

# OIKEUSTIEDE

## JURISPRUDENTIA

XLVII

2014

---

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

*Toimitusneuvosto*

Jaana Norio-Timonen, puheenjohtaja  
Tuula Linna  
Tapio Määttä  
Seppo Villa

*Toimittaja*

Tapani Lohi

*Tilausosoite*

Suomalainen Lakimiesyhdistys  
Kasarmikatu 23 A 17  
00130 Helsinki  
p. 09 6120 300  
[www.lakimiesyhdistys.fi](http://www.lakimiesyhdistys.fi)  
[toimisto@lakimiesyhdistys.fi](mailto:toimisto@lakimiesyhdistys.fi)

© 2014 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys"

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-340-6

KUDP"; 9: /; 73/: 77/93: /5\*

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2014

**Juhana Riekkinen**

**TODISTEIDEN  
HYÖDYNTÄMISKIELLOT  
RIKOSPROSESSISSA**  
Teoreettinen perusta  
ja oikeustila Suomessa



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	123
2	MITÄ HYÖDYNTÄMISKIELLOT OVAT?.....	124
2.1	Vapaa todistusteoria ja todistamiskielLOT .....	124
2.2	Hyödyntämiskiellon käsite .....	127
2.2.1	Suhde todistamiskieltoihin ja määritelmiä.....	127
2.2.2	Todistelu ketjuna ja oikeudenkäyntiaineisto.....	128
2.2.3	Etäisvaikutus ja ennakoivat hyödyntämiskielLOT.....	132
2.3	Hyödyntämiskieltojen luokittelu .....	134
2.4	Hyödyntämiskieltojen funktiot ja asema rikosprosessissa .....	135
2.4.1	Rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät .....	135
2.4.2	Todistamiskieltojen merkitys rikosprosessissa .....	137
2.4.3	Hyödyntämiskieltojen funktiot ja perusteet.....	139
3	OIKEUSTILA SUOMESSA YLEISESTI .....	143
3.1	Lainsäädäntö .....	143
3.2	Oikeustiede .....	145
3.3	Oikeuskäytäntö.....	149
3.3.1	Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset .....	149
3.3.2	Hovioikeusratkaisuja .....	167
3.4	Yhteenveto nykyisestä oikeustilasta.....	169
4	ERITYISKYSYMYKSIÄ .....	171
4.1	Etäisvaikutus .....	171
4.2	Hyödyntämiskiellon asettaminen viran puolesta .....	177
4.3	Yksityisten henkilöiden hankkimat todisteet.....	179
5	OIKEUDENKÄYMISKAAREN 17 LUVUN UUDISTUS .....	181
5.1	Todistelutoimikunnan mietintö.....	181
5.2	Hallituksen esitys .....	187
6	LOPPUSANAT .....	189
	LÄHTEET .....	192
	LYHENTEET .....	197
	OIKEUSTAPAUKSET .....	198
	EXCLUSIONARY RULES IN CRIMINAL PROCEDURE. THEORETICAL FOUNDATIONS AND THE LEGAL SITUATION IN FINLAND .....	201



---

# Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa

## Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa

### 1 JOHDANTO

Hyödyntämiskiello on rikosprosessioikeuden klassikkokysymys. Sekä Euroopassa että Yhdysvalloissa aiheesta on keskusteltu ja kiistelty jo yli vuosisadan ajan. Suomessa hyödyntämiskiellot ovat kuitenkin nousseet mielenkiinnon kohteeksi varsin myöhään, mutta viime vuosina niin tuomioistuimet kuin lainvalmistelijatkin ovat kuitenkin joutuneet enenevässä määrin ahkeroimaan aiheen parissa. Myös kotimainen oikeustiede näyttää pikku hiljaa olevan heräämässä hyödyntämiskiellojen problematiikkaan.

Todisteen hyödyntämiskiello, kuten termi jo antaa ymmärtää, tarkoittaa rikosprosessissa jonkinlaista oikeudellista kieltonormia, joka kieltää todisteen käyttämisen hyväksi jossakin prosessin vaiheessa. Yleensä tämä käsite liitetään todisteisiin, jotka on hankittu lain- tai oikeudenvastaisesti tai muulla syytetyn oikeuksia loukkaavalla tavalla, tai joiden hyödyntäminen itsessään loukkaisi syytetyn perus- tai ihmisoikeuksia.

Tässä kirjoituksessa selvitän ensin hyödyntämiskieltoihin liittyvää käsitejärjestelmää ja hyödyntämiskielloiksi kutsuttujen normien luonnetta, vaikutusta sekä suhdetta rikosprosessin järjestelmään. Tämän teoreettispuolteen osion jälkeen siirryn tarkastelemaan kotimaista oikeustilaa praktisen lainopin kannalta *de lege lata*. Tarkastelu kohdistuu pääasiassa kotimaiseen oikeuskäytäntöön, koska aihetta koskeva kotimainen oikeuskirjallisuus on vielä niukkaa eikä laissa ole tähän mennessä säädetty nimenomaisista hyödyntämiskielloista. Yleisen oikeustilan selvittämisen jälkeen käsittelen eräitä hyödyntämiskieltoihin liittyviä erityiskysymyksiä, joista tärkein on laittomasti hankitun todisteen etäisvaikutus, toisin sanoen kysymys hyödyntämiskiellon asiallisesta ulottuvuudesta laittoman toiminnan avulla välillisesti hankittuihin todisteisiin. Lopuksi arvioin käynnissä olevaa oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevan 17 luvun uudistushanketta, jossa kyseiseen lukuun otettaisiin nimenomainen yleissäännös todisteiden hyödyntämiskielloista.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Artikkelin perustuu Lapin yliopistossa tammikuussa 2014 hyväksytyyn maisteritutkimukseen.

## 2 MITÄ HYÖDYNTÄMISKIELLOT OVAT?

### 2.1 Vapaa todistusteoria ja todistamiskiellot

Suomen prosessioikeudessa lähtökohtana on vapaa todistusteoria, joka koostuu vapaasta todistelusta ja vapaasta todistusharkinnasta.<sup>2</sup> Lainsäädännössä tätä koskeva perussäännös on OK 17:2.1, jonka mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Tuomioistuinta eivät täten sido näytön arvioinnissa mitkään harkintavaltaa sääntelevät määräykset. Vapaasta todistusteoriasta – erityisesti vapaasta todistelusta – on kuitenkin tehty poikkeuksia, minkä OK 17:2.2 nimenomaisesti mahdollistaakin.<sup>3</sup> Tällaisia poikkeuksia ovat sekä todistamiskiellot suppeassa merkityksessä että todisteiden hyödyntämiskiellot. Näillä käsitteillä on selkeä yhteinen rajapinta, minkä vuoksi niitä käsitellään usein samassa yhteydessä.

Todistamiskiello-käsite on oikeustieteen luomus, jolle ei ole lainsäädännöllistä määritelmää. Sanana todistamiskiello esiintyy lakitekstissä vain tuoreessa turvallisuustutkintalaissa (525/2011). Termi ymmärretään kuitenkin vakiintuneesti kollektiiviseksi yläotsikoksi useille varsin erilaisille säännöksille. Kaikkein laajimmassa mielessä todistamiskiello voi tarkoittaa jokaista poikkeamaa vapaan todistelun periaatteesta. Suppeammin todistamiskiellot ovat oikeudellisia kieltonormeja, joilla lainsäätäjä on itse rajoittanut vapaan todistelun alaa. Tällöin voidaan puhua pelkästään todisteiden hankkimiseen ja oikeudenkäynnissä esittämiseen kohdistuvista kieltonormeista, mutta mahdollisesti hieman laajemmin myös niihin liittyvistä hyödyntämiskielloista.<sup>4</sup> Todistamiskiellot voidaan myös sijoittaa todistamissääntöjen yläkäsitteen alle, jolloin niiden kanssa rinnasteisen

---

ni *Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa Suomessa, Saksassa ja Yhdysvalloissa*. Tässä artikkelissa käytän ulkomaista oikeutta tarpeen mukaan laajentamaan näkökulmaa, kun pelkästään kotimaisen aineiston tarkastelu ei riitä. Tavoitteenani ei ole antaa kokonaiskuvaa todistamis- ja hyödyntämiskielloista saksalaisessa, yhdysvaltalaisessa tai muussakaan ulkomaaisessa oikeudessa.

<sup>2</sup> Ks. esimerkiksi *Jonkka* 1993 s. 28–29, *Virolainen* 1998 s. 423, *Helminen ym.* 2012 s. 507 ja *Lappalainen/Prosessioikeus* 2012 s. 595.

<sup>3</sup> Tästä huolimatta kansainvälisessä katsannossa Suomessa todistelun vapautta on korostettu normaalia enemmän, ks. *Välilmaa* 1999 s. 94.

<sup>4</sup> *Hormia* 1978 s. 13–15, *Pölonen* 2003 s. 182. Esimerkiksi *Jonkka* 1992 ja *Virolainen* 1998 puhuvat todistuskieelloista. Ilmaus on synonyyminen todistamiskiello-termin kanssa. Erilaisista mahdollisista todistamiskiellon (*bevisforbud*) käsitteistä ks. myös *Torgersen* 2009 s. 3–5. Norjalainen Torgersen päätyy omassa teoksessaan käyttämään *bevisforbud*-käsitettä siten, että se sisältää hyödyntämiskiellon (*bevisvurderingsforbud* tai *vektleggingsforbud*), mutta ei välttämättä esittämiskielloa (*føringsforbud*). Todisteiden hankkimiseen liittyvät lainvastaisuudet hän näkee *bevisforbud*-kieltonormien perusteina.



ryhmän muodostavat todistusoikeudelliset muoto- eli järjestysmääräykset, joiden tehtävänä on ohjata todistusmenettelyn ulkoista kulkua.<sup>5</sup>

Suomalaisessa oikeustieteessä todistamiskiellot – suppeassa merkityksessä, toisin sanoen todisteiden esittämis- ja hankkimiskiellot – jaotellaan yleensä kolmeen ryhmään: 1) todistusteemakiellot, 2) todistuskeinokiellot ja 3) todistusmetodikiellot.<sup>6</sup>

Todistusteemakiellot estävät tiettyä todistusteemaa koskevan todistelun kokonaan. Esimerkkinä todistusteemasäännöksestä mainittakoon valtiosalaisuutta koskeva OK 17:23.1:n 2 kohta. Se ja muut todistusteemakiellot määräävät, *mitä ei saa todistaa*. Todistuskeinokielto puolestaan estää käyttämästä tiettyä todistelukeinoa määrättyssä tilanteessa. Samaa todistusteemaa koskevaa muunlaista näyttöä voidaan esittää. Tällainen säännös on esimerkiksi OK 17:20, jossa säädetään todistajan kokonaiskieltäytymisoikeudesta. Todistuskeinokielto ilmaisee, *millä (todistus)keinolla todisteita ei saa hankkia tai esittää*. Todistusmetodikielto vuorostaan on kyseessä, kun tietty tapa hankkia tai esittää todisteita on kielletty. Kyse voi olla nimenomaisesti kielletyistä tutkinta- ja kuulustelumenetelmistä tai syytetyn prosessuaalisten oikeuksien määrittämistä rajoituksista. Lakiin kirjatusta todistusmetodikiellosta esimerkiksi käy OK 17:33.5, joka koskee johdattelevia kysymyksiä. Tähän kategoriaan voidaan sijoittaa myös useat perus- ja ihmisoikeuksista johdetut kiellot: esimerkiksi kidutuksen tai muun ihmisarvoa vakavasti loukkaavan menetelmän käyttö kuulustelumetodina voidaan kieltää ilman nimenomaista lain säännöstä. Todistusmetodikiellot määräävät, *millä tavalla todisteita ei saa hankkia tai esittää*.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Hormia* 1979 s. 183–184. Käsite vastaa saksalaisen Karl Petersin käyttämää *Beweisregelung*-käsitettä. Petersin käsitejärjestelmästä ks. *Peters* 1966 s. 95–103, 106–162, *Koriath* 1994 s. 23 ja *Hormia* 1978 s. 270.

Petersin mukaan *Beweisverbot*-käsitteen alaiset varsinaiset todistamiskiellot jakautuvat kahteen ryhmään: *Beweisverfahrensverbote* ja *Beweisverfolgungsverbote*. Jaottelu perustuu normien suojaamien arvojen ja oikeushyvien tärkeyteen. Läheiskäsitteitä, mutta eivät kuitenkaan todistamiskieltoja, ovat *Beweisregelungen* (todistusmenettelyn kulkua ohjaavat muotomääräykset), *Beweisregeln* (todistusharkintaa ohjaavat säännöt, esimerkiksi *in dubio pro reo*) ja *Beweisvermutungen* (niin ikään todistusharkinnassa vaikuttavat näyttö- tai todistusolettamat).

Petersin jaottelussa ei ole tarpeen puhua hyödyntämiskielloista, koska molempiin ryhmiiin kuuluvien todistamiskieltojen – jotka voidaan jaotella tutusti todistusteema-, todistuskein- ja todistusmetodikieltoihin – rikkominen johtaa todisteen hyödyntämisen estymiseen, joskin eri laajuudessa ja eri mekanismein. Sen sijaan *Beweisregelung*-tasoisien normin – todistusoikeudellisen muotomääräyksen – rikkomisella ei ole tällaista seurausta.

<sup>6</sup> *Hormia* 1978 s. 20–21, 103–104, *Virolainen* 1998 s. 423–424, *Pölönen* 2003 s. 182–188, *Karppinen* 2006 s. 49–60 ja *Helminen ym.* 2012 s. 509.

<sup>7</sup> Suomalainen todistamiskieltoeskustelu on ollut paljolti saksalaisvaikutteista, ja saksalaisessa oikeustieteessä nykyään vallitseva jaottelu vastaakin suomalaista. Todistamiskieltoa laajassa merkityksessä vastaava yläkäsite on *Beweisverbot*, joka jakautuu kahteen katego-

Selostetun kolmijaon ohella todistamiskiellot voidaan jaotella myös absoluuttisiin ja relatiivisiin.<sup>8</sup> Tämä jaottelu on hyödyntämiskieltojen näkökulmasta mainitsemisen arvoinen, koska esimerkiksi *Pasi Pölösen* tulkinnan mukaan absoluuttisen todistamiskiellon määritelmään kuuluu, että säännös tarkoittaa samalla todisteen hyödyntämiskieltoa. Relatiivisten todistamiskieltojen osalta hyödynnettävyys jäisi tuomioistuimen harkinnan varaan.<sup>9</sup>

Relatiivisista todistamiskielloista puhutaan kuitenkin myös muissa merkityksissä: esimerkiksi saksalaisen todistamiskieltokeskustelun käynnistäjän *Ernst Belingin* alkuperäisessä opissa todistamiskiellon absoluuttisuus tai relatiivisuus ei liittynyt sen rikkomisen oikeusseuraamukseen, vaan absoluuttisia olivat todistusteemakiellot ja relatiivisia todistusmetodikiellot.<sup>10</sup> *Claus Roxin* taas liittyy relatiiviset todistamiskiellot neljänneksi kategoriaksi edellä selostettuun jaotteluun todistusteema-, todistuskeino- ja todistusteemakieltojen välillä. Hän viittaa relatiivisella todistamiskiellolla tilanteisiin, joissa vain tietyt henkilöt voivat suorittaa todisteen hankkimisen laillisesti. Näkemykseni mukaan näitä kieltoja voitaisiin hyvin luonnehtia todistusmetodikieltojen alataupakkeksi.<sup>11</sup> En pidä Belingin tai Roxinin käsitteitä

---

riaan: 1) *Beweiserhebungsverbote* ja 2) *Beweisverwertungsverbote*. Näistä ensimmäinen vastaa todistamiskiellon käsitettä suppeassa merkityksessä ja jälkimmäinen hyödyntämiskieltoa. Ensimmäisen kategorian kolme alakategoriaa vastaavat suoraan suomalaista jaottelua: 1) *Beweisthemaverbote*, 2) *Beweismittelverbote* ja 3) *Beweismethodenverbote*. *Eisenberg* 2011 s. 111–115. Vastaava kolmijako tunnetaan myös muualla Euroopassa, ks. esimerkiksi *Pilnacek* 1999 s. 106 (Itävalta), *Hofmański* 1999 s. 152–153 (Puola) ja *Pipek* 1999 s. 171–186 (Tšekin tasavalta).

Suomalaisen ja saksalaisen käsitejärjestelmän ero ei ole niinkään käsitteellinen vaan terminologinen: Suomessa termiä todistamiskielto käytetään vakiintuneesti sen suppeassa merkityksessä eli viittaamaan pelkästään hankkimis- ja esittämiskieltoihin. Tämä saattaa johtua Suomessa vallalla olleesta varsin penseästä suhtautumisesta hyödyntämiskieltoihin ja niiden näkemisestä korkeintaan alisteisina seuraamuksina ”varsinaisille” todistamiskielloille. Mahdollista olisi muuttaa kielenkäyttöä saksalaiseen suuntaan ja varata jatkossa termi todistamiskielto laajemmalle yläkäsitteelle, joka sisältäisi myös hyödyntämiskielto. Tällöin todistamiskielto-termi nykyisessä merkityksessä tulisi korvata puheella todisteiden hankkimis- ja esittämiskielloista tai keksiä näille uusi, sekä hankkimisen että esittämisen kattava yhteinen termi.

<sup>8</sup> *Hormia* 1978 s. 88.

<sup>9</sup> *Pölönen* 2003 s. 192 ja *Ojanperä* 2006 s. 163.

<sup>10</sup> Saksalaisen diskurssin alkupisteenä pidetään yleisesti Belingin vuonna 1902 pitämää luentoa ja hänen vuotta myöhemmin ilmestynyttä kirjaansa *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (”Todistamiskiellot totuuden tutkimisen rajoina rikosprosessissa”). Belingin opista ks. esimerkiksi *Koriath* 1994 s. 13–22. Belingin käsitejärjestelmään ei sisällynyt hyödyntämiskiellon käsitettä, vaan todistamiskiellosta seurasi automaattisesti myös hyödyntämisen estyminen.

<sup>11</sup> *Arg. Pölönen* 2003 s. 187 ja *Roxin* 1995 s. 165. Roxinin esimerkkisäännös on StPO § 81 a, joka koskee verinäytteen ottamista ja muita henkilön ruumiillista koskemattomuutta loukkaavia toimenpiteitä, jotka ovat kyseisen säännöksen mukaan mahdollisia vain lääkärin

asiaa selventävinä tai ymmärtämistä edesauttavina, enkä sekaantumisten välttämiseksi käytä niitä jatkossa.

## 2.2 Hyödyntämiskiellon käsite

### 2.2.1 Suhde todistamiskieltoihin ja määritelmiä

Suomessa hyödyntämiskiellot on nähty yleensä suppeasti ymmärrettyjen todistamiskieltojen kautta. *Lauri Hormia* korostaa hyödyntämiskieltojen luonnetta todistamiskieltojen prosessuaalisena sanktiona ja näkee hyödyntämiskiellot ensisijaisesti todistamiskieltojen toteuttamisena.<sup>12</sup> Myös *Jyrki Virolaisen* mukaan hyödyntämiskiellot ovat yleensä epäitsenäisiä ja hyödyntämiskielto on todistuskiellon prosessuaalinen sanktio.<sup>13</sup> Pölösen mukaan vaikka hyödyntämiskielto tarkoittaa usein todistamiskiellon oikeusseurausta, se voi tulla kysymykseen myös ilman todistamiskieltoa. Toisaalta, kuten hän huomauttaa, todistamiskielto ei aina johda hyödyntämiskieltoon.<sup>14</sup> Pölönen tarjoaakin hyödyntämiskiellolle hieman laveamman määritelmän:

Yleisesti määritellen hyödyntämiskielloissa voidaan sanoa olevan kyse siitä, voidaanko kiellonvastaisesti hankittu tai muuten (perus)oikeuksien rajoittamiseen johtava todiste hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon, eli voidaanko sitä hyödyntää (käyttää) todistus- ja tuomioharkinnassa.<sup>15</sup>

Saksalaisen *Klaus Rogallin* määritelmä on kielellisesti varsin ytimekäs, sillä hän ei ota kantaa hyödyntämiskiellon pohjana olevaan tapahtumaan tai kiellon kohteena olevan todisteen luonteeseen. Määritelmä on hyvin formaali ja kuuluu seuraavasti:

Todisteiden hyödyntämiskiellot ovat normeja, jotka kieltävät asettamasta todistelutulosta jatkoprosessin perustaksi (kirjoittajan suomennos).<sup>16</sup>

---

suorittamina ja tuomarin määräyksestä. Ks. myös Pölösen mainitsema KKO 1999:50. Vrt. *Eisenberg* 2011 s. 116, jonka mukaan kyse on todistuskeinokiellostä. Vrt. lisäksi *Pipek* 1999 s. 182–186, jossa vastaava tšekkiläinen säännös luokitellaan todistusmetodikielloksi ja *relatives Beweisverbot* -käsitteelle annetaan vielä eroava merkitys.

<sup>12</sup> *Hormia* 1978 s. 32, *Hormia* 1979 s. 162.

<sup>13</sup> *Virolainen* 1998 s. 424.

<sup>14</sup> *Pölönen* 2003 s. 205. Ks. myös *Vuorenpää* 2011 s. 590.

<sup>15</sup> *Pölönen* 2003 s. 205.

<sup>16</sup> *Rogall* 1999 s. 126: ”Beweisverwertungsverbote sind Normen, die es verbieten, ein Beweisergebnis zur Grundlage des weiteren Prozedierens zu machen.”

Pölösen määritelmä kytkee hyödyntämiskiellon vain todistus- ja tuomioharkintaan – siis tuomioistuimessa tapahtuvaan toimintaan. Rogall laajentaa käsitteen merkityksen ajallisesti myös oikeudenkäyntiä edeltäviin vaiheisiin. Hänen määritelmänsä mukainen hyödyntämiskielto voi näin ollen tulla sovellettavaksi esimerkiksi esitutkintavaiheessa tai syyteharkinnassa ja johtaa välillisesti muunkin kuin alkuperäisen kiellon kohteena olevan todisteen hyödyntämiskelvottomuuteen. Tässä yhteydessä voidaan puhua *etäishyödyntämisestä* ja *hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksesta* (*Fernwirkung, fruit of the poisonous tree*) sekä ennakoivista hyödyntämiskielloista.<sup>17</sup> Rogallin määritelmä onkin mielestäni tutkimuksellisesti mielenkiintoisempi ja käyttökelpoisempi.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Todistelu ketjuna ja oikeudenkäyntiaineisto

Todistelu voidaan nähdä myös vaiheittaisena tapahtumaketjuna, joka alkaa todisteen hankkimisesta.<sup>19</sup> Tyypillisesti todisteen hankkii poliisi esitutkinnassa. Esimerkiksi poliisimies löytää kotietsintää suorittaessaan murtovälineitä epäillyn asunnosta. Hankittu todiste esitetään oikeudenkäynnin todisteluvaiheessa, esimerkiksi esittämällä syytetyltä takavarikoitu esine katselmuksena. Toisinaan hankkiminen ja esittäminen tosin tapahtuvat yhdellä kertaa. Näin on vaikkapa silloin, kun todistaja antaa suullisen lausuman rikosasian pääkäsittelyssä.<sup>20</sup> Lopulta tuomari hyödyntää esitettyä todistetta ottamalla sen huomioon todistusharkinnassa, jonka lopputulos näkyy tuomion perusteluista.<sup>21</sup>

Vapaan todistelun periaatteesta huolimatta laki asettaa eri vaiheille myös rajoituksia. Näitä rajoituksia ovat todistamiskiellot laajassa merkityksessä. Todistamiskiellot suppeassa merkityksessä, toisin sanoen todisteiden

---

<sup>17</sup> Helminen ym. 2012 s. 514–515.

<sup>18</sup> Rogallin kanssa samansuuntaisesti Eisenberg 2011 s. 117. Laajempaa määritelmää puoltaa myös Virolainen 1998 s. 424: ”Todisteiden hankkimista ja esittämistä tarkoittavasta todistuskiellosta on erotettava todisteiden hyödyntämiskielto eli kielto käyttää todistuskiellon vastaisesti saatuja todisteita hyväksi esitutkinnassa, syyteharkinnassa ja oikeudenkäynnissä.” Todettakoon, että Pölösen itse ottaa väitöskirjassaan huomioon myös määritelmänsä ulkopuolelle jäävät ongelmat.

<sup>19</sup> Tätä ei pidä sekoittaa puheeseen *todisteketjusta*. Todisteketjun käsitteestä ks. esimerkiksi Jonkka 1993 s. 35–37.

<sup>20</sup> Jos todistaja toistaa esitutkinnassa antamansa lausuman, voidaan tosin väitellä siitä, onko todiste ”hankittu” esitutkinnassa vai oikeudenkäynnissä, onhan samaa informaatiota mahdollisesti jo hyödynnetty ainakin syyteharkinnassa. Tällä ei kuitenkaan ole käytännössä oikeudellista merkitystä. Jos taas todistaja muuttaa kertomustaan ja hänen esitutkinnassa antamansa lausuma luetaan vertailuksi, on lukemisessa selvästi kyse esitutkinnassa hankitun todisteen esittämisestä.

<sup>21</sup> Vrt. Hormia 1978 s. 138–139.

hankkimis- ja esittämiskiellot, kohdistuvat todisteiden hankkimis- ja esittämismuutoksiin. Hyödyntämiskiellot taas kohdistuvat todistusharkintaan eli tuomarin suorittamaan näytön arviointiin.<sup>22</sup> Tältä pohjalta voidaan kyseenalaistaa suppean todistamiskiellon käsite ja sen jyrkkä erottaminen hyödyntämiskielloista. Epäilemättä olisi mahdollista hyödyntää myös puhdasta kolmijakoa hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämiskieltoihin. Hankkimis- ja esittämiskieltojen yhteistä käsittelyä voidaan kylläkin perustella sillä edellä mainitulla seikalla, että hankkimis- ja esittämiskäytännöt muodostavat toisinaan erottamattoman kokonaisuuden. Toisaalta jos ongelma tunnustetaan ajoissa, hyödyntämiskäytäntö tehdään usein samalla kertaa kuin esittämiskäytäntö. Tällä voitaisiin perustella näiden asioiden käsitteellistä liittämistä yhteen. Esittäminen ja hyödyntäminen voidaan kuitenkin tarvittaessa erottaa toisistaan.<sup>23</sup>

Todisteiden hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen asemaa on mahdollista lähestyä myös oikeudenkäyntiaineiston näkökulmasta. Oikeudenkäyntiaineistoa laajassa merkityksessä on kaikki oikeudenkäynnin kuluessa esitetty materiaali. Suppeassa merkityksessä oikeudenkäyntiaineisto tarkoittaa sitä aineistoa, johon asiassa annettava ratkaisu saadaan perustaa. Voidaan puhua myös laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta.<sup>24</sup>

Hankkimis- ja esittämiskielloilla pyritään estämään etukäteen tietynlaisen todisteaineiston sisällyttäminen oikeudenkäyntiaineistoon. Toisin sanoen on kyse siitä, että rajoitetaan *a priori* todisteiden ottamista oikeudenkäyntiaineistoon *laajassa* merkityksessä. Hyödyntämiskielloilla taas jätetään jo oikeudenkäynnissä esitettyä todisteaineistoa *a posteriori* pois oikeudenkäyntiaineistosta *suppeassa* merkityksessä, ja siten estetään tällaisen aineiston asettaminen tuomioistuimen ratkaisun perustaksi. Sekä hankkimis- ja esittämiskiellot että hyödyntämiskiellot siis vaikuttavat laillisen oikeudenkäyntiaineiston muodostumiseen, mutta eri teoreettisella

<sup>22</sup> Näytön arvioinnin käsitteestä ks. *Jonkka* 1993 s. 21.

<sup>23</sup> Tapaus KKO 2007:58 on käytännön esimerkki esittämiskäytännön ja hyödyntämiskäytännön tosiasiallisesta yhteenliittymisestä. Esittämis- ja hyödyntämiskiellon välinen yhteys ei kuitenkaan ole välttämätön tai katkeamaton, koska vaikka todiste on jo otettu vastaan, sen varsinaisesta hyödyntämisestä voidaan vielä luopua ennen todistusharkintaa, jos se jälkikäteen havaitaan tarpeelliseksi. Ks. ja vrt. *Hormia* 1979 s. 138, jossa Hormia samaistaa kirjallisen todisteen vastaanottamisen ja sen hyödyntämisen. Vrt. myös *Pölönen*, LM 1997 s. 1226, jossa Pölönen toteaa – väitöskirjaansa vanhemmassa artikkelissa – hyödyntämiskiellon tarkoittavan *kieltoa esittää todiste tuomioistuimessa*. Tämä on mielestäni virheellinen tai vähintäänkin puutteellinen ilmaus, joka ei ole sovitettavissa yhteen edellä mainitun Pölösen myöhemmin esittämän hyödyntämiskiellon määritelmän kanssa. Samaan tyyliin on hyödyntämiskiellon kuitenkin äskettäin määritellyt *Tapanila*, LM 2014 s. 7.

<sup>24</sup> *Virolainen/Prosessioikeus* 2012 s. 114.

tasolla ja eri vaiheissa. Pääosin eri kieltytyypit kohdistuvat samanlaisiin todisteaineistoihin. Kieltojen kohteena olevien todisteiden alat eivät kuitenkaan ole identtisiä.<sup>25</sup>

Molemmat esitetyt näkökulmat huomioiden voidaan todeta, että hyödyntämiskielto tarkoittaa (ainakin) kieltoa ottaa todiste huomioon todistusharkinnassa. Tarkalleen ottaen todistusharkinta kuitenkin tarkoittaa yksittäisten todisteiden näyttöarvon punnintaa ja kokonaisnäytön arviointia, joka edeltää näytön riittävyuden arvioimista.<sup>26</sup> Niinpä hyödyntämiskiellosta päättäminen tapahtuu ainakin periaatteessa ajallisesti ennen todistusharkintaa – mahdollisesti jo pääkäsittelyn aikana – vaikka kiellon vaikutus ilmeneekin todistusharkinnassa. Ensin tuomarin on päätettävä, hyväksytäänkö todiste lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon. Vasta hyväksymisen jälkeen hän voi punnita kyseisen todisteiden näyttöarvoa.<sup>27</sup>

Hyödyntämiskieltoon asetetun todisteiden osalta näytön arviointia ei siis suoriteta lainkaan – todisteelle ei anneta arvoa edes todisteiden yhteisvaikutusta pohdittaessa. Hyödyntämiskiellon asettamisessa kyse on menettelyllisestä todistusoikeudesta, ei aineellisesta. Hyödyntämiskieltoon asetetun todisteiden rajaaminen pois oikeudenkäyntiaineistosta tapahtuu formaalilla perusteella, eikä tuomari voi antaa sille minkäänlaista merkitystä vapaan todistusteoriankaan nojalla.<sup>28</sup>

Todistamiskieltoja laajassa (ei kuitenkaan laajimmassa) merkityksessä voidaan havainnollistaa seuraavalla kuviolla.

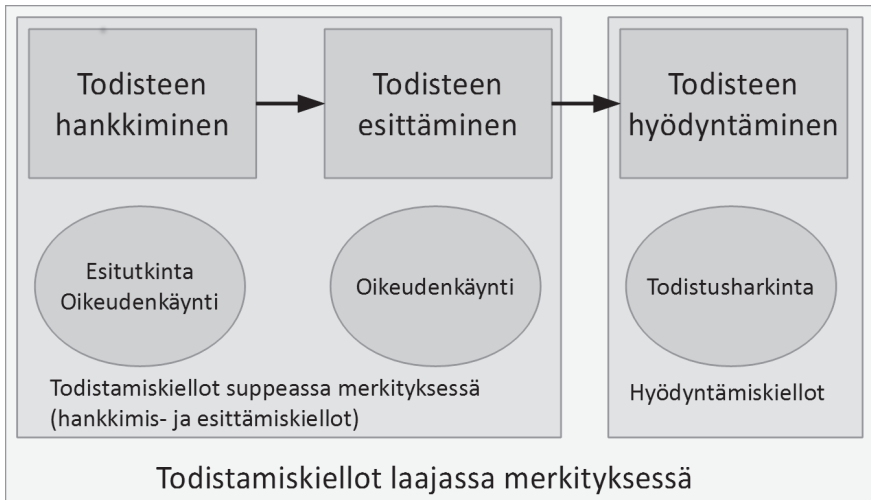
---

<sup>25</sup> Voitaisiin myös esittää, että kyseessä on peräkkäisten, suurin piirtein yhtä tiheiden seulojen järjestelmä. Vaikka ei-toivottu todiste läpäisee ensimmäisen seulan seulassa olevan vian takia, seuraava seula yleensä pysäyttää sen. Joskus ensimmäisen seulan virheellisesti läpäissyt todiste kuitenkin päästetään tarkoituksella läpi myöhemmästä seulasta.

<sup>26</sup> *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 272 ja *Jonkka* 1993 s. 20–21.

<sup>27</sup> Ks. ja vrt. *Pölönen* 2003 s. 321. Pölönen korostaa tuomioistuimen velvollisuutta informatiiviseen prosessinjohtoon, mutta myöntää, että lopullinen päätös hyödyntämiskiellosta saattaa useinkin tulla mahdolliseksi vasta todistusharkinnassa. Pölönen käyttää tässä todistusharkinta-käsitettä erittäin laajassa merkityksessä ja sisällyttää siihen myös tuomarin laillisen oikeudenkäyntiaineiston rajaamista koskevan ajatustyön ennen näyttöarvon punnintaa.

