
Helsinki Law Review

2012/1



Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

Helsinki Law Review is supervised by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

www.helsinkilawreview.fi

Articles in Finnish

- | | | |
|------------------------|--|--------|
| Anna Dimoulis | Tarjousasiakirjoihin sisältyvän elinkeinotoimintaa koskevan tiedon suoja julkisissa hankinnoissa
Protection of Commercially Sensitive Information Contained in Bid Documents in Public Procurement | p. 5 |
| Anne Janhonen | Syyttäjän objektiivisuuden vaikutus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen
The Influence of Prosecutor's Objectivity on the Fairness of a Trial | p. 41 |
| Minni Leskinen | Kiinalainen välimiesmenettely ja lainvalinta
International Commercial Arbitration and Choice of Law in China | p. 69 |
| Pekka Pöyhönen | Rikoksen valmistelun kriminalisoimisen perusteluista ja ongelmista
On Arguments For and Against Criminalizing Preparation for Crime | p. 113 |
| Heidi Rantakari | Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus ja sen suhde yhteiskuntavastuuseen
The Purpose of a Limited Company and its Relation to Corporate Social Responsibility | p. 145 |

Book Review

- | | | |
|--------------------|--|--------|
| Markus Kari | Ribstein, Larry E.: The Rise of the Uncorporation | p. 175 |
|--------------------|--|--------|

Published by Pykälä ry 2012

ISSN 1797-6251

Sponsored by

DITTMAR & INDRENIUS

Board of Editors

Editor-in-chief

Niko Jakobsson

Layout

Antti Lindholm

Editors

Martina Castrén

Valentin Golovanov

Maija Haapala

Jyrki Kaukoranta

Matti Keinänen

Outi Penttilä

Harri Puskala

Tapio Rasila

Elli Sistonen

Mirjam Supponen

Authors

Anna Dimoulis

Anne Janhonen

Markus Kari

Minni Leskinen

Pekka Pöyhönen

Heidi Rantakari

Academic Council

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Heikki Halila, LL.D., trained on the bench

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen, LL.D.

Lecturer Jarna Petman, LL.M., M.Soc.Sc.

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Special Thanks

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench

Professor, Vice Dean Pia Letto-Vanamo, LL.D., trained on the bench

Researcher, Suvianna Hakalehto-Wainio, LL.D., trained on the bench

Professor, Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Professor, Heikki Pihlajamäki, LL.D., trained on the bench

Tommi Haaja

Hannu Valtonen

Helsinki Law Review 2012, 6th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

Contact information: Board of Editors: hlr-toimitus@pykala.fi. Editor-in-chief: niko.jakobsson@helsinki.fi. Secretary: hlr-secretary@pykala.fi.

Publisher: Pykälä ry, the law students' association in Helsinki (est. 1935). **Contact information:** Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +3589278 5003. Email: toimisto@pykala.fi.

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

On Submissions

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address hlr-toimitus@pykala.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue of the *Review*. The *Review* accepts articles and other writings in Finnish, Swedish and English. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, *Helsinki Law Review* is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors.

Thank you for your submission!

On Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

Helsinki Law Review

2012/1

In co-operation with

DITTMAR & INDRENIUS



Helsinki Law Review 2012/1

Articles in Finnish

- p. 5 **Anna Dimoulis: Tarjousasiakirjoihin sisältyvän elinkeinotoimintaa koskevan tiedon suoja julkisissa hankinnoissa**
Protection of Commercially Sensitive Information Contained in Bid Documents in Public Procurement
- p. 41 **Anne-Mari Janhonen: Syyttäjän objektiivisuuden vaikutus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen**
The Influence of Prosecutor's Objectivity on the Fairness of a Trial
- p. 69 **Minni Leskinen: Kiinalainen välimiesmenettely ja lainvalinta**
International Commercial Arbitration and Choice of Law in China
- p. 113 **Pekka Pöyhönen: Rikoksen valmistelun kriminalisoimisen perusteluista ja ongelmista**
On Arguments For and Against Criminalizing Preparation for Crime
- p. 145 **Heidi Rantakari: Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus ja sen suhde yhteiskuntavastuuseen**
The Purpose of a Limited Company and its Relation to Corporate Social Responsibility

An English Abstract is provided in the beginning of each article.

Book Review

- p. 175 **Ribstein, Larry E.: The Rise of the Uncorporation** (Markus Kari)

On the Review

Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

The *Review* is published twice a year. The *Review* is prepared to publish articles and other contributions in Finnish, Swedish and English. English Abstracts are provided for articles not fully written in English. The *Review* is available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations.

Helsinki Law Review is supervised and counselled by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

The *Review* may be cited as *Hel. L. Rev.*

From the Editors

The *Helsinki Law Review* is a student-run academic law journal. The *Review* publishes student-written articles opposite to major academic law reviews in the world. One difference between the *Review* and some other student-run academic law journals is that all student articles in the *Review* are signed, i.e. the authorship is revealed. The *Review* is an important academic forum for undergraduate and postgraduate students and its aim is to encourage law students to contribute articles to the academic world as well for practicing lawyers. The *Review* is a great opportunity for students to publish a real law article and get feedback required for future development.

For readers the *Review* provides meticulous research and articles. The articles are carefully chosen among candidate texts. The articles are evaluated by referees, i.e. professors and other recognized experts. The expert opinion gives the author possibilities to sharpen the article during the editorial process. The Academic Council of professors of the Helsinki University gives guidance and advice to the editors where needed.

The articles of the *Review* give piercing remarks on current law issues and potential solutions to upcoming problems. For students it is sometimes easier to take sides and criticize dominant thoughts. An open-minded approach could be a way to find new paths to legal thinking. Fresh aspects and topics are always welcome to the pages of the *Review*. The editors of the *Review* are enthusiastically trying to find interesting and valuable subjects and texts to be published. I hope that you will enjoy the articles of this issue!

Niko Jakobsson
Editor-in-Chief

Protection of Commercially Sensitive Information Contained in Bid Documents in Public Procurement

Keywords: public procurement, transparency, freedom of information, access to information, confidentiality, bid documents, tender documents, trade secrets

Anna Dimoulis

English Abstract

Transparency is one of the basic principles in public procurement in the European Union (EU). It has a key role in the opening-up of procurement to competition, but it must have its limits and the sensitive economic information contained in bids should be protected. This article examines access to tender documents supplied by the bidder. The viewpoint is a Finnish one but the Swedish and British systems are analysed for the sake of comparison. The article aims to ascertain what balance has been struck between the disclosure and withholding of information and if the outcome varies in the three legal systems. As public procurement regulation is based on an EU directive, these confidentiality issues are also studied on EU level.

By comparing the three national legal systems, we draw the conclusion that commercial interests and trade secrets are defined in a similar way and protected in each. Nevertheless, many differences can also be found. It would seem that the protection of information related to pricing is less strict in the UK than in Finland and Sweden. However, in Finland, tenderers have access to more information than the general public, whereas no such distinction exists in Sweden and the UK. Furthermore, the scope of public authorities covered by freedom of information legislation varies in the three EU states. These differences may lead to some countries becoming less attractive to bidders and thus suggest that a more detailed regulation of access to tender documents might be in order on EU level.

Full Article in Finnish

Tarjousasiakirjoihin sisältyvän elinkeinotoimintaa koskevan tiedon suoja julkisissa hankinnoissa

Asiasanat: avoimuus, asiakirjajulkisuus, tarjousasiakirjat, tarjouskilpailu, julkiset hankinnat, liikesalaisuus

1 Johdanto

Avoimuus on yksi tärkeimmistä julkisia hankintoja ohjaavista periaatteista. Avoimuusperiaate edellyttää muun muassa sitä, että hankintamenettelyä koskevia tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia.¹ Näistä viimeksi mainittuun liittyy myös tämän artikkelin aihe eli tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely.

Tarjousasiakirjojen julkisuus on kaksiteräinen miekka: Yhtäältä se parantaa tarjousten laatua, koska tarjoajat voivat ottaa mallia aiemmissa tarjouskilpailuissa hyvin menestyneistä toimittajista. Se helpottaa samoin julkisten hankintojen laillisuuden valvontaa ja auttaa tarjoajia oikeussuojatarpeensa arvioinnissa.² Toisaalta tarjousten julkisuus vaikuttaa siihen, mitä tietoja yritys haluaa hankintayksikölle antaa, jos on vaarana, että kyseiset tiedot tulevat joko kilpailijan tietoon tai julkisuuteen. Hankintayksikön kannattaa näin ollen harkita, kuinka yksityiskohtaista tietoa se vaatii tarjouspyynnössään. Jos on nimittäin mahdollista, että yrityksen arkaluontoiset tiedot paljastuvat sen pahimmalle kilpailijalle tarjouskilpailuun osallistumisen vuoksi, se ei ehkä halua jättää tarjousta ollenkaan. Tämä vähentää kilpailua, mikä saattaa nostaa hankittavan tuotteen tai palvelun hintaa ja laskea laatua.

Artikkelin taustalla on 1.10.2011 voimaan tullut julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan muutos, joka lisäsi hieman tarjousasiakirjojen julkisuutta. Tarkoituksena on ensinnäkin tutkia, miten paljon tietoja tarjousasiakirjoista tulee antaa oikeuden nykytilassa Suomessa. Toiseksi pohditaan, millä muulla ta-

1 HE 50/2006, s. 47.

2 Ks. esimerkiksi Amos – McDonagh 2004, s. 11.

valla elinkeinotoimintaan liittyvän tiedon suoja julkisissa hankinnoissa voitaisiin järjestää sekä millainen olisi erilaisen systematiikan lopputulos julkisuuden ja salassapidon tasapainon kannalta. Toisin sanoen mielenkiinnon kohteena on se, johtaako julkisuussäntelyn rakentaminen eri lailla joko Suomea kapea-alaisempaan tai laajempaan salassapitoon vai onko lopputulos sama systematiikasta riippumatta. Analyysi koskee ainoastaan vaiheita tarjouskilpailun ratkeamisen jälkeen. Onhan ilmeistä, ettei tietoja tarjousasiakirjoista voida antaa aikaisemmin.

Oikeusjärjestelmien vertailu tarjoaa mahdollisuuden oppia toisten kokemuksista, vaikka institutionaalisten erojen vuoksi suorat mallit ovat harvoin sellaisenaan käyttökelpoisia.³ Koska pyörää ei kannata yrittää keksiä uudestaan, lainvalmistelussa on vuosisatainen perinne poimia ideoita muista järjestelmistä. Kun päämääränä on samantapainen ideointi oman oikeuden kehittämiseksi tai kritisoimiseksi, ei ole välttämätöntä perehtyä kovinkaan syvällisesti vieraaseen oikeuskulttuuriin.⁴ Artikkelissa pyritään näin ollen rakentamaan pintapuolinen oikeusvertaileva asetelma, ja tarkoituksena on sekä pohtia suomalaisen järjestelmän kehittämistarvetta että yrittää ymmärtää sitä paremmin.⁵

Koska julkisten hankintojen sääntely pohjautuu Euroopan unionin (EU) oikeuteen, asettaa EU-lainsäädäntö ja -oikeuskäytäntö rajat sille, millaista tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely voi olla jäsenvaltioissa. Ensin tutustutaan hankintoja sääntelevän direktiivin määräyksiin ja unionin tuomioistuimen *Varec*-tapaukseen. Sitten tarkastellaan kotimaisia säännöksiä ja niiden tulkintaa sekä kotimaisen oikeuden jälkeen Ruotsin ja Yhdistyneiden kuningaskuntien oikeusjärjestelmiä. Kyseiset maat on valittu vertailuun, koska Ruotsin oikeusjärjestelmä on monessa suhteessa lähellä omaamme ja antaa näin hyvän vertailukohdan. Yhdistyneiden kuningaskuntien oikeusjärjestys taas on sekä yleisesti että kyseisessä asiassa erilainen kuin Suomessa. Lopuksi verrataan kotimaista järjestelmää ulkomaisiin ja yritetään löytää olennaisia eroja sekä yhtäläisyyksiä vertailtavien maiden välillä.

³ Tala 2010, s. 809–810.

⁴ Husa 2010, s. 710, 715 ja 717.

⁵ Ks. Hautamäki 2003, s. 107, jossa Hautamäki esittää oikeusvertailun yhdeksi motiiviksi juuri kotimaisen järjestelmän paremman ymmärtämisen.

Liikesalaisuuksien suojan tutkiminen on hyödyllistä myös EU-näkökulmasta. Jos yritysten taloudellisten tietojen suoja on hyvin erilainen EU:n jäsenmaissa, voidaan olettaa tämän vaikuttavan hankintojen toteutumiseen ja kilpailuun kielteisesti. Tällöin asian entistä tarkempaa sääntelyä EU-tasolla saattaisi olla tarpeen harkita.

2 Hankinta-asiakirjojen julkisuuden sääntely EU-tasolla

Avoimuus ja sitä myötä hankinta-asiakirjojen julkisuus on lähtökohtana julkisissa hankinnoissa EU:ssa. Hankintayksiköillä on myös velvollisuus perustella kaikki hankintaprosessissa tekemänsä päätökset, mihin käytetään tarjousasiakirjoista löytyviä tietoja. Aivan poikkeuksetonta tämä avoimuus ei kuitenkaan voi olla. Euroopan unionin tasolla hankinta-asiakirjojen luottamuksellisuutta on säännelty hankintadirektiivin⁶ 6 artiklassa⁷:

”Luottamuksellisuus

Jollei tämän direktiivin säännöksistä ja erityisesti 35 artiklan 4 kohdassa ja 41 artiklassa säädetystä tehtyjen hankintasopimuksien julkaisemista sekä ehdokkaille ja tarjoajille tiedottamista koskevista velvoitteista muuta johdu, ja sen kansallisen lainsäädännön mukaisesti, jonka alainen hankintaviranomainen on, hankintaviranomainen ei saa paljastaa sellaisia taloudellisten toimijoiden hankintaviranomaiselle antamia tietoja, jotka nämä ovat määritelleet luottamuksellisiksi. Tällaisia tietoja ovat erityisesti tekniset tai kaupalliset liikesalaisuudet ja tarjousten luottamukselliset näkökohdat.”

Direktiivin 35 artikla koskee jälki-ilmoitusten julkaisemista. Artiklan 4 kohdan viimeisessä virkkeessä taas säädetään:

”Tietyt hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn tekoa koskevat tiedot saa jättää julkaisematta, jos se estäisi lain soveltamista tai olisi muuten yleisen edun vastaista, haittaisi julkisten tai yksityisten taloudellisten toimijoiden oikeutettuja kaupallisia etuja taikka voisi haitata niiden välistä rehellistä kilpailua.”

6 Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004.

7 Samanlainen säännös löytyy myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivistä 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 (erityisalojen hankintadirektiivin) 13 artiklan 2 kohdasta.

Samalla tavalla säädetään 41 artiklan 3 kohdassa ilmoituksista hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn tekemisestä taikka dynaamiseen hankintajärjestelmään hyväksymisestä. Nämä säännökset toki ohjaavat tulkintaa, mutta mitään tarkkaa linjanvetoa salaiseksi luokiteltavista asiakirjoista ei vielä tämän perusteella voida tehdä, erityisesti koska 6 artiklassa mainitaan riippuvuus kansallisesta lainsäädännöstä.

Unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä syntyy käsitys, ettei hankintapäätösten perusteluissa tarvitse antaa kovin yksityiskohtaista tietoa tarjouksista⁸, joten päätösten perusteluvollisuus ei luultavasti vaikuta taloudellisen tiedon suojaan. Hieman enemmän apua tulkintaan tarjoaa nykyisen unionin tuomioistuimen (EUTI) ennakkoratkaisu *Varec*⁹ vuodelta 2008. Se oli ensimmäinen ja toistaiseksi ainoa tapaus, jossa EUTI sai mahdollisuuden arvioida tarjoajien hankintamenettelyssä toimittamien tietojen luottamuksellisuutta. Ratkaisu on merkityksellinen myös siksi, että siinä käsitellään liikesalaisuuksien suojelun ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa¹⁰ taatun oikeudenkäynnin kontradiktorisuuden suhdetta.

Belgian valtio järjesti tarjouskilpailun Leopard-panssarivaunujen telaketjujen teloista ja sai tarjouksen kahdelta yhtiöltä: *Varec SA*:lta ja *Diehl Remscheid GmbH & Co*:lta. *Varecin* tarjous katsottiin sääntöjen vastaiseksi ja siten hylättiin. *Diehlin* tarjous taas täytti kaikki vaatimukset, ja se voitti tarjouskilpailun. *Varec* haki muutosta belgialaisessa *Conseil d'État*'ssa vaatien saada nähdä *Diehlin* tarjouksen kokonaisuudessaan. Tarjous sisälsi kuitenkin eräitä osia, jotka *Diehl* katsoi luottamuksellisiksi. Täten ennen pääasian käsittelyä oli ratkaistava kysymys niiden *Diehlin* tarjousasiakirjojen luottamuksellisuudesta, jotka sisälsivät liikesalaisuuksiin liittyviä tietoja ja jotka oli liitetty asiakirjavihkoon kyseisessä tuomioistuinmenettelyssä. *Conseil d'État* päätti esittää asiasta ennakkoratkaisukysymyksen unionin tuomioistuimelle.

8 Arrowsmith 2003, s. NA153, jossa hän viittaa tapauksiin *Strabag Benelux NV v. Euroopan unionin neuvosto* ja *Renco SpA v. Euroopan unionin neuvosto*.

9 *Varec SA v. Belgian valtio*.

10 Roomassa 4.11.1950 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi allekirjoitettu yleissopimus, SopS 18–19/1990.

Vaikka vastaus perustuu ennen nykyisiä hankintadirektiivejä voimassa olleiden direktiivien¹¹ säännöksiin, tulkinta olisi luultavasti sama myös nykyisten hankintadirektiivien kohdalla. EUTI mainitsee ensin hankintojen sääntelyn perimmäiseksi tavoitteeksi hankintojen avaamisen vääristymättömälle kilpailulle EU:n laajuisesti ja toteaa, etteivät hankintaviranomaiset tämän vuoksi saisi paljastaa hankintaa koskevia tietoja, joita saatettaisiin käyttää kilpailun vääristämiseen joko kyseessä olevassa tai myöhemmissä hankinnoissa. EUTI korostaa luottamusta hankintayksikön ja tarjoajien välillä, koska jälkimmäisten on voitava toimittaa kaikki sopimuksentekomenettelyssä olennaiset tiedot pelkäämättä niiden paljastumista.¹² Vaikka direktiivien säännökset mahdollisuudesta olla antamatta luottamuksellisina pidettäviä tietoja koskevat direktiivin sanamuodon mukaan vain hankintayksikköä, niiden tehokas vaikutus kuitenkin vaarantuisi, jos muutoksenhaun yhteydessä kaikki hankintamenettelyä koskevat tiedot olisi rajoituksetta annettava muutosta hakeneelle tai jopa muulle taholle, kuten väliintulijalle. Tällaisessa tapauksessa vaarana olisi myös se, että jokin taho hakisi muutosta vain saadakseen kilpailijansa toimittamat asiakirjat käyttöönsä. Taloudellisten toimijoiden etujen turvaaminen säännöksin on erityisen tärkeää, koska tavallisesti asiakirjat toimittanut taho ei ole osallisena oikeudenkäynnissä, vaan tuomioistuimessa valittajan vastapuolena on hankintaviranomainen. Näillä perusteilla EUTI katsoo, että muutoksenhakuelimen on vastattava siitä, ettei rehellistä kilpailua tai taloudellisten toimijoiden oikeutettua etua vaaranneta. Tämä saattaa tarkoittaa sitä, ettei hankintaan liittyvää asiakirjavihkoa toimiteta asianosaisille tai heidän asianajajilleen, jos se on tarpeen edellä mainittujen intressien suojaamiseksi.¹³

EUTI pohtii myös tulkintansa mahdollista ristiriitaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa. Sopimuksen 6 artiklan 1 kappaleessa taattu oikeudenkäynnin kontradiktorisuus tarkoittaa, että oikeudenkäynnin osapuolilla on oikeus saada tietoonsa tuomioistuimelle esitetyt todisteet ja huomautukset ja keskustella niistä. Tämä oikeus ei kuitenkaan ole poikkeukseton,

11 Neuvoston direktiivi 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimukseen liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 21.12.1989 ja neuvoston direktiivi 93/36/ETY julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993.

12 *Varec SA v. Belgian valtio*, kohdat 34–36.

13 *Ibid.*, kohdat 38–43.

vaan muut perusoikeudet tai tärkeä yleinen etu voivat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan rajoittaa sitä. Perusoikeuksista voi hankintojen kohdalla tulla kyseeseen erityisesti yksityiselämän suoja eli ihmisoikeussopimuksen 8 artikla. Koska yksityiselämän osaksi voidaan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan katsoa myös luonnollisten henkilöiden ja oikeushenkilöiden ammatti- tai liiketoiminta, EUTI katsoo liikesalaisuuksien suojan olevan osa yksityisyyden suojaa. Rehellisen kilpailun säilyttäminen taas on sellainen merkittävä yleinen etu, joka myös voi rajoittaa kontradiktorisuuden täysimääräistä toteutumista. Ristiriitaa ihmisoikeussopimuksen kanssa ei ole.¹⁴

Tietojen toimittamisesta päätettäessä on EUTI:n mukaan punnittava vastakkain asianosaisten oikeutta tutustua tietoihin ja muiden taloudellisten toimijoiden oikeutta luottamuksellisten tietojensa ja liikesalaisuuksiensa suojaan. Suoja on toteuttava siten, että se sovitetaan yhteen tehokasta oikeussuojaa koskevien vaatimusten, oikeusriidan asianosaisten puolustautumisoikeuksien kunnioittamisen ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen kanssa. Tämä taas ei voi toteutua, jollei muutoksenhakuelimellä itsellään ole kaikkia tarvittavia tietoja asian ratkaisemiseksi, luottamukselliset tiedot ja liikesalaisuudet mukaan lukien. Ennen tietojen luovuttamista oikeudenkäynnin osapuolille, muutoksenhakuelimen on kuitenkin annettava tiedot alunperin hankintayksikköön toimittaneelle taholle mahdollisuus vedota niiden luottamuksellisuuteen.¹⁵

EUTI:n lähestymistapaa asiaan on pidetty ymmärrettävänä. Olisi epäloogista, jos näiden tietojen paljastumiselta suojattaisiin kokonaisuudessaan hankintamenettelyssä mutta ei muutoksenhaussa. Ratkaisu ei kuitenkaan anna mitään suuntaviivoja sille, minkälaisille tiedoille voi legitimiä saada suoja ja milloin taas tiedot pitäisi antaa. Edellä esitelty hankintadirektiivin 6 artikla voisi johtaa tulkintaan, että tarjoajat voivat vapaasti luokitella tarjoustensa osat julkisiksi tai avoimiksi. Loogisempi ja myös paremmin kilpailuoikeudellisissa tapauksissa omaksuttua linjaa mukaileva tulkinta olisi kuitenkin se, että tiedot jätetään antamatta ainoastaan, kun on kyse aidosti taloudellisesti arkaluontoisista kohdista ja osista. Vaikuttaisi toisin sanoen

14 Ibid., kohdat 44–50.

15 Ibid., kohdat 51–54.

siltä, että harkittaessa luottamuksellisten tietojen antamista muutoksenhakuelimessä lähdetään luottamuksellisuusolettamasta, josta luovutaan vain, jos on olemassa painavampia syitä tietojen antamiselle.¹⁶

3 Suomi

3.1 Yleiskatsaus

Suomessa lainsäädännön lähtökohta on julkisuusperiaate eli jokaisella on oikeus saada tietoa julkisesta vallankäytöstä ja viranomaisen muusta toiminnasta.¹⁷ Tämä on kirjattu myös Suomen perustuslain (731/1999, myöh. perustuslaki) 12.2 §:ään. Julkisista hankinnoista annetun lain (348/2007, myöh. hankintalaki) 84 §:n mukaan hankinta-asiakirjojen julkisuuden suhteen noudatetaan lakia viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, myöh. julkisuuslaki), joka on asiaa säätelevä yleislaki. Jos hankintayksikkö on julkisuuslain 4 §:ssä määritelty viranomainen tai jos muualla lainsäädännössä on niin määrätty, soveltuu julkisuuslaki kokonaisuudessaan asiakirjojen julkisuuteen ja niistä perittäviin maksuihin. Jos hankintayksikkö taas ei ole julkisuuslaissa tarkoitettu viranomainen, vaan esimerkiksi julkisoikeudellinen laitos tai julkista tukea saava taho, tulevat julkisuuslaista sovellettaviksi vain asianosaisjulkisuutta koskevat säännökset, asiakirjan julkisuuden määräytymistä koskevat säännökset ja tiedonsaantiasian käsittelyä koskevat säännökset. Näiden hankintayksiköiden asiakirjat eivät ole yleisöjulkisia eli kenen tahansa saatavissa, vaan niitä annetaan ainoastaan asianosaisille, mikä tarkoittaa käytännössä tarjouskilpailuun osallistuneita. Hankintalain 84.3 §:ssä säädetään lisäksi, että muutoksenhaku tiedonantamispäätökseen tapahtuu julkisuuslain 33 §:n mukaisessa hallinto-oikeudessa ja muilla kuin viranomaisilla yksikön sijaintipaikan mukaan määräytyvässä hallinto-oikeudessa.

Hiljattain mediassa on noussut esiin kysymys valtion yhteishankintayksikkö Hansel Oy:n asiakirjojen julkisuudesta.¹⁸ Asia on olennainen, koska Hansel hoitaa merkittävän osan valtion keskushallintoviranomaisten hankinnoista. Julkisuuslain 4 §:n viranomaisen määritelmä ei kata julkisyhteisöjen omis-

16 Brown 2008, s. NA122–123.

17 Aho 2006, s. 63.

18 Kolehmainen 2012a ja 2012b.

tamia yhtiöitä. Mäenpään tulkinta asiasta kuitenkin on, että julkisuuslaki koskee Hanselia ja muita yhtiömuotoisia yhteishankintayksiköitä sen 5.2 §:n perusteella, koska siinä laajennetaan julkisuuslain soveltamisalaa viranomaisen toimeksiannon perusteella laadittuihin ja saatuihin asiakirjoihin.¹⁹ Myös Kalima on esittänyt, että julkisuuslaki tulee kokonaisuudessaan sovellettavaksi yksityisen tahon hallussa oleviin ja sen laatiin asiakirjoihin, jos yksityinen yhteisö harjoittaa ostotoimintaa viranomaisen lukuun.²⁰

Hansel puolestaan katsoo, että se ei kilpailuta puitejärjestelyitä toimeksiannon vaan yhtiöstä säädetyn lain perusteella. Tuekseen se viittaa Hämeenlinnan hallinto-oikeuden ratkaisuun 10/0336/3, jonka mukaan sen tulee noudata ainoastaan julkisuuslain asianosaisjulkisuutta koskevia säännöksiä.²¹

Hankinta-asiakirjojen julkiseksi tulosta on erityissäännöksiä julkisuuslaissa. Yleisön osalta tarjousasiakirjat tulevat lain 7.2 §:n mukaan julkisiksi vasta, kun hankintasopimus on tehty. Viranomainen voi kuitenkin harkintansa mukaan antaa tiedot jo aikaisemmin hankintapäätöksen tekemisen ja sopimuksen solmimisen välisenä aikana. Tiedon antamista ei saa rajoittaa ilman asiallista ja lakiin perustuvaa syytä eikä enempää kuin on välttämätöntä. Tiedon pyytäjiä on lisäksi kohdeltava tasapuolisesti.²²

Vaikka julkisuus on lainsäädännön lähtökohta, on tähän pääsääntöön olemassa lukuisia poikkeuksia. Hankinnoissa näistä olennaisimmat ovat ne, jotka koskevat yksityisen liike- ja ammattisalaisuuksien suojaa ja muita vastaavia liike- ja elinkeinotoimintaan liittyviä seikkoja. Yksityisten etujen suojaamisesta säädetään julkisuuslain 24 §:n 20 kohdassa. Sen mukaan salassa pidettäviä ovat tiedot yksityisestä liike- tai ammattisalaisuudesta. Näiden kohdalla on ehdoton salassapitovelvollisuus. Lisäksi salaisiksi säädetään muut vastaavat elinkeinotoimintaa koskevat seikat, mutta vain jos tietojen antaminen aiheuttaisi elinkeinonharjoittajalle taloudellista vahinkoa. Tieto elinkeinotoimintaa koskevasta seikasta on kuitenkin annettava, jos kyse on kuluttajien terveyden tai ympäristön terveellisyyden suojaamiseksi tai toiminnasta haittaa kärsivien oikeuksien valvomiseksi merkityksellisistä tie-

19 Ibid. ja Mäenpää 1999, s. 53.

20 Kalima teoksessa Kalima – Häll – Oksanen 2007, s. 274.

21 Kolehmainen 2012.

22 OMMML 6/2010, s. 71.

doista tai elinkeinonharjoittajan velvollisuuksia ja niiden hoitamista koskevista tiedoista. Tässä elinkeinotoimintaa koskevilla seikoilla tarkoitetaan lähinnä tietoja, jotka on yritystoiminnan kannalta yleensä perustellusti tarpeellista pitää salassa, vaikka kyseessä ei olekaan varsinainen liikesalaisuus.²³ Tällaisen tiedon kohdalla on olettamana julkisuus ja salassapitoa harkittaessa tulee ottaa huomioon vahingon aiheutumisen mahdollisuus. Yksityisen tahto pitää asiakirja salassa ei ole ratkaiseva, mutta se pitää kuitenkin selvittää ja ottaa huomioon arvioinnissa erityisesti epäselvissä tapauksissa, samoin kuin elinkeinonharjoittajan käsitys tiedon antamisen vaikutuksista.²⁴ Jotteivät julkisyhteisön kilpailukumppanit saisi perusteetonta etua, myös julkisyhteisön liike- ja ammattisalaisuuksia suojataan julkisuuslain 24 §:n 17 kohdassa ehdottomalla salassapidolla ja muita vastaavia tietoja vahinkoedellytteisesti. Hankintojen kohdalla vahinko tarkoittaisi tyypillisesti julkisyhteisön kilpailuaseman huonontumista tai toisen tahon kilpailuaseman parantumista taikka edullisten hankintojen mahdollisuuden pienenemistä.

Julkisissa hankinnoissa asianosaisia ovat ainakin tarjousmenettelyyn osallistuneet elinkeinonharjoittajat. Lisäksi oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että asianosainen voi olla alalla toimiva yrittäjä, jolla on tai olisi ollut mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu oikein toteutetussa hankintamenettelyssä. Koska ehdokkaiden ja tarjoajien asianosaisasema perustuu intressiin hakea muutosta hankintayksikön tekemään ratkaisuun, myös asianosaisasema päättyy tämän oikeudellisen intressin eli muutoksenhaun määräajan päättyessä.²⁵ Asianosaisasema antaa laajemman oikeuden ei-julkisten asiakirjojen sisältämiin tietoihin. Julkisuuslain 11 §:n perusteella henkilöllä on tällainen oikeus, jos kyseinen tieto voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Asianosaisella on myös mahdollisuus saada tarjouskilpailun lopputulokseen vaikuttaneita tietoja heti hankintapäätöksen tekemisen jälkeen, jotta se voisi arvioida, onko sillä perusteita hakea muutosta. Oikeus ei kuitenkaan koske toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuuksia, tarjouksen hintaa lukuunottamatta.

23 Mäenpää 2006, s. 71.

24 HE 30/1998, julkisuuslain 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut.

25 OMMML 6/2010, s. 74.

Myös valitusprosessin aikana voi pyytää markkinaoikeudelta tai korkeimmalta hallinto-oikeudelta tietoa jätetyistä tarjouksista, koska ne kuuluvat lähes aina oikeudenkäyntiaineistoon. Silloin sovelletaan oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annettua lakia (381/2007). Lain 3 §:n mukaan noudatettaviksi tulevat julkisuuslain säännökset, ellei toisin säädetä. Asianosaisen oikeus asiakirjaan määräytyy lain 9.1 §:ssä hieman eri lailla kuin julkisuuslaissa. Sen mukaan asianosaisella on oikeus saada tieto muunkin kuin julkisen asiakirjan sisällöstä, jos se voi tai on voinut vaikuttaa asian käsittelyyn. Julkisuuslain 11.2 §:n 1 tai 6 kohdissa mainitun tiedon voi kuitenkin jättää antamatta, jos se on välttämätöntä salassapitosäännöksessä tarkoitetun edun suojaamiseksi eikä vaarana oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista (lain 9.3 §). Kyseiset julkisuuslain kohdat koskevat tiedon antamista muun muassa silloin, kun kyse on ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuudesta. Markkinaoikeudessa tiedon antaminen liike- ja ammattisalaisuuksista riippuu näin ollen tuomioistuimen harkinnasta.

3.2 Liike- ja ammattisalaisuuden käsite

Liike- ja ammattisalaisuutta ei ole tyhjentävästi määritelty lakitekstin tasolla, eikä täsmällinen määrittely varmasti olisi mahdollistakaan. Lainvalmisteluasiakirjoista saadaan kuitenkin apua tulkintaan. Hallituksen esityksessä julkisuuslaiksi mainitaan liikesalaisuuksilla tarkoitettavan taloudellisuonteisia, lähinnä kaupankäynnin alaan kuuluvia yrityksen salaisuuksia. Liikesalaisuuden käsite kattaa samoin yrityskokemukset eli niin sanotun *know-how*'n, joka on kokemukseen perustuvaa taitoa tiedon hyväksikäytöstä. Tekninen salaisuuskin voi olla liikesalaisuus. Ammattisalaisuus puolestaan tarkoittaa hallituksen esityksen mukaan enemmän taidollisia salaisuuksia, joita voi olla myös vapaiden ammattien harjoittajilla, kuten lääkäreillä ja asianajajilla riippumatta siitä, harjoittavatko he liiketoimintaa.²⁶

Myös laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978, myöh. SopMenL) säädetään liikesalaisuuksista. Lain perusteluiden mukaan tunnusomaista liikesalaisuudelle on, että kyseisen seikan salassapidolla on merkitystä sitä hallussaan pitävän yrityksen elinkeinotoiminnalle. Vaikka

26 HE 30/1998, 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut.

liikesalaisuus usein on tärkeä juuri uutuutensa vuoksi, ei uutuus kuitenkaan ole liikesalaisuudelle ehdoton tunnusmerkki. Ei myöskään ole välttämätöntä, että liikesalaisuus olisi vain suppean henkilöpiirin tiedossa, vaan se voi esimerkiksi olla tunnettu kahdessa tai useammassa yhteistoimintaa harjoittavassa yrityksessä. Tiedon haltijan pitää tosin osoittaa jonkinlaista aktiivisuutta liikesalaisuuden säilyttämiseksi vaikkapa sisällyttämällä työ- tai muihin sopimuksiin lauseke vaitiolovelvollisuudesta taikka valvomalla salaisuuden suojelemista yrityksessä. Liikesalaisuuden kannalta ei ole välttämätöntä, että siihen liittyy työ- tai taloudellinen panos esimerkiksi tuotekehittelyn tai muun sellaisen tutkimustoiminnan tuloksena, mutta tällainen panostus on indikaatio salassapitointressistä.²⁷

Edelleen SopMenL:n esitöiden mukaan liikesalaisuudet sisältävät taloudellisia tai teknisiä tietoja. Taloudelliset liikesalaisuudet voivat koskea yrityksen organisaatiota, yritysten välisiä suhteita ja sopimuksia tai tuotantoon ja markkinointiin liittyviä kysymyksiä, kuten tuotteiden hankintaa, hintapolitiikkaa tai alennusjärjestelmiä. Esimerkkeinä teknisistä liikesalaisuuksista mainitaan rakennetta, materiaaliyhdisteitä ja kuljetusta koskevat tiedot. *Know-how* määritellään suurin piirtein samoin kuin julkisuuslain esitöissä kokemukseen perustuvaksi tiedoksi käyttää tietoa hyväksi. Laajimmassa merkityksessä se voidaan ymmärtää kaikkena tietyn elinkeinon harjoittamiseen tarvittavana tietona ja kokemuksena. *Know-how*'ta voidaan suojata liikesalaisuutena, kun se pidetään salassa.²⁸

Julkisuuslain säännöksessä ei ole omaksuttu rikoslaisa (39/1889, myöh. RL) käytettyä yrityssalaisuuden käsitettä sen vuoksi, että salassapito edellyttäisi RL:ssa omaksutun määritelmän mukaan yrittäjän salassapitotahdon selvittämistä.²⁹ Yrityssalaisuuden määritelmää on kuitenkin lainattu RL:n esitöistä myös julkisuuslain perusteluihin, joten lienee syytä katsoa lyhyesti yrityssalaisuuden määritelmää kyseisessä laissa. Siinä 30:11:ssä määritellään yrityssalaisuus liike- tai ammattisalaisuudeksi taikka muuksi vastaavaksi elinkeinotoimintaa koskevaksi tiedoksi, jonka elinkeinonharjoittaja pitää salassa ja jonka ilmaiseminen olisi omiaan aiheuttamaan taloudellista va-

27 HE 114/1978, s. 14.

28 Ibid., s. 14.

29 HE 30/1998, 24 §:n 20 kohdan yksityiskohtaiset perustelut. Ks. myös Aho 2006, s. 69, jossa kyseenalaistetaan tämä erottelu.

hinkoa joko elinkeinonharjoittajalle itselleen tai toiselle elinkeinonharjoittajalle, joka on uskonut tiedon hänelle. Lainkohdan perusteluista käy ilmi, että liike- ja ammattisalaisuudet ovat yrityssalaisuuden alalajeja. Yrityssalaisuudelle ominaista on se, että se sisältää elinkeinotoimintaan liittyvää tietoa esimerkiksi tuotteiden valmistusmenetelmistä ja tuotekehittelystä taikka kaupallis-taloudellisista, hallinnollis-organisatorisista tai jopa yhteiskunnallisista seikoista. Elinkeinotoiminnan kannalta merkityksettömät tai yleisesti tunnetut seikat eivät luonnollisesti voi olla yrityssalaisuuksia.³⁰

Mäenpää on viitannut myös aiemmin mainittuun perustuslain 12.2 §:ään, jonka mukaan asiakirjojen julkisuutta voidaan rajoittaa vain välttämättömiin syiden vuoksi. Näin ollen liikesalaisuuden tulkinnassa tulee ottaa huomioon, onko yritystä koskevan tiedon julkisuuden rajoittaminen välttämättömyyttä hyväksyttävistä ja riittävän painavista syistä. Toisaalta hän huomauttaa, ettei tiedolla tarvitse olla mitattavaa taloudellista arvoa tai ettei julkistamisen tarvitse aiheuttaa nimenomaan taloudellista vahinkoa.³¹

3.3 Oikeuskäytäntöä liike- ja ammattisalaisuuksista

Korkein hallinto-oikeus (KHO) päätyi ratkaisussaan 2000:14 siihen tulokseen, että asianosaisella on oikeus saada hankinnan kokonaisarvon lisäksi tietoonsa myös yksikköhinnat.³² Tarjouksessa esitettyjen yksikköhintojen julkisuutta pohdittiin myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2007:83. Referoituaan julkisuuslain perusteluja KHO totesi, että yksikköhintojen joutuminen kilpailevien elinkeinonharjoittajien tietoon antaisi näille kilpailuetua ja että yrityksellä oli legitiimi salassapitointressi, joten yksikköhintoja oli pidettävä liikesalaisuuksina. Tietoja ei tarvinnut antaa. Tämän ratkaisun erona edelliseen on, että jälkimmäisessä tapauksessa tietojen pyytäjä ei ollut asianosainen. Asianosaisillahan on mainittu julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohdan mukainen oikeus saada tietää tarjouksen hinta.

Markkinaoikeus (MAO) katsoi ratkaisussaan 50/03 tarjoukseen sisältyneet opetussuunnitelman ja hintaerittelyn liikesalaisuuksiksi, eikä antanut niistä tietoja oikeudenkäynnin asianosaiselle. Hakijalle oli annettu tieto tarjouk-

30 HE 66/1988, s. 92–93.

31 Mäenpää 2006, s. 72–73.

32 OMMML 6/2010, s. 75 av. 34, jossa kerrotaan kyseisen tapauksen lopputulos.

sen liitteenä olleesta kaavakkeesta, josta MAO:n mielestä kävi riittävästi ilmi tarjousvertailuun ja hankintapäätökseen vaikuttaneet tiedot. Markkinaoikeuden ratkaisussa 403/08 lähtökohdaksi otettiin yritysten oikeus saada tieto toistensa tarjouksista. Kuitenkin voittaneen tarjoajan hintaerittelyjä yksikköhintatietoineen ja kokonaistuntimäärän jakautumista työvaiheittain pidettiin yhtiön liike- tai ammattisalaisuuksina, samoin tarjoukseen sisältyneitä tietoja kolmannen yrityksen toteuttamien projektien hinnoittelusta ja sen teknisestä yhteistyöstä tarjoajayhtiön kanssa. Tietoja ei tarvinnut antaa, koska tarjouskilpailu oli ratkaistu pelkän kokonaishinnan perusteella.

Tapauksessa MAO 505/09 oli kyse maarakennus- ja kuljetusalan työvoimapoliittisen aikuiskoulutuksen hankinnasta. Siinä tuotiin selvästi ilmi, että ratkaisussa olennaista on punnita keskenään voittaneelle tarjoajalle tai hankintayksikölle aiheutuvaa haittaa tai vahinkoa ja toisaalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen edellytyksiä. Tuomioistuimien otti huomioon, että hakija ei ollut vaatinut tiettyjä tarjousasiakirjoja, vaan tarjousta yleisesti, ja että tarjouksen julkinen versio oli sisältänyt runsaasti asiakirjoja. Tämän jälkeen se totesi, että seuraavia tietoja ei liikesalaisuuksina tarvinnut antaa: yksikköhinnat, henkilöstön eli opettajien ansioluettelot, ajoneuvokalustoa koskeva kustannuslaskelma, suunnitelmat työvoimapoliittisen näkökulman huomioimisesta koulutusprosessissa ja koulutuskeskuksen ja työelämän yhteistyöstä, koulutus- ja tutkimustoiminnan laatukuvaus, työssä oppimisen käsikirja sekä koulutussuunnitelma. Liike- ja ammattisalaisuusiksi on markkinaoikeudessa katsottu myös esimerkiksi liite nimeltään ”Tekninen ja toiminnallinen kuvaus”³³ sekä huoltoprosessia, huoltopisteitä ja alihankkijoita koskevat asiakirjat³⁴.

Tapauksista käy ilmi, että punnitessaan taloudellisen toimijan intressiä säilyttää liike- ja ammattisalaisuutensa sekä toisen intressiä saada ne tietoonsa oikeudenkäyntiä varten, markkinaoikeus päätyy lähes aina suojaamaan liikesalaisuuksia. Tätä se on perustellut usein muun muassa sillä, ettei hakija itsekään tiennyt, mitkä asiakirjat tarkalleen halusi. Tällä haluttiin ilmeisesti estää tietojen ”kalastelu” kilpailuedun saamiseksi. Lisäksi markkinaoikeus on päättänyt suojaamaan liikesalaisuuksia sillä perusteella, että hakijalla oli

33 MAO 649–650/09.

34 MAO 140/11.

muun saamansa aineiston perusteella tarvittavat, asian käsittelyyn vaikuttavat tiedot.

3.4 Tilanne julkisuuslain muutoksen 1.10.2011 jälkeen

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittämistä miettinyt työryhmä pohti myös asianosaisjulkisuuden toteuttamista hankinta-asioissa. Työryhmässä harkittiin asianosaisen tiedonsaantioikeuden rajoittamista voittaneeseen tarjoukseen, muttei päädytty sen kannalle, koska tieto muistakin tarjouksista voi olla tarpeen esimerkiksi tarjousvertailun lainmukaisuuden selvittämiseksi.³⁵

Tärkeämpää oli kuitenkin pohdinta hintatietojen julkisuudesta asianosaisiin nähden. Julkisuuslaissa oli ennestään toteamus, ettei hinta voi olla asianosaiselta salassa pidettävä tieto. Työryhmä totesi, että tarjoajia pyydetään tavallisesti antamaan tarjoukset yksikköhintoina, joita vertaillaan. Tällöin asianosaisilla on intressi saada ne tietoonsa mahdollisia oikeussuojavaateita varten. Sen sijaan hinnan määräytymisperusteet tai tarkempi muu määrittelytapa saattavat olla liike- tai ammattisalaisuutena suojattavaa tietoa.³⁶ Hallituksen esitykseen tuli näin ollen julkisuuslain 11.2 §:n 6 kohtaan sanamuodoksi, ettei asianosaisella ole oikeutta: ”– – julkisessa hankinnassa toisen ehdokkaan liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin *tarjousvertailussa käytettävää hintaa lukuun ottamatta* – –”.³⁷ Säännösten yksityiskohtaiset perustelut olivat samat kuin työryhmän mietinnössä.³⁸

Eduskunnan talousvaliokunta oli asiasta toista mieltä ja muutti edellä siteeratun kohdan kuulumaan: ”julkisessa hankinnassa toisen ehdokkaan tai tarjoajan liike- tai ammattisalaisuutta koskeviin tietoihin; *tieto tarjousten vertailussa käytetystä hinnasta ja muusta tekijästä on kuitenkin aina annettava*”. Tässä muodossa säännös myös annettiin, ja se tuli voimaan 1.10.2011. Valiokunta perustelee muutosta sillä, että asianosaiselle on turvattava tiedonsaanti kaikista seikoista, joita on käytetty vertailuperusteina riippumatta siitä, ovatko ne luokiteltavissa liike- tai ammattisalaisuuksiksi.³⁹

35 OMMML 6/2010, s. 74.

36 OMMML 6/2010, s. 75.

37 HE 182/2010, s. 36, kursiivi tässä.

38 Ibid., s. 24.

39 TaVM 48/2010.

Onko uutta säännöstä tosiaan tulkittava siten, että kaikki vertailuperusteiden arvioinnissa käytetty aineisto onkin nykyään asianosaisjulkista? Säännöksen sanamuoto ainakin puhuu tämän tulkinnan puolesta. Samoin vaikuttaisi tekevän myös talousvaliokunnan mietintö. Valiokunta mainitsee kylläkin vain *täsmentävänsä* säännöstä niin, että siitä selvästi ilmenee kaikkien vertailussa käytettyjen tietojen olevan asianosaisten saatavilla, ja mainitsee esimerkkinä tarjoajan yksikköhinnat. Esimerkki on juuri se, jota myös työryhmä käytti, ja ehkä myös täsmentää-sana viittaa valiokunnan haluun selventää tuota tarkoitusta. Toisaalta yksikköhintoja käytetään vain esimerkkinä, mikä tarkoittaa, että säännös kattaa myös muita seikkoja. Lisäksi lyhyet perustelut kokonaisuutena viittaavat aivan toiseen suuntaan.⁴⁰ Ne ovat oikeastaan ainoa tulkinnassa käytettävissä oleva aineisto, muuttuihan tuo virkkeen kohta vasta eduskunnassa.

Kirsi-Maria Halonen näyttää kuitenkin tulkinneen säännöstä, niin että oikeus koskee vain hintaa, eikä muita vertailuperusteita.⁴¹ Se vaikuttaa päinvastaisen tulkinnan seurauksia ajatellen loogiselta, mutta olisin silti taipuvainen uskomaan, että oikeampi tulkinta olisi säännöksen sanamuodon mukainen. Toisin sanoen lokakuusta 2011 lähtien olisi asianosaiselle annettava tieto kaikista vertailuperusteina käytetyistä seikoista.

Asiasta ei ole vielä ehtinyt syntyä varsinaista oikeuskäytäntöä. Säännöstä uudessa muodossaan on kuitenkin sovellettu muun muassa ratkaiussa MAO 531/11. Siinä valittaja pyysi saada nähtäväkseen useita tarjouksen liitteinä olleita asiakirjoja, mutta markkinaoikeus hylkäsi vaatimuksen. Perustelujen alkupuolella MAO mainitsi nimenomaisesti, että asiakirjoilla ei ollut ollut merkitystä tarjousten vertailussa, vaan ne olivat liittyneet hankinnan vähimmäisvaatimusten arviointiin. Tästä voisi tehdä päätelmän, että jos asiakirjat olisivat olleet käytössä tarjousvertailussa, ne olisi pitänyt antaa.

40 TaVM 48/2010. Perustelut kuuluvat: ”Asianosaisille tulee turvata tiedonsaanti kaikista niistä seikoista, joita hankintayksikkö on päätöstä tehdessään käyttänyt vertailuperusteena, riippumatta siitä, ovatko tiedot luokiteltavissa liike- tai ammattisalaisuuden piiriin kuuluviksi. Lakiehdotuksessa tiedonsaanti on rajattu hintatietoon. Valiokunta esittää säännöstä täsmennettäväksi siten, että siitä selkeästi ilmenee kaikkien vertailussa käytettyjen seikkojen kuuluvan asianosaisjulkisuuden piiriin. Asianosaisella on näin ollen oikeus saada tiedot esimerkiksi tarjoajan yksikköhinnoista siinä laajuudessa kuin ne ovat vaikuttaneet tarjousten vertailuun.”

41 Halonen 2011.

Tällainen tulkinta voi olla merkittävä kilpailun kannalta. Tietenkin saattaa olla, että sanamuotoa ”muu tekijä” tulkitaan suppeasti siinä mielessä, että tarjousasiakirjoista poimitaan tarkasti vain nämä asiat, eikä esimerkiksi katsota koko liitettä asianosaisjulkiseksi. Kuitenkin juuri liitteestä syntyvä kokonaiskuva saattaa usein olla olennainen tarjousten vertailussa. Jää nähtäväksi, muuttuuko mikään uuden säännöksen myötä vai oliko kyseessä todellakin vain täsmennys aiempaan tilanteeseen verrattuna.

4 Ruotsi

Ruotsissa asiakirjajulkisuutta säätelee julkisuus- ja salassapitolaki (*offentlighets- och sekretesslag* 2009:400, myöh. OSL). Laki koskee hieman laajempaa piiriä kuin Suomessa, sillä julkisuusperiaatteen piirissä ovat paitsi valtion, läänien ja kuntien viranomaiset myös läänien ja kuntien omistamat yhtiöt. Valtionyhtiöitä julkisuuslainsäädäntö ei kuitenkaan koske.

Toisin kuin Suomessa, hankinta-asiat tulevat pääsääntöisesti julkisiksi, kun hankintapäätös on tehty (OSL 19 luku 3.2 §). Ruotsin järjestelmä eroaa omastamme myös siinä, että systemaattista erottelua yleisö- ja asianosaisjulkisuuden välillä ei tehdä, vaan kaikkia tietoa pyytäviä koskevat samat säännökset. Liikesuhteita viranomaisten kanssa koskee OSL:n 31 luvun 16 §. Sen mukaan tiedot yksityisen liikesuhteesta viranomaiseen ovat salassa pidettäviä, jos erityisestä syystä voidaan olettaa yksityisen kärsivän vahinkoa tiedon antamisesta. OSL:ssä ei nimenomaisesti mainita liike- ja ammatillisuuksia, mutta esitöissä ruotsalaisen hankintalain muuttamiseksi ja muun muassa aiemman asiakirjajulkisuutta säädelleen lain muuttamiseksi mainitaan, että vaikka yleisesti ottaen tieto hankintapäätöksen perusteena olleista seikoista pitäisi olla mahdollista antaa kenenkään kärsimättä vahinkoa, nämä tiedot eivät saa sisältää yrityssalaisuuksia. Myös muuntyyppiset tiedot kuin yrityssalaisuudet voivat paljastuessaan aiheuttaa vahinkoa. Jotta tietopyynnön käsittely olisi EU-oikeuden mukaista, pitäisi asettaa yhteen vaakakuppiin hävinneen tarjoajan oikeus saada tietoa hankintapäätöksestä ja toiseen voittaneen tarjoajan ja hankintayksikön intressi suojata luottamuksellisia tietoja.⁴²

42 Prop. 2001/02:142, s. 64.

Yrityssalaisuus määritellään laissa yrityssalaisuuksien suojasta (lag om skydd för företagshemligheter 1990:409)⁴³. Lain 1 §:n mukaan yrityssalaisuudet ovat tietoja liikesuhteista elinkeinonharjoittajan yrityksessä. Elinkeinonharjoittaja pitää nämä tiedot salassa ja niiden paljastuminen voisi aiheuttaa hänelle kilpailuhaittaa. Ne voivat olla esimerkiksi piirrosten, mallien tai muiden vastaavien teknisten esikuvien muodossa. Tiedon pitää olla luottamuksellista, eikä se saa olla yleisesti tiedossa.⁴⁴ Mitään vaatimusta oma-leimaisuudesta ei kuitenkaan ole, vaan tieto voi olla myös triviaalia. Lain esitöiden mukaan kyseeseen voi tulla tieto tuotteesta, jota ei ole vielä saatettu markkinoille, teknisistä aluevaltauksista ja tuotantokokemuksista sekä kaupallinen tieto hallinnosta, suunnittelusta, myynnistä tai rahoituksesta. Tiedon pitää olla liiketoiminnalle arvokasta, ja sitä pitää suojella paljastumiselta, mutta ei kuitenkaan vaadita, ettei tietoa saisi levittää tietyn henkilömäärän tai tietyn piirin ulkopuolelle. Toisaalta piirin pitää olla rajattu, määriteltävissä ja suljettu siinä mielessä, etteivät osalliset saisi rajoituksetta hyödyntää tai levittää tietoa. On suotavaa, että elinkeinonharjoittaja tekee tiedon luottamuksellisuuden mahdollisimman selväksi esimerkiksi turvallisuusohjeilla tai leimaamalla sen salaiseksi. Ei silti ole välttämätöntä, että toimenpiteet olisivat ulkopuolisen havaittavissa. Yrityssalaisuuden määrittely ei kuitenkaan riipu pelkästään elinkeinonharjoittajan tahdosta, vaan suoja saavat ainoastaan oleelliset tiedot, jotka paljastuessaan huonontaisivat hänen kilpailuasemaansa.⁴⁵ Myös Ruotsissa tarjouksen jättäjän kannattaa merkitä tarjoukseensa, mitkä osat siitä ovat luottamuksellisia, mutta se ei sido viranomaista, joka tekee päätöksensä tietojen antamisesta lain perusteella.⁴⁶

Asianosaisen oikeudesta oikeudenkäyntiasiakirjoihin säädetään OSL 10 luvun 3.1 §:ssä. Salassapito ei yleensä estä saamasta asiakirjaa, johon asianosaisella on asemansa perusteella oikeus, paitsi jos on yleisen tai yksityisen edun kannalta erityisen painavia syitä, että kyseistä aineistoa ei luovuteta. Näissä tapauksissa tuomioistuimen pitää muutoin antaa tieto asiakirjan sisällöstä niiltä osin, kuin asianosainen sitä tarvitsee puolustaakseen oikeuksiaan, ja ilman että suojeltava intressi kärsii.

43 Myös edellä mainitussa hallituksen esityksessä Prop. 2001/02:142 viitattiin tähän lakiin.

44 Falk 2009, s. 489.

45 Prop. 1987/88:155, s. 12–13.

46 Konkurrensverket 2012, s. 20.

Ruotsissa yksityisen tahon taloudellisten tietojen salassapidon (OSL 31 luku 16 §) ohella oikeuskäytännössä on usein noussut esiin hankintayksikön taloudellisen edun suojeleminen OSL 19 luvun 3.1 §:n perusteella. Hankintaviranomaiset ovat usein väittäneet tuomioistuimessa, että tietämättömyys muiden yritysten aiemmista tarjouksista on edellytys alhaiselle hintatasolle seuraavissa kilpailutuksissa ja takaa julkisyhteisölle parhaan lopputuloksen. Jos tiedot annettaisiin, tarjoajat voisivat arvata tarjouskilpailun hintatason ja mitoittaa oman tarjouksensa sen mukaan. Ruotsin ylin hallintotuomioistuin *Regeringsrätten* (nykyinen *Högsta förvaltningsdomstolen*) ei kuitenkaan ole hyväksynyt tällaisia perusteluita tavanomaisissa hankinnoissa, vaan on vaatinut, että vahinkoriski näytetään toteen säännöksen edellyttämällä tavalla. Hankintayksikön pitää osoittaa, mitä konkreettista vahinkoa tietojen antamisesta voisi olla.⁴⁷

Tapauksessa RÅ 1993 not. 345 maahanmuuttoviraston onnistui kuitenkin vakuuttaa Regeringsrätten siitä, että vahinkoriski oli olemassa. Asia koski sopimuksen hintatietoja. Maahanmuuttoviraston kantaa tuki se, että sopimuskorvaus oli huomattava, mahdollisten tarjoajien määrä oli pieni ja kyseisenlainen hankinta ei tietyissä tapauksissa ollut lainkaan mahdollinen. Viranomaisen neuvotteluasema oli ”taloudellisesti haavoittuvainen” ja hintatietojen antaminen olisi voinut johtaa sille vahingolliseen kilpailunrajoitukseen. Riskin vahingosta katsottiin olevan konkreettinen myös tuomiossa RÅ 1993 not. 409. Siinä oli kyse keskusrautatieaseman peruskorjauksesta. Jos tiedot ensimmäisen vaiheen tarjouksista ja niiden hinnoista olisi annettu, olisi projektin seuraavan vaiheen kilpailutukselle selvästi aiheutunut haittaa. Samoin lumenaurauspalveluiden hankinnassa ratkaisussa RÅ 1987 not. 370 oli hyväksyttävää olla antamatta tietoja tarjousten hinnoista ja ehtoista. Tätä perusteltiin sillä, että kunnan lumenaurausyhdistyksen jäsenet olivat aiemmin neuvotelleet keskenään tarjousten antamisesta. Salassapito oli välttämätöntä, jotta seuraavalle kilpailutukselle luotaisiin hyvät edellytykset. Jos katsotaan julkisyhteisön edun vaativan salassapitoa, vahingon mahdollisuutta yksityiselle ei aina edes tutkita.⁴⁸ Yksityisten taloudelliset tiedot voivat saada suojaa välillisesti viranomaisen edun perusteella.

47 Ks. esimerkiksi tapaukset RÅ 1991 not. 307, RÅ 1991 not. 434, RÅ 1992 not. 537 ja RÅ 1993 not. 345.

48 Ks. esimerkiksi edellä mainittu tapaus RÅ 1993 not. 345.

Myös yksityisten taloudellisten tietojen ja liikesalaisuuksien ollessa kyseessä on olennaista osoittaa, miksi tiedot ovat luottamuksellisia kussakin tapauksessa. Lähtökohtana on nimittäin tarjousasiakirjojen julkisuus, paitsi jos vahingon mahdollisuus pystytään näyttämään toteen. Joissain tapauksissa tarjoukset on annettu tiedoksi kokonaisuudessaan, kun asiakirjojen sisältö tai muut asiassa ilmenneet seikat eivät ole antaneet aiheutta olettaa, että yksityiselle aiheutuisi vahinkoa.⁴⁹ Asiassa RÅ 1991 not. 465 tarjoajan perustelut salassapidolle hyväksyttiin. Se aikoi osallistua muihinkin tarjouskilpailuihin. Tulevissa hankintamenettelyissä oli tärkeää, etteivät sen kilpailijat olisi selvillä sen taloudellisista laskentamalleista. Hintatiedot on pidetty salassa yksityisen taloudellisen edun suojaamiseksi myös tuomiossa RÅ 1991 not. 434.

