

# OIKEUSTIEDE

## JURISPRUDENTIA

XXXVIII

2005

---

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

*Toimitusneuvosto*

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

*Toimittaja*

Leena Halila

*Tilausosoite*

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2005 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-246-0

ISBN 978-951-855-733-6 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

---

# Sisällys

<i>Leena Halila</i>	Saatteeksi.....	5
<i>Janne Aer</i>	Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta .....	7
<i>Outi Anttila</i>	Sukupuolisyrynnän kieltö Suomen ja EU:n oikeudessa .....	77
<i>Kaarlo Hakamies</i>	Maksukyvytön vai ei? Legaliteettiperiaate ja KKO 2004:46 .....	151
<i>Iiro Lähdevuori</i>	Know your customer -periaate ja asiakkaan sijoitustarpeiden selvittämisvelvollisuus .....	261
<i>Tapio Määttä</i>	Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä. Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa .....	337
<i>Jukka Viljanen</i>	Euroopan ihmisoikeussopimus perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä .....	461
<i>Jussi Virtanen</i>	Laiminlyöjän petos .....	521
Kirjoittajat .....		603
Oikeustiede–Jurisprudentiassa I:1971–XXXVIII:2005 ilmestyneet artikkelit .....		605



---

# Saatteeksi

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja Oikeustiede–Jurisprudentia on ilmestynyt vuodesta 1971 alkaen. Vuosikirja on perustettu julkaisukanavaksi tavanomaista artikkelimittaa laajemmille mutta kirjan muotoa suppeammille tutkimuksille. Vuosikirjan 38 niteessä on ilmestynyt 246 kirjoitusta kaikkiaan 185 henkilöltä. Kahta juhlanumeroa lukuun ottamatta vuosikirjat ovat tarjonneet foorumin laajahkoille oikeudellisille tutkielmille. Tämän vuosikirjan lopussa on hakemisto vuosikirjoissa tähän mennessä ilmestyneistä artikkeleista.

Vuosikirjassa julkaistujen artikkelien kirjo on laajentunut. Vaikka Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tarkoituksiin kuuluu yhä suomalaisen oikeuskielen vaaliminen ja kehittäminen, vuosikirjassa on vähitellen ryhdytty julkaisemaan artikkeleita paitsi molemmilla kotimaisilla myös muilla kielillä. Oikeustieteen kandidaatin tutkinnon tutkielmien tason nousun myötä on ollut mahdollista julkaista parhaita opiskelijoiden opinnäytteitä. Julkaisuluettelo kertoo usean lisensiaattitutkimuksen saaneen sijansa Oikeustiede-vuosikirjassa. Vuosikirja on tarjonnut ja tarjoaa julkaisukanavan myös artikkeliväitöskirjan tekijöille.

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tarkoituksena on tieteellisenä järjestönä edistää oikeustieteen alan tutkimus- ja koulutustoimintaa sekä oikeustieteellisen tutkimuksen julkaisemista ja muuta tunnetuksi tekemistä. Olenaista siten on se, että vuosikirja on avoinna kaikille kirjoittajille ja tutkijoille, joilla on oikeudellista yhteisöä palvelevaa ja lukijoita kiinnostavaa sanottavaa oikeustieteen eri lohkoilta.

*Leena Halila*



**Janne Aer**

**VELI MERIKOSKI JA KYSYMYS  
HALLINNOLLISESTA  
HARKINTAVALLASTA**





---

# Sisällys

1 JOHDANTO .....	11
2 MERIKOSKEN KÄSITYS LAINOPISTA JA HALLINTO-OPISTA .....	14
2.1 Käsitelainopin ja Allgemeine Staatslehre -suuntauksen vaikutus julkisoikeudessa .....	14
2.2 Merikosken metodologisista käsityksistä .....	18
3 HALLINTOVALTIO JA HALLINNON TEHOKKUUS .....	22
3.1 Oikeusvaltio/hallintovaltio-problematiikka .....	22
3.2 Oikeusvarmuuden ja tehokkuuden vaatimukset hallinnossa .....	26
4 HALLINNOLLINEN HARKINTAVALTA .....	29
4.1 Sidotun ja vapaan harkinnan ongelman ajankohtaistuminen .....	29
4.2 Merikosken käsitys sidotun ja vapaan harkinnan erosta hallinnossa .....	33
4.2.1 Harkintavallan asiallinen perusta .....	33
4.2.2 Harkintavallan laajuus lainsoveltamisongelmana .....	37
4.2.3 Yhden ainoan oikean ratkaisun oppi .....	41
4.3 Vapaan harkinnan rajoittaminen .....	49
4.3.1 Harkintavallan rajoitusperiaatteet .....	49
4.3.2 Rajoitusperiaatteiden soveltamisesta .....	52
4.4 Tarkoitussidonnaisuus ja harkintavallan väärinkäyttö .....	54
4.4.1 Harkintavallan väärinkäytön käsittely ennen Merikoskea ...	54
4.4.2 Merikoski, tarkoitussidonnaisuuden periaate ja KHO:n päätös 12.9.1952 .....	56
5 MERIKOSKEN DOKTRIINI JA YHTEISKUNNAN MUUTOS ....	61
5.1 Merikoski ja 1950-luvun keskustelukulttuuri .....	61
5.2 Hyvinvointivaltiokehitys ja yhteiskuntasuunnittelun nousu .....	63
5.3 Yhden ainoan oikean ratkaisun opin kritiikki .....	65
5.4 Merikosken perintö hallinto-oikeudessa .....	68

LÄHTEET .....	70
VELI MERIKOSKI AND THE PROBLEM OF THE DISCRETIONARY POWERS IN PUBLIC ADMINISTRATION .....	74

---

# Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta

## 1 JOHDANTO

Veli Merikoski (1905–1982) oli Helsingin yliopiston hallinto-oikeuden professorina lähes kolme vuosikymmentä vuodesta 1941 vuoteen 1970. Merikosken vaikutus ei rajoittunut vain yliopistomaailmaan, vaan hän toimi myös keskeisenä asiantuntijana hallinnossa, lainvalmistelussa ja eduskuntatyössä. Merikoski oli mukana politiikassa 1950-luvun lopulta lähtien ja toimi lyhyen aikaa 1960-luvulla ulkoministerinä. Merikosken tärkeimpänä hallinto-oikeudellisena tutkimuksena on pidetty monografiaa ”Vapaa harkinta hallinnossa” (1958). Merikosken hallinnollista harkintavaltaa koskeva oppi muodostaa samalla hänen tuotantonsa kritisoiduimman osan, eikä oppia ole sellaisenaan hyväksytty uudemmassa tutkimuksessa.

Merikoskea ja hänen kirjallista tuotantoaan on aikaisemmassa tutkimuksessa tarkasteltu varsin niukasti. Timo Konstarin teoksessa ”Harkintavallan väärinkäytöstä” (1979) sivutaan lyhyesti sidottua ja vapaata harkintaa koskevan doktriinin kehitystä Suomessa. Painottaessaan Merikosken pyrkimystä kotiuttaa *detournement de pouvoir* -doktriini Suomeen Konstari on jättänyt vähälle huomiolle sekä vanhemman kotimaisen doktriinin että pohjoismaisen aikalaiskeskustelun hallinnollisesta harkintavallasta.<sup>1</sup> Merikosken hallinto-oikeudellisen doktriinin pääpiirteitä on hahmoteltu Olli Mäenpään kirjoituksessa ”Kaksi hallinto-oikeutta: merikoskelainen hallinto-oikeus ja hyvinvointivaltio” (1983). Esitys on yleisluonteinen ja sen tarkoituksena on kartoittaa, miltä osin Merikosken doktriini ei ole ajanmukainen hyvinvointivaltiossa tapahtuneisiin yhteiskunnallisiin muutoksiin nähden.<sup>2</sup> Hallinto-oikeudellisten periaatteiden asemaa on tarkasteltu Aarre Tähten tutkimuksessa ”Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa” (1995). Teoksen painopiste on enemmän myöhemmissä oikeusperiaate-

---

<sup>1</sup> *Konstari* 1979 s. 15–20.

<sup>2</sup> *Mäenpää* 1983 passim.

keskustelussa, eikä Tähti analysoi laajemmin Merikosken periaatekäsitystä osana tämän hallinto-oikeudellista ajattelua.<sup>3</sup> Leena Halilan tutkimuksessa ”Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista” (2000) on tarkasteltu Merikosken roolia hallintoprosessuaalisen oikeusturvan kehittäjänä, eikä siinä käsitellä harkintavaltaa koskevaa doktriinia.<sup>4</sup> Antero Jyränki on kirjoituksessaan ”Veli Merikoski oikeusajattelijana: piirteiden hahmottelua” (2002) käsitellyt Merikosken julkisen toiminnan eri puolia: hallinto-oikeuden tutkimusta, perustuslakiasiantuntijana toimimista, valtiosääntöpolitiikkaa.<sup>5</sup>

Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa Merikosken oppia hallinnollisesta harkintavallasta on käsitelty oikeastaan vain Seppo Laakson tutkimuksessa ”Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta erityisesti julkisoikeuden alalla”, joka koskettaa monin kohdin Merikosken oppia.<sup>6</sup> Yhden ainoan oikean ratkaisun oppia käsittelevässä Max Oker-Blomin artikkelissa ”En enda lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund” (1973) on lyhyesti sivuttu Merikosken käsityksiä, mutta artikkelin painopiste on Dworkinin teorian esittelyssä ja kritiikissä.<sup>7</sup> Oikeushistoriallisesti sidotun ja vapaan harkintavallan jakoa ja sen suhdetta korkeimman hallinto-oikeuden toimivaltaan on selvitetty Heikki Kullan tutkimuksessa ”Hallintolainkäyttö ja hallinto” (1980), joka ajallisesti ei kuitenkaan ulotu Merikoskeen.<sup>8</sup>

Tässä esityksessä pyritään analysoimaan Merikosken esittämää oppia vapaasta ja sidotusta harkinnasta osana kotimaista oikeustieteellistä keskustelua ja yhteiskuntakehitystä. Merikosken doktriinin synty ajoittuu 1940- ja 1950-luvuille. Merikosken hallinto-oikeudellisen doktriinin keskeiset osatekijät kuten tehokkuuden ja oikeusvarmuuden tasapainon ajatus ilmenevät jo hänen vuoden 1941 virkaanastujaisesityksessään. Merikosken kirjoittamat julkisoikeuden oppikirjat ilmestyivät 1944 ja 1945. Vapaata harkintavaltaa ja hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmää koskevien tutkimusten ilmestyminen 1950-luvun lopulla päättää tämän Merikosken ajattelun kannalta keskeisen ajanjakson.

Keskeinen tutkimusongelma liittyy sidottua ja vapaata harkintaa koskevan doktriinin muotoutumiseen 1940-luvulla ja 1950-luvun keskusteluis-

---

<sup>3</sup> *Tähti* 1995 s. 217–221.

<sup>4</sup> *Halila, Leena* 2000 s. 59–72.

<sup>5</sup> *Jyränki* 2002 s. 699–717.

<sup>6</sup> *Laakso* 1990 s. 190–194, 235–243.

<sup>7</sup> *Oker-Blom* 1978 s. 254–256.

<sup>8</sup> *Kulla* 1980, passim.

sa vapaan hallinnollisen harkinnan asemasta. Myöhempi kritiikki 1960- ja 1970-luvulla suuntasi puolestaan huomionsa nimenomaan sidotun harkinnan konseptioon ja siihen liittyvään yhden ainoan oikean ratkaisun oppiin. Merikosken doktriini asettuu ajallisesti näiden keskusteluvaiheiden väli- maastoon, ja nuo keskusteluyhteydet huomioon ottamalla voidaan täsmentää myös Merikosken positiota. Harkintavaltaa koskevan opin peruslähtökohdat ovat kiistattomasti ulkomaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa, mikä on aikaisemmassa tutkimuksessa selvitetty (Konstarin, Kullan ja Laakson tutkimukset), eikä tässä yhteydessä pyritä laajemmin selvittämään Merikosken käyttämää ulkomaista kirjallisuutta.

Esituksen painotus on Merikosken kirjoitusten tulkinnessa tekstien tuottajan näkökulmasta. On esitetty, että Merikosken tutkimusta vapaasta harkinnasta hallinnossa on osittain tahattomasti ja tahallisesti ymmärretty väärin.<sup>9</sup> Reseption näkökulma, eli miten tekstien vastaanottajat tulkitisivat Merikoskea, tulee esille keskustelussa yhden ainoan oikean ratkaisun opista, johon Merikosken nimi yleensä liitetään. Yhden ainoan oikean ratkaisun oppia on tarkasteltava osana Merikosken oikeusajattelun kokonaisuutta ja arvioitava, millainen sisältö tuolle opille voidaan tältä kannalta antaa.

Tutkimuksen kohteena olevia Merikosken lainopillisia käsityksiä tarkasteltaessa on lähtökohdaksi omaksuttu käsitys siitä, että oikeusjärjestyksellä on sekä normatiivinen että asiallinen sisältö. Normatiivinen sisältö koskee sitä, mitä voimassa olevan oikeuden normit käskevät, kieltävät, lupaavat tai kelpuuttavat. Oikeusjärjestyksen asiasisältö sen sijaan viittaa oikeusjärjestyksen suhteeseen realis-faktuaaliseen todellisuuteen. Oikeusjärjestyksen eri lohkot heijastelevat eri tavoin yhteiskunnallisen todellisuuden osia.<sup>10</sup> Oikeusjärjestyksen normatiivinen ja asiallinen sisältö kohtaavat niissä oikeudellisissa käytännöissä, joissa oikeusjärjestyksen kautta tuotetaan ja uusinnetaan yhteiskunnallisia rakenteita. Merikosken ajattelua pyritään tulkitsemaan silmällä pitäen sitä, miten hallinnollinen harkintavalta tematisoidaan yhtäältä suhteessa oikeusjärjestyksen normatiiviseen ja toisaalta asialliseen sisältöön.

---

<sup>9</sup> *Holopainen* 1982 s. 91.

<sup>10</sup> *Wikström* 1980 s. 241–243.

## 2 MERIKOSKEN KÄSITYS LAINOPISTA JA HALLINTO-OPISTA

### 2.1 Käsitelainopin ja Allgemeine Staatslehre -suuntauksen vaikutus julkisoikeudessa

Merikosken teoreettisen position luonnehtiminen on osoittautunut vaikeaksi. Jaakko Husa on näkemystään tarkemmin perustelematta esittänyt, että Merikoski siirtyi varhaisesta käsitelainopista myöhemmin suuntaan, jota voidaan kuvata metodisesti analyttiseksi.<sup>11</sup> Mäenpään mukaan Merikosken positivismi erotti hänet käsitelainopillisista lähtökohdista; Merikosken päämääränä oli voimassa olevan lainsäädännön systematisointi ja erittely eikä oikeuskäsitteiden selvittäminen ja johtopäätösten tekeminen niistä. Mäenpää luonnehtii Merikoskea ennen muuta realistiksi käytännöllisessä mielessä. Teoriat tuli sopeuttaa hallintotoiminnan vaatimuksiin.<sup>12</sup> Holopainen on todennut, että Merikoskea voidaan pitää lakipositivistina siinä mielessä, että Merikosken mukaan lakia on tulkittava ja sovellettava sellaisena, jollaiseksi se on tarkoitettu ja että lain muuttaminen on lainsäätäjän tehtävä. Tulkinnoissaan Merikoski ei kuitenkaan ollut Holopaisen mukaan elävälle elämälle sokea normeihin tuijottaja, vaan Merikoski otti tulkinnoissaan huomioon yhteiskunnalliset vaatimukset, olojen muuttumisen ja käytännön tarpeet.<sup>13</sup>

Ehkä kiistattomasti piirre Merikosken luonnehdinnoissa on positivismi. Tämäkin vaatii täsmennystä. Voidaan tehdä ero kolmen oikeudellista positivismia koskevan puhetavan välillä. Oikeudellisella positivismilla voidaan ensinnäkin tarkoittaa oppia oikeuden alkuperästä ja sitovuudesta. Toiseksi positivismi on ymmärretty teoriaksi lain soveltamisesta ja kolmanneksi positivismia voidaan pitää teoriana lainopista.<sup>14</sup> Merikosken oikeudellista ajattelua on tarkasteltava näiden kolmen positivismiin liittyvän ulottuvuuden kautta. Tämä edellyttää paitsi sen täsmentämistä, miten Merikoski ymmärsi oikeuden alkuperän ja sen sitovuuden perustan, myös sen arviointia, miten Merikoski käsitti lainopin tieteellisyyden. Olennaisena kysymyksenä voidaan pitää sitä, missä määrin Merikoski oli sidoksissa käsitelainopilliseen ajatteluun.

---

<sup>11</sup> Husa 1995 s. 68–69.

<sup>12</sup> Mäenpää 1983 s. 5.

<sup>13</sup> Holopainen 1982 s. 93.

<sup>14</sup> Aarnio 1983 s. 80.

Käsitelainopillisessa suuntauksessa 1800-luvun lopulla vedettiin yhteen kaikki kolme positivismiin ulottuvuutta. Käsitelainopissa voidaan erottaa negatiivinen puoli eli oikeustieteen tutkimuskohteen puhdistaminen ulko-oikeudellisista aineksista ja positiivinen puoli eli konstrukttiivinen metodi.<sup>15</sup> Kun julkisoikeuden tutkimuksessa hylättiin valtiota koskevat poliittiset ja filosofiset pohdinnat, käsitelainopillinen siviilioikeudellinen tutkimus nousi julkisoikeudellisen tutkimuksen esikuvaksi. Valtiosäännön käsitelainopillinen tulkinta korvasi aikaisemman valtio-opillisen tarkastelutavan, jossa politiikka oli ymmärretty normatiivisena tieteenä siitä, miten valtiota tuli hallita. Varhaisessa käsitelainopissa oikeussystematiikka rakennettiin apriorisille oikeuskäsitteille. Näiden käsitteiden ymmärrettiin ilmaisevan oikeusilmiöiden välttämättömän sisällön, substanssin.

Käsitelainopin metodin Suomessa esitelleen Hermansonin mukaan positiivisen oikeuden tieteelliselle käsittelylle on ominaista oikeuskäsitteiden selvittäminen ja niiden analyysi sekä oikeuslauseiden johtaminen käsitteistä. Oikeudelliset instituutit tuli tällä tavoin järjestää osaksi voimassa olevan oikeuden järjestelmää. Juridisen konstruktion mallina oli siviilioikeuden metodi, joka nähtiin olennaisesti kehittyneempänä kuin valtio-oikeuden metodi, johon sekoittui ei-juridista ainesta, kuten valtio-opillista ajattelua ja oikeusfilosofiaa. Oikeudellinen käsitejärjestelmä oli luonteeltaan yleinen ja välttämätön, kansallisella tasolla erityistä esimerkiksi valtiosäännössä oli vain se tapa, jolla yleisiä oikeuskäsitteitä on käytetty ja jolla ne ovat yhteydessä toisiinsa.<sup>16</sup>

Oikeuskäsitteiden analyysin kautta voitiin myös tulla yleisempiin käsitteisiin, joiden välillä oli looginen yhteys. Oikeuskäsitteiden muodostaman järjestelmän merkittävä etu oli siinä, että lakimiehellä oli väline johtaa lainsäädännössä vahvistetuista oikeuslauseista toisia lauseita, joita ei ollut nimenomaisesti lausuttu, mutta jotka kuitenkin voitiin katsoa päteviksi, koska ne väistämättömästi seurasivat ensin mainituista oikeuslauseista. Käsitelainopillisella metodilla oli Hermansonin mukaan merkittäviä käytännöllisiä seurauksia, koska metodi johti oikeusfilosofisten ja poliittisten näkökohtien poissulkemiseen valtio-oikeudesta.<sup>17</sup>

Lakipositivistinen filosofis-yhteiskuntateoreettisten ainesten torjunta väistyi vähitellen. Käsitelainopin kotimaassa Saksassa valtio-opilliset kysymykset alkoivat 1890-luvulta lähtien saada itsenäistä merkitystä positivistisen valtio-oikeudellisen tarkastelun rinnalla. Syntyi ns. Allgemeine Staatslehre-traditio.<sup>18</sup> Keskeinen teoretikko oli Georg Jellinek, joka uudisti perin-

<sup>15</sup> Tuori 2002 s. 1298.

<sup>16</sup> Hermanson 1878–79 s. 2–6.

<sup>17</sup> Hermanson 1878–79 s. 496–498 ja 515.

<sup>18</sup> Palonen 1980 s. 29–45.

teistä saksalaista valtio-oppia. Tavoitteena oli luopua spekulatiivisista elementeistä valtio-opissa ja perustaa se todellisuudesta saatavalle tiedolle käsittelainopin aprioristen kategorioiden sijaan. Jellinekin valtio-opissa valtiota tarkastellaan kaksijakoisena ilmiönä: valtio on yhtäältä faktinen instituutio ja toisaalta juridinen kokonaisuus, oikeusjärjestys.<sup>19</sup>

Suomessa valtio-elämän faktisen puolen tutkimus alkoi 1920-luvulta lähtien näyttäytyä myös juridiikan kannalta hyödyllisenä. Saksassa tapahtuneen opillisen kehityksen ohella vaikutusta oli sillä, että valtio-opillinen tutkimus vakiintui yliopistollisena tutkimus- ja opetusalan. Yleisen valtio-opin professuuri perustettiin Helsingin yliopistoon vuonna 1923.<sup>20</sup> Valtio-oikeudellinen tutkimus sai rinnalleen tosiasialliseen valtioelämään huomionsa kiinnostavan tieteenalan, joka ei enää edustanut puhdasta valtiofilosofista spekulatiota. Tämä herätti kiinnostusta myös valtio-oikeuden tutkijoissa.

Valtiosääntö- ja kansainvälisen oikeuden professori Rafael Erich esitti näkemyksensä yleisen valtio-opin ja valtio-oikeuden suhteesta vuonna 1924 julkaistussa artikkelissaan. Erichin käsitys valtio-opin ja valtio-oikeuden suhteesta noudatteli Allgemeine Staatslehre -tradition tuolloista kehitysvaihetta, eritoten Georg Jellinekin ajattelua. Erichin mukaan yleinen valtio-oppi käsittelee valtiota yhteiskunnallisena elinmuotona, valtio-oikeus oikeudellisena säännöstönä. Molemmat aineet ovat kuitenkin toisiaan varsin lähellä, eikä valtion oikeusjärjestystä tutkiva voi jättää huomiotta valtion sosiaalista puolta. Välinpitämätön suhtautuminen valtio-oppiin johtaa valtio-oikeudellisen tutkimuksen yksipuolisuuteen. Valtio-oikeuden tulee saada valtio-opilta hedelmöittäviä vaikutuksia. Nämä tutkimushaarat ovat niin läheisessä yhteydessä, että ne voivat näyttää sulautuvan toisiinsa.<sup>21</sup> Erichin näkemyksissä on vaikeaa nähdä enää jälkiä käsittelainopin negatiivisesta puolesta eli ulkojuridisen aineksen torjumisesta.

Valtioneoreettisen keskustelun tärkein forum 1930-luvun puolivälin jälkeen oli Yrjö Ruudun ympärille muotoutunut Valtiotieteellinen yhdistys, jonka kautta nimenomaan Allgemeine Staatslehre -tradition myöhempi kehitys välittyi Suomeen. Julkisoikeuden tutkijoista merkittävä osa osallistui yhdistyksen toimintaan, mikä osoittaa avointa kiinnostusta valtio-opillisiin kysymyksiin. Oikeustieteilijöistä olivat yhdistyksessä mukana Merikoski, Kaarlo Kaira, Otto Brusiin, Paavo Kastari, Rafael Erich ja Urho Kekkonen. Merikoski oli myös yhdistyksen hallituksessa.<sup>22</sup> Valtiotieteel-

---

<sup>19</sup> Jellinekistä *Tolonen* 1989 s. 98–101 ja *Palonen* 1980 s. 45–49.

<sup>20</sup> Professuurin perustamisesta *Palonen* 1983, passim.

<sup>21</sup> *Erich* 1924 s. 187.

<sup>22</sup> Valtiotieteellisestä yhdistyksestä *Paakkunainen* 1985 s. 28–45 ja 78–88.



lisen yhdistyksen ympärille keräytyneet julkisoikeuden tutkijat olivat avaa-  
massa ovia valtioteoreettiselle pohdinnalle myös juridiikan piirissä. Val-  
tio-opillinen aines löysi tiensä myös heidän tutkimuksiinsa, joskin vaihte-  
levassa määrin. Valtio-opillisen keskustelun vaikutus tuli selkeästi esiin  
Kastarin vuonna 1940 julkaistussa väitöskirjassa eduskunnan hajotukses-  
ta. Toisaalta teoksessa tulivat esiin ne ongelmat, joita nähtiin liittyvän val-  
tio-opillisen aineiston käyttöön lainopillisessa tulkinnassa.<sup>23</sup>

Kastarin valtio-opillinen painotus rakentui jo 1930-luvulla virinneelle  
valtio-opilliselle tutkimukselle, joka osaltaan oli avannut linjaa valtio-  
sääntötutkimukselle Suomessa. Kastari sanoutui selkeästi irti käsitelai-  
nopillisesta ajattelusta. Kastari totesi, ettei eduskunnan hajoitus Suo-  
men valtiosääntöön kuuluvana oikeussäännöstönä ole ylhäisten ja yleis-  
pätevien käsitteiden johdannainen.<sup>24</sup> Vastaväittäjänä olleen Kairan mu-  
kaan valtio-opillisen aineksien osuus oli teoksessa paikoin liiallinen.  
Kaira moitti Kastaria siitä, että tämä tekee oikeustodellisuudelle väki-  
valtaa pyrkiessään harmoniseen aukottomaan systeemiin ja päättyy jopa  
loukkaamaan sitä sääntöä, ettei yleiskäsitteistä saa tehdä johtopäätöksiä  
oikeuden sisällykseen nähden.<sup>25</sup> Kairan kommentteista voidaan havaita,  
ettei konstruktiviseen metodiin, käsitteistä tehtyihin johtopäätöksiin  
suhtauduttu 1930-luvulla julkisoikeudessa hyväksyvästi.

Valtio-oikeuden kohdalla ei ole perusteltua puhua 1930-luvulla käsitelain-  
opista enää samassa merkityksessä kuin esimerkiksi Hermansonin koh-  
dalla. Valtio-opin ja julkisoikeuden tutkimus nähtiin läheisessä yhteydes-  
sä toisiinsa, vaikkei lainopillisen tutkimuksen perinteisestä paradigmasta  
luovuttukaan. Valtio-opillinen tutkimus antoi taustaa ja perspektiivejä myös  
lainopilliselle tutkimukselle. Kastarin väitöskirjasta käyty keskustelu hei-  
jastaa enemmänkin julkisoikeudellisen tutkimuksen sidonnaisuutta vallit-  
sevaan poliittiseen käytäntöön kuin perinteisen käsitelainopillisen doktriin-  
in vaikutusta. Paakkunainen on Kastarin väitöskirjasta käydyn polemii-  
kin perusteella päätenyt käsitykseen, ettei juristeilla ollut yhtenäistä ja  
merkittävää arkikielestä poikkeavaa politiikka- tai valtiokonseptiota. Oi-  
keustieteellinen legalismi ja aikaisempaan käytäntöön palautuva tulkinta-  
perinne suojautui poliittisilta momenteilta, vaihtoehdoilta ja yllätykselli-  
syydeltä ja valitsi tarkoituksenmukaisesti sitoumuksensa ja argumenttinsa  
poliittisen todellisuuden kontekstista ja historiasta.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Kastarin väitöskirjasta käydystä keskustelusta ks. *Jyränki* 1999 s. 163–168.

<sup>24</sup> *Kastari* 1940 s. 54–57.

<sup>25</sup> *Kaira* 1941 s. 456–458.

<sup>26</sup> *Paakkunainen* 1985 s. 84–88.

## 2.2 Merikosken metodologisista käsityksistä

Merikoski käsitteli lainopin tehtäviä ja metodeja vain muutamassa kirjoituksessa. Kiintoisimmat ovat vuonna 1946 pidetty esitelmä ”Lakimieskasvatuksen päämäärät ja valinta lakimiesuralle” sekä vuonna 1973 julkaistu kirjoitus ”Jäähvyäiset opetukselle”. Merikosken mukaan oikeustiede pyrkii kaikin tavoin valaisemaan oikeutta yleensä, sen olemusta, kehitystä ja päämääriä. Oikeustiede ei ole vain voimassa olevien lakien kommentointia, vaan oikeudellisten ilmiöiden moninaisuudesta oikeustiede koettaa löytää johtavat ajatukset muodostaen sitä varten käsitteitä ja liittäen ne yhteen yhtenäiseksi järjestelmäksi. Lainopillisten käsitteiden kautta tuotettua yleisten oppien järjestelmää Merikoski kutsui käsitelainopiksi laittaen sanan kuitenkin samalla lainausmerkkeihin: ”Hyvällä syyllä voidaan sanoa, että tämä ’käsitelainoppi’ antaa lakimiehelle heitä lakimiehinä luonnehtivan tiedollisen sivistyksen.”<sup>27</sup> Vuosikymmeniä myöhemmin Merikoski palasi samaan teemaan puhuen edelleen epämuodikkaasti käsitelainopista. Verrattaessa tätä Merikosken vuonna 1973 julkaistua tekstiä tärkein ero aikaisempiin näkemyksiin on lainopin ja käsitteiden käytön käytännöllisyyden korostamisessa:<sup>28</sup>

”Käsitteitä käytettäessä ei koskaan saa unohtaa sitä, että ne on luotu palvelemaan elämän käytännöllisiä tarkoituksia. Ne eivät saa muodostua juridisen ajatusvoimistelun välineiksi. Ne ovat olemassa, lyhyesti sanoen, sitä varten, että niiden avulla saavutettaisiin järjellisiä ja käytännöllisen elämän tarpeisiin soveltuvia tuloksia loukkaamatta oikeusvarmuuden edellyttämää yhdenmukaisuuden vaatimusta.”

Ei ole ehkä perusteetonta olettaa, että Merikosken myöhemmän lainopillisen ajattelun realistisessa ja pragmaattisesti orientoituneessa perusvireessä on vaikutteita amerikkalaisesta oikeus- ja yhteiskuntatieteestä. Amerikkalaisesta lakimieskoulutuksesta Merikoski katsoi saatavan voimakasta tukea sille ajatukselle, että opetuksessa oli luento-opetuksen ohella syytä tehostaa oikeustapausharjoitusten käytännöllistä ja elämänläheistä linjaa.<sup>29</sup> Muutos näkyy myös suhtautumisessaan oikeuskäytäntöön, jota Merikoski jo 1950-luvun alussa piti ensiarvoisen tärkeänä aineistona, jonka tutkiminen merkittävällä tavalla syvensi ja monipuolisti lainopillista tutkimusta.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Merikoski 1946a s. 388.

<sup>28</sup> Merikoski 1973 s. 246.

<sup>29</sup> Merikoski 1951 s. 700.

<sup>30</sup> Merikoski 1951 s. 145. Ennakkopäätösten käytöstä Merikosken väitöskirjassa ks. *Suiviranta* 1986 s. 443–445.

Merikoski ei edustanut käsitelainopillista suuntaa samassa mielessä kuin Hermanson tai Ståhlberg. Käsitelainopin perinteisimmässä muodossa käsitteenmuodostus oli lähtökohtaisesti apriorista, pyrittiin löytämään sellaiset yleiset oikeuskäsitteet, joista voitaisiin oikeusjärjestyksen sisältö loogisesti johtamaan. Merikoski painotti nimenomaan käsitteiden merkitystä oikeudellisen systematiikan ja tieteellisen ajattelun kannalta. Käsitteellisyys on oikeudellisessa ajattelussa välttämätöntä, eikä käsitteiden asemasta lainopissa puhuminen sinänsä merkitse, että kyse on substanssi-juridiikasta siinä merkityksessä, jossa analyttinen oikeustiede suuntauksesta puhui. Systemaattisessa mielessä käsitteet ovat välttämättömiä. Käsitteet tuli rakentaa todellisuutta koskevan tiedon varaan Jellinekin tapaan lähtien ajatuksesta, että valtiollisten ilmiöiden kaksinaisluonne, joka ilmenee yhtäältä faktisina instituutioina ja toisaalta oikeusjärjestyksenä. Julkisoikeuden ja valtio-opin rinnakkaiselo heijasti käytännön tasolla valtiollisten ilmiöiden kaksinaisluonnetta. Oikeudellisilla käsitteillä ymmärrettiin olevan paitsi sidonnaisuus oikeusjärjestykseen myös suhde valtioon elämän reaalikäytäntöihin, joita oikeusjärjestys säänteli.

Merikoski suhtautui Erichin tapaan myönteisesti valtio-opilliseen, erityisesti hallinto-opilliseen tutkimukseen. Merikosken mukaan hallinto-oikeustieteen ja hallinto-opin tutkimusalat lankeavat osittain yhteen, kuten valtiosääntö-oikeuden ja valtio-opin tutkimusalat. Hallinto-oppi soveltuu hyvin kytkettäväksi hallinto-oikeudellisen tutkimuksen kanssa. Hallinto-opin ja hallinto-oikeustieteen metodi ja päämäärät ovat oleellisesti erilaiset, mutta näiden tutkimussuuntien läheisestä yhteydestä hyötyivät molemmat alat. Hallinto-opin tehtävänä on Merikosken mukaan antaa yleisluontoinen selittävä esitys hallintokoneiston toiminnasta koettaen samalla tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia silmällä pitäen selvittää niitä syitä, jotka puoltavat tai vastustavat julkisen yhdiskunnan puuttumista asioihin kullakin alalla. Hallinto-oppi tutkii myös sitä, mitkä menettelytavat ja keinot soveltuvat parhaiten julkisten yhdiskuntien toiminnassa käytettäväksi. Hallinto-opillisilla näkökohdilla on Merikosken mukaan erityistä merkitystä hallinto-organisaation kehittämisessä ja uudelleenmuotoilussa, jolloin vanhat organisaatiomuodot, menettelytavat ja kaavat eivät kelpaa, vaan on luotava jotain uutta.<sup>31</sup>

Merikosken väitöskirjassa yhdistymisvapaudesta valtio- ja hallinto-opillisella aineksella ei ollut samanlaista asemaa kuin esimerkiksi Kekkonen väitöskirjassa puhumattakaan Brusiinin tai Kastarin väitöskirjoista. Merikosken väitöskirja edustaakin tässä mielessä varsin perinteistä hallinto-

<sup>31</sup> Merikoski 1944, passim.

oikeudellista linjaa. Toisaalta väitöskirjasta tulee oikeustapausten kautta esille myös se, että aihe oli ollut 1930-luvun alkupuolella poliittisesti ajan-kohtainen. Aiheen poliittinen herkyys saattaa osaltaan selittää käsittelytavan vahvan lainopillisuuden.<sup>32</sup> Hallinto-opillinen problematiikka tulee vahvimmin esille vasta Merikosken virkaanastujaisluennossa 1941 ja sen jälkeisessä artikkelituotannossa, erityisesti kirjoituksessa ”Hallinto-opillisen tutkimuksen kehittämisestä” (1944).

Merikosken kiinnostus hallinto-oppiin oli varsin varhaista myös pohjoismaisessa katsannossa, ja hän oli ensimmäisiä, jotka esimerkiksi *Nordisk Administrativt Tidskrift* -julkaisussa tarkastelivat hallinto-opillisen tutkimuksen kysymyksiä. Merikoski julkaisi edellä mainitun kirjoituksensa siinä jo vuonna 1943. Vasta 1950-luvulla alkoi kyseisessä lehdessä ilmestyä hallinto-oppia koskevia kirjoituksia. Taustalla oli amerikkalaisen hallintotieteen vaikutus.<sup>33</sup> Myös Merikoski tarkoitti hallinto-opilla USA:ssa 1900-luvun ensimmäisinä vuosikymmeninä syntynyttä *Public Administration* -tieteenalaa.<sup>34</sup> Merikoski oli myös laajemmin kiinnostunut Yhdysvaltain oikeusoloista, joihin hän tutustui lähemmin käydessään Yhdysvalloissa opintomatalla 1950-luvun alussa. Tämän matkan tiimoilta Merikoski julkaisi kaksi artikkelia, toisen *common law* -järjestelmästä ja toisen lakimieskoulutuksesta Yhdysvalloissa.<sup>35</sup>

Esimerkkinä Merikosken suhtautumisesta oikeudellisiin käsitteisiin voidaan tarkastella subjektiivisen julkisen oikeuden käsitettä. Merikoski oli puolustanut väitöskirjassaan perinteiseen saksalaiseen doktriiniin perustuvaa käsitystä, jonka mukaan subjektiivisesta oikeudesta voidaan puhua vain, jos subjektilla on mahdollisuus omissa nimissään toteuttaa oikeus. Merikoski kirjoitti: ”Lainsäännöksestä johtuu yksilölle subjektiivinen oikeus silloin, kun säännöksen varsinaisena tarkoituksena on suojata yksilöä ja kun hänellä on k.o. säännökseen perustuvan vaatimuksen toteuttamiseksi on oikeuskeinoja käytettävänä.”<sup>36</sup> Sodan jälkeen ilmestyneissä Rytkölän ja Ahteen väitöskirjoissa sen sijaan nojaututtiin toiseen,

---

<sup>32</sup> Merikoskesta yhdistysoikeuden tutkijana ks. *Halila, Heikki* 1993 s. 165–171.

<sup>33</sup> Esimerkkinä mainittakoon Poul Meyerin kirjoitus hallinto-opista tieteenalana. *Meyer* 1953, passim.

<sup>34</sup> Vartolan mukaan kysymykset, jotka Merikoski esittää keskeisimpinä hallinto-opilliselle tutkimukselle, ovat suoraan peräisin teoreettiselta suuntaukselta, jota on kutsuttu klassiseksi hallintoteoriaksi. Sen keskeiset edustajat olivat 1930-luvulla Lyndall Urwick ja Luther Gulick. *Vartola* 1977 s. 46.

<sup>35</sup> *Merikoski* 1951, passim ja 1952b, passim.

<sup>36</sup> *Merikoski* 1935 s. 43–44. Samaa käsitystä edusti myös Kekkonen, ks. *Kekkonen* 1936 s. 9–18.

myös saksalaiseen kirjallisuuteen perustuvaan käsitykseen subjektiivisesta julkisesta oikeudesta, jonka mukaan oikeuskeinojen käyttömahdollisuutta ei voida pitää subjektiivisen julkisen oikeuden olemassaolon edellytyksenä eikä sen käsitetunnusmerkistöön kuuluvana. Mahdollisuus oikeuskeinojen käyttöön on muodollisoikeudellinen seuraus subjektiivisen julkisoi-  
keuden olemassaolosta.<sup>37</sup>

Merikoski ei hyväksynyt Rytköjän ja Ahteen käsitystä subjektiivisesta julkisesta oikeudesta. Subjektiivinen julkinen oikeus on Merikosken mukaan riippuvainen voimassa olevan oikeuden normistosta, erityisesti muutoksenhakusäännöstöstä. Ongelmana on se, ”mitä merkitystä on oikeudella vaatia jotakin, ellei vaatimus ole oikeuskeinoin toteutettavissa”. Subjektiivinen julkinen oikeus on Merikosken käsityksen mukaan olemassa silloin, kun ensinnäkin oikeussääntö on luonteeltaan pakottava eli se sulkee pois vapaan harkinnan mahdollisuuden, toiseksi oikeussäännön on tarkoitettava yksilöintressin eikä ainoastaan yleisen intressin tyydyttämistä ja kolmanneksi oikeussääntöön perustuvan vaatimuksen tulee olla oikeuskeinoin toteutettavissa.<sup>38</sup> Merikosken sodan jälkeen esittämää käsitystä subjektiivisista julkisista oikeuksista ei ole syytä samaistaa hänen väitöskirjassaan esittämään käsitelmää, koska Merikosken sodanjälkeisessä ajattelussa kysymys oikeussuojakeinojen merkityksestä hallinto-oikeudessa sai aivan uudenlaisen aseman.

Oikeuskeinojen merkityksen painottaminen oli johdonmukaista Merikosken hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmää koskevien perusajatus-ten kannalta. Kysymys oikeussuojan toteuttamisesta saa Merikosken tuotannossa hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmää koskevan tutkimuksen myötä keskeisen roolin. Subjektiivisten oikeuksien tarkastelussa voidaan nähdä samankaltaisia piirteitä common law'n kanssa. Pragmaattisessa common law -perinteessä subjektiiviset oikeudet seuraavat oikeussuojakeinoja. Subjektiivisia oikeuksia koskeva lähestymistapa tuo Merikosken suomalaisessa oikeustieteessä lähemmäksi analyttistä siviilioikeutta, joka subjektiivisten oikeuksien analyysissä erotti reaktiomahdollisuuden yhdeksi osatekijäksi. Merikosken lähestymistapaa voidaan pitää kuitenkin perustaltaan pikemminkin pragmaattisena kuin varsinaisesti analyttisena.

Merikosken keskeinen haaste tutkijana oli se, miten vuosisadan alkupuolella vakiintunut hallinto-oikeudellinen käsitteistö ja periaatteet sovel-

<sup>37</sup> Rytkölä 1948 s. 69–76; Ahtee 1950 s. 112.

<sup>38</sup> Merikoski 1951 s. 148; Merikoski esitti asiallisesti samat näkökohdat jo Rytköjän väitöskirjan johdosta ks. Merikoski 1948 s. 470–471.

lettiin sota-ajan jälkeiseen yhteiskuntaan. Merikosken hallinto-oikeudelliset oppikirjat nojautuivat ensimmäisen painoksen alkusanojen mukaan varsin läheisesti Erichin ja Ståhlbergin teoksiin. Doktriini nojautui monelta osin 1800-luvun lopun saksalaiseen hallinto-oikeuteen. Oppikirjatradition jatkuvuudesta ei pidä tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä, koska ne oikeudelliset käytännöt, joita normisto ja käsitteistö koskivat, olivat täysin muuttuneet. Holopainen on todennut, että Merikoski käytti saksalaisesta, nykypäivän näkökulmasta vanhentuneesta oikeustieteestä peräisin olevia käsitteitä käsitystensä viitekehyksinä, mutta otti monissa tulkinnoissaan huomioon yhteiskunnalliset vaatimukset, olojen muuttumisen ja käytännön tarpeet.<sup>39</sup> Ståhlberg ja Merikoski kirjoittivat hallinto-oikeutta osin samoin käsittein, mutta hallinto ja yhteiskunta, johon nuo käsitteet viittaavat ovat täysin erilaiset. Kun kysymykset, joihin samoilla käsitteillä vastataan, ovat eri kysymyksiä, niin myös käsitteet muuttuvat.

### 3 HALLINTOVALTIO JA HALLINNON TEHOKKUUS

#### 3.1 Oikeusvaltio/hallintovaltio-problematiikka

Merikosken virkaanastujaisesityksen aiheena oli hallinnon mukauttaminen sota-ajan oloihin. Siinä Merikoski erittelee hallinnon sääntelylle asetettavia vaatimuksia kriisioloissa. Esityksen teoreettinen kivijalka on oikeusvaltion ja hallintovaltion erottaminen sekä siihen liittyvä oikeusvarmuuden ja hallinnon tehokkuuden vaatimusten erilaisuus näissä valtiotyypeissä. Käsitteillä oikeusvaltio/hallintovaltio ja oikeusturva/tehokkuus on paitsi hallinto-oikeudellinen myös hallinto-opillinen sisältö; molemmat käsitteparit viittaavat sekä normatiiviseen että reaaliseen ilmiöön.

Kysymys oikeusvarmuuden ja tehokkuuden merkityksestä hallinnossa on Merikosken hallinto-oikeudellisen ajattelun ydin, joka säilyi läpi hänen tuotantonsa.<sup>40</sup> Virkaanastujaisesityksessä tämä problematiikka saa ensimmäisen muotoilunsa. Oikeusvaltion ja hallintovaltion käsitteiden osalta Merikoski seurasi Frede Castbergin vuonna 1933 julkaisemaa esitystä ”Retsstat – förvaltningsstat”, mihin Merikoski oli viitannut jo teoksessaan valtionapujärjestelmästä (1938).<sup>41</sup> Castbergin esitys pyrkii ulkokohtais-

---

<sup>39</sup> Holopainen 1982 s. 93.

<sup>40</sup> Halila, Leena 2000 s. 63.

<sup>41</sup> Merikoski 1938 s. 36.

ti tarkastellen hahmottamaan tietynlaisten valtioiden ideaalityyppien keskeisiä rakennepiirteitä. Castbergin tarkastelutapa on pikemminkin valtiopillinen kuin juridinen.

Castberg erotti oikeusvaltio- ja hallintovaltiokäsitteet hallinto-oikeudellisen tekniikan tasolla. Oikeusvaltioaate vaatii, että jokaisella täytäntöönpanovallan ja virkamiehen toimella tulee olla perusta muodollisessa laissa eli päätöksessä, johon kansan valitsema valtioelin on osallistunut. Hallintovaltio puolestaan on valtio, jossa täytäntöönpanovalta ja hallintoelimet itse voivat luoda sen oikeuden, joka antaa niille toimivallan puuttua kansalaisten elämään. Valtio voi olla hallintovaltio tätäkin radikaalimmalla tavalla nimittäin niin, että hallintoviranomaisia koskevat toimivaltanormit antavat laajan liikkumatilan vapaalle harkinnalle käytettäessä toimivaltaa yksittäistapauksessa. Tyypillinen hallintovaltio Castbergin mukaan on sellainen, jossa kompetenssinormit antavat hallintoviranomaisille kaiken mahdollisen vapauden julkisen vallan käytössä ja siten siirtävät mahdollisimman paljon vapaan harkinnan piiriin. Oikeusvaltio ja hallintovaltio ovat Castbergin esityksessä ideaalityyppejä, koska hän itsekin toteaa, ettei näitä valtorakenteita ole missään täysin toteutettu. Hallintovaltiolle tyypillistä vapaata harkintavallaa Castberg pitää kuitenkin modernille valtiolle luonteenaomaisena.<sup>42</sup>

Oikeusvaltio/hallintovaltio-problematiikalla ei ollut vain teoreettista merkitystä, vaan hallintovaltiollinen kehitys oli ollut yleistä koko 1930-luvun, äärimmillään totalitaarisissa valtioissa, Saksassa, Italiassa ja Venäjällä. Tämän kehityksen piirteitä oli myös merkittävästi havaittavissa demokraattisissa valtioissa. Hallintovaltiolliseen toimintatapaan liittyi myös Merikosken oma hallinnollinen kokemus, joka oli pääosin peräisin sotilashallinnosta. Sotilashallinnossa painotus on perinteisesti ollut nimenomaan tehokkuusvaatimuksessa ja autoritaarisessa kurinpidossa.

Hallinnollisen kokemuksensa Merikoski keräsi toimimalla 1930-luvulla useita vuosia sotavoimien esikunnassa ja toimitti tässä tehtävässä mm. kahdessa osassa ilmestyneen puolustusvoimien käsikirjan, joka oli puolustuslaitosta koskevan säännösten kooste. Merikosken ensimmäinen itsenäinen teos on asevelvollisuuslain säädännön kommentaari. Sotilashallinnon palveluksessa Merikoski toimi vielä tultuaan nimitetyksi professoriksi. Vuosina 1941–1944 Merikoski oli Itä-Karjalan sotilashallintokomentajan lainopillisen avustajan tehtävässä, missä tehtävässä hän tutustui myös saksalaiseen miehityshallintoon.<sup>43</sup> Miehitettyjen alueiden

<sup>42</sup> *Castberg* 1933 s. 124–126.

<sup>43</sup> *Laine* 1982 s. 23–24, 68, 121. Merikosken osallistuminen Itä-Karjalan hallintoon ei ollut sattumaa. Hän oli viettänyt kouluvuotensa Sortavalassa, jossa hänen isänsä Kaarlo Me-

hallinnon organisointia Merikoski käsitteli sota-aikana julkaisemassaan artikkelissa. Siinä Itä-Karjalan hallinnon toimintaa verrataan saksalaisten miehityshallintoon Itä-Euroopassa.<sup>44</sup> Sotilashallinto, jossa Merikoski oli toiminut, oli ennen kaikkea tosiasiallista hallintoa ja vapaan harkintavallan läpituokema. Toisaalta sotavuodet merkitsivät hallinnon voimakasta laajenemista, poikkeusoloissa hallinnollinen ohjaus ja sääntely levisivät yli yhteiskunnan.

Merikoski oli tutustunut myös totalitaarisen valtion hallintoon vuonna 1936 opintomatalla Saksassa. Tuon matkan satoa oli seuraavana vuonna ilmestynyt artikkeli ”Uuden Saksan julkisen oikeuden erikoispiirteitä”, jossa Merikoski tarkasteli, miten kansallissosialistinen vallankumous oli uudistanut valtio-oikeuden ja erityisesti hallinto-oikeuden.<sup>45</sup> Kirjoitus on luonteeltaan lähinnä valtio-opillinen. Merikoski ei siinä vielä käytä jaottelua oikeusvaltioon ja hallintovaltioon. Merikosken kirjoituksen yleissävy on objektiivinen ja asiallinen, hän ei pyri varsinaisesti arvostelemaan kansallissosialistista julkisoikeutta, vaan korostaa niitä eroja, joita kansallissosialistisella ja liberaalilla valtiokäsityksellä on. Toisaalta Merikoski kytki kansallissosialistisen julkisoikeuden kiinteästi Saksassa tapahtuneisiin poliittisiin muutoksiin.

Saksan julkisoikeutta esitellessään Merikoski painotti sitä, että valtio- ja hallinto-oikeuden uudistustyöhön on kolmannessa valtakunnassa käyty käsiksi ”reippain ottein” ja että kyse on kansan ja valtion keskinäistä suhdetta sekä kansalaisten asemaa koskevien teorioiden perusteellisesta uudistamisesta. Merikoski selvittelee artikkelissaan pitkästi führer-doktriinia. Hän toteaa selkeästi, ettei liberaalinen käsitys yksilön oikeuksista ja vapauksista ole sovittavissa yhteen kansallissosialismin omaksuman johdattajaperiaatteen kanssa. Kansallissosialistinen valtiojärjestys ei hyväksy sellaista yksilön vapauspiiriä, jonka loukkaamattomuutta valtion olisi suojeltava toimiessaan tehtäviensä ja tarkoitustensa toteuttamiseksi. Hallinto saa tällaisessa järjestelmässä uuden merkityksen. Hallinto on valtion piirissä tapahtuvan yhteiselämän ohjailua ja muodostelua, jota erityinen

---

rikoski toimi koulun rehtorina. Väli rauhan aikana Merikoski oli lähestynyt piirejä, jotka olivat kiinnostuneet Karjalan kohtalosta. Merikoski oli myös mukana Vilho Helasen johtaman Nouseva Suomi -liikkeen toiminnassa. Aktiivisena heimoaateen ajajana tunnettu Helanen oli 1930-luvulla toiminut AKS:n puheenjohtajana, ja myöhemmin hän toimi Itä-Karjalan hallinnon sivistysosaston päällikkönä. Kaarlo Merikoskikin oli aktiivisesti mukana Itä-Karjalan sivistystyössä.

<sup>44</sup> Merikoski 1943, passim.

<sup>45</sup> Merikosken ja muiden suomalaisten julkisoikeuden tutkijoiden suhtautumisesta kansallissosialistiseen oikeusajatteluun Kangas 1987 s. 57–67.



tätä tarkoitusta varten olemassa oleva koneisto hoitaa kansan poliittisen johdon suunnitelman mukaisesti ja kansallissosialistisen oikeuskäsityksen hengessä.<sup>46</sup>

Uuden Saksan julkisoikeuden yksilön vapauspiiriä koskevilla havainnoilla on yhtymäkohta Merikosken virkaanastujaisesitelmään. Merikosken virkaanastujaisesitelmän lähtökohtana oli tunnettu lausuma ”aseitten puhuessa lait vaikenivat”. Tämän maksimiin eräs sovellutus on se, että kansalaisten oikeuksiin voidaan sodan aikana tehdä rajoituksia. Merikoski kirjoittaa:

”Mitä oikeuksia yksilöllä on valtiota kohtaan, ei ole yleisillä säännöillä täsmällisesti määrättävissä, vaan saattaa näiden oikeuksien piiri eri valtioissa ja samassakin valtiossa eri aikoina paljonkin vaihdella. Yksilön oikeuspiirin laajuutta eivät nim. määrää mitkään luontaisoikeudelliset säännöt, vaan alituisesti muuttuva valtion positiivinen oikeus. Yhteisenä piirteenä eri valtioiden oikeusjärjestyksille on kuitenkin se, että yksilölle säännöllisissä oloissa kuuluvia oikeuksia tarpeen mukaan supistetaan valtion joutuessa ulkoa- tai sisältäpäin uhkaavan vaaran alaiseksi tai kun tuollainen supistaminen muuten käy välttämättömäksi valtion turvaamiseksi.”

Sodan vuoksi tapahtuva yksilön oikeuksien rajoittaminen ei ole Merikosken mukaan väärin, vaikka kysymys on siitä, että vahvempi osapuoli eli valtio kajoaa heikomman eli yksilön oikeuksiin. Kansalaisten oikeuksien rajoittaminen ei sota-aikana ole mikään itsetarkoitus, se on ”seurauksena eli tuloksena valtion elintoimintojen intensiteetin lisääntymisestä”. Valtion toiminnan tehostuminen merkitsee samalla sen etääntymistä oikeusvaltiosta kohti hallintovaltiota.<sup>47</sup>

Kysymys yksilön vapauspiirin loukkaamattomuudesta ei ollut keskeinen erottava tekijä totalitaaristen ja demokraattisten valtioiden välillä, sillä Merikosken käsityksen mukaan myös demokraattisessa yhteiskunnassa yksilön oikeudet ja velvollisuudet ovat valtion määrättävissä. Tunnetussa artikkelissaan ”Kansalaisten perusoikeuksista” (1932) Merikoski omaksui käsityksen, jonka mukaan yksilön vapauspiiri muodostuu valtion itse rajoituksen kautta.<sup>48</sup> Merikosken ajattelun mukaan ero demokraattisten ja totalitaaristen valtioiden välillä voidaan tehdä sen perusteella, onko valtiollista valtaa käyttävälle taholle olemassa oikeudellista vastavoimaa. Demokratiassa tuon vastavoiman muodostaa parlamentti, totalitaarisissa

<sup>46</sup> Merikoski 1937, passim.

<sup>47</sup> Merikoski 1941 s. 721–724.

<sup>48</sup> Merikoski 1932, passim.

valtioissa ei vallankäytölle ole mitään oikeudellista rajoitusta. Merikoski ei siten samaistanut liberaalia valtiokäsitystä ja demokratiaa, vaan etäännyminen liberalistisen valtiokäsityksen lähtökohdista oli ominaista hallintovaltiokehitykselle niin demokraattisissa kuin totalitaarisissa valtioissa.

### 3.2 Oikeusvarmuuden ja tehokkuuden vaatimukset hallinnossa

Oikeusvarmuus/tehokkuus -jaottelu kytkeytyi Merikosken ajattelussa myös hallinto-oikeuden ja hallinto-opin työnjakoon. Hallinto-opin alaan kuuluvat tarkoituksenmukaisuus ja tehokkuusnäkökohdat, ja hallinto-oikeuden tehtävänä on puolestaan oikeussääntöihin perustuvan oikeusvarmuuden systemaattinen tutkimus. Hallinto-oikeudellinen näkökulma hallinnon tutkimuksessa on siten hallintotoiminnan tarkastelu oikeusvarmuuden vaatimuksen kannalta. Oikeusvarmuus on tässä mielessä neutraalikäsite, jolla pyritään luonnehtimaan oikeudellisen sääntelyn ja erityisesti oikeussuojajärjestelmän vaikutusta hallintotoimintaan. Kysymys hallinnon tehokkuusvaatimuksen ja oikeusturvavaatimuksen välisestä tasapainosta on yksi hallinto-opin ja hallinto-oikeudellisen sääntelyn keskeisimpiä ja tärkeimpiä.<sup>49</sup>

”Edellä sanotusta on jo käynyt selville, että oikeusturva- ja tehokkuusvaatimuksen välillä vallitsee jatkuva keskinäinen kilpailu, tai tarkemmin sanoen, kilpailu ylivallasta, sillä tosiasiallisesti sovelletaan niitä periaatteita käytännössä aina rinnakkain toinen toisensa kanssa. Sopivan tasapainon saavuttaminen niiden kesken on yksi hallinto-oikeudellisen lainsäädännön tärkeimmistä tehtävistä.”

Merikoski hylkäsi sellaisen oikeusvaltion määritelmän, joka edellyttää, että jokaisen yksilöön kohdistuvan hallintoviranomaisen toimenpiteen pitää nojautua säännöllisessä lainsäädäntöjärjestyksessä, kansanedustuslaitoksen myötävaikutuksella syntyneen lain nimenomaiseen säännökseen. Tällainen oikeusvaltio kuolisi Merikosken mukaan ennen pitkää omaan kankeuteensa. Käytäntöön paremmin soveltuvana määritelmää on laajennettava siten, että oikeusvaltiona voidaan pitää valtiota, jossa hallintoviranomaisten toiminta on yleissäännösten sitoma. Hallintovaltiossa puolestaan viranomaiset eivät ole etukäteen vahvistettujen yleissäännösten sitomia, vaan toimivat kussakin tapauksessa vapaan harkintansa mukaan. Tällainen oikeusvaltio ei ole kuitenkaan käytännössä toteutettavissa, sillä ”pa-

---

<sup>49</sup> Merikoski 1946b s. 21–22. Kursivoinnit ja harvennukset poistettu.

kostakin on jätettävä joku määrä asioita viranomaisten ratkaistaviksi vapaan harkinnan mukaan. Valtio muodostuu oikeusvaltioksi tai hallintovaltioksi sen mukaan annetaanko etusija oikeusvarmuusperiaatteelle vai hallinnon tehokkuusvaatimuksen tyydyttämiselle”.<sup>50</sup>

Oikeusvarmuusperiaatteen Merikoski muotoilee seuraavasti: hallinto on järjestettävä sillä tavoin, että yksilöltä ei missään tapauksessa vaadita enempää kuin mihin hän voimassa olevan oikeuden mukaan on velvoitettu ja että hänelle taataan kaikkien niiden etujen nauttiminen, jotka hänelle lain mukaan kuuluvat. Merikosken oikeusvarmuuskäsite on siten aineellinen, koska se korostaa lain merkitystä hallintotoiminnan sisällön kannalta. Tästä huolimatta Merikoski korostaa oikeusvarmuuden muodollisen puolen merkitystä:

”Oikeusvarmuuden voimassapitäminen edellyttää yleensä melko pitkälle menevää muodollisuutta, tarkkaa muotojen noudattamista: ennenkuin yksilöltä voidaan mitään vaatia tai hänelle mitään myöntää, on hänen veloituksensa tai oikeutensa toteennäytettävä, tavallisesti määrättyjä asiakirjoja esittämällä. Hallinnon muodollisuus, jota arkikielessä usein nimitetään myös virkavaltaisuudeksi eli byrokraattisuudeksi, tarkoittaa siis oikeastaan parhaassa merkityksessään vain taata hallinnolle varmuuden, luotettavuuden ja kontinuiteetin. Mutta tarkka muotojen noudattaminen tekee hallintotoiminnan käytännössä jäykäksi ja hitaaksi ja johtaa siihen, että oikeusvaltiotyypin käy soveltumattomaksi silloin, kun hallintotoiminnan nopeutta on kiihdytettävä.”<sup>51</sup>

Leena Halilan mukaan oikeusturva-ajattelu nousi Merikoskella hallintolainkäytön perinteisen oikeusjärjestyksen ylläpitämistehtävän taustalta hallintovaltion tavoitteita tasapainottavassa merkityksessä.<sup>52</sup> Oikeusvarmuusperiaatteen menettelyllinen tulkinta painottaa hallintoa koskevien muodollisten menettelyvaatimusten ja muutoksenhakutekijöiden roolia. Oikeus-suojajärjestelmä saa oikeusvaltiossa Merikosken konseptiossa itse asiassa keskeisemmän tehtävän kuin hallinnollisen toiminnan lainsäädännöllinen ohjaaminen.

Kysymystä oikeusturvan ja tehokkuuden vaatimusten tasapainosta pohdittiin laajasti valtionhallinnon organisaation uudistamiskomiteassa, jonka jäsen Merikoski oli. Komitean periaatepohdinnat kulkivat hyvin pitkälle Merikosken käsityksiä seuraten, ja voidaan olettaa, että Merikoski hyväksyi myös ne ajatukset, joissa komitea kehitteli hänen perusajatuksiaan pidemmälle.

<sup>50</sup> Merikoski 1941 s. 724–726.

<sup>51</sup> Merikoski 1941 s. 726.

<sup>52</sup> Halila, Leena 2000 s. 67.

Komitean mukaan oikeusturvavaatimus ja tehokkuusvaatimus eivät ole keskenään ristiriitaisia. Käytännössä ilmenee vaikeuksia lähinnä siitä, että jotkin viranomaiset käsittävät tehtävänsä liian ahtaasti ja pyrkivät lähinnä määrällisesti mitattaviin tuloksiin. Komitea ei pitänyt tehokkuutta itsessään ole mitään arvona, vaan sen arvo on täysin riippuvainen niiden tavoitteiden arvosta, johon hallintoviranomaisen toiminta tähtää. Komitea lausui: ”Oikeusturva on toisin sanoen yksi niistä arvoista, joiden toteuttamiseksi ja ylläpitämiseksi valtion hallintoviranomaiset toimivat.” Viranomaisten toiminnan tuloksia arvosteltaessa on otettava huomioon paitsi määrälliset myös laadulliset tekijät, joihin kuuluu muun ohella oikeusturva ja sen takeet. ”Oikeusturva sisältyy näin ollen yhtenä tekijänä tehokkaaseen hallintoon.”<sup>53</sup>

Valtionhallinnon organisaation uudistamiskomitean mietinnössä päädytään näkemykseen, joka korostaa oikeusturvaa itseisarvoisena tavoitteena. Tässä lähtökohdan uudelleenmäärittelyssä tulee esiin pohjoismaisen keskustelun vaikutus.<sup>54</sup> Oikeusturva muodostuu abstraktiksi ideaaliksi, jonka asemaan hallinnossa yleensä ei voida antaa edes vastausta. Komitea totesi itsekin:<sup>55</sup>

”Hallintotoiminnassa oikeusturvanäkökohdan merkitys vaihtelee suuressi toiminnan laadusta riippuen. Eräillä hallintotoiminnan aloilla, kuten verotuksessa, on oikeusturvanäkökohtaan kiinnitettävä erityistä huomiota, kun taas toisissa hallintotoimissa oikeusturvan tarve ei ole yhtä suuri tai siihen ei voida kiinnittää yhtä suurta huomiota. – – Mikä painavuus oikeusturvanäkökohdalla kussakin tapauksessa on muihin näkökohtiin verrattuna, on kysymys, johon ei voida antaa yleispätevää vastausta.”

Komitean abstrakti tapa käsitellä oikeusturvaa ilman sen eri osatekijöiden erottelua merkitsi sitä, että itse oikeusturvan toteuttaminen jäi vain erääksi näkökohdaksi, jota piti punnita kussakin tapauksessa erikseen. Itse asiassa

---

<sup>53</sup> Valtionhallinnon organisaation uudistamiskomitean mietintö s. 11–12.

<sup>54</sup> Komitea viittasi Poul Meyerin kirjoitukseen ”Administrativ effektivitet” (1954). Komitean käsitys tehokkuuden ja oikeusturvan suhteesta ei kuitenkaan ole täysin yhtenevä Meyerin käsityksen kanssa. Meyer tarkoittaa oikeusturvalla yhtenä tekijänä tehokkuuskäsitteessä sitä, että oikeusturvan vaatimukset on otettava huomioon julkishallintoa koskevassa tehokkuuskäsitteessä. Oikeusturvan edellyttämät menettelyt voivat itsessään aiheuttaa kustannuksia ja vaivaa sekä kansalaisille että hallinnolle. Meyer käsittelee oikeusturvaa neutraalina tekijänä hallinnossa, josta voi olla sekä myönteisiä että kielteisiä vaikutuksia toiminnan tehokkuudelle. Hän ei sen sijaan määrittele oikeusturvaa positiivisena tavoitteena, johon hallintotoiminnassa tulee aina pyrkiä. Meyer 1954 s. 188–199.

<sup>55</sup> Valtionhallinnon organisaation uudistamiskomitean mietintö s. 11–12.

komitea määritteli sen vain yhdeksi arvoksi, jota hallinnon tuli tehokkaasti toteuttaa, mutta oikeusturvalla ei ollut kuitenkaan muiden arvojen rinnalla korotettua asemaa. Toteamalla, etteivät tehokkuus ja oikeusturva olleet ristiriitaisia tavoitteita, komitea teki tilaa nimenomaan tehokkuuden painottamiselle.

Merikosken esittämiä oikeusvarmuuden ja tehokkuuden vaatimuksia voidaan normatiivisesti tarkastella paitsi oikeuspoliittisina maksiimeina myös eräänlaisina punnintaperiaatteina, joilla voi olla erilaisia painoarvoja yksittäisessä soveltamistilanteessa. Oikeusvarmuus ja tehokkuusvaatimusten kytkeytyminen osaksi Merikosken esittämää valtiotyypiajattelua osoittaa myös, että vaatimukset muodostavat osan modernin hallinnon perusrakennetta. Reaalisesti tehokkuusvaatimus ja oikeusvarmuus palautuvat hallinnon ja hallintolainkäytön institutionaaliseen erotteluun, jossa hallinnon vapaa toimintamahdollisuus edustaa tehokkuuden kannalta optimaalista rakennetta. Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä on oikeusvarmuuden ja oikeusturvan kannalta vastaavasti optimaalinen ja välttämätön järjestelmä. Hallinto-oikeuden näkökulmana on tarkastella tässä asemellessä nimenomaan oikeussuojajärjestelmän asemaa oikeusturvan takeena. Hallinto-opillinen kysymyksenasettelu on puolestaan viritetty tarkoituksenmukaisuuden toteuttamista silmällä pitäen.

## 4 HALLINNOLLINEN HARKINTAVALLTA

### 4.1 Sidotun ja vapaan harkinnan ongelman ajankohtaistuminen

Sotien jälkeen Suomen oikeustieteessä tapahtuneen vapaan harkinnan käsitteen voimakkaan esiintulon adekvaatti selitysperusta on Mäenpään mukaan löydettävissä lainsäädännön ja hallintotoiminnan muuttuneesta suhteesta, jonka ensimmäiset osoitukset saatiin jo sota-ajan valtuuslainsäädännön yhteydessä. Hallintoelinten nähtiin soveltuvan joustavampina ja nopeampina paremmin yhteiskuntasuhteiden sääntelyyn kuin lainsäädäntöelinten. Valtiollisen sääntelyn lisääntyessä ja laajentuessa hallintoelinten merkitys valtiollisen sääntelyn aktiivisessa toteuttamisessa oli alkanut kasvaa. Merikosken vapaata harkintavalltaa koskevassa monografiassa on Mäenpään mukaan kyse siitä, että hallinto-oikeusteorian tasolla oli kyettävä selittämään ja legitimoimaan valtiollisen säätelyn ja hallintoelinten aseman muutos. Merikosken monografia vapaasta harkinnasta heijasti adek-

vaatisti tätä objektiivista kehitystä oikeustieteellisellä tasolla.<sup>56</sup> Vapaan harkinnan ongelman ajankohtaistuminen liittyy siten nimenomaan hallintovaltiolliseen kehitykseen. Vapaan harkinnan käsitteellä ei siten ole normatiivinen sisältö ainoastaan hallintolainkäyttäjärjestelmää koskevassa normistossa, vaan myös vallitsevassa hallintokäytännössä, jossa vapaa harkinta oli realiteetti ja hallintovaltiollisen kehityksen myötä myös entistä tärkeämpi elementti hallintotoiminnassa.

Keskustelua siitä, miten hallinto-oikeus voi vastata sodan jälkeisen hallintotoiminnan ongelmiin, käytiin poikkeuksellisen tiiviisti pohjoismaisten hallinto-oikeuden tutkijoiden kesken. Tässä yhteydessä voidaan viitata esimerkiksi norjalaisen Johs. Andenæsin käsityksiin, jotka hän esitti 19. Pohjoismaisessa Lakimieskokouksessa 1951. Andenæsin mukaan sosiaalinen hyvinvointivaltiokehitys on merkinnyt, että hallintoviranomaiset ovat saaneet suuremman mahdollisuuden säännellä ihmisten elämää. Tendenssi on ollut antaa viranomaisille vapaa asema julkisen vallan käytössä. Hallintoratkaisujen edellytyksiä ei ole määritelty laissa, vaan viranomaiset voivat toimia parhaan harkintansa mukaan edistääkseen toiminnan tavoitteita.<sup>57</sup> Samassa kokouksessa ruotsalainen Halvar Sundberg käytti puheenvuoron, jossa hän tarkasteli sitä, miten vanhan oikeusvaltiollisen hallinnon rinnalle on syntynyt täysin toisentyypinen hallinto. Tätä uutta hallintoa Sundberg kutsui kansalaisten elämää ja toimintaa ohjaavaksi sosialistiseksi hallinnoksi. Nämä kaksi hallintoa rakentuivat toisilleen vastakkaisille periaatteille. Hallinnon politisoitumisen Sundberg näki kehityksen luonteenomaisena piirteenä. Sekä lainsäädäntöä että hallintoa käytettiin välineenä poliittisten tavoitteiden ja valtapyrkimysten edistämiseen. Tämän kehityksen on tehnyt Sundbergin mukaan mahdolliseksi laajat toimivaltuudet ja vapaan harkinnan yhä laajempi käyttöala.<sup>58</sup>

Suomalaisessa keskustelussa kysymys tarkoituksenmukaisuusharkinnan alasta KHO:n ja valtioneuvoston välisenä toimivaltakysymyksenä ajankohtaistui 1940-luvun loppupuolella. Tematiikan kannalta keskeinen oli Auran vuonna 1950 julkaisema artikkeli ”Tarkoituksenmukaisuusharkinta ja sen käyttämiseen valtuuttavat oikeussäännökset”. Kyse oli 15.12.1948 KHO:n juhlaistunnossa pidetystä esitelmästä eräin täydennyksin. Auran esityksen tavoitteita arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota hänen hieman myöhemmin Pohjoismaiden hallinnollisen liiton kokouksessa esittämäänsä kantaan, jonka mukaan Suomessa ongelmana se, meneekö korkein hal-

---

<sup>56</sup> *Mäenpää* 1979 s. 205–207.