<sup>28</sup> *Pölönen* 2003 s. 205. Vapaata todistusteoriaa on käytetty myös argumenttina hyödyntämiskieltoja vastaan yleisesti. Tästä argumentista jyrkän torjuvasti *Hormia* 1978 s. 42–43. Kuten Hormia asian kiteyttää: ”*Vapaa todistusteoria* on luulotellun täydellisen hyödyntämism vapauden puoltajana arvoton.” Ks. myös *Virolainen* 1998 s. 425 ja *Pölönen* 2003 s. 211–212.



**Kuvio 1.** Todistelu ketjuna ja hankkimis-, esittämis- ja hyödyntämis-kieltojen vaikutusalueet.

Yksinkertaisimmassa ja tavallisimmassa tilanteessa niin todisteen hankkiminen, esittäminen kuin hyödyntäminenkin sujuvat lain mukaisesti. Hyödyntämiskieltoproblematiikan kannalta mielenkiintoisia ovat ne tilanteet, joissa todisteen hankkimisessa tai esittämisessä on tapahtunut oikeudellisia virheitä. Yksinkertainen ratkaisumalli olisi, että virhe ketjun yhdessä osassa aiheuttaisi todisteen täydellisen hyödyntämiskelvottomuuden. Useissa tilanteissa on kuitenkin vahvoja syitä todisteen hyödyntämiselle edeltävästä virheestä huolimatta.

Toisaalta on olemassa tilanteita, joissa todisteen hankkiminen ja esittäminen ovat sujuneet sinänsä lain mukaisesti, mutta syytetyn ihmis- ja perusoikeuksien toteuttaminen puoltaa hyödyntämiskiellon asettamista. Tällöin kyseessä on itsenäinen hyödyntämiskielto. Näihin tilanteisiin liittyen on ajateltavissa myös käänteisen seuraamussuhteen mahdollisuus: jos hyödyntäminen havaitaan mahdottomaksi jo ennen todisteen esittämistä itsenäisen hyödyntämiskiellon vuoksi, voi tästä seurata esittämiskielto.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Saksan oikeuden osalta näin onkin, ks. *Koriath* 1994 s. 21 sekä *Eisenberg* 2011 s. 116 ja siinä mainitut tapaukset BVerfG 2 BvR 215/81 (26.5.1981) ja BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960). Samansuuntaisesti *Pölönen* 2003 s. 212, av. 105, jossa Pölönen tarjoaa tätä ratkaisuksi lautamiesten puolueettomuuden säilyttämiseen.

### 2.2.3 Etäisvaikutus ja ennakoivat hyödyntämiskiellot

Kuvio 1 on yksinkertaistettu ja vastaa mainittua Pölösen suppeahkoa määritelmää, jonka pohjalta hyödyntämiskielto näyttäytyy pelkästään todistusharkintaan vaikuttavana seikkana. Siinä on jätetty huomiotta Rogallin määritelmän puitteisiin mahtuvat etäisvaikutusongelmat ja ennakoivat hyödyntämiskiellot.

Esitutkinnassa hankittu todiste palvelee myös esitutkinnan jatkamista. Todiste saattaa johtaa tutkimusten uudelleensuuntaamiseen, kuulustelu- tai tutkintataktiikan muuttamiseen tai välittömästi toisen todisteen löytämiseen.<sup>30</sup> Vaikka ensimmäinen todiste olisikin hankittu laittomasti, saattaa sen avulla löydetty todiste olla sinänsä laillinen: esimerkiksi laittoman kotietsinnän yhteydessä saadaan vihiä todistajasta, joka on velvollinen todistamaan asiassa.<sup>31</sup> Jos tällainen jatkotodiste on hankittu ja esitetty oikeudenkäynnissä, tuleeko se jättää hyödyntämättä todistusharkinnassa? Kysymys etäisvaikutuksesta laajentaa hyödyntämiskielto-ongelman alaa ensinnäkin *muihin todisteisiin* kuin siihen, mistä alun perin on ollut kyse.

Toisaalta myös syyttäjät hyödyntävät esitutkinnan tuloksia syyteharkinnassaan. Jos syyttäjät havaitsee todisteen lainvastaisesti hankituksi, tuleeko hänen jättää se ottamatta huomioon vai jättää asia tuomioistuimen harkittavaksi? Jos todistetta koskisi Rogallin määritelmän mukainen hyödyntämiskieltonormi, syyttäjän tulisi ennakoivasti jättää hyödyntämättä laiton todiste, mikä saattaisi esimerkiksi johtaa päätökseen jättää syyte nostamatta.<sup>32</sup>

Edelleen voidaan kysyä, tulisiko poliisin pidättyä laittomiksi havaitsemiensa todisteiden liittämistä esitutkintapöytäkirjaan tai käyttämisestä omassa toiminnassaan, esimerkiksi jatkotutkimuksissa ja tutkinnan suuntaamisessa. Ainakin jälkimmäinen, laittoman todisteen *välillistä* hyödyntämistä koskeva vaatimus tuntuu kuitenkin todellisuudelle vieraalta: jos poliisi saa laittomin metodein jonkin olennaisen seikan tietoonsa, ei poliisin voida olettaa kääntävän katsettaan toiseen suuntaan. Pikemminkin poliisin tulee pyrkiä etsimään laillinen, hyödynnettävissä oleva todiste, joka osoittaa saman seikan.<sup>33</sup> Tämä ei kuitenkaan ole ongelmatonta epäillyn perus- ja ihmisoikeuksien suojan kannalta.

<sup>30</sup> Helminen ym. 2012 s. 512.

<sup>31</sup> Pölönen toteaa etäisvaikutuksella olevan kolme eri perusvariaatiota, ks. Pölönen 2003 s. 316.

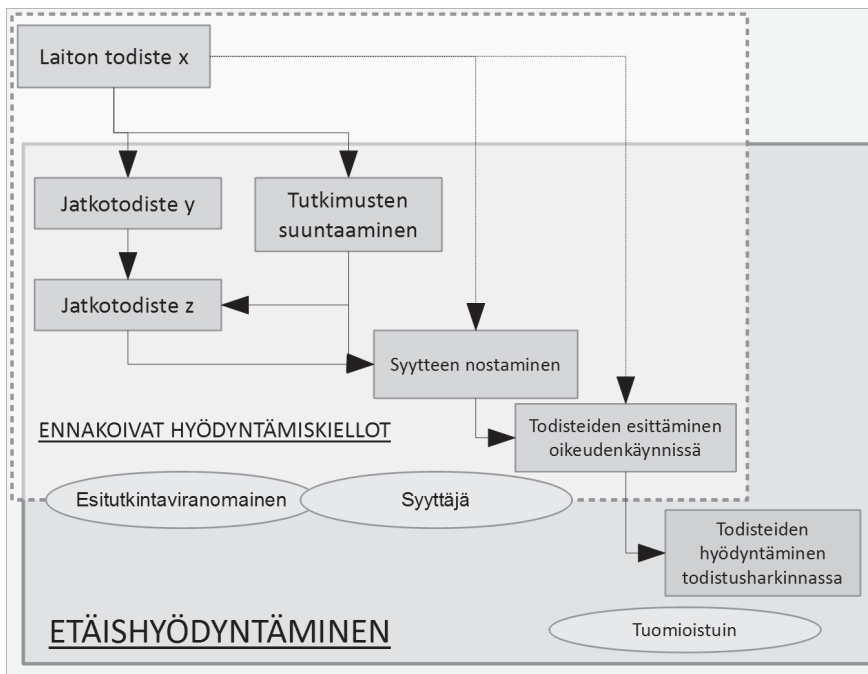
<sup>32</sup> Ks. Helminen ym. 2012 s. 512: ”Todisteen hyödyntäminen rikosprosessissa voi merkitä todisteen liittämistä esitutkintapöytäkirjaan tai sen hyödyntämistä syyteharkinnassa ja tuomioistuinkäsittelyssä.”

<sup>33</sup> Ks. Pipek 1999 s. 189: ”Die vergiftete Frucht wird durch das Auffinden eines gesunden Baumes genießbar.”



Joka tapauksessa tällainen Rogallin määritelmään hyvin sovitettavissa oleva näkökanta laajentaa hyödyntämiskieltoja koskevan pohdinnan alaa tuomarin todistusharkinnasta ajallisesti prosessin aiempiin vaiheisiin. Ennakoivat hyödyntämiskielto, jos tällaista termiä näistä aiempiin vaiheisiin kohdistuvista hyödyntämiskielloista halutaan käyttää, muodostavat usein osan etäisvaikutusongelmaa. Ennakoiva hyödyntämiskielto voi lisäksi kohdistua ns. alkuperäisen laittoman todisteen hyödyntämiseen esimerkiksi syyteharkinnassa, mikä ei sisälly kysymykseen etäisvaikutuksesta.

Kysymys jatkotodisteen hyödyntämiskelpoisuudesta voi periaatteessa nousta esiin missä todisteluketjun vaiheessa tahansa. Eri asia on, missä vaiheessa ratkaisu olisi parasta tai pitäisi tehdä. Jos todistetta ei suljeta pois aiemmin, menettelyn oikeellisuus on lopulta aina tuomioistuimen arvioitavissa. Pölösen sanoin: ”Sikäli kun todistetta ei rajata pois jo esitutkintavaiheessa, joutuu viime kädessä tuomioistuin tekemään ratkaisun siitä, voidaanko jotain ’jatkotodistetta’ hyväksyä oikeudenkäyntiaineistoon.”<sup>34</sup> Seuraavassa kuviossa tiivistetään etäisvaikutuksen ja ennakoivien hyödyntämiskieltojen mahdolliset vaikutusalueet prosessissa.



**Kuvio 2.** Ennakoivat hyödyntämiskielto ja etäisvaikutus.

<sup>34</sup> Pölönen 2003 s. 316.

Luonnollisestikaan hyödyntämiskielto-käsitteen laaja määrittely ei sisällä väitettä, jonka mukaan Suomen tai minkään muun valtion oikeudessa olisi voimassa etäishyödyntämisen kieltoja taikka ennakoivia hyödyntämiskieltoja. Etäisvaikutukseen voimassa olevassa oikeudessa palaan myöhemmin tässä artikkelissa. Samassa yhteydessä sivuan ennakoivia hyödyntämiskieltoja.

## 2.3 Hyödyntämiskieltojen luokittelu

Hyödyntämiskieltoja jaetaan vakiintuneesti itsenäisiin ja epäitsenäisiin hyödyntämiskieltoihin. Epäitsenäinen hyödyntämiskielto on seuraamus hankkimis- tai esittämiskiellon rikkomisesta, siis sen prosessuaalinen sanktio. Itsenäisen hyödyntämiskiellon aktualisoituminen taas ei vaadi edeltävää hankkimis- tai esittämiskiellon rikkomista. Sen sijaan taustalla on yleensä suoraan perus- tai ihmisoikeusloukkaus.<sup>35</sup>

Hyödyntämiskieltoja voidaan haluttaessa luokitella myös absoluuttisiin ja relatiivisiin. Puhuttaessa absoluuttisista hyödyntämiskielloista tarkoitetaan yleensä sitä, ettei tuomioistuimella ole harkintavaltaa, vaan hyödyntämiskielto on ehdoton ja se on asetettava. Absoluuttisuudella saatetaan viitata myös siihen, ettei edes epäillyn tai muun laittomalla menettelyllä loukatun suostumuksella ole vaikutusta hyödyntämiskiellon asettamiseen. Relatiiviset hyödyntämiskieltoja taas mahdollistavat tuomioistuimelle suuremman harkintavallan. Relatiivisen hyödyntämiskiellon ollessa kyseessä tuomioistuimen tulee pohtia hyödyntämiskieltoa puoltavia ja sen asettamista vastaan puhuvia seikkoja. Käytännössä puhe absoluuttisista ja relatiivisista hyödyntämiskielloista sekoittuu ja samastuu usein puheeseen absoluuttisista ja relatiivisista *todistamiskielloista*. Itsenäistä merkitystä nimenomaan *hyödyntämiskiellon* absoluuttisuudella tai relatiivisuudella on erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta.<sup>36</sup> Sekä itsenäiset että epäitsenäiset hyödyntämiskieltoja voivat olla joko absoluuttisia tai relatiivisia, sillä luokittelut perustuvat eri asioihin: itsenäisyys/epäitsenäisyys liittyy hyödyntämiskiellon perusteeseen, absoluuttisuus/relatiivisuus taas hyödyntämiskiellon vaikutukseen.<sup>37</sup>

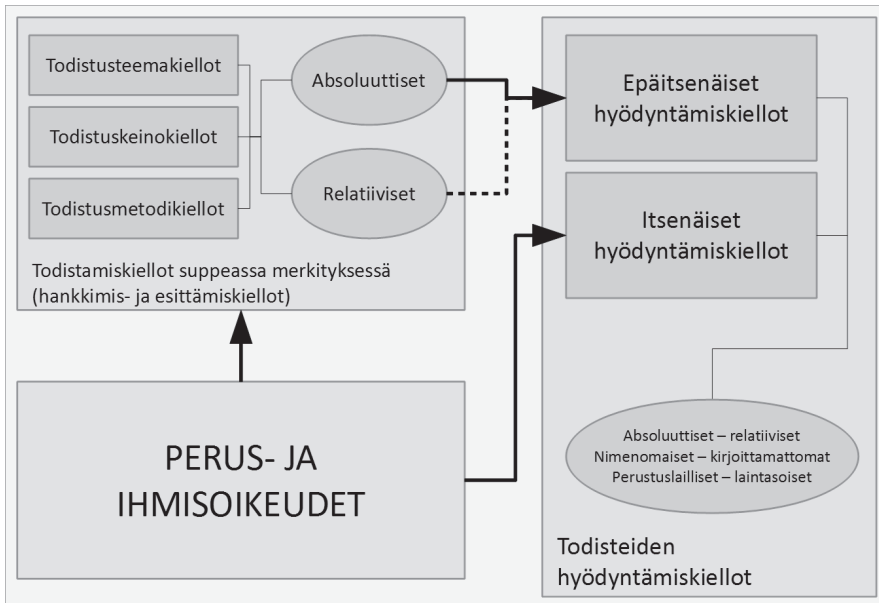
Hyödyntämiskieltoja voidaan edelleen jaotella esimerkiksi laissa säädettyihin (nimenomaisiin) hyödyntämiskieltoihin ja kirjoittamattomiin

<sup>35</sup> Pölönen 2003 s. 206–207, Trüg – Habetha, NStZ 2008 s. 481–482 ja Lucke, HRRS 2011 s. 528.

<sup>36</sup> Esimerkiksi Gless 2010 s. 3–4 ja Pölönen, LM 1997 s. 1227.

<sup>37</sup> Gless 2010 s. 3–4.

hyödyntämiskieltoihin.<sup>38</sup> Hyödyntämiskielto-käsitteen abstraktiotaso on kuitenkin melkoisen korkea, ja todistelua rajoittavat säännökset voivat kirjoitustavaltaan olla hyvin moninaisia. Tämän vuoksi voi olla tulkinnanvaraista, onko jokin säännös nimenomainen hyödyntämiskielto-säännös vai ei. Edelleen mahdollinen on myös jaottelu perustuslaillisiin ja laintasoiisiin hyödyntämiskieltoihin. Esimerkiksi itsenäisiä hyödyntämiskieltoja voidaan usein luonnehtia myös kirjoittamattomiksi ja perustuslaillisiksi. Seuraava kuvio toimii yhteenvetona todistamiskieltojen ja hyödyntämiskieltojen jaotteluista ja suhteista.



**Kuvio 3.** Hyödyntämiskieltojen jaottelu ja suhde todistamiskieltoihin.

## 2.4 Hyödyntämiskieltojen funktiot ja asema rikosprosessissa

### 2.4.1 Rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät

Hyödyntämiskieltojen ymmärtäminen edellyttää tietoa niillä tavoitelluista päämääristä. Näinkin yleisellä, useissa maissa tunnetulla oikeusilmiöllä täytyy olla jokin rationaalinen syy olemassaololleen. Tämän syyn löytäminen edellyttää mielestäni vastaamista kahteen esikysymykseen.

<sup>38</sup> Ks. esimerkiksi *Roxin* 1995 s. 165–166, *Eisenberg* 2011 s. 117, 121 ja *Lucke*, HRRS 2011 s. 528.

Ensinnäkin on selvitettävä, mitkä ovat rikosprosessin yleiset tavoitteet ja tehtävät. On syytä olettaa, että hyödyntämiskielloilla on oma osansa näiden toteuttamisessa. Rikosoikeudellisen järjestelmän eri normien välillä vallitsee systeemyhteys, eikä normien tulkitseminen irrallisena ole mahdollista.<sup>39</sup> Toisaalta hyödyntämiskieltojen onnistuneisuutta ja tehokkuutta voidaan arvioida kriittisesti juuri suhteuttamalla ne koko rikosprosessin järjestelmään ja tutkimalla, miten tehokkaasti ne edesauttavat rikosprosessin tavoitteiden toteutumista.

Toiseksi, hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen läheisestä kytköksestä toisiinsa johtuu, että myös hankkimis- ja esittämiskielloilla tavoitellut päämäärät ja niiden funktiot on selvitettävä. Tätä vaatii erityisesti epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen ymmärtäminen. Kuten edellä, kyse on normien systeemyhteyden huomioimisesta. Edelleen on muistettava, että myös hankkimis- ja esittämiskieltojen tarkoitusperät kytkeytyvät koko rikosprosessin systeemiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteisiin.<sup>40</sup>

Rikosprosessin perimmäisenä tavoitteena on totuuden selvittäminen ja rikosvastuun toteuttaminen. Toisin sanoen tavoitteena on aineellista totuutta vastaava tuomio. Vaikka aineellisen totuuden ja rikoksen selvittäminen ovat tärkeitä päämääriä, eivät ne kuitenkaan muodosta sellaista absoluuttista arvoa, johon tulisi pyrkiä keinolla millä hyvänsä. Muilla arvoilla voi olla etusija, ja juuri todistamiskielto laajassa merkityksessä voivat olla keino näiden arvojen turvaamiseen.<sup>41</sup>

Sen lisäksi, että rikosprosessissa saavutettavan tuomion tulee olla aineellista totuutta vastaava ja aineellisesti muutenkin oikea, se tulisi saavuttaa prosessilainsäädännön määräämässä laillisessa järjestyksessä. On myös esitetty, että tuomion tulisi korjata tapahtuneen rikoksen oikeusrauhaan aiheuttama häiriö. Ehdoton edellytys tälle on tietysti, että tuomio on oikea. Väärän henkilön syylliseksi julistaminen on uusi vääryys, joka ei korjaa jo tapahtunutta vääryyttä. Tärkeämpää kuin rikollisen tuomitseminen on se, ettei prosessissa tuomita syytöntä rangaistukseen.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Tolonen 2008 s. 11. Tarkoitan tässä Tolosen kuvaamaa materiaalista eli sisäistä systeemyhteyttä, en formaalista.

<sup>40</sup> Ks. *Hormia* 1979 s. 9–10 ja *Pölönen* 2003 s. 233–234.

<sup>41</sup> *Hormia* 1978 s. 1–2, *Hormia* 1979 s. 15, *Virolainen* 1998 s. 8–13, *Pölönen*, LM 1997 s. 1206, *Frände* 2009 s. 30, *Roxin* 1995 s. 165 ja *Eisenberg* 2011 s. 110, Pölönen nimittää rikosprosessin keskeistä tavoitepäämäärää varmuustavoitteeksi, ks. *Pölönen* 2003 s. 30. Rikosprosessin funktioista ks. myös *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 135–156. Totuuden tutkimisen hinnalla millä hyvänsä on kieltänyt myös Saksan *Bundesgerichtshof* ratkaisussaan BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960), kohta 15: ”Es ist auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte.”

<sup>42</sup> *Roxin* 1995 s. 1–3, *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 142 ja *Pölönen* 2003 s. 30.

Oikean ja oikeudenmukaisen tuomion ja muodollisten prosessisäännösten noudattamisen vaatimusten lisäksi prosessin täytyy olla kokonaisuudessaan oikeudenmukainen.<sup>43</sup> Suomen perustuslain (PL, 731/1999) 21.2 §:ssä ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklassa mainittu oikeudenmukainen oikeudenkäynti (*fair trial*) on itsessään perustavanlaatuisen arvo, joka usein konkretisoituu hyödyntämiskieltoyksityisissä.<sup>44</sup> Huomioon tulee muutoinkin ottaa epäillyn – niin syylliseksi kuin syyttömäksi osoittautuvan – perus- ja ihmisoikeudet. Tämä taas tarkoittaa sitä, että aineellisen oikeuden ja totuuden vaatimuksetkin voivat joutua väistymään.<sup>45</sup>

*Jaakko Jonkka* on todennut, että rikosprosessin tehtävänä on ”aineellisen rikosoikeuden toteuttaminen huolehtien samalla yksilön oikeusturvasta ja menettelyn oikeudenmukaisuudesta”. Hänen mukaansa tehtävä koostuu täten kolmesta komponentista: rikosvastuun toteuttamisesta, oikeusturvan antamisesta yksilölle ja menettelyn oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta.<sup>46</sup>

Lisävaloa prosessin tavoitteista voidaan saada myös prosessiperiaatteista, erityisesti niin sanotuista tavoite- ja arvoperiaatteista, joiksi on mainittu varmuusperiaate, prosessiekonomian periaate, prosessiarvot sekä tasa-arvoisuuden periaate. Prosessiperiaatteiden käsittely ei ole mahdollista tämän artikkelin puitteissa, mutta jo tällaisten periaatteiden olemassaolo auttaa tiedostamaan, ettei (rikos)prosessilla ole yhtä ja ainoaa yksiselitteisesti määriteltävissä olevaa tavoitetta.<sup>47</sup>

#### 2.4.2 Todistamiskieltojen merkitys rikosprosessissa

*Raija Karppinen* kiteyttää todistamiskieltoja koskevan sääntelyn tarkoitukseksi yksityisten ja julkisten etujen suojaamisen silloin, kun näiden etujen suojaaminen on katsottu totuuden selvittämistä tärkeämmäksi. Hän näkee todistamiskieltojen tärkeinä prosessuaalisen oikeusturvan takeina. Laissa olevat todistamiskieltojen säännökset kuvaavat niitä arvoja, jotka on katsottu niin tärkeiksi, että niitä on suojeltava. Näitä arvoja ovat muun muassa valtion etu ja turvallisuus, tuomioharkinnansalaisuus, liike- ja ammattisalaisuudet, luottamuksensuoja, virkaedut, syytetyn oikeusturvaintressi,

<sup>43</sup> *Jonkka* 1992 s. 26.

<sup>44</sup> Oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä periaatteena ja arvona ks. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 253–267 ja *Pölönen* 2003 s. 32–33.

<sup>45</sup> Ks. *Roxin* 1995 s. 2–5.

<sup>46</sup> *Jonkka* 1992 s. 12–26 ja *Jonkka*, LM 1998 s. 1262–1268. Ks. *Hirvelä* 1997 s. 53–56.

<sup>47</sup> Näistä ja muista prosessiperiaateista tarkemmin ks. *Virolainen/Prosessioikeus* 2012 s. 119–234, *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 157–251 sekä *Ervo* 1996. Rikosprosessin tehtävistä ja rikosprosessuaalisista periaatteista ks. myös *Pölönen* 2003 s. 17–97.

eettiset ja humanitääriset näkökohdat, todistelun luotettavuus ja todistelun välitön ja keskitetty vastaanottaminen.<sup>48</sup>

Hormian mukaan todistamiskielloilla – todennäköisesti suppeassa merkityksessä – voidaan edistää joko ns. prosessitekniisiä tai ulkoprosessuaalisia tavoitteita. Prosessitekniisiin näkökulmiin kytkeytyvillä kielloilla pyritään edistämään todistelun luotettavuutta – ja siten totuuden selvittämistä – tai prosessin tarkoituksenmukaisuutta. Toisaalta todistamiskielloilla voidaan turvata yksittäisen prosessin ulkopuolisia intressejä.<sup>49</sup> Näitä voisivat käsitteäkseni olla esimerkiksi syytetyin ihmis- ja perusoikeudet taikka poliisin toiminnan lainmukaisuus. Nämä ulkoprosessuaalisia tarkoituksiperiä palvelevat todistamiskielto voi olla vastakkaisia totuuden selvittämiseksi yksittäistapauksessa.

Tätä luokittelua voidaan pitää aiemmin todetun valossa keinotekoisena tai ainakin turhan yksioikoisena: eihän prosessin ainoa tavoite suinkaan ole totuuden selvittäminen. Jos jotain kaksijakoa välttämättä halutaan käyttää, pitäisin selvempänä todistamiskieltojen luokittelua *totuuden selvittämistä edistäviin ja muita intressejä edistäviin* normeihin.

Juha Lappalainen puolestaan on esittänyt kolmijakoisen luokittelun syistä, joiden vuoksi vapaaseen todisteluun on tehty poikkeuksia eli todistamiskieltoja. Perustana voivat olla 1) todistelun luotettavuus, 2) prosessiekonomia ja 3) salassapitointressit.<sup>50</sup> Luokittelu vaikuttaa sinänsä hyödylliseltä, joskaan se ei selvästikään ole tyhjentävä. On myös selvää, että todistamiskielto voi perustua useampaan kuin yhteen näistä syyryhmistä. Lappalainen mainitsee perhesiteiden luottamuksellisuuden kunnioittamiseen liittyvän pykälän (OK 17:20) esimerkkinä salassapitointressiin perustuvasta rajoituksesta, mutta toisaalta tällä vaitiolo-oikeutta koskevalla säännöksellä turvataan myös todistelun luotettavuutta.<sup>51</sup>

Pölönen jakaa todistamiskieltojen (hankkimis- ja esittämiskieltojen) keskeisimmät funktiot neljään pääryhmään, jotka ovat 1) rikosvastuun toteuttamisintressi, 2) oikeusturva- ja perusoikeusintressien suojelu, 3) ulkoprosessuaalisten tavoitepäämäärien edistäminen ja 4) menettelyn eettisen moitteettomuuden turvaaminen.<sup>52</sup>

Pölönen puhuu ”prosessin sisäisistä intresseistä” rikosvastuun toteuttamisintressin yhteydessä. Samoin kuin Hormian näkemystä, tätä voidaan

<sup>48</sup> Karppinen 2006 s. 48.

<sup>49</sup> Hormia 1979 s. 4.

<sup>50</sup> Lappalainen/Prosessioikeus 2012 s. 596–598.

<sup>51</sup> Pölönen 2003 s. 234. Ks. ja vrt. Hormia 1978 s. 170–172. Hormian mukaan totuuden tutkimisen edistäminen on OK 17:20:n tapauksessa lähinnä seuraamus, ei määräyksen oleellinen tarkoitus.

<sup>52</sup> Pölönen 2003 s. 197–198, 234.

kritisoida liian ahtaasta prosessin tavoitteiden tulkinnasta. Toisaalta Pölönen tarkoittanee ulkoprosessuaalisilla intresseillä hivenen eri asiaa kuin Hormia, joka ymmärtääkseni laskee ihmis- ja perusoikeudetkin ulkoprosessuaaliksi oikeushyviksi. Pölösen käyttämät esimerkki-intressit – taloudellisen vaihdannan ja ammatillisten luottamussuhteiden ylläpito sekä valtion turvallisuus – on helpompi hyväksyä ulkoprosessuaaliseksi.

### 2.4.3 Hyödyntämiskieltojen funktiot ja perusteet

Kun epäitsenäiset hyödyntämiskielto voidaan ymmärtää hankkimis- ja esittämiskieltojen toteuttamista ja tehoisiksi tekemistä palvelevana sanktiomekanismina, tuntuu päällisin puolin perustellulta väittää, että niillä tavoitellaan yleensä juuri edellä mainittujen intressien toteuttamista. Epäitsenäisille hyödyntämiskielloille Pölönen kuitenkin tiivistää saksalaisesta keskustelusta viisi mahdollista funktiota, jotka ovat 1) moraalinen funktio, 2) erityisestäävyyden korostamisfunktio 3) yleisestäävyyden korostamisfunktio, 4) kurinpitofunktio sekä 5) oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio.<sup>53</sup>

Moraalinen funktio korostaa sitä, että valtion toimilta vaaditaan eettistä moitteettomuutta. Kuten Pölönenkin toteaa, yksinään tämä peruste on varsin heikko hyödyntämiskieltojen oikeuttamiseen. Erityisestäävyyden korostamisessa olennaista on se, ettei syytetyn tule kokea kärsineensä vääryyttä valtiovallan taholta, koska tämä voisi estää rangaistuksella tavoitellun erityisestäävän vaikutuksen. Yleisestäävyyttä korostava funktio taas kytkeytyy rikosprosessin yleiseen legitimizeettiin tai uskottavuuteen, joka voi kärsiä, jos valtio siunaa rikosprosessissa esimerkiksi epäasianmukaiset tutkimusmenetelmät. Nämä funktiot perustuvatkin ilmiselvästi siihen oletukseen, että rangaistuksilla yleensä on merkittävä erityis- ja yleisestäävä vaikutus.<sup>54</sup>

Kurinpitofunktio lähtee siitä, ettei poliisi jatkossa toimi epäasianmukaisesti, jos tällaisen menettelyn tuottamat tulokset mitätöidään oikeudenkäynnissä. Oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio taas kytkeytyy oikeusvaltiokäsitykseen ja yksilön intressien suojeluun. Valtion ei tule antaa hyväksyntää tapahtuneelle oikeudenloukkaukselle eikä etenään mahdollistaa uusia loukkauksia.

<sup>53</sup> Pölönen 2003 s. 215–217. Vrt. Lundqvist 1998 s. 165–169 ja Lundqvist 2013 s. 193–198.

<sup>54</sup> Erityis- ja yleisestäävistä teorioista ja niiden tehokkuutta koskevista empiirisistä tutkimuksista ks. esimerkiksi Anttila – Törnudd 1983 s. 146–170 ja Meier 2009 s. 21–32. Yleisestäävyyttä korostava funktio on kyseenalainen siksikin, että sanktiovarmuuden on havaittu olevan merkittävä osa rangaistuksen yleisestäävää vaikutusta, ks. Jonkka 1992 s. 16. Hyödyntämiskielloillahan on käytännössä yksinomaan negatiivinen vaikutus sanktiovarmuuteen.

Yleis- ja erityisestäävyyttä korostavat funktiot irrottautuvat nähdäkseni osittain aiemmin mainituista todistamiskieltojen ja jopa rikosprosessin tavoitteista ja vaikuttavat kytkeytyvän suoraan aineellisen rikosoikeuden tavoitteisiin ja kriminologisiin näkökulmiin. Muut kolme funktiota voidaan nähdä sen osatekijöinä, miten hyödyntämiskielto toteuttavat hankkimis- ja esittämiskieltojen päämääriä. Selvää kuitenkin on, etteivät mainitut hyödyntämiskieltojen funktiot juurikaan vaikuta positiivisesti totuuden selvittämisen intressiin. Hyödyntämiskieltojen merkitystä tässä suhteessa korostaakseni olisinkin valmis lisäämään listaan itsenäisenä funktiona epäluotettavan todistelun poissulkemiskieltojen.<sup>55</sup>

Heinz Koriath käsittelee viittä todistamiskieltoille laajassa merkityksessä ehdotettua funktiota, jotka vertautuvat varsin pitkälti Pölösen esittämään listaan. Nämä funktiot ovat 1) totuuden selvittäminen<sup>56</sup>, 2) viranomaisten kurinpito, 3) valtion eettisen integriteetin varmistaminen, 4) rangaistuksen hyväksyminen – sisältäen sekä erityis- että yleisestävät näkökulmat – ja 5) prosessiin osallistuvien henkilöiden oikeuksien turvaaminen.<sup>57</sup> Koriathille nämä eivät kuitenkaan varsinaisesti ole hyödyntämiskieltojen funktioita, vaan pohjamateriaalia harkintaan siitä, *pitäisikö hankkimis- tai esittämiskiellosta seurata hyödyntämiskielto*.<sup>58</sup>

Tämä on osoitus aihepiirin monimutkaisuudesta. Oikeustieteessä ei ole yksimielisyyttä hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen

---

<sup>55</sup> Vaikka epäluotettavan todistelun poissulkeminen on mielestäni selkeämpää nähdä omana funktionaan, voitaisiin se kylläkin ajatella myös osaksi syytetyn oikeusturvaa toteuttavaa funktiota. Oikeussuoja- tai oikeusturvafunktio Pölösen esittämässä muodossa on mielestäni sisällöllisesti hivenen epämääräinen käsite. Asia voidaan nähdä toisaalta siten, että oikeussuojafunktio on avoin sisällyttämään itseensä muita näkökulmia. Vrt. Pölönen 2003 s. 217.

<sup>56</sup> Totuuden selvittäminen (*Wahrheitsfindung*) antaa asian todellisesta luonteesta hivenen epätarkemman kuvan kuin ehdottamani ”epäluotettavan todistelun poissulkemiskielto”, mutta lienee asiallisesti samansisältöinen. Perusteluna termivalinnalleni mainittakoon, ettei todistamiskielloilla ole varsinaista positiivista vaikutusta totuuden selvittämiseen: kyse on aina ennemminkin todistusharkinnan suojaamisesta epätotuudenmukaisilta elementeilä kuin totuudellisten elementtien lisäämisestä siihen.

<sup>57</sup> Koriath 1994 s. 42–46.