Alemmassa oikeusasteessa, kamarioikeuksissa, asiaa on tulkittu samalla tavalla. Jos yritys ei pysty perustelemaan, miksi vahinkoa aiheutuisi tietojen antamisesta, on aineisto julkista.⁵⁰ Sundsvallin kamarioikeus on pitänyt kokonaishintaa julkisena tietona, mutta yksikköhintoja salaisina.⁵¹ Jönköpöngin kamarioikeuden tuomiossa taas on katsottu tarjoajan hinnoittelustrategian ohella luottamuksellisiksi yksityiskohtaiset tiedot yrityksen toiminnasta, koska näiden tietojen antaminen olisi vahingoittanut yksityisen etua.⁵² Sitä vastoin Tukholman kamarioikeus päätyi kaikkien tarjousasiakirjojen julkisuuteen, koska riskiä kilpailun vääristymisestä, tarjouskartelleista tai vahingosta yksityiselle ei ollut todistettu. Yhden tarjoajan vastustuksesta huolimatta annettiin myös tiedot laatutyöstä ja -suunnitelmasta, henkilöstöpolitiikasta sekä henkilöstön kehittämisestä.⁵³ Suurin osa esitellyistä oikeustapauksista on ajalta ennen OSL:ää, mutta koska kyseisten säännösten sisältö ei juurikaan muuttunut, kun ne siirrettiin uuteen lakiin, niihin voi yhä tukeutua.

49 Ks. esimerkiksi RÅ 1991 ref. 56, RÅ 1991 not. 307 ja RÅ 1992 not. 537.

50 Esimerkiksi Kammarrätten i Sundsvall 2294-04.

51 Kammarrätten i Sundsvall 565-04. Kyseessä oli ruoka- ja siivouspalveluiden hankinta. Luottamuksellisenä pidettiin kouluruoan hintaa/hlö ja siivouksen hintaa/m².

52 Kammarrätten i Jönköping 3702-11.

53 Kammarrätten i Stockholm 2982-03.

5 Iso-Britannia

Yhdistyneissä kuningaskunnissa⁵⁴ (Iso-Britannia) julkisia hankintoja sääntelevät määräykset julkisista sopimuksista (Public Contracts Regulations 2006, PCR). Tarjouksen jättäneillä on niiden mukaan oikeus saada perustiedot hankintapäätöksestä, kun se on tehty (PCR 31). Hankintojen yhteydessä annettavien tietojen luottamuksellisuutta koskee PCR 43:n määräys. Hankintayksikkö ei sen mukaan saa paljastaa muille taloudellisten toimijoiden sille toimittamia tietoja, jotka ne ovat perustellusti määritelleet luottamuksellisiksi. Määräyksen 2 kohdassa selvennetään, että kyseisessä säädöksessä luottamuksellisella tiedolla tarkoitetaan teknisiä tai liikesalaisuuksia sekä tarjousten luottamuksellisia kohtia.

Asiakirjajulkisuus ei kuitenkaan ratkea vain PCR:n perusteella, vaan sitä säätelee laki tiedon vapaudesta (Freedom of Information Act 2000, myöh. FOIA), jota sovelletaan PCR:n määräyksistä riippumatta. Tarjoaja, joka ei PCR:n perusteella koe saaneensa tarpeeksi tietoa, voi tehdä FOIA:n mukaisen pyynnön tiedon saamiseksi. Lakia sovelletaan suureen joukkoon viranomaisia, jotka on listattu lain liitteissä. Näihin sisältyvät julkisyhteisöjen omistamat yhtiöt. Ministeri voi määrätä lain koskemaan myös yksityisiä tahoja, joille jokin julkisyhteisö on ulkoistanut palvelunsa. Kuka vain voi tehdä FOIA:n mukaisen tietopyynnön, ja hänellä on oikeus saada kirjallinen vastaus siihen, onko viranomaisella hallussaan kyseinen tieto, ja oikeus saada mahdolliset tiedot käyttöönsä (1(1) FOIA).

Oikeus tietoon ei tietyksi ole poikkeukseton Iso-Britanniassakaan. Käytännössä viranomaiset usein hylkäävät tiedonsaantipyynnön sillä perusteella, että se saattaisi loukata jonkun liiketaloudellisia etuja (*commercial interests*).⁵⁵ Joskus on myös vedottu kannekelpoiseen luottamuksensuojan rikkomiseen (41 FOIA) tai EU-velvollisuuksien vastaisuuteen (44(1) FOIA), mutta liiketaloudellisten intressien suojaaminen tuntuisi olevan yleisin peruste.

Taloudellisia etuja koskee FOIA:n pykälä 43. Jos tieto on liikesalaisuus (43(1) FOIA) tai jos sen antaminen loukkaisi tai todennäköisesti loukkaisi

54 Tarkennuksena, että tässä kohtaa kyse on vain Englannista, Walesistä ja Pohjois-Irlandista, sillä Skotlannissa on oma lakinsa asiakirjajulkisuudesta.

55 Oonan 2010, s. NA148.

kenen tahansa henkilön, mukaan lukien tiedon haltijana toimivan viranomaisen, liiketaloudellisia etuja (43(2) FOIA), sitä ei ole velvollisuutta antaa. Liikesalaisuutta ei ole määritelty tarkasti, mutta yleisesti sellaisena pidetään informaatiota, jota a) käytetään liikkeen- tai ammatinharjoittamisessa, joka b) olisi omiaan aiheuttamaan todellista tai merkittävää haittaa ”omistajalleen” ja jonka c) levittämistä elinkeinonharjoittaja rajoittaa taikka jonka laajaa julkistamista se ei ainakaan rohkaise tai salli.⁵⁶ Kyse on taloudellisesti arvokkaasta tiedosta, joka on kyseisen elinkeinonharjoittajan omaa.⁵⁷ Termiä on tulkittava laajasti. Se kattaa paitsi salaiset kaavat ja reseptit myös asiakkaiden nimet ja ostot sekä hinnoittelujärjestelmän, jos nämä eivät ole yleisesti tiedossa ja niistä on kilpailuetua. Huomioon tulee ottaa, onko tieto selvästi senlaatuista tai onko sen omistaja tehnyt muuten selväksi, että tiedon levittämisestä olisi haittaa sille tai etua sen kilpailijoille, ja kuinka helppoa kilpailijoiden olisi itse saada selville tai tuottaa kyseinen tieto.⁵⁸

Liikesalaisuudet ovat yksi esimerkki liiketaloudellisista intresseistä, joka on laajempi kategoria. Nämä intressit liittyvät henkilön kykyyn osallistua kilpailulliseen liiketoimintaan eli tavaroiden ja palveluiden ostamiseen ja myyntiin. Säännöksessä tarkoitettu tieto voi liittyä liiketoimintaan vain epäsuorasti mutta vaikuttaa kuitenkin liiketoimintakykyyn. Yleensä toiminnan tavoitteena on liikevoiton saaminen, mutta ei aina. Liiketaloudellisiin etuihin liittyvä tieto on myös erotettava elinkeinonharjoittajan taloudellista asemaa koskevasta informaatiosta, vaikka nämä monesti liittyvät toisiinsa.⁵⁹

Kun tieto todetaan liikesalaisuudeksi, ei tarvitse miettiä sen antamisen mahdollisesti aiheuttamaa vahinkoa. Sen sijaan kun kyseessä on 43(2) FOIA ja liikesalaisuuksia vähäpätöisemmät liiketaloudelliset intressit, pitää myös tehdä niin kutsuttu haittatesti (*the test of prejudice*). Tällöin viranomaisen on harkittava muun muassa a) koskeeko tieto taloudellista toimintaa tai voiko se vaikuttaa siihen, b) harjoitetaanko kyseistä toimintaa kilpailuhenkisessä ympäristössä, c) aiheutuisiko haittaa elinkeinonharjoittajan maineelle tai luottamukselle siihen, d) keiden kaikkien taloudelliseen etuun tiedon anta-

56 Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 2, jossa viitataan tapaukseen *Lansing Linde Ltd. v Kerr* (1991) 1 WLR 251.

57 *Ibid.*, s. 2.

58 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 3–4.

59 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 4 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 3–4.

minen voisi vaikuttaa, e) onko tieto taloudellisesti arkaluontoista ja f) mikä on vahingon aiheutumisen todennäköisyys.⁶⁰

Molempiin salassapitoperusteisiin liittyy niin sanottu yleisen edun testi (*public interest test*, 2 FOIA). Tiedon antamisesta voi nimittäin kieltäytyä vain, jos yleinen etu tiedon paljastamatta jättämisestä on suurempi kuin etu sen paljastamisesta. Lähtökohtalettamana on tiedon luovuttaminen.⁶¹ Sitä puoltavat muun muassa julkisten varojen tehokkaan käytön valvominen, julkisyhteisöiden liiketoiminnan, kuten hankintojen, ja muun toiminnan avoimuus ja rehellisyys sekä ajankohtaisten kysymysten ymmärtäminen ja keskusteluun osallistuminen.⁶² Lisäksi on luonnollisesti tärkeää suojella yleisöä esimerkiksi vaarallisilta tuotteilta tai kyseenalaisilta liikekäytännöiltä.⁶³ Huomioon ei pidä ottaa sitä, onko tieto vaillinaista ja siksi mahdollisesti harhaanjohtavaa tai voisiko paljastuminen olla noloa viranomaiselle.⁶⁴ Yleissääntönä voidaan myös sanoa, että mitä vanhempaa tieto on, sitä vähemmän syytä voi olla sen epäämislle.⁶⁵ Yleinen etu voittaa punninnassa vain harvoin liikesalaisuuden suojan, mutta jos on kyse yleisen terveyden tai turvallisuuden taikka ympäristön suojelusta, saattaa taloudellinen menetys tai vahinko kilpailuasemalle jäädä toissijaiseksi.⁶⁶

Toisaalta salassapito voi olla aiheellista, jos tieto on annettu vapaaehtoisesti ja sen paljastaminen voisi haitata vastaavien tietojen saamista ja viranomaisen tehtävien hoitoa tulevaisuudessa, jos tiedon antaminen vaikuttaisi julkisyhteisön neuvotteluasemaan ja johtaisi siten tehottomampaan julkisten varojen käyttöön tai jos se vaikuttaisi kilpailuun kielteisesti.⁶⁷ Viranomaisia varoitetaan kuitenkin uskomasta varauksetta väitteitä siitä, että tiedon antaminen vähentäisi halukkuutta liiketoimiin niiden kanssa, sillä monet yritykset olisivat valmiita ottamaan riskin hankintasopimusten suuren arvontakia. Tiedon lisääminen hankintaprosessista, vertailuprosessista ja voitta-

60 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 6–7.

61 Ibid., s. 2.

62 Ibid., s. 2 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 11.

63 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 8.

64 Ibid., s. 2.

65 Ks. muun muassa Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 9 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 12.

66 BiP Solutions 2009, s. 19.

67 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 8 ja Freedom of Information Exemptions Guidance 2008, s. 11–12.

neista tarjouksista saattaa todellisuudessa parantaa annettavia tarjouksia ja kannustaa potentiaalisia toimittajia osallistumaan tarjouskilpailuihin.⁶⁸

Edellä mainittuja sääntöjä on syytä konkretisoida, kuten muidenkin maiden kohdalla, katsomalla oikeuskäytäntöä. Viranomaisten FOIA:n perusteella tekemistä päätöksistä voi valittaa tietovaltuutetulle (*Information Commissioner*) ja sen ratkaisuihin puolestaan tietotuomioistuimeen (*Information Tribunal*). Valtuutetun päätökset eivät ole sitovia ennakkoratkaisuja brittijärjestelmässä, mutta antavat viitteitä siitä, minkä tyyppistä tietoa pidetään julkisena tai luottamuksellisena.⁶⁹ Aineistoa on tietysti myös muutoksenhausta hankinta-asioissa.

Tarkastellaan ensin tietotuomioistuimen ratkaisuihin ilmeneviä seikkoja. Liikesalaisuuden se on käsittänyt olevan yleensä jotain teknistä, ainutlaatuista ja vain jonkinasteisella vaikeudella tai panostuksella saavutettavissa olevaa. Liiketaloudellisesti arkaluontoisen tiedon taas on oltava edelleen paikkansapitävää ja liiketaloudellisesti tärkeää, eikä se saa olla laajalti tiedossa. Jälkimmäisen seikan kohdalla se, että julkisyhteisön henkilökunta käyttää kyseistä tuotetta tai palvelua ja saa sitä kautta siitä jotain tietoja, on eri asia, kuin jos sitä koskevat suunnitelmat ja piirustukset olisivat yleisön tiedossa.⁷⁰ Jotta liiketaloudellisen tiedon paljastamisesta aiheutuvaa vahinkoa pidettäisiin todennäköisenä, kyseessä on oltava muu kuin hypoteettinen tai kaukainen mahdollisuus ja vahinkoriskin tulee olla todellinen ja merkittävä.⁷¹ Hankintayksikön pitää pystyä todistamaan empiirisesti, että vahinkoa saattaa aiheutua, samoin kuin Ruotsissa.⁷²

Yleistä etua punnittaessa puolestaan voidaan ottaa huomioon hankintayksikön ja toimittajan hyvän liikesuhteen jatkuminen. On tietenkin tärkeää, että asiat toimivat sopimussuhteessa, mutta toisaalta liiallinen tottuminen voi vähentää innovaatioita ja siten verorahoille saatavaa vastinetta. Lisäksi nykyisellä toimittajalla on tiedollinen etulyöntiasema tulevissa hankinnoissa. Myös se, että kyseisestä hankinnasta on muutoin vähän julkistettua tietoa

68 Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008, s. 9.

69 Oonan 2010, s. NA149.

70 Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

71 John Connor Press Associates Ltd v Information Commissioner (EA/2005/0005).

72 Oonan 2010, s. NA152.

ja että aikaa sopimuksen solmimisesta on kulunut, tukee tiedon antamista. Toisaalta, jos tiedon tuottamiseen tarvittiin rahallinen investointi, luovuutta tai teknistä asiantuntijuutta, jos tieto antaa sen haltijalle kilpailuedun tai jos kyseessä on uusi lähestymistapa asiaan, voidaan kallistua salassapidon puolelle. Luottamuksellisina on pidetty esimerkiksi tietoa käytettävästä markkinointiasiantuntemuksen määrästä, ratkaisun laskemisessa käytettyjä perusolettamia, listaa turvallisuusstandardeista, palvelukuvauksen osia sekä yksityiskohtaista tietoa hinnoittelusta ja hinnoittelujärjestelmästä.⁷³

Myös tietovaltuutettu on pitänyt salaisina yksityiskohtaisia tietoja ja ennusteita yrityksen taloudellisesta tilasta, koska kyseessä oli sen mukaan luottamuksellisesti saatu tieto (41 FOIA). Luottamuksellisiin tietoihin eivät kuuluut volyymit, kunkin toimenpidetyypin hinta tai jokaisesta toimenpidetyypistä maksettava vuosihinta.⁷⁴ Samoin tapauksessa *Mid Suffolk District Council* tietovaltuutettu velvoitti hankintayksikön antamaan tiedot yksikköhinnoista. Viranomaisen oli vedonnut 43(2) FOIA:aan, mutta se ei soveltunut, koska hankintayksikkö ei pystynyt osoittamaan vahinkoa tuleville hankintamenettelyille (eli itselleen) tai voittaneelle tarjoajalle. Valtuutettu perusteli tätä muun muassa sillä, ettei yksikään sopimus ole samanlainen ja että hinnoittelu muuttuu ajan myötä. Tietopyynnön hetkellä tarjouskilpailun ratkaisemisesta oli jo kulunut 18 kuukautta.⁷⁵ Tietovaltuutettu on toisessakin ratkaisussaan päätenyt pyydettyjen tietojen luovuttamiseen, koska hankintayksikkö ei ollut pystynyt esittämään empiirisiä todisteita siitä, että antaminen häittäisi seuraavaa kilpailutusta. Tarjouksen laatimisesta oli tietopyynnön hetkellä kulunut jo kahdeksan kuukautta, alalla oli paljon kilpailua ja hankinta oli ainutlaatuinen, eikä toistuisi samanlaisena.⁷⁶

Muutoksenhakuprosessissa muissa tuomioistuimissa on otettu huomioon muun muassa se, ettei tarjoaja ollut itse merkinnyt tarjouksensa mitään osaa salaiseksi, vaikka hankintayksikkö siihen oli kehottanut. Se ei ollut ratkaisevaa, mutta tuki tiedon antamista.⁷⁷ Vaakakupissa painaa myös se, jos

73 Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

74 Information Commissioner and Plymouth Primary Care Trust (FS50084359).

75 Information Commissioner and Mid Suffolk District Council (FS50131138).

76 Information Commissioner and Camden Primary Care Trust (FS50214920).

77 *Healthcare at Home Ltd v Common Services Agency* [2011] CSOH 22; 2011 G.W.D. 8-197. Tapaus on Skotlannista eikä siksi sido Englannissa tai Walesissä, mutta sitä tullaan luultavasti siteeraamaan sielläkin.

tiedon julkaisemista pyytää viranomaisen halutessaan edistää yleistä etua ja tietoisuutta tärkeästä hankinnasta.⁷⁸ Tapauksessa *Croft House* punnittiin vastakkain tietojen luottamuksellisuutta ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ottaen huomioon myös hankintayksikön etu uuden kilpailutuksen tapahtuessa. Huomionarvoista oli se, että tiedon leviämisen estämiseksi asiakirjat luovutettiin vain tietyille henkilöille kussakin yrityksessä luettavaksi asianajajan läsnä ollessa ja niin, ettei kopioita toimitettu. Lisäksi asiakirjoista piti poistaa kaikki tiedot, joiden avulla olisi voinut identifoida, kenelle tarjoajalle ne kuuluivat.⁷⁹

Oikeussääntöjä on hankintayksiköille annetuissa ohjeissa kiteytetty siten, että hävinneiden yritysten tarjoukset ovat yleensä taloudellisesti arkaluontoisia (43(2) FOIA), mutta tiedot niiden vertailusta pitää antaa. Toisaalta tarjoukset saattavat sisältää myös ei-arkaluontoista aineistoa ja tarjousvertailutiedot luottamuksellista. Voittaneen toimittajan tarjous on pääosin julkinen. Siten esimerkiksi kokonaishinta ja maksuehdot ovat julkista tietoa. Jos yrityksellä on ainutlaatuinen lähestymistapa asiaan, sitä voidaan pitää liikesalaisuutena (43(1) FOIA). Liikesalaisuuksia saattavat lisäksi olla tekniset tiedot hankinnan kohteesta. Yrityksen taloudellisia intressejä (43(2) FOIA) loukkaa tiedon antaminen niiden hinnoittelujärjestelmästä, kuten voittomarginaalista, päivätakstasta tai kiinteistä kustannuksista. Saman säännöksen soveltamisalaan kuuluvat taloudelliset mallit eli yksityiskohtainen tieto hankintayksikön ja toimittajan kassavirroista sopimuksen aikana. Yksikköhinnat ovat lähtökohtaisesti arkaluontoista tietoa, mutta niiden paikkansapitävyys ja siten luottamuksellisuus vähenee ajan kuluessa.⁸⁰

6 Maiden vertailua ja loppupäätelmät

Vaikuttaa siltä, että jokaisessa tarkastelun kohteena olleessa maassa liikesalaisuuksia ja muuta luottamuksellista liiketaloudellista tietoa suojataan ja Varc-tapauksen velvoitteita siten noudatetaan. Eroja kuitenkin on jo julkisuuslainsäädännön soveltamisalassa. Isossa-Britanniassa FOIA:n sovelta-

78 London Regional Transport v Mayor of London [2001] EWCA Civ 1491; [2003] E.M.L.R. 4; [2001] W.L.R. 825728.

79 Croft House Care Ltd v Durham CC [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD).

80 FOI Policy and Guidance 2008, s. 30 ja 37.

misala kattaa myös kaikkien julkisyhteisöjen omistamat yhtiöt. Ruotsissa OSL ei koske valtionyhtiöitä, mutta se koskee kuntien ja läänien omistamia yhtiöitä. Suomessa taas julkisyhteisöjen omistuksessa olevia yhtiöitä ei ole nimenomaisesti säädetty julkisuuslain soveltamisalaan, eikä edellä esitettyjen eriävien mielipiteiden valossa ole selvää, soveltuuko se kyseisiin yhtiöihin julkisten tehtävien hoidon delegoinnin perusteella.

Toinen ero maiden välillä on suhtautuminen asianosaisjulkisuuteen. Suomessa erot asiakirjojen saatavuudessa yleisön ja asianosaisten välillä ilmenevät heti hankintapäätöksen tekemisestä lähtien, mutta Ruotsissa asianosaisten laajempi oikeus saada käyttöönsä muutoin salaisia asiakirjoja toteutuu vasta muutoksenhakuprosessissa tuomioistuimessa. Isossa-Britanniassa puolestaan erottelua yleisöjulkisiin ja asianosaisjulkisiin tietoihin ei tehdä lainkaan. Tietojen antaminen voi kuitenkin olla oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytys, kuten ratkaisussa *Croft House*. Silloin asianosaisten oikeus asiakirjaan on suurta yleisöä laajempi.⁸¹

Liikesalaisuuden ja muun taloudellisesti arkaluontoisen tiedon määrittely vaikuttaa ensi silmäyksellä melko samanlaiselta jokaisessa kolmessa maassa. Liikesalaisuuksia suojataan tiukemmin kuin muuta taloudellisiin intresseihin liittyvää tietoa. Merkityksellistä liikesalaisuuden käsitteen kannalta on joka maassa muun muassa tiedon leviämisen rajoittaminen, vaikutus yrityksen kilpailuasemaan ja se, ettei asia ole yleisesti tiedossa. Ainoa ero liikesalaisuuden määrittelyssä tuntuisi olevan se, että Isossa-Britanniassa vaaditaan panostusta tiedon tuottamiseen ja siten tiedon uutuutta ja ainutlaatuisuutta, kun taas muissa oikeusjärjestelmissä tällaista edellytystä ei ole. Muun yrityksen taloudellisen tiedon kohdalla luottamuksellista on vain informaatio, joka paljastuessaan aiheuttaisi haittaa sen tuottaneelle yritykselle.

Yhtäläisyydet loppuvatkin siihen, sillä käytäntö ei ole yhteneväistä siinä, kuka saa ja mitä taloudellista tietoa. Suomessa liikesalaisuuden käsitettä on tulkittu melko laajasti. Yksityiskohtainen tieto hinnoittelusta ja yrityksen toiminnasta hankinnan kokonaishintaa lukuun ottamatta on näin ollen lähes aina salaista ja yleisön ulottumattomissa. Asianosaisilla on oikeus saada

81 *Croft House Care Ltd v Durham CC* [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD), erityisesti kohta 44.

tietoa myös liikesalaisuuksista, mutta *vain, jos informaatio on ollut merkityksellistä tarjousvertailussa*. Julkisuuslain muutoksen jälkeen ei ole selvää, koskeeko tämä oikeus vain yksikköhintoja vai muitakin liike- ja ammatillisuuksia. Asianosaisen tietojensaantioikeus voi oikeudenkäynnissä kattaa muutoin salaiset tiedot, jos oikeudenmukainen oikeudenkäynti sitä edellyttää, mutta käytännössä markkinaoikeus ei velvoita liikesalaisuuksien luovuttamiseen valittajalle.

Ruotsissa taas on poikkeuksellista Suomeen verrattuna se, että tarjousasiakirjojen sisältämiä tietoja on usein pidetty salassa, koska on katsottu, että muuten aiheutuisi haittaa hankintayksikön edulle tulevissa hankintamenettelyissä. Usein asiaa tutkitaan niin hankintayksikön kuin yksityisen elinkeinonharjoittajan kannalta toisin kuin Suomessa, vaikka julkisuuslaissa on samantapainen säännös. Ruotsalaisten tuomioistuinten retoriikassa ei yleensä edes mainita sanaa liikesalaisuus, vaan tulkinnan lähtökohtana on vain se, onko vahinkoriski todellinen. Kokonaishinta vaikuttaisi yleensä olevan julkinen tieto, mutta yksikköhintoja ja hinnoittelumalleja on tavallisesti pidetty luottamuksellisina. Ilmeisesti sillä ei ole väliä, onko tieto ollut merkityksellistä tarjousvertailussa vai ei, toisin kuin Suomessa.

Britanniassa taloudellista tietoa pidetään nähtävästi melko harvoin liikesalaisuutena. Esimerkiksi yksityiskohtainen tekninen tieto tai innovatiivinen lähestymistapa voivat saada suojaa liikesalaisuuksina. Silloinkin pitää punnita yleistä etua tiedon avoimuudesta ja suojattavaa yksityistä tai hankintayksikön etua. Muiden kuin liikesalaisuuksien kohdalla hankintayksikön, yleensä yhteistyössä tiedon omistajan kanssa, pitää osoittaa vahingon aiheutuminen, ennen kuin yleisen edun testi on edes ajankohtainen. Yksikköhintoja ei ole pidetty liikesalaisuuksina, eikä normaalisti edes liiketaloudellisesti arkaluontoisina, jos aikaa on kulunut jo jonkin verran hankintasopimuksen solmimisesta. Tiedot saa kuka vain tietoonsa. Tämä eroaa suuresti Suomen järjestelmästä, jossa vain asianosainen voi saada tiedon muista kuin kokonaishinnasta ja jossa asianosaisemakin menetetään, jos hankintapäätöksestä ei ole valitettu määräajan kuluessa. Taloudellisiin malleihin ja hinnoittelustrategiaan soveltuu 43(2) FOIA eli niiden antamisesta katsotaan tavallisesti aiheutuvan haittaa, mutta nekin pitää antaa, jos yleisen edun testissä syyt tiedon antamiselle ovat painavimmat. Britanniassa ei ilmeisesti

ole tehty selvää eroa tarjousvertailuun liittyvän ja muun tarjousasiakirjoista ilmenevän tiedon välillä, vaikka hankintayksiköille suunnatussa ohjeistuksessa esitetäänkin pääsääntöisesti tiedon antamista niistä. Britanniassa ei myöskään ole erotettu selvästi asianosaisten joukkoa, jolle juuri tarjousvertailua koskeva tieto olisi ratkaisevan tärkeää.

Vertailusta voidaan tehdä johtopäätös, että Isossa-Britanniassa taloudellista tietoa tarjousasiakirjoista voi saada hieman helpommin kuin kahdessa muussa maassa. Siellä punninta johtaa erityisesti yleisen edun testin vuoksi monesti avoimuuden periaatteen kunnioittamiseen. Suomessa ja Ruotsissa ei lopputuloksessa vaikuttaisi olevan suurta eroa, mutta päättely tapahtuu eri logiikalla ja Suomessa asianosaiset on eroteltu selvästi omaksi ryhmäkseen. Vaikka artikkelin tavoitteena ei suinkaan ole arvottaa eri oikeusjärjestyksiä, voitaneen silti todeta, ettei suomalaisessa julkisuuslainsäädännössä ainakaan ole mainittavia puutteita muihin verrattuna. Tarjousasiakirjojen julkisuuden sääntely on päinvastoin toteutettu maassamme hyvin selkeästi. Hankintoja koskevat julkisuuslaissa omat, yksityiskohtaiset säännöksensä, mikä lisää sääntelyn yksiselitteisyyttä. Muista maista voi kuitenkin saada ideoita ja tukea argumentointiin niin avoimuuden kuin salassapidon puolesta.

Kuten jo aivan aluksi todettiin, hankintayksikkö on usein puun ja kuoren välissä tasapainoillessaan hankinnoilta vaadittavan avoimuuden sekä tarjoajien liikesalaisuuksien ja muiden luottamuksellisten tietojen säilyttämisen välillä. Työtään helpottaakseen se vaatii usein tarjouspyynnössä luottamuksellisten osien merkitsemistä tarjoukseen ja kahden erillisen version, julkisen ja ei-julkisen, toimittamista. Välttääkseen ikävyyksiä tulevaisuudessa, tarjoajan kannattaa toimia näin. Samoin on suositeltavaa miettiä jo etukäteen perusteluita luottamuksellisuudelle siltä varalta, että joku kyseenalaistaa sen.⁸² Tarjous ei voi olla kokonaisuudessaan salainen, eikä niin ole järkevää väittää. Nimittäin jos koko tarjous on merkitty salaiseksi, hankintayksikön on vaikea erottaa oikeasti arkaluontoiset osat muista, ja se joutuu poimiin itse erilleen tällaiset tiedot.⁸³ Käytännössä hankintayksikkö kieltää elinkeinonharjoittajan arvion vain perustelluista syistä, jos luottamukselliset

82 Collier – Shefford – Gilbert 2011, s. 3.

83 Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 327 ja Collier – Shefford – Gilbert 2011, s. 4.

kohdat on merkitty harkiten⁸⁴, koska yrityksellä itsellään on yleensä parhaat lähtökohdat tietojen luottamuksellisuuden arvioimiseksi⁸⁵. Elinkeinonharjoittajan salaisuusarvio ei kuitenkaan ole sitova, eikä salassapidosta voida sopia laista poikkeavasti.⁸⁶

Vaikka valtioiden väliset erot eivät ole kovin suuria, voisi olla aiheellista säätää hankinta-asiakirjojen julkisuudesta tarkemmin EU-tasolla. Joka maassa on tietysti oma, yleinen viranomaisten asiakirjoja koskeva järjestelmänsä, mutta esimerkiksi Suomessa on julkisuuslaissa jo valmiiksi erityissäännöksiä hankinta-asiakirjoista. EU-sääntely lisäisi oikeusvarmuutta ja saattaisi tarjoajat taloudellisten tietojen suhteen samaan asemaan jokaisessa maassa. Ainakin EUTI:n lisäratkaisut julkisuusasioissa olisivat erittäin tervetulleita, jotta saataisiin vastauksia vaikeisiin tulkintakysymyksiin. Joka tapauksessa olisi tärkeää, että hankintayksiköillä olisi selvät toimintaohjeet julkisuuden arviointiin. Hankintalainsäädännön soveltajat eivät usein ole oikeustieteellisen koulutuksen saaneita, ja siksi tarvittaisiin työkaluja ohjaamaan heitä tulkinnassa.

84 Aho 2006, s. 72.

85 Mäenpää 2006, s. 73.

86 Eskola – Ruohoniemi 2007, s. 326 ja Mäenpää 2006, s. 73. Ks. myös Konkurrenssiverket 2012, s. 20 ja Henty 2011, s. NA86.

Lähteet

Kirjallisuus

Aho, Tuomas: Yrityssalaisuuksien suojasta julkisissa hankinnoissa ja yhteishankkeissa. *Defensor Legis* 1/2006, s. 59–77. (Aho 2006)

Amos, Jim – McDonagh, Maeve: *A Practical Guide for Public Authorities*. Law Department, University College York. Lontoo 2004. Saatavilla osoitteesta: www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115b.pdf (Amos – McDonagh 2004)

Arrowsmith, Sue: An Update on Freedom of Information and Public Procurement. *Public Procurement Law Review* 6/2003, s. NA151–160, (Arrowsmith 2003).

BiP Solutions: An Insight into the Implications and Effect of the Freedom of Information Act on Public Procurement. Version 3. Glasgow 2009. Saatavilla osoitteesta: www.bipsolutions.com/docstore/pdf/02_foi_v3.pdf (BiP Solutions 2009).

Brown, Adrian: Protection of confidential information in procurement cases before national review bodies: *Varec v Belgian State (C-450/06)*. *Public Procurement Law Review* 4/2008, s. NA119-123. (Brown 2008).

Collier, Melanie – Shefford, Melanie – Gilbert, Jack: *Guidance for Bidders: Accessing Information on Public Procurements*: Olswang LLP. Lontoo 2011. Saatavilla osoitteesta: www.olswang.com/pdfs/Guidance%20FOIA%20and%20Procurement.pdf (Collier –Shefford – Gilbert 2011)

Falk, Jan-Erik: Lag om offentlig upphandling – en kommentar. *Jure AB*. Tukholma 2009. (Falk 2009).

Halonen, Kirsi-Maria: Hankintalain ja julkisuuslain muutokset voimaan 1.10.2011: Kaupakamaritiedon Lakiuutiset 4.10.2011. Saatavilla osoitteesta: www.lakiuutiset.fi -> Julkiset hankinnat -> Asiantuntija-artikkelit -> Hankintamenettelyt (Halonen 2011)

Hautamäki, Veli-Pekka: Oikeusvertailun edellytyksistä. *Lakimies* 1/2003, s. 107–110. (Hautamäki 2003)

Henty, Paul: *Healthcare at Home Ltd v Common Services Agency*. *Public Procurement Law Review* 3/2011, s. NA83–86. (Henty 2011)

Husa, Jaakko: Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – “oikeaa oikeusvertailua”? *Lakimies* 5/2010, s. 700–718. (Husa 2010)

Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: *Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt*. Suomalaiset oikeusjulkaisut SOJ Oy. Jyväskylä 2007. (Kalima – Häll – Oksanen 2007)

Kolehmainen, Aleks: Näin Hansel perustelee julkisuuskäytäntöään. *Talouselämä* 2.3.2012. Saatavilla osoitteesta: www.talouselama.fi/uutiset/nain+hansel+perustelee+julkisuuskaytantaan/a2089992 (Kolehmainen 2012a)

Kolehmainen, Aleks: Valtion hankintayhtiö ei noudata julkisuuslakia kilpailutuksessa, *Talouselämä*. Saatavilla osoitteesta: www.talouselama.fi/uutiset/valtion+hankintayhtio+ei+noudata+julkisuuslakia+kilpailutuksessa/a2089990 (Kolehmainen 2012b)

Mäenpää, Olli: Julkisuusperiaate. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 1999. (Mäenpää 1999).

Mäenpää, Olli: Liikesalaisuudet viranomaisen toiminnassa. Edilex Asiantuntijakirjoitukset 2.2.2006. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/3005 (Mäenpää 2006)

Oonan, Elaine: Use of the Freedom of Information Act 2000 to Obtain Information in Relation to Tender Processes and Contracts Awarded by the Public Sector in England, Wales and Northern Ireland. *Public Procurement Law Review* 4/2010, s. NA148–152. (Onan 2010).

Tala, Jyrki: Lainsäädännön laatu Euroopassa – vertailua, ongelmia, kritiikkiä. *Lakimies* 5/2010, s. 791–815. (Tala 2010).

Virallislähteet

Freedom of Information Act – Awareness Guidance No. 5, versio 3.0: Information Commissioner's Office. London 2008. Saatavilla osoitteesta: www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/freedom_of_information_and_environmental_information.aspx (Freedom of Information Act – Awareness Guidance 2008)

Freedom of information guidance. Exemptions guidance. Section 43 – Commercial interests: Ministry of Justice. London 2008. Saatavilla osoitteesta: www.justice.gov.uk/downloads/information-access-rights/foi/foi-exemption-s43.pdf (Freedom of Information Exemptions Guidance 2008)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä liiketoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta. (HE 114/1978)

Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi. (HE 66/1988)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi. (HE 30/1998)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista. (HE 50/2006)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 182/2010)

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittäminen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 6/2010. Helsinki 2010. (OMML 6/2010).

Konkurrensverket: Upphandlingsreglerna – en introduktion. Saatavilla osoitteesta: www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Infomaterial/Upphandlingsreglerna.pdf (Konkurrensverket 2012)

Office of Government Commerce: FOI (Civil Procurement) Policy and Guidance. Version 2.0. 2008. Saatavilla osoitteesta: www.iaccm.com/members/library/files/OGC_FOI_and_Civil_Procurement_guidance.pdf (FOI Policy and Guidance 2008).

Regeringens proposition om skydd för företagshemligheter. (Prop. 1987/88:155)

Regeringens proposition om ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. (Prop. 2001/02:142)

TaVM 48/2010. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi sähköisestä huu-
tokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Oikeuskäytäntö

Euroopan unioni

Asia C-450/06, Varec SA v. Belgian valtio, Kok. 2008, s. I-581.

Asia T-183/00, Strabag Benelux NV v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2003, s. II-135.

Asia T-4/01 Renco SpA v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2003, s. II-00171.

Suomi

Hämeenlinnan HAO 17.5.2010, 10/0336/3.

KHO 2000:14.

KHO 2007:83.

MAO 50/03.

MAO 403/08.

MAO 505/09.

MAO 649–650/09.

MAO 140/11.

MAO 531/11.

Ruotsi

Kammarrätten i Jönköping 3702-11.

Kammarrätten i Sundsvall 565-04.

Kammarrätten i Sundsvall 2294-04.

Kammarrätten i Stockholm 2982-03.

RÅ 1991 ref. 56.

RÅ 1987 not. 370.

RÅ 1991 not. 307.

RÅ 1991 not. 434.

RÅ 1991 not. 465.

RÅ 1992 not. 537.

RÅ 1993 not. 345.

RÅ 1993 not. 409.

Yhdistynyt kuningaskunta

John Connor Press Associates Ltd v Information Commissioner (EA/2005/0005).

Department of Health v Information Commissioner (EA/2008/0018).

Information Commissioner and Plymouth Primary Care Trust (FS50084359).

Information Commissioner and Mid Suffolk District Council (FS50131138).

Information Commissioner and Camden Primary Care Trust (FS50214920).

Croft House Care Ltd v Durham CC [2010] EWHC 909 (TCC); [2011] P.T.S.R. 363 (QBD).

Lansing Linde Ltd. v Kerr (1991) 1 WLR 251.

London Regional Transport v Mayor of London [2001] EWCA Civ 1491; [2003] E.M.L.R. 4; [2001] WLR 825728.

The Influence of Prosecutor's Objectivity on the Fairness of a Trial

Keywords: fair trial, procedural law, prosecutor, requirement of objectivity, European Convention on Human Rights, waiving of charges

Anne-Mari Janhonen

English Abstract

Finnish criminal law allows the interference with a person's protected rights, such as the right of privacy or right of freedom. Therefore criminal proceedings must fulfil obligations set by the human and civil rights and by the general procedural principles. These obligations, which apply to both legislator and authorities applying the law, create the equity and the legitimacy of criminal proceedings.

The aim of this article is to research what kind of influences prosecutor, who in the Finnish judicial system participates to the proceedings from the preliminary investigation to the possible appeal, can have on the fairness of the trial.

Prosecutor's chances to influence on the proceedings are the greatest during the preliminary investigation. The prosecutor reserves the right to require police authorities to collect more evidence or to end the investigation. In the consideration of charges actual judicial power has been granted to the prosecutor in the shape of waiving of charges. Especially during these two phases prosecutor must remain objective and take into account aspects both against and for the accused, in order to further the fairness of the trial.

Full Article in Finnish

Syyttäjän objektiivisuuden vaikutus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen

Asiasanat: oikeudenmukainen oikeudenkäynti, prosessioikeus, syyttäjä, objektiivisuusvaatimus, Euroopan ihmisoikeussopimus, syyttämättäjättämispäätös

1 Taustaksi

Rikosoikeuden keinoin voidaan pitkälle menevästi puuttua yksilön suojattuihin perusoikeuksiin, kuten yksityisyyden ja vapauden suojaan, ja siksi rikosprosessin tulee täyttää sekä ihmis- ja perusoikeuksien asettamat velvoitteet että yleisten prosessiperiaatteiden asettamat velvoitteet. Näillä, sekä lainsäätäjään että lainsoveltajaan, kohdistuvilla velvoitteilla luodaan rikosprosessin oikeudenmukaisuus ja hyväksyttävyyys.¹ Oikeuskirjallisuudessa puhutaan niin sanotusta prosessuaalisesta oikeudenmukaisuudesta, jolla tarkoitetaan sitä, että käsitys oikeudenkäynnin legitimiisyydestä muodostuu lopputuloksen sijaan asian käsittelyssä noudatetun menettelyn perusteella.² Esitutkinnasta muutoksenhakuun asti rikosprosessiin osallistuvalla syyttäjällä on huomattavat mahdollisuudet vaikuttaa prosessuaaliseen oikeudenmukaisuuteen.

Oikeudenmukainen oikeudenkäynti taataan jokaiselle ihmiselle kuuluvana ihmisoikeutena Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen (SopS 18–19/1990, myöh. EIS) 6 artiklassa.³ Se taataan myös Suomen perustuslain (731/1999, myöh. PL) 21 §:ssä jokaiselle kuuluvana perusoikeutena.⁴ Perusoikeussäännökset on uudistettu vuonna 1995 voimaan tulleella

1 Vuorenää 2007, s.177.

2 Vuorenää 2007, s. 81.

3 EIS 6 artiklan mukaan ”Jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä.”

4 PL 21 §:n mukaan ”Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Käsitteilyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.”

lainmuutoksella. Uudistuksen esitöissä todetaan PL 21 §:n edellyttävän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sekä hyvän hallinnon takeiden toteutumista kokonaisuutena, minkä lisäksi se antaa institutionaalista suojaa kyseisen perusoikeuden tärkeimmille elementeille.⁵ Oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin katsotaan perinteisesti kuuluvan muun muassa käsittelyn joutuisuus ja julkisuus, tuomioistuimen riippumattomuus ja puolueettomuus, oikeus saada perusteltu päätös, muutoksenhakuoikeus sekä syyttömyysolettama.⁶

Euroopan ihmisoikeussopimus on osa Suomen oikeusjärjestelmää ja siten suoraan sovellettavaa oikeutta.⁷ EIS 6 artikla sisältää oikeudenkäyntimenettelyä koskevat perussäännöt, joita on noudatettava sekä päätettäessä henkilön ”oikeuksista ja velvollisuuksista” että ”häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä”.⁸ EIS 6 artiklan sisältämät menettelylliset oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementit vastaavat pääosin PL 21 §:ssä turvattuja perusoikeuksia. Suomen perusoikeusjärjestelmän voidaankin todeta vastaavan kaikilta osin EIS:n velvoitteita ja tarjoavan useassa kohdin jopa EIS:ta kattavampaa suojaa.⁹

Oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluu EIS 6 artiklan ohella myös muita menettelyllisiä elementtejä, joiden toteutumista syyttäjän on pyrittävä edistämään. Näitä elementtejä, joita kutsutaan myös prosessiperiaateiksi, ovat muun muassa julkisuusperiaate, oikeudenkäynnin kontradiktorisuus, suullisuusperiaate, välittömyysperiaate ja keskitysperiaate. Kyseisten periaatteiden noudattaminen ja aktiivinen toteuttaminen edistävät oikeudenkäynnin nopeutta, varmuutta ja kustannustehokkuutta.¹⁰

Syyttäjällä on tärkeä rooli rikosoikeusjärjestelmän yhden tärkeimmäksi katsotun tavoitteen, yleisestäävyyden, toteuttamisessa. Rikosoikeuden yleisestäävyydellä tarkoitetaan toisaalta rangaistusuhan aikaansaamaa pelotusvai-

5 HE 309/1993, s. 72.

6 Hallberg 2011, kohdassa III Yksittäiset perusoikeudet, 17. Oikeusturva (PL 21§), Oikeusturva perusoikeutena.

7 Hallberg 2011, kohdassa III Yksittäiset perusoikeudet, 17. Oikeusturva (PL 21§), Oikeusturva perusoikeutena.

8 Pellonpää 2007, s. 327.

9 Hallberg 2011, kohdassa III Yksittäiset perusoikeudet, 17. Oikeusturva (PL 21§), Oikeusturva perusoikeutena.

10 Vuorenperä 2007, s. 178–179.

kutusta ja toisaalta rangaistusuhan moraalialuovaa vaikutusta. Pelotusvaikutuksella tarkoitetaan sitä, että ihminen pidättäytyy rikoksen tekemisestä rangaistuksen pelossa, moraalialuovalla vaikutuksella taas sitä, että ihminen pitää rikosoikeuden asettamia sääntöjä sisäisenä ohjenuoranaan ja pidättäytyy rikosten teosta ennemminkin velvollisuudentunnosta kuin sanktioiden pelossa. Tehokkaan yleispreventiivisen vaikutuksen yhtenä edellytyksenä on järjestelmän kokeminen legitimiiksi, mihin syyttäjä voi toiminnallaan olenaisesti vaikuttaa.¹¹

Syyttäjä on valtion viranomainen ja toimii siksi aina virkavastuun alaisena. Syyttäjille ei ole olemassa samankaltaisia eettisiä säännöstöjä kuin esimerkiksi asianajajille suunnatut tapaohjeet. Lainsäädännön ohella syyttäjän toimintaa ohjaavat muun muassa valtakunnansyyttäjänviraston antamat ohjeistukset. Tärkeänä syyttäjän toimintaa ohjaavana eettisesti latautuneena lainsäädännönä voidaan pitää syyttäjälaitoksesta annetun lain¹² (439/2011, myöh. SLL) 6 §:ää, jossa syyttäjälle asetetaan velvollisuus noudattaa *tasa-puolisuutta* virkaansa liittyviä oikeudellisia ratkaisuja taikka muita toimenpiteitä tehdessään, eli niin sanottu objektiivisuusvelvollisuus tai -vaatimus.

Tutkimukseni tavoitteena on selvittää millä tavoin syyttäjälle asetettu objektiivisuusvaatimus edesauttaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ja kuinka hyvin objektiivisuus toteutuu syyttäjän käytännön työssä. Tutkimuksen painopiste on syyttäjän objektiivisuuden ilmenemisessä esitutkinnassa ja syyteharkinnassa, joissa syyttäjän mahdollisuudet vaikuttaa oikeudenkäynnin kulkuun ja oikeudenmukaisuuteen ovat suurimmillaan.

Kirjoituksen toisessa kappaleessa luon lyhyen yleiskatsauksen syyttäjän objektiivisuusvaatimukseen ja käsitelen syyttäjän SLL 26 §:n esteellisyyssäännöksen vaikutusta syyttäjän objektiivisuuteen. Kappaleissa 3–6 käsitelen objektiivisuusvaatimusta tarkemmin rikosprosessin eri vaiheissa, esitutkinnasta muutoksenhakuun. Erityistä huomiota kiinnitän syyteharkintavaiheeseen, jossa syyttäjän objektiivisuusvaatimus on korostunut ja syyttäjälle on uskottu suoranaista tuomiovaltaa syyttämättäjäättämispäätösten muodossa.

¹¹ Vuorenperä 2007, s. 14–26.

¹² Syyttäjälaitoksesta annettu laki astui voimaan 1.1.2012 ja sillä kumottiin laki yleisistä syyttäjistä (199/1997), jossa säädettiin muun muassa syyttäjän tehtävistä ja esteellisyydestä.

2 Yleistä syyttäjän objektiivisuusvaatimuksesta

2.1 Syyttäjän objektiivisuusvaatimuksen sisältö

Syyttäjän objektiivisuusvaatimus kiteytyy vaatimukseen siitä, että syyttäjän työskentelyn johtavana periaatteena tulee olla *oikean ratkaisun ja oikeudenmukaisen seuraamuksen* tavoittelemineen.¹³ Se velvoittaa syyttäjää toimimaan niin, että asiassa päästään ratkaisuun, joka perustuu aineelliseen totuuteen ja on myös seuraamukseltaan oikea.¹⁴ Esitutkintalain (449/1987, myöh. ETL) 7 §:n mukaan esitutkintaviranomaisen tulee esitutkinnassa selvittää ja ottaa huomioon sekä syytettyä vastaan että hänen puolestaan puhuvat seikat ja todisteet. Saman pykälän toisessa momentissa mainitaan syyttömyysoletaman sisältämä velvollisuus kohdella epäiltyä esitutkinnassa syyttömänä. Syyttäjälaitoksesta annetussa laissa objektiivisuusvaatimus ilmaistaan syyttäjän velvollisuutena noudattaa virkatoiminnassaan tasapuolisuutta.

Syyttäjän objektiivisuudella tarkoitetaan useimmiten syyttäjän velvollisuutta ottaa huomioon myös syytettyä vastaan puhuvat seikat. On kuitenkin tärkeää huomioida myös se, että syyttäjän objektiivisuusvaatimus ei saa tosiasiallisesti johtaa syytekynnyksen nousemiseen ja siihen, että objektiivisuusvaatimukseen tukeutuen syyttäjä jättää syytteen nostamatta ”varmuuden vuoksi”. Oikeudenkäynnin on oltava oikeudenmukainen paitsi syytetyt, myös muiden asianosaisten kannalta. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty eriäviä näkemyksiä siitä, onko *in dubio pro reo* -periaatetta¹⁵ noudatettava myös syyttäjän toiminnassa, etenkin syyttäjän tehdessä päätöstä syytteen nostamisen ja syyttämättä jättämisen välillä.¹⁶ Käsittelen aihetta tarkemmin kappaleessa 4.

13 Vuorenää 2007, s. 181.

14 Vuorenää 2007, s. 230.

15 *In dubio pro reo* -periaatteen mukaan asia on epäselvässä näyttötilanteessa ratkaistava syytetyt eduksi. Todistustaakka rikosoikeudenkäynnissä on syyttäjäpuolella ja tuomitsemiskynnys on korkea, sillä langettavan tuomion edellytyksenä on ns. täysi näyttö syyllisyydestä. Nykyisin yleisesti hyväksytyn kannan mukaan langettava tuomio edellyttää, että syytetyt syyllisyys on näytetty toteen sellaisella varmuudella, ettei siitä jää järkevää epäilystä. Ks. Virolainen 2007, s. 194.

16 Ks. Jonkka 2003, s. 977, joka katsoo, ettei kyseinen periaate sovellu syyttäjän toimintaan ja Tolvanen 2003b, s. 353, joka on päinvastaisella kannalla.

2.2 Syytetyn oikeudet ihmisoikeussopimuksissa

Oikeudenmukainen oikeudenkäynti on taattu ihmisoikeutena EIS:n 6 artiklassa ja perusoikeutena PL 21 §:ssä. Lisäksi se mainitaan muun muassa Yhdistyneiden kansakuntien piirissä solmitussa kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (Kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälinen yleissopimus, SopS 7–8/1976, KP-sopimus). Syyttäjän objektiivisuusvaatimukseen liittyy olennaisesti 6 artiklassa mainittu EIS:n määritelmä syyttömyysolettamasta, jonka mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Muita ihmisoikeussopimuksissa taattuja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementtejä ovat muun muassa käsittelyn joutuisuus ja julkisuus, tuomioistuimen riippumattomuus ja puolueettomuus, oikeus tulla kuulluksi, oikeus saada perusteltu päätös sekä muutoksenhakuoikeus.

Rikosprosessissa ja etenkin esitutkinnassa on noudatettava EIS 6 artiklan lisäksi muitakin keskeisiä menettelyllisiä perusoikeuksia, kuten kidutuksen ja epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kieltoa (EIS 3 art.). Osa mainituista ihmisoikeuksista on määritelty EIS:ssa nimenomaan rikosjutun epäillylle kuuluviksi oikeuksiksi. Siitä, koskevatko samat oikeudet myös rikosjutun asianomistajaa, ei oikeuskirjallisuudessa ole puolestaan päästy yksimielisyyteen.¹⁷

2.3 Akkusatorinen periaate objektiivisuusvelvollisuuden taustalla

Suomen prosessioikeudessa ja etenkin rikosprosessissa noudatetaan akkusatorista periaatetta, jonka mukaan kantajana oleva syyttäjä, tai toisinaan asianomistaja, on prosessin aktiivinen toimija, tuomioistuimen roolin jäädessä passiiviseksi. Akkusatorista periaatetta rikosprosessissa ilmentävät muun muassa rikosjutun vireilletulo tuomioistuimessa syyttäjän tekemällä haastehakemuksella ja tuomioistuimen syytesidonnaisuus. Syyttäjällä on myös yksinomainen vastuu syytettä tukevan todistusaineiston hankkimisesta ja esittämisestä.¹⁸

¹⁷ Vuorenperä 2007, s. 183–184.

¹⁸ Virolainen 2007, s. 190.

Akkusatorisen periaatteen aiheuttaman syyttäjän ja syytetyn välisen vastakkainasettelun vuoksi on katsottu tarpeelliseksi kirjata syyttäjän objektiivisuusvaatimus lakiin. Syyttäjä viranomaisena ja yksityinen henkilö syytettynä eivät useinkaan ole yhdenvertaisessa asemassa esimerkiksi näytön hankkimisen suhteen. Syyttäjällä on laajat mahdollisuudet osallistua esitutkintaan ja muun muassa mahdollisuus määrätä poliisi suorittamaan lisätutkintoja (ETL 15 § 2 momentti). Koska vasta oikeudenkäynnissä tutkitaan esitutkinnassa kertyneen aineiston pohjalta epäillyn syyllisyys tai syyttömyys rikokseen, tulee tuomion perustana olevan materiaalin olla ehdottoman tasapuolisesti ja objektiivisesti koottua.

Syyttäjä on Suomen prosessioikeudessa pääkäsittelyn asianosainen,¹⁹ toisin kuin esimerkiksi Saksan prosessioikeudessa, jossa syyttäjä ei ole muodollisesti oikeudenkäynnin osapuoli.²⁰ Saksassa syyttäjää pidetään lainkäyttöviranomaisena ja eräänlaisena linkkinä esitutkinnan ja tuomitsemistoiminnan välillä. Tällöin korostuu syyttäjän asema poliisin tutkintatoiminnan laillisuuden kontrollielimenä.²¹ Nähdäkseni sillä, pidetäänkö syyttäjää asianosaisena vai ei, ei ole suurtakaan merkitystä syyttäjän tosiasiallisen toiminnan kannalta. Lähinnä jaottelun voi ajatella vaikuttavan syyttäjän objektiivisuutta vahvistavaan suuntaan oikeusjärjestelmissä, joissa syyttäjä ei ole oikeudenkäynnin osapuoli. Silloin syyttäjän rooli lähenee itsenäisen, riippumattoman ja puolueettoman tuomarin asemaa viranomaisen edustajana oikeudenkäynnissä. Toisaalta niissäkin järjestelmissä, joissa syyttäjä on oikeudenkäynnin asianosainen, katsotaan vastakkainasettelu asetelman alkavan vasta pääkäsittelyvaiheessa, eli esitutkinnassa syyttäjää ei vielä pidetä epäillyn vastapuolena.²² Tuomarin ja syyttäjän erilaisilla rooleilla on kuitenkin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisessa tärkeä merkitys. Käsittelyn syyttäjän ja tuomarin roolien samankaltaistumista ja sen – etenkin syyteharkinnassa – aiheuttamia ongelmia lähemmin kappaleessa 4.1.

19 Tolvanen 2003a, s. 65.

20 Roxin 1998, s. 52.

21 Virolainen – Pölönen 2004, s. 30.

22 Tolvanen 2003a, s. 65.

2.4 Syyttömyysolettama objektiivisuusvelvollisuuden kulmakivenä

Syyttömyysolettamaa pidetään epäillyn oikeusturvan keskeisimpänä elementtinä. Syyttömyysolettama, joka mainitaan kansallisessa lainsäädännösämme vain esitutkintalain 7 pykälän 2 momentissa, tarkoittaa, että epäilty ei saa pitää syyllisenä ennen kuin tuomioistuin on todennut hänet syylliseksi. EIS:n 6 artiklan nojalla syyttömyysolettama laajenee koskemaan myös rikosprosessin muita viranomaistahoja kuin esitutkintaviranomaisia, siis myös syyttäjää sekä tuomioistuinta.²³ Syyttömyysolettama velvoittaa syyttäjää ennen oikeudenkäyntiä tapahtuvassa tiedottamisessa: tiedottamisena on pidettävä myös haastattelulausuntojen antamista tiedotusvälineille. Asiallista tiedottamista käynnissä olevasta esitutkinnasta tai oikeudenkäynnistä syyttömyysolettama ei estä, mutta esitutkinnasta on tiedotettava siten, ettei ketään aiheuttomasti aseteta epäluulon alaiseksi ja ettei kenellekään tarpeettomasti aiheuteta vahinkoa tai haittaa (ETL 49.1 §).²⁴

Syyttömyysolettama on voimassa jo ennen varsinaisen esitutinnan alkamista. Syyttömyysolettama kumoutuu, kun epäillyn syällisyys on laillisesti todettu tuomioistuimessa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että syyttömyysolettama kumoutuu myös syyttäjän tekemän seuraamusluonteisen syyttämättäjäntämispäätöksen sekä rangaistusmääräyksen antamisen myötä.²⁵ Syyttömyysolettaman kumoavalta tuomioistuimen tuomiolta on oikeuskirjallisuudessa edellytetty lainvoimaisuutta. Rikosasian käsittelyn on todettu näyttäytyvän yhtenä kokonaisuutena esitutkinnasta muutoksenhaakuun asti ja vasta lainvoimaista tuomiota on pidetty merkityksellisenä syyttömyysolettaman murtumisen kannalta.²⁶ Muutoksenhakutuomioistuimen on siten edelleen noudatettava syyttömyysolettamaa.

Voidaanko ajatella, että käräjäoikeuden antama syyksilukeva tuomio ei poistaisi myöskään syyttäjän velvollisuutta kohdella syytettyä syyttömänä ennen tuomion lainvoimaiseksi tuloa? Nähdäkseni käräjäoikeuden langettava tuomio murtaa syyttömyysolettaman syyttäjän osalta. Syyttäjällä on oikeus hakea muutosta käräjäoikeuden langettavaan tuomioon myös epäil-

23 Launiala 2010, s. 3–4.

24 Virolainen – Pölonen 2004, s. 93.

25 Launiala 2010, s. 6.

26 Hupli 2011, s. 238.

lyn vahingoksi esimerkiksi tilanteessa, jossa syyttäjä ei katso käräjäoikeuden määräämän rangaistuksen olevan oikeudenmukaisesti mitattu. Jos syyttömyysolettama edelleen velvoittaisi syyttäjää, ei syyttäjälle voitaisi kyseistä muutoksenhakuoikeutta suoda. Lisäksi olisi nähdäkseni omituista, että syyttäjän ajettua asiaa käräjäoikeuden pääkäsittelyssä tavoitteenaan syyksilukeva tuomio, hän tavoitteiden mukaisen tuomion saatuaan joutuisikin yllättäen pitämään epäiltyä jälleen syyttömänä. Näin ollen syyttömyysolettama ei tulkintani mukaan voi velvoittaa syyttäjää samalla tavoin kuin muutoksenhakuinstanssia enää käräjäoikeuden langettavan tuomion antamisen jälkeen. Muilta osin syyttäjän objektiivisuusvaatimus velvoittaa syyttäjää aina muutoksenhaun loppuun asti.