<sup>57</sup> *Andenæs* 1952 s. 8.

<sup>58</sup> *Sundberg* 1952 s. 256–257.

linto-oikeus liian pitkälle vapaan harkinnan kontrollissa käsittelee vapaan harkinnan piiriin kuuluvia kysymyksiä laillisuuskysymyksinä.<sup>59</sup>

Auran mukaan sidotun ja vapaan harkinnan ero on siinä, onko olemassa yksi vai useampia ratkaisutapoja, jotka täyttävät laillisuuden vaatimukset. Sidotussa harkinnassa viranomaisen ratkaisun perusteena on se, mitä asiassa on pidettävä oikeuden mukaisena. Periaatteellisesti katsoen ainoastaan yksi ratkaisu täyttää laillisuuden vaatimukset. Vapaan harkinnan alalla ei sen sijaan ole oikeata ratkaisua. Todellisesta aidosta vapaasta harkinnasta on kysymys seuraavassa tilanteessa:<sup>60</sup>

”Kun hallintoviranomaiselle, jonka toimintaa asian laatuun katsoen ei ole voitu etukäteen sitoa riittävän täsmällisillä oikeusohjeilla, on oikeussäännöksellä myönnetty valta toimia sillä tavoin kuin se esiintyvässä tapauksessa itse harkitsee tarkoituksen mukaisuuden vaativan. Tähän harkintaan sisältyvä vapaus on siinä, että hallintoviranomaisella on mahdollisuus kahden tai useamman aineellisoikeudellisesti samanarvoisen ratkaisutavan välillä. Siitä tietenkin voidaan yksityisessä tapauksessa olla eri mieltä, mikä noista kysymykseen tulevista vaihtoehdoista on paras mahdollinen, mutta kukin niistä, periaatteellisesti katsoen, täyttää laillisuuden vaatimukset.”

Auran esitelmän pääosa käsitteli esimerkkitapauksia, joissa KHO oli joutunut ottamaan kantaa siihen, edellyttikö lainsäädäntö vapaan harkinnan käyttämistä. Valtaosa esimerkeistä liittyi erilaisiin lupiin. Esimerkkitilanteiden analysoinnissa Aura kiinnitti yleensä huomiota lähinnä toimivaltasäännöksen tarkoitukseen ja sanamuotoon sekä KHO:n tulkintakäytännön.

Ajatus sidotusta ja vapaasta harkintavallasta oli omaksuttu KHO:ta perustettaessa osaksi KHO:n ja valtioneuvoston välistä toimivallan jakoa. Aikaisemmin senaatin talousosasto oli käsitellyt myös hallinto-oikeudelliset valitusasiat eikä hallinnon ja hallintolainkäytön välillä ollut institutionaalisella tasolla eroa. KHO:n perustaminen merkitsi hallinnollisen muutoksenhaun ohjaamista ylimmässä asteessa tuomioistuimeen. Vuonna 1918 annetulla lailla KHO:sta jaettiin valitusasiat KHO:n ja hallituksen kesken. Lain 5 §:n mukaan jos valituksen katsotaan koskevan kysymystä, jonka ratkaiseminen pääasiassa riippuu päätöksen tai toimenpiteen tarkoituksenmukaisuudesta, on asia jätettävä hallituksen ratkaistavaksi. Lisäksi siinä säädetään, että jos asiassa on kyse myös siitä, onko päätös tai toi-

<sup>59</sup> *Aura* 1949 s. 271.

<sup>60</sup> *Aura* 1950 s. 10–11.

menpide lainvastainen, on KHO:n annettava siitä lausuntonsa, jota on pidettävä lopullisena.<sup>61</sup>

Vapaan ja sidotun harkinnan käsitteiden kytkemisessä KHOL 5 §:n säännöksiin ja sitä kautta muutoksenhakujärjestelmän rakenteisiin ilmenee jo 1920-luvulta alkanut suuntaus perustaa oikeussystemaattiset käsitteet oikeusjärjestykseen eikä käyttää sille vieraita käsitteitä. Harkintavallan käsitteellä oli kuitenkin jo tätä ennen laajempi reaalin sisällys eli hallintoelinten toimivallan tietynasteinen vapaus lainsäädännössä määritellyn toimivallan käyttämisessä. Hallinnollisen toimen tarkoituksenmukaisuuden ja laillisuuden erottelun taustalla oli 1800-luvulla omaksuttu käsitys hallinnon lainalaisuudesta. Aikaisemmin hallinto oli nähty oikeusjärjestyksestä riippumattomaksi toiminnaksi, jossa ratkaisun tekvän viranomaisen harkinta oli vapaata, ja ratkaisun tekijä itse määritteli sen tavoitteen, mihin toiminnalla pyrittiin.

Hallinnon lainalaisuuden periaatteen omaksumisesta huolimatta hallinnon sääntely oikeusnormein oli 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa edelleen varsin rajoittunutta, mikä näkyy Ståhlbergin käsityksessä, jonka mukaan hallinto toisinaan on sidottua, toisinaan ei. Hallintotoiminnan ollessa sidottua toiminta on lain kautta on aivan tarkoin määrätty ja osoitettu. Vapaan harkintaoikeuden tulee puolestaan pysyä voimassa olevan oikeusjärjestyksen asettamissa rajoissa. Hallinnon lainalaisuuden vaatimuksen käytännön toteutumisessa Ståhlberg oli optimistinen. Hänen mukaansa eduskunta tulee olemaan yksilön oikeuspiiriin turvana sitä mukaa kuin oikeussääntöjen antaminen vakaantuu entistä enemmän eduskunnan myötävaikutuksella tehtäväksi. Toiseksi kun hallintotoiminta yhä enemmän järjestetään oikeussäännöillä, saavutetaan yhtäläisyyden etu, koska kaikkia on oikeussäännön mukaisesti kohdeltava samalla tavalla. Tällöin ”hallintoviranomaisen ehdonvaltaa menetellä oman harkintansa mukaan kussakin yksityistapauksessa, joka ehdonvalta helposti saattaa johtaa mielivaltaan, supistetaan entistä ahtaampiin rajoihin.” Oikeussääntöjen antamiseen liittyvä jatkuva kehitys toteuttaa siten yhä täydellisemmin oikeusvaltion vaatimuksia.<sup>62</sup>

Valtio-oikeuden esityksessään vuodelta 1925 Rafael Erich seuraa pitkälle Ståhlbergin käsityksiä. Merkittävä ero on kuitenkin siinä, että Erich ei käsittele vapaata harkintaa väistyvänä ongelmana, vaan näkee siinä hallinnon ytimen ja perustuksen. Toisaalta Erich tuo esiin vapaan harkinnan rajoituksia. Hän kirjoittaa:<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> KHOL:n 5 §:n säätämisestä *Kulla* 1980 s. 286–295.

<sup>62</sup> *Ståhlberg* 1913 s. 324.

<sup>63</sup> *Erich* 1925 s. 283 ja 420.



”Näissä lain puitteissa hallintoviranomaiselle on suotava melkoinen toimintavapaus, vapaus harkita omaa menettelyään elämässä esiintyvissä moninaisissa tapauksissa. Mutta tämä vapaa harkintakaan ei ole absoluuttisesti vapaata, vaan määrättyjen rajoitusten alainen. Niinpä hallintoviranomainen ei saa toimia mielivaltaisesti, ei esim. saa samanlaisissa tapauksissa toiselta kieltää sitä, minkä hän toiselle myöntää, sillä kansalaisten yhdenmukaisen kohtelun periaate on nykyajan valtiossa hallinnon ylimpänä ohjeena. Mutta hallintoon vaikuttavat huomattavasti myöskin vallalla olevat yhteiskunnalliset olot yleensä; varsinkin järjestyksenhoidon eli politiikan alalla havaitaan yleisten valtiollisten ja yhteiskunnallisten olojen vaikutusta.”

Vapaan ja sidotun harkinnan asema hallinnossa on erilainen kuin yleisessä lainkäytössä, minkä vuoksi myös hallintolainkäytön sidottu harkinta on erilaista kuin yleisen lainkäytön. Sidotulla ja vapaalla harkinnalla on erilainen merkitys hallinnossa ja lainkäytössä. Tämän toteaa jo Erich:<sup>64</sup>

” ’Vapaa harkinta’ lainkäytön alalla olemukseltaan pääasiallisesti on jotakin toista kuin hallinnolle ominainen ’vapaa harkinta’ . Edellisessä sen ensisijaisesti tulee olla oikeuden etsimistä, oikeusaatteen konkretisointia, jälkimmäisessä se on tarkoituksenmukaisuuden arviointia, jonka tosin tulee pysyä oikeuden puitteissa”

Hallinnollisessa vapaassa harkinnassa oli kysymys pikemminkin politiikan piiriin kuin oikeuden alaan kuuluvasta tarkoituksenmukaisuuden arvioinnista. Erich tarkoitti poliittisella sellaista seikkaa ym., jonka oleellisesti määräävät valtiolliset tarkoituksenmukaisuussyyt eivätkä puhtaat oikeusperiaatteet.<sup>65</sup>

## 4.2 Merikosken käsitys sidotun ja vapaan harkinnan erosta hallinnossa

### 4.2.1 Harkintavallan asiallinen perusta

Sidotun ja vapaan hallintotoiminnan käsitteet kuvaavat Merikosken konseptiossa hallintotoiminnan ja oikeusnormien välistä suhdetta. Sidotusta hallintotoiminnasta on Merikosken mukaan kyse silloin, kun laki tai muu velvoittava ohje riittää osoittamaan, miten viranomaisen on kussakin esiintyvässä, asetetut tuntomerkit täyttävässä tapauksessa meneteltävä, minkä

<sup>64</sup> Erich 1925 s. 423.

<sup>65</sup> Erich 1924 s. 189–190.

päämäärien toteuttamiseksi viranomaisen on toimittava, miten sen on päätettävä ja tehtävä, miten sen on ratkaistava asia. Oikeusjärjestelmän antamissa puitteissa hallintoviranomaiset voivat käyttää vapaata harkintavalttaa. Tällöin hallintoviranomainen saa kussakin yksittäistapauksessa erikseen, yleissäännöksen sitomatta, ratkaista, minkä lähimpien päämäärien ja tarkoituksien toteuttamiselle on annettava etusija ja mitä keinoja on käytettävä niiden toteuttamiseksi.<sup>66</sup>

Merikosken mukaan erottelu sidottuun ja vapaaseen harkintaan on edellytyksenä sille, että oikeusturvaa voidaan hallinnossa kehittää täydellisemmäksi ilman että hallinnon tehokkuus eli hallintotoiminnan nopeus ja joustavuus kohtuuttomasti vähenevät. Perustana oli Merikosken vakaumus siitä, ettei hallintotoimintaa voida kokonaisuudessaan ja kaikilta osin säännellä oikeussäännöin.<sup>67</sup>

”Den kan ej bindas genom detaljerade specialbestämmelser och man kan ej heller finna några allmänna principer, som skulle ha den för rättsregler karaktäristiska nogrannheten eller vilkas tillämpningsområde vore så begränsat, att man kunde vänta sig att praxis skulle skänka dem en tillräcklig fasthet. Resultatet härav är ett sakläge, vars faktiska existens man ej på något håll torde vilja bestrida: för förvaltningsmyndigheterna kvarstår ofta vid fattandet av avgöranden ett sådant rörelseområde på vilket de ej kunna, även om de vilja, få tillräcklig ledning av rättsregler. Och om en förvaltningsmyndighet en gång ej kan stöda sig på rättsgrunder, kan dess verksamhet ej heller rättsligt kontrolleras.”

Oikeudellinen sidonnaisuus vaihtelee asioittain: on lähes täysin vapaata harkintaa ja hyvin vahvasti sidottua oikeudellista harkintaa. Merikoski totesi, että hallinto voi eri aloilla ja eri asioissa olla enemmän tai vähemmän sidottua tai vapaata. Tämä sidonnaisuus voi mennä niin pitkälle, että oikeussäännöillä on aivan tarkoin määrätty ratkaisujen sisältö jättämättä viranomaiselle mitään liikkumatilaa.<sup>68</sup> Merikoski kirjoitti vuonna 1952: ”Det är ytterligare skäl att i detta sammanhang framhålla, att gränsen mellan den ’bundna’ och den ’fria’ förvaltningsverksamheten ej är alldeles klar och skarp, lika litet som den är av statisk natur.” Merikosken mukaan kun on kyse arvoarvostelmista, sidotun harkinnan raja vapaaseen harkintaan voi käytännössä olla vaikea tehdä, mutta teoreettisesti on erottelu selvä.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Merikoski 1958 s. 1–3.

<sup>67</sup> Merikoski 1952a s. 271. Kursivointi poistettu.

<sup>68</sup> Merikoski 1958 s. 15.

<sup>69</sup> Merikoski 1952a s. 248.

Merikosken määritelmässä vapaan hallintotoiminnan luonne on korostetun teleologinen, kysymys on viranomaisten tavoitteellisesta toiminnasta. Merikosken käsitteistössä on mukana myös hallinto-opilliselle ajattelulle tyypillinen päämäärä/keino-erottelu. Merikosken vapaata harkintaa koskevan ajattelun taustalla ovat selkeästi hallinto-opin analyysit modernista rationaalisesta hallinnosta. Hallinnon aktiivisen luonteen korostaminen liittyy Merikosken konseptiossa myös oikeusvaltion ja hallintovaltion erotteluun. Tässä hän seuraa hyvin pitkälle Castbergin jalanjalkia. Sidotun ja vapaan harkinnan kohdalla ei ole kysymys harkinnan laatueroista, vaan oikeudellisen sidonnaisuuden ja hallinnollisen päätöksenteon reaalisesta suhteesta. Vaikka itse käsitteet voitaisiin määritellä teorian tasolla selkeästi, tosiasiallisesti hallinnon oikeudellinen sidonnaisuus vaihtelee sen mukaan, miten oikeusturvan ja tehokkuuden vaatimukset on käytännössä hallintoa järjestettäessä tasapainotettu. Vapaata harkintaa koskevassa monografiassa Merikoski nimenomaisesti viittasi siihen, että pyrkimykset vapaan harkintavallan oikeudellisten rajoitusten määräämiseksi sekä sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välisen rajan täsmentämiseksi muodostavat osan hallinnon piirissä jatkuvasti käynnissä olevasta oikeus- suoja- ja tehokkuusvaatimusten yhteensovittamisesta.<sup>70</sup>

Ajatus oikeusturva- ja tehokkuusvaatimuksen tasapainosta eroaa selvästi ruotsalaisen Halvar Sundbergin ajattelusta, jossa oikeusturvavaatimus asetettiin ehdottomasti tehokkuusvaatimuksen edelle. Sundberg esitti käsityksensä muun muassa keskusteltaessa Castbergin esityksessä oikeusvaltiosta/hallintovaltiosta ja toisti sen myöhemmässä tuotannossaan. Sundberg suhtautuu hallintovaltiokehityksen erittäin kriittisesti. Oikeusvaltion idea on oikeusturvan idea. Jokaisessa tapauksessa periaatteellisesti vain yksi toimintatapa on oikea ja laillinen. Tässä ilmenee oikeusturvaperiaate hallinnossa. Oikeusturvan ylläpitäminen edellyttää hallintoviranomaisten toimintamahdollisuuksien merkittävää rajoittamista. Sundberg jatkaa: ”Det ligger i rättsstatens väsen, att rättsäkerhetskravet icke förty anses värt detta offer. Kravet på förvaltningens effektivitet måste i rättsstaten stå tillbaka för kravet på rättsäkerhet.”<sup>71</sup>

Oikeusturvan eri osatekijöistä Merikoski ei ollut valmis ulottamaan edes perusteluvelvollisuutta vapaaseen harkintaan, missä näkyy selkeästi hallinnon tehokkuusnäkökohtien vaikutus. Hänen mielestään monien vapaa- harkintaisten hallintopäätösten perusteluja ei voida vaatia jälkikäteen ilmaistavaksi, tai edellyttää, että ne olisi sisällytettävä itse päätökseen. Myös-

<sup>70</sup> Merikoski 1958 s. 1–3.

<sup>71</sup> Sundberg 1933, passim.

kään de lege ferenda Merikoski ei puoltanut perustelujen ilmaisemisvelvollisuuden laajentamista vapaassa hallintotoiminnassa. Tätä hän perusteli oikeusturva- ja tehokkuusnäkökohtien yhteensovittelulla, josta hallintopäätösten perustelujen ilmaisemisen järjestäminen on osa. Merikosken mukaan hallintoalamaisen kannalta katsoen olisi täysimittainen perusteluvollisuus erinomainen asia, mutta hallinnon tehokkuus voisi joutua siitä kärsimään. Perusteluvollisuuden laajentamisesta saatava hyöty voisi jäädä haittoja pienemmäksi.<sup>72</sup>

Verrattaessa Merikosken ja Ståhlbergin esitystä sidotun ja vapaan harkinnan probleemasta voidaan havaita, että heidän tematiikkansa on täysin erilainen. Ståhlbergillä harkintavallan oikeudellisten sidonnaisuuksien puuttuminen johtuu järjestelmän kehittymättömyydestä. Merikoski sen sijaan kirjoittaa aikana, jolloin oli osoittautunut, että vapaan harkinnan ongelma ei suinkaan ollut väistynyt, vaan sillä oli vankka ja pysyvä asema hallinnollisessa toiminnassa. Vapaata harkintavaltaa Merikoski piti yhteiskunnallisena realiteettina. Vuonna 1952 hän arvioi, että kehitys kulkisi siihen suuntaan, että sidotun hallinnon ala laajenisi vapaan harkintavallan kustannuksella. Tästä huolimatta ei ole ajateltavissa, että vapaa harkinta hallintotoiminnassa täysin katoaisi. Merikoski kirjoitti:<sup>73</sup>

”Till en genom allmänna stadganden helt reglerad förvaltning kan man aldrig komma. Det är omöjligt av många skäl. Livets alla otaliga variationer kunna ej ens med den mest livliga fantasi på förhand förutses så, att myndigheternas förhållande till dem kunde regleras genom detaljerade rättsregler. Allmänna principer, som entydigt skulle avgöra alla i praktiken förekommande fall av de mest mångskiftande slag, kunna icke heller framläggas. Och framför allt: det finns frågor, med avseende å vilka redan på grund av deras natur en fullständig bundenhet ej är genomförbar.”

Oikeusvaltiollisen julkisoikeuden oikeuspoliittinen tavoite saada kaikki hallintotoiminta yksityiskohtaisen oikeudellisen sääntelyn piiriin ei ollut toteutunut. Hallinnollisen toimivallan sääntelyn osalta oikeusvaltiokehitys oli vielä 1920- ja 1930-luvuilla hidasta, ja 1940-luvulla puolestaan päädyttiin poikkeusoloihin, joissa viranomaisten valtuudet olivat laajemat kuin milloinkaan aikaisemmin. Ajatus oikeusvaltiosta sellaisena, jossa viranomaisten valtuudet ja kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet olisivat tarkkaan säännellyt, ei ollut toteutunut. Virkaanastujaisluennossaan Merikoski katsoi, että tällainen oikeusvaltio kuolisi omaan kankeuteensa.

<sup>72</sup> Merikoski 1958 s. 141–144.

<sup>73</sup> Merikoski 1952a s. 261–262.

Merikoski sitoi vapaan harkinnan ilmiön sen faktiseen olemassaoloon. Vapaan harkinnan käsite on hallintotoiminnan kannalta kaksinaisuusluonteinen. Vapaan ja sidotun harkinnan käsitteet eivät siten Merikosken konseptiossa ole vain normatiivisia, vaan niillä on myös reaalinen, hallinto-opillinen sisältönsä. Kaksijakoisuus ilmenee juuri teoreettisen ja käytännöllisen näkökulman erotteluna. Merikoski ei rakenna harkintavaltaa koskevaa doktriinia apriorisille oikeuskäsitteille, vaan nimenomaan reaalisisille yhteiskuntailmiöille, joita abstrakteilla teorian käsitteillä hallitaan.

Merikosken kritiikissä esimerkiksi Andersson ja Sipponen ottivat annettuna lähtökohdaksi käsityksen, jonka mukaan Merikoski painotti sidotun ja vapaan harkinnan laadullista eroavaisuutta, sen tarkemmin pohtimatta, mitä Merikoski oikeastaan tarkoitti, ja tämän jälkeen perustivat oman kritiikkinsä sille, että sidotun ja vapaan harkinnan välillä on ainoastaan aste-ero.<sup>74</sup> Vilkkonen sen sijaan eräessä yhteydessä esittikin kysymyksen siitä, jospa Merikoski tarkoitti juuri aste-eroa. Esimerkiksi verotuspäätöksen ja virkanimityspäätöksen välillä on harkintavallan aste-ero niin huomattava, että voisi olla oikeutettua kutsua toista sidotuksi ja toista vapaaksi. Vilkkosen tulkinnassa kiinnitetään huomiota nimenomaan tosiasiallisen harkintavallan eroihin eri hallintoasioissa ja lainkäytössä.<sup>75</sup> Vilkkosen tulkinta vastaa Merikosken ajattelun realistista peruslähtökohtaa.

#### 4.2.2 Harkintavallan laajuus lainsoveltamisongelmana

Oikeudellisen sääntelyn muotoina Merikoski teki eron yksityiskohtaisen sääntelyn, joustavien oikeusnormien ja vapaan harkinnan välillä. Joustavalla oikeusnormilla Merikoski tarkoitti oikeussääntöä, joka ei ole tarkoitettu rakentumaan määräisisältöisten käsitteitten ja selvien lähtökohtien pohjalle samalla tavoin kuin kiinteäsisältöiset oikeusnormit.<sup>76</sup> Merikoski luki joustavien oikeusnormien soveltamisen sidottuun harkintaan. Esitelmässään Merikoski totesi lyhyesti, ettei vapaan harkinnan piiriin kuulu sellainen harkinta, joka on rinnastettavissa tuomioistuinten harkinnassa tehtäviin arvoarvostelmiin (värdeomdömen). Tällä hän tarkoitti esimerkiksi korvauksen kohtuullisuuden tai hyvän tavan vastaisuuden arviointia. Merikoski kuitenkin myönsi, että arvoarvostelmien kohdalla ero vapaaseen harkintaan voi käytännössä olla vaikea tehdä. Teoreettisesti erottelu oli

<sup>74</sup> Andersson 1964 s. 36–37 ja Sipponen 1965 s. 209–210.

<sup>75</sup> Vilkkonen 1972 s. 385.

<sup>76</sup> Merikoski 1958 s. 49 ja 305–306.

häneistä selvä.<sup>77</sup>

Merikoski piti ylivoimaisina niitä vaikeuksia, joita oli ilmaantunut, kun pyrittiin selvittämään yleisesti, minkäsisältöiset säännökset ovat vapaa-seen harkintaan oikeuttavia, ja milloin kysymys on yhteen ainoaan oikeaan ratkaisuun johtavasta normista, jonka soveltaminen on oikeudellisesti kontrolloitavissa. Merikoski torjui käsityksen, jonka mukaan julkisen intressin mukaisuus ei voisi tulla koskaan oikeudellisesti kontrolloitavaksi. Toisaalta hän ei myöskään hyväksynyt muun muassa Sundbergin kannattamaa oppia, joka tuomioistuinkontrollin suhteen rinnasti kiinteäsisältöisten oikeusnormien kanssa kaikki hallintoviranomaisten toimintaohjeet ja periaatteet mukaan luettuna julkisen edun toteuttamisen. Merikosken mukaan jokaisen säännöksen osalta on erikseen pyrittävä selvittämään, onko katsottava lainsäätäjän tarkoittaneen säännöksen varsinaiseksi oikeusnormiksi vai vain harkinnan ohjenuoraksi. Samansisältöinen säännös voi toisen valtion positiivisessa oikeudessa olla joustava oikeusnormi, mutta toisessa valtiossa vailla oikeusnormin ominaisuutta.<sup>78</sup>

Sen selvittäminen, onko tietyn hallintotoiminnan osalta kyse sidotusta vai vapaasta harkinnasta, on Merikoskelle laintulkintakysymys. Toimivaltasäännöksiä tulkitessaan Merikoski ei ota lähtökohdaksi sidotun ja vapaan hallintotoiminnan käsitteitä, vaan lainsäätäjän tarkoituksen ja sanamuodon sekä KHO:n oikeuskäytännön. Hän menetteli täysin samalla tavoin kuin Aura edellä mainitussa tarkoituksenmukaisuusharkintaa koskevassa esitelmässään. Esimerkkinä rajankäyntitilanteesta voidaan mainita rakennuslain mukainen poikkeusharkinta. Merikoski arvosteli vapaata harkintaa koskevassa tutkimuksessaan KHO:n edustamaa tulkintaa, jonka mukaan poikkeamisharkinta oli sidottua. KHO:n oikeuskäytännöstä ilmenee, että 1950-luvulla asemakaavalain 60 §:n 2 momentin mukaisia poikkeuslupa-asioita pidettiin oikeusharkintaan perustuvina (1951 II 54 ään. 10–10). Merikoski katsoi, että poikkeuksen myöntäminen nojautui vapaa-seen harkintaan.<sup>79</sup>

”Vaikeasti perusteltavissa näyttää olevan myös se käsitys, että poikkeuksen myöntämistä rakennuskiellosta olisi pidettävä sidottuna toimena. Siinä on asia ratkaistavissa punnitsemalla, mitä erilaisimpia näkökohtia eri tapauksissa huomioon ottaen, yleistä ja yksityistä etua vastakkain, mutta – niin lienee lain tarkoitus ymmärrettävä – panemalla pääpaino yleisen edun vaatimuksille. Poikkeusten myöntämisen järjestäminen täs-

---

<sup>77</sup> Merikoski 1952a s. 251–252.

<sup>78</sup> Merikoski 1958 s. 53–54.

<sup>79</sup> Merikoski 1958 s. 240. Samansuuntaisesti myös Aura 1950 s. 17–18.

mällisillä säännöksillä tuskin olisi ajateltavissa. Kun presumption lie-  
nee tällaisten toimien osalta katsottava käyvän vapaan harkinnan suun-  
taan, täytyisi poikkeusten myöntämistoimien, jotta niitä voitaisiin pitää  
sidottuina, olla lainsäädännössä selvästi sellaisiksi osoitettuja. Mutta  
niinhän ei voida sanoa olevan asian laidan. Päinvastoin lain sanamuoto-  
kin viittaa siihen, että poikkeukset rakennuskiellosta kuuluvat vapaa-  
harkintaisiin toimiin.”

Merikosken mukaan kysymykseen, vaatiiko yleinen tarve tietyn pakkolu-  
nastuksen sallimista, voidaan vastata vain kyllä tai ei; vastaavasti yhdis-  
tyksen tarkoitus on tai ei ole yhdistyslain mielessä hyvän tavan vastainen;  
se ei voi olla jotakin siltä väliltä.<sup>80</sup> Merikoski toteaa, että kaikki yritykset  
teoreettisesti selvittää, mitä tarkoitetaan ”yleisellä tarpeella” ovat epäon-  
nistuneet ja todennäköisesti myös tulevaisuudessa ovat tuomittuja epäon-  
nistumaan. Teoreettis-abstrakti laintulkinta ei voi päästä pitemmälle kuin  
tiettyjen yleislinjojen esittämiseen. Tämän jälkeen jää lainsoveltajan teh-  
täväksi näiden linjojen puitteissa ratkaista, mitä yleisen tarpeen yksittäis-  
tapauksessa katsotaan merkitsevän. Yleisellä tarpeella voidaan katsoa tiet-  
tynä ajankohtana olevan määrätty sisältö, joka kuitenkin ajan myötä ehkä  
muuttuu. Tällaisissa tapauksissa kysymys siitä, onko hallintotoiminta va-  
paata vai sidottua, riippuu viime kädessä lainsäätäjän tahdon tulkinnas-  
ta.<sup>81</sup>

Merikosken käsitys lainkäyttöpäätöksestä ei edustanut lakipositivistis-  
ta ideaa deduktiivisesta ratkaisusta, formaalis-loogisena päätelmänä. Tämä  
rationalistinen idea ei ollut enää vallitseva näkemys lainkäyttöpäätöksen  
luonteesta enää 1920- ja 1930-luvullakaan. Tässä yhteydessä voidaan vii-  
tata esimerkiksi Erichin valtio-oikeuden oppikirjassa esitettyyn näkemyk-  
seen.

Erichin mukaan nykyaikainen oikeustiede hylkää rationalistisen käsi-  
tyksen, jonka mukaan lain pitäisi antaa niin täydellistä johtoa, että tuo-  
marin ei tarvittaisi muuta kuin subsumoida konkreettiset tapaukset lain  
säännösten alaisiksi. Laki ei pyri yksityiskohtaisesti sitomaan tuomaria  
tarkkoihin säännöksiin, vaan jättää hänelle harkintaa, lainkäyttäjän on  
itse löydettävä tarpeellinen oikeusohje yleisestä oikeustajunnasta, sel-  
laisena kuin se hänen omaan tietoisuuteensa vaikuttaa, tai oikeuden ja  
kohtuuden yleisistä periaatteista.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Merikoski 1958 s. 43.

<sup>81</sup> Merikoski 1952a s. 262.

<sup>82</sup> Erich 1925 s. 422–423.

Deduktiivisen ratkaisun teon idea ei ole perustana juridisessa ajattelutavassa, jota Merikoski piti lakimiehen luonteenomaisimpana ominaisuutena. Juridinen ajattelutapa ei Merikosken mukaan ole tietoa, vaan taito. Juridinen ajattelutapa on tietyn oikeudellisen kysymyksen kannalta merkityksellisten faktojen kriittistä arvostelua, kykyä oleellisten, asiaan vaikuttavien seikkojen ja näkökohtien havaitsemiseen ja epäoleellisten eliminointiin sekä tottumukseksi kehitettyä kykyä loogiseen ja sitovaan todisteluun ja johtopäätösten tekoon.<sup>83</sup> Viittauksella oikeudellisen päättelyn loogiseen luonteeseen ei vanhemmassa kirjallisuudessa tarkoiteta perinteistä aristotelista lauselogiikkaa, vaan logiikasta puhuttiin laajemmassa merkityksessä johdonmukaisena ajatteluna. Tämä ilmenee esimerkiksi Kailan teoksesta oikeuslogiikasta, jossa ei ole kyse normilogiikasta, vaan oikeudellisen ajattelun yleisistä periaatteista. Oikeudellisen ajattelun looginen luonne ei tarkoita oikeudellisen päätelmän johtamista näennäisloogisena kalkyylina.

Sidotun harkinnan yhteydessä Merikoski kirjoitti oppikirjassaan vuonna 1946 siitä, että periaatteessa kaikissa sidotun hallintotoiminnan alaan kuuluvissa tapauksissa on ”matemaattisen tarkasti määrättävissä, mikä on oikea lopputulos, oikea ratkaisu”. Hallintolainkäytön tehtävä on näissä ainoastaan tutkia, onko hallintoviranomainen osunut tähän ainoaan oikeaan ratkaisuun.<sup>84</sup> Tämän käsityksen sidotusta harkinnasta Merikoski toisti myös vuonna 1952 pitämässään esitelmässä. Siinä hän toteaa, että sidotussa toiminnassa oikeisiin premisseihin perustetaan looginen konstruktio, joka seuraa oikeita sääntöjä, tullakseen ainoaan oikeaan lopputulokseen. Periaatteessa sidotussa toiminnassa voidaan matemaattisen tarkasti vahvistaa, mikä on oikea ratkaisu.<sup>85</sup> Kielikuvaa ratkaisun ”matemaattisesta tarkkuudesta” Merikoski ei kuitenkaan käytä enää vuoden 1958 monografiassa. Tämä muutos on huomionarvoinen, ja on todennäköistä, että Merikoski tällä tavoin otti huomioon Castbergin vuoden 1952 esitelmän yhteydessä esittämän kritiikin, jonka mukaan modernia oikeusmetodista näkemystä ei vastaa käsitys siitä, että oikeudellisissa kysymyksissä voitaisiin matemaattisella tarkkuudella vahvistaa, mikä on oikea lopputulos. Castbergin mukaan ratkaisuun liittyy arvostuksen varaisia valintoja eri ratkaisuvaihtoehtojen välillä.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Merikoski 1946a s. 391–393.

<sup>84</sup> Merikoski 1946b s. 100.

<sup>85</sup> Merikoski 1952a s. 252.

<sup>86</sup> Castberg 1952 s. 286.



Oikeusteoreettisen keskustelun vaikutukset tulevat näkyviin Merikosken todetessa vapaata harkintaa koskevassa monografiassaan olevan paljon erimielisyyttä siitä, onko lainkäyttöpäätös aina vain kiinteille perusteille rakentuvan loogillisen ajattelun tuloksena syntynyt päätelmä, syllogismi, vai syntykö lainkäyttöpäätös jollakin muulla tavoin. Hän mainitsee, että syllogismi-idea on ollut aikaisemmin yleisesti hyväksytty ja nykyisinkin sillä on vankkaa kannatusta erityisesti prosessualistien keskuudessa. Edelleen hän toteaa, että uudemmassa kirjallisuudessa on esiintynyt runsaasti eri suuntiin käyviä ja eri tavoin kehiteltyjä mielipiteitä. Tältä osin Merikoski viittasi mm. Lahtisen, Brusinin, Rossin ja Franekin tuotantoon. Lainkäyttöpäätöksen syntyprosessia selvitelleissä opeissa yhden äärimmäisyyden muodosti suuntaus, joka pitää päätöstä puhtaan syllogismina. Tämä käsityksen ovatkin monet tutkijat Merikosken mukaan hylänneet. Toinen äärimmäisyysoppi kieltää kaiken kiinteyden ja sidonnaisuuden niin, että ratkaisu voi jäädä jopa tuomarin tunteen varaan. Äärimmäisyysuuntauksia Merikoski piti hylättävinä.<sup>87</sup>

Loogiseen konstruktion perustuvan oikean ratkaisun idea liittyy Merikosken konseptiossa oikeudellisen sidonnaisuuden asteittaisuuteen eikä siihen, että sidotussa harkinnassa ratkaisu voitaisiin johtaa käsitteläinopin mukaisesti käsitteistä. Merikoski ymmärtää lainkäytön tehtävät sillä tavoin suppeasti, että tuomioistuimen tehtävä hallinnon kontrollissa rajoittuu sen ratkaisemiseen, onko oikeussääntöä sovellettu oikein. Yksinkertaisinta tämä kontrolli on niissä tapauksissa, joissa laki matemaattisen tarkasti määrittää lopputuloksen. Mitä ohuemmaksi oikeudellinen sidonnaisuus muodostuu, sitä vähemmän tuomioistuimen kontrollilla on yksittäistapauksessa tehtävää. Tällöin ratkaisu tulee Merikosken mielestä jättää hallinnon harkinnan varaan.

#### 4.2.3 *Yhden ainoan oikean ratkaisun oppi*

Suomalaisessa oikeustieteessä on käyty paljon keskustelua yhden ainoan oikean ratkaisun opista, joka Merikosken doktriinissa liittyy sidottuun harkintaan. Oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta esitettiin Suomessa alun perin nimenomaan hallintoharkintaa koskevana doktriinina. Yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta puhui ensimmäisenä hallintoneuvos Aura edellä mainitussa vuonna 1947 pitämässään esitelmässä.<sup>88</sup> Auran käsitystä on tarkasteltava sen aikaista ruotsalaista doktriinia vasten. Ruotsissa Sundberg oli jo 1930-luvulla lähtien esittänyt, että lainmukaisuuden ja epätar-

<sup>87</sup> Merikoski 1958 s. 44–46.

<sup>88</sup> Aura 1949 s. 10–11.

koituksenmukaisuuden välillä ei tarkasti ottaen ollut eroa. Viranomainen ei saa milloinkaan tuomita mielivaltaisesti tai subjektiivisilla perusteilla. Jos viranomainen on tehnyt muun kuin tarkoituksenmukaisen päätöksen, päätös on lainvastainen.<sup>89</sup> Tässä Sundberg yhtyi Hammarskiöldin jo vuonna 1909 esittämään kantaan:

”För en ämbetsåtgärd måste föreligga skäl, som äro objektiva och allmängiltiga, även om de äro svåra eller omöjliga att i detalj framställa. Till följd härav kan i varje särskilt fall, principiellt sett, endast *ett* handlingssätt vara det riktiga, och utgör alltså en rättslig prövning av handlingssättet icke i och för sig någon orimlighet.”

Auran mukaan jos Suomessa olisi omaksuttu käsitys, että vapaaharkintaisissakin ratkaisuisissa vain yksi lopputulos voi vastata laillisuuden vaatimuksia, niin KHO:n käsiteltävän jokaisen valituksen ratkaisu loppujen lopuksi riippuisi valituksenalaisen päätöksen laillisuuden harkitsemisesta, eikä KHO:sta annetun lain 5 §:n 1 momentin säännös tulisi koskaan sovellettavaksi. Auran mukaan mainittu kanta ei ole sopusoinnussa positiivisen oikeuden kanssa.<sup>90</sup>

Merikoskella on selvä yhteys oikeudellisen sidonnaisuuden, oikeusvarmuuden ja yhden ainoan oikean ratkaisun vaatimuksen välillä. Oikeusvaltion perusteita käsitellessään Merikoski painotti oikeusvarmuuden merkitystä. Sen hän nostaa esille myös yhden oikean ratkaisun kohdalla. Oikeusvarmuus edellyttää lainkäyttöpäätösten ennalta-arvattavuutta. Tämä vaatimus ei voi toteutua, jos yhden oikean ratkaisun periaatteesta luovutaan. Tässä yhteydessä Merikoski esitti monesti viitatus lausumansa: ”Itse asiassa on koko prosessuaalisen muutoksenhakujärjestelmän olemassaolo järjellistä vain, jos tästä periaatteesta pidetään kiinni. Muutoksenhakuhan näet tapahtuu nimenomaan siinä tarkoituksessa, että ylempi oikeusaste oikaisisi alemman antaman väärän päätöksen.” Yhden ainoan oikean ratkaisun vaatimus on alisteinen oikeusvarmuuden toteuttamiselle.

Oikean ratkaisun käsite koskee myös vapaata harkintaa, siinä oikeita ratkaisuja voi olla useampia kuin yksi. Merikoski argumentoi tiukasti sen puolesta, ettei vaatimus tarkoituksenmukaisimmasta ratkaisusta ole oikeudellinen. Viranomaisen tulee vapaan harkinnan piirissä pyrkiä parhaimpaan,ärkeimpään ja yleisen edun kannalta toivottavimpaan ja sopivimpaan ratkaisuun, mutta tämä velvoite ei ole luonteeltaan oikeudellinen eikä

---

<sup>89</sup> *Sundberg* 1943 s. 167.

<sup>90</sup> *Aura* 1949 s. 11–12.

oikeudellisen valvonnan alainen.<sup>91</sup> Kun hallintoviranomainen voi valita ratkaisun useasta mahdollisesta vaihtoehdosta, sen toimintaa ohjaa tehokkuus. Vaatimus yhdestä ainoasta ratkaisusta jättää tehokkuuskriteerin sivuun, valinta on tehtävä jollakin ”oikeellisuus”-perusteella. Tuo kriteeri löytyy oikeusjärjestyksestä. Tässä on olennainen ero vapaaseen harkintaan, joka voi nojautua myös selvästi poliittisiin perusteisiin tarkoituksenmukaisinta ratkaisua hakiessaan.

Oikeudellinen sidonnaisuus vaihtelee siten, että sen yhdessä päässä ovat oikeusjärjestyksestä loogisesti johdettavat ratkaisut ja toisessa päässä hallinnolliseen tarkoituksenmukaisuuteen nojautuvat ratkaisut. Myös matemaattinen tarkkuus -kielikuva liittyy oikeudellisen sidonnaisuuden ideaalitalanteeseen, jossa viranomaiselle ei jää lainkaan harkintavallata, vaan oikeusnormi määrittää yksiselitteisesti sekä oikeustositteikat että oikeusseuraamukset. Makkonen käytti tästä ratkaisutilanteesta nimitystä isomorfiatilanne. Yhden ainoan ratkaisun opin perustana on tämä pelkistetty ratkaisutilanne eikä kysymys aukkoharkinnasta. Tässä kohden Merikosken ajattelu eroaa selkeästi myöhemmästä keskustelusta. Siinä on pohdittu Dworkinia seuraten yhden ainoan oikean ratkaisun mahdollisuutta sääntelemättömissä kiperissä tilanteissa (hard cases). Aukkotilanteet jäävät Merikosken konseptiossa vapaan harkinnan piiriin. Oikeudellisen aukkoharkinnan tilannetta ei tässä mallissa välttämättä edes synny. Se, että tiettyä tilannetta ei ole oikeudellisesti säännelty, johtaa viranomaisen vapaaseen harkintaan hallinnollisen tarkoituksenmukaisuuden perusteella eikä oikeusnormien luomiseen aukkotilanteessa.

Kohtuullisen korvauksen tai rangaistuksen suuruuden määrittämisessä on kyse joustavan normin soveltamisesta. Vain yksi ratkaisu on tällöin oikea, jos muutoksenhakuaste katsoo että rangaistus on liian pieni, sen on oikaistava päätös oman käsityksensä mukaiseksi. Se, mitä Merikoski tarkoittaa muutoksenhakuasteen omalla käsityksellä, ilmenee hyvin hänen käsitellessään kysymystä ratkaisun perustelemisselvällisyyden kannalta. Merikosken mukaan täydelliseen perusteluun ei päästä esimerkiksi määrättäessä korvaus hyvityksenä kivusta ja särystä: ”Asteikkaa, jonka mukaisesti hyvitys olisi määrättävä, ei ole olemassa, eikä sellaista asteikkaa voida koskaan saada syntymään. Hyvityksen määrä on vahvistettava in casu tuomarin harkinnan perusteella.”<sup>92</sup>

Merikoski ei ota nimenomaisesti kantaa siihen, miten oikea ratkaisu on löydettävissä eli miten arvoarvostelma suoritetaan, eikä hän ota kantaa tuon

<sup>91</sup> Merikoski 1952a s. 258.

<sup>92</sup> Merikoski 1958 s. 55–56, 308.

arvostelman subjektiivisuuteen tai objektiivisuuteen. Hyvityksen määrää koskeva esimerkki viittaisi kuitenkin siihen, että Merikoski ei pidä kohtuullisen hyvityksen objektiivista arviointia mahdollisena. Hän kirjoitti:<sup>93</sup> ”Vaikka siis mentäisiin niin pitkälle, että katsottaisiin lain soveltajan ikäänkuin astuvan lainsäätäjän asemaan tai toimivan intuitionsa mukaan, on muutoksenhakuasteen, jos se omalta osaltaan päätyy asiassa toiseen tulokseen, oikaistava ratkaisu oman käsityksensä mukaiseksi.” Merikosken tulkinnan kannalta tässä keskeinen on ilmaus muutoksenhakuasteen oma käsitys. Vilkkonen on onkin todennut, että ainoalla oikealla ratkaisulla voidaan tarkoittaa ratkaisun lopullisuutta. Ylimmän tuomioistuimen päätös, joskaan ei ehkä ainoa oikea niin ainakin ainoa täytöntöön pantavissa oleva, ainoa ”todellinen” ratkaisu.<sup>94</sup> Merikosken oma esimerkki pakkolunastuksesta osoittaa selvästi, ettei yksi ainoa oikea ratkaisu ole joustavien oikeusnormien kohdalla ideaaliratkaisu, vaan käytännössä kulloinkin hyväksytty vakiintunut ratkaisu.

Yksi ainoa oikea ratkaisu on siten reaalisesti ylimmän muutoksenhakuasteen oma käsitys oikeusjärjestyksen sisällöstä. Oikeusvarmuuden painottaminen rajoittaa mahdollisuutta valita ratkaisu hallinnollista tehokkuutta ja poliittisesti hyväksytyjä tavoitteita silmällä pitäen. Ylemmän oikeusasteen ratkaisussa on toisaalta kysymys tämän tuomioistuimen omasta käsityksestä siitä, millainen ratkaisu on oikeusjärjestyksen mukainen. Tämä painottaa yhteiskunnan oikeusvaltiollisia piirteitä hallintovaltiollisten kustannuksella. Oikeusvaltion/hallintovaltion yhtäältä oikeusvarmuutena/tehokkuutena ilmenevä dualismi saa institutionaalisen vastineensa hallinnon ja hallintolainkäytön eriytyemisessä.

Sidotussa harkinnassa ei ole edellä esitetyllä tavalla kyse oikeudellisen ratkaisun loogisesta johtamisesta oikeuskäsitteistä käsiteläinopillisen konstruktion tapaan, vaan sidottu harkinta liittyy päätöksentekijän harkintaan. Tältä kannalta on ymmärrettävää, että Merikoski viittaisi erimielisyyteen siitä, miten lainkäyttöasiassa yksi ainoa oikea ratkaisu on löydettävissä. Avoimia kysymyksiä olivat hänen mukaansa toistaiseksi, millä tavoin oikean ratkaisun etsimisessä voidaan käyttää yleisiä tulkintakeinoja, turvautumista yleisiin oikeusajatuksiin, kohtuusharkintaa, intressivertailua jne. ja missä määrin tuomarin kannanotot syntyvät tiukan loogisen ajattelun tai vain pelkän intuition pohjalta. Näistä avoimista kysymyksistä huolimatta Merikoski ei tunnusta useiden vaihtoehtoisten oikeiden ratkaisujen

---

<sup>93</sup> Merikoski 1958 s. 56.

<sup>94</sup> Vilkkonen 1972 s. 389. Myös Andersson on katsonut, että käytännössä yksi ainoa oikea ratkaisu käy yhteen ylimmän muutoksenhakuasteen kannan kanssa. Andersson 1964 s. 39.

olemassaolon mahdollisuutta. Tulkinnallisen avaimen voidaan nähdä olevan seuraavassa Merikosken lausumassa:<sup>95</sup>

”Mielenkiintoista on panna merkille, että tämä yhden ainoan oikean ratkaisun periaate, vaikkakin sitä nähdäksemme on pidettävä kokolailla yleisesti tunnustettuna, on varsin harvoissa tapauksissa tullut lainkäyttöpäätöksen syntymistä koskevilla tutkimuksilla nimennä mainituksi. Ehkä asiaa on pidetty niin itsestään selvänä, ettei ole katsottu olevan syytä siihen ollenkaan puuttua. Joskus tulee asia esille melkein kuin ohimennen mainittuna.”

Merikoski selvästi viittasi siihen, että kysymys lainkäyttöpäätöksen syntyprosessista ei ole selitettävissä vain syllogismi-idean kautta. Syllogismi-idea ei ole välttämättömässä yhteydessä yhden ainoan oikean ratkaisun oppiin, kuten Merikoski kirjoittaa:

”Mutta miten lainkäyttöpäätöksen syntyminen konstruoidaankin, ei useiden vaihtoehtoisten oikeiden ratkaisujen olemassaolon mahdollisuutta saateta tunnustaa. Vain yksi ratkaisu voi – seurattakoonpa sitten mitä teoreettisia linjoja tahansa – olla oikea, vaikka kaiken inhimillisen vajavaisuudesta johtuen käytännössä ei suinkaan aina osuta tähän ainoaan oikeaan ratkaisuun.”

Merikoski erotti yhtäältä kysymyksen siitä, mille perustalle lainkäyttöpäätös rakentuu, ja toisaalta minkälaisen henkisen toiminnan kautta se syntyy. Tieteenfilosofiasta tunnettu erottelu context of discovery/context of justification tarkoittaa yksinkertaisesti sitä, että on yhdentekevää tietyn väitteen hyväksyttävyyden kannalta, mistä lähteestä se on peräisin, ratkaisevaa on se, voidaanko väite osoittaa oikeaksi eli esittää sille riittävä justifikaatio. Lainkäyttöpäätöksen perusteiden osalta Merikoski erottaa positivismin, joka edellyttää päätöksen nojautumista säädännäiseen oikeuteen, ja vapaoikeudelliset teoriat, joiden mukaan päätöksessä voidaan ottaa huomioon lakitekstin ja tavanomaisen oikeuden ulkopuolisia perusteita. Lainkäyttöpäätöksen syntyprosessin osalta Merikoski mainitsee syllogisminopin ja sen kieltävät suuntaukset, jotka voivat jopa väittää ratkaisun syntyvän tunteen perusteella.<sup>96</sup>

Merikosken käsityksen voidaan siten tulkita sisältävän sen, että riippumatta lainkäyttötavan syntymistavasta päätös on perustettava kuitenkin lopulta yhteen ainoaan ratkaisuun, konkreettisia ratkaisuja ei voi olla enem-

<sup>95</sup> Merikoski 1958 s. 46–47.

<sup>96</sup> Merikoski 1958 s. 45–46.

pää. Tämä valittu ratkaisu on sitten mahdollisuuksien mukaan voitava osoittaa oikeusjärjestyksen mukaiseksi. Puhe siitä, ettei ratkaisuun osuta, ei päätöksen justifikaation kannalta merkitse tässä yhteydessä jotakin ennalta olemassa olevaa ratkaisua, vaan oikeusjärjestyksen kannalta oikeaa, perusteltavissa olevaa ratkaisua.<sup>97</sup>

Yksi ainoa oikea ratkaisu ei kuulu Merikosken ajattelussa lainkäyttö-päätösten syntymisprosessin tasolle, vaan ratkaisun justifiointiin. Kulloinkin on oltava vain yksi ratkaisu, joka on osoitettava oikeusjärjestyksen mukaiseksi. Tämän näkökohdan mukaisesti Merikoski rajoitti perusteluvollisuuden sidottuun harkintaan. Vapaaharkintaisissa ratkaisuisa viranomaisella ei ole velvollisuutta ilmaista päätöksen perusteluja. Perusteluun Merikoski sisällytti pääsyyt ja lainkohdat, joihin päätös perustuu.<sup>98</sup> Myös Tirkkonen, jota on pidetty yhden ainoan oikean ratkaisun kannattajana, käsitteli kysymystä tuomiosta syllogismina osana tuomio-oppia ja perustelujen kirjoittamista.<sup>99</sup> Kyse on siitä, että tuomio laadittava johtopäätöslauselman muotoon. Tirkkosen huomautuksista ei voi tehdä sen enempää päätelmiä siitä, miten oikeudelliseen ratkaisuun yksittäistapauksessa päädytään.

Yhden ainoan oikean ratkaisun vaatimusta voidaan tarkastella muutoksenhakujärjestelmän rakenteeseen liittyvän realiteetin lisäksi normatiivisella tasolla, jolloin vaatimus ilmenee päätöksentekijälle asetettuna tavoitteena pyrkiä oikeaan ratkaisuun. Tuorin mukaan Merikosken ajattelussa yksi ainoa oikea ratkaisu oli lainkäytössä ikään kuin sisään rakennetun regulatiivisen idean asemassa ja tässä mielessä enemmän Sollenin kuin Seinin maailmaan kuuluva asia.<sup>100</sup> Regulatiivinen idea vaatii etsimään oikeaa vastausta oikeudelliseen ongelmaan, muutoin oikeudellinen ja moraalinen keskustelu olisi mahdotonta: ellei keskustelija väittäisi, että hänen käsityksensä ovat oikeudellisesti tai moraalisesti oikeita, ei keskustelussa olisi mieltä. Oikeudellisessa diskurssissa on mahdollista kysyä yksittäisessä tapauksessa, mikä ratkaisu on oikea, jos mikään.<sup>101</sup> Yhden ai-

---

<sup>97</sup> Yhden ainoan oikean ratkaisun tarkastelusta perustelukysymyksenä ks. *Aer* 2000 s. 161–166.

<sup>98</sup> *Merikoski* 1958 s. 139–141.

<sup>99</sup> Syllogismi-idea esitetään *Tirkkosen* teoksessa Suomen siviiliprosessioikeus II osana tuomio-oppia. Tirkkosen mukaan tuomion sisällyksestä voidaan yleisesti lausua, että tuomio on loogiselta rakenteeltaan johtopäätöslauselma eli syllogismi: siinä on perustelut ja johtopäätös. Perustelujen alalauseessa mainitaan tosiseikat, joihin yllälauseessa olevia oikeusohjeita sovelletaan. Tirkkonen viittaa oikeudenkäymiskaaren perusteluja koskevaan säännöksen 24:3,1. Esityksen jatko koskee nimenomaan perustelujen kirjoittamistapaa. *Tirkkonen* 1966 s. 292–296.

<sup>100</sup> *Tuori* 2002 s. 1316.

<sup>101</sup> *Peczenik* 1983 s. 253–254.

noan oikean ratkaisun opin tulkitsemisessa regulatiiviseksi periaatteenksi ilmenee ainoastaan opin normatiivinen sisältö ratkaisijan näkökulmasta: ajatus siitä, että ratkaisut voivat olla oikeita tai vääriä. Regulatiivinen periaate ei merkitse ideaaliratkaisua koskevaa vaatimusta. Merikosken kanta yhden ainoan oikean ratkaisun oppiin on toisinaan keskustelussa samastettu arvoperusteiseen totuuteen, objektiiviseen arvoarvostelmaan.<sup>102</sup> Merikosken positiota ei ole syytä samastaa Alasen näkemyksiin, joissa ideaaliratkaisujattelu ja yhden oikean ratkaisun oppi sulautuivat yhteen. Alasen ajattelu on saanut vaikutteita Merikoskelta.<sup>103</sup> Muutoin Merikosken ja Alasen käsitykset yhden ainoan oikean ratkaisun opista eroavat niin selkeästi toisistaan, ettei ole perusteita vetää yhtäläisyysmerkkejä heidän käsitystensä välille.

Alasen konseptio on normativistinen ja laintulkintaa ohjaava. Alasen mukaan oikea ratkaisu on oikea arvosynteesi, erilaisten, useasti toisilleen vastakkaisten arvojen yhteyttäminen. Oikeudenmukainen ratkaisu on positiivisoikeudellisessa mielessä sama kuin oikea ratkaisu voimassa olevan oikeusjärjestyksen puitteissa. Oikeudenmukaisuuden periaate on oikeusvarmuuteen, kohtuuteen ja tarkoituksenmukaisuuteen nähden johtava periaate.<sup>104</sup> Alasen konseptiossa yhden ainoan oikean ratkaisun vaatimus on aineellinen, kysymys oikeasta laintulkinnasta ja oikeudenmukaisesta ratkaisusta: arvosynteetin perusteella on löydettävissä objektiivisesti arvioiden oikea ratkaisu. Taustalla on luontaisoikeudellinen käsitys arvojen objektiivisuudesta.

Merikosken ajattelussa periaatteen normatiivinen sisältö rajoittuu sen asemaan regulatiivisena periaatteena eikä sillä ole toimivaltasäännösten tulkintaa ohjaavaa tehtävää. Yhden ainoan oikean ratkaisun opin perusteella ei siten ylipäänsä voida eikä ole tarkoituksaan ratkaista eroa sidotun ja vapaan harkinnan välillä, vaikka oppi onkin toisinaan tulkittu rajanveto-kriteeriksi, jonka perusteella ratkaistaan harkintavallan laji.<sup>105</sup> Merikos-

<sup>102</sup> Sipponen ja Holopainen ovat tulkinneet Merikoskea siten, että tämä tarkoittaa yhden ainoan oikean ratkaisun maksimilla tarkoitetaan kehoitusta tavoitella ja saavuttaa yksi ainoa oikea ideaaliratkaisu. Tällaiseen ratkaisuun pitäisi kaikki tosiasiat ja oikeusnormit käsittävän, tuomarinkoulutuksen saaneen järjen päästä. Kyse on idealistisesta tavoitteesta, johon tuomoistuinten olisi pyrittävä. *Sipponen* 1965 s. 199–200. *Holopainen* 1981 s. 7.

<sup>103</sup> On ilmeistä kuitenkin, että Alasen kannanotto yhden ainoan oikean ratkaisun mahdollisuuteen on Merikosken käsitysten inspiroima. Alanen viittasi hyväksyvästi Merikosken käsityksiin yhden ainoan oikean ratkaisun opista vuonna 1965 julkaisemassaan oppikirjassa. Teoksen aikaisemmassa vuonna 1948 julkaistussa laitoksessa hän ei ollut kysymystä käsitellyt.

<sup>104</sup> *Alanen* 1965 s.116–118.

<sup>105</sup> *Andersson* 1964 s. 29–31.

ken lähtökohtana sen selvittämisessä, onko tietyn hallintotoiminnan osalta kyse sidotusta vai vapaasta harkinnasta, oli kyseisten toimivaltasäännösten tulkinta eivätkä yhden ainoan oikean ratkaisun periaatteesta tehdyt päätelmät. Tämän vuoksi Merikosken teorian ja sen välillä, mitä hallintoasioita pidetään käytännössä vapaaharkintaisina ja sidottuina, ei ole ollut sellaista ristiriitaa, mihin esimerkiksi Andersson on viitannut Merikosken opin kritiikkinä.

Yhden ainoan oikean ratkaisun opin realistiseen tulkintaan voidaan yhdistää opin tarkastelu oikeusjärjestyksen ulkoisesta näkökulmasta eli sen pohtiminen, onko korkeimman tuomioistuimen vallankäyttäjänä tekemä ratkaisu myös objektiivisesti oikea, ja päätyisivätkö siihen myös muut tulkitsijat. Aarnion mukaan yksi ainoa oikea ratkaisu on mahdollinen tietyn kriteerijoukon, kuten arvojärjestelmän, sisällä, mutta kahden tai useamman arvojärjestelmän välillä ei ole mahdollista saavuttaa sellaista yhteistä pohjaa, joka oikeuttaisi jonkin arvojärjestelmän muita ehdottomasti paremmaksi. Hän kirjoittaa ”viimeksi mainitussa mielessä vastaukset ovat aina sidoksissa hyväksytyyn kriteeritaustaan, eikä yhtä ja ainoata oikeata vastausta ole edes periaatteessa olemassa”.<sup>106</sup>

Merikosken esittämässä käsityksessä yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on kyse nimenomaan ratkaisun sidonnaisuudesta tiettyyn kriteerijoukkoon, tiettyyn oikeusjärjestykseen ja sen taustalla olevaan arvojärjestelmään eli yhteiskunnalliseen auktoriteettijärjestelmään. Oikeusvarmuus edellyttää, että oikeusjärjestyksen puitteissa joudutaan tekemään ratkaisu silloinkin, kun erilaisiin arvojärjestelmiin perustuvat ratkaisuvaihtoehdot ovat keskenään ristiriitaiset. Oppiin sisältyy mahdollisuus depolitisoida oikeudelliset tulkintakysymykset seuraavilla diskursiivisilla siirroilla:<sup>107</sup>

- 1) annetaan ymmärtää ikään kuin tilanteessa ei itse asiassa olisikaan mitään erimielisyyttä tai riitaa;
- 2) tilanteen riitautuessa toimitaan niin kuin ulkopuolisella taholla olisi yksinomainen tai ylivoimainen viisaus ratkaista näin syntynyt ongelma;
- 3) tämän jälkeen käyttäydytään niin kuin löytyisi kaikille osapuolille yhteinen kieli, jolla ongelma voidaan tyhjentävästi muotoilla;
- 4) lopuksi uskotaan tai uskotellaan, että on löydettävissä jokin totuuden mukainen kuvaus, jolla ongelman ratkaisu voidaan esittää.

Korkeimman tuomioistuimen ratkaisut voidaan yhden ainoan oikean ratkaisun opissa idealisoida yhteiskunnallisten konfliktitilanteiden ulkopuo-

<sup>106</sup> Aarnio 1989 s. 283–285.

<sup>107</sup> Depolitisaatiosta ks. Hänninen 1996 s. 169–170.



lelle. Asioiden tarkastelu oikeita ratkaisuja tuottavan oikeusjärjestyksen kannalta ehdollistaa yhteiskunnallista diskurssia. Ehdollistamisen kautta voidaan toimia ikään kuin mistään todellisesta erimielisyydestä ei olisi-kaan kysymys, vaan korkeimman tuomioistuimen ratkaisun kautta voidaan osoittaa oikea ratkaisu. Merikosken käsitys ylimmän laintulkitsijan kannanotosta yhtenä ainoana oikeana ratkaisuna sisältää yhteiskunnan auktoriteettirakenteiden korostuksen. Kysymys ei ole vain sen realistisesta tunnustamisesta, että korkeimman oikeusasteen kanta sisältää ennakkopäätösluonteisen ratkaisun oikeudelliseen tulkintakysymykseen, vaan myös tuon ratkaisun luonnehtimisen ainoaksi oikeaksi eli objektiivisten kriteerien perusteella arvioiden ainoaksi hyväksyttäväksi ratkaisuksi.

### 4.3 Vapaan harkinnan rajoittaminen

#### 4.3.1 Harkintavallan rajoitusperiaatteet

Vapaaohjelmallisissa ratkaisuisissa oikeusjärjestys asettaa Merikosken mukaan vain puitteet, joiden sisälle hallintoviranomaisen ratkaisun pitää sopia. Hallintotoimia, jotka olisivat kaikilta osin oikeudellisesta sidonnaisuudesta vapaita, Merikosken näkemyksen mukaan tuskin esiintyy. Harkintavallan käyttöä koskevat niissä puitteissa, jotka viranomaiselle jää sen jälkeen kun hallinnon muutosidonnaisuus ja kysymykseen tuleva asiallinen sidonnaisuus, myös eräät oikeudelliset rajoitukset, joita Merikoski kutsui rajoitusperiaatteiksi.<sup>108</sup>

Merikosken aikaisessa pohjoismaisessa keskustelussa erilaisia harkintavallan rajoitusperiaatteita ei ollut pyritty erottelemaan. Esimerkiksi Sundberg, joka painotti oikeusturvakysymyksiä olennaisesti Merikoskea enemmän, puhui yleisesti objektiviteettiperiaatteesta. Oikeusturva edellyttää, ettei viranomaisen päätös perustu mielivaltaan, vaan se voidaan, kuten tuomioistuimen ratkaisu, perustaa lakiin ja syihin eli syntyä tuloksena sen harkitsemisesta, mikä annetussa tapauksessa on objektiivisesti oikein. Vapaa harkinta ei oikeuta viranomaisia subjektiiviseen arviointiin. Kaikille virkatoimille pitää Sundbergin mukaan olla objektiiviset ja yleispätevät syyt. Toisin sanoin: ”det kan i varje förekommande fråga icke finnas mer än ett riktigt beslut, och det är detta, som myndigheten skall fatta. Härav åter framgår, att myndigheten icke äger att i sin maktutövning följä något annat mål än avgörandet av vad som i fallet är objektivt

<sup>108</sup> Merikoski 1958 s. 56–57.

riktigt.”<sup>109</sup>

Merikoski torjui pontevasti ajatuksen siitä, että vaatimus tarkoituksenmukaisimmasta ratkaisusta olisi oikeudellinen. Hänen mukaansa oikeusjärjestyksen tarkoituksena on nimenomaan hyväksyä vapaassa hallintotoiminnassa myös muita ratkaisuja, joiden tulee ainoastaan pysyä niiden rajojen sisällä, joiden puitteissa viranomaiselle on annettu oikeus valita. Merikoski kirjoitti tästä seuraavasti vuoden 1952 esitelmässään: ”Inom dessa gränser är förvaltningsmyndigheten fri från rättslig bundenhet, ehuru den nog kan vara underkastad vissa s.a.s. ’moraliska’ förpliktelser.”<sup>110</sup> Monografiassa sama ajatus on ilmaistu hieman toisin: ”Näiden rajojen sisäpuolella on hallintoviranomainen oikeudellisesta sidonnaisuudesta vapaa, vaikkakin se kyllä saattaa olla eräänlaisten varsinaisia oikeudellisia sanktioita vailla olevien velvoitusten alainen.”<sup>111</sup> Pyrkimys hallinnon tehtävien kannalta tarkoituksenmukaisimpaan ratkaisuun ei ole oikeudellinen velvollisuus. Tämä velvollisuus ei ole oikeudellisen kontrollin alainen eikä siihen kohdistu oikeudellisia sanktioita.<sup>112</sup>

Merikosken kanta tarkoituksenmukaisimman ratkaisun periaatteeseen osoittaa, miten keskeinen hänen ajattelussaan on vapaan harkinnan pysyttäminen oikeudellisen kontrollin ulottumattomissa. Merikoski torjui selkeästi myös *de lege ferenda* sellaisen kehityksen, jossa tarkoituksenmukaisimman ratkaisun periaate nostettaisiin oikeussäännöksi. Tämä voisi johtaa muutoksenhakuoikeuden rajoittamiseen, koska on paljon sellaisia hallintotoimia, jotka eivät tarkoituksenmukaisuusharkinnan tai muuten asian luonteen vuoksi sovellu tuomioistuinten kontrolloitaviksi.<sup>113</sup> Tuomioistuinten kontrollivallan rajoittamiselle vapaan harkinnan piiriin kuuluvissa toimitissa oli siten viime kädessä Merikosken näkemyksessä lainkäytön ja hallintotoiminnan laadullisessa erossa. Vapaan harkintavallan käytön rajoittajina toimivat harkintavallan rajoitusperiaatteet, joiden ohjausvaikutus ei ulottunut lainkaan niin pitkälle kuin tarkoituksenmukaisinta ratkaisua koskevan oikeussäännön.

Vuoden 1946 oppikirjassa Merikoski ei puhu harkintavallan rajoitusperiaatteista. Hän tarkastelee lyhyesti objektiviteettiperiaatetta ja tarkoituksidonnaisuuden periaatetta. Tarkoitussidonnaisuuden osalta hän käsitteli

---

<sup>109</sup> *Sundberg* 1935 s. 327. Samoin Sundbergin myöhemmissä teoksissa. Ks. *idem*. 1943 s. 67–68.

<sup>110</sup> *Merikoski* 1952a s. 258. Kursivointi on poistettu.

<sup>111</sup> *Merikoski* 1958 s. 91. Harvennus on poistettu.

<sup>112</sup> *Merikoski* 1952a s. 258.

<sup>113</sup> *Merikoski* 1958 s. 282.

lyhyesti harkintavallan väärinkäyttöä. Merikoski johtaa objektiviteettiperiaatteen hallitusmuodon yhdenvertaisuuden periaatteesta. Yhdenvertaisuusperiaate muodostaa tärkeän ohjeen kaikelle viranomaisten toiminnalle. Periaatetta on pyrittävä noudattamaan koko hallintokoneiston toiminnassa ja pyrittävä aikaansaamaan riittävän suuri yhdenmukaisuus eri viranomaisten toiminnan kesken. Hallintoviranomaisten on niissäkin tapauksissa, joissa he joutuvat vapaata hallintotoimintaa harjoittamaan, toimittava objektiivisesti. Vapaa harkinta ei oikeuta mielivaltaan, vaan hallintotoiminnassa toimenpiteeseen ryhtymisen ja tavan, millä se suoritetaan, tulee aina olla objektiivisesti perusteltavissa. Merikoski kirjoittaa:<sup>114</sup>

”Virkamiehen on toimittava niin kuin virkaan vaaditun pätevyyden omaavan, huolellisen henkilön voitaisiin olettaa hänen asemassaan menettelevän. Hän ei saa suosia itseensä läheisessä suhteessa olevia henkilöitä, vaan on hänen, kuten virkavalassa sanotaan, täytettävä velvollisuutensa ’ilman puoltoa ja oman voiton pyyntöä’. Henkilökohtaiset sympatiat ja antipatiat eivät saa vaikuttaa hänen toimintatapaansa. Hän ei saa kiinnittää huomiota siihen, mitä etua tai vahinkoa hänellä itsellään saattaa olla siitä, että hallintotoimi suoritetaan toisella tai toisella tavalla. Näistä vaatimuksista tinkiminen loukkaa yhdenvertaisuuden periaatetta ja objektiivisuuden vaatimusta.”

Vapaa harkinta hallinnossa -monografiassaan Merikoski esittää harkintavaltaa koskevien periaatteiden joukon, jonka muodostavat tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaate.<sup>115</sup> Periaatteiden formuloinnit eivät ole tarkkarajaisia, vaan kietoutuvat toisiinsa ja ovat päällekkäisiä, minkä voidaan tulkita johtuvan pitkälle siitä, että kyse on saman perusajatuksen variaatioista eri tilanteissa. Merikoski toteaa tämän oikeastaan itsekin:<sup>116</sup>

”Edellä on jo tullut esitetyksi eräitä ajatuksia siitä, millä tavoin vapaata harkintaa rajoittavat tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus-, ja yhdenvertaisuusperiaate kietoutuvat toisiinsa osaksi peittäen toinen toistensa alaa. Näitä neljää eri periaatetta sovellettaessa katsotaan tiettyä hallintotoimintaa ja sitä koskevia oikeussäännöksiä eri näkökulmista ja erilaisia vertailukohteita käyttäen.”

Harkintavallan käyttöä koskevat periaatteet eivät siten muodosta rinnakkaisten oikeusperiaatteiden joukkoa, vaan kyse on erilaisista näkökulmis-

<sup>114</sup> Merikoski 1946b s. 24–25.

<sup>115</sup> Merikoski 1958 s. 57–88.

<sup>116</sup> Merikoski 1958 s. 87.

ta, joiden avulla voidaan erilaisissa hallintoasioissa arvioida, onko harkintavaltaa käytetty asianmukaisesti.

#### 4.3.2 Rajoitusperiaatteiden soveltamisesta

Käytännön toimintaohjeiden johtaminen harkintavallan rajoitusperiaatteista edellyttää hallintoon kohdistuvien oikeusturva- ja tehokkuusvaatimusten punnintaa. Sipponen on esittänyt, että jos periaatteiden merkitys tutkittaisiin ja niitä sovellettaisiin johdonmukaisesti, ”todellista” vapaata harkintaa ei jäisi ehkä juuri lainkaan.<sup>117</sup> Sipposen tulkinta vastaa Sundbergin positiota, mistä Merikosken vapaan harkinnan oppi kuitenkin selvästi eroaa. Sipposen ehdottama rajoitusperiaatteiden tulkinta olisi vastoin Merikosken tarkoituksiperiä. Periaatteet muodostavat oikeusturvan minimitason vapaaharkintaisissa asioissa. Kyse ei ole oikeudellisen sidonnaisuuden ulottamisesta näiden periaatteiden avulla vapaan harkinnan koko alueelle. Merikosken pragmaattinen lähtökohta asettaa puitteet periaatteiden soveltamiselle.