<sup>58</sup> Koriath 1994 s. 57–58. Vrt. Lundqvist 1998 s. 165–169, Schaal 2002 s. 66–76 ja Torgersen 2009 s. 35–54. Schaalin lista on laajempi kuin Koriathin, ja hän esittelee seuraavat funktiot: menettelyn puhtaus (*Reinheit des Verfahrens*), erityis- ja yleisestävät funktiot, totuuden selvittämisen suoja (*Schutz der Wahrheitsfindung*), kurinpitofunktio, oikeussuojakeiniteoria (*Rechtsmitteltheorie*), yksilön oikeuksien suoja (*Individualrechtsschutz*), ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti (*der Gedanke des „fair-trial“*). Torgersenin todistamiskieltojen (joilla hän tarkoittaa hyödyntämiskieltoja) syitä käsittelevältä listalta löytyvät laittomasti hankitun todisteen luotettavuus, rikotun normin suojaamat intressit, kurinpitofunktio ja prosessin puhtauden, oikeusjärjestelmän integriteetin, tuomioistuimen arvovallan tai muiden sen kaltaisten intressien vaarantuminen. Viimeiseen syiden ryhmään Torgersen liittää myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden.



välisestä suhteesta. Jos suhde mielletään siten, että hyödyntämiskielto on todistamiskiellon välttämätön, elimellinen osa, toisin sanoen jos hankkimis- tai esittämiskiellosta seuraa aina hyödyntämiskielto, ei hyödyntämiskielloilla oikeastaan edes voi olla muuta itsenäistä funktiota kuin todistamiskiellon toteuttaminen. Se, että Koriath esittelee mainitut funktiot todistamiskieltojen (yläkäsité *Beweisverbot*) yhteydessä ja Pölönen lähes vastaavat funktiot hyödyntämiskieltojen (alakäsité *Beweisverwertungsverbot*) funktioina, on selitettävissä heidän erilaisilla käsityksillään epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen luonteesta.<sup>59</sup>

Itsenäisillä hyödyntämiskielloilla voidaan edistää ainakin osin samoja funktioita kuin edellä on mainittu epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Olennaisin ja keskeisin itsenäisten hyödyntämiskieltojen funktio on nähdäkseni kuitenkin yksilön perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen ja suojaaminen yksittäistapauksessa. Erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen suojelukohteena voivat olla yksityiselämän suoja ja yksilön intimitteettiä (PL 10 §, EIS 8 artikla) sekä prosessuaaliset perusoikeudet (PL 21 §, EIS 6 artikla). Samoin suojelukohteena voi olla ihmisarvo sinänsä (PL 1.2 §).<sup>60</sup>

Kun verrataan edellä mainittuja funktioita koko rikosprosessin tehtäviin, voidaan todeta, että myös hyödyntämiskielto linkittyvät vahvasti rikosprosessin järjestelmään. Periaatteessa mainituilla funktiolla voidaan edistää kutakuinkin kaikkia rikosprosessin tehtäviä. Hyödyntämiskieltojen painopiste on kuitenkin yksilön oikeussuojassa ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden toteuttamisessa.<sup>61</sup> Aineellisen rikosoikeuden toteuttamisessa vaikutus rajoittuu syyttömien tuomitsemisen ehkäisemiseen. Syyttömän vapauttaminen saattaa tosin yksittäistapauksessa vaikuttaa välillisesti oikean syyllisen löytämiseen ja tuomitsemiseen.

<sup>59</sup> Koriath suhtautuu hyvin kielteisesti hankkimis- tai esittämiskieltoa rikkomalla saatujen todisteiden hyödyntämismahdollisuuteen. Hän tiivistää kantansa seuraavasti: ”Der Verstoß gegen unselbständige Beweisverbote führt g[r]undsätzlich zu Verwertungsverboten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz konnte nicht gefunden werden.” Pölönen sen sijaan pitää hyödyntämistä mahdollisena useissa tilanteissa. *Koriath* 1994 s. 105 ja *Pölönen* 2003 s. 323–328.

<sup>60</sup> Vrt. *Pölönen* 2003 s. 217. Pölönen esittää epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen funktioille rinnasteisina ”itsenäisen hyödyntämiskiellon konstituivia näkökohtia”, joita ovat oikeudenloukkauksen vakavuus, prosessuaalisten sääntöjen loukkaus, oikeuspiiriteoria, normien suojelutarkoituksen teoria sekä punnintateoria. En käsittele näitä teorioita tai näkökohtia tässä yhteydessä, koska ne sijoittuvat olennaisesti eri teoreettiselle tasolle kuin hyödyntämiskieltojen funktiot ja tavoitteet: niiden avulla pyritään vastaamaan kysymykseen siitä, tuleeko hyödyntämiskielto asettaa tiettyssä tilanteessa. Kyse on siis ennemminkin ratkaisumalleista kuin funktioista. Huomautettakoon lisäksi, että mainitut opit koskevat ensisijaisesti epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja, päinvastoin kuin Pölönen esittää. Ks. *Lundqvist* 1998 s. 171–177.

<sup>61</sup> Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ohella voidaan puhua myös laajemmin rikosoikeudellisen järjestelmän yleisestä legitimitetistä. Ks. *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 279.

Suomalainen varsin niukka funktiodiskurssi on siis ollut saksalaisvaikutteista. Saksalaiset painotukset eroavat merkittävästi Yhdysvalloissa käydystä keskustelusta. Siellä oikeuskäytännön ja kirjallisuuden mielenkiinto on kiinnittynyt etenkin kahteen intressiin, joita hyödyntämiskielloilla pyritään edistämään: 1) poliisin väärinkäytöksen estämiseen (*deterrence*) ja 2) oikeudenkäytön integriteettiin (*judicial integrity*). Liittovaltion korkein oikeus toi nämä nimenomaisesti esiin esimerkiksi keskeisessä ratkaisussaan *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 634 (1961).<sup>62</sup> Pölösen esittämässä hyödyntämiskieltojen funktioiden luokittelussa näistä ensimmäinen vastaa kurinpitofunktiota. Jälkimmäinen taas yhdistää piirteitä oikeussuojafunktiosta ja moraalista funktiosta. Toinen vertailukohta löytyy Pölösen todistamiskieltojen funktioista, tarkemmin sanoen neljännestä pääryhmästä eli vaatimuksesta rikosprosessin eettisestä tai moraalista moitteettomuudesta.<sup>63</sup>

Molemmat Yhdysvalloissa korostuneista intresseistä ovat Hormian tarkoittamassa merkityksessä leimallisesti ulkoprosessuaalisia intressejä, jotka eivät edistä totuuden selvittämistä. Niiden nojalla torjutaan usein hyvin luotettavaa, syyllisyyskysymyksen kannalta ratkaisevaa todistelu. Yleisön näkökulmasta rikollinen pääsee palkahästä ”muotoseikan” nojalla, esimerkiksi vain, koska poliisimies on tehnyt virheen.<sup>64</sup> Tämä ei

<sup>62</sup> *Reamey* 1999 s. 193, ks. myös *Novikoff*, CLR 1974 s. 88–89.

<sup>63</sup> Amerikkalaisesta *common law* -käsitteistöä ei löydy täysin yksiselitteisiä, erillisiä vastineita saksalaisperäisille hyödyntämiskieltojen (*Beweiserwertungsverbot*), hankkimis- tai esittämiskieltojen (*Beweiserhebungsverbot*) ja todistamiskieltojen (*Beweisverbot*) käsitteille. *Common law* -todistus oikeuden relevantteja käsitteitä ovat *exclusion of evidence* ja *exclusionary rule*. Näistä jälkimmäinen sisältää sekä hyödyntämiskieltojen että absoluuttisen todistamiskieltojen piirteitä. Joka tapauksessa se sisältää aina hyödyntämisen kieltävän elementin, vaikka kysymys siitä usein aktualisoituukin jo ennen todisteen esittämistä. *Exclusionary rule* -termin huolettomassa kääntämisessä hyödyntämiskieltoiksi – tai todistamiskieltoiksi – piilee kuitenkin vaara. Jopa amerikkalaisessa kirjallisuudessa on käsitteellistä epäselvyyttä siitä, tulisiko termillä viitata vain yhteen, liittovaltion perustuslain neljännestä lisäyksestä johdettavaan *the exclusionary rule* -sääntöön vai joukkoon erillisiä sääntöjä ja (prosessuaalisia) sanktioita, jotka vaativat todisteen jättämistä huomiotta. Jälkimmäinen jäsentely tuo amerikkalaisen *exclusionary rule* -käsitteen lähemmäs saksalais-suomalaista vastinettaan. Ks. *Dix*, ACLR 1989 s. 54–56, *McCormick ym.* 1992 s. 672 ja *Reamey* 1999 s. 191. Vrt. esimerkiksi *Gardner – Anderson* 1995 s. 196, jotka korostavat amerikkalaisen hyödyntämiskieltojen (*the American exclusionary rule*) erityislaatuisuutta. Lisäksi on huomattava ero ns. perinteisten ja modernien *exclusionary rule* -normien välillä, ks. tarkemmin *Mueller* 1966 s. 38–42, 52–53. Todettakoon vielä, että hyödyntämiskielto-termiä käytetään OK 17 luvun uudistuspöytäkirjassa liittyvässä oikeusvertailevassa selvityksessä viittaamaan nimenomaan *the exclusionary rule* -sääntöön, ks. OMSO 65/2012 s. 67–68.

Englannin *common law*’n osalta vrt. *Huber* 1999 s. 79: ”Legt man die in der deutschen Strafprozeßlehre entwickelte Systematik der Gründe für die Nichtzulässigkeit von Beweisen zugrunde, lassen sich auch die englischen Ausschlußgründe grob in Beweiserhebungsverbote und Beweiserwertungsverbote einordnen.”

<sup>64</sup> *Reamey* 1999 s. 192. Usein siteerattu on *exclusionary rule* vastustaneen tuomari Benjamin N. Cardozon toteamus ratkaisussa *People v. Defore*, 242 N.Y. 13 (1926): ”The criminal is

ole omiaan nostamaan kansan luottamusta lainkäyttöön ja saattaa johtaa oikeuslaitokseen pettymiseen ja jopa omankädenoikeuteen.<sup>65</sup> Siksi erityisesti tämänkaltaisten hankkimis- ja esittämiskieltojen sekä hyödyntämiskieltojen oikeuttamiseksi on voitava esittää vakuuttavia perusteita.

## 3 OIKEUSTILA SUOMESSA YLEISESTI

### 3.1 Lainsäädäntö

Vaikka lainsäädännössämme on runsaasti säännöksiä todisteiden hankkimis- ja esittämiskielloista, hyödyntämiskielloista ei ole tähän mennessä juuri säädetty kirjoitetussa laissa. Poikkeuksen muodostaa jätelain (646/2011) 129.1 §, joka voidaan tulkita erityiseksi hyödyntämiskieltosäännökseksi.<sup>66</sup> Momentti kuuluu seuraavasti:

Valvontaviranomaisen tai ympäristöministeriön on tehostettava, jollei se ole ilmeisen tarpeetonta, tämän lain nojalla antamaansa kieltoa tai määräystä uhkasakolla tai uhalla, että tekemättä jätetty toimenpide teetetään laiminlyöjän kustannuksella tai toiminta keskeytetään tai kielletään. Tämän pykälän nojalla saatua tietoa ei saa käyttää todisteena rikosta tai laiminlyöntimaksua koskevassa asiassa.

Hallituksen esityksessä viimeisen virkkeen tulkintaan ei kiinnitetä huomiota, ja sen tarkoitus käsitellään hyvin lyhyesti: perusteluksi mainitaan vain itsekriminointisuojan toteuttaminen.<sup>67</sup> Pykälä ei sisällä varauksia, joten se voidaan tulkita lähtökohtaisesti absoluuttiseksi esittämis- ja hyödyntämiskielloksi.

Virolainen tulkitsee myös OK 17:11:n ja OK 17:32:n yksityisluontoista kirjallista kertomusta ja esitutkintapöytäkirjan lausumia koskevat säännökset erityisiksi hyödyntämiskielloiksi.<sup>68</sup> Vaikka näistä säännöksistä mahdollisesti voikin aiheutua hyödyntämiskielto, eivät ne muodoltaan ja kirjoitustavaltaan ole varsinaisia hyödyntämiskieltosäännöksiä, vaan

---

to go free because the constable has blundered.”

<sup>65</sup> Suomalaisesta näkökulmasta ja omankädenoikeuteen ajautumisen vaarasta ks. *Viljanen*, DL 2013 s. 155 ja OMML 30/2013 s. 194. Jälkimmäisessä Viljanen ottaa argumenttina esille jopa *Dirty Harry* -elokuvan.

<sup>66</sup> OMML 69/2012 s. 118 ja OMSO 65/2012 s. 53.

<sup>67</sup> HE 199/2010 vp s. 63.

<sup>68</sup> *Virolainen* 1998 s. 425. Yksityisluontoisista kirjallisista kertomuksista ks. *Ojanperä* 2006 s. 164–166.

enemmänkin todistelun välittömyyttä ja suullisuutta turvaavia todistuskeino-kieltoja.<sup>69</sup> Esimerkiksi OK 17 luvun uudistusta koskevassa todistelutoimikunnan mietinnössä ja mietintöön pohjautuvassa hallituksen esityksessä näitä säännöksiä käsitellään edelleenkin hyödyntämiskielloista erillisenä asiana.<sup>70</sup> On kuitenkin totta, että OK 17:11:ssa kielletään jätelain 129.1 §:ää vastaavalla tavalla yksityisluontoisten kirjallisten kertomusten ja esitutkintapöytäkirjaan merkittyjen lausumien *käyttäminen todisteena*, minkä voi perustellusti nähdä tarkoittavan esittämiskiellon lisäksi myös poissulkemista todistusharkinnasta.<sup>71</sup> Säännös jättää kuitenkin sekä lainsäätäjälle että tuomioistuimelle harkinnanvaraa (*”ellei laissa toisin säädetä”*<sup>72</sup> ja vain momentin 1 kohtaa koskeva *”ellei tuomioistuin sitä erityisestä syyistä salli”*). OK 17:11.1:n 1 kohta onkin ymmärrettävissä erityiseksi relatiiviseksi todistamis- ja hyödyntämiskielloksi: tuomioistuimen ei ole pakko sulkea pykälässä tarkoitettuja kertomuksia ja lausumia kokonaan todistusharkinnan ulkopuolelle, mutta se voi näin tehdä. Momentin toinen kohta taas on ymmärrettävissä erityiseksi, muodollisesti absoluuttiseksi todistamis- ja hyödyntämiskieltoisäännökseksi, jonka soveltamista OK 17:32.2:n määräys kuitenkin rajoittaa.

Sekä jätelain 129.1 §:n että OK 17:11:n osalta on kuitenkin muistettava, ettei laissa ole suoraan määritelty ”käyttökiellon” rikkomisen seuraamuksia. Jos todistetta on käytetty esittämällä se oikeudessa, on käyttökieltoa jo rikottu. Tällöin voidaan esimerkiksi rikotun normin suojatarkoituksesta lähtien argumentoida, ettei sen käyttäminen uudestaan todistusharkinnassa enää pahenna tilannetta. Täten myös näiden säännösten vaikutus ja luonne (ainakin nimenomaisina ja absoluuttisina) hyödyntämiskieltoina voidaan riitauttaa ja alistaa seuraavassa alaluvussa käsiteltävillä kriteereillä ratkaistavaksi. Mielestäni on kuitenkin loogista pitää sellaisia kieltoja, jotka kohdistuvat pelkän hankkimisen, esittämisen tai niissä noudatettavan menettelyn sijaan kielellisesti *käyttämiseen todisteena*, lähtökohtaisesti sekä esittämisen- että hyödyntämiskieltoina. Muunlainen tulkinta olisi lain sanamuodon ja käyttää-sanan arkimerkityksen vastainen.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Pölönen 2003 s. 185–187, ks. Virolainen 1998 s. 424. Vrt. Hormia 1979 s. 125–137. Hormian mukaan hyödyntämisingelma ei normaalisti tule edes ajankohtaiseksi OK 17:11.1:n tapauksessa.

<sup>70</sup> OML 69/2012 s. 115–117 ja HE 46/2014 vp s. 83–85.

<sup>71</sup> Samoin voidaan tulkita mainittuun uudistukseen sisältyvää perustelulausumaa, ks. OML 69/2012 s. 121 ja HE 46/2014 vp s. 92. Aiheesta ja uudistuksesta tarkemmin ks. tämän artikkelin 5 luku.

<sup>72</sup> Näin on tehty pykälän muissa momenteissa sekä OK 17:32.2:ssa.

<sup>73</sup> OK 17:11:stä ks. myös myöhemmin tässä artikkelissa käsiteltävät ennakkopäätökset KKO 2006:107 ja KKO 2007:101.

Myös erinäisten muiden säännösten (VPKL 5:13, UPKL 10:55–57, 59, 8:1.3, 8:12.1, KVOikApuL 27.2 §) on katsottu voivan perustaa hyödyntämiskiellon. Kyse ei kuitenkaan ole nimenomaisista oikeudenkäynnissä sovellettavan hyödyntämiskiellon asettavista säännöksistä.<sup>74</sup> Koska lainsäädäntömme hyödyntämiskieltoisäännöksiksi tulkittavissa kohdissa on joka tapauksessa kyse varsin erikoistuneista määräyksistä, ei niistä ole merkittävää hyötyä hyödyntämiskieltoja koskevan yleisen oikeustilan arvioimisessa. Yleissäännöksen puuttuessa oikeustilamme on käytännössä kokonaan oikeustieteellisen kirjallisuuden ja oikeuskäytännön varassa.

### 3.2 Oikeustiede

Suomalaisen oikeustieteen perinteinen kanta on ollut, että todisteiden hyödyntäminen on sallittua riippumatta niiden hankkimistavan laillisuudesta.<sup>75</sup> Nytemmin yleisenä lähtökohtana on, ettei hankkimis- tai esittämiskiellon rikkomiseen sellaisenaan liity hyödyntämiskieltoa nimenomaisen säännöksen puuttuessa, mutta sellainen on kuitenkin mahdollinen tuomioistuimen tapauskohtaisen harkinnan perusteella.<sup>76</sup>

Todistamis- ja hyödyntämiskieltoja koskeva pioneeriteos Suomessa on Lauri Hormian kahdessa osassa vuosina 1978 ja 1979 julkaistu *Todistamiskielloista rikosprosessissa*. Hormian sinänsä seikkaperäinen esitys on jo melkoisen vanha, eikä siinä ole siten voitu ottaa huomioon varsinkaan perusoikeuksien merkityksen korostumista taikka EIT:n oikeuskäytännön asettamia vaatimuksia, vaikka Hormian voidaankin todeta olleen jonkin verran aikaansa edellä perusoikeusajattelussa.<sup>77</sup> Hormian ydinteesi on, että hyödyntämisiongelma tulee ratkaista loukatun oikeuslauseen ratiosta käsin – siis teleologisesti – ja tutkimalla, onko tapahtunut korjaamiskelvoton oikeudenloukkaus. Myös todistamiskiellon rikkomisen ja todistelutuloksen välinen kausaliteetti on otettava harkinnassa huomioon. Näin ollen hyödyntämisiongelman ratkaisuun päästään yksittäistapauksittain *pro et contra* -tyyppisellä argumentaatiolla. Yksiselitteistä, yleistä ratkaisua tai aukotonta järjestelmää Hormia ei tarjoa eikä pidä mahdollisena.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> OMSO 65/2012 s. 53–55. Ks. myös YK:n kidutussopimuksen 15 artikla. Sopimus on saatettu Suomessa voimaan, mutta 15 artiklan mukaista nimenomaista lainkohtaa ei ole säädetty, vaan lainsäädännön ja oikeuskäytännön on jo nyt katsottu täyttävän sen vaatimukset.

<sup>75</sup> Pölönen, LM 1997 s. 1226.

<sup>76</sup> Virolainen 1998 s. 425, Pölönen 2003 s. 214–215 ja Ojanperä 2006 s. 166.

<sup>77</sup> Samalta ajalta todistelusta ihmisoikeusnäkökulmasta ks. myös *Lehtimaja*, DL 1978 s. 443–445.

<sup>78</sup> *Hormia* 1978 s. 90–91 ja *Hormia* 1979 s. 187. Hormian mallin teleologisuudesta kriittisesti ks. Pölönen 2003 s. 219–220.

Yksittäisiä säännöksiä käsitellessään Hormia päätyi hyödyntämiskieltoon valtakunnan turvallisuutta koskevan OK 17:23.1:n 2 kohdan ja silloisen rikostuomion oikeusvoimaa koskeneen RL 27:5.2:n osalta.<sup>79</sup> Pääsääntöisesti hyödyntämiskielto on hänen mukaansa asetettava myös, jos tuomari on laiminlyönyt informoida syytetyn lähiomaista tämän OK 17:20:n mukaisesta kokonaiskieltäytymisoikeudesta.<sup>80</sup> Lisäksi Hormia katsoo vaalisalaisuutta koskevan suojan edellyttävän tehosteekseen ”todisteen hyväksikäyttämiskieltoa”.<sup>81</sup> Sen sijaan hyödyntämiskieltoa ei Hormian mukaan ainakaan yleensä liity seuraaviin todistamiskieltoisäännöksiin: OK 1:7, 17:24 ja 17:23:n 1 ja 2 momentti lukuun ottamatta valtakunnan turvallisuutta koskevaa todistusteemakieltoa.<sup>82</sup>

Hormian jälkeen perusteellisimmin hyödyntämiskieltoja on kotimaisessa oikeustieteessä käsitellyt Pasi Pölönen väitöskirjassaan *Henkilötodistelu rikosprosessissa*. Itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta Pölönen esittää – lähinnä saksalaiseen oikeustieteeseen nojaten – hyödyntämisiongelman ratkaisuksi *perusoikeusmyönteistä punnintamallia*. Epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta hän katsoo, että hyödyntämiskieltojen asettaminen riippuu todistamiskieltoisäännöksen tyypistä.<sup>83</sup>

Perusoikeusmyönteisessä punninnassa eri suuntiin vievät intressit ja normeista ilmenevät oikeusperiaatteet asetetaan vastakkain, ja tuomioistuinin tekee ratkaisun yksittäistapauksittain.<sup>84</sup> Punninta on lähtökohtaisesti tasapainoista siinä merkityksessä, ettei olettaa ole sen enempää hyödyntämiskieltojen puolesta kuin sitä vastaanakaan. Tuomioistuimilla on kuitenkin perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen laintulkintaan perustuva velvollisuus asettaa hyödyntämiskielto, jos todisteen hyödyttäminen johtaisi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen, perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen tai muuhun rikoksen selvittämisen intressiin nähden suhteettoman vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen. Punnintakriteereitä ovat mm. rikoksen

<sup>79</sup> *Hormia* 1979 s. 10–11, 20.

<sup>80</sup> *Hormia* 1979 s. 76–78.

<sup>81</sup> *Hormia* 1979 s. 15.

<sup>82</sup> *Hormia* 1979 s. 29, 40–41, 88–89, 100–101, 119–121.

<sup>83</sup> *Pölönen* 2003 s. 219–228, 323–328. Punnintamallille melko yksiselitteistä tukea antavat Pölösenkin siteeraama HE 52/2002 vp s. 27–28 sekä oikeuskäytännössä siihen viittaavat KKO 2007:58 ja KKO 2011:91. Pölöselle vaikutteita antaneessa saksalaisessa kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä punninnan on katsottu soveltuvan ratkaisumalliksi erityisesti itsenäisten hyödyntämiskieltojen, mutta usein myös epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Toisaalta Saksassa on myös esitetty, ettei punninnalle ole lainkaan sijaa, kun kyse on keskeisten perus- ja ihmisoikeusmääräysten loukkauksista. Ks. *Koriath* 1994 s. 92–94, 105, *Schaal* 2002 s. 78, *Roxin*, HRRS 2009 s. 187 ja *Eisenberg* 2011 s. 126.

<sup>84</sup> Punninnan käsitteestä ks. *Virolainen – Martikainen* s. 456 ja *Aarnio* 2006 s. 115.

selvittämistäintressin painavuus<sup>85</sup>, oikeudenloukkauksen laatu ja laajuus, oikeudenloukkauksen korjaamiskelpoisuus, esitutkintaviranomaisten menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys, syytetyn mielipide ja etäisvaihutuksen arvioinnissa ns. *inevitable discovery*.<sup>86</sup>

Epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta Pölönen katsoo ensinnäkin, että absoluuttisista todistamiskielloista seuraa automaattinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto. Absoluuttisina todistamiskieltoina hän pitää seuraavia säännöksiä: OK 17:20, 17:22, 17:23.1:n 1, 2 ja 4 kohdat, 17:23.4 ja 17:24, VPKL 5a:10 ja siihen viittaava VPoL 31 e §<sup>87</sup>, KirkkoL 5:2.2 ja 6:29<sup>88</sup>, KVOikApuL 27.2 § sekä YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen (kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus, SopS 59–60/1989) 15 artikla.<sup>89</sup>

Relatiiviset todistamiskielto Pölönen jakaa kolmeen ryhmään: 1) rikoksen ”ylitörkeyteen” sidotut relatiiviset todistamiskielto, 2) yksittäistapauksittain arvioitavat todistamiskielto ja 3) muut relatiiviset todistamiskielto.<sup>90</sup>

Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat VPKL 4:2, VPKL 5a:10:n toinen lause ja siihen viittaava VPoL 31 e § sekä OK 17:23 muilta kuin em. mainituin osin. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvan todistamiskielto loukkaamisesta seuraa *vahva hyödyntämiskielto-olettama*, tosin vain jos rikos ei ole ylitörkeä. Toiseen ryhmään Pölönen laskee VETL 24 ja 29 §:t, joiden loukkauksista seuraa lähtökohtaisesti *avoin hyödyntämiskieltopunninta*. Kolmannen ryhmän muodostavat OK 1:7, VPKL 6:4, esitutkinnan sallitua sisältöä koskevat kirjaamissäännöt sekä OK 17:32.2 osittain. Näiden loukkauksista seuraa *hyödyntämiskielto-olettama*.<sup>91</sup>

Hormian ja Pölösen lisäksi hyödyntämiskielto-ongelmaa on Suomessa käsitelty vain hajanaisesti, joskin viime aikoina enenevässä määrin. Usein kirjoittajat ovat tosin lähinnä tyytyneet referoimaan Hormian ja Pölösen

<sup>85</sup> Toisin *Roxin*, HRRS 2009 s. 187. Selvittämistäintressi rinnastunee käytännössä rikoksen vakavuuteen. Rikoksen vakavuuden huomioiminen ei ole mitenkään pelkästään punnintaoppiin liittyvä näkökohta, vaan esimerkiksi amerikkalaisessa keskustelussa on jo kauan sitten esitetty vakavimpien rikosten rajaamista pois sääntömuotoisen hyödyntämiskielto soveltamisalasta. Ks. *Kaplan*, SLR 1974 s. 1046–1049.

<sup>86</sup> *Pölönen* 2003 s. 219–228, 323–328. *Inevitable discovery* -opista ks. 4.1.

<sup>87</sup> Ennen lainmuutosta 525/2005 säännöksen pykälänumero oli VPoL 31 d §.

<sup>88</sup> Ennen lainmuutosta 1008/2012 säännöksen pykälänumero oli KirkkoL 6:12. Mainitut KirkkoL:n säännökset koskevat papin ja lehtorin rippisalaisuutta. Samaan ryhmään Pölönen laski ortodoksisen kirkon papin vaitiolovelvollisuutta koskeneen ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain (521/1969) 43 §:n. Tätä säännöstä vastaa nykyisin ortodoksisesta kirkosta annetun lain (985/2006) 110 §.

<sup>89</sup> *Pölönen* 2003 s. 324–325.

<sup>90</sup> *Pölönen* 2003 s. 325–326.

<sup>91</sup> *Pölönen* 2003 s. 325–326.

ajatuksia tai kommentoimaan yksittäisiä oikeustapauksia, säännöksiä tai todistelutoimikunnan mietintöön sisältyvää säännösehdotusta.<sup>92</sup> Pölösen punnintamallia ja hänen mainitsemiaan kriteereitä ei ole juuri arvioitu kriittisesti kotimaisessa kirjallisuudessa.<sup>93</sup> Seuraavassa on tiivistetty muutamia suomalaisten oikeustieteilijöiden kannanottoja.

Jyrki Virolainen kritisoi vapaan todistelun asettamista hyödyntämiskieltojen edelle jo ennen Pölösen väitöskirjan ilmestymistä. Hän kannattaa sitä, että todistuskieollosta seuraisi pääsääntöisesti hyödyntämiskielto. Poikkeuksia pääsäännöstä voitaisiin tehdä painavista syistä ja lähinnä epäillyn oikeusturvaa silmällä pitäen – tosin Virolainen ei nimenomaisesti mainitse, että todisteen olisi *aina* oltava hyödynnettävissä syytetyn eduksi. Virolainen toteaa myös, että käytännössä ratkaisu joudutaan tekemään tapaus tapaukselta intressivertailun pohjalta. Virolainen kannattaa yleisen hyödyntämiskieltopykälän ottamista lakiin.<sup>94</sup>

*Antti Jokelan* mukaan kielletyllä tai epäasianmukaisella tavalla hankittujen todisteiden hyödyntäminen on jossain määrin sallittua. Tähän hän päätyy vapaan todistelun ja todistusharkinnan pohjalta, koska kysymystä ei ole säännelty prosessilaissamme. Jokela tuntuu kannattavan eräänlaista liukuvaa hyödynnettävyyttä, jossa perus- ja ihmisoikeudet vähintäänkin rajoittavat laittomasti tai epäasianmukaisesti hankitun todisteen painoarvoa, elleivät estä sen hyödyntämistä kokonaan. Varsinaista hyödyntämiskieltoa hän puoltaa tapauksissa, joissa todiste on hankittu todistamiskieltoa vakavasti tai selvästi loukaten. Toisaalta syyttömän suojaamisen periaate edellyttää hänen mukaansa sitä, että laittomastikin hankittuja todisteita on voitava lukea syytetyn hyväksi.<sup>95</sup>

Jokelankin malli vaikuttaa olevan eräänlaista punnintaa, joskin se eroaa hieman Pölösen esittämästä punnintamallista juuri sen sisältämässä liukuvuudessa.<sup>96</sup> Jokela ei kannata hyödynnettävyyden tarkkaa sääntelyä,

---

<sup>92</sup> Ks. tarkemmin 5.1.

<sup>93</sup> Yleisesti punnintamallin suurimpien ongelmien voidaan katsoa olevan juuri punnintakriteerien tarkkaan määrittämiseen liittyvät vaikeudet sekä ratkaisujen tapauksittaisesta tekemisestä aiheutuva oikeudellinen epävarmuus. Punnintamallista ja sen kritiikistä ks. *Koriath* 1994 s. 96–100, *Lundqvist* 1998 s. 174–175, *Schaal* 2002 s. 78–80, 87–89, *Pölönen* 2003 s. 218, *Roxin*, HRRS 2009 s. 187 ja *Eisenberg* 2011 s. 123.

<sup>94</sup> *Virolainen* 1998 s. 424–426. Virolainen korostaa hyödyntämiskieillon pääsääntöisyyden merkitystä myös todistelutoimikunnan mietinnöstä antamassaan lausunnossa, ks. OMLL 30/2013 s. 198–199.

<sup>95</sup> *Jokela* 2008 s. 561–562.

<sup>96</sup> Samanlaista liukuvaa hyödynnettävyyden ymmärtämistä voidaan havaita EIT:n tuomiokäytännössä sekä kotimaisissa ennakkopäätöksissä KKO 2000:35, KKO 2011:91 ja KKO 2013:25, joista lisää seuraavassa alajaksossa. Jokelan ja Pölösen mallien samankaltaisuudesta vrt. OMSO 65/2012 s. 64.



koska hän katsoisi sen voivan johtaa siihen, että hyödynnettävyydestä käytäisiin erillisiä oikeudenkäyntejä kuten Yhdysvalloissa. Sen sijaan laissa voitaisiin määritellä ne perusteet, jotka olisi otettava huomioon hyödyntämisharkinnassa.<sup>97</sup>

*Dan Fränden* lähtökohta on heikko hyödyntämiskielto-olettama. Kituduksen ja muiden perustuslain 7.2 §:n loukkausten hän katsoo vaativan hyödyntämiskieltoa. Muutoin hyödynnettävyys on ratkaistava tapauskohtaisesti punnitsemalla todisteen merkitystä ja loukkauksen vakavuutta.<sup>98</sup> Frände on myös ilmaissut kannattavansa ns. rikosprovokaatiolla hankittujen todisteiden asettamista hyödyntämiskieltoon.<sup>99</sup>

Varsin kielteisesti hyödyntämiskieltoihin on suhtautunut *Pekka Viljanen*. Vaikka todisteiden hankkimista koskevat säännökset on hänen mukaansa tarkoitettu noudatettavaksi, ei kuitenkaan ole selvää, mitä niiden rikkomisesta on syytä seurata. Varsinaisten ”todistamis- tai käyttökieltojen” vastaisesti saatuja todisteita ei kuitenkaan hänen mukaansa saa hyödyntää.<sup>100</sup>

### 3.3 Oikeuskäytäntö

#### 3.3.1 Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset

Korkein oikeus on aivan viime vuosina antanut kourallisen nimenomaisesti hyödyntämiskielton asettamista koskevia ennakkopäätöksiä. Lisäksi on olemassa lukuisia 2000-luvun ennakkopäätöksiä, joissa ei nimenomaisesti mainittu termiä hyödyntämiskielto, mutta joissa kyse oli silti todisteen hyödyntämisen sallittavuudesta. Esittelen seuraavaksi näistä tärkeimmät. Aloitan oikeuskäytännön läpikäynnin kuitenkin 1990-luvun tapauksesta KKO 1995:66, jonka otsikko kuuluu seuraavasti:

KKO 1995:66

Vastaajan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitettu lähiomainen oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä. Todistajana oli kuultu lähiomaista esitutkinnassa puhutellutta poliisia, joka oli kertonut, mitä lähiomainen oli alustavassa puhuttelussa kertonut syytteessä tarkoitettusta teosta. Todistajankertomukseen ei voitu nojautua näyttönä jutussa.