2.5 Syyttäjän esteettömyys

SLL 26 §:ssä säännelty syyttäjän esteettömyys on tärkeä osa syyttäjän objektiivisuutta – vain esteetön syyttäjä voi tehdä objektiivisia päätöksiä. Lainkohdan mukaan syyttäjä on esteellinen viidellä konkreettisella perusteella ja lisäksi pykälässä säädetään yleislausekkeeseen perustuvasta esteellisyydestä. Syyttäjä on esteellinen, kun hän tai hänen läheisensä on asiassa asianosainen; kun hänelle tai hänen läheiselleen on odotettavissa asiassa erityistä hyötyä tai vahinkoa; jos hän tai hänen läheisensä edustaa asianosaista tai sitä, jolle on asiassa odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa; kun hän on palvelus- tai toimeksiantosuhteessa asianosaiseen, tai siihen, jolle on asiassa odotettavissa erityistä hyötyä tai vahinkoa; tai hän on johtavassa, tai siihen verrattavassa asemassa yhteisössä tai muussa sellaisessa, joka on asianosainen, tai jolle on odotettavissa asiassa erityistä hyötyä tai vahinkoa. Yleislausekkeen mukaan syyttäjä on esteellinen myös silloin, kun jokin muu kuin edellä mainittu seikka on omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä hänen puolueettomuuttaan.

Syyttäjän esteellisyys muistuttaa huomattavasti säännöksiä tuomarin esteellisyydestä (oikeudenkäymiskaaren 13 luku). Akkusatorisesta periaatteesta ja tuomioistuimelta vaadittavasta ehdottomasta puolueettomuudesta johtuen syyttäjän esteellisyys ei kuitenkaan ole täysin yhtenevä tuomarin esteellisyyden kanssa. Syyttäjällä jo esitutkintavaiheessa olevien huomattavien toimivaltuuksien johdosta tulee syyttäjän esteellisyyisperusteiden ajallisen ulottu-

vuuden alkaa jo esitutkinnassa.²⁷ Syyttäjältä ei myöskään prosessiroolien erillaisuuden vuoksi voida etenkin pääkäsittelyssä vaatia samanlaista ulospäin näkyvää puolueettomuutta kuin tuomarilta.²⁸

Yleisistä syyttäjäistä annettua lakia valmisteltaessa harkittiin syyttäjän esteellisyyden rinnastamista tuomarin esteellisyyteen.²⁹ Tuolloin tuomarin esteellisyyttä koskevat säännökset olivat kuitenkin vielä vanhanaikaiset ja puutteelliset, ja siksi päädyttiin säätämään syyttäjien esteellisyydestä erikseen hallintolainsäädäntöä vastaavasti. Lakivaliokunta totesi silloisesta hallituksen esityksestä antamassaan mietinnössä, että jatkossa olisi harkittava syyttäjän ja tuomarin esteellisyyssäännösten yhdenmukaistamista ja syyttäjän esteellisyyttä koskevan pykälän korvaamista viittauksin tuomarin esteellisyyteen.³⁰ Valmisteltaessa lakia syyttäjälaitoksesta, jolla kumottiin yleisistä syyttäjäistä annettu laki, arvioitiin myös kysymystä syyttäjän esteellisyydestä. Syyttäjän ja tuomarin tehtävät ja asema rikosprosessissa poikkeavat toisistaan muun muassa siinä, että syyttäjä toimii asiassa vastaajan vastapuolena, kun taas tuomari on puolueeton ja riippumaton suhteessa osapuoliin. Lakia säädettäessä ei pidetty tarkoituksenmukaisena muuttaa yleisistä syyttäjäistä annetun lain syyttäjän esteellisyyttä koskevia säännöksiä.³¹

Syyttäjän esteellisyyteen kuuluu sekä subjektiivinen että objektiivinen puoli. Subjektiivisella puolueettomuudella tarkoitetaan syyttäjän tosiasiallista, henkilökohtaista objektiivisuutta ja riippumattomuutta asiassa. Erityisesti objektiivinen puolueettomuus, eli se, että syyttäjän toiminta näyttää myös ulospäin objektiiviselta, vaikuttaa suuresti siihen, kuinka oikeudenmukaisena oikeudenkäyntiä ja koko rikosoikeusjärjestelmää pidetään.³²

27 Vuorenää 2007, s. 237.

28 Vuorenää 2007, s. 254.

29 HE 131/1996, s. 28 ja 39.

30 LaVM 20/1996

31 HE 286/2010, s. 13–14.

32 Vuorenää 2007, s. 253.

3 Objektiivisuus esitutkinnassa

3.1 Syyttäjän toiminta esitutkinnassa

Syyttäjän objektiivisuusvaatimus ja epäillyn oikeusturvan huomioonottaminen ovat korostuneet rikoksen esitutkinnassa.³³ Objektiivisuusvaatimus esitutkinnassa käy ilmi lainsäädännön tasolla ETL 7 §:stä. Lainkohdan mukaan esitutkinnassa on selvitettävä ja otettava huomioon niin epäiltyä vastaan kuin hänen puolestaan puhuvat seikat ja todisteet. Lisäksi syyttäjän objektiivisuusvaatimukseen olennaisena osana kuuluva syyttömysolettama käy ilmi ETL 7 §:stä: ”Epäiltyä on kohdeltava esitutkinnassa syyttömänä.”

Vaikka poliisi on varsinainen esitutkinnan suorittava viranomainen, syyttäjällä on viimekätinen vastuu siitä, että asia tulee esitutkinnassa riittävän laajasti tutkituksi. Syyttäjän osallistuminen esitutkintaan jouduttaa lopullisen syyteharkinnan valmistumista ja parantaa edellytyksiä päästä kiperissä tapauksissa syyteharkinnassa oikeaan ratkaisuun.³⁴ Syyttäjä tuo mukanaan esitutkintaan pääkäsittelyn näkökulman, joka väistämättä vaikuttaa hänen toimintaansa myös sen aikana. Sekä poliisilla että syyttäjällä on esitutkinnassa ennakkollinen käsitys tapahtuneesta ja syyttäjän puolueettomuus voi-kin vaarantua, jos hän liiaksi keskittyy ennakkollisen käsityksenä toteen näytävien seikkojen selvittämiseen. Syyttäjän puolueettomuutta esitutkinnassa pyritään toteuttamaan siten, että syyttäjän on viran puolesta selvitettävä myös ennakkokäsitykselle vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja, jos on aihetta olettaa sellaisia olevan olemassa.³⁵

Syyttäjän velvollisuus osallistua esitutkintaan on johdettavissa ETL 15 §:stä, jonka mukaan poliisin tulee ilmoittaa syyttäjälle tutkittavakseen tulevista sellaisista jutuista, jotka eivät ole yksinkertaisia. Esitutkintalain uudistuksessa poliisin ja syyttäjän yhteistyövelvollisuutta korostetaan entisestään.³⁶ Uudistuksessa esitutkintalain 5 lukuun kirjataan säännökset esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän yhteistyöstä. Erityisesti esitutkintaviranomaiselle asetettu velvollisuus ilmoittaa syyttäjälle laadultaan tai laajuudeltaan sitä

33 Tolvanen 2003a, s. 66.

34 Virolainen – Pölönen 2004, s. 34.

35 Tolvanen 2003a, s. 66.

36 HE 222/2010 ja L 805/2011 11 luku 11 §, jonka mukaan uusi esitutkintalaki tulee voimaan 1.1.2014.

edellyttävissä asioissa esitutkinnan toimittamiseen ja esitutkintatoimenpiteisiin liittyvistä seikoista sekä tutkinnan edistymisestä muuten,³⁷ vahvistaa syyttäjän osallistumista esitutkintaan entisestään. Poliisin ja syyttäjän yhteistyön tarkoituksena on se, että jutun tosiseikat tulevat mahdollisimman hyvin selvitettyksi ja näin eri osapuolten oikeusturvaa edistetään parhaalla mahdollisella tavalla. Syyttäjän vahvan roolin esitutkinnassa on myös katsottu osaltaan edistävän asianosaisten oikeusturvaa, koska syyttäjä tuo esitutkintaan oikeudellisen näkökulman, sekä tietämystä rikosoikeudesta ja menettelysäännöksistä.³⁸

Syyttäjän suurimmat mahdollisuudet vaikuttaa esitutkintaan ovat mahdollisuus määrätä poliisi tekemään lisätutkintaa sekä oikeus osallistua epäillyn kuulusteluun. Syyttäjä voi lisäksi rajoittaa esitutkintaa eli tutkinnanjohtajan esityksestä määrätä, ettei esitutkintaa joko lainkaan tai jonkin tietyn teon osalta toimiteta tai että se lopetetaan, jos hän joka tapauksessa tulisi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, myöh. ROL) 1 luvun 7 tai 8 §:n nojalla jättämään syytteen nostamatta (ETL 4.3 §). Syyttäjän osallistuessa kuulusteluihin objektiivisuusvaatimus ilmenee ensinnäkin syyttäjän valitessa kuulustelutilaisuuksia, joihin hän osallistuu. Koska suullisissa kuulusteluissa saatu informaatio on usein monipuolisempaa ja vaikuttaa syyttäjän mielikuviin tapahtumainkulusta voimakkaammin kuin pelkkä esitutkintapöytäkirjaan tutustuminen, tulisi syyttäjän osallistua sekä epäillyn puolesta että häntä vastaan puhuvien todistajien kuulusteluun. Toisaalta syyttäjän objektiivisuusvaatimus itse kuulustelutilanteissa ulottuu muun muassa hänen tekemiensä kysymysten laatuun siten, että kysymyksillä ei saa hankkia selvitystä pelkästään epäiltyä vastaan puhuvista seikoista. Joka tapauksessa syyttäjän on kiellettyä yrittää kuulusteluissa saada epäiltyä tunnustamaan tekonsa.³⁹

3.2 Syyttäjä tutkinnanjohtajana?

Esitutkintalain uudistuksen esitöissä on pohdittu syyttäjän mahdollista roolia esitutkinnan tutkinnanjohtajana. Tällaista muutosta ei kuitenkaan haluttu lakiin ottaa. Vanhastaan esitutkintaviranomaisen ja syyttäjän erillisyyden

37 HE 222/2010, s. 147.

38 Tolvanen 2003a, s. 62.

39 Vuorenperä 2007, s. 218–220.

on katsottu takaavan esitutkinnan puolueettomuuden ja olevan epäillyn oikeusturvan kannalta parempi, koska tällöin syytteen nostamiseen tarvitaan kahden, toisistaan erillisen viranomaisen myötävaikutus. Tosiasiassa syyttäjän mahdollisuudet osallistua esitutkintaan ovat niin laajat, että kyseinen argumentti on menettänyt merkityksensä lähes kokonaan. Sen sijaan valittua työnjakoa on perusteltu reaalilla argumenteilla: syyttäviranomaisella ei tällä hetkellä ole riittäviä resursseja eikä riittävää esitutkintaosaamista voidakseen säännönmukaisesti ottaa hoidettavakseen tutkinnanjohtajan tehtävät.⁴⁰

Syyttäjän asemaa esitutkinnassa voidaan edelleen vahvistaa, vaikka syyttäjistä ei muodollisesti tehdäkään tutkinnanjohtajaa. Kansainvälisessä vertailussa onkin todettu, että syyttäjän asema tutkinnanjohtajana ei välttämättä kerro hänen valtuuksistaan esitutkinnassa, tai ainakaan toimivaltuuksien tosiasiallisesta käytöstä esitutkinnassa ja rikosprosessissa. Esitutkintalain uudistuksessa lähdettiin siitä, että syyttäjän asemaa esitutkinnassa voidaan riittävästi vahvistaa lakiin otettavilla nimenomaisilla yhteistyövelvollisuutta koskevilla säännöksillä, jotka toisaalta takaavat syyttäjälle tarpeellisen informaation saannin esitutkinnan kulusta ja toisaalta velvoittavat syyttäjän aktiivisesti osallistumaan esitutkinnan ohjaamiseen.⁴¹

Edellä olen käsitellyt syyttäjän objektiivisuusvaatimusta esitutkinnassa syyttäjän oman toiminnan kannalta. On muistettava, että syyttäjällä on myös tärkeä rooli poliisin toiminnan perus- ja ihmisoikeuksien noudattamisen valvonnassa. Oikeuskirjallisuudessa on myös kiinnitetty huomiota siihen, että esitutkinta ja sen legitimiys tulee nähdä pikemminkin yhtenä rikosprosessin osana kuin omana siitä erillisenä vaiheenaan. Esitutkinnan suorittamistavalla onkin huomattava merkitys paitsi siinä, kuinka oikeudenmukaiseksi koko rikosprosessi koetaan myös siinä, kuinka onnistuneeksi rikosprosessin myöhempien vaiheiden menettely muodostuu.⁴²

Nähdäkseni järjestelmä, jossa syyttäjän rooli muuttuu oikeudenkäynnissä asianosaiseksi hänen päätettyään nostaa syytteen, ei ole paras mahdollinen syytetyn oikeusturvan kannalta. Täysin oikeudenkäynnin ulkopuolelle

40 HE 222/2010, s. 31.

41 HE 222/2010, s. 31–32.

42 Vuorenperä 2007, s. 203–204.

jäävä esitutkintaviranomainen puolestaan takaisi suurimman mahdollisen puolueettomuuden esitutkinnassa. Tällainen työnjako ei kuitenkaan näytä mahdolliselta, sillä käytännön syyttäjän toiminnassa on välttämätöntä, että syyttäjä osallistuu esitutkintaa sen alusta alkaen kohdistaa tutkintaa rikosoikeudellisesti relevantteihin seikkoihin ja saadakseensa itse mahdollisimman kattavan kokonaiskuvan tutkinnan kohteena olevasta asiasta.

4 Objektiivisuus syyteharkinnassa

4.1 Syytekynnys

Syytteen nostamiseen vaadittava syytekynnys ylittyy, kun on olemassa ”todennäköisiä syitä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi” (ROL 6 §). Syytekynnyksen ylittymistä tarkastellessaan syyttäjä ensiksi tutkii, riittääkö poliisin esitutkinnassa hankkima näyttö syytteen nostamiseen. Oikeuskirjallisuudessa syytekynnyksen ylittävältä näytöltä on vaadittu noin 0,75 näyttöarvoa yksisuuntaisella todennäköisyysasteikolla 0–1.⁴³ Syyttäjän on myös tutkittava voidaanko aineiston perusteella ajatella olevan vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja. Syyttäjän on varmistuttava, että vaihtoehtoisilla tapahtumainkuluilla on niin heikko todistusvoima, että niiden kohdalla tuomitsemiskynnys ”ei jää varteenotettavaa epäilystä tekijän syyllisyydestä” ei täyty. Syytekynnyksen ylittyminen sisältää myös vaatimuksen siitä, että syyttäjän mielestä syytteen on johdettava todennäköisemmin langettavaan kuin vapauttavaan tuomioon. Jos syytekynnyksen ylittymisestä jää epävarmuus, tulee syyttäjän periaatepunninnalla syytetyn oikeusturvan ja rikoksen selvittämisen välillä tehdä lopullinen päätös syytteen nostamisesta tai nostamatta jättämisestä ei näyttöä -perusteella.⁴⁴

Oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että ihmisoikeus- ja perusoikeusmyönteisyyden vaatimus on tosiasiaa siirtänyt syytekynnystä tuomitsemiskynnyksen suuntaan eli madaltanut sitä. Epävarmuustilanteissa syyttäjä saattaa varmuuden vuoksi jättää syytteen nostamatta.⁴⁵ *In dubio pro reo* -periaatetta ei nähdäkseni tule soveltaa syyttäjän toiminnassa, ja epävarmassa tilanteessa suullinen, keskitetty ja välitön oikeudenkäynti onkin juuri

43 Ks. syytekynnyksestä esimerkiksi Jonkka 1991.

44 Lappalainen 2007, s. 427–428.

45 Jonkka 2003, s. 979.

se rikosprosessin vaihe, jossa syyllisyyskysymys lopullisesti ratkaistaan kaikkien prosessin osapuolien oikeusturvan mahdollisimman hyvin takaavalla tavalla. Syyttämisen ja tuomitsemiskynnyksen erottaminen rikosprosessissa on perusteltua johtuen syyteharkintavaiheen ja oikeudenkäyntivaiheen erilaisista mahdollisuuksista arvioida näyttöä sekä syytteen ja tuomion erilaisista merkityksistä rikosprosessissa.⁴⁶

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että syytteen nostaminen ja asian käsittely pääkäsittelyssä asiassa, jossa syytekynnyksen ylittyminen on epävarmaa, ei lisää langettavan tuomion todennäköisyyttä, vaan johtaa pikemminkin syytteen hylkäämiseen. Epävarmassa tilanteessa syyttäjän tulisi siis hylätä syyte ja soveltaa *in dubio pro reo* -periaatetta.⁴⁷ Nähdäkseni kyseinen periaate ei kuitenkaan sovellu syyttäjän toimintaan johtuen oikeusjärjestyksessämme eri tahoille annetuista rooleista ja toimivallasta. Tuomiovallan siirtäminen muille lainkäyttöelimille kuin tuomioistuimelle on omiaan vähentämään luottamusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen ja siten heikentää rikosoikeuden yleisestävän tavoitteen toteutumista. Syyttäjän tehtävänä ei ole käyttää tuomiovaltaa näytöllisesti epäselvässä tilanteessa, vaikka tosiasia on, että syyttäjällekin uskotaan yhä enenevässä määrin lopullista päätöksentekovaltaa, muun muassa seuraamusluonteisten syyttämättäjäättämispäätösten muodossa.

Yhtenä vaihtoehtona näyttökynnyksen ylittymisen epävarmuustilanteessa on ehdotettu niin sanottua punnintamallia, jonka mukaan syyttäjä avoimesti harkitsee kumman ratkaisun, syyttämisen vai syyttämättä jättämisen, puolella on paremmat oikeudelliset perusteet. Punnintamallin vahvuutena on se, että ratkaisua ei tehdä vain yhden näkökohdan, *in dubio pro reo* -periaatteen, nojalla, vaan harkinnassa otetaan huomioon epäillyn oikeusturvan ohella muutkin näkökohdat.⁴⁸

4.2 Haastehakemus

Haastehakemuksesta rikosasioissa säädetään ROL 5 luvussa. Haastehakemus on laadittava siten, että syytetty voi sen perusteella vastata syytteeseen

46 Jonkka 2003, s. 985.

47 Tolvanen 2003b, s. 352.

48 Jonkka 2003, s. 988.

ja muihin vaatimuksiin sekä valmistautua oikeudenkäyntiin.⁴⁹ Objektiiivisuusvaatimuksella on haastehakemuksen kannalta merkitystä etenkin todisteiden ilmoittamista tarkoittavassa ROL 5 luvun 3 §:n 1 momentin 7 kohdassa. Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu tuleeko syyttäjän ilmoittaa haastehakemuksessaan myös syytetylle edulliset todisteet, jos syytetty ei ole sitä pyytänyt. Rikosprosessilain esitöiden mukaan syyttäjän tulisi ilmoittaa vain ne syytetylle edulliset todisteet, jotka syytetty haluaa esitettävän tuomioistuimessa.⁵⁰ Koska objektiiivisuusperiaate velvoittaa syyttäjää tavoittelemaan asiassa oikeaa ratkaisua ja oikeudenmukaista seuraamusta, on katsottava, että syyttäjän tulee toisinaan, tapauskohtaisen harkinnan perusteella ilmoittaa oma-aloitteisesti haastehakemuksessa myös syytetyn puolesta puhuvat todisteet.⁵¹ Lisäksi todisteiden teemoittelussa syyttäjältä vaaditaan objektiiivisuutta. Käytännön syyttäjän työssä törmää tilanteisiin, joissa syyttäjä tarkoituksellisesti ilmoittaa haastehakemuksessaan teeman epätarkasti, jotta syytetty tai hänen avustajansa ei saisi vihjettä siitä, mikä asiassa on syyttäjän kannalta ollut epäselvää ja puuttuisi puolustuksessaan juuri noihin epäselvyyksiin.

Haastehakemukseen sisältyy usein syyttäjän seuraamuskannanotto, joka ei sido tuomioistuinta, mutta jolla on muita tosiasiallisia vaikutuksia oikeudenkäynnissä. Syyttäjän tulee tavoitella toiminnassaan oikeudenmukaista seuraamusta rikoksen tekijälle. Tämän vuoksi objektiiivisuusvaatimus velvoittaa syyttäjää myös ilmoittamaan seuraamuskannanotossaan sen, mitä hän katsoo rikosentekijän seuraamukseksi ansaitsevan. Haastehakemuksessa ilmoitettu liian alhainen kannanotto voi olla ongelmallinen tuomioistuimen kannalta, sillä tuomioistuimen voi olla vaikea ylittää sitä. Lisäksi syytetylle voi tulla yllätyksenä se, että tuomioistuin tuomitseekin kovemman rangaistuksen kuin hän on haastehakemuksen perusteella ennakoinut.⁵² Seuraamuskannanotolla voidaan objektiiivisuusvaatimuksen vastaisesti vaikuttaa myös syytetyn mahdollisuuksiin saada oikeusapua. Käytännössä haastehakemuksen seuraamuskannanoton ollessa sakkorangaistus, syytetyn mahdollisuudet saada valtion varoista kustannettua oikeusapua ovat heikommat kuin jos kannanottona olisi vankeusrangaistus. Luonnollisesti on

49 Tolvanen 2003b, s. 359.

50 HE 82/1995, s. 64 ja Vuorenää 2007, s. 224.

51 Vuorenää 2007, s. 224.

52 Vuorenää 2007, s. 230–232.

ajateltavissa, että syytetty, jolla ei ole avustajaa, pystyy puolustautumaan heikommin ja lisää näin langettavan tuomion todennäköisyyttä.

4.3 Seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös

Edellä olen käsitellyt objektiivisuusvaatimuksen kannalta syytekynnystä ja etenkin tilanteita, joissa syytekynnyksen ylittymisestä on epävarmuutta. Vaikka syytekynnys ylittyisikin, eli syyttäjä katsoisi olevan todennäköisiä syitä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi, voi syyttäjä päättää jättää syyteen nostamatta ROL 1 luvun 7 ja 8 §:n nojalla. Syyttämättäjättämispäätöksin syyttäjälle on uskottu suoranaista tuomiovaltaa, ja siksi objektiivisuuden tuleekin olla johtavana periaatteena syyttäjän tehdessä syyttämättäjättämispäätöksiä. Seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös sisältää kannanoton siitä, että syytetty on syyllistynyt rikokseen, mutta jollain ROL 1 luvun 7 tai 8 §:n perusteella syyttäjä katsoo, että asiassa ei kriminaalipoliittisten syiden perusteella ole nostettava syytettyä.

Kuten mainittu, jo syyteharkinnassa esiintyy taipumusta yliobjektiivisesti jättää rikoksista syyttämättä ikään kuin varmuuden vuoksi, jos syyttäjä ei ole varma syytekynnyksen ylittymisestä. Oikeuskirjallisuudessa on myös käyty keskustelua siitä, mikä on se kynnyks, jonka täytyy ylittyä seuraamusluonteisen syyttämättäjättämispäätöksen tekemiseksi. Näkemyksiä on sekä syytekynnyksen että tuomitsemiskynnyksen puolesta. Riidatonta on, että joka tapauksessa alin mahdollinen näytöltä vaadittava todennäköisyys on syyttämiskynnyksen tasolla.

Koska syyttämättäjättämispäätöksessä todetaan epäillyn syyllistyneen kyseiseen rikokseen, on päätös tulkintani mukaan näiltä osin verrattavissa tuomioistuimen antamaan tuomioon. Näin ollen myös näytöltä vaadittavan kynnyksen tulisi yltää tuomitsemiskynnyksen ”ei jää vartenotettavaa epäilystä tekijän syyllisyydestä” tasolle. Aivan näin yksioikoisesti asiaa ei voida kuitenkaan ajatella. Seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös on nähdäkseni kustannustehokas keino helpottaa oikeuslaitoksen jutturuuhkaa karsimalla näytöllisesti selvät asiat pois oikeudenkäynneistä. Jos näytöltä vaaditaan syyttämättäjättämispäätöksissä tuomitsemiskynnyksen tasoa, niin

oikeusjärjestelmältä vaadittava kustannustehokkuus ei toteudu parhaalla mahdollisella tavalla.

Lisäksi syyttämättäjättämispäätökset kohdistuvat vähäisiin rikoksiin (ROL 1 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohta), alle 18-vuotiaan tekemiin rikoksiin (ROL 1 luvun 7 §:n 1 momentin 2 kohta) sekä tapauksiin, joissa seuraamus olisi vaikutuksiltaan merkityksetön (ROL 1 luvun 8 §:n 1 momentin 1 ja 2 kohdat). Näissä tapauksissa punninnalla, jossa verrataan rikosvastuun toteuttamisen tarvetta ja yhteiskunnalle aiheutuvia kustannuksia, voitaneen päätyä siihen, että syyttämättäjättämispäätösten kynnystä ei tule asettaa yhtä korkealle kuin tuomitsemiskynnystä.

Voisiko kynnyksen asettaa niinkin ”matalalle” kuin syytekynnyks on? Syytetyn oikeusturva puhuu tätä vastaan. Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen ja syylliseksi toteaminen syyttämättäjättämispäätöksessä vaatisi normaalisti tuomioistuimelle uskottua valtaa käyttävän syyttäjän myös tekevän päätöksen vain, jos tuomitsemiskynnyks ylittyy. Reaalisen argumenttina on huomioitava, että syyttämättäjättämispäätös on syytetyille haitattomampi vaihtoehto kuin oikeudenkäynti. Vaikka syyte hylättäisiinkin, jo pelkkä syytteeseen joutuminen merkitsee epäillylle huomattavaa haittaa.⁵³ Lisäksi syyttämättäjättämispäätökset kohdistuvat useimmiten vähäisiin rikoksiin, joista seuraa usein vain sakkorangaistus. Sakkorangaistus ei tule merkityksi henkilön rikosrekisteriin, ja näin ollen päätös ei olennaisesti vaikuta maksukykyisen sakkorangaistukseen tuomitun henkilön elämään. Oikeudenkäynnistä aiheutuisi syytetyille huomattava määrä paitsi oikeudenkäyntikuluja myös muuta haittaa muun muassa ajankäytön muodossa.

Nähdäkseni seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös on epäillyn oikeusturvan kannalta kyseenalainen. Päätös perustuu pelkkään esitutkintamateriaaliin, jonka kertymiseen epäillyllä ei ole suuriakaan mahdollisuuksia vaikuttaa. Usein epäilty on esitutkinnassa muutenkin syyttäjää ja poliisia tiedollisesti heikommassa asemassa. Epäillyllä on mahdollisuus saada jo esitutkintavaiheessa avustaja, mutta tätä mahdollisuutta käytetään tosiasiaassa hyvin vähän: arvioiden mukaan avustajaa esitutkinnassa käyttää vain noin

53 Virolainen – Pölonen 2004, s. 56.

neljäsosa epäillyistä tai jopa vieläkin pienempi osuus.⁵⁴ Syytetyn asemaa parantaa kuitenkin ROL 1 luvun 10 §, jonka mukaan syyttämättä jätetyllä on oikeus saattaa syyttäjän ratkaisu tuomioistuimen käsiteltäväksi ja mahdollisuus saada syyttömyytensä todetuksi rikosprosessissa.

5 Objektiivisuus pääkäsittelyssä

5.1 Syyttäjän rooli pääkäsittelyssä

Pääkäsittelyssä syyttäjän rooli muuttuu oikeudenkäynnin asianosaiseksi, syytetyn vastapuoleksi. Objektiivisuusvaatimus ei ole enää pääkäsittelyssä yhtä korostunut kuin se on esimerkiksi syyteharkinnassa. Täysin merkitykseton syyttäjän objektiivisuusvaatimus ei kuitenkaan pääkäsittelyssä ole, vaikka pääasiallinen vastuu syytetyn oikeuksien turvaamisesta onkin siirtynyt puolustukselle ja tuomioistuimelle. Pääkäsittelyssä syyttäjä ajaa asiaa omista lähtökohdistaan käsin ja voi keskittyä syytteen puolesta puhuvien seikkojen toteennäyttämiseen.⁵⁵ Vaikka syyttäjä on prosessin asianosainen, ei hän aja asiassa omaa henkilökohtaista etuaan, vaan hän on virkavastuun alaisena toimiva virkamies, joka on velvollinen noudattamaan lakia ja jonka tehtävänä on edustaa julkista kannevaltaa ja toimia yhteiskunnan puolesta sen etuja valvoen.⁵⁶ Syyttäjän ei tarvitse pääkäsittelyssä tuoda esiin syytteen teonkuvaukseen nähden vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja, jotka ovat hänen mielestään jääneet varteenotettavan epäilyn ulkopuolelle, vaan hän voi rajata asiaesittelynsä syyteharkinnassa omaksumaansa hypoteesiin ja syytettä tukevan todistusaineiston esittämiseen.⁵⁷

Syyttäjän objektiivisuusvaatimus pääkäsittelyssä tulee ensinnäkin ilmi siinä, että syyttäjän tulee viime kädessä huolehtia syytetyn eduksi puhuvien seikkojen saattamisesta tuomioistuimen tietoon. Lisäksi objektiivisuusvaatimus velvoittaa syyttäjää peruuttamaan syytteesä, jos pääkäsittelyssä tulee ilmi seikkoja, joiden valossa syytettyä ei voida enää pitää syyllisenä rikokseen. Syyttäjän ei tule ajaa sellaista syytettä, jolle ei enää ole olemassa perusteita. Kyse on niin sanotusta jatkuvasta syyteharkinnasta, jonka mukaan syyttä-

54 HE 222/2010, s. 49.

55 Vuorenpää 2007, s. 226–227.

56 Virolainen – Pölönen 2004, s. 29.

57 Virolainen – Pölönen 2004, s. 90.

jän on oltava valmis tarkastamaan kantaansa uusien seikkojen ilmetessä, ei kuitenkaan silloin, jos syyttäjä samojen seikkojen valossa omassa uudessa arvioinnissaan päätyy eri ratkaisuun.⁵⁸ Jatkuvan syyteharkinnan katsotaan alkavan esitutkintavaiheessa ja jatkuvan pääkäsittelyn puolelle. Syyttäjällä tulee olla valmiudet tarkistaa aiempia arviointejaan ja niiden perusteella esittämiään vaatimuksia sekä niiden perusteita. Syyteharkinnan jatkuvuus edellyttää, että syyttäjä seuraa intensiivisesti juttua alusta lähtien, esitutkinasta aina tuomioistuimen lainvoimaiseen tuomioon saakka.⁵⁹

Loppulausunnon antaminen on pääkäsittelyn toinen tilanne, jossa syyttäjän objektiivisuusvaatimus käy ilmi. Loppulausunnossa asianosaiset esittävät käsityksensä syytetyn syyllisyydestä sekä rikoksen seuraamuksesta (ROL 6 luvun 7 §:n 1 momentin 6 kohta). Syyttäjä siis esittää käsityksensä jutun aineellisesta totuudesta, joka kattaa sekä seikat, joiden nojalla syyttäjä katsoo syytteen tulleen näytetyksi toteen että seikat, jotka puhuvat syytettä vastaan.⁶⁰ Myös seuraamuskannanoton tulee kohdassa 4.2 esitetyn tavoin olla objektiivisin perustein harkittu.

5.2 Asianosaisen avustajan vaikutus syyttäjän objektiivisuusvaatimukseen

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, muuttuuko syyttäjän objektiivisuusvaatimus jossakin suhteessa, jos asianosaisella ei ole pääkäsittelyssä avustajaa. Samassa yhteydessä on tarkasteltu syyttäjän velvollisuutta tietyissä tilanteissa ajaa asianomistajan yksityisoikeudellisia vaatimuksia ja tämän ”asiamiehenä toimimisen” vaikutusta objektiivisuuteen.

Syyttäjän objektiivisuusvaatimus tiivistyy kappaleessa 2.1 esitetyin tavoin siihen, että syyttäjän työskentelyn johtavana periaatteena tulee olla oikean ratkaisun ja oikeudenmukaisen seuraamuksen tavoittelemineen. Tästä syystä syyttäjän objektiivisuuden laajuus ei voi vaihdella sen mukaan, onko asianosaisella pääkäsittelyssä avustaja vai ei. Sen sijaan objektiivisuus itsessään edellyttää usein sitä, että syyttäjä toimii aktiivisemmin silloin, kun asianosaisella ei ole avustajaa. Oikeuskirjallisuudessa on sanottu syyttäjän ob-

⁵⁸ Vuorenää 2007, s. 227–228.

⁵⁹ Virolainen – Pölönen 2004, s. 33–34.

⁶⁰ Vuorenää 2007, s. 230.

jektiiivisuusperiaatteen saavan tällöin niin sanotun huolehtimisvelvoitteen piirteitä: syyttäjän tulee huolehtia siitä, että asiassa annettava ratkaisu on oikeudenmukainen. Käytännössä ratkaisun oikeudenmukaisuuteen vaikuttaakin vahvasti se, miten hyvin asianosainen pystyy ajamaan omia etujaan.⁶¹ Huolehtimisvelvoite edellyttää siten, että syyttäjä kiinnittää huomiota syytetyn avustajan tarpeeseen ja valvoo, ettei pääkäsitellyä aloiteta ilman syytetyn puolustajaa tai avustajaa, mikäli syytetyn oikeusturva edellyttää puolustajan tai avustajan määräämistä.⁶²

ROL 3 luvun 9 §:ssä säädetään syyttäjän velvollisuudesta ajaa asianomistajan pyynnöstä hänen yksityisoikeudellista vaatimustaan syyttäjän vireille paneman syyteasian yhteydessä, jos se voi tapahtua ilman olennaista haittaa, eikä vaatimus ole ilmeisen perusteeton. Nähdäkseni tämä velvollisuus saattaa vaarantaa etenkin syyttäjän objektiivisen – siis ulospäin näkyvän – puolueettomuuden ja vaikuttaa siten myös siihen, kuinka oikeudenmukaiseksi rikosprosessi kokonaisuudessaan mielletään. Toisaalta menettely säästää asianomistajan vaivannäköä ja tuomioistuimen voimavaroja. Varsinkin silloin kun asianomistajan yksityisoikeudellisen vaatimuksen tueksi ei tarvita lainkaan omaa erityistä todistusaineistoa, vaan syyttäjän esittämä näyttö syytteen johdosta riittää, yksityisoikeudellisen vaatimuksen esittämisestä aiheutuu asianomistajalle tarpeettomia lisäkustannuksia. Järjestelyllä on tärkeä merkitys sekä asianomistajalle että muulle rikoksen johdosta vahinkoa kärsineelle paitsi kustannusten välttämisen myötä, myös siksi, että järjestelyllä voidaan välttää eri tahojen vaatimusten johdosta annettujen ratkaisujen muodostuminen saman oikeudenkäyntiaineiston arvioimisen osalta keskenään ristiriitaisiksi.⁶³ Näin ollen syyttäjän tulisi ajaa asianomistajan sanotunlaisia vaatimuksia aina laissa asetettujen edellytysten täytyessä.⁶⁴

61 Vuorenää 2007, s. 215.

62 Virolainen – Pölonen 2004, s. 91.

63 HE 82/1995, s. 17 ja s. 21.

64 Virolainen – Pölonen 2004, s. 64.

6 Objektiivisuus muutoksenhaussa

6.1 Syyttäjän mahdollisuus muutoksenhakuun

Syyttäjän rooli syytetyn vastapuolena ja oikeudenkäynnin muodollisena asianosaisena päättyy käräjäoikeuden antaessa tuomion. Tuomion antamisen jälkeen, harkittaessa ryhtymistä muutoksenhakuun, syyttäjän objektiivisuusvaatimus saa jälleen enemmän painoarvoa kuin aiemmin toimitetussa pääkäsitelyssä.⁶⁵

Erityisen tärkeä objektiivisuusvaatimus on harkittaessa täytyvätkö muutoksenhaun aineelliset edellytykset, eli onko tuomioistuimen antama ratkaisu esitetyn oikeudenkäyntiaineiston valossa oikea ja seuraamus oikeudenmukainen. Syyttäjän loppulausunto toimii lähtökohtana kun tuomion oikeellisuutta ryhdytään tarkastelemaan syyttäjän muutoksenhaun tarpeellisuuden kannalta. Mitä enemmän tuomio poikkeaa syyttäjän loppulausunnossaan vaatimasta rangaistuksesta tai muista seuraamusvaatimuksista laadullisesti tai määrällisesti, sitä vahvemmin objektiivisuusperiaate edellyttää muutoksen hakemista.⁶⁶

ROL 1 luvun 13 §:n mukaan syyttäjällä on oikeus hakea muutosta myös syytetyn eduksi ja muuttaa syytetyn vahingoksi tekemänsä valitus syytetyn eduksi, jos tuomio ei perustu lakiin tai poikkeaa yleisestä rangaistuskäytännöstä.⁶⁷ Tämä onkin luonnollinen seuraus objektiivisuusvaatimuksesta: objektiivisuusvaatimus kiteytyy siihen, että syyttäjän työskentelyn johtavana periaatteena tulee olla oikean ratkaisun ja oikeudenmukaisen seuraamuksen tavoittelemisen. Tämän vuoksi syyttäjällä tulee olla mahdollisuus toteuttaa objektiivisuutta myös muutoksenhaussa tavoittelemalla oikeaa ja samalla syytetylle edullisempaa ratkaisua.

6.2 Syyttäjän vastavalitus ja objektiivisuus

Vastavalituksella tarkoitetaan valittajan vastapuolen mahdollisuutta pelkän valitukseen vastaamisen sijaan esittää varsinaisen muutoksenhaun määrää-

65 Vuorenää 2007, s. 232.

66 Vuorenää 2007, s. 232.

67 Lappalainen 2007, s. 315.

ajan jälkeen omia vaatimuksia käräjäoikeuden tuomion muuttamiseksi.⁶⁸ Vastavalitusmahdollisuudella on tavoiteltu turhien, vain täytäntöönpanon lykkäämiseksi tehtyjen muutoksenhakujen minimoimista. Vastavalitusmahdollisuudella on myös haluttu suojata asianosaisten luottamusta tilanteessa, jossa toinen osapuoli on luvannut olla hakematta muutosta tuomioon, mutta aivan määräajan lopulla päättääkin hakea muutosta, jolloin toiselle osapuolelle ei jäisi aikaa tehdä omaa muutoksenhakuaan.⁶⁹

Syyttäjän objektiivisuuden kannalta vastavalitusmahdollisuus on ongelmallinen. Jos syyttäjä on tyytynyt käräjäoikeuden ratkaisuun, ja siten siis pitää sitä lähtökohtaisesti oikeana ja oikeudenmukaisena, on suorastaan objektiivisuusvaatimuksen vastaista, että syytetyn valittaessa tuomiosta myös syyttäjä haluaa muutosta tuomioon.⁷⁰ Nähdäkseni syyttäjälle ei tulisikaan sallia vastavalitusmahdollisuutta. Käräjäoikeuden tuomiohan ei voi syytetyn valituksen johdosta muuttua sillä tavoin virheelliseksi, että syyttäjällä olisi tarve hakea siihen muutosta. Lisäksi käytännön syyttäjäntyössä ilmenee vastavalitusmahdollisuuden epäasiallista käyttämistä syytetyn pelottelu- tai jopa rankaisemistarkoituksessa.

7 Loppupäätelmät

Syyttäjällä on Suomen rikosprosessissa vahva ja näkyvä rooli. Syyttäjän toiminnalla on tuntuvia tosiasiallisia vaikutuksia syytetyn ja asianomistajan asemaan rikosprosessin eri vaiheissa. Valtion viranomaisen edustajan syyttäjä ei kuitenkaan aja rikosprosessissa omia henkilökohtaisia etujaan ja siksi on tärkeää, että syyttäjä noudattaa toiminnassaan tasapuolisuutta, eikä anna henkilökohtaisten intressiensä vaikuttaa toimintaansa.

Kaikessa syyttäjän toiminnassa on lain mukaan noudatettava tasapuolisuutta. Tämä objektiivisuusvelvollisuus on vahvimmillaan rikoksen esitutkinnaissa ja syyteharkinnassa, jossa syyttäjän mahdollisuudet vaikuttaa prosessin kulkuun ovat suurimmillaan. Pääkäsittelyssä syyttäjän rooli muuttuu muodollisestikin jutun asianosaiseksi, ja silloin voidaan ajatella objektiivisuusvaatimuksen saavan vähemmän painoarvoa. Pääkäsittelyssä syyttäjä ajaa

68 Lappalainen 2007, s. 957–959.

69 Vuorenää 2007, s. 234–235.

70 Vuorenää 2007, s. 234.

syyteharkinnassa tekemänsä objektiivisen ratkaisun mukaista syytettä, mutta aivan merkityksetön objektiivisuusvaatimus ei pääkäsitteilyssäkään ole. Syyttäjän muodollinen asianosaisasema oikeudenkäynnissä päättyy kärjäoikeuden antamaan tuomioon ja samalla objektiivisuusvaatimuksen merkitys jälleen kasvaa, harkittaessa mahdollista muutoksenhakua.

Syyttömyysolettama on syyttäjän objektiivisuusvaatimuksen kulmakivi. Se velvoittaa syyttäjää pitämään epäiltyä syyttömänä kärjäoikeuden laillisen, syyksilukevan tuomion antamiseen asti. Syyttäjän, toisin kuin tuomioistuinten, osalta syyttömyysolettama murtuu jo langettavan tuomion antamiseen, eikä se vaadi tuomion lainvoimaiseksi tuloa.

Koska objektiivisuusvaatimus on niin tärkeässä roolissa syyttäjän toiminnassa, mielestäni olisi tärkeää tarkentaa sen sisältöä ja tehostaa sen toteutumisen valvontaa käytännössä. Usein lienee niin, että laajemmissa rikosjutuissa syyttäjän objektiivisuusvaatimus otetaan huomioon, mutta suppeammissa, rutiinomaisissa jutuissa kukaan syyttäjä tuskin ajankäytöllisestikään pystyy pohtimaan objektiivisuuden toteutumista.

On myös tärkeä muistaa, että yhteiskunnassa, jossa perus- ja ihmisoikeuksien merkitys kokoajan kasvaa, ei syyttäjä saa piiloutua objektiivisuusvaatimuksen taakse esimerkiksi tilanteissa, joissa syytekynnyksen ylittyminen on epäselvää. Objektiivisuusvaatimus halutaan usein nähdä nimenomaan rikosjutun syytetyn hyväksi vaikuttavana periaatteena, mutta yhtälailla objektiivisuus velvoittaa syyttäjää ottamaan objektiivisesti huomioon rikoksen asianomistajan edut. Nähdäkseni nimenomaan sillä, kuinka hyvin rikoksen uhri kokee saavansa suojaa oikeusjärjestykseltä, on vaikutusta oikeusjärjestyksen legitimiymyden arvioimiseen ja koko rikosoikeuden yleisestävän tavoitteen toteutumiseen.

Lähteet

Kirjallisuus

Hallberg, Pekka teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Perusoikeudet. WSOYpro. Helsinki 2011. Saatavilla osoitteesta: www.wsoypro.fi. (Hallberg 2011)

Hupli, Tuomas: Syytetyn aktivoituminen käräjäoikeuden tuomion jälkeen. Lakimies 2/2011, s. 227–247. (Hupli 2011)

Jonkka, Jaakko: Syytekynnys: tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1991. (Jonkka 1991)

Jonkka, Jaakko, Syyttäjänrooli ja syytekynnys. Defensor Legis 6/2003, s. 977–992. (Jonkka 2003)

Launiala, Mika: Syyttömyysolettamasta erityisesti esitutkinnan näkökulmasta. Edilex Asian-tuntijakirjoitukset 19/2010. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/7232 (Launiala 2010)

Nissinen, Matti: ”Käy päälle kuin yleinen syyttäjä” – vaarantuuko oikeusturva? Defensor Legis 3/1997, s. 395–411. (Nissinen 1997)

Pellonpää, Matti, Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum. Helsinki 2005. (Pellonpää 2005)

Roxin, Claus: Strafverfahrensrecht. H.C. Beck. München 1998. (Roxin 1998)

Tolvanen, Matti: Esitutkinnan uusi työnjako: poliisi johtaa, syyttäjä ohjaa. Oikeus 1/2004, s. 55–72. (Tolvanen 2003a)

Tolvanen, Matti: Syyttäjän ratkaisut, asiaesittely ja todistusteemat. Defensor Legis 3/2003, s. 347–362. (Tolvanen 2003b)

Virolainen, Jyrki: Johdatus prosessioikeuteen. Teoksessa Lappalainen Juha (toim.): Perusoikeudet. WSOYpro. Helsinki 2007. (Virolainen 2007)

Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi: Rikosprosessioikeus II. Rikosprosessin osalliset. WSOY lakitieto. Helsinki 2004. (Virolainen – Pölönen 2004)

Vuorenpää, Mikko: Syyttäjän tehtävät – erityisesti silmälläpitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2007. (Vuorenpää 2007)

Virallislähteet

Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. (HE 309/1993)

Hallituksen esitys eduskunnalle Suomen hallitusmuodon ylintä syyttäjää koskevien säännösten muuttamisesta sekä laiksi yleisistä syyttäjistä ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi. (HE 131/1996)

Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi. (HE 222/2010)

Hallituksen esitys eduskunnalle syyttäjälaitosta koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. (HE 286/2010)

Hallituksen esitys eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi. (HE 82/1995)

Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä Suomen hallitusmuodon ylintä syyttäjää koskevien säännösten muuttamisesta sekä laiksi yleisistä syyttäjistä ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi (LaVM 20/1996)

International Commercial Arbitration and Choice of Law in China

Keywords: China, CIETAC, commercial arbitration, choice of law, party autonomy

Minni Leskinen

English Abstract

After China's open door policy and the introduction of the socialist market economy business relations between Chinese and foreign parties have steadily increased and CIETAC, the oldest arbitration commission in China, has become one of the busiest arbitration institutions in the world. This article provides the reader an overview of the specific features of Chinese arbitration and with a special focus on choice of law issues that have to be taken into account when negotiating a contract with a Chinese party including an arbitration and choice of law clause.

*The central question is if party autonomy is respected in China, and if so, to what extent. The new CIETAC rules of 2012 express the priority of the choice of the parties but also establish also limitations. If the parties fail to communicate their choice, the arbitrators conduct the choice of law according to Chinese choice of law rules. Since the choice of law is mandatory, there is only a limited possibility to use secondary sources such as *lex mercatoria*.*

Full Article in Finnish

Kiinalainen välimiesmenettely ja lainvalinta

Asiasanat: Kiina, CIETAC, välimiesmenettely, lainvalinta, osapuolten tahdonautonomia

1 Kiina tutkimuskohteena

1.1 Kiinan avautuminen ja talouskasvu

Kiinan kansantasavallan avautuminen maailmalle alkoi 1980-luvulla, kun Kiinassa alettiin toteuttaa avoimien ovien politiikkaa (*open door policy* 1979–1991). Uusi politiikka liittyi kiinteästi Maon kuolemaan vuonna 1976. Maon aikana yksityinen liiketoiminta oli lähes olematonta ja talous suljettu ulkomaisilta toimijoilta.¹ Avautumisen ensimmäisenä keskeisenä oikeudellisenä instrumenttina pidetään vuoden 1979 lakia kiinalais-ulkomaaisista yhteisyrityksistä, mikä mahdollisti ulkomaiset investoinnit valtion tai paikallishallinnon omistamiin tuotantolaitoksiin.² Avoimien ovien politiikan fokus oli ulkomaankaupassa ja Kiinan uudelleen integroitumisessa maailmantalouteen.³

Sosialistisen markkinatalouden käsite syntyi vuonna 1992⁴, minkä jälkeisinä vuosina Kiinan bruttokansantuotteen vuosittainen kasvu oli 13–14 prosenttia. Sittemmin se on vaihdellut 7–11 prosentin välillä.⁵ Kiina onkin yksi maailman nopeimmin kasvavista talouksista.⁶ Vuonna 1992 valtiojohto toi ensimmäisen kerran esille, että kommunistisessa Kiinassa myös henkilökohtainen yritteliäisyys, jopa rikastuminen, on suotavaa.⁷ Yksityinen sektori

1 Etenkin kulttuurivallankumouksen (1966–1976) aikana kaikki länsimainen tuli tuhoata. Zhang 2006a, s. 300. Tuosta ajasta selviytyi toimintakykyisenä arvioiden mukaan vain noin 150 000 itsensä työllistävää pienyrittäjää. Ho 2005, s. 18.

2 Kettunen et al. 2008, s. 111; Shi 2007, s. 228. Valtion tuotantolaitosten yhtiöittäminen alkoi vuonna 1988 (*Law on Industrial Enterprises Owned by the Whole People*). Oikeushenkilöyden niille annettiin vuonna 1983. Chen 2008, s. 471; Wang 2008, s.5.

3 Kettunen et al. 2008, s. 17.

4 Käsite tarkoittaa yksinkertaista markkinataloutta, joka tavallaan toimii markkinoiden ehdoilla, mutta jota valtio ohjaa ja jolla valtio toimii laajan julkisen sektorin kautta. Yleiset edut ohittavat yksityisen edun. Castellucci 2011, s. 344.

5 Tarkat vuosittaiset kasvuluvut ks. Chinability – Latest news and statistics on China's economy and business climate: GDP Growth in China 1952–2009. – www.chinability.com/GDP.htm, vierailupäivä 27.10.2011. Ks. myös Zhao – Kloppenberg 2006, s. 394.

6 Kettunen et al. 2008, s. i.

7 Deng Xiaoping kuuluisalla *Etelän matkallaan*. Kettunen et al. 2008, s. 19; Zheng – Yang 2009, s. 6.

oli tunnustettu jo 1980-luvulla osaksi sosialistista taloutta, mutta etenkin Deng Xiaoping pyrki 1990-luvulla voimakkaasti nostamaan yrittäjien statusta.⁸ Ulkomaalaisten toimijoiden asemaa helpotti Kiinan hyväksyminen WTO:n jäseneksi vuonna 2001. Liittyminen vahvisti lainsäädännön asemaa Kiinassa entisestään, kun taas tarvittavia muutoksia ryhdyttiin tekemään jo 1990-luvulla.⁹

Talouseläytitiikan muutos oli keskeinen oikeusjärjestelmän kehittämisen syy. Marxilaisen ideologian mukaan esimerkiksi rikokset olivat seurausta luokkasorrosta ja laki vain yhteiskunnallisen epätasa-arvon vakiinnuttamisen väline.¹⁰ Kulttuurivallankumouksen aikana myös tuomioistuimiin kohdistettiin väitteitä porvarillisuudesta, ne käskettiin tuhoamaan ja oikeusoppineita lähetettiin maatoihin.¹¹ Nykyistä sosialistisen markkinatalouden mahdollistavaa oikeusjärjestelmää on rakennettu Kiinassa vasta alle 30 vuotta.¹² Hurrjassa säädöstahdissa sekä *civil law* että *common law* -perinteestä lainaaminen ja myös näiden sekoittaminen on yleistä, mutta oikeudellisiin siirrännäisiin lisätään omaleimaisuutta: *chinese characteristic* on suosittu termi kuvaamaan tätä lähestymistapaa.¹³

Kiinassa valta on yhä keskittynyt, mikä käytännössä tarkoittaa sitä, että valtio toimii yhtä aikaa poliittisen muutoksen veturina, lainsäätäjänä ja taloudellisena toimijana. Lain tehtävänä onkin usein mahdollistaa tehokas kontrolli.¹⁴ Vallan kolmijako-oppia ei sovelleta edes tuomioistuimiin: tuomarit ovat virkamiehiä, joilla ei välttämättä ole juridista koulutusta ja heidän lakisäätöisiin tehtäviinsä kuuluu lainsoveltamisen ohella valtion edun valvominen.¹⁵

8 Holbig 2002, s. 41. Yksityisyrittäjyyden historiasta Kiinassa ks. Ho 2005; Chen 2008, s. 466–469.

9 Seppänen 2005a, s. 72. Tosin Potterin mukaan Kiinan tapauksessa kyse on lähinnä siitä, mitä on *acceptable non-compliance*. Potter 2001, s. 608.

10 Vincent 1993, s. 371. Lain porvarillisuus tarkoittaa ei vain yksittäisiä lakeja vaan lakia välineenä. Seppänen 2005a, s. 53.

11 Håkansson 1999, s. 20.

12 Håkansson 1999, s. 20. Peerenboom 2007, s. 1.

13 Zhang 2006a, s. 300–302. Myös *Peerenboomin* mukaan oikeudellisia reformeja on järkevä lähestyä tällaisen metaforan kautta, joskin hänen mukaansa se ei välttämättä helpota ymmärtämään niiden oikeudellisia seurauksia. Peerenboom 2007, s. 217.

14 Castellucci 2011, s. 343.

15 Judges' Law of the PRC (1995). Seppänen 2005a, s. 61.

Lain ja taloudellisen edun yhteen kietoutuminen on tyypillistä. Vasta vuoden 1999 sopimuslaki asetti julkiset ja yksityiset markkinatoimijat lain tasolla samaan asemaan. Sitä ennen vain valtiolliset toimijat pystyivät tekemään sopimuksia ulkomaalaisten kanssa ja kotimaisia ja ulkomaisia sopimus-suhteita koskivat eri lait.¹⁶ Valtio valvoo yksityistä sopimustoimintaa yhä paikoin pakollisten lupamenettelyiden kautta.¹⁷ Kiinassa talouden tekijät ja poliitikot eivät kuitenkaan välttämättä ole yksi ja sama asia, eivätkä intressit aina ole yhteneviä. Yksityisyrittäjät eivät voineet liittyä Kiinan kommunistiseen puolueeseen vuosina 1989–2001. Syynä oli heidän (oletettu) tukensa Tian’anmenin mielenosoittajille.¹⁸ Taustalla vaikuttivat kuitenkin lähinnä pelot yksityisen sektorin vaikutusvallan liiallisesta kasvusta.

Yksityisen sektorin roolista ja ylipäätään kapitalismin hyväksyttävyydestä Kiinassa on käyty pitkään keskustelua: vasta vuonna 1997 yksityisyrittäjyyden myönnettiin olevan tärkeä tekijä (täydentävän sijaan) sosialistisessa markkinataloudessa.¹⁹ Toisaalta Kiina pitää itseään yhä Maon kommunistisen perinteen jatkajana, eikä poliittista pesäeroa vanhaan ole tehty.²⁰ Muun muassa tästä syystä yrittäjien ja uusrikkaiden integroiminen puolueeseen tuottaa ideologisia ongelmia.²¹ Tarkkoja tilastoja ei ole, paljonko yksityiset yritykset tuottavat Kiinan bruttokansantuotteesta: arviot liikkuvat 30–70 prosentin välillä riippuen siitä, lasketaanko mukaan myös pääasiassa yksityisessä omistuksessa olevat yritykset.²² Vuonna 2010 rekisteröityjä yksityisyri-tyksiä oli 8,189 miljoonaa ja niillä oli 162 miljoonaa työntekijää.²³

Kiinan kansantasavalta on sosialistinen markkinatalous, jossa sosialismi ja kapitalismi elävät rinnakkain. Valtio omistaa yhä isoimmat yritykset, jotka

16 Castellucci 2011, s. 357–358; Zhang 2006a, s. 312–314.

17 Castellucci 2011, s. 359. Kyse voi olla myös rekisteröinnistä. Seppänen 2005a, s. 196–197.

18 Holbig 2002, s. 41; Dickson 2003, s. 1.

19 Ho 2005, s. 19; Zheng – Yang 2009, s. 7.

20 Vertailusta Neuvostoliiton ja Kiinan välillä ks. Nojonen 2005, s. 30–32.

21 Ideologisesta lähestymistavasta ks. Holbig 2002, s. 43–45.

22 Eri tavoista kategorisoida ja laskea ks. Holbig 2002, s. 32–38.

23 All-China Federation of Industry and Commerce: ACFIC to Seek Major Changes in 2011. –www.chinachamber.org.cn/publicfiles/business/htmlfiles/qleng/s2570/201012/23936.html, vierailupäivä 27.10.2011. Suhteuttamisen vuoksi mainitakoon tässä, että Kiinan väkiluku on 1 399 miljoonaa. Yksityisen sektorin kasvu on myös huomionarvoinen. Vuonna 2005 vastaavat luvut olivat 4,3 milj. – 58,24 miljoonaa työntekijää. Zheng – Yang 2009, s. 8. Tilastot Kiinassa vaihtelevat jonkin verran. Toisen lähteen mukaan vuonna 2005 kansantasavallan yritysain mukaan rekisteröityjä yrityksiä oli 1,2 miljoonaa. Wang 2008, s. 2.

eivät kuitenkaan ole kovin tuottavia. Ne toimivat usein raskaassa teollisuudessa, käyttötavaroiden tuotannossa tai luonnonvara-aloilla. Listayhtiöistä suurin osa on pääosin valtion omistamia eikä *corporate governance* ole vielä saanut juuri jalansijaa.²⁴ *The Economistin*²⁵ mukaan puolestaan yksityisellä sektorilla pääoman hankinta on villiä ja voitontavoittelu liioiteltua. Osa yksityisen sektorin toimijoista on täysin irti puolueesta, osa hyvinkin integroituneita, mikä osaltaan legitimoinee puolueen valtaa.²⁶ Valtio tuottaa lainsäädäntöä tukeakseen talouskasvua ja todistaakseen yksipuoluejärjestelmän toimivuuden, toisaalta toimintaa luonnehditaan jopa *laissez-faire* kapitalismiksi.²⁷

Ulkomaisesta näkökulmasta sopimuskumppani Kiinasta voi syntyhistorialtaan liittyä kolmeen eri lainsäädännölliseen haaraan: valtionyhtiöitä, kotimaista yksityissektoria tai kollektiivisia yrityksiä koskivat ja osin koskevat yhä edelleen eri lait.²⁸ Neljäntenä haarana voidaan pitää sellaisia yrityksiä koskevaa lainsäädäntöä, joihin on sijoitettu ulkomaisia varoja (*foreign direct investment enterprises*). Kansainvälisen välimiesmenettelyn näkökulmasta myös tällaiset *joint venture* -yritykset, erityisasemastaan huolimatta, ovat kiinalaisia oikeushenkilöitä.

Kiinan monimutkaisen yhtiöoikeudellisen sääntelyn tunteminen on tärkeää myös välimiesmenettelyn kannalta, koska tältä kentältä valikoituvat kauppa- ja yhteistyökumppanit, joista osasta tulee väistämättä myös vastapuolia kansainväliseen välimiesmenettelyyn. Pyrin tässä artikkelissa osoittamaan, että kansainvälinen välimiesmenettely on Kiinassa yksi valtion mahdollistama riidanratkaisukeino ja lainsäädännön asema siinä on yhä vahva. Se ei kuitenkaan välttämättä tarkoita, että lainsäädännöllä suoraviivaisesti pyritäisiin tai edes voitaisiin tavoitella riidan kiinalaisen osapuolen etua, koska yritykset ovat eriytyneet valtionhallinnosta monin eri tavoin. Kyse lienee ennemminkin siitä, että Kiina on yhä muutosvaiheessa suunnitelmataloudesta markkinataloudeksi, eikä poliittista yksimielisyyttä tavoiteltavasta loppu-

24 Peerenboom – He 2009, s. 8.

25 *The Economist* 10.3.2011.