Harkintavallan rajoitusperiaatteiden soveltamisen ydinkysymys on Merikosken ajattelussa oikeusturvallisuus- ja tehokkuusvaatimusten yhteensovittaminen. Tämä ilmenee selkeästi Merikosken tarkastellessa objektiviteettiperiaatteen ja virkamiesten esteellisyyden suhdetta. Ennen hallintomenettelylain säätämistä on ollut yleissäännöksiä virkamiesten esteellisyydestä. Merikosken aikana jääviyskysymys oli tavallisessa hallintomenettelyssä avoin siltä osin kuin erityissäännöksiä ei ollut. Esteellisyyssperiaatteen selvittelyssä Merikoski oli hakenut johtoa objektiviteettiperiaatteesta jo vuonna 1945 julkaistussa kirjoituksessaan ”Hallintovirkamiehen esteellisyys”. Siinä Merikoski ensimmäisen kerran eksplikoi käsityksen objektiviteettiperiaatteen käytännön merkityksestä hallintotoiminnassa.

Esteellisyysskysymykseen Merikoski palasi myöhemminkin. Tässä kysymyksessä hänen ajattelussaan on hyvin vahvaa jatkuvuutta. Vuonna 1955 Merikoski pohti kysymystä yleissäännösten tarpeellisuudesta Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen keskustelukysymyksen alustuksena. Merikosken mukaan ydinkysymys koskee sitä, miten sovittaa yhteen oikeusturva- ja tehokkuusvaatimukset. Ankara ja tiukka jääviyssäännöstö palvelisi oikeusturvallisuutta, mutta ei sen sijaan hallinnon nopeutta ja joustavuutta.<sup>118</sup> Samoihin lähtökohtiin Merikoski nojautui myös vuonna 1974 antamassaan

---

<sup>117</sup> Sipponen 1965 s. 207.

<sup>118</sup> Merikoski 1957, passim.

asiantuntijalausunnossa perustuslakivaliokunnalle. Merikoski kirjoitti:<sup>119</sup>

”Avoimiksi jäävissä tapauksissa voidaan oikeussuojavaatimuksen saatamiseksi tasapainoon tehokkuusvaatimuksen kanssa hakea johtoa hallinnossa noudatettavasta objektiviteettiperiaatteesta. – – Objektiviteettiperiaatteesta voidaan johtaa seuraavanlainen ns. excusatio sääntö (pidättäytymissääntö, syrjäänvetäytymissääntö): hallintovirkamies on oikeutettu ja velvollinen pidättäytymään hallintoasiain käsittelemisestä, jos hän on itse asiaan tai asianosaisiin jonkin tuomarinjäävisäännöksen tarkoittamassa suhteessa ja jos, ottaen huomioon asiassa kysymyksessä olevan intressin voimakkuus ja muut olennaiset seikat, hänen objektiivisuutensa voidaan ajatella tämän vuoksi järkkävän.

Tarkoittamani objektiivisuuden turvaaminen tarkoittaa ensisijaisesti sitä, että asian käsittelyyn osallistuvan subjektiivisen edun tavoittelu ei saa päästä vaikuttamaan ratkaisuun. Tähän liittyy se, että ulkopuolisissa eli yleisössä ei saa päästä syntymään sellaista ajatusta, että ratkaisu ei ehkä ole tapahtunut objektiivisesti. On vältettävä horjuttamasta yleisön luottamusta viranomaisten puolueettomuuteen.”

Merikosken ajattelussa harkintavallan rajoitusperiaatteet eivät ole yleisiä oikeusperiaatteita eikä niillä ole tällaisten periaatteiden oikeussystemaattista asemaa. Periaatteet eivät kuulu oikeusjärjestelmän yleisen tason rakenteeseen käsiteläinopillisten periaatteiden tapaan. Periaatteissa on kyse normeista, jotka sitovuudeltaan ovat yksiselitteisiä sääntöjä ja joustavia sääntöjä selvästi heikompi. Periaatteet ohjaavat hyvin rajoitetusti oikeudellisia ratkaisuja, joiden sisältö määrittyy nimenomaan vapaata harkintaa käyttäen. Uudemmassa hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vapaan harkinnan rajoitusperiaatteita käsitellään yleisinä hallinto-oikeudellisina periaatteina. Tämä ajattelun juuret ovat lähinnä uudemmassa säännöt/periaatteet-keskustelussa, joka on saanut alkunsa ennen kaikkea Dworkinilta tulleiden virikkeiden myötä. Tässä kohden uudempi doktriini irtaantuu selvästi Merikosken ajattelusta.

Oikeusperiaatteet tulkittiin myöhemmässä keskustelussa Dworkinin tematisoimassa muodossa osaksi oikeuden ja moraalien välistä diskursia.<sup>120</sup> Samalla on ilmennyt selvä pyrkimys laajentaa periaatteiden soveltamisalaa. Konstari esitti harkintavallan väärinkäyttöä koskevassa tutkimuksessaan, että harkintavallan rajoitusperiaatteiden soveltamisessa voidaan luopua erottelusta sidottuun ja vapaaseen harkintaan.<sup>121</sup> Myöhemmin Mäenpään hallinto-oikeuden oppikirjassa (1991) käsitellään

<sup>119</sup> Merikoski 1974 s. 138–139. Kursivoinnit on poistettu.

<sup>120</sup> Säännöt-periaatteet-jaottelun vakiintumisesta hallinto-oikeudessa. *Tihti* 1995 s. 102–106.

<sup>121</sup> Konstari 1979 s. 88–89.

periaatteita yleisinä hallinto-oikeudellisina periaatteina, jotka ovat hallintotoimintaa ohjaavia oikeuslähteitä. Kysymys on keskeisistä ja yleisesti hyväksytyistä arvopäämääristä suomalaisessa hallinto-oikeudessa.<sup>122</sup> Nykyisen hallinto-oikeuden periaatekäsitys ei rakennu Merikosken doktriinille, vaan Merikosken ajattelun ja nykyisen teorian välissä on selvä katkos.

Merikosken harkintavallan rajoitusperiaatteilla ei ole sellaista arvo- ja moraalisisidonnaisuutta kuin moderni oikeusperiaatekeskustelu periaatteiden kohdalla on edellyttänyt. Merikoskea ei voida harkintavallan rajoitusperiaatteiden kehittäjänä pitää modernin oikeusperiaatekeskustelun edeltäjänä, siihen hänen periaatekäsityksensä on selvästi liian rajoitettu. Sen sijaan Merikosken käsitys oikeusvarmuus- ja tehokkuusvaatimuksista on teoreettisesti mielenkiintoinen myös nykyisen periaatekeskustelun kannalta.

## 4.4 Tarkoitussidonnaisuus ja harkintavallan väärinkäyttö

### 4.4.1 Harkintavallan väärinkäytön käsittely ennen Merikoskea

Kysymys harkintavallan väärinkäytöstä on Merikosken tuotannossa saanut jälkiarvioissa korostuneen huomion. Kyseisen opin kotiuttaminen Suomeen on nähty nimenomaan Merikosken aikaansaannoksena. Tätä tulkittaa edustaa erityisesti Konstarin harkintavallan väärinkäyttöä koskeva – Veli Merikoskelle omistettu – tutkimus. Harkintavallan väärinkäyttöä koskeva doktriinin omaksuminen on kuitenkin Suomessa olennaisesti varhaisempi ilmiö.<sup>123</sup> Harkintavallan väärinkäyttöä käsittelevät hallinto-oikeudellisissa teoksissaan niin Hermanson, Ståhlberg kuin Erichkin. Sekä Hermansonin että Ståhlbergin oppikirjoissa on eksplisiittisesti esitetty *detournement de pouvoir* -doktriinin perusajatus.

Hermansonin vuonna 1898 julkaistuissa hallinto-oikeuden luennoissa käsiteltiin hallintoviranomaisen toimivallan käytön suhdetta siihen erityiseen tarkoitukseen, jota varten toimivalta on perustettu. Kun toimivalta on määriteltäväksi tietynlaista julkista intressiä varten, kuuluu asiaan, että toimivaltaa tulee käyttää niissä tehtävissä, joiden hoitamista varten

---

<sup>122</sup> *Mäenpää* 1991 s. 146 ja 155. Sama käsitys ilmenee myös teoksen myöhemmistä painoksista.

<sup>123</sup> Merikoski ei viitannut sen enempää Hermansonin kuin Ståhlbergin esitykseen harkintavallan väärinkäytöstä, vaan mainitsee ainoastaan, että Suomessa harkintavallan väärinkäyttö on tullut tieteellisopillisen mielenkiinnon kohteeksi varsinaisesti vasta 1940-luvulla. *Merikoski* 1958 s. 62.

toimivalta on perustettu, mutta ei muita tarkoituksia varten, vaikka ne olisivatkin julkisia tarkoituseriä. Esimerkkinä Hermanson mainitsee sotilasmajoituksen, jota ei saa käyttää esimerkiksi tietyn alueen väestön ranskaisemiseen alueella tapahtuneiden levottomuuksien tai rikkomusten johdosta. Tällainen menettely olisi julkisen toimivallan väärinkäyttöä:

”Sådant vore att användanden ifrågavarande maktbefogenhet till ett annat ändamål än det, för hvilket sagda befogenhet blifvit vissa personer tillerkänd. Det vore ett misbruk af offentlig myndighet.”<sup>124</sup>

Samalla tavoin asiaa käsitteli Ståhlberg hallinto-oikeuden yleisten oppien esityksessään vuonna 1913. Ståhlberg käsitteli kysymystä siitä, onko hallintotoimi lainvastainen, jos viranomainen on ylittänyt toimivaltansa ja käyttänyt vapaata harkintavaltaa muuhun tarkoitukseen kuin sitä olisi lain mukaan ollut käytettävä:<sup>125</sup>

”Harkintavaltaansa laillisesti käyttäessään ei viranomainen tosin voi mennä toimivaltaansa ulommaksi, eikä valitus voi koskea sitä, vaan ainoastaan toimenpiteen tarkoituksenmukaisuutta. Mutta sen seikan ratkaiseminen, onko viranomainen pysynyt vapaan harkintavaltansa rajoissa vai niitä sivuuttanut, on oikeuskysymys eikä harkintakysymys, ja valitus siitä on toimenpiteen lainvastaisuuteen perustuva. Samaten voidaan katsoa olevan, vaikka siitä onkin eri mieliä, sen kysymyksen laita, onko vapaa harkintavaltaa käytetty johonkin muuhun tai muulla tavalla, kuin sitä lain mukaan olisi ollut käytettävä.”

Ståhlberg käyttää myös ilmaisua harkintavallan väärinkäyttö todetessaan, että jos lupa muihin tilaisuuksiin kuin yleisiin kokouksiin annetaan ehtoilla ja rajoituksilla ohjelmaan nähden, se saattaa olla ”aiheetonta harkintavallan väärinkäyttämistä, mutta muodollisesti lainvastaista sananvapauden loukkaamista se ei ole”.<sup>126</sup>

Myös Erich tarkasteli kysymystä harkintavallan oikeasta käyttämisestä. Hän totesi, että hallinnon lainalaisuuteen kuuluu myös se, että viranomaisille uskottua vapaata harkintaa käytetään oikein siinä merkityksessä, ettei toimita vastoin lain henkeä ja tarkoitusta. Esimerkkinä Erich mainitsee puolue-etujen ja puoluenäkökohtien vaikutuksen julkisten viranomaisten toimintaan. Hallitusmuoto vaatii hallinnossa noudatettavaksi todellista objektiivisuutta ja oikeudenmukaisuutta.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> *Hermanson* 1898 s. 33.

<sup>125</sup> *Ståhlberg* 1913 s. 461.

<sup>126</sup> *Ståhlberg* 1915 s. 185.

<sup>127</sup> *Erich* 1925 s. 301.

Käsitys siitä, että harkintavallan käyttäminen muuhun tarkoitukseen kuin mihin se on osoitettu, on siten ollut hyväksytty suomalaisessa oikeustieteessä jo ennen sotia. Harkintavallan väärinkäyttö mainittiin yhtenä valitusperusteena lainvalmistelukunnan vuonna 1939 laatimassa tarkistetussa ehdotuksessa (3/1939) hallituksen esitykseksi alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä. Ehdotuksen laatijoina olivat lainvalmistelukunnan jäsenet Ståhlberg ja C. G. Möller. Korkeimmasta hallinto-oikeudesta annettua lakia ehdotettiin muutettavaksi lisäämällä siihen yleistä valitusoikeutta koskeva säännös, jonka mukaan se, joka katsoo valtioneuvoston tai muun viranomaisen päätöksen tai määräyksen loukkaavan hänen oikeuttaan, saa valittaa KHO:ssa. Valitusoikeuden perusteena oleva oikeuden loukkaus määriteltiin ehdotetussa 3 §:ssä seuraavasti:<sup>128</sup>

”Sellaisena oikeuden loukkauksena, kuin 2 momentissa on tarkoitettu, pidettäköön, jos valittajalle ei ole myönnetty, mitä hänelle lain mukaan on tuleva; jos häntä on rasitettu sellaisella, mihin hän ei lain mukaan ole velvollinen; jos julkista valtaa on hänen vahingokseen käytetty ylittäen toimivallan rajat tahi muuhun tarkoitukseen, kuin se on käytettävissä; taikka jos häntä koskevassa asiassa on menetelty lainvastaisella tavalla.”

Merikoski seurasi vakiintunutta doktriinia, kun hän vuoden 1946 oppikirjassa mainitsi lyhyesti tarkoitussidonnaisuuden periaatteen objektiivisuusvaatimuksen rinnalla viranomaisten kaikkea toimintaa sitovana. Tätä vakiintuneisuutta ilmentää sekin, että hallintoneuvos Aura vuoden 1948 esitelmässään toteaa vapaan harkinnan rajoituksena sen, ettei harkintaa saa käyttää mielivaltaisesti eikä muunlaiseen tarkoitukseen kuin siihen, jota varten se on viranomaiselle uskottu.<sup>129</sup>

#### 4.4.2 Merikoski, tarkoitussidonnaisuuden periaate ja KHO:n päätös 12.9.1952

Merikoski sivuutti kokonaan vanhemman kotimaisen doktriinin, jossa tarkoitussidonnaisuuden periaate oli hyväksytty jo 1800-luvun lopulta lukien.

---

<sup>128</sup> Tarkistettu ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä. Lainvalmistelukunnan julkaisu 3/1939. Helsinki 1939 s. 20. Aikaisemmassa vuonna 1936 annetussa ehdotuksessa vastaavan säännösehdotuksen sanamuoto kuului ”jos hänen vahingokseen julkista valtaa on käytetty ylittäen toimivallan rajat tai vastoin tarkoitustansa”. Kummassakaan mietinnössä ei tarkemmin perusteltu tarkemmin kyseisiä säännösehdotuksia, eikä sitä miksi vuoden 1939 ehdotusta oli muutettu aikaisempaan verrattuna. Mietintö alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä. Lainvalmistelukunnan julkaisu 5/1936. Helsinki 1936 s. 8.

<sup>129</sup> Aura 1950 s. 12.



Merikoski pyrki sen sijaan korostamaan harkintavallan väärinkäytön opin liityntää ranskalaiseen hallinto-oikeuteen. Vallan väärinkäyttönä (*détournement de pouvoir*) on Merikosken mukaan pidettävä sitä, jos viranomaisen, muodollisesti toimivaltaansa ylittämättä, ryhtyy toimenpiteisiin, jotka positiivisen oikeuden mukaan tosin näyttävät kuuluvan tämän viranomaisen toimivaltapiiriin ja tehtäviin, mutta joiden kuitenkin on katsottava jäävän tämän tehtäväpiiriin ja valtuuksien ulkopuolelle sen vuoksi, että ne suoritetaan viranomaisen tehtävälle vieraassa tarkoituksessa.<sup>130</sup>

Merikoski kytki kysymyksen tarkoitussidonnaisuudesta toimivaltanormin tulkintaan. Hallintotoimen tarkoitussidonnaisuus sisältyy olennaisena osana siihen oikeussäännösten kokonaisuuteen, johon viranomaisten valta ryhtyä määrättyyn hallintotoimeen tulee perustaa. Merikoski kirjoittaa: ”Itse asiassa on sallitun tarkoituksen selville saaminen nimenomaisen tarkoitussäännöksen puuttuessa tapahtuva kulloinkin kysymyksessä olevaa hallintotoimintaa koskevia erityissäännöksiä, toimivan viranomaisen yleistoimivaltasäännöksiä sekä julkisen vallankäytön rajoja yleensä ja kansalaisten vapauspiiriä koskevia säännöksiä tulkitsemalla.” Tarkoitussidonnaisuus on Merikosken mukaan eräs yleisen oikeudellisen sidonnaisuuden ilmenemismuoto. Sen erityinen korostaminen oli hänen mielestään aiheellista siksi, että siihen ei yleensä käytännössä kiinnitetä riittävästi huomiota.<sup>131</sup>

Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen hyväksymistä oikeuskäytännössä merkitsi Merikosken mukaan KHO:n plenum päätös 12.9.1952 t. 4175. Päätös koski kioskien aukioloaikaa. KHO:n enemmistön (11–9) kanta kuului:

”Karjaan kauppalanvaltuuston määrätessään kioskien ja myyntipaikkojen aukioloajat erilaisiksi vain sillä perusteella, oliko kioski tai myyntipaikka kauppalan vuokralle antama vai oliko sille aikaisemmin annettu pitempi aukioloaika, oli katsottava käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se kauppaliikkeiden ja liiketoimistojen aukioloajasta – – annetun lain 3 §:n 2 kohdan mukaan oli ollut käytettävissä, sen vuoksi ja kun valtuusto niin ollen oli ylittänyt toimivaltansa, Korkein hallinto-oikeus harkitsi – – kunnallislain 175 §:n nojalla oikeaksi, kumoten lääninhallituksen ja kauppalanvaltuuston päätökset, palauttaa asian kauppalanvaltuustolle ilmoituksetta uudelleen käsiteltäväksi.”

Merikoski ei itse asiassa analysoi kyseistä ratkaisua lainkaan. KHO:n ratkaisua käsitellessään Merikoski painottaa sitä, että perustelu vastaa sanontoja, joita Conseil d’Etat oli käyttänyt *détournement de pouvoir*-tapauk-

<sup>130</sup> Merikoski 1946b s. 25–26.

<sup>131</sup> Merikoski 1958 s. 60–61.

sisä. Tästä Merikoski tekee johtopäätöksen, että on syytä otaksua, KHO:n tarkoittaneen seurata Ranskan hallinto-oikeudellisen lainkäytön viitoittamaa linjaa. Merikoski toteaa lisäksi juhlallisesti: ”Täten on oikeuskäytännössä tullut tunnustetuksi tarkoitussidonnaisuuden periaatteen sisältyminen oikeusjärjestyksemme.”<sup>132</sup>

Myöhemmässä tutkimuskirjallisuudessa ei ole kyseenalaistettu (esim. Konstari ja Laakso)<sup>133</sup> Merikosken luomaa käsitystä siitä, että harkintavallan väärinkäyttöä koskevan doktriinin omaksuminen olisi Suomessa tapahtunut varsin myöhään ja varsin suoraan mannermaisen oikeustieteen välityksellä. Tarkoitussidonnaisuusperiaatteen lähtökohdat suomalaisessa vanhemmassa doktriinissa ovat jääneet täysin varjoon. Merikosken liioitteleva pyrkimys korostaa ranskalaisen oikeuskäytännön ja doktriinin merkitystä voidaan ymmärtää siltä kannalta, että Merikoski halusi liittää Suomen oikeusjärjestyksen ranskalaisen hallinto-oikeuden vaikutuspiiriin. *Detournement de pouvoir* -opin reseptio sopi tähän mitä parhaiten, ja ilmeisesti tässä tarkoituksessa hän julkaisi vapaata harkintaa koskevan monografiansa lyhennelmän Ranskassa.

Nyt puheena olevassa tapauksessa oli uutta sellaisen perustelutavan käyttö, joka viittasi harkintavallan väärinkäyttöön eli harkintavallan käyttämiseen muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli laissa osoitettu. Perustelutavan taustalla tuskin on ollut Conseil d’Etat:n käytännön omaksuminen, vaan KHO:n perusteluissa käyttämä sanamuoto viittaa lainvalmistelukunnan 1939 tekemän esityksen käyttämään ilmaisuun. Hallintoneuvos Kuuskoski totesi vuonna 1953 Suomen lakimiesliiton järjestämällä lakimiespäivillä, että KHO:ssa oli vuoden 1953 aikana kahdessa eri ratkaisussa nimenomaan viitattu harkintavallan väärinkäyttöön ja tällöin ”sovellettu sitä sanontaa, jonka Ståhlberg yleistä valitusoikeutta lainvastaisista päätöksistä ja määräyksistä koskevaan ehdotukseen on sisällyttänyt, nimittäin että julkista valtaa on jonkun vahingoksi käytetty tarkoitukseen, johon se ei ole käytettävissä”.<sup>134</sup> Uutta perustelutapaa tarvittiin, jotta voitiin tehdä ymmärrettäväksi KHO:n poikkeaminen aikaisemmasta käytännöstään. Aineellinen kysymys oli päätöksessä keskeisemmällä sijalla kuin kysymys harkintavallan väärinkäytön periaatteesta.

KHO:n päätöksen merkitystä arvioitaessa on otettava huomioon, että kysymys ei ollut ensimmäistä kertaa KHO:ssa ratkaistavana. Aikaisem-

---

<sup>132</sup> Merikoski 1958 s. 64–65.

<sup>133</sup> Konstari 1979 s. 11–14, Laakso 1990 s. 235–237.

<sup>134</sup> Suomen lakimiesliiton kuudensien lakimiespäivien pöytäkirja 1953. Hämeenlinna 1957 s. 54.

massa vakiintuneessa käytännössään KHO oli hyväksynyt sen, että kunnat saivat vapaasti määrittellä kioskien aukioloajat.<sup>135</sup> Muun muassa Sjöholm oli katsonut, ettei aukioloaikoja määriteltäessä saa ottaa huomioon fiskaalisia syitä, vaan ainoastaan sellaisia näkökohtia, jotka ovat soveltuvia työajan sääntelyssä. Kunnan toimivalta ei ollut asiassa tarkoitettu fiskaalisten intressien edistämiseen.<sup>136</sup> KHO:n ratkaisussa oli siten kyse vakiintuneen linjan muuttamisesta, mikä oli ilmeisesti syynä siihen, että asia käsiteltiin plenumissa. Toisaalta ratkaisua ei julkaistu, mikä viittaa siihen, ettei sitä pidetty periaatteellisesti tärkeänä.

Kunnanvaltuusto oli käyttänyt erityislaissa annettua toimivaltaa säännellä työntekijöiden suojaamiseksi kioskien aukioloaikoja kunnan taloudellisten etujen edistämiseen. Toimivaltaa oli käytetty sellaisten tavoitteiden edistämiseen, jotka sinänsä olivat hyväksyttäviä ja hyödyllisiä, mutta joiden edistäminen ei ollut puheena olevan toimivallan tavoitteena. Tapaus koski nimenomaan erityislaissa annetun toimivallan käyttämistä, ja tuon toimivallan osalta oli osoitettavissa ne näkökohdat, joiden huomioon ottaminen päätöksen teossa oli sallittua. KHO muutti aikaisempaa sallivaa tulkintaansa.

Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen vastaiset päätökset oli kunnallisoikeudessa käsitelty aikaisemmin kysymyksenä kunnan yleisestä toimialasta. Sjöholm analysoi KHO:n toimialanormia koskevaa oikeuskäytäntöä, ja päätyi käsitykseen, jonka mukaan KHO on ottanut huomioon myös sen tarkoituksen, mitä kunta on pyrkinyt tietyllä hankkeella edistämään.<sup>137</sup> Sjöholmin omaksuma näkökulma osoittaa sen, että vapaata harkintavallaa koskevia ongelmia on kunnallishallinnossa perinteisesti tarkasteltu osana kunnan yleisen toimialan sääntelyä. Asiaan kuulumattomien tarkoitusprien huomioon ottaminen on voitu torjua siten, että on katsottu, ettei hanke ole kuulunut kunnan toimialan piiriin. Tämän monimutkaisempaa oikeudellista rakennelmaa ei ole kunnallisoikeudessa tarvittu. Vapaan harkintavallan käytön sääntely on tätä kautta linjautunut KHO:n käytännössä. Käytäntö jatkui ennallaan, eikä tarvetta puuttua päätöksiin harkintavallan väärinkäyttönä ollut. Tämän vuoksi KHO on myöhemminkin varsin harvoin todennut asiassa olleen kysymys harkintavallan väärinkäytöstä.

B. E. Sjöholm tarkasteli vapaata harkintaa kahdessa vuonna 1951 julkaistussa artikkelissaan ”Om gränserna för de administrativa myndig-

<sup>135</sup> Ks. KHO 1923 I 109, 1924 II 1480 ja 1507, 1928 II 1271, 1929 II 2879, 1930 II 27 ja 28, 1931 II 2605 ja 1932 II 1335.

<sup>136</sup> *Sjöholm* 1951a s. 88.

<sup>137</sup> *Sjöholm* 1951, passim.

heternas fria prövningsrätt” ja ”Något om fri prövningsrätt inom kommunalrätten”. Vapaalla harkinnalla Sjöholm tarkoittaa sitä, että viranomaiset voivat oman arvostelunsa mukaan lainsäätäjän sitomatta ratkaista osaksi mitä tarkoituksia ne tavoittelevat toiminnassaan ja osaksi mitä keinoja ne tällöin käyttävät hyväkseen.<sup>138</sup> Kirjoituksissa tarkastellaan, millaisten intressien huomioon ottaminen on vapaassa harkinnassa sallittua ja millaisten kiellettyä.

Vapaata harkintaa käytettäessä huomioon otettavat tarkoitukset Sjöholm sitoo niihin harkintavallan perustavien säännösten yleisiin tarkoituksiin sekä erityissäännösten aiheuttamiin rajoituksiin, jotka voivat olla organisatorisia tai aineellisia. Viranomaisten harkintavallan ulkopuolelle jää lähtökohtaisesti myös yksityisoikeudellisten kysymysten ratkaiseminen. Yksityiset, fiskaaliset ja puoluepoliittiset intressit ovat Sjöholm mukaan luonteeltaan sellaisia, ettei niitä saa tavoitella viranomais-toiminnassa. Sjöholm sitoo esityksensä oikeuskirjallisuuden ohella KHO:n oikeustapausten analysointiin ja päättyy monessa tapauksessa toteamaan, että oikeuskäytäntö ei ole kulkenut doktriinin mukaisesti. Oikeuskäytännössä on selkeästi hyväksytty ajatus, että vapaan harkintavallan käyttö on velvoittavaa ja viranomaiset ovat sen käytössä pakotettuja ottamaan huomioon myös muita rajoituksia kuin mitä oikeussäännöt nimenomaisesti ilmaisevat. Tämän periaatteellisen lähtökohdan käytännön soveltaminen vaihtelee, ja Sjöholm toteaa esimerkiksi, että oikeustapauksista ilmenee, ettei säännösten yleisten tavoitteiden ole koettu rajoittavan merkittävästi harkintavaltaa.<sup>139</sup>

Myöhemmässä doktriinissa on harkintavallan väärinkäytöstä puhuttu tarkoitussidonnaisuuden loukkaamisen lisäksi muiden periaatteiden yhteydessä. Tämän tulkinnan esitti jo Konstari, jonka mukaan harkintavallan käytölle ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteen rikkomiselle on annettu toisistaan eriytetty merkityssisältö.<sup>140</sup> Mäenpään perusoppikirjan mukaan viranomaisen sanotaan käyttäneen harkintavaltaansa väärin, kun viranomaisen päätöksenteon todetaan olleen yleisen hallinto-oikeuden periaatteen vastainen.<sup>141</sup> Tämä tulkinnallinen muutos on yhteydessä edellä mainittuun seikkaan, että harkintavallan rajoitusperiaatteiden katsotaan koskevan myös sidottua harkintaa. Nämä tulkinnalliset muutokset ovat irrottaneet harkintavallan väärinkäyttöä koskevan opin Merikosken sille esittämistä lähtökohdista.

---

<sup>138</sup> Sjöholm 1951 s. 81.

<sup>139</sup> Sjöholm 1951a, passim.

<sup>140</sup> Konstari 1979 s. 44.

<sup>141</sup> Mäenpää 1991 s. 275. Sama kanta ilmenee myös teoksen myöhemmistä laitoista.

## 5 MERIKOSKEN DOKTRIINI JA YHTEISKUNNAN MUUTOS

### 5.1 Merikoski ja 1950-luvun keskustelukulttuuri

Merikosken tieteellinen tuotanto painottuu 1940- ja 1950-luvuille. Merikoski ei 1950-luvun lopun jälkeen julkaissut uusia hallinto-oikeudellisia tutkimuksia. Myöhemmin hän tyytyi ajantasaistamaan vanhat oppikirjat tekemättä niihin enää asiallisia muutoksia. Merikosken hallinto-oikeudellinen tuotanto ajoittuu siten selvästi ajanjaksoon ennen hyvinvointivaltion rakentamista ja kulttuurista murrosta 1960-luvulla. Voidaankin kysyä, missä määrin Merikosken hallinto-oikeudellinen ajattelu oli sidottu nimenomaan toisen tasavallan alkuajan yhteiskuntaan ja sen arvolähtökohtiin. Tältä kannalta on pohdittava myös, kykenikö Merikoski enää 1960-luvulla ja sen jälkeen relevantilla tavalla tuottamaan hallintoa koskevaa oikeudellista tietoa ja vaikuttamaan hallinnon oikeudellista ohjausta koskeviin käsityksiin. Merikosken toiminnassa painopiste siirtyi 1960-luvulla merkittävästi valtiosääntö-oikeuteen.

Merikoski ei edustanut ensimmäisen tasavallan varhaisvaiheissa korostunutta liberaalin oikeusvaltion ideologiaa, mutta hän ei ollut vielä mukana rakentamassa hyvinvointivaltion oikeusideologiaa. Merikoski irtaantui Ståhlbergin edustamasta traditiosta pyrkiessään ottamaan huomioon hallinnon muuttumisen sekä sota-aikana että sotien jälkeen, jolloin yhteiskunta oli hyvin voimakkaasti hallinnon ohjaama. Tämä näkyy nimenomaan vapaata harkintaa koskevassa doktriinissa. Jo aikalaisten käsityksen mukaan vapaan harkinnan laajentuminen liittyi hallinnon aseman muuttumiseen sodan jälkeisessä murroksessa. Vapaa harkinta ja viranomaistoiminnan tehokkuuteen liittyvät näkökohdat yhdistyvät Merikosken hallinto-oikeudellisen ajattelussa kiinteästi sotien jälkeiseen yhteiskuntakehitykseen. Hallinto-oikeudellisen ja hallinto-opillisen keskustelun problematiikka liittyi 1940- ja 1950-luvulla säännöstelytalouteen, ja yhteiskuntapoliittinen suunnittelu jäi siinä huomiotta.

Toisen tasavallan keskustelukulttuureja tutkinut Pentti Alasuutari on kutsunut sota-aikaa seurannutta vaihetta moraalitalouden keskustelukulttuuriksi, jolle oli ominaista, että keskustelussa vedottiin toistuvasti aatteellis-moraalisiin periaatteisiin. Alasuutari selittää tätä keskustelukulttuuria sillä, että maa oli ollut vasta sodassa, joka lujitti kansallista yhteenkuuluvuuden tunnetta ja jonka aikana kansakunta pyrittiin pitämään koossa ve-toamalla eettisiin periaatteisiin, kuten yhteisvastuuseen. Sotaa edeltäneestä ajasta muuttunut ulko- ja sisäpoliittinen tilanne ei ollut saanut vielä sitä

vastaavaa institutionaalista rakennetta. Kun ei ollut selkeitä yhteiskunnallisen ja poliittisen toiminnan pelisääntöjä, esiintyi epäilyksiä monenlaisista väärinkäytöksistä. Julkisessa keskustelussa nostettiin yleiset moraaliset periaatteet toistuvasti esille. Demokraattinen ja korporativistinen järjestelmä ei ollut vielä 1940- ja 1950-luvulla kehittynyt, vaan monia valtiollisia järjestelmiä loivat ja hoitivat valtion virkamiehet. Tämän vuoksi virkamiesten yksilömoraali oli julkisen huomion kohteena.<sup>142</sup>

Merikosken omaperäisin hallinto-oikeudellinen tutkimuspanos harkintavallan ongelmien piirissä heijastaa pitkälle nimenomaan näitä moraalitalouden keskustelukulttuurin keskeisiä piirteitä. Tämä selittää osaltaan myös sen, miksi Merikoski aikaisemmasta hallinto-oikeudellisesta kirjallisuudesta poiketen painotti nimenomaan hallinto-oikeuden rajoitusperiaatteita ja nosti tutkimuksessaan esille kysymyksen harkintavallan väärinkäytöstä. Tämä ehkä osaksi selittää sitä, miksi Merikoski ei vaivautunut perehtymään tarkoitussidonnaisuuden periaatetta koskevaan doktriiniin ja käytäntöön. Kun kyse oli vallan väärinkäytöstä, Merikosken tieteellinen kriittisyys väistyi moraalisen polemiikin edessä. Kysymys oli aikakauden virkamiesmoraalia painottavan julkisen keskustelun heijastumasta hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa. Harkintavaltaa koskeva tutkimus oli myös temaattisesti sidottu sodan jälkeisen säännöstelytalouden hallinnollisiin ongelmiin. Kun hyvinvointivaltiota alettiin toden teolla rakentaa 1960-luvulta lähtien, eivät muuttuneet vain hallinnon rakenteet, vaan myös keskustelukulttuuri.

Merikosken tärkein hallinto-oikeudellinen kirjoitus 1960-luvulla oli teos ”Hallinnon politisoituminen” (1968), jonka teemana oli poliittiset virkanimitykset ja virkamiesten poliittinen toiminta. Teos kuuluu selvästi 1950-luvun keskustelukulttuuriin. Merikoski arvioi poliittisia virkanimityksiä yleisten moraaliperiaatteiden kannalta eikä hyväksynyt uutta poliittisten puolueiden ja korporaatioiden vaikutusvaltaan perustuvaa järjestelmää, joka oli 1960-luvulla syntymässä. Hallinnon politisoitumista ilmentää hallintoon tunkeutunut puoluepoliittinen vaikutus.<sup>143</sup> Teoksessa ei millään tavoin näy hyvinvointivaltiollisten hallinto-oikeudellisten rakenteiden tarkastelu, vaan Merikoski pitäytyi 1950-luvulla luomansa käsitteistön puitteissa. Tämä pitäytyminen sodan jälkeisten vuosikymmenten poliittiseen kulttuuriin näkyy myös Merikosken politiikkakäsityksessä, jonka hän hallinnon politisoitumista koskevassa kirjassa tuo julki.

---

<sup>142</sup> *Alasuutari* 1996 s. 245–246.

<sup>143</sup> *Merikoski* 1968 s. 5.

Merikosken politiikanäkemyks on korostuneen legalistinen. Merikosken mukaan julkishallinto on valtion ylimpien toimielinten päätöksillä täsmennettyjen poliittisten ratkaisujen täytäntöönpanoa eli yhtenäiseksi valtiontahdoksi kiteytetyn politiikan toteuttamista. Merikoski asettaa vastakkain valtion ja politiikan; ”Valtion” yleisen edun käsitteenä ja instituutiona ja politiikan erityisetujen edistämisenä. Poliitikalla on tehtävänsä ennen päätösten ja lakien syntymistä, mutta päätöksentekovaiheen jälkeen politiikka erityisten etujen edistämisenä tuottaa vain hankaluuksia. Merikoski olettaa Pekosen mukaan yhteiskunnallisen ja poliittisen kamppailun erityisintressien ulkopuolelta löytyvän areenan, valtion instituutioineen, ja position, hyväksytyt lait ja legitiimit hallinnolliset päätökset, jotka mahdollistavat objektiivisen toiminnan.<sup>144</sup>

## 5.2 Hyvinvointivaltiokehitys ja yhteiskuntasuunnittelun nousu

Hyvinvointivaltiokehityksen kannalta keskeiseen asemaa nousi 1960-luvulla ajatus rationaalisesta yhteiskuntapolitiikasta, joka nojautui yhteiskuntaa ja ympäristöä koskevaan asiantuntijatietoon. Tämä kehitys merkitsi hallinnon irtaantumista perinteisestä juridisesta hallintokäsityksestä. Hallintotoiminnassa korostui sosiaalinen, taloudellinen ja teknologinen tieto ja sen soveltaminen yhteiskunnallisiin ongelmiin. Hyvinvointivaltiota rakennettaessa omaksutun uuden politiikkakäsityksen mukaan politiikka koski kysymystä yhteiskunnallisen päätöksenteon kriteereistä, mitkä tavoitteet olivat hyväksyttäviä. Tämä asetelma seurasi suoraan 1960-luvun suurta ongelmaa: mihin suuntaan yhteiskuntaa oli kehitettävä. Hyvinvointivaltion rakentamisesta ponnistavassa uudenlaisessa poliittisessä ja oikeudellisessa ajattelussa olennaista oli yhteiskunnallinen toiminnan tavoitteellisuuden painottaminen. Oikeudellista päätöksentekoa alettiin tarkastella tavoitteellisena toimintana, jolle oli ominaista aitojen valintojen tekeminen.

Oikeudellisen päätöksenteon tavoitteellisuutta painottanut oikeusteoreettinen ja -poliittinen keskustelu kumpusi ainakin osittain samasta yhteiskunnallisesta maaperästä kuin erityisesti 1960- ja 1970-lukujen vaihteelle leimallinen julkishallinnon suunnittelujärjestelmien aktiivinen kehittämistyö. Oikeustieteilijöiden kiinnostus suuntautui kuitenkin ensisijaisesti tuomioistuinten ratkaisuihin.<sup>145</sup> Oikeusteoreettisessa keskustelussa lainkäyttöä

<sup>144</sup> Pekonen 1995 s. 75.

<sup>145</sup> Tuori 1985 s. 1.

alettiin painottaa tavoitteellisena toimintana, jossa päätöksenteon arvosidonnaisuus nähtiin osana päätöksenteossa tehtäviä tavoitevalintoja. Tässä keskustelussa näkyi selvästi 1950-luvulla hallinto-opillisessa tutkimuksessa omaksuttu käsitys päätöksenteosta valintojen tekemisenä eri vaihtoehtojen kesken. Tästä näkökulmasta kysyttiin, mitä valintoja lainkäytössä tehtiin, ja mihin arvoihin valinnat reaalisesti nojautuivat. Juridista argumentaatiota ei enää pidetty luonteeltaan ”loogisena ja teknisenä”, vaan yhteiskuntapoliittisten arvostusten värittämänä päätöksentekona.<sup>146</sup> Erikssonin mukaan loogis-teknillinen argumentaatio mahdollistaa sen, ettei arvostuksia tarvitse esittää perusteluissa. Hän jatkoi:<sup>147</sup>

”Denna metod att förvandla värderingsfrågorna till faktafrågor är i synnerhet på politiskt mera känsliga områden betänklig. I sådana fall kan domstolarna nämligen fatta beslut som kan ha oerhört vittgående praktisk-politiska och ekonomiska konsekvenser utan att samhällsmedlemmar alls vet att några viktiga beslut fattats. Genom att ikläda utslagen oklanderlig formellt-rättslig dräkt utestänger man så gott som alla utom en inre krets av juridiska experter från diskussionen – och insikten om vad som egentligen skett.”

Aulis Aarnion vuonna 1971 julkaisemassa teoksessa ”Oikeudellisen ajattelun perusteista” tarkastellaan tuomioistuinten ratkaisutoimintaa tavoitteellisena käyttäytymisenä. Lainkäyttöpäätöksen lopputuloksen muodostumisessa ratkaisevassa asemassa ovat ne tavoitteet, joihin asiaa päättävä tuomari kulloinkin pyrkii. Aarnion mukaan seurausharkinnan keskeisen merkityksen oivaltaminen oli nostanut etualalle keskustelun juridisen päätöksenteon ideologisesta sidonnaisuudesta, erityisesti sen poliittisuudesta.<sup>148</sup>

Hyvinvointivaltiossa tieteelliseen tietoon perustuva yhteiskuntasuunnittelu ja siihen perustuva päätöksenteko syrjäyttivät kysymyksen harkintavallan käytöstä. Käytännössä kehitys johti itse asiassa vapaan harkintavallan käytön voimakkaaseen kasvuun kuitenkin siten, että harkintavallan käyttö sidottiin hallinnollisen päätöksenteon ei-juridiseen ohjaukseen ja suunnitteluun. Päätöksenteon arvosidonnaisuuden painottaminen käänsi huomion myös uudella tavalla päätösten perustelemiseen. Tässä voidaan viitata Jarmo Vuorisen vuonna 1975 julkaistuun selvitykseen perustelemisvelvollisuuden ulottuvuudesta hallinnossa ja hallintolainkäytössä.<sup>149</sup> Myös oikeus-

<sup>146</sup> Eriksson 1966, passim.

<sup>147</sup> Eriksson 1968 s. 579–580.

<sup>148</sup> Aarnio 1971 s. 74–75, 100,

<sup>149</sup> Vuorinen 1975.



teoriassa kysymys ratkaisujen perustelemisesta nousi keskeiseksi 1970-luvun myötä.

Mäenpää on tarkastellut kahden hallinto-oikeuden muodostumista ja merikoskelaisen hallinto-oikeuden suhdetta hyvinvointivaltioon. Hallinnon käytäntöjen ja hallinto-oikeudellisen normiston muutos on johtanut kahden hallinto-oikeuden muodostumiseen. Yhtäällä on hallinto-oikeustieteen yleisten oppien kuvaama ja sen mukainen liberaalisvaltiollinen hallinto-oikeus sekä hallintotoiminta, jota hallintolainkäyttöelimet kontrolloivat. Toisaalla hyvinvointivaltion alueella ovat muodostuneet hallinnon organisatoris-toiminnalliset muodot ja käytännöt, jotka eivät ole yleensä suoranaisesti ristiriidassa perinteisen hallinto-oikeuden kanssa, mutta joiden teoreettinen ymmärtäminen, käytännöllinen sääntely tai juridinen kontrolli ei ole mahdollista tuon hallinto-oikeuden rajoissa.<sup>150</sup> Rationaalisen yhteiskuntapolitiikan perusajatukset eivät välittyneet Merikosken hallinto-oikeudelliseen ajatteluun. Merikosken ajattelu oli perimmäältään taaksepäin katsovaa, siinä haettiin vastauksia niihin ongelmiin, joihin hallinto-oikeus törmäsi sota-ajan ja sodan jälkeisen ajan yhteiskunnallisissa oloissa. Hyvinvointivaltiokehitykseen liittyvät kysymykset jäivät Merikosken hallinto-oikeudellisen ajattelun ulottumattomiin.

### 5.3 Yhden ainoan oikean ratkaisun opin kritiikki

Merikosken ajattelun perustana oleva politiikan ja oikeuden erottelu nojasi siihen, että yhteiskunnallisen päätöksenteon tavoitteet suljettiin oikeuden ulkopuolelle. Tässä konseptiossa on olennaista, ettei lakien täytäntöönpanovaihe kuulu politiikan piiriin. Täytäntöönpanossa yksinomaan toteutetaan poliittisessa päätöksenteossa muodostettuja linjauksia ja lainsäädäntöä. Tällöin hallinnossa ja lainkäytössä tehtävät ratkaisut ovat arvolintojen suhteen poliittisesti neutraaleja.

1960-luvun yhteiskunnallinen murros, johon liittyi olennaisesti uudellinen käsitys rationaalisesta yhteiskuntapolitiikasta ja yhteiskunnallisesta päätöksenteosta, oli myös yhden ainoan oikean ratkaisun kritiikin taustalla. Samalla kyseenalaistettiin myös käsitys siitä, että yhteiskunnallinen päätöksenteko hallinnossa ja tuomioistuimissa olisi neutraalia suhteessa poliittisiin arvopäämääriin. Keskustelu yhteiskunnallisista arvoista ja päämääristä ei koskenut vain poliittista tasoa, vaan ulotettiin myös hallintotoimintaan ja lainkäytön konkreettiselle tasolle. Kriitikot halusivat julkista

<sup>150</sup> Mäenpää 1983 s. 16.

keskustelua oikeusjärjestyksen arvopohjasta.

Yhden ainoan oikean ratkaisun periaatteen nähtiin hallinneen juristikunnan ajattelua pitkään, ja vasta tuomarin toiminnan, oikeustieteellisen tutkimuksen menetelmien ja juridiikan ja yhteiskunnan välisen yhteyden alistaminen kriittisen tarkastelun kohteiksi olisi johtanut periaatteesta luopumiseen. Olavi Heinonen ja Aulis Aarnio esittivät vuonna 1972, että keskustelu suomalaisen oikeuslaitoksen yhteiskunnallisesta asemasta oli tuottanut yhden pysyvän tuloksen: yhden ainoan oikean ratkaisun periaate oli osoitettu kestävämmäksi.<sup>151</sup>

Käsitys yhden ainoan oikean ratkaisun hegemonistisesta doktriinista suomalaisessa oikeuskulttuurissa tuotettiin ja artikuloitiin oikeastaan vasta kriitikkojen ylläpitämässä keskustelussa. Myöhemmässä keskustelussa yhden ainoan oikean ratkaisun oppi liitettiin Makkosen ajatuksia seuraten osaksi suljetun systeemin ideaa ja siihen liittyvää sidotun ratkaisutoiminnan ajatusta. Tämän uudelleentematisoinnin kautta myöhemmässä oikeuskirjallisuudessa on myös niputettu selkeästi yhteen yhden ainoan oikean ratkaisun opin kannattajat eräänlaiseksi koulukunnaksi, joka jakaa saman opillisen lähtökohdan.<sup>152</sup> Yhden ainoan oikean ratkaisun opin kritiikki suljetun systeemin idean sovellutuksena esitettiin ensimmäiseksi Makkosen väitöskirjassa. Makkosen keskeinen teema on sidotun ratkaisun idean kritiikki, minkä hän katsoo muodostavan osan traditionaalisesta oikeusideologiasta.

Makkonen puhuu sidotun ratkaisun illuusiosta, millä hän tarkoittaa, että ratkaisujattelu on lopultakin erittäin vähän sidottua. Makkosen mukaan yhden ainoan ratkaisun oppi perustunee arkiajattelun luomaan fiktion siinä, että jossain ihmisaistein tavoittamattomissa olisi olemassa absoluuttinen ja ideaalinen oikeus. ”Kuvitellaan, että asioiden täytyy ikäänkuin olla jo etukäteen jossakin ratkaistu. Oikea ja paras ratkaisu uinuisi laeissa vaikkei vajavainen ihmisäly aina kykenisikään sitä paljastamaan.” Makkosen mukaan voidaan keskustella siitä, onko ratkaisu oikea tai ei, mikäli yksittäistapauksessa päästään yksimielisyyteen kriteereistä. Käytännössä kuitenkin vain harvoin saatetaan riittävällä täsmällisyydellä päästä ratkaisun arvioinnissa tähän vaihtoehtoon. Yhden ainoan oikean ratkaisun opin edellyttämät yleispätevät kriteerit eivät liene milloinkaan määriteltävissä.<sup>153</sup>

Makkonen tarkasteli kysymystä yhdestä ainoasta ratkaisusta myös juridisten käsitteiden kautta. Traditionaalisessa asennoitumisessa on ole-

---

<sup>151</sup> Heinonen & Aarnio, 1972 s. 451.

<sup>152</sup> Oker-Blom 1978 s. 253–261.

<sup>153</sup> Makkonen 1981 s. 245–248. Makkosen hallinto-oikeudellisesta ajattelusta ks. Tuori 2003, passim.

tettu, että juridiset termit peittävät jotakin reaalista, joka voidaan selvittää ja samalla antaa käsitteen oikea määritelmä. Makkosen mukaan juridisilla termeillä ei ole semanttista referenssiä empiirisessä todellisuudessa, eikä ehdottomien ja yleispätevien määritelmien laatiminen voi onnistua. ”Oikeustieteilijä sen paremmin kuin tuomarikaan ei voi lainkaan asettaa kysymystä yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta tai pohtia sitä, mikä jonkun ilmaisen merkityssisältö todella on tai mikä on oikea tulkinta jossain tulkintaongelmassa.”<sup>154</sup>

Makkosen ajatukset omaksuttiin myöhemmässä keskustelussa. Makkosen esittämän oikeusteoreettisesti viritetyn kritiikin perusteella yhden ainoan oikean ratkaisun oppi voitiin leimata yhteiskunnalliseksi illuusioksi, mistä oli varsin helppoa ottaa askel pitemmälle ja nähdä siinä yhteiskunnallisia valtarakenteita ylläpitävä hegemonistinen ideologia, osa porvarillista oikeusideologiaa. Yhden ainoan oikean ratkaisun oppi muodosti kriitikoilleen ns. hyvän vihollisen, jota vastaan oli helppo hyökätä, varsinkin kun kukaan ei oppia kannattanut eikä ryhtynyt sitä julkisesti puolustamaankaan.

Yhteiskunnalliset johtopäätökset Makkosen ajatuksista teki muun muassa Eriksson, joka arvioi yhden ainoan oikean ratkaisun oppia eräänlaisena legitimaatioideologiana. Eriksson toteaa jyrkästi, että yhden ainoan oikean ratkaisun teoria on myytti, jonka tarkoituksena on saada tuomaritoiminta näyttämään luoksepääsemättömän ylevältä ja pettämättömän objektiiviselta. Eriksson katsoi yhden ainoan oikean ratkaisun opin korostavan sitä, että tuomitseminen on ehdottoman vapaata subjektiivisista arvostuksista ja mielipiteistä, ja opin tarkoituksena on suojella tuomaria arvostelulta ja epämiellyttävältä valvonnalta. Ainoan oikean ratkaisun oppi on kilpi demokraattista valvontaa vastaan. Opin taustalla on vallanjakoajattelu, joka edellyttää tuomitsemisen olevan puhtaasti mekaanista toimintaa. Tuomitseminen on sitä, että oikeussäännöistä tehdään johtopäätöksiä loogisesti sitovalla tavalla. Näin käsitetty tuomitseminen on täysin epäpoliittista. Eriksson piti kuitenkin selvänä, ettei tuomitseminen ole mekaanista. Kukaan yksittäiseen tapaukseen ei ole ainoaa oikeaa ratkaisua, vaan aina suuri määrä ratkaisuja, joita voidaan pitää oikeudellisesti puolustettavina.<sup>155</sup>

Kritiikin kohteena oleva teoria yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on itse asiassa pikemmin konstruktio porvarillisen yhteiskunnan oikeusideologiasta, yhteiskunnassa vallitseva myytti. Makkosen väitöskirjassa kuvattu sidotun ratkaisun illuusio tuskin hallitsi suomalaista juristikuntaa.

<sup>154</sup> Makkonen 1968 s. 8–9.

<sup>155</sup> Eriksson 1969 s. 19–20.

Merikosken esittämän opin reaalin sisältö sen sijaan lienee yleisesti tunnustettu, korkeimpien oikeuksien ratkaisujen katsottiin lukitsevan oikeudelliset tulkintakysymykset. Vain tässä mielessä voidaan yhden ainoan oikean ratkaisun opin väittää heijastaneen luontevasti suomalaisen juristikkunnan ajattelua, vaikka opilla ei sinänsä ollut suomalaisessa oikeustieteessä mitään laajaa levinneisyyttä tai yleisesti hyväksyttyä artikulaatiota.

Yhteiskuntapoliittisen keskustelun kannalta oli kuitenkin ratkaisevaa, että oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta depolitisoi korkeimpien oikeuksien ratkaisutoiminnan. Kysymys korkeimpien oikeuksien ratkaisulinjasta nähtiin sitä ongelmallisempänä, mitä pitemmälle oikeuslaitoskeskustelu eteni. Kriittisessä yhteiskuntakeskustelussa oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta oli yksinkertaisinta nähdä paitsi vallitsevaa yhteiskuntarakennetta tukevana myös perimmältään autoritäärisenä, koska oppi idealisoi ja depolitisoi yhteiskunnallista vallankäyttöä. Yhden ainoan oikean ratkaisun opilla oli tällä tavoin merkittävää symboliarvoa kriitikoilleen.

Kun Dworkinin oikeusteoria tuli tunnetuksi Suomessa 1970-luvun lopulla, niin jo kertaalleen haudan lepoon manatusta yhden ainoan oikean ratkaisun opista alettiin keskustella uudelleen. Myöhemmässä keskustelussa myös Merikosken ja hänen aikalaistensa edustama yhden ainoan oikean ratkaisun oppi on tematisoitu Dworkinin ajattelua seuraten, vaikka Dworkinin oikeusteoria rakentuu aivan erilaisille lähtökohdille. Dworkinin teoriasta käytyä keskustelua yhdistää aikaisempaan keskusteluvaiheeseen enemmänkin kritiikkojen käyttämien teoreettisten argumenttien samankaltaisuus. Tämä hyvin teoreettinen argumentaatio on huomattavasti adekvaatimpaa keskusteltaessa Dworkinin teoriasta kuin samojen argumenttien käyttö aikanaan suomalaisen oikeusideologian arvostelussa.

## 5.4 Merikosken perintö hallinto-oikeudessa

Yhteenvedona voidaan esittää, ettei suunnittelutalouden keskustelukulttuurissa merikoskelainen hallinto-oikeus ei ollut enää ajanmukainen. Alasuutarin mukaan 1960-luvulla tapahtunut siirtymä merkitsi voimakasta uskoa siihen, että yhteiskunnalliset ongelmat voidaan parhaiten ratkaista paremmalla ”tieteellisellä” suunnittelulla ja organisoinnilla. Julkisen vallan velvollisuuksia koskevat yleiset eettiset periaatteet muuttuivat kaikenkattaviksi hallinnollisiksi järjestelmiksi.<sup>156</sup> Merikosken legalistinen politiikkäkäsitys erosi 1960-luvulla omaksutusta käsityksestä, joka yhdisti politiikka-

---

<sup>156</sup> *Alasuutari* 1996 s. 246.

kan yhteiskunnallisiin intresseihin ja arvoihin. Tässä konseptiossa myös lakien soveltaminen niin tuomioistuimissa kuin hallinnossa voitiin nähdä poliittisena. Uusi konseptio on yhteydessä hyvinvointivaltion rakentamiseen. Kyse oli siitä, mitä päämääriä ja tavoitteita julkisen toiminnan tuli palvella ja mitä tavoitteita oli yhteiskunnan eri aloja koskevilla suunnittelujärjestelmillä. Merikosken käsitys hallinnollisesta päätöksenteosta ei kyennyt antamaan enää adekvaattia kuvaa yhteiskunnalliseen suunnitteluun nojautuvasta päätöksenteosta. Tämä muutos tulee selkeästi esille Kauko Sipponen teoksesta ”Päätöksenteko kansanvallassa”, jossa kuvataan hallinnollista päätöksentekoprosessia tavalla, jossa painopiste on suunnitteluvaiheessa.<sup>157</sup>

Harkintavaltaa koskeva oppi jäi hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa marginaaliseen asemaan: harkintavallan jako mainitaan kirjallisuudessa, kuitenkin jaon suhteellisuutta korostaen. Opin sidonnaisuus yhden ainoan oikean ratkaisun periaatteeseen on yleensä torjuttu. Tästä huolimatta Merikosken tuotannon asema keskeisenä hallinto-oikeudellisena lähteenä on kuitenkin säilynyt pitkään. Doktriinin muutokset ovat tapahtuneet Merikosken kirjoittamia yleisiä oppeja ajanmukaistaen ja täydentäen. Holopainen toimitti vielä vuonna 1983 uuden laitoksen teoksen Suomen julkis-oikeus pääpiirteittäin ensimmäisestä osasta.

Uudelleenorientaatiota merkitsi jo vuonna 1991 ilmestynyt Mäenpään hallinto-oikeuden oppikirja (1991), ja myöhemmin hallinto-oikeutta on jouduttu rakentamaan eurooppaoikeuden perusteille. Doktriinia on osaksi sopeutettu muuttuviin olosuhteisiin samaan tapaan kuin Merikoski teki Ståhlbergin opeille, mutta samalla on myös irtaannuttu Merikosken doktriinista. Hallinto-oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita koskevaa myöhempää keskustelua ei voida johtaa suoraviivaisesti Merikosken harkintavallan rajoitusperiaatteista. Myös harkintavallan väärinkäytöstä puhutaan nykyisin aivan eri laajuudessa kuin Merikosken tutkimuksessa. Yhteisenä piirteenä näyttäisi olevan, että hallinnon tehokkuusvaatimuksen ei nähdä myöhemmässä doktriinissa edellyttävän samalla tavoin pidättyväisyyttä oikeudellisen sidonnaisuuden toteuttamisessa kuin aikaisemmin. Oikeusturvavaatimuksen painoarvo on noussut.

Merikosken oikeusturva-ajattelussa oikeussuojajärjestelmä toimi vastapainona hallinnon tehokkuusvaatimuksille. Hallinnon ja hallintolainkäytön erottelussa toteutuu periaatteellisesti tehokkuus- ja oikeusturvavaatimusten institutionaalinen ulottuvuus. Myöhempi yhteiskunnallinen kehitys on korostanut oikeusturvan merkitystä oikeuspoliittisena tavoitteena, mikä on

<sup>157</sup> Sipponen 1967, passim.

tullut näkyviin hallinnon oikeussuojajärjestelmän kehittämisessä säätämällä yleisesti hallintomenettelystä ja hallintolainkäytöstä sekä vahvistamalla alemmanasteista hallintolainkäyttöä. Kehittämistyössä on voitu seurata Merikosken hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmää koskevassa tutkimuksessa viitotettuja reittejä.<sup>158</sup> Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä on hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön kehityksen myötä muodostunut merikoskelaisen hallinto-oikeuden kestävimmäksi osaksi.

## LÄHTEET

- Aarnio, Aulis:* Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
- Aarnio, Aulis:* Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Helsinki 1983.
- Aarnio, Aulis:* Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.
- Aer, Janne:* Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa. Hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Jyväskylä 2000.
- Alasuutari, Pentti:* Toinen tasavalta. Suomi 1946–1994. Jyväskylä 1996.
- Andenæs, Johs.:* Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser. Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23–25 augusti 1951. Stockholm 1952 Bil VI.
- Andersson, Edward:* Något om fri prövning i förvaltningen. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1964 s. 23–45.
- Ahte, Aaro:* Hallinto-oikeudellinen vapaudenriisto. Asialliset edellytykset. Vammala 1950.
- Alanen, Aatos:* Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Porvoo 1965.
- Aura, Matti:* Nogle bemaerkninger om mere betryggende regler for administrative afgørelser. Korreferentinnlegg. Nordisk administrativt tidsskrift 1949 s. 269–273.
- Aura, Matti:* Tarkoituksenmukaisuusharkinta ja sen käyttämiseen valtuuttavat oikeussäännökset. Lakimies 1950 s. 6–22.
- Castberg, Frede:* Rettsstat – forvaltningsstat. Nordisk administrativt tidsskrift 1933 s. 123–137.
- Castberg, Frede:* Discussioninlägg. Nordisk administrativt tidsskrift 1952 s. 285–290.
- Erich, Rafael:* Muutamia huomautuksia yleisen valtio-opin asemasta tieteitten järjestelmässä ja sen suhteesta valtio-oikeuteen. (Yleisen valtio-opin professorinviran perustamisen ja täyttämisen johdosta.) Lakimies 1924 s. 185–190.
- Erich, Rafael:* Suomen valtio-oikeus II. Porvoo 1925.
- Eriksson, Lars D.:* Rättslig argumentering och den dialektiska logiken. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1966 s. 445–482.
- Eriksson, Lars D.:* Samhällstillvänd juridik. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1968 s. 565–583.
- Eriksson, Lars D.:* Luokkayhteiskunnan tuomioistuimet. Tala, Jyrki (toim.): Kantajana kansalainen. Raportti oikeusturvasta. Helsinki 1969 s. 18–42.

---

<sup>158</sup> *Aer* 2000 s. 57–60.

- Halila, Heikki*: Toimivaltajako yhdistyksissä. Vammala 1993.
- Halila, Leena*: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Vammala 2000.
- Heinonen, Olavi & Aarnio, Aulis*: Lisiä oppiin oikeuslaitoksen uudistamisesta. Lakimies 1972 s. 447–462.
- Hermanson, Robert*: Om juridisk konstruktion i statsrätten. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1878–79 s. 1–32, 457–516.
- Hermanson, Robert*: Anteckningar enligt professor R.F. Hermansons föreläsningar öfver inhemsk förvaltningsrätt. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Hj. Nyqvist. Helsingfors 1898.
- Holopainen, Toivo*: Lainkäytön yhdenmukaisuus ja tuomarin asema. Lakimies 1981 s. 1–14.
- Holopainen, Toivo*: Veli Merikoski 2.1.1905–28.1.1982. Lakimies 1982 s. 89–95.
- Husa, Jaakko*: Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Jyväskylä 1995.
- Hänninen, Sakari*: Puhe on hyvinvoinnista – ja ehdollistamisen retoriikasta. Palonen, Kari & Summa, Hilka (toim): Pelkkää retoriikkaa. Tutkimuksen ja politiikan retoriikat. Tampere 1996 s. 161–174.
- Jyränki, Antero*: ”(...) katsoa yhteiskuntaa myös sosiologin silmällä (...)” – Piirteitä Paavo Kastarin (1907–1991) toiminnasta ja oikeusajattelusta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXXII:1999 s. 151–218.
- Jyränki, Antero*: Veli Merikoski oikeusajattelijana: piirteiden hahmottelua. Lakimies 2002 s. 699–717.
- Kaira, Kaarlo*: Lausunto Paavo Kastarin teoksesta Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. Lakimies 1941 s. 450–464.
- Kangas, Urpo*: Det nationalsocialistiska rättstänkandet och de reaktioner som det uppväckte i Finland. Oikeustiede–Jurisprudentia XX:1987 s. 5–108.
- Kastari, Paavo*: Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. Vammala 1940.
- Kekkonen, Urho*: Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1936.
- Konstari, Timo*: Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisen harkintavallan rajoitusperiaatteena. Vammala 1979.
- Kulla, Heikki*: Hallintolainkäyttö ja hallinto. Tutkimus korkeimman hallinto-oikeuden toimivallan määräytymisen oikeushistoriallisesta taustasta. Vammala 1980.
- Laakso, Seppo*: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta, erityisesti julkisoikeuden alalla. Helsinki 1990.
- Laine, Antti*: Suur-Suomen kahdet kasvot. Itä-Karjalan siviiliväestön asema suomalaisessa miehityshallinnossa 1941–1944. Keuruu 1982.
- Makkonen, Kaarle*: Kunnallinen säädösvalta. Vammala 1968.
- Makkonen, Kaarlo*: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Vammala 1981.
- Merikoski, Veli*: Hallinto-oikeudellinen tutkimus yhdistymisvapaudesta. Helsinki 1935.
- Merikoski, Veli*: Uuden Saksan julkisen oikeuden erikoispiirteitä. Lakimies 1937 s. 485–498.
- Merikoski, Veli*: Valtionapujärjestelmä hallintovalvonnan kannalta. Vammala 1938.
- Merikoski, Veli*: Hallinnon mukauttaminen sota-ajan oloihin. Lakimies 1941 s. 721–735.
- Merikoski, Veli*: Miehittyjen alueiden hallinnon järjestämisestä. Lakimies 1943 s. 387–394.
- Merikoski, Veli*: Hallinto-opillisen tutkimuksen kehittämisestä. Defensor Legis 1944 s. 177–190.

- Merikoski, Veli:* Lakimieskasvatuksen päämäärät ja valinta lakimiesuralle. Lakimies 1946 s. 385–398. (1946a)
- Merikoski, Veli:* Suomen julkisoikeuden oppikirja. II nide. Porvoo 1946.(1946b)
- Merikoski, Veli:* Lausunto teoksesta Olavi Rytkölä Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläkeoikeus. Lakimies 1948 s. 464–476.
- Merikoski, Veli:* Lakimieskoulutus USA:ssa meidän näkökulmastamme. Lakimies 1951 s. 680–703.
- Merikoski, Veli:* Lausunto teoksesta Aaro Ahtee Hallinto-oikeudellinen vapaudenriisto. Lakimies 1951 s. 144–152.
- Merikoski, Veli:* Användning av fri prövning inom förvaltningen. Nordisk administrativt tidskrift 1952 s. 247–276.(1952a)
- Merikoski, Veli:* Common law. Lakimies 1952 s. 355–369.(1952b)
- Merikoski, Veli:* Tarvitaanko yleissäännöksiä hallintovirkamiehen esteellisyydestä. (Kysymys n:o 1/1955). Lakimies 1957 s. 303–305.
- Merikoski, Veli:* Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1958.
- Merikoski, Veli:* Hallinnon politisoituminen. Porvoo 1968.
- Merikoski, Veli:* Jäähyväiset opetukselle. Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 vuotta. Helsinki 1973 s. 241–249.
- Merikoski, Veli:* Lausuntoja. Vammala 1974.
- Meyer, Poul:* Forvaltninslaeren som videnskap. Nordisk administrativt tidskrift 1953 s. 223–240.
- Meyer, Poul:* Administrativt effektivitet. Nordisk administrativt tidskrift 1954 s. 188–199.
- Mietintö alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 5/1936. Helsinki 1936.
- Mäenpää, Olli:* Keskusviraston asema valtionhallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus valtionhallinnon organisaatiosta. Helsinki 1979.
- Mäenpää, Olli:* Kaksi hallinto-oikeutta: merikoskelainen hallinto-oikeus ja hyvinvointivaltio. Hallinnon tutkimus 1983 s. 1–20.
- Mäenpää, Olli:* Hallinto-oikeus. Juva 1991.
- Oker-Blom, Max:* En enda lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1978 s. 251–321.
- Paakkunainen, Kari:* Demokratia, tiede, kansanvalistus. Valtiotieteellisen yhdistyksen intellektuaalihistoriaa 1935–1985. Jyväskylä 1985.
- Palonen, Kari:* Poliittikan ja valtion käsitteiden kriiseistä suomalaisen valtio-opin historiassa. Tieteenalan perusteiden ja itseymmärryksen muuntumisen tulkintaa erityisesti suhteessa Allgemeine Staatslehre -traditioon. Jyväskylä 1980.
- Palonen, Kari:* Yleisen valtio-opin perustaminen Helsingin yliopistoon. Nousiainen, Jaako & Ancker, Dag (toim.): Valtio ja yhteiskunta. Tutkielmia suomalaisen valtiollisen ajattelun ja valtio-opin historiasta. Juva 1983 s. 94–137.
- Peczenik, Alexander:* Is there Always a Right Answer to a Legal Question? Oikeustiede–Jurisprudentia XVI:1983 s. 241–258.
- Pekonen, Kyösti:* Kohti uutta hallinta-ajattelua julkisessa hallinnossa? Helsinki 1995.
- Rytkölä, Olavi:* Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläkeoikeus. Vammala 1948.
- Sipponen, Kauko:* Yhden ainoan oikean tai tarkoituksenmukaisen ratkaisun periaatteesta. Lakimies 1965 s. 197–212.
- Sipponen, Kauko:* Päätöksenteko kansanvallassa. Helsinki 1967.
- Sjöholm, B. E.:* Om gränserna för de administrativa myndigheternas fria prövningsrätt. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1951 s. 81–106.



- Sjöholm, B. E.*: Något om fri prövningsrätt inom kommunalrätten. Tidsskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1951 s. 253–281.
- Ståhlberg, K. J.*: Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. Helsinki 1913.
- Ståhlberg, K. J.*: Suomen hallinto-oikeus. Sisäasiain hallinto. Helsinki 1915.
- Sundberg, Halvar*: Diskussioninlägg. Nordisk administrativt tidsskrift 1933 s. 140–145.
- Sundberg, Halvar*: Förvaltningen och rättssäkerheten. Installationsföreläsning. Svensk Juristtidning 1935 s. 321–335.
- Sundberg, Halvar*: Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23–25 augusti 1951. Stockholm 1952 s. 256–257.
- Sundberg, Halvar*: Grunddragen av allmän förvaltningsrätt. Stockholm 1943.
- Suomen lakimiesliiton kuudensien lakimiespäivien pöytäkirja 1953. Hämeenlinna 1957.
- Suviranta, Outi*: Ennakkopäätösten käytöstä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia XIX:1986 s. 425–482.
- Tarkistettu ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle alemmanasteisesta hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 3/1939. Helsinki 1939.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprossessioikeus II. Porvoo 1966.
- Tolonen, Juha*: Valtio ja oikeus. Tutkimus lain käsitteestä. Åbo 1989.
- Tuori, Kaarlo*: Budjetti, laki ja suunnitelma. Helsinki 1985.
- Tuori, Kaarlo*: Käsitelainopin itsepuolustus. Lakimies 2002 s. 1295–1320.
- Tuori, Kaarlo*: Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus. Nuotio, Kimmo (toim.): Oikeusteoreettisia katkelmia. Saarijärvi 2003 s. 111–142.
- Tähti, Aarre*: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Vammala 1995.
- Valtionhallinnon organisaation uudistamiskomitean mietintö I. Periaatemietintö. Komiteamietintö 5/1958.
- Vartola, Juha*: Valtionhallinnon kehittämisperiaatteista. Ministeriötutkimuksen osaraportti II. Tampere 1977.
- Vilkkonen, Eero*: Näkökohtia tarkoituksenmukaisuusvalituksesta. Lakimies 1972 s. 372–396.
- Wikström, Kauko*: Analyyttinen oikeusteoria ja julkisoikeus. Oikeustiede–Jurisprudentia XIII:1980 s. 225–261.
- Vuorinen, Jarmo*: Päätöksen perusteleminen. Tutkimus perustelemisselvollisuuden ulottuvuudesta hallinnossa ja hallinnollisessa lainkäytössä. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 10/1975. Helsinki 1975.

## VELI MERIKOSKI AND THE PROBLEM OF THE DISCRETIONARY POWERS IN PUBLIC ADMINISTRATION

Veli Merikoski (1905–1982) acted as professor in administrative law in the University of Helsinki almost three decades, years 1941–1970. His main work concerns the problem of unfettered discretion in administration. Although Merikoski had great influence on the development of the Finnish administrative law, his doctrine of administrative discretion is not been accepted in the further scholarship. This article studies Merikoski's conception of the discretionary powers in administration and its doctrinal basis in the division of discretion into legally bound and unfettered discretion.

The main problem for administrative law was according Merikoski how to balance the demands of efficiency and legal certainty. Merikoski apprehended discretion not only as normative phenomenon but also as a part of concrete administrative activity. The scope of administrative discretion is crucial factor in assessing whether a state is ruled by law or by administration. During the 1930's and 1940's there was a large shift from the rule of law to the rule of administration. This development was due to the growth of regulative activity of states, both in the totalitarian and liberal states. The regulation was most intensive during the World War II, but also during the reconstruction. In this situation was the question of legality of administrative discretion raised: were there any legal constraints for administrative action taken under wide discretionary mandate. Or put it another way how to balance efficiency of unfettered discretion with demands of legal certainty.