<sup>97</sup> *Jokela* 2008 s. 562–563.

<sup>98</sup> *Frände* 2009 s. 378.

<sup>99</sup> *Frände*, LM 2004 s. 410–411, ks. EIT:n ratkaisu Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998.

<sup>100</sup> *Viljanen*, DL 2013 s. 155. Viljanen esittää tosin lähinnä oikeuspoliittisia huomioita, ei niinkään lainopillista tulkintaa.

Kyseinen tapaus ratkaistiin vahvennetussa jaostossa, ja päätös syntyi äänestyksen tuloksena. Äänestys tosin koski vain perusteluja. Olennainen kysymys oli, voitiinko todistajan OK 17:20:n mukainen kieltäytymisoikeus kiertää kuulemalla poliisimies C:tä siitä, mitä todistaja B oli alustavassa puhuttelussa kertonut.

Kihlakunnanoikeus oli tuominnut vastaajan viitaten sekä B:n kertomukseen alustavassa puhuttelussa että tämän kertomukseen esitutkinnassa, eikä hovioikeus ollut muuttanut tuomiota. Korkeimman oikeuden enemmistö perusteli hyödyntämisen kieltävää ratkaisuaan sillä, että C:n kuuleminen siitä, mitä B oli kertonut alustavassa puhuttelussa, oli merkinnyt tosiasiallisesti lähisukulaisuuden suojan murtamista. Lisäksi enemmistö viittasi kansalaisyhteiskunnan ja poliittisten oikeuksien koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) ja EIS:n velvoitteisiin. KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohdan ja EIS 6(3) artiklan d kohdan mukaan syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan (kontradiktorinen periaate).<sup>101</sup> B:n kieltäytyttyä todistamasta asiassa syytetty A:lla ei ollut ollut mahdollisuutta esittää kysymyksiä suoraan B:lle, minkä vuoksi enemmistö katsoi, että langettavan tuomion perustaminen C:n kertomukseen johtaisi ristiriitaan syytetyn vähimmäis-oikeuksia koskevien sopimusmääräysten kanssa.

Korkeimman oikeuden ratkaisuun jätettiin kaksi eriävää mielipidettä. Niissä molemmissa B:n alustavassa puhuttelussa antama kertomus olisi jätetty huomiotta, koska tämän asema oli alustavan puhuttelun aikaan ollut vielä epäselvä. B oli itse ollut epäilyksenalainen eikä siten ollut voinut harkita kieltäytymisoikeuteen vetoamista. Esitutkinnassa annettujen lausumien osalta molemmissa eriävissä mielipiteissä todettiin, ettei vapaan todisteluteorian vallitessa ole esteitä todistajan kuulemiselle esitutkinnan tapahtumista. Oikeusneuvos *Kati Hidén* kiinnitti lisäksi huomiota siihen, ettei C ollut ollut läsnä esitutkintakuulustelussa, jonka oli suorittanut toinen poliisimies. Enemmistön tavoin Hidén viittasi myös ihmisoikeussopimusten velvoitteisiin.

Oikeusneuvos *Mikko Tulokas* sen sijaan ei viitannut ihmisoikeussopimukseen. Hänen mukaansa pelkästään esitutkintapöytäkirjan esittäminen selvitykseksi B:n lausunnosta todistajana poliisikuulustelussa ei kuitenkaan riittänyt todisteeksi oikeudessa. Tulkitsen oikeusneuvos Tulokkaan lausuman siten, että esitutkinnassa annettu lausuma olisi hänen mukaansa ollut hyödynnettävissä, mutta näyttöarvoltaan riittämätön.

Kaiken kaikkiaan ratkaisun perustelut ovat niukat ja melko ylimalkaiset, eikä niistä käy selvästi ilmi, miten hyödyntämiskelvottomuuteen päädyttiin.

---

<sup>101</sup> Kontradiktorisesta periaatteesta ks. *Ervo* 1996 s. 81–152.

Käytännössä perustelut koostuvat vain niiden säännösten ilmoittamisesta, joita tapauksessa oli rikottu. Korkein oikeus ei arvioinut näiden säännösten tavoitteita, funktioita taikka merkitystä rikosprosessin järjestelmässä. Eriävien mielipiteiden osalta epäselväksi jää, miksi vapaa todisteluteoria soveltuisi esitutkintaa koskevaan todisteluun mutta ei alustavassa puhuteluissa annettuihin lausumiin. Sen paremmin Hidén kuin Tulokaskaan ei perustellut, *miksi* siitä, ettei B ole voinut harkita kieltäytymisoikeutensa käyttämistä, tulisi seurata lausuman jättäminen ”merkitystä vaille”.

Enemmistön perustelujen osalta ongelmallista on se, ettei enemmistö lausunut nimenomaisesti esitutkintakertomuksen hyödyntämisen sallittavuudesta. Perustelujen puutteellisuudesta huolimatta – ehkä jopa siitä johtuen, sillä enemmistö on ilmeisestikin pitänyt asiaa itsestään selvänä – enemmistön kannasta on joka tapauksessa tehtävissä tulkinta, että lähiomaissuojan kiertäminen vaatii aina seurauksekseen hyödyntämiskieltoa. Lähiomaissuoja on siten ehdoton, ja OK 17:20 on tulkittava absoluuttiseksi todistamiskielloksi.<sup>102</sup> Hivenen epäselvää on se, olisiko jo pelkkä kontradiktorisen periaatteen loukkaaminen vaatinut hyödyntämiskielton asettamista.<sup>103</sup>

Ratkaisussa KKO 2000:35 kyse oli syytetyn esitutkintakertomuksen hyödynnettävyydestä tilanteessa, jossa syytetty sittemmin peruutti tunnustuksensa. Ratkaisun otsikko on yksinkertainen, eikä siinä mainita hyödynnettävyyttä:

KKO 2000:35

Kysymys vastaajan esitutkintakertomuksen merkityksestä näyttönä rikosasiassa.

Tapauksessa huumausainerikoksesta syytetty A oli kertonut kahteen eri otteeseen esitutkinnan aikana kasvattaneensa Cannabis sativa -kasveja jo kymmenen vuoden ajan omaan käyttöönsä ja polttaneensa näistä kasveista valmistamiaan marihuanasätkiä päivittäin, vuodessa noin 2000 sätkää. Kotietsinnässä ei ollut löytynyt mitään näyttöä, joka olisi tukenut A:n alkuperäistä kertomusta. A oli sittemmin kiistänyt sekä käräjä- että hovioikeudessa kasvattaneensa kannabista. Käräjäoikeus oli todennut näytön kasvatuksen osalta riittämättömäksi. Hovioikeus puolestaan oli katsonut näytetyksi, että A oli syyllistynyt siihen rikokseen, josta hänelle oli vaadittu rangaistusta.

<sup>102</sup> Samoin *Pölönen* 2003 s. 266–267: ”Lähiomaisen esitutkintakertomus ei voikaan koskaan tulla lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi – –, jos lähiomaisen välitön kuuleminen tuomioistuimessa estyy OK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeuden perusteella.”

<sup>103</sup> Ks. KKO 1996:50 ja *Pölönen* 2003 s. 92–93.

Korkein oikeus ei asettanut A:n esitutkintakertomuksia hyödyntämiskieltoon, vaan vetosi OK 17:2:ään ja vapaan todistelun periaatteeseen:

Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 2 §:n mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena. Saman luvun 4 §:n mukaan jos asianosainen on asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, oikeudessa tunnustanut jonkin seikan, oikeuden tulee tutkia, mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella todisteena on oleva. Syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antaman tunnustuslausuman näyttöarvosta häntä vastaan ajatus rikosasiassa ei ole säännöksiä. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 32 §:n säännös todistelun suullisuudesta ja välittömyydestä ei vapaan todistusharkinnan periaate huomioon ottaen estä tässä tilanteessa käyttämästä vastaajan esitutkintakertomusta näyttönä asiassa. Näyttöä arvioitaessa huomiota on kiinnitettävä myös siihen, että A on oikeudessa peruuttanut esitutkinnassa tekemänsä tunnustuksen. On selvää, että tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antamaan, sittemmin peruuttamaan lausumaan.

Korkein oikeus siis katsoi esitutkintakertomuksen hyödyntämiskelpoiseksi, mutta sen näyttöarvon vähäiseksi. Muun näytön puutteessa korkein oikeus katsoi kannabiksen kasvattamisen jääneen näyttämättä, kumosi hovioikeuden tuomion ja jätti asian käräjäoikeuden tuomion varaan.

Äänestysratkaisussa KKO 2000:71 kyse oli asianomistajan esitutkintakertomuksen lukemisesta pääkäsittelyssä ja hyödyntämisestä. Ratkaisun otsikko on seuraava:

KKO 2000:71

Syyttäjä oli vaatinut A:lle rangaistusta siitä, että tämä oli pahoinpidellyt B:tä. B selitti häntä käräjäoikeudessa todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa, että hän ei halunnut lausua asiassa mitään. B:n ei asianomistajana tarvinnut kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. B:n esitutkinnassa antama kertomus saatiin tässä tapauksessa lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja ottaa todisteena huomioon. Kun A:lla ei ollut B:n kieltäytymisen johdosta tilaisuutta kuulustuttaa B:tä ja kun muu jutussa esitetty näyttö ei ollut riittävä selvitys A:n syyllisyydestä, syyte hylättiin. (Ään.)

Asianomistaja B oli syytetty A:n kihlattu. Käräjäoikeus oli tehnyt käsittelyratkaisun, jonka mukaan asianomistajalla ei ollut OK 17:61 huomioon ottaen OK 17:20:ään perustuvaa oikeutta kieltäytyä todistelutarkoituksessa tapahtuvasta kuulustelusta. B:n kieltäydyttyä kertomasta asiasta mitään syyttäjä luki hänen esitutkinnassa antamansa kertomuksen. Käräjäoikeus totesi, että B:n esitutkinnassa antama kertomus oli siten OK 17:32.2:n

nojalla tullut lailliseksi oikeudenkäyntiaineistoksi asiassa. Hovioikeus ei muuttanut tuomiota. Valituksessaan korkeimmalle oikeudelle A katsoi, että B:llä oli ollut hänen kihlattunaan kieltäytymisoikeus eikä käräjäoikeus olisi saanut nojautua B:n esitutkinnassa antamaan kertomukseen näyttönä A:n syyllisyydestä.

Korkeimman oikeuden enemmistön mukaan esitutkintakertomuksen lukeminen oli ollut sallittua, koska ROL 6:7.2:n mukaan asianomistajaan sovelletaan OK 17:32:ssä säädettyä soveltuvien osin, ja OK 17:32.2:ssa mainittu edellytys täyttyi. Korkeimman oikeuden mukaan OK 17:20:n säännökset todistajan kieltäytymisoikeudesta eivät koskeneet asianomistajaa.<sup>104</sup>

Lopputuloksen kannalta ratkaisevaksi muodostui kontradiktorisen periaatteen merkitys. Syytetyllä ei ollut ollut mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa B:tä, kun tämä oli kieltäytynyt lausumasta asiassa mitään. Tältä osin niin enemmistö kuin eriävän mielipiteen jättänyt oikeusneuvoskin viittasivat periaatteen voimassaoloon Suomessa vanhastaan, KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohtaan sekä EIS 6(3) artiklan d kohtaan. Muun näytön ollessa riittämätön enemmistö kumosi alempien oikeusasteiden antaman tuomion ja vapautti A:n hänelle tuomitusta rangaistuksesta.

Enemmistön perustelut ovat varsin niukat sekä esitutkintakertomuksen lukemisen sallittuuden että kontradiktorisuusvirheen rasittaman kertomuksen näyttöarvon suhteen. Perustelut eivät sisällä *pro et contra* -argumentaatiota. Lisäksi ne jättävät epäselväksi, olisiko esitutkintakertomus kontradiktorisuusvirheestä huolimatta voinut vaikuttaa arvioon esimerkiksi rajatapauksessa. Perustelujen sanamuoto mahdollistaa ainakin kolme erilaista tulkintaa tapauksesta ilmenevästä oikeusohjeesta. Ensinnäkin, perustelut voidaan tulkita siten, että kertomuksella olisi tällaisessa tapauksessa vähäinen näyttöarvo ja se saattaisi sinänsä vaikuttaa lopputulokseen, mutta syyksilukevaa ratkaisua ei voitaisi perustaa pääasiallisesti siihen. Toiseksi, kertomuksen näyttöarvon voidaan tulkita olevan olematon. Kolmanneksi, ratkaisu voidaan tulkita siten, että kertomus tulisi jättää kokonaan hyödyntämättä, siis oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle – ei lähiomaissuojan vaan kontradiktorisuusperiaatteen loukkauksen takia. Tällöin oikeusohjeena olisi se, että puutteesta kuulustelumahdollisuuden toteutumisessa seuraisi hyödyntämiskielto.

Kolmas tulkinta olisi hyödyntämiskieltoja koskevan keskustelun valossa teoreettisesti puhdasoppisin, mutta sitä vastaan puhuu otsikon sanamuoto ”saatiin lukea käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja *ottaa todisteena huo-*

<sup>104</sup> Tätä kantaa on kritisoinut erityisesti Jyrki Virolainen, ks. *Virolainen* 1998 s. 314, *Virolainen*, DL 2000 s. 673–674, *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 219–221 ja Virolaisen kannan hyväksyvästi *Viljanen*, DL 2001 s. 1013. Mielestäni kritiikki on hyvin perustelua.

*mioon*”, eikä sille ole muutenkaan löydettävissä suoraa tukea ratkaisun perusteluista.<sup>105</sup> Toinen – käytännössä samaan lopputulokseen johtava, mutta eri teoreettisella tasolla liikkuva – tulkinta taas on mielestäni systeeminvastainen. Hyödyntämisen periaatteellinen salliminen mutta näyttöarvon pudottaminen kategorisesti nolnaan ihmisoikeusvelvoitteista johtuen ei mielestäni ole sovitettavissa yhteen vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa. Syytetyn perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen pitäisi toteuttaa estämällä todisteiden ottaminen mukaan (vapaaseen) todistusharkintaan, ei muodostamalla näyttöarvon määrittämistä ohjaavia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä.<sup>106</sup>

Jäljelle jää näin ollen ensimmäinen tulkintavaihtoehto, jonka mukaan 1) kertomus on kontradiktorisuusperiaatteen loukkauksesta huolimatta hyödyntämiskelpoinen eli se kuuluu todistusharkinnassa huomioon otettavaan aineistoon, 2) sillä on pieni, tapausittain määräytyvä näyttöarvo, mutta 3) langettavaa tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa siihen.<sup>107</sup> Tämäkään tulkinta ei ole täysin vapaa ristiriidoista vapaan todistusharkinnan periaatteen kanssa, mutta se ei merkitsisi yhtä suurta poikkeamaa siitä kuin edellinen vaihtoehto. Vapaa todisteluteoria ei ole poikkeukseton.

Eri mieltä ollut oikeusneuvos *Markku Arponen* ilmaisi tämän EIT:n linjaa mukailevan tulkintavaihtoehdon mielipiteessään enemmistöä selkeämmin. Hän viittasi KP-sopimuksen ja EIS:n lisäksi EIT:n oikeuskäytäntöön<sup>108</sup> ja totesi seuraavaa: ”Langettavaa tuomiota ei saa perustaa esitutkintakertomukseen, mikäli se on ainoa tai ratkaiseva näyttö asiassa.”<sup>109</sup> Lisäksi hän käsitteli tarkemmin A:n ja B:n kihlauksen merkitystä esitutkintakertomuksen lukemiselle ja hyödyntämiselle.

Todisteen käyttöä koskevan ongelman ratkaisemiseksi oikeusneuvos Arponen turvautui *pro et contra* -argumentointiin. Todisteen käyttämisen puolesta puhuvaksi seikaksi hän katsoi sen, että hyödyntämättä jättäminen on ristiriidassa vapaan todisteiden harkinnan ja aineellisen totuuden tavoitteen kanssa. Käyttämistä vastaan hän katsoi puhuvan OK 17:20, 17:24 ja 17:65:stä ilmenevän yleisen periaatteen, jonka mukaan todiste-

---

<sup>105</sup> Tämä kohta koskee tosin juuri esitutkintakertomusta sinänsä, ei *kontradiktorisuusvirheen rasittamaa* esitutkintakertomusta, jonka hyödynnettävyydestä korkein oikeus ei lausu mitään. Otsikon sanamuodosta voidaan kuitenkin tehdä eräänlainen *e contrario* -päätelmä hyödyntämiskieltoa vastaan, juurikin siksi että hyödynnettävyydestä ei lausuta otsikossa eikä koko ratkaisussa päinvastaista.

<sup>106</sup> Ks. 2.2.2.

<sup>107</sup> Samansuuntaisesti *Jokela* 2008 s. 561 ja *Ervo*, LM 2000 s. 994–995.

<sup>108</sup> *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986, *Delta v. Ranska* 19.12.1990 ja *Itävalta v. Asch* 26.4.1991.

<sup>109</sup> Myös enemmistön käyttämä kieli viittaa EIT:n käytännöstä tuttuun argumentaatiotapaan, mutta ei vie sitä loppuun. Vrt. *Pölonen* 2003 s. 95 ja erityisesti av. 312.

lutarkoituksessa kuultavaa henkilöä ei saa pakottaa toimimaan läheisensä vahingoksi, sekä perustuslaissa turvatun yksityiselämän suojan ja EIS:n mukaisen oikeuden nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Oikeusneuvos Arponen kuitenkin totesi, että törkeä pahoinpitely on virallisen syytteen alainen rikos ja ilmaisi epäilyn siitä, että uhri on voinut joutua läheisessä suhteessa painostuksen kohteeksi ja että hänen yksityisyydensuojansa voi kääntyä häntä vastaan, vain syytetyn eduksi. Täten hän päätyi kertomuksen hyödynnettävyyteen uhrin oikeuksista käsin.<sup>110</sup> Myöskään erivävissä mielipiteessä ei siis kannatettu epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamista OK 17:20:n pohjalta taikka itsenäisen hyödyntämiskiellon asettamista yksityisyyteen tai yksityis- ja perhe-elämään kohdistuvan suojan perusteella.

Ratkaisun ennakkopäätösarvo on perustelujen puutteellisuuden ja epäselvyyden vuoksi heikko. Siitä on silti tehtävissä kritiikille altis johtopäätös, että OK 17:20:n mukaista todistajan lähiomaissuojaa ei sovelleta asianomistajaan. Lisäksi toisin kuin lähiomaissuojan osalta aiemmassa ennakkopäätöksessä KKO 1995:66 todettiin, asianomistajan kieltäytymisoikeutta suojaava todistamiskielto ei jostain syystä ole siinä mielessä absoluuttinen, että sen kiertäminen OK 17:32:n perusteella johtaisi hyödyntämiskieltoon.<sup>111</sup>

Kysymykseen kontradiktorisen periaatteen loukkauksesta seuraavasta hyödyntämiskielloista ratkaisu ei anna yksiselitteistä vastausta. Tarkemmin sanottuna, ratkaisussa ei edes käsitellä tätä kysymystä. Suuri ongelma onkin nähdäkseni juuri se, ettei korkein oikeus hahmottanut, että tapauksessa oli käsillä *kaksi erillistä seikkaa*, jotka voivat potentiaalisesti perustaa hyödyntämiskiellon: lähiomaissuojan loukkaus ja kontradiktorisuusperiaatteen loukkaus.<sup>112</sup> Hieman kärjistäen, ensimmäisen osalta korkein oikeus päätyi väärään ratkaisuun ja toisesta se ei edes tehnyt ratkaisua.

Tapauksissa KKO 2006:107 ja KKO 2008:68 oli kyse kontradiktorisuusvirheistä lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevissa tapauksissa. Molemmat tapaukset ratkesivat vasta äänestyksen jälkeen.

<sup>110</sup> Mielestäni tämä erivä mielipide edustaa sinänsä kannatettavaa ajatusta, että rikosprosessissa ei ole kyse vain *syytetyn* ihmis- ja perusoikeuksista, vaan asioita tulisi tarkastella myös uhrilähtöisesti. Kysymys uhrin todellisesta edusta on kuitenkin monimutkainen ja vaikea, kun kysymys on perheväkivallasta tai muusta lähisuhteesta tapahtuneesta rikoksesta.

<sup>111</sup> Ratkaisusta on vaikea löytää vahvoja argumentteja puolutamaan tätä eroa. Ks. *Pölönen* 2003 s. 266.

<sup>112</sup> Ks. tapauksesta myös *Ervo*, LM 2000 s. 980–996, *Rautio* 2000 s. 477–480, *Virolainen*, DL 2000 s. 669–678, *Pölönen* 2003 s. 273–279, *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 219–221 ja *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 345–346, 417–418, 435–436.

KKO 2006:107

Kehitykseltään viivästyneen 9-vuotiaan lapsen oli epäilty joutuneen seksuaalisen hyväksikäytön kohteeksi. Lapsen esitutkinnassa antamat kertomukset oli tallennettu videotallenteelle, mutta rikoksesta epäillylle ei ollut varattu tilaisuutta esittää lapselle kysymyksiä eikä lasta voitu kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa. Kysymys siitä, saiko videotallennetta käyttää todisteena tuomioistuimessa. (Ään.)

KKO 2008:68

Tuomitessaan A:n lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä hovioikeus oli todennut, että näyttö perustui pääasiassa lapsen psykologille kertomaan. Näyttönä lapsen kertomasta oli esitetty ainoastaan psykologin todistajana antama kertomus. Lapsen ja psykologin keskusteluja ei ollut tallennettu eikä A:lla ollut mahdollisuutta esittää lapselle kysymyksiä. Näissä olosuhteissa syyksilukemista ei saanut perustaa pääasiassa psykologin kertomukseen. Kun muukaan näyttö ei ollut riittävä syyksilukemiseen, syyte hylättiin. (Ään.)

Ensimmäisessä tapauksessa korkein oikeus päätyi ottamaan videotallenteen vastaan ja hyödyntämään sitä, vaikka totesikin, että videotallenteeseen tallennettua kertomusta ei olisi OK 17:11.2:n säännös huomioon ottaen saanut käyttää alemmissa oikeuksissa todisteena. Korkein oikeus korosti vapaan todistelun lähtökohtaisuutta ja ehdottomien todistamiskieltojen poikkeuksellisuutta, ja totesi OK 17:11.2:n päätavoitteen olevan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin varmistaminen. Videotallenteen käyttäminen todisteena ei korkeimman oikeuden mukaan vaarantanut C:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Korkein oikeus argumentoi siis todistamiskieltonormin suojelutarkoituksen kautta. Korkein oikeus myös lausui, että jos käyttöä ei sallittaisi, asianomistajan kertomus ei olisi käytettävissä korkeimmassa oikeudessa missään muodossa, ja tämä vaikeuttaisi myös muun näytön arviointia.<sup>113</sup>

Jälkimmäisessäkin tapauksessa korkein oikeus ei päätenyt selvään hyödyntämiskieltoon. Tuomioistuin lähti liikkeelle OK 17:2:stä sekä vapaan todistelun ja vapaan todistusharkinnan periaatteista, ja otti huomioon KP-sopimuksen, EIS:n sekä EIT:n käytännön asettamat velvoitteet. Ratkaisussa hyödyntämisiongelman ratkaiseminen ja näyttöarvon määrittäminen tuntuvat sekoittuvan ja yhdistyvän, eikä perusteluista ole luettavissa selkeää kannanottoa hyödynnettävyydestä.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> Viimeistä lausumaa pidän ongelmallisena, sillä se tuntuu asettavan mukavuussyyt syytetyin ihmisoikeuksien edelle. Korkeimman oikeuden kanta, jonka mukaan todisteet olisi pitänyt torjua alemmissa oikeusasteissa mutta ei korkeimmassa oikeudessa, on lähtökohtaisesti epälooginen, ja tämä perustelulausuma on mielestäni epäonnistunut yritys oikeuttaa todisteen oikeusasteesta riippuva kohtelu.

<sup>114</sup> Mahdollisista tulkinnoista ks. *Saranpää*, DL 2008 s. 705–707. Näistä tapauksista yleisesti



## KKO 2007:58

Teknisen kuuntelun avulla saatua äänitallennetta voitiin käyttää todisteena rikosoikeudenkäynnissä siitä huolimatta, että käräjäoikeuden myöntämä kuuntelulupa oli myöhemmin kantelun johdosta kumottu ja että tallenne sisälsi pakkokeinolain 5 a luvun 13 §:ssä tarkoitettua ylimääräistä tietoa. (Ään.)

Vaikka kyseessä oli äänestysratkaisu, kaikki tuomarit hyväksyivät todisteen käytön. Enemmistö päätyi lopputulokseensa punninnalla, jossa vastakkain olivat yksityiselämän ja luottamuksellisen viestinnän suoja (PL 10 §) sekä vakavien rikosten selvittämisen intressi ja tähän liittyvä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuus. Punnintamallin käytön perusteeksi enemmistö viittasi VPKL 5a:13:n esitöihin.<sup>115</sup>

Tapauksessa käräjäoikeus oli päätenyt, sekin punninnalla, todisteen käytön kieltämiseen, ja korkeimman oikeuden esittelijä olisi kieltänyt todisteen käytön, koska kuuntelulupa oli kumottu. Oikeusneuvos Tulokas taas nosti eriävässä mielipiteessään harkintakriteeriksi poliisin menettelyn moitittavuuden tavalla, joka muistuttaa amerikkalaista *deterrence*-argumentointia.

Sekä enemmistön ratkaisua että eriäviä mielipiteitä voidaan luonnehtia todisteiden vapaan hyödynnettävyyden ensisijaisuutta korostaviksi.<sup>116</sup> Ylimääräisen tiedon käyttöä koskeva oikeustila on kuitenkin muuttunut ns. esitutkintapaketin voimaantulon myötä 1.1.2014. Esitutkintapaketti sisältää nimenomaiset, joskaan ei tulkinnasta vapaat säännökset ylimääräisen tiedon käytöstä (UPKL 10:55–56 ja UPOL 5:53–54). Lähtökohtana on, että ylimääräistä tietoa saa käyttää ”rikoksen selvittämisessä”, kun tieto koskee sellaista rikosta, jonka tutkinnassa olisi saatu käyttää sitä pakkokeinoja, jolla tieto on saatu.<sup>117</sup>

## KKO 2007:101

Kolmea ulkomaalaista henkilöä ei voitu kuulla todistajina käräjäoikeuden pääkäsittelyssä, kun heitä ei ollut saatu kutsuttua eikä kuuleminen ollut järjestynyt myöskään oikeusaputeitse. Heidän esitutkinnassa antamansa kertomukset voitiin ottaa oikeudenkäynnissä huomioon, koska heitä oli

---

ks. myös *Pölönen* 2008 s. 510–514 ja *Pellonpää ym.* 2012 s. 637–638.

<sup>115</sup> HE 52/2002 vp s. 27–28.

<sup>116</sup> Jyrkemman luonnehdinnan on esittänyt Ahti Saarenpää, joka on todennut ratkaisun olevan vastoin ihmisoikeusperiaatteita. Asiaa oikeusinformatiikan näkökulmasta tarkasteleva Saarenpää myös katsoo myönteisen suhtautumisen ylimääräisen tiedon käyttämiseen olevan omiaan heikentämään luottamusta informaatiohallintoon. Tällaista seikkaa ei yleensä ole otettu huomioon todistamis- tai hyödyntämiskielloista puhuttaessa. *Saarenpää* 2012 s. 476.

<sup>117</sup> Ks. *Helminen ym.* 2012 s. 1133–1140, HE 222/2010 vp s. 357–358 ja HE 224/2010 vp s. 134–135.

aktiivisesti yritetty tavoittaa eikä syyksi lukeva tuomio ratkaisevilta osin perustunut näihin esitutkintakertomuksiin.

Ratkaisussa arvioitiin esitutkintakertomusten huomioon ottamista ensinnäkin OK 17:11.1:n 2 kohdan perusteella. Tämä katsottiin OK 17:11.3:n perusteella mahdolliseksi. Korkein oikeus viittasi KP-sopimuksen 14(3) artiklan e kohtaan, EIS 6(3) artiklan d kohtaan ja EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan tavoittamatta jääneen todistajan esitutkintakertomuksen käyttäminen oikeudenkäynnissä edellyttää, että todistajan tavoittaminen on ollut mahdotonta ja toimivaltaiset viranomaiset ovat aktiivisesti etsineet todistajaa, ja että kertomus ei saa olla ainoa tai ratkaiseva seikka, johon tuomio perustetaan.<sup>118</sup>

Merkittävää ratkaisussa on se, miten viimeksi mainittu seikka ratkaisussa huomioitiin. Kysymys siitä, olivatko esitutkintakertomukset olleet ratkaiseva näyttö asiassa, otettiin huomioon potentiaalisena esteenä hyödyntämiselle. Toisin sanoen se ymmärrettiin hyödyntämiskysymyksen ratkaisemisen kriteeriksi, ei näyttöarvon määrittämiseen liittyväksi seikaksi. Tämä käy ilmi perustelujen kohdan 10 lopusta:

Esitutkintakertomukset ovat tukeneet kuultujen todistajien kertomuksiin perustuvaa näyttöä, mutta esitutkintakertomukset eivät ole olleet ratkaiseva näyttö asiassa. Näin ollen esitutkintakertomusten huomioon ottamiseen oikeudenkäynnissä ei ole tälläkään perusteella ollut estettä.

Voidaan tosin kysyä, olisiko korkein oikeus todella päätenyt huomioon ottamisen täydelliseen estymiseen eli selkeään hyödyntämiskieltoon, jos esitutkintakertomukset olisivatkin olleet ratkaiseva näyttö, vai olisiko se tällöin tyytynyt argumentoimaan pelkästään aiemmin perusteluissa lainaamallaan ”ei saa olla ainoa tai ratkaiseva seikka” -fraasilla, mikä olisi käytännössä johtanut samaan tulokseen kuin hyödyntämiskielto.<sup>119</sup>

Edellä selostetuissa ratkaisuissa hyödyntämiskielto-termiä ei mainittu lainkaan. Sen sijaan ns. Sonera-kirjaa koskeneessa tapauksessa KKO 2009:88 hyödyntämiskiellon asettamista pohdittiin jo nimenomaisesti, ja siihen myös päädyttiin.

#### KKO 2009:88

Kustannusyhtiön toimitusjohtaja H oli toimittanut Korkeimmalle oikeudelle kaksi kirjettä osoittaakseen, että hänellä oli oikeus kieltäytyä todistamasta törkeää kunnianloukkausta koskevassa esitutkinnassa. H:lla

<sup>118</sup> KKO viittasi tapauksiin *Unterpertinger v. Itävalta* 24.11.1986, *Delta v. Ranska* 19.12.1990 ja *Rachdad v. Ranska* 13.11.2003.

<sup>119</sup> Tällaisenaan ratkaisu voidaan kuitenkin perustellusti ymmärtää – mainitusta lainauksesta huolimatta – *liukuvan hyödynnettävyyden* torjuvaksi.

oli katsottu olevan oikeus kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin, joihin hän ei voi vastata paljastamatta kustannusyhtiön julkaiseman kirjan laa-  
tijaa tai sen sisältämien tietojen antajaa. Keskusrikospoliisi oli liittänyt  
vastauspyynnön yhteydessä saamansa kirjeet esitutkintapöytäkirjaan.  
Syyttäjä vetosi kirjeisiin todisteina syyteasiassa.

Korkeimman oikeuden päätöksessä lausutuin perustein katsottiin,  
että kirjeet kuuluivat H:n vaitiolo-oikeuden piiriin ja ettei niitä saanut  
käyttää todisteina syyteasiassa.

Tapauksessa käräjäoikeus katsoi keskusrikospoliisin ilmaiseen asianosais-  
julkisuuden perusteella tiedoksi saamansa kirjeet syyttäjälle viranomaisen  
toiminnan julkisuudesta annetun lain (JulkL, 621/1999) 23 §:n hyväksi-  
käyttökiellon vastaisesti, ja että niiden käyttäminen kirjallisina todisteina  
rikosasiassa merkitsisi todistajan kieltäytymisoikeuden murtamista.  
Niinpä käräjäoikeus määräsi kirjeet hyödyntämiskieltoon, jonka hovioi-  
keus puolestaan kumosi, koska katsoi todistajan luopuneen OK 17:24.2:n  
mukaisesta vaitiolo-oikeudestaan. Hovioikeuden mukaan H:n ei olisi ollut  
pakko toimittaa kirjeitä korkeimmalle oikeudelle OK 17:25:n nojalla, vaan  
hän olisi voinut vain esittää yleispiirteisen ilmoituksen kieltäytymisoi-  
keutensa perusteista. Hovioikeus palautti asian käräjäoikeuteen, mutta H  
ja kustannusyhtiö valittivat todisteiden käyttöä koskevasta päätöksestä  
korkeimpaan oikeuteen.

Perustelujensa aluksi korkein oikeus totesi, ettei laissa ole yleissäännöstä  
hyödyntämiskiellostä, ja viittasi aiempaan ratkaisuunsa KKO 1995:66:

10. Lainsäädännössä ei ole yleissäännöstä todisteiden käytön kiellosta eli  
niin sanotusta hyödyntämiskiellostä. Kiellolla tarkoitetaan niitä rajoituk-  
sia, joita oikeudenkäynnissä esitetyn aineiston käyttämiselle todisteena  
ja hyödyntämiselle todistusharkinnassa mahdollisesti voidaan asettaa.  
Voimassa olevassa lainsäädännössä on yksittäisiä säännöksiä, joissa  
kielletään todistamasta jostakin seikasta tai joissa todistaja oikeutetaan  
vaikenemaan jostakin. Tällaiseen tilanteeseen liittyen Korkein oikeus  
on ratkaisussaan KKO 1995:66 katsonut, että vastaajan oikeudenkäy-  
miskaaren 17 luvun 20 §:ssä tarkoitetun lähimaisen kieltäytyttyä  
todistamasta oikeudenkäynnissä ei häntä puhutelleen poliisimiehen  
kertomukseen voitu nojautua näyttönä jutussa, koska se olisi tosiasial-  
lisesti merkinnyt mainitussa lainkohdassa lähisukulaisuuden suojaksi  
säädetyn vaitiolo-oikeuden murtamista.