26 Dickson 2003.

27 *The Economist* 10.3.2011.

28 Ks. esimerkiksi Shi 2007 tai Chen 2008.

tuloksesta ole. Tämä näkyy tässä artikkelissa käsittelemissäni kysymyksissä erityisesti osapuolten tahdonautonomian rajoituksina.

1.2 Kansainvälisen välimiesmenettelyn kehitys Kiinassa

Kiinassa kansainvälistä välimiesmenettelyä hallinnoivat alun perin valtion perustamat komissiot. CIETAC eli *China International Economic and Trade Arbitration Commission* perustettiin 1954 nimellä *Foreign Trade Arbitration Commission*, ja se on Kiinan ensimmäinen kansainvälisiä riitoja ratkova välitysinstituutti. Vuonna 1958 sitä täydentämään perustettiin CMAC, *China Maritime Arbitration Commission*.²⁹ Vuoteen 2000 asti nämä kaksi instituuttia olivat ainoat, joille sallittiin kansainvälinen välitystoiminta. Useimmissa sopimusriidoissa CIETACilla oli monopoli, mutta sen palveluja käytettiin ensimmäisen kahdenkymmenen vuoden aikana arviolta vain sata kertaa.³⁰

Kiinan avautuminen toi mukanaan myös lisää riitoja. 1980-luvun aikana CIETAC käsitteli yhteensä arviolta 500 juttua, 1990-luvun lopulla jo noin 750–850 juttua vuosittain. 2000-luvulla vauhti on hieman hiljentynyt 400–500 kansainväliseen juttuun vuosittain.³¹ Koska CIETACissa on vuoden 2000 jälkeen voitu käsitellä myös kotimaisia juttuja, on se kuitenkin noussut maailman vilkkaimmaksi välimiesinstituutiksi: vuonna 2008 sen alaisuudessa ratkottiin 1097 riitaa.³² Kansainvälisissä riidoissa CIETAC jää kuitenkin esimerkiksi ICC:n taakse, joka vastaanotti vuonna 2010 793 juttua, joissa oli 2 145 asianosaista 140 eri maasta.³³

CIETACin keskeinen asema on tuonut mukanaan myös kritiikkiä: etenkin sen puolueettomuutta on epäilty ja menettelyyn toivottu enemmän joustavuutta.³⁴ CIETAC onkin pyrkinyt nostamaan profiliaan kansainvälisesti sääntömuutoksilla vuonna 2005³⁵ ja 2012. Uusimmat säännöt tulevat voi-

29 Tao 2008, s. 19; Zhao – Kloppenberg 2006, s. 396; Hwang 2011, s. 1.

30 Syinä muiden muassa USA:n kauppasaarto ja Kiinan talouspolitiikka. Zhao – Kloppenberg 2006, s. 396.

31 Zhao – Kloppenberg 2006, s. 397–398.

32 CIETAC: About us: Statistics: Cases resolved by CIETAC. – www.cietac.org/index.cms, vierailupäivä 27.10.2011. Useat kirjoittajat korostavat tätä, ks. esimerkiksi Yang 2006, s. 18.

33 International Chamber of Commerce: Court of Arbitration. – www.iccwbo.org/court/arbitration/id4584/index.html, vierailupäivä 27.10.2011.

34 Hwang 2011, s. 1.

35 Peerenboom – He 2009, s. 29. Gu 2011, s. 273. Muutoksista ks. Tao 2008, s. 28–32; Zhou 2009.

maan toukokuussa 2012. Muutoksista saa kuitenkin väistämättä sellaisen kuvan, että ne ovat lähinnä reaktiivisia. Uudistukset kuten turvaamistoimet, valinnanvaraisuus todistelun vastaanottamisessa, juttujen yhdistäminen ja lykkääminen, osapuolten tekemän lakivalinnan kunnioittaminen sekä välityssopimusta että varsinaista sopimusta koskien, kielen valinta etukäteisen disponoinnin puuttuessa ja summaaristen asioiden intressiylärajan nostaminen ovat vastauksia esitettyyn kritiikkiin ja asioita, joita modernilta kansainväliseltä välimiesmenettelyltä lähtökohtaisesti oletetaan.³⁶

Välimiesmenettelyn suosiota selittää se, että Kiinassa oikeuteen joutuminen on perinteisesti ollut häpeällistä ja riidat on pyritty ensisijaisesti sopimaan.³⁷ Perinteinen preferenssijärjestys on ollut neuvottelemineen, sovittelu, välimiesmenettely ja vasta viimesijaisena oikeudenkäynti. Jopa lainsäädäntö voi asettaa riidoille vastaavan ratkaisujärjestyksen.³⁸ Viimeisimpien tutkimusten mukaan kiinalaisten into puolustaa oikeuksiaan tuomioistuimissa on kuitenkin kasvanut samalla kun näiden oikeuksien määrä on lisääntynyt lainsäädännön kehittyessä.³⁹ Ulkomaisesta näkökulmasta välimiesmenettelyn ja litigaation välinen valinta Kiinassa painottuu aina kohti ensimmäistä, koska esimerkiksi menettelyn kielestä voidaan sopia.⁴⁰

Vaikka välimiesmenettely on perinteisesti ollut suosittu riidanratkaisukeino, se ei kuitenkaan tarkoita, että lainsäädäntö tai sen tulkinnat suosisivat välimiesmenettelyä yksittäistapauksessa. Välityssopimuksen erillisyyssoppi pääsopimuksesta tunnetaan Kiinassa⁴¹, mutta osapuolten välitystahtoa ei suojella kovinkaan voimakkaasti. Välityssopimukset tulee tehdä kirjallisina⁴², niissä tulee mainita valittu instituutti ja mikäli välitystuomiota ei ole vielä annettu, välityssopimuksen pätevyys voidaan viedä missä vaiheessa tahansa

36 Sääntömuutoksesta ei ole vielä ehditty käydä juurikaan akateemista keskustelua. Joitakin lähinnä lakiasiantuntijoiden tai tietopankkien tuottamia yhteenvedoja on saatavilla, ks. esimerkiksi Qin et al. 2012 ja Kluwer Arbitration Blog 11.4.2012: Key Changes to the CIETAC Arbitration Rules, by Justin D'Agostino and Herbert Smith. – <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/04/11/key-changes-to-the-cietac-arbitration-rules/>, vierailupäivä 29.4.2012.

37 Seppänen 2005a, s. 80.

38 Esimerkiksi Property Law of the PRC (2007). Kalle Mäenpään luento 30.4.2011. Ks. myös Peerenboom – He 2009.

39 Peerenboom – He 2009, s. 10; Seppänen 2005a, s. 82–83.

40 CIETAC Rules 2012 Art. 71. Wang 2009, 318. Kansantuomioistuimissa virallinen kieli on mandariinikiina ja tulkkaus omalla kustannuksella. Seppänen 2005a, 115.

41 CAL Art. 19. Wan – Yu 2008, s. 187.

42 Chi 2008, s. 108–109.

kiinalaisen kansantuomioistuimen ratkaistavaksi. Tuomioistuimen ratkaisuoikeus on ensisijainen.⁴³

Välityssopimukseen liittyvät muotovaatimukset reflektoivat samaa selkeyden vaatimusta, mikä tulee esille myöhemmin myös lainvalinnan yhteydessä.⁴⁴ Yleensä välityssopimusten pätevyyttä arvioidaan Kiinan lain mukaan, jos juttu viedään kiinalaiseen tuomioistuimeen.⁴⁵ Tällöin osapuolten implisiit- tisesti ilmaistu tahto ei riitä. Sopimusten epämääräisyyttä ei tulisikaan näh- dä välttämättömänä kiinalaisena piirteenä vaan neuvottelutaktiikkana, jolla on välimiesmenettelyä diskriminoiva vaikutus.⁴⁶

Epävarmuutta tuovat kiinalaiseen oikeudenkäyntiin tuomareiden oikeudel- linen inkompetenssi, korruptio ja epäitsenäisyys. Erityistä huolta aiheuttavat lukuisat paikallistason sidonnaisuudet (*local protectionism*).⁴⁷ Siihen nähden CIETAC tai muu välityskomissio on turvallisempi vaihtoehto, vaikka nii- denkin ammattimaisuudesta ja riippumattomuudesta kiistellään.⁴⁸ Etenkin paikalliset välitysinstituutit eli -komissiot, jotka ovat vuodesta 2000 saaneet ottaa käsiteltäväkseen myös ulkomaisia osapuolia koskevia riitoja, ovat usein paikallistason rahoittamia ja näin helpommin riippuvaisia paikallistason poliitikasta.⁴⁹ Tämä vahvistaa CIETACin asemaa entisestään. Paikallisten vä- litysinstituuttien rooli lienee ulkomaisesta näkökulmasta vielä varsin pieni niiden voimakkaasta markkinoinnista huolimatta.⁵⁰

Kiinalaisten komissioiden käyttöä kasvattaa myös se, että sopimuksessa pitää olla Kiinan korkeimman kansantuomioistuimen määrittelemä liittymä ul- komaille, jotta sopimukseen voidaan ottaa välityslauseke riitojen ratkaisusta

43 CAL Art. 20. Tarkemmin aiheesta ks. Chi 2008, s. 116–119.

44 Vaatimukset ovat (pelkkä sääntöjen ja paikan nimeäminen ei välttämättä riitä) CAL Art. 16. Tulkinnasta ks. Chi 2008, s. 106–114.

45 SPC:n ristiriitaisista ratkaisuista ks. Chi 2008, s. 455.

46 Seppänen 2005b, s. 595.

47 Peerenboom – He 2009, s.16–20; Seppänen 2005b, s. 585. Wang nostaa esiin myös läpinäkymättömyyden. Wang 2009, s. 317.

48 Seppänen 2005b, s. 586 ja 592. CIETAC markkinoi itseään tuomioistuinten ongelmil- la. Wang 2009, s. 318.

49 Gu 2011, s. 275.

50 Esimerkiksi Metson Kiinan lakiasioiden johtaja Leslie Wang totesi CIETACin haasta- jasta BACista toukokuussa 2011 yksikantaan: ”It’s small enough for me to ignore it.” Koska Kiinassa on perinteisesti käytetty suljettuja välimiespaneelleja, joilta välimiehet tulee valita (esimerkiksi CIETACissa yhä pienin poikkeuksin käytössä), tulee instituut- tin valintaan senkin takia kiinnittää huomiota.

Kiinan ulkopuolella.⁵¹ Välytys sopimusta Kiinan ulkopuolelle ei myöskään ole aina helppo saada neuvotelluksi⁵², vaikka liittymä löytyisikin. Kiinassa ja ulkomailla annettujen välitystuomioiden täytäntöönpanossa ei pitäisi olla suuria eroja, sillä Kiina on liittynyt New Yorkin konventioon ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta (SopS 7–8/1962) jo vuonna 1987.⁵³

Ulkomaisten välitysinstituuttien virallinen toiminta Kiinassa on mahdotonta. Se tarkoittaa sitä, että yksikään ulkomainen välitysinstituutti ei voi antaa tuomiota, jonka juridiseksi kotipaikaksi (*seat of arbitration*) tulisi Kiina. Kiinan kansantasavallan välimiesmenettelylaki ja erityisesti sen protektionistinen tulkinta kansantuomioistuimissa estävät tämän.⁵⁴ Tuomion kotipaikka on hyvin keskeinen juridinen valinta, koska sen mukaan määräytyvät, minkä maan lainsäädännön mukaan esimerkiksi välitystuomion pätemättömyys- ja täytäntöönpanoriidat ratkaistaan. Sekä CIETACin vanhojen että uusien sääntöjen mukaan CIETACin antaman välitystuomion kotipaikasta voidaan sopia, mutta monien kirjoittajien mukaan *de facto* näin ei ole.⁵⁵ Palaan kysymykseen luvussa 2.

Koska CIETACilla on Kiinassa yritysten välisessä riidanratkaisussa lähes monopolit, on sen säännöillä välimiesmenettelyssä hyvin keskeinen asema ja keskityn tässä artikkelissa Kiinan lainsäädännön ohella lähinnä niihin. Akateemisessa keskustelussa on kritisoitu Kiinan vaihtoehtottomuutta – sekä *ad hoc* -menettelyn että ulkomaisten välitysinstituuttien toiminnan esteitä – ja varmasti osaltaan lisätty painetta sääntömuutoksiin, joista viimeisin tulee voimaan tässä kuussa.

51 CCL Art. 128. Tao 2008, s. 80.

52 Esimerkiksi ICC:n välimiesmenettely ei 1990-luvulla saanut suosiota, koska Taiwan oli sen jäsen. Häkansson 1999, s. 53–54.

53 Täytäntöönpanoprosentti vaihteli noin 50 % kummallakin puolen. Peerenboom 2001, 251, 263. CIETACin omien tutkimusten mukaan prosentit olisivat 77 % (kiinalaiset) ja 71 % (ulkomaiset) välitystuomiot. Selkeää kuvaa täytäntöönpanoasteesta ei saa. Sepänen 2005b, s. 586.

54 Fan 2011, s. 344.

55 Art. 31 (CIETAC säännöt 2005), Art. 7 (CIETAC säännöt 2012).

1.3 Tutkimuskysymys, metodi ja riskit

Tässä artikkelissa pyrin vastaamaan kysymykseen, miten riitaan sovellettava laki valitaan kiinalaisessa välimiesmenettelyssä ja kuinka paljon riidan osapuolilla ja välimiehillä on vapauksia päättää lainvalinnasta eli paljonko lainsäädäntö antaa tilaa osapuolten ja välimiesten autonomiselle päätöksenteolle.⁵⁶ Tarkoitus on käydä ensisijaisesti läpi lainvalintaprosessi, jolla pyritään löytämään säännöt sopimuksesta johtuvan aineellisen riidan ratkaisuun. Saarikivi käyttää siitä kansainvälisen yksityisoikeuden termiä *lex causae*⁵⁷ (asiastatuutti). Toisaalta Lew et al. lähtee siitä, että lainvalintaan ei tule mennä, jos riita voidaan ratkaista sopimuksen perusteella.⁵⁸ Pyrin myös vastaamaan kysymykseen, onko lainvalinta kaikissa tilanteissa pakollinen.

Siinäkin tapauksessa, että sovellettava laki on valittu, on kuitenkin mahdollista, että riidassa huomioon otettavia oikeusjärjestyksiä on useampia eikä tahdonautonomian doktriini ulotu niihin kaikkiin. Bernstein et al.:n mukaan erotettavia kysymyksiä on ainakin viisi: (1) osapuolten kelpoisuuteen sovellettava laki, (2) välityssopimuksen pätevyyden arviointiin sovellettava laki, (3) välimiesmenettelyyn sovellettava (prosessuaalinen) laki, (4) aineelliseen riitaan sovellettava laki ja (5) mikäli sovellettavasta laista on riitaa, saatetaan tämän lainvalintariidan ratkaisuun käyttää vielä viidennen oikeusjärjestyksen lainvalintasääntöjä.⁵⁹ Lista voidaan lisätä myös (6) välitystuomion täytäntöönpanoon sovellettava laki.⁶⁰ Tarkasteluni painottuu kysymykseen 4 (luku 3) ja 5 (luku 4), mutta koska erottelu on teoreettinen, sivuan myös väistämättä muita kohtia etenkin luvussa 2 yrittäessäni luoda yleiskuvaa lainvalinnan sääntelystä kiinalaisessa välimiesmenettelyssä. Jonkinlaisena lähtökohtana voidaan pitää sitä, että kun toimitaan Kiinassa, kiinalaista lainsäädäntöä ei voida missään lainvalintatilanteessa kokonaan ohittaa.

56 Kiinan kansantasavalta katsotaan civil law -maaksi, joten lainsäädännöllä on keskeinen asema. Wang 2009, s. 310. Lain tulkinta(yksin)oikeus on NPC:n Standing Committeeilla, joka on delegoinut sitä muun muassa korkeimmalle kansantuomioistuimelle. Kansan tuomioistuimen tulkintaohjeet ovatkin lainsäädännön ohella keskeinen oikeuslähde. Seppänen 2005a, s. 66.

57 Saarikivi 2008.

58 Lew et al. 2003, s. 411–412.

59 Bernstein et al. 1998, s. 560.

60 Tao 2008, s. 97.

Lisäksi on mahdollista, että ratkaisua haetaan kansallisvaltioiden oikeusjärjestyksien ulkopuolelta: tästä esimerkkinä *lex mercatoria*, mikä voi viitata kansainvälisen kaupan tapaoikeuteen tai sen kodifointeihin. Säännöt, joilla riitä ratkaistaan, eivät välttämättä ole peräisin mistään säädetyistä laista. Tarkastelenkin myös mahdollisuuksia käyttää kansallisen lainsäädännön ulkopuolisia lähteitä välimiesmenettelyssä Kiinassa (luku 4.2).

Lainvalinnan ohella olen jo johdannossa käsitellyt ja luvussa 2 jatkan vielä kiinalaisen välimiesmenettelyn erityispiirteiden tarkastelua, koska lainvalintaa ei voi ymmärtää ilman kontekstia, jossa se tehdään. Autonomiaan vaikuttavia kiinalaisen järjestelmän erityispiirteitä on varsin paljon. Koska fokus on riitaan sovellettavassa laissa, en käy läpi välimiesmenettelyä kokonaisuudessaan. Monet mielenkiintoiset, etenkin prosessuaaliset kysymykset jäävät tarkastelun ulkopuolelle. Välitustuomion täytäntöönpanon suhde lainvalintaan (luku 4.3) jää myös lyhyen katsauksen varaan, vaikka täytäntöönpano on yksi keskeisistä kysymyksistä prosessaamisen mielekkyyttä pohtiessa.⁶¹

Metodini on ensisijaisesti lainopillinen: pyrin säännöksiin ja pääasiassa kiinalaisten tutkijoiden teksteihin tukeutuen luomaan kuvan kiinalaisesta oikeustilasta tutkimuskysymykseni osalta. Tämä lienee hieman poikkeavaa: esimerkiksi Seppäsen mukaan ulkomaiset Kiina-tutkijat ovat pääasiassa oikeusrealisteja, mikä ei kuitenkaan johdu hänen mukaansa siitä, että *law in books* ja *law in action* -kuilu olisi Kiinassa poikkeavan suuri. Kyse on hänen mukaansa siitä, että Kiina-kriittisyydelle on tilausta: se kiinnostaa ulkomaisia lukijoita.⁶² Tuon jonkin verran esille myös oikeusrealistisia näkemyksiä, koska ne valottavat esimerkiksi lähimmän liittymän periaatteen tulkintaa.⁶³ Artikkelissa on myös taustalla vertailevuus, koska mielestäni kiinalaisen välimiesmenettelyn erityispiirteiden ymmärtäminen edellyttää niiden peilaamista kansainvälisesti yleisinä pidettyihin käytäntöihin. Teemu Ruskolan mukaan vieraan oikeuden tutkimukseen onkin aina sisäänrakenn-

61 Peerenboom 2001, s. 249. Välitustuomioiden täytäntöönpanosta Kiinassa hyvän yleiskuvan antaa Jussilainen 2011.

62 Kiinan kritisoinnin kautta luodaan myös täydellisen oikeusjärjestyksen ideaalia. Seppänen 2004, s. 88.

63 Seppäsen tekemä havainto siitä, että realistit olisivat pääasiassa ulkomaisia ja oikeusdogmaatit kiinalaisia, on kuitenkin mielestäni vanhentunut ja myös kiinalaiset kirjoittajat ovat suunnanneet kiinnostustaan myös oikeusrealismiin.

nettu vertaileva elementti, koska jokainen tutkija lähestyy kohdettaan oman (oikeudellisen) kulttuurinsa paradigmoista.⁶⁴ Seppänen puolestaan korostaa, että Kiinan hahmottaminen kategorisesti liberaalin lännen negaationa johtaa helposti ymmärtämättömään ylimielisyyteen.⁶⁵

Siinä missä Ruskola Saidin jalanjäljissä korostaa oikeudellista orientalismia (*legal orientalism*) oksidentin pyrkimyksenä pidättää itsellään oikeus lopullisesti määritellä lain ja oikeuden syvempi olemus⁶⁶, Seppäsen lähestymistapa on käytännöllisempi. Hänen korostamansa orientalistinen väärinkäsitys on, että lait eivät olisi Kiinassa sitovia. Vaikka Kiinan valtiota voidaan pitää tai olla pitämättä oikeusvaltiona⁶⁷, on suuri oikeudellinen ja taloudellinen riski kuvitella, ettei lain noudattamisen laiminlyönnistä seuraisi sanktioita.⁶⁸ Yksityiskohtainen laintuntemus on välttämätöntä Kiinassa toimiville yrityksille ja esimerkiksi välityslausekkeen ja lainvalintalausekkeen laadinnassa tehdyt virheet voivat tulla kalliiksi.

Kiinan lainsäädäntöä tutkittaessa on tapana lähtökohtaisesti tuoda myös esille kansantasavaltaa edeltävät perinteet sekä käsitteet *lǐ* ja *fǎ*.⁶⁹ Yksinkertaistaen *lǐ* viittaa moraliin sekä ihmisten sisäsyntyisiin arvoihin korkeimpana lakina ja se liittyy kunfutselaiseen traditioon. *Fǎ* puolestaan tarkoittaa kirjoitettua lakia, yleensä punitatiivisia normeja, ja se edustaa Kiinassa legalistista traditiota. Ristiriita syntyy siitä, että kirjoitetun lain katsotaan loukkaavan hyveellistä ihmistä ja johtavan moraalin rappeutumiseen.⁷⁰ Tässä työssä en käsittele kiinalaisen oikeuden filosofiaa, koska se ei mielestäni ole enää yhtä keskeinen kansainvälisyssä kiinalaisessa välimiesmenettelyssä. On kuitenkin hyvä hahmottaa, että Kiinan kansantasavallan perustaminen vuonna 1949 ei ideologiastaan huolimatta onnistunut aloittamaan Kiinan historiaa uudelleen.

64 Ruskola 2002, s. 192.

65 Seppänen 2004, s. 101 ja 107–110.

66 Ruskola 2002, s. 234.

67 Aiheesta laajemmin ks. Peerenboom 2002.

68 Esimerkiksi täytäntöönpanohakemuksille on tiukat määräajat. Seppänen 2005b, s. 591–592; Wang 2009, s. 330.

69 Seppänen 2005a, s. 47. Myös esimerkiksi Tuomas Rytsölä aloitti pro gradunsa näillä käsitteillä vuonna 1987.

70 Jouni Westlingin luento 28.4.2011; Antti-Jussi Lankisen luento 29.4.2011.

Kiinaan liittyen kuvitelmiin ja oletuksiin ohella tämän tutkielman keskeinen ongelma on kieli.⁷¹ Johtopäätökset perustuvat englanninkielisiin käännöksiin ja saatavilla oleviin lähteisiin, missä on aina tulkintariskinsä; lisäksi tiedon arviointi ilman kielitaitoa ja tuntemusta Kiinan oikeustieteellisestä kentästä on vaikeaa. Tästä syystä olen pyrkinyt käyttämään useita lähteitä rinnakkain, mutta valitettavasti sekään ei ole aina ollut mahdollista. Monin paikoin lähteitä vaivaa myös suoraviivaisuus.

Työni sijoittuu vahvasti Kiinan kansainvälisen yksityisoikeuden alueelle. Kansainvälisen yksityisoikeuden keskeinen asema kiinalaisessa välimiesmenettelyssä selittyy sillä, että Kiinan uudelleen avautumisen alkuaikoina ulkomaisten lakien soveltaminen kiinalaisissa tuomioistuimissa oli täysin poissuljettua.⁷² Välimiesmenettely on kansainväliselle yksityisoikeudelle looginen kehitysyhteys, joskin esimerkiksi uusi lainvalintalaki on esimerkki kansainvälisen yksityisoikeuden irtautumisesta kaupallisesta kontekstista ja Kiinan pyrkimyksestä kodifoida aiemmin hajallaan olleita ja puutteellisia lainvalintasäännöksiä.⁷³

2 Kiinalaisen välimiesmenettelyn erityispiirteitä

2.1 Välimiesmenettelyjen jako kotimaisiin ja kansainvälisiin

Kiinalaisiin välimiesmenettelyn erityispiirteisiin kuuluu keskeisenä eronteko kotimaisten ja kansainvälisten riitojen välillä. Tällä jaolla on merkittäviä oikeudellisia seurauksia. Aiemmin jaottelu tehtiin instituutioiden avulla: CIETAC ja CMAC ratkoivat vain kansainvälisiä riitoja, kun taas paikalliset komissiot (LACs) olivat toimivaltaisia ratkaisemaan vain kotimaisia riitoja. Riidan status ratkaistiin toimivaltakysymyksenä vuoteen 2000 asti.⁷⁴

Jaottelussa on itse asiassa kolme kategoriaa. Ulkomailla ratkaistu riita on ulkomainen (*foreign*), kiinalaisessa komissiossa ratkaistu ulkomaisia element-

71 Kielen merkityksestä ks. Seppänen 2005a, s. 6–11.

72 He 2009, s. 200.

73 LAL sisältää esimerkiksi avioliittoa ja huoltajuutta koskevia lainvalintasääntöjä. Ne ovat Kiinassakin yksiselitteisesti tuomioistuinasioita. CAL Art. 3(1).

74 Gu 2011, s. 272. Nykyään tällaista jaottelua ei ole, mikä on nostanut CIETAC:in käsittelemien tapausten kokonaismäärää ja toisaalta lisännyt kilpailua asiakkaista. Zhao – Kloppenberg 2006, s. 394.

tejä sisältävä riita on ulkomaalaisliityntäinen (*foreign-related*) ja pelkästään kiinalaisia elementtejä sisältävä riita on kotimainen (*domestic*).⁷⁵ Ulkomais-
ten välitystuomioiden täytäntöönpanoon Kiinassa sovelletaan New Yorkin
konventiota ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöön-
panosta, kun taas kahteen jälkimmäiseen ryhmään Kiinan kansallista lain-
säädäntöä perustuen Kiinan tekemään varaukseen.⁷⁶ Tämä on keskeinen
oikeudellinen ero ulkomaisen ja ulkomaalaisliityntäisen välitystuomion vä-
lillä. New Yorkin konvention tarkoitus on turvata välitystuomioiden mah-
dollisimman tehokas täytäntöönpano muun muassa rajaamalla perusteet,
joilla täytäntöönpanosta voidaan kieltäytyä.

Yksi keskeisimmistä ulkomaalaisliityntäisiin ja kotimaisiin välimiesmenette-
lyihin jakamisen seurauksista liittyy osapuolten tekemään lainvalintaan. Mi-
käli osapuolet katsotaan kotimaisiksi toimijoiksi, vapautta valita sopimuk-
seen sovellettava laki ei ole lainkaan, vaan sovellettavaksi tulee aina Kiinan
laki. Lainvalintalauseke on tällöin automaattisesti pätemätön.⁷⁷

Toinen tärkeä seuraus on Kiinan kansantuomioistuinten valta tutkia väli-
tystuomio täytäntöönpanovaiheessa. Kansainvälisiin Kiinassa annettuihin
(eli ulkomaalaisliityntäisiin) välitystuomioihin sovelletaan siviiliprosessilain
suppeampaa artiklaa 258, kun taas kotimaisiin välitystuomioihin sovelle-
taan artiklaa 213, jonka mukaan tuomioistuimella on mahdollisuus estää
täytäntöönpano esimerkiksi liian heikon näytön tai väärän lainsoveltamisen
perusteella.⁷⁸ Välitystuomion nauttima suoja on huomattavasti heikompi
ellei olematon, mikäli riita luokitellaan kotimaiseksi.

Kiinan korkein kansanoikeus on antanut tulkintaohjeen⁷⁹, jonka mukaan
kansainvälinen liittymä on olemassa, jos yksi tai useampi riidan osapuoli on
ulkomaalainen, oikeussuhde perustettiin, sitä muutettiin tai se päätettiin
ulkomailla, tai riidan kohde sijoittuu ulkomaille. He kritisoi *foreign-related*

75 Ks. myös Jussilainen 2011, s. 37–40.

76 Seppänen 2005a, s. 88.

77 CCL Art. 126. Sinänsä ei pidetä länsimaissakaan paheksuttavana sitä, että valtio voi
puuttua enemmän puhtaasti kansalliseen välimiesmenettelyyn. Håkansson 1999, s. 49.

78 Zhao – Kloppenberg 2006, s. 415–416; Han 2011, s. 423.

79 *Supreme People's Court's Several Questions Concerning the Applicability of the PRC Civil
Procedure Law Opinion*. Håkansson 1999, s. 50–51. Tulkintaohjeiden oikeuslähdease-
masta ks. Seppänen 2005b, s. 587.

-määritelmää vaikeaselkoiseksi muun muassa sijoitus- ja yhteisyrityksissä.⁸⁰ Wangin mukaan monille on yllättävää, että esimerkiksi yrityksen omistusta ei katsota välttämättä riittäväksi liittymäksi, vaikka se olisi sataprosenttisesti ulkomaista.⁸¹ WFOEt⁸² ovat kiinalaisia oikeussubjekteja kaikkien muiden kiinalaisten yritysten tavoin omistajan kansalaisuudesta riippumatta.

Häkanssonin mukaan pelkkä ulkomaalaisen osapuolen liittymä sopimukseen ei riitä, vaan hänen oikeuksiensa ja velvollisuuksiensa tulee olla itsenäisiä – ei vain toissijaisia tai liitännäisiä –, jotta liittymällä voitaisiin katsoa olevan sopimuksen statusta muuttava juridinen vaikutus.⁸³ Lisäksi Kiina ei esimerkiksi tunnusta Taiwanin itsenäisyyttä vaan pitää sitä omana provinsinaan. Myös Hongkongissa sekä Macaossa (sekä muillakin erityistalousalueilla) on omat oikeusjärjestyksensä, mutta Kiinan oikeusjärjestelmän kyky ratkaista regionaalisia lainvalintakysymyksiä jää tämän artikkelin ulkopuolelle.⁸⁴

Tässä artikkelissa käsittelemäni lainvalintasäännöt koskevat vain sellaisia sopimuksia ja niistä johtuvia riitoja, jotka Kiinan lain mukaan saavat ulkomaalaisliityntäisen statuksen, koska sekä kiinalaiset lait että välitysinstituuttien säännöt suhtautuvat eri tavoin kotimaisiin ja ulkomaalaisliityntäisiin riitoihin. Riidan statuksen määrittelyä voitaneen pitää eräänlaisena esikysymyksenä, koska se vaikuttaa muun muassa siihen, aktualisoituuko lainvalinta lainkaan.

2.2 Instituuttikeskeisyys

Kiinassa kansainvälinen välimiesmenettely keskittyy yhden keskeisen välitysinstituutin, CIETACin, ympärille. Kiinassa ei ole mahdollisuutta ad hoc -välimiesmenettelyyn.⁸⁵ Jos sopimuksen osapuolet haluavat riitansa ratkaistaviksi välimiesmenettelyssä Kiinassa, on edellytyksenä aina kiinalaisen väli-

80 He 2009, s. 207.

81 Wang 2009, s. 314.

82 Wholly Foreign-owned Enterprise Law of the PRC (31.10.2000).

83 Häkansson 1999, s. 50–52.

84 Teema *Interregional conflict of laws* ei myöskään ole Kiinassa vieras. Ks. esimerkiksi Huang 2010, s. 110. Artikkeliki käsittelee pääasiassa tuomioiden tunnustamista ja täytäntönpäätöksiä.

85 Useat lähteet nimeävät tämän keskeiseksi kysymykseksi Kiinassa. Gu 2011, s. 276–279; Zhao – Kloppenberg 2006, s. 407–409; Chen 2011, s. 451–452; Wang 2009, s. 320; Chi 2008, s. 115–116.

tyskomission eli välitysinstituutin valinta.⁸⁶ Välityslauseke, jossa komissiota ei ole nimetty, on tuomioistuimessa usein katsottu pätemättömäksi.⁸⁷

Ad hoc -menettelyn ja instituutin hallinnoiman välimiesmenettelyn keskeinen ero on osapuolten mahdollisuuksissa päättää prosessin säännöistä. Kummassakin tapauksessa osapuolet valitsevat menettelyn kotipaikan (*seat of arbitration*), minkä perusteella määräytyy kansallinen laki, *lex arbitri*, joka antaa menettelylle juridisen kehyksen. Suomessa *lex arbitri* olisi välimiesmenettelylaki (VML). Usein ad hoc -menettelyn kotipaikaksi valittaneenkin valtio, jonka välimiesmenettelylaki jättää eniten sijaa osapuolten autonomialle. Osapuolet voivat ja heidän tulisikin laatia omat sääntönsä välimiesten valinnasta, prosessin kulusta ja todistelusta, kielestä ja niin edelleen. Ad hoc -menettely voi parhaimmillaan olla myös edullisempi kuin instituutin hallinnoima menettely. Koska Kiinassa ad hoc -menettely ei ole sallittu, kaikissa menettelyyn liittyvissä kysymyksissä on noudatettava lain lisäksi valitun välityskomission sääntöjä.

CIETACin uusien sääntöjen artiklan 4(3) mukaan osapuolet voivat valita muutkin kuin CIETACin säännöt tai sopia poikkeavansa joltain osin niistä. Tämä on varsin poikkeavaa kansainvälisesti katsoen ja sitä on jo kritisoitu.⁸⁸ Sillä, että CIETAC hallinnoi välimiesmenettelyä toisen instituutin sääntöjen mukaan tai jopa osapuolten muokkaamien sääntöjen mukaan, tuskin pystytään vastaamaan kritiikkiin instituuttikeskeisyydestä ja valinnan vapauden rajoituksista. Valitut säännöt eivät myöskään saa olla ristiriidassa Kiinan pakottavan lainsäädännön kanssa, mikä tekee artiklan käytännön vaikutusten arvioinnista vaikeaa.

Kiinalaiset välityskomissiot ovat lain mukaan valtiosta itsenäisiä orgaaneja.⁸⁹ Kuitenkin CIETAC on tiukemmin valtion ohjauksessa kuin monet muut kansainväliset välitysinstituutit: vuodesta 2002 sen on täytynyt hyväksyttää

86 CAL Art. 16. Zhao 2007, s. 643. Käytän tässä artikkelissa sanoja välityskomissio ja välitysinstituutti synonyymeina.

87 Gu 2011, s. 280. Tulkinta tiukentui 1990-luvulla, kun CAL säädettiin vuonna 1994. Uusista tulkinnoista ks. Peng 2011.

88 Kluwer Arbitration Blog 11.4.2012: Key Changes to the CIETAC Arbitration Rules, by Justin D'Agostino and Herbert Smith. – <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/04/11/key-changes-to-the-cietac-arbitration-rules/>, vierailupäivä 29.4.2012.

89 CAL Art. 14.

budjettinsa hallituksella.⁹⁰ Gun mukaan paikalliset komissiot (LACs) ovat puolestaan riippuvaisia paikallishallinnosta, mikä asettaa ne eriarvoiseen asemaan myös keskenään. Esimerkiksi BAC hyötyy Pekingin paikallishallinnon *non-interference* -politiikasta.⁹¹

Instituuttien sisällä osapuolten valinnanvapautta on rajoitettu myös välimiesten suhteen: välimiehet valitaan lähtökohtaisesti suljetusta paneelistä. CIETACissa paneelin ulkopuolisen välimiehen voi ottaa prosessiin vain CIETACin luvalla.⁹² Menettelyn osalta osapuolten valinnanvapautta laajennettiin 2005 sääntömuutoksella, jota pidetään yleisesti ottaen askeleena kohti laajempaa osapuolten autonomiaa.⁹³ Vuoden 2012 sääntömuutos jatkaa samalla linjalla, mutta kansainvälisesti vertaillen Kiinan pakottavan lainsäädännön rooli on vielä useassa kohdassa merkittävää. Kiinassa *lex arbitrin* ei välttämättä katsota rajoittuvan välimiesmenettelylakiin, vaan muunkin lainsäädännön katsotaan ohjaavan menettelyä sääntöjen ohella. Lainvalinnan osalta palaan tähän teemaan tarkemmin luvuissa 3 ja 4.

Myös välimiesten autonomiaa on rajoitettu Kiinassa enemmän kuin muualla. Toimivaltakysymykset ratkaisee CIETACin hallinto eivätkä välimiehet itse, mikä ei noudata kansainvälistä kompetenssi–kompetenssi-doktriinia, jonka mukaan toimivalta ratkaista toimivalta on välimiehillä.⁹⁴ Välimiehillä on lisäksi velvollisuus esittää tuomioluonnos CIETACille ja CIETAC voi kommentoida sitä. Tämä on toisaalta varsin yleistä: Peerenboomin ja Hen mukaan muun muassa ICC tarkastaa ratkaisut CIETACia tiukemmin ja puuttuu myös helpommin välitystuomioiden sisältöön.⁹⁵

Aiemmin osapuolet eivät voineet valita välimiesmenettelyn paikkaa, jos he valitsivat kiinalaisen välityskomission. Tuomion virallinen antamispaikka oli aina komission kotipaikka. Välimiesmenettelyä ohjaava laki, *lex arbitri*, oli Kiinan laki ja välitystuomion pätevyys- ja täytäntöönpanokysymykset

90 Hwang 2011, s. 9.

91 Gu 2011, s. 275.

92 CIETAC Rules 2012 Art. 24. Mahdollisuutta on käytetty hyvin vähän. Paneelin jäsenet ovat pääasiassa kiinalaisia ja Pekingistä, osa myös CIETACin tai hallituksen virkailijoita. Muissa komissioissa ei vastaavaa mahdollisuutta välttämättä edes tarjota. Gu 2011, s. 273 ja 276.

93 Uudistuksesta ks. Zhou 2009.

94 Kompetenssi-kompetenssi -doktriinia ei ole omaksuttu CAL:ssa. Gu 2011, s. 272.

95 Peerenboom – He 2009, s. 30.

tuli ratkaista Kiinan lain mukaan kiinalaisessa kansantuomioistuimessa. CIETACin sääntömuutos 2005 antoi ulkomaalaisliityntäisen riidan osapuolille mahdollisuuden sopia paikasta, mutta sen oikeudelliset vaikutukset ovat hyvin epäselvät.⁹⁶ Kiinan lainsäädännön vaikutus kiinalaisessa välimiesmenettelyssä on suuri eikä paikan valinnalla voida välttämättä poistaa sen vaikutuksia riidanratkaisun prosessuaalisiin kysymyksiin kuten lainvalintaan.

CIETACin sääntöjen tarjoama tahdonautonomia paikan valinnassa on paikoin selvässä ristiriidassa Kiinan lainsäädännön kanssa. Välimiesmenettelylaissa mahdollisuus hakea oikeudelta välitystuomion peruuttamista on sidottu komission kotipaikkaan eikä osapuolten valitsemaan menettelyn ja tuomion kotipaikkaan.⁹⁷ Kiinan siviiliprosessilain mukaan kiinalaiset tuomioistuimet ratkaisevat välitystuomion täytäntöönpanon Kiinan lain mukaan niissä tapauksissa, kun välitystuomion on antanut kiinalainen välitysinstituutti riippumatta osapuolten disponoinnista.⁹⁸ Osapuolten tekemällä paikan valinnalla kiinalaisen komission antama välitystuomio ei muutu Kiinan näkökulmasta ulkomaiseksi eikä sen täytäntöönpanoon sovelleta kiinalaisessa tuomioistuimessa New Yorkin konventiota.

CIETACin sääntöjä on muutettu yleisten kansainvälisten doktriinien mukaisiksi, mutta käytännössä Kiinan lainsäädäntö ei ole seurannut perässä. Tämä aiheuttaa epäselvyyttä siitä, mitä oikeusvaikutuksia osapuolten tekemillä sopimuksilla on. Toisaalta kritiikkiin on yritetty vastata sallimalla osapuolten sopimus esimerkiksi ICC:n sääntöjen käytöstä, mikä taas on ICC:n uusien sääntöjen vastaista.⁹⁹ Käytännössä muut kuin CIETACin omat säännöt toisivat oletettavasti enemmän juridista epäselvyyttä kuin hyötyjä.

Jos CIETACin menettelyyn yhdistettäisiin sekä osapuolten tekemä kotipaikan valinta Kiinan ulkopuolelle että jonkin muun välitysinstituutin säännöt, se toisi erittäin paljon epävarmuutta. Myös kustannukset kasvaisivat,

⁹⁶ CIETAC Rules Art. 31. Merkityksestä ks. Zhao 2007.

⁹⁷ CAL Art. 58.

⁹⁸ CPL Art. 258.

⁹⁹ ICC Rules, Article 1(2). Kluwer Arbitration Blog 11.4.2012: Key Changes to the CIETAC Arbitration Rules, by Justin D'Agostino and Herbert Smith. – <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/04/11/key-changes-to-the-cietac-arbitration-rules/>, vierailupäivä 29.4.2012.

koska välimiehet joutuisivat oletettavasti ratkomaan osapuolten eriäviä näkemyksiä osapuolten tahdonautonomian ja Kiinan pakottavan lainsäädännön suhteesta. Vaikka autonomiaa on lisätty useissa kysymyksissä, ei sen käyttäminen epäselvässä oikeustilassa ole aina viisasta. Lähdenkin lainvalintakysymyksessä siitä, että jos komissioksi valitaan CIETAC, on suositeltavaa pitäytyä sen omissa säännöissä ja valita menettelyn kotipaikaksi Kiina.

3 Osapuolten autonomia lainvalinnassa

3.1 Osapuolten tahdonautonomia doktriinina

Kansainvälisellä välimiesmenettelyllä on aina liittymiä useampaan valtioon. Riidan osapuolet ovat kotoisin eri valtioista ja riidan kohde voi sijoittua kolmanteen valtioon. Menettely saattaa sijoittua neljänteen valtioon, jolla ei ole liittymiä riitaan, mutta jonka laki tulee enemmän tai vähemmän mukaan riitaan menettelyä ohjaavana *lex arbitraria*. Liittymien merkitystä heikentää sopimussuhteissa keskeinen lainvalinnan doktriini, osapuolten tahdonautonomia¹⁰⁰.

Osapuolten tahdonautonomia (*party autonomy*) on sopimusoikeudellinen lainvalintadoktriini, jonka isänä pidetään 1500-luvun alkupuolella elänyttä ranskalaista Charles Dumoulinia. Se syntyi vastapainona *lex loci contractus*-doktriinille, jonka mukaan sopimukseen sovellettiin aina sen tekopaikan lakia. Dumoulinin mukaan osapuolten tahto on suvereeni ja sitä tulisi noudattaa, vaikka sitä ei olisi selkeästi ilmaistukaan.¹⁰¹ Keskeinen muutos oli vallan antaminen sopimusosapuolille: oikeus sopia sopimukseen ja siitä johdettiin riitoihin sovellettavasti laista.¹⁰²

Lew et al.:n mukaan välimiesmenettelyssä osapuolten tahdonautonomian tulisi olla keskeisellä sijalla jo menettelyn luonteen takia.¹⁰³ Eri valtioiden

100 *Party autonomy*. Suomennos osapuolten tahdonautonomia on ainakin Risto Koulun käyttämä. Koulun 2008.

101 Zhang 2006b, s. 516–518.

102 Osapuolten tahdonautonomian universaalista hyväksynnästä sopimussuhteissa ks. Reimann 1999, s. 575–578.

103 Koska välimiesten toimivalta perustuu osapuolten sopimusvapauteen, tulisi sovelletavan lain valinnan heijastaa tätä samaa vapaaehtoisuutta. Lew et al. 2003, s. 412. Osapuolten tahdonautonomiaa perustellaan etenkin kansainvälisessä liiketoiminnassa ennakoitavuudella, varmuudella ja tehokkuudella. Zhang 2006b, s. 512.

välimiesmenettelylaeissa kansainvälisesti hyväksyty sääntö näyttääkin olevan, että osapuolten tahto ohittaa aina kyseessä olevan valtion kansainvälisyksityisoikeudelliset lainvalintasäännöt.¹⁰⁴ Lisäksi sama periaate on vahvistettu monien välitysinstituuttien säännöissä.¹⁰⁵ Toinen autonomiaa painotettava laajalti hyväksyty lähtökohta näyttää olevan, että välimiesoikeuden ei tarvitse ottaa huomioon *lex arbitrin* tai muiden sopimukseen läheisesti liittyvien valtioiden lainsäädännön pakottavia säännöksiä. *Public policy*-tyyppiset säännökset muodostavat poikkeuksen etenkin, jos pakottavien säännösten soveltamatta jättäminen olisi kansainvälisen oikeusjärjestyksen perusteiden vastaista.¹⁰⁶

Kansainvälisessä teoreettisissa keskusteluissa kansallisvaltion lainsäädännön ohjaaman välimiesmenettelyn vastaparina voidaan pitää kansallisvaltioista irtautunutta (*delocalised*) ja itse itseään ohjaavaa (*self-regulatory*) kansainvälistä välimiesmenettelyä¹⁰⁷, jossa osapuolten autonomia on ensisijainen. Välimiesmenettelyn paikka nähdään valintana, joka tehdään mukavuussyistä ja neutraalisuutta etsien. Paikan (*seat of arbitration*) välimiesmenettelylain soveltamista pidetään silloin turhana – jopa epätoivottavana – ja menettelyä ohjaavat osapuolten tahto sekä sovitut, mahdollisesti institutionaaliset säännöt. Tällaisessa ideaalimallissa myös lainvalinnassa kaihdetaan kansallisia lakeja ja riidat ratkaistaan, mikäli tarpeen, kansainvälisiä sääntöjä¹⁰⁸ soveltaen.¹⁰⁹

Kiinassa sinne sijoittuvia kansainvälistä välimiesmenettelyä hahmotetaan kansainvälisestä näkökulmasta katsoen perinteisesti: se on valtion perustama riidanratkaisumuoto Kiinaa koskeville riidoille. Kiinaa ei valita välimiesmenettelyn paikaksi mukavuussyistä. Useat ulkomaiset juristit suosittelevat ensisijaisesti välimiesmenettelyä Kiinan ulkopuolella, mutta kiinalaista

104 Lew et al. 2003, s. 415.

105 Esimerkiksi UNCITRAL Rules Article 33; ICC Article 23(1); Stockholm Institute Article 24(1).

106 Lew et al. 2003, s. 412. Pakottavista säännöksistä EU-oikeudessa ks. C-126/97 Eco Swiss. Inkeroinen 2007, s. 95.

107 Lew et al. 2003, s. 67.

108 Kansainvälisessä oikeudessa tapaoikeus voidaan käsittää toki myös laiksi; siihen liittyy sitovuus ja rikkomisen oikeusvaikutukset. Käytän kuitenkin tässä yhteydessä sanaa säännöt, koska kaupallisessa välimiesmenettelyssä kauppatapaa voidaan käyttää ratkaisutoiminnassa osapuolten niin halutessa vaikka tavan vakiintuneisuus voitaisiin kyseenalaistaa.

109 Lew et al. 2003, s. 64–65.

osapuolta voi olla vaikea saada suostumaan tällaiseen välityssopimukseen.¹¹⁰ Kiinalaisen sopimuskumppanin ja välimiesmenettelyn valinta johtaa siihen, että ideaali osapuolten autonomia kapenee.

Tao huomauttaakin aiheutetusti, että ulkomaiset sopimusosapuolet kiinnittävät liian vähän huomiota kansainvälistä välimiesmenettelyä ohjaavaan lakiin, *lex arbitriin*, joka Kiinassa tarkoittaa välimiesmenettelylakia (CAL) mutta myös muita relevantteja säännöksiä. Tämä saattaa osin johtua siitä, että toimintaa ohjaa ajatus liberaalista välimiesmenettelystä. Taon mukaan osapuolet voivat valita muun menettelyä ohjaavan lain vain, jos siitä ei ole pakottavia säännöksiä Kiinan lainsäädännössä.¹¹¹ Kiinan suhtautuminen välimiesmenettelyyn noudattaakin pitkälti siirretyn toimivallan teoriaa (*the jurisdictional theory*). Teoriassa korostuu välimiesten kvasi-oikeudellinen rooli tuomioistuinten vaihtoehtona paikallisen lain ohjatessa voimakkaasti koko menettelyä.¹¹² Vaikka Kiinan lainsäädäntö tekee eron kotimaisen ja kansainvälisen (*foreign-related*) välimiesmenettelyn välille, ei tule ajatella, että jälkimmäistä päästettäisiin vapaasti kellumaan (*free-floating*) irti valtion ohjauksesta.

Väitänkin, että ajatus välityskomissioista eräänlaisina valtion siirretyn toimivallan haltijoina on keskeinen. *Lex arbitria* ei tule käsittää pelkästään prosessuaalisena vaan myös aineellisiin ratkaisuihin vaikuttavana: esimerkiksi sopimuslaissa (CCL) on huomioon otettavia säännöksiä. Vaatimus noudattaa Kiinan pakottavaa lainsäädäntöä on varsin holistinen ja osapuolten tahdonautonomia jokseenkin rajoitettu, kuten Tao asian ilmaisee.¹¹³ Ajatus siitä, että Kiinan lainsäädäntö tulee laajasti noudatettavaksi, näkyy myös lainvalinnassa.

110 Seppänen 2005a, s. 89–90.

111 Tao 2008, s. 97–99. CAL on kiinalaisten välitysinstituuttien toimintaa ohjaava pakottava laki, joten ulkopuolinen *lex arbitri* voisi ehkä korkeintaan ohjata prosessuaalisissa kysymyksissä, joissa osapuolille on annettu päätäntävaltaa.

112 Lew et al. 2003, s. 75–77.

113 Tao 2008, s. 97.

3.2 Osapuolten autonomia lainvalintanormina Kiinassa

Lainvalinnassa, kuten muussakin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pitää ensimmäiseksi paikantaa ratkaisunormi. Aiemmat CIETACin säännöt¹¹⁴ vaikenivat täysin siitä kysymyksestä, minkä valtion lakia välimiesten tulee noudattaa. Tämä poikkesi kansainvälisestä käytännöstä. UNCITRAL mallilain 28 artikla asettaa autonomian etusijalle, samoin ICC:n uusien sääntöjen 21 artikla. Onkin positiivista, että CIETACin uusissa säännöissä tuomion antamista koskevaa artiklaa 47 (*Making of Award*) on muokattu informatiivisemmaksi. Aiempi artikla 43 sisälsi samat ratkaisulähteet, mutta ei eksplisiittisesti vahvistanut osapuolten tahdonautonomian etusijaa.

Kiinan kansantasavallan välimiesmenettelylain (CAL) artikla 7 on myös niukkasanainen eikä ota kantaa valinnan mahdollisuuteen:

Arbitration shall be made based on true facts and relative laws to give out a fair and reasonable settlement for parties concerned.

Viimeistään CIETACin usin sääntömuutos kuitenkin vahvistaa sen, että CALia voidaan tulkita osapuolten tahdonautonomiia kunnioittavalla tavalla. Seitsemännen artiklan niukasta ja epäselvästä muotoilusta huolimatta kyse ei ole siitä, että Kiinan laki tulisi aina sovellettavaksi osapuolten tahdonautonomian kustannuksella. 1990-luvun alussa ei ehkä ole kiinnitetty muotoiluun riittävää huomiota, koska lainvalintalausekkeet ulkomaisen lain hyväksi ovat olleet Kiinassa poikkeuksellisia.¹¹⁵ CAL on ollut vuodesta 2005 NPC:n *Standing Committee* uudistuslistalla, mutta sen kehittäminen ei ole edennyt.¹¹⁶

CIETACin uusien sääntöjen artikla 47(1) antaa välimiehille ohjeen siitä, mihin lähteisiin ratkaisu tulee ja voidaan perustaa, ja se vastaa sisällöltään aiempaa artiklaa 43(1):

The arbitral tribunal shall independently and impartially render a fair and reasonable arbitral award based on the facts of the case and the terms of the contract, in accordance with the law, and with reference to international practices.

114 Kiinassa on noin 200 välityskomissiota. Toisena esimerkkinä voidaan joukosta nostaa Beijing Arbitration Commission (BAC), jonka säännöt eivät sisällä mitään lainvalinnasta ja ovat sovellettavien lähteiden suhteen vielä niukemmat.

115 Håkansson 1999, s. 108.

116 Chi 2008, s. 10.

CIETACin alaisessa menettelyssä tulee noudattaa sekä lakia että sopimusta ja lisäksi ottaa huomioon kohtuullisuus ja kansainväliset käytännöt.¹¹⁷ Artikla 47(2) puolestaan on vuoden 2012 sääntöuudistuksen myötä saatu uutuus ja se antaa selvää tukea osapuolten tahdonautonomian kunnioittamiselle:

Where the parties have agreed on the law as it applies to the merits of their dispute, the parties' agreement shall prevail. In the absence of such an agreement or where such agreement is in conflict with a mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall determine the law as it applies to the merits of the dispute.

Vaikka sääntöuudistus toi osapuolten tahdonautonomian eksplisiittisesti osaksi lainvalintaa välimiesmenettelyssä, on silti huomattava, että artiklan muotoilussa on kiinalaisia erityispiirteitä. Välimiesmenettelyä ja sopimus-toimintaa koskeva lainsäädäntö on Kiinassa pakottavaa, ja rinnakkain tahdonautonomian kanssa on myös vahvistettu *lex arbitrin* pakottavien säännösten asema. *Chinese characteristic* -tekniikalle tyypillisesti rinnakkain ovat näin kansainvälisesti normaali, jopa toivottava käytäntö (autonomia), ja kansainvälisesti poikkeava käytäntö (pakottavuus).

Oletan, että pakottavilla säännöksillä tarkoitetaan CIETACin säännöissä tässä yhteydessä sellaisia säännöksiä, joissa eksplisiittisesti säädetään lainvalinnasta tietyssä sopimussuhteessa. Toinen vaihtoehtoinen tulkinta olisi, että sellaiset Kiinan lainsäädännön pakottavat säännökset, jotka ovat ristiriidassa riidan oletetun lopputuloksen kanssa, voisivat johtaa osapuolten tekemän lainvalinnan ohittamiseen.¹¹⁸ Näin laaja tulkinta olisi ristiriidassa sen kanssa, että sääntöuudistuksessa on muuten tavoiteltu laajempaa osapuolten tahdon kunnioittamista. Toisaalta SPC:n tulkintaohjeessa vuonna 2007 kehoitetaan alempia tuomioistuimia ohittamaan osapuolten lainvalinta, jos sillä on pyritty kiertämään Kiinan pakottavaa lainsäädäntöä.¹¹⁹ Tämä selvästi viittaa juuri lopputuloksen arviointiin. SPC:n tulkintaohjeilla on Kiinassa lähes lain asema, mutta tällä hetkellä, kun CIETACin sääntöuudis-

117 Chi 2011, s. 8–9.

118 Vrt. *ordre public* -doktriini.

119 *Rules of the Supreme Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law in hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases in Civil and Commercial Matters* (2007), artikkelit 6 ja 7. Tu 2011, s. 682. Tulkintaohje ei ole laki, mutta sillä on vahva asema Kiinassa ja myös välimiesmenettelystä kirjoittavat asiantuntijat viittaavat usein korkeimman kansantuomioistuimen tulkintaohjeisiin. Seppänen 2005a, s. 66.

tus on vasta tulossa voimaan, on mahdotonta arvioida, miten pakottavien säännösten vastaisuutta tullaan arvioimaan ja mikä on tulkintaohjeen asema tässä kontekstissa.

Osapuolten tahdonautonomiasa ja sen ulottuvuutta ei voida tarkastella vain CIETACin sääntöjen kautta vaan sen muotoutumiseen vaikuttavat olennaisesti Kiinan lainsäädännön pakottavat säännökset. Kansainvälisestä lähtökohdasta poiketen tämä ei tarkoita vain välimiesmenettelylakia ja sen asettamia raameja vaan Kiinan lainsäädäntöä kokonaisuudessaan.¹²⁰ Seuraavaksi pyrin kokoamaan yhteen keskeisimmät osapuolten tahdonautonomian rajoitukset, jotka tulee ottaa huomioon lainvalintalauseketta laadittaessa.

3.3 Osapuolten tahdonautonomian rajoitukset Kiinassa

Zhangin mukaan Kiinan poliittinen järjestelmä, keskitetty talous ja paternalistiset traditiot ovat vaikeuttaneet osapuolten tahdonautonomian käsitteen hahmottamista ja juurtumista Kiinaan.¹²¹ Ensimmäinen versio doktriinista esiintyi vuonna 1985 Kiinan kansantasavallan kansainvälisiin taloudellisiin sopimuksiin sovellettavassa laissa.¹²² Tällöin sopimusosapuolille annettiin vapaus sopia sopimusriitoihin sovellettavasta laista.¹²³ Varsinainen tahdonautonomia sopimukseen sovellettavan lain valinnassa luotiin vasta vuoden 1999 sopimuslaissa.¹²⁴ Sopimuslaissa lainvalinnan vapaus rajoittuu ulkomaalaisliityntäisiin riitoihin.

Osapuolten tahdonautonomian hyväksyminen liittyy Zhangin mukaan sen joustavuuteen käsitteenä: hallitukselle jää tarpeeksi mahdollisuuksia rajoittaa tätä autonomiaa varsin vapaasti.¹²⁵ Taon mukaan rajoituksia tehdään kahta reittiä: joko lainvalinta ei tietysti oikeussuhteessa ole lainkaan sallittu

120 Myös CIETAC:in sääntöjen ensimmäinen artikla tukee vahvasti tätä ajatusta: "These Rules are formulated in accordance with the Arbitration Law of the People's Republic of China and the provisions of other relevant laws, as well as the "Decision" of the former Administration Council of the Central People's Government and the "Notice" and the "Official Reply" of the State Council." Ks. myös CAL Art. 15(4).

121 Zhang 2006a, s. 295.

122 FECL Art. 5.

123 Zhang 2006a, s. 313.

124 Kyseinen sopimuslaki antoi myös yksityishenkilöille ensimmäisen kerran Kiinan kansantasavallassa oikeuden tehdä ylipäätään sopimuksia ulkomaalaisten kanssa. Zhang 2006a, s. 314.

125 Zhang 2006a, s. 319.

tai valittua lakia ei voida hyväksyä *public interest* -perusteella.¹²⁶ Rajoitukset ovat osa aineellista lainsäädäntöä. Keskeinen laki on edellä mainittu Kiinan kansantasavallan sopimuslaki (CCL).

