut siitä, millainen hän oli esimerkiksi ajanlaskumme alussa. Sen sijaan hänen sosiaalis-yhteiskunnallinen ympäristönsä on olennaisesti toisenlainen. Aiemmin yhteiskunta oli staattinen, hidasliikkeinen ja kansallinen. Elämä oli yksinkertaisempaa ja toimintamahdollisuudet rajallisempia. Oli myös vähemmän säädöksiä ja määräyksiä. Koulutustaso oli alhainen; luku- ja kirjoitustaito on muodostunut itsensänselvyydeksi vasta viime vuosisadalla. Moraalikoodi oli yhtenäisempi. Nyt yhteiskunta on dynaaminen, nopeasti muuttuva ja kansainvälinen. Elämä on monimutkaisempaa ja toimintamahdollisuudet ovat laajat. Säädökset ja määräykset muodostavat alati laajenevan ja tihentyvän viidakon. Moraali on pluralistista, mihin on vaikuttanut kansainvälistyminen sekä yhtäältä monien uskontokuntien kirjo ja toisaalta maallistuminen.

On joukko tekoja, jotka on yleensä kaikkina aikoina ja kaikissa yhteiskunnissa koettu sosiaalisesti sietämättömiksi. Nämä usein mala in se -rikoksiksi kutsutut teot kuten tappo, varkaus ja raiskaus muodostavat rikosoikeuden ydinalueen. Säädösten jatkuva lisääntyminen merkitsee kriminalisointien lisääntymistä mm. blankotekniikan käytön myötä. Uudet kriminalisoinnit koskevat usein rikkomusluonteisia tekoja kriminalisoinnin tarpeen, siinä määrin kuin asiaa on ylipäättään pohdittu, perustuessa pikemminkin tarkoituksenmukaisuuteen kuin tekojen sosiaaliseen sietämättömyyteen. Tällaisia voidaan kutsua mala prohibita -rikoksiksi. Moraalin pluralisoituminen merkitsee sen ja rikosoikeuden kosketuspintojen vähenemistä. Se, mikä on rangaistavaa, oli mainituista syistä aiemmin paremmin yleisesti tunnettua. Nykyään kukaan ei ole selvillä siitä, mikä kaikki on rangaistavaa.

Palataan takaisin oikeudenvastaisuustietoisuutta koskevan edellytyksen ulottuvuuksiin. Pituussuunnassa keskustelu on, aiheen nimenkin mukaan, koskenut etenkin teon oikeudenvastaisuutta mieltämisen kohteena. Muitakin mahdollisuuksia on. Ajateltavissa olisi mm. seuraavia vaihtoehtoja mieltämisen kohteena.

- teko on rangaistava x:nä (ja siitä on säädetty rangaistus y)
- teko on rangaistava
- teko on oikeudenvastainen (kielletty)
- teko on eettisesti väärä
- teko on sosiaalisten tapojen vastainen
- teko on rangaistuksen arvoinen.

Vaatimus siitä, että tekijä on selvillä tekonsa rangaistavuudesta tiettyinä rikoksena ja siitä seuraavasta rangaistuksesta mahdollistaisi periaatteessa melko optimaalisesti valintojen teon. Kriteeriä on pidetty kuitenkin liian yksityiskohtaisena, ei vähiten näyttöongelmien vuoksi. Lähinnä vain juristit voisivat syyllistyä moniin rikoksiin.

Astetta lievempänä tietoisuusvaatimus kohdistettaisiin teon rangaistavuuteen yleensä, ts. ilman että vaatimuksen tulisi kohdistua rangaistavuuteen tiettyinä rikoksena ja vieläpä rangaistukseenkin. Tätäkin on pidetty liian ankarana kriteerinä.¹⁹

Seuraava taso eli oikeudenvastaisuus on se, jolla perinteisesti on operoitu. Perusteluna on, että teon oikeudenvastaisuus on positiivisen oikeuden näkökulmasta keskeinen rajapyykki. Joka on riittävästi selvillä tekonsa oikeudenvastaisuudesta, osoittaa merkittävää negatiivista suhtautumista oikeusjärjestykseen. Jo tämä raja ratkaisee kysymyksen siitä, menetelläänkö lainkuuliaisesti vai ei. Riittävä käsitys oikeudenvastaisuudesta mahdollistaa valinnan lainmukaisen ja sen vastaisen käyttäytymisen välillä – tieto rangaistavuudesta on ylimenevää ”eksteraa”, joka ei enää ole sanotusta näkökulmasta välttämätöntä.

Oikeudenvastaisuus on jossain määrin epämääräinen ja sopimuksenvarainen kriteeri. Oikeudenvastaisuus saattaa käydä ilmi nimenomaisesta säännöksestä tai vasta muitakin oikeuslähteitä tulkitsemalla. Joskus vasta kriminalisointi perustaa menettelyn oikeudenvastaisuuden. Oikeudenvastainen menettely voi eri tilanteissa olla eri tavoin sanktioitu. Vaadittavaa oikeudenvastaisuutta täsmennetään toisinaan puhumalla sanktoidusta oikeudenvastaisuudesta; rikosoikeudellisen oikeudenvastaisuustietoisuuden kohteena olisi teon sellainen oikeudenvastaisuus, että se (voi) johtaa sanktioihin, olivatpa ne sitten rikos- tai esim. vero-oikeudellisia.

Oikeudenvastaisuusvaatimusta on tapana saksalaisessa kirjallisuudessa kvalifioida tunnusmerkistöliityntäiseksi oikeudenvastaisuudeksi. Ajatuksena on, että ”yleinen” oikeudenvastaisuus ei riitä, vaan oikeudenvastaisuus tietyn tunnusmerkistön näkökulmasta. Tällainen kvalifioitu oikeudenvastaisuus lähenee rangaistavuutta tietoisuuden kohteena.

Eettinen vääryys voisi olla kiinnostava kriteeri, varsinkin jos puhe olisi luonnonoikeudesta ja rikoksista sen näkökulmasta. Rikosoikeus on kuitenkin positiivista oikeutta. Moraalisen vääryyden ja rikosoikeudellisen vääryyden alat eivät ole yhtenevät. Kaikkea moraalitonta ei ole kriminalisoitu, ja kriminalisointiperiaatteisiin luetaan päinvastoin usein moraalikriminalisointien kielto. Jotkin kriminalisoinnit taas voivat olla moraalisesti väärän tuntuisia. Jatkuvasti kasvavalle

¹⁹ Esim. *Mezger 1933* s. 330–331 perusteli tätä tavallista kantaa sillä, että StGB 59 § edellytti rikoksen edellytysten, muttei seuraamusten, mieltämistä.

mala prohibita -rikosten joukolle on puolestaan tyypillistä, ettei niiden tarkoittamilla teoilla ole moraalista väriä. Moraalisesta pluralismista taas johtuu, että ylipäättään puhe moraalista jonkinlaisena yhtenäisenä oliona ja moraalisesti oikeasta ja väärästä on vähintäänkin pulmallista. Moraalinen vääryys ei siten kelpaa oikeudenvastaisuuden yleiseksi indikaattoriksi.

Sosiaalisten tapojen mukaisuus on sekin ongelmallinen kriteeri. Käsite on epämääräinen. Mikään ei takaa moitittavien tapojen ja rangaistavien tekojen alan yhtenevyyttä. Tavalla on tosin tietty merkityksensä jonkinlaisen sopivuuden ja tarkoituksenmukaisuuden indikaattorina.

Rangaistuksen arvoisuudella tarkoitan sitä, että oikeusvaltion kriminalisointiperiaatteiden soveltaminen todennäköisesti johtaisi ao. menettelyn kriminalisointiin, ellei se sitä jo olisi. Oikeusvaltion kriminalisointiperiaatteisiin kuuluu mm. se, että teko loukkaa (vaarantaa) oikeudellisesti suojattua etua. Kyseessä olisi jonkinlainen materiaallinen oikeudenvastaisuus. Kriteeri on houkutteleva. Eräs ongelma on kuitenkin se, että lainsäätäjä tuottaa paljon sellaisiakin kriminalisointeja, joiden perustellisuus kriminalisointiperiaatteiden näkökulmasta vaikuttaa kyseenalaiselta. Erityisesti näin on rikoslain ulkopuolisissa blankokriminalisoinneissa, joiden säätämiselle on tosin pyritty asettamaan reunaehtoja.²⁰

Mieltämisen syvyydessä on mahdollisuus operoida eri portailla, kuten aktuaalisella, latentilla ja potentiaalisella mieltämisellä. Merkitystä on myös sillä, vaaditaanko mahdolliseksi, todennäköiseksi vai varmaksi mieltämistä. Mitä yhden elementin suhteen valitaan, on merkityksellistä toisten kannalta. Niinpä vaadittaessa todellista mieltämistä on esimerkiksi selvää, että jo oikeudenvastaisuuden mieltäminen todennäköiseksi mahdollistaa valinnan, joka ilmentää suhtautumista oikeusjärjestykseen. Mutta jos todellista mieltämistä ei lainkaan vaadita, vaan tyydytään tekijän mahdollisuuteen olla asiasta selvillä, ei ole yhtä helppo nähdä, miksi tällaisen potentiaalisenkin tietoisuuden riittävä kohde olisi oikeudenvastaisuus eikä esimerkiksi rangaistavuus. Mahdollisesti vaatimus kvalifioidusta oikeudenvastaisuudesta voidaan nähdä jonkinlaisena kompensaationa sille, että mieltämisen syvyydessä saatetaan tyytyä potentiaaliseen mieltämiseen. Kompensaatiota voidaan suorittaa myös mm. edellyttämällä tahallisuudessa melko pitkälle menevää menettelyn sosiaalisen merkityksellisyyden ymmärtämistä.

Keskeinen on myös näytöllinen ulottuvuus. On esimerkiksi aivan eri asia vaatia täyttä näyttöä rangaistavuuden todellisesta mieltämisestä kuin tyytyä oikeudenvastaisuuden potentiaaliseen mieltämiseen, joka sekin olisi presumoidusti

²⁰ Ks. *LaVL 5/1994* PeVM 25/1994:n liitteenä 1 s. 27–28, *Nuuttila 1997* s. 51–54 ja *Frände 2004* s. 38–46.

käsillä, ellei jutussa ole ilmennyt konkreettisia syitä vaatia asiasta aktiivista todistelua.

On ilmeistä, että yleisten sääntöjen asettamista on omiaan vaikeuttamaan rangaistavien tekojen erilaisuus. Murha on oikeudenvastaisuustietoisuuskysymysten kannalta eri asemassa kuin jokin bagatellirikkomus. Murhassa voitaisiin huoletta asettaa niin aineelliset kuin näytöllisetkin vaatimukset melko korkealle ottaen huomioon, että muut kuin pikkulapset ja syyntakeettomat tietävät teon ankarasti rangaistavaksi²¹. Toisin on monien vähäisten rikkomusten laita, ja eri elementtien ”säättäminen” oikeaan kohtaan vaatii jo pohdintaa. Voitaisiin pyrkiä laatimaan erilaisia sääntöjä erilaisia tyyppitilanteita silmällä pitäen. Vaihtoehtoisesti voidaan yrittää muodostaa yleinen sääntö, jolloin rima tulee ehkä asetettavaksi melko alas, jotta perusteettomia vastuuaukkoja ei pääse muodostumaan.

Niin Suomessa (RL 4:2) kuin Saksassakin (StGB 17 §) lainsäätäjä valitsi syyllisyysteoreettisen lähtökohdan. Oikeudenvastaisuustietoisuus ei kuulu tahallisuuteen vaan se on erillinen syyllisyyteen kuuluva kysymys. Potentiaalinen tietoisuus riittää. Oikeudenvastaisuustietoisuuden sisältöön palataan vielä kieltoerehdyksen yhteydessä (jakso 5). Tahallisuuteen kuuluvaa mahdollisesti kompensatorista merkityksellisyyden ymmärtämistä taas käsitellään jaksossa 3.

Syyllisyysteorialla on selvä käsitys oikeudenvastaisuustietoisuuden ja kääntäen kieltoerehdyksen luonteesta ja asemasta. Oli kuitenkin eräs toinenkin tahallisuuden ja oikeudenvastaisuuden suhdetta koskeva kysymys, nimittäin se, tuliko tahallisuuden kohdistua oikeuttamisperusteen toteuttaviin seikkoihin ja miten, kääntäen, oli suhtauduttava niitä koskeviin erehdyksiin.

Tahallisuusteorialle kaikki erehdykset oikeudenvastaisuudesta olivat tahallisuuskysymyksiä. Sen näkökulmasta esimerkiksi putatiivihätävarjelu merkitsi siis tahallisuuden puuttumista. Tekijä voitiin tuomita tuottamuksellisesta teosta, jos sellaisen edellytykset toteutuivat. Ns. ankaran syyllisyysteorian mukaan taas kaikki oikeudenvastaisuutta koskevat erehdykset olivat syyllisyyskysymyksiä, eivät tahallisuuskysymyksiä. Virheelliseen käsitykseen hätävarjelutilanteen käsilläolosta tuli soveltaa kieltoerehdystä koskevia sääntöjä.

Ankaran syyllisyysteorian johtopäätös oli siis tässäkin ankarampi kuin tahallisuusteorian. Putatiivihätävarjelijan vapauttaminen tahallisuusvastuusta on kuitenkin ollut meillä perinteinen kanta. Jos tätä pidetään hyväksyttävänä lopputuloksena samalla kun halutaan pitää kiinni syyllisyysteoreettisesta peruslähtökohdasta, on syytä edustaa muuntyyppistä kuin ankaraa syyllisyysteoriaa. Tilanteen kehittymiseen palataan jaksossa 4.

²¹ Aktuaalista mieltämistä ei tosin voida vaatia.

3 Peittämisperiaate ja sen toteuttaminen

3.1 JOHDANTO

Peittämisperiaatteen lähtökohtana on, että subjektiivisen tulee peittää objektiivinen. Tahallisuuden puuttuessa käsillä on erehdys. Tekijä voi kuitenkin erehtyä monessa suhteessa. Erehdyksiä voidaan jaotella monesta näkökulmasta. Erehdysten merkitys vaihtelee huomattavasti siten, että eräillä erehdyksillä on rikosvastuun kannalta keskeinen merkitys, kun taas toisilla ei sitä ole. Joillakin erehdyksillä on vastuuta enemmän tai vähemmän vähentävä vaikutus. Jotkin erehdykset vaikuttavat sellaisenaan. On myös erehdyksiä, joilla on merkitystä kvalifioituna; erehdys oli perusteltu tai anteeksiannettava. Toisinaan erehdyksellä tarkoitetaan sekä puuttuvaa että virheellistä käsitystä jostakin, toisinaan vain jälkimmäistä.

Erilaisista erehdyksistä tahallisuuden kognitiivisen puolen kääntöpuoli on nimenaan tunnusmerkistöerehdys. Merkittävä raja on, että tahallisuuden ei tarvitse kohdistua teon arviointiin oikeudenvastaiseksi (saati rangaistavaksi). Erehdys oikeuttamisperusteen (ja anteeksiantoperusteen) perustavista seikoista on (ainakin) hätävarjelun, pakkotilan ja voimakeinojen käytön osalta säännelty erikseen RL 4:3:ssä. Tuo erehdys ei merkitse sellaisenaan tahallisuuden puuttumista, vaan edellyttää ensinnäkin perustelluisuutta ja toisekseen vaikuttaa (vain) tahallisuusvastuun poistavasti. On mahdollista, että oikeuttamisperusteen oikeudenvastaisuuden poistava vaikutus edellyttää myös subjektiivista puolta.

Selväksi tahallisuuden kohdealueeksi jäävät objektiivisen tunnusmerkistön in concreto toteuttavat seikat. Tunnusmerkkejä on jaoteltu eri tarkoituksiperiä varten eri tavoin, esimerkiksi objektiivisiin ja subjektiivisiin, deskriptiivisiin ja normatiivisiin sekä positiivisiin ja negatiivisiin. Erityistä pedagogista merkitystä on ensin mainitulla jaottelulla, sillä peittämisperiaatteessa on kyse objektiivisen ja subjektiivisen (tunnusmerkistön) kohtaamisesta. Jaottelut ovat periaatteessa erillisiä, ja objektiivinen voi olla samalla deskriptiivinen tai normatiivinen samoin kuin positiivinen tai negatiivinen. Muut jaottelut tuovatkin uusia näkökulmia peittämisperiaatteeseen. Jaottelu deskriptiivisiin ja normatiivisiin tunnusmerkkeihin kiinnittää huomiota siihen, että mieltämisen kohteiden ollessa erilaisia myös mieltämisen tavat voivat olla erilaisia – pelkkä aistein havaittavien olioiden havaitseminen ei ole tyhjentävää tahallisuutta. Jaottelu kiinnittää myös huomiota rajanvetoon tunnusmerkistöerehdyksen ja kieltoerehdyksen välillä.

Tunnusmerkit voidaan siis ensinnäkin jakaa objektiivisiin ja subjektiivisiin. Edellisiin kuuluu esimerkiksi tunnusmerkki ”teräase” (RL 16:17), jälkimmäisiin ”toista vahingoittaakseen” (RL 36:1). Toisen ryhmittelyn muodostaa tunnusmerkkien jakaminen positiivisiin ja negatiivisiin. Kyse ei ole arvotuksesta, vaan positiivinen tunnusmerkki on sellainen, jonka mukaan jotain on, negatiivinen taas sellainen, jonka mukaan jotain ei ole. Useimmat tunnusmerkit ovat tässä mielessä positiivisia. Negatiivista tunnusmerkkiä edustakoon vaikkapa ”ilman sen laillisen haltijan lupaa” (RL 37:8). Kolmannen jaottelun muodostaa tunnusmerkkien jakaminen deskriptiivisiin eli kuvaileviin ja normatiivisiin eli arvottaviin tunnusmerkkeihin. ”Juna” on esimerkki deskriptiivisestä, ”ihmisarvoa loukaavat olosuhteet” on taas normatiivinen tunnusmerkki.

Eri tunnusmerkkejä voidaan arvioida eri jaottelujen näkökulmista. ”Raitiovaunu” (RL 23:3) on objektiivinen, positiivinen ja deskriptiivinen tunnusmerkki, ”raaka väkivalta” (RL 17:17) puolestaan objektiivinen, positiivinen ja normatiivinen, ”ilman laissa edellytettyä lupaa” (RL 48:1) objektiivinen, negatiivinen ja normatiivinen (tai deskriptiivinen) ja ”terroristinen tarkoitus” (RL 34a:1) subjektiivinen, positiivinen ja normatiivinen.

Tunnusmerkistö merkitsee yleensä usean tunnusmerkin kokonaisuutta. Jaottelujen ominaisuudet ovat ideaalityyppejä, ja käytännössä sijoittelu tuohon tai tähän luokkaan ei välttämättä ole yksiselitteistä. Onkin sanottu, että useat tunnusmerkit eivät olisi puhtaasti kuvailevia tai puhtaasti arvottavia, vaan molemmat elementit olisivat usein edustettuina. Tosin jo se, mikä on yksi ja mikä usea tunnusmerkki, on pitkälti sopimuksenvaraista.

Tunnusmerkit ovat olioiden kuvauksia. Jos oliolla olisi vain yksi tarkka kuvaus, ei ehkä olisi kovin tarpeellista pitää erillään oliota ja kuvausta. Näin ei kuitenkaan ole, vaan oliolla voi olla useita eri näkökulmista olevia erilaatuisia kuvauksia²². Tämän(kin) vuoksi on merkittävää, kumpi on tahallisuuden kohde – olio vai kuvaus, tunnusmerkin ”toteuttava” seikka vai tunnusmerkki. Tässä lähdetään siitä, että kohteena on olio, ei kuvaus.

Voi tuntua jossain määrin oudolta operoida tällöin kuvausten luokitteluilla, kun tahallisuuden kohteena on todellisuudessa kuitenkin olio eikä kuvaus. Perinteisesti näin on kuitenkin tehty. Luokittelut avaavat joka tapauksessa tärkeitä näkökulmia. Ne mm. kertovat mitkä olion ominaisuuksista ovat lainsäätäjän mielestä merkittäviä. Kun tahallisuus edellyttää myös merkityksen ymmärtämistä, tulee olion ja kuvauksen ero suhteellisemmaksi ja kapeammaksi.

²² Esimerkiksi rauhaa voidaan kutsua myös sodan puuttumiseksi. Edellinen on positiivinen kuvaus (jotain on), jälkimmäinen negatiivinen (jotain ei ole).

3.2 SUBJEKTIIVINEN JA OBJEKTIIVINEN

Tunnusmerkistöissä voidaan erottaa sekä objektiivista että subjektiivista ainesta. Objektiivisia seikkoja ovat esim. ”tavara” (mm. RL 46:4), ”moottorikäyttöinen kulkuneuvo” (RL 28:9a) sekä ”avain ja tiirikka” (RL 28:12a). Esimerkkinä subjektiivisesta tunnusmerkistä on tapana mainita anastustarkoitus. RL tuntee monia tunnusmerkkejä, joissa on kyse tarkoituksesta tai tietämisestä.²³

On myös sängen runsaasti tunnusmerkkejä, joissa on sekä objektiivinen että subjektiivinen elementti. Esimerkiksi ”värväämiseen” (mm. RL 13:3), ”valmistamiseen” (mm. RL 17:17) ja ”salaamiseen” (mm. RL 39:2) kuuluu luontevasti sekä objektiivinen että subjektiivinen elementti; voisi jopa olla vaikeaa yrittää riisua niistä toinen pois.

Merkittävää on, että tahallisuuden tulee yleisen käsityksen mukaan kohdistua lähinnä vain objektiivisiin tunnusmerkkeihin (tunnusmerkistön toteuttaviin objektiivisiin olioihin). Vastaavasti tunnusmerkistöerehdys koskee puuttuvaa ja virheellistä käsitystä tällaisista seikoista. Tunnusmerkistön toteuttavat subjektiiviset oliot eivät yleensä ole tahallisuuden kohteita²⁴. Tämä koskee kuitenkin lähinnä tekijään itseensä liittyviä subjektiivisia seikkoja. Jos ne liittyvät toisiin, ne ovat tahallisuuden kohteita (esim. toisen erehdys petoksessa)²⁵.

Sitä, miksi tahallisuuden ei tarvitsisi kohdistua tekijään itseensä liittyviin subjektiivisiin tunnusmerkistön toteuttaviin seikkoihin, ei aina perustella. Katsotaan ehkä, että tällaiset seikat eivät useinkaan voi mielekkäästi olla tahallisuuden kohteena. Niiden tulee luonnollisesti olla itse käsillä, vaikkei tahallisuuden tarvitsisikaan erikseen kohdistua niihin.²⁶

Subjektiiviset tunnusmerkit voidaan jakaa esimerkiksi neljään ryhmään seuraavasti. Kriminalisointien tarkoitustunnusmerkit viittaavat usein sellaisiin asioihin, esimerkiksi tulevaan toimintaan, joka itsessään ei kuulu tunnusmerkistöön. Tarkoitus viittaa tällöin tunnusmerkistön ulkopuolelle. Esimerkiksi petoksen tunnusmerkistöön kuuluu hyötymistarkoitus muttei tuon tarkoituksen toteutuminen. Tällaisissa tapauksissa subjektiivinen ja objektiivinen eivät täysin peitä

²³ RL tuntee monia tietämiseen liittyviä ilmaisuja. Niitä on mainittu jaksossa II.1.4.1 av. 16. Sen sijaan RL ei enää tunne ilmaisuja ”vastoin parempaa tietoaan/tietoansa”, jolla mm. vanhat RL 26 ja 27 luvut operoivat.

²⁴ Jescheck – Weigend 1996 s. 292–296, Stratenwerth 2000 s. 132 ja Wessels – Beulke 2000 s. 71. Vrt. Engisch 1954 s. 132–133.

²⁵ Roxin 1997 s. 423–425 ja Tröndle – Fischer 1999 s. 119.

²⁶ Roxin 1997 s. 226 ja 423. Ehkä on niin, että vaatimus esimerkiksi mieltämiseen kohdistuvasta mieltämisestä ei vaikuttaisi sen paremmin teon vääryyteen kuin moitittavuuteenkaan. Omiin psyykkisiin tapahtumiin kohdistuva mieltäminen saattaa ylipäättään tuntua kummalliselta.

toisiaan vaan subjektiivinen puoli on laajempi. Voidaan puhua ylimenevistä tarkoitustunnusmerkeistä (*överskjutande avsiktsrekvisit, überschießende Innentendenz*).

Useissa tunnusmerkistöissä viitataan jonkin asian tietämiseen. Näissä tapauksissa tunnusmerkistön toteutuminen edellyttäneen yleensä vastaavaa objektiivista asiaintilaa (tietäminen implikoi totuutta). Kolmantena ryhmänä mainittakoon objektiivis-subjektiiviset asiat kuten värvääminen ja salaaminen. Neljännen ryhmän muodostavat muut subjektiiviset tunnusmerkit.

Subjektiiviset tunnusmerkit saattavat muistuttaa tahallisuuden asteita. Sellaisia tunnusmerkkejä ovat esimerkiksi tarkoitukset ja tietäminen. Tietämistä käsitellään usein kvalifioituna tahallisuuden muotona. Jos tietäminen on enemmän kuin mitä tahallisuus vähimmillään muuten vaatii, erillistä tahallisuuskatetta ei kyseiseen objektiiviseen seikkaan nähden enää tarvita.

Myös muut subjektiiviset elementit asettavat joko yhtä suuret, suuremmat tai pienemmät edellytykset kuin perustahallisuus. Ei ole in abstracto helppo sanoa, mihin värvätä, salata tai muut subjektiiviset seikat sijoittuvat tällaisella skaalalla. Tarkastelu on suoritettava in casu. Lähtökohta kuitenkin on, että tahallisuuden tulee kohdistua kaikkeen tunnusmerkistön toteuttavaan objektiiviseen ainekseen, johon ei jo muutenkin kohdistu sellainen subjektiivinen elementti, joka asettaa vähintään yhtä korkeat vaatimukset kuin tahallisuus.

Lainsäätäjä käyttää toisinaan tunnusmerkkejä tyyppiä ”laittomasti”, jotka herättävät kysymyksen rajanvedosta tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden välillä. Ainakin saksalaisessa keskustelussa tehdään nykyään rajaa myös kolmanteen kategoriaan, syllisyteen. Katsotaan nimittäin, että eräät tunnusmerkit ovat syllisyystunnusmerkkejä. Tyypillisenä esimerkkinä mainitaan tappamisen tapahtuminen ”aus Mordlust”. Sen katsotaan siis liittyvän moitittavuuteen eikä vääryyteen. Se, luonnehtiiko tunnusmerkistössä mainittu seikka vääryyttä vai moitittavuutta ratkaisee seikan sijoittumisen tunnusmerkistön mukaisuuteen tai syllisyteen. Nyrkkisääntönä on mainittu, että asian liityntä kysymykseen ”mistä” (syystä) ja ”mihin” (tarkoitukseen) viittaisi usein moitittavuuteen, kysymykseen ”miten” taas vääryyteen. Syllisyystunnusmerkkien rooli on kasvamaan päin. Tämän on selitetty liittyvän yhtäältä tekijäpersoonallisuuden korostamiseen tekorikosoikeudellisesta peruslähtökohdasta huolimatta (rikosoikeuden individualisoituminen) ja toisaalta haluun erotella deliktityyppejä eettisin perustein (rikosoikeuden eettistytminen).²⁷

Se, pidetäänkö jotain subjektiivista seikkaa tunnusmerkkinä vai syllisyteen vaikuttavana, ei prima facie ole kovin merkittävää tahallisuuden kohdetta koskevan keskustelun näkökulmasta, koska lähinnä vain objektiivista pidetään tahallisuuden kohteena. Jos voi olla olemassa objektiivisia syllisyystunnusmerkkejä,

²⁷ Haft 1994 s. 45–46 ja 141–142.

herää kysymys siitä, tuleeko tahallisuuden kuitenkin kohdistua niihinkin tai vaaditaanko ehkä jonkinlaista vastaavaa subjektiivista syyllisyselementtiä. Objektiivinen syyllisyystunnusmerkki voi merkitä lainsäätäjän vähempää moitittavuutta koskevaa kumoamatonta oletusta. Tällainen olisi käsillä lapsensurmassa verrattuna tappoon.²⁸

3.3 POSITIIVINEN JA NEGATIIVINEN

3.3.1 Johdanto

Tunnusmerkistön toteuttavat oliot voidaan luokitella positiivisiin ja negatiivisiin. Sikäli kuin kyse on objektiivisesta aineksesta, tahallisuuden tulee kohdistua siihen. Tässä mielessä positiivisiin ja negatiivisiin olioihin ei oikeastaan sisälly mitään erityistä. Ainakin kahdessa suhteessa jaottelulla on kuitenkin erityistä merkitystä: ensinnäkin mitä tulee negatiivisten olioiden mieltämiseen ja toisekseen mitä tulee negatiivisten olioiden suhteeseen oikeuttamisperusteisiin.