The concepts of legally bound and unfettered discretion have both normative and factual content. As an ideal type can be constructed a situation where administration lacks all discretionary power in certain case, the content of administrative decision is totally determined by statutes, on the other hand decision can be almost totally undetermined by rules of law. In the administrative practice the scope of discretionary powers varies and the difference between legally bound discretion and unfettered discretion is one of degree. The system of judicial review of administrative actions is restricted to examine legality of administrative decisions, so that unfettered discretion is not under administrative courts control. In the field of unfettered discretion legal order permits more than one solution. The prin-

ciple of one right answer in legal questions means in this context not an ideal solution, but the finality of supreme administrative courts ruling in certain administrative case. The conception has an authoritarian aspect because when proclaiming certain supreme court ruling as a right one, the principle of one right answer depoliticizes the legal issue.

The unfettered administrative discretion is restricted in the last resort by certain principles. These principles concerns equality, proportionality, objectivity and purposiveness. The infringement of the principle of purposiveness Merikoski called usurpation and connected it with the French doctrine of *détournement de pouvoir*. It is essential for Merikoski's doctrine that these principles were not regarded as general principles of administrative law, principles represent only the legal minimum. When talking about general principles of administrative law in Merikoski's conception, it's the demands of efficiency and legal certainty that are general principles in dworkinian sense.

Merikoski write his work on administrative discretion in the 1950's and it can be said, that his work reflects that decade. The problem of unfettered discretion was mainly a problem of reconstruction period, on the other hand the public discourse was in many ways connected to the questions of morality and ethics of public servants so that moral principles were emphasized in the political discourse. The situation changed profoundly in the 1960's when welfare state -policies and social planning replaced the former regulatory policies. The administrative law scholarship focused on legal constraints of unfettered discretion was outdated and Merikoski's studies could not give tools to cope with the problems of welfare state -policies. The public discourse reflected widespread belief that social problems could be solved through scientific planning and organisation and most social problems where seen as political problems. Merikoski's work on administrative discretion represented a different kind of conception of politics and emphasized non-political nature of the public administration.



**Outi Anttila**

**SUKUPUOLISYRJINNÄN KIELTO  
SUOMEN JA EU:N OIKEUDESSA**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	81
1.1	Artikkelin lähtökohdat .....	81
1.2	Yhdenvertaisuusperiaate .....	84
1.3	Välittömän ja välillisen sukupuolisyrynnän käsitelmäärityt lainsäädännössä .....	88
1.3.1	Määrittelyt EU:n oikeudessa .....	88
1.3.2	Määrittelyt tasa-arvolaisissa .....	91
1.4	Jaetun todistustaakan periaate .....	93
2	SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN .....	94
2.1	Välitön syrjintä .....	94
2.1.1	Syrjintäperusteena sukupuoli .....	94
2.1.2	Eri asema .....	95
2.1.2.1	Vertailu .....	95
2.1.2.2	Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus .....	97
2.2	Välillinen syrjintä .....	101
2.2.1	Syrjintäperusteena vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus .....	101
2.2.2	Neutraali peruste johtaa tosiasias- saa epädulliseen asemaan .....	104
2.2.2.1	Epädullinen asema .....	105
2.2.2.2	Vertailupiirien muodostaminen .....	107
2.2.2.3	Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto? .....	111
2.2.2.4	Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus välillisessä syrjinnässä .....	118
3	SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN .....	121
3.1	Välitön syrjintä .....	122
3.2	Välillinen syrjintä .....	126
3.2.1	Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely .....	132
3.2.2	Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä .....	134

4 KOOTUSTI SYRJINNÄN ELEMENTEISTÄ .....	136
5 LOPUKSI .....	140
LÄHTEET .....	141
OIKEUSTAPAUKSET .....	144
THE PROHIBITION OF SEX DISCRIMINATION IN FINNISH AND EU LAW .....	148



---

# Sukupuolisyrynnän kieltö Suomen ja EU:n oikeudessa

## 1 JOHDANTO

### 1.1 Artikkelin lähtökohdat

Naisten ja miesten välinen tasa-arvo työelämässä on tunnustettu tärkeäksi tavoitteeksi, johon pyritään niin kansainvälisillä, EU:n kuin kansallisilla-kin foorumeilla. Sukupuoleen perustuva syrjintä kielletään paitsi perustuslaissamme ja alemmantasoisessa lainsäädännössämme, myös EU:n oikeudessa ja monissa muun muassa YK:n, kansainvälisen työjärjestön ILO:n sekä Euroopan neuvoston piirissä solmituissa ihmisoikeussopimuksissa.<sup>1</sup> Yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltöä koskevilla säännöksillä onkin perinteisesti ollut keskeinen asema perus- ja ihmisoikeusjärjestelmässä.<sup>2</sup> Tässä artikkelissa lähtökohtani on kuitenkin Suomen tasa-arvolaisissa (laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta, 609/1986) ja EU:n oikeudessa<sup>3</sup>. Tarkoitukseni on tästä huolimatta ottaa esiin myös perus- ja ihmisoikeusnäkökulma sellaisissa tilanteissa, joissa tällaisen näkökulman huomioivalla laintulkinnalla olisi mahdollista saavuttaa vallitsevasta doktriinista poikkeavia ratkaisuja. Näiltä osin merkittävin naisten asemaa parantamaan pyrkivä sopimus on YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women eli CEDAW, SopS 67–68/1986).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Sukupuolten tasa-arvoon pyritään myös muilla keinoin kuin kieltämällä syrjintä, kuten erilaisten positiivisten toimien avulla tai sisällyttämällä sukupuolinäkökulma kaikkeen päätöksentekoon ja toimintaan (valtavirtaistaminen).

<sup>2</sup> *Scheinin* 1999 s. 231.

<sup>3</sup> Käytän artikkelissa selvyuden vuoksi termiä *EU:n oikeus*, vaikka tasa-arvodirektiivit ovatkin osa Euroopan *yhteisöjen* lainsäädäntöä.

<sup>4</sup> Muita YK:n piirissä laadittuja tärkeitä sopimuksia ovat mm. kansalaisyhteisöjä ja po-

Uudistettu tasa-arvolaki (15.4.2005/232) on tullut voimaan 1.6.2005. Uudistus oli tarpeen ennen kaikkea EU:n oikeudessa tapahtuneen kehityksen vuoksi. Laissa on nyt muun muassa määritelty välitön ja välillinen syrjintä EU:n oikeuden mukaisesti, kuitenkin niin, että kansalliset ominaispiirteet ja suojan taso on pyritty säilyttämään.<sup>5</sup> Tässä artikkelissa tarkoitukseni on tarkastella, minkälaisista elementeistä välittömän ja välillisen syrjinnän kiellot muodostuvat Suomen ja EU:n tasa-arvo-oikeudessa, miten nämä kaksi eri syrjinnän muotoa eroavat toisistaan ja mikä niiden keskinäinen suhde on.<sup>6</sup> Pääpaino on välillisessä syrjinnässä, sillä käsite on jäänyt huomattavasti tuntemattommaksi kuin välitön syrjintä, eikä siitä ole juurikaan suomalaista tutkimusta. Välillisen syrjinnän kiellon tarkastelussa korostuu EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö, jossa käsite on kehittynyt pisimmälle.

Artikkelini lähtökohtana on tasa-arvolain 7 §, joka sisältää syrjinnän yleiskiellon. Tätä täydentää 8 §:n työelämän syrjintäkielto, jossa määritellään yksityiskohtaisemmin, minkälainen menettely työelämässä on syrjintää. Artikkelini käsittelee yksinomaan työelämän tyyppillisiä syrjintätilanteita.<sup>7</sup> Seksuaalinen häirintä ja häirintä sukupuolen perusteella, syrjintä

---

liittisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (KP-sopimus, SopS 7–8/1976) ja taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (TSS-sopimus, SopS 6/1976), Euroopan neuvoston piirissä solmittu yleissopimus ihmisoi-  
keuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (Euroopan ihmisoikeussopimus, SopS 63/1999) ja Euroopan sosiaalinen peruskirja (SopS 43–44/1991) sekä ILO:n yleissopimukset kuten nro 111 (SopS 63/1970), joka koskee työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuvaa syrjintää. EU:ssa sukupuolten tasa-arvon periaate ja syrjinnän kieltö sisältyvät paitsi tasa-arvodirektiiveihin, ovat myös tunnustettu perusoikeudeksi niin EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä, perustamissopimuksissa kuin perusoikeuskirjassa.

<sup>5</sup> KM 2002:9 s. 77.

<sup>6</sup> Suomessa aiheesta on kirjoittanut *Anja Nummijärvi* tuoreessa väitöskirjassaan ”Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta” (2004). Myös *Liisa Nieminen* ja *Kevät Nousiainen* ovat tarkastelleet sukupuolten tasa-arvoon liittyviä asioita EU:n oikeuden näkökulmasta. Ks. myös *Pirkko K. Koskisen* ja *Niklas Bruunin* teos Tasa-arvolaki (2. painos vuodelta 1997).

<sup>7</sup> Syrjintä on kielletty myös muilla aloilla kuin työelämässä. CEDAW-sopimus kattaa työelämän (11 artikla) lisäksi muun muassa poliittiset oikeudet (7 artikla), koulutuksen (10 artikla), terveydenhuollon (12 artikla), talous- ja yhteiskuntaelämän (13 artikla) ja perhe-elämän (16 artikla). Myös tasa-arvolain soveltamisala on yleinen, eli sitä sovelletaan kaikilla elämänalueilla, joita ei nimenomaisesti ole jätetty sen soveltamisalan ulkopuolelle (lain 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta uskonnollisten yhdyskuntien uskonnonharjoitukseen liittyvään toimintaan eikä yksityiselämän piiriin kuuluviin suhteisiin). Lain 11 §:n mukaisesti hyvitystä voidaan vaatia tuomioistuimessa kuitenkin vain lain 8 sekä 8 a–8 d §:n rikkomisesta. EU:n oikeudessa työelämän tasa-arvo on ollut keskeisellä sijalla, nyt uuden palveludirektiivin (neuvoston direktiivi 2004/113/EY, annettu 13 päivänä joulukuuta 2004, miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla. EYVL L 373, 21.12.2004 s. 37–43) myötä su-

sukupuolen korjauksen perusteella sekä käsky tai ohje syrjiä sukupuolen perusteella määritellään myös sukupuolisyrynnäksi. Nämä erityiset syrjinnän muodot olen kuitenkin rajannut tarkasteluni ulkopuolelle. En käsittele myöskään sukupuolisyryntää rikoksena.<sup>8</sup>

Tasa-arvolain säännösten tulkinnassa EU:n oikeudella on suuri merkitys, sillä käsitteet ovat kehittyneet etenkin EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kuten *Pentikäinen* on todennut, EU:n oikeus voidaankin nähdä joko merkittävänä mahdollisuutena tai suurena uhkana naisten aseman parantamiselle, riippuen muun muassa EY:n tuomioistuimen suhtautumisesta tasa-arvon edistämiseen.<sup>9</sup> Yhdenvertaisuus ja syrjimättömyys ovat myös keskeisiä perus- ja ihmisoikeuksia. Vaikka artikkeli perustuu Suomen tasa-arvolain ja EU:n tasa-arvo-oikeuden mukaisiin syrjinnän kieltoihin, tarkastelen myös perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusta tasa-arvolakiin sisältyvien syrjinnän käsitteiden tulkinnassa,<sup>10</sup> ts. sitä, kuinka tasa-arvolakia tulisi tulkita perustuslain 22 §:n edellyttämällä perusoikeusmyönteisellä ja ihmisoikeusystävällisellä tavalla.<sup>11</sup> Tarkoitukseni ei niinkään ole selvittää ihmisoikeuksien kansainvälistä valvontajärjestelmää tai niiden suhdetta valtiosisäiseen oikeuteen. En tässä artikkelissa käy myöskään systemaattisesti läpi ihmisoikeusasiakirjojen sisältöä tai oikeuskäytäntöä.

Seuraavaksi on syytä tarkastella lyhyesti syrjintäkieltojen taustalla olevaa yhdenvertaisuusperiaatetta. Tämän jälkeen käyn läpi syrjinnän käsitteet siten kuin ne on määritelty EY:n lainsäädännössä ja tasa-arvolaisissa. Johdantokappaleen lopuksi esittelen jaetun todistustaakan periaatteen, jonka mukaisesti loppuosa artikkelistani etenee.

---

kupuolisyrynnän kielto ulotetaan myös työelämän ulkopuolelle, tavaroiden ja palvelujen tarjontaan.

<sup>8</sup> Ks. rikoslain 11 luvun 9 § ja 47 luvun 3 §.

<sup>9</sup> *Pentikäinen* 1999 s. 136.

<sup>10</sup> Ns. perus- ja ihmisoikeuksien tulkintavaikutus. Perusoikeussäännösten oikeusvaikutusten jaottelusta, Ks. *Karapuu* 1999 s. 82.

<sup>11</sup> Valtiosääntöoikeudessa oppi perusoikeusmyönteisestä ja ihmisoikeusystävällisestä laintulkinnasta tarkoittaa sitä, että lainsäädännön perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehtoista tulee valita se, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksen toteutumista. HE 1/1998 vp s. 53–54 ja s. 162–164, PeVL 2/1990 ja PeVM 25/1994 s. 4. Perus- ja ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan perustuslaintasoinen normatiivinen perusta on PL 22 §:ssä, jonka mukaan ”julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen”. Tämä yleinen turvaamisvelvollisuus koskee muun muassa lainsäätäjää, hallintoviranomaista ja tuomioistuinta (*Scheinin* 1999 s. 199–200). Tuomioistuimilta edellytetään perusoikeusmyönteistä tulkintaa myös silloin, kun sovellettavana on yksityisten, kuten työnantajien ja työntekijöiden, välisiä suhteita (*Tuori* 1999 s. 670).

## 1.2 Yhdenvertaisuusperiaate

Sekä syrjinnän kieltojen että erilaisten positiivisten toimien ja valtavirtaistamisen taustalla olevana päämääränä nähdään sukupuolten välisen yhdenvertaisuuden periaate.<sup>12</sup> Yhdenvertaisuusperiaate onkin laajempi käsite kuin pelkkä syrjinnän kieltö, sillä tasa-arvon edistäminen muilla keinoin kuin kieltämällä syrjintä on myös yhdenvertaisuusperiaatteen toteuttamista. Syrjintäkieltojenkin päämääränä oleva yhdenvertaisuusperiaate on ymmärretty eri tavalla eri syrjinnän muotojen kohdalla. Väliittömän syrjinnän kieltö tarkoittaa sitä, että ketään ei saa asettaa huonompaan asemaan kielletyllä, kuten sukupuolen, perusteella. Tämä liitetään yleisesti muodolliseen yhdenvertaisuuteen, jolloin lähtökohtana on ollut Aristoteleelta peräisin oleva maksimi: samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, erilaisia eri tavalla.<sup>13</sup> Kuten *Scheinin* on esittänyt, muodollisen yhdenvertaisuuden symbolia edustaa kuva oikeuden jumalattaresta silmät sidottuina.<sup>14</sup> Oikeuden tulee olla sokea ihmisten välisille sellaisille eroille, joilla ei lain mukaan saa olla merkitystä asian ratkaisemisessa.

Feministit ovat kritisoineet muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta siitä, että sen avulla ei päästä käsiksi yhteiskunnan syrjiviin rakenteisiin, naisten ja miesten välisen epätasa-arvon todellisiin syihin.<sup>15</sup> Yhdenvertaisuus samanlaisuutena tarkoittaakin naisille vain pääsyä maailmaan, jonka miehet ovat jo valmiiksi luoneet. Yhdenvertaisen kohtelun standardi eli se, mihin naisten saamaa kohtelua verrataan, on tällöin kovin miehinen. Tämä lähtökohta ei ota huomioon naisten ja miesten välisiä eroja, kuten sitä, että ainakin toistaiseksi naiset ovat perheissä niitä, jotka synnyttävät ja kantavat päävastuun pienten lasten hoidosta, tai sitä, että työmarkkinat ovat Suomessa vahvasti segregoituneet sukupuolen perusteella. Jotta naisille ei aiheutuisi tästä kohtuutonta haittaa, on yhdenvertaisuuden käsitettä laa-

---

<sup>12</sup> Ks. esim. *Bell* 2003, jonka mukaan yhdenvertaisuus ymmärretään EU:n oikeudessa kolmella eri tavalla: 1) syrjimättömyytenä, jolloin tavoitteena on muodollinen yhdenvertaisuus, ja jolloin korostetaan vertailtavien tilanteiden samankaltaisuutta eli vertailukelpoisuutta, 2) pyrkimyksenä tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen, mikä näkyy mm. välillisen syrjinnän kiellon ja positiivisten toimien kehittymisenä EU:n oikeudessa sekä 3) moninaisuutena (diversity), jolloin yhdenvertaisuusperiaatteen käsitettä määriteltäessä otetaan huomioon erilaisten ja eri tilanteissa olevien ihmisten erilaiset tarpeet. Ks. myös mm. *Fredman* 2002, *Barnard* ja *Hepple* 2000, *Wentholt* 1999.

<sup>13</sup> Ks. esim. *Scheinin* 1999 s. 233–239 ja *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 562. *Mahoney* (1994 s. 442) toteaa, että useimmissa maailman maissa yhdenvertaisuus ymmärretään aristotelisessä mielessä muodollisena.

<sup>14</sup> *Scheinin* 1999 s. 234.

<sup>15</sup> Ks. mm. *Fredman* 2002, *Lacey* 1992, *Barnard* 1998.

jennettava kohti tosiasiallista tasa-arvoa, joka ottaa huomioon myös ihmisten väliset erot, yhteiskunnassa vallitsevat sosiaaliset, kulttuuriset, taloudelliset ja muut de facto tosiasiat, sukupuolittuneet rakenteet ja käytännöt sekä sovellettavien sääntöjen tai tietyn käytännön vaikutukset.<sup>16</sup> Kuten *Scheinin* toteaa, pyrkimyksenä on tällöin yhteiskunnassa esiintyvän tosiasiallisen eriarvoisuuden huomioon ottaminen ja sen poistaminen.<sup>17</sup> Myös hallituksen perusoikeusuudistusta koskeneessa esityksessä tuodaan esiin, että perustuslain 6 § 1 momentin yhdenvertaisuusnormi sisältää paitsi perinteisen vaatimuksen muodollisesta yhdenvertaisuudesta, myös ajatuksen tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta, jonka edistämiseksi voidaan esimerkiksi lainsäädännössä kohdella ihmisiä eri tavoin tietyn yhteiskunnallisen intressin vuoksi.<sup>18</sup>

Murrosvaihe yhdenvertaisuusperiaatteen kehityksessä on havaittavissa jo 1960-luvulla, jolloin yhdenvertaisuus alettiin ymmärtää laajemmin kuin vain muodollisesti samanlaisena kohteluna.<sup>19</sup> Vuonna 1979 laadittu YK:n CEDAW-sopimus nähdään juuri tällaisena, muodollisen yhdenvertaisuuden käsitteen ylittävänä sopimuksena, jonka avulla kyettäisiin puuttumaan syrjinnän rakenteellisiin muotoihin ja toteuttamaan tosiasiallinen yhdenvertaisuus. CEDAW-sopimusta onkin pidetty hyvin tärkeänä instrumenttina naisia syrjivien tapojen ja käytäntöjen muuttamisessa ja stereotyyppisten sukupuoliroolien murtamisessa.<sup>20</sup>

Välittömän syrjinnän kieltö on lähentynyt tosiasiallisen tasa-arvon periaatetta, sillä syrjintä raskauden perusteella on määritelty nimenomaan välittömäksi syrjinnäksi. Näin ollen työntekijää ei pääsääntöisesti saa asettaa huonompaan asemaan raskauden vuoksi, vaikka tämä onkin olennaisesti erilaisessa tilanteessa kuin muut työntekijät. Raskaussyrjinnän kiellon lisäksi välillisen syrjinnän kieltö nähdään siirtymänä muodollisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta.<sup>21</sup>

USA:n korkein oikeus käytti välillisen syrjinnän käsitettä ensimmäisen kerran vuonna 1971 tapauksessa *Griggs v. Duke Power Company*.<sup>22</sup> Kyse oli yhtiön menettelystä, jossa se edellytti tiettyihin työtehtäviin pyrkiviltä

<sup>16</sup> Tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta, Ks. esim. *Bell* 2003 s. 94–95, *Fredman* 2002, *Barbera* 2003, *Barnard* ja *Hepple* 2000, *Wentholt* 1999. Ks. myös *Hervey* 1999.

<sup>17</sup> *Scheinin* 1999 s. 234.

<sup>18</sup> HE 309/1993 vp s. 42–43.

<sup>19</sup> *Nousiainen* 2001 s. 223.

<sup>20</sup> *Charlesworth* 2000 s. 229–231, *Mahoney* 1994 s. 438 ss., *Cook* 1994.

<sup>21</sup> *Bell* 2003 s. 95, *Loenen* 1999, *Wentholt* 1999 s. 62, *Prechal* 2004 s. 537.

<sup>22</sup> *Griggs v. Duke Power Company* 401 U.S. 424, 1971.

työntekijöiltään ylioppilastodistusta ja kirjallisen kokeen suorittamista. Monet afroamerikkalaiset työntekijät eivät kuitenkaan täyttäneet näitä vaatimuksia. Tuomioistuimien totesikin, että ”[Civil Rights Act] proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation”.<sup>23</sup> Välillisen syrjinnän doktriini siirtyi ensin Isoon-Britanniaan ja sitä kautta EY:n tuomioistuimen kansalaisuus- ja sukupuolisyryntätapauksiin, vaikka itse perustamissopimuksessa ei välillisen syrjinnän kieltoa ollutkaan. Kansallisuutta koskevissa asioissa kehitys alkoi jo vuonna 1974 tapauksessa *Sotgiu*<sup>24</sup>, ja sukupuolisyryntäasioissa vuonna 1981 tapauksessa *Jenkins*<sup>25</sup>, jossa kyse oli osa-aikaisten ja kokoaikaisten työntekijöiden erilaisesta kohtelusta. Etenkin osa-aikaisesti työskentelevien naisten asema on parantunut välillisen syrjinnän kiellon kautta, millä on huomattava merkitys niissä maissa, joissa osa-aikatyö on naisten pääasiallinen keino yhdistää työ ja perhe-elämä.<sup>26</sup>

*Sacha Prechal*in mukaan monien maiden oikeusjärjestyksissä välillisen syrjinnän käsite oli tuntematon vielä 1980-luvulla, jolloin EY:n tuomioistuimien otti käsitteen käyttöön. Vain Isossa-Britanniassa käsite oli tuttu Yhdysvaltojen kautta. *Prechal* väittää, että käsitettä ei edelleenkään tunneta edes EU-juristien piirissä. Käsitteen soveltaminen ja välillisen syrjinnän havaitseminen tuottaa siis edelleen ongelmia niin juristeille kuin maallikoillekin. Käsite on uusi myös useimmille uusille jäsenmaille. Saattaakin viedä vuosia, ennen kuin käsite omaksutaan näiden maiden oikeuskäytäntöön.<sup>27</sup> Tasa-arvon toteutumisen kannalta käsitteellä olisi kuitenkin paljon potentiaalia. Sen avulla on mahdollista puuttua yhteiskunnan syrjiviin rakenteisiin, sellaisiin käytäntöihin ja menettelytapoihin, jotka vaikuttavat täysin sukupuolineutraaleilta, mutta jotka tosiasiallisesti aiheuttavat eriarvoisuutta sukupuolten välillä. Välillisen syrjinnän käsite mahdollistaa ensi katsomalta neutraalien sääntöjen ja käytäntöjen lähemmän tarkastelun ja voi edellyttää niiden muuttamista tai poistamista, jos niillä on toiselle sukupuolelle haitallisia vaikutuksia. Välillisen syrjinnän kiellon onkin sanottu olevan vallankumouksellinen oikeudellinen käsite.<sup>28</sup>

Huolimatta siitä, että EY:n tuomioistuin on lähestynyt tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta kehittämällä välillisen syrjinnän käsitettä ja

---

<sup>23</sup> Ks. välillisen syrjinnän doktriinista USA:ssa *Selmi* 1999 ja Kanadassa *Vizkelety* 1999.

<sup>24</sup> C-152/73, 1974, 153.

<sup>25</sup> C-96/80, 1981, 911.

<sup>26</sup> Ks. esim. *Wentholt* 1999 s. 62–64 ja *Loenen* 1999 s. 199.

<sup>27</sup> *Prechal* 2004 s. 535–537.

<sup>28</sup> *Sjerps* 1999 s. 237 ja *Loenen* 1999.

mm. kieltämällä raskaussyrjinnän välittömänä sukupuoleen perustuvana syrjintänä, tuomioistuinta on myös aika ajoin moitittu muodollisesta lähestymistavasta yhdenvertaisuuteen.<sup>29</sup> Samanlaista kritiikkiä on esitetty myös ihmisoikeussopimuksista ja niiden tulkintakäytännöstä.<sup>30</sup> *Rebecca Cook* on huomauttanut, että myös ihmisoikeuskontekstissa kiinnitetään huomiota pikemminkin vertailtavuuteen ja samanlaisuuteen tai erilaisuuteen, ei niinkään naisten kokemaan haittaan, jota heille syrjivästä menettelystä aiheutuu. *Cook* toteaaakin, että rakenteelliseen syrjintään on vaikea puuttua ilman uudenlaista näkökulmaa syrjinnän käsitteeseen.<sup>31</sup>

*Kathleen E. Mahoney* on Kanadan korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä esitellessään todennut, että se on oikeuskäytännössään määritellyt syrjinnän nimenomaan haittana, ei samanlaisuutena tai erilaisuutena. Jos jokin haittaa kärsivän ryhmän jäsen osoittaa, että lainsäädäntö tai jokin käytäntö pahentaa tätä haittaa, silloin lainsäädäntö tai käytäntö on syrjivä. Verrokkia ei tarvita syrjinnän toteamiseksi, vaan olennaista on naisten kokema haitta tai epäedullinen asema *naisena*, ei verrattuna mieheen. Naisten kokemaan haittaan perustuva syrjinnän käsite edellyttääkin naisten todellisen aseman ja rakenteellisen epätasa-arvoisuuden huomioon ottamista.<sup>32</sup> Kuten *Mahoney* ja *Cook* toteavat, Kanadan mallin mukainen syrjinnän käsite olisi mahdollista omaksua myös ihmisoikeuskontekstissa.<sup>33</sup> EU:n oikeudessa taas esimerkiksi monet raskaussyrjintää ja välillistä syrjintää koskevat tapaukset perustuvat tosiasiallisen yhdenvertaisuuden teorialle ja naisille aiheutuvalla haitalla, jotkut tapaukset taas korostavat vertailukelpoisuuden vaatimusta perustuen näin ollen muodollisen yhdenvertaisuuden teorialle. Nyttemmin, kun myös häirintä on määritelty syrjinnäksi (tasarvolain 7 § 5 momentti), syrjintä käsitteenä irtaantuu yhä enemmän vertailtavuuden ja samanlaisuuden vaatimuksista ja korostaa pikemminkin tietynlaisen toiminnan aiheuttamaa haittaa.

Uudenlaisen näkökulman syrjinnän käsitteeseen mahdollistaisi myös CEDAW-sopimus, jolla pyritään muun muassa muuttamaan stereotyyppiä sukupolirooleja (5 artiklan a kohta) esimerkiksi korostamalla miesten ja naisten yhteistä vastuuta lasten kasvattamisessa (5 artikla b kohta). Artiklalla pyritään sukupuolittuneiden käyttäytymismallien purkamiseen, ja sen tavoitteena on muuttaa sosiaalisia rakenteita, joita muun muassa lain-

<sup>29</sup> *Prechal* 2004 s. 537–538.

<sup>30</sup> Mm. *Charlesworth* 2000, *Cook* 1994, *Pentikäinen* 1999 s. 98–101.

<sup>31</sup> *Cook* 1994 s. 12.

<sup>32</sup> *Mahoney* 1994. Ks. myös *Vizkelety* 1999.

<sup>33</sup> *Mahoney* 1994 s. 441, *Cook* 1994 s. 11–12.

säädäntö vahvistaa. Feministisessä oikeusteoriassa ilmiötä kutsutaan systeemiseksi tai rakenteelliseksi syrjinnäksi (systemic or structural discrimination).<sup>34</sup> Artiklalla pyritään näin ollen rakenteellisiin muutoksiin, ja sen on katsottu edellyttävän valtioilta aktiivista puuttumista sukupuolittuneisiin naisia syrjiviin käytäntöihin. Sopimuksen 2 artiklan f kohdan mukaan valtioiden tulee nimittäin ryhtyä kaikkiin tarvittaviin toimiin naisia syrjivien lakien ja muiden säännösten, tapojen ja käytäntöjen muuttamiseksi tai poistamiseksi. *Rebecca Cook* on esittänyt, että tämä artikla yhdessä 5 artiklan a kohdan kanssa luovat valtioille vahvan velvoitteen poistaa kaikenlaiset syrjivät käytännöt.<sup>35</sup>

### 1.3 Välittömän ja välillisen sukupuolisyrjinnän käsitelmääritys lainsäädännössä

#### 1.3.1 Määritys EU:n oikeudessa

EY:n tuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut EY:n perustamisso-  
pimuksen samapalkkaisuutta koskevan 141 artiklan (entisen 119 artiklan)  
sisältävän niin välittömän kuin välillisenkin syrjinnän kiellon.<sup>36</sup> Lainsäädännössä välillisen syrjinnän käsite määriteltiin ensimmäisen kerran vuonna 1997 todistustaakkadirektiivissä<sup>37</sup>, jonka 2 artiklan 2 kohdan mukaan

[e]dellä 1 kohdassa tarkoitettuna tasa-arvoisen kohtelun periaatteen mukaisesti on kyse välillisestä syrjinnästä, jos jokin näennäisesti tasapuolinen käytäntö, säännös tai peruste vaikuttaa haitallisesti huomattavasti suurempaan osaan toista sukupuolta olevia henkilöitä, jollei kyseinen säännös, peruste tai käytäntö ole tarkoituksenmukainen ja tarpeellinen eikä sitä voida perustella asianosaisten sukupuoleen liittymättömillä puoleettomilla tekijöillä.

Välittömän syrjinnän käsitettä EY:n tuomioistuin käytti ensimmäisen kerran vuonna 1976 samapalkkaisuustapauksessa *Defrenne II*<sup>38</sup>. Välittömän syrjinnän käsitelmääritys saatiin kirjattua lainsäädäntöön kuitenkin vas-

---

<sup>34</sup> *Holtmaat* 2002 s. 13.

<sup>35</sup> *Cook* 1994 s. 240.

<sup>36</sup> Varhaisimpia tapauksia ovat 43/75 *Defrenne II* [1976] ECR I-455 ja 96/80 *Jenkins* [1981] ECR I-911. Ks. *Ellis* 1998 s. 109 ss.

<sup>37</sup> Neuvoston direktiivi 97/80/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa. EYVL L 14/6, 20.1.1998, s. 6–8.

<sup>38</sup> 43/75 *Defrenne II* [1976] ECR I-455.



ta työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiivissä<sup>39</sup> vuonna 2002, jolloin määriteltiin uudelleen myös välillisen syrjinnän kielto. Uudelleenmäärittely katsottiin tarpeelliseksi, koska vuonna 2000 säädettiin kaksi uutta syrjinnän kieltävää direktiiviä, rotusyrjintädirektiivi ja työelämädirektiivi.<sup>40</sup> Niissä välillinen syrjintä määriteltiin samalla tavalla kuin kansallisuuteen perustuvissa syrjintätapauksissa oli jo aiemmin tehty esimerkiksi tapauksessa *O'Flynn*<sup>41</sup>, ja yhdenmukaisuuden vuoksi nähtiin tarpeelliseksi uuden määritelmän siirtäminen myös sukupuolisyryntää koskevaan lainsäädäntöön. Nyt kaikkia syrjintäperusteita koskevassa lainsäädännössä on enemmän tai vähemmän yhteneväiset määritelmät välilliselle syrjinnälle.

Työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdassa määritellään välitön ja välillinen syrjintä seuraavasti.

'välitön syrjintä': tilanne, jossa henkilöä kohdellaan sukupuolen perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa,

'välillinen syrjintä': tilanne, jossa näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa henkilöt näiden sukupuolen perusteella erityisen epäedulliseen asemaan toiseen sukupuolen verrattuna, paitsi jos kyseisellä säännöksellä, perusteella tai käytännöllä on puolueettomasti perusteltavissa oleva oikeutettu tavoite ja tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia.

Ollakseen välitöntä syrjintää epäsuotuisamman kohtelun tulee johtua sukupuolesta, kun taas välillisessä syrjinnässä peruste on näennäisesti (vaikkakin ehkä vilpittömästi) jokin muu kuin sukupuoli. Välittömän syrjinnän määritelmässä korostetaan vertailuhenkilön vertailukelpoista tilannetta, mutta toisaalta hyväksytään myös hypoteettinen verrokki ("jotakuta muuta *kohdeltaisiin*"). EU:n oikeudessa välitön syrjintä ei ole oikeutettavissa muilla kuin tasa-arvodirektiivissä mainituilla oikeuttamisperusteilla, kun taas välillisen syrjinnän käsitteeseen kuuluvat avoimet oikeuttamisperusteet, joi-

<sup>39</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/73/EY, annettu 23 päivänä syyskuuta 2002, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun direktiivin 76/207/ETY muuttamisesta. EYVL L 269, 5.10.2002, s. 15–20.

<sup>40</sup> Neuvoston direktiivi 2000/43/EY rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. EYVL L 180, 19.7.2000, s. 22–26. Neuvoston direktiivi 2000/78/EY yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista. EYVL L 303, 2.12.2000, s. 16–22. Direktiivit on implementoitu Suomessa yhdenvertaisuuslailla (20.1.2004/21).

<sup>41</sup> C-237/94 *O'Flynn* [1996] ECR I-2617.

ta mm. *Loenen* luonnehtii mahdollisuudeksi löytää oikea tasapaino tasa-arvon ja muiden tärkeiden intressien välille.<sup>42</sup> On toki selvää, että välillisen syrjinnän käsitteen mahdollinen vallankumouksellisuus riippuu siitä, minkälaisia oikeuttamisperusteita tuomioistuimet hyväksyvät syrjintäolet-taman kumoamiseksi. Tässä yhteydessä onkin korostettava syrjinnän kiel-lon perus- ja ihmisoikeusulottuvuutta.

Komissio on antanut 21.4.2004 ehdotuksen direktiiviksi miesten ja naisten yhdenvertaisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.<sup>43</sup> Direktiivieh-dotuksessa on tarkoitus yksinkertaistaa, nykyaikaistaa ja parantaa yhtei-sön lainsäädäntöä yhdistämällä aiemmat sukupuolten tasa-arvoa koskevat direktiivit yhdeksi direktiiviksi. Eräs keskeisistä uudistuksista ehdotuk-sessa on EY:n tuomioistuimen kehittämän ns. single source -opin sisällyt-täminen lainsäädäntöön.<sup>44</sup> Tämä oppi yhdestä ainoasta alkuperästä tarkoittaa samapalkkaisuusasioissa sitä, että samasta tai samanarvoisesta työstä saa-tavan palkan maksajan ei välttämättä tarvitse olla yksi ja sama työnantaja, mutta palkalla on oltava yksi ainoa alkuperä, josta palkkaehdoissa olevien erojen voidaan osoittaa olevan peräisin. Muussa tapauksessa ei ole sellais-ta tahoja, joka olisi vastuussa eriarvoisesta kohtelusta.<sup>45</sup> Single source -oppia on kritisoitu siitä, että palkkaepätasa-arvo on usein seurausta syrjivistä rakenteista, joista ei voida syyttää vain yhtä yksittäistä tahoja.<sup>46</sup> *Prechal* onkin kiinnittänyt huomiota siihen, että samapalkkaisuutta koskeva EY:n perustamissopimuksen 141 artikla velvoittaa jäsenvaltioita ja EU:ta pois-tamaan myös rakenteellisen syrjinnän.<sup>47</sup> Lisäksi on huomioitava se, että myös ihmisoikeussopimukset saattavat velvoittaa valtioita puuttumaan ra-kenteelliseen syrjintään, jolla ei ole yhtä ainoaa alkuperää.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> *Loenen* 1999 s. 203.

<sup>43</sup> KOM(2004)279 lopullinen.

<sup>44</sup> Ks. tapaukset C-320/00 *Lawrence ym.* [2002] ECR I-7325 ja C-256/01 *Allonby* [2004] ECR.

<sup>45</sup> Direktiiviehdotuksen s. 25–26.

<sup>46</sup> *Fredman* 2004 ja *Prechal* 2004.

<sup>47</sup> *Prechal* 2004 s. 547.

<sup>48</sup> Esimerkiksi ILO:n syrjintäsopimus nro 111 ei edellytä yhtä syrjinnän lähdettä. Asian-tuntijakomitea on todennut vuonna 1988 että ”the Convention [...] covers all discrimina-tion [...] without there needing to be an identifiable author, as in the case of indirect dis-crimination or occupational segregation based on sex”. General Survey 1988, 26 kohta.

### 1.3.2 Määrittelyt tasa-arvolaissa

Suomessa laadittiin laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 18 vuotta sitten vuonna 1987 YK:n CEDAW-sopimuksen implementoimiseksi.<sup>49</sup> Alusta lähtien välillisen ja välittömän syrjinnän kiellot sisältyivät lakiin, vaikkakaan välillisen syrjinnän käsitettä ei mainittu lain sanamuodossa eikä esitöissäkään ennen kuin vuoden 1992 lainmuutoksen yhteydessä.<sup>50</sup> Ennen vuoden 2005 kokonaisuudistusta tasa-arvolain 7 §:ssä kiellettiin syrjintä välittömästi ja välillisesti sukupuolen perusteella, mutta säännös ei sisältänyt käsitteiden määrittelyä. Lain muutoksella lakiin sisällytettiin määritelmät, jotka ovat nyt mahdollisimman pitkälle yhdenmukaiset EU:n oikeudessa omaksuttujen määritelmien kanssa. Uudistuksessa on kuitenkin pyritty säilyttämään joitain suomalaisen syrjinnänvastaiseen oikeuteen kuuluvia piirteitä.<sup>51</sup>

Suomen tasa-arvolaissa määritelmät ovat seuraavat.

7 § Välitön ja välillinen syrjintä sukupuolen perusteella on kielletty.

Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:

- 1) naisten ja miesten asettamista eri asemaan sukupuolen perusteella; tai
- 2) eri asemaan asettamista raskaudesta tai synnytyksestä johtuvasta syystä.

Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:

- 1) eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella; tai
- 2) eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella.

Edellä 3 momentin 1 ja 2 kohdassa tarkoitettua menettelyä ei kuitenkaan ole pidettävä syrjintänä, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden.

Seksuaalista häirintää ja häirintää sukupuolen perusteella samoin kuin käskyä tai ohjetta harjoittaa sukupuoleen perustuvaa syrjintää on pidettävä tässä laissa tarkoitettuna syrjintänä.

Lain 7 §:n syrjinnän yleiskieltoa täydentää työelämän syrjintäkieltoa koskeva 8 §.

<sup>49</sup> Ks. mm. *Räsänen* 2002.

<sup>50</sup> Ks. HE 63/1992 vp, 9 §:ää koskevat perustelut: ”Lain 7 §:ssä kielletään myös välillinen syrjintä, vaikka säännöksen sanamuodossa tätä ilmaisua ei nimenomaisesti käytetä.”

<sup>51</sup> KM 2002:9 s. 76.

8 § Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettyinä syrjintänä, jos työnantaja:

- 1) työhön ottaessaan taikka tehtävään tai koulukseen valitessaan syrjäyttää henkilön, joka on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö, jollei työnantajan menettely ole johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka jollei menettelyyn ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä;
- 2) työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan tai palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta taikka palkka- tai muista palvelussuhteen ehtoista päättäessään menettelee siten, että henkilö joutuu raskauden, synnytyksen tai muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella epäedulliseen asemaan;
- 3) soveltaa palkka- tai muita palvelussuhteen ehtoja siten, että työntekijä tai työntekijät joutuvat sukupuolen perusteella epäedullisempaan asemaan kuin yksi tai useampi muu työnantajan palveluksessa samassa tai samanarvoisessa työssä oleva työntekijä;
- 4) johtaa työtä, jakaa työtehtävät tai muutoin järjestää työolot siten, että yksi tai useampi työntekijä joutuu muihin verrattuna epäedullisempaan asemaan sukupuolen perusteella;
- 5) irtisanoo, purkaa tai muutoin lakkauttaa palvelussuhteen taikka siirtää tai lomauttaa yhden tai useamman työntekijän sukupuolen perusteella;

Työnantaja ei kuitenkaan ole rikkonut 1 momentin 2–5 kohdassa tarkoitettua syrjinnän kieltoa, jos kyse on 7 §:n 4 momentissa tarkoitettusta tilanteesta ja säännöksen mukaisesta hyväksyttävästä syystä.

Syrjinnän määritelmät vastaavat siis pitkälle EU:n oikeuden mukaisia määritelmiä. Yhä selvemmin laista näkyy se periaate, että vain välillinen syrjintä on oikeutettavissa. Välittömän syrjinnän kielto tasa-arvodirektiivissä vastasi tasa-arvolain muutostoimikunnan mukaan myös aiemman tasa-arvolain 7 §:n säännöstä. Selvyyden vuoksi laissa haluttiin säilyttää säännös, että myös raskaussyrjintä on välitöntä syrjintää.<sup>52</sup> Myös tasa-arvodirektiivissä tosin todetaan, että raskauteen tai äitiysvapaaseen liittyvää naisten epäedullisempaa kohtelua on pidettävä syrjintänä (2 artiklan 7 kohdan kolmas alakohta). EY:n tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan raskaussyrjintää on pidettävä nimenomaan välittömänä syrjintänä.

Suurin ero EU:n oikeuden ja tasa-arvolain välillisen syrjinnän määritelmässä on siinä, että tasa-arvolaisissa määritellään kaksi välillisen syrjinnän muotoa. Toinen perustuu syrjivään lopputulokseen, kuten EU:n oikeudessa, toinen kahteen itsenäiseen syrjintäperusteeseen, vanhemmuuteen ja perhehuoltovelvollisuuteen.

---

<sup>52</sup> KM 2002:9 s. 77.

## 1.4 Jaetun todistustaakan periaate

Artikkeli etenee jaetun todistustaakan periaatteen mukaisesti syrjintäolet-taman luomisesta sen kumoamiseen. Jaetun todistustaakan periaate, josta on muodostunut yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa, tarkoittaa sitä, että kantajan esitettyä näyttöä ilmeisestä syrjinnästä siirtyy vastaajalle todis-tustaakka siitä, ettei hänen menettelynsä tosiasiasa ole syrjivää.<sup>53</sup> Periaa-te on kehittynyt EY:n tuomioistuimessa ja sitä koskee myös todistustaak-kadirektiivin 97/80/EY 4 artikla, jonka mukaan

[j]äsenvaltioiden on kansallisten oikeudenkäyttöjärjestelmiensä mukai-  
sesti toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että kun  
henkilö, joka katsoo kärsineensä siitä, että häneen ei ole sovellettu tasa-  
arvoisen kohtelun periaatetta, esittää tuomioistuimessa tai muussa toi-  
mivaltaisessa elimessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa,  
että kyseessä on välitön tai välillinen syrjintä, vastaajan on näytettävä  
toteen, ettei tasa-arvoisen kohtelun periaatetta ole rikottu.

Todistustaakan jakoa koskee myös todistustaakkadirektiivin mukainen tasa-arvolain 9 a §, jossa ilmaistaan todistustaakan jaon yleisperiaate. Periaa-tetta sovelletaan riita-asioissa, kun tuomioistuin tai muu toimivaltainen viranomainen tutkii, onko syrjinnän kieltoa rikottu. Kantajan on ensin esi-tettävä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on tasa-arvolaisissa tarkoitettu syrjintä. Jos tuomioistuin katsoo syrjintäoletta-man muodostuneen, on vastaajan sen kumoamiseksi osoitettava, ettei su-kupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu vaan että menettely johtuu muus-ta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.<sup>54</sup> Jaetun todistustaakan periaatteen mukaisesti syrjintäkanne jakaantuu siis kahteen eri osaan. Kan-tajan on ensin esitettävä näyttöä syrjintäolettamien synnyttämiseksi, minkä jälkeen vastaajalla on mahdollisuus kumota syrjintäolettamia.

Tasa-arvolain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä viitataan EY:n tuomioistuimen tapaukseen *Danfoss*<sup>55</sup> ja todetaan, että ”kantajan to-distustaakkaa on kevennettävä sellaisten tosiseikkojen osalta, joiden koh-dalla tavanomaiset todisteluvaatimukset vaarantaisivat syrjinnän kieltojen tehokkaan toteuttamisen, ja jotka ovat vastaajan tiedossa tai päätettävissä, jolloin tämä pystyy ne kantajaa paremmin näyttämään toteen”.<sup>56</sup> Yleisenä

<sup>53</sup> HE 195/2004 vp s. 38.

<sup>54</sup> HE 195/2004 vp s. 39.

<sup>55</sup> 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199.

<sup>56</sup> HE 195/2004 vp s. 38.

oikeusperiaatteena tämä syrjinnän kieltojen tehokkuusperiaate voi esimerkiksi välillisen syrjinnän tapauksissa laskea kantajan todistustaakkaa.<sup>57</sup>

Jaetun todistustaakan periaate ilmentää myös niitä elementtejä, joista syrjintä käsitteenä muodostuu. Syrjintäolettamana luomiseksi kantajan tulee nimittäin osoittaa joutuneensa eri asemaan ja että eri asemaan asettaminen on perustunut sukupuoleen (7 § 2 momentin mukainen välitön syrjintä), vanhemmuuteen tai perheenhuoltovelvollisuuteen (7 § 3 momentin 2 kohdan mukainen välillinen syrjintä) tai johonkin neutraaliin perusteeseen, jonka soveltaminen kuitenkin johtaa siihen, että henkilöt tosiasiaa voivat joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella (7 § 3 momentin 1 kohdan mukainen välillinen syrjintä). Tämän jälkeen vastaajan tulee kumota syrjintäolettaja osoittamalla, ettei kantaja ole joutunut eri asemaan, ettei eri asemaan joutuminen ole perustunut kiellettyyn syrjintäperusteeseen tai että menettely on oikeutettavissa.<sup>58</sup> Syrjintä tulisi konstruoida askel askeleelta näiden vaiheiden kautta, kuten mm. *Prechal* ja *Loenen* huomauttavat.<sup>59</sup> Myös tasa-arvolautakunta on korostanut lausunnoissaan syrjinnän konstruoinnin kaksivaiheisuutta.<sup>60</sup> Seuraavaksi tarkastelen, mitä nämä vaiheet konkreettisesti sisältävät.

## 2 SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN

### 2.1 Välitön syrjintä

#### 2.1.1 Syrjintäperusteena sukupuoli

Välittömässä syrjinnässä eri asemaan asettamisen perusteena on sukupuoli. Työnantaja esimerkiksi jättää uusimatta työntekijän määräaikaisen työsuhteen sillä perusteella, että tämä on raskaana. Raskaushan on olennaisesti vain naissukupuolelle ominainen tila. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että välitönkään syrjintä olisi aina tietoisista, tahallista syrjintää. Tasa-arvolaki ei koskaan ole edellyttänyt syrjivältä teolta tahallisuutta.<sup>61</sup> Kuten

---

<sup>57</sup> Ks. HE 195/2004 vp s. 40, jossa viitataan myös tasa-arvodirektiivin johdantokappaleen 10 kohtaan, jonka mukaan erityisesti välillisen syrjinnän tapauksissa syrjintäolettaja voidaan luoda mitä tahansa keinoa käyttäen, tilastotiedot mukaan lukien.

<sup>58</sup> Ks. todistustaakan jakautumisesta HE 195/2004 vp s. 37–40.

<sup>59</sup> *Prechal* 2004, *Loenen* 1999.

<sup>60</sup> Ks. esim. lautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04 ja 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04.

<sup>61</sup> HE 90/1994 vp s. 17.

*Ellis* on todennut, syrjinnän elementti ei ole syrjijän ilkeä motiivi, joka tosin helpottaa näytön esittämistä oikeudessa. Toiminnan perusteena voi siis olla sukupuoli, vaikka tekijä ei tätä olisikaan ottanut huomioon. Olenaista on vain se, olisiko henkilöä kohdeltu eri tavalla, jos hän olisi ollut eri sukupuolta.<sup>62</sup> Tähän logiikkaan perustuen EY:n tuomioistuin on määritellyt myös raskauteen perustuvan syrjinnän kielletyksi välittömäksi sukupuolisyrynnäksi ja myöhemmin laajentanut välittömän syrjinnän doktriinin koskemaan myös syrjintää vain naisille tarkoitetun äitiysvapaan perusteella.<sup>63</sup> Raskaussyryntää koskevassa klassikkotapauksessa *Dekker* vuodelta 1990 EY:n tuomioistuin nimenomaan totesi, että työnantajan vastuun syntyminen ei edellytä tuottamuksellisuutta. Tämä olisi vastoin syrjinnän kiellon tehokkuusperiaatetta.<sup>64</sup> Myöskään ihmisoikeus kontekstissa ei syrjinnän toteamiseksi edellytetä syrjivää tarkoitusta, vaan menettelyn syrjivä vaikutus riittää.<sup>65</sup>

## 2.1.2 Eri asema

### 2.1.2.1 Vertailu

Syrjinnän konstruktion keskeinen elementti on eri asemaan asettaminen.<sup>66</sup> Jotta voidaan sanoa, että joku on joutunut eri asemaan, on oltava jokin vertailukohta, johon nähden eri asemaan on jouduttu.<sup>67</sup> Hallituksen esityksessä laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muut-

<sup>62</sup> *Ellis* 1994 s. 566 ja 1998 s. 115–117. Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 248, joka käyttää termiä ”ellei olisi tiettyä sukupuolta” testi, joka tarkoittaa Isossa-Britanniassa syntynyttä but-for-testiä.

<sup>63</sup> Ks. mm. tapaukset C-177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941 ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

<sup>64</sup> C-177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941, tuomion kohta 24.

<sup>65</sup> Ks. esim. CEDAW-sopimuksen 1 artiklan syrjinnän määritelmä, ILO:n syrjinnän kieltävä yleissopimus n:o 111 ja vuoden 1988 General Survey, kohta 26 sekä KP-sopimuksen 26 artikla ja sen soveltamiseen liittyvä ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto (General Comment) 18/37, 9.11.1989.

<sup>66</sup> Eri asemalla tarkoitetaan jollakin tavalla huonompaan asemaan asettamista. Vrt. työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin määritelmä, jossa käytetään sanamuotoa ”kohdellaan epäsuotuisammin”.

<sup>67</sup> Oikeustieteessä on kansainvälisesti käyty paljon keskustelua siitä, tulisiko sukupuoli-syrjinnän toteaminen etenkin raskaussyryntätapauksissa edellyttää naisten ja miesten vertailua keskenään, tulisiko hypoteettisen verrokkihenkilö riittää vai riittääkö syrjintäolettan synnyttämiseksi vain naisille aiheutuneen haitan osoittaminen ilman vertailuelementtiä. Tällöin olennaista ei ole muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen mukainen samankaltaisten samanlainen kohtelu vaan se, että jokin menettely tms. aiheuttaa haittaa jollekin yksilölle tai ryhmälle. Ks. esim. *Mahoney* 1994 ja *Nousiainen* 2001 s. 242 ja 256–257. Ks. *Nummijärvi* 2004 s. 276–278, joka on kartoittanut asiasta käytyä keskustelua.

tamisesta (HE 195/2004) lainsäätäjät asettaa lähtökohdat vertailun tekemiseksi. Jos kyse on eri asemaan asettamisesta sukupuolen tai raskauden ja synnytyksestä johtuvan syyn perusteella (7 § 2 momentti), on syrjityksi tulleen kohtelua verrattava sellaisen henkilön saamaan kohteluun, jolta tämä ominaisuus puuttuu. Hallituksen esityksen mukaan kantajan olisi tällöin osoitettava, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna toista sukupuolta olevaan verrokkiin tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (kuten raskaus) ei olisi ollut.<sup>68</sup> Vertailu voidaan siis tehdä myös henkilön itsensä kanssa, mikä onkin looginen lähestymistapa erityisesti raskaussyrjintätapauksissa.<sup>69</sup> Tällöin vertailukohtana on tilanne, jossa raskaaksi tullut työntekijä olisi ollut ilman raskautta. Voidaan siis sanoa, että esimerkiksi raskautensa vuoksi irtisanottu työntekijä on joutunut raskautensa takia eri asemaan kuin missä hän olisi ollut, jos ei olisi tullut raskaaksi. Tällaisen lähestymistavan nimenomaan raskaussyrjintätapauksissa voidaan sanoa jo vakiintuneen. Sen on omaksunut tietyin poikkeuksin EY:n tuomioistuin vuoden 1990 *Dekker*-tapauksesta alkaen ja myös muun muassa Suomen tasa-arvolautakunta ja tasa-arvovaltuutettu lausunnoissaan.<sup>70</sup>

Kuten *Honeyball* tuo esiin, vertailuelementin ymmärtäminen siten, että se voi tarkoittaa myös ”itseensä vertaamista” (”self-comparison”), mahdollistaa irtaantumisen miehisestä standardista, josta feministijuristit ovat syrjinnänvastaista oikeutta jo pitkään kritisoineet. Tällöin ei syrjinnän toteuttamiseksi tarvitse tehdä vertailua naisen ja miehen, edes hypoteettisen sellaisen, välillä.<sup>71</sup> Vertailun tekeminen omaan hypoteettiseen tilanteeseen ilman esimerkiksi raskautta auttaakin identifioimaan syrjintäperusteen kaikista parhaiten. Tällöin syrjinnän konstruktion kuuluva vertailuelementti toimii *Honeyballin* sanoin ”puhtaimmassa muodossaan”.<sup>72</sup> Kuten *Nummijärvi* toteaa, välittömän syrjinnän tapauksissa loppujen lopuksi ratkaisevaa on, johtuuko epäedullinen kohtelu sukupuolesta. Tällöin hänen mukaansa ”riippunee asiayhteydestä, edellyttääkö tällaisen päätelmän tekeminen hypoteettista vertailuhenkilöä, fiktiivistä lainmukaisesti kohdeltua toista työntekijää, syrjivästä tekijästä (syrjintäperusteesta) puhdistettua ’hypoteettista skenaariota’ tai jotain muuta”.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> HE 195/2004 vp s. 39.

<sup>69</sup> Ks. myös *Honeyball* 2000.

<sup>70</sup> Ks. esim. tasa-arvolautakunnan lausunto 15.3.2002, diaarinumero 1/02 ja tasa-arvovaltuutetun lausunto 17.10.2004, diaarinumero 7/55/03. Ks. myös KHO 1999:70.

<sup>71</sup> Tasa-arvodirektiivi ja tasa-arvolaki mahdollistavat vertailun myös hypoteettiseen vertailuhenkilöön, direktiivin mukaan olennaista voi nimittäin olla myös se, että jotakin toista henkilöä *kohdeltaisiin* eri tavalla. KM 2002:9 s. 36–37.

<sup>72</sup> *Honeyball* 2000 s. 49.

<sup>73</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 278.



Työelämän erityistilanteissa kuten työhönnotossa tai palkkauksessa tasa-arvolain työelämän syrjäntäkieltoja koskeva 8 § täydentää 7 §:n syrjinnän yleiskieltoa.<sup>74</sup> Säännöksissä ilmaistaan syrjäntäolettan syntymisen edellytykset yksityiskohtaisesti mm. työhönottotilanteessa. Tällöin syrjäntäolettan syntyminen edellyttää, että kantaja on ansioituneempi kuin valituksen tullut toista sukupuolta oleva henkilö (tasa-arvolain 8 § 1 momentin 1 kohta).<sup>75</sup> Palkkasyrjäntäolettan synnyttämiseksi taas edellytetään, että kantaja on paitsi joutunut sukupuolen perusteella epäedullisempaan asemaan kuin yksi tai useampi muu saman työnantajan palveluksessa oleva, myös että vertailtavat työt ovat samanlaisia tai samanarvoisia (tasa-arvolain 8 § 1 momentin 3 kohta).<sup>76</sup>

### 2.1.2.2 Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus

Itse vertailuelementistä syrjinnän konstruktion olennaisena osana tulee erottaa kysymys siitä, ovatko vertailtavat tilanteet, henkilöt tai työntekijäryhmät vertailukelpoisessa tilanteessa. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus on ollut keskeinen osa muodollista yhdenvertaisuusperiaatetta,<sup>77</sup> joka perustuu ajatukselle samanlaisten samanlaisesta kohtelusta ja erilaisten erilaisesta kohtelusta. Samankaltaisessa tilanteessa olevia henkilöitä on siis kohdeltava samalla tavalla juuri heidän samankaltaisuutensa vuoksi. Mutta meillä ei juurikaan ole välineitä arvioida ihmisten samankaltaisuutta saati sitä, minkälainen erilaisuus sallitaan, jotta kohtelulta voidaan vielä edellyttää samanlaisuutta.

Raskaana oleva työntekijä on siinä mielessä erilaisessa tilanteessa muihin työntekijöihin verrattuna, ettei hän voi täyttää työtehtäviään ollessaan esimerkiksi äitiysvapaalla. Hän ei voi olla vertailukelpoisessa tilanteessa sellaisen työntekijän kanssa, joka ei ole raskaana ja joka pystyy suoriutumaan työtehtävistään. Tästä huolimatta raskaus on kielletty syrjäntäperuste eli työntekijä ei saa joutua epäedullisempaan asemaan tultuaan raskaaksi. Tämän on mahdollistanut se, että lainsäätäjät ovat kieltäneet syrjinnän raskauden perusteella, vaikka työntekijät ovatkin tässä suhteessa erilaisia. Näin

<sup>74</sup> HE 195/2004 vp s. 29.

<sup>75</sup> Ks. ansiovertailun tekemisestä esim. tasa-arvolautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04, 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04 ja 28.4.2003 antama lausunto diaarinumero 2/03.

<sup>76</sup> Ks. esimerkiksi tasa-arvolautakunnan 4.2.2003 antama lausunto diaarinumero 1/03, 18.5.2001 antamat lausunnot diaarinumero 1/01 ja 2/01. Palkkasyrjäntästä Ks. erityisesti Nummijärvi 2004.

<sup>77</sup> Hepple ym. 2000 s. 27.

se on tehnyt myös kieltäessään syrjinnän mm. rodun, iän tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella. Kuten *Prechal* toteaa, lainsoveltajan ei enää tarvitse miettiä sitä, ovatko valko- ja tummaihoiset ihmiset keskenään samankaltaisia ja siten vertailukelpoisia, vaan syrjintäolettaama syntyy jo sillä, että toinen heistä asetetaan eri asemaan kuin toinen. Lainsäätäjä on siis tehnyt jo sen päätöksen, minkälaisia ihmisiä, erilaisiakin, tulee kohdella samalla tavalla.<sup>78</sup> Tästä huolimatta EY:n tuomioistuin usein toteaa, että syrjinnän kieltö on yhdenvertaisuusperiaatteen erityinen ilmaus, joka kieltää samanlaisten kohtelemisen eri tavalla ja erilaisten samalla tavalla ilman hyväksyttävää perustetta.<sup>79</sup> Kuten esim. *Bell* on todennut, EU:n oikeuden lähestymistapa yhdenvertaisuuteen ja syrjinnän kieltoon korostaa vertailun tekemistä ja vertailukelpoisuuden vaatimusta.<sup>80</sup> Tällaisessa lähestymistavassa koko syrjinnän kieltö vesittyy siihen, että tilanteet katsotaan vertailukelvottomiksi eikä edes syrjintäolettaamaa synny, vaikka kyseessä olisikin eri asemaan asettaminen kielletyllä perusteella.<sup>81</sup>

Eräissä samapalkkaisuutta koskevissa tapauksissa kuten *Boyle*<sup>82</sup> ja *Gillespie*<sup>83</sup> EY:n tuomioistuin on käyttänyt vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta tavalla, joka on synnyttänyt paljon kritiikkiä. Tuomioistuin on nimittäin katsonut, että äitiyslomalla olevan työntekijän tilanne nimenomaan tämän loman aikana ei ole verrattavissa työssä olevan eikä edes muista syistä kuten sairasloman vuoksi töistä poissa olevan työntekijän tilanteeseen. EY:n tuomioistuimen mukaan samapalkkaisuusperiaate ei siis edellytä työntekijöiden kokonaispalkan säilyttämistä äitiysloman aikana, kunhan korvaus ei ole niin vähäinen, että äitiysloman tavoite vaarantuu.<sup>84</sup> Tällaisissa tilanteissa vertailukelpoisen tilanteen vaatimus on saanut punninnassa etusijan tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen nähden.

Äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koski myös suomalainen tapaus TT:2003-86, jossa työtuomioistuin katsoi, että äitiysvapaan palkan mak-

---

<sup>78</sup> *Prechal* 2004 s. 544. Ks. myös *Barnard* 2000 s. 204–205.

<sup>79</sup> C-147/02 *Alabaster* [2004] ECR, tuomion 45 kohta; C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475, tuomion 16 kohta; C-279/93 *Schumacker* [1995] ECR I-225, tuomion 30 kohta.

<sup>80</sup> *Bell* 2003 s. 92–94.

<sup>81</sup> *Prechal* 2004 s. 543.

<sup>82</sup> C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401.

<sup>83</sup> C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475.

<sup>84</sup> C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475, tuomion 20 kohta. Äitiysvapaan aikaiseen palkkaan sovelletaan EY:n raskausuojeludirektiiviä 92/85/ETY, jonka 11 artiklan 2 b kohdan mukaan äitiysvapaalla olevalle työntekijälle on varmistettava palkan maksun jatkuminen tai oikeus riittävään korvaukseen. Artiklan 3 kohdan mukaan korvaus katsotaan riittäväksi, kun se takaa työntekijälle samansuuruisen tulon kuin tämä saisi sairausperusteisen poissaolon aikana. Ks. tapauksin kohdistuneesta kritiikistä mm. *Nummijärvi* 2004 s. 249–260.

saminen ilman tuntikohtaisia lisiä ei ollut sukupuoleen perustuvaa syrjintää, vaikka lisät maksettiin vuosilomalla ja sairauslomalla oleville työntekijöille. Työtuomioistuin viittaa tapauksiin *Boyle* ja *Gillespie*, ja toteaa, etteivät äitiysvapaalla olevan ja muista syistä töistä poissa olevan tilanteet ole vertailukelpoisia, eikä samapalkkaisuusperiaate edellytä äitiysvapaan aikaista kokonaispalkan säilyttämistä. Jos taas palkan tai sen osan peruste tai maksaminen ajoittuu äitiysvapaan ulkopuolelle, asiaa on tuomioistuimen mukaan tarkasteltava eri tavalla. Työtuomioistuimen aiemman tapauksen TT:1998-34 mukaisesti äitiysvapaan aika on otettava huomioon myös myöhemmin maksettavien etuuksien kuten kokemuslisien perusteena.

Vaikka äitiysvapaalla oleva työntekijä ei ole vapaansa aikana samapalkkaisuuden suhteen vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa, EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tämän tulee saada samat edut muun muassa eläkkeen kertymisen ja vuosiloman suhteen kuin jos hän ei olisi tullut raskaaksi ja jäänyt äitiysvapaalle.<sup>85</sup> Äitiysvapaalta palaavalla työntekijällä on myös oikeus niihin työehtojen parannuksiin, jotka hän olisi saanut, ellei olisi jäänyt äitiysvapaalle.<sup>86</sup> Raskaus- ja äitiysvapaatapauksissa näyttäisi ylipäänsä olevan niin, että EY:n tuomioistuimen kannan mukaan raskaana ja äitiysvapaalla olevan *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä juuri nyt on raskaana tai äitiysvapaalla. Esimerkiksi tapauksessa *Sass* vuodelta 2004 EY:n tuomioistuin toteaa, että EU:n oikeudessa naispuolista työntekijää suojataan *työsuhteessa* kaikelta epäedulliselta kohtelulta, joka perustuu siihen, että hän *on ollut* äitiysvapaalla.<sup>87</sup> Äitiysvapaalta palaavan työntekijän tulee siis työhön palatessaan olla samassa tilanteessa, missä hän olisi ollut, jos ei olisi ollut äitiysvapaalla.

Raskauteen ja äitiysvapaaseen liittyvissä syrjintätapauksissa merkitystä on vain sillä, olisiko henkilöä kohdeltu toisin, jos hän ei olisi tullut raskaaksi tai jäänyt äitiysvapaalle. Vertailu tapahtuu siis henkilöön itseensä (ns. itsevertailu). Syrjintäolettaman konstruoimiseen ei näin ollen kuulu sen arvioiminen, voiko omaa tilannettaan ennen raskautta verrata tämänhetkiseen tilanteeseen. Eihän raskaana ja äitiysvapaalla oleva missään vaiheessa ole samanlainen kuin muut työntekijät. Samapalkkaisuustapauksissa luotu doktriini vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksesta vaikuttaakin siksi ristiriitaiselta. Kuten *Nummijärvi* on huomauttanut, *Gillespie*

<sup>85</sup> KM 2002:9 s. 85. Ks. mm. tapaukset C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401 ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

<sup>86</sup> Ks. esim. tapaus C-342/93 *Gillespie* [1996] ECR I-475.

<sup>87</sup> C-284/02 *Sass* [2004] ECR, tuomion 35 kohta.

tapauksen ratkaisu voidaan nähdä pikemminkin poliittisen pakon sanelemana kuin oikeudellisen syrjintäkonstruktion logiikkaa noudattelevana.<sup>88</sup>

Monet tutkijat ovat kritisoineet sitä, että yhteisön syrjintädoktriinissa käytetään vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta oikeuttamisperusteiden arviointiin liittyvän intressipunninnan korvikkeena. Tämä johtuu siitä, että välittömän syrjinnän doktriini perustuu EU:n oikeudessa ns. suljetulle systeemille.<sup>89</sup> Tämä tarkoittaa sitä, että välittömän syrjinnän kiellosta ei voi poiketa kuin perustamissopimuksessa tai sekundaarilainsäädännössä olevilla poikkeuksilla. Kuten *Prechal* toteaa, tämä on välittömän syrjinnän heikkous ja vahvuus EU:n oikeudessa. Vahvuus se on siinä mielessä, että oikeuttamisperusteet ovat lainsäädäntöön kirjattuja, rajattuja ja selkeitä. Heikkoutena sitä voidaan pitää silloin, kun välittömän syrjinnän doktriinista tulee jäykkä ja joustamaton. Tällöin ongelmaksi nousee se, että tuomioistuin on vetoamalla yhdenvertaisuusperiaatteeseen ratkaissut kiperän tilanteen toteamalla, että kyseessä ei ole vertailukelpoinen tilanne. *Prechalin* mukaan tällainen lähestymistapa on harvoin läpinäkyvä eikä perusteluja ole useinkaan helppoa seurata. Lisäksi vertailukelpoisuuden arviointiin voivat vaikuttaa subjektiiviset kuvitelmat esimerkiksi sukupuolirooleista.<sup>90</sup> Myös *Nummijärvi* toteaa, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus hämärtää välittömän syrjinnän käsitteen konstruktiota ja vähentää intressipunninnan avoimuutta.<sup>91</sup> Kuten jo aiemmin olen tuonut esiin, nytemmin myös Suomen tasa-arvolaisissa korostetaan yhä enemmän sitä, että välitön syrjintä ei ole oikeutettavissa.

Esitetystä kritiikistä huolimatta tasa-arvolain uudistamistoimikuntakin toteaa mietinnössään, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta voidaan pitää yleisenä oikeusperiaatteena syrjintäasioissa.<sup>92</sup> Lausuma perustuu tasa-arvodirektiivin välittömän syrjinnän määritelmään, jossa korostetaan juuri vertailukelpoisuutta vertailun tekemisen edellytyksenä. EY:n tuomioistuin itse on kuitenkin eräissä raskaussyrjintää koskevissa tapauksissa todennut, että tasa-arvodirektiivillä pyritään tosiasiallisen, ei muodollisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen.<sup>93</sup> Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden ja ver-

---

<sup>88</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 251–252.

<sup>89</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 280–283 ja 249–252 sekä *Prechal* 2004. Ks. avoimien ja suljettujen systeemien erosta mm. *Heringa* 1999.

<sup>90</sup> *Prechal* 2004 s. 545–546.

<sup>91</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 282. Vrt. *Ellis* 1998 s. 134–136.

<sup>92</sup> KM 2002:9 s. 37.

<sup>93</sup> C-284/02 *Sass* [2004] ECR, tuomion 34 kohta, C-342/01 *Merino Gómez* [2004] ECR, tuomion 37 kohta ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011, tuomion 26 kohta.

tailukelpoisen tilanteen periaatteita tulisikin punnita avoimemmin keskenään, sillä esimerkiksi raskaussyrjintätapauksissa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää vertailukelpoisuudesta tinkimistä.

## 2.2 Välillinen syrjintä

### 2.2.1 *Syrjintäperusteena vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus*

Tasa-arvolaisissa vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus on lain 7 § 3 momentin 2 kohdan mukaisesti itsenäinen kielletty syrjintäperuste.<sup>94</sup> Jo vuonna 1987 alkuperäistä tasa-arvolakia säädettäessä toinen lakivaliokunta korosti mietinnössään, että oikeus äitiyteen ja isyyteen kuuluu ihmisen luovuttamattomiin oikeuksiin eikä saa muodostaa syrjinnän perustetta.<sup>95</sup> Vaikka tuolloin ehdotettiin, että ajatus tulisi ottaa lakitekstiin, katsottiin kuitenkin riittäväksi, että esitöissä todetaan vanhemmuuteen perustuva syrjintä kielletyksi.<sup>96</sup> Tämä ei kuitenkaan taannut riittävää suojaa, vaan vielä vuonna 1992 korkein oikeus katsoi, että työsopimuksen purkaminen raskauden perusteella ei ole sukupuolisyryntää. Lakia uudistettiin vuonna 1992, ja syrjintäkiellot niin raskauden ja synnytyksen kuin vanhemmuuden ja perhehuoltovelvollisuudenkin perusteella sisällytettiin lakitekstiin. Syrjintä raskauden ja synnytyksen perusteella määriteltiin välittömäksi syrjinnäksi, syrjintä vanhemmuuden, perhehuoltovelvollisuuden ja muun välillisesti sukupuoleen liittyvän syyn johdosta välilliseksi syrjinnäksi.