CCL:n artiklan 126(1) mukaan kansainvälisissä sopimuksissa osapuolet voivat valita itse sopimukseensa sovellettavan lain ellei Kiinan lainsäädännössä määrätä toisin. Myös uudessa Kiinan kansantasavallan lainvalintalaissa (LAL), vahvistetaan lähtökohtainen sopimusvapaus lainvalinnassa.¹²⁷ Tärkeimmät rajoitukset löytyvät CCL:n artiklan 126 toisesta kohdasta: *Joint Venture* - (osakas)sopimukseen sekä Kiinan luonnonvarojen hyödyntämiseen yhteistyössä ulkomaalaisten kanssa sovelletaan aina Kiinan lakia.¹²⁸ Kiinan korkein oikeus vahvisti vuonna 1987, että Kiinan lainsäädännön vastainen lainvalintalauseke on automaattisesti pätemätön eikä siihen perustuva välitystuomio ole täytäntöön pantavissa.¹²⁹ Korvaava tulkintaohje vuodelta 2007 korostaa, että tällaisissa tilanteissa tulisi aina soveltaa Kiinan lakia.¹³⁰

Edellä mainittujen suorien rajoitusten lisäksi Kiinassa sovelletaan *public policy* -varaumaa eli jos ulkomainen laki loukkaa moraalialia tai yleistä järjestystä, sitä ei sovelleta. Tämä sääntö on vahvistettu siviilioikeudellisten periaatteiden (GPCL 1986) artiklassa 150.¹³¹ Kyseessä on varsin joustava sääntö, minkä perusteella voidaan ohittaa osapuolten lainvalinta ja soveltaa sen sijaan Kiinan lakia. Sama sääntö on vahvistettu myös lainvalintaa koskevassa korkeimman kansantuomioistuimen tulkintaohjeessa. Tulkintaohjeessa todetaan myös, että kiinalaiset tuomioistuimet voivat ohittaa osapuolten tekemän lainvalinnan, mikäli sen tarkoituksena on ollut kiertää Kiinan pakottavaa lainsäädäntöä tai hallinnollisia määräyksiä.¹³²

126 Tao 2008, s. 100.

127 LAL Art. 41. Tu – Xu 2011, s. 181.

128 Tao 2008, s. 100–102; Zhang 2006a, s. 319. Tämä ei kuitenkaan estä välimiesinsituution valintaa Kiinan ulkopuolelta, joskin toista osapuolta voi olla vaikea saada suostumaan välimiesmenettelyyn muualla kuin Kiinassa. Tao 2008, s. 102.

129 Zhang 2006a, s. 319.

130 Tu 2011, s. 682.

131 Zhang 2006a, s. 320.

132 *Rules of the Supreme Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law in hearing Foreign-Related Contractual Dispute Cases in Civil and Commercial Matters* (2007), artikkelit 6 ja 7. Tu 2011, s. 682. Tulkintaohje ei ole laki, mutta sillä on vahva asema Kiinassa ja myös välimiesmenettelystä kirjoittavat asiantuntijat viittaavat usein korkeimman kansantuomioistuimen tulkintaohjeisiin. Seppänen 2005a, s. 66.

Lisäksi Qinin mukaan osa Kiinan kansainvälisen yksityisoikeuden teoreetikoista on sillä kannalla, että sopimusosapuolten autonomia tehdä lakivalintaa rajoittuu *lex arbitrin* pakottavilla säännöksillä riippumatta *public policy*-kynnyksestä. Silloin valitun lain ohella tulisivat Kiinassa sovellettaviksi aina myös Kiinan lainsäädännön pakottavat säännökset. Kirjoittajan mukaan Kiinan korkein oikeus on kuitenkin omaksunut eurooppalaisemman tulkinnan ja antanut etusijan valitun lain normeille.¹³³

CCLn artikla 126 on muotoiltu niin, että sopimusvapaus lainvalinnan suhteen koskee vain sopimuksen johdosta syntyviä riitoja (*disputes arising from the contract*). Jos sopimus on tehty Kiinassa, ei lainvalintalausekkeella voida ohittaa kiinalaisia muoto- ja lupamääräyksiä (sopimuksen pätevyys). Lisäksi tulee huomata, että Kiinan korkeimman oikeuden tulkinnan mukaan lakivalinnan tulee olla selvä: sitä ei voida tulkita sopimukseen, jos tahtoa ei ole ilmaista tarpeeksi selkeästi.¹³⁴ *Dépeçage* on lakiviittauksessa ilmeisesti myös mahdollinen, vaikka sitä ei missään ole eksplisiittisesti sallittu.¹³⁵

Kiinan pakottava sopimusoikeus sitoo sekä osapuolia että välimiehiä Kiinassa ja on selvä tahdonautonomian rajoitus. CCL sisältää sopimusvapauden, *pacta sunt servanda* ja kohtuusperiaatteiden ohella viittaukset yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen järjestykseen sekä valtion etujen noudattamiseen.¹³⁶ Välimiesten velvollisuus noudattaa osapuolten tekemää lainvalintaa ei ole esillä välimiesmenettelylaissa. Käytännössä osapuolten autonomiaa on CIETACissa kunnioitettu jo 1990-luvulla ja hyväksytyt viittaukset myös kansainvälisiin lähteisiin.¹³⁷

Vasta vuoden 2012 sääntömuutoksella välimiehet veloitetaan eksplisiittisesti noudattamaan osapuolten tekemää lainvalintaa. Lainvalinnan autonomiaa rajoittavat kuitenkin Kiinan oikeusjärjestyksen pakottavat säännökset. Uusi CIETACin sääntöjen artikla 47(2) ei ratkaissut autonomian ja *lex arbitrin* pakottavien säännösten suhdetta selkeästi ja lopullisesti vaan jättää ratkaisun välimiehille, jotka tulkitsevat pakottavien säännösten alaa.

133 Tulkinta perustuu SPCn ratkaisuihin. Qin 2010, s. 604–605.

134 Zhang 2006a, s. 315–317. Tun mukaan oikeuskäytännössä on kuitenkin hyväksytty myös implisiittinen lainvalinta etenkin jos kyseessä on *lex fori*. Tu 2011, s. 675.

135 Zhang 2006a, s. 322.

136 Seppänen 2005b, s. 597.

137 Häkansson 1999, s. 108. CISG:n osalta ks. Yang 2006, s. 27.

4 Välimiesten autonomia lainvalinnassa

4.1 Lainvalinta osapuolten tahdonilmaisun puuttuessa

Mikäli osapuolet ovat sopineet riitojen ratkaisusta välimiesmenettelyssä, mutta jättäneet avoimeksi, mitä lakia sopimukseen sovelletaan, siirtyy valinta välimiehille.¹³⁸ Esimerkiksi ICC antaa välimiehille varsin vapaat kädet: lainvalinta voidaan tehdä suoraan valitsemalla sopivimmat säännöt tai epäsuoraan valitsemalla sopiva lainvalintasäännöstö, joka osoittaa sovellettavan lain.¹³⁹ Uudemman näkemyksen mukaan välimiehet eivät ole sidottuja minäkään valtion kansainvälisyksityisoikeudelliseen lainvalintasääntöihin vaan voivat halutessaan valita tapaukseen sopivat lainvalintasäännöt.¹⁴⁰

Perinteisen näkemyksen mukaan *lex arbitrin* lainvalintasäännöt ovat sitovia myös välimiesmenettelyssä.¹⁴¹ Kiinalaisen ajattelutavan voidaan katsoa olevan perinteinen, mikä ilmentää kiinalaisen välimiesmenettelyn voimakasta liittymää valtioon (*jurisdictional theory*). Taon mukaan kiinalaiset lainvalintasäännöt tulevat aina sovellettaviksi, mikäli osapuolet eivät sopimuksessa ole sopineet sovellettavasta laista tai vaihtoehtoisesti sovellettavista lainvalintasäännöistä.¹⁴² Myös Chi kuvaa vertailevassa artikkelissaan Kiinan mallia kaikkein rajoitetuimmaksi.¹⁴³ CIETACin uusissa säännöissä annetaan ratkaisuvallta välimiehille, mutta ei oteta kantaa lainvalintasääntöjen valintaan, joten oikeustila tältä osin lienee muuttumaton.

Ensimmäiset kiinalaiset lainvalintasäännöt syntyivät 1980-luvulla. Sekä ensimmäinen kansainvälisiä sopimussuhteita sääntelevä laki FECL (1985) että

138 Lainvalinnassa tulisi tällöin ottaa huomioon sekä käytännön näkökulmat, sopimus että osapuolten odotukset. Voidaan jopa esittää, että tiettyyn valtiolliseen lakiin päätyminen ei ole toivottavaa, jos itse riita on aidosti kansainvälinen. Välimiehillä on velvollisuus riidan osapuolia, ei valtiollisia intressejä kohtaan, joita valtiollisten lakien voidaan katsoa ilmentävän. Lew et al. 2003, s. 423–425.

139 Lew et al. 2003, s. 423–425.

140 UNCITRAL Model Law Art. 28(2).

141 Territoriaalista lähestymistapaa suositteli 1950-luvulla *International Law Institute*, mutta nytemmin ajatusta pidetään epäloogisena (paikka voi olla sattumanvarainen) ja siihen suhtaudutaan kriittisesti. Lew et al. 2003, s. 428.

142 Tao 2008, s. 102.

143 Velvollisuus soveltaa Kiinan lainvalintasääntöjä johdetaan *Chin* mukaan edellä esitellyistä CAL:in artiklasta 7 ja CIETAC:in sääntöjen artiklasta 43(1) (uusi 47(1)). Logiikka ei mielestäni täysin avaudu ulkomaiselle lukijalle.

GPCL (1986) omaksuivat lähimmän liittymän periaatteen.¹⁴⁴ Lähimmän liittymän periaate on yksinkertainen ja joustava, mikä tekee siitä käyttökelpoisen useimmissa lainvalintatilanteissa ja selittänee sen yleismaailmallista suosiota.¹⁴⁵

Kiinan korkein kansantuomioistuin antoi lisäksi vuonna 1987 tulkintaohjeita lähimmän liittymän määrittämisestä sopimussuhteessa.¹⁴⁶ Tulkintaohjeet sisälsivät kolmetoista tyyppitapausta: esimerkiksi kauppasuhteessa lain määrää myyjän kotipaikka, lainanannossa ja vakuutuksissa lainan-/vakuutusenantajan kotipaikka ja yksittäiseen projektiin tai kiinteistöön liittyvissä asioissa sen sijaintipaikka.¹⁴⁷ Tulkintaohje on kumottu vuonna 2000 uuden sopimuslain myötä, mutta sen sisältämiä ohjeita käytettiin (uusien puutteessa) vielä kumoamisen jälkeenkin.¹⁴⁸ Sopimustyyppikohtaiset soveltamishjeet kuvaavat SPC:n pyrkimystä muuntaa sopimukselle luonteenomainen suoritus helppoiksi ja ennakoitaviksi säännöiksi.¹⁴⁹

Uuden sopimuslain (CCL 1999) sisältämä lainvalintasäännös vastaa vuoden 1985 lakia (FECL).¹⁵⁰ Ensimmäinen korkeimman kansantuomioistuimen lainvalintaa koskeva tulkintaohje annettiin sitä koskien kuitenkin vasta vuonna 2007. Tulkintaohjeessa vahvistetaan lähimmän liittymän periaate sekä sopimukselle luonteenomaisen suorituksen merkitys sen tulkinnessa.¹⁵¹ Vuoden 1987 ohjeen tapaan se sisältää 17 sopimustyyppikohtaista lainvalintasääntöä, mutta ne eivät kuitenkaan ole täysin identtisiä suhteessa edellisiin.¹⁵² Toisaalta suosituksessa todetaan, että mikäli jollain muulla lailla on

144 FECL Art. 5. GPCL Art. 145. Håkansson 1999, s. 111; von Senger – Xu 1994, s. 227–231; Yu et al. 2009, s. 424–426. Lähimmän liittymän periaate oli joitakin vuosia aiemmin otettu Rooman yleissopimukseen sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista (80/934/ETY). Saarikivi 2008, s. 65.

145 Saarikivi 2008, s. 65. Kiinassa sen soveltaminen koski alun perin vain sopimuksia. Yu et al. 2009, s. 425 ja 427. Lähimmän liittymän periaatteen (*most significant relationship in the U.S.*) voittokulusta ks. Reimann 1999, s. 580–583.

146 Kiinan korkeimman kansantuomioistuimen tulkintaohjeilla ei ole lain statusta, mutta niitä pidetään Kiinassa erittäin auktoritatiivisina. Seppänen 2005a, s. 66.

147 Reply of the Supreme People’s Court to Several Questions Concerning the Application of Foreign-Related Economic Contract Law (SPC Reply on Substantive Law); effective from 19 Oct. 1987, abolished on 25 Jul. 2000. Håkansson 1999, s. 111–112; Tao 2008, s. 102; Yu et al 2009, s. 428.

148 Tao 2008, s. 102.

149 Yu et al. 2009, s. 428.

150 CCL Art. 126. Tu – Xu 2011, s. 180.

151 Tu – Xu 2011, s. 181; Yu et al. 2009, s. 428.

152 Sekä 1987 että 2007 SPC:n sopimustyyppisäännöt löytyvät artikkelista Yu et al. 2009, s. 428–429. Ks. myös Tu 2011, s. 678.

kuitenkin läheisempi liittymä sopimukseen, sovelletaan sitä.¹⁵³ Tuomioistuinten harkintavaltaa on lisätty.

Uudessa lainvalintalaissa (LAL) on lisäksi kolme sopimussuhteita koskevaa artiklaa.¹⁵⁴ Niissä vahvistetaan osapuolten tahdonautonomia¹⁵⁵, lähimmän liittymän periaate ja luonteenomaisen suorituksen merkitys¹⁵⁶ sekä säädetään lainvalinnasta kuluttajan ja työntekijän hyväksi Rooma I -asetusta muistuttavalla tavalla. LAL on yleislaki¹⁵⁷, jossa lähimmän liittymän periaate siirretään sopimussuhteista muihinkin oikeussuhteisiin. Ylipäätään vaikuttaa siltä, että kiinalaiset lainvalintasäännöt eivät enää muotoilultaan juuri poikkea eurooppalaisista.

Kiinassa ei ole yhteneviä tulkintasääntöjä lähimmän liittymän periaatteelle tyyppitapausten ulkopuolella. Huomioon otettavat seikat voivat vaihdella paljonkin. Lisäksi Yu et al.:n mukaan Kiinassa on tutkijoiden keskuudessa vallalla ajatus siitä, että ratkaistaessa lähintä liittymää tulisi ottaa huomioon myös kansallisvaltioiden politiikat sovellettavaksi ehdotettujen lakien taustalla.¹⁵⁸ Ajatus on diplomaattinen ja sopii huonosti ajatukseen kansainvälisestä välimiesmenettelystä valtiovintresseistä irtautuneena instituutiona.¹⁵⁹

Lisäksi tutkimusten mukaan kiinalaisia kansantuomioistuimia vaivaa *home-ward trend* lähimmän liittymän tulkinnessa: ratkaisuja ei perustella, liittymäkohtia lasketaan vain suhteessa Kiinaan, niiden painoarvoa ei vertailla ja kansainvälisiä sopimuksia sovelletaan vain tilanteissa, joissa Kiinan laki ei anna vastausta.¹⁶⁰ On myös ilmeisen epäselvää, ovatko tyyppitapaussäännöt ehdottomia ja kuinka helposti voidaan siirtyä käyttämään yleislauseketta niiden sijaan.¹⁶¹ Zhangin mukaan Kiinassa sovelletaan aina mieluiten omia sääntöjä ja ylipäätään velvollisuus soveltaa tietyissä tilanteissa vierasta

153 Tu – Xu 2011, s. 183–185; Tu 2011, s. 678–679. Tällainen *escape clause* on selvä poiminta muista oikeusjärjestelmistä. Yu et al. 2009, s. 429.

154 Tu – Xu 2011, s. 181.

155 LAL Art. 41.

156 Tu 2011, s. 680.

157 Tu – Xu 2011, s. 181.

158 Yu et al. 2009, s. 431–432.

159 Taustalla vaikuttavasta *Equality and Mutual Benefits* –doktriinista ks. Zhang 2006a, s. 305–306.

160 Yu et al. 2009, s. 434–436; He 2009, s. 207. Välytysinstituuttien ja tuomioistuinten välille ei Kiinassa luonnollisestikaan voi konstruoida suoraa yhtäläisyyttä.

161 Tu 2011, s. 681.

lainsäädäntöä nähdään eräänlaisena kansainvälisen kaupan ja talouskasvun välttämättömänä sivutuotteena.¹⁶²

Vaikka välimiesoikeus päätyisikin siihen, että lähin liittymä on Kiinaan, sillä ei kaikissa sopimussuhteissa ole välttämättä sitä vaikutusta, että tulkittavaksi tulisi Kiinan kansallinen lainsäädäntö. Esimerkiksi Suomi ja Kiina ovat kumpikin ratifioineet CISG:n, jolloin osapuolten tekemän lainvalinnan puuttuessa se tulee aina noudatettavaksi.¹⁶³ Joissakin tapauksissa tällöinkin on tehty ensin lainvalinta ja vasta sen jälkeen todettu konvention etusija - lopputulos on kuitenkin sama.¹⁶⁴

Kiinalainen välimiesoikeus on velvollinen tekemään lainvalinnan osapuolten tahdonilmaisun puuttuessa Kiinan lainvalintasääntöihin perustuen. Lainvalintasäännöt, joitakin etenkin luvussa 3 käsittelemiäni tahdonautonomian rajoituksia lukuun ottamatta, ovat eurooppalaisten ja yhdysvaltalaisien esikuviansa mukaisesti varsin joustavia ja perustuvat tyyppitapausten ohella tapauskohtaiseen harkintaan (*escape clause*).

4.2 Toissijaisten ratkaisulähteiden soveltamismahdollisuudet

4.2.1 *Lex mercatoria*

Lex mercatoria on akateemisesti kiistelty käsite, mutta yksinkertaistaen sillä tarkoitetaan kansainvälistä tapaoikeutta, joka on syntynyt yhtenäisistä ja yhtäaikaaisesti sovelletuista käytännöistä (kansainvälisen kaupan) alueella, jolla ei ole pakottavaa oikeutta ja johon (kansallis)valtiot lähtökohtaisesti eivät puutu.¹⁶⁵ Monesti näitä käytäntöjä kodifoidaan, esimerkkinä UNIDROIT:n periaatteet.

Häkanssonin vuonna 1995 tekemän haastattelun mukaan osapuolten tekemää viittausta *lex mercatoria*an kunnioitetaan CIETACissa.¹⁶⁶ Jos viittaus-

162 Zhang 2006a, s. 305–307.

163 Seppänen 2005a, s. 196.

164 Ks. esimerkiksi Chi 2011, s. 12; CIETAC Cases 1997 No. 95 [571-578], 1996 No. 96 [579-587] ja 1995 No. 92 [545-549]. Saatavilla englanninkielisinä WestLaw International tietokannasta.

165 Saarikivi 2008, s. 94–95.

166 Häkansson 1999, s. 108. Myös Zhang on valinnanvapauden suhteen optimistinen. Zhang 2006b, s. 523.

ta ei ole tehty, ongelmaa tarkastellaan CIETACin sääntöjen 47(1) artiklan mukaan: ratkaisu tulee tehdä *with reference to international practices*. Tämä viittaa voimakkaasti siihen, että mikäli osapuolet eivät eksplisiittisesti ole valinneet *lex mercatoriaa*, voi sen soveltaminen tulla kyseeseen vain täydentävänä, toissijaisena lähteenä.¹⁶⁷

Chi kritisoikin kiinalaista lainvalintamenetelmää jäykäksi. Välimiesten velvollisuus noudattaa kiinalaisia lainvalintasääntöjä ja lähimmän liittymän periaatetta ei voi johtaa *lex mercatoriaan*, koska se on luonteeltaan kansainvälistä. CIETACin sääntöjen muotoilu myös ohittaa mahdollisuuden tarkastella sitä lakina. Chin analysoimissa CIETACin ratkaisuisissa UNIDROIT:n periaatteita ei sovellettu muun muassa Kiinan lainsäädännön etusijan ja osapuolten puuttuvan valinnan takia.¹⁶⁸

4.2.2 *Ex Aequo et Bono / Amiables compositeurs*

Lähtökohtaisesti välimiesten tulee ratkaista riitä sopimuksen ja valitun lain perusteella. *Ex aequo et bono* tarkoittaa poikkeusta tähän periaatteeseen: välimiehet sivuuttavat lain ratkaisunormina ja ratkaisevat riidan sen perusteella, minkä he katsovat olevan oikein ja reilua annetuissa olosuhteissa.¹⁶⁹ Ratkaiseminen *ex aequo et bono* on yleensä mahdollista vain, jos osapuolet eksplisiittisesti suostuvat siihen.¹⁷⁰

Kiinalainen tulkinta poikkeaa jonkin verran edellä esitetystä. Ensinnäkin lainvalinta jonkin valtion lakiin päätyen on Kiinassa pakollinen. Tosin Håkanssonin mukaan osapuolet voisivat sopia riitojensa ratkaisusta *ex aequo et bono* ja poistaa näin välimiesten lainvalintavelvollisuuden. Hänen mukaansa käytännössä välimiehet voivat Kiinassa ratkaista riidan *ex aequo et bono* jopa ilman osapuolten suostumusta.¹⁷¹ Taon mukaan tällainen tulkinta on liian laaja ja kohtuus on vain lakia täydentävä ratkaisuperuste.¹⁷² Kohtuusnäkökulmien huomioon ottamiseen velvoittavat CAL 7 ja CIETAC sääntöjen 47(1) artiklat. Tao kuitenkin huomauttaa, että Kiinan aineellinen lainsääd-

167 Myös esimerkiksi CISG:ta on sovellettu CIETACin tapauksissa täydentävänä lähteenä tapauksissa, joissa se ei pakottavasti tulisi sovellettavaksi. Yang 2006, s. 25.

168 Chi 2011, s. 11–13.

169 Lew et al. 2003, s. 469–470.

170 Ks. esimerkiksi UNCITRAL Model Law Art. 23(3).

171 Håkansson 1999, s. 109.

172 Tao 2008, s. 104–105.

däntö sisältää useita kohtuuskäytäntökohtia (esimerkiksi CCL artikla 5). Kohtuus ei välttämättä tule menettelyyn prosessuaalista tietä vaan aineellisen lainsäädännön soveltamisen kautta, jolloin sen soveltaminen ilman osapuolten suostumusta on luonnollisesti myös Taon mukaan mahdollista.¹⁷³

Kohtuuden korostuminen kiinalaisessa välimiesmenettelyssä liittyy siihen, että Kiinassa siihen voidaan yhdistää sovittelu¹⁷⁴ ja että sovitellut ratkaisut ovat yleensä helpommin täytäntöön pantavissa.¹⁷⁵ Tosin Peerenboom ja He esittävät vastakkaisen näkemyksen sekä tuovat esiin, että sovittelu voi olla vain tuomion viivyttämiskeino ja että välimiesmenettelyssä syntyneet sovinnot eivät välttämättä ole vapaaehtoisia.¹⁷⁶

4.3 Lainvalinnan tuomioistuinkontrolli

Sekä osapuolten tahdonautonomia että välitystuomion pysyvyys joutuvat lopulliseen testiinsä täytäntöönpanovaiheessa¹⁷⁷. Jos hävinnyt osapuoli ei vapaaehtoisesti toteuta velvoitteitaan, haetaan täytäntöönpanoa keskitason kansantuomioistuimelta (*Intermediate People's Court*).¹⁷⁸ Kiinan kansantasa-vallan siviiliprosessilaki¹⁷⁹ ei sisällä mahdollisuutta estää Kiinassa annetun kansainvälisen (*foreign-related*) välitystuomion täytäntöönpanoa väärän lain soveltamisen perusteella.¹⁸⁰ Täytäntöönpanomääräys voidaan kuitenkin jättää antamatta, mikäli se olisi vastoin yleistä etua. Tällöin riita tulee käsitellä ja ratkaista uudelleen.¹⁸¹ Välitystuomio voidaan myös osapuolen hakemuksesta peruuttaa välimiesmenettelylakiin perustuen, jos tuomio on vastoin yleistä etua.¹⁸²

173 Tao 2008, s. 105.

174 Caon mukaan 30 % CIETAC:in tapauksista sovitaan eikä sovittelijan ja välimiehen roolin yhdistämistä nähdä ongelmallisena. Cao 2007, s. 7.

175 Seppänen 2005a, s. 85.

176 Peerenboom – He 2009, s. 25–26.

177 Zhang 2006b, s. 511.

178 Seppänen 2005a, s. 105.

179 CPL Art. 258. Vuoden 2007 uudistuksen jälkeen numerointi on muuttunut, joten artiklaan voidaan viitata myös numerolla 260.

180 Kiinassa kotimaisiin tuomioihin, joilla ei ole kansainvälistä liityntää, sovelletaan artiklaa 213 (aiemmin 217). Erosta ks. luku 2.1.

181 CPL Art. 259.

182 CAL Art. 58. Ulkomaalaisliityntäisten välitystuomioiden kohtuullistaminen ei ole mahdollista Kiinassa.

Vuonna 1987 Kiinan korkein oikeus antoi tulkintaohjeen, jossa todetaan, että pakottavaa lainvalintasäännöstä rikkova lainvalintasopimus on automaattisesti Kiinassa pätemätön.¹⁸³ Sen korvannut tulkintaohje vuodelta 2007 korostaa, että tällaisissa tilanteissa tulisi aina soveltaa Kiinan lakia.¹⁸⁴ On oletettavaa, että väärään lainsoveltamiseen perustuva välitystuomio olisi myös pätemätön eikä pantavissa täytäntöön, vaikka sitä koskevaa täytäntöönpanon kieltäytymisperustetta ei ole erikseen mainittu. Ainakin SPC:n tulkintaohjeet viittaavat voimakkaasti siihen suuntaan. Gun mukaan SPC on toisaalta ottanut uudemmissa tulkintaohjeissaan välimiesmenettelyä ja osapuolten tahdonautonomiamia tukevan suunnan, mutta paikalliset tuomioistuimet eivät välttämättä seuraa sitä.¹⁸⁵ Tuomarit ovat lahjottavissa eivätkä he paikallisten yhteisöjen jäseninä ole halukkaita panemaan täytäntöön alueelleen haitallisia tuomioita.¹⁸⁶

Nähdäkseni *public interest* -kieltäytymisperuste on ainoa siviiliprosessin tarjoama keino tilanteessa, jossa osapuolten tekemä lainvalinta rikkoo Kiinan pakottavaa lainsäädäntöä. Oikeustila ei ole tältä osin kovin selkeä. Korkein kansantuomioistuimien totesi tapauksessa ED&F MAN International (2003), ettei Kiinan pakottavan lainsäädännön vastaisen välitystuomion täytäntöönpano välttämättä ylitä *public interest* -kynnystä. Tapaus ei kuitenkaan ole yksiselitteinen vastaus siihen, mitä pakottavia normeja voidaan ohittaa.¹⁸⁷ Kiinassa useimmat osapuolten autonomian rajoitukset lainvalinnassa koskevat kansallisesti keskeisiä ja poliittisesti herkkiä alueita, kuten luonnonvaroja.¹⁸⁸

Ulkomailla annettujen kansainvälisten välitystuomioiden täytäntöönpanossa noudatetaan New Yorkin konventiota, johon Kiina liittyi vuonna 1987. New Yorkin konventio on keskeinen kansainvälinen sopimus, jolla pyritään turvaamaan välitystuomioiden tehokas täytäntöönpano koko maailmassa (146 jäsenvaltiota). Kieltäytymisperusteet ovat suppeat, eikä väärä lainvalinta kuulu niihin. Jos Kiinan lainsäädännön mukaan tiettyyn sopimussuhteeseen tulee soveltaa Kiinan lakia, on oletettavaa, että sitä sovelle-

183 Häkansson 1999, s. 110.

184 Tu 2011, s. 682.

185 Ongelmat liittyvät sekä infrastruktuuriin että tuomarien oikeudelliseen osaamiseen. Gu 2011, s. 280.

186 Gu 2011, s. 279.

187 Jussilainen 2011, s. 56.

188 CCL Art. 126.

taan kansainvälisessä välimiesmenettelyssä muuallakin. Toisaalta Seppänen pitää asian ratkaisua Kiinan ulkopuolisessa välimiesmenettelyssä muun lain mukaan kuitenkin lähtökohtaisesti mahdollisena.¹⁸⁹ Ulkomailla annetun välitystuomion täytäntöönpanosta voidaan konvention perusteella kieltäytyä, mikäli tuomio on yleisen edun (*public policy*) vastainen.¹⁹⁰ New Yorkin sopimuksen public policy -säännöstä tulkitaan Kiinassa suppeammin kuin vastaavaa kansallista säännöstä. Lisäksi alemmat tuomioistuimet soveltavat sitä herkemmin, mikä kertoo osaltaan paikallisesta protektionismista.¹⁹¹

Täytäntöönpanosta kieltäytyminen ei kuitenkaan ole mahdollista ilman raportointia ylemmälle oikeusasteelle, joka tarkastaa keskitason tuomioistuimen ratkaisun.¹⁹² Seppäsen mukaan täytäntöönpanosta kieltäytymisen vahvistusmekanismi koskee kaikkia välitystuomioita, joilla on kansainvälinen liittymä¹⁹³ – tämä tarkoittaa sekä kiinalaisen välitysinstituutin antamia (*foreign-related*) että ulkomaisen välitysinstituutin antamia (*foreign*) välitystuomioita. Jos keskitason kansantuomioistuin harkitsee täytäntöönpanomääräyksen antamatta jättämistä, tulee sen lähettää tuomioluonnos seuraavaan oikeusasteeseen, joka on korkeampi kansantuomioistuin (*Higher People's Court*). Mikäli sekin on antamatta jättämisen kannalla, siirtyy asia taas seuraavaan asteeseen (*Supreme People's Court*).¹⁹⁴ Lopullinen ratkaisu täytäntöönpanosta kieltäytymisestä kuuluu aina korkeimmalle kansantuomioistuimelle.¹⁹⁵

Valvontamekanismi vaikuttaa ongelmalliselta, kun sitä tarkastelee tuomioistuinten riippumattomuuden maksiimista käsin. Koska paikalliset tuomioistuimet voivat olla arvaamattomia¹⁹⁶ ja vetää kotiinpäin, kansainvälisestä näkökulmasta kyse lienee ennemminkin laaduntarkkailusta.¹⁹⁷ Jussilaisen mukaan ongelmana ovat kuitenkin olleet SPC:n pitkät vastausajat (jopa 4

189 Seppänen 2005, s. 102.

190 Art. V(2)(b).

191 Jussilainen 2011, s. 54–55.

192 Jussilainen 2011, s. 44.

193 *Supreme People's Court, Notice on Several Notable Matters Relating to Adjudication of Civil and Commercial Cases Involving Foreign Elements and Enforcement* (17.4.2000). Seppänen 2005a, s. 106.

194 Zhao – Kloppenberg 2006, s. 420.

195 Han 2011, s. 423.

196 Seppänen 2005a, s. 108–109.

197 Zhao – Kloppenberg 2006, s. 420; Han 2011, s. 423. Välityssopimuksen pätevyys osalta Tao 2008, s. 72.

vuotta) sekä alempien tuomioistuinten niskoittelu, kun ne ovat vastoin ohjeita kieltäytyneet täytäntöönpanosta.¹⁹⁸

5 Yhteenveto

Kiinan kansantasavallan poliittiset muutokset, ensin avoimien ovien politiikka (1979–1991) ja sen jälkeen omaksuttu sosialistinen markkinatalous, ovat tehneet Kiinasta maailman nopeimmin kasvavan talouden. Poliitikkojen keskeinen tavoite on ollut Kiinan nostaminen merkittäväksi tekijäksi maailmantaloudessa. WTO:n jäsen Kiinasta tuli vuonna 2001, mikä on osaltaan vaikuttanut lainsäädännön kehittämiseen kansainvälisen kaupan alalla ja vahvistanut sen asemaa Kiinassa. Myös yksityisyrityksiä alettiin pitää hyväksyttävämpänä Kiinassa 1990-luvun myötä.

Kiinan tärkein välitysinstituutti *China International Economic and Trade Arbitration Commission* eli CIETAC perustettiin jo vuonna 1954. Vuoteen 2000 asti CIETAC ja merenkulkuun liittyviä juttuja ratkaiseva CMAC olivat ainoat instituutit, joille sallittiin kansainvälinen välitystoiminta. Välimiesmenettelyn käyttö on ollut suorassa suhteessa edellä esitettyihin poliittisiin valintoihin. CIETACin palveluille ei ollut ennen 1980-lukua juuri kysyntää; varsinaiset huippuvuodet sijoittuvat 1990-luvun lopulle (n. 750–850 kansainvälistä juttua vuosittain). CIETACia pidetään nykyään maailman vilkkaimpana välitysinstituuttina ja se on pyrkinyt vastaamaan sitä kohtaan esitettyyn kritiikkiin viimeksi sääntömuutoksella, joka tulee voimaan toukokuussa 2012. Ad hoc -välimiesmenettely ei ole lainkaan mahdollinen Kiinassa, mutta paikalliset välitysinstituutit pyrkivät CIETACin haastajiksi.

Kiinassa on voimakas tendenssi soveltaa lähtökohtaisesti Kiinan lakia myös kansainvälisessä välimiesmenettelyssä esiin nouseviin kysymyksiin. Siirretyn toimivallan teoriassa¹⁹⁹ (*the jurisdictional theory*) korostuu välimiesten rooli vaihtoehtoisina lainkäyttäjinä, joita sitovat sijaintivaltion lait. Vaikka Kiinan lainsäädäntö tekee eron kotimaisen (*domestic*) ja kansainvälisen (*foreign-related*) välimiesmenettelyn välille, ei jälkimmäistä(kään) nähdä valtiosta irrallisena ratkaisutoimintana. Etenkin tuomioistuimissa osapuolten

198 Jussilainen 2011, s. 44–45.

199 Käännös on kirjoittajan.

kelpoisuutta, välityssopimuksen pätevyyttä ja täytäntöönpanon esteitä tarkastellaan lähtökohtaisesti Kiinan lainsäädännön mukaan, joskin korkeimman kansantuomioistuimen ohjeissa on pyritty ohjaamaan lakien tulkintaa enemmän kansainväliseen *pro-arbitration*-suuntaan. New Yorkin konvention soveltuvuus on rajattu Kiinan ulkopuolella annettuihin välitystuomioihin (*foreign*).

Aineellista riitaa koskeva lainvalinta on yksi CIETACin sääntöuudistuksen kohteista vuonna 2012: artiklassa 47(2) vahvistetaan ensimmäistä kertaa eksplisiittisesti sekä osapuolten tekemän lainvalinnan lähtökohtainen ensisijaisuus että Kiinan pakottavan lainsäädännön syrjäyttävä vaikutus. Oikeustilaan tämä ei tuo suurta muutosta. Osapuolten tahdonautonomiasta kansainvälisissä sopimuksissa säädetään Kiinan kansantasavallan sopimuskansainvälisen lain artiklassa 126, jossa on myös siihen selviä rajoituksia esimerkiksi ulkomaisten yhteisyritysten osalta. CIETACin sääntöjen artiklassa 47(1) luetaan tuomiossa huomioon otettavat ratkaisulähteet. Sen mukaan riidat ratkaistaan ensisijaisesti sopimuksen ja lain mukaan, toissijaisesti huomioon ottaen kansainväliset käytännöt ja kohtuusnäkökohdat.

Kiinalaisena erityispiirteenä voidaan pitää Kiinan kansainvälis-yksitysoikeudellisten lainvalintasääntöjen pakottavuutta välimiesmenettelyssä, mille ei ole selvää perustaa laissa eikä edes uudistetuissa CIETACin säännöissä. Kiinan välimiesmenettelylaissa todetaan vain yksikantaan, että ratkaisussa on otettava huomioon asiaan liittyvät lait.²⁰⁰ Pakottavuus ilmentää perinteistä suhtautumista välimiesmenettelyyn. Instituutit ovat itsenäisiä, mutta ne eivät voi irtautua *lex arbitrin* säännöksistä. Lainvalintaa ohjaavat lakien lisäksi auktoritatiiviset korkeimman kansantuomioistuimen tulkintakananotot.

Välimiesten velvollisuus päätyä valinnassaan aina jonkin valtion lakiin rajoittaa heidän mahdollisuuksiaan soveltaa itsenäisesti *lex mercatoriaa*. Kohtuusnäkökohdat ovat kiinalaisessa perinteessä kuitenkin voimakkaasti esillä, eikä vaatimus ratkaista riita lain perusteella estä Kiinassa välimiesten paikoin voimakkaastikin sovittellevaa roolia.

200 CAL Art. 7.

Lainvalinta hahmotetaan Lew et al.:n mukaan lähtökohtaisesti kolmivaiheisena prosessina (*three-step method*).²⁰¹ Yhteenvetona se olisi hahmotettavissa Kiinassa seuraavasti:

1. Hyväksytäänkö osapuolten tekemä lakiviittaus ensisijaiseksi ratkaisulähteeksi?

Mikäli lakiviittaus on tarpeeksi selvä eikä Kiinan pakottavan lainsäädännön tai yleisen edun vastainen, se hyväksytään.

2. Jos lakiviittausta ei ole tehty, onko välimiesten pakko käyttää lainvalintasääntöjä?

Kiinassa välimiehet eivät voi valita haluamaansa ratkaisulähdettä suoraan: lainvalinta on pakollinen. Lähtökohtaisesti riittää ei voi ratkaista viittaamatta mihinkään lakiin ja sovellettava laki on löydettävä lainvalintasääntöjen osoittamalla tavalla.

3. Jos lainvalinta on pakollinen, mitä lainvalintasääntöjä välimiehet saavat soveltaa?

Kiinalaisessa välimiesmenettelyssä sovelletaan aina Kiinan lainvalintalainsäädäntöä.

Kiinalainen järjestelmä vaikuttaa osapuolten ja välimiesten autonomiaa rajoittavasti, ja Kiinan pakottavan sopimusoikeuden tuntemus sekä lainvalintalausekkeen laadinnan merkitys korostuvat. Toisaalta kiinalaiset lainvalintasäännöt muistuttavat pitkälti eurooppalaisia ja keskeiseksi säännökseksi on valittu lähimmän liittymän periaate – lainvalinta harmonisoituukin kansainvälisesti jopa ilman siihen velvoittavia sopimuksia. Käsitteet voivat kuitenkin saada eri sisällön, kun niitä tulkitaan kiinalaisessa kontekstissa. Lisäksi lainvalinnan merkitystä Kiinassa – kuten muuallakin – rajaavat eri alojen kansainväliset sopimukset, kuten CISG, jotka saavat aina etusijan. Oikeusjärjestelmän erityispiirteiden tuntemus ei kuitenkaan koskaan ole haitaksi, joskin Kiinan syvempi ymmärtäminen vaatii laajempaa tutkimusta.

201 Lew et al. 2003, s. 435–436.

Lyhenteet

BAC	Beijing Arbitration Commission	
CAL	Arbitration Law of the People's Republic of China (31.10.1994)	Kiinan kansantasavallan välimiesmenettelylaki*
CCL	Contract Law of the People's Republic of China (15.3.1999)	Kiinan kansantasavallan sopimuslaki*
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission	
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (11.4.1980)	Yleissopimus kansainvälistä tavarankauppa koskevista sopimuksista
CMAC	China Maritime Arbitration Commission	
CPL	Civil Procedure Law of the People's Republic of China (9.4.1991)	Kiinan kansantasavallan siviiliprosessilaki*
FECL	Foreign Economic Contract Law (1.7.1985)	
GPCL	General Principles on Civil Law (12.5.1986)	Kiinan kansantasavallan yleiset siviilioikeudelliset periaatteet*
ICC	International Chamber of Commerce	Kansainvälinen kauppakamari
LAC	Local Arbitration Commission	Yleistermi paikallisille välitysinstituuteille Kiinassa
LAL	Law on the Application of Law for Foreign-Related Civil Legal Relationships of the People's Republic of China (1.4.2011)	Kiinan kansantasavallan lainvalintalaki
NPC	National People's Congress	Kiinan kansankongressi
PRC	People's Republic of China	Kiinan kansantasavalta
SPC	Supreme People's Court	Korkein kansantuomioistuin*
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law	
UNIDROIT	The International Institute for the Unification of Private Law	
WTO	World Trade Organization	

Lyhenteet vaihtelevat eri lähteissä. Esimerkiksi CAL esiintyy myös muodossa AL (esimerkiksi Gu 2011).

*Suomennotokset ovat Samuli Seppänen (Seppänen 2005b). Tekstissä käytetään myös lyhyempiä muotoja Kiinan sopimuslaki, Kiinan lainvalintalaki jne.

Lähteet

Kirjallisuus

Bernstein, Ronald –Tackaberry, John –Marriott, Arthur L. –Wood, Derek: Handbook of Arbitration Practice. Sweet & Maxwell. London 1998. (Bernstein et al. 1998)

Cao, Lijun: CIETAC as a Forum for Resolving Business Disputes. Policy Brief 5. Rule of Law in China Publications. The Foundation for Law, Justice and Society 2007. Saatavilla osoitteesta: www.fljs.org (Cao 2007)

Castellucci, Ignazio: Reflections on the Legal Features of the Socialist Market Economy in China. *Frontiers of Law in China* 6(3) 2011, s. 343–368. (Castellucci 2011)

Chen, Jianfu: Chinese Law: Context and Transformation. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden 2008. (Chen 2008)

Chen, Li: The New Progress in Chinese Arbitration Law. *Frontiers of Law in China* 6(3) 2011, s. 447–458. (Chen 2011)

Chi, Manjiao: ”The Iceberg Beneath the Water”: The Hidden Discrimination against the Lex Mercatoria in Chinese Arbitration. *Journal of Private International Law* 7(2) 2011, s. 341–359. Saatavilla osoitteesta: <http://ssrn.com/abstract=1911026> (Chi 2011)

Chi, Manjiao: Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly: Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law. *Asian International Arbitration Journal* 4(1) 2008, s. 104–120. (Chi 2008)

Dickson, Bruce J.: Red Capitalists in China: the Party, Private Entrepreneurs, and Prospects for Change. Cambridge University Press 2003. (Dickson 2003)

Fan, Kun: Prospects of Foreign Arbitration Institutions Administering Arbitration in China. *Journal of International Arbitration* 28(4) 2011, s. 343–353. (Fan 2011)

Gu, Weixia: China’s arbitration: restricted reform. In Yu Guanghua (ed.): *The Development of the Chinese Legal System. Change and challenges*, s. 272–291. Routledge. London 2011. (Gu 2011)

Han, Ping: Challenging Arbitral Awards: A Comparative Study of Chinese Law, British Law and UNCITRAL Model Law. *Frontiers of Law in China* 6(3) 2011, s. 418–446. (Han 2011)

He, Qisheng: China’s Private International Law (1978–2008). *Frontiers of Law in China* 5(2) 2009, s. 188–214. (He 2009)

Ho, Toby: Private Entrepreneurs in China: Social Entrepreneurs or Social Menaces? *Chinese Public Administration Review* 3(1–2) 2005, s. 14–23. (Ho 2005)

Holbig, Heike: The Party and Private Entrepreneurs in the PRC. *Copenhagen Journal of Asian Studies* 16, 2002, s. 30–56. (Holbig 2002)

Huang Jie: Interregional Recognition and Enforcement of Civil and Commercial Judgments: Lessons for China from US and EU Laws. *Journal of Private International Law* 6(1) 2010, s. 109–154. (Huang 2010)

Hwang, Cathy: Toward Convergence?: CIETAC's History, Reforms, and Future Direction. *Julkaisematon* 2011. Saatavilla osoitteesta: http://works.bepress.com/cathy_hwang/1 (Hwang 2011)

Håkansson, Cecilia: *Commercial Arbitration under Chinese Law*. Iustus Förlag. Uppsala 1999. (Håkansson 1999)

Inkeroinen, Pekka: Kansainvälinen välimiesmenettely erityistapauksena. Teoksessa Turunen, Santtu (toim.): *Välimiesmenettely lainkäyttönä ja lainkäytössä*, s. 77–105. University of Helsinki Conflict Management Institutun julkaisuja. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007. (Inkeroinen 2007)

Jussilainen, Linda: Välistuomioiden täytäntöönpano Suomessa ja Kiinassa. Pro gradu. Helsingin yliopisto 2011. (Jussilainen 2011)

Kettunen, Erja – Lintunen, Jyri – Lu, Wei – Kosonen, Riitta: Suomalaisyriyten strategiat Kiinan muuttuvassa toimintaympäristössä. Helsingin kauppakorkeakoulun julkaisuja B-98. Helsinki 2008. (Kettunen et al. 2008)

Koulu, Risto: Välytyssojimus välimiesmenettelyn perustana. University of Helsinki Conflict Management Institutun julkaisuja. Edita Publishing Oy. Helsinki 2008. (Koulu 2008)

Lew, Julian D.M. – Mistelis, Loukas A. – Kröll, Stefan M.: *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International 2003. (Lew et al. 2003)

Nojonen, Matti: Kiinan talousuudistukset ja uudet haasteet. Teoksessa Asikainen, Raisa – Vuori, Juha (toim.): *Kiinan yhteiskunta muutoksessa*, s. 27–51. Gaudeamus. Helsinki 2005. (Nojonen 2005)

Peerenboom, Randall – He, Xin: Dispute Resolution in China: Patterns, Causes and Prognosis. *East Asian Law Review* 4(1) 2009, s. 1–61. (Peerenboom – He 2009)

Peerenboom, Randall: *China Modernizes: Threat to the West or Model for the Rest?* Oxford University Press 2007. (Peerenboom 2007)

Peerenboom, Randall: *China's Long March toward Rule of Law*. Cambridge University Press 2002. (Peerenboom 2002)

Peerenboom, Randall: Seek Truth from Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC. *American Journal of Comparative Law* 49, 2001, s. 249–327. (Peerenboom 2001)

Peng, Xianwei: Validity of the "Beijing Arbitration" Clause. *Journal of International Arbitration* 28(1) 2011, s. 15–20. (Peng 2011)

Potter, Pitman B.: The Legal Implications of China's Accession to the WTO. *The China Quarterly*, Issue 167 – Sept. 2001, 592–609. (Potter 2001)

Qin, Charles – Mei, Michael – Liu, Amanda: An Overview of the New CIETAC Arbitration Rules. *Links Banking Law Bulletin* March 2012. Saatavilla osoitteesta: www.linksbanking.com/shangchuan/201235143218.pdf (Qin et al. 2012)

Qin Ruiting: Thoughts on the Theories and Practice of Chinese Private International Law. *Frontiers of Law in China* 5(4) 2010, s. 600–625. (Qin 2010)

- Reimann, Mathias: Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century. *Virginia Journal of International Law* 39(3) 1999, s. 571–605. (Reimann 1999)
- Ruskola, Teemu: Legal Orientalism. *Michigan Law Review* 101(1) 2002, s. 179–234. (Ruskola 2002)
- Rytsölä, Tuomas: Riitojen ratkaisumenettely Kiinan kansantasavallan ulkomaankaupassa. Pro gradu. Helsingin yliopisto 1987. (Rytsölä 1987)
- Saarikivi, Aapo: Lex causae in International Arbitration. University of Helsinki Conflict Management Institututen julkaisu. Helsinki 2008. (Saarikivi 2008)
- Seppänen, Samuli: Commercial Disputes and Their Resolution in the People's Republic of China. The Erik Castrén Institute Research Report 14/2005. Helsinki 2005. (Seppänen 2005a)
- Seppänen, Samuli: Epävarmuus ja ennakoarvostelmat: esimerkkejä yritystoiminnan oikeudellisista riskeistä Kiinan kansantasavallassa. *Lakimies* 2005/4, s. 583–603. (Seppänen 2005b)
- Seppänen, Samuli: Narcissistic Law: Legal Fictions and the Law of the People's Republic of China. *Finnish Yearbook of International Law Volume XV* 2004, s. 83–110. (Seppänen 2004)
- Shi, Jichun: How Chinese enterprises live in freedom, competition under the rule of law – on the current changes of Corporate Law and Competition Law in China. *Frontiers of Law in China* 2(2) 2007, 224–254. (Shi 2007)
- Tao, Jingzhou: *Arbitration Law and Practice in China. Second Edition.* Kluwer Law International 2008. (Tao 2008)
- The Economist: Entrepreneurship in China: Let a million flowers bloom. 10.3.2011. Saatavilla osoitteesta: www.economist.com/node/18330120 (The Economist 10.3.2011)
- Tu, Guangjian: The 2007 Interpretation of the Supreme Court of China on Contractual Choice of Law: Comments and Analysis. *Frontiers of Law in China* 6(4) 2011, s. 670–687. (Tu 2011)
- Tu, Guangjian – Xu, Muchi: Contractual Conflicts in the People's Republic of China: The Applicable Law in the Absence of Choice. *Journal of Private International Law* 7(1) 2011, s. 179–202. (Tu 2011)
- Vincent, Andrew: Marx and Law. *Journal of Law and Society* 20(4) 1993, s. 371–397. (Vincent 1993)
- Von Senger, Harro – Xu, Guojian: *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksebklik China.* Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich 1994. (Von Senger – Xu 1994)
- Wan, Exiang – Yu, Xifu: Latest evolution in the judicial intendance mechanism over arbitration in China – Comment and analysis on the Interpretation of the Supreme Court concerning Some Issues on the Application of the Arbitration Law of China. *Frontiers of Law in China* 3(2) 2008, s. 181–197. (Wan – Yu 2008)

Wang, Jianguy: *Company Law in China* (forthcoming). Preliminary Draft 2008. Saatavilla osoitteesta: <http://ssrn.com/abstract=1222061> (Wang 2008)

Wang, Marcus: *Dancing with the Dragon: What U.S. Parties Should Know About Chinese Law When Drafting a Contractual Dispute Resolution Clause*. *Northwestern Journal of International Law & Business* 29, 2009, s. 309–334.

Yang, Fan: *The Application of the CISG in the Current PRC Law and CIETAC Arbitration Practice*. *Nordic Journal of Commercial Law* 2006/2, s. 1–28.

Yu, Shuhong – Xiao, Yongping – Wang, Baoshi: *The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China*. *Chinese Journal of International Law* 8(2) 2009, s. 423–439. (Yu 2009)

Zhang, Mo: *From Public to Private: The Newly Enacted Chinese Property Law and the Protection of Property Rights in China*. *Berkeley Bus* 5 2008. Saatavilla osoitteesta: <http://ssrn.com/abstract=1084363> (Zhang 2008)

Zhang, Mo (2006): *Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*. 26(2) *Northwestern Journal of International Law & Business* 289–334. (Zhang 2006a)

Zhang, Mo: *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*. *Emory International Law Review* 20, 2006, s. 511–562. (Zhang 2006b)

Zhao, Xiuwen: *On the legal place of arbitration and its determination*. *Frontiers of Law in China* 2(4) 2007, s. 634–646.

Zhao, Xiuwen – Kloppenberg, Lisa A.: *Reforming Chinese arbitration law and practices in the global economy*. *Frontiers of Law in China* 1(3) 2006, s. 393–422.

Zheng Hongliang – Yang Yang (2009): *Chinese Private Sector Development in the Past 30 Years: Retrospect and Prospect*. Discussion Paper 45. The University of Nottingham, China Policy Institute.

Zhou Wen: *The Latest Development in CIETAC Arbitration*. Conference paper 2009. Saatavilla osoitteesta: www.ilsac.gov.au/www/ilsac/ilsac.nsf/Page/InternationalLegalCooperation_Australia-ChinaLegalProfessionDevelopmentProgram_ACLPDProgram2009_ACLPDProgram2009

Virallislähteet, säännöt ja mallit

China International Economic and Trade Arbitration Commission CIETAC Arbitration Rules. Revised and adopted by the China Council for the Promotion of International Trade/China Chamber of International Commerce on February 3, 2012. Effective as of May 1, 2012. (CIETACin uudet säännöt 2012)

China International Economic and Trade Arbitration Commission CIETAC Arbitration Rules. Revised and Adopted by the China Council for the Promotion of International Trade/China Chamber of International Commerce on January 11, 2005. Effective as from May 1, 2005. (CIETACin vanhat säännöt 2005)

International Chamber of Commerce: *Arbitration and ADR Rules* (2012). (ICC:n uudet säännöt)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006. (UNCITRAL mallilaki)

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10.6.1958. (New Yorkin konventio)

On Arguments For and Against Criminalizing Preparation for Crime

Keywords: criminal law, preparation for crime, criminalization

Pekka Pöyhönen

English Abstract

Conversation on whether preparing a severe crime, such as murder or robbery, should be criminalized has risen during the past years. This is mainly due to the school shootings in Jokela in 2007 and Kauhajoki in 2008, as well as the attempted robbery on an armored car in Lieto in 2007. Traditionally, the Finnish legislator has refrained from criminalizing acts of preparation, only quite exceptionally reaching the boundaries of punishability to conduct prior to attempt. The Government Programme of Prime Minister Jyrki Katainen's government, however, does include an objective of criminalizing the preparation for severest crimes. In this context, a body of experts set by the Ministry of Justice late 2011, gave their suggestion for the Government Proposal on the matter on the 29th of March 2012. The suggestion proposes criminalizing preparation for homicide, aggravated assault, aggravated robbery and hostage taking.

This article aims to provide an idea of how the Criminal Law in Finland currently reacts to the different chronological stages in the process of committing a crime. I first enlighten problems typical to locating the interfaces between these stages, focusing especially on the problem of determining the starting point of criminal preparation. To further clarify the subject in question, I give a brief description on how preparation for criminal conduct is criminalized in Sweden, Norway and Denmark, all of which differ from one another regarding how the issue has been legislated.

*I carry on by contemplating on different angles of reasoning presented in favor of such criminalizations and outline the general criteria for any new criminalization in Finland, as well as their relation to the specific subject of the article. Emphasis is given to the *nulla poena sine lege* principle. In the spirit of the principle of *ultima ratio*, I present some possible alternatives to new criminalizations.*

The conclusion is that there indeed appears to be a call for criminalizing some acts of preparation. However, it is also evident that various challenges arise from implementing a somewhat novel institution into the Finnish system of criminal law. The legislator must take these challenges carefully into account.

Full Article in Finnish

Rikoksen valmistelun kriminalisoimisen perusteluista ja ongelmista

Asiasanat: rikosoikeus, rikoksen valmistelu, kriminalisointi

1 Johdanto

Rikoksen valmistelu on Suomen rikosoikeudessa perinteisesti katsottu rankaisemattomaksi – rangaistusvastuu on vain poikkeuksellisesti ulotettu katamaan suoranainen rikoksen valmistelu. Valmistelun rankaisemattomuus ei luonnollisestikaan ole rikoslakiin epähuomiossa jäänyt porsaanreikä. Lainsäätäjä on tietoisesti ottanut kielteisen kannan valmistelun ja suunnittelun kriminalisointiin. Esimerkiksi rikoslain yleisen osan uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä (HE 44/2002 vp) todetaan yksinkertaisesti suuremmitta perusteluitta valmistelukriminalisoinnin soveltamiseen liittyvän ”vaikeita näyttöongelmia sekä oikeusturvariskejä”.¹

Sittemmin kysymys rikoksen valmistelun kriminalisoimisen tarpeesta on noussut esiin yleisessäkin keskustelussa Jokelan (v. 2007) ja Kauhajoen (v. 2008) koulusurmien sekä erityisen suunnitelmallisten ryöstöjen, eritoten Liedon rahakuljetusryöstön (v. 2007) vuoksi. Jokelan koulusurmien tutkintalautakunta antoi raportissaan muiden toimenpidesuosituksen ohessa oikeusministeriölle suosituksen selvittää henkirikoksen valmistelun säätämistä rikoslaissa rangaistavaksi teoksi.²

1 HE 44/2002, s. 132–133.

2 OMJU 2009:2, s. 124.

Vaikka suomalainen lainsäätäjät on ollut pidättyväinen yksinomaan valmistelutyyppeistä tekoja koskeviin rangaistussäännöksiin, on kansainvälisten velvoitteiden ja EU:n puitepäättösten voimaansaattaminen edellyttänyt tiettyjä valmistelukriminalisointeja. Tämä kontrasti näyttää johtaneen tilanteeseen, jossa valmisteluksi katsottavien tekojen rangaistavuus on pistemäistä ja epä johdonmukaista,³ mikä osaltaan lisää painetta valmistelutyyppeiden tekojen laajempaan yhtenäisempään kriminalisointiin. Kataisen hallitusohjelmaan onkin kirjattu yhtenä kriminaalipoliittisista toimista vakavimpien rikosten valmistelun kriminalisointi.⁴ Oikeusministeriö asetti syksyllä 2011 työryhmän laatimaan luonnoksen hallituksen esitykseksi aiheesta. Työryhmä luovutti kolme valmistelukriminalisointipykälää sisältävän ehdotuksen oikeusministerille 29.3.2012.⁵ Mitä ongelmia lainsäätäjän on ratkaistava ulottaessaan rikosoikeudellisen vastuun alkupistettä ajallisesti yritysastetta aikaisempiin toimiin? Olisiko kriminalisoinneille kuitenkin olemassa yhtälailla toimivia vaihtoehtoja?

2 Rikoksentekoprosessin eri vaiheiden rangaistavuus Suomessa

2.1 Täytetty teko ja yritys

Rikoksentekoprosessi jaetaan vakiintuneesti neljään osavaiheeseen: suunnitteluun, valmisteluun, yritykseen ja täytettyyn tekoon. Koska artikkeli käsittelee rikoksen valmistelun kriminalisoimisen laajentamista, on luontevaa aloittaa tarkastelemalla valmistelun ja ohessa muidenkin rikoksentekoprosessin vaiheiden sääntelyn nykytilaa Suomessa. Esitys etenee ajallisesti takaperin alkaen täytetystä teosta edeten kohti suunnittelua.

Rikoslain (39/1889, RL) systematiikassa rikostunnusmerkistö koskee pääsäännön mukaan täytettyä tekoa. Rikostunnusmerkistö on lähtökohtaisesti

3 Tiedote 23.11.2007: Lakivaliokunta haluaa varmistaa rikoslainsäädännön johdonmukaisuuden – www.eduskunta.fi (Valiokunnat -> Lakivaliokunta -> Tiedotteet -> Kaikki tiedotteet -> 2007), viitattu 29.9.2011.

4 Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen ohjelma, s. 27.

5 Uutinen 29.3.2012: Ehdotus eräiden vakavimpien rikosten kriminalisoinnista valmistui – www.om.fi (Uutiset -> Uutisarkisto -> Uutiset 2012), viitattu 3.5.2011.

itsenäinen ja sitä koskee tunnusmerkistökohtainen rangaistusasteikko.⁶ Sen sijaan rikoksen yritystä koskevat perussäännökset ovat rikoslain 5 luvun 1 ja 2 §:ssä. Yrityksen rangaistavuus koskee vain tahallista rikosta, jonka yritys on rikosta koskevassa säännöksessä säädetty rangaistavaksi. Sääntelyteknisesti yrityksen rangaistavuus on rikoslaissa tyypillisimmin toteutettu säätämällä rikostunnusmerkistön yhteyteen oma yritystä koskeva momenttinsa: ”Yritys on rangaistava.” Yritys on yleinen rangaistusasteikon lieventämisperuste (RL 5:1 3 kohta ja 6:8.1 2 kohta). Näin ollen pääsäännön mukaan rangaistavan yrityksen asteelle jääneestä rikoksesta voidaan tuomita korkeintaan kolmeen neljäsosaan rikoksesta säädetystä maksimirangaistuksesta (RL 6.8.2). Poikkeuksen tästä pääsäännöstä muodostavat niin sanotut yritysrikokset, jotka noudattavat yrityksen osalta integroitua kriminalisointitapaa.⁷ Näissä tunnusmerkistöissä yritys rinnastetaan täytettyyn rikokseen.