Negatiivisten olioiden mieltämiseen liittyy erityiskysymyksiä. Kun olen jossakin, havaitsen samalla ympärilläni olevia olioita kuten taloja, kadulla kulkejoita, kylmän tuulen jne. Olioita, jotka (sillä kertaa) eivät ole paikalla, en sitä vastoin tietenkään havaitse. Voi olla, että jokin havaintoni johtaa ajatukseni johonkin oloon, joka ei ole paikalla (vastaan tulee henkilö, joka muistuttaa erästä ystävääni). Tämä lienee kuitenkin kontingentti tapahtuma; on tuskin välttämättömyyttä että havaintoni johtaa mieleeni tietyn toisen asian.

Voi myös olla, että ajatukseni askartelivat jo valmiiksi jonkin sellaisen ympärillä, jota en voisi (sillä kertaa) havaita edessäni. Tällöin asian olemiseen mielessäni ei vaikuttanut se, mitä tuossa tilanteessa ympärilläni tuolloin tapahtui.

Nämä näkökohdat koskevat lähinnä aktuaalista mieltämistä. Riittäväksi mieltämiseksi saatetaan hyväksyä myös jonkinlainen latentti mieltäminen, myös suhteessa negatiivisiin olioihin.

3.3.2 Tahallisuus ja oikeuttamisperusteen toteuttavat oliot

Tahallisuuden tulee kohdistua tunnusmerkistön toteuttaviin objektiivisiin olioihin, olivatpa ne luonteeltaan positiivisia tai negatiivisia. Oikeuttamisperusteen

²⁸ *Haft* 1994 s. 46. Hän ei käsittele kysymystä mahdollisesta ”objektiivisen syyllisyystunnusmerkin subjektiivisesta puolesta” eikä myöskään sitä, voiko objektiivinen syyllisyystunnusmerkki olla kvalifioiva (kvalifioivat kumoamattomat presumtiot voisivat olla epäilyttäviä). – Lapsensurman privilegiointi liittyy esitöiden mukaan erityispreventioon (tekijöiden eli nuorten äitien tulevaisuus) ja osin synnytyistä seuraavaan erikoiseen tilaan; ks. *HE* 94/1993 s. 95. Tämä sopii melko hyvin teon taposta erottavien tekijöiden näkemiseen syyllisyystunnusmerkkinä.

perustavat seikat ovat samanlaisia kuin tunnusmerkistön mukaisuuden perustavat seikat. Edellyttääkö tahallisuusvastuu, että tahallisuus peittää tunnusmerkistön toteuttavien olioiden lisäksi negatiivisina olioina oikeuttamisperusteen toteuttavien seikkojen puuttumisen, esimerkiksi sen, että käsillä ei ole hätävarjelu?

Tahallisuusteoria saattaisi vastata kysymykseen myöntävästi. Sikäli kuin syyllisyysteoreetikko sijoittaa tahallisuuden tunnusmerkistön mukaisuuteen ja ymmärtää tahallisuudella tunnusmerkistötahallisuutta, vastaus olisi kieltävä. Hän saattaisi silti antaa esim. putatiivihätävarjelulle tahallisuusvastuusta vapauttavan merkityksen (kuten rajoitettu syyllisyysteoria tekeekin). Vain tunnusmerkistön toteuttavia seikkoja tahallisuuden kohteena pitävä voisi päätyä pitämään oikeuttamisperusteen perustavien seikkojen ei-käsilläoloa tahallisuuden kohteena, jos nämäkin selitettäisiin tunnusmerkistöön kuuluviksi.

Oppi negatiivisista tunnusmerkistötekijöistä pitikin oikeuttamisperusteiden puuttumista negatiivisina tunnusmerkistötekijöinä²⁹. Samoin saattavat menetellä (muutkin) kaksivaiheista rikoksen rakennetta edustavat opit. Jos tekijä kuvitteli virheellisesti oikeuttamisperusteen toteuttavien seikkojen olevan käsillä, häneltä puuttui tahallisuus, eikä tarvittu erillistä oikeuttamisperusteolosuhteita koskevaa erehdyssäännöstä, jollainen meillä nyt on (RL 4:3).

RL 4:3:kaan ei vastaa kysymykseen siitä, edellyttääkö tahallisuusvastuu sen mieltämistä, että oikeuttamisperusteolosuhteet eivät ole käsillä. RL 4:3 koskee vain tilannetta, jossa tekijä kuvittelee virheellisesti vastuusta vapauttavien olosuhteiden olevan käsillä.

Kun RL 4:1 puhuu vain seikoista, joita tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, ei ainakaan tahallisuus näytä edellyttävän oikeuttamisperusteolosuhteiden ei-käsilläolon mieltämistä. Tämä ei toisaalta poissulkisi sellaisen vaatimuksen asettamista tarvittaessa ex analogia syytetyn eduksi.

3.3.3 Tunnusmerkistön toteuttavien seikkojen erottaminen oikeuttamisperusteen toteuttavista seikoista

Erehdys negatiivisista seikoista, jotka toteuttavat tunnusmerkistön, on tunnusmerkistöerehdys. Erehdys negatiivisista seikoista, jotka toteuttavat oikeuttamisperusteen, on vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys. Erehdysten vaikutus ei ole sama, sillä RL 4:1:n mukaan tunnusmerkistöerehdys merkitsee, ettei

²⁹ On huomattava terminologinen ero: tässä jaksossa olen käyttänyt negatiivisten tunnusmerkkien nimeä negatiivisesti muotoilluista tunnusmerkistötekijöistä. Esimerkiksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavasta markkinoinnista (RL 17:20) on kyse mm. silloin, kun tunnusmerkistön tarkoittama kuva tms. toimitetaan toiselle ”tämän suostumuksesta”. Kyse on tunnusmerkistöön kuuluvasta asiasta. Oppi negatiivisista tunnusmerkistötekijöistä taas nimittäisi negatiiviseksi tunnusmerkiksi oikeuttamisperusteen puuttumista.

teko ole tahallinen. Virheellinen käsitys oikeuttamisperusteen käsilläolosta ei RL 4:3:n mukaan merkitse, etteikö teko ollut tahallinen, mutta tekijää ei rangaista tahallisesta rikoksesta. Tämäkin etu saavutetaan vain silloin, kun virhekäsitys oli perusteltu – ei ilman muuta, kuten tunnusmerkistöerehdyksen tapauksessa.

Tästä seuraa, että on tiedettävä, liittyykö seikka tunnusmerkistöön vai oikeuttamisperusteeseen. Asia ei suinkaan aina ole selvä. Esimerkiksi teon kohteen suostumuksen luonne tunnusmerkkinä tai oikeuttamisperusteena voi olla epäselvä. RL 17:20:ssä suostumuksen puuttuminen voitaneen katsoa selvähkösti tunnusmerkistön mukaisuuden edellytykseksi. Sen sijaan ”loukatun suostumusta” on perinteisesti pidetty oikeuttamisperusteena, joskin se on voitu nähdä vaihtoehtoisesti tiettyihin rikoksiin sisäankirjoitetuksi tunnusmerkistön mukaisuuden edellytykseksi.³⁰

On myös olemassa tunnusmerkkejä, jotka näyttävät imevän sisäänsä eri oikeuttamisperusteet. Sellainen on etenkin tunnusmerkki ”oikeudettomasti” (esim. RL 12:7, 14:6, 15:9, 16:3, 10 ja 12, 17:11 ja 19, 24:1, 3, 5–6, 8, 25:1 ja 8, 30:4–6, 34:11, 35:1, 38:3, 5 ja 8, 40:5, 44:14, 45:9, 48:5 ja 48a:1) ja usein myös ”laittomasti” (esim. RL 11:7b, 13:4, 16:15, 44:6, 50:1 ja 2a); jos tekijä tuollaisen teon yhteydessä erehtyisi pakkotilan perustavista seikoista, sovellettaisiinko RL 4:1:ää vai RL 4:3:ää? Edellisten kaltaisia voivat olla tunnusmerkit ”ilman hyväksyttävää syytä” (RL 11:9, 28:12a, 33:4, 37:6 ja 39:1), ”ilman laillista syytä” (RL 15:1–2), ”ilman lakiin perustuvaa oikeutta” (RL 16:9), ”ilman laillista oikeutta” (RL 22:5–6, 37:8 ja 44:3–4), ”omavaltaisesti” (RL 25:5), ”perusteettomasti” (RL 39:1) ja ”ilman painavaa, hyväksyttävää syytä” (RL 47:3). ”Luvattomasti” voinee toisinaan merkitä ”ilman lupaa” (RL 28:7, 9a ja 11, 45:5), toisinaan taas samaa kuin ”oikeudenvastaisesti” tai ”laittomasti”; ks. RL 17:12 ja 16, 28:10, 34:5 ja 48a:2.

Periaatteellisia vaihtoehtoja suhtautua tällaisten tunnusmerkkien tarkoitamiin seikkoihin on useampia. Tarkastelen asiaa ensin oikeudettomasti-tunnusmerkin ja oikeudenmukaisen pakkotilateon valossa. Ensinnäkin saatetaan katsoa, että toimittaessa pakkotilassa ei toimita oikeudettomasti (tekeehän pakkotila teon oikeudenmukaiseksi). Oikeudettomasti-tunnusmerkki sisältää tällöin pakkotilakysymyksen, eikä pakkotila tule enää esiin erikseen oikeudenvastaisuuskysymyksenä. Tällöin voi olla johdonmukaista soveltaa erehdystilanteisiin RL 4:1:ää. Toisaalta saatettaisiin katsoa, että pakkotila ei voi siirtyä oikeudenvastaisuudesta tunnusmerkistön mukaisuuteen. Tällöin oikeudettomasti-tunnusmerkin yhteydessä arvioitaisiin siis joitain muita asioita, mutta pakkotilakysymys tulisi esiin vasta normaalipaikallaan oikeudenvastaisuuskysymyksenä. Näin katsottaessa voi olla johdonmukaista käsitellä pakkotilaolosuhteita koskevia erehdyksiä RL

³⁰ *Frände* 2004 s. 151–154 ja *Hahto* 2004 s. 243–246.

4:3:n mukaisesti (RL 4:3 jopa viittaa pakkotilaan). Kolmas mahdollisuus on se, että asiaa ei ratkaista yleisesti kummallakaan tavalla, vaan katsotaan, että asia on tunnusmerkistöittäin eri tavoin ratkeava kysymys – toisinaan pakkotila olisi oikeudettomasti-tunnusmerkkiä koskeva kysymys (jolloin soveltuu RL 4:1), toisinaan taas oikeuttamisperustekysymys (jolloin soveltuu RL 4:3).

Saksalaisessa doktriinissa lähdettäneen pitkälti toisesta vaihtoehdosta. Kysymys pakkotilasta pysyy oikeuttamisperustetta koskevana kysymyksenä eikä ”siirry” oikeudenvastaisuudesta tunnusmerkistön mukaisuuteen. Sen sijaan tunnusmerkistön näkökulmasta erityiset oikeudenvastaisuusnäkökohdat tulisivat arvioitaviksi tunnusmerkistön mukaisuudessa³¹. Tällainen ratkaisu on sinänsä johdonmukainen. Se edellyttää kuitenkin, että on selvää, mitkä ovat oikeuttamisperusteita, jotta tunnusmerkistön mukaisuuteen kuuluva aines voidaan rajata ainakin negatiivisesti. Täytyy myös muistaa, ettei StGB sisällä RL 4:3:ää vastavaa säännöstä, joskin RL 4:3 pohjautuu toisaalta olennaisesti saksalaisen oikeustieteen käsityksiin.

Mukaan tulee vielä kysymys muiden kuin RL 4:4–6:ssä tarkoitettujen oikeuttamisperusteiden asemasta (esim. jokamiehen kiinniotto-oikeus, PKL 1:1, itseapu, PKL 1:2a). Jos niihin tai johonkin niistä sovelletaan normaalitilanteessa RL 4:3:ää kuten mm. pakkotilaan, tulee oikeudettomasti-tyyppisten tunnusmerkien yhteydessä sovellettavaksi jokin edellä hahmotelluista kolmesta ratkaisumallista. RL 4:3:n (analoginen) soveltuvuus normaalitilanteessa muihin kuin lainkohdassa viitattuihin oikeuttamisperusteisiin ei kuitenkaan ole selvää³², ei ehkä myöskään se, mitkä ylipäätään ovat oikeuttamisperusteita.

3.4 DESKRIPTIIVINEN JA NORMATIIVINEN SEKÄ TAHALLISUUTEEN VAIKUTTAVA EREHDYS

3.4.1 Johdanto

Syylisyysteoria, jota RL 4:2 ilmentää, pitää (tosin yleensä vain potentiaalista) oikeudenvastaisuustietoisuutta rikosvastuun edellytyksenä, mutta tahallisuudesta erillisenä. Herää kysymys, milloin tekijän käsitykset vielä koskevat tahallisuuden kannalta relevantteja seikkoja, ja milloin jo sellaisia (oikeudellisia) asioita, ettei tahallisuuden edellytetä kattavan niitä.

³¹ *Haft* 1994 s. 43–45.

³² Vrt. *Lappi-Seppälä* 2004 s. 14.

3.4.2 Tosiasiaerehdys ja oikeuser ehdys

Saksassa tahallisuutta, tuottamusta ja erehdystä koskevan keskustelun positiivis-oikeudellisena kiintopisteenä oli vuodesta 1871 vuoteen 1975 saakka StGB 59 §. Sen pohjalta RG omaksui sellaisen erehdysten käsittelyn mallin, että tosiasiarehdykset (error facti) poistivat tahallisuuden, kun taas oikeudelliset erehdykset (error iuris) olivat vastuun kannalta merkityksettömiä. Lähtökohta muistuttaa roomalaisoikeudellisesta perinteestä ignorantia iuris nocet. Oikeudellisten erehdysten kohtelu oli mallissa hyvin ankaraa, muttei ollut (enää) kohtuullista olettaa oikeuslomaisten olevan selvillä kaikesta sääntelystä. Kohtuussyistä RG ryhtyi-kin käsittelemään ”ulkoriksoikeudellisia” oikeuserhdyksiä kuten tosiasiarehdyksiä. Myös ne poistivat toisin sanoen tahallisuuden. Keskeiseksi muodostui siten se, oliko oikeuserhdys luonteeltaan ulkoriksoikeudellinen (merkitys sama kuin tosiasiarehdyksellä) vai riksoikeudellinen (ei merkitystä). Vastaa-vasti voidaan puhua tahallisuusvastuun poissulkevasta epävarsinaisesta oikeuserhdyksestä ja varsinaisesta oikeuserhdyksestä. Kun esimerkiksi omistussuh-teet perustuvat siviilioikeuteen, voitiin omistusoikeutta koskevat erehdykset mm. varkauden yhteydessä katsoa tahallisuuden poissulkeviksi. Ulkoriksoi-keudellisia olivat myös mm. oikeuserhdykset, jotka koskivat muualla kuin ri-koslaissa säänneltyä oikeuttamisperustetta ja oikeuserhdykset, jotka koskivat blankorangaistussäännöstä täydentäviä säännöksiä.³³

RG:n oikeuskäytännön tuloksia on pidetty pääosin kohtuullisina. Sovelletut kriteerit saivat kuitenkin osakseen kritiikkiä. Oli ensinnäkin tulkinnanvaraista, oliko jokin oikeuserhdys riksoikeudellinen vai sen ulkopuolinen. Kenties oi-keudellinen kysymys oli sekä riksoikeudellinen että ulkoriksoikeudellinen. Oikeusjärjestys on kokonaisuus. Jako riksoikeudelliseen ja ulkoriksoikeudel-liseen oikeuserhdykseen ei siten ollut ylipäättään tai ainakaan kovin sujuvasti läpivietävissä (looginen argumentti). Toisekseen oli pitkälti sääntelytekninen kysymys ja siten rikoksenteikijän näkökulmasta sattumanvaraista, oliko tietty sääntely peräisin riksoikeudesta vai sen ulkopuolelta. Sattumanvaraiseen seik-

³³ Ks. *Schönke* 1942 s. 175–178 ja *Haft* 1994 s. 237–239. – Oikeudenvastaisuustietoisuutta ei siten yleisesti edellytetty. Vaatimus saattoi aktualisoitua, paitsi ulkoriksoikeudellisesti säänneltyjen seikkojen suhteen, silloin, kun tunnusmerkistö puhui oikeudenvastaisuudesta tai oikeudenvastai-sesta tahallisuudesta; *Schönke* 1942 s. 167. – Saksan oikeudessa oli myös eräitä lex specialiksia, erityisesti vero- ja valtuuttalainsäädännössä. Rankaisematta jäi henkilö, joka oli ei-moitittavasti erehtynyt verosäännösten olemassaolosta tai soveltuvuudesta ja sen vuoksi pitänyt tekoaan sallit-tuna (Reichsabgabenordnung 395 § 16.10.1934). Lex specialiksilla on ollut merkitystä paitsi ar-gumenttina tuolloisessa oikeudenvastaisuustietoisuus- ja erehdysoppiargumentaatiossa, myös sekä erehdyksen tulevan yleisen sääntelyn että myöhemmän oikeuskäytännön kannalta. Ks. *Mezger* 1933 s. 330–338 ja *Schönke* 1942 s. 177–178. RG:n käytännöstä ks. myös *Schlüchter* 1983 s. 38–42.

kaan ei (varsinkaan) rikosoikeudessa pitäisi liittää merkittäviä oikeusvaikutuksia (yhdenvertaisuusargumentti). Kolmanneksi rikosoikeudellisen oikeuserehdyksen merkityksettömyyttä pidettiin syyllisyysperiaatteen vastaisena; oli hyvin mahdollista, ettei tekijän sellaista erehtymistä voitu pitää moitittavana (syyllisyysargumentti). Tältä osin merkittävää oli mm. yhteiskunnan dynaamistuminen sekä oikeudellisen sääntelyn kasvu ja monimutkaistuminen.³⁴

Erehdysoppia voidaan korjata eri tavoin. Kritiikin eri kohdat voivat edellyttää erilaisia korjaustoimenpiteitä. Ei luonnollisestikaan ole varmaa, että kaikki ongelmat voidaan korjata, ja on mahdollista, että uusi malli herättää uusia ongelmia. Kritiikin kolmanteen kohtaan, esimerkiksi, voitaisiin vastata myöntämällä (joissain rajoissa) rikosoikeudellisellekin oikeuserehdykselle merkitystä. Tämä taas voidaan toteuttaa monella tavalla. Ainoa mahdollisuus ei suinkaan ole esimerkiksi rikosoikeudellisenkin oikeuserehdyksen katsominen tahallisuuden poistavaksi.

3.4.3 Maallikon paralleeliarvotus sekä deskriptiiviset ja normatiiviset tunnusmerkit

3.4.3.1 Johdanto

StGB 59 § säänteli tahallisuusoppia vain pääpiirteissään. Oikeustieteelle ja -käytännölle jäi paljonkin tilaa kehittää ja täsmentää oikeutta. Eräs erityisesti oikeuskäytäntöön liitetty täsmennys oli vastuun lieventäminen soveltamalla 59 §:ää myös ulkorikosoikeudellisiin oikeuserehdyksiin.

Oppia kritisoitiin edellä selostetulla tavalla. Oikeustieteellä oli muutakin annettavaa keskusteluun, jo ennen kuin erehdysopin perusratkaisut 1950-luvulla muuttuivat. Erityisesti on mainittava oppi maallikon paralleeliarvotuksesta ja oppi deskriptiivisistä ja normatiivisista tunnusmerkeistä.

Deskriptiivisiä ja normatiivisia tunnusmerkkejä koskeva oppi lähtee siitä, että on olemassa deskriptiivisiä, kuvailevia tunnusmerkkejä ja normatiivisia, arvottavia tunnusmerkkejä. Tahallisuusopin näkökulmasta merkittävää olisi se, että tahallisuudelle asetettavat vaatimukset vaihtelevat riippuen siitä, kummasta tunnusmerkkityyppistä on kyse. Normatiivisiin tunnusmerkkeihin liittyy nimittäin

³⁴ Ks. RG:n soveltaman erehdysopin kritiikistä esim. *Kohlrausch 1903* s. 178–186, *Gerland 1922* s. 105–106, BGHSt 2 s. 200 ja *Lesch 1996* s. 347. Syyllisyysnäkökohdan kannalta samaan suuntaan *SOU 1988:7* s. 181: ”Enligt vår mening kan straffsystemets trovärdighet inte vinna på en ordning som innebär att även klart ursäktliga misstag om vad lagen stadgar skall föranleda ansvar.” – RG:n oikeuskäytännön tyydyttävyyttä selittää BGHSt 2 s. 203 mukaan sillä, että kun erottelua rikosoikeudelliseen ja ulkorikosoikeudelliseen oikeuserehdykseen ei voitu viedä loogisesti läpi, saattoivat tuomioistuimet päätyä oikeustajun näkökulmasta hyväksyttäviin tuloksiin.

vaatimus kohteen tietynlaisesta ymmärtämisestä deskriptiivisten tunnusmerkkien edellyttäessä vain jonkinlaista havaitsemista tai tunnistamista. Normatiivisiin tunnusmerkkeihin liitettävää ymmärtämistä on usein kutsuttu maallikon paralleeliarvotukseksi (*Parallelwertung in der Laiensphäre*). Jos riittävää paralleeliarvotusta ei ollut, ei tahallisuusvastuu tullut kyseeseen.

3.4.3.2 Oppi maallikon paralleeliarvotuksesta

Tahallisuudessa ei ole kyse pelkästään ”puhtaasta” tosiasiatietämyksestä, vaan tietyissä määrin myös merkityksen tuntemisesta. Normatiiviset tunnusmerkistötekijät ovat Mezgerin mukaan sellaisia, joiden olemukseen kuuluu, että niiden toteaminen tapahtuu in concreto oikeuden arvottamistoimen kautta. Normatiivisiin tunnusmerkkeihin kohdistuvassa mieltämisessä on siten kyse tulevan oikeudellisen arvottamisen ennakkoinnista. Kyse on siitä, kuinka pitkälle tällainen ennakkointi kuuluu tahallisuuteen.³⁵

Vaatimus siitä, että tekijä olisi osannut arvioida asiaa oikeuden näkökulmasta samalla tavalla kuin tuomioistuimien (subsumtio), oli epärealistinen, koska tekijä oli yleensä maallikko. Mezgerin oppi lähtee siitä, että kun tekijä suorittaa sellaisen arvion tunnusmerkistä omassa ja ympäristönsä ajatusmaailmassa, joka on samansuuntainen kuin oikeudellinen arvotus, hänellä on tahallisuuteen riittävä merkityskäsitys³⁶. Mahdollista olisi myös lähteä siitä, että tahallisuus vaatisi kyseessä olevan suojeluobjektin tai oikeushyvän mieltämistä. Mezgerin kehittelemä oppi maallikon paralleeliarvotuksesta johtaa hänen mielestään samankaltaisiin lopputuloksiin kuin suojeluobjekteilla tai oikeushyvillä operoiva oppi, mutta on näitä tarkempi, koska operoi yksittäisillä tunnusmerkeillä³⁷.

Mezger tarkoittanee toisin sanoen suunnilleen sitä, että oikeudella (tuomioistuimella) ja tekijällä on kummallakin käsitteistönsä, jonka avulla asioita arvioidaan. Näin tapahtuneita arvotuksia verrataan ja jos niille todetaan annetun sama merkitys, on tekijän maallikkoarvotus ollut paralleelinen oikeudellisen arvotuksen kanssa³⁸.

³⁵ Mezger 1933 s. 325–326.

³⁶ Mezger 1933 s. 328: ”eine der gesetzlich-richterlichen Bewertung gleichgerichtete Einschätzung des Tatbestandsmerkmals im Gedankenkreis der individuellen Person und Umgebung des Täters.”

³⁷ Mezger 1933 s. 326–329.

³⁸ Mezger edusti tahallisuusteoriaa, ts. tahallisuuteen kuului hänen mukaansa tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta. Tässäkin hän asettaa, vaatimuksen juridisesta subsumtiosta jälleen torjuen, maallikon paralleeliarvotuksen kriteerin; ks. Mezger 1933 s. 330–338. Tilanne on kiinnostava sikäli, että tahallisuusteoria on sittemmin tullut hylätyksi, mutta tahallisuusopissa Mezgerin oppi maallikon paralleeliarvotuksesta on käytössä.

3.4.3.3 Deskriptiiviset ja normatiiviset tunnusmerkit

Deskriptiivisiä tunnusmerkkejä voisivat olla esimerkiksi sellaiset kuin ”hissi” (RL 17:13), ”kuuttatoista vuotta nuorempi lapsi” (RL 20:6), ”ampuma-ase” (RL 21:6), ”raitiovaunu” (RL 23:3), ”veri” (RL 23:3), ”uloshengitysilma” (RL 23:3), ”keskustelu” (RL 24:4), ”käymälässä oleskeleva henkilö” (RL 24:6), ”lentoken-tällä oleva henkilö” (RL 34:2) ja ”hamppu” (RL 50:1), normatiivisia taas esimerkiksi ”kokonaisuutena arvostellen törkeä” (yleinen kvalifioitujen tunnusmerkis-töjen kokonaistörkeysvaatimus), ”erittäin suurta ja laaja-alaista taloudellista vahinkoa” (RL 11:2), ”kulttuuritilaisuudessa” (RL 17:8), ”käytetään erityistä julmuutta tai vakavan väkivallan uhkaa” (RL 25:2), ”kavaluudella” (RL 25:3), ”ihmisarvoa loukkaaviin olosuhteisiin” (RL 25:3), ”erittäin arvokas omaisuus” (RL 28:2), ”erityisen vastuullinen asema” (RL 28:5) ja ”yhteiskunnan tärkeä toiminto” (RL 34:3)³⁹.

Ennen deskriptiivisiä ja normatiivisia tunnusmerkkejä koskevien kriteerien lähempää tarkastelua huomautan muutamasta yleisestä seikasta. ”Normatiivinen” liittyy merkittävällä tavalla arvoihin. Arvoihin liittyy laaja teoreettis-filosofinen keskustelu. Kirjoittajien arvoteoreettiset näkemykset voivat hyvin heijastua normatiivisia ja deskriptiivisiä tunnusmerkkejä koskevaan keskusteluun. Tässä ei kuitenkaan voida ryhtyä lähemmin arvoteoreettiseen keskusteluun.⁴⁰

Merkittävä on myös se kysymys, tarkoitetaanko normatiivisten tunnusmerk-kien normatiivisuudella vain moraalistyyppistä normatiivisuutta, kuten edellä luetelluissa normatiivisissa tunnusmerkeissä, vai onko mukana myös oikeudellisen normatiivisuus. Luetaanko normatiivisiin tunnusmerkkeihin toisin sanoen myös sellaiset kuin ”toisen irtain omaisuus” (RL 28:7), ”vero” (RL 29:1), ”arvo-paperi” (RL 30:1) tai ”asiakirja” (RL 33:1)?

Tarkastelun selkiyttämiseksi on lisäksi syytä tuoda esiin ns. semioottinen kolmio. Ilmaisut, esimerkiksi laissa olevat ilmaisut, ovat oliojoukkojen nimiä. Ilmaisuilla on jokin merkitys. Ne oliot, joihin ilmaisu – esimerkiksi ”virkamies” tai ”todistuskappale” – viittaa, muodostavat ilmaisun alan eli ekstension. Ilmaissulla on myös merkitys tai intensio, ts. on olemassa joukko edellytyksiä, jotka olion tulee täyttää, jotta käyttäisimme siitä tiettyä ilmaisua.⁴¹

Tahallisuuden kohdetta koskevassa analyysissä voidaan lähteä tunnusmerk-kien luonteesta. Tästä lähtökohdasta on ajateltavissa useita malleja. Ensinnäkin voidaan ajatella, että kaikki tunnusmerkit ovat tahallisuuden näkökulmasta samanlaisia, eikä ole syytä tehdä mitään erotteluja tässä suhteessa. Toisaalta voi-

³⁹ Ks. myös esim. *Honkasalo* 1965 s. 60–61 ja 145 sekä 1967 s. 105.