Jo vuoden 1987 tasa-arvolain esitöiden mukaan menettely, jossa synnytyksiään ohittanut naispuolinen työnhakija syrjäyttää synnytyksiässä olevan työnhakijan, saattaa olla kiellettyä syrjintää. Vuoden 1992 esitöissä todetaan, että myös isyyteen perustuva kaikenlainen syrjintä on kiellettyä, ja että ”yhtä hyvin sellaisen miehen, joka todennäköisesti ei tulisi jäämään isyys- tai vanhempainlomalle, ja tällaista oikeutta todennäköisesti käyttävän miehen eri asemaan asettaminen voi olla sukupuolisyryntää”. Esitöiden perusteella syrjintäolettaman synnyttäminen ei siis aiemminkaan ole edellyttänyt vastakkaista sukupuolta olevaa vertailukohdetta.<sup>97</sup>

Vuoden 2005 tasa-arvolain uudistukseen asti itsenäisen syrjintäperusteiden muodosti vanhemmuuden ja perhehuoltovelvollisuuden lisäksi ”muu

<sup>94</sup> Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 325–343. KM 2002:9 s. 75.

<sup>95</sup> II LaVM 4/1986.

<sup>96</sup> HE 63/1992 vp.

<sup>97</sup> HE 63/1992 vp. Samoin vuoden 1994 esitöissä, ks. HE 90/1994 vp s. 17.

sukupuoleen liittyvä syy”. Tasa-arvolain uudistamista valmistellut toimikunta oli jättämässä tämän lisäsuojan lakitekstiin, ja se sisältyi myös hallituksen esitykseen. Jostain syystä työelämä- ja tasa-arvovaliokunta tiputti kohdan pois lain 7 §:stä, ja nyt välillisen syrjinnän itsenäisenä syrjintäperusteena on vain vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus. Valiokunta perusteli tätä vain lyhyesti: ”Saamansa selvityksen perusteella valiokunta ehdottaa välillisen syrjinnän määritelmää täsmennettäväksi siten, että sitä poistetaan eri asemaan asettaminen muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella.”<sup>98</sup> Ymmärtääkseni tämän voidaan nähdä heikentävän suomalaista välillisen syrjinnän doktriinia, sillä sukupuoleen liittyvä syy voinee olla jokin muukin kuin vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus.

Mikä merkitys on sillä, että vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus ovat itsenäisiä syrjintäperusteita? Tärkein merkitys on nähdäkseni se, että syrjintäoletta luodaan eri tavalla riippuen siitä, onko kyse 7 §:n 3 momentin 1 vai 2 kohdan mukaisesta välillisestä syrjinnästä. Vertailupiirit nimittäin muodostetaan olennaisesti eri tavalla. Tasa-arvolain esitöissä todetaan nimenomaisesti, että 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisen välillisen, sukupuoleen liittyvän syyn (eli vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus) perustuvan syrjinnän osalta kantajan tulisi osoittaa, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä ei olisi ollut.<sup>99</sup> Verrokkihenkilön ei näin ollen tarvitse olla eri sukupuolta vaan sellainen nainen tai mies, jolla ei ole perhehuoltovelvollisuutta. Myös itsevertailu on mahdollista.

Jos vanhemmuuteen perustuvat syrjintätilanteet konstruotaisiin sukupuolivaikutusten arvioinnin (arviointi perustuu tällöin sille, kuinka tietty menettely vaikuttaa naisiin ja miehiin) kautta kuten EU:n oikeudessa, perhevapaalla oleva isä ei saisi suojaa lainkaan. Jos siis mies omaksuu naisille tyypillisen elämäntyylin ja kohtaa tälle elämäntyyliä tyypillisesti kohdistuvaa epäedullista kohtelua, ei hän voi vedota sukupuolisyrjintään, ellei kyse ole kielletystä syrjintäperusteesta. Koska vanhemmuus ja muu sukupuoleen liittyvä syy on Suomessa itsenäinen syrjintäperuste, saavat suomalaiset isät paremman suojan kuin ne eurooppalaiset kollegansa, joita ei välillisen syrjinnän konstruktio suojaa. Näissä maissa ajatellaan yhä, että lastenhoito on asia, joka asettaa automaattisesti naiset miehiä huonompaan asemaan. Niinpä lopputuloslähtöinen välillisen syrjinnän konstruktio itse asiassa lujittaa vallitsevia käsityksiä sukupuolirooleista ja

---

<sup>98</sup> TyVM 3/2005, 7 §:n perustelut.

<sup>99</sup> HE 195/2004 vp s. 39.

sukupuolen mukaan jakautuvista tehtävistä.<sup>100</sup>

Työtuomioistuimen tapaus TT:1998-34 koski kunta-alan virka- ja työehtosopimuksen kokemuslisämääräystä, jonka mukaan kokemuslisään oikeuttavaa palvelusaikaa eivät vähentäneet vuosiloma-aika eikä yhteensä enintään 30 kalenteripäivän virkavapausaika, työloma tai muu luvallinen poissaolo kalenterivuodessa. Tällainen luvallinen poissaolo tarkoitti muun muassa äitiys- tai vanhempainloma, sairausloma tai opintovapaata.<sup>101</sup> Tapauksessa kantaja väitti, että määräys on syrjivä siltä osin, ettei se ota äitiys- ja vanhempainloma-aikaa kokonaan huomioon kokemuslisään oikeuttavaa palvelusaikaa laskettaessa. Työtuomioistuin teki sukupuolivaiikutuksen analyysin vanhempainvapaata koskevasta määräyksestä. On totta, että lopputuloslängöisessä välillisessä syrjinnässä on selvittävä myös se, onko vanhempainvapaalla olevista enemmistö naisia ennen kuin voidaan puhua sukupuolisyrynnästä. Suomessa tällaista *sukupuolivaikutusten* analyysiä ei kuitenkaan tarvitse tehdä, sillä vanhemmuus on lainsäädännössämme määritelty itsenäiseksi syrjintäperusteeksi ja vertailu tehdään niihin, joilta tällainen syrjintäperuste puuttuu eli tässä tapauksessa niihin ryhmiin, jotka eivät ole poissa töistä vanhempainvapaan takia.

*Sjerps* on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka osa-aikaisten työntekijöiden syrjintäkielto on muuttunut välillisestä sukupuolisyrynnästä itsenäiseksi syrjintäperusteeksi.<sup>102</sup> Osa-aikaisten epäedullinen asemahan on konstruoitu sukupuolisyrynnäksi, sillä suurin osa osa-aikaisista on ollut naisia. Nyt myös osa-aikaisesti työskenteleviä miehiä suojataan syrjinnältä osa-aikadirektiivin<sup>103</sup> liitteenä olevan puitesopimuksen 4 lausekkeen perusteella. Tässä on kyse itse asiassa samankaltaisesta tilanteesta, jossa suoja syrjintää vastaan halutaan ulottaa molempiin sukupuoliin.

<sup>100</sup> Työelämän yleisessä tasa-arvodirektiivissä kuitenkin todetaan, että direktiivillä ei rajoiteta jäsenvaltioiden oikeutta isyysvapaaseen. Direktiivin mukaan myös miehiä on tällöin suojeltava irtisanomiselta isyysvapaa-oikeuden käyttämisen vuoksi ja heillä on oikeus palata työhönsä työehdoilla, jotka eivät ole aiempaa epäedullisemmat, sekä saada ne työehtojen parannukset, joihin heillä olisi ollut oikeus poissaolonsa aikansa (2 artiklan 7 kohta neljäs alakohta). Samat oikeudet koskevat vanhempainlomalla olevaa työntekijää vanhempainloma koskevan puitesopimuksen mukaisesti. Neuvoston direktiivi 96/34/EY, annettu 3 päivänä kesäkuuta 1996, UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n tekemästä vanhempainloma koskevasta puitesopimuksesta.

<sup>101</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 308. Ks. myös *Saloheimo* 1998.

<sup>102</sup> *Sjerps* 1999 s. 242–243.

<sup>103</sup> Neuvoston direktiivi 97/81/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE), julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) ja Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY) tekemästä osa-aikatyötä koskevasta puitesopimuksesta – Liite: Osa-aikatyötä koskeva puitesopimus. Euroopan yhteisöjen virallinen lehti nro L 014, 20.1.1998 s. 9–14.

### 2.2.2 Neutraali peruste johtaa tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan

Tasa-arvolain 7 §:n 3 momentin 1 kohdan mukaan välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella. Tällainen epäedullinen vaikutus ei kuitenkaan ole syrjintää, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden (7 § 4 momentti). Tämä on EU:n oikeudessa ainoa välillisen syrjinnän muoto. Vertailu tehdään tässä välillisen syrjinnän muodossa eri tavalla kuin 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Nyt eri asemaan asettamisen peruste on sukupuolineutraali. Kantajan tuleekin osoittaa tilastoin tai muilla tavoin, että sukupuolineutraali menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella.<sup>104</sup> Syrjintäolettan luomisesta ei ole juurikaan suomalaista oikeuskäytäntöä, minkä vuoksi onkin tarkasteltava EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevia ratkaisuja.

Syrjintäolettan luominen lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä tarkoittaa menettelyn tai säännön sukupuolivaikutusten arviointia. Useimmissa tapauksissa on syytä edetä askel askeleelta. EY:n tuomioistuin on yleensä arvioinut ensin, onko jokin ryhmä (kutsutaan sitä vaikka B-ryhmäksi) joutunut epäedulliseen asemaan johonkin toiseen ryhmään verrattuna (A-ryhmä). Arvioinnin tekemisessä tärkeitä kysymyksiä on, kuinka merkityksellistä haittaa edellytetään ja miten vertailtavat ryhmät muodostetaan. Toiseksi on arvioitava sitä, kohdistuuko haitta epäsuhtaisesti miehiin ja naisiin eli esimerkiksi onko B-ryhmässä enemmän naisia kuin miehiä (B-ryhmän sukupuolijakauma) tai joutuuko B-ryhmään suurempi osuus naisista kuin miehistä (riski joutua B-ryhmään).

Tapauksessa *Hill* oli kyse siitä, että jaetuista toimista kokoaikaisiin toimiin siirtyville työntekijöille myönnettiin vähemmän ikälisiä kuin mitä heillä oli aiemmin ollut jaetussa toimessa työskennellessään. Tuomioistuin totesi ensin, että jaetuissa toimissa työskentelevät (ryhmä B) olivat joutuneet epäedullisempaan asemaan kuin ne työntekijät, jotka ovat työskennelleet kokoaikaisesti yhtä monta vuotta (ryhmä A).<sup>105</sup> Tämän jälkeen tuomioistuin totesi tilastojen perusteella, että 99,2 % kantajan ammattiryhmään kuuluvista työntekijöistä, jotka tekevät työtä jaetuissa toimissa,

<sup>104</sup> HE 195/2004 vp s. 40.

<sup>105</sup> C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 17 kohta.



samoin kuin 98 % kaikista julkishallinnon työntekijöistä, jotka tekevät työtä jaetuissa toimissa, on naisia. Tuomioistuin totesi tämän perusteella, että ”määräys, joka sääntelee epäedullisesti niiden työntekijöiden oikeudellista asemaa, jotka kuuluvat tähän jaetuissa toimissa olevien työntekijöiden ryhmään, on vaikutuksiltaan välillisesti sukupuolen perusteella syrjivä, ellei säännöksen tueksi voida esittää objektiivisia perusteita”.<sup>106</sup>

On kuitenkin otettava huomioon se, että syrjintätapaukset ovat erilaisia eikä syrjintäolettaman luominen aina etene tällaisten erillisten vaiheiden kautta. Tarkastelen seuraavassa kuitenkin neljää sellaista asiakysymystä, jotka tulisi syrjintäolettaman luomisessa jollain tasolla aina ottaa huomioon: Millaista haittaa epäedullinen asema aiheuttaa, kuinka valitaan vertailupiirit, miten osoitetaan haitan kohdistuvan juuri naisiin tai miehiin ja mikä merkitys on vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksella välillisen syrjinnän doktriinissa?

### 2.2.2.1 Epäedullinen asema

*Karoliina Ahtela* on kritisoinut työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin välillisen syrjinnän käsitelmäärittelyä siltä osin, kun siinä edellytetään *erityisen* epäedulliseen asemaan joutumista (”would put persons of one sex at a particular disadvantage”). *Ahtela* kysyy, kuinka paljon suurempaa haittaa ”erityisen epäedullinen asema” edellyttää kuin pelkkä ”epäedullinen asema”.<sup>107</sup> Suomen tasa-arvolakiin tätä lisämäärettä ei sisällytettykään. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta katsoi, että direktiivin välillisen syrjinnän määritelmään sisältyvä teon tunnusmerkki ”erityisen epäedulliseen asemaan” vaikuttaa ankarammalta kuin välittömän syrjinnän määritelmässä ”kohdellaan epäsuotuisammin” tai tasa-arvolakiin aiemmin sisältyvä välittömän ja välillisen syrjinnän tunnusmerkki ”eri asemaan”. Tämän vuoksi lisämäärettä ”erityisen” ei otettu lakiin, ottaen huomioon se, että syrjinnänvastaisen lainsäädännön tasoa ei saanut laskea direktiiviä täytäntöönpannaessa.<sup>108</sup>

Jos jokin työntekijäryhmä, kuten osa-aikaiset työntekijät, jää jonkin edun ulkopuolelle, on heille aiheutuva haitta ja epäedullinen asema yleensä vaikeuksista identifioitavissa. Esimerkiksi EY:n tuomioistuimen klassikkotapauksessa *Bilka*<sup>109</sup> oli kyse siitä, että tavaratalokonserni oli sulkenut osa-aikaiset työntekijänsä yrityselaikajärjestelmänsä ulkopuolelle. Kyse ei kui-

<sup>106</sup> C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 25 kohta.

<sup>107</sup> *Ahtela* 2005 s. 63–65.

<sup>108</sup> KM 2002:9 s. 78.

<sup>109</sup> 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607.

tenkaan välttämättä ole nimenomaan edun ulkopuolelle jäämisestä. Korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KKO 2004:59 oli kaupunki lomauttanut perusturvatoimialansa, joka oli näin joutunut muita toimialoja epäedullisempaan asemaan.

Aina ei jollekin ryhmälle aiheutunut haitta ole kuitenkaan näin ilmeinen. Palkkasyrjintätapauksessa *Danfoss* riitti, että kantaja osoitti suhteellisen monien palkansaajien osalta (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Tapauksessa työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Työntekijät eivät tienneet, mitä palkanlisän perusteita heihin sovellettiin tai millä perusteella kukin lisä maksetaan.<sup>110</sup> Tapauksessa *Helmig* kyse taas oli siitä, että osa-aikaisille ei maksettu ylityölisää ennen kuin he olivat työskennelleet enemmän kuin kokoaikaisten säännönmukaisen työajan. Tuomioistuin katsoi, että koska osa- ja kokoaikaisten kokonaispalkka oli sama, heitä oli kohdeltu samalla tavalla, eivätkä osa-aikaiset olleet joutuneet epäedulliseen asemaan. Osa-aikaiset kuitenkin joutuivat työskentelemään työaikaansa nähden useamman ylityötunnin kuin kokoaikaiset saadakseen ylityölisää, mikä eittämättä johti heidät epäedulliseen asemaan.<sup>111</sup> Epäedullinen asema ei siis aina tarkoita sitä, että kohtelu olisi muodollisesti ollut erilaista. Tuoreemmassa tapauksessa *Elsner-Lakeberg* tuomioistuin ei enää viittaa *Helmig*-tapaukseen, vaan toteaa, että säännöksiä on sovellettava oikeassa suhteessa työaikaan nähden.<sup>112</sup> Tapauksessa oli kyse siitä, että sekä osa-aikaiset että kokoaikaiset työntekijät saivat ylityökorvauksen vasta työskenneltyään yli kolme tuntia ylitöitä. Muodollisesti kohtelu oli siis samanlaista. Osa-aikaiset kuitenkin joutuivat kokoaikaisia epäedullisempaan asemaan, koska he joutuivat työskentelemään 5 % yli säännönmukaisen työaikansa saadakseen ylityökorvauksen, kun kokoaikaiset joutuivat työskentelemään vain 3 % yli oman työaikansa saadakseen korvauksen.

Tapauksessa *Wippel* kantaja esitti muun muassa, että kyseessä on välillinen syrjintä, kun osa-aikainen joutuu työskentelemään työsopimuksella, jossa ei määritetä lainkaan vähimmäistyöaikaakaan vaan työtä tarjotaan vain tarpeen mukaan. Julkisasiamies *Kokott* katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että tällainen työsopimus ei välttämättä ole edes epäedullinen osa-aikatyöntekijöille, vaikka työnantajan väärinkäytöksen vaara onkin olemassa. Työ-

---

<sup>110</sup> 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 4, 10 ja 16 kohta.

<sup>111</sup> Yhdistetyt asiat C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 ja C-78/93 *Helmig ym.* [1994] ECR I-5727. Ks. tapauksen ratkaisusta esitetystä kriittisestä *Wentholt* 1999, *Loenen* 1999, *Barnard* ja *Heppe* 2000 s. 570.

<sup>112</sup> C-285/02 *Elsner-Lakeberg* [2004] ECR, tuomion 13 kohta. Näin myös tapauksessa C-33/89 *Kowalska* [1990] ECR I-2591, tuomion 19 kohta.

sopimus nimittäin antaa osa-aikaiselle työntekijälle myös vapauden työskennellä vain silloin kuin hänelle sopii.<sup>113</sup> Julkisasiamiehen mukaan oli siis kyseenalaista, aiheutuiko järjestelmästä ylipäänsä haittaa osa-aikaisille työntekijöille, joista suurin osa oli naisia. *Ellis* onkin varoittanut siitä, että jos tuomioistuimelle jää liikaa harkintavaltaa sen arvioimiseksi, mikä on haitallista jollekin ryhmälle, varsin miesvaltaiset tuomioistuimet eivät välttämättä kykene havaitsemaan erityisesti naisille aiheutuvaa haittaa.<sup>114</sup>

### 2.2.2.2 Vertailupiirien muodostaminen

Sen arvioiminen, onko jokin ryhmä joutunut epäedulliseen asemaan, edellyttää vertailua ryhmän A ja B välillä. Vertailupiirien valinta ei käy kuitenkaan aina ongelmitta. Vertailupiirien valinnassa merkitystä on pääasiassa sillä, mikä on syrjinnän lähde. EY:n tuomioistuin on katsonut, että lainsäädännön mahdollista syrjivyyttä arvioitaessa kyseisen *lainsäädännön soveltamisala* määrittää pääsääntöisesti niiden henkilöiden piirin, joita voidaan käyttää vertailukohtana.<sup>115</sup> Tapauksessa *Kachelmann* oli kyse kansallisen lainsäädännön syrjiväksi väitetystä tulkinnasta, joka asetti osa-aikaiset epäedulliseen asemaan. Vertailupiirin muodostamisesta oli kuitenkin tapauksessa erimielisyyttä. Työnantaja ja Saksan hallitus esittivät, että vertailu tulisi tehdä yrityksen sisällä. Yrityksessä työskenteli osa-aikaisena kuitenkin vain viisi henkilöä, kolme naista ja kaksi miestä. Kantajan mukaan mahdollisten naisiin kohdistuvien syrjivien vaikutusten toteamiseksi kansallisessa lainsäädännössä olisi viitattava kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin Saksassa. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esitti taas näiden väliltä löytyvää vertailuperustetta ja katsoi, että vertailussa olisi käytettävä kaikkia tietyllä alalla työskenteleviä henkilöitä. Tähän yhtyi myös julkisasiamies *Saggio*. Hän toteaa, että ei olisi perusteltua viitata samassa yrityksessä työskenteleviin osa-aikatyöntekijöihin sen toteamiseksi, onko joissakin työtehtävissä selvästi enemmän naisia kuin miehiä. Hänen mukaansa on otettava huomioon, että varsinkin pienen yrityksen tilanne voi olla sellainen, että osa-aikatyöntekijöinä työskentelevien naisten prosentimäärästä saattaa olla harhaanjohtavaa tehdä päätelmiä. Hän ei kuitenkaan pitänyt järkevänä vertailua kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin tietyssä jäsenvaltiossa, koska työmuodot ja työllisyyteen liittyvät ongelmat ovat

<sup>113</sup> C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, ratkaisuehdotuksen 84 ja 111 kohta.

<sup>114</sup> *Ellis* 1994 s. 571.

<sup>115</sup> Ks. esim. tapaukset C-256/01 *Allonby* [2004] ECR, tuomion 73 kohta ja 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, tuomion 11 kohta.

yleensä eri aloilla erilaisia. Tämän vuoksi julkisasiamies olisi pitänyt järkevänä viitata niihin osa-aikatyöntekijöihin, jotka työskentelevät samalla alalla kuin se yritys, joka oli vastaajana tapauksessa.<sup>116</sup>

EY:n tuomioistuin viittaa lopullisessa ratkaisussaan vain siihen, että ”[o]n totta, että Saksassa osa-aikatyössä on huomattavasti enemmän naisia kuin miehiä”<sup>117</sup> ja yhtyy näin kantajan esittämään kantaan. Koska kyse oli *lainsäädännön* syrjiväksi väitetystä soveltamisesta, vertailupiirinä käytettiin koko lainsäädännön soveltamisalaan kuuluvia henkilöitä. Myös *Nummijärvi* toteaa, että lähtökohtana vertailupiirien muodostamisessa on pidetty kiistanalaisen normin tai käytännön soveltamispiiriin kuuluvia työntekijöitä. Niinpä hän katsoo palkkasyrjinnän osalta, että palkkauksen perusteessa valtakunnalliseen työehtosopimukseen vertailupiiri muodostetaan kyseisen alan työntekijöistä. Jos palkkaus tai osa palkkausperusteita määrytyy työnantajakohtaisesti, vertailu tehdään yrityksen sisällä.<sup>118</sup>

Palkkasyrjintätapauksessa *Royal Copenhagen* EY:n tuomioistuin antoi ohjeita vertailuryhmien muodostamisesta yrityksen sisällä. Kyse oli keramiikkatuotteita valmistavan yrityksen urakkapalkkajärjestelmästä. Tuomioistuin totesi, että vertailtavat ryhmät tulee muodostaa siten, että niihin kuuluvat kaikki ne työntekijät, joiden työn laadun, koulutuksen ja työolosuhteiden osalta voidaan katsoa olevan samanlaisessa tilanteessa. Lisäksi vertailun tulee koskea melko merkittävää työntekijämäärää, jotta todetut palkkaerot eivät johdu vain satunnaisista ilmiöistä, suhdanteista tai, urakkapalkan ollessa kyseessä, työntekijöiden työn tuloksissa olevista eroista. Vertailu ei tuomioistuimen mukaan ole asianmukaista silloin, jos ryhmät valitaan keinotekoisesti ja mielivaltaisesti siten, että yhdessä on pääasiallisesti vain naisia ja toisessa pääasiallisesti miehiä.<sup>119</sup>

Aina ei ole kuitenkaan selvää, tulisiko vertailtavat ryhmät muodostaa yrityksen sisällä kaikista työntekijöistä, jostakin alaryhmästä, vai laajemmin, ottaen kenties huomioon koko toimiala tai mahdollisesti jopa valtakunnallinen työmarkkinatilanne. *Nummijärvi* on väitöskirjassaan käsitellyt tätä ongelmaa. Kuten hän toteaa, vertailukohteen valinta vaikuttaa olennaisesti sen arvioimiseen, onko jokin menettely syrjivää.<sup>120</sup> Sillä vaikka naisista koostuva ryhmä B olisikin joutunut jotakin toista ryhmä A:ta epä-

---

<sup>116</sup> C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, ratkaisuehdotuksen 27 ja 29 kohta.

<sup>117</sup> C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, tuomion 24 kohta.

<sup>118</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 303. Ks. myös *Sjerps* 1999 s. 245.

<sup>119</sup> C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275, tuomion 33–34 kohta sekä 36 ja 38 kohta.

<sup>120</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 302.

edullisempaan asemaan, näin ei välttämättä ole enää silloin, kun vertailu tehdään jonkin toisen, ryhmä C:n kanssa. Ryhmä C saattaa nimittäin olla yhtä huonossa asemassa kuin ryhmä B:kin. Esimerkiksi tapauksessa *Gruber*<sup>121</sup> kyse oli siitä, että kansallisen lainsäädännön mukaan painavasta syystä irtisanoutuvalle työntekijälle oli työnantajan maksettava irtisanomiskorvausta. Painavina syinä mainittiin lainsäädännössä erityisesti työntekijän terveyteen ja työnantajan menettelyyn liittyvät seikat. Tällaisista syistä irtisanoutuvat kuuluivat siis ryhmä A:han. Kantaja väitti, että hänkin oli irtisanoutunut painavasta syystä, sillä hänen asuinalueellaan ei ollut tarpeeksi lastenhoitopaikkoja, minkä vuoksi hänen oli jätävä kotiin hoitamaan lastaan. Tällaiseen ryhmään kuuluvat muodostivat siis ryhmä B:n, sillä heille maksettiin puolta pienempää irtisanomiskorvausta kuin ryhmä A:lle. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että relevantti vertailupiiri on muut muista kuin painavista syistä irtisanoutuvat työntekijät (ryhmä C), eivätkä ne, jotka irtisanoutuvat painavista syistä (ryhmä A). Näin ollen syrjintää ei ollut, sillä ryhmä B ei ollut epäedullisemmassa asemassa kuin ryhmä C.

Vanhemmuushan on Suomessa itsenäinen syrjintäperuste, joten perhevapaalla olevan (naisen tai miehen!) eri asemaan asettaminen ilman hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita on kiellettyä. Mutta onko vertailuryhmä jostain muusta syystä kuin perhevapaan takia töistä poissaolevat vai työssä olevat työntekijät? Toisin sanoen riittääkö syrjintäolettaman luomiseksi se, että vanhempainvapaalla olevat menettävät jonkin edun, jonka työssä olevat saavat, mutta jonka kaikki muutkin poissaolevat menettävät? Tähän ei saada oikeuskäytännöstä suoraa vastausta. Kuitenkin esimerkiksi välitöntä syrjintää koskevassa tapauksessa *Thibault*<sup>122</sup> EY:n tuomioistuin vertasi äitiyslomalla olevan työntekijän asemaa nimenomaan työssä olevan työntekijän asemaan ja totesi, että kyseessä on välitön sukupuolisyryntä, sillä ellei työntekijä olisi tullut raskaaksi ja pitänyt äitiyslomaa, häntä olisi kohdeltu samalla tavalla kuin muitakin työssä olevia. Merkitystä ei siis ollut sillä, että muistakin syistä poissaolevat henkilöryhmät menettivät kyseisen edun yhtä lailla. Myös tasa-arvovaltuutettu on katsonut lausunnoissaan, että perhevapaalla olevien asemaa tulisi verrata työssäolevien asemaan siitäkkin huolimatta, että saman edun ulkopuolelle jäävät myös mm. asepalvelustaan suorittavat.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295.

<sup>122</sup> C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.

<sup>123</sup> Tasa-arvovaltuutetun lausunnot dnro 11/53/98 ja dnro 5/53/99. Kyse oli voittopalkkioiden jakoperusteista.

EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevassa tapauksessa *Lewen*<sup>124</sup> perhevapaalla olevaa väitettiin syrjittävän sikäli, että tämä ei saanut joulubonusta, koska kyseisen edun ulkopuolelle jäivät kaikki joulukuun ensimmäisenä päivänä poissa olevat työntekijät. *Lewen*-tapauksessa vertailuryhmänä oli siis työssä olevat työntekijät, joihin nähden perhevapaalla oleva kantaja katsoi joutuneensa epäedullisempaan asemaan. Tapauksessa *Gewerkschaftsbund*<sup>125</sup> väitettiin kuitenkin naisia välillisesti syrjiväksi sääntöä, jonka mukaan irtisanomiskorvausta laskettaessa työssäoloajaksi laskettiin armeijassaoloaika mutta ei hoitovapaalla oloa. Tällöin vertailu pyrittiin siis tekemään kahden alaryhmän välillä eikä niin, että hoitovapaan jättäminen työssäoloajan ulkopuolelle olisi itsessään ollut syrjivää. Näihin tapauksiin, kuten aiemmin mainitsemani tapaukseen *Gruber*<sup>126</sup>, liittyy kiinteästi kysymys myös eri ryhmien välisestä vertailtavuudesta, ts. siitä, ovatko eri ryhmät keskenään ylipäänsä vertailukelpoisessa tilanteessa. Muun muassa nämä välillisen syrjinnän tapaukset nimittäin kaatuivat siihen, että EY:n tuomioistuin ei katsonut vertailtavien ryhmien olevan vertailukelpoisessa tilanteessa. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ei kuitenkaan kuulu koko välillisen syrjinnän konstruktion.<sup>127</sup>

Jonkin kriteerin syrjivyyttä on perusteltua joskus arvioida myös alaryhmittäin esimerkiksi tietyn ikäisten työntekijöiden kesken. Englantilaisessa tapauksessa *Jones v. University of Manchester*<sup>128</sup> oli kyse yliopiston ammatinvalinnanohjaajalle asetetuista syrjiväksi väitetyistä valintakriteereistä. Valintakriteereinä oli tietty tutkinto, mieluiten 27–35 vuoden ikä ja vaihteleva työkokemus. Ongelmana tässä oli kantajan mukaan se, että Isossa-Britanniassa useat naiset saavat lapsensa vähän yli 20-vuotiaina, ja tämän vuoksi ryhtyvät opiskelemaan vasta paljon myöhemmin kuin miehet. 25–29-vuotiaista opiskelijoista suurin osa olikin miehiä, kun taas yli 30-vuotiaista merkittävästi suurempi osa naisia. Iäkkäämpänä opiskelleet, joista suurin osa oli siis naisia, eivät näin ollen voineet hakea virkaa. Tapauksen ratkaisua on kritisoinut muun muassa *Tamara Hervey*, jonka mukaan ikäkriteerin syrjivyyttä arvioitaessa vertailtavia ryhmiä ei olisi tullut muodostaa kaikenikäisistä hakijoista vaan niiden alaryhmästä, johon kuuluu tutkinnon yli 25-vuotiaina suorittaneet henkilöt. Syrjintäolettaja olisikin syntynyt, jos huomioon olisi otettu koko väestöä koskevat tosiseikat ja se,

---

<sup>124</sup> C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243.

<sup>125</sup> C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR.

<sup>126</sup> C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295.

<sup>127</sup> Ks. kpl 2.2.2.4.

<sup>128</sup> Court of Appeal 21.12.1992 (1993) IRLR 218 CA.

että ikäkriteerit perustuvat miestyöntekijöille tyypillisen urakehityksen mallille, jonka asettamia edellytyksiä kaikki naistyöntekijät eivät voi täyttää.<sup>129</sup> Suomessakin esimerkiksi määräaikaisten työsopimusten ketjuttamista ja niiden jakautumista miesten ja naisten kesken olisi syytä tarkastella erityisesti 20–35-vuotiaiden osalta.

### 2.2.2.3 *Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto?*

EY:n tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevat tapaukset ovat hyvin usein koskeneet osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Koska osa-aikatyö on monissa Keski-Euroopan maissa naisille tyypillinen työsuhteen muoto, juuri naisille aiheutuneen syrjivän vaikutuksen osoittaminen ei ole näissä tapauksissa ollut kantajalle vaikeaa.<sup>130</sup> Useissa tapauksissa ennakkoratkaisupyynnöistä käy ilmi, että huomattava osa, yleensä noin 90 %, epäedulliseen asemaan joutuneista on ollut naisia.<sup>131</sup>

Palkkasyrjintätapauksissa kantaja yrittää usein osoittaa, että naisten keskipalkat ovat yrityksessä alempia kuin miesten.<sup>132</sup> Tällöin samanarvoista työtä tekevät naiset muodostavat ryhmän B ja miehet ryhmän A. Tapauksessa *Danfoss* kantaja osoitti ”suhteellisen monien palkansaajien osalta” (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Syrjintäoletaman syntymiseen vaikutti myös se, että työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Kuten *Ellis* on huomauttanut, *Danfoss*-tapaus jätti kuitenkin epäselväksi sen, kuinka suuren suuresta työntekijämäärästä tulee olla kyse (ko. tapauksessa työntekijöitä oli 157), kuinka pitkältä ajalta (ko. tapauksessa neljän vuoden ajalta), ja kuinka suuri prosentuaalinen palkkaero synnyttää syrjintäoletaman (ko. tapauksessa 6,85 %).<sup>133</sup>

Tapauksessa *Enderby* vuonna 1993 oli kyse puheterapeuttien ja proviisorien välisestä palkkaerosta. EY:n tuomioistuin katsoi, että syrjintäoletaman luomiseksi on esitettävä merkityksellisiä tilastoja kahden sellaisen

<sup>129</sup> *Hervey* 1994 s. 312–313. Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 307.

<sup>130</sup> Näin esim. tapauksissa 96/80 *Jenkins* [1981] ECR I-911, 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607, 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, C-50/96 *Schröder* [2000] ECR I-743, Yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02 *Schönheit ym.* [2003] ECR, C-25/02 *Rinke* [2003] ECR I-8349, C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027.

<sup>131</sup> Esimerkiksi tapauksessa C-50/96 *Schröder* naisten osuus osa-aikaisista oli 95 %, tapauksessa C-77/02 *Steinicke* 90 %.

<sup>132</sup> Ks. esimerkiksi tapaukset 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199 ja C-400/93 *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275.

<sup>133</sup> *Ellis* 1998 s. 120.

samanarvoisen työn välisestä palkkaerosta, joista toista tekevät lähes yksinomaan naiset ja toista pääasiallisesti miehet. Tilastotietojen tulee olla luotettavia siten, että niiden tulee koskea riittävän suurta joukkoa, niiden voidaan katsoa ilmaisevan muuta kuin satunnaisia tai suhdanteita kuvaavia ilmiöitä ja niiden tulee vaikuttaa yleisesti ottaen merkitseviltä.<sup>134</sup> Tuomioistuिन on viitannut tähän *tilastollisen merkitsevyyden testiin* myös myöhemmissä tapauksissa kuten *Seymour-Smith*<sup>135</sup> ja *Jørgensen*<sup>136</sup>.

Tapauksessa *Seymour-Smith* vuonna 1999 oli kyse muun muassa siitä, minkälaiset erot menettelyn vaikutuksilla eri sukupuolille ovat kyllin merkittäviä synnyttääkseen syrjintäolettan. Tapauksessa käsiteltävät kysymykset liittyivät siis välillisen syrjinnän käsitteen ytimeen, mutta tuomioistuinta on kritisoitu siitä, ettei se kyennyt antamaan selkeää vastausta yhteenkään sille esitettyyn kysymykseen.<sup>137</sup> Tapauksessa oli kyse riidanalaisesta kansallisesta lainsäädännöksestä, jonka mukaan suoja laitonta irtisanomista vastaan koski ainoastaan kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Kantajan mukaan lainsäädännös vaikutti haitallisesti useampaan naiseen kuin mieheen. Tuomioistuin toteaa, että paras tapa vertailla tilastoja on verrata ensinnäkin miespuolisen työvoiman osalta niiden työntekijöiden suhteellista osuutta, jotka täyttävät riidanalaisessa säännöksessä asetetun kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen, niiden suhteelliseen osuuteen, jotka eivät sitä täytä. Toiseksi tulisi verrata samoja suhteellisia osuuksia naispuolisen työvoiman osalta.<sup>138</sup> Toisin sanoen tulisi naisten ja miesten osalta katsoa erikseen, kuinka suuri prosenttiosuus pääsee A-ryhmään, kuinka suuri prosenttiosuus joutuu B-ryhmään.

Tuomioistuin lieventää sääntöä toteamalla, että syrjintäolettan syntyy myös silloin, jos tilastot osoittavat vähemmän merkittävän mutta jatkuvan ja suhteellisen pysyvän eron pitkän ajanjakson kuluessa. Tuomioistuin toteaa, että syrjiväksi väitetyn lainsäädännökseen vaikutuksia arvioitaessa voi olla aiheellista ottaa huomioon sekä säädöksen antamispäivänä käytettävissä olevat tilastotiedot että sellaiset myöhemmät tilastotiedot, joiden perusteella voidaan selvittää kyseisen säädöksen vaikutusta miespuolisiin ja naispuolisiin työntekijöihin.<sup>139</sup> Kuten *Barnard* ja *Hepple* huomauttavat, tämä edellyttää ensinnäkin uusien lakien sukupuolivaikutusten arviointia

---

<sup>134</sup> C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, tuomion 16–19 kohta.

<sup>135</sup> C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623.

<sup>136</sup> C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447.

<sup>137</sup> *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 399 ja 403.

<sup>138</sup> C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 59–60 kohta.

<sup>139</sup> C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 49 kohta.



ja myös niiden vaikutusten säännöllistä seurantaa.<sup>140</sup> Tämä vastaakin hyvin valtavirtaistamisen vaatimusta.

Tapauksessa 77,4 % miehistä ja 68,9 % naisista täytti kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen (kuului ts. A-ryhmään) sinä vuonna, jona siitä säädettiin. Tuomioistuimen mukaan ensiarviolta tilastot eivät näyttäneet osoittavan, että miehiin nähden huomattavasti pienempi prosenttiosuus naisista täyttäisi riidanalaisessa säännöksessä asetetun edellytyksen.<sup>141</sup> Tuomioistuin tarkastelikin siis loppujen lopuksi vain sitä, kuinka suuri osuus naisista ja miehistä pääsi A-ryhmään, mitä ihmeteltiin myös Englannissa juttua ratkottaessa.<sup>142</sup>

*Barnard* ja *Hepple* ovat eritelleet erilaisia tapoja arvioida sitä, milloin menettely tosiasiaa johtaa siihen, että tietty ryhmä joutuu toista epäedullisempaan asemaan.<sup>143</sup> Eräs vaihtoehto on arvioida tilastojen *merkitsevyyttä* (kts. mm. *Enderby*-tapaus<sup>144</sup>), eli sitä, että ne ovat luotettavia ja perustuvat sosiaalisiin tosiasioihin eivätkä pelkkään sattumaan. *Barnard* ja *Hepple* kuitenkin huomauttavat, että kun tarkastellaan hyvin suuren työntekijämäärän kattavia tilastoja, tilastollisen merkitsevyyden testi voi olla harhaanjohtava. Se on heidän mukaansa tarkoitettu arviointimenetelmäksi silloin, kun pohditaan sellaisten tilastojen merkitsevyyttä, jotka koskevat hyvin pieniä työntekijäryhmiä.

On selvää, että merkitseviä tuloksia on helpompi saada isosta joukosta kuin pienemmästä. Muutaman henkilön otoksessa täytyykin olla havaittavissa suuri ero, jotta se olisi merkitsevä, ts. sellainen, joka ei perustu pelkkään sattumaan. Isoja työntekijäryhmiä koskevien tilastojen osalta tulisi arvioida sitä, ovatko erot sisällöllisesti tai käytännössä tärkeitä. Nojautuminen vain tilastoihin on ylipäänsä saanut kritiikkiä osakseen niin USA:ssa kuin nyttemmin myös EU:ssa, minkä vuoksi tilanne onkin muuttumassa. Tilastoja on paitsi vaikea kerätä, varsinkin jos valtavirtaistamisvelvoitteen mukaista tilastojen seurantaa ei toteuteta. Yksittäisen työntekijän on hyvin hankala itse ryhtyä kokoamaan tarvittavia tilastoja. Toisaalta tilastoja on myös vaikea tulkita ainakaan ilman asianmukaista koulutusta. *Sjerps* onkin kiinnittänyt huomiota siihen käytännön ongelmaan, että tuomareita ei ole koulutettu tulkitsemaan kvantitatiivista aineistoa.<sup>145</sup> Tästäkin huolimatta

<sup>140</sup> *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 408.

<sup>141</sup> C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 63 ja 64 kohta.

<sup>142</sup> *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 573.

<sup>143</sup> *Barnard* ja *Hepple* 1999 s. 405–407.

<sup>144</sup> C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535.

<sup>145</sup> *Sjerps* 1999 s. 246. Ks. myös *Loenen* 1999 s. 207. Tilastojen käytöstä USA:ssa ks. *Browne* 1999, joka varoittaa tilastojen kritiikittömästä käytöstä.

tilastojen esittäminen voi kuitenkin olla tapa osoittaa syrjivät vaikutukset.<sup>146</sup>

Toiseksi voidaan arvioida vaikutuseron *merkittävyyttä* ("whether or not the difference in impact is *considerable*"). Tämän lähestymistavan etuna on se, että se ei ole riippuvainen vain luvuista, jotka voivat olla harhaanjohtavia muun muassa silloin, kun työmarkkinat ovat vahvasti segregoituneet sukupuolen mukaan. *Barnad* ja *Hepple* toteavat, että *Seymour-Smith*-tapauksessa EY:n tuomioistuin omaksui kaksi lähestymistapaa epäedullisen aseman arvioimiseksi.<sup>147</sup> Toisaalta se katsoi, että ryhmien välisten vaikutuserojen tulee olla merkittävät ("considerably smaller proportion of women than men"). Tuomioistuin kuitenkin jatkaa ja toteaa, että pienempikin vaikutusero synnyttää syrjintäolettan, jos se on jatkuva ja suhteellisen pysyvä ("a lesser but persistent and relatively constant disparity over a long period"). Jutun palattua House of Lordsin käsittelyyn<sup>148</sup>, enemmistö totesi, että syrjintäolettan oli syntynyt juuri tämän jatkuvan vaikutuseron vuoksi. *Lord Nicholls* ja *Lord Goff* tulkitsivatkin EY:n tuomioistuimen ratkaisua siten, että jos tilastot kattavat pitkän ajanjakson ja osoittavat jatkuvan ja suhteellisen pysyvän vaikutuseron, tämä tekee helpommaksi sen osoittamisen, että vaikutusero on merkittävä. *Lord Nichollsin* mukaan kyseessä oli rajatapaus, mutta jos koko työvoiman kattavat tilastot osoittavat tällaisen eron sukupuolivaikutuksissa seitsemän vuoden ajanjakson ajan, vaikutuseroa ei voida katsoa merkityksettömäksi.

Kolmas vaihtoehto on arvioida, onko olemassa riski siitä, että menettely tosiasiaa asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tämän lähestymistavan etuna on se, että siinä voi ottaa huomioon sosiaaliset tosiasiat kuten sen, että huomattavasti useampi nainen kuin mies on yksinhuoltaja tai että työnantajalle tulee kalliimmaksi palkata sellainen työntekijä, joka tulee jäämään perhevapaille kuin sellainen, joka ei tule jäämään.

Viime aikoina onkin keskusteltu eri syrjintäperusteita koskevien syrjinnän määritelmien lähentymisestä. Uusissa syrjintädirektiiveissä määriteltiin välillinen syrjintä niin, että merkitystä annetaan enemmän yleisesti tiedossa oleville tosiasioille kuin relevanteille tilastoille. Komissio perusteli tätä sillä, että tilastotietoa on näiltä aloilta erittäin vaikea hankkia. Näiltä osin määritelmä vastasi pikemminkin kansalaisuussyrjintää koskevaa oikeuskäytäntöä kuin sukupuolisyryntää. Esimerkiksi tapauksessa *O'Flynn* EY:n tuomioistuin katsoi syrjiväksi lainsäännöksen, joka sisälsi vaaran

---

<sup>146</sup> Ks. HE 195/2004 vp s. 40, jossa todetaan, että välillinen syrjintäolettan voidaan synnyttää "tilastoin tai muilla tavoin".

<sup>147</sup> *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 571–572.

<sup>148</sup> [2000] I.R.L.R. 263.

erityisesti siirtotyöläisten joutumisesta huonompaan asemaan. Tuomioistuin totesi, ettei ”ole tarpeen todeta sitä, että siinä joukossa, johon kyseisen säännöksen vaikutukset käytännössä kohdistuvat, siirtotyöläisten suhteellinen osuus on olennaisesti suurempi. On riittävää todeta, että tämä säännös on omiaan vaikuttamaan kyseisellä tavalla”.<sup>149</sup>

Vuonna 2002 muutettiin myös työelämän yleistä tasa-arvodirektiiviä, joka koskee sukupuolten välistä tasa-arvoa, ja nyt välillisen syrjinnän määritelmä on samanlainen kuin muita syrjintäperusteita koskevassa lainsäädännössä. Tasa-arvodirektiivi ei enää edellytä tilastollista näyttöä, joten tilastojen merkityksen on sanottu vähenevän myös sukupuolisyryntää koskevissa tapauksissa. Niin tasa-arvodirektiivin kuin tasa-arvolainkin sanamuodosta käy ilmi, että menettely voi olla välillisesti syrjivää myös silloin, kun sen epäedulliset vaikutukset naisiin tai miehiin eivät ole vielä konkretisoituneet vaan tästä on olemassa vain riski.<sup>150</sup> Tällöin vaikutusanalyysissä ei olisi merkitystä niinkään kvantitatiivisella tiedolla menettelyn vaikutuksista naisiin ja miehiin vaan kvalitatiivisella tiedolla yleisesti tunnetuista sosiaalisista tosiseikoista.<sup>151</sup> Esimerkiksi englantilaisessa tapauksessa *London Underground Ltd. v. Edwards*<sup>152</sup> Court of Appeal katsoi, että aamuvuorojen varhainen alkaminen oli haitallista naisille, joilla oli perheenhuoltovelvoitteita, vaikka vain yksi työpaikan 21 naistyöntekijästä valitti järjestelyistä. Merkitystä oli vain sillä, että oli olemassa riski, että menettelyllä on naisille haitallisia vaikutuksia.

Mielestäni asian hahmottamiseksi on oleellista kiinnittää huomio syrjiväksi väitetyn kriteerin (tai säännön tai menettelyn) laatuun. Ensinnäkin huomioon on otettava yleinen sosiologinen tieto riidanalaisen kriteerin, menettelyn tai säännön vaikutuksista. Jos käytetyn kriteerin seurauksena jokin ryhmä voi joutua epäedulliseen asemaan, ei merkitystä ole sillä, että esimerkiksi työpaikalla tai työnhakijoiden joukossa on vain yksi kriteeristä konkreettisesti haittaa kokenut ryhmän jäsen. Tällöin kyse on nimenomaan siitä, että epäedulliset vaikutukset eivät vielä ole konkretisoituneet vaan kriteeri *voisi* johtaa tähän.

On kuitenkin kysyttävä, minkälainen sellainen kriteeri tai menettely voisi olla, joka kvalitatiivisen tiedon perusteella synnyttäisi syrjintäolettan.

<sup>149</sup> C-237/94 *O’Flynn* [1996] ECR I-2617, tuomion 18–21 kohta.

<sup>150</sup> ”Where an apparently neutral provision [...] would put persons of one sex at a particular disadvantage...” ja ”... menettelyn vaikutuksesta henkilöt *voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan...*” (kursivointi OA).

<sup>151</sup> Ks. myös *Nummijärvi* 2004 s. 304–305.

<sup>152</sup> *London Underground Ltd. v. Edwards* [1998] I.R.L.R. 364 C.A.

Suomessa sukupuoleen liittyvät syyt, vanhemmuus ja perhehuoltovollisuus, ovat itsenäisiä syrjintäperusteita eikä tällöin sukupuolen mukaista vaikutusanalyysia tarvitse tehdä. Esimerkiksi hoitovapaalla olevien työntekijöiden asettaminen muita epäedullisempaan asemaan on syrjintää vanhemmuuden ja perhehuoltovollisuuden perusteella, se ei siis varsinaisesti ole Suomessa syrjintää sen vuoksi, että se vaikuttaa huomattavasti useampaan naiseen kuin mieheen. Uskonkin, että Suomessa on tilastoihin turvaututtava lopputuloslähtöisen välillisen syrjinnän tapauksissa edelleen, kun kyse on nimenomaan sukupuolisyrjinnästä. Eri asia on muiden syrjintäperusteiden kohdalla, sillä usein voidaan esittää kvalitatiivista tietoa esimerkiksi siitä, että ulkomaalaiset osaavat keskimäärin huonommin suomen kieltä kuin syntyperäiset suomalaiset. Tosin vähäisempi nojautuminen tilastoihin merkitsee Suomessakin sitä, että vaikutuseron merkittävyttä arvioitaessa on otettava puhtaiden lukujen lisäksi huomioon myös ympäröivä sosiaalinen konteksti ja tilanteeseen vaikuttavat muut tosiseikat, jotka kenties luovat tietyn ryhmän epäedullisesta asemasta vielä epäedullisemmän kuin mitä tilastot antavat ymmärtää.<sup>153</sup>

Toisaalta kriteeri tms. voi olla laadultaan sellainen, ettei sen välillisesti syrjivistä vaikutuksista voida kvalitatiivisen tiedon perusteella sanoa suoraan mitään varmaa. Yksittäinen työnantaja voi esimerkiksi soveltaa jotakin neutraalia kriteeriä sellaisella tavalla, joka asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tällöin syrjintäolettan luomiseksi on vaikutusanalyysissä turvaututtava työpaikkatason tilastoihin, jotka osoittavat kriteerin haitalliset vaikutukset jollekin ryhmälle. Kyse voi olla myös välillisesti syrjivästä lainsäädännöstä, jos sukupuolineutraalin normin vuoksi naiset tai miehet joutuvat epäedulliseen asemaan. Tällöin tilastot muodostetaan normin soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Apuna toki näissäkin tilanteissa voidaan käyttää kvalitatiivista tietoa, jos sellaista on saatavilla. Esimerkiksi määräaikaisen työsuhteen käytöstä ei suoraan voida sanoa aiheutuvan suurempaa haittaa naisille kuin miehillekään paitsi siinä suhteessa, että raskaussyrjinnän on väitetty olevan yleisintä juuri määräaikaisissa työsuhteissa. Kuitenkin jos yksittäisen työpaikan tai jopa valtakunnalliset tilastot osoittavat, että määräaikaisista huomattavasti suurempi osa on naisia kuin miehiä, syntyy syrjintäoletta.

---

<sup>153</sup> Feministisessä oikeustutkimuksessa on kehitetty metodi naisten tarpeiden selvittämiseksi: "Asking the woman question." Tällöin tarkoituksena on selvittää, mikä vaikutus lainsäädännöllä ja käytännöllä on naisten elämään. *Bartlett* 1990. Ks. myös *Cook* 1994, s. 241–243. Tämä vastaa valtavirtaistamisen ajatusta, ja sen avulla voi myös selvittää, onko kyse välillisestä syrjinnästä.

Tapauksessa *Wippel* vuonna 2004 julkisasiamies *Kokottin* ratkaisuehdotuksessaan esittämät näkökohdat osoittavat hyvin sen, minkälaisia vaikeuksia voi naisvaltaisella alalla syntyä syrjintäolettamaa luotaessa, jos nojaututaan vain tilastoihin. Tapauksessa kantaja väitti muun muassa, että hänen työnantajansa on menetellyt naisia välillisesti syrjivästi solmiessaan työtä tarpeen mukaan tekevien osa-aikaisten kanssa työsopimuksen, jossa ei ole sovittu viikoittaista työaika ja työajan järjestämistä, vaan ne määräytyvät tapauskohtaisesti tarjolla olevan työn määrän mukaan. Työntekijöillä on mahdollisuus ottaa vastaan annettu yksittäinen työtarjous tai kieltäytyä siitä. Esitettyjen tilastojen mukaan yrityksessä työskentelevistä osa-aikaisista, joilla oli kiinteä työaika sekä niistä osa-aikaisista, jotka työskentelivät vain tarpeen mukaan, suurin osa – noin 85 % – oli naisia. Niistä kokoaikaisista ja osa-aikaisista työntekijöistä, joilla oli kiinteä työaika, naisten osuus oli heistäkin noin 76 %. Kokoaikaisien työntekijöiden ryhmässä naisten osuus oli sielläkin 65 %. Julkisasiamies päättelee luvuista, että yrityksen palveluksessa olevista naispuolisten työntekijöiden osuus on joka tapauksessa korkea. Jokainen yrityksen valitsema työsopimuksen muoto vaikuttaa siten erityisen vahvasti juuri naisiin. Julkisasiamies jatkaa, että koska tapauksessa on problematisoitu erityisesti etukäteen sovitujen, kiinteiden työaikojen puuttumista, on kiinteää työaika tekevien ja ilman kiinteää työaika työskentelevien välisellä vertailulla erityinen merkitys. Naisten osuus ei kuitenkaan eroa näiden ryhmien välillä kuin kymmenellä prosenttiyksiköllä eikä kyseinen sopimustyyppi siten vaikuta olennaisesti enemmän naisiin kuin muutkaan sopimustyyppit. Julkisasiamiehen mukaan kyseessä ei näin ollen voi olla syrjintä.<sup>154</sup>

Jos tilastoja tulkitaan näin orjallisesti, on naisvaltaisella alalla täysin mahdotonta luoda syrjintäolettamaa, sillä myös A-ryhmässä on tuolloin enemmistö naisia. Tarvitaan myös tietoa ympäröivästä yhteiskunnasta ja sukupuolittuneista käytännöistä. Varsinaisessa ratkaisussa EY:n tuomioistuimien ei ota kantaa julkisasiamiehen pohdintoihin näiltä osin vaan toteaa, että työtä tarpeen mukaan tekeviä osa-aikaisia ja kiinteällä työajalla työskenteleviä ei ylipäänsä voi rinnastaa toisiinsa, sillä jälkimmäinen ryhmä ei edellisen ryhmän tavoin voi kieltäytyä tekemästä työtä.<sup>155</sup> Tätä vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta käsittelem seuraavaksi.

<sup>154</sup> C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, ratkaisuehdotuksen 119–122 kohta.

<sup>155</sup> C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 64 kohta.

#### 2.2.2.4 Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus välillisessä syrjinnässä

Keskeinen osa muodollista yhdenvertaisuusperiaatetta on se, että vertailtavat henkilöt ovat vertailukelpoisessa tilanteessa.<sup>156</sup> Naisten ja miesten tosiasiallista yhdenvertaisuutta ei tällä konseptillä saavuteta, mikä onkin tunnustettu laajalti. Naiset ovat perheissä yhä niitä, jotka paitsi tulevat raskaaksi, myös jäävät miehiä useammin perhevapaalle tai hoitamaan sairastuneita lapsia. Naiset ja miehet eivät aina ole samanlaisessa tilanteessa perhettä ja työtä yhteensovittaessa. Ja koska he eivät ole samanlaisessa tilanteessa, ei heidän pitäisi olla myöskään vertailukelpoisia. Tästä huolimatta välillisesti syrjiväksi voidaan katsoa jokin neutraali säännös tai työpaikan käytäntö, joka tosiasiaassa voi johtaa naisille syrjiviin vaikutuksiin sen takia, että heillä on suurempi vastuu lasten ja kodin hoitamisesta. Näiden velvoitteiden hoitaminen ei saisi asettaa naisia huonompaan asemaan työmarkkinoilla. Välillisen syrjinnän kielto on Keski-Euroopassa parantanut mm. osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Siellä naiset ovat perheen ja työn yhteensovittamiseksi valinneet useasti työskentelyn osa-aikaisesti. Välillisen syrjinnän kielto on estänyt työnantajia soveltamasta osa-aikaisiin työntekijöihin huonompia työehtoja kuin kokoaikaisiin ilman hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Välillisen syrjinnän kieltoon ei siis kuulu sen arvioiminen, ovatko esimerkiksi osa-aikaiset ja kokoaikaiset vertailukelpoisessa tilanteessa. Hehän eivät ole. Tässä piilee koko konstruktion logiikka. Vaikka he ovat erilaisia, toista ryhmää ei saa asettaa epäedullisempaan asemaan. Erilaisuus ja sen huomioon ottaminen ei kuitenkaan ole vain välillisen syrjinnän tunnusmerkki. Pyrkimys tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen näkyy myös välittömän syrjinnän konstruktiossa ja kielossa syrjiä raskauden perusteella.

Sekä EY:n tuomioistuin ratkaisuisaan että julkisasiamiehet ratkaisuehdotuksissaan ovat välittömän ja joskus myös välillisen syrjinnän tapauksissa asettaneet kysymykseksi, onko tapauksessa kohdeltu samanlaista samalla tavalla tai erilaista eri tavalla. Toisaalta tuomioistuin on todennut, että ”[v]akiintuneen oikeuskäytännön mukaan kyseessä on välillinen syrjintä silloin, kun neutraalisti muotoiltu kansallinen toimenpide asettaa tosiasiaassa huonompaan asemaan paljon suuremman määrän naisia kuin miehiä”.<sup>157</sup> Kuitenkin tuomioistuin toteaa usein myös, että ”[I]lisäksi on

---

<sup>156</sup> Hepple ym. 2000.

<sup>157</sup> C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion 34 kohta. Ks. myös C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401, tuomion 76 kohta; C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 43 ja 55 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 29 kohta; C-322/98 *Kachelmann* [2000] ECR I-7505, tuomion 23 kohta; C-25/02 *Rinke* [2003] ECR I-8349, tuomion 33 kohta.

huomattava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan syrjintää on erilaisten sääntöjen soveltaminen samankaltaisissa tilanteissa tai saman säännön soveltaminen erilaisissa tilanteissa”<sup>158</sup> ja että ”[t]ätä periaatetta sovelletaan näin ollen vain toisiinsa verrattavissa tilanteissa oleviin henkilöihin”.<sup>159</sup> Tämä vastaa muodollisen yhdenvertaisuuden periaatteen mukaista käsitystä yhdenvertaisuudesta.

Irtisanomiskorvausta koskevassa tapauksessa *Gruber EY:n* tuomioistuin katsoi, että lastaan kotiin hoitamaan jäävä työntekijä ja sellainen työntekijä, joka irtisanoutuu painavasta syystä, eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa, sillä työpaikan jättämisen syyt olivat erilaiset.<sup>160</sup> Tapauksessa *Lewen* tuomioistuin taas katsoi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi rinnastaa työssä käyvän miehen tai naisen asemaan, koska hoitovapaalle on ominaista työsopimuksen soveltamisen ja työnantajan ja työntekijän velvoitteiden keskeytyminen.<sup>161</sup> Tapauksessa *Gewerkschaftsbund* tuomioistuin totesi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi verrata myöskään asepalveluksen takia työstä poissaolevaan työntekijään, sillä hoitovapaan tapauksessa on kyse työntekijän ja hänen perheensä edusta ja asepalveluksen tapauksessa kansallisen yhteisön edusta. Nämä eri perusteet työsopimuksen irtisanomiselle ovat tuomioistuimen mukaan luonteeltaan niin erilaisia, että työntekijäryhmiä ei voi verrata keskenään.<sup>162</sup> Näin ollen asepalvelustaan suorittavalle voitiin maksaa suurempi irtisanomiskorvaus kuin hoitovapaalle jäävälle työntekijälle. Perhevelvoitteita hoitavat naiset on siis tuomioistuimen mukaan ollut mahdollista asettaa eriarvoiseen asemaan toisiin työntekijäryhmiin nähden, eikä ilman riittävää ”samanlaisuutta” ole syntynyt edes syrjintäolettaa, jonka jälkeen olisi voinut vielä olla mahdollisuus siirtää arvioimaan menettelyn oikeuttamisperusteita.

Kuten *Nummijärvi* toteaa, tällaisessa argumentaatiotavassa ei oteta lainkaan huomioon perhevapaisiin liittyviä sukupuolistuneita käytäntöjä. Väillinen syrjintä konstruoidaan syrjintäolettan ja oikeuttamisperusteiden kautta, ja vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ”estää arvioinnin ete-

<sup>158</sup> C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion 36 kohta. Ks. myös C-411/96 *Boyle* [1998] ECR I-6401, tuomion 39 kohta; C-342/93 *Gillespie ym* [1996] ECR I-475, tuomion 16 kohta; C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 56 kohta; C-381/99 *Brunnhofner* [2001] ECR I-4961, tuomion 28 kohta; C-320/00 *Lawrence ym.* [2002] ECR I-7325, tuomion 12 kohta.

<sup>159</sup> C-313/02 *Wippel* [2004] ECR, tuomion 56 kohta. Ks. myös yhdistetyt asiat C-122/99 ja C-125/99 *D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* [2001] ECR I-4319, tuomion 48 kohta sekä C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, tuomion kohta 59.

<sup>160</sup> C-249/97 *Gruber* [1999] ECR I-5295, tuomion 32 ja 33 kohta.

<sup>161</sup> C-333/97 *Lewen* [1999] ECR I-7243, tuomion kohta 37.

<sup>162</sup> C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, tuomion 64 kohta.

nemisen siihen vaiheeseen, jossa tasa-arvointressiä ja muita intressejä punnitaan keskenään”. *Nummijärvi* toteaaakin, että tällainen lähestymistapa, jossa ei punnita vanhemmuuteen perustuvan eri aseman hyväksyttävyyttä, ei sovellu suomalaisen tarkastelutavan lähtökohdaksi.<sup>163</sup> Esimerkiksi työtuomioistuimen kokemuksellista koskevassa tapauksessa TT:1998-34 tuomioistuimien siirtyi sukupuolivaikutusten arvioinnin jälkeen tarkastelemaan menettelyn oikeuttamisperusteita kiinnittämättä huomiota vertailukelpoisuuteen. Myöhemmässä tapauksessaan TT:2003-86, joka koski välitöntä sukupuolisyrijintää (äitiysvapaa) ja samapalkkaisuutta, työtuomioistuimen kuitenkin viittasi EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja totesi, ettei äitiysvapaalla olevia voida verrata muiden työntekijäryhmien kanssa.

Myös muun muassa *Barnard* ja *Hepple* sekä *Prechal* ovat kritisoineet EY:n tuomioistuimen tapaa konstruoida välillinen syrjintä.<sup>164</sup> *Prechalin* mukaan on metodologisesti epäloogista määritellä syrjintä ensin johonkin ryhmään kohdistuvaksi haitalliseksi vaikutukseksi ja sitten vertailukelpoisten tilanteiden samanlaiseksi kohteluksi. *Barnard* ja *Hepple* toteavat, että lainsoveltaja ei välillisen syrjinnän tapauksessa voi lähteä kysymyksestä, onko samanlaisia kohdeltu samalla tavalla. Esimerkiksi *Helmig*-tapauksessa tuomioistuimien ei huomionnut työsuhteiden sisällöllisiä eroja eikä sitä, että osaaikatyötä tekeväälle työntekijälle aiheutuu yhtä paljon haittaa oman säännönmukaisen työaikansa ylityksistä kuin kokoaikaisellekin. *Barnard* ja *Hepple* ovatkin todenneet, että *Helmig*-tapauksessa erehdyttiin soveltamaan välittömän syrjinnän kieltoa välillisen syrjinnän tapauksessa. Heidän mukaansa tuomioistuimet sulauttavat välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet yhteen, jos myös välillisen syrjinnän elementiksi edellytetään erilaista kohtelua. Siitähän ei välillisessä syrjinnässä ole kyse, vaan menettelyn epäedullisesta lopputuloksesta.

Kuten *Loenen* on todennut, muodollinen yhdenvertaisuusperiaate velvoittaa samankaltaisten tilanteiden samanlaiseen kohteluun. Tosiasiallinen yhdenvertaisuusperiaate taas velvoittaa kiinnittämään huomiota jonkin menettelyn tai säännön seurauksiin. Jos jokin ryhmä joutuu näennäisesti neutraalin menettelyn seurauksena epäedulliseen asemaan, syntyy välillistä syrjintää koskeva oletus. Syrjintäoletuksen syntymisen kannalta on täysin epärelevanttia, johtuuko epäedullinen asema erilaisesta vai samanlaisesta kohtelusta.<sup>165</sup> Näin ollen välillisen syrjinnän tapauksissa ei syrjintäoletuksen syntymisen ehdoksi voida asettaa sitä, että samanlaisia on kohdeltu eri

---

<sup>163</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 341–343.

<sup>164</sup> *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 570 ja *Prechal* 2004 s. 543–545.

<sup>165</sup> *Loenen* 1999 s. 199.



tavalla tai erilaisia samalla tavalla. Tämä on muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen määritelmä, jota sovelletaan vain välittömän syrjinnän tapauksissa, tosin niissäkin tulee punnita ”samanlaisuuden” vaatimusta tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatteen kanssa (vrt. raskaussyrjintä). Välillisessä syrjinnässä merkitystä on vain sillä, joutuuko jokin ryhmä epäedulliseen asemaan tietyn menettelyn seurauksena. Tämän lähtökohdan näyttää omaksuneen myös komissio välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.<sup>166</sup>

### 3 SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN

Vastaaja voi kumota syrjintäolettan osoittamalla, että sukupuolen ja eri aseman välillä ei ole syy-yhteyttä. Vastaaja voi siis osoittaa tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti, että ”menettely on johtunut muusta hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta” (”työnhakijaa ei syrjäytetty siksi, että hän oli raskaana”). Syy-yhteyden puuttumisen vastaaja voi yrittää osoittaa myös tasa-arvolain 7 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Tällöin vastaaja pyrkii osoittamaan, että eri asemaan asettamisen peruste ei ole vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (”työnhakijaa ei syrjäytetty siksi, että hänellä oli pieniä lapsia”). Kuten *Ellis* huomauttaa, tällöin ei ole kyse syrjintäolettan kumoamisesta oikeuttamisperusteiden avulla vaan osoittamalla kausaliteetin eli syy-yhteyden puuttuminen.<sup>167</sup> Tämä ero on tärkeä syrjinnän käsitteen ymmärtämiseksi ja hahmottamiseksi. Jos syy-yhteys on olemassa (eli jos vastaaja esimerkiksi myöntää perusteen olevan sukupuoli), välitön syrjintä voidaan EU:n oikeuden kontekstissa oikeuttaa vain laissa mainituin perustein.<sup>168</sup> Välillisen syrjinnän kohdalla tilanne on toinen, sillä syrjintäolettan on tällöin kumottavissa 7 §:n 4 momentin mukaisin hyväksyttävien syin. Myös työelämän syrjintätilanteiden oikeuttamisperusteita koskeva 8 §:n 2 momentti viittaa vain 7 §:n 4 momenttiin eli välillisen syrjinnän oikeuttamiseen. Oikeuttamisperusteet ovatkin välillisen syrjinnän konstruktion keskeinen elementti.

<sup>166</sup> Ks. esim. tapaus C-220/02 *Gewerkschaftsbund* [2004] ECR, julkisasiamies *Kokottin* ratkaisuehdotus, 54–63 kohta. Ks. *Kokottin* oma tulkinta, kohta 80.

<sup>167</sup> *Ellis* 1998 s. 124.

<sup>168</sup> Ihmisoikeuskontekstissa oikeuttamisperusteet koskevat myös välitöntä syrjintää. Välittömän syrjinnän oikeuttamismahdollisuudesta myös EU:n oikeudessa on käyty paljon keskustelua, ks. esim. *Ellis* 1998 s. 134 ss., *Bowers ja Moran* 2002, *Gill ja Monaghan* 2003, *Bowers* ym. 2003, *Prechal* 2004. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietinnössä lähdetään siitä, että oikeuttamismahdollisuus liittyy vain välilliseen syrjintään.

### 3.1 Välitön syrjintä

Tasa-arvolain uuden todistustaakkaa koskevan 9 a §:n mukaan

Jos joku, joka katsoo joutuneensa tässä laissa tarkoitetun syrjinnän kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolen välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.

Välittömän syrjintäolettamien muodostuttua vastaajan tulee siis osoittaa, ettei syrjinnän kieltoa ole rikottu näyttämällä toteen, että menettely on perustunut muuhun, hyväksyttävään seikkaan kuin sukupuoleen. Tämä tarkoittaa syy-yhteyden kumoamista, sen osoittamista, että syy-yhteyttä ei ole sukupuolen ja epäedullisen aseman välillä. Tällöin esimerkiksi palkkaeron selitetään johtuvan muusta kuin sukupuolesta. Kuten *Bruun* ja *Koskinen* huomauttavat, hyväksyttävyyksivaatimus estää vetoamista muuhun ei-hyväksyttävään syyhyn kuin sukupuoleen, esimerkiksi puoluetustaan tai ammattiyhdistysaktiivisuuteen.<sup>169</sup> Mutta jos vastaaja myöntää, että kantaja on asetettu sukupuolensa perusteella eri asemaan, on laista löydyttävä toiminnalle myös oikeuttamisperusteet.

*Fransson* toteaa väitöstutkimuksessaan, että Ruotsin oikeuskäytännössä välittömän palkkasyrjinnän tapauksissa palkkaeron ja sukupuolen kausaaliyhteys on voitu kumota perusteilla, jotka EY:n tuomioistuin on luonut välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.<sup>170</sup> Tämä on nähtävissä myös Suomessa esimerkiksi tasa-arvolakia valvovien viranomaisten lausunnoissa. Kun esimerkiksi nainen on saanut samasta tai samanarvoisesta työstä huomattavasti palkkaa kuin mies, on syntynyt syrjintäolettamia, jonka työnantaja on voinut kumota osoittamalla, että palkkaero johtuu muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Kyse on nimenomaan välittömästä syrjintäolettamasta ja työnantajan osalta sen osoittamisesta, että palkkaeron ja sukupuolen välillä ei ole kausaaliyhteyttä. *Danfoss*-tapauksen mukaisesti hyväksyttäväksi syyksi ei ole katsottu mm. koulutuseroa, jos koulutuksella ei ole merkitystä työn suorittamisen kannalta.<sup>171</sup> Vetoamalla naisen ja miehen koulutuseroihin, vaikka niillä ei työn suorittamisen kannalta itse

---

<sup>169</sup> *Bruun ja Koskinen* 1997 s. 8.

<sup>170</sup> *Fransson* 2000 s. 380.

<sup>171</sup> Ks. mm. tasa-arvovaltuutetun lausunto dnro 5/53/02.

asiassa olisi lainkaan merkitystä, työnantaja ei ole kyennyt selittämään osaa palkkaerosta eikä osoittamaan mitään muuta hyväksyttävää syytä palkkaerolle kuin sukupuolen. Kausaalisuhdetta ei saada kumottua ja kyse on välittömästä syrjinnästä sukupuolen perusteella.