2.2 Valmistelu ja suunnittelu

Siinä missä rikoksen yrityksen rangaistavuus on toteutettu ensi sijassa RL 5 luvun yleissäännöksiin, perustuu rikoksen valmistelun rangaistavuus Suomessa yksinomaan itsenäisiin, päär rikosta (jos sellainen ylipäättään on osoitettavissa) ja yritystä koskevista säännöksistä riippumattomiin valmistelutunnusmerkistöihin. Valmistelurikoksen tunnusmerkistöön liittyy myös aina oma, itsenäinen rangaistusasteikkonsa, joka ei näin ollen ole riippuvainen päär rikoksen mukaisesta rangaistusasteikosta.

Valmistelukriminalisoinnit voidaan luontevasti jaotella kahteen luokkaan: muodollisiin valmistelukriminalisointeihin ja materiaalsiin valmistelu-

6 Merkittävä, joskin lähinnä esitystekninen poikkeus tunnusmerkistön itsenäisyydestä ovat lainkohdat, joissa kvalifioitua ja privilegioitua tekemuotoa koskevan säännöksen tunnusmerkistö rakentuu ”perusmuotoisen” tunnusmerkistön varaan – esimerkiksi tappo ja pahoinpitely lievine ja törkeine tekemuotoineen.

7 Frände 2007, s. 250.

kriminalisointeihin.⁸ Muodollisiin valmistelukriminalisointeihin luetaan tällöin tunnusmerkitöt, joissa nimenomaisesti kriminalisoidaan toisen rikoksen valmistelu.⁹ Esimerkkeinä Suomen rikoslain tällaisista tunnusmerkitöistä mainittakoon huumausainerikoksen valmistelu (RL 50:3), salahanke törkeän rahanpesurikoksen tekemiseksi (RL 32:8), järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistuminen (RL 17:1 a) ja terrorismin rahoittaminen (RL 43 a:5). Muodollisen valmistelukriminalisointien tunnusmerkitöön sisältyy valmistelutahallisuus – tekijä toimii tarkoituksessa joko tehdä myöhemmin jokin rikos tai edistää tuota rikosta.¹⁰ Varsinaiset valmistelua koskevat rangaistussäännökset käsittävät Suomessa ensisijaisesti vakavimpia rikoksia, minkä lisäksi valmistelun rangaistavuus liittyy monessa tapauksessa valtion infrastruktuurin suojaamiseen. Suomea koskevat kansainväliset sopimusvelvoitteet ovat myös osaltaan vaikuttaneet valmistelun tyyppisten tekojen saattamiseen rangaistukseen alle.¹¹ Käsillä olevassa artikkelissa valmistelukriminalisoinneilla tarkoitetaan lähtökohtaisesti juuri muodollisia valmistelukriminalisointeja.

Valmistelutunnusmerkistölle voidaan antaa myös laajempi merkitys. Tällöin valmistelukriminalisointien alaan luetaan myös materiaaliset valmistelukriminalisoinnit.¹² Näissä tunnusmerkitöissä tekijältä ei vaadita valmistelutarkoitusta. Kriminalisoitua tekoa ajatellaan voitavan yleisesti pitää valmistelutekona jonkin muun rikoksen suorittamiseksi. Tyypillisesti materiaalisessa valmistelutunnusmerkitössä on rikolliseksi säädetty tietyn esineen hallussapito riippumatta siitä, onko tekijä ryhtynyt käyttämään esinettä rikolliseen toimintaan tai onko hänellä ollut tarkoitustakaan moiseen. Materiaalisia

8 Husabø 1999, *passim*. Tämä jaottelu näyttyy loogisena pohjoismaisen rikosoikeuden systematiikan näkökulmasta. Muutkin jaottelut ovat mahdollisia. Andrew Ashworth ja Douglas Husak tekevät anglo-amerikkalaisesta systematiikasta lähtevän jaottelun täytettyihin (consume) ja täyttymättömiin (nonconsume) rikoksiin. Ashworth jakaa täyttymättömät rikokset edelleen rikoslain yleisen osan epäitsenäisiin kriminalisointeihin (kehittymättömät rikokset, inchoate crimes) ja erityisen osan itsenäisiin rikosnimikkeisiin, joihin hän lukee myös vaarantamisrikokset. Ashworth 2011, s. 126–129; Husak 2010, s. 117, 124–125. Tässä jaottelussa materiaalisiksi katsottavat kriminalisoinnit näyttäisivät sisältyvän poikkeuksetta kehittymättömien rikosten ryhmään, mutta muodollisia kriminalisointeja voi löytyä mistä vain alaryhmästä. Jaottelulla ei näin ollen ole Suomen rikoslain näkökulmasta valmistelukriminalisointien systematiointia palvelevaa arvoa.

9 Husabø 1999, s. 314.

10 Sirén 2006, s. 25–26.

11 Esimerkiksi OMSO 12/2011, s. 14.

12 Muodolliset valmistelukriminalisoinnit sisältyvät materiaalisten valmistelukriminalisointien joukkoon. Näin myös Husabø 1999, s. 315.

valmistelukriminalisointeja voidaan näin ollen pitää tietyinlaisina välittäjärikkoksina¹³: teko on kriminalisoitu välittäjänä menneistä teoista, joita ei voida todistaa, tai toisaalta tulevista rikoksista, joiden valmistelua ei ole säädetty rikolliseksi.¹⁴

Erling Johannes Husabø huomauttaa nimenomaan materiaalisen näkökulman olevan lainsäätäjälle erityisen tärkeä rikosoikeuden tehokkaalle toteutukselle. Jotta rikosoikeus voi tehokkaasti suojata yksityisiä ja julkisia oikeushyviä niihin kohdistuvilta loukkauksilta, on monessa tilanteessa tarpeen säätää rangaistavaksi tekoja, jotka edeltävät varsinaista materiaalista loukkausta.¹⁵ Esitetty kanta materiaalisten valmistelukriminalisointien erityisestä tärkeydestä ei nähdäkseni erityisen selvästi perustele juuri materiaalisen näkökulman tärkeyttä, vaan enemmänkin valmistelukriminalisointien tärkeyttä yleensä. Tämä selittynee parhaiten tulkitsemalla hänen tarkoittaneen siirtää huomiota pois päin yksinomaan muodollisista tunnusmerkistöistä: muodolliset valmistelukriminalisoinnit eivät luonteestaan huolimatta ole kategorisesti materiaalisia tunnusmerkistöjä toimivampia. Husabø toteaa kuitenkin, että valinta muodollisen ja materiaalisen kriminalisoinnin (tai näiden yhdistelmän) välillä on kullakin säännöksellä suojattavaan oikeushyvään suhteutettava kriminaalipoliittinen ja lakitekkinen päätös.¹⁶

Rikoksen valmisteluun voi kuulua käytännössä minkälaista kuviteltavissa olevaa toimintaa tahansa. Näin ollen myös materiaalisten valmistelukriminalisointien alaan voi näkökulmasta ja rajaustavasta riippuen lukea melkoisen määrän tunnusmerkistöjä. Etenkin monen vaarantamisrikoksen voidaan varsin herkästi ajatella olevan vaarannettavan oikeushyvän loukkauksen valmistelua. On kuitenkin tarkoituksenmukaista tehdä rajaus vaarantamisrikosten osalta varsin tiukaksi. Useimmiten vaarantamisrikoksissa on nimittäin kriminalisoitu nimenomaan objektiivisen vaaran aiheuttaminen riippumatta siitä, kattaako tekijän tahallisuus vaaran mahdollisen realisoidumisen.¹⁷

13 Andrew Ashworth Michael Moorea mukaillen: ”proxy crimes”. Ashworth 2011, s. 128.

14 *ibid.*

15 Husabø 1999, s. 315–316.

16 *ibid.*, s. 315–316.

17 *ibid.*, s. 316.

Materiaalisesta näkökulmasta tarkasteltuna Suomen lainsäädäntöön sisältyy valtava määrä valmistelukriminalisointeja. On helppoa löytää yhteys esimerkiksi väärennysrikosten (RL 33 luku) ja petoksen (RL 36:1) välillä. Varsin kattavasti on kriminalisoitu myös tyypillisten rikoksentekovälineiden hallussapito, joka luonteensa vuoksi lienee tyypillisimpiä ja helpoiten perusteltavissa olevia materiaalisien valmistelukriminalisoinnin muotoja. Järjestyslain 9–13 §:ssä säädetään muun muassa vaarallisten esineiden, toisen vahingoittamiseen soveltuvien esineiden ja aineiden, ilma-aseiden sekä töhrimiseen soveltuvien aineiden hallussapidon, maahantuonnin ja luovuttamisen rajoituksista. Rangaistuksista säädetään rikoslain 41 luvussa. Korkein näihin säännöksiin sisältyvä rangaistusuhka on kahden vuoden vankeus. Rikoslain 41 luvun 1–3 § käsittelevät ampuma-aserikosta lievine ja törkeine tekemuotoineen. Rikoksen valmistelun näkökulmasta olennaisia ampuma-aserikoksen tunnusmerkistön täyttäviä tekoja ovat ampumaselain vastainen maahantuonti, maastavienti, kauttakuljetus, hallussapito, lainaaminen, valmistus, kouluttaminen ja merkinnän tai tunnistenumeron väärentäminen, poistaminen tai muuttaminen.

Mielenkiintoinen säännös, joka näyttää putoavan valmistelukriminalisointien luokittelujen väliin (”yhdistelmä”¹⁸), on RL 28:12 a, joka koskee murtovälineen hallussapitoa. Lainkohdan mukaan tuomitaan se, ”joka ilman hyväksyttävää syytä pitää hallussaan avainta toisen lukkoon taikka tiirikkaa tai muuta välinettä, jota voidaan perustellusti epäillä pääasiassa käytettävän tunkeutumiseen toisen hallinnassa olevaan suljettuun tilaan rikoksen tekemistä varten”. Vaikka säännös sanamuotonsa vuoksi *prima facie* vaikuttaa valmistelukriminalisointina materiaaliselta, on sillä nähdäkseni varsin vahva muodollinen luonne. Yksinomaan esineen hallussapito ei nimittäin säännöksen otsikosta huolimatta ole rikollista, vaan hallussapidon luonteen pitää antaa perusteltu aihe epäilykseen, että murtovälinettä todellisuudessa käytetään kuvatonlaiseen luvattomaan tunkeutumiseen. Esimerkiksi ampuma-aserikoksen tunnusmerkistö (RL 41:1) ei edellytä sen kattamilta moninlaisilta toimilta minkäänlaista muuhun rikollisuuteen tähtäävää tarkoituserää. On kylläkin huomautettava, että tiirikan hallussapito jo sinänsä viittaa vahvasti tunnusmerkistön mukaiseen aikomukseen.¹⁹

18 *ibid.*, s. 316.

19 Lappi-Seppälä 2009, s. 751.

Rikoslain yleisen osan uudistuksen esitöissä todetaan: ”Eräissä oikeusjärjestelmissä pelkkä suunnitelman laatiminen, salaliitto, tietyn vakavan rikoksen toteuttamiseksi on saatettu säätää rangaistavaksi. Tällaisen kriminalisoinnin soveltamiseen liittyy vaikeita näyttöongelmia sekä oikeusturvariskejä. Suomen rikoslain mukaan suunnittelu ei ole rangaistavaa, eikä lakimme tunne myöskään yleistä salaliittotyypistä kriminalisointia.”²⁰ Kuitenkin varsin lähelle suunnittelun kriminalisoimista esitöiden tarkoittamalla tavalla päästään kahdessa rikoslakiin sisältyvässä salahankekriminalisoinnissa. Rikoslain 32 luvun 8 §:ssä on kriminalisoitu salahanke törkeän rahanpesun tekemiseksi. Kriminalisointi on tehty niin sanotun yhteisöpetossopimuksen²¹ edellyttämänä.²² Se koskee yksinomaan yhteisöpetossopimuksessa tarkoitettuja rahanpesun esirikoksia, ei suinkaan kaikenlaista rikoslain tuntemaa törkeää rahanpesua.

Toinen salahankekrimalisointi on rikoslain 45 luvun 24 §:ssä rangaistavaksi säädetty salahanke vaarallisen sotilasrikoksen tekemiseksi. Huomattavaa on, että molemmissa tapauksissa teko täyttyy jo sopimuksen tekemisellä tarkoituksena toteuttaa lopulta tunnusmerkistössä mainittu päärikos – mitään muunlaisia valmistelutoimia eivät tunnusmerkistöt edellytä.

2.3 Rajankäyntiä: suunnittelu, valmistelu ja yritys

Suomen rikosoikeudessa keskeisiä rikosentekoprosessin osavaiheiden rajapintoja ovat perinteisesti olleet valmistelun ja yrityksen välinen raja, josta on käytetty yksinkertaisesti yrityksen alkupisteen käsitettä, sekä raja yrityksen ja täytetyn teon välillä. Yleensä ei aiheuta vaikeuksia todeta, onko jokin teko edennyt yritysastetta pidemmälle. Ongelmaksi muodostuu, kattaako tekijän tahallisuus yrityksen asteelle jääneeksi katsotun pääteon, vai onko tekijä syyllistynyt kokonaan muuhun, yleensä lievempään rikokseen. Tällainen subordinaatiokysymys aktualisoituu esimerkiksi arvioitaessa, onko teko törkeä pahoinpitely vai tapon yritys. Rajapinta on siis kylläkin problemaattinen, mutta esiin nousevat kysymykset ovat luonteeltaan erilaisia kuin yrityksen ja valmistelun rajapinnassa. Eroavaisuus selittyy sillä, että yrityksen ja täy-

20 HE 44/2002, s. 132.

21 Euroopan yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamista koskevaan yleissopimukseen liittyvä toinen pöytäkirja, EYVL N:o C 221, 19.7.1997

22 HE 53/2002, s. 4.

tetytyn teon välisen rajan paikantamisessa lähtökohtana on rikoksen tunnusmerkistö. Yrityksen ja täytetyn teon välinen raja voidaan näin määritellä epäsuorasti: yritys on käsillä, kun tunnusmerkistöä jää jotakin olennaista täyttymättä.²³

Rikoslaisamme yrityksen yleinen tunnusmerkistö on muotoiltu 5 luvun 1 §:n 2 momentissa: ”Teko on edennyt rikoksen yritykseksi, kun tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen ja saanut aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä. Rikoksen yritys on kysymyksessä silloinkin, kun sellaista vaaraa ei aiheudu, jos vaaran syntymättä jääminen on johtunut vain satunnaisista syistä.” Yritys voidaan siis formuloida alku- ja loppupisteiden määritelmät yhdistäen esimerkiksi teoksi, jolla tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen ja saanut aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä kuitenkin siten, että tunnusmerkistöä on jotakin olennaista täyttymättä.

Rikoksen valmistelun kriminalisointia käsittelevässä kirjoituksessa huomio suuntautuu luonnollisesti eritoten valmistelun alku- ja loppupisteeseen. Toisin sanoen kysymykseksi muotoutuu: missä vaiheessa suunnittelusta siirtytään valmisteluun ja edelleen valmistelusta yritykseen? Valmistelun loppupiste on käsillä samalla hetkellä yrityksen alkamisen kanssa. Näin ollen, samoin kuin yrityksen loppupiste löydetään tunnusmerkistön avulla negatiivisesti määrittelemällä, valmistelutoimeksi voidaan määritellä teko, joka tehdään tarkoituksessa tehdä rikos ilman, että kyseessä on vielä tuon rikoksen rangaistava yritys.²⁴

Määrittely vastaa tyydyttävästi kysymykseen valmistelun päättymishetkestä. Jäljelle jää kuitenkin kysymys suunnittelun ja valmistelun välisestä rajasta – valmistelun alkupisteestä. Rikoslain yleisen osan uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä valmistelu määritellään subjektiivisessa suhteessa rikokseen tähtääväksi toiminnaksi, jolla luodaan edellytyksiä rikoksen myöhemmälle toteuttamiselle.²⁵ Abstraktilla tavalla yleisen valmistelun alarajan määritelmän formuloiminen sen sijaan vaikuttaa työläältä ja epätäsmälli-

23 HE 44/2002, s. 132.

24 Leijonhufvud – Wennberg 2001, s. 114: ”Ett för den straffrättsliga bedömningen avgörande steg tar en person, när han lämnar planeringshandlingarna och tar det första steget in på verkställandehandlingarnas område, försöksområdet.”

25 HE 44/2002, s. 132.

seltä. Sille ei myöskään liene käytännön tarvetta ottaen huomioon, ettei valmistelukriminalisoinneista keskusteltaessa tavoite ole saattaa kaikkien rikosten valmistelua rangaistusuhan alle, vaan huomio kohdistuu pääsääntöisesti vain pieneen määrään vakavimpia rikoksia. Pohjoismaisittain ainoan valmistelua koskevan yleissäännöksen sisältävässä Ruotsin brottsbalkissakin (1962:700, myöh. BrB) valmistelun alkupiste on abstraktisen määrittelemisen sijaan kytketty tiettyihin konkreettisiin toimiin (BrB 23:2)²⁶.

2.4 Valmistelukriminalisointien käytännön toteutuksesta

Päärikoksen valmisteluksi luettavien tekojen kriminalisoimiselle on lukuisia käytännön toteuttamistapoja. Kriminalisointi voidaan toteuttaa rikoslain yleisen osan säännöksenä tavalla, joka muistuttaa oman rikoslakimme yritystä koskevaa kriminalisointia. Kuten todettu, Ruotsin brottsbalkissa on omaksuttu tämä sääntelykeino. BrB tuntee kaksi valmistelun muotoa: valmistelun (*förberedelse*) ja salahankkeen (*stämpling*). BrB 23:1:ssä säädetään yrityksen yleisestä tunnusmerkistöstä ja BrB 23:2:ssa vastaavasti valmistelun ja salahankkeen yleisestä tunnusmerkistöstä. Valmistelu ja salahanke ovat rangaistavia vain, jos kyseisen rikoksen tunnusmerkistössä on niin erikseen säädetty. Edellä on tuotu esiin Suomessa yleisesti vallitseva näkemys, jonka mukaan vain vakavimpien rikosten valmistelusta tulisi rangaista. Ruotsissa on rangaistavuuden katsottu täytyvän rajoittua tekoihin, joiden rangaistavuus on perusteltua ottaen huomioon teon tyyppin ja vakavan rikoksen toteutumisen vaaran.²⁷ Esimerkiksi tapon (BrB 3:2), raiskauksen (BrB 6:1), varkauden (BrB 8:1) ja ryöstön (BrB 8:5) valmistelu on rangaistavaa. Sama pätee loogisesti myös näiden rikosten törkeisiin tekomuotoihin.

Kuten Suomessa, Norjassakin kaikki valmistelukriminalisoinnit ovat itsenäisiä rikostunnusmerkistöjä. Valmistelukriminalisointien tunnusmerkistöissä on ilmaistu nimenomaisesti rangaistusvastuun ulottuvan valmis-

26 ”Den som, med uppsåt att utföra eller främja brott (1) *tar emot* eller *lämnar* pengar eller annat som betalning för ett brott eller för att täcka kostnader för utförande av ett brott, eller (2) *skaffar, tillverkar, lämnar, tar emot, förvarar, transporterar, sammanställer* eller tar annan liknande befattning med något som är särskilt ägnat att användas som hjälpmedel vid ett brott, skall - - dömas för förberedelse till brottet - -.” Kursivoinnit tässä.

27 Asp – Ulväng – Jareborg 2011, s. 441 ja Jareborg 2001, s. 389. Petter Aspin mukaan tämä ajatus ei käytännössä toteudu, vaan rangaistavaksi tulee kriminalisointien myötä myös tekoja, jotka itsessään ovat sekä viattomia että vaarattomia. Asp 2007, s. 18.

telutoimiin.²⁸ Yleistä valmistelusäännöstä ei Norjan straffelov (1902-05-22, myöh. NSL) sisällä. Myös rangaistusasteikot sisältyvät kuhunkin valmistelutunnusmerkistöön, eikä rikoksen valmistelun rangaistusasteikosta näin ollen ole NSL:ssa Ruotsin BrB 23:2.4:n kaltaista yleissäännöstä. Merkittävänä erona Suomen rikoslakiin säädetään NSL 233a §:ssä rangaistavaksi teoksi murhasta ja törkeästä pahoinpitelystä sopiminen. Ryöstön valmistelu on myös kriminalisoitu (NSL 269 §).

Oikeusministeriö asetti syksyllä 2011 työryhmän, jonka tehtävänä oli istuvan hallituksen hallitusohjelman mukaisesti laatia hallituksen esityksen luonnos vakavimpien rikosten kriminalisoinnista. Työryhmä luovutti lausuntonsa oikeusministerille 29.3.2012.²⁹ Työryhmä esittää kriminalisoitavaksi henkirikosten, törkeän pahoinpitelyn, törkeän ryöstön ja panttivangin ottamisen valmistelun. Uudet säännökset sijoitettaisiin rikoslain erityiseen osaan omiksi tunnusmerkistöikseen. Valmisteluna rangaistaisiin ehdotuksen mukaan ensinnäkin tiettyjen vaarallisten esineiden hallussapito sanottujen rikosten tekemiseksi. Ehdotuksessa on noudatettu tältä osin Ruotsin brottsbalkin valmistelutunnusmerkistön mallia, sillä esineen edellytetään soveltuvan erityisesti käytettäväksi välineenä tarkoitettussa rikoksessa.³⁰ Toiseksi rangaistavaa olisi rikosentekotarkoituksessa sopiminen tai yksityiskohtaisen suunnitelman laatiminen rikoksen sekä siihen palkkaaminen, käskeminen, yllyttäminen, lupautuminen tai tarjoutuminen. BrB:ssa vastaavanlainen sääntely sisältyy salahankkeen yleiseen tunnusmerkistöön (BrB 23.2 st. 2). Panttivangin ottamisen valmistelusta tuomittaisiin myös henkilö, joka rikoksen tehdäkseen valmistaa tai hankkii siihen tarvittavan tilan ja törkeän ryöstön valmistelusta henkilö, joka hankkii rikoksen tekemisessä tarpeellisen erityisen tiedon.³¹

Mainittakoon, että Tanskan straffelov (LBK nr 1235 af 26/10/2010, myöh. DSL) sisältää vain yhden muodollisen valmistelutunnusmerkistön.³² Valmistelutoimien kriminalisointi muutoin on toteutettu yrityksen poik-

28 OMSO 12/2011, s. 19.

29 Uutinen 29.3.2012: Ehdotus eräiden vakavimpien rikosten kriminalisoinnista valmistui – www.om.fi (Uutiset -> Uutisarkisto -> Uutiset 2012), viitattu 3.5.2011.

30 BrB 23:2 st. 1: ”- någon som särskilt ägnat att användas som hjälpmedel vid brottet.”

31 OMMML 15/2012, s. 61–62.

32 Kyseessä on DSL 101 §, joka sisältyy 12 luvun rikoksiin valtion itsenäisyyttä ja turvallisuutta vastaan.

keuksellisen laajalla rangaistavuudella. DSL 21 §:n nojalla rangaistaan jo ”toimista, joilla pyritään edistämään rikosta”, ”*handlinger*, som sigter til at fremme – – udførelsen af en forbrydelse, straffes, når denne ikke fuldbyrdes, som forsøg”³³. Lain sanamuodon perusteella siis rangaistusvastuuseen johdettavaa toimintaa ovat mainitunlaiset *toimet*, riippumatta niiden kaukaisesta ajallisesta tai muusta yhteydestä rikoksen täyttymiseen. Säännöstä on kuitenkin tulkittava niin, että pelkät ajatukset, sanalliset ilmaukset, uhkailut ja lupaukset rikoksen tekemisestä jäävät sen soveltamisalan ulkopuolelle.³⁴

Näin subjektiivisesti rakennetun yritys- ja valmisteluopin vaikutuksesta nousee keskeiseksi kysymykseksi tahallisuus. Nähdäkseni, edellisessä kappaleessa esitetyn rajauksen lisäksi, tahallisuus on säännöstä sovellettaessa keskeisin yritys vaiheen ulottuvuutta rajaava tekijä. Jotta kaukainen, asiallisesti vasta rikoksen valmisteluvaiheessa tehty toimi voisi tulla rangaistavaksi DSL 21 §:n mukaisena yrityksenä, tekijän on täytynyt tuona hetkenä päättää rikoksen tekemisestä.³⁵ Aivan tarkkaa suunnitelmaa ei vaadita, vaan pääpiirteittäinen käsitys rikoksen kulusta riittää. Tämä leimannee DSL 21 §:n käytännön soveltamista siten, että etenkin kaukaisimpien yritystekojen (valmistelun) osalta näyttö- ja todistelukysymykset muotoutuvat varsin vaativiksi, kun arvioinnin keskiössä ovat käytännössä tekijäksi epäillyn mielenliikkeet. Suomalaisesta näkökulmasta tällaisen sääntelyn mahdollisuus lienee tyystin poissuljettu, sillä oikeusministeriön asettama työryhmä on jo itsenäisten valmistelurikostunnusmerkistöjenkin osalta todennut subjektiivisen painoituksen olevan ongelmallinen.³⁶

3 Tiettyjen rikosten valmistelun kriminalisoinnin perusteista

3.1 Mahdollisia perusteluja valmistelutekujen kriminalisoinnin laajentamiselle

Esitän seuraavassa kolme varsin keskeistä perustelua tiettyjen valmistelutekujen kriminalisoinnin laajentamiselle. Tarkemmin ilmaistuna perustelut vastaavat kenties enemmänkin siihen, miksi tärkeimpiä oikeushyviä pitäi-

33 Kursivoinnit tässä.

34 Husabø 1999, s. 337.

35 *ibid.*, s. 338 alaviitteineen.

36 OMMML 15/2012, s. 44–45.

si suojata tehokkaammin *juuri valmistelukriminalisoinnein*. Tätä alajaksoa seuraavat alajaksot käsittelevät valmistelukriminalisointien perusteluja teoreettisemmalla tasolla.

31.10.2007 tapahtuneen Liedon rahakuljetusryöstötapausten jälkimainingeissa kokoomuksen kansanedustaja Juha Hakola teki lakialoitteen törkeän ryöstön kriminalisoimiseksi (LA 127/2007 vp). Ehdotuksen allekirjoitti Hakolan lisäksi 106 kansanedustajaa. Aloitteessa ehdotettiin kriminalisoitavaksi törkeään ryöstöön tähtäävien moninaisten valmistelutoimien tekeminen. Aloitetta perusteltiin törkeiden ryöstöjen lisääntymisellä ja toiminnan kansainvälistymisellä. Edelleen korostettiin, että ryöstöt edellyttävät usein pitkäaikaista ja systemaattista valmistelua tiedustelu- ja tarvikkehankintatoimintaan. Aloitteen mukaan teon valmistelun rangaistavuus lisäisi poliisin mahdollisuuksia puuttua tällaiseen toimintaan ennen toimeenpanovaihetta, sillä nykyinen lainsäädäntö ei ole valmistelun osalta riittävä ryöstörikollisuuden torjunnassa.³⁷ Oikeusministeriön työryhmämietinnön OMML 15/2012 keskeisimmäksi perusteluksi näyttää muodostuneen juuri vakavimpien rikosten torjunnan tehostaminen³⁸ huolimatta työryhmän skeptisestä suhtautumisesta poliisin nykyisten toimivaltuuksien riittämättömyyteen.³⁹

Lakialoitteessa esitettyjen käytännön tutkinnallisten ja taktisten syiden lisäksi tiettyjen rikosten valmistelun kriminalisoinnin tarpeelle voi löytää teoreettisempiakin argumentteja. Voidaan esimerkiksi viitata yritysten rangaistavuuden perustelemiseen käytettyihin objektiivisiin ja subjektiivisiin teorioihin. Subjektiivisen yritysteorian mukaan vastuun keskiössä on tahdonmuodostuksen moitittavuus: rikoksen yritys ja täytetty teko osoittavat samanlaista tahdonmuodostusta. Kyse on siis näiden toimien edellyttämän tahallisuuden samanlaisuudesta.⁴⁰ Näin ollen yrityksen rangaistavuuden perustelu voi olla yhtenevä täytetyn teon rangaistavuuden perustelun kanssa. Ei liene kaukaa haettava todeta, että subjektiivinen teoria soveltuu varsin

37 LA 124/2007, s. 1.

38 ”Esityksellä pyritään tehostamaan vakavimpien rikosten torjuntaa ja paikkaamaan eräät voimassa olevan sääntelyn soveltamisessa käytännössä havaitut epäkohdat.” OMML 15/2012, s. 50.

39 *ibid.* esim, s. 44.

40 Tapani 2010, s. 37 ja 97.

hyvin argumentaatiomalliksi myös rikoksen valmistelun kriminalisoinnin oikeutuksesta.

Objektiiviset yritysteoriat nojaavat rikoksen täyttymisen vaaraan, jonka katsotaan perustelevan rangaistuksen. Tälle pohjalle on yhtälailla mahdollista rakentaa valmistelutekojen rangaistavuuden justifikaatio. Perustelun käytökelpoisuutta rajoittaa kysymys vaaran konkreettisuudesta valmistelutekojen aikana – tekijällä on vielä reilusti aikaa perääntyä rikoksen tekemisestä tai yksinkertaisesti jättää valmistelu sikseen. Toisaalta tämän puutteen voi yksinkertaisesti nähdä rangaistavan valmistelun alarajana: jos konkreettista vaaraa rikoksen täyttymisestä ei objektiivisesti arvioiden (vielä tai enää) ole, ei rangaistusvastuun tulekaan ulottua tekijän toimintaan.

Kolmantena mahdollisena perusteluna tuotakoon esiin rikoslain sisäinen johdonmukaisuus. Kansainvälisten veloitteiden täyttämiseksi säädettyjen valmistelutunnusmerkistöjen johdosta rikosoikeusjärjestelmämme ei enää voine sanoa suhtautuvan yksiselitteisen pidättyvästi valmistelukriminalisointeihin. Lakivaliokunta on kiinnittänyt tähän asiaan huomiota toteamalla kehityksen johtaneen siihen, että rikoksen valmisteluksi katsottavien tekojen rangaistavuus on pistemäistä ja kriminaalipoliittisesti arvioituna epäjohdonmukaista. Valiokunnan mukaan tätä kuvaa se, että esimerkiksi maksuvälinepetoksen valmistelu sekä huumausainerikoksen valmistelu ja jopa huumausainerikoksen valmistelun yritys on säädetty rangaistavaksi, kun toisaalta esimerkiksi murhan tai törkeän ryöstön valmistelua ei ole säädetty rangaistavaksi.⁴¹

Tässä yhteydessä voinee rikoslain sisäistä johdonmukaisuutta moittia myös tietynlaisesta yhtenäisen moraalilinjan puuttumisesta. Vaikka oikeudellisten ratkaisujen perusteluja ei liian kiinteästi saa kytkeä yksinomaan moraalisiin argumentteihin,⁴² peilaa rikosoikeus välttämättä moraalialia.⁴³ Kun usean rikoksen törkeän tekemuodon kvalifointiperusteisiin sisältyy teon suunnii-

41 Tiedote 23.11.2007: Lakivaliokunta haluaa varmistaa rikoslainsäädännön johdonmukaisuuden –www.eduskunta.fi (Valiokunnat -> Lakivaliokunta -> Tiedotteet -> Kaikki tiedotteet -> 2007), viitattu 29.9.2011

42 Esimerkiksi Hirvonen 2012, s. 205.

43 Näin myös Moore 2011 s. 168.

telmallisuus⁴⁴, käy ilmi lainsäätäjän korostetun tuomitseva suhtautuminen yritysstetta aiempiin vaiheisiin rikoksentekoprosessissa. Tähän nähden voidaan pitää kummeksuttavana ainakin vakavimpien henki- ja omaisuusrikosten valmistelun laillisuutta. Keskustelu palaa näin ollen rikoslain ratkaisujen pistemäisyyteen ja epäjohtonmukaisuuteen.

3.2 Rikosoikeudellisen rangaistuksen legitimaatiosta ja funktiosta

Rikosoikeus on oikeudenalana poikkeuksellinen. Sitä luonnehtii ensisijaisesti sen rankaisevuus. Rikosoikeudelliset seuraamukset puuttuvat useimmiten seuraamuksen kohteen perusoikeuksiin ja ne olisivat esimerkiksi yksityishenkilön toteuttamina itsessään rangaistavia tekoja. Tämä vakava luonne vaatii rikosoikeudelliselta sääntelyltä ja sen käytöltä pitäviä perusteita. Nähdäkseni rikosoikeuden legitimaatio ja rikosoikeuden funktio ovat kysymyksinä erittäin läheiset, jopa suurelta osin päällekkäiset.⁴⁵ Rikosoikeuden funktion selventäminen ei kenties lähtökohtaisesti vaadi argumentaatiota rikosoikeuden legitimaatiosta, mutta rikosoikeuden oikeutuksen perustelevminen ilman rikosoikeuden tarkoitusta on tuskin mahdollista.

Rikosoikeudellisen rangaistuksen perustelu esitetään rikosoikeudessa rangaistusteorian muodossa. Rangaistusteorialla otetaan kantaa siihen, missä tarkoituksessa ja millaisin edellytyksin rikoslain käyttö on oikeutettua.⁴⁶ Rangaistusteoriat jaetaan sovitus- ja preventioteorioihin. Sovitusteoriat ovat Suomessa 1800-luvun jälkeen jääneet ansaitusti taka-alalle, ja huomio kohdistetaan seuraavassakin yksinomaan preventioteorioihin.⁴⁷ Nämä myös relatiivisiksi tai utilitaristisiksi nimitettävät teoriat kiinnittävät huomiota ensisijaisesti rangaistuksen myönteisiin käytännön vaikutuksiin. Erityispreventiivinen vaikutus toteutuu ensi sijassa seuraamusjärjestelmän kautta. Erityispreventio voidaan edelleen jakaa välittömiin eli negatiivisiin keinoihin ja välillisiin eli positiivisiin keinoihin. Välittömät keinot pyrkivät vaikuttamaan tuomittuun suoraviivaisella pakolla, esimerkiksi eristämällä rikoksentekijä muusta yhteiskunnasta. Välillisten keinojen pyrkimyksenä on kiinnit-

44 Tällaisia tunnusmerkistöjä ovat esimerkiksi törkeä paritus (RL 20:9a) ja törkeä ampu-
ma-aserikos (RL 41:2).

45 Samoin Asp 2005, s. 33–34.

46 Lappi-Seppälä 2000, s. 15.

47 Nuutila 1997, s. 21–22.

tää tuomittu yhteiskuntaan, kehittämään vastuuntuntoisuutta ja estämään sitoutumista rikollisiin alakulttuureihin.⁴⁸

Yleispreventio tarkoittaa vaikuttamista muihin kuin rangaistavaan itseensä. Vaikka rikosoikeusjärjestelmä tulee sovellettavaksi vasta, kun rikos on jo tehty, jo sen olemassaololla tähdätään rikosten ennaltaehkäisevään vaikutukseen. Yleispreventio jaetaan myös välittömään ja välilliseen ulottuvuuteen. Välitön vaikutus käsittää lähinnä yleispreventioon perinteisesti kiinteästi liitetyn pelotevaikutuksen – odotettavissa oleva mahdollinen rangaistus painaa vaakakupissa enemmän kuin odotettavissa oleva rikoshyöty.⁴⁹ Kriminaalipolitiikan painopiste on välillisessä yleispreventiossa. Keskeinen oivallus tämän suuntauksen takana on, että ihmiset noudattavat lakeja siksi, että se on tullut tavaksi tai se koetaan oikeaksi. Puhutaan rangaistusten moraalialia ja tapaa luovasta vaikutuksesta.⁵⁰ Pelotevaikutuksen merkitys katsotaan näin todellisuudessa vähäiseksi.

3.3 Rangaistusteorioiden suhde valmistelukriminalisointeihin

Rangaistusteoriat tulevat osaksi kokonaiskuvaa myös uusia kriminalisointeja tehtäessä. Kun lainsäätäjät tekee päätöksen tietyn teon saattamisesta rikosoikeudellisen rangaistavuuden piiriin, on päätökselle oltava esitettävissä sellainen perustelu, joka juuri kyseisessä tapauksessa oikeuttaa rangaistavan käyttäytymisen alan laajentamisen. Yleisprevention ja kriminalisointien välinen suhde on kiinteä. Kriminalisoinnit perustuvat ennen kaikkea, joskaan eivät yksinomaan, toivottuun yleisestäään vaikutukseen.⁵¹ Kun kriminalisoinnin funktio on yleisestäään, löytyy kyseisen kriminalisoinnin perustelu samassa suhteessa yleisestäävyydestä.

Valmistelukriminalisoinnit eivät kuitenkaan täysin ongelmattomasti ole perusteltavissa yleispreveniivisin näkökulmin. Erääksi välillisen yleisprevention tehoon vaikuttavaksi seikaksi katsotaan normin kautta motivoimisen mahdollisuus.⁵² Käsitteen keskeisenä sisältönä on, että jos normilla yritetään vaikuttaa ihmisiin, tulee sen kohdistua sellaiseen toimintaan, johon

48 *ibid.*, s. 23 ja s. 26.

49 Anttila – Törnudd 1970, s. 204 ja Nuutila 1997, s. 30.

50 Nuutila 1997, s. 30.

51 Näin myös Nuutila 1997, s. 29.

52 Lappi-Seppälä 2000, s. 28–29, Nuutila 1997, s. 32–33.

ylipäättään voidaan motivoitua. Arkikielisessä merkityksessä törkeää ryöstöä valmistelevat henkilöt ovat varmasti hyvinkin motivoituneita valmistelutoimien tekemiseen, esimerkiksi aseiden hankkimiseen. Tekijöiden motiivina ei kuitenkaan rikoksenteijöinä ole varustautua asein silkasta aseistautumisen riemusta, vaan lopullinen motiivi on päärikoksen – ryöstön – tekeminen ja siitä hyötyminen.

Lienee selvää, että teon valmistelua ei voida pitää rangaistavana, ellei itse teko ole myös rangaistava. Näin ollen jokaista valmistelusäännöstä vastaa vähintään yksi tunnusmerkistö, jossa itse päärikos on säädetty rangaistavaksi. Rikoksen valmisteluun taas ryhdytään tarkoituksessa lopulta tehdä valmistelun kohteena oleva rikos. Yleispreventiivinen kysymys on siis jo ratkaistu tämän päärikoksen kriminalisoinnissa – olisihan varsin kummallinen ajatuskulku, että rikoksenteijä pidättäytyisi rangaistavaan tekoon tähtäävästä toiminnasta lopulta sen vuoksi, että teon *valmistelu* on rikollista. Rikosoikeudellisesti rangaistavaksi katsottujen tekojen piirin ajallinen laajentaminen ei siis aivan ongelmattomasti ole perusteltavissa yleisestäävyyssnäkökohdin.

Kriminalisointiratkaisujen kohdalla ei erityispreventiosta pääsääntöisesti voida luontevasti puhua.⁵³ Erityispreventio keskittyy jo määritteellisesti juuri yksittäisen rikoksenteijän rankaisemisen tarkoitukseen ja oikeutukseen. Lainsäädännöllisesti erityispreventiolla on merkitystä ensisijaisesti itse sanktioista, ei siis niinkään sanktioitavien tekojen piiristä, säädettäessä. Valmistelukriminalisointien osalta rohkenen kuitenkin esittää pääsäännöstä poikkeavan kannan. Kun rangaistavan käyttäytymisen rajaa ulotetaan yhä aikaisemmaksi, on rikoksenteijän vaarattomaksi tekemisellä ja siten rikoksentekoprosessin tehokkaalla katkaisemisella argumenttiarvoa. Valmistelutekojen kriminalisointien ollessa kyseessä preventiotyyppien soveltuvuus näyttäisi näin ollen olevan päinvastainen kuin pääsäännön mukaan.

3.4 Kriminalisointiperiaatteet ja valmistelukriminalisoinnit

Oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmistelussa on vakiintuneesti todettu rikoslain hyväksyttävän käyttötavan edellyttävän tiettyjen, rikosoikeuden tarkoituksesta ja perusoikeuksista johdettujen periaatteiden täyttymistä. Periaat-

53 Nuutila 1997, s. 23.

teiden keskinäinen suhde riippuu osin katsantokannasta ja niille annettavasta systematiikasta. Niiden sisältö on kuitenkin nähdäkseni luokittelusta riippumatta jokseenkin sama. Yksinkertaisuuden vuoksi tässä artikkelissa kriminalisointiperusteiksi luetaan oikeushyvien suojelun periaate, *ultima ratio* -periaate, hyöty-haitta-punninnan periaate ja laillisuusperiaate.⁵⁴ Näistä laillisuusperiaatetta osaperiaatteineen käsittelen omissa alajaksossaan.

Rikosoikeutta on lupa käyttää vain oikeushyvien suojeluun. Kääntäen oikeushyvien suojelussa on kyse perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä. Kysymykseksi nousee tällöin, millä perustein yksilön tärkeimpiä perusoikeuksia on lupa rikosoikeuden keinoin rajoittaa. Mitkä ovat siis sellaisia oikeushyviä, joita on tarpeen suojella rikoslain rangaistussäännöksin? Kysymykseen on mahdotonta esittää tyhjentävää vastausta, eikä aiheesta ole yksimielisyyttä. Otan lähtökohdaksi näkemyksen, jonka mukaan hyväksyttäviä suojeleuintressejä (tai, terminologiasta riippuen, oikeushyviä) ovat arvot, jotka suoraan tai epäsuorasti hyödyttävät yksilön vapauspiiriä. Tärkein merkki tällaisesta arvosta on sen sisältyminen perustuslakiin tai ihmisoikeussopimuksiin.⁵⁵ On huomattava, että tästä ei automaattisesti seuraa se, että perustai ihmisoikeuksiin sisältyvät intressiä suojaava rikoslain säännös olisi perustuslain vastainen.

Vaikka jokin intressi sinänsä olisi johdettavissa perus- tai ihmisoikeuksien suojattuihin arvoihin, ei tämä välittömästi merkitse, että intressin suojaamisesta olisi säädettävä rikosoikeudellisin keinoin. *Ultima ratio* -periaate merkitsee rikoslain käytön viimesijaisuutta. Kriminalisointia ei tule käyttää oikeushyvän suojaamiseen, mikäli käytettävissä on toinen, yksilölle vähemmän haitallinen ja yksilön oikeuksia vähemmän rajoittava menetelmä. Mainitut kaksi kriminalisointiperiaatetta näyttävät olevan varsin läheisesti kytköksissä toisiinsa. Suojattavan oikeushyvän tärkeys ilman muuta vaikuttaa myös *ultima ratio* -periaatteeseen. Yhden intressin suojaaminen voi olla rikosoikeudellisesti sinänsä perusteltua, mutta toteutettavissa yhtä tehokkaasti muin tavoin, kun taas toisen intressin suojan tarpeen painavuus tekee muiden keinojen käytön liian tehottomaksi.

54 Sama luokittelu on käytössä ainakin Tolvanen 2005, s. 146 – 192 ja OMSO 12/2011, s. 25–26.

55 Frände 2007, s. 23.

On mahdollista, että kriminalisoinnille on osoitettavissa pitävä perustelu suojeltavan oikeushyvän muodossa kuitenkin niin, että rikosoikeudellinen reagointi tuottaisi huomattavan määrän haitallisia sivuvaikutuksia. Tällaisista mainittakoon esimerkkinä oikeusturvaongelmat, kustannukset ja muusta lainsäädännöstä johtuvat yhteensovittamisongelmat. Hyötyjen ja haittojen vertailu laajentaa oikeushyvien suojelun näkökulman kokonaisyhteiskunnalliseksi – yhteiskunnan kriminalisoinnilla saavuttamien hyötyjen on ylitettävä siitä aiheutuvat haitat.⁵⁶

Uusien valmistelukriminalisointien osalta ensimmäiseksi voidaan esittää kysymys suojattavasta oikeushyvästä. Edellä on selostettu valmistelukriminalisointien ja yleisestäävyyden osalta konstruktio, jossa jo päärikoksen kriminalisoinnilla on saavutettu tavoiteltu vaikutus. Oikeushyvien suojelun periaatteen osalta problematiikka on samankaltainen, joskaan ei nähdäkseni täysin yhtenevä. Voitaneen sanoa, että valmistelukriminalisoinnilla suojataan samaa oikeushyvää kuin päärikoksen kriminalisoinnilla. Kriminalisoinnin oikeutus ei kuitenkaan kuihdu tähän vastaukseen. Vaikka suojattava oikeushyvä on asiallisesti sama, merkitsee rikoksen valmistelemisen saattaminen rangaistusuhan alle laajempaa suojaa kyseessä olevalle oikeushyväälle.⁵⁷ Kysymys suojan alkamisajankohdasta on nähtävissä samassa yhteydessä oikeushyvän suojan tarpeen kanssa: suojan tarpeen laajuus on eri oikeushyvillä erilainen.⁵⁸

Rikosoikeuden käytön viimesijaisuuden yhteydessä esiin nousevat ainakin kysymykset nykyisten (materiaalisten) valmistelutunnusmerkistöjen sekä poliisin toimivaltuuksien mahdollisesta riittävydestä rikoksen valmisteluun puuttumiseen. Tätä näkökulmaa käsittelen vielä tuonnempana, kriminalisoinneille vaihtoehtoisten ratkaisumallien yhteydessä.

Hyöty-haitta-punninnan yhteydessä olennaisena elementtinä esiin nousee yleisestäävyys. Oikeushyvien suojelun periaate edellyttää sellaista preventiotehoa, jota voidaan pitää riittävänä vastineena niille toiminnallisille rajoituksille, joita kriminalisointi merkitsee.⁵⁹ Vaikka erityisestäävyydestä voikin,

56 Nuutila 1997, s. 43–44.

57 Samoin Husabø 1999, s. 368.

58 *ibid.*, s. 368–370.

59 Nuutila 1997, s. 44.

kuten jaksossa 3.3. on todettu, perustellusti löytää argumentaatioarvoa valmistelukriminalisointien tueksi, on saavutettava hyöty tästä näkökulmasta katsoen kuitenkin varsin pistemäistä. Hyöty-haitta-punninnassa ei yksin erityispreventiolle ole syytä antaa liian suurta painoarvoa. Valmistelukriminalisointien osalta perustelu ei yllä esitetyllä tavalla voine olla yleisessäkään preventiotehossa, joten punninnan hyötynäkökulmat on löydettävä muualta. Keskeisimpänä hyötynä voitaneen nähdä päärikoksen kriminalisoinnilla suojattujen oikeushyvien suojan laajentuminen. Haitat liittyvät paljolti valmistelutunnusmerkistöjen aiheuttamiin oikeusturva- ja näyttöongelmiin joita kartoitetaan seuraavassa.⁶⁰

3.5 Laillisuusperiaate ja sen osaperiaatteet

Laillisuusperiaate ilmentää osaltaan rikosoikeuden käytölle asetettavia ankaria kriteerejä. Suomessa laillisuusperiaatteesta on säädetty perustuslain 8 §:ssä: ”Ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty.” Se on myös sisällytetty rikoslakiin, jonka 3:1:ssä säädetään: ”Rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.” Säännösten sanamuotojen eroavaisuuksista huolimatta on loogista nähdä rikoslain säännöksen toistavan toisin sanoin sen, mikä perustuslain nojalla on jo voimassa.⁶¹ Laillisuusperiaatteen ulottuvuuksia kuvataan latinankielisin lausein *nullum crimen sine lege* (”ei rikosta ilman lakia”) ja *nulla poena sine lege* (”ei rangaistusta ilman lakia”).

Laillisuusperiaate jaetaan vakiintuneesti neljään osaperiaatteeseen, jotka voidaan parhaiten formuloida kieltojen muotoon. Perustavin näistä säännöistä on *praeter legem* -kielto: jokaisen rangaistustuomion on perustuttava kirjoitettuun lakiin.⁶² Tuomarin on perustettava ratkaisunsa lainsäätäjän tekemiin ratkaisuihin. Tämä koskee niin tunnusmerkistöä kuin rangaistussäännöstäkin. Toiseksi kirjoitetun lain vaatimukseen kuuluu kiinteänä osana epä-

60 HE 44/2002, s. 132–133.

61 Samoin tekee Frände 2007, s. 32.

62 *ibid.*, s. 33.

täsmällisyyskielto. Sakari Melanderin näkemyksen mukaan lähtökohdaksi – joskin ehkä ideaaliksi – tulee asettaa, että rikosoikeuden adressaattina on ”kuka tahansa” kyseisen rikosoikeudellisen järjestelmän lainkäyttövallan alainen henkilö. Tästä seuraa, että rikosoikeudelliset säännökset tulisi laatia tällaista henkilöä silmällä pitäen: ”kenen tahansa” tulee voida sanamuodon perusteella ennakoita teon rangaistavuus.⁶³

Kolmas laillisuusperiaatteen osaperiaatteista on retroaktiivisuuskielto, joka kieltää rikoslain taannehtivan soveltamisen. Kriminalisoinneilla ei siis saa saattaa ennen lain voimaantuloa tapahtuneita tekoja rangaistaviksi. Neljäntenä osaperiaatteena laillisuusperiaatteeseen kuuluu analogiakielto. Rikoslakia, kuten mitä tahansa lakia, on tulkittava. Perimmäinen syy tälle on, että laissa kuvataan tekotyyppejä tai tyyppillisiä tapauksia⁶⁴, kun soveltamistoiminnassa taas joudutaan ratkaisemaan jonkin konkreettisen teon ja lain tekotyyppin keskinäinen vastaavuus. Analogiseksi, ja rikoslain osalta kielletyksi, lainsoveltamiseksi katsotaan oikeusnormin soveltaminen tapaukseen, johon se ei sanamuotonsa puitteissa lainkaan soveltuisi mutta joka on jossain suhteessa samanlainen kuin lain sääntelemä tapaus.⁶⁵

3.6 Laillisuusperiaatteen suhde rikoksen valmistelun kriminalisoinnin laajentamiseen

Aiemmin tässä artikkelissa on käynyt ilmi, että rikoksen valmistelun kriminalisoivan säännöksen muotoilu ei ole yksinkertainen tehtävä. Lainsäädäntöteknisesti tämä voidaan toteuttaa usein eri tavoin, kuten voidaan jo pelkät Pohjoismaatkin kattavalla tarkastelulla todeta.

Kirjoitetun lain vaatimus ei uusien valmistelukriminalisointien osalta tuota sinänsä erityisiä ongelmia. Ongelmallinen sen sijaan on kirjoitetun lain vaatimukseen kuuluva epätäsmällisyyskielto. Kuten jaksossa 2.3. selvisi, on valmistelun abstraktinen määrittelemisen sangen työlästä. Jareborg on esittänyt yleisen valmistelutunnusmerkistön suhteen huomionarvoisen näkemyksen. Koska Ruotsin brottsbalkin valmistelu- ja salahanke-säännökset on rakennettu itsenäisten rikostunnusmerkistöjen tapaan, ei hänen mukaansa

63 Melander 2008, s. 246–248.

64 Nuutila 1997, s. 56.

65 *ibid.*, s. 59.

yksittäisiä valmistelutekoja ole voitu kuvata järin ominaispiirteisesti. Tästä johtuu, että BrB:n säännösten valossa esimerkiksi varkauden valmistelun suhde varkauteen on verrannollinen väärennöksen ja petoksen suhteeseen.⁶⁶

Voitaneen siis lähteä siitä, että RL 5:1.2:n yritystä koskeva yleismääritelmä ei voi Suomen rikoslaissa olla esikuvana valmistelusäännökselle. Koska valmistelu voi pitää sisällään lähes mitä tahansa kuviteltavissa olevaa toimintaa (siinä missä rangaistava yritys on aina sidoksissa päärikoksen tunnusmerkistön mukaisiin täytäntöönpanotoimiin), ei täsmällisyysvaatimuksen täyttävän, täysin yleisluontoisen valmistelusäännöksen formuloiminen ole mahdollista. Samaan kantaan on päädytty OMML 15/2012 -työryhmämietinnössä, jossa korostetaan valmistelukriminalisointien vierautta suomalaiselle rikosoikeusjärjestelmälle. Näin ollen aiheesta ei työryhmän näkemyksen mukaan voida muodostaa teoreettisesti johdonmukaista kokonaisuutta, vaan valmistelutekojen rangaistavuus on toteutettava erityiskriminalisoinnein.⁶⁷

Esimerkkinä täsmällisyysvaatimuksen täyttämisen ongelmallisuudesta mainittakoon esimerkkinä lakialoite törkeän ryöstön kriminalisoimiseksi (LA 124/2007). Lakialoitteessa kytkettiin valmistelu tiettyihin toimiin: ”Joka tehdäkseen 2 §:n 1 momentin 1–4 kohdassa tarkoitettun rikoksen *hankkii tai vastaanottaa tällaisen rikoksen tekemiseen soveltuvan välineen, tarvikkeen tai aineen* käyttääkseen sitä teon tekemiseen tai *hankkii teon valmistelussa tarvittavan tiedon* tai *osallistuu muulla tavoin teon valmisteluun*, on tuomitava törkeän ryöstön valmistelusta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.”⁶⁸

Oikeusministeriön selvityksessä eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoinnista (OMSO 12/2011) on todettu ehdotetun lainsäännöksen olevan yhtä kaikki ongelmallinen epätäsmällisyyskiellon osalta. Ensinnäkin tämä johtuu siitä, että törkeän ryöstön tekemiseen soveltuvia välineitä on lukematon määrä. Selvityksessä viitataan Ruotsissa omaksuttuun rajaukseen, joka edellyttää välineen olevan erityisesti omiaan käytettäväksi apuvälineenä rikoksessa. Tämän rajauksenkaan ei kuitenkaan nähdä kykenevän poistamaan täysin ehdotuksen täsmällisyysongelmaa. Toiseksi selvityksessä katso-

66 Asp – Ulväng – Jareborg 2011, s. 441.

67 OMML 15/2012, s. 15.

68 LA 124/2007, s. 2. Kursivoinnit tässä.

taan epätäsmällisyyskiellon kannalta ongelmalliseksi ehdotukseen sisältyvä ilmaisu ”valmistelussa tarvittavan tiedon hankkiminen”. Tässäkin kohtaa problemaattisuuden aiheuttaa valmistelussa tarvittavien tietojen monenlaisuus. Erikseen kiinnitetään vielä huomiota rajaukseen nimenomaan valmistelussa tarvittavaan tietoon. Tällöinhän tarkkaan ottaen rangaistavaa olisi valmistelun valmistelu.⁶⁹

Erityisen näkyvän ristiriidan epätäsmällisyyskiellon kanssa aiheuttaa lakialoitteessa ehdotettu kolmas mahdollinen teko tapa, ”muulla tavoin osallistuminen teon valmisteluun”. Tämä muuttaa ehdotetun säännöksen käytännössä täysin yleisluontoiseksi. Koska valmistelu voi käsittää rajattoman määrän erilaisia arkipäiväisiä tekoja, lähennyttään suurpiirteisyydessä klassista ”kaikkia konnia on rangaistava”⁷⁰ -esimerkkiä.

Retroaktiivisuuskiellon merkitys korostunee valmistelukriminalisointien osalta ensisijaisesti siinä, että rikokseen tähtäävän valmistelun sisältämät teot ovat voineet tapahtua pitkän ajan kuluessa. Ennen uuden valmistelutunnusmerkistön voimaantuloa tapahtuneet valmistelutoimet jäivät näin rankaisematta. Analogiakiellon soveltaminen ei nähdäkseni nosta valmistelutyypisten kriminalisointien osalta esiin erityisiä ongelmia, eikä sen tarkempi käsittely tässä ole näin ollen tarpeellista.

4 Vaihtoehtoja valmistelukriminalisoinneille

Erityisesti viime vuosina on herännyt keskustelua rikoslain valmistelukriminalisointien puutteellisuudesta. Huomiota on yleisesti kiinnittänyt etenkin törkeän ryöstön ja henkirikosten valmistelun näennäinen sallittavuus.⁷¹ Epäilemättä keskustelu on aiheellista. Kuten edellä jaksossa 3.1. käy ilmi, on tiettyjen rikosten valmistelun rangaistavuudelle esitettävissä useita valideja perusteluja. Jaksossa esitetyjen perustelujen lisäksi voidaan vielä eräaksi pe-

69 OMSO 12/2011, s. 34–35.

70 Ks. esimerkiksi Frände 2007, s. 40.

71 Esimerkiksi LA 124/2007, s. 1 ja Tiedote 23.11.2007: Lakivaliokunta haluaa varmistaa rikoslainsäädännön johdonmukaisuuden – www.eduskunta.fi (Valiokunnat -> Lakivaliokunta -> Tiedotteet -> Kaikki tiedotteet -> 2007), viitattu 29.9.2011.

rusteeksi mainita yksinkertaisesti uhrin oikeusturva⁷², joka argumenttina on hyvin lähellä jaksossa 3.4. käsiteltyä oikeushyvien suojaamisen periaatetta.

Kuten esimerkiksi kansanedustaja Ben Zyskowicz on vuonna 2009 kärkeästi todennut, uhrin oikeusturva on keskeinen näkökulma valmistelu-kriminalisoinneista keskusteltaessa. Tästä huolimatta ei kriminalisointiperusteiden valossa tekijän oikeusturvakysymystä voi populistisesti sivuuttaa. Hyöty-haitta-punninnassa käypiä argumentteja rikoksen valmistelun kriminalisointia vastaan on esittänyt muun muassa Nils Jareborg. Hän katsoo, että rikosten valmistelun rajoitettu kriminalisointi on oikeutettua. Päällimmäisiksi valmistelukriminalisointeihin liittyviksi ongelmiksi hän mainitsee valmistelutekojen sattumanvaraisen ilmitulon, näyttöongelmat ja häiritä-luonteisen (”trakasserikaraktär”) väärinkäytön mahdollisuuden.⁷³

Ultima ratio -periaatteen edellyttämällä tavalla on ennen rikoslain käyttöä selvitettävä muut mahdolliset keinot. Tuija Brax vastasi oikeusministerinä tiettyjen rikosten valmistelun kriminalisoinneista esitettyihin kirjallisiin kysymyksiin⁷⁴ *ultima ratio* -periaatteen hengessä. Brax viittasi muun muassa poliisin toimivaltuuksiin ja niiden käynnissä olleeseen uudistukseen sekä materiaalisiin valmistelukriminalisointeihin. Jareborg⁷⁵ ja Husabø⁷⁶ painottavat myös materiaalisten valmistelukriminalisointien ensisijaisuutta.

Seuraavassa käyn pääpiirteisesti läpi *ultima ratio* -periaatetta sovellettaessa mahdollisesti esiin tulevia vaihtoehtoisia tapoja saavuttaa valmistelukriminalisoinneilla tavoiteltavia päämääriä.