⁴⁰ Normatiivinen liittyy myös normeihin, joita koskevat omat teoreettiset keskustelunsa.

⁴¹ Ks. *Niiniluoto* 1997 s. 115–123 sekä *Herberger* 1976 s. 126–127 ja *Schlüchter* 1983 s. 6–7 ja 23–26.

daan ajatella, että kaikki tunnusmerkit ovat relevantilla tavalla erilaisia (pluralismi). Voidaan myös yrittää jaotella tunnusmerkkejä relevantein tavoin, esimerkiksi deskriptiivisiin ja normatiivisiin. Tällöin voidaan yrittää etsiä kumpaankin liittyvää relevanttia piirrettä tai piirteitä. Eräs malli olisi luonnehtia vain toista näistä lajeista ja luonnehtia muut tunnusmerkit negatiivisesti suhteessa ensin mainittuihin (esim. jako deskriptiivisiin ja ei-deskriptiivisiin tai normatiivisiin ja ei-normatiivisiin tunnusmerkkeihin). Voidaan lisäksi ajatella, että luokkien välillä vallitsee laatuero tai vain aste-ero.

Tunnusmerkkien jaotteluun onkin tarjottu useita kriteerejä, yhdessä tai erikseen. Käsitykset ovat myös vaihdelleet mm. sen mukaan, onko yritetty luonnehtia molempia vai käytetty menetelmää, jossa toinen luonnehditaan ja toinen määritellään negatiivisesti. Voidaan myös esittää eri käsityksiä näkökulmasta laatuero vai aste-ero – on voitu esimerkiksi pitää keskeisenä sitä, että kaikissa tunnusmerkeissä on sekä deskriptiivistä että normatiivista.

Tyypillistä on, tunnusmerkistölajien nimitysten mukaan, että deskriptiivisiä tunnusmerkkejä on pidetty kuvailevina ja normatiivisia puolestaan arvoväritteinä.

Deskriptiivisiin tunnusmerkkeihin on voitu liittää myös se, että niiden tarkoitamisissa tilanteissa tahallisuuden kohde on (aistein) havaittavissa, kun taas normatiivisten tunnusmerkkien yhteydessä edellytetään jonkinlaista ymmärtämistä tai psyykkistä työstämistä tai suoritusta⁴². Kyseessä on siis eräänlainen epistemologinen näkökulma. Karkeistaen vastapoleina ovat siis havainto ja järki.

Havaintona voidaan esimerkiksi pitää sitä ärsykettä, joka meille tulee kun katsomme jotain kohdetta. Hiukan syvempää havainnon käsitettä ilmentäisi vaatimus siitä, että olemme tunnistaneet olion joksikin; edessäni ei ole pelkästään suurehko punainen olio, vaan tuulipukuun sonnustautunut ulkoilija. Tällöin on jo suoritettu ärsykkeen tiettyä työstämistä (*Beobachtungsleistung*). Havaintokokemus on kompleksinen tapahtuma, johon liittyy myös objektin ymmärtämistä. Havaitsemisen ja ymmärtämisen ero saattaakin olla pikemminkin asteellinen kuin laadullinen.⁴³

Voin aistein havaita, että kyseessä on esimerkiksi ”kuuttatoista vuotta nuorempi lapsi” (RL 20:6) tai ”raitiovaunu” (RL 23:3). Senkin voin usein huomata, onko jokin verta, mutta se, onko veressä alkoholia ja onko sitä yli vai alle 0,5 promillea, edellyttää useissa tapauksissa mittalaitetta. Haluttaessa operoida havainnon kriteerillä sitä saatetaan joutua täsmentämään esim. siten, että havaitsemisessa jokin tunnistetaan välittömästi tai ainakin ilman suurempaa ajatus-

⁴² Ks. esim. HE 44/2002 s. 105: ”Selvillä oleminen tarkoittaa deskriptiivisten tunnusmerkkien osalta aisteihin perustuvia havaintoja, normatiivisten tunnusmerkkien osalta niiden tarkoittaman sisällön ymmärtämistä.”

⁴³ Schlüchter 1983 s. 18–20.

prosessia, joko puhtaasti aistein tai hyödyntäen vain yksinkertaista mittaamis- tai muuta apuvälinettä.⁴⁴

Normatiivisiin tunnusmerkkeihin on saatettu liittää ominaisuus epämääräinen. Tällöin suurempi määräisyys tai yksiselitteisyys liittyisi deskriptiivisiin tai ei-normatiivisiin tunnusmerkkeihin. Esimerkiksi tunnusmerkeissä ”vakava vaara toisen hyvinvoinnille” (RL 14:5) ja ”erityisen raa’alla tavalla” (RL 21:2) on kyse arvoväritteisestä ja melko epämääräisestä ilmaisusta. Vastaavasti esimerkiksi tunnusmerkit, joissa esiintyy lukuja, ovat usein kuvailevia ja täsmällisiä: ”kuuttatoista vuotta nuorempi lapsi” (RL 20:6), ”rikosentekijän veren alkoholi-pitoisuus on vähintään 1,2 promillea tai hänellä on vähintään 0,60 milligrammaa alkoholia litrassa uloshengitysilmaa” (RL 23:4), ”yli kolmen vuorokauden” (RL 25:2). ”Äänestyslippuja” (RL 14:4), ”vala” (RL 15:1) ja ”keskustelu” (RL 24:5) edustakoot kuvailevia ja suhteellisen yksilöityjä tunnusmerkkejä.

On kuitenkin ilmeistä, että epämääräisyys tai tulkinnanvaraisuus voi liittyä myös kuvaileviin tunnusmerkkeihin. Tunnettuja esimerkkejä rikoslain ulkopuolelta ovat esimerkiksi sellaiset käsitteet kuin ”metsä” tai ”kalju”. Rikoslain puolelta mainittakoon vaikkapa sellaiset tunnusmerkit kuin ”väkijoukko” (RL 17:2), ”lukuisten ihmisten saataville” (RL 24:8) ja ”suuri tai pitkäaikainen kärsimys” (RL 24:10).

Suurin osa tunnusmerkeistä on tulkinnanvaraisia ja tässä mielessä epämääräisiä. Kysymys on usein siitä, onko tulkinnanvaraisuus suurempaa vai pienempää. Rikosoikeudessa legaliteettiperiaate tietysti edellyttää, että tunnusmerkistöt ovat tarkkarajaisia (nullum crimen, nulla poena sine lege certa). Tätä voidaan kuitenkin noudattaa vain tiettyyn – epämääräiseen – rajaan saakka. Keskeisenä syynä tulkinnanvaraisuuteen on se, että lakitekstissä ei yleensä voida operoida yksilöolioiden nimillä. Poikkeuksena tästä on ”Suomi” (RL 12:1). Yksilönimillä ope-roiva laki olisi yleensä jo kriminalisointiperiaatteiden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta epäilyttävä. Yleisnimet puolestaan voivat olla enemmän tai vähemmän abstrakteja riippuen siitä, kuinka monta ominaisuutta olion tulee täyttää toteuttaakseen yleisnimen edellytykset.⁴⁵

Normatiivisiin tunnusmerkkeihin on voitu myös liittää epätäydellisyysden ajatus. Vasta tuomari antaa normatiiviselle käsitteelle sisällön. Muut tunnusmerkit olisivat ikään kuin itsessään täydellisiä.⁴⁶

⁴⁴ Ks. *Herberger* 1976 s. 127–138, jossa hän etsii argumentteja mm. havainto- ja teoreettisten termien erottamista koskevasta keskustelusta.

⁴⁵ Ks. epämääräisyyskriteeristä myös mm. *Schlüchter* 1983 s. 8–13. – Poikkeuksellisesti rikoslaki käyttää sellaisia nimiä, jotka, vaikka eivät ole yksilöolioiden nimiä, ovat sellaisia, että niiden edellytykset täyttää (kerrallaan) vain yksi olio; tällainen tunnusmerkki on ”tasavallan presidentti” (RL 13:1).

⁴⁶ Ks. *Herberger* 1976 s. 144–148.

Deskriptiivisten ja normatiivisten tunnusmerkkien erottamisessa on myös hyödynnetty niiden kuvaamien seikkojen luonnetta. Deskriptiiviset tunnusmerkit on näin voitu liittää ns. luonnollisiin tosiasioihin, normatiiviset taas instituutio-naalisiin.

3.4.3.4 Jaottelun arviointia

Keskustelu deskriptiivisistä ja normatiivisista tunnusmerkeistä synnytti joukon kriteerikandidaatteja näiden tunnusmerkkien tai niiden tarkoittamien seikkojen erottelemiseksi. Näitä kriteerejä voidaan liittää tunnusmerkkeihin joko yksi tai useampia. Jonkinlaisen peruskriteerin asema näyttäisi kuitenkin olevan jaottelun nimen mukaisilla ominaisuuksilla eli jaolla kuvaileviin ja arvoväritteisiin tunnusmerkkeihin. Voi olla, että erottelulle on syytä antaa jotain lainopillista merkitystä.⁴⁷

Voidaan toisaalta ajatella, että tahallisuus edellyttää aina jonkinlaista merkityskäsitystä. Pelkkä olion havaitseminen ei siis useinkaan riitä. Deskriptiivisten ja normatiivisten tunnusmerkkien ero onkin ehkä liukuva, asteikollinen eikä kvalitatiivinen.

Merkittävä on myös edellä esiin tuotu semioottinen kolmio. Kuten Herberger toteaa, on aihetta koskevassa keskustelussa toisinaan ”syyllistytty” siihen, ettei eri tasoja ole osattu pitää riittävästi erillään.⁴⁸

Liikkeelle saatetaan lähteä periaatteessa väärästä päästä, jos tahallisuuden kohteeksi ymmärretään lain käyttämä nimi, symboli, eikä itse asia, olio, jonka kanssa tekijä on tekemisissä. Tämä voi olla harmitonta. Kielellinen kuvaus antaa informaatiota siitä, mitkä ovat ne olion ominaisuudet, joiden mieltämistä tahallisuus edellyttää. Mutta laiminlyönti pitää asiat erillään voi in casu johtaa energian käyttämiseen näennäisongelmiin. Voidaan kysyä, onko hyvä omaksua nimitystä tunnusmerkistöerehdys, kun kyseessä ei ole erehtyminen tunnusmerkeistä vaan niiden viittaamista olioista⁴⁹.

⁴⁷ *Engisch* 1954 s. 142 toteaa, että 1930-luvun lopulle tultaessa normatiivisista tunnusmerkeistä oli kehitelty jo niin monenlaisia teorioita ja jaotteluja, että aihepiiri menetti joksikin aikaa kiinnostavuutensa. Keskustelu elpyi jälleen erehdysopillisen keskustelun myötä. Ks. *Engischin* 1954 s. 134–142 esitystä normatiivisia tunnusmerkkejä koskevan opin kehityksestä. Normatiivisten tunnusmerkkien dogmaattisista funktioista ks. *Engisch* 1954 s. 153–163.

⁴⁸ *Herberger* 1976 s. 129–130. StGB:n tunnusmerkistöerehdyksestä koskevan 16 §:n ilmaisu ovat kenties osaltaan myötävaikuttaneet tähän; 1 momentissa puhutaan siitä, ettei tekijä tunne ”einen Umstand [...] der zum gesetzlichen Tatbestand gehört”, 2 momentissa puolestaan siitä, että tekijä ”irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines [...] Gesetzes verwirklichen würden”.

⁴⁹ Näin myös *Kühl* 2002 s. 465–466, jossa hän pitää parempana nimitystä teko-olosuhde-erehdys (*Tatumstandsirrtum*). Vastaavasti s. 490–491 hän kiinnittää huomiota siihen, että termi ”sallimis-tunnusmerkistöerehdys” (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) ei ole hyvä. RL 4:3 käyttää nimitystä vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys. Se lienee korrektimpi kuin saksalainen.

Merkittävämpiä ongelmia kuin (moraalis)arvottaviin tunnusmerkkeihin tuntuisi liittyvän oikeudellisiin tunnusmerkkeihin. Ongelmallisia voivat olla juridiset oliot kuten omistusoikeus. Ongelma muodostuu siitä, että juridinen olio näyttää kuuluvan sekä olemisen että pitämisen maailmaan. Jos A ottaa B:ltä käsilaukun, teon merkityksen kannalta olennaista on, oliko käsilaukku A:n vai B:n. Tämän määrää oikeusjärjestys. Sama oikeusjärjestys kieltää ottamasta toisen omaisuutta. Jos A:n käsitys omistusoikeudesta oli virheellinen, koskiko virhekkäsitys sitä, mitä hän oli tekemässä (tahallisuuskysymys) vai sitä, oliko hänen tekonsa sallittu (kieltoerehdyskysymys)?

3.4.4 Tunnusmerkistöerehdys ja kieltoerehdys

3.4.4.1 Johdanto

BGH antoi vuonna 1952 ratkaisun, jota on Saksassa pidetty tässä käsiteltävien kysymysten kannalta merkkipaaluna. Se asettui sille kannalle, että kysymys oikeudenvastaisuustiedosta ei ole tahallisuuskysymys vaan tahallisuudesta erillinen syyllisyyskysymys. BGH omaksui syyllisyysteorian mukaisen näkemyksen. Tunnusmerkistöerehdys merkitsi tahallisuusvaatimuksen täyttymättä jäämistä, ja kieltoerehdys merkitsi erillistä vastuuvapausperustetta, jos erehdys ei ollut vältettävissä. RG:nkään erehdysoppi ei tosin ollut tahallisuusteorian mukainen.

Myös Saksan yleisten oppien vuonna 1975 voimaan tullut uudistus rakentuu syyllisyysteorian pohjalle. Joka ei ole selvillä tekonsa oikeudenvastaisuudesta, toimii kieltoerehdyksessä (StGB 17 §). Kieltoerehdys ei poista tahallisuutta. Sen merkitys riippuu siitä, oliko se vältettävissä (vermeidbar) vai ei. Jos se ei ollut vältettävissä, syyllisyys vastuun edellytyksenä ei toteudu. Jos se oli vältettävissä, rangaistusta saadaan alentaa.

Jos tekijä sen sijaan ei tunne olosuhteita, jotka toteuttavat tunnusmerkistön, teko ei ole tahallinen (StGB 16 §). Positiivista tahallisuuden määritelmää laki ei sisällä. Vaikka 16 § on otsikoitu *Irrtum über Tatumstände* (erehdys teko-olosuhteista), kutsutaan sitä tavallisesti tunnusmerkistöerehdykseksi. Oikeuttamisperusteiden tosiasiallista puolta koskevaa erehdystä ei erikseen säännelty. Näiden tilanteiden oikean ratkaisemisen hahmottamisessa hyödynnetään syyllisyys- versus tahallisuusteoriaa koskevaa keskustelua.

Erehdysopin perusta muuntui siis Saksassa siten, että erehdyksen yleisen luonteen (erehdys tosiasioista vai oikeudellisessa kysymyksessä) asemesta omaksuttiin erehdysten jaottelu sen mukaan, koskiko erehdys tunnusmerkistöön kuuluvaa seikkaa vai teon oikeudenvastaisuutta. Merkittäväksi kysymykseksi muodostuu tunnusmerkistöerehdyksen ja kieltoerehdyksen erottaminen toisistaan. Positiivisesti ilmaistuna kyse on tunnusmerkistötahallisuuden ja oikeudenvastaisuustietoisuuden erottamisesta.

Tämä ero ei ole tehtävissä erehdyksen kohteen yleisen substanssiluonteen perusteella, kuten erottelu tosiasia- ja oikeuserehdyksen välillä. Uusi erehdysoppi lähtee siitä, että tunnusmerkistöerehdys voi olla luonteeltaan myös oikeudellinen, kunhan se koskee tunnusmerkistön toteuttavia seikkoja. Oikeudenvastaisuustietoisuus (ja kääntäen kieltoerehdys) koskee teon normatiivista kokonaisarviointia: onko tekoni oikeudenvastainen? Ongelmana on etenkin oikeudellisen tunnusmerkistöerehdyksen ja kieltoerehdyksen erottaminen toisistaan.

Monien erehdystilanteiden seurauksena tekijä ei ole selvillä siitä, että teko on kielletty. Hirvenmetsästäjä, joka virheellisesti luulee tähtäimessä olevan hirven, mutta siinä onkin ihminen, on erehtynyt tosiasioista. Kyseessä on selväpiirteinen tunnusmerkistöerehdys ja tahallisuuden puuttuminen. Sen seurauksena metsästäjältä kuitenkin puuttuu myös tieto siitä, että teko on kielletty. Jos tekijällä on virhekäsitys oikeudellisesta kysymyksestä, heijastuu tämä monesti siihen, että hän ei pidä tekoa kiellettynä, vaikka alkuperäinen oikeudellinen erehdys luokiteltaisiinkin tunnusmerkistöerehdykseksi. Monissa erehdytapauksissa tekijä ei olekaan pitänyt tekoaan kiellettynä, mutta tästä ei voida päätellä, että tapaukseen sovelletaan kieltoerehdyksestä koskevia sääntöjä. Kyse voi olla myös muusta erehdyksestä, ja tämän erehdyksen huomioon ottaminen voi olla tilanteessa ensisijaista.⁵⁰

Ratkaisevaa on siis se, milloin oikeudellinen erehdys on tunnusmerkistöerehdys, milloin taas kieltoerehdys. Erityisen ongelmalliseksi tilanteen tekee se edellä tarkoitettu tilanne, että tiettyyn tunnusmerkkiin liittyvä erehdys usein johtaa kieltoerehdykseen. Esimerkiksi jos tekijä uskoo, että tietty korko ei ole veronalaista, on selvää, että hän pitää tämän mukaan tehtyä veroilmoitusta laillisenä. Jos voidaan todeta, että ensimmäinen erehdys on tunnusmerkistöerehdys, voidaan soveltaa RL 4:1:ää. Toteaminen tunnusmerkistöerehdykseksi ei kuitenkaan välttämättä ole yksinkertaista. Tilanteet, joissa kyse on pelkästään puuttuvasta tai virheellisestä käsityksestä menettelyn sallittisuudesta (sukeltaminen Ahvenanmaalla, KKO 1987:39), eivät välttämättä ole edes yleisimpiä.

Asetelmaan liittyy myös muita erehdyskäsitteitä. Oikeudenvastaisuustietoisuudessa on kyse siitä, onko tekijä selvillä teon oikeudenvastaisuudesta. Oikeudenvastainen teko ei välttämättä ole rangaistava. Selvilläolo teon rangaistavuudesta olisi siis pidemmälle menevä vaatimus kuin selvilläolo teon oikeudenvastaisuudesta. Laki pitää rikosvastuun edellytyksenä sitä, että teon oikeudenvastaisuuden ymmärtäminen oli tekijälle mahdollista; rangaistavuudesta erehtymisestä ei sen sijaan puhuta. Niinpä pelkkä rangaistavuuserhdys on irrelevantti.

⁵⁰ Koska se tulee rikoksen rakenteessa ensin vastaan ja/tai koska sen ekskulpoiva merkitys on suurempi.

Subsumtio- tai soveltamiserehdyksestä on kyse silloin, kun henkilö soveltaa jotakin lain määräystä tekoonsa virheellisesti. Henkilö voi esimerkiksi virheellisesti olla sitä mieltä, että toisen auton renkaan tyhjentäminen ei ole toisen omaisuuden ”vahingoittamista” (RL 35:1 ja 3). Soveltamiserehdys saatetaan ymmärtää jotenkin tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen välissä olevaksi. Laki tuntee kuitenkin vain tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen, joten vain sijoittuminen ja ei-sijoittuminen näihin kategorioihin on merkittävää. Soveltamiserehdys voi myös olla käsillä tilanteessa, jossa henkilö kuitenkin on selvillä teon oikeudenvastaisuudesta tai jopa rangaistavuudesta: tekijä pahoinpitelee toista jousipatukalla luullen virheellisesti, ettei se ole RL 21:6:ssä tarkoitettu tekoväline⁵¹.

Eron tekemisessä tahallisuuteen kuuluvien oikeudellisten käsitysten ja oikeudenvastaisuustietoisuuden välillä on jo pitkään hyödynnetty Mezgerin kehittämää ja meillä mm. Honkasalon hyödyntämää oppia maallikon paralleeliarvotuksesta. Ajatus on se, että maallikolla on tietty käsitys jostakin (normatiivisen tunnusmerkin viittaamasta) asiasta – esimerkiksi omistusoikeudesta tietyssä tilanteessa – ja tätä verrataan lainsäätäjän omistusoikeudella tarkoittamaan. Riittävän vastaavuuden tapauksessa tahallisuuden vaatimukset täyttyvät.

3.4.4.2 Teon sosiaalinen merkitys rajakriteerinä

Tahallisuuden sanotaan usein edellyttävän, että tekijä on ymmärtänyt tekonsa sosiaalisen tai sosiaalis-oikeudellisen merkityksen⁵². Tällöin toteutuu tunnusmerkistön varoittava funktio (*Appell- und Warnungsfunktion des Tatbestandes*), joka taas periaatteessa antaa tekijälle aiheen selvittää aiotun teon oikeudenmukaisuutta⁵³. Tekijän tulee siis, toimiakseen tahallisesti, ymmärtää (vielä) teon sosiaalinen merkitys, muttei (enää) sen oikeudenvastaisuutta, jota koskeva problematiikka liittyy oikeudenvastaisuustietoisuuteen ja kieltoerehdykseen.

Keskeiseksi muodostuu se, mitä ”sosiaalinen merkitys” on. Erityisesti pitäisi osata tehdä ero oikeudenvastaisuuteen. Tehtävä ei ole helppo, sillä prima facie on toki sosiaalisesti varsin merkityksellistä, että teko on oikeudenvastainen tai peräti rangaistava.

⁵¹ Tosin tässä tapauksessa tekijälle on selvää rangaistavuus pahoinpitelynä yleensä, kun taas erehdys liittyy kvalifiointiperusteen oikeudelliseen luonnehdintaan. *Roxinilla* 1997 s. 408–409 on aiheesta hyvä esimerkki. Henkilö ampuu toisen koiran puolustautuen sillä, ettei pitänyt koiraa ”esineenä”, josta saksalainen vahingontekotunnusmerkistö (StGB 303 §) puhuu. Kyseessä on subsumtioerehdys samalla kun tekijä tuskin on voinut olla sitä mieltä, että teko on sallittu, joten kieltoerehdyksestä ei ole kyse, eikä tekijä myöskään ole erehtynyt tekonsa sosiaalisesta merkityksestä. Näin subsumtioerehdys ei merkinnyt sen paremmin tunnusmerkistö- kuin kieltoerehdystäkään, vaan oli niiden ulkopuolella.

⁵² *Roxin* 1997 s. 407 (”die äußeren Gegebenheiten mitsamt ihrer sozialen Bedeutung”), *Kühl* 2002 s. 467 (”Sachverhalt und Sinngehalt seiner Tat in rechtlich sozialem Raum”).

⁵³ *Kühl* 2002 s. 467, vrt. *Roxin* 1997 s. 527.

Sosiaalisen merkityksellisuuden kriteeriä voidaan valottaa tapausten avulla. Mainitussa renkaantyhjennysesimerkissä tekijä on ymmärtänyt, että auton omistaja on renkaan tyhjentämisen vuoksi estynyt käyttämästä autoa, mikä on RL 35:1:n tunnusmerkistön kannalta riittävää omaisuuden vahingoittamista. Tekijä on ymmärtänyt teon sosiaalisen merkityksen, eikä tätä muuta hänen virheellinen tulkintansa ”vahingoittamisesta” RL 35:1:ssä. Vastaavasti on olutaluden tapauksessa, jossa ravintolan asiakas raaputtaa olutalusesta pois viivoja, jollaisen tarjoilija on myöhemmän laskutuksen helpottamiseksi merkinnyt kutakin tuomaansa tuoppia kohti. Viivojen poisraaputtamisen sosiaalinen merkitys on se, että tarjoilija estyy käyttämästä alusta selvityksenä tilattujen tuoppien määrästä. Tähän nähden on samantekevää, miten tekijä tulkitsee ”asiakirjan tai muun todistuskappaleen” käsitteitä RL 33:1:ssä. Jos tekijä ei ymmärtänyt viivojen todistefunktiota (hän piti viivoja pelkinä viivoina), häneltä puuttui väärennystahallisuus. Jousipatukkaesimerkissä tekijä niin ikään ymmärsi tekonsa sosiaalisen merkityksen.

Näiden tapausten arviointi ei prima facie tunnu erityisen vaikealta, ja sosiaalisen merkityksen kriteeri vaikuttaa toimivalta. Todelliseen testiin kriteeri joutuu, kun toimintaan liittyy oikeudellisia olioita. Henkilö luulee esimerkiksi virheellisesti, että tietyt tulot eivät ole veronalaisia eikä sen takia merkitse niitä veroilmoitukseensa. Henkilö ei aavista, että arpajaisten toimeenpano edellyttää arpajaislaissa (1047/2001) tarkoitettua lupaa.

Millä tavoin sosiaalisen merkityksen kriteeriä nyt sovelletaan? Roxinin mukaan sosiaalisen merkityksen ymmärtäminen voi edellyttää oikeudellista tietämystä. Paikkansapitävän oikeudellisen käsityksen puuttuminen estäisi tällöin henkilöä ymmärtämästä teon sosiaalista merkitystä. Koska sosiaalisen merkityksen ymmärtäminen on tahallisuuden edellytyksenä, ovat oikeudelliset käsitykset tällaisissa tapauksissa tahallisuuden kannalta merkityksellisiä. Tilanne voi olla jopa se, että tuollainen tahallisuuden näkökulmasta merkittävä oikeudellinen käsitys on samalla käytännössä sama asia kuin se, pitääkö tekijä tekoaan kiellettyinä vai ei. Roxin pitää verovelkaa koskevaa käsitystä veropetoksen edellyttämän tahallisuuden kannalta merkittävänä. Käsitys, jonka mukaan verovelkaa ei ole, merkitsee, ettei veropetoksen edellyttämä tahallisuus ole käsillä. Samansuuntaisesti hän käsittelee omistusoikeutta. Se taas, joka järjestää arpajaiset aavistamatta, että ne edellyttävät lupaa, toimii Roxinin mukaan vain kieltoerehdyksessä.⁵⁴

Voi olla vaikea nähdä, miksi tekijä veropetostapauksessa ei olisi ymmärtänyt tekonsa sosiaalista luonnetta mutta arpajaistapauksessa olisi.

⁵⁴ Roxin 1997 s. 409, 411 ja 793. Arpajaistapausta pitää samoin kieltoerehdyksenä mm. Lesch 1996 s. 346. Ks. myös KKO 2005:27.

Voidaan ehkä ajatella, että eroa olisi siinä, että veropetostapauksessa tekijä tunsi yleisen normin, jonka mukaan veroilmoituksessa pitää ilmoittaa tulot erehtyen konkreettisen tulon luonteesta, arpajaistapauksessa taas tekijä ei ehkä tuntenut vastaavaa yleistäkään normia. Tämä ei tosin välttämättä ole luonteva peruste kohdella arpajaistapausta ankarammin. Voidaan myös kysyä, mistä tekijä arpajaistapauksessa saa tunnusmerkistötahallisuuteen liittyvän varoituksen.

Merkittävää voisi olla se, koskeeko virhekäsitys tiettyä tunnusmerkistön toteuttavaa seikkaa vai menettelyä kokonaisuudessaan siten, että yksittäistä seikkaa koskevat virhekäsitykset, joista sitten on seurannut koko teon pitäminen sallittuna, olisivat tahallisuuskysymyksiä. Tähän nähden voisi olla johdonmukaista, että virhekäsitys verovelan olemassaolosta, omistusoikeudesta ja vaikkapa avioliiton jatkumisesta (kaksinnaiminen) olisivat tahallisuuden poistavia. Tämä saattaisi jättää asian riippumaan siitä, missä määrin ja millä kriteereillä relevantti seikasto tulee jakaa osiin.⁵⁵

Tapauksilla on tyyppitilanteina sellainen ero, että lähtökohtaisesti kaikki ovat velvollisia tekemään veroilmoituksen tai ottamaan kantaa veroehdotukseen eivätkä he näin ollen voi välttää joutumasta tekemisiin vero-oikeudellisten tulkintakysymysten kanssa. Arpajaisten järjestämiseen ei sen sijaan ole velvollisuutta, ja vain harvat järjestävät sellaisia. Arpajaisten järjestämiseen liittyviin oikeudellisiin käsityksiin voidaan ajatella suhtauduttavan ankarammin samantapaisesti kuin ryhtymistuottamusvastuuta perustellaan.