Välittömän ja välillisen syrjinnän välinen ero ei aina ole kuitenkaan selvä. Samapalkkaisuutta koskevassa tapauksessa *Enderby* EY:n tuomioistuimien ei edes yrittänyt tehdä eroa eri syrjinnän muotojen välillä, vaan totesi vain, että palkkatason erot samanarvoisilla aloilla edellyttävät työnantajalta hyväksyttäviä syitä.<sup>172</sup> Myöskään tasa-arvovaltuutettu ei ole palkkasyrjintäasioissa tehnyt jakoa välittömään ja välilliseen syrjintään vaan todennut, että ”[t]asa-arvolain mukaan syrjintä välittömästi tai välillisesti sukupuolen perusteella on kielletty. Työnantaja rikkoo syrjinnän kieltoa muun muassa, mikäli hän soveltaa työntekijään tai työntekijöihin sukupuolen perusteella epäedullisempia palkkaehtoja kuin yhteen tai useampaan muuhun palveluksessaan samassa tai samanarvoisessa työssä olevaan työntekijään, jollei työnantaja voi osoittaa, että hänen menettelynsä on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin työntekijän sukupuolesta”.<sup>173</sup> Tapauksessa vedottiin koulutuksen lisäksi eroihin kyseisten työntekijöiden ammatillisessa osaamisessa, koulutuksessa, virkaiässä ja työkokemuksessa. Tasa-arvovaltuutettu totesi, että eroavaisuudet näissä suhteissa voivat muodostaa hyväksyttävän syyn palkkaerolle, jos erot ovat objektiivisin kriteerein todettavissa ja niillä on merkitystä työntekijöiden tosiasiallisten työtehtävien hoitamisessa tai työntekijöiden käytettävyydessä muissa työnantajan tehtävissä. Lisäksi edellytyksenä on, että palkkaeron perusteeksi esitettävät eroavaisuudet voidaan todeta palkkaeron todelliseksi syiksi. Jos siis osakin palkkaerosta jää selittämättä, ei työnantaja ole osoittanut hyväksyttävää syytä palkkaerolle. Hyväksyttävällä syyllä tulee siis olla yrityksen todellisiin tarpeisiin liittyvä tavoite.<sup>174</sup> Muuten syy-yhteyttä ei saada poistettua sukupuolen ja eri aseman välillä. Kuten olen myös aiemmin tuonut esiin, syrjinnän ei tarvitse olla tarkoituksellista ollakseen

<sup>172</sup> C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535. Ks. myös HE 90/1994 vp s. 17 sekä *Nummijärvi* 2004 s. 296–299 ja *Barnard* 2000 s. 220. Kuten *Barnard* toteaa, joidenkin mielestä eroa välittömän ja välillisen syrjinnän välillä ei tulisi edes säilyttää. Esimerkiksi tapauksessa C-132/92 *Birds Eye Walls* [1993] ECR I-5579 julkisasiamies *Van Gerven* totesi, että välitöntä syrjintää ei aina voi erottaa välillisestä. Julkisasiamies *Jacobs* totesi tapauksessa C-79/99 *Schnorbus* [2000] ECR I-10997, että aina ei ole edes tarpeen tehdä tällaista eroa. Ongelmakohdista huolimatta *Barnard* katsoo, että jako välittömään ja välilliseen syrjintään tulisi kuitenkin säilyttää.

<sup>173</sup> Tasa-arvovaltuutetun lausunto dnro 5/53/02.

<sup>174</sup> *Nummijärvi* 2004 s. 320. Ks. Turun HO nro 530, 28.2.2003, S 01/1471.

kiellettyä. Esimerkiksi erehdys tai väärinkäsitys ei näin ollen oikeuta eri asemaan asettamista.<sup>175</sup>

Myös välitön syrjintä voidaan EU:n oikeudenkin kontekstissa eräissä tilanteissa oikeuttaa. Näistä tilanteista on säädetty työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 6–8 kohdassa. Ensinnäkin työhönotossa ja koulutukseen pääsyssä erilainen kohtelu sukupuolen perusteella on 2 artiklan 6 kohdan mukaan sallittua, jos työtehtävien luonteen tai niiden suorittamisympäristön vuoksi jokin ominaisuus on *todellinen ja ratkaiseva* työhön liittyvä vaatimus, edellyttäen, että tavoite on oikeutettu ja että vaatimus on oikeasuhtainen. Tämä vastaa tasa-arvolain 8 §:n 1 momentin 1 kohtaa, jossa on oma oikeuttamisperusteensa työhönottosyrjintää koskevalle olettamalle. Lainkohdan mukaan ei työnantaja saa työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan syrjäyttää henkilöä, joka on ansioituneempi kuin toista sukupuolta oleva henkilö. Vähemmän ansioituneeman valitseminen voidaan kuitenkin oikeuttaa ensinnäkin muulla hyväksyttävällä seikalla kuin sukupuolella. Tämä viittaa ensisijaisesti eroon henkilökohtaisessa soveltuvuudessa valitun ja valitsematta jääneen välillä.<sup>176</sup> Toisena oikeuttamisperusteena on se, että on olemassa työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. Lainkohtaa on tulkittava työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 6 kohdan mukaisesti.<sup>177</sup>

Toiseksi, direktiivi ei estä säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua raskauden ja äitiyden perusteella. Raskaana olevan erityinen suojelu ei ole myöskään tasa-arvolain 9 §:n 1 kohdan mukaan syrjintää. Suojelu ei saa vaikuttaa raskaana olevan työntekijän työehtoja huonontavasti. Raskaus-suojeludirektiivin johdantokappaleessa todetaan, että raskaana olevien tai äskettäin synnyttäneiden suojeleminen ei saa johtaa naisten epäsuotuisaan kohteluun työmarkkinoilla eikä vaikuttaa haitallisesti miesten ja naisten tasa-arvoista kohtelua koskevien direktiivien soveltamiseen. Tapauksessa *Mahlburg* EY:n tuomioistuimien totesi, että raskaana olevan suojelusäännös ei saa johtaa siihen, että raskaana olevaa kohdellaan epäsuotuisammin työhönotossa. Työnantaja ei voi näin ollen kieltäytyä ottamasta työhön raskaana olevaa hakijaa siitä syystä, ettei hän voi sijoittaa hakijaa alusta alkaen työsopimuksen mukaiseen työhön.<sup>178</sup> Muihin tehtäviin siirtäminen ei nähdäkseni saisi merkitä myöskään palkan alentamista.

---

<sup>175</sup> Ks. myös mm. tasa-arvolautakunnan lausunto 15.3.2002, diaarinumero 1/02.

<sup>176</sup> HE 195/2004 vp s. 29.

<sup>177</sup> Ks. tarkemmin HE 195/2004 vp s. 29–30.

<sup>178</sup> C-207/98 *Mahlburg* [2000] ECR I-549, tuomion 27 kohta.

Raskaana tai äitiysvapaalla olevan työntekijän kohtelussa johtavana periaatteena on se, että häntä tulee kohdella ikään kuin hän ei olisi raskaana tai äitiysvapaalla. Poikkeuksia tähän pääsääntöön on esitetty ainakin kolme.<sup>179</sup> Ensinnäkin, EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan äitiysvapaan aikaiseen palkkaan sovelletaan raskaussuojeludirektiiviä, ja vertailukelpoisen tilanteen vaatimus estää samapalkkaisuusvaatimukset. Äitiysvapaalla olevaa työntekijää ei siis voi verrata muihin työntekijöihin. Toiseksi, raskauteen liittyviin sairauspoissaoloihin perustuva irtisanominen ei EY:n tuomioistuimen mukaan ole kiellettyä syrjintää, jos irtisanominen tapahtuu äitiysvapaan jälkeen.<sup>180</sup> Tämä ei tarkoita, ettei irtisanominen raskauden aiheuttamasta sairaudesta johtuvien poissaolojen perusteella voisi olla tasa-arvolain vastaista. Kolmas poikkeus koskee tilannetta, jossa määräaikainen työ on lyhykestoinen ja rajattu, eikä sen voi olettaa jatkuvan tai toistuvan, ja työn laadusta johtuen on välttämätöntä, että sama henkilö tekee työn yhtäjaksoisesti alusta loppuun. Tällöin on tasa-arvolain uudistusta valmistelleen komitean mukaan epäselvää, voidaanko työnhakija syrjäyttää raskauden perusteella.<sup>181</sup> Itse olen katsonut, että raskaussyrjinnän oikeuttaminen ei ole EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella missään olosuhteissa mahdollista.<sup>182</sup>

Kolmanneksi, direktiivin 2 artiklan 8 kohdassa on viittaus perustamisopimuksen 141 artiklan 4 kohtaan, jonka mukaisesti miesten ja naisten tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi voidaan tasa-arvoisen kohtelun periaatteen estämättä toteuttaa sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammatitiraan liittyviä haittoja. Tämä positiivisia toimia koskeva artikla vastaa tasa-arvolain 9 §:n 4 kohtaa, jossa sallitaan väliaikaiset, suunnitelmaan perustuvat erityistoimet tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi.

Tasa-arvolain 9 §:n 2 ja 3 kohdan mukaisesti sukupuolisyryntää ei myöskään ole asevelvollisuuden säätäminen ainoastaan miehille, eikä vain joko naisten tai miesten hyväksyminen muun yhdistyksen kuin työmarkkina-

<sup>179</sup> Kaksi ensimmäistä EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä syntyneitä poikkeusta ovat saaneet osakseen runsaasti kritiikkiä.

<sup>180</sup> Ks. tapaukset C-179/88 *Hertz* [1990] ECR I-3979, C-394/96 *Brown* [1998] ECR I-4185 ja C-400/95 *Larsson* [1997] ECR I-2757.

<sup>181</sup> KM 2002:9 s. 84. Myös *Nummijärvi* (2004 s. 224–226) on kiinnittänyt huomiota siihen, että raskaussyrjintä on suomalaisessa doktriinissa katsottu mahdolliseksi oikeuttaa poikkeuksellisissa tilanteissa.

<sup>182</sup> *Alarotu* 2003. Ks. tapaus C-109/00 *Tele Danmark* [2001] ECR I-6993. Ks. myös *Lerwall* 2002 sekä *Caracciolo di Torella* ja *Masselot* 2001.

järjestön jäseniksi, jos tämä perustuu yhdistyksen säännöissä olevaan nimenomaiseen määräykseen; jos yhdistys on muu ammatillista edunvalvontaa harjoittava järjestö, edellytetään lisäksi, että järjestö pyrkii tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen.

Perustuslakivaliokunta katsoi lausunnossaan hallituksen esityksestä tasa-arvolain muuttamisesta, että myös välitön syrjintä on perustuslain näkökulmasta oikeutettavissa.<sup>183</sup> Tämä vastaa ihmisoikeuskontekstissa muotoutunutta doktriinia. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on määritellyt syrjinnän käsitteen seuraavasti: ”A difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.”<sup>184</sup> Myös KP-sopimuksen täytäntöönpanoa valvova ihmisoikeuskomitea on todennut, että erilainen kohtelu ei välttämättä ole syrjintää, jos sille on kohtuulliset ja objektiiviset perusteet ja jos tavoitteena on saavuttaa jokin sopimuksen perusteella hyväksyttävä päämäärä.<sup>185</sup> Näiltä osin on painotettava sitä, että myös Suomen perustuslakia on tulkittava EU:n oikeuden mukaisesti. Perustuslain sellainen tulkinta, jonka mukaan välitön sukupuolisyrjintä on oikeutettavissa myös muilla kuin laissa erikseen mainituilla perusteilla, on EU:n oikeuden vastainen.

### 3.2 Välillinen syrjintä

Välillisen syrjintäoletaman synnyttyä työnantaja tai lainsäätäjä voi vielä kumota oletaman esittämällä syrjiväksi oletetulle menettelylle tai säännökselle hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Tasa-arvolain 7 §:n 4 momentin mukaan välillinen syrjintäoletama kumoutuu, jos menettelyllä ”pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden”. Työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdan mukaan syrjintäoletama kumoutuu, jos ”provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and *necessary*” (kursiivi OA). Tasa-arvodirektiivin mukaan ei siis riitä, että keinot ovat pelkästään tarpeellisia, vaan niiden tulee olla jopa välttä-

---

<sup>183</sup> PeVL 40/2004.

<sup>184</sup> Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5.1.2000, kohta 5.

<sup>185</sup> General Comment 18/37 of 9 November 1989.

mättömiä.<sup>186</sup> Tämä taas tarkoittaa sitä, että millään muulla keinolla ei tavoitetta olisi saavutettu.<sup>187</sup> Tämä välttämättömyyden vaatimus sisältyy EU:n oikeuden mukaiseen suhteellisuusperiaatteeseen myös muissa kuin sukupuolisyrintätapauksissa.<sup>188</sup> Direktiivi edellyttää myös sitä, että menettelyyn ryhtymisen syy voidaan perustella objektiivisesti. Esimerkiksi työnantajan subjektiiviset mieltymykset eivät voi oikeuttaa syrjintää. Välillisen syrjinnän kiellon tehokkuus ja potentiaali riippuukin pitkälti siitä, kuinka helposti syrjintäoletta on kumottavissa ja millaisin oikeuttamisperustein. Tämä taas on EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä riippunut usein siitä, onko kyseessä ollut työnantajan menettely vai lainsäädäntö.

EY:n tuomioistuin on useaan otteeseen todennut (esim. tapauksessa *Steinicke*<sup>189</sup>), että kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on viime kädessä arvioida sitä, kumoavatko esitetyt oikeuttamisperusteet syrjintäolettan. Tästä huolimatta se on usein antanut ohjeita siitä, minkälaiset oikeuttamisperusteet ovat hyväksyttävissä. Useasti viitataan klassikkotapaus *Bilkaan*<sup>190</sup>, jossa EY:n tuomioistuin loi kolmiportaisen, suhteellisuusperiaatetta ilmentävän oikeuttamistestin syrjiväksi väitetyn työnantajan toiminnan arvioimiseksi.<sup>191</sup> Tämän ns. Bilka-testin mukaan yrityksellä tulee olla *todellinen tarve* käyttää syrjiväksi väitettyä keinoa tietyn tavoitteen saavuttamiseksi, ja keinon tulee *soveltua* tavoitteen saavuttamiseen ja sen tulee lisäksi olla *välttämätön* tavoitteen saavuttamiseksi. Testiä on myöhemmissä tapauksissa täsmennetty.

*Hervey* on jakanut työnantajan oikeuttamisperusteet työn luonteeseen liittyviin perusteisiin ja yleisempiin, yhteisön tarpeisiin liittyviin oikeuttamisperusteisiin.<sup>192</sup> Ensimmäiseen ryhmään kuuluville oikeuttamisperusteille on tyypillistä, että työnantaja osoittaa työnkuvan edellyttävän työntekijältä tiettyjä ominaisuuksia. EY:n tuomioistuimessa samanarvoisten töiden palkkaerojen oikeuttamisperusteina on esitetty muun muassa koulutusta, sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin ja palvelusajan pituutta. EY:n tuomioistuin on todennut, että sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin sekä koulutusta voidaan pitää oikeuttamisperusteiksi.

<sup>186</sup> Näin todettiin myös HE 90/1994 vp s. 18.

<sup>187</sup> *Ellis* 1998, *Connolly* 2001, *Hervey* 1993 s. 61.

<sup>188</sup> *Hervey* 1993 s. 61.

<sup>189</sup> C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027.

<sup>190</sup> 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607.

<sup>191</sup> Suhteellisuusperiaatteesta EY:n tuomioistuimen sukupuolisyrintätapauksissa, ks. *Ellis* 1999.

<sup>192</sup> *Hervey* 1993.

na, jos niillä merkitystä työn suorittamisen kannalta.<sup>193</sup> Työnantaja ei siis voi oikeuttaa palkkaeroa silloin, jos kyseisen työn kannalta ei esimerkiksi koulutuserolla ole merkitystä. Kuten muun muassa *Hervey* toteaa, *Danfoss*-tapauksen kaltaisessa tilanteessa, jossa todetaan työnantajan sovelta-  
neen palkkausperusteita syrjivästi, kyse itse asiassa on välittömästä syrjin-  
nästä.<sup>194</sup>

Myös työkokemus palkkaerojen oikeuttamisperusteena on hyväksyttävä, ja koska sen ansiosta työntekijä yleensä voi hoitaa työtehtävänsä paremmin, työnantajan ei tarvitse edes osoittaa työkokemuksen merkitystä työn suorittamisen kannalta.<sup>195</sup> Eli suhteellisuusperiaatetta koskevan *Bilka*-testin mukaisesti pitkän palvelusajan palkitseminen vastaa työnantajan todellista tarvetta ja on sopiva ja välttämätön keino tavoitteen saavuttamiseksi.<sup>196</sup> *Siofra O'Leary* on kritisoinut *Danfoss*-tapausta siitä, että vaikka sopeutuvuus, koulutus ja palvelusajan pituus ovat kaikki kriteereitä, jotka voivat vaikuttaa naisiin eri tavalla kuin miehiin, työnantajan ei tarvitse kuin osoittaa, että ne ovat tärkeitä suoritettavan työn kannalta. Palvelusajan pituuden osalta työnantajan ei tarvitse osoittaa edes tätä. Tapauksissa *Nimz*<sup>197</sup>, *Gerster*<sup>198</sup> ja *Kording*<sup>199</sup> EY:n tuomioistuimien taas katsoi, että työkokemusta tulee arvioida ottaen huomioon kaikki asianhaarat ja olosuhteet ja erityisesti työn laatu ja aiemmin hankittu kokemus. EY:n tuomioistuimien totesi myös, että yleistyksiä ei voida hyväksyä oikeuttamisperusteina eikä näin ollen palvelusajan pituuden voida automaattisesti katsoa kartuttavan työn vaatimaa kokemusta. Tarvitaan henkilökohtaista arviointia. Tämä lähestymistapa kuitenkin puuttui *Danfoss*-tapauksesta.<sup>200</sup>

Yleisemmät, yhteisön tarpeisiin laajemmin liittyvät oikeuttamisperusteet ovat EY:n tuomioistuimien tapauksissa usein liittyneet osa-aikatyöhön ja siihen, että työnantaja on asettanut osa-aikatyötä tekevät työntekijänsä muita huonompaan asemaan. Esimerkiksi *Bilka*-tapauksessa työnantaja väitti muun muassa, että osa-aikaisten työntekijöiden sulkemisella yrityseläkejärjestelmän ulkopuolelle pyritään ainoastaan kannustamaan kokoaikatyöhön.<sup>201</sup> Osa-

---

<sup>193</sup> 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 22 kohta.

<sup>194</sup> *Hervey* 1993 s. 60.

<sup>195</sup> 109/88 *Danfoss* [1989] ECR I-3199, tuomion 24 kohta.

<sup>196</sup> *Ellis* 1999 s. 174.

<sup>197</sup> C-184/89 *Nimz* [1991] ECR I-297.

<sup>198</sup> C-1/95 *Gerster* [1997] ECR I-5253.

<sup>199</sup> C-100/95 *Kording* [1997] ECR I-5289.

<sup>200</sup> *O'Leary* 2002 s. 154.

<sup>201</sup> 170/84 *Bilka* [1986] ECR I-1607, tuomion kohta 33.



aikaiset työntekijät nimittäin kieltäytyvät usein työskentelemästä alkuillasta ja lauantaisin. Niinpä turvatakseen sen, että noina aikoina on riittävästi työntekijöitä, Bilkan oli tarpeen tehdä kokoaikatyöstä houkuttelevampaa kuin osa-aikatyöstä rajoittamalla yritysäläkejärjestelmä koskemaan ainoastaan kokoaikaisia työntekijöitä. Tässä yhteydessä EY:n tuomioistuin loi kolmiportaisen suhteellisuusperiaatetta ilmentävän testinsä. Saksalainen tuomioistuin katsoikin, että työnantajan menettely ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista.<sup>202</sup>

Työnantaja ei voi oikeuttaa menettelyään esimerkiksi vetoamalla pelkkiin tietyistä työntekijäryhmistä tekemiinsä yleistyksiin, kuten olettamukseen siitä, että osa-aikaiset eivät ole yhtä integroituneita yritykseen kuin kokoaikaiset tai että he pelkästään osa-aikaisuutensa perusteella olisivat vähemmän taitavia työssään kuin kokoaikaiset.<sup>203</sup> Tapauksessa *Hill* tuomioistuin kielsi yleisluonteisten toteamusten esittämisen oikeuttamisperusteina, jos samalla ei esitetä konkreettista näyttöä perusteen syrjimättömyydestä. Vastaaja oli nimittäin esittänyt, että kyseinen syrjiväksi oletettu menettely oli julkishallinnossa yleinen käytäntö.<sup>204</sup>

Tapauksessa *Enderby* EY:n tuomioistuin katsoi, että eri alojen palkkaeroja ei voi oikeuttaa sillä, että palkkatasosta on sovittu eri työehtosopimuksissa. Tapaus koski samanarvoisten töiden palkkaeroa, kun huonommin palkattuun ammattiryhmään (puheterapeutit) kuului pääasiassa naisia ja paremmin palkattuihin ryhmiin (psykologit ja proviisorit) miehiä. Tapauksessa EY:n tuomioistuin kuitenkin katsoi, että ”työmarkkinatilanne, joka voi johtaa työnantajan nostamaan tietystä työstä maksettavaa palkkaa hakijoiden houkuttelemiseksi, voi olla yksi edellä mainituissa oikeuskäytännössä tarkoitetuista objektiivisesti perustelluista taloudellisista syistä”.<sup>205</sup> Tapausta on kritisoitu muun muassa siitä, että markkinavoima-argumentin hyväksyessään tuomioistuin ei ottanut huomioon sitä, että sukupuolen mukaan segregoituneilla työmarkkinasektoreilla markkinavoimat itse ylläpitävät ja vahvistavat epätasa-arvoa. Markkinavoimiin vetoaminen ei pelkästään saisikaan riittää, sillä syrjinnänvastaisen lainsäädäntö on laadittu juuri markkinoilla toimivien toiminnan rajoittamiseksi.<sup>206</sup>

<sup>202</sup> Bundesarbeitsgerichtin tuomio 14.10.1986 BB 1987, s. 829, Ks. *Hervey* 1993 s. 73.

<sup>203</sup> Ks. tapaukset 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743, tuomion 13–14 kohta, joka tosin koski syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä, sekä C-184/89 *Nimz* [1991] ECR I-297, tuomion 13–14 kohta, C-1/95 *Gerster* [1997] ECR I-5253, tuomion 39 kohta ja C-100/95 *Kording* [1997] ECR I-5289, tuomion 23 kohta.

<sup>204</sup> C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion kohta 38.

<sup>205</sup> C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, tuomion 26 kohta.

<sup>206</sup> *O’Leary* 2002 s. 149.

Välillisesti syrjivän työlaainsäädännön kontekstissa EY:n tuomioistuin loi Bilka-testiä vastaavan suhteellisuusperiaatteen mukaisen testin tapauksessa *Rinner-Kühn*<sup>207</sup>. Tapauksessa EY:n tuomioistuin totesi, että jäsenvaltion tulee osoittaa, että valitut keinot olivat sopivia ja välttämättömiä tietyn välttämättömän sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi (”the means chosen meet a necessary aim of its social policy and that they are suitable and requisite for attaining that aim”). ”Välttämätön tavoite” muuttui tosin myöhemmässä ratkaisukäytännössä ”hyväksyttäväksi tavoitteeksi” (”legitimate”) niin työlaainsäädäntöä<sup>208</sup> kuin sosiaaliturvalainsäädäntöä<sup>209</sup> koskevilla tapauksilla. Näin se kirjattiin myös todistustaakkadirektiiviin ja työelämän yleisen tasa-arvodirektiivin muutosdirektiiviin.

Sosiaaliturvaa koskevissa asioissa EY:n tuomioistuin on ainakin aiemmassa oikeuskäytännössään keventänyt oikeuttamistestiä ja sallinut jäsenvaltioille laajemman harkintavallan. Tapauksissa *Nolte* ja *Megner & Scheffel* tuomioistuin nimittäin totesi, että syrjintäoletta kumoutuu, jos kansallinen lainsäätäjä on voinut *perustellusti* (en. ”reasonably”, ra. ”raisonnablement”) katsoa, että syrjiväksi esitetty lainsäädäntö oli välttämätön (”necessary”, ”nécessaire”) sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi.<sup>210</sup>

Tapauksessa *Seymour-Smith* tuomioistuin ulotti sosiaaliturvalainsäädäntöä koskevien tapausten *Nolte* ja *Megner & Scheffel* ratkaisut myös työlaainsäädännöllisiin asioihin. Tapauksessa riidanalaisen lainsäädännön mukaan irtisanomissuoja koski vain kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Ison-Britannian hallitus väitti, että työnantajilla oleva riski joutua laitonta irtisanomista koskeviin oikeudenkäynteihin vähentää heidän työhönottohalukkuuttaan, minkä vuoksi riidanalainen lainsäädäntö on perusteltu työllisyyden edistämiseksi. Tuomioistuin totesi, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, on tästä huolimatta tutkittava myös sitä, edistääkö riidanalainen säännös tavoitteen saavuttamista ja voidaanko tavoite saavuttaa myös muilla keinoilla (suhteellisuusperiaatteen mukaisuus). Vastaaja väitti *Nolte*-tapaukseen viitaten, että jäsen-

---

<sup>207</sup> 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR I-2743.

<sup>208</sup> C-457/93 *Lewark* [1996] ECR I-243, tuomion 36 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 41 kohta.

<sup>209</sup> C-229/89 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta* [1991] ECR I-2205, tuomion kohta 26, C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion kohta 34; C-226/91 *Molenbroek* [1992] ECR I-5943, tuomion kohta 13; C-444/93 *Megner ja Scheffel* [1995] ECR I-4741, tuomion kohta 24; C-8/94 *Laperre* [1996] ECR I-273, tuomion kohta 14; C-280/94 *Posthuma-van Damme* [1996] ECR I-179, tuomion kohta 24.

<sup>210</sup> C-317/93 *Nolte* [1995] ECR I-4625 36 kohta ja C-444/93 *Megner ja Scheffel* [1995] ECR I-4741, tuomion 30 kohta.

valtioiden on vain osoitettava, että se oli voinut *perustellusti* arvioida toimenpiteen edistävän sosiaalipoliittisen tavoitteen toteuttamista.

EY:n tuomioistuin katsoi, että vaikka sosiaalipolitiikka kuuluuakin pääasiallisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan, niiden harkintavalta ei voi kuitenkaan tehdä tyhjäksi yhteisön oikeuden peruseriaatteiden toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan pelkät yleisluonteiset väitteet työllisyyden edistämiseksi tarkoitetun toimenpiteen soveltuvuudesta eivät riitä, eikä niiden perusteella voida myöskään perustellusti arvioida, voidaanko valituilla keinoilla edistää tavoitteen toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan ”jäsenvaltion on syrjiväksi oletetun säännöksen laatijana osoitettava, että säännös on perustellun sosiaalipoliittisen tavoitteen mukainen, että siihen ei liity sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja että se on voinut perustellusti arvioida, että valituilla keinoilla edistetään tämän tavoitteen toteuttamista”.<sup>211</sup> Tapauksessa tuomioistuin siis loppujen lopuksi yhdisti Rinner-Kühn-testin ja Nolte-testin. *Barnard* onkin kritisoinut tuomiota siitä, ettei siinä anneta selkeää ohjetta kumpaa testiä tulisi soveltaa.<sup>212</sup> Kuten *O’Leary* toteaa, tapauksessa näkyy eri suuntaan vetävät periaatteet, yhtäältä jäsenvaltioiden työllisyyspoliittiset näkökohdat ja toisaalta sukupuolten tasa-arvon periaate perusoikeutena.<sup>213</sup>

Työllisyyden edistämiseen on vedottu myös tuoreimmissa tapauksissa *Steinicke* ja *Kutz-Bauer*. Tapauksessa *Steinicke* kyse oli Saksan työläis-säädännöstä, jonka mukaan virkamiehellä oli oikeus ikääntyneiden osaaikatyöhön vain jos hän oli edeltävät viisi vuotta työskennellyt kokoaikaisesti vähintään kolmen vuoden ajan. Osa-aikaiset työntekijät jäivät siis järjestelmän ulkopuolelle, ja heistä suurin osa oli naisia. Tuomioistuin toisti tapauksissa, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, jäsenvaltioiden sosiaalipolitiikan alalla oleva harkintavalta ei voi tehdä tyhjäksi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun kaltaisen yhteisön oikeuden peruseriaatteen toteuttamista. Niinpä pelkät yleisluonteiset väitteet jonkin järjestelmän soveltuvuudesta työllisyyden edistämiseen eivät riitä, eikä niiden perusteella voida perustellusti katsoa, että valitut keinot ovat soveltuvia tavoitteen saavuttamiseksi.<sup>214</sup>

Tapauksessa *Steinicke* vastaaja perusteli syrjivää käytäntöä sillä, että muussa tapauksessa julkishallinnolle aiheutuisi työtehtävien suunnitteluun

<sup>211</sup> C-167/97 *Seymour-Smith* [1999] ECR I-623, tuomion 71–77 kohta.

<sup>212</sup> *Barnard* 2000 s. 218.

<sup>213</sup> *O’Leary* 2002 s. 165–166.

<sup>214</sup> C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 62–64 kohta, C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 56–58 kohta.

ja jakamiseen liittyviä kohtuuttomia rasitteita. EY:n tuomioistuin totesi, että talousarvioon liittyvät näkökohdat voivat olla jäsenvaltion sosiaalipoliittisten ratkaisujen perustana, mutta ne eivät ole sellaisenaan politiikalla tavoiteltuja päämääriä, eikä niillä voida perustella sukupuoleen kohdistuvaa syrjintää.<sup>215</sup> Syrjinnän poistamisen aiheuttamilla kustannuksilla ei myöskään voida perustella syrjivää menettelyä.<sup>216</sup>

Direktiivit näyttävät sanamuotonsa perusteella edellyttävän samanlaisia oikeuttamistestiä kaikkiin välillisen syrjinnän tapauksiin riippumatta siitä, onko lähde työläinsäädäntö vai työnantajan toiminta.<sup>217</sup> Näin ollen merkitystä ei itse asiassa tulisi olla sillä, kuinka perustellusti lainsäätäjät on voinut olettaa säännöksen edistävän tavoitteen toteutumista. Oikeuttamisperusteita arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota ainoastaan siihen, onko säännöksellä puolueettomasti perusteltavissa oleva hyväksyttävä tavoite, edistävääkö keinot tuon tavoitteen saavuttamista ja ovatko keinot välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi (”unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”).

EY:n tuomioistuin näyttää tästä huolimatta luoneen kolme eri oikeuttamistestiä: tiukan Bilka-testin työnantajien välillisesti syrjivien käytäntöjen varalle, heikomman Seymour-Smith-testin työläinsäädäntöä varten ja sosiaaliturvaa koskevan kaikista heikoimman Nolte-testin.<sup>218</sup> Tämä jaottele eri testeihin syrjinnän lähteen perusteella vahvistuu tapauksessa *Krüger*, jonka mukaan työnantajat eivät voi viitata väljempiin, syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä koskeviin oikeuttamisperusteisiin, koska heillä ei ole samaa harkintavaltaa kuin lainsäätäjällä.<sup>219</sup>

### 3.2.1 Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely

Suomessa on korkeimmassa oikeudessa ollut vain yksi välillistä syrjintää koskeva tapaus, jossa pohdittiin nimenomaan työnantajan menettelyn oikeuttamisperusteita (KKO 2004:59). Tapauksessa oli kyse siitä, että kaupunki oli huonon taloudellisen tilansa takia lomauttanut huomattavan osan

<sup>215</sup> C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 66 kohta. Ks. myös C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion 35 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 59 kohta; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 39 kohta.

<sup>216</sup> C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion 68 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 61 kohta; C-243/95 *Hill* [1998] ECR I-3735, tuomion 40 kohta.

<sup>217</sup> *Barnard* ja *Hepple* 2000 s. 575.

<sup>218</sup> Ks. oikeuttamistestien hierarkiasta esim. *Barnard* 2000 s. 218 ja *O’Leary* 2002 s. 181.

<sup>219</sup> C-281/97 *Krüger* [1999] ECR I-5127, tuomion 28–29 kohta.

kaikkein naisvaltaisimman toimialansa henkilöstöstä. Lomautuksen kohteena olleen perusturvatoimialan henkilöstöstä 93,5 % oli naisia. Kantajat väittivät, että kaupunki oli rikkonut tasa-arvolain 7 ja 8 §:ää lomauttamalla vain naisvaltaisen perusturvatoimialan henkilöstöä eikä muun muassa miesvaltaisen teknisen toimialan henkilöstöä. Korkein oikeus toteaa päätöksessään, että lomautusten kohdistuminen näin merkittävästi vain yhteen mutta selvästi naisvaltaisimpaan toimialaan ja siten suhteellisesti suurempaan määrään naisia kuin miehiä, synnyttää syrjintäolettamaa.

Kaupunki esitti oikeuttamisperusteinaan, että lomautukset oli toimeenpantu talousarviossa perusturvatoimialalle asetetun nettomenojen supistamisvelvoitteen saavuttamiseksi. KKO toteaa, että syrjintäolettamasta ei voi vapautua pelkästään sen vuoksi, että lomautukset ovat perustuneet sitovaan talousarvioon. KKO tarkasteli ensin sitä, ovatko säästötavoitteiden asettamisessa käytetyt perusteet sellaisenaan naisvaltaisen toimialan työntekijöitä syrjiviä tai onko eri toimialoilla sovellettu erilaisia perusteita ilman hyväksyttävää syytä.

Kaupunki oli viitannut siihen, että

- 1) perusturvatoimiala oli ainoana toimialana ylittänyt talousarvionsa huomattavasti kahtena edellisenä vuonna
- 2) säästötarpeeseen oli vaikuttanut olennaisesti kaupungin saama sosiaali- ja terveystoimen valtionosuuden aleneminen
- 3) perusturvatoimialan menot olivat ylittäneet sosiaali- ja terveystoimen käyttökustannusten laskennalliset valtionosuuden perusteet, joissa on jo huomioitu mm. asukasluku, ikärakenne ja sairastavuus, noin 10 prosentilla. Ylittämisen vuoksi keskimääräistä suurempi osa perusturvatoimialan kustannuksista on jouduttu kattamaan kaupungin omalla rahoituksella. Talousarviossa perusturvatoimialalle asetetun säästövelvoitteen keskeinen tarkoitus olikin ollut kustannusten saattaminen sellaiselle tasolle, joka vastaisi valtionosuusjärjestelmän valtakunnallisesti hyväksytyjä laskentaperusteita.

Muilla toimialoilla ei ollut vastaavia taloudellisia ongelmia. KKO toteaa lisäksi, ettei ole näytetty, että kaupunki olisi noudattanut muiden toimialojen henkilöstön suhteen erilaista käytäntöä. Näillä perusteilla KKO katsoi, että säästövelvoitteet oli asetettu syrjimättömästi. Tämän jälkeen KKO tutki lisäksi sen, olisiko lomautukset tullut kohdistaa myös muiden toimialojen henkilöstöön. Tässä on mielestäni koko tapauksen ydin.

Sekä hovioikeus että KKO katsoivat, että lomautusperuste oli käytettävissä muillakin toimialoilla kuin perusturvatoimialalla, sillä kaupungin taloudelliset vaikeudet ulottuivat kaikille aloille. Hovioikeus päätyi ratkaisussaan siihen, että lomautusten suuntaaminen yksin perusturvatoimi-

alalle ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista, etenkin, kun eräillä toimialoilla oli samaan aikaan nostettu johtotason palkkoja, ja kun teknisellä toimialalla tapahtunutta talousarvion ylitystä oli pidetty yllättävien mutta sinänsä ennakoitavien luonnonolosuhteiden vuoksi perusteltuna. KKO kuitenkin katsoi, että *kunnan järkevän taloudenpidon ja toiminnan järjestämisen kannalta* on perusteltua, että myös palkkauskuluihin kohdistuvat säästötoimet voidaan toimeenpanna kulloisenkin tarpeen mukaan toimialoittain esimerkiksi jonkin toimialan taloudellisten ongelmien korjaamiseksi. KKO toteaa, että vaikka säästötoimet kohdistuisivat kerrallaan vain johonkin huomattavan naisvaltaiseen toimialaan, ei sitä voida vielä sellaisenaan pitää syrjivänä, jos tähän on *kunnan taloudenpidosta johtuvat objektiiviset perusteet*. Tilannetta voitaisiin KKO:n mukaan arvioida toisin, jos muulla, vähemmän naisvaltaisella alalla noudatettaisiin samanlaisessa taloudellisessa tilanteessa erilaista käytäntöä ilman objektiivisesti hyväksyttävää syytä. Lisäksi KKO katsoo, että lomautukset eivät olleet lomautuksen kesto huomioon ottaen suhteettomia lomautuksilla tavoiteltuun päämäärään nähden eivätkä myöskään kohtuuttomia muiden toimialojen henkilöstöön asemaan verrattuna.

### 3.2.2 Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä

KKO ei viittaa EU:n oikeuteen eikä edes EY:n tuomioistuimen lukuisiin välillistä syrjintää koskeviin tapauksiin, vaikka sekä käräjäoikeus että hovioikeus pohtivat nimenomaan oikeuttamisperusteita EU:n oikeuden, ja erityisesti Bilka-testin valossa. Tosin alemmissakaan oikeusasteissa Bilka-testin soveltaminen ei mennyt aivan doktriinin mukaisesti. Tuomioistuinten olisi ensinnäkin tullut arvioida sitä, miksi syrjiväksi väitettyyn menettelyyn ryhdyttiin. Miksi lomautettiin vain naisvaltaisin ala? Oliko kunnalla todellinen tarve lomauttaa vain naisvaltaisin ala eikä muita aloja? Kuten tapauksesta käy ilmi, lomautukset oli kohdistettu ainoastaan perusturva-alalle, koska se oli ainoana toimialana ylittänyt talousarvionsa huomattavasti kahtena edellisenä vuonna. Vaikka säästövelvoitteet sinänsä olisikin asetettu objektiivisesti, kuten KKO toteaa, ei niiden ylittäminen voi olla oikeuttamisperuste vain kyseisen alan lomauttamiselle, jos sillä on epäedullisia sukupuolivaikutuksia, varsinkaan, kun lomauttamisperuste olisi käytettävissä myös muilla aloilla. KKO katsoikin, että kunnan järkävä taloudenpito ja toiminnan järjestäminen muodostavat kunnalle todellisen tarpeen syrjivälle menettelylle. KKO ei kuitenkaan tuomiossaan viittaa niihin lukuisiin EY:n tuomioistuimen tapauksiin, joissa todetaan, että syrjintää ei voi oikeuttaa talousarvioon liittyviin näkökohtiin

vedoten. Syrjivää menettelyä ei voi perustella myöskään julkishallinnolle aiheutuvilla työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvillä kohtuuttomilla rasitteilla (C-77/02 *Steinicke*).

EY:n tuomioistuin on useaan otteeseen todennut, että jos talousarvioon liittyvillä näkökohdilla voitaisiin oikeuttaa oletettu välillinen syrjintä, niinkin perustavanlaatuisen yhteisön oikeuden periaatteen kuin sukupuolten välisen tasa-arvon soveltaminen ja sisältö voisivat vaihdella ajan ja paikan mukaan jäsenvaltioiden taloudellisen tilanteen perusteella.<sup>220</sup> Tuomioistuin on siis antanut etusijan tasa-arvon periaatteelle eikä taloudellisille argumenteille. EY:n tuomioistuin onkin oikeuskäytännössään useasti todennut, että sukupuolisyrynnän kieltö on yksi perusoikeuksista, joiden kunnioittaminen tuomioistuimen on taattava.<sup>221</sup>

Kunnan esittämät oikeuttamisperusteet kaatuvat siis jo Bilka-testin ensimmäiseen kohtaan. Oletetaan, että kunta olisi kyennyt näyttämään jonkin hyväksyttävän tavoitteen sille, että vain yksi ala lomautetaan kerrallaan silloinkin, kun lomautusperuste olisi käytössä muillakin aloilla. Bilka-testin toisessa kohdassa olisi tullut pohtia sitä, edistääkö syrjiväksi oletettu menettely tavoitteeseen pääsemistä. Kolmanneksi olisi tullut pohtia sitä, oliko yksin naisvaltaisen alan lomauttaminen välttämätöntä eli olisiko tavoitteeseen päästy vähemmin syrjivin keinoin. Koska lomautusperuste oli käytettävissä muillakin aloilla, vain naisvaltaisen alan lomauttamista tuskin voidaan katsoa välttämättömäksi.

On kiinnitettävä huomiota myös siihen, että KKO antoi merkitystä myös sille, että muita aloja olisi vastaavassa tilanteessa kohdeltu samalla tavalla. Kyse oli kuitenkin välillisestä, ei välittömästä syrjinnästä. Kuten olen pyrkinyt osoittamaan, välillisen syrjinnän konstruktion ei kuulu sen arvioiminen, onko ryhmiä kohdeltu muodollisesti yhdenvertaisesti. Merkitystä on vain sillä, joutuiko jokin ryhmä tosiasiasa menettelyn seurauksena epäedullisempaan asemaan, oli kyse sitten samanlaisesta tai erilaisesta kohtelusta.

<sup>220</sup> C-77/02 *Steinicke* [2003] ECR I-9027, tuomion kohta 67; C-226/98 *Jørgensen* [2000] ECR I-2447, tuomion 39 kohta; C-343/92 *De Weerd* [1994] ECR I-571, tuomion 36 kohta; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, tuomion 60 kohta.

<sup>221</sup> C-50/96 *Schröder* [2000] ECR I-743, 56 kohta; 149/77 *Defrenne III* [1978] 1365, tuomion 26 ja 27 kohta; yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82 *Razzouk ja Beydoun* [1984] ECR I-1509, tuomion 16 kohta; C-13/94 *P v. S* [1996] ECR I-2143, tuomion 19 kohta. *Schröder*-tapauksessa tuomioistuin toteaa (tuomion 57 kohta), että tämä oikeuskäytäntö huomioon ottaen, samapalkkaisuutta koskevan 141 artiklan taloudellinen tavoite on toissijainen verrattuna sen sosiaaliseen tavoitteeseen, joka on ilmaus yhdestä perustavanlaatuisesta perusoikeudesta.

Kuten *Ellis* toteaa, EY:n tuomioistuimen luoma oikeuttamistesti jättää tuomioistuimille paljon harkintavaltaa.<sup>222</sup> Tätä harkintavaltaa käytettäessä tulisi ottaa huomioon se, että vaihtoehtoista tulisi valita ihmisoikeusystävällisin vaihtoehto. Juuri oikeuttamisperusteita arvioitaessa ihmisoikeuskontekstia ja ihmisoikeussopimusten asettamia velvoitteita ei tulisi unohdtaa. Erityisesti CEDAW-sopimuksen asettamat velvoitteet naisten tosiasiallisen aseman parantamisesta sekä syrjivien rakenteiden ja stereotyyppien poistamisesta tulisi ottaa vakavasti. Kun toisessa vaakakupissa on ihmisoikeudeksi tunnustettu perustavaa laatua oleva oikeus ja toisessa jokin muu, kuten taloudellinen intressi, ei punninnan uskoisi tuottavan vaikeuksia etenkin perustuslain 22 §:n valossa.<sup>223</sup>

## 4 KOOTUSTI SYRJINNÄN ELEMENTEISTÄ

Syrjinnän elementit konkretisoituvat todistustaakan jaon periaatteen mukaisesti syrjintäolettaman luomisessa ja sen kumoamisessa. Tasa-arvolain 7 §:n mukaisen syrjintäolettaman luomiseksi ja sen kumoamiseksi tarvittavat elementit kunkin syrjinnän muodon osalta havainnollistuvat taulukossa 1. Täsmentäviä säännöksiä työelämän erityistilanteisiin on lain 8 §:ssä.

Syrjintäolettama luodaan eri tavalla riippuen siitä, onko kyseessä eri asemaan asettaminen tai joutuminen kielletyllä perusteella vai jollain neutraalilla perusteella. Kun on kyse kielletystä syrjintäperusteesta, syrjintäolettaman syntyminen edellyttää, että kantaja on asetettu tai joutunut eri asemaan kuin toista sukupuolta oleva henkilö tai henkilö, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn (vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus) osalta tai verrattuna tilanteeseen, missä syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (kuten raskaus tai vanhemmuus) ei olisi ollut. Näin ollen myös ns. itsevertailu on mahdollista.

Lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä syrjintäolettaman luomiseksi kantajan on tilastoin tai muulla tavoin osoitettava, että menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella.<sup>224</sup> Kantaja tarvitsee tällöin tietoja menettelyn vaikutuksista omaan sukupuoleensa yleensä. Tämä vaikutus voidaan osoit-

---

<sup>222</sup> *Ellis* 1998 s. 130.

<sup>223</sup> Ks. myös *Prechal* 2004 s. 547–551.

<sup>224</sup> HE 195/2004 vp s. 39.



	SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN	SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN
VÄLITÖN SYRJINTÄ	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Peruste sukupuoli (7 § 2 mom 1 kohta)</li> <li>– Peruste raskaus tai synnytyksestä johtuva syy (7 § 2 mom 2 kohta)</li> <li>– Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertailupiirin valinta</li> <li>• Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus vs. tosiasiallinen yhdenvertaisuus</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Peruste ei sukupuoli, raskaus tai synnytyksestä johtuva syy vaan menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta (9 a §)</li> <li>– Oikeuttamisperusteet (8 § 1 mom 1 kohta ja 9 §)</li> </ul>
VÄLILLINEN SYRJINTÄ	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Peruste vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (7 § 3 mom 2 kohta)</li> <li>– Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertailupiirin valinta</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Peruste ei vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus (9 a §)</li> <li>– Oikeuttamisperusteet (7 § 4 mom ja 8 § 2 mom)</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Peruste neutraali, lopputulos syrjivä (7 § 3 mom 1 kohta)</li> <li>– Eri asema (vertailu) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tilastot ja yleinen sosiologinen tieto</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Oikeuttamisperusteet (7 § 4 mom ja 8 § 2 mom)</li> </ul>

**Taulukko 1.** Sukupuolisyrynnän kieltojen elementit.

taa tilastoin tai sellaisen yleisen sosiologisen tiedon perusteella, joka osoittaa, että esimerkiksi naisilla on riski joutua menettelyn seurauksena miehiä epäedullisempaan asemaan. Tilastoja voidaan arvioida sekä niiden merkittävyyden (luotettavuuden) että merkittävyyden (onko sukupuolivaikutusten ero tarpeeksi suuri synnyttääkseen syrjintäolettaman) perusteella. Syrjintäkieltojen tehokkuusperiaate edellyttää, että kantajan todistustaakkaa on syytä erityisesti välillisen syrjinnän osalta joissain tapauksissa laskea.

Vertailuun liittyen ongelmallisia kysymyksiä ovat vertailupiirin valinta sekä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus. Vertailupiirit muodostetaan pääsääntöisesti syrjiväksi väitetyyn lainsäädännön tai käytännön soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Välittömän syrjinnän osalta olen pyrkinyt osoittamaan, että vertailukelpoisen aseman vaatimusta tulisi avoimesti punnita tosiasiallisen yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koskevat tapaukset osoittavat, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus siihen sisältyvistä heikkouksista huolimatta on joissain tapauksissa välttämätön, jos halutaan säilyttää välittömän syrjinnän konstruktio eheänä (toisin sanoen ei hyväksytä oikeuttamisperusteita).

Yhä useampi syrjintätapaus liittyy jollain tavoin juuri raskauteen tai perhevapaiden käyttöön. Tällöin keskeistä on se, että vertailtavat henkilöt eivät ole samankaltaisessa tilanteessa – eikä sitä tulisi edellyttääkään. Ainoastaan samapalkkaisuutta koskevissa tapauksissa on jotenkin ymmärrettävissä, miksi äitiysvapaalla olevan työntekijän tilanteen *nimenomaan tämän loman aikana* ei ole katsottu olevan verrattavissa työssä olevan tilanteeseen. EY:n tuomioistuimen mukaan samapalkkaisuusperiaate ei siis edellytä työntekijöiden kokonaispalkan säilyttämistä äitiysvapaan aikana, vaan äitiysvapaan aikainen palkka tai korvaus määräytyy raskaussuojeludirektiivin 92/85/ETY säännösten perusteella. Raskaana ja äitiysvapaalla olevan *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä on parhaillaan tai on ollut raskaana tai äitiysvapaalla. Esimerkiksi työhönotossa tai irtisanottaessa raskaussyrjintä on kiellettyä. Samoin äitiysvapaalla olevan tulee saada ne palkankorotukset ja muut työehtojen parannukset, jotka on toteutettu tämän äitiysvapaan aikana. Samoin äitiysvapaa tulee ottaa huomioon kokemuslisää kartuttavana aikana. Merkitystä ei ole tällöin sillä, että raskaana tai äitiysvapaalla oleva ei itse asiassa ole vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa. Tämän vuoksi ei voida myöskään sanoa, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus olisi yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa. Päinvastoin tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää toisenlaista lähestymistapaa etenkin niihin syrjintätilanteisiin, joissa kyse on vain naissukupuoleen liittyvästä raskaudesta ja äitiysvapaasta. Joka tapauksessa vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta tulee välittömän syrjinnän tapauksissa punnita avoimemmin keskenään.

Olen myös pyrkinyt osoittamaan, että muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta ilmentävä doktriini samanlaisen kohtelusta samalla tavalla ja siihen liittyvä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus eivät kuulu välillisen syrjinnän konstruktion. Tällöin merkitystä ei ole kohtelun samanlaisuu-

della tai erilaisuudella vaan sillä, että jokin suojelua saava ryhmä joutuu menettelyn vuoksi haitalliseen asemaan.

Sekä välittömässä että välillisessä syrjinnässä vastaajan on syrjintäolet-taman kumotakseen osoitettava, että menettely johtuu muusta, hyväksyt-tävästä seikasta kuin sukupuolesta (9 a §) eli kumottava kausaaliyhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä. Jos välittömässä syrjinnässä vastaaja myöntää, että eri asemaan asettamisen syynä on sukupuoli, ei hänellä ole enää mahdollisuutta oikeuttaa menettelyään vetoamalla esimerkiksi taloudellisiin syihin. Välittömään syrjintään liittyvistä oikeuttamis-perusteista on EU:n oikeuden mukaan säädettävä lailla. Jos eri asemaan asettamisen peruste on vanhemmuus tai perhehuoltovelvollisuus, kyse on välillisestä syrjintäolettamasta. Tällöin vastaaja voi vielä oikeuttaa me-nettelynsä osoittamalla, että se on suhteellisuusperiaatteen mukainen eli että menettelyllä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja että valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina (välttämättöminä) tavoit-teeseen nähden.

Lopputuloslähtöisessä syrjinnässä kausaaliyhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä kumotaan osoittamalla menettelyn suhteellisuusperiaatteen mukaisuus. Puhutaan ns. oikeuttamisperusteista. Oikeuttamisella tarkoitetaan tässä sitä, että vaikka menettelyllä onkin epäedullisia suku-puolivaikutuksia, sillä tavoitellaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti jotakin hyväksyttävää päämäärää. Välillisessä syrjinnässä epäedulliseen asemaan joutumisen perimmäinen syy on siis epäselvä, jolloin vastaaja voi pyrkiä osoittamaan, että tuo perimmäinen syy ei ole sukupuoli.<sup>225</sup> Suhteel-lisuusperiaatteen mukaisuutta on EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännös-sä arvioitu eri tavalla riippuen syrjinnän lähteestä.

Välillisen syrjintäolettamian kumoamiseksi on EY:n tuomioistuin luonut kolmiportaisen testin, joka on kodifioitu myös tasa-arvodirektiiviin. Tasa-arvodirektiivin 2 artiklan 2 kohdan 2 alakohdan ja tasa-arvolain 7 §:n 4 momentin mukaan on arvioitava *ensinnäkin* sitä, onko menettelyllä objektiivisesti perusteltavissa oleva hyväksyttävä tavoite. *Bilka*-tapauksen perusteella työnantajien tulee osoittaa syrjivän menettelyn oikeuttamiseksi, että yrityksellä on syrjiväksi oletetulle menettelylle todellinen tarve. Tämä on suurempi vaatimus kuin pelkkä ”hyväksyttävä tavoite”. Objektiivisuus tarkoittaa muun muassa sitä, että työnantajan subjektiiviset mieltymykset eivät voi oikeuttaa syrjivää menettelyä. Myöskään yleistyksen tietyistä työn-tekijäryhmistä ilman konkreettista näyttöä eivät riitä hyväksyttäväksi pe-rusteeksi välillisesti syrjivälle menettelylle. Työn luonteeseen liittyvät pe-

<sup>225</sup> *Ellis* 1994 s. 563.

rusteet kuten koulutuserot palkkaeron perusteena ovat hyväksyttäviä vain, jos niillä on todellista merkitystä työn suorittamisen kannalta. Talousarvioon perustuvat näkökohdat tai työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvät kohtuuttomat rasitteet eivät ole hyväksyttäviä syitä syrjivälle menettelylle.

*Toiseksi* on arvioitava sitä, edistävätkö keinot tuon tavoitteen saavuttamista. Edelleenkin vastaaja ei vapaudu syrjintäepäilystä pelkkien yleisten väittämien perusteella. Esimerkiksi lainsäätäjät ei voi vedota sinänsä hyväksyttävään työllisyyden edistämisen tavoitteeseen, ellei se osoita, että menettely tosiasiallisesti edistää työllisyyttä. Työnantajan tai lainsäätäjän tulee osoittaa, että menettelyllä todella päästään niihin tavoitteisiin, joihin menettelyllä pyritään.

*Kolmanneksi* on arvioitava menettelyn välttämättömyyttä tavoitteen saavuttamiseksi. Jos vähemmän syrjiviä keinoja tavoitteen saavuttamiseksi olisi ollut olemassa, syrjintäoletta ei kumoudu, sillä menettely on tällöin suhteellisuusperiaatteen vastaista. Sosiaaliturvaa koskevissa asioissa EY:n tuomioistuin on antanut jäsenvaltioille enemmän harkintavaltaa. Näissä asioissa on katsottu riittäväksi, että lainsäätäjät on ”perustellusti voinut arvioida” menettelyn olevan sopiva ja välttämätön tavoitteen saavuttamiseksi.

Kaksi viimeistä kohtaa ilmentävät EY:n oikeudessa tuttua suhteellisuusperiaatetta. Välillisesti syrjiväksi oletetun menettelyn tai säännön oikeuttamisessa suhteellisuusperiaatteella on tärkeä merkitys arvioitaessa sitä, oikeuttavatko menettelyyn ryhtymisen syyt menettelystä aiheutuneet syrjivät sukupuolivaikutukset.

## 5 LOPUKSI

Feministijuristien usko syrjintäkieltojen tehokkuuteen tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi ei ole kovinkaan vahva.<sup>226</sup> Tästä huolimatta käsitteitä on mahdollista kehittää siten, että niiden koko potentiaali tulisi käyttöön. Erityisen tärkeää olisi ymmärtää syrjintäkieltojen luonne juuri perus- ja ihmisoikeutena. Sen ohella, että panostetaan syrjintäkieltojen yli meneviin, tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen tähtääviin toimiin, tulisi myös syrjintäkieltoja sovellettaessa kiinnittää huomiota siihen, että tuomiot vastaavat myös ihmisoikeussopimuksissa asetettuihin velvoitteisiin.

---

<sup>226</sup> Ks. esim. *Fredman* 2002.

Syrjintäkieltoja tulkittaessa olisi otettava huomioon erityisesti CEDAW-sopimuksen sopimusvaltioille asettamat velvoitteet rakenteellisen syrjinnän ja sukupuolirooleja koskevien stereotyyppien poistamisesta. Myös syrjintäkieltojen tulee toteuttaa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaatetta. Paitsi että ihmisoikeussopimuksissa ja perustuslaissamme on säännöksiä tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kielloista, myös EU:ssa yhdenvertaisuusperiaate on kehittynyt yleiseksi oikeusperiaatteeksi. Tämä tarkoittaa sitä, että tosiasialliselle yhdenvertaisuusperiaatteelle tulee antaa etusija intressipunninnassa, kun punnitaan oikeuttamisperusteita tai sitä, tuleeko vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta soveltaa.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Ahtela, Karoliina*: The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment. *European Law Journal* 11 (1), 2005, pp. 57–78.
- Alarotu, Outi*: Perheen ja pätkätöiden yhdistäminen – raskaussyrjinnän kiellosta määräaikaissa palvelussuhteissa. *Oikeus* 2003 (32); 4: 376–396.
- Barbera, Marzia*: The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order. In *Hervey, Tamara – Kenner, Jeff* (eds): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2003, pp. 139–160.
- Barnard, Catherine*: The Principle of Equality in the Community Context: *P, Grant, Kallancke and Marschall*: Four Uneasy Bedfellows? *Cambridge Law Journal*, 57(2), July 1998, pp. 352–373.
- Barnard, Catherine*: *EC Employment Law*. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Barnard, Catherine – Hepple, Bob*: Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*. *Cambridge Law Journal*, 58(2), July 1999, pp. 399–412.
- Barnard, Catherine – Hepple, Bob*: Substantive Equality. *Cambridge Law Journal*, 59(3), November 2000, pp. 562–585.
- Bartlett, Katharine T.*: Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, Vol. 103, February 1990, No. 4, pp. 829–888.
- Bell, Mark*: The Right to Equality and Non-Discrimination. In *Hervey, Tamara – Kenner, Jeff* (eds): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2003, pp. 91–110.
- Bowers, John – Moran, Elena*: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo. *Industrial Law Journal*, Vol. 31, No. 4, December 2002, pp. 307–320.
- Bowers, John – Moran, Elena – Honeyball, Simon*: Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply. *Industrial Law Journal*, Vol. 32, No. 3, September 2003, pp. 185–187.
- Browne, Kingsley R.*: The Use and Abuse of Statistical Evidence in Discrimination Cases. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 411–423.

- Caracciolo di Torella, Eugenia – Masselot, Annick*: Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice. *European Law Review*, June 2001 pp. 239–260.
- Charlesworth, Hilary*: The boundaries of international law: a feminist analysis. Manchester University Press, Manchester 2000.
- Connolly, Michael*: Discrimination Law: Justification, Alternative Measures and Defences Based on Sex. *Industrial Law Journal*, Volume 30, September 2001, pp. 311–318.
- Cook, Rebecca*: State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. In *Cook, Rebecca* (ed.): *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, pp. 228–256.
- Ellis, Evelyn*: The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law. *European Law Review*, December 1994, pp. 563–580.
- Ellis, Evelyn*: EC Sex Equality Law. Second Edition, Clarendon Press, Oxford 1998.
- Ellis, Evelyn*: The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law. In *Ellis, Evelyn* (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 1999, pp. 165–181.
- Equality in Employment and Occupation*, International Labour Conference (75th Session, 1988). General survey on Convention No. 111 and Recommendation No. 111.
- Fransson, Susanne*: Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikter mellan kollektivavtal och lag. Iustus Förlag, Uppsala 2000.
- Fredman, Sandra*: Discrimination Law. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Fredman, Sandra*: Marginalising Equal Pay Laws. *Industrial Law Journal*, Vol.33, No.3, September 2004, pp. 281–285.
- Gill, Tess – Monaghan, Karon*: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld. *Industrial Law Journal*, Vol. 32, No. 2, June 2003, pp. 115–122.
- Hepple, Bob – Coussey, Mary – Choudhury, Tufyal*: Equality: a New Framenwork. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2000.
- Heringa, Aalt Willem*: Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 25–37.
- Hervey, Tamara*: Justifications for Sex Discrimination in Employment. Butterworths, London 1993.
- Hervey, Tamara*: Structural Discrimination Unrecognized: Jones v. University of Manchester. *The Modern Law Review* 57, 1994, pp. 307–314.
- Hervey, Tamara*: Sex Equality as Substantive Justice. *The Modern Law Review* 62:4, July 1999, pp. 614–622.
- Holtmaat, Rikki*: European Women and the CEDAW-Convention; the Way Forward. Paper presented at the EWLA-Conference. Paris 21–22 September 2002.
- Honeyball, Simon*: Pregnancy and Sex Discrimination. *Industrial Law Journal*, Vol. 29, No.1, March 2000, pp. 43–52.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö. Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 61–86.
- Koskinen Pirkko K. – Bruun, Niklas*: Tasa-arvolaki. Toinen painos, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

- Lacey, Nicola*: From Individual to Group? A Feminist Analysis of the Limits of Anti-Discrimination Legislation. In *Hepple, Bob – Szyszczak, Erika* (eds): *Discrimination: The Limits of Law*. Mansell, London 1992.
- Lerwall, Lotta*: Avskedande pga. graviditet – alltid könsdiskriminering. *Europarättslig tidskrift*. Årgång 5, Nummer 1, 2002 ss. 101–112.
- Loenen, Titia*: Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 195–211.
- Mahoney, Kathleen E.*: Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts. In *Cook, Rebecca* (ed.): *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, pp. 437–461.
- Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu*: Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. *Forum Iuris*, Helsinki 2001.
- Nummijärvi, Anja*: Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta. Edita Publishing Oy, Helsinki 2004.
- O’Leary, Síofra*: Employment Law at the European Court of Justice. *Judicial Structures, Policies and Processes*. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2002.
- Pentikäinen, Merja*: The Applicability of the Human Rights Model to Address Concerns and the Status of Women. *Forum Iuris*, Helsinki 1999.
- Prechal, Sacha*: Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes. *Common Market Law Review* 41: 533–551, 2004.
- Räsänen, Leila*: Hallituksen tasa-arvopolitiikkaa tekemässä. Teoksessa *Holli, Anne Maria – Saarikoski, Terhi – Sana, Elina* (toim.): *Tasa-arvopolitiikan haasteet*. WSOY, Porvoo 2002.
- Saloheimo, Jorma*: Kollektiivisopimuksen syrjivyydestä – kunta-alan kokemuslisän arviointia. *Defensor Legis* 4/1998, ss. 609–620.
- Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto (PL 6§). Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 231–261.
- Selmi, Michael*: Indirect Discrimination: a Perspective from the United States. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 213–222.
- Sjerps, Ina*: Effects and Justifications. Or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 237–247.
- Tuori, Kaarlo*: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: *Perusoikeudet*. WSOY, Juva 1999, ss. 667–673.
- Wentholt, Klaartje*: Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 53–64.
- Vizkelety, Béatrice*: Adverse Effect Discrimination in Canada: Crossing the Rubicon From Formal to Substantive Equality. In *Loenen, Titia – Rodrigues Peter R.* (eds): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 223–236.

## Virallislähteet

- General Comment (of the Human Rights Committee) 18/37 of 9 November 1989.  
HE 57/1985. Hallituksen esitys naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.  
HE 63/1992. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 9 ja 14 §:n muuttamisesta.  
HE 309/1993. Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.  
HE 90/1994. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.  
HE 1/1998. Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.  
HE 195/2004. Hallituksen esitys laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.  
KM 2002:9. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietintö. Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 2002.  
KOM(2004)279 lopullinen. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi miesten ja naisten yhdenvertaisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa.  
II LaVM 4/1986. Toisen lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 57/1985 naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.  
Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5.1.2000.  
PeVL 2/1990. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 22/1989 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.  
PeVM 25/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.  
PeVL 40/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto työelämä- ja tasa-arvovaliokunnalle hallituksen esityksestä n:o 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.  
TyVM 3/2005. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

## OIKEUSTAPAUKSET

### *EY:n tuomioistuim*

- 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost [1974] ECR I-153  
43/75 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1976] ECR I-455  
149/77 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1978] 1365  
96/80 J. P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd [1981] ECR I-911  
Yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82 C. Razzouk ja A. Beydoun v. Euroopan yhteisöjen komissio [1984] ECR I-1509  
170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz [1986] ECR I-1607



- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, Danfossin puolesta [1989] ECR I-3199
- 171/88 Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG [1989] ECR I-2743
- C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR 3941
- C-179/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark Birthe Hertzin puolesta v. Dansk Arbejdsgiverforening Aldi Marked A/S:n puolesta [1990] ECR I-3979
- C-33/89 Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR I-2591
- C-184/89 Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg [1991] ECR I-297
- C-229/89 Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta [1991] ECR I-2205
- C-226/91 Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank [1992] ECR I-5943
- C-127/92 Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority ja Secretary of State for Health [1993] ECR I-5535
- C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579
- C-343/92 M. A. De Weerd, o.s. Roks, ym. v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ym. [1994] ECR I-571
- Yhdistetyt asiat C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 ja C-78/93 Stadt Lengerich v. Angelika Helmig, Waltraud Schmidt v. Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Elke Herzog v. Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV, Dagmar Lange v. Bundesknappschaft Bochum, Angelika Kussfeld v. Firma Detlef Bogdol GmbH ja Ursula Ludewig v. Kreis Segeberg [1994] ECR I-5727
- C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker [1995] ECR I-225
- C-317/93 Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover [1995] ECR I-4625
- C-342/93 Joan Gillespie ym. v. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board ja Southern Health and Social Services Board [1996] ECR I-475
- C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, ent. Industriens Arbejdsgivere, joka edustaa yritystä Royal Copenhagen A/S [1995] ECR I-1275
- C-444/93 Ursula Megner ja Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, devenue Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz [1995] ECR I-4741
- C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark [1996] ECR I-243
- C-8/94 C. B. Laperre v. Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland [1996] ECR I-273
- C-13/94 P v. S ja Cornwall County Council [1996] ECR I-2143
- C-237/94 John O'Flynn v. Adjudication Officer [1996] ECR I-2617
- C-278/94 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Belgian kuningaskunta [1996] ECR I-4307
- C-280/94 Y. M. Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen ja N. Oztürk v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging [1996] ECR I-179
- C-1/95 Hellen Gerster v. Freistaat Bayern [1997] ECR I-5253
- C-100/95 Brigitte Kording v. Senator für Finanzen [1997] ECR I-5289
- C-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibault [1998] ECR I-2011
- C-243/95 Kathleen Hill et Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners et Department of Finance [1998] ECR I-3735

- C-400/95 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, puolesta Helle Elisabeth Larsson v. Dansk Handel & Service, puolesta Føtex Supermarked A/S [1997] ECR I-2757
- C-50/96 Deutsche Telekom AG v. Lilli Schröder [2000] ECR I-743
- C-394/96 Mary Brown v. Rentokil Ltd [1998] ECR I-4185
- C-411/96 Margaret Boyle ym. v. Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401
- C-35/97 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Ranskan tasavalta [1998] ECR I-5325
- C-167/97 The Queen v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith ja Laura Perez [1999] ECR I-623
- C-249/97 Gabriele Gruber v. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG [1999] ECR I-5295
- C-281/97 Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg [1999] ECR I-5127
- C-333/97 Susanne Lewen v. Lothar Denda [1999] ECR I-7243
- C-207/98 Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern [2000] ECR I-549
- C-226/98 Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger ja Sygesikringens Forhandlingsudvalg [2000] ECR I-2447
- C-322/98 Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG [2000] ECR I-7505
- C-79/99 Julia Schnorbus v. Land Hessen [2000] ECR I-10997
- Yhdistetyt asiat C-122/99 ja C-125/99 D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto [2001] ECR I-4319
- C-381/99 Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961
- C-109/00 Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK) [2001] ECR I-6993
- C-187/00 Helga Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg [2003] ECR I-2741
- C-320/00 A. G. Lawrence ym. v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group ja Mitie Secure Services Ltd [2002] ECR I-7325
- C-256/01 Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional ja Secretary of State for Education and Employment [2004] ECR
- C-342/01 María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho SA [2004] ECR
- Yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02 Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ja Silvia Becker v. Land Hessen [2003] ECR
- C-25/02 Katharina Rinke v. Ärztekammer Hamburg [2003] ECR I-8349
- C-77/02 Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit [2003] ECR I-9027
- C-147/02 Michelle K. Alabaster v. Woolwich plc ja Secretary of State for Social Security [2004] ECR
- C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich [2004] ECR
- C-284/02 Land Brandenburg v. Ursula Sass [2004] ECR
- C-285/02 Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen [2004] ECR
- C-313/02 Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG [2004] ECR

*Kotimaiset tuomioistuimet ja tasa-arvolain valvontaelimet*

Turun HO nro 530, 28.2.2003, S 01/1471

KHO 1999:70

KKO 2004:59

TT:1998-34

TT:2003-86

Tasa-arvolautakunnan 18.5.2001 antamat lausunnot diaarinumero 1/01 ja 2/01

Tasa-arvolautakunnan 15.3.2002 antama lausunto diaarinumero 1/02

Tasa-arvolautakunnan 4.2.2003 antama lausunto diaarinumero 1/03

Tasa-arvolautakunnan 28.4.2003 antama lausunto diaarinumero 2/03

Tasa-arvolautakunnan 26.2.2004 antama lausunto diaarinumero 1/04

Tasa-arvolautakunnan 29.10.2004 antama lausunto diaarinumero 5/04

Tasa-arvovaltuutetun antama lausunto diaarinumero 11/53/98

Tasa-arvovaltuutetun 31.5.2001 antama lausunto diaarinumero 5/53/99

Tasa-arvovaltuutetun 7.1.2004 antama lausunto diaarinumero 5/53/02

Tasa-arvovaltuutetun 17.10.2004 antama lausunto diaarinumero 7/55/03

### *Ulkomaiset tuomioistuimet*

Griggs v. Duke Power Company (1981) 401 U.S. 425, US Supreme Court

Jones v. University of Manchester, Court of Appeal 21.12.1992 (1993) IRLR 218 CA.

London Underground Ltd. v. Edwards [1998] I.R.L.R 364 C.A.

## THE PROHIBITION OF SEX DISCRIMINATION IN FINNISH AND EU LAW

This article discusses the elements of the concepts of direct and indirect sex discrimination in Finnish and EU law. Article's starting point is section 7 of the Finnish Act on Equality between Women and Men, which contains the general prohibition of discrimination. Section 8 contains the prohibition of sex discrimination in working life, which this article is focused on, although sex discrimination is prohibited also in many other areas of life. In interpreting these provisions EU law is very important since the concepts of direct and indirect discrimination have developed especially in the case law of the European Court of Justice.

Although article's main focus is on Finnish national and EU law, it aims also to take into account the interpretive effect of fundamental and human rights. Since equal treatment and non-discrimination are fundamental and human rights they should be given special protection in case of competing interests.

The case of alleged discrimination has two separate phases. In the case of alleged direct discrimination the complainant has to show that he or she is treated less favourably on grounds of sex (including pregnancy and childbirth) than another is, has been or would be treated in a comparable situation. An intention to disfavour the victim is not a necessary ingredient of the concept of discrimination, it is enough that the effect of the measure is discriminatory. The relevant question is whether the complainant would have received different treatment *but for* her sex. The other element of direct discrimination is comparison, which is required in order to establish *less favourable treatment*. It is not necessary to take male norms as the starting point, because self-comparison is also possible, especially in pregnancy cases. The element of comparability, i.e. the requirement that the comparator is similarly situated, needs to be balanced with the principle of substantive equality. If a prima facie violation of the prohibition of non-discrimination can be established, the defendant can still prove that some legitimate factor other than sex is the cause of different treatment. If there is causality between the disadvantage and the complainant's sex, there are no possibilities of justifications except those mentioned in the section 8(1) and 9 of the Equality Act.