Poliisi-, esitutkinta- ja pakkokeinolait uudistettiin ja yhdenmukaistettiin pitkään valmisteilla olleessa kokonaisuudistuksessa. Lait tulevat voimaan vuoden 2014 alussa. Koska keskustelussa valmistelukriminalisointien alan laajentamisessa on tavan takaa viitattu juuri tähän valmisteilla olleeseen la-

72 Tuolloinen kansanedustaja Ben Zyskowicz kommentoi Kimmo Nuotion ja Jussi Tapanin näkemystä tekijän oikeusturvakysymyksistä seuraavasti: ” - hän epäilee, että rikoksesta epäiltyjen oikeusturva voi vaarantua, jos poliisi lopettaa rikoksen valmistelun alkuunsa. Voi herran jestas sentään! Mitä, jos kerrankin mietittäisiin rikoksen uhrin näkökulmasta, potentiaalisen uhrin näkökulmasta näitä asioita.” Täysistunnon pöytäkirja PTK 126/2009, s. 119.

73 Jareborg 2001, s. 395.

74 KK 441/2007 ja KK 821/2008.

75 Jareborg 2001, s. 395.

76 Husabø 1999, s. 315–316.

kipakettiin, otan tässä jaksossa tarkasteluni pohjaksi nimenomaan uudet, vaikkakin vielä voimaantuloaan odottavat, lait. Tärkein poliisin toimivaltuuksia säätelevä laki on poliisilaki (872/2011, PoL). PoL 1:1.1:n mukaan poliisin tehtävänä on oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen turvaaminen, yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen sekä rikosten ennalta estäminen, paljastaminen, selvittäminen ja syyteharkintaan saattaminen. Kyseessä ei ole yleinen toimivaltasäännös.

Poliisilla on toimivalta ryhtyä poliisilain 2 luvun sallimiin toimenpiteisiin rikoksen estämiseksi ja paljastamiseksi jo ennen kuin rikos on tehty. Poliisimiehellä on esimerkiksi tietyin edellytyksin oikeus laittomasti valmistetun, maahantuodun tai hallussa pidetyn esineen takavarikoimiseen (PoL 2:21.2), eristää, sulkea tai tyhjentää yleisesti käytetty paikka tai alue (PoL 2:8.1), eristää tai tyhjentää koti- tai julkisrauhan suojaama alue (PoL 2:8.2) ja kieltää tai rajoittaa esineen siirtämistä tai määrätä esine siirrettäväksi yleisesti käytetyllä alueella ja tietyin lisäedellytyksin kotirauhan suojaamalla alueella (PoL 2:8.4). PoL 2:5 antaa poliisille toimivaltuuden poistaa koti- tai julkisrauhan suojaamasta tilasta sinne luvatta tunkeutunut tai luvallisesti oleileva mutta häiritsevästi käyttäytyvä henkilö. Jos poistaminen ei todennäköisesti estä häiriön toistumista, on poliisimiehellä oikeus ottaa henkilö kiinni ja pitää tätä säilössä enintään 12 tuntia.

PoL 2:6 valtuuttaa poliisimiehen pääsemään (tarvittaessa voimakeinoja käyttäen, PoL 2:7) muun muassa koti- tai julkisrauhan suojaamaan tilaan ja kulkuneuvoon, jos on perusteltua syytä olettaa että muun muassa henkeä, terveyttä tai henkilökohtaista vapautta vaarantava tai huomattavaa omaisuus- tai ympäristövahinkoa aiheuttava teko tai tapahtuma on välittömästi uhkaamassa tai käynnissä. Lisäedellytyksenä tosin on, että toimenpide on välttämätön vaaran tai vahingon estämiseksi tai räjähdysaineiden, aseiden tai muiden vaarallisten aineiden ja esineiden etsimiseksi ja haltuun ottamiseksi. PoL 2:10:ssä säädetään vielä poliisimiehen oikeudesta poistaa paikalta henkilö, jonka uhkaustensa tai käyttäytymisensä perusteella on syytä olettaa syyllistyvän muun muassa henkeen, terveyteen tai vapauteen kohdistuvaan rikokseen.

Lain 5 luku käsittelee salaisia tiedonhankintakeinoja. Salaisen tiedonhankintakeinon käytön yleisenä edellytyksenä on, että sillä voidaan olettaa saatavan rikoksen *estämiseksi* tai paljastamiseksi taikka vaaran torjumiseksi tarvittavia tietoja. Kun PolL 5:1.2:ssa määritellään rikoksen estämiseksi toimenpiteet, ”joiden tavoitteena on estää rikos, sen yritys tai valmistelu – –”, voidaan todeta salaisten tiedonhankintakeinojen olevan kiinteästi kytköksissä rikoksen valmisteluvaiheeseen puuttumiseen.

Jo aiemmin tässä artikkelissa on nostettu esiin materiaalistien valmistelukriminalisointien merkitys. Tämä osoittautui toteen esimerkiksi Liedon rahankuljetusryöstöä koskeneessa oikeudenkäynnissä. Yksi vastaajista oli osallistunut vain ampuma-aseiden ja räjähteiden käsittelyyn ja kuljetukseen. Hovioikeus tuomitsi vastaajan törkeästä ampuma-aserikoksesta ja räjähdeterikoksesta kahden vuoden ehdottomaan vankeuteen.⁷⁷ OMMML 15/2012 -ehdotuksessa esitetään törkeän ryöstön valmistelusta maksimirangaistukseksi suhteellisuusperiaatteen mukaisesti kolmea vuotta vankeutta.⁷⁸ Tämä esimerkki konkretisoi materiaalistien näkökulman varteenotettavaa merkitystä – tapauksessa näyttäisi vastaajan tuomion kannalta arvioiden nykymuotoinenkin sääntely olevan riittävää. On toki huomautettava, että on helposti ajateltavissa myös tapauksia, joissa rikosta valmisteleva henkilö ei ennen rikoksen yritysvaiheen alkua syyllisty mihinkään rikokseen.

Etenkin poliisin toimivaltuuksien osalta herää helposti kysymys puuttumisen tehokkuudesta. Jos rikosta valmisteltaessa, kuten vaikuttaisi usein olevan, täytyy jo jokin materiaallinen valmistelutunnusmerkistö, voi jo rikoksen valmisteluvaihe johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen. Ongelmalliseksi muodostuvat tilanteet, joissa kyllä käy ilmi rikoksen olleen valmisteilla, mutta joissa mitään rikollista ei ole vielä tehty. Esimerkkinä mainittakoon konstruktio, jossa A yrittää palkata B:n murhaamaan C:n. B esittää kiinnostunutta ja lumetarkoituksessa vastaanottaa rahan kuitenkin rientäen oitis ilmoittamaan tapahtuneesta poliisille. Tällainen yritetty yllytys ei ole rikoslain minkään tunnusmerkistön mukainen, joten A voi rauhassa jatkaa juoniaan. Tässä yhteydessä näyttäytyy konkreettisenä yllä esittämäni näkemys erityisestävyyden relevanssista valmistelukriminalisointien yhteydessä.

⁷⁷ Turun hovioikeuden tuomio 30.11.2009/2879 (R 09/84), s. 88.

⁷⁸ OMMML 15/2012, s. 43–44.

Toinen asia on tietysti se, että käytännössä teon suorittaminen vaikeutuu yhden ”kiinnijäännin” jälkeen. Tämä esimerkki soveltuu myös muunlaisiin valmistelunluonteisiin tekoihin. Tässä valossa nousee esiin se tosiseikka, että uudet valmistelutunnusmerkitöt tekisivät poliisin jo olemassa olevasta (ja vuoden 2014 alusta uuden poliisilain voimaantulon myötä yhä täsmentyvää) toimivallasta purevampaa. Vaikka poliisin toimivaltuudet ja jo olemassa olevat valmistelukriminalisoinnit muodostavat varsin kattavan suojan rikoksen valmistelua vastaan, jää jäljelle siis yhä ongelmakohtia.⁷⁹

5 Johtopäätökset

Aiemmin esittelin kolme mahdollista perustelua rikoksen valmistelun kriminalisoinnin laajentamiselle: poliisin toimivaltuuksia lisäävä tarve, subjektiivis- ja objektiivisteoreettinen syyllisyysperustelu sekä rikoslain sisäiseen johdonmukaisuuteen perustuva tarve. Artikkelissa esittämäni tietojen valossa eniten puoltoargumentteja näyttää löytyvän kriminalisointien erityispreventiivisuonteiselle vaikutukselle, joka on kytkettävissä luontevimmin poliisin toimivaltuuksiin.

Juuri käsiteltyjen esimerkkien valossa vaikuttaa selvältä, että poliisin sinänsä kiitettävän laajat toimivaltuudet jäävät nykyään tietyissä tapauksissa vaille konkreettista merkitystä mitä tulee rikosentekoprosessiin puuttumisen sen valmisteluvaiheessa. Rikosta valmistelemasta kiinni jääneen henkilön rangaikseminen rikosoikeudellisin sanktioin sen sijaan todennäköisemmin katkaisisi käynnissä olleen rikosentekoprosessin. Tässä yhteydessä kiinnittäisin kuitenkin huomiota esimerkiksi suomalaisen henkirikoksen tyyppillisiin teko-olosuhteisiin. Motiivina 58 prosentissa tietoon tulleista henkirikoksista on ryyppyriita (28 %), parisuhteen ongelmat (16 %) tai mustasukkaisuus (14 %). Tekijöistä 79 prosenttia on tekohetkellä humalassa, uhreista 73 prosenttia. Tekijöistä 64 prosenttia ja uhreista 54 prosenttia ovat työttömiä tai varhaiseläkkeellä.⁸⁰ Nämä teko-olosuhteet tuskin viittaavat tekojen olleen järin suunnitelmallisia tai valmisteltuja. Välineelliseen, suunnitelmalliseen

79 Mainittakoon, että OMML 15/2012-ehdotuksessa kumotaan esimerkiksi lakialoitteessa LA 124/2007 (s. 1) esitetty väite poliisin toimivaltuuksien asettamista esteistä rikoksen valmisteluun puuttumiseen. Ehdotuksessa päinvastoin todetaan, että poliisilaki ”mahdollistaa jo nykyisin riittävät toimivaltuudet ennalta ehkäisyyn”. s. 44.

80 Henkirikoskatsaus 2010, s. 12–13 ja s. 19. Tilastot ovat ajalta 2002–2009.

väkivaltaan viittaavia motiiveja on suomalaisissa henkirikoksissa löydettyissä varsin vähän.⁸¹

Voidaan siis perustellusti epäillä ainakin murhan suunnittelun kriminalisoinnin saavutettavien tulosten mittavuutta. Monimutkaisten, jo määritelmällisesti valmistelua vaativien törkeiden rikosten osalta ei sen sijaan voitane kiistää, että valmistelutunnusmerkistöjen säätäminen johtaisi tyydyttäviin tuloksiin sikäli kuin valmisteluteot tulevat ilmi. Huomioon on kuitenkin otettava se, että käytännössä tällaisten tekojen ilmitulo on varsin sattumanvaraista.⁸² Hyötyjä ja haittoja punnittaessa hyötyjen sattumanvaraisuudesta johtuu, että lainsäädännön aiheuttamien negatiivisten vaikutusten on oltava erittäin vähäisiä. Tämä asettaa lainvalmistelutyölle omat haasteensa. Toisaalta juuri vähäisen soveltamisensa vuoksi valmistelukriminalisoinnit eivät käytännössä aiheuta organisatorisia saati taloudellisia haittavaikutuksia, joten myös negatiivisten vaikutusten voinee olettaa olevan lähinnä satunnaisia.

Lakivaliokunnan esittämä huoli rikoslain valmistelutunnusmerkistöjen pisemäisyydestä ja kriminaalipoliittisesta epäjohtomukaisuudesta⁸³ vaikuttaa myös perustellulta. Rikoslakiin jo sisältyvät valmistelusäännökset ovat valikoituneet paljolti Suomen kansainvälisten velvoitteiden perusteella, eivät niinkään lainsäätäjän omista kriminaalipoliittisista lähtökohdista. Johdonmukaisuusperustelua tuskin sinänsä yksinään voidaan katsoa riittäväksi pohjaksi uusille valmistelukriminalisoinneille, mutta se tuo esiin huomionarvoisen näkökannan, joka liittyy läheisesti yllä käsitelyyn käytännön perusteluun: vaikuttaa jossain määrin sattumanvaraiselta, mikä valmisteluteko katsotaan rangaistavalla tavalla paheksuttavaksi. Subjektiviivisen yritysteorian funktio lienee lähinnä kriminalisointia puoltavaa johdonmukaisuusnäkökantaa tukeva, ei kenties niinkään itsenäistä argumenttiarvoa sisältävä. Kun lainsäätäjä on jo erinäisistä syistä säätänyt joitain valmistelutekoja rangaistaviksi, ei valmistelun osoittaman tahdonmuodostuksen

81 Henkirikoskatsaus 2010, s. 12.

82 Jareborg 2001, s. 395. OMML 15/2012 -mietinnössä todetaan myös, että ”säännösten soveltamistilanteita ei ennakoida olevan kovin paljon”. OMML 15/2012. Ehdotus eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoinnista, s. 51.

83 Tiedote 23.11.2007: Lakivaliokunta haluaa varmistaa rikoslainsäädännön johdonmukaisuuden –www.eduskunta.fi (Valiokunnat -> Lakivaliokunta -> Tiedotteet -> Kaikki tiedotteet -> 2007), viitattu 29.9.2011.

riittämättömyys voi olla kovin painava vastasyys vakavien henki-, väkivalta- ja omaisuusrikosten kriminalisoimiselle.

Tiettyjen rikosten valmistelun rankaisemattomuuden voidaan siis perustella olevan ongelmallista. Päteviä käytännön syitä tietyille kriminalisoinneille näyttäisi olevan, eikä kysymys rikosten rangaistavuuden perusteltavuudesta sinänsä ole enää ajankohtainen, etenkin kun pohjoismainen esimerkki osoittaa mahdollisesti toimivia ratkaisutapoja olevan useita erilaisia. Käytännössä uuden instituution implementoiminen suomalaiseen rikoslakiin asettaa lainsäätäjälle kuitenkin jopa rikoslainkäytön kontekstissa poikkeuksellisen merkittäviä vaatimuksia. Ottaen huomioon tavoiteltavien hyötyjen tosiasiallisen pistemäisyyden, jopa sattumanvaraisuuden, nämä vaatimukset on huomioitava lainmuutoksia valmisteltaessa erittäin tarkasti.

Lähteet

Kirjallisuus

Anttila, Inkeri –Törnudd, Patrik: Kriminologia. WSOY. Porvoo 1970. (Anttila – Törnudd 1970)

Ashworth, Andrew: Attempts. Teoksessa *John Deigh – David Dolinko: The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Inc. New York 2011. (Ashworth 2011)

Asp, Petter: Från tanke till gärning. Del I – Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt. Iustus Förlag Ab. Uppsala 2005. (Asp 2005)

Asp, Petter: Från tanke till gärning. Del II – Förberedelse och stämpling till brott. Iustus Förlag Ab. Uppsala 2007. (Asp 2005)

Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils: Kriminalrättens grunder. Andra tryckningen. Iustus Förlag Ab. Uppsala 2011. (Asp – Ulväng – Jareborg 2011)

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. 2. painos. Suomentanut Markus Wahlberg. Edita Publishing Oy. Helsinki 2007. (Frände 2007)

Hirvonen, Ari: Oikeuden ja lainkäytön teoria. Forum Iuris. Helsinki 2012. (Hirvonen 2012)

Husabø, Erling Johannes: Straffansvarets periferi – Medverkning, forsøk, førebuing. Universitetsforlaget as. Bergen 1999. (Husabø 1999)

Husak, Douglas: The Philosophy of Criminal Law – Selected Essays. Oxford University Press, Inc. New York 2010. (Husak 2010)

Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Iustus Förlag Ab. Uppsala 2001. (Jareborg 2001)

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosten seuraamukset. Werner Söderström lakitieto Oy. Helsinki 2000. (Lappi-Seppälä 2000)

Lappi-Seppälä, Tapio teoksessa *Tapio Lappi-Seppälä & al.: Rikosoikeus*. 3. uudistettu painos. WSOYpro. Juva 2009. (Lappi-Seppälä 2009)

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: Straffansvar. Sjätte upplagan. Norstedts Juridik Ab. Stockholm 2001. (Leijonhufvud – Wennberg 2001)

Melander, Sakari: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2008. (Melander 2008)

Moore, Michael: Causation in the Criminal Law. Teoksessa *John Deigh – David Dolinko: The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Inc. New York 2011. (Moore 2011)

Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997. (Nuutila 1997)

Sirén, Topi: Rikoksen valmistelu – yritysvaihetta edeltävän toiminnan rankaisemattomuudesta ja rangaistavuudesta. Pro gradu -tutkielma. Julkaistu Edilexissä 20.2.2006. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/3026.pdf (Sirén 2006)

Tapani, Jussi: Yrittänyttä ei laiteta? – Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton kustannus. Hämeenlinna 2010.

Tolvanen, Matti: Johdatus kriminaalipolitiikan teoriaan. Joensuun yliopisto. Joensuu 2005.

Virallislähteet

Eduskunnan täysistunnon pöytäkirja tiistai 15. joulukuuta 2009. (PTK 126/2009)

Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. (HE 44/2002)

Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi. (HE 53/2002)

Kirjallinen kysymys. Törkeän ryöstön valmistelu. (KK 441/2007)

Kirjallinen kysymys. Henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten valmistelu. (KK 821/2008)

Lakialoite. Laki rikoslain 31 luvun muuttamisesta. (LA 124/2007)

Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos: Verkkokatsauksia 17/2011. Saatavilla osoitteesta www.op-tula.om.fi -> Henkikirikollisuuskatsaus -> Henkirikoskatsaus 2010 (Henkirikoskatsaus 2010)

Oikeusministeriö: Jokelan koulusurmat 7.11.2007. Tutkintalautakunnan raportti. (OMJU 2009:2)

Oikeusministeriö: Eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisointi. Selvityksiä ja ohjeita 12/2011. (OMSO 12/2011)

Oikeusministeriö: Ehdotus eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisoinnista. Mietintöjä ja lausuntoja 15/2012. (OMML 15/2012)

Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen ohjelma. 22.6.2011. Saatavilla osoitteesta: www.vn.fi/hallitus/hallitusohjelma/pdf332889/fi.pdf

Turun hovioikeuden tuomio 30.11.2009/2879. R 09/84. (R 09/84)

The Purpose of a Limited Company and its Relation to Corporate Social Responsibility

Keywords: purpose of a company, profit generation, limited company, Corporate Social Responsibility, duty of the management

Heidi Rantakari

English Abstract

According to the Finnish Limited Liability Companies Act, the purpose of a company is to generate profit to its shareholders, unless otherwise provided in the Articles of Association of the company. On the other hand, it has been suggested that a company would also have a social purpose. The aim of this article is to find out, whether the purpose to generate profit contradicts the Corporate Social Responsibility (CSR).

In order to fulfil the purpose of profit generation, the management of the company must act accordingly. The Limited Liability Companies Act provides that the management of the company shall act with due care and promote the interests of the company. In practice, promoting the interests of the company means acting in accordance with the purpose of the company.

However, the idea of the CSR is that also the management has other duties than those towards shareholders and other duties provided by the law, as well. Several studies on the correlation between the result/market value of the company and CSR have been conducted, but the results are somewhat conflicting. Thus, the management must act in accordance with its abilities while making decisions on the CSR strategy. If the management has complied with its duty to act with due care and to promote the interests of the company in this decision-making process, the measures cannot be considered to be contrary to the Limited Liability Companies Act – even if the measures prove to be unprofitable afterwards. Therefore, if the CSR is used as a strategic tool for increasing the competitiveness, it does not contradict the company's purpose of generating profit to its shareholders. If, on the other hand, the management prioritises promoting the society's welfare over

the interests of the company, it acts against the presumed purpose of the company provided by the Limited Liability Companies Act.

Full Article in Finnish

Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus ja sen suhde yhteiskuntavastuuseen

Asiasanat: voitontuottamistarkoitus, osakeyhtiö, yhteiskuntavastuu, johdon tehtävä

1 Johdanto

Osakeyhtiölaille (21.7.2006/624, OYL) on tyypillistä osakkeenomistajakeskisyys. Sen selkein ilmentymä on OYL 1:5:n säännös osakeyhtiön toiminnan tarkoituksesta, joka on oletusarvoisesti voiton tuottaminen osakkeenomistajille. Omistajakeskisessä yhtiöoikeusmallissa osakkeenomistaja on yksi yhtiön panoksentuottajista, jolla on erityisasema muiden tuottajien joukossa: osakkeenomistajat kantavat nimittäin viimekätisen riskin eli niin sanotun residuaaliriskin yhtiön menestymisestä tai menestymättömyydestä. Näin ollen he ovat kaikkein haavoittuvaisimpia johdon opportunistiselle toiminnalle. Tästä syystä yhtiön johdolla on korostettu fidusiarinen huolellisuus- ja lojaliteettivelvollisuus osakkeenomistajia kohtaan.¹ Toimiessaan näiden velvollisuuksien mukaisesti johto edistää yhtiön etua ja toteuttaa siten yhtiön toiminnan tarkoitusta. Toisaalta on myös esitetty, että osakeyhtiöllä on laajempi yhteiskunnallinen tarkoitus, mikä tarkoittaa käytännössä velvollisuutta ottaa huomioon kaikkien yhtiön menestykseen osallisten tahojen intressejä. Tähän pohdintaan liittyy läheisesti keskustelu siitä, tuleeko yhtiötä tarkastella osakkeenomistaja- vai sidosryhmälähtöisesti.² Sidosryhmälähtöinen ajattelutapa korostaa fidusiarista ajattelua, jonka mukaan yhtiö itsessään on johdon päämies. Merkityksellistä on tuolloin yhtiön menestys, *going concern*³, jolloin johdon on otettava huomioon kaikkien niiden osapuolten hyvinvointi, jotka ovat osallistuneet yhtiön menestymiseen.⁴

1 Mähönen & Villa 2006, s. 3 ja 75.

2 Mähönen & Villa 2006, s. 38.

3 *Going concern* tarkoittaa niin sanottua jatkuvuusperiaatetta, jonka mukaan lähtökohta on, että yritys jatkaa toimintaansa toistaiseksi.

4 Mähönen & Villa 2006, s. 79.

Osakeyhtiön laajempi yhteiskunnallinen tarkoitus merkitsee sitä, että yrityksellä on omistajien voiton maksimoinnin lisäksi muitakin tehtäviä yhteiskunnassa. Esimerkiksi vastuu työllisyyden ylläpitämisestä, yleisestä talouskasvusta, ympäristöstä, kuluttajien asemasta ja tuotteiden laadusta kuuluvat keskusteluun, kun puhutaan yritysten yhteiskuntavastuusta.⁵ Yritysten yhteiskuntavastuu on puhuttanut viime vuosina paljon erityisesti tuotantollisin ja taloudellisin perustein tehtyjen joukkoyritysten sekä tuotantolaitosten lakkauttamisten yhteydessä. Julkisuudessa on käyty keskustelua myös yritysten työntekijöiden asemasta erityisesti Aasiassa sijaitsevilla tuotantolaitoksissa ja metsäyhtiöiden puunhankinnan eettisyydestä Etelä-Amerikassa ja Kiinassa, unohtamatta yritysten ympäristövastuuta. Yrityksiä on kritisoitu siitä, että ne keskittyvät ainoastaan voitontavoitteluun sivuuttaen samalla yhteiskuntavastuun. Kuitenkin OYL:n ensimmäisessä luvussa selkeästi säädetään, että osakeyhtiön toiminnan tarkoitus on tuottaa voittoa osakkeenomistajille, jollei yhtiöjärjestyksessä toisin määrätä. Samanaikaisesti EU ja elinkeinojärjestöt painottavat yhteiskuntavastuun merkitystä ja tärkeyttä. Tämän kirjoituksen keskeisin kysymys ja pohdinnan aihe onkin, ovatko nämä kaksi, voitontuottamistarkoitus ja yhteiskuntavastuu, perustavanlaatuisessa ristiriidassa keskenään. Tarkoituksenani on selvittää, mitä voitontuottamistarkoitus osakeyhtiön toiminnan tarkoituksena tarkoittaa ja miten sitä toteutetaan. Lisäksi yritän selvittää yhteiskuntavastuun käsitteen sisältöä ja yhteiskuntavastuun merkitystä yhtiön taloudellisen tuloksen kannalta. Lopuksi pohdin osakeyhtiön toiminnan tarkoituksen ja yhteiskuntavastuun välistä suhdetta. Käsittelen ongelmaa sellaisten osakeyhtiöiden kannalta, joiden toiminnan tarkoituksena on nimenomaan voiton tuottaminen osakkeenomistajille. Näin ollen sellaiset yhtiöt, joiden yhtiöjärjestyksessä on määrätty muusta toiminnan tarkoituksesta, jäävät lyhyehkön maininnan tasolle. Tarkoitus ei myöskään ole käydä moraalista keskustelua osakeyhtiöiden toiminnasta, vaan selvittää, voiko voitontuottamistarkoitusta toteuttava yhtiö toimia samalla myös yhteiskuntavastuun edellyttämällä tavalla.

Kirjoituksen toisessa luvussa käyn läpi osakeyhtiön toiminnan tarkoitusta. Käsittelen myös OYL:n mukaista johdon tehtävää, sillä se on hyvin läheisessä yhteydessä osakeyhtiön toiminnan tarkoitukseen. Kolmannessa luvussa

5 Mähönen & Villa 2006, s. 245.

pureudun yhteiskuntavastuun sisältöön. Esittelen siinä myös yhteiskuntavastuun käsitteen taustalla olevat kolme eri ideologiaa, joiden tunteminen auttaa ymmärtämään yhteiskuntavastuun käsitteen sisällöllistä laajuutta ja sen vaikutusta osakeyhtiön toiminnan tarkoitukseen. Neljännessä luvussa tarkastelen yhteiskuntavastuun ja osakeyhtiön toiminnan tarkoituksen välistä suhdetta selvittämällä yhteiskuntavastuun puolestapuhujien ja sen vastustajien näkemyksiä sekä esittelemällä tutkimustuloksia yhteiskuntavastuun ja yhtiön taloudellisen menestyksen välisestä suhteesta. Viimeisessä luvussa esitän johtopäätökseni aiheesta.

2 Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus

2.1 Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus osakeyhtiölaissa

OYL 1:5:n mukaan osakeyhtiön toiminnan tarkoituksena on tuottaa voittoa osakkeenomistajille, jos yhtiöjärjestyksessä ei toisin määrätä.⁶ Edellisen osakeyhtiölain (29.9.1978/734, EOYL) aikana voitontuottamistarkoitusta pidettiin itsestään selvänä, joten siitä ei ollut laissa nimenomaista säännöstä. Jo tuolloin osakeyhtiön toiminnan tarkoitus oli siis tuottaa voittoa osakkeenomistajille, jollei yhtiöjärjestyksessä toisin määrätty.⁷ Tämä ilmeni myös käänteisesti EOYL 12:1.2:sta, jonka mukaan silloin kun yhtiön toiminnalla oli kokonaan tai osaksi muu tarkoitus kuin voiton tuottaminen osakkeenomistajille, yhtiöjärjestykseen oli otettava määräys voiton käytöstä sekä netto-omaisuuden käytöstä selvitysmenettelyssä. EOYL:n voimassaolon aikana voitto ymmärrettiin osakkeenomistajan sijoituksen arvon maksimoinniksi, jolloin oleellista oli osakkeenomistajille odotettavissa oleva tuotto koko yhtiön liiketoiminta-ajalta.⁸

6 On myös esitetty, että osakeyhtiön tarkoitus ja osakeyhtiön toiminnan tarkoitus eroavat toisistaan. Tuolloin yhtiön tarkoituksena on tavaroiden ja palveluiden tuottaminen ja yhtiö on olemassa ensisijaisesti sitä varten. Toiminnan tarkoitus on edelleen voiton tuottaminen, jota kuitenkin käytetään ainoastaan välineenä yhtiön varsinaisen tarkoituksen toteuttamisessa, eli hyödykkeiden tuottamisessa. Tämänkin näkemyksen mukaan voitot ovat kriittisen tärkeitä hyvinvoinnin tuottamisen kannalta. Erona valitsevaan käsitykseen on kuitenkin se, että tässä vaihtoehtoisessa tulkinnassa voittoa ei pidetä päämääränä vaan keinona jonkun muun päämäärän, kuten vaikkapa asiakkaiden tarpeiden tyydyttämisen, saavuttamiseksi. Ks. esimerkiksi Toiviainen 2010, s. 4–5 ja Ellsworth 2002, s. 29–34. Ks. lisää tästä näkemyksestä Ellsworth 2002.

7 HE 27/1977 vp, s. 89.

8 Mähönen & Villa 2006, s. 93.

Nykyinen osakeyhtiölaki tuli voimaan 1.9.2006. Sen keskeisin piirre verrattuna EOYL:iin on periaatekeskeisyys. OYL 1 luku sisältää luettelon yleisistä periaatteista, joihin voidaan vedota, jos lain yksityiskohtaisista säännöksistä ei saada kysymyksenratkaisulle tukea.⁹ Yksi näistä periaatteista on OYL 1:5:ssä säädetty osakeyhtiön toiminnan tarkoitus, joka voi vaikuttaa yhtiön tekemien oikeustoimien pätevyuden ja yhtiön johdon toiminnan vahingonkorvausoikeudelliseen arviointiin.¹⁰ Muut periaatteet ovat oikeushenkilöllisyys ja osakkeenomistajan rajoitettu vastuu (OYL 1:2), pääoma ja pääoman pysyvyys (OYL 1:3), osakkeen luovutettavuus (OYL 1:4), enemmistöperiaate (OYL 1:6), yhdenvertaisuus (OYL 1:7), johdon tehtävä (OYL 1:8) ja tahdonvaltaisuus (OYL 1:9). Periaatteiden erityinen tarkoitus on turvata sekä vähemmistöosakkeenomistajien että velkojien asemaa yhtiössä yhtiön johdon ja määräävässä asemassa olevien osakkeenomistajien itsekästä toimintaa vastaan. Tässä suhteessa tärkeimmät periaatteet ovat juuri yhtiön toiminnan tarkoitus, johdon tehtävä ja yhdenvertaisuusperiaate.¹¹ Erityisesti johdon tehtävä on erittäin läheisessä yhteydessä osakeyhtiön toiminnan tarkoitukseen¹², kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan.

2.2 Voitontuottamistarkoitus

Pohdittaessa osakeyhtiön toiminnan tarkoitusta on kyse loppujen lopuksi siitä, mitä tahoja osakeyhtiön on toiminnallaan tarkoitus viime kädessä hyödyttää.¹³ Nykyään vallitsee laaja normatiivinen konsensus siitä, että yhtiön johdon tulee olla vastuussa ainoastaan osakkeenomistajille. Yhteisymmärrykseen ei kuitenkaan ole päästy siitä, pitäisikö yhtiöiden toimia ainoastaan osakkeenomistajien intresseissä. On esitetty, että yhtiöiden tulisi toimia siten, että ne palvelevat koko yhteiskuntaa, eivätkä osakkeenomistajien intressit ole tuolloin muiden tahojen intressejä arvokkaampia. Kuitenkin käytännön kokemukseen perustuen, vallalla on näkemys siitä, että paras keino lisätä yhteiskunnan hyvinvointia ja siten palvella koko yhteiskuntaa, on asettaa yritysten johto vastuulliseksi nimenomaan osakkeenomistajien intresseistä.¹⁴

9 Mähönen & Villa 2006, s. 3.

10 HE 109/2005 vp, s. 37.

11 Mähönen & Villa 2006, s. 3.

12 Airaksinen et al. 2010, s. 49.

13 Mähönen & Villa 2006, s. 73.

14 Hansman & Kraakman 2001, s. 441.

Kuten edellä on jo mainittu, vuonna 2006 voimaantulleen OYL 1:5:n mukaan osakeyhtiön toiminnan tarkoitus on tuottaa voittoa osakkeenomistajille, jollei yhtiöjärjestyksessä määrätä toisin. Yleensä tämän tulee tapahtua sen toimialan puitteissa, joka on yhtiöjärjestyksessä määritelty.¹⁵ Kyseessä on niin sanottu olettamasäännös, sillä yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä yhtiön toiminnan tarkoituksesta toisinkin. Voitontuottamistarkoituksen sääntely nimenomaan olettamasäännöksenä on perusteltu, koska ylivoimaisesti suurin osa kaikista yhtiöistä on perustettu juuri voiton tavoittelun vuoksi.¹⁶

Jotta OYL 1:5:n mukaisen osakeyhtiön toiminnan tarkoituksen ja yhteiskuntavastuun välistä suhdetta voidaan arvioida, on selvitettävä, mitä voitontuottamistarkoitus käytännössä tarkoittaa. Valtavirtaoikeustiede nojautuu oikeustaloustieteelliseen päämies–agentti-teoriaan ja esittää osakeyhtiön tarkoituksen olevan osakkeenomistajien sijoitusten arvon maksimoinnin.¹⁷ OYL 1:5:n tarkoitus ei kuitenkaan ole asettaa velvollisuutta tuottaa mahdollisimman suurta määrää voitonjakokelpoisia varoja lyhyellä aikavälillä, vaan voiton tuottamista tarkastellaan pidemmällä jaksolla. Tämä mahdollistaa muun muassa investointien tekemisen silloin, kun niiden katsotaan olevan yhtiön ja sitä kautta osakkeenomistajan edun mukaisia. Niiden ja mahdollisten muiden pitkävaikutteisten toimien on kuitenkin aina tähdättävä yhtiön voitontuottamiskyvyn parantamiseen.¹⁸ Useilla aloilla tehdäänkin tulevaisuuteen tähtäviä investointeja, jotka rasittavat täysimääräisesti tilikauden tulosta, sillä niitä ei voida aktivoida taseeseen.¹⁹ Voitontuottamiskyvyn paraneminen lisää kuitenkin yhtiön arvoa, mikä näkyy toimivilla markkinoilla osakkeen arvon nousuna.²⁰

15 Kyläkallio et al. 2008, s. 68.

16 Airaksinen et al. 2010, s. 26. On huomattava, että osakkeenomistajat voivat myös yksimielisellä päätöksellä sopia muusta toiminnan tarkoituksesta kuin voitontuottamistarkoituksesta. Tällainen päätös ei kuitenkaan sido mahdollisia uusia osakkeenomistajia, ja se purkautuu, kun ko. sopimus purkautuu.

17 Mähönen & Villa 2006, s. 38. Päämies–agentti-teorian mukaan osakeyhtiössä voidaan nähdä niin sanottuja päämies–agentti-suhteita. Ne ovat sopimussuhteita, jossa toinen osapuoli eli päämies solmii sopimuksen toisen osapuolen eli agentin kanssa jonkin tehtävän suorittamisesta. Sopimuksen toteuttamiseksi tarvittavat päätökset jäävät tuolloin agentin tehtäväksi. OYL:n perustelujen mukaan yhtiön johdon asemassa voidaan nähdä piirteitä, jotka asettavat johdon osakkeenomistajan asiamiehen eli agentin asemaan. Ks. lisää päämies–agentti-teoriasta esimerkiksi Mähönen & Villa 2006, 86 ss.

18 HE 109/2005 vp, s. 38–39.

19 Airaksinen et al. 2010, s. 26.

20 HE 109/2005 vp, s. 39.

Säännöstä laadittaessa on otettu huomioon myös se, miten voiton tuottamiseen ja osakkeen arvon kasvattamiseen pyritään. Keinoja kaihtamatonta voiton tavoittelua ei edellytetä, eikä yhtiöllä luonnollisestikaan ole oikeutta voiton tuottamiseen oikeusjärjestyksen vastaisesti. Muun lainsäädännön vastainen menettely on lisäksi usein OYL:n voitontuottamistarkoituksen vastaista oikeudellisten seuraamusten ja kielteisen julkisuuden ylittäessä menettelystä mahdollisesti saavutetut hyödyt.²¹ Voiton tuottaminen ja osakkeen arvon kasvattaminen edellyttävät usein myös yhteiskunnallisesti hyväksyttävien menettelytapojen noudattamista sellaisissakin tilanteissa, joissa lainsäädäntö ei siihen pakota. Yhtiön julkisella kuvalla voi nimittäin olla suurikin merkitys yritystoiminnan ja yhtiön osakkeiden arvon kannalta.²² OYL 1:5:n mukainen voitontuottamistarkoitus ja siihen pyrkiminen ei siten ole este yhtiön julkiseen kuvaan myönteisesti vaikuttavien toimenpiteiden toteuttamiselle.²³

OYL 1:5:n mukaan osakeyhtiön toiminnan tarkoitus voi olla muukin kuin voiton tuottaminen osakkeenomistajille, kunhan siitä määrätään yhtiöjärjestyksessä. Yhtiön tarkoitus voi olla esim. yleishyödyllinen, kuten vaikkapa jonkin yhdistyksen tai säätiön tukeminen. Yhtiöjärjestyksessä voidaan myös määrätä, että voittovarot jaetaan muille kuin osakkeenomistajille, mutta tuolloinkin lähtökohtana on mahdollisimman suuren taloudellisen ylijäämän tuottaminen. Yhtiön toiminnassa on kaikissa tilanteissa tavoiteltava laissa ja yhtiöjärjestyksessä määritellyn tarkoituksen toteuttamista sekä pyrittävä toiminnan jatkuvuuteen.²⁴ Yhtiön toiminnan tarkoituksen ollessa muu kuin voiton tuottaminen, on määrättävä, miten yhtiön varoja jaetaan OYL 13:1:n mukaisissa varojenjakotilanteissa.²⁵

2.3 Voiton tuottaminen käytännössä

2.3.1 Voitontuottamisstrategiat

OYL:n perustelujen mukaan voiton tuottaminen osakkeenomistajille voi käytännössä olla paitsi varojen jakoa, myös mahdollisimman korkeaan osak-

21 Airaksinen et al. 2010, s. 27.

22 HE 109/2005 vp, s. 39.

23 Airaksinen et al. 2010, s. 31.

24 HE 109/2005 vp, s. 39.

25 Airaksinen et al. 2010, s. 31.

keen arvoon pyrkimistä. Jälkimmäinen liittyy lähinnä pörssilistattuihin yhtiöihin, joissa osakkeenomistaja voi muuttaa osakkeensa rahaksi myymällä ne. Vaikka säännöksessä puhutaankin voiton tuottamisesta osakkeenomistajille, tuotetaan voitto todellisuudessa ensin yhtiölle, minkä jälkeen osakkeenomistajat voivat halutessaan jakaa jakokelpoiset varat itselleen. Varojen jako tapahtuu siten, kuin OYL 13:1.1:ssä säädetään.²⁶

On huomattava, että voiton tuottaminen ei välttämättä ole sama asia kuin jakokelpoisten varojen tai jaetun osingon maksimoiminen.²⁷ Pääsääntöisesti yhtiön oletetaan jatkavan toimintaansa toistaiseksi. Tuolloin lyhyen aikavälin jakokelpoisen voiton maksimointi ei välttämättä ole yhtiön edun mukaista. Syynä on se, että yhtiön resurssien käyttäminen esimerkiksi tuotekehitykseen saattaa vaikuttaa yhtiön tuottoihin siten, että tulevaisuudessa saatavat kokonaistuotot ylittävät lyhyen aikavälin voiton maksimoinnilla saatavat tuotot.²⁸ Tämä käsitys on hyvin lähellä niin sanottua valistuneen voitonmaksimoinnin käsitettä, jonka taustalla on ajatus yhtiön kokonaismarkkina-arvon kasvattamisesta pitkällä aikavälillä. Tämä kokonaisarvo muodostuu yhtiön kaikkien liikkeeseen laskemien arvopapereiden summasta. Teorian mukaan tämä ei kuitenkaan toteudu, mikäli yhtiö jättää huomioidatta sidosryhmänsä.²⁹ Lyhyen aikavälin voiton maksimointi voi olla jopa voitontuottamistarkoituksen vastaista siinä tapauksessa, että yhtiön johto tietää sen tapahtuvan yhtiön pitkän aikavälin toimintaedellytysten kustannuksella.³⁰

Toki voiton tuottaminen osakkeenomistajille voidaan toteuttaa myös pyrkimällä mahdollisimman suureen ja säännölliseen varojen jakamiseen osakkeenomistajille. Se ei kuitenkaan ole ainoa keino. Toinen tapa on pyrkiä kasvattamaan yhtiön omaisuutta ja näin vahvistamaan yhtiön kykyä tuottaa suurempaa taloudellista hyötyä osakkeenomistajille tulevaisuudessa. Näitä tapoja käytetään usein samanaikaisesti. Tällöin kaikkea jaettavissa olevaa yhtiön omaisuutta ei jaetakaan osakkeenomistajille. Voiton tuottamisen tarkoitus voi ilmentyä myös pyrkimyksenä nostaa yhtiön osakkeen arvo

26 Airaksinen et al. 2010, s. 27.

27 Airaksinen et al. 2010, s. 27.

28 Mähönen & Villa 2006, s. 93.

29 Jensen 2001, s. 299, 308–310; Mähönen & Villa 2006, s. 84 ja 93.

30 Airaksinen et al. 2010, s. 27.

mahdollisimman korkealle. Osakkeiden myyntiarvoa voidaan pyrkiä korrattamaan joko lyhyellä tai pitkällä aikavälillä.³¹ Arvonnousu ei välttämättä näy heti yhtiön tuloslaskelmassa, mutta siitä huolimatta hyöty arvonnou-
susta tulee tällöinkin ensin yhtiölle ja vasta välillisesti osakkeenomistajil-
le. Osakkeen arvon maksimointi soveltunee parhaiten sellaisiin yhtiöihin,
joiden osakkeiden arvonnäyttö on luotettavaa ja joiden osakkeille löytyy
ostajia.³² Osakkeen arvon pitempiaikainen nostaminen puolestaan on mah-
dollista ainoastaan silloin, kun yhtiön toimintaa hoidetaan taloudellisessa
mielessä menestyksekkäästi ja kun yhtiön omaisuuden arvo ja tulos kasvavat
nousujohteisesti.³³ Yhtiö voi tuottaa voittoa osakkeenomistajille myös an-
tamalla heille mahdollisuuden käyttää yhtiön omaisuutta tai saada yhtiön
tuotteita ja palveluksia käypää hintaa halvemmalla, tavallisesti omakustan-
nushintaan. Osakkeenomistajien tuotto muodostuu tällöin luonnollisesti
siitä menojen alenemisesta, jonka he saavat hyödykseen verrattuna siihen,
jos he hankkisivat kyseiset hyödykkeet esim. vuokraamalla tai ostamalla ne
käypään hintaan.³⁴ Riippumatta siitä, määritelläänkö osakkeenomistajien
etu heidän yhtiöstä saamansa varojenjakovirran tai osakkeen arvon maks-
moinnin kautta, on voiton tuottamisessa kuitenkin kyse osakkeenomistaji-
en sijoitusten nykyarvon maksimoinnista vallitsevissa liiketoimintaolosuh-
teissa.³⁵

Voiton tuottaminen voidaan määritellä siis useilla eri tavoilla. Tästä syystä
useita hyvinkin erilaisia toimintamalleja ja lopputuloksia voidaan perustella
voitontuottamistavoitteen mukaisina.³⁶ Jos yhtiöjärjestyksessä ei ole tarkem-
pia määräyksiä siitä, millä tavalla yhtiö pyrkii toteuttamaan voiton tuot-
tamisen osakkeenomistajilleen, on ratkaisu tehtävä yhtiökokouksessa joko
tapauskohtaisesti tai toistaiseksi. Yhtiöjärjestysmääräykset asiasta lienevät
harvinaisia. Yleensä yhtiön johdon tulee oma-aloitteisesti pyrkiä hoitamaan

31 Kyläkallio et al. 2008, s. 68.

32 Airaksinen et al. 2010, s. 28. Joskus osakkeen arvon maksimointi voi kuitenkin olla OYL 1:7:n yhdenvertaisuusperiaatteen vastaista. Tällainen tilanne on käsillä esimerkiksi silloin, kun menettelyllä pyritään näännyttämään vähemmistöosakkeenomistajat, mikä tarkoittaa varojenjaon välttämistä viimeiseen asti pyrkimyksenä aikaansaada tilanne, jossa vähemmistöosakkeenomistajat joutuvat myymään osakkeensa, mahdollisesti jopa alle käyvän hinnan.

33 Kyläkallio et al. 2008, s. 68.

34 Kyläkallio et al. 2008, s. 68.

35 Mähönen & Villa 2006, s. 121.

36 Airaksinen et al. 2010, s. 30.

yhtiötä niin, että sen arvo kasvaa ja osakkeenomistajilla on mahdollisuus saada yhtiöstä käteistuottoa tilikausittain.³⁷ Kaiken kaikkiaan voiton tuottamista tulee arvioida eri toimenpiteiden muodostaman kokonaisuuden perusteella.³⁸

2.3.2 Johdon rooli osakeyhtiön toiminnan tarkoituksen toteuttamisessa

Jotta osakeyhtiön voitontuottamistarkoitus täyttyisi, on yhtiön toimielinten pyrittävä toimimaan kyseisen tarkoituksen mukaisesti.³⁹ OYL 1:8:n mukaan yhtiön johdon⁴⁰ on huolellisesti toimien edistettävä yhtiön etua. Säännös on kaksiosainen sisältäen huolellisuusvelvollisuuden ja lojaliteettivelvollisuuden suhteessa yhtiöön ja sen kaikkiin osakkeenomistajiin. Kuten voitontuottamistarkoituksen kohdalla, myös huolellisuus- ja lojaliteettivelvollisuuden tapauksessa, ensisijainen kohde on yhtiö ja osakkeenomistajat hyötyvät tästä vain välillisesti.⁴¹ Arvioitaessa huolellisuutta ja yhtiön edun mukaisuutta johdon toiminnassa, huomiota kiinnitetään OYL 6 luvussa säädettyihin johdon tehtäviin, sekä erityisesti OYL 1:5:ssä tarkoitettuun yhtiön toiminnan tarkoitukseen. Huolellisuusvelvollisuus edellyttää nimensä mukaisesti johdolta huolellista toimintaa. Yhtiön edun mukaan toimiminen edellyttää luonnollisesti yhtiön tarkoituksen mukaista toimintaa.⁴² Näin ollen oletuksena on, että velvollisuus edistää yhtiön etua tarkoittaa samalla velvollisuutta toimia osakkeenomistajien edun mukaisesti.⁴³

Huolellisuusvelvollisuuden arvioiminen on tärkeää erityisesti johdon jäsenen vahingonkorvausvelvollisuutta arvioitaessa. Huolellisuudessa on kyse siitä, että johdon jäsen toimii kuten huolellinen henkilö toimisi vastaavissa olosuhteissa. Huolellisuutta arvioidaan siis objektiivisista lähtökohdista käsin, eikä johdossa toimivan henkilön omien kykyjen perusteella tai sen perusteella, miten hän hoitaa omia asioitaan. Yleensä riittävänä huolellisuutena voidaan pitää sitä, että päätettävän asian ratkaisemiseksi on hankittu asianmukaiset taustatiedot, joiden perusteella on tehty johdonmukainen

37 Kyläkallio et al. 2008, s. 68–69.

38 HE 109/2005 vp, s. 39.

39 Kyläkallio et al. 2008, s. 68.

40 Yhtiön johtoon kuuluvat hallituksen jäsenet, mahdolliset hallintoneuvoston jäsenet ja mahdollinen toimitusjohtaja. Ks. HE 109/2005 vp, s. 40.

41 Airaksinen et al. 2010, s. 50.

42 HE 109/2005 vp, s. 40–41.

43 Mähönen & Villa 2006, s. 121.

päätös, eivätkä tähän päätökseen ole vaikuttaneet johdon jäsenten eturistiriidat.⁴⁴ Kyse on niin sanotusta liiketoimintapäätösperiaatteesta, jonka noudattaminen vapauttaa johdon vastuusta, vaikka päätös tai toimenpide olisi-kin yhtiölle tappiollinen.⁴⁵ On huomattava, että huolellisuusvelvollisuuden vastainen toiminta voi olla myös passiivisuutta: tietty toimi jätetään kokonaan tekemättä. Huolellisuutta arvioitaessa kiinnitetään huomiota kuitenkin myös siihen, että liiketoiminnan kannalta oleellisia päätöksiä joudutaan usein tekemään epävarmassa tilanteessa. Myös liiketoimintaan kuuluvien riskien välttämättömyys vaikuttaa: riskin kasvaessa huolellisuuden vaatimus korostuu.⁴⁶

Lojaliteettivelvollisuus on puolestaan hyvin lähellä OYL 1:5:ää. Oikeuskirjallisuudessa on vakiintuneesti katsottu yhtiön edun ja osakkeenomistajien edun samaistuvan. Periaate on voimassa myös OYL:ssa. Mikäli johto on toiminut yhtiön tarkoituksen mukaisesti, on se yleensä täyttänyt myös lojaaliteettivelvollisuutensa. Käytännössä lojaalisuus tulee esille tilanteissa, joissa johto itse tekee liiketoimia yhtiön kanssa tai vaihtoehtoisesti jättää yhtiön osalta käyttämättä jonkin liiketoimintamahdollisuuden ja käyttää sen sijaan sen itse. Lisäksi johdon on pyrittävä edistämään kaikkien, ei vain joidenkin, osakkeenomistajien etua.⁴⁷

Yritystoimintaan liittyy kuitenkin aina riskejä ja voiton tuottaminen edellyttääkin tietynasteista riskinottoa. Riskinotto liiketoiminnassa on lähtökohtaisesti sallittua. Matemaattisesti ilmaistuna voitaneen ajatella, että osakeyhtiö voi ryhtyä hankkeeseen, jonka odotusarvo on hankkeesta päätettäessä positiivinen. Tuolloin siis onnistumisen odotusarvo on suurempi kuin epäonnistumisen. Suuri ongelma on kuitenkin se, miten todennäköisyydet onnistumiselle ja epäonnistumiselle käytännössä arvioidaan. Myös voiton ja tappion suuruuden arviointi on hankalaa.⁴⁸

Käytännössä voitontuottamistarkoitus on merkityksellinen erityisesti arvioitaessa yhtiön johdon toimintaa, sillä OYL 1:8:ssä edellytettyä johdon

44 HE 109/2005 vp, s. 40–41.

45 Mähönen & Villa 2006, s. 114.

46 HE 109/2005 vp, s. 40–41.

47 Airaksinen et al. 2010, s. 49–50.

48 Airaksinen et al. 2010, s. 29–30.

huolellisuutta arvioidaan yhtiön tarkoituksen näkökulmasta. Oletuksena on, että liiketoimet tapahtuvat kaikkien osakkeenomistajien hyödyksi, eikä esimerkiksi ainoastaan enemmistöosakkeenomistajan hyväksi. Voiton tuottaminen voi kuitenkin tapahtua monin eri tavoin, ja lienee mahdotonta arvioida, mikä tietyssä tilanteessa on ollut tarkoituksenmukaisin keino.⁴⁹

3 Yhteiskuntavastuu

Yritysten eettiset koodistot ja julkiset arvot alkoivat yleistyä suomalaisessa liike-elämässä 1980-luvulta alkaen. Siitä huolimatta yhteiskuntavastuu tarkoitti vielä 1990-luvun lopulle saakka enemmänkin akateemista keskustelua aiheesta ja yksittäisten yritysten satunnaista vastuulliseksi tai eettiseksi julistautumista. Varsinaisia yhteiskuntavastuun ohjelmia alettiin Suomessa toteuttaa 1990-luvun lopulla, jolloin alettiin myös raportoida yrityksen toimintaa yhteiskuntavastuun kolmen osa-alueen; taloudellisen, sosiaalisen ja ympäristövastuun mukaan.⁵⁰

3.1 Yhteiskuntavastuun käsite

Käsitteenä yhteiskuntavastuu on monisyinen ja siitä on tehty osittain jopa ristiriitaisia määritelmiä. Termin yhteydessä on puhuttu eri sidosryhmien eduista, vastuusta henkilösuhteissa, voimassaolevan oikeuden noudattamisesta, aktiivisesta yhteiskuntatoiminnasta, toiminnan eettisyydestä, sekä tasapainosta yritystoiminnan taloudellisen, ympäristöllisen ja sosiaalisen oikeudenmukaisuuden perustan välillä.⁵¹ Määritelmien moninaisuudesta huolimatta niille on yhteistä yleensä taloudellisen hyvinvoinnin tuottaminen, ympäristön suojeleminen ja luonnonvarojen kestävä käyttö, henkilöstön hyvinvointi ja osaaminen, tuoteturvallisuus ja kuluttajansuoja, hyvät toimintatavat ja yhteistyö lähiyhteisöjen kanssa, sekä lahjoitukset ja yleishyödyllisten toimintojen tukeminen.⁵² Yhteiskuntavastuussa on kyse siitä, että yhtiöt päättävät vapaaehtoisesti ylittää lainsäädännön ja työehtosopimusten asettamat vähimmäisvaatimukset vastatakseen yhteiskunnallisiin tarpei-

49 Airaksinen et al. 2010, s. 34.

50 Vehkaperä 2003, s. 19.

51 Toiviainen 2004, s. 409–410.

52 Vehkaperä 2003, s. 19–20.

siin.⁵³ On tärkeää huomata, että yhteiskuntavastuu nojautuu aina yrityksen omiin lähtökohtiin, arvoihin ja strategioihin perustuvaan vastuullisuuteen, joka on sekä omaehtoista että aktiivista.⁵⁴ Yhteiskunnallinen vastuu voidaan nähdä vastuuna paitsi yhteiskunnalle, myös tarkemmin eriteltyinä yrityksen eri sidosryhmille. Sidoryhmien ja yritysten sekä näiden välisten suhteiden erilaisuus tekee kuitenkin yhteiskuntavastuusta ongelmallisen. Käytännössä yritykset joutuvat itse pohtimaan, mitä yhteiskuntavastuu heidän kohdallaan tarkoittaa ja miten sitä toteutetaan erilaisissa muuttuvissa tilanteissa ja historian eri vaiheissa.⁵⁵

Yhteiskunnan kannalta merkityksellistä liiketoiminnan sääntelyä löytyy paitsi lainsäädännöstä, myös kansainvälisistä suosituksista. Muun muassa YK, ILO ja OECD ovat julkaisseet aiheeseen liittyviä ohjeita yrityksille. Myös EU-tasolla on pyritty löytämään yhteinen näkemys yhteiskuntavastuusta ja ohjaamaan sen edistämistä.⁵⁶ Lainsäädännössämme yhteiskunnan kannalta tärkeitä yritystoiminnan reunaehtoja on asetettu esimerkiksi työ-, ympäristö- ja verolainsäädännössä.⁵⁷ Yhteiskuntavastuun käsitteen ydin on kuitenkin se, että yhtiön johdolla nähdään olevan muitakin velvollisuuksia kuin osakkeenomistajiin kohdistuvat fidusiaarivelvollisuudet ja ne lakiin perustuvat velvollisuudet, jotka kohdistuvat yhtiön muihin sidosryhmiin, yritystä ympäröivään yhteiskuntaan ja muuhun ympäristöön.⁵⁸ Jos yritys lupaa olla yhteiskunnan vastuullinen jäsen, se käytännössä sitoutuu paitsi toimimaan eettisesti, myös kestävään kehitykseen, joka puolestaan luo tasapainon talouden, ihmisten ja ympäristön välille. Kysymys on viime kädessä arvoista ja arvojärjestyksestä – siitä, millä hinnalla yritys pyrkii luomaan taloudellista hyvinvointia eli täyttämään siten perustehtävänsä.⁵⁹

Yhteiskuntavastuu jaetaan vakiintuneesti taloudelliseen vastuuseen, sosiaaliseen vastuuseen ja vastuuseen ympäristöstä.⁶⁰ Taloudellinen vastuu on nimenomaan omistajien tuotto-odotuksiin vastaamista ja yhteiskunnan

53 KOM(2006) 136 lopullinen, s. 2.

54 Sorsa 2010, s. 17.

55 Vehkaperä 2003, s. 21.

56 Sorsa 2010, s. 13.

57 Mähönen & Villa 2006, s. 95.

58 Mähönen 2005, s. 38.

59 Kalpala 2004, s. 13.

60 Kalpala 2004, s. 13.

taloudellisen hyvinvoinnin tuottamista. Sosiaalisesti vastuullinen yhtiö on avoin ja kunnioittaa paitsi hyviä toimintatapoja kaikissa sidosryhmäsuh-teissa, myös sidosryhmien käsitystä vastuullisesta ja eettisestä toiminnasta.⁶¹ Yrityksen sisällä sosiaalinen vastuu merkitsee käytännössä hyvää henkilöstö-politiikkaa ja vastuullisuutta työnantajana. Yrityksen ulkopuolella taas sosi-aalisessa vastuussa on kyse osallistumisesta yhteiskunnan ja lähiympäristön kehittämiseen.⁶² Ympäristövuastuussa on kyse nimensä mukaisesti ympäris-töstä ja luonnonvaroista huolehtimisesta.⁶³ Yhtiön on hallittava toimintansa ympäristövaikutuksia ja käytettävä luonnonvaroja kestäväällä tavalla.⁶⁴ Ta-loudellinen vastuullisuus on kuitenkin menestymisen perusta. Mikäli yhtiö haluaa selviytyä ja kehittää toimintojaan, on sen oltava liiketaloudellisesti menestyvä. Sen on myös pystyttävä täyttämään omistajien tuotto-odotukset ja omalta osaltaan osallistuttava yhteiskunnan palveluiden rahoittamiseen ja tuottamiseen. Yhtiö, joka menestyy taloudellisesti, tuottaa hyvinvointia koko yhteiskunnalle.⁶⁵

Yhteiskuntavuastuulla on kuitenkin eriasteinen merkitys eri ihmisille. Toiset kokevat ympäristöasiat merkityksellisemmiksi kuin vaikkapa vastuullisuu-den työnantajana. Lisäksi käsitys vastuullisesta toiminnasta ja sen merki-tyksestä saattaa poiketa eri kulttuureissa ja eri ajanjaksoina. Tämä luo omat haasteensa erityisesti monikansallisille yhtiöille.