Korkein oikeus totesi myös, ettei JulkL 23 § koske sitä, voidaanko sa-  
lassa pidettäväksi määrättyä tai suoraan lain nojalla salaisena pidettävää  
asiakirjaa käyttää todisteena oikeudenkäynnissä. JulkL 23 § ei siis ole

hyödyntämiskieltosäännös. Korkein oikeus myös katsoi, ettei H ollut luopunut vaihtolo-oikeudestaan toimittamalla kirjeet korkeimmalle oikeudelle kieltäytymisoikeutensa puolustamiseksi. Lisäksi korkeimman oikeuden mukaan kysymyksessä olleessa asiassa ei ollut merkitystä sillä, millä tavoin H oli aikaisemmin perustellut vaatimuksiaan vaihtolo-oikeudesta. Niinpä korkein oikeus viittasi vielä uudelleen aiempaan ennakkopäätökseensä ja päätyi hyödyntämiskieltoon seuraavasti:

19. Kuten edeltä kohdasta 8 ilmenee, syyttäjä ja asianomistaja ovat esittäneet kysymyksessä olevat kirjeet kirjallisina todisteina, joilla he aikovat näyttää toteen internet-kirjoituksen kirjoittajan nimen. Kirjeillä on siten tarkoitus todistella seikkoja, jotka kuuluvat H:lle lähdesuojan perusteella vahvistetun vaihtolo-oikeuden piiriin. Vastaavalla tavalla kuin edellä kohdassa 10 mainitussa Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksessä KKO 1995:66, merkitsisi kirjeiden todisteina käyttämisen salliminen H:n vaihtolo-oikeuden sellaista murtamista, joka ei ole hyväksyttävää.

Perusteluista on tehtävä se johtopäätös, että OK 17:24.2:ssa säädetty vaihtolo-oikeus on absoluuttinen todistamiskieltosäännös samoin kuin aiemmassa tapauksessa kyseessä ollut OK 17:20. Edelleenkin korkeimman oikeuden perustelut eivät kerro, miksi näin on. Perusteluista ei taaskaan löydy pohdintaa säännöksen tavoitteista, funktioista tai merkityksestä rikosprosessin järjestelmässä. Näin ollen ratkaisu ei ole erityisen informatiivinen mietittäessä hyödyntämisiongelman yleisempää ratkaisua.

Nimenomaisesti hyödyntämiskieltoa koski myös ratkaisu KKO 2011:91.

KKO 2011:91

A oli kertonut psykiatrisessa hoidossa häntä hoitaneille lääkäreille ja sairaanhoitajille syyttäneensä aiemmin tulipalon turkisliikkeessä. Hoitohenkilökunta kertoi rikosepäilyistä oma-aloitteisesti poliisille. Syyttäjä nosti asiassa A:ta vastaan syytteen törkeästä tuhotyöstä ja nimesi A:ta hoitaneita lääkäreitä ja sairaanhoitajia kuultavaksi asiassa todistajina sekä todisteiksi lääkärinlausuntoja, joista ilmeni A:n antama kertomus.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa lausutuun perusteiden katsottiin, että lääkärinlausunnot voitiin ottaa vastaan todisteina ja lääkäreitä sekä sairaanhoitajia saatiin kuulla asiassa todistajina, vaikka heillä ei voimassa olevien säännösten nojalla ollut oikeutta kertoa rikosepäilyistä oma-aloitteisesti poliisille. Arvioitaessa sitä, mikä merkitys A:n hoitohenkilökunnalle antamalla kertomuksella oli näyttönä asiassa, otettiin huomioon ne olosuhteet, joissa A oli kertomuksensa sairaalassa antanut sekä se seikka, että A oli esitutkinnassa ja oikeudessa kiistänyt syyllystyneensä mainittuun rikokseen.

Samoin kuin ratkaisussa KKO 2009:88, korkein oikeus totesi perustelujensa kohdassa 9, että voimassa olevassa lainsäädännössä ei ole yleisiä säännöksiä hyödyntämiskiellosta, mutta että lainsäädännössä on yksittäisiä säännöksiä, joissa kielletään todistamasta jostakin seikasta tai joissa todistaja oikeutetaan vaikenemaan jostakin asiasta. Lääkäreiden ja heidän apulaistensa osalta tällainen säännös on OK 17:23.1:n 3 kohta.

Merkittävä on perustelujen kohta 10, erityisesti sen ensimmäinen virke: ”Pelkästään se seikka, että todiste tai todisteen sisältämä tieto on hankittu lainvastaisella tavalla tai muutoin virheellisellä menettelyllä, ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi käyttää oikeudenkäynnissä.”<sup>120</sup> Minkä tahansa todistusoikeudellisen säännöksen rikkominen ei siis johda Suomessa automaattisesti hyödyntämiskieltoon. Tämä ei tosin ole suora kannanotto siihen, onko nimenomaisen hankkimis- tai esittämiskiellon rikkomisesta aina seurattava hyödyntämiskielto.<sup>121</sup> Korkein oikeus myös totesi EIT:n todistamiskieltoja koskevan kannan, jonka mukaan lainvastaisesti hankitun todistusaineiston hyödyntäminen ei sinänsä ole EIS 6 artiklan vastaista, jos menettely kokonaisuudessaan täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset.<sup>122</sup> Edelleen korkein oikeus lausui, että jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy *vakava* oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla *tapauskohtaisesti* kysymykseen. Punnittavaksi tulee tällöin yhtäältä oikeudenloukkauksen vakavuus ja toisaalta rikoksen selvittämistä.

Hyödyntämistä vastaan korkein oikeus katsoi puhuvan sen, että A:n kertomus oli tullut esitutkintaviranomaisten tietoon hoitohenkilökunnan oma-aloitteisen ilmoituksen perusteella, eikä lainsäädäntö antanut oikeutta tällaiseen oma-aloitteiseen ilmoittamiseen. Korkein oikeus katsoi A:n oikeuden luottaa lääkäri-potilassuhteen luottamuksellisuuteen tulleen loukatuksi.

Hyödyntämisen puolesta taas puhui rikoksen vakavuus, minkä takia hoitohenkilökunta olisi ollut esitutkinnassa oikeutettu todistamaan salassa pidettävistä seikoista VETL 27.3 §:n nojalla. Heidät olisi ollut mahdol-

<sup>120</sup> Lähes sama virke, ilman kohtaa ”muutoin virheellisellä menettelyllä”, sisältyi jo aiemman ratkaisuun KKO 2007:58 (kohta 7).

<sup>121</sup> Korkein oikeus ei operoinut todistamiskiellon eikä hankkimiskiellon käsitteillä. Korkeimman oikeuden kannanotto ei esimerkiksi sulje pois edellä alaviitteessä 5 esiteltyä Petersin kantaa mukailevaa ajatusmallia, jonka mukaan tietyt todistusoikeudelliset muotomääräykset eivät olisi varsinaisia todistamiskieltoja, eivätkä ne siten vaatisi hyödyntämiskieltoa, kun taas nimenomaiset hankkimis- ja esittämiskiellot vaatisivat aina hyödyntämiskiellon asettamista. Tällaista tulkintaa vastaan puhuu kuitenkin kohdan 10 viimeinen virke, joka viittaa *tapauskohtaiseen* mahdollisuuteen kieltää todisteen käyttö.

<sup>122</sup> KKO viittasi tapauksiin Schenk v. Sveitsi 12.7.1988, Mantovanelli v. Ranska 18.3.1997, Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta 12.5.2000, P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta 25.9.2001, Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002 ja Gäfgen v. Saksa 1.6.2010.

lista velvoittaa todistamaan asiasta myös oikeudenkäynnissä, koska OK 17:23.1:n 3 kohdan todistamiskielto väistyy OK 17:23.3:n perusteella, kun syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta saattaa seurata vankeutta kuusi vuotta tai enemmän. Sama koskee syyttäjän ajamaa syytettä tällaisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta siihen.<sup>123</sup> Korkein oikeus päätyi lopputulokseensa seuraavasti:

13. Siten sen jälkeen kun A:n sairaalassa antama kertomus on tullut esitutkintaviranomaisten tietoon, lääkärien ja muun hoitohenkilökunnan kuulusteleminen siitä todistajina esitutkinnaissa ja oikeudenkäynnissä on ollut edellä mainittujen lainsäännösten perusteella sallittua. Samoin A:n kertomusta koskevat lääkärinlausunnot on saatu ottaa vastaan kirjallisina todisteina. A:lla on myös ollut mahdollisuus oikeudenkäynnissä riitauttaa todisteiden näyttöarvo ja kuulustella todistajia.

14. Korkein oikeus katsoo, ettei lääkäreiden ja muun hoitohenkilökunnan kuuleminen todistajina ja lääkärinlausuntojen käyttäminen todisteena asiassa loukkaa A:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin eikä asiassa ole estettä sallia näiden todisteiden hyödyntämistä näyttönä asiassa.

Hyödyntämisen salliva ratkaisu on hyvin ymmärrettävissä. Päätyminen epäitsenäiseen hyödyntämiskieltoon olisi nimittäin vaatinut erittäin jyrkkää tulkintaa: hoitohenkilökunnan oma-aloitteisen ilmoitusoikeuden puute olisi tullut tulkita sellaiseksi hankkimiskielloksi, josta seuraa myös jatkotodisteiden hyödyntämiskelvottomuus. Niinpä todistuslausumien ja lääkärinlausumien asettaminen hyödyntämiskieltoon olisi edellyttänyt 1) ilmoittamisen kieltävää hankkimiskieltoa, 2) siitä seuraavaa hyödyntämiskieltoa sekä 3) edellistä koskevan etäisvaikutuksen tunnustamista. Asiassahan ei ollut rikottu OK 17:23.1:n 3 kohdan todistamiskieltoa.

Sen sijaan, että korkein oikeus olisi edes pohtinut tällaista monimutkaista konstruktiota vaativaa epäitsenäistä hyödyntämiskieltoa, harkitsi se kokonaisuutta ja sitä, loukkasiko hyödyntäminen A:n oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tältäkin pohjalta korkein oikeus ei siis nähnyt tarvetta hyödyntämiskieltoon.<sup>124</sup>

Näyttöarvon osalta korkein oikeus kuitenkin viittasi vielä EIT:n kantaa, jonka mukaan tuomiota ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa laittomasti hankitulle todistusaineistolle. Lisäksi perusteluissa viitattiin OK 17:2:ään ja lausuttiin, että jos todisteen hankkimiseen liittyy lain

<sup>123</sup> Törkeän tuhotyön (RL 34:3) rangaistusasteikko on 2–10 vuotta vankeutta.

<sup>124</sup> Viimeksi mainitussa olisi kyse ollut itsenäisestä hyödyntämiskiellosta.

säännösten vastaista tai muutoin virheellistä menettelyä, on arvioitava, onko tämä vaikuttanut todisteen luotettavuuteen. Tapauksessa esitutkiminamenettelyn kuitenkin todettiin olleen virheetön. Tavan, jolla todisteet olivat tulleet esitutkintaviranomaisen tietoon, ei myöskään katsottu suoranaisesti vaikuttaneen todisteiden luotettavuuteen. Korkein oikeus ei kuitenkaan katsonut A:n sairaalassa antaman kertomuksen olleen riittävä näyttö A:n syyllisyydestä, eikä muukaan näyttö asiassa riittänyt.

Vaikka näin voisi otsikkotietojen perusteella luulla, tapaus ei siis varsinaisesti anna oikeusohjetta epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta, lukuun ottamatta jo mainittua perustelujen kohdan 10 toteamusta, jonka mukaan kaikkien todisteen hankkimista tai esittämistä koskevien määräysten rikkomisesta ei välttämättä seuraa hyödyntämiskieltoa. Sen sijaan tapauksessa oli kyse itsenäisen hyödyntämiskielton asettamisesta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen pohjalta. Tapauksesta käy myös ilmi se korkeimman oikeuden kanta, että EIT:n oikeuskäytäntö ja EIS 6 artiklan vaatimukset voivat vaikuttaa sekä hyödyntämisingelman ratkaisemisen että todistusharkinnan – sen sisällä erityisesti näyttöarvon määrittämisen – tasolla.<sup>125</sup>

Tuoreimmat aiheeseen liittyvät ennakkopäätökset KKO 2012:45 ja KKO 2013:25 koskivat syytetyn esitutkinnassa antamien lausumien hyödynnettävyyttä ja itsekriminointisuoja, ja jälkimmäisen tapauksen otsikossa viitataan edelliseen.

### KKO 2012:45

A oli vangittuna, kun häntä kuulusteltiin epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta. A:lle määrätty puolustaja ei ollut kuulusteluissa läsnä. Kuulustelut käytiin englanniksi, mutta pöytäkirjat laadittiin suomeksi, jota A ei lainkaan osannut. Esitutkintapöytäkirjan mukaan A:lle oli ennen kuulusteluja ilmoitettu oikeudesta käyttää avustajaa, mutta hänelle ei ollut ilmoitettu oikeudesta pysyä vaiti ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Poliisin tiedossa oli, ettei A ollut neuvotellut puolustajansa kanssa myöskään ennen kuulusteluja.

A tuomittiin hovioikeudessa törkeästä huumausainerikoksesta sekä törkeästä kuolemantuottamuksesta ja törkeästä vammantuottamuksesta. Syyksilukeminen perustui osaksi A:n esitutkinnassa antamiin lausumiin, joihin syyttäjällä oli oikeudenkäynnissä vedonnut A:n syyllisyyttä tukevana näyttönä.

<sup>125</sup> Usein nämä tasot tuntuvat sekoittuvan toisiinsa niin oikeuskäytännössä kuin kirjallisuudessaakin. Ilmiötä kuvaa EIT:n vakiintunut perustelulausema ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*”. Tältä osin on mielestäni osuvaa puhua *liukuvasta hyödynnettävyydestä*. Käytin ilmausta edellä Antti Jokelan näkemystä kuvatessani juuri tässä merkityksessä. En pidä tällaista sekoittumista toivottavana.

Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla katsottiin, että A ei ollut yksiselitteisesti ja oikeuksistaan tietoisena luopunut oikeudestaan käyttää avustajaa esitutkinnassa eikä A ollut tiennyt avustajasta luopumisen seurauksista. A:n puolustautumismahdollisuuksia ja itsekriminointisuoja oli rikottu niin, ettei esitutkinnassa annettuja lausumia saanut käyttää näyttönä A:ta vastaan.

Hyödyntämiskysymystä koskevat perusteluotsikon III alaiset perustelujen kohdat 38–47.<sup>126</sup> Korkein oikeus aloitti argumentaationsa selvittämällä aihetta koskevat yleiset säännöt ja periaatteet esitutkintakertomukseen vetoamisesta viitaten lainkohtiin OK 17:32.2, ROL 6:7.2 ja OK 17:2. Korkein oikeus jatkoi huomioimalla, ettei mainituissa pykälissä ole säädetty siitä, voidaanko epäillyn esitutkintakertomukseen vetoaminen joissakin tilanteissa estää. Tämän jälkeen korkein oikeus viittasi edellä selostettuihin ratkaisun KKO 2011:91 perustelujen kohtiin 9 ja 10.<sup>127</sup> Lisäksi korkein oikeus totesi, että jo pitkään on pidetty muutoinkin selvänä, ettei esimerkiksi kidutuksella hankittua lausumaa voida käyttää tuomioistuimessa todisteena, vaikkei tätä koskevaa nimenomaista todistamiskieltoa ole laissa säädettykään.<sup>128</sup> EIT:n ratkaisukäytäntöä korkein oikeus selosti varsin kattavasti, neljän perustelukohdan verran (kohdat 40–43).

Korkeimman oikeuden ajatuskulun lopputulos käy ilmi perustelujen kohdasta 46.

46. Silloin kun esitutkintakertomus on hankittu loukaten epäillyn oikeutta avustajaan, kysymys sen käytettävyydestä oikeudenkäynnissä ei siis ensisijaisesti liity epäillyn tai hänen lausumiensa uskottavuuden arviointiin vaan epäillyn puolustautumisoikeuksiin. Jos epäillyn itsekriminointisuoja on näissä tilanteissa loukattu, epäillyn asemaa ei voida korjata noudattamalla kohdassa 39 selostettua vapaan todisteiden harkinnan periaatetta, jonka mukaan asianosaisen oikeuksia loukatinkin hankitun todisteen esittäminen sallitaan, mutta sen näyttöarvoa alennetaan tapauksen olosuhteiden mukaan. Epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan tällöin välttää vain, jos hänen syyllisyyttään tukevia lausumia ei hyödynnetä oikeudenkäynnissä.

---

<sup>126</sup> Kuten Mikko Vuorenpää on huomoinut, ratkaisun perusteluissa ei ollut kyse vain hyödyntämiskiellosta, ja perusteluotsikon II alla kuvatut asiat eivät koskeneet suoraan hyödyntämisongelmaa, vaan sitä, oliko tiettyjä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöitä noudatettu. Sivumäärän rajallisuuden ja artikkelin aiherajauksen vuoksi tässä ei ole mielekästä käsitellä ratkaisun tätä osaa. *Vuorenpää*, LM 2013 s. 139. Vrt. *Tapanila*, DL 2012 s. 592–597.

<sup>127</sup> Ratkaisuselosteen teksti viittaa kuitenkin kohtanumeroihin 8 ja 9.

<sup>128</sup> Ks. korkeimman oikeuden perusteluissa mainittu HE 36/1989 vp s. 4.



Korkein oikeus määräsi esitutkintakertomukset hyödyntämiskieltoon ja palautti asian hovioikeuteen todistelun uudelleenarviointia varten.

Ratkaisu on yksiselitteinen kannanotto hyödyntämiskielion puolesta. Hyödyntämiskielto johdettiin syytetyn itsekriminointisuojusta, ei mistään yksittäisestä hankkimiskieltopykälästä käsin, joten se voidaan luokitella itsenäiseksi hyödyntämiskielloksi. Hyödyntämiskielion perusteena oli perustelujen sanamuodon ja rakenteen mukaan nimenomaan itsekriminointisuojan loukkaus, joka tapauksesta ilmi käyvän oikeusohjeen mukaan vaatii hyödyntämiskielion asettamista. Ratkaisusta ei sen sijaan voida päätellä, että esitutkintapöytäkirjan tarkistusmahdollisuutta tai oikeutta avustajaan *sinänsä* koskeva virhe johtaisi automaattisesti hyödyntämiskieltoon.<sup>129</sup>

Ratkaisussa nimenomaisesti torjuttiin ajatus, että itsekriminointisuojan loukkaus voitaisiin korjata näyttöarvoa alentamalla vapaan todistusteorian mukaisesti. Vaikka ratkaisu perustuu suuressa määrin EIT:n käytäntöön, perusteluissa ei mainittu ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” -tyyppistä perustelulausumaa kuten ratkaisuissa KKO 2000:35, KKO 2008:68 ja KKO 2011:91. Hyödyntämiseratkaisu erotettiin selvästi näyttöarvon määrittämisen tasosta.<sup>130</sup>

#### KKO 2013:25

Kysymys siitä, oliko vastaajalle esitutkinnassa epäiltyinä kuuluvia oikeuksia loukattu siten, että hänen esitutkintakertomuksiaan ei olisi voitu käyttää näyttönä häntä vastaan. Ks. KKO 2012:45

Vaikka otsikossa viitataan edellä selostettuun ratkaisuun, on ratkaisussa merkittäviä eroja. Ensimmäinen ero liittyy perustelutapaan ja perustelujen laajuuteen: ratkaisussa KKO 2012:45 selostettiin EIT:n käytäntöä hyvin laajasti ja perustelut olivat yhteensä 48 kohdan mittaiset. Uudemman ratkaisun perustelutapa on olennaisesti suppeampi, EIT:n käytäntöä ei käydä yhtä kattavasti läpi, ja varsinkin itsekriminointisuojan mahdollisesta loukkauksesta korkein oikeus lausuu hyvin vähän. Tämän seurauksena perusteluissa onkin vain 23 kohtaa. Osin tämä johtuu tapausten tosisei-

<sup>129</sup> Vrt. *Tapanila*, DL 2012 s. 599–600. Tapanila katsoo, että KKO johti hyödyntämiskielion osittain myös perusteluotsikon II alla käsitellyistä seikoista, eli esitutkintapöytäkirjan laatimisesta suomeksi, sekä siitä, ettei syytetty ollut yksiselitteisesti luopunut oikeudestaan avustajaan. Kuten *Vuorenpää*, LM 2013 s. 143–145, tulkitseen perusteluita (erityisesti kohtia 45–46) siten, että ratkaisussa keskeinen syy hyödyntämiskielion asettamiselle oli juuri itsekriminointisuojan loukkaus, joka *aiheutui* siitä, että syytetyn oikeutta avustajan käyttöön oli loukattu. Itsekriminointisuojan ja oikeuden avustajaan välisestä suhteesta samansuuntaisesti myös *Tapanila*, DL 2013 s. 433.

<sup>130</sup> Ratkaisussa siis hylättiin malli, jota kuvaan tässä artikkelissa käsitteellä *liukuva hyödynnettävyys*.

kastojen eroista, mutta todennäköisesti myös siitä, että korkein oikeus piti ratkaisua KKO 2012:45 aihepiirin pioneeritapauksena, ja että se pyrki uudella ratkaisullaan vain täydentämään ja täsmentämään sen antamaa oikeusohjetta ilman tarvetta käsitellä kaikkea uudelleen. Tätä tulkintaa tukee myös otsikkotekstin viittaus.<sup>131</sup>

Toiseksi, ratkaisussa KKO 2013:25 korkein oikeus totesi, ettei A:lle esitutkinnassa kuuluvia oikeuksia ollut loukattu hyödyntämiskieltoa vaativalla tavalla. Hyödyntämiskielton asettamisen sijaan se palasi aiempaan, ratkaisusta KKO 2000:35 tuttuun linjaan, ja totesi, että ”selvää on, ettei langettavaa tuomiota voida perustaa yksin taikka pääasiassa epäillyn esitutkinnassa antamaan ja sittemmin oikeudenkäynnissä peruuttamaan lausumaan”, mikä käytännössä johti samaan lopputulokseen kuin hyödyntämiskielto.<sup>132</sup> Ratkaisu siis vahvisti, että myöhemmin peruttu esitutkintalausuma on sinänsä hyödyntämiskelpoinen, ja esitutkintalausuman hyödyntäminen ei sinänsä myöskään loukkaa itsekriminointisuoja.

Kolmanneksi, ratkaisun perustelut antavat jonkin verran tukea sille edellä hylätylle tulkinnalle, että oikeutta avustajaan koskeva virhe sinänsä johtaisi hyödyntämiskieltoon. Tämä tulkinta on tehtävissä perusteluiden alkuun kirjoitetusta kysymyksenasettelusta:

4. Korkeimmassa oikeudessa on A:n valituksen perusteella kysymys ensiksikin siitä, onko esitutkinnassa A:n oikeutta avustajaan ja kuulus-telutodistajan paikalle kutsumiseen sekä Euroopan ihmisoikeussopi-muksen 6 artiklan edellyttämään oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin olennaisesti kuuluvaa itsekriminointisuoja eli epäillyn oikeutta olla vaiti ja myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen loukattu siten, että hänen esitutkintakertomuksiaan ei voida käyttää asiassa näyttönä häntä vastaan.<sup>133</sup>

Tulkintaongelmaan ei kuitenkaan saatu lopullista vastausta. Korkeimman oikeuden mukaan asiassa ei ollut perusteita katsoa, että A:n esitutkinnassa

---

<sup>131</sup> Näistä kohdat 18–20 eivät sisälly ratkaisuselosteeseen. Tapanilan mukaan suppeampi perustelutyylä on osoitus kyvystä tiivistää olennainen tiiviiseen ja ymmärrettävään muotoon, ja aiemman ratkaisun perustelujen laajuus vaikeuttaa niiden ydinviestin hahmottamista. Ks. *Tapanila*, DL 2013 s. 431, 434.

<sup>132</sup> Tässä KKO myös nimenomaisesti viittasi ratkaisuun KKO 2000:35. Mielestäni tämä on kuitenkin kaikkea muuta kuin ”selvää”, ja kyseisenlainen käytännössä epämääräisesti hyödyntämiskielto ja tuomioistuimen harkintaan kuuluvan näytön arvioinnin välimaas-toon sijoittuva, ehdottomana sääntönä ymmärretty poikkeus vapaasta todistusharkinnasta on hyvin ongelmallinen. Kriittisesti myös *Tapanila*, DL 2013 s. 434–435.

<sup>133</sup> Tähän kysymyksenasetteluun KKO päätyi ilmeisesti hyvin omatoimisesti, sillä valitus-lupahakemuksessa ei vaadittu hyödyntämiskielton asettamista eikä vedottu itsekriminoin-tisuojaan. *Tapanila*, DL 2013 s. 433.

epäiltyä kuuluvia oikeuksia olisi loukattu siten, että hänen esitutkintakertomuksiaan ei voitaisi käyttää näyttönä häntä vastaan. Perusteluista ei käy ilmi, minkälainen loukkaus olisi tätä vaatinut, eikä korkein oikeus erotellut oikeuden avustajaan ja itsekriminointisuojaan välistä suhdetta.<sup>134</sup> Kaiken kaikkiaan näen ratkaisun herättävän enemmän kysymyksiä kuin se ratkaisee, eritoten koska sen näennäisesti pitäisi olla jatkumoa ratkaisussa KKO 2012:45 avatulle linjalle.<sup>135</sup>

Tässä esitetty ei ole tarkoitettu kaiken relevantin korkeimman oikeuden oikeuskäytännön kattavaksi kuvaukseksi. Kokonaiskäsityksen saamiseksi olisi suotavaa tutustua myös laajemmin todistamiskieltoja koskeviin korkeimman oikeuden ratkaisuihin.<sup>136</sup> Lisäksi kansallisten ennakkopäätösten ymmärtämiseksi olisi hyvä tutustua niihin suuresti vaikuttaneeseen EIT:n oikeuskäytäntöön, jonka tarkempi esittely ei tämän artikkelin rajoissa ole mahdollista.

### 3.3.2 Hovioikeusratkaisuja

Hovioikeuksissa hyödyntämiskieltoa koskevia tapauksia on käsitelty viime vuosina jonkin verran. Esittelen julkaistuja ratkaisuja lyhyesti seuraavassa.

Ratkaisut Kouvolan HO 23.9.2004 (R 04/493) ja Helsingin HO 24.1.2008 184 (R 07/2233) koskivat telekuuntelua. Ensimmäisessä Kouvolan hovioikeus hyväksyi telekuuntelussa saadun ylimääräisen tiedon käyttämisen todisteena. Korkein oikeus ei myöntänyt asiassa valituslupaa, mutta ratkaisi myöhemmin ylimääräisen tiedon käyttöä koskevan asian samansuuntaisesti (edellä selostettu KKO 2007:58). Jälkimmäisessä Helsingin hovioikeuden ratkaisemassa tapauksessa hyödyntämiskielton alaisiksi jäivät aviopuolisoiden keskinäisistä puheluista tehdyt tallenteet, kun kuuntelulupa oli vain toisen puolison puheluihin, ja kun VPKL 5a:10.1:n kuuntelukieltosäännöstä oli tulkittava perusoikeusmyönteisesti. Hovioikeus viittasi EIS 8 artiklaan, jossa on turvattu jokaiselle oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä,

<sup>134</sup> Tapanilan mukaan ratkaisujen itsekriminointisuoja koskevia tulkintoja on vaikea pitää johdonmukaisina, ks. *Tapanila*, DL 2013 s. 434.

<sup>135</sup> Vrt. *Tapanila*, DL 2013 s. 437–438.

<sup>136</sup> Vain välillisesti hyödyntämiskieltoihin liittyvistä, mutta koko ongelmakentän kannalta huomionarvoisista ratkaisuista mainittakoon esimerkkinä takavarikkoa koskenut KKO 2003:119, jossa oli varsinaisesti kyse VPKL 4:2.2:n soveltamisesta ja OK 17.24.1:n 4 kohdan todistamiskielton laajuudesta. Ratkaisussa harkittiin, voidaanko todistamiskieltoa laajentava tulkintaohje johtaa perustuslaista tai EIS:sta. Tällainen tulkintaohje, johon ratkaisussa ei kuitenkaan nähty mahdollisuutta, muistuttaisi monessa mielessä itsenäistä hyödyntämiskieltoa. Ainakin hyödyntämiskieltoa voitaisiin arvioida samoilla perusteilla. Ks. myös tämän artikkelin aiherajauksen ulkopuolelle sinänsä jäävä KKO 2006:11, jossa oli kyse hyödyntämiskiellosta verotuksessa kansainvälisen oikeusavun ehtojen perusteella, ja tuon hyödyntämiskielton huomiotta jättämisestä virkarikoksena.

kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta, sekä PL 10.2 §:n säännökseen.<sup>137</sup>

Ratkaisu Helsingin HO 9.3.2007 837 (R 06/2199) koski avopuolison kieltäytymisoikeutta. Hovioikeus päätyi hyväksymään esitutkintakertomusten hyödyntämisen. Hovioikeus totesi kylläkin, että OK 17:20 ja 17:24:n itse- ja läheiskriminointisuoja koskevat säännökset voivat estää todistajan esitutkintakertomuksen lukemisen ja hyödyntämisen pääkäsitelyssä, ja että OK 17:20:n kieltäytymisoikeus on ehdoton.<sup>138</sup> C:llä, jonka lausumista oli kyse, ei kuitenkaan ollut kieltäytymisoikeutta OK 17:20:n tai VETL 17 §:n nojalla. Tapaukseen antoi lisämausteensa asianosaisasetelman monimutkaisuus, sillä C oli vyyhdin eri rikosten osalta sekä vastaaja, asianomistaja että todistaja.

Itä-Suomen hovioikeus puolestaan pohti rangaistavalla salakatselulla hankitun DVD-tallenteen hyödynnettävyyttä ratkaisussaan Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506). Hovioikeus viittasi ennakkopäätökseen KKO 2007:58 ja totesi punninnan jälkeen, että tapahtunut yksityiselämän suojan loukkaus oli laadultaan niin vakava suhteessa syytteessä tarkoitettuun rikokseen, ettei se sallinut tallenteen käyttämistä asiassa todisteena. Harvinaiseksi meidän oloissamme tapauksen tekee se, että kyse oli todistajaksi nimetyn yksityishenkilön – ei poliisin – laittomasti hankkimasta materiaalista.

Tapauksessa Kouvolan HO 8.5.2012 393 (R 11/1036) hovioikeus jätti EIT:n käytäntöön vedoten ja korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen KKO 2011:91 kohtaan 10 viitaten hyödyntämättä syytetyn esitutkinnassa antaman lausuman, kun hänellä ei ollut kuulustelussa ollut avustajaa ja hän ei ollut pätevästi luopunut oikeudestaan avustajaan. Hovioikeuden ratkaisu jäi lainvoimaiseksi.

*Antti Tapanila* on tutkinut hovioikeuksien tuoretta oikeuskäytäntöä avustajaa koskevaan oikeuteen tai itsekriminointisuojaan liittyvien hyödyntämiskiellojen osalta. Useissa Tapanilan aineiston tapauksissa hovioikeudet ovatkin asettaneet hyödyntämiskiellon. Joissakin päätöksistä on kuitenkin tukeuduttu vanhempiin korkeimman oikeuden ratkaisuihin, ja niistä on edelleen havaittavissa myös hyödyntämiskäytännön peittelemistä ja sekoittumista näytön arviointiin. Tuoreista ennakkopäätöksistä hovi-

---

<sup>137</sup> KKO kuitenkin poisti hyödynnettävyyttä koskevan hovioikeuden päätöksen ratkaisulla 1.9.2010 1678 (R2008/299), koska syyttäjällä ei ollut tapauksessa muutoksenhakuoikeutta käräjäoikeuden päätökseen todisteiden käytön kieltämisestä koskevassa asiassa. Näin ollen käräjäoikeuden lopputulokseltaan samanlainen, hyödyntämisen kieltänyt käsittelyratkaisu jäi voimaan.

<sup>138</sup> Hovioikeuden mukaan OK 17:24:ssä säännelty itsekriminointisuoja ei ole yhtä ehdoton kuin 17:20:ssä säännelty lähiomaissuoja.

oikeuksien linja muistuttaakin enemmän ratkaisua KKO 2013:25 kuin ratkaisua KKO 2012:45.<sup>139</sup>

### 3.4 Yhteenveto nykyisestä oikeustilasta

Kuten edeltä käy ilmi, hyödyntämiskieltoja koskeva oikeustila Suomessa on epäselvä. Siitä vallitsee vaihtelevia käsityksiä, eikä fragmentaarinen, osittain ristiriitainen ja perusteluiltaan epäselvä oikeuskäytäntö auta luomaan selkeää kokonaiskuvaa. Lähinnä voidaan todeta, että hyödyntämiskielto ovat Suomessa mahdollinen oikeusilmiö, jota ainakin korkein oikeus arvioi lähinnä ihmis- ja perusoikeusvelvoitteista lähtien, pitkälti EIT:n ratkaisukäytäntöön nojautuen. Erityisesti viime aikoina mielenkiinto hyödyntämisiongelman sisällä on kohdistunut itsekriminointisuojaan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiin.

Epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja koskeva systematiikka on jäänyt muodostumatta. Kuten ratkaisuissa KKO 2007:58, KKO 2011:91 ja KKO 2012:45 vahvistettiin, pelkästään se seikka, että todiste tai todisteen sisältämä tieto on hankittu lainvastaisella tavalla tai muutoin virheellisellä menettelyllä, ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi käyttää oikeudenkäynnissä. Ainakaan kaikkia todistelua koskevia säännöksiä ei siis voida tulkita absoluuttisiksi kielloiksi.<sup>140</sup> Kuitenkin jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy vakava oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla tapauskohtaisesti kysymykseen.

Kirjallisuuden ja erityisesti jo melko vanhan ennakkopäätöksen KKO 1995:66 pohjalta voidaan todeta, että jotkin prosessilainsäädännöstämme löytyvät esittämis- tai hankkimiskielto on tulkittava absoluuttisiksi ja siten hyödyntämiskieltoa vaativiksi. Voitaneen ajatella, että tällaisten säännösten loukkaaminen tarkoittaa aina ns. vakavaa loukkausta. Niukka oikeuskäytäntö ei kerro kattavasti, mitkä tällaisia säännöksiä ovat, eikä sen pohjalta voida systematisoida normeja eri hyödyntämisseuraamuksia vaativiin kategorioihin.

Oikeustieteen osalta Pölösen esittämää voidaan pitää ainoana systemaattisena ja perusteltuna normikohtaisena luokitteluna, mutta oikeuskäytäntö

<sup>139</sup> *Tapanila*, DL 2014 s. 5, 21–22, 24–25. Tapanilan aineisto koostui 22 julkaisemattomasta hovioikeusratkaisusta aikaväliltä 9.5.2012 – 4.10.2013. Näistä neljässä tapauksessa hovioikeus asetti hyödyntämiskielton avustajaa koskevan oikeuden loukkauksen ja kahdessa itsekriminointisuojaan kohdistuvan loukkauksen perusteella.

<sup>140</sup> Tähän suuntaan korkein oikeus viittasi jo aiemmin ratkaisussa KKO 2006:107: ”Korkein oikeus kiinnittää ensinnäkin huomiota siihen, että ehdottomat todistamiskielto ovat oikeusjärjestelmässämme poikkeuksellisia. Pääsääntönä on vapaan todistelun periaate.”

ei yksiselitteisesti vahvista oikeustilaa sen mukaiseksi. EIT:n vaikutus on oikeuskäytännössä noussut Pölösen esittämää perusoikeusmyönteistä punnintamallia tärkeämmäksi etenkin itsenäisten hyödyntämiskieltojen osalta. Kuitenkin useista ratkaisuista, tärkeimpänä KKO 2011:91, on luettavissa tukea Pölösen kannalle ja punninnalle.

Yhtenä suomalaiselle keskustelulle – joskaan ei enää kaikissa tapauksissa – tyypillisenä piirteenä pidän hyödyntämiskieltojen ja todistusharkinnan tasojen sekoittumista. Silloinkin, kun perus- ja ihmisoikeudet eivät vaadi hyödyntämiskieltoa, niiden ajatellaan vaikuttavan näyttöarvon määrittämiseen. Niin kauan kuin tämä tapahtuu vapaan todistusteorian mukaisesti yksittäistapauksittain, pidän tätä hyväksyttävissä olevana ajattelutapana. Kun tältä pohjalta kuitenkin muodostetaan kategorisia sääntöjä, jotka vaikuttavat todistusharkinnan sisällä käytännössä hyödyntämiskiellon tavoin, on mielestäni kyse vaarallisesta käsitteellisestä sekaantumisesta, joka vaikeuttaa ongelmien hahmottamista ja tekee oikeustilasta entistä epäselvemmän.<sup>141</sup>

Olen kuvannut tätä ilmiötä jo edellä muutamaan otteeseen *liukuvaksi hyödynnettävyydeksi* nimeämälläni käsitteellä. Ilmiön näkyvimpänä osoituksena pidän EIT:n käytännöstä lainattua ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” -tyyppistä perustelulausumaa kansallisten tuomioiden perusteluissa.<sup>142</sup> EIT:n perustelutavat on mielestäni ymmärrettävä sitä taustaa vasten, että EIT katsoo hyödyntämiskysymysten kuuluvan kansallisen lain alaan. EIT tarkastelee, onko valittajan vähimmäisoikeuksia rikottu ja onko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus kokonaisuutena toteutunut.<sup>143</sup> Kansallisessa laissa on kuitenkin syytä määrittää hyödyntämisen rajat selkeämmin ja luonnollisesti siten, että EIT:n *vähimmäisvaatimukset* täyttyvät jokaisessa tilanteessa. Fraasinomainen ”*ei voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa*” ei kerro mitään siitä, minkälainen arvo jollekin todisteelle käytännössä voidaan antaa muiden todisteiden ohella, ja se näyttää kansallisessa tulkinnassa ilmenevän lähinnä naamioituna hyödyntämiskiellon korvikkeena.

Parempi, selkeämpi ja systemaattisesti loogisempi ratkaisu olisikin tehdä aina selvä hyödynnettävyyseratkaisu. Jos jokin todiste sitten katsotaan hyödynnettäväksi, tulisi sen näyttöarvo jättää täysin vapaan todistushar-

<sup>141</sup> Tästä huonoina esimerkkeinä mainittakoon ratkaisut KKO 2008:68 ja KKO 2013:25.

<sup>142</sup> Samankaltaisia ilmauksia ovat mm. ”yksin tai pääasiassa”, ”ainoa tai ratkaiseva näyttö” ja ”keskeinen tai pääasiallinen näyttö”. Nämä ilmaukset eivät itsessään ole paheksuttavia, mutta niiden *käyttö* on joskus ongelmallista. EIT:n kielenkäytöstä kontradiktorisuuteen liittyvissä tilanteissa ks. *Pölönen* 2003 s. 95–96.

<sup>143</sup> Ks. KKO 2012:45, kohta 40 sekä EIT:n suuren jaoston tuomiot Al-Khawaja v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.11.2011, kohta 118 ja aiempi Gäfgen v. Saksa 1.6.2010, kohta 162.

kinnan varaan, ilman että todistusharkintaan sotketaan syytetyn oikeuksia turvaavia sääntöjä.<sup>144</sup> Näin näyttöarvon määrittäminen tapahtuisi selkeästi yksittäistapauksittain todisten luotettavuuden pohjalta ja syytetyn oikeudet tulisivat huomioiduksi hyödyntämiskäytännön tasolla.<sup>145</sup> Askeleena tähän toivottavaan suuntaan voidaan pitää ennakkopäätöstä KKO 2012:45, puoli-askeleena taaksepäin taas uudempaa ratkaisua KKO 2013:25.

## 4 ERITYISKYSYMYKSIÄ

### 4.1 Etäisvaikutus

Oppi etäisvaikutuksesta eli hyödyntämiskiellon ulottumisesta myös lainvastaisen toiminnan avulla *välillisesti* hankittuihin jatkotodisteisiin on amerikkalaislähtöinen. Siksi ennen suomalaisen oikeuden tarkastelua on syytä luoda katsaus etäisvaikutusopin lähtökohtiin Yhdysvalloissa. Siellä etenkin liittovaltion perustuslain lisäyksiin pohjautuvien, oikeuskäytännössä kehittyneiden hyödyntämiskieltojen keskeisiin piirteisiin kuuluu myös jatkotodisteisiin ulottuva vaikutus. Jo varhaisessa ratkaisussaan *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) liittovaltion korkein oikeus lausui: ”The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all.”<sup>146</sup> *Silverthorne*-ratkaisu ei sisältänyt kovinkaan hienostunutta hyödyntämiskiellon tavoitteisiin viittaavaa argumentaatiota. Korkein oikeus on kuitenkin jälkikäteen korostanut etäisvaikutuksen perusteena poliisin toiminnan ohjaamista

<sup>144</sup> Pidän vähemmän ongelmallisena – joskaan en tarpeellisenä – hyödyntämiskiellon asettamista tietynlaisen todistelun kategoriseen epäluotettavuuden perusteella. Se, että jonkin hyödyntämiskiellon taustalla on *epäluotettavan todistelun poissulkemiskäytäntö* (ks. 2.4.3), mikä merkitsee luotettavuuskysymysten ratkaisemisen tuomista osittain todistusharkinnan ulkopuolelle, ei ole yhtä vahingollista kuin oikeusturvapohdintojen sotkeminen todistusharkinnan sisäiseen luotettavuusarviointiin. Tässä tilanteessa todistusharkinta tapahtuisi kuitenkin edelleen puhtaasti vapaan todistusharkinnan mukaisesti.

<sup>145</sup> Hyödyntämiskäytännön yhtenä punninta- tai muuna ratkaisukriteerinä voisi toki olla kyseessä olevan todisten merkitys tapauksessa. Näin EIS:n ja EIT:n vaatimukset voitaisiin ottaa huomioon.

<sup>146</sup> Oppi etäisvaikutuksesta sai varsin runollisen nimensä *fruit of the poisonous tree* vasta lähes kaksi vuosikymmentä myöhemmin ratkaisussa *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), joka ei tosin koskenut perustuslain lisäyksiä, vaan liittovaltion lain vastaisesti hankitun todisten sallittavuutta. *Cammack* 2013 s. 13, av. 47. Etäisvaikutusopin kannalta keskeinen ratkaisu on myös alun perin vain fyysisiä esineitä koskeneen opin henkilötodisteluun laajentanut *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

ja väärinkäytösten ennaltaehkäisyä.<sup>147</sup> Tätä perustetta ei ole yleensä nähty kovin keskeisenä suomalaisessa hyödyntämiskielto keskustelussa.

Etäisvaikutuksen rikosprosessin tehokkuudelle aiheuttamien haittojen vähentämiseksi amerikkalaisessa oikeuskäytännössä on muodostettu myös useita poikkeus- ja soveltamisrajoituksia. Ensinnäkään etäisvaikutus ei koske kaikkia hyödyntämiskieltoja, vaan esimerkiksi ns. *Miranda-varoituksen* laiminlyönti aiheuttaa hyödyntämiskiellon, jolla ei ole etäisvaikutusta. Myös ainakin joiltakin ei-perustuslaillisilta hyödyntämiskielloilta etäisvaikutus puuttuu.<sup>148</sup> Poikkeussäännöistä merkittävimpiä ovat *independent source*, *inevitable discovery* ja *attenuation*, jotka esittelen lyhyesti seuraavassa.

Jo Silverthorne-tapauksessa todettiin *independent source* -poikkeus, jonka mukaan ”itsenäisestä lähteestä” saadut tiedot ovat hyödynnettävissä, vaikka samat tiedot olisi hankittu myös laittomasti.<sup>149</sup> Itsenäisen lähteen poikkeus edellyttää, että tiedot on tosiasiallisesti hankittu laillisella keinolla, mikä edellyttää kausaalisuhteiden arviointia tilanteissa, joissa myös laittomia tutkintatoimia on suoritettu. Näin ollen kyse ei varsinaisesti ole edes poikkeuksesta, vaan yksinkertaisesti siitä, että tuomioistuimien toteama, että itsenäisestä lähteestä hankittu todiste on hankittu laillisesti eikä se siten ole laittoman menettelyn hedelmä.<sup>150</sup> *Inevitable discovery* eroaa itsenäisen lähteen opista siten, että siinä on kyse hypoteettisesta tapahtumien kulusta. Jos todiste on tosiasiallisesti hankittu laittoman toiminnan seurauksena, on se hyödynnettävissä, jos se olisi joka tapauksessa löydetty myös laillisin keinoin.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> *McCormick ym.* 1992 s. 720–721, ks. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>148</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985). Ks. *Dix*, ACLR 1989 s. 70, av. 79 ja *Cammack* 2013 s. 26–27. Usein amerikkalaisissa TV-sarjoissa ja elokuvissa kuultu *Miranda*-varoitusta pohjautuu tapaukseen *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), jossa liittovaltion korkein oikeus katsoi, ettei kiinniotetun epäillyn lausumaa voida käyttää todisteena, ellei itsekriminointisuoja toteutumisesta ole huolehdittu prosessuaalisilla turvatoimenpiteillä. Käytännössä todisteen hyödynnettävyys vaatii sen osoittamista, että 1) epäilylle on kerrottu tämän oikeuksista, 2) epäily on ymmärtänyt hänelle annetut varoitukset, ja 3) epäily on tietoisesti ja vapaaehtoisesti luopunut viidennen lisäyksen mukaisesta vaitiolo-oikeudesta ja kuudennessa lisäyksessä turvatusta oikeudesta asianajajan läsnäoloon. *Gardner – Anderson* 1995 s. 128–129, *Perigoe*, JILFA 2009 s. 508 ja *Cammack* 2013 s. 24.

<sup>149</sup> Edellä lainattu kohta tuomiosta jatkuukin: ”Of course, this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.”

<sup>150</sup> *McCormick ym.* 1992 s. 726, *Cammack* 2013 s. 15–16.

<sup>151</sup> *Inevitable discovery* -poikkeus perustuu tapaukseen *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), joka koski liittovaltion perustuslain kuudennen lisäyksen loukkausta eli oikeutta avustajaan. Poikkeus ei kuitenkaan rajoitu tähän kuudennen lisäyksen kontekstiin, vaan koskee myös muita liittovaltiollisia-perustuslaillisia hyödyntämiskieltoja. *McCormick ym.* 1992 s. 739–740, *Cammack* 2013 s. 16–17.



*Attenuation*-poikkeus soveltuu tilanteissa, joissa kausaalinen yhteys laittomuuden ja todisteen hankkimisen kanssa on olemassa, mutta tuo yhteys katsotaan siinä määrin heikentyneeksi ja etäiseksi, ettei todistetta enää voida pitää pilaantuneena. Heikentymisen arvioinnissa merkitystä on varsinkin laittomuuden ja todisteen hankinnan välisellä ajalla, laittomuuden ja todisteen hankinnan välisillä tapahtumilla tai olosuhteiden muutoksilla, laittomuuden laadulla ja törkeydellä ja sillä, onko laittomuuden kohde vapaaehtoisesti päättänyt tehdä yhteistyötä viranomaisten kanssa.<sup>152</sup> Tapauksessa *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006) liittovaltion korkein oikeus sovelsi yhteyden heikentymistä koskevaa oppia uudella tavalla. Siinä kyse ei ollut kausaalisen yhteyden heikentymisestä edellä mainitun kaltaisista syistä. Oikeus katsoi, ettei todisteiden hyödyntäminen tapauksessa loukannut perustuslaillisella turvamekanismilla suojattuja intressejä. Hyödyntämiskielloilla tavoiteltujen intressien ja laittomuuden välillä ei siten ollut lain vaatimaa yhteyttä, vaikka kausaalisyhteys sinänsä oli olemassa ja vieläpä melko vahva.<sup>153</sup>

Yhdysvalloista etäisvaikutuskeskustelu on levinnyt myös Eurooppaan. Saksassa aihe on säilynyt kiistanalaisena. Yleinen suhtautuminen etenkin oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut ja on edelleen huomattavasti amerikkalaista pidättyvämpää. *Bundesgerichtshof* on yleensä jättänyt etäisvaikutuksen tunnustamatta eikä *Bundesverfassungsgericht* ole perustuslaillista tulkintavaltaansa käyttäessään edellyttänyt ainakaan laajaa etäisvaikutusta.<sup>154</sup> *Bundesgerichtshof* on kuitenkin hyväksynyt etäisvaikutuksen ja asettanut jatkotodisteen hyödyntämiskieltoon tapauksessa BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), jossa oli kyse puhelinsalakuuntelua koskevan

<sup>152</sup> Poikkeusta koskevan opin kehityksessä keskeisiä tapauksia ovat olleet jo edellä mainittujen *Nardone-* ja *Wong Sun-*tapausten lisäksi *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975) ja *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984). Poikkeus koskee ainakin liittovaltion perustuslakiin pohjautuvia hyödyntämiskieltoja. *McCormick ym.* 1992 s. 732–739, *Cammack* 2013 s. 17–18.

<sup>153</sup> *Cammack* 2013 s. 18.

<sup>154</sup> Ks. *Bundesgerichtshofin* ratkaisut BGH 3 StR 136/83 (24.8.1983), BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987), BGH 4 StR 333/87 (6.8.1987), BGH 5 StR 680/94 (22.3.1995), BGH 5 StR 680/94 (20.12.1995) ja BGH 1 StR 316/05 (7.3.2006). Linjassa ei ole havaittavissa lieventymisen merkkejä, vaan tuoreessa tapauksessa BGH 3 StR 573/09 (14.9.2010) *Bundesgerichtshof* päätyi siihen, ettei edes kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista johtuvan, kidutuksen kieltoa koskevan hyödyntämiskielion vaikutus ulottunut myöhemmässä tilanteessa annettuun lausuntoon, kun aiemmalla kohtelulla ei katsottu olleen vaikutusta myöhemmän lausuman sisältöön. Tapauksessa pakistanilaiset tiedusteluviranomaiset olivat kuulustelun aikana lyöneet terroristijärjestö Al-Qaidan jäsenyydestä epäiltyä, mutta tämän ei katsottu vaikuttaneen epäillyn myöhemmin Saksan konsulaatissa antamaan lausuntoon. Ks. *Heghmanns* ZJS 2011 s. 98–100. *Bundesverfassungsgerichtin* käytännöstä ks. BVerfG 2 BvR 1686/04 (8.12.2005), BVerfG 2 BvR 255/06 (2.4.2006) ja BVerfG 2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03 (19.9.2006).

nimenomaisen todistamiskielto säännöksen<sup>155</sup> loukkauksesta, kun kyse ei ollut vakavasta rikoksesta. Eräänlaisesta etäisvaikutuksesta on kyse myös ns. jatko vaikutuksessa (*Fortwirkung*), jossa aiemmin laittomasti hankittu todiste tai kuulustelussa käytetty lainvastainen metodi edelleen vaikuttaa epäillyn tahdonmuodostukseen myöhemmässä kuulustelutilanteessa. Näin saatu todiste on kiinteässä yhteydessä alkuperäiseen menettelyvirheeseen, jonka vaikutus siis jatkuu.<sup>156</sup>

Saksalaisessa oikeustieteessä kysymys hyödyntämiskieltojen ulottuvuudesta ja tuomioistuinten ottama linja ovat herättäneet suurta kritiikkiä ja erimielisyyttä.<sup>157</sup> Etäisvaikutuksen vastustus on perustunut kriminaalipoliittisiin näkökohtiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuuden vaalimiseen. Etenkään keskeisiä todisteita ei ole haluttu jättää käyttämättä törkeitä rikoksia koskevissa tapauksissa.<sup>158</sup> Etäisvaikutusta taas on kannatettu erityisesti tilanteissa, joissa sen kieltäminen johtaisi todistamiskieltoon liian helppoon kiertämiseen tai rohkaisisi laittomaan toimintaan, tai kun jatkotodisteen hyödyntäminen johtaisi vakavaan perusoikeusloukkaukseen.<sup>159</sup>

Sikäli kuin etäisvaikutus Saksassa tunnustetaan, muodostaa siitä poikkeuksen oppi hypoteettisesta tutkinnan kulusta (*hypothetische Ermittlungsverläufe*), joka vastaa *inevitable discovery* -oppia. Jos voidaan ilman perusteltua epäilyä todeta, että laittoman toimenpiteen seurauksena epäsuorasti hankittu todiste olisi löydetty myös lainmukaisen tutkinnan tuloksena, on todiste hyödynnettävissä.<sup>160</sup> Lisäksi etäisvaikutuksen katsotaan ulottuvan vain jatkotodisteen käyttämiseen todisteena, ei sen sijaan jatkotodisteen käyttämiseen tutkinnan suuntaamiseen tai vastaavaan (*Spurenansatz*).<sup>161</sup> Toisin sanoen tutkintaa suorittavaan poliisiin ei kohdistu ennakoivaa hyödyntämiskieltoa.

<sup>155</sup> Saksan perustuslain 10 artiklassa säädettyä luottamuksellisen viestinnän suojaan rajoittavan ns. G 10 -lain (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post und Fernmeldegeheimnisses*, 1968) silloinen § 7 III.

<sup>156</sup> Ks. *Heghmanns*, ZJS 2011 s. 99 ja BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978) sekä BGH 4 StR 70/62 (13.7.1962). Vrt. *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

<sup>157</sup> *Koriath* 1994 s. 103–104, *Roxin* 1995 s. 173–174, *Eisenberg* 2011 s. 137–140 ja *Gless* 2010 s. 16–17, 22–23.

<sup>158</sup> Ks. *Koriath* 1994 s. 103–104 ja *Eisenberg* 2011 s. 138. Vrt. BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), kohta 11. Ks. myös StPO § 136a:n loukkausta koskeva ratkaisu BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987). Karkeasti voitaisiin sanoa, että siinä missä amerikkalaisen etäisvaikutusopin tavoitteena on ehkäistä poliisin rikoksia (tai lainvastaista toimintaa), saksalaisen etäisvaikutusopin pohjana on rikollisten rikosten ehkäiseminen.

<sup>159</sup> *Roxin* 1995 s. 173–174 ja *Eisenberg* 2011 s. 138–139. Ks. myös BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980), kohdat 8–9.

<sup>160</sup> *Gless* 2010 s. 22 ja *Eisenberg* 2011 s. 139–140.

<sup>161</sup> *Gless* 2010 s. 17 ja BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978).

Suomessa kirjoitettu laki ei juuri anna vastauksia hyödyntämiskieltojen olemassaolosta. Niinpä se ei myöskään vastaa kysymykseen siitä, ulottuuko hyödyntämiskielton vaikutus lainvastaisesti hankitun todisteen avulla hankittuun jatkotodisteeseen. Myöskään edellisessä luvussa selostetussa suomalaisessa oikeuskäytännössä ei ole juuri käsitelty tätä kysymystä. Suomalainen oikeustila on näin ollen varsin niukan oikeuskirjallisuuden varassa.

Hormian ottaman kannan mukaan hyödyntämiskielloilla ei Suomen oikeuden mukaan ole etäisvaikutusta.<sup>162</sup> Häntä suopeammin etäisvaikutukseen meillä on suhtautunut Pölönen, jonka mukaan hyödyntämiskieltoihin voi Suomessakin tietyissä olosuhteissa liittyä etäisvaikutus, mutta yleensä ei. Pölönen myös jakaa etäisvaikutustilanteet neljään tyyppiin: 1) henkilöä kuulustellaan ensin kiellonvastaisesti ja myöhemmin laillisesti; 2) kiellonvastaisesti kuultu ilmaisee kolmannen henkilön, jota voidaan kuulla laillisesti; 3) kiellonvastainen kuulustelu paljastaa esitutkintaviranomaisille (ennen tuntemattomia) reaalisia todistuskeinoja; ja 4) syytetty tai kansasyytetty saadaan tunnustamaan teko laittomin keinoin esille tulleiden todisteiden painostamana tai muuten laittomin keinoin.<sup>163</sup>

Ensimmäisen tapausryhmän osalta Pölönen kannattaa etäisvaikutusta räikeissä tapauksissa perusoikeusmyönteisen punninnan mallin pohjalta, mutta on valmis hyväksymään *inevitable discovery* -tyyppisen poikkeuksen. Pääperusteena tälle näyttää olevan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden turvaaminen, joskin Pölönen mainitsee myös amerikkalaistyylisemmän argumentin: hyväksymällä etäisvaikutus vaikutetaan ennaltaehkäisevästi esitutkintaviranomaisen toimintoihin. Lisäksi tiettyjen todistamis- ja hyödyntämiskieltojen suojelutarkoitus puoltaa Pölösen mukaan etäisvaikutusta. Vasta-argumentteina Pölönen tunnustaa aineellisen totuuden tavoittelun, esitutkintamekanismin tehokkaan toimivuuden ja painavimpana *inevitable discovery* -pohdintojen johtamisen ”vaikeisiin ja mahdollisesti epävarmoihin kausaalipohdintoihin kielletyn menettelyn ja uuden todisteen saamisen välisestä suhteesta”.<sup>164</sup>

Toisessa tapausryhmässä Pölönen suhtautuu etäisvaikutukseen vähemmän innokkaasti. Hän pitää pääsääntönä, että tietoon tulleiden asian selvittämisessä tarpeellisten tertiusten kuulusteluihin tulee voida ryhtyä normaalisti esitutkinnassa, ja kokonaisen todistajankertomuksen poissulkeminen voi käytännössä tulla kyseeseen ”vain hyvin marginaalisesti”, riippuen tuo-

<sup>162</sup> *Hormia* 1978 s. 292–301.

<sup>163</sup> *Pölönen* 2003 s. 316. Mainittakoon, että Pölösen koko etäisvaikutusta pohtiva jakso perustuu pitkälti saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen, joskin Pölönen viittaa myös (varsin kriittisesti) Hormian kirjoituksiin.

<sup>164</sup> *Pölönen* 2003 s. 316–318.

mioistuimen tapauskohtaisesta arviosta.<sup>165</sup> Kolmannessa tapausryhmässä eli esinetodisteiden suhteen Pölönen kannattaa vastaavaa ratkaisumallia kuin ensimmäisessä, siis perusoikeusmyönteistä punnintamallia yhdistettynä *inevitable discovery* -pohdintaan. Pölönen ei näe perustetta arvioida esinetodisteita eri tavalla kuin henkilötodisteita, mutta suhtautuu kuitenkin tässäkin ryhmässä etäisvaikutukseen jossakin määrin nuivemmin kuin ensimmäisessä ryhmässä.<sup>166</sup>

Pölösen mukaan neljännessä tapausryhmässä laittomin keinoin saadun tunnustuksen hyödyntäminen näyttönä voi estyä jo siksi, ”että kyseessä katsotaan olevan niin vakava todistamiskieltonormin ([V]ETL 24 §)<sup>167</sup> loukkaus, että esitutkintapöytäkirjaan vetoaminen samoin kuin tietyistä seikoista kysyminen kielletään”.<sup>168</sup> Pölösen ilmaus on hivenen kryptinen, eikä tyyppitilanteessa ole välttämättä lainkaan kyse etäisvaikutuksesta. Painostamalla tai huijaamalla toteutettua *kuulustelua itsessään* koskee todistusmetodikielto, johon mahdollisesti liittyy hyödyntämiskielto. Tällöin kyse ei varsinaisesti ole siitä, että jatkotodisteen hyödyntäminen estyisi todistusharkinnassa. Jatkotodisteen hyödyntäminen muodostuu kysymykseksi vain, jos kuulusteltavan kohtelua ohjaavasta säännöksestä ei katsota johtuvan hyödyntämiskieltoa, tai jos laittomasti hankitun todisteen käyttämistä hyväksi kuulustelutilanteessa ei tulkita kyseisessä säännöksessä kielletyksi menettelytavaksi.<sup>169</sup> Tähän neljännen tapausryhmän varsinaiseen etäisvaikutustilanteeseen Pölönen ei ota selvää kantaa.

Pölösen näkemyksen ei kuitenkaan voida katsoa edustavan Suomessa yksiselitteisesti vallitsevaa mielipidettä. Käytännön tasolla suomalainen oikeustila voidaan summata siten, että hyödyntämiskielton ulottuvuus on aina yksittäistapauksessa tuomioistuimen ratkaistavissa. Kun tuomioistuinten suhtautuminen jo hyödyntämiskieltoihin on pääsääntöisesti ollut negatiivista, ei etäisvaikutuksen tunnustavia ratkaisuja juuri ole.

---

<sup>165</sup> Pölönen 2003 s. 318.

<sup>166</sup> Pölönen 2003 s. 318–319.

<sup>167</sup> UETL:ssä vastaava pykälä on 7:5.

<sup>168</sup> Pölönen 2003 s. 319.

<sup>169</sup> UETL 7:5:ssä näiksi luetellaan väärät ilmoitukset, lupaukset tai uskottelut erityisistä eduista, uuvuttaminen, uhkaus, pakko sekä muut kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavat sopimattomat keinot ja menettelytavat. Esitutkintapöytäkirjan hyödynnettävyydestä myös kuulusteltavan kohtelua koskevissa virhetilanteissa ks. Pölönen 2003 s. 250–263.

## 4.2 Hyödyntämiskiellon asettaminen viran puolesta

Ehkäpä keskeisin hyödyntämiskieltojen prosessuaaliseen toteuttamiseen liittyvistä kysymyksistä on, onko hyödyntämiskiellot otettava tuomioistuimessa huomioon viran puolesta, vai onko osapuolen nimenomaisesti vedottava jonkun todisteen hyödyntämistä vastaan.<sup>170</sup>

Suomessa kysymykseen on saatu osittainen vastaus tapauksessa KKO 2013:25, jossa korkein oikeus otti hyödyntämiskiellon asettamisen esille, vaikka sitä ei nimenomaisesti ollut vaadittu. Lisäksi oikeustieteessä Pölönen on pitänyt selvänä, että tuomioistuimen tulee ottaa hyödyntämiskielto aina huomioon viran puolesta ainakin selvissä tapauksissa. Tämän hän katsoo johtuvan ensisijaisesti PL 22 §:ssä säädetystä julkisen vallan eli myös tuomioistuinten velvollisuudesta turvata ihmis- ja perusoikeuksien toteutuminen. Myös *jura novit curia* -periaate tukee näkemystä. Varsinaisen vetoamistaan puuttumisesta huolimatta Pölönen katsoo asianosaisilla voivan olla tosiasiallinen vetoamriski hyödyntämiskiellon perustavista seikoista, eikä oikeudella hänen mukaansa ole yleistä velvoitetta selvittää, onko jotain menettelynormia rikottu.<sup>171</sup> Samansuuntaisesti Tapanilan mukaan tuomioistuimen tulee ottaa hyödyntämiskieltoasia esille viran puolesta, mikäli se havaitsee tapahtuneen lainvastaisuuden, mutta tuomioistuimella ei ole velvollisuutta oma-aloitteisesti selvittää kaikkia mahdollisia todisteisiin liittyviä lainvastaisuuksia, joihin asianosaiset eivät ole kiinnittäneet huomiota.<sup>172</sup>

PL 22 §:n säännös huomioiden ei sinänsä näytä olevan vahvoja argumentteja hyödyntämiskiellon viran puolesta asettamista vastaan, jos sellainen perustava virhe on tuomioistuimen tietoon tullut. Käytännön ongelmaksi muodostuneekin lähinnä se, kuinka aktiivisesti tuomioistuimen on pyrittävä turvaamaan syytetyn oikeuksien toteutuminen. Prosessiekonomisesta lähtökohdasta on selvää, ettei tuomioistuimelle tule asettaa kohtuuttoman raskasta ja pitkälle menevää velvollisuutta kaikkien kuviteltavissa olevien menettelyvirheiden selvittelyyn. Lisäksi silloinkin, kun tuomioistuin on saanut tapahtuneen menettelyvirheen tietoonsa, sen tulisi muistaa prosessinjohtoa koskevat velvollisuutensa ja tarjota osapuolille mahdollisuudet esittää mielipiteensä oikeuskysymyksistä ja tarvittaessa todistelua hyödyntämiskiellon perusteena olevista faktoista. Hyödyntämiskieltojen kysymyksen

<sup>170</sup> Vrt. *Peters* 1966 s. 97.

<sup>171</sup> *Pölönen* 2003 s. 320.

<sup>172</sup> *Tapanila*, DL 2013 s. 433. Ks. myös *Tapanila*, DL 2014 s. 26–27. Myös OK 17 luvun uudistusta käsittelevässä hallituksen esityksessä on otettu hyväksyvä kanta hyödyntämiskiellon asettamiseen tuomioistuimen omasta aloitteesta, ks. HE 46/2014 vp s. 86.

ratkaiseminen ilman tapahtumien kulun perusteellista selvittämistä on käytännössä vain harvoin mahdollista.<sup>173</sup>

Suomalainen lähtökohtaisesti myönteinen kanta hyödyntämiskieltojen asettamiseen viran puolesta eroaa jyrkästi mm. USA:n oikeudesta. Amerikkalainen rikosprosessi on suomalaiseen ja myös saksalaiseen rikosprosessiin verrattuna korostetun adversaliaalista ja akkusatorista,<sup>174</sup> eikä hyödyntämiskieltoa siten aseteta viran puolesta, vaan osapuolen on aina vedottava siihen.<sup>175</sup> Liittovaltion korkeimman oikeuden omaksuman *standing*-doktriinin mukaan vetoajalla on myös oltava henkilökohtainen intressi hyödyntämiskieltoon asettamiseen ja juuri hänen oikeuksiaan on tullut loukata.<sup>176</sup> Myös Saksassa ovat tuomioistuimet päätyneet viime aikoina ainakin relatiivisten hyödyntämiskieltojen osalta riippuvuuteen asianosaisen reaktiosta (*Widerspruchslösung* tai *Widerspruchsverlangen*). Hyödyntämistä vastaan on myös vedottava oikea-aikaisesti pääkäsittelyssä, pääsääntöisesti silloin kun siihen on rikosprosessiin sovellettavan prosessilain (*Strafprozeßordnung*, StPO) § 257:n<sup>177</sup> mukainen tilaisuus, tai mahdollisuus menetetään. Ratkaisu ei ole saanut paljoakaan tukea oikeustieteen harjoittajilta.<sup>178</sup> Eräeseen keskeisimmistä hyödyntämiskieltoisäännöksistä

<sup>173</sup> Todistustaakan jakautuminen näissä faktakysymyksissä on oma problematiikkansa, josta ks. esimerkiksi *Pölönen* 2003 s. 322–323. Pölösen mukaan *in dubio pro reo* -säännön pitää olla hyödyntämiskieltoharkinnassa keskeisessä asemassa. Onkin selvää, ettei hyödyntämiskieltoon asettaminen edellytä sataprosenttista varmuutta kiellon perusteena olevasta riitautetusta faktaseikasta. Tällainen varmuus ei käytännössä ole koskaan mahdollista. *In dubio pro reo* -säännön tavanomaista laajempaan tulkintaan hyödyntämiskieltoyksymyksen ratkaisemisen kontekstissa ei kuitenkaan ole mitään erityistä syytä.