Kieltoerehdys voi olla käsillä myös oikeuttamisperusteisiin liittyen. Kieltoerehdys on Roxinin mukaan käsillä mm. silloin, kun tekijä luulee, että oikeusjärjestys tuntee tietyn oikeuttamisperusteen, jota se ei tosiasiassa tunne. Joku vahingoittaa armeijan omaisuutta olettaen, että maailmanrauhan edistäminen oikeuttaa teon; virkamies ottaa vastaan lahjoja olettaen, että tämä on tavanomaisoikeudellisesti sallittua. Kieltoerehdyksiä ovat myös tilanteet, joissa tekijä laajentaa oikeusjärjestyksen tunnustamaa oikeuttamisperustetta kuvitellen esimerkiksi, että etukäteinen hätävarjelu on sallittua.⁵⁶

Sosiaalisen merkityksen kriteeri näyttää minusta toimivalta tilanteissa, joissa sosiaalinen merkitys on ymmärrettävissä oikeusjärjestyksestä erilläänkin. Kun teon kontekstina ovat juridiset oliot, ei vaikuta ainakaan kovin ilmeiseltä, milloin sosiaalinen merkitys edellyttää paikkansapitäviä juridisia käsityksiä, milloin taas sosiaalinen merkitys ymmärretään muutoinkin. Esimerkkien selittäminen tun-

⁵⁵ Roxin pitää oikeuttamisperusteiden oikeudellista laajentamista nähdäkseni yleensä kieltoerehdyksenä todeten lisäksi, ettei olemattoman oikeuttamisperusteen kuvittelemista voida loogisesti erottaa sellaisen rajojen laajentamisesta. *Roxin 1997 s. 803.* – Virheellistä käsitystä siitä, mikä on suojaikäraja lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä (tekijä luulee, että se on 15 eikä 16 vuotta) pidetään kieltoerehdyksenä; ks. *Lesch 1996 s. 346.*

⁵⁶ *Roxin 1997 s. 532–533 ja 803.*

nusmerkistö- tai kieltoerehdyksiksi tuntuu jossain määrin intuitiiviselta. Tähän intuition saattaa puolestaan merkittävästi vaikuttaa se, mihin rikosoikeudellisilla ja ulkorikosoikeudellisilla oikeuserehdyksillä operoiminen johtaisi tai on aikanaan johtanut (etenkin oltaessa sitä mieltä, että oikeudellisten erehdysten käsittely on ollut yleisesti ottaen liian ankaraa). Sosiaalisen merkityksellisuuden kriteerit jäävät merkittävässä määrin avoimiksi. Tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen erottaminen toisistaan on vaikeaa nimenomaan oikeudellisten käsitysten osalta. Kun vanha erehdysoppi pyrki tekemään eroa rikosoikeudellisten ja ulkorikosoikeudellisten oikeuserehdysten välillä, pyrkii uudempi oppi erottelemaan oikeudellisista virhekesityksistä teon sosiaalisen merkityksen ymmärtämiseen vaikuttavat siihen vaikuttamattomista.⁵⁷

3.4.4.3 Muita rajanvetoehdotuksia

Haft ehdottaa kriteeriksi sitä, oliko erehdys kohteeseen liittyvä (tällöin tunnusmerkistöerehdys) vai käsitteeseen liittyvä (ei tunnusmerkistöerehdys). Kokeena toimii se, voidaanko erehdys selostaa ymmärrettävästi (”verständlich mitteilbar”) viittaamatta tunnusmerkistöön. Toisin sanoen tunnusmerkistö ikään kuin ”ajatellaan pois” tilanteesta. Jos henkilö uskoo tulleen esineen omistajaksi jo kauppasopimuksella, hänellä ei ole varkauden tunnusmerkin ”toisen” edellyttämää tahallisuutta. Jos taas hän olettaa, että ”toisen” varkauden tunnusmerkistön mielessä ei ole käsillä otettaessa toisen kanssa yhdessä omistettu esine, käsillä on kieltoerehdys. Ensin mainitussa tapauksessa erehdys on selitettävissä viittaamatta varkauden tunnusmerkistöön, jälkimmäisessä ei. Vastaavasti jos kanavaras on sitä mieltä, ettei kana ole ”esine”, kyse on kieltoerehdyksestä.⁵⁸

Mallia on kritisoitu siitä, ettei jaottelu olisi läpivietävissä juridisten merkitysisältöjen osalta. On kysytty, miksei käsitystä, jonka mukaan kana ei ole esine, voitaisi selostaa ymmärrettävästi viittaamatta varkauden tunnusmerkistöön.⁵⁹

Löfmarck tuo varsinaisen ja epävarsinaisen oikeuserehdyksen erottamiseksi esiin seuraavan metodin. Koetetaan, voidaanko ko. oikeudellinen erehdys kuva-

⁵⁷ *Schlüchter* 1983 s. 42–61 kuvasi vuonna 1983 BGH:n linjaa pääpiirteissään seuraavasti. Vuoden 1952 syyllisyysteoriaratkaisun jälkeen normatiivisia tunnusmerkkejä koskevalta tahallisuudelta edellytettiin ensivaiheessa nimenomaisesti maallikon paralleeliarvotusta. Sittemmin paralleeliarvotuksen vaatimus redusoitui subsumtiorelevanttien yksittäistosisiikkojen mieltämiseen. Myöhemmin on ollut nähtävissä merkkejä paluusta hyödyntämään tosiasia- ja oikeuserehdyksiä. Toisaalta uudemmassa oikeuskäytännössä on ratkaisuja, joissa arvotuserehdyksiä on pidetty tahallisuusrelevantteina osin jopa laajemmalti kuin mitä paralleeliarvotusoppi näyttäisi edellyttävän. Kaiken kaikkiaan ei voitaisi erottaa selvää linjaa, vaan epävarmuus on suurta ja oikeuskäytäntö vaikuttaa risteävien ja toisiaan heikentävien linjojen punokselta.

⁵⁸ *Haft* 1994 s. 252–255. Milloin esine on ”toisen” (”fremd”, StGB 242 §) määräytyy siviilioikeudellisten säännösten mukaan; ks. lähemmin *Tröndle – Fischer* 1999 s. 1321–1323.

⁵⁹ *Roxin* 1997 s. 415.

ta muulla tavalla kuin siten, että henkilö erehtyi rangaistavuudesta. Jos voidaan, kyseessä on epävarsinainen oikeuserhdys.⁶⁰ Aihetta ei voida tässä käsitellä laajemmin.

3.5 SEURAUKSET JA SEIKAT

RL 3:6:n tahallisuuden määritelmän mukaan tekijä on ”aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen” tahallaan mm. kun hän on pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä. Teko ei RL 4:1:n mukaan ole tahallinen, mm. jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä ”kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää”.

Lainsäädäntötoimien lopputuloksena oli tunnusmerkistöerehdyssäännös ja sovellutusosaltaan rajoitettu tahallisuuden määritelmä. Lakivaliokunnan lähtökohta näyttää olleen se, että 3:6:ssä on kyse seuraustahallisuudesta ja 4:1:ssä olosuhdetahallisuudesta. Sehän totesi mm., että ”[...] valiokunta ehdottaa, että pykälässä säädetään ainoastaan seuraustahallisuudesta. Olosuhdetahallisuus jää oikeuskäytännössä arvioitavaksi, jolloin huomioon on otettava tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös”.⁶¹

Säännösten suhde voidaan ymmärtää toisensa poissulkevaksi tai siten, että soveltamisalat ovat osin päällekkäiset. On myös mahdollista ajatella, että RL 3:6:n ja 4:1:n lisäksi olisi jokin sääntelemätön alue. Tätä voitaisiin perustella sillä, että RL 4:1 puhuu seikoista, joiden tulee ”olla käsillä” rikoksen tekohetkellä; jotta RL 3:6 ja 4:1 kattaisivat kaikki tahallisuuden kohteet, RL 3:6:n täytyisi koskea kaikkea tunnusmerkistöjen tarkoittamaa muutosta, mikä edellytys ei välttämättä täyty. Itse ymmärrän tilanteen lähinnä niin, että tunnusmerkistöerehdys on yleissäännöksen luonteinen ja RL 3:6 seurauksia koskeva erityissäännös.

Tilannetta, jossa vaadittava mieltäminen saattaa vaihdella tahallisuuden kohteen mukaan, voidaan pitää hiukan erikoisena. Näin on siinä mielessä ollut ennenkin, että tarkoitustahallisuus on edellyttänyt kognitiivisella puolella muita tahallisuudenasteita vähemmän. Koska tarkoitustahallisuuden on katsottu voivan kohdistua vain seurauksiin, on ylipäättään muodostunut jako seuraustahallisuuteen ja muuhun tahallisuuteen tai olosuhdetahallisuuteen.

Mikäli RL 3:6:n ”pitänyt [...] varsin todennäköisenä” ja RL 4:1:n ”selvillä” asettavat mieltämisen minimivaatimuksen eri korkeudelle, muodostuu merkittäväksi, mitkä ovat RL 3:6:n tarkoittamia ”seurauksia” ja milloin kyseessä taas

⁶⁰ *Löfmarck* 1983 s. 508.

⁶¹ *LaVM* 28/2002 s. 10.

ovat RL 4:1:n tarkoittamat ”seikat”. Vaikka seuraus on tuttu normaalielämänkin käsite ja rikosoikeudessaakin perinteisesti operoidaan seurauksilla sekä seuraustahallisuudella, antaa sen käyttö RL 3:6:ssä aiheen käsitellä aihetta jonkin verran.

Tahallisuuden tulee kohdistua tunnusmerkistön toteuttaviin olioihin, ei noiden olioiden kuvauksiin, tunnusmerkistöihin. Tämä ei kuitenkaan ratkaise esimerkiksi sitä ainakin periaatteessa tärkeää kysymystä, tarkoitetaanko ”tunnusmerkistön mukaisella seurauksella” RL 3:6:ssä konkreettisia oliota (seuraus in concreto) vai voidaanko tietyt rikokset selittää jo in abstracto, esimerkiksi tunnusmerkkien tulkinnan perusteella, RL 3:6:n sovellutusalaan kuuluviksi (seuraus in abstracto). Tämä on RL 3:6:ää koskeva laintulkintakysymys. Tilanteeseen liittyy myös kysymys olion/tunnusmerkin seuraukseksi luokittelun yleisyydestä: voiko olio/tunnusmerkki olla toisinaan seuraus, toisinaan seikka, riippuen esimerkiksi konkreettisesta tekotavasta?

Esitöissä asiaa ei valitettavasti ole lähemmin problematisoitu. Erottelua seuraus- ja olosuhdetahallisuuteen hyödynnetään kuitenkin niin HE:ssä kuin LaVM:ssä. Hyödynnettävissä on siis ensinnäkin seuraus- ja olosuhdetahallisuusjaottelun perinteisyys, ts. voidaan olettaa, että niillä on jo jokin valmis, kohtuullisen selvä sovellutusala. Tässä tilanteessa asiaa voidaan tarkastella lyhyesti yhtäältä ontologis-filosofisena kysymyksenä ja toisaalta eräissä rikosoikeudellisissa yhteyksissä.

”Seuraus” voi vaikuttaa hyvin yksinkertaiselta asialta, joskin lähemmin tarkasteltuna siihen voi liittyä filosofisia, ontologisia ja kuvaustapaan liittyviä ongelmakysymyksiä. Aluksi voi olla hyödyllistä yrittää arvioida, mikä yleisesti on seuraukselle ominaista. Maailma on jatkuvassa muutoksen tilassa. Oliot, asiat ja tilanteet tulevat ja menevät ja seuraavat toinen toisiaan. Tieto maailmasta ja sen mekanismeista on monella tavalla rajallinen. Maailmaa voidaan kuvata ja strukturoida monella tavalla. Intresseistämme ja kuvaustavasta riippuen jotkin seikat nousevat esiin muita merkittävämpinä toisten jäädessä taka-alalle.

Seurauksen ajatellaan yleensä olevan jotakin, jolla on syy. Seuraus on seurausta jostakin. Syy aiheuttaa seurauksen, joten näiden välillä on jonkinlainen (kausaali-) yhteys. Maailma oli jollain tavalla erilainen ennen seurauksen syntymistä kuin sen jälkeen. Muutokset voivat olla monentyyppisiä; jokin olio voi olla toisessa paikassa kuin ennen tai sen olemassaolo on ehkä päättynyt. Syy on olemassa ennen kuin seuraus. Ajallinen etäisyys voi olla lyhyt tai pitkä. Syy voi olla monenluonteinen, se voi olla esim. luonnontapahtuma (ukkonen aiheutti tulipalon) tai ihminen. Ihminen voi pyrkiä tietyn seurauksen aiheuttamiseen. Koska syyn, esimerkiksi inhimillisen teon, ja seurauksen välillä on jonkinlainen ajallinen viive, ei kyseisen teon tekijän asemassa oleva voi periaatteessa olla täysin varma seurauksen syntymisestä. Syyn ja seurauksen välillä oleva aika mahdollistaa nimittäin väliintulevan tekijän. Seuraus voi olla syynä jollekin myöhemmälle seuraukselle.

Seurauksen käsitettä pohditaan usein fysikaalisten seurausten näkökulmasta. Myös muunlaisista olioista voidaan kuitenkin puhua seurauksina. Näillä saattaa olla fysikaalinen pohja (substraatti). Seurausten kompleksisuuden aste voi vaihdella. Esimerkiksi ”maksukyvyttömyys” on artefakti, jolle voidaan kuitenkin antaa myös fysikaalinen kuvaus. Omia kiinnostavia aikaa, paikkaa, syytä ja seurauksia koskevia kysymyksiä liittyy Internetiin.⁶²

Voidaan arvioida sitä, missä määrin johtoa voidaan saada erityisen osan tunnusmerkki-ilmaisuuksista. Yhtä ja samaa tilannetta voidaan kuvata eri tavoin. Esimerkiksi tappotilannetta voidaan kuvata ilmaisuilla ”tappoi” tai ”aiheutti tahallaan toisen kuoleman”. Jos operoidaan seuraustunnusmerkeillä (seuraus in abstracto), täytyy tietää, minkälainen tunnistamiskriteeri on käytössä: tunnistetaanko seuraustunnusmerkki esimerkiksi tietyistä signaalisanoista? Jos ratkaisevaa on tunnusmerkki ja seuraustunnusmerkkejä ovat esimerkiksi ne, joissa puhutaan ”seurauksesta” ja/tai ”aiheuttamisesta”, tapossa ei olisi kyse seurauksesta (tunnusmerkistö puhuu tappamisesta), kun taas esimerkiksi kuolemantuottamuksessa sitä vastoin olisi (tunnusmerkistö puhuu kuoleman aiheuttamisesta). On kuitenkin ilmeistä, että RL 3:6 soveltuu tappoon. Mikäli operoidaan tunnusmerkeillä, on siis vähintäänkin hyväksyttävä muita(kin) ilmaisuja seurauksia tarkoittaviksi. On kuitenkin suhtauduttu skeptisesti siihen, voidaanko tällaista abstraktia jaottelua viedä läpi⁶³.

Tulkinta-apua voidaan etsiä myös muista rikoslain ja rikoslainopin yhteyksistä, joissa seuraus, keskeinen rikosoikeudellinen peruskäsite, on esillä. Samaa käsitettä voidaan lain eri kohdissa olettaa käytettävän prima facie samassa merkityksessä. Seurauksen erilainen funktio eri yhteyksissä, samoin kuin muut lain-tulkinnalliset perusteet, voivat myös johtaa erilaiseen käyttötapaan. Ei lisäksi ole välttämättä selvää, puhutaanko näissä eri yhteyksissä seurauksesta in concreto vai in abstracto⁶⁴.

Rikosoikeudessa on vanhastaan ryhmitelty rikoksia eri tarkoituksia varten. Puhutaan esimerkiksi teko- ja seurausrikoksista, loukkaus- ja vaarantamisrikoksista sekä tekemis- ja laiminlyöntirikoksista. Seurausrikoksiksi tavataan luonnehtia rikoksia, joiden tunnusmerkistössä on toiminnasta erillinen seuraus.⁶⁵

⁶² Ks. *Nuotio 1998* monin kohdin, kausaalisuuden peruskysymyksistä mm. s. 133–149 ja Internetistä *Rikosoikeus 2002/Nuotio* s. 155–156. Ks. myös KKO 2004:71 ja 2005:27.

⁶³ Ks. *Jareborg 1970*.

⁶⁴ *Träskman 1977* s. 82–83 toteaa, että teon ja seurauksen välisen rajan voidaan sanoa olevan mielivaltainen; kaikkea paitsi primääritekoa saatetaan kutsua seuraukseksi.

⁶⁵ *Koskinen 2001* s. 47: ”Erottelu perustuu siihen, että monissa tunnusmerkistöissä on nimenomaan mainittu itse teosta erillinen ulkoinen seuraus, jonka syntymistä tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää.” *Frände 2001* s. 79–80: ”Idén är att beteckna delikten inte förutsätter någon effekt, någon följd eller något resultat av själva handlingen. Ifall ett sådant krav ställs har vi ett effektdelikt.” Hän pitää erottelua problemaattisena vaarantamisrikosten näkökulmasta.

Seurausrikoksiin ja seurauksiin liittyy rikosoikeudellisia erityiskysymyksiä, jotka saattavat valaista tilannetta. Rikos katsotaan tehdyksi ”sekä siellä, missä rikollinen teko suoritettiin, että siellä, missä rikoksen tunnusmerkistön mukainen seuraus ilmeni” (RL 1:10). Säännös kuvaa sitä, että teon suorittaminen ja sen seuraus voivat olla siten erillisiä, että seuraus ilmeneekin muualla kuin missä itse teko tehtiin.⁶⁶ Vastaavasti, jos rikoksen tunnusmerkistössä edellytetään määrätyn seurauksen syntymistä, syyteoikeuden vanhentumisaika alkaa tuon seurauksen ilmenemispäivästä (RL 8:2).

Seurauksen aiheuttamiseen/aiheutumiseen liittyy monisyinen problematiikka (kausaalisuus ja monet teon huolimattomuuden kysymykset)⁶⁷. Epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia koskeva oppi koskee tilanteita, joissa erityisessä vastuuasemassa oleva ”on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen” (RL 3:3). Säännös soveltuu rikoksiin, joissa tunnusmerkistö kattaa sekä aktiivisuuden että passiivisuuden. Itsestään selvästi kyseeseen tulisivat tunnusmerkistöt, joissa puhutaan neutraalisti ”aiheuttamisesta”. Konkreettiset esimerkki- ja oikeustapaukset liittyvät kuitenkin yleensä hengenmenoon, jonka asema seurauksena on kiistaton.⁶⁸

Myös yritysoipista, erityisesti tehokasta katumista koskevasta opista voisi löytyä huomionarvoisia näkökohtia. Kun rikos on edennyt yritysasteelle mutta tunnusmerkistö ei ole vielä toteutunut, tekijällä on mahdollisuus välttää yritys vastuulta⁶⁹. Jos hän ei ole vielä suorittanut loppuun omia toimiaan rikosteon suorittamisessa, kyseessä on ns. päättymätön yritys, ja tekijä vapautuu yritys vastuusta passiivisuudella, ts. jättämällä rikosteon enemmän suorittamisen sikseen. On kuitenkin mahdollista, että hän on jo suorittanut omat toimensa loppuun, ja ollaan seurauksen odottamisen vaiheessa (päättynyt yritys). Tälle tilanteelle tunnusomaista on, että passiivisuus ei enää riitä, vaan yritys vastuusta vapautuminen

⁶⁶ Ks. *Träskman* 1977 s. 81–94, jossa katsotaan mm. (s. 88), että rikokset, joita voidaan pitää jaoteltelun tekorikos – seurausrikos mielessä seurausrikoksina, sisältävät seurauksen, jota voidaan hyödyntää rikoksen lokalisoinnissa. Tällöin seuraus kattaa myös konkreettisen vaaran. *Rikosoikeus* 2002/*Nuotio* s. 155 sanoo, että rikostunnusmerkistön laatimistavalla on vaikutusta tekopaikan määrittämiseen. *Fränden* 2001 s. 328 mukaan ”den enda möjligheten är att ta fasta på de handlingsverb som ingår i de enskilda straffbestämmelserna och pröva huruvida man naturligt kan skilja mellan handling och följd”. Ks. myös *Tupamäki* 1999 s. 175–178.

⁶⁷ Näitä käsitellään perusteellisesti teoksissa *Nuutila* 1996 ja *Nuotio* 1998.

⁶⁸ Ks. kuitenkin mopon luovuttamista alaikäiselle koskeva KKO 2003:42. Esitöissä, *HE* 44/2002 s. 39–46, seurausta ja sitä, mitkä rikokset voisivat tulla konstruktion kautta rangaistaviksi, ei juuri tarkastella konkreettisesti. ”Jonkinlaisena rajatapauksena” pidetään s. 43 rakennusta suojelemaan palkattua vartijaa, joka tilanteeseen millään tavalla puuttumatta sallii jonkun murtautua hänen vartioimaansa liikkeeseen. – Epävarsinainen laiminlyöntirikos on sikäli erikoinen seurauksia koskevan tulkinnan eräänä apuvälineenä, että kyse ei ole niiden kausaalisesta aiheuttamisesta (paitsi mitä tulee vaatimukseen laiminlyödyn teon hypoteettisesta kausaalisuudesta).

⁶⁹ Kyseessä on nimenomaan ao. yritystä koskevan vastuun välttäminen; jos tekijä on ”matkan varrella” tullut jo täyttäneeksi toisen rikoksen tunnusmerkistön, tuomitaan hänet siitä.

edellyttää aktiivisia toimia, joilla seuraus estetään: yrityksestä ei rangaista, jos tekijä on vapaaehtoisesti ”estänyt tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen” (RL 5:2). Seurauksen estämisen katsotaan sisältävän kausaalisuuden vaatimuksen⁷⁰. Estettävä seuraus on tunnusmerkistön mukainen seuraus – sen syntyessä tunnusmerkistökin täyttyy, eikä välitönkään tilanteen korjaaminen enää vapauta vastuusta.

Tehokkaan katumisen tilanne kuvaa hyvin sitä, että teon ja seurauksen välillä on usein ajallinen ero. Seuraus, jonka tekijä tehokkaassa katumisessa voi estää, on seuraus myös RL 3:6:n näkökulmasta.⁷¹ Voidaanko päätellä, että jos tehokas katuminen on periaatteessa mahdollista, rikos edellyttää seurausta, mutta jos vain yrityksestä luopuminen on ajateltavissa, seikastoon ei liity seurausta? Jos näin on, seurauksen kriteeriksi asetetaan, että seuraus on seikka, joka on ajallisesti erillinen sen aiheuttaneesta teosta.⁷²

Merkitystä voisi olla myös RL 3:6:ssä niin ikään säännellyn dolus determinatuksen soveltumisalalla. Lisäksi vahingonkorvausoikeudelliset näkökulmat saattaisivat tuoda esiin huomionarvoisia näkökohtia.

Oma kysymyksensä on, onko kausaliteetin luonteella ja/tai seurauksen ontologisella statuksella merkitystä RL 3:6:n näkökulmasta. Esimerkiksi tapossa seuraus – kuolema – on fyysinen. Sellaisiin viittaavat myös esim. ”vakava ruumiinvamma” ja ”vakava sairaus” (RL 31:2). Myös erilaisten fyysisten olioiden vahingoittamisessa, turmelemisessa ja hävittämisessä on kyse seurausten aiheuttamisesta. Monet psyykkiset oliot voivat olla seurauksia. Sellaisia ovat esim. seikat, jotka täyttävät tunnusmerkin ”henkisiä sairauksia tai vammoja”, (RL 11:6), ”kipua” (RL 21:5) ja ”suurta tai pitkäaikaista kärsimystä” (RL 24:10). Myös juridiset ym. artefaktit kuten ”maksukyvyttömäksi tuleminen” (RL 39:1) voivat olla seurauksia.⁷³

⁷⁰ Honkasalo 1967 s. 183–184 ja HE 44/2002 s. 141–142.

⁷¹ Tehokas katuminen oli kyseessä, kun puukottaja hankki paikalle sairaauton ja uhrin henki saatiin näin pelastettua (KKO 1990:9). Kuolema onkin selvästi seuraus. Tapauksessa KKO 1993:44 tulen sytyttänyt oli ehkäissyt tulen leviämisen talon rakenteisiin ja välttyi näin tulesta tuomitukseksi murhapolton yrityksestä. Tulen leviäminen talon rakenteisiin oli tunnusmerkistön toteuttava seuraus.

⁷² HE:ssä 44/2002 s. 138–146 ei lähemmin tarkastella sitä, mikä on ”seuraus” RL 5:2:n mielessä, ei myöskään sitä, miksi tässä lainkohdassa puhutaan tunnusmerkistön ”tarkoittamasta” seurauksesta, RL 3:3:ssä ja 3:6:ssä puolestaan tunnusmerkistön ”mukaisesta” seurauksesta. RL 5:2:llä ei ole tarkoitus muuttaa tehokasta katumista koskevaa soveltamiskäytäntöä. On olemassa toisia rikostyyppisiä kuten varkaus ja raiskaus (KKO 1971 II 41), joissa on ollut kysymys mahdollisesta yrityksestä luopumisesta. Näillä saattaa in casu olla jonkinlaista indisioarvoa sen suhteen, voidaanko ao. rikostyyppiin katsoa voivan liittyä seurauksen. Rajanvetoa yrityksestä luopumisen ja tehokkaan katumisen välillä ei tosin ole tarvinnut pitää kovin keskeisenä, onhan molemmilla sama merkitys.

⁷³ Voidaan myös kysyä, onko se, että yllyttäjä saa aikaan rikoksenteleopäätöksen ja sitä kautta tekijän toiminnan, RL 3:6:n tarkoittama seuraus vai ei.

Kriminalisoinneissa hyödynnetään usein erilaisia vaaratunnusmerkkejä. Rikosoikeudessa katsotaan usein, että konkreettinen vaara on seuraus, abstrakti ei. Eräissä tunnusmerkistöissä hyödynnetyn ”hengenvaarallisen tilan” (RL 31:2 ja 21:6) katsotaan viittaavan jo toteutuneeseen konkreettiseen tilaan eikä pelkkään konkreettiseen vaaraan⁷⁴.

Seurauksen tulee olla tunnusmerkistön mukainen. A kohottaa ladatun aseensa B:n ohimolle ja vetää liipaisimesta; hänen tarkoituksenaan oli pelästyttää B, sillä hän luuli aseensa olevan panostamaton. A:ta ei tuomita taposta tai sen yrityksestä, mutta johtuuko tämä RL 3:6:stä vai 4:1:stä? Hän erehtyi käsilläolleesta olosuhteesta, mutta kyse lienee silti seuraustahallisuuden puuttumisesta, sillä panostamattomuus on olennainen siihen vaikuttanut seikka, ettei hän pitänyt B:n kuolemaa varsin todennäköisenä. A ampuu kohti B:tä luullen tätä hirveksi. Nytkään A:ta ei tuomita tahallisuudesta henkirikoksesta. On vaikeampi sanoa, johtuuko tämä seuraus- vai olosuhdetahallisuuden puuttumisesta. Se, että kohde oli ihminen, on olosuhde. Kyseessä on tapon tunnusmerkistön näkökulmasta suoraan relevantti seikka, sillä tunnusmerkistö kriminalisoi ihmisen tappamisen. Kohteen luonne ei ole seuraus. Nämä seikat voivat puoltaa RL 4:1:n soveltumista. Vaihtoehtoisesti saatetaan ajatella, että seuraus ei ole pelkästään ”kuolema”, vaan ”ihmisen kuolema”, jolloin RL 3:6 soveltuisi.