3.2 Yhteiskuntavuastuun käsitteen taustalla olevat ideologiat

Yhteiskuntavuastuun käsitteeseen liittyvät ideologiat voidaan jakaa omistaja-lähtöiseen, sidosryhmälähtöiseen ja laajan vastuun näkemykseen. Omista-jalähtöinen ideologia lähtee avoimeen ja vapaaseen kilpailuun perustuvasta markkinatalousmallista. Sen mukaan yrityksen tehtävä on vastata markki-noilla esiintyviin kulutustarpeisiin hoitamalla tuotantoa ja jakelua mahdolli-simman tehokkaasti. Olennaista on saavuttaa tilanne, jossa kukin sopimus-osapuoli saa parhaan mahdollisen hyödyn vaihdannan kautta. Yrityksen ta-loudellinen päämäärä on yksinomaan omistajan voiton maksimointi, mikä

61 Vehkaperä 2003, s. 20.

62 Kalpala 2004, s. 14.

63 Vehkaperä 2003, s. 20.

64 Kalpala 2004, s. 15.

65 Neilimo 2004, s. 131.

takaa myös muiden markkinaosapuolten hyvinvoinnin pitkällä aikavälillä. Omistajälähtöinen näkemys ei kuitenkaan täysin sulje pois sosiaalista osallistumista, kunhan se varmasti hyödyttää osakkeenomistajia.⁶⁶

Sidosryhmälähtöinen ajattelu puolestaan korostaa yrityksen ja yhteiskunnan välisen sidoksen merkitystä. Sidosryhmillä tarkoitetaan käytännössä kaikkia tahoja, joihin yhtiön toiminta vaikuttaa. Sidosryhmälähtöinen ajattelu näkee yrityksen tehtävän muuten samoin kuin omistajälähtöinen ajattelu, mutta edellyttää kuitenkin, että yrityksen toiminnasta aiheutuvat yhteiskunnalliset haitat eivät saa ylittää saavutettuja taloudellisia hyötyjä. Yritys ei näkemyksen mukaan toimi pelkästään taloudellisena instituutiona ja tarpeiden tyydyttäjänä, vaan se myös luo tarpeita ja vaikuttaa markkinoihin omalla toiminnallaan. Sidosryhmälähtöisen näkemyksen mukaan yrityksen taloudellisena päämääränä on voiton maksimoinnin sijaan tuottojen pitkän tähtäimen optimointi, kasvu ja jatkuvuuden turvaaminen. Yritystoimintaa voidaan arvioida tässä myös eettisin kriteerein. Koska yrityksellä on näkemyksen mukaan valtaa myös markkinamekanismin ulkopuolella, on sillä myös vastuita ja velvoitteita. Sen on otettava huomioon toiminnassaan myös yleinen etu, jolloin yrityksen toiminnan voidaan sanoa olevan sosiaalisesti vastuullista. Sosiaalista vastuullisuutta ei nähdä kuitenkaan päämääränä, vaan yhtenä kilpailukeinona muiden joukossa.⁶⁷

Kolmas yhteiskunnallisen vastuun ideologia on laajan vastuun näkemys. Sen mukaan yrityksen tehtävä on edistää yhteiskunnan hyvinvointia ja elämänlaatua. Tämä on mahdollista ainoastaan siinä tapauksessa, että yritys on kannattava. Näin ollen voiton tuottamisella on ainoastaan välinearvo päämäärän saavuttamisessa. Näkemyksen mukaan voitto ei ole yrityksen toiminnan päämäärä, vaan rajoite, ja eräs päätöksenteon kriteereistä. Taloudellisesti yritys pyrkii saavuttamaan voittoa ainoastaan sen verran, että sillä voidaan kattaa liikeriski. Ideologian taustalla vaikuttaa vahva ajatus siitä, että ainoastaan tuottoa ja kannattavuutta hakevien yritysten asema heikenee tulevaisuudessa. Näkemys korostaa ympäröivän maailman arvojen ja olosuhteiden muutosten huomioon ottamista, vaikka se merkitsisikin voittojen hetkellistä pienenemistä. Vastuu rajoittaa yrityksen toiminta-, keino-

66 Vehkaperä 2003, s. 22–23.

67 Vehkaperä 2003, s. 22–23.

ja päämäärävaihtoehtoja, mutta on siitä huolimatta uusien liiketoimintamahdollisuuksien lähde. Yhteiskuntavastuu on tässä ideologiassa kiinteä osa yrityksen toimintastrategiaa ja eettisten periaatteiden on konkretisoiduttava myös käytännön tasolla.⁶⁸

4 Voitontuottamistarkoitus ja yhteiskuntavastuu

Osakeyhtiöiden voitontuottamistarkoitusta on julkisessa keskustelussa pidetty toisinaan ristiriitaisena yhteiskuntavastuun kanssa, eikä näiden termien sovittamista samaan lauseeseen ole aina nähty mahdollisena muutoin kuin toisensa poissulkevassa merkityksessä. Yritysten yhteiskuntavastuun perään on kuulutettu oikeastaan kaikkien massairtisanomisten ja tuotantolaitosten sulkemisten yhteydessä 2000-luvulla. Ovatko nämä kaksi sitten aidosti ristiriidassa keskenään? Yritykset ovat osa yhteiskuntaa, joten ne eivät voi toimia täysin ristiriidassa niiden arvojen kanssa, joita yhteiskunnan enemmistö kannattaa.⁶⁹ Lisääntyneestä yhteiskuntavastuukeskustelusta huolimatta yritysten ydintehtävä ei ole muuttunut mihinkään. Sen sijaan muuttunut on yritysten lisääntynyt halu vaikuttaa omalla toiminnallaan yhteiskuntavastuun eri osa-alueisiin. Motiiveina tälle on eri tutkimuksissa löydetty muun muassa maineen hallinta, sisäisen tehokkuuden tavoittelu, sisäisen sidosryhmän paine ja toimintaympäristöön liittyvä ympäristö- tai muu ongelma, joka halutaan ratkaista. Lisäksi joillakin toimialoilla ulkoisten sidosryhmien, kuten esim. kansalaisjärjestöjen taholta tuleva painostus tai lainsäädännön kiristymisen uhka lisäävät yritysten motivaatiota vastuullisen toiminnan parantamiseen.⁷⁰ Ollakseen uskottava on yrityksen itse todella sitouduttava niihin eettisiin periaatteisiin, joiden nimeen se julkisesti vannoo.⁷¹

Osakeyhtiöoikeudessa yhteiskuntavastuuta tarkastellaan johdon huolellisuusvelvollisuuden ja siihen liittyvän liiketoimintapäätösperiaatteen kautta, jolloin yhteiskuntavastuu realisoituu johdon vahingonkorvausvastuuna.⁷² Asiaa voidaan ajatella esimerkiksi seuraavan ajatuskulun kautta: yhtiön vas-

68 Vehkaperä 2003, s. 22–24.

69 Sorsa 2010, s. 17.

70 Sorsa 2010, s. 17–18.

71 Mähönen 2005, s. 38.

72 Mähönen & Villa 2006, s. 82.

tuu työntekijöitä, markkinoita ja kuluttajia – eli yhteiskunnallisia toimijoita – kohtaan aktualisoituu lähinnä korvausvastuuna tai velvollisuutena maksaa hallinnollisia maksuja kilpailuoikeudellisten rikkomusten vuoksi. Tämä maksuvelvollisuus puolestaan alentaa osakkeenomistajien residuaalivoittoa. OYL 1:8:n mukaan johdon tehtävänä on huolellisesti toimien edistää yhtiön etua. Residuaalivoiton aleneminen yhtiön johdon huolimattoman toiminnan vuoksi tarkoittaa sitä, että johto on rikkonut fidusiaarisia velvollisuuksiaan osakkeenomistajia kohtaan. Tämä johtaa korvausvastuun aktualisoitumiseen. Tähän perustuen osakkeenomistajakeskeisen ajattelutavan voidaan nähdä kannustavan johtoa ottamaan huomioon yhteiskuntavastuu osakkeenomistajien intressissä.⁷³ Tavoiteltaessa voittoa pitkällä aikavälillä ei pelkästään lain vähimmäisvaatimusten noudattaminen kuitenkaan yleensä riitä, vaan yhteiskunnallisesti hyväksytyjen menettelytapojen käyttäminen on välttämätöntä.⁷⁴

Voidaan väittää, että yhteiskuntavastuuseen panostaminen aiheuttaa kuluja, mikä on pois yhtiön tuotosta ja siten myös pois osakkeenomistajilta. Toisaalta yhteiskuntavastuuseen panostamisen voidaan esittää lisäävän tuottoja muun muassa yhtiön maineen parantumisen ja tehokkuuden lisääntymisen kautta. Mikä on lopulta totuus? Voidaanko yhteiskuntavastuuseen panostamalla todella vaikuttaa yhtiön tuottoihin positiivisesti huolimatta siitä aiheutuvista kustannuksista? Toisin sanoen: onko yhteiskuntavastuuseen panostaminen pois yhtiön tuotosta, siten osakkeenomistajien edun vastais- ta ja lopulta siis ristiriidassa OYL 1:5:n kanssa? Seuraavassa esittelen kaksi vastakkaista näkemystä yhtiön yhteiskuntavastuusta, minkä jälkeen käyn lyhyesti läpi, millaisia tuloksia empiirisissä tutkimuksissa on saatu tutkittaessa yhteiskuntavastuun ja yhtiön taloudellisen tuloksen välistä suhdetta.

4.1 Näkökulma yhtiön yhteiskunnallista vastuuta vastaan

Perinteisen taloustieteen neoklassisen koulukunnan edustajat ovat sitä mieltä, että yhteiskuntavastuun ja voiton maksimoinnin välillä on ristiriita. Yhtiön johdon tulisi heidän mukaansa tehdä päätöksiä tähdäten ainoastaan yhtiön pitkän ajan markkina-arvon maksimoimiseen ja sitä kautta myös

⁷³ Mähönen 2005, s. 38.

⁷⁴ Airaksinen et al. 2010, s. 31.

omistajien hyvinvoinnin maksimoimiseen.⁷⁵ Neoklassisen koulukunnan edustaja, taloustieteen nobelisti Milton Friedman, kirjoitti vuonna 1970:

”There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profit so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud.”

Koulukunnan mukaan yhtiön ainoa vastuu on vastuu osakkeenomistajia kohtaan. Jo tuolloin Friedman esitti johdon olevan osakkeenomistajien agentti. Siten johdon vastuulla on toimia puhtaasti osakkeenomistajien intresseissä, eikä johdolla ole oikeutta uhrata osakkeenomistajien hyvinvointia muiden osapuolten hyödyksi. Friedman totesi, että yhtiöiden toiminnan vaikutusten arviointi suhteessa muihin sidosryhmiin on valtion tehtävä, ja potentiaaliset vaikutukset tulee huomioida muun muassa verotuksessa ja muussa sääntelyssä.⁷⁶ Yritysten ei siis tarvitse osallistua yhteiskunnallisiin toimenpiteisiin, sillä niistä asioista huolehtiminen on valtion ja sitä tarkoitusta varten perustettujen järjestöjen tehtävä. Friedman hyväksyi kuitenkin sellaisen yhteiskuntavastuullisen toiminnan, joka hyödyttää yritystä taloudellisesti esim. alhaisempien verojen muodossa.⁷⁷ Lisäksi Friedman edellytti voiton maksimoinnilta sitä, että se toteutetaan voimassa olevan lainsäädännön ja yhteiskunnan perussääntöjen puitteissa.⁷⁸ Koska yhteiskuntavastuu katsotaan nykyään vakiintuneesti toiminnaksi, joka ylittää voimassa olevan lainsäädännön noudattamisen, ei tätä kuitenkaan voida siten pitää aitona yhteiskuntavastuuna nykyisellä mittapuulla. Edellä esitellyistä yhteiskuntavastuun käsitteen taustalla olevista ideologioista omistajälähtöinen ideologia vaikuttaisi olevan neoklassisen koulukunnan yhteiskuntavastuukäsityksen taustalla.

Osakkeenomistajakeskeistä ajattelua on perusteltu juuri osakkeenomistajien asemalla yhtiön omistajina ja heidän viimekätisellä riskillään yhtiön menestymisestä tai menestymättömyydestä. Myös tehokkuusnäkökohtiin on vedottu: osakkeenomistajien voitontavoittelu edistää taloudellista tehokkuutta. Johdon huomion ja toiminnan kohdistaminen ainoastaan yhteen

75 Bird et al. 2007, s. 189.

76 Friedman Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. The New York Times, September 13 1970, s. 32–33.

77 Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 5–7.

78 Koch 2010, s. 271.

tavoitteeseen on tehokasta ja osakkeenomistajien asettaminen etusijalle kasvattaa sosiaalista hyvinvointia, jolloin useat sidosryhmät hyötyvät. Lisäksi, jos johdolle asetettaisiin velvollisuuksia muitakin sidosryhmiä kohtaan, heidän olisi mahdotonta tasapainoilla sidosryhmien eriävien intressien välillä, jolloin johto tekisi huonoja päätöksiä.⁷⁹

Vaikka yhteiskuntavastuusta huolestuneet pitävät usein tuottoihin keskittyviä yhtiöitä vastuuttomina, ei totuus välttämättä ole tämä. Väitetään, että itse asiassa tuottoihin keskittyvä yhtiö toteuttaa nimenomaan optimaalisesti yhteiskunnallisesti vastuullista käyttäytymistä.⁸⁰ Modernin yrityksen teoria perustuu oletamaan, jonka mukaan osakkeenomistajien edun ja voiton tuottamisen korostaminen palvelee myös yrityksen toimintaympäristöä ja koko yhteiskuntaa. Taloudellisesti menestyvä yritys pystyy investoimaan, kasvattamaan liikevaihtoaan ja työllistämään. Myös veronsaajan ja yhteiskunnan osuus yritystulosta kasvaa, kun yrityksen voitto kasvaa.⁸¹

4.2 Näkökulma yhteiskuntavastuun puolesta

Yhteiskuntavastuun puolestapuhujien mukaan globalisaation ja verkostotalouden aikana ajatus yhtiöstä, jonka johto pyrkii ainoastaan täyttämään osakkeenomistajien tarpeet, ei ole kestävä.⁸² Näiden niin sanotun stakeholder-teorian kannattajien mukaan johdon tulisi kiinnittää huomiota myös muihin sidosryhmiin kuin yksin osakkeenomistajiin, ja heidän intressinsä tulisi myös huomioida päätöksenteossa.⁸³ Johdon velvollisuutena on siten luoda optimaalisesti arvoa kaikille yhteiskunnan toimijoille, joihin yhtiön päätöksenteko vaikuttaa. Kaikkia sidosryhmiä pitäisi kohdella ikään kuin päämääränä, eikä keinona jonkin päämäärän saavuttamiseksi. Näkemys korostaa sidosryhmien tasa-arvoisuutta ja eri sidosryhmien oikeutta vaikuttaa, sillä yhtiön johdon tekemät päätökset vaikuttavat myös heihin. Menestykseen ei stakeholder-teorian mukaan riitä pelkästään voiton tuottaminen osakkeenomistajille.⁸⁴

79 Ks. esimerkiksi Keay 2008, s. 667–669 lähteineen.

80 Coors & Winegarden 2005, s. 10.

81 Mähönen & Villa 2006, s. 245.

82 Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 5.

83 Bird et al. 2007, s. 189.

84 Ks. esimerkiksi Keay 2008, s. 673–675 lähteineen.

Ongelmaksi kuitenkin muodostuu se, miten eri sidosryhmien intressejä arvostetaan.⁸⁵ Eri sidosryhmillä on erilaiset tavoitteet, jotka voivat olla keskenään pahasti ristiriidassa.⁸⁶ Teoria ei tarjoa vastausta siihen, miten johdon tulisi huomioida eri sidosryhmien keskenään ristiriidassa olevat intressit ja mikä painoarvo niille kullekin tulisi antaa.⁸⁷ On esitetty, että yhtiöllä voi olla vain yksi tavoite, johon se pyrkii – oli se sitten markkina-arvon kasvattaminen tai jokin muu. Useaan tavoitteeseen pyrkiminen ei ole mahdollista ja estää yhtiön menestymisen kilpailussa.⁸⁸ Yhden tavoitteen politiikka puolestaan ohjaa johtoa ja mahdollistaa johdon toiminnan arvioinnin.⁸⁹ Pahimmassa tapauksessa sidosryhmäteorian soveltaminen yhtiössä johtaa siihen, että johto ajaa omien intressiensä mukaista tavoitetta yhteiskunnan ja muun muassa velkojensa kustannuksella. Tällöin yhteiskunnan hyvinvointi heikkenee.⁹⁰ Lisäksi eri sidosryhmien painoarvo yhtiölle riippuu jokaisen suhteen ja toimialan erityispiirteistä ja sidosryhmien tärkeys voi vaihdella eri aikoina.⁹¹ Tässä vaiheessa on hyvä muistaa, että myös osakkeenomistajat ovat yksi yhtiön sidosryhmistä.

Kaikkien sidosryhmien edun ajaminen tasapuolisesti ei mitenkään voi olla mahdollista, eikä yhtiö, joka keskittyy ainoastaan kaikkien sidosryhmiensä miellyttämiseen ole todennäköisesti toiminnassa kovinkaan kauan.⁹² Johdon on siis priorisoitava eri sidosryhmät sen mukaan, kuinka tärkeitä ne ovat yhtiölle.⁹³ Lisäksi sidosryhmäajattelun käytännön ongelmana on, että siinä jätetään yksilöimättä johdon konkreettiset velvollisuudet kutakin sidosryhmää kohtaan. Tuolloin sidosryhmien asema jää epäselväksi, eivätkä sidosryhmän jäsenet ole selvillä omista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan.⁹⁴

Yritysten yhteiskuntavastuun kannattajat vetoavat myös yritysten, niiden toimintaympäristön ja koko yhteiskunnan muuttumiseen. Hierarkkista organisaatioista on siirrytty verkostojen maailmaan. Verkostojen myötä

85 Coors & Winegarden 2005, s. 10.

86 Bird et al. 2007, s. 190.

87 Bird et al. 2007, s. 190.

88 Jensen 2001, s. 300–301.

89 Keay 2008, s. 665.

90 Jensen 2001, s. 304–306. Ks. myös Keay 2008, s. 664.

91 Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 9.

92 Coors & Winegarden 2005, s. 10.

93 Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 9.

94 Mähönen & Villa 2006, s. 82.

liiketoiminta edellyttää useiden yhtiöiden ja muiden toimijoiden panosta. Myös kilpailu on koventunut huomattavasti Friedmanin ajoista. Asiakkailta on enemmän vaihtoehtoja ja erityisesti internetin ansiosta enemmän tietoa. Koska useat eri sidosryhmät vaikuttavat monimutkaistuneessa toimintaympäristössä yhtiöiden tulokseen, on ne myös otettava huomioon. Tällöin voidaan esittää kysymys, voiko yhtiö tässä tilanteessa maksimoida voittonsa, jos se keskittyy täyttämään vain osakkeenomistajien tarpeet. Informaatioteknologian kehittymisen ja erityisesti internetin myötä myös eri järjestöjen vaikuttamismahdollisuudet ovat parantuneet. Tämä on kasvattanut yhtiöiden maineriskiä, joka voi vaikuttaa yhtiöiden markkina-arvoon. Kilpailussa lain ja moraalिसääntöjen noudattamisella on suuri merkitys. Lisäksi markkinoiden epätäydellisyys vaikuttaa siten, että markkinatasapaino ei maksimoi yhteiskunnan kokonaishyötyä. Muun muassa näistä syistä puhtaan osakkeen arvon maksimoinnin ei katsota takaavan menestystä, eikä sitä voida pitää ainoana perustavanlaatuisena periaatteena yhtiön johdossa.⁹⁵ On kuitenkin huomattava, että OYL 1:5:n tulkinnassa on katsottu, että voitontuottamistarkoitus ei välttämättä tarkoita yksinomaan osakkeen arvon maksimointia.

4.3 Yhteiskuntavastuun ja yhtiön taloudellisen menestyksen välinen korrelaatio

Yhteiskuntavastuun toteuttamisen taloudellisista vaikutuksista ollaan kahta mieltä. Yhteiskuntavastuun toteuttamisen on sanottu vaikuttavan yhtiön tulokseen positiivisesti. Tätä vaikutusta on selitetty muun muassa parantuneena työntekijöiden tuottavuutena ja maineen sekä luottamuksen parane misena. Toisaalta yhteiskuntavastuuseen sijoittamista on myös pidetty yhtiön taloudellisen menestyksen kannalta ongelmallisena, sillä useimmat yhteiskuntavastuun muodot siirtävät huomion osakkeenomistajien panoksen arvon maksimoinnista muiden sidosryhmien intresseihin, mikä kasvattaa yhtiön kustannuksia. Yhteiskuntavastuutoimien on sanottu myös alentavan kilpailukykyä ja heikentävän tulosta resurssien tehottoman käytön vuoksi, rajoittavan tuotekehitystä ja kannustavan tuottamattomiin yhteiskunnallisiin toimintoihin.⁹⁶

⁹⁵ Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 7–8.

⁹⁶ Shen & Chang 2009, s. 134.

Joissakin tutkimuksissa on havaittu positiivinen korrelaatio yrityksen tuoton tai yrityksen taloudellisen arvon ja yhteiskuntavastuun toteuttamisen välillä, kuten myös tuoton ja ympäristövastuun välillä.⁹⁷ Toisaalta myös päinvastaisia tutkimustuloksia on esitetty: yrityksen markkina-arvon ja yhteiskuntavastuun välistä yhteyttä ei ole löydetty. Joissakin tapauksissa on todettu jopa negatiivinen vaikutus.⁹⁸ Tutkimukset on kuitenkin tehty erilaisista näkökulmista, erilaisella datalla ja erilaisin metodein, mistä johtuen ei ole mikään yllätys, että universaalia ja selkeää vastausta ei ole löytynyt.⁹⁹

Yhteiskuntavastuun monitahoisuus tekee korrelaation mittaamisesta vaikeaa. Yhteiskuntavastuuta voidaan toteuttaa lukuisilla tavoilla, kuten edellä on todettu. Onkin mahdollista, että osa näistä tavoista vaikuttaa positiivisesti yhtiön taloudelliseen menestykseen muiden keinojen ollessa yhdentekeviä tai jopa haitallisia taloudellisen menestyksen kannalta.¹⁰⁰ Vastuullisuus voi siis tuoda kilpailuetua esimerkiksi sijoittaja-, rekrytointi- ja kuluttajamarkkinoilla.¹⁰¹ Se ei kuitenkaan ole automaattinen seuraus yhteiskuntavastuullisesta toiminnasta.

5 Johtopäätöksiä

Osakeyhtiön toiminnan tarkoitus on lähtökohtaisesti voiton tuottaminen osakkeenomistajille. Merkittävässä roolissa voitontuottamistarkoituksen toteuttamisessa on yhtiön johto, jonka on päätöksenteossaan huolellisesti toimien edistettävä yhtiön etua. Yhtiön edun on vakiintuneesti katsottu samaistuvan osakkeenomistajan etuun. Yhteiskuntavastuun puolestapuhujat ovat väittäneet, että tällainen omistajalähtöinen näkemys unohtaa yhtiöiden yhteiskuntavastuun eikä ota huomioon yhtiön muita sidosryhmiä kuin osakkeenomistajat. Yhteiskuntavastuun vastustajat puolestaan väittävät, että yhtiön tehtävä ei ole huolehtia yhteiskunnallisista epäkohdista. Toisaalta heidän näkemyksensä mukaan voiton tavoittelu maksimoi myös yhteiskunnallisen hyödyn.

97 Koch 2010, s. 271; Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 12.

98 Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010, s. 12.

99 Schreck 2011, s. 170.

100 Schreck 2011, s. 169 ja 184.

101 Vastuullinen yritystoiminta – käytäntöjä suomalaisissa yrityksissä 2006, s. 4.

On selvää, että osakeyhtiö ei ole mikään yhteiskunnasta erillinen yksikkö, vaan sen on otettava huomioon useita sidosryhmiä toiminnassaan. Liiketoimintaa tehdään valtavassa suhteiden verkostossa, joka koostuu useista tahoista, joilla on erilaiset intressit. Yhtiön toiminnan tulee olla vastuullista ja eettistä – tätähän edellytetään jo OYL:n perusteluissakin – mutta yhtiön johdon on kuitenkin aina pidettävä mielessään yhtiön toiminnan tarkoitus päätöksenteossaan. Vaikka johdon onkin huomioitava useita sidosryhmiä strategisessa päätöksenteossaan, sen on kuitenkin myös aina arvioitava päätöksissään niiden vaikutus yhtiön markkina-arvoon.¹⁰²

Toinen kysymys on, kuinka laajalle yhteiskunnallinen vastuu tulee ulottaa. Selvää on, että yhtiön on noudatettava voimassa olevaa lainsäädäntöä, joka osaltaan säätelee yhteiskunnallista vastuuta. Vallitseva näkemys tuntuu kuitenkin olevan, että pelkkä lainsäädännön noudattaminen ei tee yhtiöstä vielä yhteiskunnallisesti vastuullista. Mielestäni ei kuitenkaan ole kestävä ajatus laajentaa yhtiön yhteiskunnallista vastuuta laajan vastuun ideologian mukaiseksi. Mikäli oletama olisi, että osakeyhtiön toiminnan tarkoitus on pääsääntöisesti jokin muu kuin voiton tuottaminen osakkeenomistajille, sijoittajien löytäminen yritystoiminnan pyörittämiseksi voisi olla laajassa mittakaavassa jokseenkin mahdotonta. Tuolloin liiketoiminta vaikeutuisi huomattavasti, mikä puolestaan vähentäisi myös yhteiskunnan hyvinvointia. Menestyksekkäällä yritystoiminnalla luodaan työpaikkoja, osallistutaan yhteiskunnan kehittämiseen ja ylläpitoon verotuksen kautta sekä kohennetaan hyvinvointia erilaisten innovaatioiden myötä. Tämä ei ole mahdollista ilman tuottoisia yhtiöitä. Lisäksi on havaittu, että taloudellisesti menestyvät yhtiöt usein myös panostavat yhteiskuntavastuuseen, koska niillä on siihen varaa.¹⁰³ On myös huomattava, että valtio on osakkeenomistajan roolissa useassa pörssi-yhtiössä. Siten on myös valtion kannalta tärkeää, että näiden yhtiöiden johto pyrkii toteuttamaan OYL 1:5:n mukaista voitontuottamistarkoitusta.

OYL:n olemassaolon taustalla on nimenomaan yritys ja tietyn yhtiömuodon sääntely. Yhtiö on todennäköisesti alun perin perustettu sen vuoksi, että omistaja saisi siitä tuottoja. Yhtiön toiminta on käytännössä mahdollista

102 Bird et al. 2007, s. 191.

103 Shen & Chang 2009, s. 135.

ainoastaan silloin, kun sen asiakkaat ovat halukkaita hankkimaan sen tarjoamia tuotteita tai palveluita. Lisäksi yhtiön on toimiakseen saatava taloudellista pääomaa, työvoimaa, raaka-aineita ja muita panoksia vastiketta vastaan. Yhtiön toiminta on mahdollista niin kauan, kuin panosten tuottajat ovat halukkaita tarjoamaan panoksensa yhtiölle. Tästä johtuen yhtiön täytyy olla tuottava voidakseen täyttää velvollisuutensa. Ilman tuottoa yhtiön toiminta ei jatku. Näin ollen voiton tavoittelua ei voida nähdä ainoastaan ahneutena ja oman edun tavoitteluna. Se on välttämätön ehto yritystoiminnan jatkumiselle.¹⁰⁴

Empiirisissä tutkimuksissa ei ole pystytty todistamaan aukottomasti yhteiskuntavastuun positiivista vaikutusta yhtiön taloudelliseen tulokseen: joissakin tutkimuksissa positiivinen vaikutus on löydetty, toisissa taas yhteyttä ei ole löydetty. Osassa on tultu jopa negatiivisen vaikutuksen lopputulokseen. Näin ollen mitään universaalia vastausta siihen, onko yhteiskuntavastuuseen panostaminen kannattavaa yhtiön taloudellisen tuloksen kannalta ja siten osakkeenomistajien edun mukaista, ei voida antaa. Yhteiskuntavastuuseen kuuluu kuitenkin lukuisia eri elementtejä. Onkin mahdollista, että osa näistä elementeistä vaikuttaa positiivisesti ja osa puolestaan negatiivisesti. Lisäksi yhtiöt toimivat erilaisissa toimintaympäristöissä ja kulttuureissa, millä täytyy olla vaikutuksia siihen, miten yhteiskuntavastuu kussakin toimintaympäristössä nähdään. Myös toimiala vaikuttanee yhteiskuntavastuun merkitykseen yhtiön tuloksen kannalta.

Vastaus siihen, onko yhteiskuntavastuu ristiriidassa osakeyhtiön toiminnan tarkoituksen kanssa, riippuu useasta tekijästä. Oleellista on ensinnäkin yhteiskuntavastuun käsitteen sisältö. Lähtökohta nykykäsityksen mukaan siis on, että yhteiskuntavastuullinen yhtiö ei tyydy pelkkään lain minimivaatimusten täyttämiseen, vaan toteuttaa sidosryhmiin ja koko ympäröivään yhteiskuntaan kohdistuvia yhteiskuntavastuullisia toimenpiteitä laajemmin. Voitaneen ajatella, että jos toimenpiteet vaikuttavat positiivisesti yhtiön tuottoon esim. tehokkaamman toiminnan ja uusien asiakkuuksien kautta, eivät toimenpiteet ole ainakaan ristiriidassa voitontuottamistarkoituksen kanssa olettaen, että yhteiskuntavastuuseen sijoitettu panos ei ole suurempi kuin saavutettu hyöty. Jos taas vaikutus on negatiivinen, kuten joissakin tut-

104 Koch 2010, s. 274.

kimuksissa on osoitettu, on kysymys vaikeampi. Tutkimustulosten ollessa ristiriitaisia johdon on tehtävä päätös parhaan kykynsä mukaan.

Yhteiskuntavastuun toteuttamisella on kuitenkin oltava yhteys voitontuottamistarkoitukseen. Jos näin ei ole, on kyseessä OYL 13:1.3:ssa säädetty laiton varojenjako, sillä yhtiön resursseja käytetään tuolloin yhtiön tarkoituksen vastaisiin tarkoituksiin.¹⁰⁵ On kuitenkin huomattava, että OYL:n perustelujen mukaan voiton tuottamisen tarkoituksen mukaista on usein myös yhtiön toimintaan liittyvä hyväntekeväisyystoiminta ja tavanomaisten lahjojen antaminen.¹⁰⁶ Yhtiö voi myös OYL 13:8:n mukaan lahjoittaa rahaa yleishyödylliseen tai siihen rinnastettavaan tarkoitukseen, jos lahjoituksen määrää voidaan pitää käyttötarkoitukseen ja yhtiön tilaan sekä muihin olosuhteisiin nähden kohtuullisena.

Arvioitaessa juridisesti yhteiskuntavastuuta yhtiön tarkoituksen kannalta olennaista on nimenomaan johdon toiminta. Mikäli johto on noudattanut päätöksenteossään huolellisuus- ja lojaliteettivelvollisuuttaan ja tehnyt päätöksen toiminnasta kaiken sillä hetkellä käytettävissä olevan tiedon perusteella huolellisesti harkiten, ei toimenpiteitä voida pitää OYL:n vastaisina, vaikka ne osoittautuisivatkin kannattamattomiksi. Näin ollen, jos yhteiskuntavastuuta pidetään strategisena työkaluna kilpailukyvyyn saavuttamiseksi, ei se ole ristiriidassa voitontuottamistarkoituksen kanssa, mikäli johto on tehnyt yhteiskuntavastuun toteuttamiseen liittyvät ratkaisut OYL 1:8:n huolellisuus- ja lojaliteettivelvollisuutta noudattaen. Toisaalta, jos yhteiskuntavastuu nähdään laajan vastuun ideologian mukaisena, jolloin yhtiön tehtävänä pidetään yhteiskunnan hyvinvoinnin ja elämänlaadun edistämistä, on yhteiskuntavastuu ristiriidassa OYL 1:5:n lähtökohdan kanssa. Laajan vastuun näkemys on siten osakeyhtiölain olettamasaännön vastainen. Nykyinen OYL kuitenkin mahdollistaa osakeyhtiölle yhtiöjärjestysmääräyksellä niin haluttaessa myös muun tarkoituksen kuin voitontuottamistarkoituksen. Tällainen muu tarkoitus voi olla yhteiskunnallinenkin.

Voidaankin todeta, että yhteiskuntavastuun toteuttaminen on yksi osa voitontuottamistarkoituksen toteuttamista. Yhtiön muiden sidosryhmien

105 Mähönen & Villa 2006, s. 95.

106 HE 109/2005 vp, s. 39.

tai muun yhteiskunnan tai ympäristön etu ei voi olla yhtiön ensisijainen päämäärä ja siten asettua voitontuottamistarkoituksen edelle.¹⁰⁷ Etusijalle on asetettava taloudellisen vastuun kantaminen. Yhtiön tulee tuottaa taloudellista lisäarvoa yhteiskunnalle ja vastata omistajien tuotto-odotuksiin. Vastuullinen yritys pyrkii kuitenkin tähän tavoitteeseen kestäväen kehityksen ehdoilla, ei hinnalla millä hyvänsä. Tällaisen toimintatavan on sanottu myös tuottavan osakkeenomistajille parhaan mahdollisen tuloksen pitkällä aikavälillä.¹⁰⁸

107 Mähönen & Villa 2006, s. 95.

108 Kalpala 2004, s. 14.

Lähteet

Kirjallisuus

Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa: Osakeyhtiölaki I. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy. Helsinki 2010. (Airaksinen et al. 2010)

Bird, Ron – Hall, Anthony D. – Momentè, Francesco – Reggiani, Francesco: What Corporate Social Responsibility Activities are Valued by the Market? *Journal of Business Ethics*. Vol. 76. No 2. 2007, s. 189–206. (Bird et al. 2007)

Coors, Andrew C. – Winegarden, Wayne: Corporate Social Responsibility – or Good Advertising? *Regulation*. Vol. 28. No 1. 2005, s. 10–11. (Coors & Winegarden 2005)

Ellsworth, Richard R.: *Leading with Purpose: the New Corporate Realities*. Stanford University Press. Stanford, California 2002. (Ellsworth 2002)

Garcia de Madariaga, Jesús – Rodriguez de Rivera Cremades, Fernando: Corporate Social Responsibility and The Classical Theory of the Firm: Are Both Theories Irreconcilable? *Revista Innovar Journal*. Vol. 20. No 37. 2010, s. 5–19. (Garcia de Madariaga & Rodriguez de Rivera Cremades 2010)

Hansmann, Henry – Kraakman, Reinier: The End of History for Corporate Law. *Georgetown Law Journal*. Vol. 89. No. 2. 2001, s. 439–468. (Hansman & Kraakman 2001)

Jensen, Michael C.: Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *European Financial Management*. Vol. 7. No. 3. 2001, s. 297–317. (Jensen 2001)

Kalpala, Asmo: Johdantopuheenvuoro. Teoksessa Järvinen, Raija (toim.): *Yhteiskuntavastuu – Näkökulmia yritysten ja julkisyhteisöjen yhteiskunnalliseen vastuuseen*, s. 13–16. Tampere University Press. Vammala 2004. (Kalpala 2004)

Keay, Andrew: Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model. *The Modern Law Review*. Vol. 71. No 5. 2008, s. 663–698. (Keay 2008)

Koch, Carsten: An Ethical Justification of Profit Maximization. *Society and Business Review*. Vol. 5. No 3. 2010, s. 270–280. (Koch 2010)

Kyläkallio, Juhani – Irola, Olli – Kyläkallio, Kalle: *Osakeyhtiö*. Edita Publishing Oy. Helsinki 2008. (Kyläkallio et al. 2008)

Mähönen, Jukka: *Kansainväliset tilinpäätösstandardit ja yhtiöoikeus*. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005. (Mähönen 2005)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: *Osakeyhtiö I. Yleiset opit*. WSOY. Helsinki 2006. (Mähönen & Villa 2006)

Neilimo, Kari: Yrityksen yhteiskuntavastuu ja hyvä yrityksen johtaminen. Teoksessa Järvinen, Raija (toim.): *Yhteiskuntavastuu – Näkökulmia yritysten ja julkisyhteisöjen yhteiskunnalliseen vastuuseen*, s. 125–137. Tampere University Press. Vammala 2004. (Neilimo 2004)

Schreck, Philipp: Reviewing the Business Case for Corporate Social Responsibility: New Evidence and Analysis. *Journal of Business Ethics*. Vol. 103. No 2. 2011, s. 167–188. (Schreck 2011)

Shen, Chung-Hua – Chang, Yuan: Ambition Versus Conscience, Does Corporate Social Responsibility Pay off? The Application of Marching Methods. *Journal of Business Ethics*. Vol. 88. Supplement 1. 2009, s. 133–153. (Shen & Chang 2009)

Sorsa, Kaisa: Itsesääntely ja yhteiskuntavastuu. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisu 45/2010. Saatavilla osoitteesta: www.tem.fi/files/27364/TEM_45_2010_netti.pdf. (Sorsa 2010)

Toiviainen, Heikki: Poliitiikan kummisedät – pohdintoja erityisesti säätiön oikeudesta tukea poliittisia puolueita ja antaa vaaliavustuksia. *Edilex* 2010/1. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/6724 (Toiviainen 2010)

Toiviainen, Heikki: Yrityksen yhteiskuntavastuu ja corporate governance. Näkökulmia suuren yrityksen legitimitettiin ja kilpailukykyyn 21. vuosisadalla. Teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): *Business Law Forum* 2004, s. 389–435. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitos. Helsinki 2004. (Toiviainen 2004)

Vastuullinen yritystoiminta – käytäntöjä suomalaisissa yrityksissä. Elinkeinoelämän keskusliiton julkaisu 2006. Saatavilla osoitteesta: www.ek.fi/ek/fi/tutkimukset_julkaisut/arkisto/2006/Vastuullinen_yritystoim.pdf (Vastuullinen yritystoiminta – käytäntöjä suomalaisissa yrityksissä 2006)

Vehkaperä, Mari: Yrityksen yhteiskuntavastuu – vastuuta voittojen vuoksi? Jyväskylän yliopiston taloustieteellisen tiedekunnan julkaisu 135/03. Jyväskylä 2003. (Vehkaperä 2003)

Virallislähteet

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi. HE 109/2005 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi. HE 27/1977 vp.

Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Neuvostolle ja Euroopan talous- ja sosiaalillemitealle – Kasvua ja työllisyyttä edistävän kumppanuuden toteuttaminen: Euroopasta esikuva yritysten yhteiskuntavastuun alalla. KOM(2006) 136 lopullinen. (KOM(2006) 136 lopullinen)

Kirjallisuutta

The Rise of the Uncorporation

Ribstein, Larry E.

Oxford university press, 2010. 256 sivua.

Markus Kari

1 Johdanto

Vaikka professori Larry E. Ribsteinin *The Rise of the Uncorporation* ilmestyi jo toissa vuonna, se on syytä nostaa esille runsaslukuisen yhdysvaltalaisen yhteisöoikeutta sekä law and economics -suuntausta käsittelevän kirjallisuuden joukosta sen saavuttua nyt myös Helsingin yliopistokirjaston kokoelmiin. Syy tähän on ennen kaikkea tapa, jolla Ribstein onnistuu yhdistämään oikeudellisen tutkimuksen, historiallisen analyysin ja (oikeus)taloustieteellisen näkökulman. Liiketoiminnan sääntely on luonteeltaan jatkuvasti muuttuvaa. Yhdysvaltalaisessa yhteisöoikeudessa yksityinen sopiminen ja osavaltioiden välinen regulaatiokilpailu talttaavat aukkoja sääntelymuuriin ja ”pilaavat” lainsäätäjien suunnitelmat. Tämän dynamiikan Ribstein pyrkii hahmottamaan omaperäisellä ja kriittisellä otteella. Tietyille vakiintuneille käsityksille haasteen tarjoavien ajatusten voisi olettaa kiinnostavan myös suomalaista lukijaa – ei ainoastaan siitä syystä, että yhtiöoikeutemme voi eräällä tavalla katsoa ”anglo-amerikkalaistuneen” viime aikoina, erityisesti vuoden 2006 osakeyhtiölain myötä.

Uncorporation-käsite on ymmärtääkseni peräisin vuodelta 2005. Tuolloin Ribsteinin Illinoisin yliopistoon järjestämästä konferenssista julkaistiin sarja artikkeleita, joissa kussakin pohdittiin käsitteen teoreettisia mahdollisuuksia. Kyseessä on erottelu yhteisön oikeudellisen olemuksen eräissä ydinkysymyksissä: minkälainen hierarkkinen rakenne yhtiöllä on, missä määrin yhtiölle keskeisistä kysymyksistä voidaan sopia ja millä tavalla rajoitettu vastuu toteutuu. *Ei-korporaatio* on jotakin, mitä korporatio ei ole, molempien ollessa markkinoilla toimivia yhteisöjä. Uncorporation on tämän käsitteellisen ulottuvuutensa lisäksi myös tutkimuksellinen ohjelmanjulistus. Ribstei-

nin esittämä keskeinen väite on, että yhteisöoikeudellisessa tutkimuksessa (*study of business entities*) ei ole kyse yksinomaan korporaatioiden oikeuden (*corporate law*) tutkimisesta, vaan analyysin kohde tulee pohtia uudelleen yhteisöoikeuden muutoksen aiheuttamien muuttuneiden lähtökohtien mukaan.¹ *Uncorporation* jäi tuotteliaan Ribsteinin viimeiseksi monografiaksi hänen nukuttuaan pois jouluaattona 2011 vain 65 vuoden iässä.

2 Historialliset kehityslinjat selittämässä nykyisyyttä

Yhdysvaltalaisessa yhtiöoikeudessa korporaatiolla on tärkeä merkitys. Ribstein selvittää tätä merkitystä yhtiöoikeudellisen sääntelyn historiallisen kehityslinjan kautta. 1800-luvun aikana korporaatiosta muodostui kasvavan talouden perusyksikkö. Se sai legitimitteettinsä valtiosuvereenilta, joka oli aiemmin käyttänyt korporaatiomuotoa valtiollisten monopolien ja muun markkinatoimintansa organisoimiseen. 1800-luvun mittaan tämä yhtiömuoto onnistui saamaan tärkeitä piirteitä, jotka antoivat sille etulyöntiaseman avoimeen yhtiöön (*partnership*) nähden. Näitä olivat oikeushenkilöllisyys, osakkeiden vaihdettavuus, johdon ja omistuksen erillisyyt, osakkeenomistajien sijoitusten suhteen määräytyvä päätösvalta ja tärkeimpänä rajoitettu vastuu.

Korporaatiolle 1800-luvun mittaan kehittynyt oikeushenkilön asema oli kehityksen kannalta monella tavalla tärkeä seikka. Ensinnäkin se poisti omistajiltaan mahdollisuuden vetää pääomansa pois yhtiöstä mielivaltaisesti. Tämä mahdollisti yhtiön täydellisemmän taloudellisen toimintavapauden ja vahvisti johdon asemaa. Lisäksi yhtiö pelastui myös omistajiensa aiheuttamasta vastuuriskistä – omistajien velkaantuminen ei enää vaarantanut yhtiötä. Suojaa saivat myös omistajat: yhtiön velkojat eivät voineet saada yhtiön omistajia vastuuseen puuttuvasta suorituksesta. Sekä yhtiöllä ja sen omistajilla että kumpienkin velkojilla oli omat, eriytyvät vastuunsa. Juuri nämä tekijät mahdollistivat johdon ja omistuksen eriytymisen sekä pääomamarkkinoiden kehittymisen yritystalouden ympärille. Ne selittävät myös korporaatiomuodon suosiota: hyödyt saadakseen yrityksen oli orga-

1 Ks. Ribstein, Larry E.: Introduction to the "uncorporation". U. Ill. L. Rev. 1 2005. Olen tätä kirja-arvostelua varten kääntänyt sanan "corporation" sanaksi korporaatio, "uncorporation" puolestaan on ei-korporaatio.

nisoiduttava tällä tavalla, eikä partnership-muotoisessa toiminnassa voinut saavuttaa samoja etuja.

Perinteisesti korporaation suosion kasvu on yhdistetty teollisen vallankumouksen aiheuttaman teknistaloudellisen kehityksen aikaansaamaan pääomamarkkinoiden syntyyn ja kansainvälisen kapitalismin nousuun. Ribstein painottaa kuitenkin (luvussa 4), että korporaation nousu ei ollut suinkaan looginen välttämättömyys. Hän viittaa valtion ja korporaatioiden keskeiseen yhteyteen ja argumentoi korporaation kuuluneen teolliseen vallankumoukseen juuri sen vuoksi, että se mahdollisti julkisen vallan kontrollin nousevasta suurteollisuudesta. Eräs keskeinen huomio on, että rajoitettu vastuu nousi keskeiseksi elementiksi samalla kun tort-vastuu laajeni 1900-luvulla ja muodosti merkittävän riskin liiketoimintaan. Valtio tarjosi korporaatio-yhtiömuodolla tavan rajoittaa liiketoimintaan liittyvää riskiä, mutta säänteli vastineeksi yhteisön muotoa ja piti rajoitetun vastuun ainoastaan korporaatiomuodon etuoikeutena. Korporaation menestystarinassa ei ole tästä näkökulmasta katsottuna takana niinkään liike-elämän tarpeet vaan politiikka.

Analysoimalla avoimia yhtiöitä (luvussa 3) Ribstein katsoo, että ne olisivat hyvinkin voineet muuttaa muotoaan täyttämään kehittyvän kapitalismin tarpeet. Avoimet yhtiöt eri muodoissaan² saivat 1800-luvun mittaan modernin muotonsa niin Britanniassa kuin Yhdysvalloissa ja kehittivät passiiviselle sijoittajalle riittävät hallintomuodot. Kehitys määräsi voittajaksi kuitenkin korporaation, joka oli alun perin julkisen vallan tapa organisoida taloudellista toimintaansa. Ribstein liittää (luvussa 4) korporaatioiden kehityksen yhtäältä sääntelyyn, toisaalta markkinavoimiin. Toteamalla (s. 31), että ”*Business associations are not brought fourth by a deity, economists, or other theorists. Rather, they are the product of market forces, political pressures, and parties’ ability to shop for the applicable law*”, hän lähestyy kontekstuaalisen oikeushistorian analyysitapaa. Oikeudellinen muutos kytketään teoksessa sen relevantteihin yhteiskunnallisiin taustatekijöihin sekä teoreettiseen ar-

2 Avoimilla yhtiöillä tarkoitan tässä yhteydessä Ribsteinin kuvailemaa *partnership*-muotoa. Se voi pitää sisällään myös ilman erillistä sopimista syntyvän *general partnershipin* (vrt. avoin yhtiö) lisäksi yhtiömuodot *limited partnership* (vrt. kommandiittiyhtiö), (brittiläisessä oikeudessa merkittäväksi muotoutunut) *joint stock company* sekä (jo merkityksensä menettänyt) *limited partnership association*.

gumentaatioon. Yhtiöoikeudesta niin historiallisista kuin oikeusvertailevista näkökulmista kiinnostuneet tutkijat löytävätkin varmasti mielenkiintoisia näkökulmia tutkimuskohteisiinsa korporaatioiden alkutaipaleilla esitetystä argumentaatiosta. Teos itse on oikeusvertailevalta näkökannalta hyvin suppea. Neljänteen lukuun sisältyy hyvin lyhyt jakso vertailusta Britanniaan ja Manner-Eurooppaan. Laajemman kansainvälisen vertailun puute on varmasti perua siitä, että kirja on amerikkalaisprofessorin paikallisille markkinoille kirjoittama.

Jo kirjan nimestä selviää pyrkimys kerronnallisuuteen ja yhtenäiseen tarinaan. Korporaation ja ei-korporaation tarina jatkuukin (luvussa 5) kohti kehitysvaihetta, jossa korporaatiosta tuli myös pienimuotoisemman yritystoiminnan organisointitapa. Tätä kehitysvaihetta kuvaa parhaiten omistajien halu saavuttaa rajoitettu vastuu ja toisaalta välttää kaksinkertainen verorasitus, joka aiheutuu ensin yhtiön ja sitten sen osakkaan tulon verotuksesta. Ribstein perehtyy (luvussa 6) ei-korporaation uuteen menestykseen. Niin sanottu ”LLC revolution” saatiin Yhdysvalloissa aikaan, kun alun perin syrjäisessä osavaltiossa rajoitettuihin tarkoituksiin syntynyt yhtiömuoto ja verotuksellinen porsaanreikä löysivät toisensa. Liittovaltion veroviranomainen teki lopulta päätöksen, jonka mukaan yhtiöt voivat yritysmuodostaan riippumatta valita avoimen yhtiön kaltaisen verokohtelun. Näin ei-korporaatio – nyt rajoitetulla vastuulla varustettuna – oli houkutteleva valinta etenkin harvainyhtiöissä.

3 Ei-korporaation nykyisyys, tulevaisuus ja (oikeus)taloustieteellinen analyysi

Kun tausta on huolella käsitelty, edetään (luvussa 7) ”LLC-vallankumouksen” aikaansaamien ei-korporaatioiden tarkasteluun. Ribstein selittää tässä, mistä korporaatioissa ja ei-korporaatioissa on kyse. Amerikkalaisessa oikeudessa saman yhtiömuodon sisällä, mutta eri yhtiöiden välillä, esiintyy huomattavaakin vaihtelua siinä, miten ne ovat organisoituneet. Suomalaisen lukijan on syytä huomata, miten monesta asiasta voidaan sopia muun muassa yhteisön hallintoa ja rahoitusrakennetta organisoitaessa. Oma osakeyhtiölakimmekin perustuu nykyisin hyvin vapaalle sopimiselle ja siten Ribsteinin analyysi voi tarjota hyviä eväitä oman lainsäädäntömme tarkasteluun.

Ribsteinin mukaan yhteisöainsäädäntö tarjoaa eräänlaisen vakio-*muotoisen* sopimus pohjan yhtiömuotoa sääteleviin sopimuksiin (*main point is to demonstrate the value of viewing the features of statutory standard forms as coherent sets of terms*). Hän pääättelee, että yhteisösääntely eri osavaltioissa on kehittynyt kohti tehokkaampia muotoja käytännön sopimusvapauden lisääntyessä.

Ei-korporaatio ei ole vain pienten yhtiöiden etuoikeus. Monet isot ja laajalti omistetut sekä etenkin suurta liiketoimintaa omistavat yhteisöt ovat organisoituneet ei-korporaation muotoon. Näihin lukeutuvat sijoitusrahastot ja muut institutionaaliset sijoittajat, jotka ovat kasvattaneet viime vuosikymmeninä omistusosuuttaan ja kontrollivaltaansa listatuissa yhtiöissä. Ei ole samantekevää, millaisen organisaation kautta ne käyttävät taloudellista määräysvaltaansa. Ribsteinin ennustus (luvussa 8) on, että ei-korporaation suosio on kasvamaan päin. Esimerkiksi Yhdysvaltojen viimeaikaiset talousongelmat ajavat yhä useammin liiketoimintaa ei-korporaation muotoon. Samalla myös lainsäätäjät haluaa vaikuttaa kehitykseen, jotta etenkin liittovaltiolla olisi riittävä mahdollisuus ylläpitää talouden sääntelyä. Ribstein pelkää korporaatio- ja ei-korporaatio -muotojen yhdentymistä saman kattosääntelyn alle, mikä heikentäisi yhteisöjen kykyä valita eri organisoitumismuotojen välillä. Hän painottaa, että erottelu on paikallaan ja pyrkii argumentoimaan sen säilyttämiseksi. Luvussa 9 Ribstein esittelee valistuneet arvauksensa lainsäädännön tulevasta kehityslinjoista ja eri yhtiömuotojen kohtaloista.

Ribstein aloittaa taloustieteellisen analyysinsä Ronald Coasesta, joka hahmotteli jo 1930-luvulla yhtiön olemuksen perusteita. Coasesta sai alkunsa myöhemmin ajattelu, jonka mukaan korporaatio on luonteeltaan ennen kaikkea kokoelma sopimuksia, *nexus of contracts*. Ajatus on, että korporaatiomuodossa transaktiokustannukset tulevat pienemmiksi ja toiminta on tehokkaampaa kuin erillisten sopimusten solmiminen markkinoilla. Sopimusverkostoajattelu eri sovellutuksineen on Yhdysvalloissa varsin vakiintunut ja rantautunut osaksi kotimaistakin tapaa hahmottaa yhteisön ja markkinoiden sekä sidosryhmien suhteita. *Uncorporationin* ohjelmanjulistus ja tapa erotella korporaatio ei-korporaatiosta on kuitenkin avoin haaste tälle oikeustaloustieteelliselle ajattelutavalle. Ribsteinin teos osoittaa sopimus-

verkostoajattelun Akilleen kantapäähän: pelkillä osapuolten välisillä sopimuksilla ei saada aikaan kaikkia korporaation oikeusvaikutuksia. Etenkin rajoitettu vastuu perustuu edelleen julkisen vallan lainsäädännöllä antamaan erioikeuteen. Jos liiketoiminnan harjoittaja haluaa nauttia rajoitetun vastuun eduista, hänen tulee valita korporaatiomuoto ja maksaa privilegios- ta julkisen vallan pyytämä hinta (rekisteröintimaksu, erilainen verokohtelu tai muu vastaava). Korporaatio ei ole luonteeltaan vapaaehtoinen sopimus, vaan julkisen vallan muodostama entiteetti. Ribsteinin mukaan sopimusverkostoajattelun hyödyntäminen sopii paremmin ei-korporaatioille, jossa yhteisö organisoidaan *case to case*, osapuolten todellisten tahtotilojen mukaan. Teoriaa tulee sopeuttaa myös ottamaan huomioon ei-korporaatioiden muuttunut asema lainsäädännössä.

Professorit Grant M. Hayden ja Matthew T. Bodie ovat menneet käsillä olevaan teokseen tukeutuen jopa pidemmälle ja ovat valmiita julistamaan *nexus of contract* -teorian ottaneen viimeisen hengenvetonsa. Kirjallisuusartikkelissaan he näkevät teorian enintään abstraktina metaforana, joka ei lähesty todellisuuden kuvausta.³ Näin varmasti onkin ja ongelmiin ajaututaan, jos tutkija sekoittaa abstraktit, käsitteiden hahmottamiseen tarvittavat taloustieteen työkalut ja todellisuuden lähtökohtiin tukeutuvan lainopillisen tai oikeustaloustieteellisen tutkimuksen. Amerikkalaisperäisen law and economics -suuntauksen ”lokalisoinnista” eli kotimaiseen oikeusjärjestykseen soveltamisesta kiinnostuneen kannattaa lukea Ribsteiniä rinnan Haydenin ja Bodien kanssa. Viimeksi mainitusta käy ilmi *nexus of contract* -teorian kehitys ja aiheesta Yhdysvalloissa käyty tieteellinen debatti. Samasta näkökulmasta voisi olla hedelmällistä pohdiskella esimerkiksi oman yhteisölain- säädäntömme ulottuvuuksia. Osakeyhtiölaki, kuten myös esimerkiksi val- misteilla oleva uusi osuuskuntalaki, nojautuvat yleisiin periaatteisiin ja ovat hyvin sallivia eri osapuolten sopimusten varassa oleville järjestelyille.

Yhteisöjen taloustieteellisiin ja oikeudellisiin perusteisiin katsauksen luova toinen luku on hyvää kertausta oikeustaloustieteen sovellutuksista yhtiöoi- keudellisessa tutkimuksessa. Läpi käydään myös julkisen vallan rooli yhtei- söoikeudellisten mallisopimusten luojana sekä se, mikä ratio on useamman

³ Hayden, Grant M. & Bodie, Matthew T.: The Uncorporation and the Unraveling of ”Nexus of Contracts” Theory. 109 Mich. L. Rev. 1127 2010-2011.

kuin yhden yhtiömuodon esiintymisellä. Yhtiöoikeudellisen sääntelyn vaihtoehtojen jälkeen käännetään sen historiallisiin kehityslinjoihin. Havainnollisesti etenevä luku sopii esimerkiksi oikeustaloustieteestä kiinnostuneen ylioppilaan luettavaksi.

4 Lopuksi

Amerikkalaisuuteen kuuluu yleisesti se piirre, että asiat pyritään tekemään kuluttajalle mahdollisimman helpoksi. Käsillä oleva kirjakin noudattaa tätä asiakasystävällistä kulttuurinormia. Samalla kun käsiteltävä aihe on monella tapaa monisyinen ja jopa vaikeaselkoinen, Ribstein onnistuu pitämään esityksen selkeänä. Luettavaa on vain 256 sivua ja tieto on esitetty miellyttävästi muodossa, joka yhdistää kronologisesti etenevän tarinan mielekkäaseen otsikointiin. Tämä ei suinkaan tarkoita sitä, että teksti olisi heikkotaistoista tai epätieteellistä. Tästä on osoituksena esimerkiksi lähes viisisivuinen oikeustapausluettelo. Myös alaviitteet ovat kohdallaan, joten tarkemmin asiaan perehtymistä haluava löytää etsimänsä. Amerikkalaisuuden kääntopuolena on varsin suppea muun maailman oikeustilan selvittäminen. Lukijan on myös hyvä olla perehtynyt Yhdysvaltain oikeusjärjestykseen, sillä teos vaikuttaisi olevan suunnattu lähinnä amerikkalaiselle juristille tai oikeustieteen opiskelijalle.

On selvää, kuten Ribstein itsekin huomaa sivulla 94, että erottelu korporaatio/ei-korporaatio ei ole meillä tai muualla mannereurooppalaisessa oikeudessa lainkaan merkityksellistä, kuten Yhdysvalloissa. Edes Britanniassa sillä ei ole merkitystä. Silti teos sopii hyvin täkäläisenkin yhtiöoikeudesta kiinnostuneen käsiin ja suosittelen vilkaistavaksi vähintään verkossa yleisessä jakelussa olevan ensimmäisen luvun⁴. Ribsteinin näkemyksen (s. 14) mukaan hänen kirjansa on ”*työkalu niiden perusvoimien tutkimiseen, jotka vaikuttavat liiketoiminnan ja sen lainsäädännön evoluutioon*”. Tähän näkemykseen voi yhtyä. Käsillä oleva ”työkalu” huomioi oikeudellisessa analyysissä historian ja taloustieteen opetukset tavalla, josta voi ottaa mallia. Niiden avulla *Uncorporation* pysyy oikeustieteelliseksi teokseksi tuoreena ja analyttisenä. Oikeustieteen tutkija voi löytää siitä ajatusmalleja talouden

4 Saatavilla osoitteesta: <http://ssrn.com/abstract=1463684>

entiteettejä koskevan sääntelyn hahmottamiseksi tai vähintään saada inspiiraatiota. Ribsteinin kysymyksenasettelua voisi hyödyntää myös kotimaisessa akateemisessa tutkimuksessa.

Hyvin jaksotettu ja looginen kirja on oppikirjamainen: sen lukemalla saa käsityksen Yhdysvaltain yhteisöoikeuden kehitystrendeistä ja muutosvoimista niiden takana. Tästä ansiosta kirja sopii myös käytännön juristin luettavaksi tai vähintään silmäiltäväksi. Näin etenkin, jos joutuu toimeensa pohtimaan corporate governancea, kansainvälistä verotusta, rajat ylittävää konserniorganisaatiota tai muita yhtiömuodon valintaan liittyviä kysymyksiä. On vielä ainakin yksi lisäperuste tarttua Ribsteinin kirjaan: voi olla hyödyllistä tietää, minkälaiset tekijät ovat vaikuttaneet yhdysvaltalaisen sopijakumppanin yhtiömuodon valintaan ja millaisen olion kanssa kulloinkin ollaan tekemisissä.