<sup>174</sup> Esimerkiksi *Gardner – Anderson* 1995 s. 18–20.

<sup>175</sup> *Hormia* 1978 s. 91 ja *Mueller* 1966 s. 37.

<sup>176</sup> *Standing*-doktriinin mukaan vain laittoman etsinnän tai takavarikon kohteeksi joutunut itse voi saada edukseen todisteen poissulkemisen. Jos henkilön A kotona suoritetussa laittomassa etsinnässä löydetään todiste, jota käytetään muualla asuvan henkilön B syyttämiseen, B ei voi menestyksekkäästi vaatia hyödyntämiskieltoa, koska B:llä ei ole syytä olettaa yksityisyyden suojansa ulottuvan A:n kotiin (*”no legitimate expectation of privacy”*). Tämä doktriini korostaa liittovaltion perustuslain neljännestä lisäyksestä johtuvien oikeuksien luonnetta henkilökohtaisina oikeuksina, mikä on osittain ristiriidassa liittovaltion korkeimman oikeuden niin ikään omaksuman, hyödyntämiskieltoon kurinpidollista perustaa korostavan *deterrence*-ajattelun kanssa. Korkein oikeus on itsekin tunnustanut, että *standing*-doktriinista luopuminen parantaisi hyödyntämiskieltoon loukkauksia ennaltaehkäisevää vaikutusta. *Cammack* 2013 s. 13–15, *McCormick ym.* 1992 s. 713–720, *Gardner – Anderson* 1995 s. 217–218 ja tapaukset *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960), *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), *Rakas et. al. v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978) sekä *United States v. Payner*, 447 U.S. 727 (1980). Tarkemmin hyödyntämiskieltoon toteuttamisesta ks. *McCormick ym.* 1992 s. 761–770.

<sup>177</sup> StPO § 257:n mukaan syytetyltä on tiedusteltava jokaisen todisteen esittämisen jälkeen, onko hänellä jotain huomautettavaa kyseisestä todisteesta.

<sup>178</sup> *Eisenberg* 2011 s. 144–145, *Gless* 2010 s. 10 ja *Gless*, NStZ 2010 s. 100. Ks. tapaukset BGH 5 StR 190/91 (27.2.1992), BGH 1 StR 475/93 (12.10.1993), BGH 4 StR 243/97

(StPO § 136a) sisältyy kuitenkin nimenomainen määräys, jonka mukaan hyödyntäminen ei riipu asianosaisten tahdosta, ja hyödyntämiskielto on siten otettava huomioon viran puolesta. Hyödyntämiskiellon ottaminen viran puolesta huomioon voi olla tarpeen myös muiden absoluuttisten hyödyntämiskiellojen osalta.<sup>179</sup>

### 4.3 Yksityisten henkilöiden hankkimat todisteet

Yleensä todisteiden hankinnasta rikosasioissa vastaa poliisi tai muu esitutkintaviranomainen. Toisinaan todisteena kuitenkin pyritään esittämään myös yksityisen henkilön – yleensä asianosaisten – hankkimia nauhoituksia, valokuvia tai muita todisteita. Yleensä kyse on juuri tämän kaltaisista reaalityodisteista, sillä yksityishenkilöiden mahdollisuudet hankkia varsinaista henkilötodistelua ovat vähäiset.<sup>180</sup> Yksityinen henkilö on voinut toimia omasta aloitteestaan tai poliisi on saattanut rohkaista häntä tällaiseen toimintaan. Jos todiste on hankittu laittomalla, ehkä jopa rikollisella tavalla ja syytetyn perusoikeuksia loukatun, herää kysymys, voidaanko se ottaa todistushankinnassa tai prosessin muissa vaiheissa huomioon.

Suomalaisessa oikeustieteessä Hormia on päätenyt siihen tulokseen, että yksityishenkilöiden vakavien oikeusloukkausten avulla hankkimat todisteet on voitava torjua.<sup>181</sup> Myös Pölönen pitää hyödyntämiskieltoja mahdollisena, kun todisteen on hankkinut lainvastaisesti yksityishenkilö. Hyödyntämiskielto tulee asettaa absoluuttisen todistamiskiellon seurauksena aina ja muutoin punninnan pohjalta aivan kuten muissakin hyödyntämiskieltotapauksissa. Se, että poliisi olisi voinut hankkia yksityishenkilön laittomasti hankkimat todisteet laillisesti, voi punninnassa olla argumentti hyödyntämisen puolesta.<sup>182</sup>

(17.6.1997), BGH 1 StR 531/04 (13.1.2005) ja BGH 4 StR 455/08 (18.12.2008).

<sup>179</sup> Ks. BGH 5 StR 445/95 (20.12.1995).

<sup>180</sup> Pölönen 2003 s. 321: ”yksityishenkilöt eivät tietenkään suorita mitään ’esitutkintakuulusteluja’”. Esitutkintaviranomaiset saattavat kuitenkin toisinaan käyttää yksityishenkilöitä eräänlaisina kuulustelun välikappaleina. Ks. esimerkiksi EIT:n tuomio Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002, jossa EIT totesi epäillyn vaitiolo-oikeutta sekä itsekriminointisuojaaja ja siten EIS 6 artiklaa loukatun, kun poliisi oli sijoittanut murhasta epäillyn sellitoveriksi henkilön, jota oli ohjeistettu hankkimaan tietoa tältä, ja kun sellitoverin kertomusta hänen epäillyn kanssa käymistään keskusteluista oli käytetty oikeudenkäynnissä todisteena.

<sup>181</sup> Hormia 1978 s. 248–249.

<sup>182</sup> Pölönen 2003 s. 312–314. Ks. myös Eisenberg 2011 s. 135–137. Saksassa vallitsevan mielipiteen mukaan hyödyntäminen on pääasiassa sallittua, jos todisteen on hankkinut laittomasti yksityinen henkilö. Jos hankinta on tapahtunut erityisen vakavasti ihmisoi-  
keuksia tai ihmisarvoa loukatun, tulee tästä pääsäännöstä poiketa. *Bundesgerichtshofin* mukaan kolmannen osapuolen suorittamasta oikeudenvastaisesta todisteen hankinnasta

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä ei ole käsitelty yksityisen henkilön hankkimien todisteiden hyödynnettävyyttä. Ongelma on tullut esille ainakin yhdessä hovioikeustapauksessa, Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506). Siinä salakatselun (RL 24:6) tunnusmerkistön täyttänyt yksityiselämän suojan loukkaus johti hyödyntämiskieltoon. Tapauksessa kärjäoikeus huomioi nimenomaisesti, että esitutkintaviranomaiset eivät olisi voineet laillisin keinoin menetellä siten kuin todisteen hankkinut yksityishenkilö, ja myös hovioikeus viittasi teknistä katselua koskevaan VPKL 5a:4a:n säännökseen. Hovioikeuden johtopäätöksistä ei kuitenkaan käy ilmi, kuinka ratkaisevaa vertailu poliisin toimintamahdollisuuksiin lopulta oli hyödyntämisharkinnassa.

Mahdollinen on myös tilanne, jossa yksityishenkilö on – laittomasti tai laillisesti – hankkinut materiaalia, jonka hyödyntäminen on kiellettyä itsenäisen hyödyntämiskielton nojalla. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa yksityishenkilö on saanut haltuunsa syytetyn päiväkirjan ja toimittanut tämän oikeudelle. On melko selvää, että hyödyntämiskielto voitaisiin asettaa Suomen oikeuden mukaan, jos yksityishenkilö olisi vakavalla fyysisellä väkivallalla tai suoranaisella kiduttamisella pakottanut syytetyn luovuttamaan päiväkirjansa.<sup>183</sup> Mutta entäpä, jos syytetty olisi itse epähuomiossa pudottanut päiväkirjansa tien varteen, mistä ohikulkija olisi sen noukkinut?

Esimerkiksi Saksassa korkeimpien asteiden oikeuskäytännön mukaan henkilön ns. intiimipiiriin laskettavien päiväkirjamerkintöjen suoja on absoluuttista, eikä hyödyntäminen tällaisessa tapauksessa riipu siitä, millä tavalla päiväkirja on oikeuden eteen päätyntä.<sup>184</sup> Päiväkirjamerkintöjä

---

ei automaattisesti seuraa ko. todisteen hyödyntämiskelvottomuus rikosprosessissa, ks. BGH 1 StR 681/75 (2.12.1975) ja BGH 2 StR 334/77 (22.02.1978). Toisenlaisen näkökannan edustajat painottavat valtion velvollisuutta suojella ihmisarvoa myös kolmansien hyökkäyksiä vastaan. Täten esimerkiksi StPO § 136a:n hyödyntämiskieltoa tulisi soveltaa yksityisten suorittamaan todisteiden hankintaan.

<sup>183</sup> Näin myös jäljempänä käsiteltävissä todistelutoimikunnan mietinnössä ja hallituksen esityksessä, ks. OMML 69/2012 s. 120 ja HE 46/2014 vp s. 87. Mainittakoon, että hallituksen esityksen perusteluissa nähdään mahdollisena hyödyntämiskielton asettaminen, kun yksityishenkilö hankkii todisteita muutoinkin lainvastaisesti. Hyödyntämistä puoltavana seikkana voidaan kuitenkin ehdotetun yleissäännöksen puitteissa ottaa huomioon, että lainvastaisesti on menetellyt yksityinen henkilö toimimatta viranomaisten lukuun. Ks. HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>184</sup> Ks. tapaukset BGH 4 StR 519/63 (21.2.1964), BGH 4 StR 223/87 (9.7.1987) ja BVerfG 2 BvR 1062/87 (14.9.1989). Kuten niistä ilmenee, kaikki päiväkirjamerkinnät eivät kuitenkaan kuulu suojatuimpaan intiimipiiriin. Intiimipiiri liittyy oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa kehittyneeseen teoriaan eriarvoisista suoja-alueista (*Sphärentheorie* tai *Dreistufentheorie*). Teoria koskee ensisijaisesti yleisen persoonallisuusosoitteen loukkauksia. Yleisellä persoonallisuusosoituksella tarkoitetaan Saksan perustuslain (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) 2 ja 1 artikloista yhdessä johdettua perusoikeutta, joka takaa oikeuden persoonallisuuden kunnioittamiseen ja vapaaseen kehittämiseen ja sisältää mm.



suojaava itsenäinen hyödyntämiskielto voisi olla perusteltavissa Suomessakin EIS 8 artiklan ja PL 10.1 §:n nojalla. Pidän kuitenkin tällaista tulkintaa käytännössä epätodennäköisenä, koska tähänastinen kotimainen oikeuskäytäntö ei anna mitään viitteitä näin radikaaleista yksityiselämän suojan tulkinnosta. Suomessakaan ei kuitenkaan ole ajatuksellisesti mahdollontta, että yksityishenkilön laillisesti haltuunsa saama todistetta koskisi pelkästään sen sisällön vuoksi absoluuttinen todistusteemakielto ja siitä johtuva hyödyntämiskielto, joka ei riipu mitenkään todisteen hankkimistavasta.<sup>185</sup> Vertailun vuoksi amerikkalaisessa järjestelmässä keskeisimmät hyödyntämiskielto koskevat leimallisesti juuri viranomaisten suorittaman todisteiden hankinnan menetelmiä, ja yksityishenkilöiden omasta aloitteestaan hankkimat todisteet ovat pääsääntöisesti hyödynnettävissä riippumatta sen enempää hankkimistavan laillisuudesta kuin materiaalin sisällöstäkään.<sup>186</sup>

## 5 OIKEUDENKÄYMISKAAREN 17 LUVUN UUDISTUS

### 5.1 Todistelutoimikunnan mietintö

Todistelua koskevaa lainsäädäntöä ollaan uudistamassa. Ns. todistelutoimikunta antoi marraskuussa 2012 mietinnön ”Todistelu yleisissä tuo-

---

henkilön oikeuden omaan kuvaansa ja puhumaansa sanaan. Suoja-alue teoriassa yleisen persoonallisuus-oikeuden suoja jaetaan kolmeen tasoon. Suojan ytimen muodostaa intiimi-alue (Intimsphäre) eli yksityiselämän koskematon ydin, joka on absoluuttisesti suojattu ja jonka loukkaukset vaativat hyödyntämiskieltoa ilman mahdollisuutta punnintaan. Tämän ydinalueen ulkopuolella ovat yksityis- ja sosiaalialueet (schlichte Privatsphäre, Sozialsphäre), joiden osalta punninnan käyttö on mahdollista suhteellisuusperiaate huomioon ottaen. Eri suoja-alueiden rajanvedot voivat olla vaikeita. Yleisestä persoonallisuus-oikeudesta ks. *Ehmann* 2005, BVerfG 1 BvR 185/77 (3.6.1980) ja BVerfG 2 BvR 454/71 (31.1.1973), kohta 32. Suoja-alue teoriasta ks. *Koriath* 1994 s. 91–92 ja *Eisenberg* 2011 s. 132.

<sup>185</sup> Ks. *Pölonen* 2003 s. 312.

<sup>186</sup> *Burdeau v. McDowell*, 256 U.S. 465 (1921), *Andersen*, FBILEB 1989 s. 25–31 ja *Gardner – Anderson* 1995 s. 214–216. Ks. myös tapaukset *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) ja *Walter v. United States*, 447 U.S. 649 (1980). Viranomaisten myötävaikutus voi kuitenkin tuoda yksityisen hankkiman todisteen (lähinnä neljännen lisäyksen) hyödyntämiskieltoon piiriin. Poliisi ei esimerkiksi voi kiertää hyödyntämiskieltoa käyttämällä yksityishenkilöä välikätenä tai muutoin kehottamalla tätä laittoman etsintätoimenpiteen suorittamiseen. Poliisi ei myöskään voi noutaa yksityishenkilön paikallistamaa mutta paikalleen jättämää todistetta ilman asiaankuuluvaa etsintälupaa. Myös jo viranomaisen haltuun luovutetun todistemateriaalin avaaminen, tarkastelu tai testaaminen saattaa edellyttää luvan hankkimista.

mioistuimissa”, johon liittyi oheismateriaalina oikeusvertaileva selvitys.<sup>187</sup> Mietinnöstä annetuista lausunnoista julkaistiin kooste kesäkuussa 2013.<sup>188</sup> Todistelutoimikunta ehdotti uudistettavaan OK 17 lukuun lisättäväksi kokonaan uutena pykälänä hyödyntämiskieltoa koskevan 25 §:n.<sup>189</sup> Kyseisessä pykälässä puhuttaisiin nimenomaan *hyödyntämisestä*, ei esimerkiksi käyttämisestä, kuten mainitussa jätelain 129.1 §:ssä. Samoin lakitekstiin ehdotettiin luvun 24 §:n edelle pykäläotsikkoa ”Kirjallisen kertomuksen käyttökielto sekä todisteen hyödyntämiskielto”. Kyseessä olisi siis lainsäätäjän tietoisesti hyödyntämiskielloksi tarkoittama säännös.

OK 17:25 [Todistelutoimikunnan ehdotus]

Tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla.

Tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste myös, jos siihen on painavat syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

Jos henkilö on muussa viranomaismenettelyssä kuin rikosasian tai siihen rinnastettavan asian käsittelyssä rangaistuksen tai siihen rinnastettavan seuraamuksen taikka pakkokeinon käyttämisen uhalla antanut lausuman tai luovuttanut asiakirjan tai esineen menettelyn tarkoituksen toteuttamiseksi, tällaista lausumaa taikka asiakirjasta tai esineestä saatua tietoa ei saa hyödyntää todistena sellaisessa rikosasiassa, jossa hän oli rikoksesta epäiltynä todisteen antamis- tai luovuttamishetkellä tai joka oli muuten tällöin vireillä. Hyödyntämiskieltoa ei kuitenkaan ole, jos lausuman antaminen taikka asiakirjan tai esineen luovuttaminen on rangaistavaa väärän sisältönsä tai muun totuudenvastaisen ominaisuutensa vuoksi muussa viranomaismenettelyssä.

Ehdotus sisältää oikeastaan kolme hyödyntämiskieltoa: 1) kiduttamalla hankittua todistetta koskevan ehdottoman hyödyntämiskiellon<sup>190</sup>, 2) muutoin lainvastaisesti hankittua todistetta koskevan harkinnanvaraisen hyödyntämiskiellon<sup>191</sup> sekä 3) hyödyntämiskiellon, joka koskisi muussa viranomaismenettelyssä sinänsä lainmukaisesti hallinnollisen pakon uhalla saatua todistetta, jonka hyödyntäminen olisi ongelmallista itsekriminointisuojan kannalta.

Ehdotettu ensimmäinen momentti ei näkemykseni mukaan muuttaisi

<sup>187</sup> OMML 69/2012 ja OMSO 65/2012.

<sup>188</sup> OMML 30/2013.

<sup>189</sup> OMML 69/2012 s. 47–48.

<sup>190</sup> OMML 69/2012 s. 118.

<sup>191</sup> OMML 69/2012 s. 122.

oikeustilaa. Kiduttamalla hankittua todistetta koskee jo nyt itsenäinen, suoraan perustuslaista ja ihmisoikeuksista johdettavissa oleva ehdoton hyödyntämiskielto.<sup>192</sup> Tämän kirjoittamisesta lain tasolle ei luonnollisesti olisi haittaa.

Momentissa ei määriteltäisi kiduttamisen sisältöä. Sen sijaan perusteluissa johtoa käsitteen määrittelylle haetaan lukuisista eri lähteistä: perustuslain kiduttamiskieltoa koskevista esitöistä<sup>193</sup>, rikoslain kidutuksen kriminalisoivasta pykälästä RL 11:9a (990/2009), EIT:n oikeuskäytännöstä<sup>194</sup> ja YK:n kidutuksen vastaisen yleissopimuksen 1 artiklasta<sup>195</sup>. Kidutukselle päädytään ottamaan vastaava sisältö kuin mainitussa rikoslain pykälässä, EIT:n ja kansainvälisten rikostuomioistuinten käytäntö huomioiden. Vaikka RL 11:9a koskee vain virkamiehiä, ei hyödyntämiskieltoa olisi tarkoitettu rajoittumaan vain viranomaisten suorittamaan kiduttamiseen, vaan se tulisi kyseeseen myös yksityishenkilön kiduttamalla hankkiman todisteen osalta.<sup>196</sup>

RL 11:9a:n esitöistä omaksutun kiduttamisen määritelmän olennainen elementti on voimakkaan ruumiillisen tai henkisen kärsimyksen aiheuttaminen. Määritelmä ei siten ole sidottu kidutuksen tekotapaan, ja kysymykseen voi tulla sekä fyysinen että henkinen kidutus. Esitöissä luetaan esimerkinomaisesti mahdollisina fyysisen kiduttamisen muotoina kahlitseminen, kuristaminen, hukuttaminen, raiskaus, tikkujen asettaminen kynsien alle, sähkön tai kemikaalien käyttö etenkin herkkiin ruumiinosiin kohdistettuna, riipputtaminen, pakkosyöttäminen ja valvottaminen. Henkisen

<sup>192</sup> KKO 2012:45, kohta 39, HE 36/1989 vp s. 4, *Frände* 2009 s. 378. Vrt. *Pölönen* 2003 s. 325 ja OMSO 65/2012, s. 53–55. Pölönen luokittelee YK:n kidutussopimuksen 15 artiklan absoluuttiseksi epäitsenäiseksi hyödyntämiskielloksi.

<sup>193</sup> HE 309/1993 vp s. 47.

<sup>194</sup> Mietinnössä viitataan rikoslain kidutuspykälän esitöissä (HE 76/2009 vp s. 13–17) kuvattuun oikeuskäytäntöön ja tapauksiin *Stefanou v. Kreikka* 22.4.2010, *Gäfgen v. Saksa* 1.6.2010, *Kopylov v. Venäjä* 29.7.2010, *El Shennawy v. Ranska* 20.1.2011, *Yazgül Yilmaz v. Turkki* 1.2.2011, *Bocharov v. Ukraina* 17.3.2011, *Bekirski ym. v. Bulgaria* 2.9.2010, *Korobov v. Ukraina* 21.7.2011, *Portmann v. Sveitsi* 11.10.2011, *Borbola Kiss v. Unkari* 26.6.2012 sekä *Aleksahin v. Ukraina* 19.7.2012.

<sup>195</sup> Määritelmä kuuluu seuraavasti: ”Tässä yleissopimuksessa ’kidutuksella’ tarkoitetaan kaikkia tekoja, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä tietojen tai tunnustuksen saamiseksi häneltä tai kolmannelta henkilöltä, hänen rankaisemisekseen teosta, jonka hän tai kolmas henkilö on tehnyt tai epäillänsä tehneen, hänen tai kolmannen henkilön pelottelemiseksi tai pakottamiseksi taikka minkälaiseen tahansa syrjintään perustuvasta syystä, kun virkamies tai muu virallisessa asemassa toimiva henkilö aiheuttaa sellaista kipua tai kärsimystä, yllyttää tai suostuu niiden aiheuttamiseen tai hyväksyy sen hiljaisesti. Kidutusta ei ole sellainen kipu tai kärsimys, joka saa alkunsa pelkästään laillisista seuraamuksista, joko niihin kuuluvana tai niihin liittyvänä.”

<sup>196</sup> OMML 69/2012 s. 119–120. Ks. myös siinä viitattu HE 76/2009 vp, erityisesti s. 28–34.

kiduttamisen osalta kyseeseen voivat tulla vakavan unenpuutteen aiheuttaminen, sokaiseminen lasersäteellä, aistien toiminnan tai aistiärsykkeiden vastaanottamisen pitkäaikainen estäminen, vakavien uhkausten esittäminen, eristäminen epämääräiseksi ajaksi, erilaiset henkisen murttamisen menetelmät, erityisen häiritsevälle melulle altistaminen, vesikidutus, valeteloitus ja nöyryyttäminen.<sup>197</sup>

Kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämisen ehdoton kieltäminen on vahvasti perusteltua, ja säännöksen soveltamisala on edellä mainitun valossa jokseenkin selkeä siitä huolimatta, että pykälä ei sisällä itsenäistä kiduttamisen määritelmää. Joissakin rajanvetotilanteissa epäselvyydet ovat toki mahdollisia, mutta niitä ei nähdäkseni pystytä välttämään myöskään itsenäisellä määritelmällä. Päinvastoin tällainen määritelmä voisi heikentää ennakoitavuutta ja aiheuttaa hämmennystä pykälän suhteesta EIT:n oikeuskäytäntöön. Määritelmän yksityiskohdista riippumatta ensimmäisen momentin säännös tulee Suomen oloissa sovellettavaksi äärimmäisen harvoin.

Ehdotuksen mielenkiintoisin hyödyntämiskielto on toisen momentin muutoin kuin kiduttamalla laittomasti hankittua todistetta koskeva yleissäännös. Ehdotetussa momentissa ei millään tavoin määritellä ”lainvastaisen hankinnan” rajoja eikä tarjota edes esimerkkejä siitä, mihin momenttia on tarkoitettu sovellettavan. Toisaalta se jättää paljon tuomioistuimen harkinnan varaan myös sen ratkaisemisen osalta, milloin kyseessä ovat painavat syyt.<sup>198</sup> Toinen momentti on kirjoitettu siten, että hyödyntäminen olisi oletusarvoinen pääsääntö, ja hyödyntämiskielto tulisi kysymykseen vain poikkeuksellisesti, painavien syiden vallitessa. Lausuntopalautteessa esitettiin tämän ratkaisun kääntämistä päälaelleen.<sup>199</sup>

Säännökseen kirjatut harkintakriteerit ovat relevantteja hyödyntämiskysymyksen ratkaisemisessa. Vaikka säännös ei tietenkään anna mitään matemaattista ratkaisukaavaa, voidaan sen arvioida olevan tarkoituksenmukainen ja lisäävän ainakin jossain määrin oikeusvarmuutta, koska se luo lainsäädännöllisen kehikon hyödyntämisharkinnalle. Uudistuksen potentiaalisesti suurin vaikutus ei kuitenkaan liity yleissäännöksen sisältöön, eikä se käy ilmi ehdotetun OK 17:25.2:n sanamuodosta, vaan ehdotuksen

<sup>197</sup> HE 76/2009 vp s. 29.

<sup>198</sup> Lainsäädäntötekniinen ratkaisu on varsin erilainen kuin toisinaan yleissäännökseksi väitetyssä Saksan StPO § 136a III:ssa. Saksalaisen pykälän kaksi ensimmäistä momenttia ovat laitonta todisteiden hankintaa koskevia todistusmenetelmäkieltoja, ja kolmannessa momentissa kielletään kahdessa ensimmäisessä momentissa mainituilla tavoilla hankitun todisteen käyttäminen näyttökysymyksen ratkaisemisessa. Todistelutoimikunnan ehdottama OK 17:25.2 (jäljempänä käsiteltävässä hallituksen esityksessä OK 17:25.3) olisi sen sijaan – ainakin sanamuotonsa valossa – aito yleissäännös.

<sup>199</sup> OMMML 30/2013 s. 192, 198.

perusteluista. Niissä todetaan seuraavaa:

Asian luonnosta kuitenkin seuraa, että asiallisesti edellä tässä luvussa säädettyjä todistamis- tai käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskielto­säännöksen asemesta. Olisi tarkoituksetonta säätää itsenäisesti todistamis- tai käyttökiellosta, jos kysymys hyödyntämisestä ratkaistaisiin kuitenkin käsillä olevan momentin nojalla. Johdonmukaisesti todistamis- tai käyttökiellon vastaisen menettelyn oikeudellinen seuraamus on hyödyntämis- tai käyttökielto.<sup>200</sup>

Tämä perustelujen kohta antaa ymmärtää, että kaikista oikeudenkäymiskaa­ren 17 luvussa olevista todistamiskielto­säännöksistä seuraisi automaattisesti myös hyödyntämiskielto. Kun ehdotetussa OK 17:25.2:ssa puhutaan yleisesti ”lainvastaisesti hankituista todisteista”, viittaa itse lakiteksti päinvastaiseen suuntaan kuin perustelulausuma. Lakitekstin mukaan kaikkia todisteita koskevia lainvastaisuuksia, siis myös OK 17 luvun mukaisten todistamiskieltojen loukkauksia, arvioitaisiin yleisessä hyödyntämiskielto­säännöksessä määritellyillä perusteilla, sikäli kuin erityisissä todistamiskielto­säännöksissä ei mainittaisi mitään kiellon rikkomisen seuraamuksista.<sup>201</sup> Lausuntopalautteesta ilmenevistä hyvin erilaisista tulkinnoista on selvästi havaittavissa, että säännöksen soveltamisala on aidosti epäselvä.<sup>202</sup>

Ottaen huomioon mietinnössä käytetyn erittäin suppean todistamiskiel­lon käsitteen,<sup>203</sup> perustelulausumassa ei mitä ilmeisimmin ole tarkoitettu kaikkia todistamiskielloksi tulkittavia normeja, vaan ainoastaan vaitiolo­velvollisuuksia, niihin rinnastettavia vaitiolo-oikeuksia sekä kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa.<sup>204</sup> Perustelujen valossa yleissäännös määrittäisi siten ensinnäkin ne harkintaperusteet, joilla ratkaistaisiin itsenäisten hyödyntämiskieltojen asettaminen. Toiseksi sitä sovellettaisiin epämääräiseen

<sup>200</sup> OMML 69/2012 s. 121. Lisäksi perusteluissa (s. 122) todetaan, että hyödyntämiskielto ei kuitenkaan olisi aina merkityksetön todistamiskieltoa tai vaitiolo-oikeutta koskevissa tapauksissa. Perustelujen mukaan jos todistamiskielto tai vaitiolo-oikeus olisi murrettavissa, voi syntyä tilanne, jossa sinänsä todiste olisi hyödynnettävissä murtamisen jälkeen. Jos todiste kuitenkin olisi hankittu laittomasti, tulisi todisteen hyödyntämiskieltoa harkita yleissäännöksen nojalla. Ymmärtääkseni tässä tarkoitetaan tilannetta, jossa todistamiskiel­lon murttaminen olisi ollut mahdollista laillisesti, mutta asiassa on menetelty lainvastaisesti. Tällöin yleissäännöksen soveltuvuus onkin mielestäni perusteltua.

<sup>201</sup> Jos todistamiskielto­säännöksessä olisi nimenomainen määräys myös hyödyntämisen estymisestä, olisi tämä luonnollisesti yleissäännöksen syrjäyttävä *lex specialis* -säännös.

<sup>202</sup> Ks. myös OMML 69/2009, Markku Fredmanin eriävä mielipide s. 7–8.

<sup>203</sup> Ks. OMML 69/2012 s. 25.

<sup>204</sup> Uudistuksessa vaitiolo­velvollisuuksia ja -oikeuksia koskevat säännökset koottaisiin OK 17:10–23:iin alaotsikon ”Velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta” alle. Kirjallisen kertomuksen käyttökiellosta säädettäisiin saman luvun 24 §:ssä. Perusteluissa tarkoitetaan juuri näitä säännöksiä.

säännösjoukkoon kohdistuvien loukkausten yhteydessä, toisin sanoen silloin kun lainvastaisesti hankittu todiste olisi hankittu rikkomalla jotain muuta säännöstä kuin hyvin suppeasti ymmärrettyjä todistamiskieltoja. Muun muassa esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön todisteiden hankintaa ohjaavat määräykset ja kiellot jäisivät ilmeisesti ilman automaattista hyödyntämiskiellotseuraamusta ja niiden vastaisesti hankittujen todisteiden hyödyntämistä tulisi arvioida yleissäännöksen perusteella. Tästä rajoituksesta huolimatta perustelujen tulkinta automaattisista, asian luonnosta johtuvista hyödyntämiskielloista ei suoranaisesti vastaa nykyistä oikeustilaa, kuten 3 luvusta käy ilmi.

Ajatus todistamiskiellon rikkomisesta automaattisesti seuraavasta hyödyntämiskiellosta on sinänsä mahdollinen, ja sitä on kannatettu myös esimerkiksi saksalaisessa keskustelussa.<sup>205</sup> Tällainen ratkaisu kuitenkin laajentaisi hyödyntämiskieltojen alaa nykyisestä lähtökohtaisesti tapauskohtaisesta, joskin joidenkin todistamiskieltoisäännösten absoluuttisuuden tunnustavasta harkinnasta. Mallin etuja olisivat ennakoitavuuden lisääntyminen ja syytetyn oikeuksien tehokkaampi turvaaminen. Totuuden selvittämisen intressi ja rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuus muodostavat kuitenkin vahvan vasta-argumentin. Eri todistamiskieltoisäännösten funktiot ja suojaintressit eroavat toisistaan, joten niiden erillinen kohtelu voi olla perusteltua, eikä automaattinen, ehdoton hyödyntämiskielto välttämättä ole oikeasuhtainen ratkaisu. Toisinaan hyödyntäminen on suojaintressin kannalta merkityksetöntä, jos salaisuus on jo paljastunut todistetta esitetäessä. Tähän perustuu myös oikeustieteessä tunnettu jaottelu absoluuttisiin ja relatiivisiin todistamiskieltoihin.<sup>206</sup>

*Markku Fredman* esitti todistelutoimikunnan mietintöön jättämässään eriävässä mielipiteessä OK 17:25:ään lisämomenttia, joka kuuluisi yksinkertaisesti seuraavasti: ”Todistamis- ja käyttökielloista säädetään erikseen.” Samalla hän asettui kannattamaan käsitystä, jonka mukaan hyödyntämiskielto olisi aina ”todistamis- tai käyttökiellon” oikeudellinen seuraamus, minkä hän ei katsonut olevan ristiriidassa nykyisen oikeuskäytännön kanssa.<sup>207</sup> Fredmanin havainto perustelujen ja ehdotetun pykälän ristiriitaisuudesta on oikea, mutta hänen esittämänsä momentti ei ole riittävän yksiselitteinen. Fredmankin tuntuu luottavan siihen, että hyödyntämiskiellon automaattinen asettaminen johtuisi ”asian luonnosta”, mikä on edellä esitetyn mukaisesti

<sup>205</sup> Ks. esimerkiksi *Koriath* 1994 s. 31–32, 105 ja *Lundqvist* 1998 s. 171.

<sup>206</sup> Vrt. myös Pölösen edellä (3.2) referoitu todistamiskieltoisäännösten luokittelu, *Pölönen* 2003 s. 323–328.

<sup>207</sup> OMMML 69/2009, Markku Fredmanin eriävä mielipide s. 7–8, *Viljanen*, DL 2013 s. 156–159.

kiistanalaista.<sup>208</sup>

Koska kyse olisi muutoksesta tai vähintäänkin tarkennuksesta nykyiseen oikeustilaan, tulisi siitä säätää nimenomaisesti eikä jättää asiaa perustelujen ja asian luonnon varaan. Lakiin tulisi kirjata selvärajaisesti, mitkä olisivat ne todistamiskielto, joiden loukkauksesta seuraisi aina hyödyntämiskielto. Samalla olisi hyvä arvioida, onko oikeudenkäymiskaaren ulkopuolella sellaisia todistamiskieltojä, joiden rikkomisesta tulisi aina seurata hyödyntämiskielto. Pelkästään todistamiskieltojä käsitteellä operoiminen ei tässä yhteydessä ole riittävän selkeää, koska todistamiskielto ei ole käsitteenä tarpeeksi yksiselitteinen eikä sitä ole määritelty laissa. Sitä, että olennaisesti säännöksen soveltamisalaa määrittävän käsitteen sisältö kävisi ilmi ainoastaan perusteluista ja sieltäkin vain epäsuorasti, ei voida pitää riittävän läpinäkyvänä ja selkeänä lainsäädäntömallina.