Esimerkit saattoivat olla kovin teoreettisia. Tilanteet, joissa selvästikään ei ole kyse seurauksesta, ovat mielestäni harvinaisia. Esimerkki seurauksettomasta rikoksesta on jonkin kielletyn esineen tai aineen hallussapito (RL 34:6 ja 9, 34a:2, 37:4 ja 11, 50:1 ja 2a). Usein tunnusmerkistössä ja/tai tunnusmerkistön viittamassa tilanteessa on jotain sellaista, jonka seurausluonteisuutta ei ainakaan suoralta kädeltä voida tyrmätä. Yleensä rikoksissa joku vähintäänkin liikkuu jollakin tavalla. Tuntuu vaikealta asettaa sellaisia kriteerejä, jotka kvalifioisivat osan muutoksista ”tunnusmerkistön mukaisiksi seurauksiksi” toisten jäädessä pelkiksi muutoksiksi.

Kriteereitä voidaan yrittää arvioida jonkin rikostyyppin näkökulmasta. Varkauksessa maailma on erilainen verrattaessa tilannetta ennen rikosta ja sen jälkeen. Omaisuus ei enää ole fyysisesti samassa paikassa kuin ennen. Sen oikeudellinenkin status on voinut muuttua (esim. omaisuuden takaisinotto-oikeus ei ole absoluuttinen). Selvää näyttää olevan, ettei kyse ole pelkästään paikallaan pysyvistä, samalla tavoin ennen ja jälkeen teon ”vallitsevasta” olosuhteesta. RL 1:10:n näkökulmasta varkauteen ei yleensä liity teosta erillistä seurauksen ilmenemispaiikkaa. On vaikea sanoa, voitaisiinko tekoon soveltaa epävarsinaisen laiminlyönnin konstruktia⁷⁵. Varkauteen tuskin yleensä liittyy yrityksestä luopumisesta eril-

⁷⁴ LaVM 6/1990 s. 12 ja LaVM 22/1994 s. 12.

⁷⁵ A antaa alaikäisen lapsensa B:n varastella osallistumatta itse tekoihin millään tavalla.

listä mahdollisuutta tehokkaaseen katumiseen. Varas joutuu suorittamaan vahin-
gonkorvausta, jollei hän pysty palauttamaan esinettä (VahL 5:5). Vaikka tyypil-
lisessä varkaudessa maailman muutos liittyy kiinteästi rikoksen suorittamiseen,
on ajateltavissa tilanteita, joissa muutoksen kutsuminen seuraukseksi on tavallis-
ta luontevampaa⁷⁶.

On vaikea ratkaista sitä, ratkeaako se, mikä on seuraus, in abstracto tunnus-
merkistöilmaisujen perusteella vai in concreto olioiden ominaisuuksien perus-
teella. Lakivaliokunta puhui rikos”tyypeittäin” vaihtelevasta olosuhdetahalli-
suudesta, mitä ei kuitenkaan yksityiskohtaisen tarkastelun puuttuessa voitane
pitää ratkaisevana pro-argumenttina in abstracto -näkökulmalle. Lainsoveltami-
sen kannalta helpottavaa voisi olla, jos voitaisiin kaikkien tunnusmerkkien osal-
ta etukäteen sanoa, mitkä tarkoittavat seurauksia, mitkä eivät. Se, mitkä ovat
seurausten luonnolliset ominaisuudet, voi myös olla hankala kysymys.

Käsiteltyä aihepiiriä sivuaa myös kysymys siitä, minkälainen tahallisuus- tai
muu subjektiivinen syyksiluettavuusvaatimus kohdistuu kausaalisuuteen. Perin-
teisessä esimerkissä A haluaa tappaa B:n heittämällä tämän sillalta mereen, jon-
ne B hukkuisi, mutta B osuukin siltapilariin ja saa surmansa sen vuoksi; luetaan-
ko A:n syyksi tahallinen täytetty henkirikos? Meillä on monesti käsitys tekomme
seurauksesta, mutta kovin vähän aavistusta siitä, minkälaisen kausaalikulun
kautta näin tapahtui. Tiedän esimerkiksi, että nappia painamalla saan lähetettyä
sähköpostiviestin, mutta tietoni siitä, miten tämä tapahtuu, ovat vähäiset. Huo-
miota on kiinnitettävä myös kausaliteetin kuvaustasoon; voidaan operoida mole-
kyyllitasolla tai jollakin karkeammalla kuvaustasolla.

Kysymykseen voidaan vastata monella tavalla. Voidaan olla sitä mieltä, että
tahallisuuden tulee kohdistua myös kausaalisuuteen. Mitä yksityiskohtaisem-
paan kausaalikulkuun tahallisuuden tulee kohdistua, sitä harvemmin vastuuedel-
lytykset toteutuvat tai voidaan rikosprosessissa kohtuudella todentaa. Tämän
vuoksi on tavallista tyytyä vaatimukseen, jonka mukaan tahallisuuden on koh-
distuttava kausaalikulkuun pääpiirteissään.

Voidaan myös edustaa kantaa, jonka mukaan kausaalikulkuun nähden riittää
muu kriteeri kuin tahallisuus, esimerkiksi tuottamus tai ennalta-arvattavuus.
Suurta eroa kriteeriin, jossa edellytetään tahallisuutta mutta vain kausaalikulun

⁷⁶ Voidaan ajatella tilannetta, jossa tekijä hankkii vilpillisesti esine- tai rahavoittoja peliautoma-
tista puuttumalla sen toimintamekanismiin (”kausalisuuteen”). Modernimpi sovellutus voisi olla
tietokonetta hyödyntäen tapahtuva varojen siirtäminen tililtä toiselle. – *Frände 2001* s. 329 toteaa
RL 1:10:ää kommentoidessaan, että raiskauksessa ei voida puhua teosta erillisestä seurauksesta.
– Kuolemaa pidetään seurauksen prototyyppinä, mutta senkin aiheuttamiseen voi liittyä teon ja
seurauksen nimenomaisempi tai vähemmän nimenomainen aikaa, paikkaa ja kontrollia koskeva
yhteys: kuristamisessa tekijällä on samantyyppinen jatkuva kontrolli rikoksen kohteeseen kuin
esim. varkaudessa. Tilanne on toisenlainen esim. ampumisen, tappavan taudin aiheuttamisen tai
aikapommin käytön tapauksissa.

olennaisiin piirteisiin nähden, ei välttämättä ole. Vastaavasti saatetaan lähteä siitä, että objektiivinen syyksilukeminen tai teon huolimattomuus sisältävät riittävät kriteerit tältä osin eikä erillistä kausaalisuustahallisuutta enää tarvita. Riittäisi, että kausaalisuus toteutuu esimerkiksi kielletyn riskinoton relevanssi-alueella.⁷⁷

Eräs merkittävä kysymys on se, ovatko edellytykset tältä osin samat esimerkiksi tahallisuuden eri asteiden yhteydessä. On esimerkiksi ajateltavissa, että tarkoitustahallisuuden tapauksessa riittäisi vähempi subjektiivinen suhde kausaalikulkuun kuin todennäköisyystahallisuuden tilanteessa.

⁷⁷ Tahallisuuden ja kausaalikulun suhteista ks. esim. *Freund* 1998 s. 254–265, *Jareborg* 2001 s. 344–345 ja *Gropp* 2001 s. 470–471.

4 Oikeuttamisperusteiden subjektiivinen puoli?

4.1 JOHDANTO

Tunnusmerkistöerehdys koskee puuttuvaa ja virheellistä käsitystä tunnusmerkistön toteuttavasta olosuhteesta. Sitä pidetään tahallisuuden mieltämiselementin kääntöpuolena. Herää kysymys siitä, miten suhtaudutaan käsityksiin, myös virheellisiin ja puuttuviin, jotka koskevat vastaavanluonteisia mutta oikeuttamisperusteen perustavia olosuhteita.

Oikeuttamisperusteita koskevista edellytyksistä ja tekijän käsityksistä voidaan muodostaa muutamia tyyppitilanteita. Yhtäältä tilanteita voidaan jaotella sen mukaan, olivatko oikeuttamisperusteen perustavat seikat käsillä vai eivät. Toisaalta tekijän asiaa koskevat käsitykset voidaan jakaa paikkansa pitäviin, puuttuviin ja virheellisiin. Näistä muodostuu seuraava kuuden tyyppitilanteen taulukko:

	op ei ole käsillä	op on käsillä
oikea käsitys	A	B
puuttuva käsitys	C	D
virhekäsitys	E	F

Tilanteessa A tekijä on selvillä siitä, että oikeuttamisperustetta ei ole käsillä. A lyö B:tä tietäen, ettei tähän ole mitään syytä. Tilanne on ongelmaton, ja A on teosta täydessä vastuussa.

Tilanteessa B tekijä on selvillä siitä, että käsillä on oikeuttamisperuste. A lyö B:tä, koska B on hyökkäämässä A:n kimppuun veitsellä varustautuneena. Tämäkin tilanne on ongelmaton. A on vastuusta vapaa.

Tilanteessa C tekijältä puuttuu käsitys sen suhteen, että käsillä ei ole oikeuttamisperustetta. A lyö B:tä. Tähän ei ole mitään oikeuttavaa perustetta, kuten hätävarjelua, eikä A:lla sellaisesta ole mitään uskomustakaan. Oikeuttamisperuste puuttuu siis ”molemmista kuvista”, sekä todellisuudesta että A:n mielestä.

Tilanteessa D tekijä ei tiedä, että käsillä on oikeuttamisperuste. A lyö yöllä B:n ikkunan rikki kostoksi. Tämä koituu kuitenkin huoneistossa nukkuvan B:n onneksi, sillä huoneeseen virtasi vaarallista kaasua. Tilannetta on arvioitu eri tavoin.

Tilanteessa E käsillä ei ole oikeuttamisperustetta, mutta tekijä uskoo näin olevan. A luulee virheellisesti, että häntä lähestyvä B on hyökkäämässä hänen

kimppuunsa ja kaataa B:n maahan Tällaisen putatiivihätävarjelen käytännöllisestä ratkaisulinjasta on vallinnut melko laaja yksimielisyys, joskin sen ympärillä on käyty laajaa teoreettista keskustelua. RL 4:3 koskee tilannetta E.

Tilanteessa F käsillä on oikeuttamisperuste, mutta tekijä uskoo virheellisesti, että näin ei ole. A on ollut pitkään eksyksissä ja ilahtuu huomattavasti mökin, johon voi päästä ainakin suojaan. Yksi ikkuna on raollaan. A kiertää mökin lähdekseen, olisiko ovi mahdollisesti lukitsematon. Näin ei ole, jolloin A lyö läheisen ikkunan sisään, koska siitä pääsee helpommin sisään kuin raollaan olleesta ikkunasta. Tuulenpuuska oli tällä välin sulkenut raollaan olleen ikkunan, eikä siitä olisi enää päässyt sisään. F:n arviointi saattaa olla sama kuin D:n.

Seuraavassa keskitytään tilanteisiin D ja E. Enemmän huomiota osakseen on perinteisesti saanut putatiiviteon tilanne E. Puuttuvan käsityksen tilanne (D) ei ole niinkään ollut esillä. Putatiivitekotilanteita voi esiintyä käytännössä. Niiden aineellisoikeudellinen merkitys on vastuuta lieventävä. Vastaajan intressien mukaista onkin vedota putatiivitekoon, pitipä väite paikkansa tai ei. Syyttäjän on sängen vaikea osoittaa väite vääräksi. Näin putatiiviteolla on merkitystä käytännön prosessissa.

Puuttuvan käsityksen tilanne ei sen sijaan ole käytännössä yhtä merkittävä. Se ei prima facie vaikuta vastaajalle edulliseen suuntaan. Näin hänellä ei ole intressiä vedota erityisesti siihen. Kun käsillä oli objektiivisesti oikeuttamisperuste, ei tutkintaenergiaa ehkä useinkaan enää käytetä tekijän asiaa koskevien käsitysten selvittämiseen, etenkin, jos puuttuvan käsityksen tilanteen oikeudellinen merkityksellisyys on epäselvä.

Problematiikka on moniulotteinen. Käsiteltäessä oikeuttamisperusteen perustavia seikkoja koskevaa virheellistä ja puuttuvaa käsitystä tulee ensinnäkin tietää, mitkä ovat oikeuttamisperusteita. Tämä ei välttämättä ole selvää.⁷⁸ On olemassa joukko perusteita, joiden luonnetta oikeuttamisperusteina pidetään selvänä. Tällaisia ovat ainakin hätävarjelu ja pakkotila. Oikeuttamisperusteisiin tavaan lukea myös mm. itseapu, jokamiehen kiinniotto-oikeus, voimakeinojen käyttö ja viranomaisten toimivaltasäännökset.

Toisaalta eri puolille oikeusjärjestystä voi sisältyä erilaisia normeja, jotka sallivat sellaista, mikä kuuluu jonkin tunnusmerkistön alueelle. Nämäkin ovat periaatteessa oikeuttamisperusteita, ellei niitä joissakin tapauksissa haluta pitää jo tunnusmerkistöä rajaavina perusteina. Rikosoikeudellisessa keskustelussa esiintyy perusteita, joiden rikoksen rakenneopillinen status on epäselvä tai muuttunut. Sellaisia voivat olla esimerkiksi sallittu riski, sosiaaliadekvanssi ja loukatun suostumus. Useissa rangaistussäännöksissä on lisäksi sentyyppisiä tunnusmerkkejä kuin ”oikeudettomasti”, jotka näyttävät voivan kattaa myös oikeuttamispe-

⁷⁸ Ks. myös Nuutila 1997 s. 280–282.

rusteina pidettäviä perusteita (ks. jakso 3.3.3). Sanotut näkökohdat ilmentävät sitä, että oikeuttamisperusteiden osoittaminen ei ole yksinkertainen tehtävä.⁷⁹

On myös mahdollista, että eri oikeuttamisperusteet on säännelty erimääraisesti. Jokin oikeuttamisperuste voi olla laissa säännelty, kun taas jokin toinen on esimerkiksi oikeustieteen varassa. Tämä voi vaikeuttaa oikeuttamisperusteiden subjektiivista puolta koskevan yleisen teorian kehittelyä. Jos esim. jokin säännelty oikeuttamisperuste näyttää edellyttävän jonkin subjektiivisen kriteerin täyttymistä vastuuvapauden ehtona, missä määrin tällaisen subjektiivisen edellytyksen toteutumista voidaan edellyttää sääntelemättömän oikeuttamisperusteen yhteydessä? Yleisten oppien uudistuksen yhteydessä lakiin otetun vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevaa erehdyttä koskevan säännöksen myötä meillä on kysymystä ainakin sivuavaa normipohjaa myös yleisemmin kuin yksittäisten oikeuttamisperusteiden mahdollisen sääntelyn kautta. RL 4:3 koskee kuitenkin sanamuotonsa mukaan vain hätävarjelua, pakkotilaa ja voimakeinojen käyttöä.

Voi siis ensinnäkin olla epäselvää, mitkä ylipäätään ovat oikeuttamisperusteita. Ne voivat, toisekseen, olla erimääraisesti säänneltyjä. Kolmanneksi, RL 4:3 koskee vain tiettyjä oikeuttamisperusteita (ja anteeksiantoperusteita).

Tiettyä lisävaikeuskerrointa liittyy siihen, että oikeuttamisperusteissa kyse on rikosvastuun negatiivisista edellytyksistä. Pahoinpitelyvastuu edellyttää, että käsillä ei ollut vastuusta vapauttava hätävarjelutilanne. Negatiivisiin edellytyksiin liittyy tiettyä hahmotusvaikeutta. Merkitseekö, mieltämisen näkökulmasta, esimerkiksi se, että tiedän edessäni olevan joitain esineitä, samalla sitä, että tiedän myös, että edessäni ei ole joitain muita esineitä? Positiivinen ja negatiivinen voivat liittyä myös kuvauksen tapaan; esimerkiksi sodan puuttuminen merkitsee rauhaa. Myös tunnusmerkistöissä käytetään toisinaan negatiivisia ilmauksia.

4.2 TEKIJÄ USKOO VIRHEELLISESTI, ETTÄ OIKEUTTAMISPERUSTEEN MUODOSTAVAT TOSISEIKAT OVAT KÄSILLÄ

4.2.1 Periaatteellisia näkökohtia

Tilanne E on perinteisesti ratkaistu siten, että tekijä ei ole vastuussa tahallisuudesta rikoksesta. Erilaisia näkemyksiä on esitetty siitä, merkitseekö se tahallisuuden puuttumista vai (vain) sitä, että tekijää ei tuomita tahallisuudesta rikoksesta. Tällä

⁷⁹ Asiaa ei käsitelty kovin laajalti yleisten oppien uudistuksessa; ks. HE 44/2002 s. 99–100 ja 110–111.

voi olla merkitystä mm. osallisuusopissa (aksessorisuusvaatimus). On myös esitetty edellisiä ankarampia käsityksiä, joiden mukaan tuollainen erehdys ei sellaisenaan johda vapauteen tahallisuusvastuusta, vaan olisi asetettava joitain lisäedellytyksiä, kuten se, että erehdys ei ollut vältettävissä (ns. ankara syyllisyysteoria).

Eräät teoreettiset struktuurit ovat tukeneet sitä, että tuollainen erehdys poistaa tahallisuuden. Tämä oli luonnollista operoitaessa tosiasiaerehdyksellä ja oikeuserehdyksellä. Myös oikeuttamisperusteita koskevat tosiasiaerehdykset olivat tosiasiaerehdyksiä, ja tosiasiaerehdys merkitsi tahallisuusvaatimuksen jäämistä täyttymättä. Tahallisuusteoria puolestaan lähti siitä, että myös oikeudenvastaisuus on tahallisuuden kohde. Putatiivierehdyksessä toimineelta puuttui käsitys tekonsa oikeudenvastaisuudesta ja siis tahallisuus. Ylipäätään ratkaisu oli luonteva klassistyyppisen rikoksen rakenteen näkökulmasta ja katsottaessa, että tahallisuuden tulee peittää rikoksen objektiivinen puoli.

Putatiivierehdyksen tahallisuutta poistavaa merkitystä voitiin perustella myös opilla negatiivisista tunnusmerkistökäsitteistä, joka lähtee kaksi- eikä kolmivaiheisesta rikoksen rakenteesta. Kyseisen opin mukaan oikeuttamisperusteen eikäsilläolo kuuluu tunnusmerkistön mukaisuuteen negatiivisena tunnusmerkkinä. Esimerkiksi tapon tunnusmerkistö olisi luettava seuraavaan tapaan: ”Joka tappaa toisen, on tuomittava taposta vankeuteen määrääjäksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi, paitsi jos teko oli hätävarjeluna (tai muun oikeuttamisperusteen nojalla) sallittu.” Tunnusmerkistö ja oikeuttamisperuste kuvaavat molemmat sosiaalista tapahtumista, eikä niiden välillä ole asiallista eroa. Tunnusmerkistö ja oikeuttamisperusteen eikäsilläolo muodostavat yhdessä kokonaisvääryyden. Se, että lainsäätäjä on kirjoittanut tunnusmerkistöt ja oikeuttamisperusteet erikseen, johtuu lähinnä esitysteknisistä syistä. On esimerkiksi yksinkertaisempaa laatia erillinen hätävarjelusäännös kuin toistella sitä kaikissa relevanteissa erityisen osan tunnusmerkistöissä.

Oppia negatiivisista tunnusmerkistökäsitteistä ei kuitenkaan ole hyväksytty. Tunnusmerkistön ja oikeuttamisperusteen toteuttavat seikat ovat kyllä sinänsä (ontologisesti) samanlaatuisia. Näin tunnusmerkistön toteutumisen ja oikeuttamisperusteiden puuttumisen voidaan sanoa muodostavan kokonaisvääryyden. Tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden välillä on silti nähty eroa. On eri asia tehdä jotain, joka ei ole lainkaan rikosoikeudellisesti kiinnostavaa, rangaistuksenarvoista ja oikeushyvä loukkaavaa (esim. oman ikkunansa rikkominen), kuin tehdä jotain, joka toteuttaa rikostunnusmerkistön, on prima facie rangaistuksenarvoista ja loukkaa jotakin oikeushyvä, mutta on oikeuttamisperustetilanteen vuoksi sallittua (toisen ikkunan rikkominen pakkotilassa). Oikeuttamisperusteet ilmentävätkin itsenäistä arviointitasoa. Normiteoreettisesti ilmaistuna tunnusmerkistön mukaisuuden ilmaisemaa kieltonormia on vastassa itsenäinen salliva normi. Oikeuttamisperuste ei ole pelkkä kieltonormin kaven-

nus. Tunnusmerkistön mukaisuus ilmentää erityistä vääryystyyppiä ja oikeuttamisperusteet sosiaalisen konfliktin ratkaisemisen välineitä. Kun oikeuttamisperusteet eivät näin redusoidu pelkiksi negatiivisiksi tunnusmerkeiksi, ei putatiivierehdyksen tahallisuusvastuusta vapauttavaa merkitystä voida perustella tunnusmerkistötahallisuuden puuttumisella.⁸⁰

Tahallisuusteoria oli puolestaan jäänyt altavastaaajaksi taistelussaan syyllisyysteoriaa vastaan, joten putatiivierehdyksen tahallisuutta poistavaa merkitystä ei voitu enää puolustaa tahallisuusteoreettisilla lähtökohdilla. Syyllisyysteorian mukaan oikeudenvastaisuus ei ole tahallisuuden kohde, ja oikeudenvastaisuutta koskeva erehdys – kieltoerehdys – johtaa vastuuvapauteen vain vahvasti kvalifioituna, ts. kun se ei ollut vältettävissä. Tätä johdonmukaisesti soveltavana ns. ankara syyllisyysteoria pitää kaikkia nimenomaan oikeudenvastaisuuteen (eikä tunnusmerkistön mukaisuuteen) liittyviä erehdyksiä, siis myös putatiivierehdyksiä kieltoerehdyksinä.⁸¹ Tosiasia- ja oikeuserehdys korvautuivat tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen peruskategorioilla, eikä putatiivierehdyksen tahallisuutta poistavaa vaikutusta voitu enää puolustaa ensin mainitulla jaottelulla.

Syyllisyysteoria oli yhtäältä päässyt voitolle, mutta toisaalta ainakin ankaran syyllisyysteorian suhtautuminen putatiivierehdyksiin olisi merkinnyt ankarampaa suhtautumista kuin mistä perinteisesti oli lähdetty. Saksalainen lainsäätäjä ei uskaltautunut ottamaan asiaan kantaa, ja StGB:iin otettiin säännökset vain tunnusmerkistön toteuttavia seikkoja koskevasta tunnusmerkistöerehdyksestä ja kieltoerehdyksestä. Oikeustiede pyrki ja pyrkii edelleen löytämään malleja, joissa olisi syyllisyysteoreettinen lähtökohta mutta joissa voitaisiin kuitenkin päätyä oikeudenmukaisena pidettäviin tahallisuusvastuun poissulkeviin tuloksiin putatiivierehdystilanteissa. Tällaisia malleja kutsutaan mainitun perusasetelmansa mukaisesti rajoitetuiksi syyllisysteorioiksi. Ne muodostavat vallitsevan kannan saksalaisessa oikeustieteessä. Itävallan rikoslain 8 § ilmentää rajoitettua syyllisyysteoriaa – sitä, joka virheellisesti olettaa oikeudenvastaisuuden poistavien olosuhteiden olevan käsillä, ei rangaista tahallisesta teosta.⁸²

4.2.2 Suomen oikeus

Suomessa putatiivierehdys on johtanut vastuuvapauteen tahallisesta rikoksesta. Yleensä putatiivierehdyksen on katsottu merkitsevän tahallisuusvaatimuksen jäämistä täyttymättä⁸³.

⁸⁰ Negatiivisia tunnusmerkistökiteijöitä koskevasta opista ja sen kritiikistä ks. *Jescheck – Weigend* 1996 s. 248–251 ja *Baumann – Weber – Mitsch* 2003 s. 317; vrt. *Schünemann* 1985 s. 347–353.

⁸¹ Ankaran syyllisyysteorian puolesta argumentoi erityisesti finalisti *Welzel* 1969 s. 168–171.

⁸² Ks. lähemmin *Fuchs* 2000 s. 162–165 ja 178–179.

⁸³ *Honkasalo* 1965 s. 164–165 (hätävarjelu), *Honkasalo* 1967 s. 118 (hätävarjelu), *Anttila – Heinonen* 1977 s. 144, *Nuutila* 1997 s. 257–258 ja 292 sekä *Koskinen* 2001 s. 67. Ks. myös *Vikatmaan* esitystä 1970 s. 327–332 sekä kokoavasti vuoden 1976 tilanteesta *Majanen* 1976.

Rikoslain yleisen osan uudistuksessa lainsäätäjä halusi teorianeutraalista perusasennoitumisestaan poiketen asettua syyllisyysteoreettiselle kannalle oikeudenvastaisuustietoisuudessa ja omaksua saksalaisia (ja itävaltalaisia) erehdyslinjauksia. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva RL 4:3 noudattelee rajoitetun syyllisyysteorian peruslinjoja siinä, että erehdys johtaa siihen, että tekijää ”ei rangaista tahallisesta rikoksesta”. Relevantti virhekäsitys johtaa vapauteen tahallisuusvastuusta, mutta ei vaikuta tahallisuuteen sinänsä, toisin kuin RL 4:1:n tunnusmerkistöerehdys, jonka käsilläollessa ”teko ei ole tahallinen”.⁸⁴

RL 4:3:ään liittyy myös eroja verrattuna saksalaisiin oikeustieteen ratkaisuihin. Merkittävimmät erot näyttäivät olevan seuraavat.

RL 4:3 vapauttaa tahallisuusvastuusta vain silloin, jos virheellinen käsitys oli perusteltu (”sellaisena kuin tekijä sen perustellusti käsitti”). Saksassa ei aineellisen rikosoikeuden yhteydessä tavata asettaa tällaista edellytystä. Perustelluisuuden vaatimukselle voidaan antaa kaksi tulkintaa. Ensimmäisen tulkintavaihtoehdon mukaan kyse on aineellisesta edellytyksestä, jolloin pelkkä virhekäsitys sellaisenaan ei riitä, toisin kuin tunnusmerkistöerehdyksen yhteydessä. Tällöin kyseessä olisi ankaraa syyllisyysteoriaa lähentyvä ratkaisu: oikeuttamisperusteen perustavia olosuhteitakin koskevan erehdyksen käsittely lähenee kieltoerehdyksen käsittelyä (joskin kynnyksenä olisi alempi perustelluisuus eikä vaativa anteeksiannettavuus). Tällöin olisi virhekäsityksen syiden näkökulmasta kolmentyyppisiä erehdyksiä: kvalifioimaton tunnusmerkistöerehdys, kvalifioitu vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys ja vahvasti kvalifioitu kieltoerehdys.

Toinen tulkintamahdollisuus on prosessuaalinen. Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevaan erehdykseen suhtauduttaisiin näytöllisten periaatteiden näkökulmasta normaalista jossain määrin poikkeavasti (väittämistaakka, todistustaakka). RL 4:3:n sanamuoto tuntuisi viittaavan lähinnä aineelliseen kriteeriin. Näyttöä koskevassa jaksossa siteeratut asiaa koskevat esityölausumat tuntuvat sisältävän merkittävästi prosessuaalista ainesta.⁸⁵

Vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva RL 4:3 sääntelee sanamuotonsa mukaan vain RL 4:4–6 §:ssä tarkoitettuihin tilanteisiin eli hätävarjeluun, pakkotilaan ja voimakeinojen käyttöön liittyviä olosuhteita koskevia virhekäsityksiä. Herää kysymys siitä, mikä merkitys vastaavalla virhekäsityksellä on muiden oikeuttamisperusteiden yhteydessä? Eikö mitään vai sovelletaanko analogisesti jotain uusista erehdyssäännöistä?

⁸⁴ HE:ssä käytettiin molempien yhteydessä ilmaisua ”ei rangaista tahallisesta rikoksesta”, mutta RL 4:1 korjattiin lopulta muotoon ”teko ei ole tahallinen”, mikä ilmentää, että nimenomaan tunnusmerkistöerehdys on tahallisuuden (kognitiivisen puolen) kääntöpuoli. Laki vastaa tältä osin asiallisesti rikoslakiprojektin ehdotuksen kantaa; ks. myös *Lappi-Seppälä 1992* s. 233–236 ja *Lappi-Seppälä 2004* s. 11–14.