In the case of alleged indirect discrimination the claimant has to show that an apparently neutral provision, criterion or practice would put per-

sons of one sex at a disadvantage compared with persons of the other sex. A *prima facie* case of indirect discrimination can be established on the basis of statistical evidence or by other means. The European Court of Justice has referred to various means of establishing that a measure has an adverse impact, such as testing statistical significance or reliability, testing how considerable the actual difference of impact to the sexes is and testing inherent risk of adverse impact (taking into account the social facts involved). An important question is also: what are the relevant pools of persons to be compared? However, the article argues that those pools need not to be similarly situated.

An integral part of the concept of indirect discrimination is the justifications. Provision, criterion or practice can be justified by a legitimate aim if the means of achieving that aim are appropriate and necessary, i.e. they are proportionate. The European Court of Justice has developed a body of case law concerning the justifications. In considering the justification special attention should be paid to the fact that non-discrimination is a fundamental and human right which should be given priority.



**Kaarlo Hakamies**

**MAKSUKYVYTTÖN VAI EI?  
LEGALITEETTIPERIAATE  
JA KKO 2004:46**





---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	155
1.1	Tutkimuksen tausta .....	155
1.2	Kysymyksenasettelu ja tutkimuskohteen rajaus .....	157
1.3	Tutkimuksen rakenne .....	158
2	VERO- JA VELALLISEN RIKOSTEN KRIMINALI- SOINNIN PERUSTEISTA JA HISTORIASTA .....	159
2.1	Normaali ja poikkeava taloudellinen toiminta prosessina .....	159
2.2	Vero- ja konkurssirikossäännösten kehityksestä .....	163
2.2.1	Nykyisen rikoslain historiallisista lähtökohdista .....	163
2.2.2	Verorikkomussäännöksen kehityksestä .....	164
2.2.3	Velallisen epärehellisyys -normin kehityksestä .....	171
2.3	Konkurssilainsäädännön kehityksestä .....	175
3	RIKOSOIKEUDELLISESTA LEGALITEETTIPERIAATTEESTA .....	177
3.1	Legaliteettiperiaatteen tausta ja sisältö .....	177
3.2	Oikeudellisen ratkaisutoiminnan, oikeuslähdeopin ja rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen suhteesta .....	187
3.2.1	Normit ja faktat ratkaisutoiminnan perustana .....	187
3.2.2	Oikeuskäytännön muutosten ja legaliteettiperiaatteen välisestä suhteesta .....	192
4	MAKSUKYVYTTÖMYYDEN KÄSITTEEN MUO- TOUTUMINEN OIKEUS- JA TALOUSTIETEESSÄ .....	197
4.1	Taloustieteen piirissä tapahtunut kehitys .....	197
4.1.1	Maksukyvyttömyyden taloustieteellisestä tutkimuksesta yleensä .....	197
4.1.2	Konkurssin ennustamista koskevat tutkimukset .....	198
4.2	Maksukyvyttömyyttä koskeva oikeustieteellinen tutkimus .....	202
4.2.1	Konkurssirikosoikeudellinen tutkimus .....	202
4.2.2	Insolvenssioikeudellinen tutkimus .....	205
4.2.3	Verorikkomuksia koskeva tutkimus .....	210

4.3 Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamalli talous- ja oikeustieteellisen tiedonintressin yhdistäjänä .....	211
<b>5 MAKSUKYVYTTÖMYYDEN TARKASTELUA</b>	
TAPAUKSESSA KKO 2004:46 .....	216
5.1 Tapauksen KKO 2004:46 tapahtumatietoja .....	216
5.2 X Oy:n verovelkojen kehityksestä ja maksukyvyttömyydestä .....	224
5.3 KKO:n arviointi X Oy:n maksukyvyttömyyttä koskevasta näytöstä .....	227
5.4 Yksityiskohtainen ratkaisun KKO 2004:46 kommentointi .....	227
5.4.1 Verorikkomuksen maksukyvyttömyys on erikseen määritelty eduskunnassa .....	228
5.4.2 Verorikkomuksessa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä koskeva oikeuskäytäntö on vakiintunut .....	229
5.4.3 Verorikkomus ja velallisen epärehellisyys suojaavat erilaisia intressejä .....	232
5.4.4 Veronsaajan mahdollisuudet valvoa etuaan ovat heikot ...	233
5.4.5 Verojen maksun laiminlyömissä motiivi voi olla muu kuin maksukyvyttömyys .....	234
5.4.6 Maksukyvyttömyyttä ei voida tulkita samansisältöisesti velallisen epärehellisyydessä ja verorikkomuksessa .....	235
5.4.7 Rangaistusuhka on tekijälle kohtuudella ennalta- arvattavissa .....	237
5.5 Yhteenvedo tapauksesta KKO 2004:46 .....	241
<b>6 YHTEENVETO .....</b>	<b>244</b>
6.1 Johtopäätökset .....	244
6.2 De lege ferenda .....	251
<b>LÄHTEET .....</b>	<b>254</b>
<b>OIKEUSTAPAUKSET .....</b>	<b>257</b>
<b>INSOLVENT OR NOT? – THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE CASE KKO 2004:46 .....</b>	<b>259</b>

---

# Maksukyvytön vai ei?

## Legaliteettiperiaate ja KKO 2004:46

### 1 JOHDANTO

#### 1.1 Tutkimuksen tausta

Termiä ”maksukyvyttömyys” käytetään lainsäädännössä eri yhteyksissä varsin erilaisissa tarkoituksissa. Käsite esiintyy mm. konkurssi- ja saneerauslainsäädännössä insolvenssimenettelyn aloittamisen edellytyksenä ja takaisinsaantilaissa takaisinsaantiperusteen edellytyksenä. Rikoslain 39 luvun 1 §:n velallisen epärehellisyttä koskevassa säännöksessä maksukyvyttömyys on rangaistavuuden edellytys, kun taas RL 29:4:n mukaisessa verorikkomuksessa maksukyvyttömyyden on vakiintuneesti katsottu poistavan teon rangaistavuuden<sup>1</sup>. Insolvenssi- ja takaisinsaantilainsäädännössä maksukyvyttömyydestä on säädetty erillinen legaalimääritelmä, jonka mukaan ”velallinen on muuten kuin tilapäisesti on kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä”. Rikoslaisissa tällaista legaalimääritelmää ei kummassakaan normissa ole.

Käsitys siitä, mitä maksukyvyttömyydellä rikoslaisissa tarkoitetaan, on vaihdellut varsin paljon lainsoveltajien keskuudessa termin vaikean tulkitavuuden vuoksi. Nykyisin KKO katsoo verorikkomuksen ja velallisen epärehellisyuden maksukyvyttömyyden käsitteiden tarkoittavan eri asioita<sup>2</sup>. Tämä on johtanut siihen, että velallinen voidaan tuomita tiettyä ajanjaksona tehdystä verorikkomuksesta, koska tämä ei ollut tuona ajanjaksona maksukyvytön, mutta samanaikaisesti myös velallisen epärehellisyystä, koska velallinen oli tuona ajanjaksona maksukyvytön. Esimerkiksi

---

<sup>1</sup> Lisäksi RL 2a:2:ssa päiväsakon rahamäärästä todetaan, että sen on oltava kohtuullinen sakotettavan maksukykyyn nähden. Samassa yhteydessä määrätään varsin yksityiskohtaiset säännöt, miten päiväsakon rahamäärä on laskettava.

<sup>2</sup> Esim. ratkaisut KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 ja KKO 2004:46.

tuomiossa 648/27.3.2003 KKO totesi, että velallinen oli maksukykyinen verorikkomuksessa tarkoitettulla tavalla 25.10.1994–1.7.1995<sup>3</sup>, mutta samanaikaisesti KKO jätti voimaan Helsingin HO:n tuomion velallisen epärehellisyttä koskevalta osalta, jossa HO oli todennut velallisen olleen maksukyvytön jo 12.6.1995. HO perusteli velallisen epärehellisuuden maksukyvyttömyyttä mm. sillä, että tilinpäätöksen mukaan yhtiö oli menettänyt oman pääomansa jo 31.12.1994. Lisäksi vuokria oli maksamatta jo elokuusta 1994 alkaen ja konkurssiuhkainen maksukehotus oli tullut verottajalta helmikuussa 1995. Siten yhtiön liiketoiminnan huomattavaan alihintaan tapahtunut luovutus 12.6.1995 pahensi olennaisesti yhtiön maksukyvyttömyyttä, joten tekijät tuomittiin myös törkeästä velallisen epärehellisydestä.<sup>4</sup> Maksukyvyttömyyden arviointi eri rikoslain normeissa toisistaan poikkeavalla tavalla on sikäläkin ongelmallinen, että maksukyvyttömyysarviointi tehdään molempia normeja sovellettaessa lähtökohtaisesti samaa historiallista tapahtumainkulkua selvittävän esitutkinta- ja muun materiaalin perusteella.

Verorikkomuksessa tarkoitettun maksukyvyttömyyden tulkinta on koettu oikeuskäytännössä ongelmalliseksi jo pidemmän aikaa. Esimerkiksi KKO on joko ottanut suoraan kantaa tai sivunnut kysymystä aikaisemmin mainitun kahden ratkaisun lisäksi myös neljässä muussa ratkaisussaan 1990-luvun puolivälissä ja sen jälkeen<sup>5</sup>. Maksukyvyttömyyden problematiikkaa tai sitä sivuavia KKO:n ratkaisuja on olemassa myös velallisen epärehellisuuden ja takaisinsaantilain sekä insolvenssilainsäädännön alalta. Velallisen epärehellisyttä koskevia KKO:n ratkaisuja on 1990-luvulta ja sen jälkeen lukuisia<sup>6</sup>. Takaisinsaantilain 5 §:ssä määrätyn yleisen takaisinsaantiperusteen<sup>7</sup> soveltamisedellytyksien täyttymistä on myös arvioitu useaan otteeseen KKO:ssa<sup>8</sup>. Sen sijaan varhaisemman, työnantajan sosiaaliturvamaksusta

---

<sup>3</sup> KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 s. 8.

<sup>4</sup> KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 s. 15–16, Helsingin HO 857/30.3.2001 Dnro R 98/1260.

<sup>5</sup> Ks. KKO 1994:67, KKO 1995:137, KKO 1996:35 ja KKO 2001:87. Tapauksessa 2001:87 tosin kysymys oli siitä, kehen rikosvastuu verorikkomuksessa kohdistuu.

<sup>6</sup> KKO:n velallisen epärehellisyttä koskevia julkaistuja ratkaisuja, joissa on ainakin jollain tavoin sivuttu maksukyvyttömyyttä, on 10 kappaletta: KKO 1998:10, KKO 1998:56, KKO 1998:82, KKO 1998:110, KKO 1999:79, KKO 2000:74, KKO 2000:108, KKO 2002:11, KKO 2002:46 ja KKO 2004:89.

<sup>7</sup> Oikeustoimea on takaisinsaantilaissa tarkemmin määrättyllä tavalla pidettävä sopimattomana ja se tehtiin maksukyvyttömyystilassa tai se johti velallisen maksukyvyttömyyteen.

<sup>8</sup> Ks. takaisinsaantilain maksukyvyttömyydestä ja sen toteennäyttämisestä esim. KKO 1995:87, KKO 1995:208, KKO 1998:52, KKO 1998:89, KKO 1998:92, KKO 1998:94, KKO 1998:141, KKO 1999:38, KKO 2000:125, KKO 2001:118, KKO 2001:192, KKO

annetun lain (TSTML)18 §:n mukaisen sosiaaliturvamaksun maksamisen laiminlyönti ei ole sillä tavoin ollut KKO:n ratkaistavana, että KKO olisi ottanut kantaa tuossa laissa määrättyyn maksukyvyttömyytedellytykseen<sup>9</sup>.

Verorikkomuksen maksukyvyttömyyden käsite on ollut myös poliittisen mielenkiinnon kohteena. Rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheen käsittelyn yhteydessä eduskunta muutti varsin voimakkaasti RL 29:4:n sisältöä ja vielä lakipakettia hyväksyttäessäkin eduskunta vastauksessaan erikseen määritteli RL 29:4:n maksukyvyttömyys-käsitettä ja velvoitti hallitusta seuraamaan lainkohdan soveltamista lainkäyttöviranomaisissa.<sup>10</sup> Verorikkomuksessa tarkoitettu maksukyvyttömyys on ollut eduskunnassa käsittelyn kohteena myös myöhemmin kirjallisen kysymyksen muodossa: helmikuussa 2004 eräs kansanedustaja tiedusteli oikeusministeriltä, vastaako lainkäyttöviranomaisissa omaksuttu maksukyvyttömyystulkinta lainsäätäjän tarkoitusta. Kysymystään kansanedustaja perusteli havainnollaan siitä, että maksukyvyttömyyden on oikeuskäytännössä katsottu tarkoittavan konkurssihetkeä. Kansanedustaja totesi myös, että hyvin lyhyetkin verojen maksun laiminlyönnit saattavat ylittää syytekynnyksen; hänen tietojensa mukaan vain vajaan kolmen kuukauden maksuerän suuruista arvonlisäveron ja työnantajamaksun suorittamisen laiminlyöntiä oli käsitelty verorikkomusasiaana yleisessä tuomioistuimessa. Samanaikaisesti käsiteltävänä oli myös ao. yritystä koskeva yrityssaneerausasia. Oikeusministerin mukaan KKO oli ratkaisukäytännössään nimenomaisesti pyrkinyt noudattamaan lainsäätäjän tahtoa; muihin kansanedustajan kysymyksen perusteluissa viittaamiin seikkoihin ministeri ei ottanut kantaa, koska asia oli käräjäoikeudessa vireillä.<sup>11</sup>

## 1.2 Kysymyksenasettelu ja tutkimuskohteen rajaus

Pyrin tässä artikkelissa selvittämään rikoslaissa käytetyn maksukyvyttömyyden käsitteen sisältöä ja selvittämään perusteet sille, miksi oikeuskäy-

---

2002:53, KKO 2003:24 ja KKO 2003:121. Takaisinsaantilain 4 §:ssä tarkoitettua ylivelkaisuuden soveltamisesta ks. KKO 2001:29.

<sup>9</sup> Ks. KKO 1982 II 104, KKO 1984 II 47, KKO 1986 II 29, KKO 1986 II 69, KKO 1987:122, KKO 1992:174, KKO 1993:15 ja KKO 1993:93. TSTML:n 18 §:n kriminalisointisäännös edelsi nykyistä RL 29:4:ää työnantajan sosiaaliturvamaksua koskevalta osaltaan. TSTML 18 §:ssä rangaistavuus edellytti työnantajan sosiaaliturvamaksun maksamisen laiminlyöntiä muusta syystä kuin maksukyvyttömyydestä.

<sup>10</sup> HE 66/1988 vp s. 56–58, 65–66, LaVM 6/1990 s. 9–11, 45–48, eduskunnan vastaus 12.6.1990.

<sup>11</sup> Kirjallinen kysymys 135/2004 vp.

tännössä verorikkomuksen maksukyvyttömyys -ilmaisu on saanut eri sisällön kuin velallisen epärehellisyys -normissa. Kiinnitän huomiota myös siihen, ovatko verorikkomus ja velallisen epärehellisyys tosiasiallisesti niin erillisiä normeja, että niissä käytetyille samoille termeille voidaan perustellusti antaa erilaisia merkityksiä. Pysin tuomaan esiin myös ne vaikutukset, jotka seuraisivat, mikäli verorikkomuksen maksukyvyttömyys ymmärrettäisiin samalla tavoin kuin velallisen epärehellisyydessä. Keskityn artikkelissa nimenomaan verorikkomuksen ja velallisen epärehellisyyden väliseen keskinäiseen suhteeseen. Tätä suhdetta tarkastelen erityisesti ratkaisun KKO 2004:46 kautta. Rikoslain maksukyvyttömyyden analysointi edellyttää kuitenkin myös perehtymistä insolvenssioikeudelliseen tutkimukseen. Tällöin on syytä pitää mielessä, että insolvenssioikeudellisia normeja sovelletaan monesti hyvin erilaisissa tilanteissa kuin rikosoikeuden normeja. Erityisesti konkurssi- sekä yrityssaneeraus- ja velkajärjestelylaissa maksukyvyttömyyden arvioimiseen suhtaudutaan jossain määrin eri tavalla kuin rikoslaissa, sillä käsite toimii näissä laeissa kriteerinä arvioitaessa insolvenssin menettelyn aloittamisen edellytyksiä. Sen sijaan takaisinsaantilakia sovellettaessa näkökulma on hyvin samankaltainen kuin rikosprosessissa.

### **1.3 Tutkimuksen rakenne**

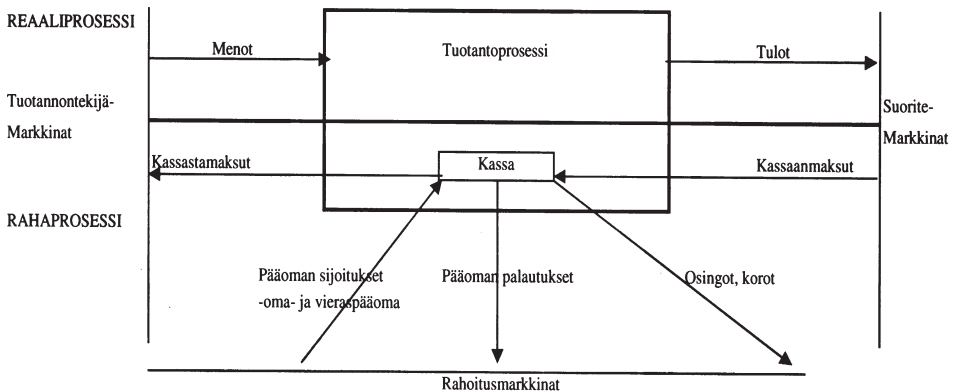
Artikkelissa lähdetään liikkeelle tarkastelemalla rikosoikeuden asemaa osana talouselämää koskevaa sääntelyjärjestelmää. Talousprosessin kuvaamisella pyrin havainnoimaan kirjanpidon merkitystä taloudellisen toimijan ja tämän sidosryhmien välisten suhteiden kuvaamisessa. Tämän jälkeen luon katsauksen lainsäädäntöhistoriaan sen ymmärtämiseksi, miksi nykyiseen lainsäädäntöratkaisuun on päädytty. Oikeushistoriallisessa osuudessa pyrin selvittämään varsinaisten rikoslain normien lisäksi myös muualla lainsäädännössä tapahtuneita muutoksia, jotka saattavat vaikuttaa normien tulkintaan. Kolmannessa luvussa tarkastelen laintulkinnalle asetettavia rajoja tärkeimmän rikoslain tulkintaa ohjaavan periaatteen eli legaliteettiperiaatteen kannalta. Neljännessä luvussa analysoin maksukyvyttömyyttä koskevan taloustieteellisen ja oikeustieteellisen tutkimuksen kehittymistä. Viidennessä luvussa tarkastelen yksityiskohtaisesti KKO:n verorikkomusta koskevassa ratkaisussa 2004:46 esitettyä argumentaatiota ja sen vakuuttavuutta. Kuudes luku on yhteenvetoluku, jossa esitän myös ratkaisusuosituksia olemassa olevan tulkintaongelman korjaamiseksi.

## 2 VERO- JA VELALLISEN RIKOSTEN KRIMINALI-SOINNIN PERUSTEISTA JA HISTORIASTA

### 2.1 Normaali ja poikkeava taloudellinen toiminta prosessina

Rikosoikeuden keinoilla pyritään puuttumaan sellaiseen toimintaan, joka poikkeaa yhteiskunnassa tavanomaisesti noudatettavasta käyttäytymisestä haitallisella tavalla.<sup>12</sup> Jotta voidaan käsitellä sitä, mikä talouselämässä on epänormaalia haitallista toimintaa, on ensin määriteltävä se, mikä on talouselämässä normaalia hyväksyttävää toimintaa. Tämän normaalin hyväksyttävän toiminnan ymmärtäminen on edellytys toimivalle ja tehokkaalle rikosoikeudelliselle sääntelylle, sillä rikosoikeus on nähtävä viime sijaisena keinona suojata normaalia taloudellista kanssakäymistä eri markkinaosapuolten välillä. Siksi rikosoikeuden on talouselämää säännellessään toimittava talouselämän omilla ehdoilla eikä sen tule tarpeettomasti rajoittaa elinkeinoelämää. Normaalia taloudellista toimintaa voidaan kuvata seuraavan prosessikaavion avulla:

**Kaavio 1.** Taloudellisen toimijan talousprosessi<sup>\*)</sup>



<sup>\*)</sup>Järvinen et al. 2000 s. 41–43, ks. myös Träskman 1981 s. 17 ja Salminen 1998 s. 103.

<sup>12</sup> Lahti 1994 s. 9, ks. myös KM 1976:72 s. 48–49.

Talousprosessi perustuu ajatukseen, että taloudellinen toimija (yritys, yksityinen elinkeinonharjoittaja tai soveltuvin osin vaikka pelkästään yksittäinen palkansaaja) hankkii markkinoilta tuotannontekijöitä, jalostaa niitä rahoitusmarkkinoilta saadun pääoman avulla ja myy ne suoritemarkkinoille. Suoritemarkkinoilta kertyy siis tuloja suoritteen myynnistä ja tuotannontekijämarkkinoilta menoja tuotannontekijöiden ostamisesta. Sijoitetulle pääomalle taas maksetaan osinkoa tai korkoa siitä katteesta, joka suoritteen myynnistä on jäänyt liiketoimintaa harjoittavalle toimijalle.<sup>13</sup> Yksittäiseen palkansaajaan kaaviota voidaan soveltaa siten, että yksittäinen henkilö voi myydä työvoimaansa suoritemarkkinoille, mistä hän saa vastikkeeksi palkkaa. Tuotannontekijämarkkinoilta hankitaan puolestaan omaan käyttöön kulutustavaroita ja rahoitusmarkkinoilta luottoa esim. asuntoa tai muuta investointia varten. Palkansaajan tapauksessa ”pääoman palautukset, osingot ja korot” voidaan ajatella siksi määräksi, jonka palkansaaja voi esim. lahjoittaa hyväntekeväisyyteen vahingoittamatta velkojia.

Taloudellinen toiminta on normaalia ja tervettä silloin, kun kaikki eri osa-alueet ovat tasapainossa keskenään ja prosessi pystyy jatkumaan keskeytyksettä. Tasapaino voi järkkyy joko puhtaasti talousympäristössä tapahtuneen muutoksen johdosta (esim. yrityksellä kysynnän loppuminen ja yksityishenkilöllä työkyvyttömyys) tai taloudellisen toimijan omasta, joissain tapauksissa rikollisesta, menettelystä johtuen.<sup>14</sup>

Epänormaali, taloudellisen toimijan sidosryhmille haitallinen menettely voidaan kuvata tapahtumana, jossa taloudellista toimintaa harjoittava yksikkö järkyttää tätä talousprosessia siten, ettei talousprosessi pysty enää jatkumaan, vaan toiminta lakkaa aiheuttaen sidosryhmille taloudellista tappiota. Tällaisia sidosryhmiä, joille toiminnan lakkaamisesta aiheutuu tappiota, voivat olla esim. pääomaa sijoittaneet rahoittajat, tuotannontekijöitä luotolla toimittaneet tavarantoimittajat, suoritemarkkinoilla toimineet ostajat, jotka ovat maksaneet ennakkomaksuja sekä verottaja, jolle ei mahdollisesti ole maksettu eräänntyneitä verovelkoja ajallaan.<sup>15</sup> Taloudellisen toimijan sidosryhmien suojaaminen edellyttää siis näin ollen talousprosessin suojaamista, sillä mikäli prosessi toimii normaalisti, yksittäinen sidosryhmän edustaja voi periä saatavansa viime kädessä pakkotäytäntöönpanotoimin.

Epänormaali, sidosryhmille haitallinen menettely voidaan kuvata prosessikaavion avulla siten, että kaavion keskellä olevasta taloudellisen toi-

---

<sup>13</sup> Järvinen 2000 s. 42–43, Salminen 1998 s. 101–102.

<sup>14</sup> Vrt. Vento 1994 s. 211–212.

<sup>15</sup> Salminen 1998 s. 100–105.



mijan omaisuusmassasta (tuotantoprosessista ja kassasta) siirretään omaisuutta prosessin ulkopuolelle. Samoin suoritemarkkinoilta voidaan ohjata tuloja tai tuotannontekijämarkkinoilta tuotannontekijöitä voidaan siirtää prosessin ulkopuolelle taloudellista toimintaa harjoittavan toimijan omaan, joko yksityiseen tai muun liiketoiminnan käyttöön. Toisaalta epänormaali, sidosryhmille haitallinen menettely voi jatkua myös siten, että tappiollisen talousprosessin jatkumista pitkitetään keinotekoisesti siten, että velkojille aiheutuu vahinkoa ilman, että taloudellinen toimija saisi itse tästä suoranaista hyötyä<sup>16</sup>. Epänormaali taloudellinen toiminta on kyseessä myös silloin, kun taloudellinen toimija pyrkii hankkimaan käyttöönsä omaisuutta erehdyttämällä oikeustoimen toista osapuolta siten, että toinen osapuoli kärsii taloudellista vahinkoa esim. saamatta jääneen vastikkeen muodossa<sup>17, 18</sup>.

Taloudellinen toiminta voidaan prosessikaavion avulla nähdä prosessina, joka muodostuu erilaisista velkasuhteista. Taloudellisen toimijan liiketoiminnan edellytys on se, että hän sitoutuu ympäristönsä kanssa erilaisiin oikeustoimiin. Oikeustoimien eli velkasuhteiden sisältö ja osapuolet muuttuvat koko ajan prosessin ollessa käynnissä; mm. tuotannontekijät ja suoritteita hankkivat ostajat voivat vaihtua jatkuvasti. Toisaalta myös velkasuhteiden syntyperuste voi vaihdella: osa velvoitteista on luonteeltaan siviilioikeudellisia kun taas osa on luonteeltaan julkisoikeudellisia (esim. verot ja muut lakisääteiset maksut). Velkasuhteiden lisäksi prosessiin kuuluu myös muita elementtejä, kuten voitonjako oman pääoman sijoittajalle.

Talousprosessia kuvataan kirjanpidon avulla. Kaupallisen liiketoiminnan kirjanpito teoria perustuu rahaproessin kuvaamiseen, jossa pääpaino on taloudellisen toimijan sekä muiden sidosryhmien välisten liiketapahtumien rekisteröinnillä näiden tapahtumien rahamääräisten vaikutusten selvittämiseksi.<sup>19</sup> Näin ollen kirjanpitomateriaalia voidaan käyttää hyväksi yrittäessä selvittää poikkeavuudet normaalista talousprosessista ja arvioida sitä, onko talousprosessissa mahdollisesti ollut poikkeama vaikuttanut sidosryhmiin haitallisesti.

<sup>16</sup> Tällaisen tappiollisen toiminnan jatkamisen kriminalisointi ilmenee esim. RL 39:1:n velallisen epärehellisyydessä, jossa yhtenä tekotapana on mainittu velvoitteiden perusteen lisääminen.

<sup>17</sup> Tämä tekotapa on kriminalisoitu RL 36:1:ssä petoksena.

<sup>18</sup> Kaikki talousrikokset eivät välittömästi suoraan vaikuta talousprosessiin, kuten esim. yritysvakoilu, vaan välillisesti esim. parantuneen kilpailukyvyyn ja sitä kautta tulevan suu-remman tulovirran muodossa. Vrt. Salminen 1998 s. 103–104.

<sup>19</sup> Järvinen et al. 2000 s. 43–48.

Prosessikaavio-ajattelu soveltuu vain käynnissä olevan liiketoiminnan kuvaamiseen ja sen suojaamiseen rikosoikeuden keinoin. Silloin kun liiketoiminta on päättynyt, on dynamiikka lakannut ja sidosryhmien intressit keskittyvät taloudellisen toimijan hallussa olevan omaisuusmassan arvon säilyttämiseen ja käyttämiseen sidosryhmien hyödyksi. Näin ollen talousprosessi-ajattelutapa soveltuu vain rajoitetusti tulkinnan apuvälineeksi sovellettaessa velallisen petos -normia, joka lähinnä turvaa pakkotäytäntöönpanomenettelyn oikeellisuutta erityisesti velkojien suojan kannalta.

Talouselämän kriminalisointien voidaan nähdä pyrkivän suojaamaan sitä, että taloudellinen toimija täyttää velvoitteensa sidosryhmiään kohtaan. Mikäli velvoitteet täytetään asianmukaisesti, talousprosessin jatkuvuus on turvattu. Kysymys on velvollisuudesta toimia ns. huolellisen miehen tavoin<sup>20</sup>. Luonnollisesti taloudellinen toimija voi prosessin sisällä tehdä virheinvestoinnin tai muun sellaisen liiketaloudellisen virhearvioinnin, joka aiheuttaa sen, että prosessin on mahdotonta jatkaa toimintaansa. Toisaalta myös toimintaympäristössä voi tapahtua suhdanteista tms. seikoista johtuvia muutoksia, jotka aiheuttavat prosessin päättymisen. Nämä seikat kuuluvat luonnollisena osana liike-elämään, eikä niihin ole tarkoitus puuttua rikosoikeuden keinoin. Normaaliin talousprosessiin kuuluu olennaisena osana se, että taloudellinen toimija saa taloudellista hyötyä liiketoiminnastaan. Samoin talousprosessiin kuuluu se, että taloudellisen toimijan sidosryhmille koituu tappioita siitä, että talousprosessi epäonnistuu ja päättyy esim. voimakkaiden suhdannevaihteluiden vuoksi. Epänormaalisti tilanne muuttuu silloin, kun taloudellinen toimija saa perusteetonta etua ja sidosryhmille aiheutuu tämän johdosta taloudellista vahinkoa eli taloudellinen toimija jättää velvoitteensa sidosryhmiä kohtaan suorittamatta.

Taloudellisen toimijan sidosryhmille on siis ensisijassa tärkeää, että talousprosessi jatkuu keskeytyksettä. Siksi talouselämän kriminalisoinneilla ja talousprosessilla on usein kiinteä yhteys<sup>21</sup>. Lisäksi talousprosessia on suojattu täydentävillä kriminalisoinneilla, jotka eivät itsessään ylläpidä prosessia, mutta jotka omalta osaltaan tukevat prosessin toimintaa ja oikean kuvan saamista prosessista esim. mahdollisessa pakkotäytäntöönpanotilanteessa. Tällaisia kriminalisointeja ovat mm. kirjanpitorikos, jolla

---

<sup>20</sup> Vento 1994 s. 219–221 ja 230–232.

<sup>21</sup> Tällaisia kriminalisointeja, jotka liittyvät välittömästi talousprosessiin, ovat esim. petosrikokset sekä erilaiset hallussa olevan omaisuuden väärinkäyttör rikokset kuten kavallus, velallisen epärehellisyys, velkojansuosinta ja vakuusoikeuden loukkaus. Sellaisia rikoksia, jotka eivät välittömästi liity talousprosessiin, voivat olla immateriaalisiin oikeuksiin kohdistuvat rikokset, joista aiheutuu uhrille tulon menetystä heikentyneen kilpailuaseman vuoksi, ks. tästä Salminen 1998 s. 103–104.

pyritään suojaamaan sitä, että talousprosessissa tapahtuneet liiketapahtumat on dokumentoitu oikein sekä rekisterimerkintärikos, jolla pyritään turvaamaan mm. se, että taloudelliseen toimintaan osallistuneista henkilöistä ja sijoitetusta pääomasta annetaan sidosryhmille oikea kuva.

## 2.2 Vero- ja konkurssirikossäännösten kehityksestä

### 2.2.1 Nykyisen rikoslain historiallisista lähtökohdista

Vuodelta 1889 peräisin olevan rikoslain kokonaisuudistuksen tarpeellisuutta perusteltiin 1970-luvulla mm. sillä, että yhteiskunta oli muuttunut vajaan sadan vuoden aikana huomattavasti. 1800-luvun lopulla Suomi oli siirtymässä maatalousyhteiskunnasta kohti teollisuusyhteiskuntaa ja tämä muutos otettiin jossain määrin huomioon myös 1889 säädetyssä rikoslaissa, mutta koska rikoslakiin suurelta osin kirjattiin yhteiskunnan tuoloin vallinneet sosiaaliset normit, ei yhteiskunnallinen muutos vaikuttanut vielä huomattavasti rikoslain sisältöön. Koska rikoslakia ei myöhemmin mukautettu yhteiskunnan kehitykseen, jäi rikoslaki ajastaan jälkeen mm. vaihdantasuhteiden monimutkaistumisen ja valtion lisääntyneen varainkäytön vuoksi. Nämä yhteiskunnan muutokset otettiin myöhemmissä lainsäädännössä huomioon rikoslain ulkopuolisissa erityislaeissa, joihin lisättiin omat rangaistussäännökset. Tämä johti siihen, että suojaavia arvoja, rangaistavia käyttäytymismuotoja ja niistä seuraavia rangaistuksia ei arvioitu yhtenäisten mittapuiden mukaan. Kielletystä käyttäytymisestä oli hankalaa muodostaa kokonaiskuvaa. Säännösten hajanaisuus johti osaltaan myös siihen, ettei erityislaeissa olleita ajantasaisiakaan säännöksiä sovellettu tehokkaasti.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72 s. 43. Säännösten hajanaisuuden lisäksi talousrikollisuuden torjunnalle ongelmia aiheutti mm. poliisin ja verottajan asiantuntevan henkilökunnan puute, tutkintaan mahdollisesti tulleiden asioiden koordinoimien puute eri viranomaisten välillä sekä kaupparekisterin kehittymättömyys. Esim. poliisi- ja veroviranomaiset saattoivat tutkia samoja asioita yhtä aikaa toisistaan tietämättä. Kaupparekisteritietoja ei ollut tuohon aikaan atk:lla, mikä johti siihen, ettei kaupparekisteristä pystynyt tekemään esim. esitutkinnan tarpeisiin hakuja henkilön nimen perusteella, vaan pelkästään yrityksen toiminimen avulla. Tutkinnan vaikeuttamiseksi yritykset saattoivat vaihtaa kotipaikkojaan ja toiminimiään, jolloin esitutkintaviranomaisten oli hankala seurata yritystä ja siinä toimineita henkilöitä. Viranomaisten toiminnan ongelmista talousrikosasioissa ks. talousrikollisuuden selvittelyryhmän mietintö OJL 6/1983 s. 231–263.

### 2.2.2 Verorikkomussäännöksen kehityksestä

Talousrikossäännösten hajanaisuus näkyi erityisesti verorikoksia koskevassa sääntelyssä. Vuoden 1889 RL:n 38:11 oli perussäännös veropetoksesta. Säännöksen mukaan rangaistavuus edellytti, että verovelvollinen yritti väärellä ilmoituksella - väärän tiedon antamisella tai veron määräämiseen vaikuttavan seikan salaamisella – tai ”muulla vilpillä” – välttää verojen maksun veronsaajalle. ”Muun vilpin” soveltamisala jäi oikeuskäytännössä suppeaksi, mm. ilmoittamisvelvollisuuden laiminlyönnin ei sellaisenaan katsottu täyttävän ”muun vilpin” tunnusmerkistöä. Ilmoittamisvelvollisuuden laiminlyönnin yhteydessä piti tehdä myös muuta epärehellistä tai petollista toimintaa, kuten kuljettaa tavara tullitoimipaikan ohi tekemättä asiaankuuluva ilmoitusta. ”Muun vilpin” tunnusmerkistön täytti myös mm. leimaveromerkeillä tehty veropetos, jossa samoja leimaveromerkkejä käytettiin useaan kertaan. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti sellaisenaan oli kuitenkin kriminalisoitu omana tekemuotonaan eräissä verolaeissa. Täysin avoimesti tapahtuvaa velvollisuuden laiminlyöntiä, jota ei pyritty erityisillä toimilla peittämään tai salaamaan, ei katsottu täyttäneen muun vilpin tunnusmerkistöä.<sup>23</sup>

Lainsäädäntöteknisesti verorikokset oli usein kriminalisoitu siten, että yksittäisessä verolaissa oli viittaus RL 38:11:een. Tämän lisäksi yksittäisissä verolaeissa oli omat rangaistussäännöksensä, joissa saatettiin kriminalisoida kaikki tämän tietyn verolain vastainen menettely<sup>24</sup> tai sitten joidenkin yksittäisten verolain määräysten vastainen menettely<sup>25</sup>. Yleisesti ottaen kriminalisoinnit koskivat esim. väärin tietojen antamista, vaadittujen lisätietojen toimittamatta jättämistä tai muuten verotusmenettelyn oikeellisuuden vaarantamista laiminlyömällä tarvittavan kirjanpidon pitäminen verotusta koskevilta osin. Ennakonpidätysten osalta oli kriminalisoitu myös ennakonpidätysten suorittamatta jättäminen valtiolle määrääjässä. Sama koski työnantajien sosiaaliturvamaksua, mutta tässä säännöksessä rangaistavuus edellytti, että maksun suorittaminen oli laiminlyöty muun syyn kuin maksukyvyttömyyden johdosta.<sup>26</sup>

Kuten yleisesti taloudellista rikollisuutta koskevat normit, myös yksittäiset verolait ja samalla niiden rangaistussäännökset oli säädetty eri ai-

---

<sup>23</sup> Lehtonen 1986 s. 62, 65, 211–212, Taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OLJ 6/1983 s. 17–20, Lehtonen 1981 s. 105.

<sup>24</sup> Esim. liikevaihtoverolain 101 § (L 23.12.1981/1007).

<sup>25</sup> Esim. verotuslaki 123 § (L 18.6.1981/434).

<sup>26</sup> Taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OLJ 6/1983 s. 18–20. Ks. myös Lehtonen 1981 s. 80–81.

koina. Lainsäädäntötyössä ei tehty keskinäistä lakivertailua eivätkä talousrikoksiin liittyvät ongelmat ja niiden aiheuttamat haitat olleet merkittävässä asemassa lakeja säädettäessä. Näin ollen paheksuttavan menettelyn torjuminen ei juurikaan vaikuttanut rangaistussäännösten muotoutumiseen. Lainsäädäntö saattoi jäädä puutteelliseksi, koska kaikki moitittava menettely ei tullutkaan sisällytetyksi rangaistussäännökseen. Lisäksi rangaistusnormia kirjoitettaessa asiaa saatettiin tarkastella vain kapeasta näkökulmasta. Tämä johti siihen, että vero- ja muita talousrikoksia koskeva lainsäädäntö oli hajanaista ja epätasapainoista. Eri rikosten haitallisuutta ja moitittavuutta ei painotettu riittävästi.<sup>27</sup>

Esimerkiksi taloudellista rikollisuutta koskevan lainsäädännön hajanaisuudesta ja rangaistussäännösten muotoutumisesta kuvaa työnantajan sosiaaliturvamaksusta annetun lain (4.7.1963/366) säätäminen. Kyseisen lain 18 §:ssä rikoksena rangaistava menettely kytkettiin ensimmäistä kertaa maksukyvyttömyyteen. Työnantajien sosiaaliturvamaksusta annetussa laissa määrättiin rangaistus työnantajalle tai hänen edustajalleen, mikäli tämä oli muun syyn kuin maksukyvyttömyyden johdosta jättänyt noudattamatta hänelle tässä laissa määrätyn velvollisuuden eli sosiaaliturvamaksun maksamisen. Laki säädettiin osana sairausvakuutusjärjestelmää sen rahoittamiseksi osittain työnantajilta kerättävillä maksuilla. Lain säätämisyvaiheessa niin hallituksen esityksessä kuin eduskuntakäsittelyssäkin suurin huomio kiinnittyi koko sairausvakuutusjärjestelmään ja käytännössä katsoen mitään huomiota ei kiinnitetty yhden järjestelmän rahoittamiseksi säädetyin lain yhteen kriminalisointipykälään ja siinä käytettyihin termeihin. Kansanedustajat keskittyivät poliittisesti mielenkiintoisempiin seikkoihin.<sup>28</sup>

Erillisiin verolakeihin sisältyvien rangaistussäännösten yhtenäistämistarve tuli esille 1970-luvun alkupuolella samassa yhteydessä, kun säädettiin törkeää veropetosta koskeva erillissäännös rikoslakiin. Rangaistussäännösten yhtenäistämiseksi oli tarvetta, koska eri verolaeissa tunnusmerkit oli kirjoitettu epäyhtenäisellä tavalla, jolloin RL 38:11:n veropetosäännöksen ja erityislaeissa olevien rikostunnusmerkistöjen rajankäynnissä ja tulkitsemisessa aiheutui ongelmia. Verorikoksia koskevaa sääntelyä valmistelemaan asetettiin erityinen verorikostoimikunta, jonka ehdotus erillisen verorikoslain säätämisestä ei kuitenkaan johtanut lainsäädäntö-

<sup>27</sup> Ks. taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OLJ 6/1983 s. 159–160, HE 66/1988 s. 54–55.

<sup>28</sup> Ks. HE 129/1962 vp sekä sosiaalivaliokunnan mietintö 1/1963 ja suuren valiokunnan mietintö 43/1963.

toimenpiteisiin.<sup>29</sup> Verorikoksia koskevat normit uudistettiin vasta rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheen yhteydessä, joka tuli voimaan 1.1.1991.

Verorikossäännöksillä pyritään turvaamaan veronsaajan (valtion, kunnan tai seurakunnan) fiskaaliset intressit. Näillä fiskaalisilla intresseillä tarkoitetaan veronsaajan oikeutta saada niille lain mukaan maksettavat, julkisyhteisön toiminnan ylläpitämiseen tarvittavat varat vähentymättöminä käyttöönsä. Verorikoksilla on pyritty säätämään rangaistavaksi teot, joilla pyritään välttämään verojen tai niihin rinnastettavien maksujen suorittaminen veronsaajalle tai joilla muuten rikotaan verolakien säännöksiä. Mikäli jokin yksittäinen veronmaksaja laiminlyö velvollisuutensa maksaa veroja, on seurauksena se, että verorasitus jakaantuu epätasaisesti lakia rikkovien ja lainkuuliaisten kansalaisten välillä. Verorikollisuus vääristää siten yritysten välisiä kilpailusuhteita, kun verojen maksun laiminlyönnillä voidaan tuotteita tai palveluita tarjota kilpailijoita alempaan hintaan. Äärimmillään verorikollisuus saattaa merkitä yhteiskunnan palvelutason alenemista. Yhteiskunnan kannalta verorikollisuuden haitallisuuden kasvu on kytkeytynyt verotuksen avulla kerättyjen tulojen määrään kasvuun. Kun yhteiskunnan kokonaisveroaste on noussut hyvinvointivaltion kehittymisen ja julkisten palvelutehtävien lisääntymisen myötä, on myös vilpillisin keinoin vältetyn veronmaksuvelvollisuuden merkitys kasvanut. Samalla mahdollisuudet hankkia itselle epäoikeutettua taloudellista hyötyä ovat kasvaneet.<sup>30</sup>

Rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä verorikoksia koskevilla normeilla pyrittiin siis turvaamaan veronsaajan mahdollisuudet saada saatavalleen suoritus. Aikaisemman lainsäädännön suurimmaksi ongelmaksi nähtiin hajanaisuus ja epäselvyys. Uudistuksella pyrittiin kokoamaan tärkeimmät eri verolaeissa olleet yksittäiset rangaistussäännökset rikoslakiin sekä luomaan yhteismitallisuutta siihen, mistä teoista rangaistaan ja kuinka ankarasti. Lainsäädännöllä pyrittiin myös selkeyttämään rajanvetoa hallinnollisten seuraamusten ja rangaistusseuraamusten välillä.<sup>31</sup> Uudistustyössä ei sen sijaan juurikaan kiinnitetty huomiota rajankäyntiongelmiin verorikossäännösten ja muiden rikoslain normien välillä<sup>32</sup>. Tästä joh-

<sup>29</sup> Lehtonen 1986 s. 63–66, HE 66/1988 vp s. 54–55.

<sup>30</sup> Lehtonen 1981 s. 79–80, Lehtonen 1986 s. 93, taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OLJ 6/1983 s. 2, 4, 148–149, HE 66/1988 vp s. 52, vrt. myös Tikka 1981 s. 63.

<sup>31</sup> HE 66/1988 vp s. 54–55.

<sup>32</sup> Hallituksen esityksen verorikoksia koskevassa osuudessa (HE 66/1988 vp s. 52–58 ja 62–66) ei pohdita lainkaan esim. sitä kysymystä, milloin menettelyä olisi käsiteltävänä esim. velallisen epärehellisyytenä ja milloin veropetoksena. Lakivaliokunnan mietinnössä

tuen maksukyvyttömyystilanteessa esiintyvää kollisiotilannetta veronsaajan ja muiden taloudellisen toimijan sidosryhmien intressien välillä ei ole ratkaistu lainsäädäntö- tai esityötasolla selkeästi.

Verorikkomus-säännöksellä pyrittiin kokoamaan yhteen eri verolaeissa olleet rangaistusnormit, joissa rangaistavaksi oli määrätty eräiden omaaloitteisesti maksettavien verojen ja julkisten maksujen suorittamisen laiminlyönti. Normin tarpeellisuutta perusteltiin hallituksen esityksessä sillä, että veronsaajalla ei ole oma-aloitteisesti maksettavien verojen kohdalla samanlaisia mahdollisuuksia kuin muilla liikekumppaneilla valvoa etujaan, koska veron määrä tulee veronsaajan tietoon vain verovelvollisen omilla toimenpiteillä. Veronsaajalla ei ole myöskään mahdollisuuksia painostaa verovelallista maksamaan verovelat esim. vastasuorituksia keskeyttämällä. Edelleen hallituksen esityksessä perusteltiin rangaistavuuden tarpeellisuutta sillä, ettei veroviranomaisten mielestä hallinnolliset korko- ja veronkorotusseuraamukset ole riittäviä. Rikosvastuu johtaa myös tekijän henkilökohtaiseen vahingonkorvausvelvollisuuteen. Konkurssitilanteessa maksujen laiminlyönti johtaa monesti suorituksen lopulliseen menettämiseen. Hallituksen esityksessä kuitenkin todettiin myös, ettei esitys sinällään merkitsisi maksun suorittamisen laiminlyönnin määräämistä rangaistavaksi, koska oikeusjärjestelmässämme ei yleensä pelkästään velan maksamatta jättämisestä voi seurata rangaistusta.<sup>33</sup>

Hallituksen esityksessä esitettyjä perusteita verorikkomuksen rangaistavuudeksi voidaan perustellusti kritisoida.<sup>34</sup> Verorikkomuksen krimina-

---

todetaan verorikkomusta koskevassa osuudessa vain, että valiokunnan käsityksen mukaan mm. veropetos, kavallus ja velallisen epärehellisyysrikokset suojelevat myös verottajaa kiellettyä vilpiltä, joka liittyy itse veronmaksuvelvollisuuden toteamiseen ja vahvistamiseen (LaVM 6/1990 s. 9).

<sup>33</sup> HE 66/1988 vp s. 56–57.

<sup>34</sup> HE sai jo lainsäädäntövaiheessa osakseen varsin ankaraa kritiikkiä mm. eduskunnan lakivaliokunnan kuulemilla asiantuntijoilta. Hallintoneuvos Pesonen totesi, että verorikkomuksessa on perimmältään kysymys velan maksun laiminlyönnin säätämisestä rangaistavaksi ja että säännös on turha, koska veroviranomaisilla on käytettävissään riittävät hallinnolliset sanktiot. Pesonen kiinnitti myös huomiota siihen ongelmaan, mikä on riittävä näyttö maksukyvyttömyydestä. Samansisältöisiä näkemyksiä esitti myös hallintoneuvos Olsson sekä prof. Andersson. Toisaalta verohallinnon edustajien antamissa lausunnoissa kiinnitettiin yleisesti huomiota siihen, että oma-aloitteisesti maksettavat verot eivät ole yrityksen menoja, vaan läpikulkueria, joiden suorittamiseen verovelvollisen täytyy varautua. Kyse ei siis olisi verovelvollisen omaan varallisuuteen kuuluvasta omaisuusserästä. Tällöin verovelvollisen maksukyvyllä ei ole merkitystä teon rikosoikeudellista paheksuttavuutta arvioitaessa. Turun lääninveroviraston lausumassa kiinnitettiin huomiota lisäksi siihen, että mikäli rangaistavuus kytketään maksukykyyn, niin tämä tulisi ainakin laki- tai asetustasolla määritellä, sillä ainakin työnantajan sosiaaliturvamaksun osalta maksukyvyt-

lisointia ei voida perustella sillä seikalla, ettei oma-aloitteisesti maksettavien verojen määrä ole tullut veronsaajan tietoon.

Hallituksen esityksen mukaan verotusta koskevan ilmoituksen antamatta jättäminen olisi tullut kriminalisoiduksi veropetoksena jo RL 29:1:n nojalla. Tämä olisi koskenut myös oma-aloitteisesti maksettavista veroista tehtäviä ilmoituksia<sup>35</sup>. Verottajan lisäksi on olemassa myös muita velkojia, kuten esimerkiksi vakuutusyhtiöt, jotka eivät pysty painostamaan velallista maksujen suorittamiseen vastasuorituksensa keskeyttämällä. Myöskin velallisen käyttöön omaisuutta vuokranneiden liikekumppanien keinot pysäyttää velallisen lisävelkaantumisen oma vastasuorituksensa keskeyttämällä ovat rajallisia, sillä esim. vuokrauskohteen saaminen takaisin vuokranantajan haltuun edellyttää pääsääntöisesti tuomioistuimen ratkaisua ja mahdollisesti ulosottoviranomaisen täytäntöönpanotoimia. Verottaja on kuitenkin näitä velkojia paremmassa asemassa sikäli, että verovelat voidaan panna ulosottoon ilman tuomioistuinmenettelyä. Henkilökohtainen rikosperusteinen vahingonkorvausvastuu merkitsee verovelvollisella olevan maksuvelvoitteen vyöryttämistä eteenpäin sille fyysiselle henkilölle, joka on toiminut verovelvollisena olevan oikeushenkilön johdossa. Mikäli tämä sama henkilö joutuu vahingonkorvausvelvolliseksi lisäksi vielä konkurssirikoksen johdosta, kohdistuu verottajan ja konkurssirikosten velkojien intressit jälleen samaan omaisuusmassaan. Verottaja on tällöin kuitenkin muita paremmassa asemassa, koska verottajan vahingonkorvausvaatimus on koko verovelan määrä<sup>36</sup> eikä esim. vararikkoteolla aiheutetun vahingon määrä.

---

tömyyden arviointi on ollut oikeuskäytännössä hyvin sekavaa eikä KKO ole antanut asiasta valituslupaa. Joissakin tapauksissa tuomioistuinten mukaan verovelvollinen on saattanut olla maksukyvytön useita vuosia ennen konkurssia; yleensä maksukyvyttömyys on Turun lääninveroviraston toimialueella ulotettu 3 – 6 kuukauden ajanjaksoon ennen konkurssia. Lakivaliokunnan kokousptk. N:o 11/1989 vp. 8.3.1989 liite A 4§ s. 1,5,7; N:o 36/1989 vp. 4.5.1989 liitteet B 4§ s. 3–4, E 4§ s. 3 – 5, G 4§ s. 3–6; N:o 37/1989 vp. 5.5.1989 liite A 3§ s. 1. EA.

<sup>35</sup> HE 66/1988 vp s. 56, 62–63. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti eli ns. passiivinen veropetos ei tullut rangaistavaksi HE:ssä ehdotetulla tavalla, vaan eduskuntakäsittelyssä normia muutettiin niin, että rangaistavaksi tuli verotusta koskevan ilmoituksen tekemättä jättäminen siinä tapauksessa, että veroviranomainen oli erityisesti kehottanut toimittamaan veroilmoituksen. Veroviranomaisen kehoitus rangaistavuuden edellytyksenä poistettiin veropetossäännöksestä vuonna 1997, kuten HE:ssä 66/1988 vp oli ehdotettu.

<sup>36</sup> Vrt. HE 66/1988 vp s. 54 ja esim. KKO 2004:46. – Verorikkomussäännöstä on kriminaalipoliittisesti pitänyt ongelmallisena myös Lahti, jonka mukaan tehostekriminalisoinnit tiettyjen yhteiskuntapoliittisten päämäärien tai hallinnollisten tarkoitusprien saavuttamiseksi ovat problemaattisia, mikäli rikossäännöstä sovellettaessa teosta seuraava rangaistus koetaan muuta saman teon johdosta tuomittavaa sanktiota selvästi lievemmäksi. Lahti 1991 s. 268.



Hallituksen esitys oli lisäksi myös sisäisesti ristiriitainen koskien maksukyvyttömyyshedellytyksen kytkemistä muihin kuin ennakonpidätyksen suorittamisen laiminlyöntiin. HE:n mukaan verorikkomuksena olisi rangaistu, jos ennakonpidätys jätetään tilittämättä määräajassa tai verovelvollinen muun syyn kuin maksukyvyttömyyden takia jättää määräajassa suorittamatta oma-aloitteisesti ilman erityistä maksuunpanotointa maksettavan veron. Säännöstä perusteltiin sillä, että ennakonpidätyksen tahallinen tilittämättä jättäminen voidaan katsoa jo sinällään rangaistavaksi, koska työnantajan tulee tehdessään ennakonpidätyksen työntekijän palkasta varautua sen myöhemmin tapahtuvaan tilittämiseen valtiolle samalla tavoin kuin työntekijälle suoraan maksettavan palkan suorittamiseen. Sen sijaan esim. työnantajan sosiaaliturvamaksun maksamisen laiminlyönti oli esityksen mukaan rangaistavaa vain silloin, kun maksuvelvollinen ei ollut maksukyvytön.<sup>37</sup> Kuitenkin työnantaja maksaessaan palkkaa joutuu varautumaan sosiaaliturvamaksun maksamiseen samalla tavoin kuin ennakonpidätyksen maksamiseen, koska maksuvelvollisuus syntyy maksetun palkkasumman perusteella. Lakivaliokunta ehdottikin, että maksuvelvollisuuden laiminlyönti tulisi olla rangaistavaa kaikissa tapauksissa vain silloin, kun se tapahtuu hyötymistarkoituksessa ja muun syyn kuin maksukyvyttömyyden johdosta<sup>38</sup>. Lopullisessa verorikkomus -normissa eduskunta hyväksyi lakivaliokunnan kannan siitä, että verorikkomus edellytti hyötymistarkoitusta ja sitä, ettei maksuvelvollinen ollut maksukyvytön.

Lakivaliokunnan käsityksen mukaan HE:ssä ehdotettu verorikkomus-säännös olisi laajentanut rangaistavuuden alaa huomattavasti aikaisempaan verrattuna päinvastoin kuin HE:ssä todettiin. Lakivaliokunta epäili, että HE:ssä olevan säännöksen todellinen tarkoitus oli laajentaa vahingonkorvausvastuuta veroista rikosperusteella niihin henkilöihin, joihin itse verotus ei ole kohdistunut. Tässä tilanteessa lakivaliokunta katsoi aiheelliseksi tehdä intressivertailun, jossa vastakkain on veronsaajan asema ja toisaalta yksilön oikeusturva. Valiokunnan mukaan verottajan asema on turvattu mm. veronkorotusten kautta, joiden vuoksi maksulaiminlyönnin seuraukset saattavat nousta moninkertaisiksi itse veron määrään nähden. Toisaalta valiokunta totesi, että Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimusta on yleisesti tulkittu niin, että velkavankeus on kielletty. Verorikkomuksesta seu-

<sup>37</sup> HE 66/1988 vp s. 65, 226 Maksukyvyttömyys-termiä ei HE:ssä määritelty sen tarkemmin. HE:n mukaan arvioitaessa maksukyvyttömyyden olemassaoloa voitaisiin soveltaa samanlaisia perusteita, joita on käytetty työnantajan sosiaaliturvamaksusta annetun lain 18 §:n tulkinnassa. HE:ssä ei kerrottu tarkemmin, minkälaisia nämä perusteet ovat. HE 66/1988 s. 65.

<sup>38</sup> LaVM 6/1990 s. 10.

raava rangaistus saattaisi kohdistua myös sellaisiin verovelvolliseen palvelussuhteessa tai toimielimissä oleviin henkilöihin, jotka saavat vain palkkiota yleisesti toiminnastaan mutta eivät muuta taloudellista hyötyä.<sup>39</sup> Lakivaliokunta halusi siis estää toisaalta velkavankeuden ja toisaalta sen, että rangaistusseuraamukset ja vahingonkorvausvastuu kohdistuisivat niihin henkilöihin, jotka eivät itse ole saaneet tosiasiaassa hyötyä maksulaininlyönnin johdosta.

Verorikkomusta käsitellessään eduskunta pyrki myös täsmentämään maksukyvyttömyys-käsitteen sisältöä. Lakivaliokunta totesi, että maksukyvyttömyydellä ei tarkoiteta verorikkomus-säännöksessä pelkästään sellaista tilannetta, jossa velallinen on täysin varaton. Lakivaliokunnan mie­ tinnössä on viitattu valiokunnan kuulemiin asiantuntijoihin, jotka ovat todenneet, että oikeuskäytännössä maksukyvyttömyyden on usein katsottu käsittävän ajanjakson kolmesta kuuteen kuukautta ennen konkurssia. Konkurssi ei ole kuitenkaan maksukyvyttömyyden toteamisen välttämätön edellytys, vaan muunkinlainen maksukyvyttömyys voi tulla kyseeseen. Myös ulosmittauksen yhteydessä on voitu todeta velallisen maksukyvyttömyys.<sup>40</sup>

Rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheen hyväksyessään eduskunnan täysistunto samalla hyväksyi myös harvinaislaatuisen ponsilausuman, jonka mukaan verorikkomuksessa tarkoitettuna maksukyvyttömyytenä on pidettävä esimerkiksi tilannetta, jossa verovelvollinen olisi tilapäisen likviditeetti-

---

<sup>39</sup> LaVM 6/1990 s. 9, vrt. HE 66/1988 vp s. 57.

<sup>40</sup> LaVM 6/1990 s. 10. – Lakivaliokunta oli lausuntoluonnoksessaan 11.5.1990 todennut verorikkomuksessa tarkoitettua maksukyvyttömyydestä seuraavaa: ”Maksukyvyttömyydellä ei tarkoiteta pelkästään sellaista tilannetta, jossa velallinen on täysin varaton. Sen vuoksi on syytä ulottaa hyötymistarkoitustunnusmerkki koskemaan myös niitä maksukyvyttömyystilanteita, joissa velallinen ei ole keskeyttänyt maksujaan, mutta *ei kuitenkaan pysty täyttämään erääntyneitä velvoitteitaan kohtuullisessa ajassa*. Myös tällöin suoritusvelvollisen olisi kohdeltava eri velkojatarhoja tasapuolisesti. Maksukyvyttömyystilanteissa rangaistavaa voisi kuitenkin olla vain hyötymistarkoituksessa tehty suoritusten laiminlyönti.” (Kursivointi kirjoittajan.) Tällä perusteella rangaistavuuden edellytykseksi valiokunta ehdotti taloudellisen hyödyn hankkimistarkoitusta tai muuta syytä kuin maksukyvyttömyyttä. Lakivaliokunnan kokousptk. N:o 29/1990 vp. 11.5.1990 s. 16 EA. – Lopullisessa lakitekstissä rangaistavuus edellyttää *sekä* hyötymistarkoitusta *että* muuta syytä kuin maksukyvyttömyyttä.

Lakivaliokunnan pöytäkirjoista ei ilmene, miksi lopullisesta lausunnosta on poistettu maininta toteamus siitä, että maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan tilanteita, joissa velallinen ei kykene suorittamaan erääntyneitä velvoitteitaan kohtuullisessa ajassa. Ks. Lakivaliokunnan kokousptk:t N:o 33/1990 vp. 23.5.1990, N:o 35/1990 vp. 25.5.1990.

– Verorikkomus-pykälän sorvaaminen oli niin kiistanalainen kysymys, että se edellytti jopa pää- ja oikeusministerin keskinäisiä neuvotteluja, minkä vuoksi asian käsittelyä yhdessä lakivaliokunnan kokouksessa lykättiin. Lakivaliokunnan kokousptk. N:o 35/1990 vp. 25.5.1990. EA.

kriisiin vuoksi pakotettu myymään yritystoiminnan jatkuvuuden kannalta välttämätöntä omaisuuttaan tai laiminlyömään palkkojen maksun kyetäkseen suoriutumaan veron maksusta. Edelleen eduskunta velvoitti hallituksen seuraamaan verorikkomus-normin soveltamista oikeuskäytännössä ja ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin, mikäli normin soveltamisessa tahtuu ilmeisiä kohtuuttomuuksia.<sup>41</sup>

Eduskunnan lausumista ilmenee kaksi seikkaa: Ensinnäkin verorikkomus-säännöstä on pyrittävä tulkitsemaan siten, että maksukyvyttömyys-käsitteelle ei anneta verovelvollisen kannalta kohtuutonta sisältöä. Lainvalmisteluaineistosta ilmenee, että eduskunta on pyrkinyt rajaamaan verorikkomuksen soveltamisalaa niin, että rangaistavuuden piiriin tulisi ainoastaan sellaiset tahalliset tiettyjen verojen maksamisen laiminlyönnit, jotka tehdään hyötymistarkoituksessa silloin kun verovelvollisella on tosiasialliset mahdollisuudet maksaa veronsa. Maksukyvyttömyyden käsitteelle annettavaa sisältöä on tulkittava tätä taustaa vasten. Toinen lainsäädäntöaineistosta ilmenevä seikka on se, että lakivaliokunnan mukaan maksukyvyttömyyden käsitteelle annettaisiin verorikkomussäännöksessä tosiasiallisesti hyvin pitkälti samansisältöinen tulkinta kuin velallisen epärehellisyys -normissa käytetylle maksukyvyttömyyden käsitteelle. Velallisen epärehellisyys -normissa käytetyn ilmaisun ”maksukyvyttömyys” on 1990-luvun alkupuolella nimittäin katsottu tarkoittavan ajanjaksoa 3–6 kuukautta ennen konkurssia<sup>42</sup>. On myös huomioitava, että eduskunnan täysistunnon ja lakivaliokunnan mahdollisuudet tarkkaan käsitelmäärittelyyn ovat melko rajalliset, joten lain esitöissä pitäydytään helposti tuomaan esiin vain esimerkkien avulla millaisissa tilanteissa lakia on sovellettava tietyllä tavalla.

### 2.2.3 *Velallisen epärehellisyys -normin kehityksestä*

Maksukyvyttömän velallisen toimintaan on pyritty puuttumaan velkojien edut turvaavalla tavalla jo kauan. Suomen lainsäädännön velallisen rikos-

<sup>41</sup> Eduskunnan vastaus 12.6.1990.

<sup>42</sup> Vrt. Vento 1994 s. 192, 313. On huomattava, että ennen 1.1.1991 voimassa olleissa velallisen rikoksia koskevissa säännöksissä ei käytetty maksukyvyttömyys-termiä. Näin ollen eduskunnalla ei ollut mahdollisuutta aikaisemman oikeuskäytännön perusteella verrat suoraan velallisen epärehellisyys-normin maksukyvyttömyys-käsitteen ja verorikkomus-normissa käytetyn käsitteen sisältöjä. Myös tuolloin voimassa olleen, takaisinsaantia konkurssipesään koskeneen KS 46 §:n mukaan takaisinsaanti tuli kyseeseen, milloin omaisuus oli siirtynyt pois velallisen hallusta ajanjaksona, joka ulottui yhdestä kuuteen kuukauteen ennen konkurssia. Puolisoiden ollessa kyseessä oli mahdollista peräyttää enintään vuosi ennen konkurssia tehtyjä oikeustoimia.

ten tunnusmerkistöjen muotoutumiseen ovat vaikuttaneet niin antiikin roomalainen oikeus, keskiajan italialainen kaupunkioikeus kuin germaaninen ja ranskalainen oikeus. Esimerkiksi roomalaisessa oikeudessa rangaistavaa oli kaikki perusteettomat, velallisen taloudellista asemaa heikentävät toiminnot. Italialaisessa kaupunkioikeudessa konkurssivelallisen petollisuutta osoitti erityisesti epäsäännöllinen kirjanpito. Germaanisessa oikeusjärjestelmässä uuden ajan alussa katsottiin rangaistavaksi mm. omaisuuden perusteeton vähentäminen ennen konkurssia tai varallisuuden ja velkojen virheellinen ilmoittaminen konkurssimenettelyn yhteydessä. Näissä oikeusjärjestelmissä kehitetyt ajattelutavat omaksuttiin aluksi Ruotsin lainsäädäntöön, jota puolestaan käytettiin esimerkkinä suomalaista rikoslakia säädettäessä 1800-luvun lopulla. Suomalaiseen lainsäädäntöön omaksuttiin myös kasuistisuus Saksan ALR:stä. Aluksi velalliselle määrättävät seuraamukset velkoja vahingoittavasta menettelystä sisältyivät konkurssilakeihin, mutta 1800-luvulla säännökset siirrettiin muusta maksukyvyttömyyslainsäädännöstä erilleen rikoslakeihin mm. Suomessa, Ruotsissa ja Preussissa.<sup>43</sup>

Velallisen rikosten olennaisimmiksi tunnusmerkistötekijöiksi muodostui 1800-luvulla eri oikeusjärjestelmissä kolme eri tyyppistä tekotapaa. Ensinnäkin velallinen saattoi salata, hävittää tai piilottaa omaisuuttaan konkurssi- tai muussa virallismenettelyssä velkojiltaan. Rangaistavaksi katsottiin myös erilaiset tekaistut velkasitoumukset, joilla velallinen saattoi vahingoittaa muita velkoja, koska tekaistu velkasitoumus vähensi näille kertyvän omaisuuden määrää. Tämä ensimmäinen tekotapa on menettelyä, joka nykyisin Suomessa kuuluu lähinnä velallisen petoksen tunnusmerkistön piiriin. Toinen rangaistavaksi katsottu tekotapa kattoi ylivelkaisuus- tai maksukyvyttömyystilassa tehdyt epätavalliset oikeustoimet kuten ilman perusteltua syytä tehdyt lainasitoumukset tai varallisuuden käyttö omaksi eduksi. Lisäksi myös varallisuuden hävittäminen tuhlaamalla täytti rangaistavuuden. Tällaista menettelyä arvioidaan Suomen voimassa olevan rikoslain kannalta velallisen epärehellisyytenä. Kolmas moitittava menettelytapa oli velkojen keskinäisen tasa-arvon loukkaaminen esim. pyrkimällä parantamaan tietyn velkojan asemaa kasvattamalla tämän suhteellista asemaa ilmoittamalla ylisuuri velka. Tästä on myöhemmin kehittynyt velkojansuosintarikoksen tunnusmerkistö. Nämä tunnusmerkistötekijät on havaittavissa myös Suomen vuonna 1889 säädetyssä rikoslaissa.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> ALR = Allgemeines Landsrecht v. 1794 eli Preussin yleinen maanlaki. Vento 1994 s. 67, 72, 82–87.

<sup>44</sup> Vento 1994 s. 72–76, 87–88.

Konkurssirikoksia koskeva RL 39 luku oli voimassa vuonna 1889 säädetyssä muodossaan lähes sellaisenaan rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheen voimaantuloon saakka 1.1.1991. Ainoat lukuun sen voimassaoloaikana tehdyt muutokset koskivat syyteoikeutta ja konkurssivelkojan vilppiä. Vuoden 1889 rikoslain 39 luku oli jaoteltu niin, että RL 39:1:ssä säädettiin rangaistavaksi velallisen petos, ja RL 39:2 koski epärehellisenä velallisenä tehtyjä tekoja. Velallisen petoksen tunnusmerkistö sisälsi ne toimet, joilla velallinen oli näennäisesti heikentänyt varallisuusasemaansa salaamalla omaisuuttaan velkojiltaan. Velallisen epärehellisyys puolestaan rangaistiin niistä teoista, joissa velallinen ennen konkurssia oli todellisuudessa siirtänyt omaisuuttaan varallisuuspiiristään velkojiensa ulottumattomiin ja siten tahallaan loukannut tai vaarantanut velkojiensa intressejä.<sup>45</sup> Velallisen epärehellisyys syyllistyi myös silloin, kun velallinen kieltäytyi antamasta velallisen valaa tai muita tarpeellisia tietoja velkojilleen painostusvankeudenkin jälkeen. RL 39:3 käsitteli huolimattomana tai kevytmielisenä velallisenä tehtyjä tekoja, kuten tappiollisen tai suurien riskien sisältäneen liiketoiminnan jatkamista, konkurssin viivyttämistä, omaisuuden myymistä ennen konkurssia polkuhintaan tai jonkun velkojan suostumista. Velallisen karkaaminen oli määrätty rangaistavaksi RL 39:4:ssä, mikäli velallinen ei maksanut täysimääräisesti luottojaan velkojilleen. Muut luvun säännökset koskivat konkurssivelkojaa, rikoksen tekijän määrittelyä ja syyteoikeutta.

Rikoslain kokonaisuudistuksen eräs pääongelmista oli säännösten hajainaisuus; rangaistussäännöksiä oli sekä rikoslaisissa että muissa yksittäisissä laeissa. Maksukyvyttömyyteen liittyvien väärinkäytösten kohdalla tämä ongelma oli ehkä pienempi kuin muissa rikostyypeissä, sillä konkurssirikokset olivat jo aikaisemmin keskitetty rikoslakiin. Kuitenkin myös maksukyvyttömyystilassa tehdyistä väärinkäytöksistä oli säännöksiä esim. akordilaissa, jonka 50 §:ssä oli RL 39 lukua vastaavat säännökset akordimenettelyyn sovellettuna. Väärän tiedon antaminen ulosottomenettelyssä oli taas rangaistavaa petosta koskevien yleissääntöjen perusteella<sup>46</sup>.

Maksukyvyttömyyteen liittyvien väärinkäytösten osalta suurimmat ongelmat olivatkin siinä, että RL 39 luku koski vain konkurssitapauksia. Konkurssitila oli siis rikoslain soveltamisen objektiivinen edellytys. Kuitenkin se seikka, asetettiinko velallinen loppujen lopuksi konkurssiin, saattoi olla sattumanvaraista. Lisäksi ongelmana nähtiin rikoslain vanhentuminen yhteiskunnan kehityksen johdosta. RL 39 luku heijasti omalta osaltaan

<sup>45</sup> Ks. esim. KKO 1984 II 68.