Itsekriminointisuojaan loukkaukseen rinnakkaismenettelyn kautta perustuvaa hyödyntämiskieltoa koskeva ehdotettu kolmas momentti sai lausuntokierroksella osakseen runsaasti kritiikkiä. Esimerkiksi säännöksen soveltamisalaa sekä rikosasian ja muun viranomaismenettelyn käsitteitä pidettiin tulkinnanvaraisina ja epäselvinä. Lisäksi säännöksen rajoittumista vain vireilläolotilanteisiin kritisoitiin. Toisaalta säännöstä pidettiin myös liian laajana ja ”muuten vireillä olon” merkitystä epäselvänä.<sup>209</sup>

## 5.2 Hallituksen esitys

Todistelutoimikunnan mietintöön ja siitä annettuun lausuntopalautteeseen pohjautuva hallituksen esitys 46/2014 vp oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annettiin huhtikuussa 2014. Oikeudenkäymiskaaren uudistuksen lisäksi samassa yhteydessä esitetään tehtäväksi lähinnä teknisiä muutoksia 25 muuhun lakiin. Lakien on tarkoitus tulla voimaan 1.7.2015.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> Myös Suomen asianajajaliiton lausunnossa (OMML 30/2013 s. 191–192) esitettiin vastaavaa, hyvin laajaa muotoilua: ”Tuomioistuin ei saa hyödyntää todistetta, joka on saatu kiduttamalla, loukkaamalla rikosasiassa epäillyn oikeutta olla todistamatta itseänsä vastaan, todistamis- tai käyttökieltoa rikkomalla taikka joka loukkaa todistajan vaitiolo-oikeutta.” Tässä muotoilussa ongelmaksi jää todistamiskielto-termin merkitys.

<sup>209</sup> Ks. OMML 30/2013 s. 172–203.

<sup>210</sup> HE 46/2014 vp s. 1–2. Huomautettakoon, että kirjoitushetkellä vireillä on myös todistelutoimikunnan mietintöön liittymätön HE 58/2013 vp syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi, jossa ehdotetaan ROL:iin kahta erityistä hyödyntämiskieltojä (ROL 1:10a.5 ja ROL 5b:5.2). Ehdotetut, vain rikosasioissa sovellettavat hyödyntämiskieltojä koskisivat epäillyn tai syytetyn syyteneuvottelussa tai tunnustamisoikeudenkäynnissä antamia lausuntoja, kun menettely ei ole johtanut tuomioesityksen tekemiseen ja sen hyväksyvään tuomioon.

Esitykseen sisältyy edelleen nimenomainen hyödyntämiskieltoa koskeva 25 §. Todistelutoimikunnan mietintöön nähden kidutusta koskeva ensimmäinen momentti on säilytetty ennallaan,<sup>211</sup> ja toisen momentin yleissäännös on muotoilultaan identtinen, mutta sijoitettu nyt kolmanneksi momentiksi. Sen sijaan itsekriminointisuoja koskeva hyödyntämiskielto on rakennettu uudelleen. Nyt pykälän toiseksi momentiksi sijoitetun säännöksen alkuun on lisätty itsekriminointisuojaan liittyvän vaitiolo-oikeuden (esityksen 18 §) vastaisesti hankittua todistetta koskeva hyödyntämiskielto. Lisäksi momentissa säädetään muussa menettelyssä laillisesti hankittua todistetta koskevasta hyödyntämiskiellosta. Tämä jälkimmäinen osa vastaa siis tarkoitukseltaan todistelutoimikunnan mietinnössä ehdotettua kolmatta momenttia. Hallituksen esityksessä toinen momentti on kokonaisuudessaan seuraavanlainen:

Rikosasiassa ei saa hyödyntää 18 §:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Hyödyntämiskielto koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan, jos hän oli tällöin epäiltynä tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä rikoksesta, josta häntä syytetään, ja jos todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin 18 §:ää. Jos kuitenkin henkilö on muussa menettelyssä kuin rikosasian käsittelyssä tai siihen rinnastuvassa menettelyssä antanut lakisääteisen velvollisuutensa täyttämisen yhteydessä totuudenvastaisen lausuman taikka väärän tai sisällöltään totuuden vastaisen asiakirjan taikka väärän tai väärennetyn esineen, sitä saadaan hyödyntää todisteena velvollisuuden vastaista menettelyä koskevassa rikosasiassa.<sup>212</sup>

Kolmanteen momenttiin sijoitetun yleissäännöksen sovellettavuutta tai soveltumattomuutta eri todistamiskieltoihin ei hallituksen esityksessä ole selvennetty, vaan todistelutoimikunnan mietinnön perustelut on kopioitu

---

Esityksen lakitekstissä puhuttaisiin todisteen käyttämisestä, mutta perusteluissa säännöksiä luonnehditaan hyödyntämiskielloiksi. Kyse olisi siis jätelain 129.1 §:n kaltaisista erityissäännöksistä. Ks. HE 58/2013 vp s. 28, 33 ja HE 46/2014 vp s. 42.

<sup>211</sup> Myös momentin perustelut ovat säilyneet entisenkaltaisina, ks. HE 46/2014 vp s. 86–88.

<sup>212</sup> Säännöksen perusteluista ks. HE 46/2014 vp s. 88–92. Jätän esitetyn säännöksen tässä enemmän käsittelemättä. Rikosprosessin ja erilaisten rinnakkaisprosessien yhteensovittamisesta aiheutuvat itsekriminointisuojaan liittyvät oikeudelliset ongelmat ovat sinänsä oikeudellisesti mielenkiintoisia ja tutkimuksellisesti jopa muodikkaita, mutta tässä artikkelissa näkökulmani on ensisijaisesti pelkässä rikosprosessissa. Ehdotetun toisen momentin säännöksen tarkoituksenmukaisuuden analysointi edellyttäisi mittavaa paneutumista siinä tarkoitettuihin muihin menettelyihin.



sellaisinaan.<sup>213</sup> Itse asiassa hallituksen esitys on tässä suhteessa todistelutoimikunnan mietintöäkin pulmallisempi ottaen huomioon uuden toisen momentin ensimmäisen virkkeen, jossa erikseen kielletään yhden OK 17 luvun todistamiskiellon<sup>214</sup> vastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen. Tulisiko tästä tehdä *e contrario* -päätelmä, että muiden ”edellä tässä luvussa säädettyjen todistamis- tai käyttökieltojen” vastaisesti hankittuihin todisteisiin ei sittenkään – perusteluista huolimatta – liittyisi automaattista, asian luonnosta johtuvaa hyödyntämiskieltoa, vaan asiaa tulisi arvioida yleissäännöksen perusteella?

## 6 LOPPUSANAT

Hyödyntämiskieltoja koskevan suomalaisen oikeustilan selvä heikkous tällä hetkellä on sen epäselvyys. Tämä koskee niin hyödyntämiskieltojen yleistä systematiikkaa, yksittäisten säännösten ja normien vaikutuksia kuin hyödyntämiskieltojen ulottuvuuttakin. Erityisen, varsin omaleimaisen ongelman muodostaa liukuva hyödynnettävyys eli hyödyntämiskäytön ja näyttöarvon määrittämisen käsitteellinen ja käytännöllinen sekaantuminen.<sup>215</sup> Epäselvyyden vuoksi tuomioistuimilla on toisaalta ollut käytännössä varsin laaja yksittäistapauksellinen harkintavaltta hyödyntämiskysymyksissä, ja toisaalta ehkä juuri samasta syystä ne ovat olleet melko haluttomia kielämään hyödyntämistä ainakaan kokonaan.

Selkeyttämistavoitteen toteuttamiseen nopein vaihtoehto näyttäisi olevan uuden lainsäädännön antaminen, mihin on jo ryhdyttykin. Hyödyntämiskielloista säätäminen laissa ei suinkaan ole yksinkertainen tehtävä. Kaikkia menettelyvirheitä on vaikea puristaa yhtäläiseen muottiin, joten yksittäisellä säännöksellä ei voida ratkaista jokaista tilannetta aukottomasti ja varmuudella ennakoitavasti. Yleissäännöksellä voidaan lähinnä luoda tuomioistuimille kriteeristö hyödyntämisiongelman ratkaisemiseen.

<sup>213</sup> HE 46/2014 vp s. 92.

<sup>214</sup> Hallituksen esityksessä käytetään samaa terminologiaa kuin todistelutoimikunnan mietinnössä, joten tarkalleen ottaen todistamiskielloilla tarkoitetaan siinä vain vaitiolovelvollisuuksia. Vaitiolo-oikeudet, mistä 18 §:ssä on kyse, kuitenkin rinnastetaan perusteluissa todistamiskieltoihin hyödyntämiskysymyksen osalta, koska kun laissa säädetään vaitiolo-oikeudesta, ”laissa ikään kuin säädetään todistamiskielto, jonka asianomainen henkilö suostuessaan todistamaan kumoaa.” Ks. HE 46/2014 vp s. 11, 92.

<sup>215</sup> Suomessa vallinnutta taipumusta hyödyntämiskäytön ja näyttöarvon määrittämisen sekoittamiseen tai näyttöarvon alentamisen käyttöön peiteltyä hyödyntämiskieltojen korvikkeena ei ole lainkaan havaittavissa saksalaisessa tai amerikkalaisessa oikeuskäytännössä eikä -kirjallisuudessa.

Tämän ohella uusi prosessilainsäädäntöön otettava yleissäännös saattaa aiheuttaa vain lisää sekaannusta ja epäselvyyttä, jos sen suhdetta erityisiin hankkimis- ja esittämiskieltoihin ei tarkasti määritellä. Tämä onkin suurin ongelma todistelutoimikunnan mietinnössä ehdotetussa ja myös hallituksen esitykseen otetussa säännöksessä. Sen suhde erilaisiin todisteiden hankintaa ja todistelua koskeviin, mutta ei suoranaisesti hyödyntämiseen suuntautuviin kieltonormeihin olisi ehdottomasti kirjattava yksiselitteisellä tavalla itse lakitekstiin.

Yleissäännöksen säätäminen olisi kuitenkin positiivinen signaali ja selkeyttäisi lopullisesti sen, että todistelun täydellinen poissulkeminen todistusharkinnasta on muutenkin kuin äärimmäisissä poikkeustilanteissa mahdollinen ja hyväksyttävissä oleva ratkaisu. Tämä johtaisi toivottavasti myös siihen, että tuomioistuimet uskaltautuisivat tekemään aina selkeän ”kyllä tai ei” -muotoisen hyödyntämiskäytännön peiteltyjen ja epäselvien liukuvien hyödyntämiskäytännöjen sijaan.

Kysymys siitä, milloin poissulkeminen on tehtävä, on paljossa oikeuspoliittinen ja edellyttää erilaisten intressien tasapainottamista. Hyödyntämiskieltojen käyttöalaa tulisi varoa laajentamasta liikaa, jotta rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen ei vaikeudu kohtuuttomasti. Vaikka syytetyn perus- ja ihmisoikeudet ovat tärkeitä, ei niiden tulisi johtaa ilmiselvästi vakavaan rikokseen syyllistyneen vapauttamiseen. Totuus ei voi olla ainoa ja ehdoton päämäärä, mutta sen sivuuttamisen täytyy aina olla poikkeuksellinen ja viimesijainen keino. Rikokseen syyllistyneeseen kohdistuneisiin oikeudenloukkauksiin on mahdollista reagoida myös muilla instrumenteilla, esimerkiksi loukkaajan rikos- ja siviilioikeudellisen vastuun, tuomion lieventämisen tai rahakorvauksen avulla. Vain törkeimpien ja prosessin kannalta merkityksellisimpien perus- ja ihmisoikeusloukkausten tulisi pääsääntöisesti johtaa hyödyntämiskieltoon.

Tästä syystä yleissäännös olisi määriteltävä soveltumaan kaikkiin niihin lieviä menettelyvirheitä koskeviin hankkimis- ja esittämiskieltoihin ja muihin määräyksiin, joiden osalta kiellon rikkomisesta automaattisesti seuraava hyödyntämiskielto olisi liian joustamaton ja tarpeettoman raskas seuraamus. Yleissäännöksen kriteeristön nojalla tulisi ratkaista relatiivisten todistamiskieltojen loukkausten seuraamukset. Samoin kriteeristöä tulisi voida soveltaa, kun kyse on itsenäisestä hyödyntämiskiellosta, eli kun lainsäätäjällä ei ole säätänyt nimenomaista hankkimis- tai esittämiskieltoa perusoikeuden suojaksi.<sup>216</sup> Vakavampia loukkauksia koskeviin nimenomaisiin kieltonormeihin taas tulisi lisätä maininta siitä, että kyseisen

---

<sup>216</sup> Erityistapauksissa korkein oikeus voi toki ennakkopäätöksillään tarvittaessa todeta, että joku tietty suora perus- ja ihmisoikeusloukkaus vaatii aina hyödyntämiskiellon.

kiellon vastaisesti hankitun todisteen käyttäminen todistusharkinnassa on aina kielletty, mikä vahvistaisi näiden normien statuksen absoluuttisina todistamis- ja hyödyntämiskieltoina. Sama voitaisiin toteuttaa lisäämällä hyödyntämiskieltoja koskevaan pykälään momentti, jossa lueteltaisiin kaikki ne hankkimis- ja esittämiskielto säännökset, joiden vastainen menettely johtaa aina todisteen hyödyntämiskieltoon. Tämän artikkelin tavoitteena ei ole oikeutemme todistamiskielto säännösten luokittelu absoluuttisiin ja relatiivisiin, vaan tämä edellyttää eri normien yksityiskohtaista jatkotarkastelua.<sup>217</sup>

Myös etäisvaikutusta koskevaa oppia olisi Suomessa tarpeen selventää. Yhdysvaltalaistyyliin, jäykän sääntömuotoiseen ja laajaan etäisvaikutukseen ei Suomen oloissa ole tarvetta, koska hyödyntämiskieltojen ja etäisvaikutuksen päätavoitteena ei ole poliisin kurinpito, jota on amerikkalaisessa keskustelussa pidetty tärkeimpänä jatkotodisteen hyödyntämiskelvottomuuden perusteena. Jatkotodisteenkin osalta huomio tulisi Suomessa kiinnittää siihen, miten vakavan syytettyyn kohdistuvan oikeudenloukkauksen niiden hyödyntäminen muodostaisi ja miten kiinteässä yhteydessä todisteen saanti on ollut alkuperäiseen menettelyvirheeseen. Jatkotodistetta koskevan hyödyntämiskiellon mahdollisuutta ei ole syytä sulkea täysin pois, mutta riman hyödyntämisen estymiselle tulisi olla jatkossakin erittäin korkealla. Jatkotodisteen hyödyntämistä pohdittaessa on erityisen tärkeä pitää mielessä, ettei rikollisella ole subjektiivista oikeutta vapautua rikosoikeudellisesta vastuustaan vain siksi, että häneen on kohdistettu myös laittomia tutkintatoimenpiteitä.

---

<sup>217</sup> Tällaisen jatkotarkastelun lähtökohdaksi voidaan ottaa Pölösen ja Hormian tässä artikkelissa esitelty luokittelut. Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten mukaan absoluuttisia todistamiskielto säännöksiä ovat ainakin OK 17:20 ja OK 17:24.2.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Vantaa 2006.
- Andersen, Austin A.*: The Admissibility of Evidence Located In Searches by Private Persons. 58 FBI Law Enforcement Bulletin 4, April 1989, s. 25–31.
- Anttila, Inkeri – Törnudd, Patrik*: Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja N:o 194. Juva 1983.
- Cammack, Mark E.*: The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. Teoksessa Thaman, Stephen C. (ed.): Exclusionary Rules in Comparative Law. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 20. Dordrecht, Heidelberg, New York, London 2013, s. 3–32.
- Dix, George E.*: Nonconstitutional Exclusionary Rules in Criminal Procedure. 27 American Criminal Law Review 1, Summer 1989, s. 53–118.
- Ehmann, Horst*: Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht. 2005. – [Http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/apr\\_georg.pdf](http://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/eme001/apr_georg.pdf), 22.1.2014.
- Eisenberg, Ulrich*: Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 7. Auflage. München 2011.
- Ervo, Laura*: Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.
- Ervo, Laura*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Lakimies 6/2000, s. 980–996.
- Frände, Dan*: Näkökohtia todiste- ja rikosprovokaatiosta. Lakimies 3/2004, s. 404–411.
- Frände, Dan*: Finsk straffprocessrätt. Helsinki 2009.
- Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki*: Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset. 4., uudistettu painos. Helsinki 2012. (*kirjoittaja/Prosessioikeus* 2012)
- Gardner, Thomas J. – Anderson, Terry*: Criminal Evidence: Principles and Cases. Third Edition. St. Paul, Minnesota 1995.
- Gless, Sabine*: Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in Criminal Trials – Germany. 2010. – [Http://ssrn.com/abstract=1743530](http://ssrn.com/abstract=1743530), 22.1.2014.
- Gless, Sabine*: Beschränktes Verwertungsverbot bei Verstoß gegen Benachrichtigungspflicht. Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 17.2.2009 - 1 StR 691/08. Neue Zeitschrift für Strafrecht 2/2010, s. 98–100.
- Heghmanns, Michael*: Beweisverwertungsverbote und Fernwirkung. Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 14.9.2010 – 3 StR 573/09. Zeitschrift für das Juristische Studium 1/2011, s. 98–101. – [Http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011\\_1\\_427.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2011_1_427.pdf), 22.1.2014.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2012.
- Hirvelä, Päivi*: Lapsi rikosprosessissa. Erityisesti inestinin todistamisen ongelmat. Porvoo 1997.

- Hofmański, Piotr:* ”Rechtsstaatliche” Beweisverbote im polnischen Strafprozeßrecht. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 149–158.
- Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa I. Vammala 1978.
- Hormia, Lauri:* Todistamiskielloista rikosprosessissa II. Vammala 1979.
- Huber, Barbara:* Ermittlungsmethoden und Beweisverbote im englischen Strafprozessrecht. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 75–92.
- Jokela, Antti:* Rikosprosessi. 4., uudistettu painos. Jyväskylä 2008.
- Jonkka, Jaakko:* Rikosoikeuden yleisistä opeista. Helsinki 1992.
- Jonkka, Jaakko:* Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.
- Jonkka, Jaakko:* Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. Lakimies 8/1998, s. 1255–1270.
- Kaplan, John:* The Limits of the Exclusionary Rule. 26 Stanford Law Review 5, May 1974, s. 1027–1055.
- Karppinen, Raija:* Todistamiskielloista. Teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsinki 2006, s. 47–62.
- Koriath, Heinz:* Über Beweisverbote im Strafprozeß. Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, Band 15. Frankfurt am Main 1994.
- Lehtimaja, Lauri:* Ihmisoikeudet rikosprosessissa – Periaatteista sovelluksiin. Defensor Legis 11–12/1978, s. 427–453.
- Lucke, Ole-Steffen:* Das Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen. Zugleich eine Anmerkung zu dem Beschluss des BVerfG 2 BvR 2101/09 vom 9.11.2010 = HRRS 2010 Nr. 1128. Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 12/2011, s. 527–531. – [Http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/11-12/hrrs-12-11.pdf](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/11-12/hrrs-12-11.pdf), 22.1.2014.
- Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Uppsala 1998.
- Lundqvist, Ulf:* Bevisförbud i rättspraxis. Knivsta 2013.
- McCormick, Charles T. – Strong, John W. – Broun, Kenneth S. – Dix, George E. – Graham, Michael H. – Kaye, D. H. – Mosteller, Robert R. – Roberts, E. F.:* McCormick on Evidence. Volume 1. Fourth Edition. St. Paul, Minnesota 1992.
- Meier, Bernd-Dieter:* Strafrechtliche Sanktionen. 3. Auflage. Berlin, Heidelberg 2009.
- Mueller, Gerhard O.W.:* Beweisverbote im amerikanischen Strafprozeß. Teoksessa Die Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Beweisverbote im Strafprozeß. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des sechshundvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966. Band I, Teil 3 A. München und Berlin 1966, s. 33–53.
- Novikoff, Harold S.:* The Inevitable Discovery Exception to the Constitutional Exclusionary Rules. 74 Columbia Law Review 1, January 1974, s. 88–103.

- Ojanperä, Jenni*: Todisteiden hyödyntämiskielto. Teoksessa Lappalainen, Juha – Ojala, Timo (toim.): Kirjoituksia todistusoikeudesta. Helsinki 2006, s. 153–168.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 5., uudistettu painos. Helsinki 2012.
- Perigoe, Kelly*: Exclusion of evidence for failure to advise suspects of the right to counsel and to silence before custodial police interrogation: comparing the United States and Canadian doctrines and the reasons for their difference in scope. Comment. 14 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 2, Fall 2009, s. 503–530.
- Peters, Karl*: Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. Teoksessa Die Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Beweisverbote im Strafprozeß. Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des sechsvierzigsten Deutschen Juristentages, Essen 1966. Band I, Teil 3 A. München und Berlin 1966, s. 91–163.
- Pilnacek, Christian*: Überblick über die Grundsätze der Beweismittlung und der Beweisverbote im österreichischen Strafverfahren. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 99–115.
- Pipek, Jiří*: Beweisverbote im tschechischen Strafverfahren. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence Within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 169–190.
- Pölönen, Pasi*: Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. Lakimies 8/1997, s. 1206–1232.
- Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 236. Jyväskylä 2003.
- Pölönen, Pasi*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2008:68. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2008. Helsinki 2008, s. 510–514.
- Rautio, Jaakko*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/2000. s. 477–480. Helsinki 2000, s. 477–480.
- Reamey, Gerard S.*: The American Exclusionary Rule Experience. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 191–202.
- Rogall, Klaus*: Grundsatzfragen der Beweisverbote. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.–20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 119–148.
- Roxin, Claus*: Strafverfahrensrecht. 24. Auflage. München 1995.
- Roxin, Claus*: Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung. Anmerkung zu BGH 4 StR 455/08 – Urteil vom 18. Dezember 2008 (HRRS 2009 Nr. 260). Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 5/2009, s. 186–188. – [Http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/09-05/hrrs-5-09.pdf](http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/09-05/hrrs-5-09.pdf), 22.1.2014.

- Saarenpää, Ahti*: Oikeusinformatiikka. Teoksessa Tammilehto, Timo (toim.): Oikeusjärjestys. Osa 1. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja C 59. 8., täydennetty painos. Rovaniemi 2012, s. 410–555.
- Saranpää, Timo*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2008:68. Defensor Legis 4/2008, s. 694–707.
- Schaal, Ingrid Maria*: Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren. Juristische Reihe Tenea, Band 8. Dissertation, Universität Passau. Berlin 2002. –[Http://www.jurawelt.com/dissertationen/werke/5716](http://www.jurawelt.com/dissertationen/werke/5716), 22.1.2014.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2012:45. Defensor Legis 4/2012, s. 582–600.
- Tapanila, Antti*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2013:25. Defensor Legis 3/2013, s. 425–438.
- Tapanila, Antti*: Epäillyn oikeudet ja hyödyntämiskielto hovioikeuksissa. Defensor Legis 1/2014, s. 3–28.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuden kaleidoskooppi. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, E-sarja N:o 19. Vaajakoski 2008.
- Torgersen, Runar*: Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker. Oslo 2009.
- Trüg, Gerson – Habetha, Jörg*: Beweisverwertung trotz rechtswidriger Beweisgewinnung – insbesondere mit Blick auf die ”Liechtensteiner Steueraffäre”. Neue Zeitschrift für Strafrecht 9/2008, s. 481–492.
- Viljanen, Pekka*: Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. Defensor Legis 6/2001, s. 1004–1025.
- Viljanen, Pekka*: Todistelutoimikunnan mietinnön arviointia. Defensor Legis 2/2013, s. 144–170.
- Virolainen, Jyrki*: Rikosprosessioikeus I. Rovaniemi 1998.
- Virolainen, Jyrki*: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2000:71. Defensor Legis 4/2000, s. 669–678.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri*: Tuomion perusteleminen. Helsinki 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Jyväskylä 2003.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. Porvoo 2004.
- Vuorenpää, Mikko*: Itsekriminointisuojan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Teoksessa Hyttinen, Tatu – Weckström, Katja (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turku 2011, s. 585–595.
- Vuorenpää, Mikko*: Itsekriminointisuoja loukaten annetun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. Oikeustapauskommentti. Lakimies 1/2013, s. 138–146.
- Välimaa, Asko*: Methods of Gathering Evidence and Prohibition of Its Admissibility in Finland. Teoksessa Höpfel, Frank – Huber, Barbara (Hrsg.): Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Exclusion of Evidence within the EU and Beyond. Europäisches Kolloquium Wien, 18.-20. September 1997. Freiburg im Breisgau 1999, s. 93–98.

## **Virallislähteet**

- HE 36/1989 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 1 luvun 3 §:n ja 21 luvun 5 §:n muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 52/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 76/2009 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kidutusta koskeviksi rikoslain säännöksiksi sekä laiksi pakkokeinolain 5 a luvun 2 ja 4 §:n muuttamisesta.
- HE 199/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle jätelaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakko-keinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- OMML 69/2012. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OMML 30/2013. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OMSO 65/2012. Vertailua eräistä todistusoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita.



## LYHENTEET

ACLR	American Criminal Law Review
av.	alaviite
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BvR	asiakirjatunnus: perustuslakivalitukset, Bundesverfassungsgericht
CLR	Columbia Law Review
DL	Defensor Legis
EIS	Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuim
FBILEB	FBI Law Enforcement Bulletin
HE	hallituksen esitys
HelHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
JILFA	UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs
JulkL	laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta (621/1999)
KirkkoL	kirkkolaki (1054/1993)
KKO	korkein oikeus
KouHO	Kouvolan hovioikeus
KP-sopimus	kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
KVOikApuL	laki kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa (4/1994)
LM	Lakimies
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
RL	rikoslaki (39/1889)
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (689/1997)
SLR	Stanford Law Review
StPO	Strafprozeßordnung (1877, Saksa)
StR	Strafsenat, Bundesgerichtshof
UETL	esitutkintalaki (805/2011)
UPKL	pakkokeinolaki (806/2011)
UPoL	poliisilaki (872/2011)
U.S.	United States Reports
VETL	esitutkintalaki (449/1987)
vp	valtiopäivät
VPKL	pakkokeinolaki (450/1987)
VPoL	poliisilaki (493/1995)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium

## OIKEUSTAPAUKSET

### **Korkein oikeus**

KKO 1995:66  
KKO 1996:50  
KKO 1999:50  
KKO 2000:35  
KKO 2000:71  
KKO 2003:119  
KKO 2006:11  
KKO 2006:107  
KKO 2007:58  
KKO 2007:101  
KKO 2008:68  
KKO 2009:88  
KKO 1.9.2010 1678 (R2008/299)  
KKO 2011:91  
KKO 2012:45  
KKO 2013:25

### **Hovioikeudet**

Kouvolan HO 23.9.2004 (R 04/493) = KouHO 2004:5  
Helsingin HO 9.3.2007 837 (R 06/2199) = HelHO 2007:22  
Helsingin HO 24.1.2008 184 (R 07/2233) = HelHO 2008:2  
Itä-Suomen HO 12.5.2010 (R 09/506) = I-SHO 2010:5  
Kouvolan HO 8.5.2012 393 (R 11/1036) = KouHO 2012:8

### **Euroopan ihmisoikeustuomioistuin**

Unterpertinger v. Itävalta 24.11.1986  
Schenk v. Sveitsi 12.7.1988  
Delta v. Ranska 19.12.1990  
Asch v. Itävalta 26.4.1991  
Mantovanelli v. Ranska 18.3.1997  
Teixeira de Castro v. Portugali 9.6.1998  
Khan v. Yhdistynyt kuningaskunta 12.5.2000  
P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt kuningaskunta 25.9.2001  
Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta 5.11.2002  
Rachdad v. Ranska 13.11.2003  
Stefanou v. Kreikka 22.4.2010  
Gäfgen v. Saksa 1.6.2010 (suuri jaosto)  
Kopylov v. Venäjä 29.7.2010

El Shennawy v. Ranska 20.1.2011  
Yazgül Yilmaz v. Turkki 1.2.2011  
Bocharov v. Ukraina 17.3.2011  
Bekirski ym. v. Bulgaria 2.9.2010  
Korobov v. Ukraina 21.7.2011  
Portmann v. Sveitsi 11.10.2011  
Al-Khawaja v. Yhdistynyt kuningaskunta 15.11.2011 (suuri jaosto)  
Borbola Kiss v. Unkari 26.6.2012  
Aleksahin v. Ukraina 19.7.2012

## **Bundesverfassungsgericht**

BVerfG 2 BvR 454/71 (31.1.1973) = BVerfGE 34, 238  
BVerfG 1 BvR 185/77 (3.6.1980) = BVerfGE 54, 148  
BVerfG 2 BvR 215/81 (26.5.1981) = BVerfGE 57, 250  
BVerfG 2 BvR 1062/87 (14.9.1989) = BVerfGE 80, 367  
BVerfG 2 BvR 1686/04 (8.12.2005)  
BVerfG 2 BvR 255/06 (2.4.2006)  
BVerfG 2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03 (19.9.2006)

## **Bundesgerichtshof**

BGH 1 StR 683/59 (14.6.1960) = BGHSt 14, 358  
BGH 4 StR 70/62 (13.7.1962) = BGHSt 17, 364  
BGH 4 StR 519/63 (21.2.1964) = BGHSt 19, 325  
BGH 1 StR 681/75 (2.12.1975)  
BGH 2 StR 334/77 (22.2.1978) = BGHSt 27, 355  
BGH 2 StR 731/79 (18.4.1980) = BGHSt 29, 244  
BGH 3 StR 136/83 (24.8.1983) = BGHSt 32, 68  
BGH 5 StR 666/86 (28.4.1987) = BGHSt 34, 362  
BGH 4 StR 223/87 (9.7.1987) = BGHSt 34, 397  
BGH 4 StR 333/87 (6.8.1987) = BGHSt 35, 32  
BGH 5 StR 190/91 (27.2.1992) = BGHSt 38, 214  
BGH 1 StR 475/93 (12.10.1993) = BGHSt 39, 349  
BGH 5 StR 680/94 (22.3.1995)  
BGH 5 StR 680/94 (20.12.1995)  
BGH 5 StR 445/95 (20.12.1995)  
BGH 4 StR 243/97 (17.6.1997)  
BGH 1 StR 531/04 (13.1.2005)  
BGH 1 StR 316/05 (7.3.2006) = BGHSt 51, 1  
BGH 4 StR 455/08 (18.12.2008) = BGHSt 53, 112  
BGH 3 StR 573/09 (14.9.2010)

## **Supreme Court of the United States**

Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921)

Nardone v. United States, 308 U.S. 33 (1939)

Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960)

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)

Rakas et. al. v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978)

Walter v. United States, 447 U.S. 649 (1980)

United States v. Payner, 447 U.S. 727 (1980)

United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984)

Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985)

Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)

New York Court of Appeals

People v. Defore, 242 N.Y. 13 (1926)

*Juhana Riekkinen*

## EXCLUSIONARY RULES IN CRIMINAL PROCEDURE Theoretical foundations and the legal situation in Finland

The focus of this article is on situations in which, during some stage of the criminal proceedings, relevant evidence is excluded, i.e., any use of the evidence is prohibited, and ultimately, the trier of fact is not permitted to take it into consideration in any way. Usually, evidence so excluded has been obtained by illegal means. In Finnish legal science, which is strongly influenced by German law and literature in this matter, norms that lead to such exclusions are termed *hyödyntämiskiello* (in German, *Beweisverwertungsverbot*, the closest American equivalent being the *exclusionary rule*). These norms can be distinguished from norms that prohibit the gathering or presentation of evidence. Violations against norms of the latter kind may, however, also lead to exclusion.

In this work, the theoretical foundations of exclusionary rules, including related concepts and categorizations, as well as the role and functions of exclusionary rules in the system of criminal procedure, are explained and clarified. Based on this, exclusionary rules in Finnish law are examined. Due to the lack of written law and scarce domestic literature, the case law of the Supreme Court of Finland is scrutinized in particular detail. In addition, selected special questions are further examined. These include the applicability of the so-called *fruit of the poisonous tree* doctrine in relation to evidence derived from illegally gathered evidence, evidence gathered by private individuals, and the procedural treatment of exclusionary rules in Finnish law. While the main focus throughout the article is on national Finnish law, certain matters are discussed against the backdrop of German and American law.

In Finland, the principle of free evidence has been emphasized especially strongly. Because of this, there has been a willingness to leave the evaluation of evidence to the free discretion of the judge, even when the evidence has been obtained in an illegal way. Therefore, the Finnish attitude toward exclusionary rules has, for a long time, been unfavorable. In the 21st century, exclusionary rules have reached Finland, largely due to the influence of the case law of the European Court of Human Rights. Unfortunately, the incoherent, inadequately reasoned decisions of the Supreme Court have left the legal situation somewhat unclear. In the case law, exclusion has sometimes been confused and blurred with the evaluation of the evidence in question, leading to non-transparent quasi-exclusion or

quasi-evaluation. In certain cases, the Supreme Court has also applied an unequivocal exclusionary rule. Insofar as exclusionary rules exist, their effect appears limited: the fruit of the poisonous tree doctrine generally does not apply. On the other hand, the possibility of exclusion is not limited to evidence acquired by the authorities but can also apply to evidence gathered by private parties, and judges can exclude evidence even when the accused has not actively requested exclusion.

Currently, the Finnish courts enjoy a wide margin of discretion in exclusion matters, but they have not been particularly active in using it. The changed attitude toward exclusion is nevertheless apparent in a proposed new section governing the exclusion of illegally gathered evidence, which is to be included in the Finnish Code of Judicial Procedure. In its proposed form, the provision would, in part, clarify the situation but also introduce new problems in interpretation.