⁸⁵ Ks. *HE 44/2002* s. 110 ja *LaVM 28/2002* s. 10 ja jakso II.5.

Olisi vaikea perustella tuollaisten virhekäsitysten täydellistä merkityksettömyyttä. Ottaen huomioon, että RL 4:3 koskee myös 4–6 §:ssä tarkoitettuja anteeksiantoperusteita koskevia olosuhde-erehdyksiä, ei liene perusteltua soveltaa muita oikeuttamisperusteita koskeviin olosuhde-erehdyksiin vastaajalle epäedullisempaa sääntöä kuin RL 4:3:stä ilmenevää.

Kolmas ero saksalaiseen oikeuteen koskee jo mainituksi tullutta seikkaa eli anteeksiantoperusteiden asemaa olosuhde-erehdysten näkökulmasta. Saksalaiset opit koskevat nimenomaan oikeuttamisperusteita, eivät samalla anteeksiantoperusteita.⁸⁶

4.3 SUBJEKTIIVINEN OIKEUTTAMISPERUSTE-ELEMENTTI?

Edellä on käsitelty tyyppitilannetta E: oikeuttamisperuste ei ole käsillä, mutta tekijä uskoo virheellisesti, että on. Käsitys vastuun oikeasta laajuudesta tällaisen erehdyksen tilanteessa on melko yhtenevä: erehdys johtaa siihen, ettei tekijä vastaa tahallisuudesta rikoksesta. Tunnusmerkistöerehdyksessä puuttuva käsitys rinnastetaan virheelliseen käsitykseen – mikä on aivan oikein, sillä molemmissa tapauksissa tekijältä puuttuu käsitys siitä, mitä hän tekee, toisin sanoen tahallisuus. Nyt arvioidaan tilannetta D: oikeuttamisperuste oli käsillä, mutta tekijällä ei ollut asiasta mitään mielikuvaa.

Kysymys on siitä, riittääkö oikeuttamisperusteen objektiivinen käsilläolo teon oikeudenmukaisuuteen ja vastuuvapauteen, vai edellytetäänkö myös jonkinlaista subjektiivista oikeuttamisperuste-elementtiä. Mikä tällaisen subjektiivisen oikeuttamisperuste-elementin sisältö olisi ja mitä seuraisi sen puuttumisesta? Tarkastelussa voidaan hyödyntää putatiivierehdyksen arvioinnin perusteita, ja vastaavasti subjektiivista oikeuttamisperuste-elementtiä koskevalla tarkastelulla voi olla merkitystä muiden tyyppitilanteiden ratkaisun kannalta.

Laki näyttää antavan ratkaisun aineksia ainakin joissakin tapauksissa. Vanha RL 3:6 puhui tilanteesta, jossa joku, ”suojelemaan” itseään tahi toista, teki lainkohdasta lähemmin ilmenevän hyökkäyksen torjuntateon. Hätävarjeluun liittyi

⁸⁶ Säädestasolla ks. StGB 35.2 §, jonka mukaan tekijää, joka virheellisesti olettaa sellaisten olosuhteiden olevan käsillä, jotka johtaisivat pakkotilanteen anteeksiannettavuuteen, rangaistaan vain, jos erehdyksen välttäminen oli hänelle mahdollista. Vain vahvasti kvalifioitu erehdys johtaa siis rankaisemattomuuteen. *Haftin* 1994 s. 257 mukaan lähtökohta soveltuu anteeksiantoperusteisiin liittyviin olosuhde-erehdyksiin yleisemminkin. Samoin *Jescheck – Weigend* 1996 s. 507–509. Vrt. *HE 44/2002* s. 110.

näin lain mukaan suojelutarkoitus. Suojelutarkoitukseen liittyy – ei ehkä suoraan käsitteellisenä välttämättömyytensä mutta ainakin käytännössä usein – se, että tekijä uskoo suojelua edellyttävän tilanteen olevan käsillä. Tietämättömyys hätävarjelutilanteen käsilläolosta on toisin sanoen yhteensopimaton suojelutarkoituksen kanssa. Näin hätävarjelun voidaan sanoa edellyttäneen jonkinlaista hätävarjelutilanteen mieltämistä.

Seuraavassa subjektiivisen oikeuttamisperusteen edellytystä arvioidaan kuitenkin ensin yleisenä periaatteellisenä kysymyksenä, riippumatta mahdollisista yksittäisiä oikeuttamisperusteita koskevista lain ilmauksista. Eihän ole edes selvää, mitkä kaikki ovat oikeuttamisperusteita ja/tai että ne olisi laissa säänneltä. Toisaalta jo laillisuusperiaatteesta seuraa, että huomioon tulee luonnollisesti otettavaksi myös mahdollinen sääntely. Sellaista voidaan kenties myös käyttää argumentatiivisesti yleisiä periaatteita etsittäessä.

Puuttuvan käsityksen tapaus voisi johtaa täyteen vastuuvapauteen tahallisuudesta – tekohan ei ollut objektiivisesti oikeudenvastainen. Voidaan myös argumentoida sen puolesta, että tekijää kohtaa täysi vastuu – hänhän ei ollut selvillä oikeuttamisperusteen objektiivisesta käsilläolosta. Ajateltavissa on myös jonkinlainen rajoitettu vastuu, esimerkiksi vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta, yritysvastuu tai alennettu rangaistus.

Saksalaisessa aiheesta koskevassa keskustelussa on vahvasti esillä vääryyden näkökulma. Kielletyn seurauksen aiheuttamisessa on kyse seurausvääryydestä. Tunnuksmerkistö kuvaa usein myös menettelytapaa. Kyse on tällöin toimintavääryydestä. Tässä vääryydessä on objektiivisia ja subjektiivisia aineksia. Puhutaankin vastaavasti objektiivisesta ja subjektiivisesta tunnuksmerkistöstä. Tahallisuuden sijoittaminen tunnuksmerkistön mukaisuuteen vahvistaa luonnollisesti sitä, että vääryydessä on myös subjektiivinen puolensa. Tahallisuutta saatetaan pitää jopa toimintavääryyden ytimenä.

Tunnuksmerkistön mukaisuus ja oikeuttamisperusteen puuttuminen muodostavat kokonaisvääryyden. Oikeuttamisperusteen käsilläolo kompensoi teon tunnuksmerkistön mukaisuutta (ei kuitenkaan tee sitä tyhjäksi, muuten oltaisiin kaksivaiheisessa rikoksen rakenteessa). Oikeuttamisperusteen objektiivinen käsilläolo kompensoi vasta tunnuksmerkistön mukaisuuden toteuttavaa objektiivista vääryysulottuvuutta. Tarvitaan myös oikeuttamisperusteen subjektiivinen elementti kompensoimaan tunnuksmerkistön mukaisuuteen liittyvää subjektiivista vääryysulottuvuutta.

Jos siis tekijä ei ole tietoinen käsilläolevasta oikeuttamisperusteesta, oikeuttamisperusteen subjektiivinen elementti puuttuu. Teko jää yleisen käsityksen mukaan oikeudenvastaiseksi. Saksalaisessa keskustelussa katsotaan yleensä, että vastuuvapauteen ei voida päätyä pelkän oikeuttamisperusteen objektiivisen käsilläolon perusteella. Täysi vastuuvapaus sopisi yhteen lähinnä aiemman objektiivisen oikeudenvastaisuuskäsityksen kanssa (klassinen rikoksen rakenne).

Saksalaisessa keskustelussa ratkaisuvaihtoehtoina pidetään lähinnä vastuuta täytetystä tahallisesta rikoksesta ja sellaisen yrityksestä (yritysvastuun kannattajat jakaantuvat puolestaan vielä yrityssäännöksiä ex analogia ja suoraan soveltaviin).

Vastuuta täytetystä rikoksesta saatetaan perustella seuraavasti. Tietämättömyys oikeuttamisperusteen perustavien seikkojen käsilläolosta merkitsee sitä, ettei teko ole oikeudenmukainen (tämän käsityksen jakavat siis myös yritysvastuun puoltajat). Kun teko on oikeudenvastainen ja tunnusmerkistön toteuttava, on seurauksena vastuu täytetystä tahallisesta teosta. Oikeuttamisperusteen objektiivinen käsilläolo voidaan ottaa huomioon seuraamuspuolella.

Yritysvastuun puolesta voidaan esittää seuraavia näkökohtia. Kun käsillä on esimerkiksi hätävarjelutilanne mutta tekijä ei ole tästä tietoinen, teko ei ole objektiivisesti oikeudenvastainen. Vääryys on näin ollen pienempi kuin jos teko olisi myös objektiivisesti oikeudenvastainen. Tämä pienemmyys tulee ottaa huomioon. Huomioon ottaminen tapahtuu siten, että seurausvääryyden (ja objektiivisen toimintavääryyden) katsotaan jäävän puuttumaan. Teko ja siihen mahdollisesti liittyvä seuraushan olivat objektiivisesti oikeudenmukaiset. Tekijä voi tulla tuomituksi (kelvottomasta mutta rangaistavasta) yrityksestä, jos ao. rikoksen yrityskin on kriminalisoitu. Tämä on luonteva ratkaisu tilanteessa, jossa nimenomaan vääryyden subjektiivinen puoli on täysimääräisesti käsillä.⁸⁷

Jos subjektiivista oikeuttamisperuste-elementtiä tulee edellyttää, herää kysymys sen lähemmästä sisällöstä. Sillä voidaan ajatella olevan, kuten vastuuta perustavillakin subjektiivisilla elementeillä, jonkinlainen korkeus-, syvyys- ja pituusulottuvuus. Lähdetessä subjektiivisesta oikeuttamisperuste-elementistä tunnusmerkistön mukaisuuden subjektiivisten seikkojen kompensaatona voi lähellä olla ajatus, että subjektiivisen oikeuttamisperuste-elementin sisältö suhteutettaisiin noiden seikkojen, kuten dolus eventualiksen sisältöön (symmetria). Omat kysymyksensä muodostavat myös oikeuttamisperusteiden mahdollinen eritytetympi tarkastelutarve (oikeuttamisperusteittain ja/tai yhteydessään eri rikostyyppeihin) samoin kuin näyttökysymykset.

Tähän mennessä on tarkasteltu lähinnä käsitystä oikeuttamisperusteen edellytysten käsilläolosta oikeuttamisperusteen subjektiivisena puolena ja tuollaisen käsityksen puuttumista. Ajateltavissa on, että oikeuttamisperusteisiin liittyisi

⁸⁷ Yritysvastuun kannalla ovat mm. *Frisch 1987, Maurach – Zipf 1992 s. 350–351, Kühl 2002 s. 132–133 ja Baumann – Weber – Mitsch 2003 s. 336–337. Frisch 1987 korostaa sitä, että tietoisuusvaatimuksen tarpeellisuuden ratkaisemiseksi keskeistä on sen normatiivisen perusteen löytäminen. Funktionaalisesta näkökulmasta oikeuttamisperustetta koskevan tietoisuuden tarve liittyy Frischin mukaan siihen, että siitä tietämätön ilmentää päätöstä oikeushyvää vastaan. Kelvottoman yrityksen kriminalisoinnissa lainsäätäjät on osoittanut, että rikosoikeudellisia seuraamuksia voidaan liittää pelkkään subjektiiviseenkin vääryyteen. Vastuuvapaus pelkän objektiivisen oikeuttamisperusteen perusteella olisi vastoin tätä normatiivista johtoehtoa.*

muutakin subjektiivista ainesta. Edellä viitattiin vanhan RL 3:6:n ”suojellaksensa”-ilmaisuun. Oikeuttamisperuste voisi edellyttää tällaisen suojelutarkoituksen käsilläoloa hätävarjelussa, pelastustarkoituksen käsilläoloa pakkotilassa jne, tai esimerkiksi toimintaa oikeuttamisperusteen käsilläolon vuoksi tai motivoimana tai jotakin positiivisena pidettävää tahdonsuuntausta⁸⁸. Tällaista edellytystä saatetaan joissakin oikeuttamisperusteissa voida puolustaa lain ilmauksella kuten vanhan RL 3:6:n tapauksessa. Yleisempi peruste vaatimuksen asettamiselle voisi olla esim. se, että vain toimittaessa tällaisessa oikeuttamisperusteen ration toteuttamisen tarkoituksessa/motivoimana tekijän suhtautuminen olisi yhdenmukainen oikeusjärjestyksen tarkoituksien kanssa. Pelkkä tietoisuus oikeuttamisperusteen käsilläolon perustavista seikoista ei siis riittäisi. Jos joku esimerkiksi tietoisena hätävarjeluperusteesta puolustautuu hyökkäystä vastaan antaakseen hyökkääjälle ”opetuksen” eikä suojellakseen itseään tai toista, puolustus olisi oikeudenvastainen ja jouduttaisiin pohtimaan samantapaisia mahdollisen vastuun laajuutta koskevia kysymyksiä kuin jos tekijä ei olisi ollut edes selvillä oikeuttamisperustetilanteen käsilläolosta.

Toiset ovat pitäneet selvilläoloa oikeuttamisperustetilanteesta riittävänä oikeuttamisperusteen subjektiivisena puolena. Erityistä tarkoitusta tai motiivia ei olisi lisäksi edellytettävä (ellei toisin ole nimenomaan säädetty). Se voisi ilmentää sellaista eettistä jalousvaatimusta, jota oikeushyvien suojelu ei edellytä. Vastuuvapauden tekeminen riippuvaiseksi ”oikeanlaisesta” motivaatiosta voi olla tekijärikosoikeudellinen vaatimus.⁸⁹ Selvilläolo oikeuttamisperusteen perustavasta tilanteesta saatetaan katsoa riittäväksi subjektiiviseksi elementiksi jopa silloin, kun lain sanamuoto näyttäisi viittaavan tarkoitukseen jonkin oikeuttamisperusteen osalta. Tämä ei olisi ongelmallista laillisuusperiaatteen näkökulmasta, sillä kyse on vastuuta supistavasta tulkinnasta.⁹⁰

Meillä kysymystä oikeuttamisperusteen subjektiivisesta puolesta on arvioitu melko vähän. Honkasalon mukaan puolustuksen tulee ollakseen hätävarjelua tapahtua etujen suojaamiseksi hyökkäykseltä. Hän viittaa erityisesti ”suojellaksensa”-ilmaukseen tuolloisessa RL 3:6:ssä. Hän ei nimenomaisesti sano, mikä on suojaamistarkoituksen puuttumisen seuraus⁹¹. Suostumuksen vaikutus taas ei

⁸⁸ Keskustelua on käyty myös siitä, muodostaako tilanteen huolellinen arviointi (”gewissenhafte Prüfung”) oikeuttamisperusteen tietyissä tilanteissa. Ks. esim. *Jescheck – Weigend 1996* s. 330–331. En arvioi kysymystä lähemmin.

⁸⁹ Ks. esim. *Frisch 1987* s. 135–138 ja *Stratenwerth 2000* s. 204–205.

⁹⁰ Ks. lähemmin *Roxin 1997* s. 538–543 ja 654.

⁹¹ *Honkasalo 1965* s. 157. *Majasen 1979* s. 306–309 mukaan suojelutarkoituksen puuttuminen merkitsee teon jäämistä oikeudenvastaiseksi. – *Honkasalon* yleisten oppien oppikirjan 1 osan 1 painoksessa vuodelta 1948 s. 159–160 on puhe subjektiivisista oikeudenvastaisuusedellytyksistä, joiden olemassaolo hänen mukaansa tunnustettiin tuolloisessa tieteisopissa yleisesti. Tätä kappaletta ei enää ole vuoden 1965 painoksen vastaavassa kohdassa s. 140.

riipu siitä, tiesikö tekijä siitä, vaan se vaikuttaa objektiivisesti⁹². Vikatmaan mukaan jos oikeuttamisperuste – esimerkiksi hätävarjelu – on olemassa, vaikuttaa se tekijän eduksi riippumatta siitä, onko hän tuntenut sitä vaiko ei⁹³. Frände on vuonna 1994 käsitellyt kysymystä hätävarjeluun näkökulmasta. Hän edustaa Honkasaloon ja Vikatmaahan verrattuna välittävää kantaa. Lain kirjain näytti vaativan puolustustarkoitusta. Monesta syystä oli kuitenkin parempi pitää tietoa hätävarjelutilanteesta riittävänä. Tietoa vailla toimiva ei voi vedota hätävarjeluun, jolloin hän ymmärtääkseni olisi täydessä eikä esim. vain yritysvastuussa rikoksesta.⁹⁴

Yleisten oppien uudistuksessa oikeuttamisperusteiden subjektiivista puolta on sivuttu hätävarjeluun yhteydessä. Uuden RL 4:4:n mukaan ”[a]loitettun tai välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi tarpeellinen puolustusteko on hätävarjeluna sallittu, jollei [...]”. Perusteluissa todetaan, että puolustustarkoituksen vaatimuksen suhteen uuden lain sanamuoto ei ole yhtä nimenomainen kuin vanha laki (”suojellaksensa”). Perustelujen mukaan ”[v]aatimus käy kuitenkin riidatta laista ilmi sen edellyttäessä hyökkäyksen torjumiseksi tarpeellista puolustustekoa”⁹⁵. Näin ei mielestäni ole⁹⁶. Saattaisi tosin olla mahdollista katsoa, että ”puolustusteko” implikoisi tarkoitusta puolustautua tai selvilläoltoa puolustautumisen tarpeesta. HE:ssä ei tuoda esille, mikä vaikutus puolustustarkoituksen puuttumisella olisi.

Hätävarjeluun yhteydessä todetaan vielä, että ”[s]amalla tavoin kuin pakkotilan yhteydessä edellytetään pelastamistarkoitusta, edellytetään hätävarjeluun yhteydessä puolustustarkoitusta”⁹⁷. Vanha pakkotilasäännös (RL 3:10) puhui siitä, joka ”pelastaaksensa itseään tahi toista” tekee tietyn teon, uusi RL 4:5 käyttää ilmaisua ”pakottavan vaaran torjumiseksi tarpeellinen teko”. En osaa lukea uudesta laista subjektiivista tarkoitusta. Oikeudenvastaista pakkotilaa koskevassa RL 4:5.2:ssa sen sijaan käytetään ilmaisua ”[j]os [...] edun pelastamiseksi tehtyä tekoa ei ole [...] pidettävä sallittuna”.

Lappi-Seppälän käsitys vastaa pitkälti HE:ssä esitettyä. Hän tarkastelee asioita hieman pidemmälle. Joka pahoinpitelee toista ja tulee näin sattumalta estäneeksi toisen rikoksen, ”ei voi vedota hätävarjeluun”. Kovin eriytyneitä motiiviselvityksiä ei kuitenkaan olisi syytä vaatia, ja puolustustarkoituksen voinee

⁹² Honkasalo 1965 s. 189. Samoin Anttila 1946 s. 84 ja 100–103. Ks. myös Hahto 2004 s. 249–250. Jos henkilö on tappanut toisen tietämättä tämän esittämästä vakaasta surmaamispyynnöstä, hänet tuomitaan tavallisesta henkirikoksesta eikä pyynnöstä surmaamisesta; Honkasalo 1967 s. 115.

⁹³ Vikatmaa 1970 s. 329.

⁹⁴ Frände 1994a s. 161.

⁹⁵ HE 44/2002 s. 116.

⁹⁶ Samoin Frände 2004 s. 166.

⁹⁷ HE 44/2002 s. 116.

yleensä katsoa tulleen näytetyksi jo sillä, että tekijä on ollut selvillä siitä, että käsillä on ollut hätävarjelu. Hätävarjelu-oikeus lienee Lappi-Seppälän mukaan syytä lukea sellaisenkin tekijän eduksi, joka pelastaa uhrin vain siitä ilosta, että pääsee tappelemaan.⁹⁸ Pakkotilaankin on rakennettu sisään pelastamistarkoituksen ajatus. ”Vastuuvapaus” vaatii Lappi-Seppälän mukaan tekijän tietoisuutta siitä, että hän on pakkotilanteessa.⁹⁹ Lappi-Seppäläkään ei tarkastele kysymystä yleisellä tasolla. Kun vaadittavan subjektiivisen elementin puuttumisen seurauksia ei tarkastella lähemmin, hän saattaa olla täyden vastuun kannalla.

Frände katsoo, että hätävarjelusäännös ei enää edellytä suojelutarkoitusta ja että esitöissä tällainen tarkoituksivaatimus halutaan kuitenkin edelleen säilyttää. Hän esittää saman kannan kuin vanhastakin laista. Tarkoitusta ei ole edellytettävä (kyseisen tarkoituksen puuttumisen todistaminen olisi mahdoton tehtävä). Riittävää on tietoisuus hätävarjelutilanteesta. Hätävarjelusta tietämätön ei voi vedota hätävarjeluun. Tämän voitaneen tulkita viittaavan vastuuseen täytetystä rikoksesta. Frände kehittelee aihetta myös pidemmälle ottaen kantaa siihen, mitä vaadittava tietoisuus lähemmin sisältää. Sen tulee vastata olosuhdetahallisuudelta edellytettävää, mikä frändeläisittäin tarkoittaa, että tekijä pitää hätävarjelutilanteen käsilläolona vähintään yhtä todennäköisenä kuin sitä, että sellaista ei ole.¹⁰⁰

Ruotsin oikeuden mukaan hätävarjelu- tai pakkotilanteen käsilläolon edellytyksistä tietämätön vapautuu vastuusta. Ne vaikuttavat siis objektiivisesti. Näin katsottiin olleen myös vanhan lain aikana, jolloin hätävarjelua ja pakkotilaa koskevat lainkohdat puhuivat suojelu- tai pelastustarkoituksesta. Säännökset uudistettiin vuonna 1994¹⁰¹. Tanskan oikeudessa on katsottu, että tietämättömyys rangaistusvastuusta vapauttavan seikan käsilläolosta, kuten hätävarjelutilanteesta johtaa vastuuseen yrityksestä¹⁰². Andenæsin mukaan vastuu seuraa täytetystä teosta tai yrityksestä. Hän pitää yritysvastuuta perustellumpana.¹⁰³

Oikeuttamisperusteen perustavia seikkoja koskevaa tietämättömyyttä koskeva tyyppitilanne ei ole oikeustieteellisessä keskustelussa uusi, joskin subjektiivinen oikeuttamisperuste-elementti on sellainen dogmaattinen käsite, jonka yhteydessä ainakin saksalaiset keskustelua käyvät. Tuon keskustelun suuntana näyttää olevan yritysvastuu. Tähän tulokseen päätyvät myös tanskalaiset ja norjalaiset. Voidaan havaita, että yhteistä näille maille on subjektiivinen yritysoppi ja kelvot-

⁹⁸ Lappi-Seppälä 2004 s. 20.

⁹⁹ Lappi-Seppälä 2004 s. 25. – Jos säännökset edellyttäisivät tarkoitusta, ei sitä mielestäni voitaisi ongelmitta redusoida selvilläoloksi oikeuttamisperustetilanteesta.

¹⁰⁰ Frände 2004 s. 166–167.

¹⁰¹ Ks. Strahl 1976 s. 394–395 ja 402, SOU 1988:7 s. 70 ja 94, Jareborg 2001 s. 341–343 ja BrB Kap. 13–24/Wennberg s. 24:4, 13, 43 ja 62 (suostumus ym).

¹⁰² Waaben 1997 s. 110, 119 ja 196–198 sekä KS 2001/Greve s. 147 (hätävarjelu).

¹⁰³ Andenæs 2004 s. 354.

toman yrityksen periaatteellinen rangaistavuus. Subjektiiivinen yritysoppi näyttääkin olevan yritysratkaisun kanssa hyvin yhteensopiva. Voidaan argumentoida, että teon oikeuttamisperusteen käsilläolosta johtuva objektiivinen oikeudenmukaisuus on kuin mikä tahansa objektiivinen seikka, joka tekee rikoksen toteutumisen mahdottomaksi ja näin yrityksestä kelvottoman, joka subjektiivisessa yritysopissa kuitenkin voi olla rangaistava.

Objektiiivinen, konkreettisella vaaralla operoiva yritysoppi ei (ainakaan kovin luontevasti) voisi pitää tilannetta yrityksenä. Suomalainen (ja ruotsalainen) yritysoppi ei ole puhtaan objektiivinen muttei myöskään subjektiivinen. Huomio kiinnittyy siihen, voitaisiinko yritykseen päätyä ”satunnaisten syiden” avulla. Voita isiinko ts. oikeuttamisperusteen objektiivinen käsilläolo nähdä siten satunnaisiin seikkoihin liittyväksi, että tekoa voitaisiin pitää yrityksenä kelvollisena? Jos yritysvastuu ei tule kyseeseen, on valittava täytetyn teon ja vastuuvapauden välillä. Saattaakin olla, että Suomessa vaihtoehdot ovat lähinnä vastuu täytetystä teosta tai vastuuvapaus. Ankarampi vaihtoehto voi yksittäisten oikeuttamisperusteiden kohdalla saada lain tukea. Ruotsissa ollaan vastuuvapauden kannalla. Asiaa ei voida käsitellä tässä enempää.

5 Kieltoerehdyksestä

5.1 KIELTOEREHDYKSEN SISÄLTÖ

Kieltoerehdystä koskevan RL 4:2:n mukaan, ”[j]os tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana” lainkohdassa lueteltujen seikkojen vuoksi.

Tahallisuuden kohteena ei ole teon oikeudenvastaisuus. Erehdys pelkästään teon oikeudenvastaisuudesta eli kieltoerehdys ei, toisin kuin tunnusmerkistöerehdys, vaikuta tahallisuuteen. Kieltoerehdyksen merkitys vastuuvapausperusteena ei myöskään rajoitu tahallisuutta edellyttäviin rikoksiin. Koska kieltoerehdys, vaikkei vaikuta tahallisuuteen, vapauttaa eräissä tilanteissa (= ilmeisen anteeksiannettavana) vastuusta, kuuluu rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiin kääntäen myös jonkinlainen riittävää oikeudenvastaisuuskäsitystä koskeva vastuuehto.

Kun kieltoerehdys ei sellaisenaan vapauta vastuusta, vaan vasta ollessaan ilmeisen anteeksiannettava, ei vastuu positiivisesti muotoiltuna edellytä todellista oikeudenvastaisuuskäsitystä. Niinpä positiivisen vastuuehdon nimittäminen oikeudenvastaisuustietoisuudeksi voi tuntua jopa hiukan harhaanjohtavalta. Oikeudenvastaisuustiedon sisällöksi riittää ilmeisen anteeksiannettavan kieltoerehdyksen puuttuminen eli positiivisesti muotoiltuna eräänlainen potentiaalinen oikeudenvastaisuuskäsitys¹⁰⁴.

Kieltoerehdys on käsillä, kun tekijä ”erehtyy pitämään tekoaan sallittuna”. Muut kognitiiviset tilat eivät (e contrario) merkitse kieltoerehdystä, vaan ovat vastuun kannalta riittävää oikeudenvastaisuustietoisuutta. Kieltoerehdyksenkin tilanteista vain ilmeisen anteeksiannettavat merkitsevät vastuuvapausperustetta, jolloin (e contrario) myös ei-ilmeisen anteeksiannettavat kieltoerehdykset merkitsevät vastuuta ja ovat näin riittävää oikeudenvastaisuustietoisuutta. Näin oikeudenvastaisuustietoisuutta on tavallaan kahdentyyppistä: juuri mainitut tilanteet, jotka jäävät kieltoerehdyksen ulkopuolelle ja tilanteet, joissa käsillä oli kieltoerehdys, mutta se ei ollut ilmeisen anteeksiannettava. Ilmeisen anteeksiannettava kieltoerehdys merkitsee syyllisyyden puuttumista. Kieltoerehdys sellaisenaan merkitsee tavallista vähempää syyllisyyttä.

¹⁰⁴ Potentiaalinenkin on tällöin ymmärrettävä laajemmin kuin käsityksenä, johon tekijä itse kykenee päättymään saadessaan harkinta-aikaa, sillä omatoiminen ponnistelu ei vielä takaa anteeksiannettavuutta.

Riittävää oikeudenvastaisuustietoisuutta voidaan periaatteessa lähestyä samantapaisten näkökulmien avulla kuin tahallisuuttakin. Niinpä voidaan puhua korkeusnäkökulmasta ja syvyyssnäkökulmasta. Pituusnäkökulman osalta on yhtäältä otettava huomioon tahallisuuden ulottuvuus; mitä pidemmälle oikeudelliseen tahallisuuden on ulotuttava, sen edullisempaa vastaajalle. Tätä on pohdittu edellä. Oikeudenvastaisuuden alueen puolella on toisaalta myös tutkittava, kuinka pitkälle menevää tai yksityiskohtaista oikeudenvastaisuustiedon on oltava. Merkittävä ulottuvuus on myös vaadittava näyttö; syyttäjän täysi näyttövelvollisuus, laaja presumointi vai jotakin muuta? Lopulta on otettava huomioon, että asetettava vaatimus saattaa ainakin jossain määrin vaihdella rikostyypeittäin. Kukin ulottuvuus ja siinä mahdollisesti suoritettavat säädöt vaikuttavat todelliseen vastuuseen.¹⁰⁵

Yleisten oppien uudistuksessa merkittävänä esikuvana on tältä osin, toisin kuin (seuraus-) tahallisuudessa, ollut saksalainen oikeus. Arvioin kysymyksiä lähinnä saksalaista oikeutta vasten.

StGB 17 §:n mukaan käsillä on kieltoerehdys, kun tekijältä puuttuu käsityksen oikeudenvastaisuudesta (*Fehlt die Einsicht, Unrecht zu tun*). Jos kieltoerehdys ei ollut vältettävissä, se on vastuuvapausperuste, muussa tapauksessa se voidaan ottaa huomioon rangaistuksen määrittämisessä. Kieltoerehdys on siis käsillä sekä virhekäsityksen tilanteessa että, kuten sanamuodosta ilmenee, puuttuvan käsityksen tilanteessa. Lähtökohta on tältä osin sama kuin StGB 16 §:n teko-olosuhteita koskevassa erehdyksessä. Oikeudenvastaisuustietoisuus on käsillä, kun tekijä uskoo, että teko on oikeudenvastainen. Tahallisuuden tavoin riittävää on myös ”ehdollinen” oikeudenvastaisuustietoisuus (*bedingtes Unrechtsbewußtsein*). Se on käsillä, kun tekijä pitää oikeudenvastaisuutta vakavasti otettavana mahdollisuutena ja mukautuu siihen, että teko on oikeudenvastainen. Muotoilu on siis analoginen dolus eventualikselle.¹⁰⁶

RL 4:2:n mukaan kieltoerehdys on käsillä, kun tekijä ”erehtyy pitämään tekoaan sallittuna”. Tässä lainkohdassa, toisin kuin tunnusmerkistöerehdyistä koskevassa RL 4:1:ssä, puhutaan, edellä todetuin tavoin, nimenomaan vain oikeudenvastaisuutta koskevasta virhekäsityksestä, ei sitä vastoin esimerkiksi puuttuvasta käsityksestä. Tällä on periaatteessa sangen suuri merkitys oikeudenvastaisuustiedon alan määräytymisen kannalta.

¹⁰⁵ *Freundin* 1998 s. 137–138 mukaan puuttuvan oikeudenvastaisuustiedon käsittely merkitsee subjektiivisen momentin näyttöongelmien torjuntaa kyseenalaisen aineellisoikeuden konstruktion avulla.

¹⁰⁶ Näin volitiivinen kriteeri täydentää mallia tai kompensoi muuten ehkä liian alhaista mieltämistä. Ks. ehdollisesta oikeudenvastaisuustietoisuudesta lähemmin *Haft* 1994 s. 134, *Jeschke – Weigend* 1996 s. 454–455 ja *Roxin* 1997 s. 806–809, jossa tilanteita analysoidaan näistä pisimmälle.

Puuttuvan käsityksen osalta avautuu ainakin seuraavia vaihtoehtoja: 1) puuttuvan käsityksen katsotaan vaikuttavan tahallisuuteen ja sovelletaan (ex analogia) tunnusmerkistöerehdystä koskevaa säännöstä, 2) sovelletaan (ex analogia) RL 4:3:ää, 3) sovelletaan (ex analogia?) kieltoerehdystä koskevaa säännöstä tai 4) jätetään tietämättömyys vaille vaikutusta.

Vaihtoehdot ovat ankaruusjärjestyksessä. Se, että tietämättömyys oikeudenvastaisuudesta jätettäisiin vaille vaikutusta riippumatta siihen johtaneista syistä, vaikuttaa samalla tavalla syyllisyysperiaatteen vastaiselta kuin asiaa koskevan erehdyksen vaikutuksettomuus. Tietämättömyydellä ja virhekesityksellä voi olla tapauskohtaista eroa siten, että tilanne olisi joskus analogisempi RL 4:1:n tai 4:3:n kuin 4:2:n kanssa. Ainakin yleisesti tilanne on prima facie kuitenkin lähinnä RL 4:2:ssä säänneltyä erehtymistä.

Esitöissä on RL 4:2:n soveltumista tukeva lausuma: ”[...] erehtyminen kattaa tässä tapauksessa myös täydellisen tietämättömyyden, vaikka tietämättömyys (tiedon puute) ja erehdys (väärä tieto) ovat kognitiivisesti erotettavissa.”¹⁰⁷ Myös täydellisen tietämättömyyden lukeminen kieltoerehdykseksi saattaa lähentää oikeustilaamme saksalaiseen. Mitä ”täydellinen” tietämättömyys tarkoittaa ja miksei se ilmene RL 4:2:stä ovat seikkoja, joita olisi ollut syytä käsitellä.¹⁰⁸

Siteerattu esityölausuma puhuu ”täydellisestä” tietämättömyydestä. Tämä herättää kysymyksen siitä, onko esim. saksalaistyyppinen ehdollisen oikeudenvastaisuustietoisuuden tilanne – tekijällä on esimerkiksi epäilyksiä menettelynsä oikeudenvastaisuuden suhteen, mutta hän ei ryhdy toimiin asian selvittämiseksi – tarkoitus käsitellä kieltoerehdyksenä vai, kuten Saksassa, ei. Asiaa ei lähemmin selvitetä esitöissä. Esimerkiksi tilanne, jossa henkilö uskoo toimivansa salitulla tavalla, mutta pitää kuitenkin mahdollisena, että teko onkin kielletty, on täysin mahdollinen. Termin arkikielessä kohtuudella mahdollista merkitystä ei voida ylittää tekijän vahingoksi, vaan tulkinat tulee tehdä näin määräytyvän sanarajan sisällä. Voidaan ajatella, että on kohtuudella ymmärrettävää tarkoittaa sallittuna pitämällä vain tilanteita, joissa henkilöllä ei ole samalla epäilyksiä käsityksensä oikeellisuudesta. Tällöin olisi sanarajasäännön puolesta mahdollista pitää pelkkää epäilyä teon oikeudenvastaisuudesta oikeudenvastaisuustietoisuutena.

Oikeudenvastaisuustietoisuuden syvyysaspektin näkökulmasta saksalaisessa kirjallisuudessa viitataan tahallisuuteen kuuluvan mieltämisen vaatimuksiin. Erityistä *Daran-Denkeniä*, oikeudenvastaisuuden nimenomaista pohtimista tekohehkellä ei edellytetä. On kylläkin rikoksenteijöitä, joita omatunto kovasti vaivaa rikoksenteohehkellä, mutta monesti rikoksen suorittaminen vie siinä määrin tekijän huomiota, että oikeudenvastaisuuspohdinnoille ei jää sijaa. Ak-

¹⁰⁷ HE 44/2002 s. 106.

¹⁰⁸ *Frände 2004* s. 213 pitää myös puuttuvaa käsitystä teon kiellettyisyydestä kieltoerehdyksenä.

tuaalista tietoa ei siis edellytetä. Riittävää on *Mitbewußtsein* tai *Begleitwissen*, voidaan puhua myös latentista tietoisuudesta. Kyse on sellaisesta sisäistetyistä tiedosta, jota ei ole unohdettu. Tällainen sisäistetty, latentti tietoisuuskin ohjaa rikoksentekijän toimintaa. Tämä ilmenee mm. siinä, että vaikkei rikoksentekijä tekohetkellä kiinnitä huomiota oikeudenvastaisuuteen, hän kuitenkin suorittaa rikoksen mahdollisuuksien mukaan siten, etteivät muut sitä huomaa. Sellainen potentiaalinen käsitys, jonka tekijä kykenee kykyjään hyödyntäen muodostamaan, ei ole riittävää, vaan kyseessä on tällöin kieltoerehdys.¹⁰⁹ Toinen asia on, että myös kieltoerehdys, joka ei ollut vältettävissä, johtaa vastuuseen. Tämä taas merkitsee osassa tapauksia myös potentiaalisen käsityksen riittävyttä¹¹⁰.

Jäljellä on kysymys siitä, mikä on tarkemmin sanottuna oikeudenvastaisuustietoisuuden kohteena. Kohteena on teon oikeudenvastaisuus eli oikeudellinen kiellettyisyys. Tavan- tai moraalinvastaisuus tai sosiaalinen haitallisuus ei ole riittävää, vaan kyse on nimenomaan oikeudellisesti kielletystä. Sen sijaan ei edellytetä tietoisuutta rangaistavuudesta. Jo oikeudellisen kiellettyisyyden tulee voida pidättää teosta. Näissä kysymyksissä saksalainen ja suomalainen oikeus ovat samoilla linjoilla.¹¹¹

Saksassa on omaksuttu oppi oikeudenvastaisuustietoisuuden jaollisuudesta (*Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins*). Oikeudenvastaisuustietoisuutta ei olisi pelkkä ”abstrakti” teon kiellettyinä pitäminen, vaan kiellettyinä pitäminen tietyn tunnusmerkistössä kuvatus vääryyden näkökulmasta (*tatbestandsspezifisches Unrechtsbewußtsein*). A on sukupuoliyhteydessä 15-vuotiaan veljentyttärensä B:n kanssa. Hänen käsityksensä mukaan suojaikäraja on 15 vuotta, ja seksitekemiset sisaren lapsen kanssa ovat kiellettyä inestiiä. A:n menettely toteuttaa RL 20:6:n tunnusmerkistön (suojaikäraja 16 vuotta), muttei RL 17:22:n tunnusmerkistöä, jossa kriminalisoidaan sisarusten muttei näiden lasten kanssa tapahtuva sukupuoliyhteys. A on käsittänyt, että hänen tekonsa on oikeudellisesti kielletty. Tämä käsitys on kuitenkin muodostunut ”väärrä kautta”, sillä syy kiellettyisyyteen johtuu B:n iästä eikä heidän sukulaisuussuhteestaan, päinvastoin kuin A kuvitteli. A ei ole selvillä siitä, että kiellettyisyys perustuu B:n ikään, joten hänellä ei ole toteutuneen vääryyden näkökulmaan liittyvää oikeudenvastaisuustietoisuutta. Hän on saksalaisen oikeuden näkökulmasta toiminut kieltoerehdyksessä.

¹⁰⁹ Ks. *Haft* 1994 s. 134, *Jescheck – Weigend* 1996 s. 455 ja *Roxin* 1997 s. 805 sekä *Jakobs* 1993 s. 553–554, joka edellyttää periaatteessa vääryyden ”tietoista myötäelämistä”.

¹¹⁰ *Vermeidbarkeit* on eräänlaista huolimattomuutta. Usein katsotaan, ettei arviointi saisi muodostua ankarammaksi kuin huolimattomuusarvioinnissa yleensä. Oikeuskäytäntöä pidetään kuitenkin ankarampana vältettävyyden arvioinnissa. Ks. esim. *Baumann – Weber – Mitsch* 2003 s. 517–519, josta käy myös mm. ilmi, että oikeuskäytäntö suhtautuu ymmärtäväisemmin käskyerehdyksiin (laiminlyöntirikokset) kuin kieltoerehdyksiin.

¹¹¹ Ks. esim. *Stratenwerth* 2000 s. 232–234, *HE* 44/2002 s. 106 ja *Frände* 2004 s. 213.

Tällaisen kvalifikaation asettaminen oikeudenvastaisuustietoisuudelle merkitsee oikeudenvastaisuustietoisuuden ja rangaistavuustietoisuuden välisen eron kaventumista. Kieltoerehdysten ja samalla potentiaalisten vastuuvapaustilanteiden osuus kasvaa, kun abstraktin ja yllä olevan esimerkin kaltaisen ”väärän” oikeudenvastaisuustietoisuuden tilanteet luetaan kieltoerehdyksiksi. Tätä myös saksalaisen oikeuskäytännön hyväksymää kehityssuuntaa pidetään syyllisyysperiaatteen näkökulmasta hyvänä. Tietoisuus oikeudenvastaisuudesta yhden tunnusmerkistön näkökulmasta ei merkitse, että tekijä ymmärsi tai edes kykeni ymmärtämään tekonsa oikeudenvastaisuuden toisenkin toteuttamansa tunnusmerkistön näkökulmasta¹¹².

5.2 KIELTOEREHDYKSEN SEURAUKSET

Kieltoerehdyksellä on niin Suomessa kuin Saksassakin monia mahdollisia seurauksia. Molemmissa on lähtökohtana, että jos erehtyminen ei ole moitittavaa, tekijä on rangaistusvastuusta vapaa. Jos erehtyminen on moitittavaa, se voidaan ottaa huomioon seuraamuspuolella. Esitys on lyhyt ja painottuu Suomeen.

RL 4:2:n mukaan kieltoerehdyksessä toiminut ”on rangaistusvastuusta vapaa”, jos erehtymistä ”on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana” pykälässä mainituista syistä. Niitä ovat 1) lain puutteellinen tai virheellinen julkistaminen, 2) lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus, 3) viranomaisen virheellinen neuvo ja 4) muu näihin rinnastettava seikka. Kyseessä on rikosoikeudellisesti täysi vastuuvapausperuste. Henkilö ei ole syylistynyt rikokseen. Hänen kielletty menettelynsä ei ollut moitittavaa.¹¹³

Usein kieltoerehdys ei ole ilmeisen anteeksiannettava ja sellaisena rikosoikeudellisesti täyteen vastuuvapauteen johtava. Tällöin kieltoerehdys voidaan ottaa huomioon seuraamusharkinnassa¹¹⁴. Tästä muistuttaa jo RL 4:7, jonka mukaan ”[v]aikka tekijää ei tässä luvussa säädettyjen perusteiden nojalla kokonaan

¹¹² Ks. oikeudenvastaisuustietoisuuden jaollisuudesta *Jakobs* 1993 s. 554–555, *Jeschek – Weigend* 1996 s. 455–456, *Roxin* 1997 s. 800–802, *Gropp* 2001 s. 465–466 ja *Baumann – Weber – Mitsch* 2003 s. 514–517.

¹¹³ Ks. tästä *Frände* 2004 s. 214–218 ja *Lappi-Seppälä* 2004 s. 8–11. – Vastuusta vapauttava kieltoerehdys johtaa esitöiden mukaan siihen, että erehdystä hyväksikäyttävä tuomitaan välillisenä tekijänä; *HE 44/2002* s. 154. – StGB 17 § ei puhu anteeksiannettavuudesta vaan vältettävyydestä (*Vermeidbarkeit*); jos kieltoerehdys ei ollut vältettävissä, rikosvastuun edellyttämä syyllisyys ei toteudu. RL 4:2 edellyttää ”ilmeistä” anteeksiannettavuutta. ”Ilmeinen” ilmentää sitä, että vastuuvapaudelle asetetaan tiukat vaatimukset. ”Ilmeistä”-kvalifikaatio on mielestäni sikäli epämääräinen, että sille voidaan antaa yhtäältä aineellinen, mutta toisaalta jonkinlainen näytöllinen sisältö.

¹¹⁴ Kieltoerehdyksestä seuraamusjärjestelmän puolella ks. *HE 44/2002* s. 197 ja 211.

vapauteta rangaistusvastuusta, olosuhteet voidaan kuitenkin ottaa huomioon rangaistusvastuuta lieventävinä siten kuin 6 luvun 8 §:n 1 momentin 4 kohdassa sekä 2 ja 4 momentissa säädetään.”

RL 6:8 koskee rangaistusasteikon lieventämistä. 1 momentin mukaan rangaistus määrätään noudattaen lievennettyä rangaistusasteikkoa, mm. jos ”rikos on tehty olosuhteissa, jotka läheisesti muistuttavat vastuuvapausperusteiden soveltamiseen johtavia olosuhteita” (4 kohta). Tällaisessa tapauksessa rangaistuksen mittaaminen 2 momentissa lähemmin selostetuvin tavoin lievennettyltä asteikolta on siis pakollista, ellei käsillä ole jopa sellaisia erityisen painavia syitä, jotka oikeuttavat sakkorangaistuksen määräämiseen (4 momentti).

Jo RL 6:8:n avaamat mahdollisuudet ilmentävät kieltoerehdyksen asteikollista luonnetta. Vaikka RL 4:7 viittaa vain 6:8:ään, tulee kieltoerehdys myös otettavaksi huomioon ankaruusasteikolla molemmiin puolin RL 6:8:n sisältämiä mahdollisuuksia. Ensinnäkin kieltoerehdys tulee otettavaksi huomioon rangaistuksen mittaamisen yleisperiaatteen (RL 6:4) soveltamisessa osana siinä mainittua tekijän syyllisyyttä. RL 6:4 puolestaan tulee otettavaksi huomioon myös lajivalinnassa (RL 6:3.3). RL 6:6 tuntee rangaistuksen lieventämisperusteena mm. 8.1:ssä mainitut perusteet, joihin myös kieltoerehdys kuuluu. RL 6:12 koskee rangaistukseen tuomitsematta jättämistä. Kieltoerehdyksen näkökulmasta merkittäviä ovat 1 kohdan vähäisyysperuste ja 3 kohdan poikkeuksellisuusperuste. Tuomioistuimien saa jättää rangaistukseen tuomitsematta, mm. jos rikosta on siitä ilmevästi tekijän syyllisyyteen nähden pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisenä (1 kohta) tai jos rikos on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä anteeksiannettavaan tekoon rinnastettava (3 kohta).

Näin esiin tulee kieltoerehdyksen koko asteikollisuus; jos se ei vapauta vastuusta, se otetaan huomioon lajivalinnassa ja mittaamisessa, se voi toimia lieventämisperusteena, asteikon lieventämisperusteena ja vihdoinkin tuomitsematta jättämisen perusteena.

Se, millä portaalla liikutaan, riippuu luonnollisesti siitä, kuinka lähellä ollaan rangaistusvastuusta täysin vapauttavaa kieltoerehdystä. Niinpä RL 4:2 puhuu ”ilmeisen anteeksiannettavasta”, tuomitsematta jättämisen mahdollistava RL 6:12:n 3 kohta anteeksiannettavaan tekoon ”rinnastettavasta” rikoksesta ja ”vain” asteikon lieventämisen mahdollistava RL 6:8.1:n 4 kohta vastuusta vapauttavan kieltoerehdyksen olosuhteita ”läheisesti muistuttavista” olosuhteista.

Asteikollisuudessa lienee ensi sijassa pidetty silmällä kieltoerehdyksen ymmärrettävyyttä koskevaa ulottuvuutta. Esimerkiksi RL 6:8 ei kuitenkaan näytä nimenomaisesti viittaavan pelkästään tähän ulottuvuuteen, vaan käytetään päinvastoin avoimehkoa ilmaisua ”rikos on tehty olosuhteissa, jotka läheisesti muistuttavat” vastuuvapausperusteen soveltamiseen johtavia olosuhteita. Ei siis sanoa, missä suhteessa läheisyyden tulee olla käsillä.

Abstract

Jussi Matikkala

ON DOLUS IN CRIMINAL LAW

Chapter 1 constitutes the introduction of this work. The subject of the study is *dolus* in criminal law, especially the borderline between *dolus* and *culpa*. The general context of the study is the codification of the general principles of Finnish criminal law, which entered into force on 1 January 2004. In this reform a definition of *dolus* in relation to the definitional consequences of the act was included in the Finnish Penal Code (FPC 3:6). In addition, the types of mistakes were defined in the law (FPC 4:1–3).

The aim of the study is to research the borderline between *dolus* and *culpa*. It must be considered to what extent the old law still prevails and what the effects of the new legislation are. The work belongs to the category of jurisprudence. Its methods are traditional. Normal doctrines of sources of law and of judicial argumentation are applied. Cases of the Supreme Court – not only of Finland but also, in chapter IV, of Sweden, Denmark, Norway, Germany and England – are considered, somewhat extensively.

There are at least six general dimensions that determine the real scope of *dolus*. The first one can be called the height dimension of *dolus*. Understanding that the relevant issue, consequence or circumstance, may occur or prevail constitutes in itself only an advertent *culpa*. It must, therefore, be asked what qualifying element must be added to raise the advertent *culpa* to *dolus*. Another dimension is that of depth (which is not, though, understood here as the opposite of the height dimension). Does *dolus* require that the offender is particularly thinking of the objects of *dolus* when committing the crime, or is some kind of a latent or potential understanding of the relevant issues sufficient?

The third issue is the object of *dolus*. What does *dolus* have to refer to? This is a matter for criminal law to decide. A rough starting point is that the subjective – *dolus* – must cover the objective definitional elements of the crime. Fourthly, one needs to know how far into the objective *dolus* must reach. Conversely, these questions are related to what kinds of mistakes are relevant from the point of view of *dolus* and what kinds are not.

The fifth general issue is whether there is or can be a "one and only" concept of *dolus*, applicable to all kinds of crimes, or does one have to, to some extent,

ABSTRACT

accept a particularity? This also bears on whether it is advisable to bind oneself to one concept of *dolus* only by e.g. defining it in the Penal Code. The last dimension is the procedural one. The rules concerning evidence greatly affect the real scope of responsibility for *dolus*. A model of *dolus* that is otherwise good is not worth much if one cannot prove its prerequisites. Each of these dimensions form *dolus* and/or the real scope of responsibility for *dolus*. They will all be treated in the study, but they do not constitute its structure.

In chapter II some preliminary issues are discussed. The main argument for codifying general principles of criminal law, such as *dolus*, was the principle of legality. It has been said that not only the specific definitions of crimes, but also the general conditions of responsibility, affect the scope of punishability. Other issues to be discussed are the concept of crime, culpability in social life and some problems related to being and knowing. In my opinion, sciences of mind such as cognitive psychology should be taken more intensively into consideration when forming and applying rules of *dolus*. Questions of proving *dolus* are taken up in the last sub-chapter.

Chapter III discusses *dolus* in Finnish criminal law. I start with the preparation of the Penal Code of 1889, into which, in the end, no general provisions on *dolus* were included. An era of doctrine followed. The borderline seems to have been drawn mainly according to the so-called positive theory of volition: the offender has held the relevant issue as possible and accepted the issue or at least taken an indifferent stand towards it. In the 1970s the tide changed. A total revision of the Penal Code was started. The Supreme Court rendered important decisions on *dolus*. The borderline – at least in homicide cases – was from then on increasingly drawn according to how probable the offender had held the consequence.

This model of probability-*dolus* was then in the year 2002 proposed to the Parliament as the general form of the lowest degree of *dolus*. As a result of the parliamentary hearings, however, the scope of the proposed definition of *dolus* was restricted to *dolus* in relation to definitional consequences only (FPC 3:6). This was because *dolus* as to other definitional elements than consequences may vary in different crimes, and one was afraid of raising the threshold of *dolus* e.g. in economic crimes. But then there are the new provisions on mistakes also. According to the provision on mistake as to definitional elements, there is no *dolus* if the offender was not aware of the definitional elements being at hand (FPC 4:1). One can ask whether this condition of "awareness" allows lower criteria of *dolus* in relation to definitional circumstances than the probability-*dolus* of FPC 3:6 in relation to definitional consequences.

Chapter IV concerns *dolus* in the non-domestic respect. *Dolus* is discussed in the criminal law of Sweden, Denmark, Norway, Germany and England. In Sweden and Norway, too, a definition of *dolus* has been proposed to be codified. In Sweden the proposal was turned down, whereas in Norway a definition was ac-

cepted. England is important here as it has a different system of degrees of culpability than the others. In e.g. the emerging European criminal law one may have to choose between the continental division of culpability into *dolus* and *culpa* and the English division into intention, recklessness and negligence. The chapter ends with the examination, from the point of view of *dolus*, of the European projects *Corpus Juris* and *Europa-Delikte* as well as of the Statute of the International Criminal Court.

In chapter V, I evaluate models of drawing the borderline between *dolus* and *culpa*. The traditional models are discussed first. I then turn to some newer theories. Certain third ways such as the English division are considered also. In the last sub-chapter a model of the evaluation of theories is presented. Firstly, the argumentation around the theories as well as the theories themselves must respect the rules of logic and discursive rationality. Secondly, a good theory of *dolus* is "truthlike". Its criteria must correspond with reality, be coherent with what is relevant from the point of view of criminal law and be able to master enough problems. Thirdly, the theory must be acceptable. It is noted that even if there is no consensus about the positive criteria of the lowest degree of *dolus*, many are ready to treat as *culpa* the offender's belief/trust in the definitional consequences not taking place or the definitional circumstances not being at hand.

In the last chapter VI, I turn to some questions of the object of *dolus*. An important fundamental question has been whether *dolus* has to cover the feature of the act of being legally prohibited. The answer of the so-called *dolus* theory (*Vorsatztheorie*) is in the positive, that of the guilt theory (*Schuldtheorie*) in the negative. The Finnish Penal Code chose the latter approach in a modified fashion. The answer affects the treatment of mistakes (FPC 4:1–3). I discuss some of the problems of the doctrine of mistakes, e.g. how to separate judicial misunderstandings concerning the definitional elements of a crime (FPC 4:1) from those that only concern the question of whether the act was legally prohibited (FPC 4:2). The first kind of mistake means that there was no *dolus*, the latter one does not affect the question of *dolus*.

Finnish Lawyers' Association 2005
ISBN 951-855-242-8

Oikeustapaushakemisto

KKO 1971 II 77	211–212
KKO 1978 II 24	137 ss., 161, 177, 297
KKO 1978 II 111	70–71, 76–78, 92 ss., 138 ss., 177, 297
KKO 1978 II 128	142, 390–391
KKO 1980 I 1	196–197
KKO 1980 II 86	212
KKO 1981 II 81	142 ss., 151–152, 161, 496
KKO 1982 II 159	212–214
KKO 1984 II 80	198
KKO 1984 II 105	218–219
KKO 1984 II 129	198–201
KKO 1984 II 130	201, 218
KKO 1984 II 142	145–146, 154–155, 236
KKO 1985 I 2	201–202, 208
KKO 1985 II 72	203
KKO 1985 II 172	93, 142, 146–148, 150–151, 161, 169, 219, 295
KKO 1985 II 179	198, 203
KKO 1986 II 37	201–202, 208
KKO 1986 II 70	146, 148–150, 154, 161, 297
KKO 1987:39	203–204, 559
KKO 1987:132	204–206, 208
KKO 1988:8	22, 145, 150–152, 161, 496
KKO 1988:21	152–154, 158, 161, 236
KKO 1988:73	146, 154–155, 161
KKO 1988:98	100
KKO 1989:125	206–207
KKO 1990:97	181
KKO 1991:100	308
KKO 1991:171	155–156, 161, 164, 175
KKO 1992:28	156–158, 160–161
KKO 1992:92	143, 158–160, 496
KKO 1993:5	98–99, 158, 161, 292–293
KKO 1993:26	159–161, 496
KKO 1993:54	256
KKO 1993:92	160–164, 169, 300

KKO 1993:93	247
KKO 1995:64	181–183, 246–247
KKO 1995:85	179–180
KKO 1995:105	184–185
KKO 1995:143	156, 164–165, 178
KKO 1996:74	175–176, 236–237
KKO 1996:149	180–181
KKO 1997:33	185–186
KKO 1997:108	165
KKO 1997:129	176–177
KKO 1997:185	214–215
KKO 1998:1	146, 166–168, 292–293
KKO 1998:2	146, 167–168
KKO 1999:20	142, 148, 168–169, 231, 257
KKO 2000:45	215–216
KKO 2000:113	207–208, 266
KKO 2001:13	186–189, 191, 235
KKO 2001:91	189
KKO 2001:95	192
KKO 2001:97	191–193, 235
KKO 2001:117	189–191, 235–237
KKO 2002:124	169–171
KKO 2003:42	220–221
KKO 2003:53	171–173
KKO 2003:83	16
KKO 2003:115	97–100, 156, 173–175
KKO 2004:16	253–254
KKO 2004:57	142, 254–255, 260
KKO 2004:63	146, 255–256, 260, 286
KKO 2004:71	261, 566
KKO 2004:72	262
KKO 2004:73	262, 266
KKO 2004:75	254, 256–257, 260
KKO 2004:81	266
KKO 2004:89	263
KKO 2004:112	263
KKO 2004:120	145, 257–261
KKO 2005:7	259–260
KKO 2005:10	263–264
KKO 2005:12	264
KKO 2005:17	264–265

KKO 2005:27	265–266, 561, 566
KKO 2005:44	259–260
KKO 2005:63	142, 260

Englanti

Steane [1947] KB 997	418–419
Cunningham [1957] 2 QB 396	425–426
Smith [1961] AC 290	420–421
Lamb [1967] 2 QB 981	142, 428
Hyam [1975] AC 55	154, 421–422, 424–425
Lynch [1975] AC 653	419
Morgan [1976] AC 182	432
Stephenson [1979] 1 QB 695	426, 428
Caldwell [1982] AC 341	426 ss.
Lawrence [1982] AC 626	426–428
Elliott [1983] 77 Cr App R 103	428
Seymour [1983] 76 Cr App R 211	427, 430
Gillick [1985] 3 All ER 402	419
Moloney [1985] 1 AC 905	142, 422–423, 425, 461
Hancock & Shankland [1986] 1 AC 455	422–423, 425
Nedrick [1986] 1 WLR 1025	154, 423–425
Shimmen [1987] 84 Cr App R 7	427–428, 431
Reid [1992] 95 Cr App R 393	429–430
Woollin [1998] 3 WLR 382	424–425
G [2003] 4 All ER 765	431–432

Norja

Rt 1933 s. 1132	347
Rt 1945 s. 109	347
Rt 1954 s. 20	341
Rt 1980 s. 979	156, 341–343, 347
Rt 1991 s. 538	344
Rt 1991 s. 539	344
Rt 1991 s. 600	342–343, 347
Rt 1991 s. 741	343
Rt 1992 s. 334	343–344
Rt 1992 s. 370	344

Rt 2000 s. 2072	344
Rt 2001 s. 58	344–346
Rt 2003 s. 118	346–347

Ruotsi

NJA 1919 s. 367	275
NJA 1941 s. 466	128, 275, 280–282, 286
NJA 1942 s. 420	275
NJA 1959 s. 63	281–287, 289, 294–295, 310
NJA 1968 s. 471	315
NJA 1968 s. 500	142, 287–291, 315
NJA 1969 s. 401	290–291, 315
NJA 1973 s. 590	276–278
NJA 1975 s. 230	146, 167–168, 291–292
NJA 1977 s. 630	142, 293–294, 296–298, 309, 321, 327, 496
NJA 1980 s. 514	142, 294–296, 310
NJA 1985 s. 757	142, 296–299, 308, 310–311, 496
NJA 1990 s. 210	297–298, 310
NJA 1994 s. 614	164, 298–301, 304–306, 308
NJA 1995 s. 119	62, 164, 301–304, 306
NJA 1995 s. 448	164, 304–306, 308
NJA 1996 s. 27	289, 306–307
NJA 1996 s. 93	308–309, 317–318
NJA 1996 s. 509	142, 309–310, 496
NJA 1998 s. 86	146, 292–293, 309, 311
NJA 2002 s. 449	317–322, 327
NJA 2004 s. 176	28, 163–164, 322–327, 473
NJA 2004 s. 479	142, 326–327

Saksa

BGH B 18.3.1952 – asianajaja – BGHSt 2, 194	537, 552, 558, 563
BGH U 20.8.1953 – ekshibitionisti, aiempi StGB 176 § – BGHSt 4, 303	373–374
BGH U 22.4.1955 – nahkahihnatapaus – BGHSt 7, 363	146, 367–369, 376–377, 403–404
BGH U 17.9.1963 – kuristaminen – NJW 1963, 2236	146, 376–377
BGH U 9.2.1968 – pakotapaus – NJW 1968, 660	145, 377–378, 391, 404
BGH 27.11.1975 – pysähtymiskäsky I	385
BGH U 16.7.1980 – kirveenheitto – NStZ 1981, 22	378–379
BGH B 18.6.1982 – pysähtymiskäsky II – StV 1982, 509	385–386

BGH B 25.8.1982 – kanavatapaus – NStZ 1982, 506	389, 391, 398, 403
BGH 21.10.1982 – pysähtymiskäsky III	386, 391
BGH B 7.4.1983 – hirttoleikki – NStZ 1983, 365	392–393, 405
BGH U 21.4.1983 – kirjekuriiri, StGB 99 § – BGHSt 31, 317	373–374
BGH U 13.5.1983 – polttopullo – StV 1983, 360	401
BGH B 15.7.1983 – ajateltavaa I (nainen) – StV 1983, 444	387
BGH U 28.7.1983 – varkaan yllättäminen – StV 1983, 458	377
BGH U 6.12.1983 – tavaratermiinikaupat – MDR 1984, 478	372, 375
BGH B 27.6.1986 – räjähdys – StV 1986, 421	396–397
BGH U 3.7.1986 – lapsi (potkiminen) – NStZ 1986, 549	380, 424
BGH B 21.10.1986 – vasara – StV 1987, 92	382–383, 393–394
BGH B 20.11.1986 – ilmakivääri – NStZ 1987, 362	254, 388–389
BGH U 4.8.1987 – väärän rahan hävittäminen – BGHSt 35, 21	372–373
BGH U 25.11.1987 – lapsi (kädensyrjä) – NStZ 1988, 175	406, 424
BGH U 8.3.1988 – lyhyt kuristaminen I – NStZ 1988, 361	146, 380–381, 387, 406
BGH U 29.3.1988 – tappajakeppi – NStZ 1988, 360	379–380
BGH U 4.11.1988 – HIV I – BGHSt 36, 1164	300, 369–371, 389, 391, 406
BGH 12.10.1989 – HIV II – BGHSt 36, 266	164, 371–372
BGH B 26.10.1990 – seivästapaus – StV 1991, 510	386, 396–397
BGH U 22.11.1990 – tuhkakuppi – NStZ 1991, 126	394–395
BGH U 7.11.1991 – mopotapaus – NStZ 1992, 125	401–402
BGH B 7.7.1992 – lyhyt kuristaminen II – NStZ 1992, 587	146, 406
BGH B 25.8.1992 – lapsi (ravistaminen) – StV 1992, 574	390, 396–397, 424
BGH U 19.11.1992 – veitsitapaus – StV 1993, 307	394
BGH U 9.3.1993 – kuristaminen II – BGHSt 39, 159	146, 377
BGH U 8.6.1993 – kätkemisrikos – wistra 1993, 264	373
BGH 22.3.1994 – grilliauto, StGB 307 § – NStZ 1994, 487	373–374
BGH U 28.4.1994 – Molotovin cocktail I – NStZ 1994, 483	154, 399–401
BGH U 7.6.1994 – molotovin cocktail II – StV 1994, 654	154, 400–401
BGH U 14.7.1994 – molotovin cocktail III – NStZ 1994, 584	154, 400–401
BGH B 19.7.1994 – olutpullo – NStZ 1994, 585	383, 388, 404–406
BGH B 10.11.1994 – lapsi (äidin laiminlyönti) – StV 1995, 512	396
BGH B 28.3.1995 – lyhyt kuristaminen III (huume) – StV 1997, 8	146, 394–396
BGH B 3.5.1995 – raiskaus – StV 1995, 511	383–384, 404–405
BGH B 28.11.1995 – ajateltavaa II – StV 1997, 7254	387
BGH B 16.7.1996 – ”filmaaminen” – StV 1997, 7387	395, 424
BGH B 31.3.1999 – huumehuriiri – NStZ 1999, 467	373–374
BGH B 7.7.1999 – kaasutapaus – NStZ 1999, 507	401
BGH B 8.7.1999 – shekit, StGB 267 § – NStZ 1999, 619	373–374

B = Beschluß, U = Urteil

Tanska

TfS 1989.646 Ø	336
UfR 1918.946 H	154, 180, 331
UfR 1979.576 H	331–333
UfR 1987.564 V	336
UfR 1992.455 H	156, 332–334
UfR 1998.277 H	173, 333–334, 336
UfR 2002.932 Ø	336
UfR 2002.1314 V	336
UfR 2003.1448 Ø	336
UfR 2003.2306 Ø	336

Asiahakemisto

Asiahakemisto on laadittu täydentämään sisällysluetteloa.

- aberratio ictus 114–115, 213, 422
- abstrakti vaara 185–186, 569
- actio libera in causa 531
- actus reus 413
- affekti 41, 71, 85, 153, 284, 287–290, 320–321, 393–394, 406–407, 410, 468, 537
- Ahvenanmaa 203–204, 265–266
- aivot 71 ss.
- ”ajateltavan” antaminen 380–381, 386–388
- ajo-oikeus 203
- aktiviteetti- ja suoritusverbit 486
- alkoholipitoisen aineen myynti 196–197
- ampumakojuesimerkki 468–469, 522
- anastustahallisuus 38–39, 47, 277–278, 545
- aputoseikka 91
- arkikieli 368–369, 430, 465, 473
 - ks. myös yleiskieli
- arpajaiset 265–266, 561–562
- asiantuntija 143, 182–183
- automatisoidut teot 41, 74–76
- avsiktlighetsuppsåt (Jareborg) 313, 477 ss.
- avunanto 189–191, 218–219, 306–307, 444
- basic intent 416, 433
- behaviorismi 69–70, 81
- Billigung im Rechtssinne 346, 359, 367–369, 403–404, 491
 - ks. myös hyväksyminen
- blankorangaistussäännökset 202, 237, 445, 539
- brain fingerprinting 82–83
- Caldwell-recklessness 426 ss., 511
- Cunningham-recklessness 425–426, 429–431, 442
- Daran-Denken 83–84, 288, 589
- defence 413–414, 417
- direct intention 417, 510–511
- dispositionaalinen ja episodinen välinpitämättömyys 296
- DNA 63, 81–82
- dolus Alexanderson 188–189, 280–282, 333–334, 336, 341, 344–346, 351, 462, 469–470, 474
 - ks. myös tarkoituksellinen tietämättömyys
 - ks. myös wilful blindness
- dolus antecedens 531
- dolus praedestinatus (Träskman) 504
- dolus subsequens 153–154, 156–157, 531
- dualismi 39, 65–68, 315–316, 429, 494 ss., 509 ss.
- ehdollinen varmuustahallisuus 172, 181, 240, 242, 325, 464, 469
- epäsiveellinen julkaisu 204–206
- erehdys
 - elementtierehdys 437–439, 442, 444
 - ennakkoluonteista oikeudellista seikkaa koskeva 340
 - kieltoerehdys 32, 41–43, 203–204, 208, 214, 228, 231, 357, 437–438, 446, 558 ss., 587 ss.
 - oikeuserehdys 41, 114–115, 121, 128–129, 132–133, 194 ss., 275–276, 278–

- 279, 337, 351–353, 433, 445–446, 451–453, 551–552, 563–564
- putatiivierehdys 128, 168–169, 211, 432, 445–446, 453, 575 ss.
- rangaistavuudesta 559
- rikosoikeuserehdys 279
- soveltamiserehdys 437–438, 560
- tilanne-erehdys 340, 352
- tosiasiaerehdys 41, 114–115, 121, 128, 132–133, 278, 337, 351–353, 355, 451–453, 551–552
- tunnusmerkistöerehdys 41, 43, 228, 230–231, 235, 238, 241, 245–250, 357, 558 ss.
- vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva 100–102, 211, 228, 231, 235, 238, 241, 577 ss.
- erityinen osa 20, 32–33, 35, 223–224, 353, 437, 444–445
- erityis- ja yleisinkvisitio 494
- erityispreventio 273, 468, 480, 499, 518
- error in objecto/persona 114–115, 213
- etiikka 487, 510, 512, 518, 539–540, 546, 554, 582
- etymologinen argumentaatio 53–54
- eurooppalainen rikosoikeus 4, 10, 102–103, 312, 435 ss., 505, 518
- finalismi 40 ss., 359
- funktionalismi 43–44, 480, 482
- für-sich-so-sehen (Frisch) 481, 492
- gärningsuppsåt (Cavallin) 68–69, 310–311, 494–498
- havaitseminen 61, 73, 555–556
- HIV 298–306, 322–326
- hormonivalmiste 191–193
- huuhausaine 102–103, 186–192, 262, 342–348, 351, 373–374
- hypnoosi 81–82
- hyväksyminen 55, 127, 232, 362, 368–369, 472–473, 491–492
- ks. myös Billigung im Rechtssinne
- hyökkäysteko 485–488
- hätävarjelu 40, 214, 256, 562, 583–584
- ihmisoikeudet ja perusoikeudet 15, 100, 102, 440, 468, 504, 517–518
- in dubio mitius 32
- indisiomallit 362, 384
- insiktsuppsåt (Straffansvarsutredningen) 313 ss., 496
- Internet 261, 265, 566
- introspektio 69
- intuitio 404, 501, 562–563
- itseapu 214, 550
- itsemurha-aikomus 159, 396–397, 500
- itsepuolustuslajit 379–380, 395, 427–428
- jokamiehen kiinniotto-oikeus 214, 550
- jousipatukkaesimerkki 560–561
- jämviktsuppsåt (Frände) 249–250
- järjestysmiehen väkivaltainen vastustaminen 198
- jääkiekko 175–177
- kaksinnaiminen 279, 562
- kanavarasesimerkki 563–564
- kansainvälinen rikosoikeus 10, 102–103, 435, 446 ss.
- Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö 10, 319–320, 435, 447 ss.
- karkaaminen 331–332
- kausaalipropositio 76–78, 92–93
- kausaalisuus 40, 66, 92, 469, 565
- kavallus 263–264
- kerjäläisesimerkki 127–128, 522
- kevytmielisyyys 273, 359, 364, 446
- koherenssihorisontti 516 ss.
- kokemussääntö 81, 91–94, 101, 155–156, 191, 193, 378, 380, 384–386, 392

- ks. myös yleinen elämäkokemus
- kombinaatiomalli 148, 219, 362
- kompensointi 175, 206, 531
- konformiteettiperiaate 478–479, 506, 529, 536
- konkurrenssioppi 161, 163, 433, 531
- kriminalisointiperiaatteet 440, 540–541, 556
- kunnianloukkaus 100–101, 109–110, 209 ss., 264, 461–462
- kvalifointiperuste 183, 187–189, 259, 370, 379–380
- kätkemisrikos 184–185, 275, 331, 373, 471
- lahjusrikkomus 185–186, 562
- laillisuusperiaate 15 ss., 80, 131, 229, 237, 239–242, 266, 279, 348, 465, 523, 556
- laiminlyönti 38, 42, 220–221, 339, 396, 401–402, 406, 411, 469, 567
- lapsi henkirikoksen kohteena 109–110, 154–155, 380, 399, 421, 423–424, 547
- lentokone-esimerkki 240, 488
- lievemman lain sääntö 15, 207–208, 237, 253 ss.
- liikennelupa 201–202
- liikenne, liikennerikos 132, 220–221, 323, 426–427, 429–430, 496, 499–501
- luottamus 26–27, 127–128, 273, 313, 325, 356, 359, 361, 363, 374–375, 382, 390–391, 404, 445, 466, 473, 481, 483, 488–489, 524–525
- luvaton valtakunnan rajan ylittäminen 181
- lääkäriesimerkki 49, 126–127, 324, 462–463, 467, 522, 524
- maailma 1, 2 ja 3 (Popper) 59–60, 65, 472
- maallikon paralleeliarvotus (Mezger) 205, 244, 380, 552–553
- mahdollisuusteoria 144, 360, 408–409, 459, 525
- manifestoitunut välttämistähto (Kaufmann) 232, 360–361, 388–391, 397, 483–485
- mens rea 413–414
- metsästäjäesimerkki 136–137, 228, 559
- mielentilatutkimus 50, 63
- muisti 73 ss.
- mukautuminen (sich-abfinden) 346, 356, 359, 361, 473
- mustasukkaisuus 379, 421
- määritelmä 19–20, 54, 117, 272, 317, 329, 348, 356–357, 448, 523
- negatiivisia tunnusmerkistötekijöitä
 - koskeva oppi 548, 576
- negligence 416–417, 432
- normipremissi 160–161, 169, 319, 366, 373–374
- normit 362, 480–483, 576–577
- normiteoria (Binding) 535–536
- nuori tekijä 255–256, 286, 326–327, 390, 392–393, 428, 431–432, 447
- objektiivinen syyksilukeminen 43, 49, 363, 463, 482, 571
- ks. myös teon huolimattomuus
- oblique intention 417, 510
- oikeudenvastaisuuden jaettavuus 540, 590–591
- oikeushyvä 462, 466, 471, 487, 500, 582
- oikeuslähteet 7, 33, 269, 365, 513–514
- oikeustaju 56, 462–463, 473, 490
- oikeustositseikka 90 ss., 96, 366
- oikeuttamisperusteiden subjektiivinen puoli 41, 44, 241–242, 573–575, 579 ss.
- oletaminen 113–114, 120, 249, 313–314
- olio 5, 59–60, 65, 69, 71, 201, 203, 244, 472, 530, 533, 544, 554
- olosuhdetahallisuus (RL 4:1) 29–30, 237–239, 244–251, 266, 451, 523–525

- olutalusesimerkki 561
- omistusoikeus 279, 433, 562
- optikon toimen harjoittaminen 206–207
- organisoitunut rikollisuus 351, 437
-
- paha tahto 471, 487, 490
- pahoinpitely 109–110, 175–177, 290–291, 297–298, 344, 388–389
- pakkotila 49, 463, 549–550, 583–584
- pakottava päättely 70–71, 76, 88, 92, 94–96, 145, 148, 150, 158, 177–178, 184, 233, 244, 255, 464, 497
- palvelukseensaapumiskutsu 341
- peittämisperiaate 340, 348, 519, 529 ss., 543 ss.
- peittämätön vaara (Herzberg) 361, 486–487, 489–491, 494
- petoesimerkki 49, 126–127, 462–463, 467, 522, 524
- petos 180–181, 184–185, 343–344
- pidäkekynnysoppi 367, 371, 375–376, 385, 401–402, 405–408, 411, 493
- practical indifference (Duff) 428–429, 511
- ks. myös välinpitämättömyys
- praktinen syllogismi 96–97
- presumtio 405–406, 421, 433, 535
- psykiatria 62–63, 289–290
- psykologia 62, 64, 69 ss., 289–290, 477
- psykologisen pakon teoria 534–535
- psykkiset ongelmat 71, 99–100, 146, 159, 296, 315, 393–396
- päihtymys 71, 88–89, 99, 101, 129, 133, 139–140, 153, 227, 236, 244, 259–260, 276–278, 294, 337, 352, 394–395, 410, 414, 433–434, 447
-
- raakatieto 364, 407, 492–493
- rahanväärennys 372–373
- rakentamisrikkomus 266
- rangaistuksen mittaaminen 111–112, 175, 195–196, 258, 262, 343–344, 417, 504, 592
- rangaistuksen määrääminen 194 ss., 337, 352, 453, 581, 591–592
- rangaistusarvo 28, 350–351, 505, 518
- rationaalisuus 71, 76, 99–100, 313, 515–516, 518
- rattijuopumus 340
- renkaantyhjennysesimerkki 560–561
- rikoksen rakenne 35 ss., 68, 413–414, 530, 534
- rikoskumppanuus 150, 262
- rikoslakiprojekti 107, 223 ss.
- rikosoikeuskomitea 9, 107, 131 ss., 139–140, 142, 223, 233, 243, 536
- ruotsinkieliset ilmaisut 29–30, 147, 170–171, 178, 226, 236, 240
-
- sattuma 400
- seksuaalirikos 264–265, 344, 429–432, 590
- ks. myös suojaikäraja
- selonottovelvollisuus 181–183, 199–201, 212, 215–217, 224, 245–250
- semioottinen kolmio 554
- seuraukset 85, 532, 564 ss.
- signaalisanatahallisuus 141, 148, 150, 178, 219, 243, 334, 410
- siviilioikeus 4, 568, 570
- skeema 75–76
- sokeritauti 290–291
- specific intent 416, 433
- Straffansvarsutredningen 278, 310, 312 ss., 409, 517–518
- strict liability 417, 431–432
- sukeltaminen 203–204, 559
- suojaikäraja 71, 78–79, 128, 261, 275, 280–282, 331, 340, 417, 432, 471, 481, 504, 590
- ks. myös seksuaalirikos
- suostumus 323, 429, 432, 481, 549, 574

surmaamisen tekotapoja

- ampuminen 97 ss., 155–156, 164–165, 253–257, 287–291, 306–307, 332–333, 341–342, 422–423, 493
- astalo 98–99, 158, 379–380, 382–383, 386, 395, 493
- auto 142 ss., 150–152, 158–160, 257–259, 282–287, 317–322, 377–378, 385–386, 420–421, 493, 495
- betonimöhkäle 422–423
- hirttäminen 392–393
- HIV 160–164, 369–371
- hukkuminen 156–158, 169–171, 389
- kirves 259–260, 378–379
- kuristaminen 145–146, 148–150, 154–155, 166–171, 255–256, 291–292, 309, 367–369, 376–377, 380–381, 394–395, 493–494
- käsikranaatti 333–334
- lyöminen ja potkiminen 259, 380, 395
- pahoinpiteleminen 390, 424–425
- pommi 171–173
- polttopullo 399–401
- tuhotyö 152–154, 396, 401, 421–424
- tukehtuminen 383–384
- veitsi 70–71, 76–78, 92 ss., 137 ss., 146–148, 168–169, 260, 293–297, 309, 326–327, 394, 493

systeeminutraalisuus 42, 45, 227, 230, 355

syllisyysteoria 42–43, 45, 231, 279, 439, 533 ss., 578

syllisyystunnusmerkit 48–49, 546–547

syyntakeisuus 49–50, 63, 276, 314–315, 394, 414, 447

tahallisuuden kohde 60, 80, 480–481

tahallisuuden kaksoisasema 42, 44–46, 50

tahallisuuden ulottuvuudet 5–6

tahallisuus ja kausaalisuus 150, 392–393, 570–571

tahallisuusperustelut 139, 142, 381–382

tahallisuusrangaistavuuden ratio 363, 480, 499

tahallisuusteoria 231, 533 ss.

tahallisuusvaara (Puppe) 491–494

tarkoituksellinen tietämättömyys 248

– ks. myös dolus Alexanderson

– ks. myös wilful blindness

tarkoitustahallisuus 96 ss., 138–139, 167, 172–175, 255, 339, 415, 449, 487–488, 493, 571

tekijärikosoikeus 273, 296, 312, 468

tekorikosoikeus 35, 48, 249, 483

teon huolimattomuus 49, 205, 571

– ks. myös objektiivinen syyksilukeminen
teon tahdonvaltaisuus 64, 254–255, 259–260, 287–291

todennäköisyystahallisuus

– ei-epätodennäköinen 360, 466

– eri rikoksissa vaihteleva todennäköisyys 331, 457, 531

– kvalifioitu 225–227, 233, 243, 313, 319–320, 464–466

– mayerilainen 360–361, 364, 466, 525

– yksinkertainen 28–29, 132, 233, 239, 243, 284–285, 313, 334–335, 347–349, 460–464

todistusteema 90–91, 496

todistustosiseikka 90 ss., 97, 366

toimintaympäristö 245, 539

toivo 27, 114, 120, 272, 284, 345, 359, 473–474, 487, 525

torjunta 62, 303, 326, 364, 488–489, 492

totuus 23–24, 59, 513 ss.

tuhotyö 179–180, 331, 426, 431–432

tunne 363, 429, 473–474, 499

tunnusmerkistön varoituskuntio 538, 560 ss.

tunnusmerkit

– deskriptiiviset 60, 532, 543–544, 550 ss.

- negatiiviset 532, 543–544, 547–550
- normatiiviset 39–40, 445, 532, 543–544, 550 ss.
- objektiiviset 532, 543–547
- positiiviset 532, 543–544, 547–550
- subjektiiviset 38–39, 532, 543–547
- tunnustus 81, 88
- työhypoteesi 280–282, 457, 531
- työsuojeluvaltuutetun irtisanominen 207–208
- ultima ratio 349–350, 440, 465, 520
- usko 23–24, 26–27, 127–128, 285–286, 288, 313, 325, 465–466, 470, 473–474, 477–479, 524–525
- uuskantilaisuus 39, 43
- vaaran aiheuttaminen 164–165, 299, 322–326, 425
- vaaratahallisuus 382, 462
- vaatimusnormi 112, 118, 123, 181, 230, 266, 275–276, 339, 365, 437–439, 442–443, 445
- vahingonteko 427–428
- valheenpaljastus 81–83
- valistus 440
- valmistelu 308–309
- varmuustahallisuus 24–25, 255–256, 293–294, 415, 465
- varsin todennäköinen 27–29, 132–134, 142, 165, 177–178, 226, 235–236, 243, 319–320
- velallisen epärehellisyys 248, 263
- velallisen petos 181–183, 263
- venäläinen ruletti 26–28, 157, 254, 322, 324, 326, 463, 489, 522, 524
- veropetos 31, 198–201, 218–219, 279, 561–562
- verorikos 336
- vihollisen auttaminen 418–419
- välialue 26, 113, 466
- välinpitämättömyys 127, 148, 179–180, 186, 219, 234, 249, 297 ss., 310–313, 316 ss., 430–431, 473 ss., 511
- ks. myös practical indifference (Duff)
- väärennys 184–185, 561
- vääryys 39, 41, 576, 579 ss.
- väärä ilmianto 100–101, 109–110, 210–211
- wilful blindness 415, 450
- ks. myös dolus Alexanderson
- ks. myös tarkoituksellinen tietämättömyys
- yhteisöpetos 437 ss.
- yksi ainoa oikea tahallisuusmalli 281–282, 457, 522
- yleinen elämäkokemus 146, 155–156, 167–168, 172, 199, 220–221, 260, 401
- ks. myös kokemussääntö
- yleiskieli 17 ss., 53 ss., 225–226, 346, 359, 417, 426, 463, 470, 491–492, 505, 517
- ks. myös arkikieli
- yleispreventio 43, 273–274, 468, 480, 499, 534, 536
- yllytys 31–32, 257–259, 444
- yritys 260–261, 309, 329, 336, 567–568, 584–585
- yritys ja syyksiluettavuus 31, 47–48, 97, 147–148, 175, 261, 274–275, 291–292, 309, 329, 336, 340, 416, 462, 495, 511

Tahallisuus on yksi keskeinen rikosoikeudellista vastuuta koskeva peruskäsite. Vuoden 2004 alussa tuli voimaan rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus. Laissa säännellään nyt monia sellaisia kysymyksiä, jotka oli aikaisemmin jätetty oikeustieteen ja -käytännön varaan. Uudistuksessa lakiin otettiin säännökset muun muassa seuraustahallisuudesta (RL 3:6) sekä erilaisista erehdystyypeistä (RL 4:1–3).

Teoksessa keskitytään tahallisuuden sisältöön, erityisesti sen alarajan selvittämiseen. Tutkimuskohteena tahallisuus avaa näkökulmia moniin teoreettis-filosofiisiin ja lainopillisiin kysymyksiin. Työ kuuluu lähinnä rikoslainopillisen perustutkimuksen alaan.

Johdantoluvun jälkeen käsitellään tiettyjä taustakysymyksiä kuten laillisuusperiaatetta ja sen soveltuvuutta rikoslain yleisen osan säännöksiin, rikoksen rakennetta, mieltä tutkivien tieteiden antia ja tahallisuusnäyttöä. Kolmannessa luvussa tarkastellaan tahallisuuden sisältöä Suomen oikeudessa. Oikeuskäytäntö on laajasti esillä niin tässä kuin seuraavassakin luvussa, jossa käsitellään tahallisuutta Ruotsin, Tanskan, Norjan, Saksan ja Englannin oikeudessa. Oikeusvertailevan luvun lopussa arvioidaan tahallisuutta eräissä eurooppalaisissa hankkeissa sekä Kansainvälisen rikostuomioistuimen (ICC) perussäännössä. Viides luku on omistettu tahallisuuden ja tuottamuksen rajanvedon arvioinnille. Viimeisessä luvussa tarkastellaan tahallisuuden kohdetta koskevia kysymyksiä.