<sup>46</sup> Esim. HE 66/1988 vp s. 163.

taan maatalousyhteiskunnan olosuhteita, kun taas 1900-luvulla yritystoiminta oli muuttunut radikaalisti. Julkisen talouden kasvu aiheutti sen, että lähes jokaisesta oikeussubjektista oli tullut verovelallinen ja siten myös mahdollisen velallisen rikoksen tekijä. Konkurssirikossäännösten kasuis-tisuus oli johtanut omalta osaltaan siihen, että rangaistavan ja rankaise-mattoman menettelyn välinen raja oli tullut epäselväksi; yleiset periaatteet olivat hävinneet yksityiskohtien taakse.<sup>47</sup>

Rikoslain normien jälkeenjääneisyyden lisäksi maksukyvyttömyyteen liittyvien väärinkäytösten torjumisen ongelmiksi nähtiin 1980-luvulla poliisi- ja veroviranomaisten asiantuntemuksen puute sekä muutenkin tutkinnan hajanaisuus eri viranomaisten kesken. Vero- ja tulliviranomaiset tutkivat väärinkäytöksiä vain omasta näkökulmastaan. Poliisilla ei toisaalta ollut talousrikosten tutkintaan erikoistunutta henkilökuntaa riittävästi. Erityisesti raukeaviin konkursseihin liittyi suuria ongelmia, koska niissä tehdyt väärinkäytökset jäivät helposti kokonaan tutkimatta. Velkojat eivät halunneet ottaa kulatoriskiä tutkimisesta itselleen. Rikostutkinnan resursseja ei kuitenkaan 1980-luvulla lisätty riittävästi.<sup>48</sup> Koska konkursseihin liit-tävä rikollisuus jäi suurelta osin piilorikollisuudeksi,<sup>49</sup> saattoi tämä vai-kuuttaa siihen, että konkurssirikoksia käsiteltiin tuomioistuimissa vähem-män, jolloin rikoslain tunnusmerkistöihin ja niiden tulkintaan liittyvät on-gelmat eivät olleet jäsenyneitä.

Rikoslain 39 luvun säännöksillä on tarkoitettu kriminalisoida maksu-kyvyttömäksi tulleen velallisen velkojia vahingoittavat toimet<sup>50</sup>. Velalli-selle on asetettu velvoite pyrkiä toimenpiteillään turvaamaan ja säilyttä-mään varallisuutensa mahdollisimman tarkoin niin, että velkojat voivat viimeistään pakkotäytäntöönpanossa saada saatavilleen mahdollisimman suuri suoritus. Rikoslain säännöksillä on pyritty kriminalisoimaan ne toi-met, jotka toisaalta joko todellisuudessa tai näennäisesti heikentävät velal-lisen varallisuusasemaa siten, että velkojat kärsivät vahinkoa tai jotka toi-saalta aiheuttavat sen, että jokin tietty velkoja pääsee perusteettomasti toista edullisempaan asemaan. RL 39 luvun säännöksillä ja niiden rikkomisesta

---

<sup>47</sup> Heinonen 1966 s. 66, 282, 295–297, KM 1976:72 s. 322–324, HE 66/1988 vp s. 158–159, ks. myös taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän lausunto OJL 6/1983 s. 210–211, Tala 1987 s. 113.

<sup>48</sup> Talousrikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OJL 6/1983 s. 165–167, 169–170, 211.

<sup>49</sup> Vrt. taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö OJL 6/1983 s. 3.

<sup>50</sup> Tämä koskee niin vuoden 1889 rikoslakia kuin 1991 voimaan tullutta rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaihetta. Aikaisemman lainsäädännön aikana konkurssi katsottiin osoi-tukseksi maksukyvyttömyydestä ja velkojille aiheutuneesta vahingosta, mistä syystä ran-gaistavuus kytkettiin siihen. Heinonen 1966 s. 72–73.

seuraavalla vahingonkorvausvelvollisuudella on siis haluttu korjata velkojien tilanne siihen, mitä se olisi ollut ilman lainvastaista tekoa.<sup>51</sup> Rikoslain säännöksillä on tältä osin siis vahvasti loukattua oikeustilaa korjaamaan pyrkivä reparatiivinen luonne.

### 2.3 Konkurssilainsäädännön kehityksestä

Velallisen rikoksiin liittyvän loukatun oikeustilan korjaamiseen pyrkivän luonteen vuoksi on syytä tarkastella myös konkurssilainsäädännön kehitystä. Velallisen epärehellisyys on luonteeltaan velallisen kaikkia velkojia suojaava normi, joten tässä yhteydessä on tarkoituksenmukaista keskittyä tarkastelemaan velallisen kaikkia velkojia koskevan pakkotäytäntöönpanomenettely- eli konkurssilainsäädännön kehitystä. Konkurssilainsäädännöllä on merkitystä velallisen rikoksia koskevien tunnusmerkistöjen tulkinnassa siksi, että rikoslainsäädäntöä sovellettaessa annettujen ratkaisujen tulisi mielestäni olla samansuuntaisia kuin normaalilla täytäntöönpanomenettelyllä olisi saavutettu – rikosperusteisen vahingonkorvausvastuun on pyrittävä poistamaan rikoksen haitalliset vaikutukset. On siis selvitettävä, mitkä ovat konkurssilainsäädännön tavoitteet ja mitä muutokset erityisesti velkojien maksunsaantijärjestyksessä annetussa laissa merkitsevät rikoslain tulkinnan ja rikosperusteisen vahingonkorvausvastuun määräytymisen kannalta.

Etuoikeusasetuksen kumoaminen ja velkojien maksunsaantijärjestyksestä annetun lain voimaantulo 1.1.1993 merkitsi velkojien saattamista konkurssi- ja ulosottotilanteessa tasa-arvoiseen asemaan. Vuodelta 1868 peräisin olleen etuoikeusasetuksen perusteella velkojien oikeus saada maksu konkurssipesän omaisuudesta riippui hyvin pitkälti siitä, millä perusteella velkasuhde oli syntynyt. Panttioikeuden haltijat olivat luonnollisesti parhaalla etusijalla, mutta myös tavallisten velkojen kesken oli olemassa etusijajärjestys. Työntekijöiden palkkasaatavat, verot ja lakisääteiset maksut olivat paremmassa asemassa kuin konkurssivelalliselle tavaraa myyneet liikekumppanit. Eriarvoisuuden taustalla olivat mm. sosiaaliset syyt eli halu turvata työntekijän toimeentulo konkurssin yhteydessä sekä valtion fisikaaliset intressit. Etuoikeusjärjestelmästä johtuen viimesijaisille velkojille ei konkurssissa kertynyt juuri koskaan jako-osuutta<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Vento 1994 s. 84–85, Heinonen 1966 s. 29, 33–38, KM 1976:72 s. 322–324, HE 66/1988 vp s. 158–159. – Viimeksi velallisen rikoksia koskevia säännöksiä on muutettu 1.4.2003 voimaan tulleella rikoslain muutoksella, jossa mm. poistettiin kriisitiladellytys velallisen epärehellisyydestä. Ks. mm. HE 53/2002 vp s. 23–24, 29.

Etuoikeusjärjestelmän uudistaminen tuli ajankohtaiseksi 1990-luvun laman ja sen aiheuttaman yrityssaneerauslainsäädännön tarpeen myötä. Ilman etuoikeusjärjestelmän muuttamista ei yritysten saneeraukselle olisi ollut edellytyksiä, sillä niillä velkojilla, joilla olisi ollut konkurssissa etuoikeus saada saatavalleen suoritus, ei olisi ollut niin suurta tarvetta suostua velallisen velkojen vapaaehtoiseen saneeraukseen.<sup>53</sup>

Etuoikeusjärjestelmän uudistamisessa pyrittiin luomaan oikeudenmukainen järjestelmä sille, miten velallisen maksukyvyttömyydestä aiheutuvat tappiot jaetaan eri velkojien kesken. Kysymys oli siitä, millä perusteella eri velkojaryhmät voidaan asettaa toisistaan eriarvoiseen asemaan ja missä määrin on noudatettava yhdenvertaisuusperiaatetta. Yhdenvertaisuusperiaate tunnustettiin kuitenkin vanhankin etuoikeusjärjestelmän voimassa ollessa konkurssioikeuden keskeiseksi periaatteeksi. Yhdenvertaisuusperiaatteella konkurssioikeudessa tarkoitetaan sitä, että velkojat ovat maksukyvyttömyystilanteessa tasavertaisia ja saavat saatavilleen suorituksen saataviensa suuruuden mukaisessa suhteessa.<sup>54</sup>

Etuoikeusjärjestelmä uudistettiin oikeudenmukaisuus- ja riskinjako-näkökohtien perusteella. Uudistamisessa kiinnitettiin huomiota myös elinkeinoelämän luototusjärjestelmään. Vanhaa etuoikeusjärjestelmää sovellettaessa jako-osuudetta jääneiden velkojien taloudellinen panos tuli käytetyksi jako-osuutta saavien velkojien hyväksi. Erityisesti verojen sekä eläkemaksujen etuoikeus vaikutti siihen, ettei etuoikeudettomille velkojille kertynyt jako-osuutta. Etuoikeuksia karsittiin siten, että yleiset etuoikeudet poistettiin lapselle tulevan elatusavun etuoikeutta lukuun ottamatta. Uudessa järjestelmässä etuoikeudet katsottiin hyväksyttäväksi vain silloin, jos sitä voidaan perustella kansalaisen perusturvan tai muiden olennaisten taloudellisten olosuhteiden kannalta.<sup>55</sup> Tämä etuoikeuksien karsiminen tarkoitti sitä, että konkurssitilanteessa käytännössä kaikki tavalliset velkojat tulivat pantinhaltijoiden jälkeen tasa-arvoiseen asemaan. Uuden lainsäädännön aikana ainoastaan erilaiset rangaistusluonteiset maksut sekä viivästysseuraamukset asetettiin muita huonompaan asemaan.

Etuoikeusjärjestelmä uudistettiin vasta sen jälkeen, kun rikoslain talousrikoksia koskevat säännökset olivat astuneet voimaan rikoslain kokonais-

<sup>52</sup> HE 181/1992 vp s. 5.

<sup>53</sup> HE 181/1992 vp s. 5, 23–24. Etuoikeusjärjestelmän uudistamisen yhteydessä tarkistettiin myös konkurssiin asettamisen edellytyksiä, mikä johti siihen, että maksukyvyttömyys mainittiin sellaisenaan konkurssin edellytyksenä. Hallituksen esityksen mukaan maksukyvyttömyydellä tarkoitettiin konkurssisäännössä samaa asiaa kuin takaisinsaantilaissa.

<sup>54</sup> HE 181/1992 vp s. 5, 18.

<sup>55</sup> HE 181/1992 vp s. 5, 18, 21, 32.



uudistuksen I-vaiheessa vuoden 1991 alussa. Etuoikeuksien poistaminen johtui 1990-luvun laman aiheuttamasta nopeasta tarpeesta saada aikaan lainsäädäntö, joka mahdollisti yritysten velkojen järjestelyn ilman konkurssia. Kyse ei siis ollut mistään pitkään valmistellusta hankkeesta velkojen yhdenvertaisen kohtelun kehittämiseksi. Tämän voidaan olettaa olevan osasyynä sille, että talousrikoksia uudistettaessa ei pohdittu eri säännösten systemaattista suhdetta toisiinsa, ts. sitä, milloin on sovellettava pelkästään yhtä velkojaa suojaavaa normia ja milloin kaikkia velkojia suojaavia normeja. Tällaiselle ajattelulle ei ollut lainsäädäntövaiheessa tarvetta, koska itse konkurssimenettelykään ei kohdellut eri velkojaryhmiä toisiinsa verrattuna tasapuolisesti.

### 3 RIKOSOIKEUDELLISESTA LEGALITEETTIPERIAATTEESTA

#### 3.1 Legaliteettiperiaatteen tausta ja sisältö

Rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate syntyi valistusajan filosofien keskuudessa. Periaatteen avulla pyrittiin rajoittamaan vallankäyttäjien – ruhtinaiden ja tuomioistuinten – mielivaltaa suhteessa alamaisiin.<sup>56</sup> Esimerkiksi mielivallasta käy mm. 1700-luvun Ranska, jossa ei ollut lainkaan yhtenäistä rikoslainsäädäntöä. Lainkäyttäjät sovelsivat erilaisia määräyksiä, ediktejä ja lakeja, jotka olivat niin ristiriitaisia, että lainkäyttäjät saattoi soveltaa monesti parhaaksi katsomaansa normia. Kärjistetyksi tilannetta voidaan kuvailla sellaiseksi, että mitä tahansa lain soveltajan päähänpistoa voitiin perustella jollakin muodollisella määräyksellä. Lisäksi lainkäyttäjällä oli yksittäistapauksessa oikeus poiketa normista, mikäli rikoksen laatu antoi siihen aiheutta. Oikeuslähteenä hyväksyttiin normien lisäksi myös oikeuskäytäntö. Siten rangaistavan ja rankaisematta jäävän menettelyn rajaa oli mahdotonta määrittellä. Myös Saksassa ja Ruotsi-Suomessa tilanne oli heikko, sillä lainkäyttäjällä oli mahdollisuus määrätä rangaistus soveltamalla kirjoitettuja rangaistussäännöksiä analogisesti. Lainsoveltajan vapaata harkintavaltaa voitiin käyttää, mikäli normissa oli aukko tai esim. rangaistuksen laatua määrättäessä.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Jareborg 2001 s. 57.

<sup>57</sup> Honkasalo 1965 ss. 37–38.

Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen ”isänä” voidaan pitää saksalaista Paul Johann Anselm von Feuerbachia, joka kehitti 1700- ja 1800-lukujen taitteessa periaatteen ”nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali”.<sup>58</sup> Legaliteettiperiaate voidaan johtaa Feuerbachin ajatuksesta koko rangaistusjärjestelmän tarkoituksesta ja oikeutuksesta. Feuerbach näki rikosoikeusjärjestelmän ja sen noudattamisen perustuvan psykologiseen pakkoon.<sup>59</sup> Tällöin ihminen ei halua tehdä rikosta, koska se mielihyvä, jonka rikoksen tekeminen aiheuttaa on pienempi kuin se mielihyvä, joka rikoksen tekemisestä välttämättä seuraa.<sup>60</sup> Feuerbachin mukaan ainoa tehokas väline yhdistää konkreettinen teko ja siitä välttämättä seuraava rangaistus tehokkaalla tavalla on kirjoitettu laki. Rikoslaila pyritään siis ohjaamaan ihmisten käyttäytymistä käyttämällä apuvälineenä rangaistuksen uhkaa. Toisaalta muut keinot eivät ole riittäviä turvaamaan ihmisten henkilökohtaista vapautta; keinot jotka eivät perustu kirjoitettuun lakiin rikkovat ihmisten oikeuksia. Siten lakiteksti saa hallitsevan piirteen rikosoikeudessa: Feuerbach katsoi tuomarin olevan tiukasti sidottu kirjoitettuun lakiin ja lain soveltamisessa on noudatettava lainsäätäjän tahtoa eikä tuomari saa ylittää lain sanamuotoa. Toisaalta tuomari ei myöskään saa jättää määrättyä rangaistusta tuomitsematta, vaan rangaistusuhan on oltava todellinen. Lakiteksti menettäisi vaikutuksensa, jos rangaistavaksi säädetystä teosta ei seuraisikaan rangaistusta.<sup>61</sup> Jotta lakiteksti olisi tehokas ihmisten käyttäytymisen ohjaaja, sen on oltava riittävän selkeästi muotoiltu. Ihmiset eivät ymmärrä epämääräisiä rangaistussäännöksiä eivätkä näin ollen voi myöskään elää niiden mukaan. Myöskään taannehtivalla lainsäädännöllä ei ole ihmisten käyttäytymistä ohjaavaa vaikutusta, joten näin ollen Feuerbachin ajatuksista voidaan johtaa myös taannehtivuuskielto.<sup>62</sup>

Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen voidaan siis katsoa sisältävän neljä alaperiaatetta: Rikoksen ja rangaistuksen on perustuttava kirjoitettuun lakiin (praeter legem -kielto), lain sanamuotoa ei saa ylittää (analogiakielto) syytetyn vahingoksi, lainsäädännöllä ei voida rangaista teoista, jotka eivät olleet rangaistavia ennen lain säätämistä (taannehtivuuskielto)

---

<sup>58</sup> Frände 1989 s. 108–109. Latinankieliset lauseet tarkoittavat vapaasti suomennettuna: Ei rangaistusta ilman lakia, ei rangaistusta ilman rikosta, ei rikosta ilman kriminalisointia laissa. Feuerbachin ajatusten esittely perustuu tässä Frändeen.

<sup>59</sup> Frände 1989 s. 109.

<sup>60</sup> Frände 1989 s. 111–112.

<sup>61</sup> Frände 1989 s. 113–114.

<sup>62</sup> Frände 1989 s. 115.

sekä rangaistavan käyttäytymisen rajan on oltava riittävän tarkasti määriteltä (epätäsmällisyyskielto).<sup>63</sup> Fränden mukaan legaliteettiperiaatteen noudattaminen johtaa rikosoikeusjärjestelmän ennustettavuuteen ja ennakoitavuuteen. Ennustettavuudella Frände tarkoittaa sitä, että juridisen koulutuksen saanut henkilö pystyy tekemään luotettavia ennusteita siitä, kuinka rikosoikeusjärjestelmä tulee kohtelemaan tiettyjä konkreettisia, yksittäisiä tekoja. Ennakoitavuus kytkeytyy normaaliin, keskimääräiseen ihmiseen: tämän on rikoslakia lukemalla kyettävä arvioimaan riittävällä tarkkuudella, onko teko mahdollisesti kielletty vai ei.<sup>64</sup>

Praeter legem -kiellon mukaan tuomari ei siis saa määrätä rangaistusta sellaisesta teosta, jota lainsäätäjä ei ole sisällyttänyt rangaistussäännöksen piiriin. Kielto rajoittaa tuomarin käytettävissä olevia oikeuslähteitä; rangaistus ei saa perustua esim. tapaoikeuteen, oikeuskäytäntöön tai moraalinormeihin. Mikäli rangaistussäännös soveltuu käsillä olevaan konkreettiseen tapaukseen, on laintulkinnassa käytettävä oikeuslähteitä kuten laintulkinnassa yleensäkin.<sup>65</sup> Praeter legem -kielto ei rajoita tuomarin mahdollisuutta poiketa syytetyn vahingoksikaan aikaisemmasta oikeuskäytännöstä esim. tilanteissa, joissa jokin tietty käsite on saanut vakiintuneen tulkinnan. Fränden mukaan yhteiskunnan kokonaisuus on näissä tilanteissa painavampi argumentti kuin ennustettavuus. Tietoisuutemme ympäröivästä yhteiskunnasta kehittyy koko ajan, joten on mahdotonta ja toisaalta tarpeetontakin lukita käsitteiden sisältö sille tasolle, joka lainsoveltajalla oli siinä tilanteessa, kun käsitettä ensimmäistä kertaa rikoslaisissa käytettiin. Mikäli lainsäätäjä ei ole kirjoittanut legaali-määritelmää erikseen lakiin, voidaan lainsäätäjän ajatella jättäneen lopullisen päätäntävällän käsitteen sisällöstä tuomarikunnan harteille.<sup>66</sup>

Analogiakiellon mukaan ratkaistessaan konkreettisen teon ja rangaistussäännöksen tunnusmerkistön keskinäistä vastaavuutta tuomioistuimien ei saa ylittää lakitekstin normaalikielenkäytön tai juridis-teknisen kielenkäytön mukaan määräytyviä rajoja<sup>67</sup>. Analogian ja sallitun laintulkinnan ero on siinä, että tulkinnassa normin ja tosiasioita kuvaavien lauseiden vastaavuus on semanttista, kun taas analogiassa vastaavuus on arvoperusteista.

<sup>63</sup> Jaottelu on Fränden väitöskirjassaan (Frände 1989) käyttämä. Muista jaottelutavoista ks. mm. Backman, Eero: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, analogia ja Klami, teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menetyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003 s. 24–25.

<sup>64</sup> Frände 1989 s. 160, 16–169.

<sup>65</sup> Frände 1989 s. 223, 225.

<sup>66</sup> Frände 1989 s. 227–228.

<sup>67</sup> Frände 1989 s. 229, HE 44/2002 vp s. 34.

Analogiasta on kyse siis silloin, kun oikeudellista normilauseetta sovelletaan tiettyyn yksittäiseen tapaukseen, vaikka riittävää semanttista vastaavuutta normilauseen yleiskielisen tai juridis-teknisen merkityssisällön ja tapauksen tosiseikkojen välillä ei ole. Tapaus arvostellaan samanarvoiseksi kuin ne tapaukset, joihin normilause semanttisesti soveltuu. Tapaus siis siirretään sääntelemättömältä alueelta arvoperusteisen vastaavuuden perusteella normilauseen sisäpuoliselle alueelle.<sup>68</sup>

Analogia on jaettu perinteisesti kahteen eri kategoriaan. Lainanalogialla tarkoitetaan tilannetta, jossa rikoslain säännöstä sovelletaan tilanteeseen, johon se ei sanamuotonsa puolesta sovellu, mutta säännöksen perustana oleva ratio vaatii kuitenkin normin soveltamista tapaukseen. Lain ration huomioimista voidaan perustella sillä, että säännöksen sanamuodon ollessa sen perustana olevaa oikeusajatusta eli lain tavoitetta vastaamaton lainkäyttäjän on annettava ajatukselle ”sen oikea kantavuus”.<sup>69</sup> Honkasalon mukaan ”sanamuodon vastaamattomuus on voinut johtua vain siitä, ettei lainsäätäjä ole ottanut huomioon kaikkia niitä tapauksia, jotka rikosoikeudellisessa suhteessa ovat täysin samanvertaiset, joko inhimillisen rajoittuneisuuden vuoksi tai siitä syystä, ettei niiden huomioiminen lain laatimisen aikaan ole ollut mahdollinenkaan, kun ne ovat myöhemmän kehityksen synnyttämiä”.<sup>70</sup> Oikeusanalogia hakee arvoja normin soveltamisen tueksi vielä lainanalogiaa laajemmalla alueella. Oikeusanalogiaa käytettäessä pyritään saamaan selville ne yleiset periaatteet, joiden ilmauksia yksittäiset säännökset ovat. Tällöin siis soveltamista perustellaan esim. rikoslain yleisellä hengellä.<sup>71</sup>

Syytetyn vahingoksi tehtävän analogian tarpeellisuutta vastaan on esitetty useita eri perusteita. Ensinnäkin rikoslain voidaan katsoa olevan lainsäätäjän tyhjentävä tahdonilmaisu siitä, mitä tekoja on pidettävä rangaistavina. Tällöin niitä tekoja, joita ei ole määrätty rangaistavaksi, ei ole pidettävä rangaistavina eli rikoslailla on ns. negatiivinen vaikutus. Toisaalta analogian salliminen antaisi tuomioistuimille liikaa valtaa lainsäätäjän kustannuksella, mikä olisi ristiriidassa vallan kolmijakoa koskevien op-

---

<sup>68</sup> Backman 2003 s. 27, Krokfors 2004 s. 57. HE:ssä 44/2002 vp s. 34 analogia määritellään siten, että analogiasta on kyse silloin, kun normia sovelletaan tapauksessa, johon se ei oikeustieteessä, lakien esitöissä tai laissa vahvistetun merkityssisällön mukaisen sanamuodon mukaan soveltuisi, mutta jota tapausta voitaisiin pitää *jossakin suhteessa* samanlaisena tai rinnasteisena (kursivointi kirjoittajan).

<sup>69</sup> Honkasalo 1965 s. 45. Honkasalo käyttää vain termiä ”oikeusajatus”, jolla ymmärrän hänen tarkoittaneen nimenomaan lain tavoitteita.

<sup>70</sup> Honkasalo 1965 s. 45.

<sup>71</sup> Honkasalo 1965 s. 45–46.

pien kanssa. Ongelmalliseksi voisi muodostua myös oikeuskäytännön horjuvuus, sillä ei ole olemassa mitään takeita sille, että tuomarit ymmärtävät lain hengen yhdenmukaisesti. Yhteiskunnan kannalta on kuitenkin loppujen lopuksi vähemmän haitallista se, että tietyt epäsosiaaliset teot jäävät yksittäistapauksessa rankaisematta kuin se oikeusepävarmuus, joka saataisi aiheutua lain henkeen perustuvasta epäyhtenäisestä rangaistuskäytännöstä.<sup>72</sup>

Kielletyn analogian ja sallitun tulkinnan – erityisesti laajentavan tulkinnan – erottaminen toisistaan voi olla hyvin hankalaa. Tulkinnan ja analogian välistä rajaa on kuvattu veteen piirretyksi viivaksi.<sup>73</sup> Kysymys on siitä, milloin normilauseen sanamuodon ja tapauksen tosiseikaston välillä on riittävä vastaavuus. Mikä loppujen lopuksi on ”riittävää”? Klamin mukaan analoginen soveltaminen on eräs nimitys, jolla soveltaja voi halutessaan kutsua ajatusoperaatiota, jossa hän on ottanut tietyn normin ratkaisunsa perusteeksi. Tulkintaa voidaan kutsua samanlaiseksi nimitykseksi. Klami toteaa, että koska lainsoveltaja tietää jo lähtökohtaisesti analogisen lainsoveltamisen syytetyn vahingoksi olevan kiellettyä, lainsoveltajan on tarpeetonta esittää välivaiheen kysymystä ”tulkintaa vai analogiaa?” vaan hän voi suoraan kysyä peruskysymyksen ”soveltuuko normi kyseiseen tapaukseen vai ei?” Siten ratkaisun jälkeen voidaan haluttaessa pohtia, oliko tunnusmerkistön ja tapauksen tosiseikaston välinen vastaavuus luonteeltaan tulkinnallista vaiko vain analogista.<sup>74</sup> Klamin kritiikkiä analogiakiellon pohtimisen merkityksestä voidaankin pitää teoreettiselta kannalta nähdäkseni perusteltuna.

Lain mahdollisen analogisen soveltamisen syytetyn vahingoksi on laisäättäjä katsonut kuitenkin edelleen olevan relevantti uhkatekijä rikosoikeudenhoidossa. Tämä seikka näkyy mm. 1.1.2004 voimaan tullessa rikoslain yleistä osaa koskeneessa lakiuudistuksessa, jolloin RL 3 lukuun otettiin oma norminsa laillisuusperiaatteesta. Uuden RL 3:1.1:n mukaan ”rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi”. Analogiakielto ilmenee määräyksestä, jonka mukaan rangaistavuuden tulee olla laissa *nimenomaisesti* säädetty.<sup>75</sup> Tämä normi nähdäkseni korostaa entistä selvemmin kirjoitetun lain asemaa rikosoikeuden oikeuslähteenä sekä tosiseikas-

<sup>72</sup> Honkasalo 1965 s. 46–50. Ks. myös Frände (1989 s. 230), joka myös korostaa analogiakiellon merkitystä ennustettavuuden ja yhdenvertaisuuden ylläpitäjänä.

<sup>73</sup> Honkasalo 1965 s. 45, Heinonen 2002 s. 78, ks. myös HE 44/2002 vp s. 34.

<sup>74</sup> Klami 1969 s. 179, 184–185.

<sup>75</sup> HE 44/2002 vp s. 34.

ton ja tunnusmerkkien semanttisen vastaavuuden merkitystä, vaikka lain soveltaminen väistämättä edellyttää merkityssisällöltään epätasallisten lauseiden ja termien tulkintaa. Rikoslain analogiakieltoasäännös ei tarkoita sitä, että lainsoveltajasta tulisi lainsäätäjän tahdon mekaaninen toteuttaja.<sup>76</sup>

Analogiaa vai tulkintaa -kysymyksestä ei siis päästä jatkossakaan täysin eroon, koska kieleen sisältyy aina tiettyjä epätarkkuuksia, joita ratkaistessaan myös tulkitsijan arvomaailma väistämättä heijastuu tehtyyn tulkintaan eli ratkaisuun termin merkityssisällöstä. Esimerkiksi ottaessaan yksittäistapauksessa kantaa termin ”tuottamus” sisältöön lainsoveltaja arvioi, millainen käyttäytyminen on tiettyssä tilanteessa yleisesti ottaen huolellista ja mikä vastaavasti huolimattomaa. Yksi ratkaisija voi mm. omasta elämäkokemuksestaan riippuen suhtautua sallivammin tiettyyn menettelyyn ja pitää sitä vähemmän huolimattomana kuin toinen. Tämän vuoksi on nähdäkseni edelleen tärkeää, että lainsoveltaja esittää itselleen ratkaisuaan laatiessa välivaiheen kysymyksen ”analogiaa vai tulkintaa?”.<sup>77</sup> Kysymyksen asettaminen pakottaa lainsoveltajan pohtimaan sitä, onko hän soveltamassa kyseistä normia tiettyyn tosiseikastoon siksi, että tosiseikaston ja normin välillä on riittävä semanttinen vastaavuus vai siksi, että hän pitää tekoa samanarvoisena kuin normissa säädelyä tyypitapausta. Lainsoveltajan on itsekriittisesti arvioitava, onko hän määräämässä rangaistusta siksi, että teko on moraaliton ja paheksuttava vai siksi, että tosiseikat semanttisesti vastaavat kirjoitettua normia.

Taannehtivuuskiellolla tarkoitetaan yleisesti sitä, ettei lainsäätäjällä saa määrätä uudella lainsäädännöllä rangaistusta koskemaan myös sellaisia tekoja, joista ei tekoaikanaan ollut määrätty rangaistusta.<sup>78</sup> Lainsoveltajaa kielto koskee siten, ettei tuomari saa soveltaa uutta lainsäädäntöä taannehtivasti syytetyn vahingoksi. Lievemman lain periaatteen mukaisesti syytetyn eduksi tapahtuneet lakimuutokset ovat sen sijaan pääsääntöisesti huomioitava.<sup>79</sup> Taannehtivuuskielto ei sen sijaan ulotu syytetyn vahingoksi

---

<sup>76</sup> HE 44/2002 vp s. 34.

<sup>77</sup> Katson siis, että Klami on sinänsä oikeassa todetessaan, ettei välivaiheen kysymys ole välttämätön ratkaisun syntymisen kannalta, vaan voidaan myös suoraan todeta, soveltuuko normi vai ei. Kuitenkin erityisesti hankalissa tapauksissa, joissa rangaistavuus on kytketty vaikeaselkoisiin termeihin, välivaiheen kysymyksen asettaminen voi olla tärkeää erityisesti silloin, jos lainsoveltaja kuitenkin pitää tapausta selvästi moraalisesti paheksuttavana. Lainsoveltajan on tällöin pidettävä erillään yhtäältä omat arvonsa, toisaalta lainsäätäjän arvot (= suojeltavat oikeushyvät) ja kolmanneksi asiassa esiin tullut näyttö, kirjoitetut normit ja niiden tulkinnassa käytettävissä oleva materiaali. Lainsoveltaja voi siis asettamalla välivaiheen kysymyksen analysoida tarkemmin omaa ratkaisutoimintaansa kuin menemällä suoraan pääasiakysymykseen.

<sup>78</sup> Frände 1989 s. 235, HE 44/2002 vp s. 29.

<sup>79</sup> HE 44/2002 vp s. 29.

tapahtuviin tuomioistuinkäytännön muutoksiin, ellei muutos riko analogiakieltoa tai tuomioistuinkäytäntö ole muuttunut jo tapaoikeudeksi.<sup>80</sup>

On kuitenkin suhtauduttava varauksella siihen, missä vaiheessa oikeuskäytännön voidaan katsoa olevan niin stabilisoitunutta, että sitä voidaan kutsua jo tapaoikeudeksi. Frände erottaa kaksi erilaista tyyppiä, joissa oikeuskäytännön muutos syytetyn vahingoksi voi tapahtua. Ensimmäinen tyyppi on se, että tuomioistuin katsoo lain sanamuodon sisälle mahtuvan, mutta aikaisemmin kuitenkin esim. esitöiden perusteella vakiintuneesti rankaisemattomaksi katsotun teon täyttävän tunnusmerkistön ja määrää siitä rangaistuksen. Aikaisemmin rankaisemattomaksi katsotusta teosta tulee siis rangaistava. Toinen tyyppi on se, että tuomioistuin katsoo aikaisemmin tietyn rikostunnusmerkistön piiriin kuuluvan teon täyttävän jonkin toisen törkeämmän rikostunnusmerkistön. Tämä tietenkin edellyttää, että teko kuuluu myös ankarammin rangaistun rikoksen sanamuodon sisään. Esimerkiksi teko, joka aikaisemmin on arvioitu tavallisena pahoinpitelynä, saatetaankin arvioida törkeäksi pahoinpitelyksi.<sup>81</sup>

Frände suhtautuu varauksellisesti ensimmäisen tyyppin mukaisiin rangaistuskäytännön muutoksiin, sillä tietyn normin aikaisempi tulkintakäytäntö muodostaa kuvan normin sisällöstä ja rangaistavuuden alasta. Aikaisemman käytännön noudattaminen johtaa rikosoikeusjärjestelmän suurempaan ennakoitavuuteen ja ennustettavuuteen. Tiettyä rinnastettavuutta yllättävien oikeuskäytännön muutosten ja taannehtivien kriminalisointien välillä on havaittavissa. Frände toteaa kuitenkin, että tästä huolimatta myös ensimmäisen tyyppin mukaisia oikeuskäytännön muutoksia on pidettävä sallittuina. Tuomioistuinten on pystyttävä reagoimaan yhteiskunnassa tapahtuneisiin muutoksiin myös rikosoikeuden keinoin. Yhteiskunnan kokonaisedun kannalta tämä voi olla hyödyllisempää kuin tiukka sidonnaisuus aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Jos kerran rangaistussäännöksen sanamuoto mahdollistaa käytännön laajentamisen, vaikuttaa lainsäädännön muuttaminen turhan hankalalta reagointitavalta. Sen sijaan toisen tyyppin mukaisessa tuomioistuinkäytännön muuttamisessa Frände ei näe samantaisia ongelmia. Ennustettavuusvaatimus ei koske tilanteita, joissa on kyse vaihtoehtoisen rangaistussäännöksen sovellettavuudesta. Kaikki relevantti informaatio myös ankaramman rangaistuksen mahdollisuudesta on saatavilla silloin, kun teon tekijä päättää menettelystään.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Frände 1989 s. 236–238, Frände 2004 s. 47.

<sup>81</sup> Frände 1989 s. 237–238.

<sup>82</sup> Frände 1989 s. 238.

Legaliteettiperiaatteen neljäs alaperiaate eli epätäsmällisyyskielto on kohdistettu lainsäätäjään. Epätäsmällisyyskiellon mukaan rikoslain säännösten on oltava tarkkarajaisia; rangaistava toiminta ja siitä seuraava rangaistus on määriteltävä lakitekstissä sellaisella tarkkuudella, että ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt ja mieluiten myös muut ihmiset voivat ennakolta tietää, mitkä teot ovat rangaistavia ja kuinka ankarasti. Ideaalitalanne on se, että kadunmies voi rikoslakia lukemalla varoa tekemästä rikoksia, mutta tästä ideaalitalanteesta ollaan nykyisen monimutkaisen lainsäädännön aikana kaukana.<sup>83</sup>

Epätäsmällisyyskiellon merkitys on siinä, että ilman sitä myös *praeter legem-* ja *analogiakielto* menettäisivät merkityksensä. Tällöin lainsäätäjä voisi määritellä rangaistussäännökset niin väljiksi, että tuomioistuimella voisi olla käytännössä vapaa harkintavalta rangaista mistä tahansa miten tahansa. Ääriesimerkiksi mahdollisesta epätäsmällisestä rangaistussäännöksestä voidaan ottaa lause ”joka tekee väärin, tuomitaan rangaistukseen”, jossa ei mitenkään määritellä sen enempää rangaistavaa tekoa kuin rangaistustakaan.<sup>84</sup> Epätäsmällisyyskiellon merkitys on Suomessa noussut esiin erityisesti blankorangaistustekniikan käytön hyväksyttävyyttä pohdittaessa.<sup>85</sup>

Epätäsmällisyyskielto on kuitenkin hyvin epämääräinen kielto, koska kieleen liittyy aina tiettyä epätarkkuutta<sup>86</sup>. Rikoslaki muodostuu kirjoitetusta lauseista ja sanoista, ja lainsoveltajan samoin kuin sen kohteen on ymmärrettävä näiden sanojen ja lauseiden muodostama teksti. Lauseiden ja tekstin merkityksen selvittämisessä on taas ratkaisevaa yksittäisten sanojen merkityksen selvittäminen. Yksittäisten sanojen merkitysisältöä määriteltäessä voidaan apuna käyttää erottelua sanan intensioon (sisältöön) ja ekstensioon (sovellutusalaan), jotka yhdessä muodostavat sanan merkityssisällön. Sanan ekstensio on luokka ilmiöitä, joiden kuvaamiseen sana on sopiva. Esimerkiksi sanalla *ajoneuvo* voidaan tarkoittaa esim. autoja, moottoripyöriä ja traktoreita. Kuitenkin selvän objektiivisen määritelmän esittämiseksi on tiedettävä sanan intensio eli ne sanan ominaisuudet, jotka määrittävät rajat niille ilmiöille, joihin sana soveltuu. Eräs mahdollisuus

---

<sup>83</sup> HE 44/2002 vp s. 29, Frände 2004 s. 41.

<sup>84</sup> HE 44/2002 vp s. 29, Frände 2004 s. 41.

<sup>85</sup> HE 44/2002 vp s. 33, Frände 2004 s. 43–46, tarkemmin Frände 1989 s. 247–251.

<sup>86</sup> Frände 1989 s. 238–239. Fränden mukaan se seikka, että lainsäädäntö julkaistaan Suomessa sekä suomen että ruotsin kielellä ei sen sijaan saa vaikuttaa epätarkkuusarvioinnissa, vaikka täsmällisyys yhdessä kielessä saattaakin johtaa epätarkkuuteen toisessa kielessä. Se seikka, että materiaali käännetään toiselle kielelle, ei vaikuta alkuperäisen materiaalin täsmällisyysarviointiin. Frände 1989 s. 46.



määritellä sanan ”ajoneuvo” intensio on tieliikennelain (TLL) 2a §:ssä esitetty määritelmä, jossa todetaan ajoneuvolla tarkoitettavan maalla kulkemaan tarkoitettua laitetta, joka ei kulje kiskoilla. Yleisesti ottaen sanojen ekstensio on paljon helpompi todeta kuin intensio.<sup>87</sup>

Fränden mukaan kysymys siitä, onko tuomari soveltanut normia oikein eli ymmärtänyt normin eri termien merkityssisällön oikealla tavalla ratkeaa sen mukaan, voidaanko kielioppi- ja sanojen merkityssisältöä koskevien sääntöjen nojalla tuomarin kielenkäytön katsoa olevan yhteneväinen näiden sääntöjen kanssa. Tämä arviointi edellyttää kuitenkin myös tietoa juridisen kielenkäytön sisällöstä.<sup>88</sup> Nähdäkseni lainsoveltajan on yksittäistä tapausta ratkaistessaan arvioitava lähinnä sanojen ekstensiota; tuomarin on päätettävä, kuuluuko tietty menettely normin sanojen sovellutusalan sisäpuolelle. Sen sijaan tuomarin ei tarvitse välttämättä lainkaan määritellä eksaktisti tietyn termin intensiota, vaan se kuuluu lähinnä lainsäätäjän ja tiedeyhteisön tehtäviin, jos termi on vaikeaselkoinen. Näissä tapauksissa lainsoveltajan on hyvin hankalaa päätyä oikeaan lopputulokseen menettelyn arvioimisessa termin sovellutusalan sisä- tai ulkopuolelle, mikäli termiä ei ole tiedemaailmassa tai lainsäätäjän taholta määritelty.

Epätäsmällisyyskiellossa onkin kyse rikoslain tekstin ymmärrettävyysasteesta eli siitä, kuinka vaikeaa tai helppoa on ymmärtää normien ajatussisältö.<sup>89</sup> Mitä täsmällisempi ja helpommin ymmärrettävissä rangaistussäännöksen sisältö on, sitä helpompi on ennustaa rikosoikeuskoneiston suhtautuminen tiettyyn menettelytapaan. Epätäsmälliset normit aiheuttavat ennustamisvaikeuksia sekä konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa että yleiskuvan muodostamisessa rangaistavan käyttäytymisen alasta. Lakia sovellettaessa epätäsmällinen rangaistussäännös sisältää yhden tai useamman epämääräisen termin, joiden seurauksena lain tulkitsijalle jää epävarmaksi se, vastaavatko tosiseikat rangaistussäännöksen kuvausta. Rangaistussäännös voi olla epätäsmällinen myös silloin, kun siinä käytetään niin yleisluontoisia termejä, että niiden vuoksi rangaistavuuden piiriin tulee hyvin suuri joukko erilaisia menettelytapoja. Tällaisten termien käyttöä ei Fränden mukaan voida puolustaa sillä, että normin sisältö täsmentyisi oikeuskäytännössä. Epätäsmällisyyskielto menettäisi tällöin merkityksensä, koska huonojenkin normien soveltamisesta voi syntyä kattava oikeuskäytäntö, joka luo ennustettavuutta.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Frände 1989 s. 39–42, 238–239.

<sup>88</sup> Frände 1989 s. 42, 43.

<sup>89</sup> Frände 1989 s. 42.

<sup>90</sup> Frände 1989 s. 239–240, 242.

Arvioitaessa sitä, onko jokin termi epätäsmällinen vai ei, on otettava huomioon se, että tietyn rikoslain normin soveltaminen edellyttää aina myös muiden, tämän tietyn normin ulkopuolisten sääntöjen huomioimista. Tällaisia ulkopuolisia sääntöjä voivat olla muut oikeussäännökset (esim. ryöstö ja varkaus edellyttävät siviilioikeudellisten sääntöjen tuntemista), moraalisäännökset tai muut normit, jotka ohjaavat esim. talouselämässä hyväksyttävää käyttäytymistä. Rikoslain normit säädetään kuitenkin usein ilman, että näitä ulkopuolisia normeja tuotaisiin erikseen esiin. Rikoslain normit ovat muodollisesti riippumattomia muista oikeussäännöistä, mutta ulkopuolisten normien tuntemisen tarve konkretisoituu lain soveltamisvaiheessa.<sup>91</sup>

Kuten aikaisemmin on jo todettu, epätäsmällisyyskiellon on vakiintuneesti katsottu kohdistuvan lainsäätäjään. Nähdäkseni voidaan kuitenkin kysyä, voidaanko epätäsmällisyyskiellolla olevan heijastusvaikutuksia myös lainsoveltajan toimintaan. Mikäli lainsäätäjä käyttää jotakin tiettyä termiä lainsäädännössä useaan kertaan eri aikoina, voidaanko tulkita lainsäätäjän pitävän tätä termiä niin selvänä, ettei se ole epätäsmällisyyskiellon vastainen? Jos termiä ei tällä perusteella ole pidettävä epätäsmällisyyskiellon vastaisena, syntyykö tuomioistuimille velvoite soveltaa normeja siten, ettei termistä myöskään tulkintakäytännön myötä muodostu epätäsmällistä? Onko yhdessä normissa käytettävä sama termi kytkettävä tulkintakäytännössä automaattisesti toiseen normiin ilman, että lainsäätäjä tästä erikseen lausuu? Yleisesti ottaen voidaan todeta, että oikeuskäytännön myötä yksittäisen termin merkitysisältö pikemminkin tarkentuu eikä hämärry.

Jonkin verran on käyty keskustelua myös siitä, mitä lainsoveltajan on tehtävä, jos hän yksittäistapauksessa havaitsee epätäsmällisyyskieltoa rikotun. Fränden mukaan olisi toivottavaa, jos tuomioistuimet kieltäytyisivät soveltamasta epäselviä rangaistussäännöksiä<sup>92</sup>. Tätä mahdollisuutta ei evätä myöskään rikoslain yleisiä oppeja koskevassa hallituksen esityksessä, jonka mukaan perustuslain 106 §:n mukainen tuomioistuinten oikeus tutkia lain perustuslainmukaisuus saattaisi ehkä soveltua myös rikoslakiin. Kuitenkin HE:ssä lähdetään siitä, että eduskunta ensisijaisesti kontrolloi etukäteen lakien täsmällisyyttä ja mikäli ongelmia kuitenkin soveltamis-

---

<sup>91</sup> Frände 1989 s. 245–247, ks. myös Lahti 1991 s. 884–885 sekä siviili- ja rikosoikeuden yhtymäkohdista yleisemminkin Jareborg 1986 s. 24–27. Jareborgin mukaan rikosoikeus ei ole sidottu siviilioikeuden piirissä luotuun käsitteistöön, mutta mikäli rikostunnusmerkistö sisältää siviilioikeudellisen termin, pitää olla vahvoja perusteita käsitteen määrittelemiseksi eri tavoin kuin siviilioikeuden piirissä on tehty. Siviilioikeuden säännöillä on joskus ratkaiseva merkitys rikoslain tulkinnassa, sillä oikeusjärjestelmän ei voida sallia toimivan itseään vastaan, ts. sisäisesti ristiriitaisesti. Jareborg 1986 s. 26–27.

<sup>92</sup> Frände 1989 s. 242.

käytännössä esiintyy, voidaan nämä ongelmat ratkaista erehdysoppien kautta.<sup>93</sup> Matikkala toteaa kuitenkin mielestäni aivan oikein, että mikäli lain sisältö on ”erityisen vaikeaselkoinen”, ei ole luontevaa todeta teon olleen laissa ”nimenomaan” rangaistavaksi säädetty<sup>94</sup>. Nähdäkseni ylipäättänsä epätäsmällisyyskiellon rikkomisen seurauksien kanavoiminen erehdysoppien kautta tuntuu jossain määrin keinotekoiselta. Ei tunnu luontevalta, että tekijän todetaan tehneen periaatteessa rikostunnusmerkistön mukaisen teon, mutta koska hän nyt sattui olemaan erehtynyt, niin lainsoveltaja jaloudessaan antaa teon anteeksi tilanteessa, jossa virhe on kuitenkin tosiasiassa tapahtunut lainsäätäjän puolella. On toki muistettava, että normien epätäsmällisyydessä ja erehtymisen asteissa on yksittäistapauksissa eroja, joten joissakin tapauksissa myös erehdysopit voivat tulla kyseeseen. Kuitenkin mikäli normi on yksittäistapauksessa aidosti epätäsmällinen, ei erehdysoppihin ole mielestäni tarpeen mennä.

## 3.2 Oikeudellisen ratkaisutoiminnan, oikeuslähdeopin ja rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen suhteesta

### 3.2.1 Normit ja faktat ratkaisutoiminnan perustana

Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen toteutuminen asettaa vaatimuksia rikosoikeudessa noudatettavalle oikeuslähde- ja laintulkintaopille. Laki on ainoa oikeuslähde, johon langettava tuomio voi rikosasiassa perustua ja toisaalta rikoslain tulkinnan pitäisi mieluummin olla luonteeltaan supistavaa tulkintaa.<sup>95</sup> Lain teksti kytkee tietyn käyttäytymisen ja rangaistuksen toisiinsa; mikäli tätä kytkentää ei ole laissa ilmaistun rangaistussäännöksen tasolla tehty, ei tuomari voi määrätä toteen näytetystä, sinänsä paheksuttavasta historiallisesta tapahtumasta rangaistusta. Ratkaisujen enakoitavuus ja ennustettavuus edellyttävät, että oikeuslähteiden – rikosoikeuden piirissä siis erityisesti kirjoitetun lain sisällön – tulkinnassa noudatetaan tiettyjä sääntöjä<sup>96</sup>.

Laintulkintasäännöt talousrikosnormien soveltamiskäytännössä näyttävät kuitenkin olevan vakiintumattomia. KKO:n ratkaisukäytännöstä ei tunnu

<sup>93</sup> HE 44/2002 vp s. 29–30.

<sup>94</sup> Matikkala 2003 s. 230.

<sup>95</sup> Frände 2004 s. 34.

<sup>96</sup> Ks. Jareborg 2001 s. 108–118. Jareborgin mukaan (s. 116) laintulkinnan voidaan katsoa olevan virheellistä, jos se ei täsmää laintulkinnan metodioppien mukaisen tulkinnan kanssa.

muodostuvan selkeää linjaa sille, miten eri oikeuslähteitä on käytettävä talousrikosnormeja sovellettaessa, mikä merkitys annetaan siviilioikeudelliselle tai muulle rikoslain ulkopuoliselle normistolle ja kuinka tarkasti rangaistavan käyttäytymisen ala on kirjoitettava näkyviin itse rikoslakiin, jotta syyksilukeva tuomio ei olisi legaliteettiperiaatteen vastainen.<sup>97</sup>

Oikeudellinen ratkaisutoiminta muodostuu normeista ja faktoista. Tuomarin on ratkaisutoiminnassaan arvioitava ensiksi sitä, onko tietyssä yksittäistapauksessa asianosaisten väittämien relevanttien faktojen olemassaolo näytetty toteen vai ei. Tämän jälkeen tuomarin on ratkaistava se, täyttääkö asiassa näytetyt faktat tietyn rikostunnusmerkistön soveltamisen edellytykset vai ei. Tuomarin velvollisuuksiin kuuluu riittävässä määrin perustella ratkaisunsa sekä faktojen että tunnusmerkistön täyttymisen osalta.<sup>98</sup>

Oikeudellinen ratkaisutoiminta voidaan kuvata ns. loogisena syllogismina. Siinä sovellettavaa normia kutsutaan normipremissiksi, esiin tulleita ja toteennäytettyjä tosiasioita faktapremissiksi.

Normipremissi: Jos tosiasia A niin seuraus B

Faktapremissi: Tosiasia A vallitsee

Päätelmä (oikeudellinen ratkaisu): Siis seuraus B<sup>99</sup>

Oikeudellista ratkaisutoiminnan kuvaamista loogiseksi syllogismiksi on myös kritisoitu. Kysymyksen siitä, mikä normi (esim. rikosoikeudessa velallisen petos vai velallisen epärehellisyys) valitaan siksi normipremissiksi, jonka täyttymistä tarkastellaan, ei ole katsottu olevan looginen päätelmä. Samoin myöskään niiden tiettyjen relevanttien faktojen valinta, mitkä historiallisesta tapahtumasarjasta valitaan tarkastelun kohteeksi, ei välttämättä ole looginen päätelmä<sup>100</sup>. Loogisen syllogismin mallin on katsottu

---

<sup>97</sup> Jussi Tapani on käsitellyt ongelmaa artikkelissaan ”Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate taloudellisten vaihdantasuhteiden puristuksessa” DL 6/2002 s. 939–965. Vrt. myös tapaukset KKO 1998:164, KKO 1998:131, KKO 2004:109, KKO 2000:39, KKO 2001:86, KKO 2002:11, julkaisematon ratkaisu KKO 648/27.3.2003 (Dnro R 2001/466) sekä KKO 2004:46.

<sup>98</sup> Klami 2000 s. 15.

<sup>99</sup> Aarnio 1975 s. 110, Wikström 1979 s. 125, Aarnio 1989 s. 156–157, Klami 2000 s. 15, Tolonen Hannu 2003 s. 2.

<sup>100</sup> Tämä näkyy esim. tapauksessa KKO 2004:46, jossa tutkittavaksi otettiin verorikkomuksen tunnusmerkistö veroviranomaisen laatiman rikosilmoituksen perusteella. Oikeudenkäyntimateriaalin perusteella (ks. esim. konkurssipesän tekemät sopimukset takaisin-saantikanteista, KKO) näyttää siltä, jutussa olisi voitu lähteä yhtä hyvin tutkimaan myös esim. velallisen epärehellisyyttä ja kirjanpitorikosta. Oikeudenkäyntimateriaalin perusteella

kuvaavan lähinnä oikeudellisen ratkaisun jälkikäteistä muodollista justifiointia.<sup>101</sup> Kuitenkin riippumatta siitä, tehtiinkö normi- ja faktapremissin valinta ennen ratkaisua logiikan tai jonkun muun seikan perusteella, voidaan loogisen syllogismin muotoon puetun mallin avulla jälkikäteen todeta tuomarin näkemys asiassa näytetyistä faktoista: jos tuomari on tuominut tietyn normin perusteella seuraukseen B, on silloin normin soveltamiselle välttämättömät tunnusmerkistökijät eli faktat A vallinneet.<sup>102</sup>

Loogiselle syllogismille kritiikiksi esitetyn argumentaatioteorian pääperuste on siinä, että laintulkinnassa on viime kädessä kyse kielen ilmaisujen selittämisestä. Näillä ilmaisuilla ei ole aitoa, etsinnän jälkeen löydettävissä olevaa merkityssisältöä, vaan niille voidaan eri perusteluihin nojautuen antaa jokin sisältö, joka vuorostaan saa taakseen suppeamman tai laajemman hyväksynnän. Argumentaatioteorian mukaan tuomarin tulisikin pyrkiä parhaan ratkaisun löytämiseen ja perustelemiseen absoluuttisesti oikean ratkaisun löytämisen sijasta. Tätä perustellaan sillä, että päinvastoin kuin matemaattiset tai luonnontieteelliset totuudet, juridiset ”totuudet” eivät ole todistettavissa akselilla tosi/epätosi, vaan ne ovat enemmän tai vähemmän uskottavia.<sup>103</sup>

Aarnio jakaa juridiset ratkaisut rutiiniratkaisuihin ja harkintaratkaisuihin. Rutiiniratkaisut ovat mekaanisia, sillä niihin ei sisälly harkintaa eri ratkaisumahdollisuuksien kesken. Tosiseikat kuuluvat riidattomasti sovellettavan oikeussäännön alaan. Harkintaratkaisuille on puolestaan tyypillistä se, että yhteen ja samaan tosiseikastoon soveltuu useampi kuin yksi

---

näyttää siltä, että tapauksessa esitutkintaviranomainen ei tehnyt tutkintaa aloittaessaan objektiivista harkintaa tutkittavasta rikosnimikkeestä kaikkien relevanttien faktojen pohjalta, vaan rikosilmoituksen perusteella lähdettiin suoraan keräämään näyttöä verorikkomuksen tunnusmerkistön täyttymisestä. Tutkimuksen tekijällä ei kuitenkaan ole ollut käytettävissään esitutkintaviranomaisen sisäisiä juttuun liittyviä mahdollisia tutkintasuunnitelmia tai -muistioita, joista eri tutkintavaihtoehdot saattaisivat käydä ilmi. Talousrikosprosessin ongelmista ks. myös Ohisalo 2004 s. 34–44.

<sup>101</sup> Ks. mm. Tolonen Hannu 2003 s. 2–3, Tolonen Kari 2000 s. 84–85.

<sup>102</sup> Vrt. Klami 2000 s. 15–16. – Nähdäkseni looginen syllogismi ei välttämättä sovellu ratkaisun syntymisen kuvaamiseen, mutta se soveltuu ainakin rikosoikeudessa jälkikäteisen syyksilukevan tuomion analyysin apuvälineeksi. Miten muuten voitaisiin kontrolloida sitä, onko rangaistuksen määräämiseen ollut perusteita eli onko tiettyjen tunnusmerkistökijöiden täyttyminen historiallisesti tapahtunut? Rikosoikeudessa tällaisen analyysin perusteella voidaan olettaa päästävän tarkempaan lopputulokseen kuin muilla oikeudenalioilla, koska rikosoikeuden täsmällisyysvaatimus johtaa siihen, että harkinnanvaraisten elementtien (esim. oikeusperiaatteiden) merkitys ratkaisutoiminnassa on suppeampi kuin muilla oikeudenalioilla. Rikosoikeudessa tietyn normin perusteella määrätty oikeusseuraamus on siis tiukemmin sidoksissa tiettyihin faktoihin.

<sup>103</sup> Lappi-Seppälä 1987 s. 39–40.

oikeussäännös tai mahdollisesti oikeussäännös sallii yhtä useamman tulkintavaihtoehdon.<sup>104</sup>

Rikoslain eri kriminalisoinnit sisältävät paitsi juridista harkintaa edellyttäviä normatiivisia tunnusmerkistötekijöitä, myös sellaisia tunnusmerkistötekijöitä, joissa juridisen harkinnan osuus on pieni tai sitä ei ole lainkaan. Tällaisissa tunnusmerkistötekijöissä riidanalaiset kysymykset liittyvät pikemminkin näytön arviointiin kuin siihen, mikä merkityssisältö tunnusmerkistötekijälle on annettava.<sup>105</sup> Esimerkiksi kuolemantuottamuksessa (RL 21:8) rangaistavaa on toisen kuoleman aiheuttaminen huolimattomuudella. ”Kuoleman aiheuttaminen” on tapahtuma, jonka toteamiseen ei tarvita välttämättä lainkaan juridista harkintaa, vaan kysymys on yleensä lääketieteellisin keinoin selvitettävissä olevan kausaalisuhteen toteamisesta. Mikäli kausaalisuhteen olemassaolo asetetaan riidanalaiseksi, tuomari joutuu ottamaan esitettyjen argumenttien perusteella kantaa siihen, onko kausaalisuhde olemassa vai ei. Sen sijaan ”huolimattomuus” on juridista harkintaa edellyttävä tunnusmerkistötekijä; kysymys siitä, onko tekijä menetellyt huolimattomasti, tahallisesti vai onko kyseessä mahdollisesti ollut rankaisematon tapaturma, ratkeaa toisaalta sen mukaan, millaista käyttäytymistä ja tietoisuutta ihmiseltä voidaan yleisesti ottaen tietyissä tilanteissa edellyttää ja toisaalta sen mukaan, mikä on tekijän tosiasiallinen kyky ymmärtää ja kontrolloida tekoaan ja sen seurauksia.<sup>106</sup>

Voidaan kysyä, onko esim. maksukyvyttömyyden käsite juridista harkintaa sisältävä termi vai onko se lähinnä laskentatoimen keinoin määriteltävissä oleva matemaattinen käsite, joka on todistettavissa akselilla tosi/epätosi. Mikäli kyseessä on matemaattinen käsite, se on silloin ainakin teoriassa määriteltävissä yksiselitteisesti. Tosin välttämättä ei ole olemassa koskaan varmaa tietoa siitä, onko esitetty yksiselitteinen määritelmä absoluuttisesti oikea vai ei. Vaikka tällaiselle matemaattiselle termille ei

---

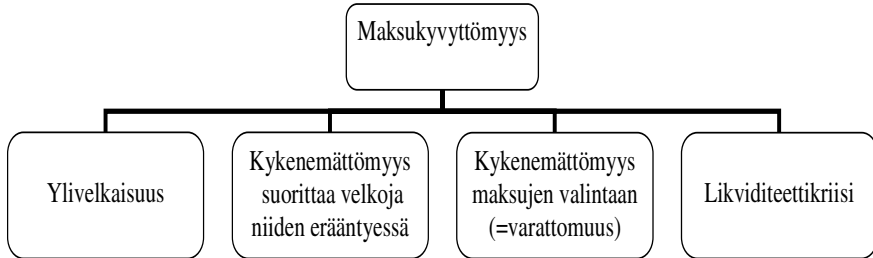
<sup>104</sup> Aarnio 1989 s. 157–158.

<sup>105</sup> Vrt. Klami 2000 s. 16. Suomessa on yhä enemmän siirrytty käyttämään ”normatiivisia” tunnusmerkistöjä, joissa tosiasioita ja niiden oikeudellista arviointia koskevat seikat ovat erottamattomasti yhteenkietoutuneita. Klamin mukaan esim. törkeän huumausainerikoksen tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa normatiivisia elementtejä ei voi pitää erillään näytön arvioimisesta.

<sup>106</sup> Vrt. Klami 2000 s. 20 – Wikströmin mukaan faktapremissiiä ei voida muodostaa normipremissistä riippumatta; faktapremissin vallintaa ei voida arvioida ilman normipremissiiä. Wikström 1979 s. 126, ks. myös s. 142–143 ja 162. Oma näkemykseni on, että kaikki faktapremissit eivät ole riippuvaisia normipremissistä, vaan on myös sellaisia faktapremissejä, joiden olemassaolon toteaminen ei edellytä erityistä juridista harkintaa. Ongelman vaikeus on lähinnä siinä, miten tunnistamme nämä juridisen merkityssisällön omaavat faktapremissit niistä faktapremisseistä, joissa sitä ei ole.

voitaisikaan antaa kaikissa oloissa riittävän eksaktia objektiivista merkityssisältöä, voidaan termille nähdäkseni kuitenkin esittää parhaiten argumentoitu määritelmä, jota on yleisesti käytettävä.

Asiaa voidaan selvittää seuraavan kaavion avulla:



## Kaavio 2.

Yllä olevassa kaaviossa on esitetty neljä erilaista vaihtoehtoa, joiden avulla maksukyvyttömyys voitaisiin mahdollisesti määritellä. Tämä määritelmä on tehtävissä ilman kytkentää siihen normatiiviseen ympäristöön, missä termiä käytetään, mikäli maksukyvyttömyys on matemaattinen termi. Eri vaihtoehtojen puolesta voidaan esittää enemmän tai vähemmän painavia argumentteja. Maksukyvyttömyyden yleispäteväksi määritelmäksi tulee se vaihtoehto, jonka puolesta esitetään vakuuttavimmat argumentit. Nähdäkseni rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen asettamat vaatimukset – ennakoitavuus ja ennustettavuus – edellyttävät sitä, että tätä näin selvitettyä parasta mahdollista määritelmää käytetään johdonmukaisesti ainakin rikoslain sisällä niin kauan, kunnes termille esitetään vakuuttavampi määritelmä.<sup>107</sup> Käsitykseni mukaan muunlainen menettely, jossa termin sisältö määritellään kussakin tapauksessa ratkaisun tekijän mielestä parhaalla mahdollisella tilanteeseen soveltuvalla tavalla, johtaa väistämättä

<sup>107</sup> Vrt. Jareborg 2001 s. 109–110. Jareborgin mukaan objektiivisen laintulkinnan peruseriaate on, että tulkittava teksti ymmärretään rationaalisenä. Tulkinnassa pitäisi välttää mm. tilanteita, joissa termi, jota käytetään useita kertoja eri yhteyksissä vaihtaa merkitystään tai teksti (verrattuna muihin systemaattista relevanssia omaaviin teksteihin) sisältää epäjohdonmukaisuuksia. Samansisältöisesti Aarnio 1989 s. 256. Myös Lahti on todennut, että talousrikosten tunnusmerkistöjen tulkinnassa myös taloustieteellisellä käsitteistöllä on argumentaatioarvoa. Samoin siviili- ja rikosoikeudellisen käsitteenmuodostuksen yhteydessä on huomattava, että oikeusjärjestys on kokonaisuus, jolloin tulkintaongelmaa harkittaessa onärkevää selvittää tiettyyn yksittäiseen kysymykseen systemaattisessa yhteydessä olevien sääntelyiden ja käsitteiden merkitys, vaikka rikosoikeudellinen tulkinta voikin oikeudenalan omista lähtökohdista perustellen poiketa siviilioikeudellisesta tulkinnasta. Lahti 1991 s. 884–885.

siihen, että järjestelmä menettää uskottavuuttaan ja legitimizeettiään. Tällöin lakiteksti ei toimi enää yleisenä lainsäätäjän määräyksenä.

Tällaista ”parhaan mahdollisen määritelmän” johdonmukaista käyttöä puoltaa sekin, että silloin jonkin tiettyä elämänaluetta koskevan erityistieteen (esim. lääketiede, laskentatoimi) parissa omaksutut käsityskannat ovat suoraan lähtökohtina oikeudellista ratkaisua tehtäessä.<sup>108</sup> Tuomarin ei silloin itse tarvitse luoda yleisiä objektiivisia kriteereitä sille, milloin esim. ihmisen voidaan katsoa olleen joko kuollut tai elävä tai esim. yrityksen joko maksukyvytön tai ei. Tällöin tuomari voi keskittää juridisen harkinnan niiden kysymysten selvittämiseen, joissa se on aidosti tarpeen (kuten tahallisuuden täyttymiseen). Sen sijaan mekaanisissa kysymyksissä tuomarin ei tarvitse tarkastella muuta kuin näytön arviointia<sup>109</sup>. Siten näistä kysymyksistä tulee rutiininomaisia ratkaisuja, jotka ratkeavat samalla tavoin, mikäli lähtökohtana olevat relevantit faktat ovat samat. Tämä luo myös oikeusvarmuutta, kun termin sisältöä koskeva epä tietoisuus vähenee.

### *3.2.2 Oikeuskäytännön muutosten ja legaliteettiperiaatteen välisestä suhteesta*

Hannu Tolonen näkee oikeuden jatkuvasti kehittyvänä prosessina: oikeustiede ja oikeuskäytäntö käyttävät oikeuslähteitä, mutta vastaavasti samalla itse ovat oikeuslähteinä seuraaville tuomioistuinratkaisuille ja tulkintakananotoille. Jokainen tuomioistuinratkaisu tai oikeustieteessä esitetty näkemys toimivat lähtökohtana seuraaville ratkaisuille. Tällaista prosessia Hannu Tolonen kutsuu hermeneuttiseksi jatkumoksi. Tätä jatkumoa voidaan pitää eräänlaisena yhteisöllisenä oppimisena; tulkintaratkaisujen myötä

---

<sup>108</sup> Vrt. Aarnio 1989 s. 256. Aarnion mukaan tulkittavalle ilmaisulle ei pidä antaa yleisestä kielenkäytöstä poikkeavaa merkitystä ilman riittäviä perusteita. Lakikieli on tyypillisimmillään arkikieltä (yleiskielen etusijaperiaate).

<sup>109</sup> Esimerkiksi kuolemantuottamuksessa todistajana kuultava lääkäri voi ruumiinavauksesta saadun informaation perusteella todeta, että uhri kuoli henkilöauton törmäyksen aiheuttamiin vammoihin eikä esim. hetkeä aikaisemmin sydänkohtaukseen. Tällöin tuomari voi arvioida, onko lääkärin lausunto riittävä näyttö kausaalisuhteesta auton törmäyksen ja kuoleman välillä. Samoin esim. velallisen epärehellisyydessä voidaan kuulla todistajana velallisyriityksessä erityistilintarkastuksen tehnyttä henkilöä, joka mm. velallisen oman kirjanpitoaineiston ja muun saatavilla olleen materiaalin perusteella voi todeta, että velallinen oli tietyistä ajankohdasta lähtien maksukyvytön. Tietenkin yksittäistapauksessa sekä lääkärinlausunto että erityistilintarkastuksen suorittaneen henkilön näkemys voidaan eri perusteilla riitauttaa, mutta itse peruskysymyksestä – siitä, mitä objektiivisesti ottaen tarkoittaa olla kuollut tai maksukyvytön – ei pitäisi olla epäselvyyttä.



ymmärrys tietyn oikeudellisen kysymyksen ratkaisun lähtökohdista kehittyi, mikä johtaa koko oikeudellisen järjestelmän kehittymiseen. Hermeneuttinen jatkumo soveltuukin kuvaamaan erityisesti avoimia ja tulkinnanvaraisia tilanteita ja näissä tilanteissa käytettävien oikeuslähteiden muodostumista.<sup>110</sup>

Oikeuden luonne jatkuvasti kehittyvänä prosessina aiheuttaa oikeuslähteisiin keskinäistä päällekkäisyyttä. Lainsäätäjän, lainsoveltajien ja oikeustieteen tulosten perusteella syntyy kerrostuneisuutta, kun lainsäätäjä säätää lain, jonka nojalla tuomioistuin tekee ratkaisun, jota oikeustiede lopulta kommentoi. Ajan kuluessa kerrostuneisuus menee pidemmälle. Uuden lain soveltamisessa lain esityöt ovat tärkeässä asemassa, kun taas myöhemmin ennakkoratkaisut korvaavat esityöt normin soveltamiskäytännön ohjaajana. Tällöin saattaa syntyä tulkintalinjoja, joita lainsäätäjä ei osannut edes ajatella esiintyvän käytännössä. Tällaisessa tilanteessa oikeustieteen tehtävänä on paitsi seurata tulkintalinjojen kehittymistä, myös esittää omia suosituksiaan erityisesti selventämällä ja systematisoimalla esiin nousseita kysymyksiä.<sup>111</sup>

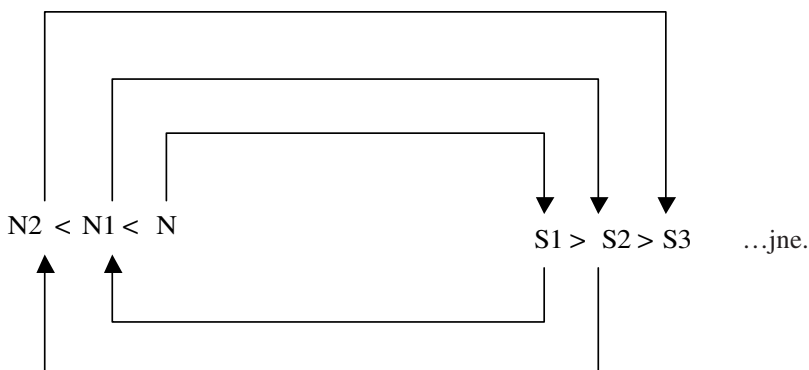
Tuomioistuinten ratkaisujen kehittymistä voi jäsentää hermeneuttisen kehän avulla. Hermeneuttisessa kehässä on Tolosen mukaan kysymys ennen muuta tekstien tulkinnasta ja ymmärtämisestä. Kehän taustalla on ajatus, jonka mukaan yleisluontoisten ja tulkinnanvaraisten tekstien (esim. oikeusnormien) ymmärtäminen edellyttää ymmärrystä myös niistä tilanteista, joihin ne ovat sovellettavissa. Kun näitä tekstejä on sovellettu, tulkitsijalle on syntynyt parempi tietämys myös yleisen tekstin sisällöstä, jolloin tulkitsijalla on osaamista soveltaa tekstiä jälleen uusiin tilanteisiin. Mitä useampaan tilanteeseen tekstiä on sovellettu, sitä paremmin tulkitsija ymmärtää tekstin sisällön. Kysymys on siis yleisen tekstin ja erityisten tilanteiden välillä vallitsevasta vuorovaikutuksesta, joka johtaa sekä tekstin että soveltamistilanteiden yhä parempaan ymmärtämiseen. Oikeuslähteet eivät siten ole staattinen tila tai kerrostuma, vaan jatkuvasti eteenpäin kehittyvä normeja ja oikeussystematiikkaa koskevien ajatusten sekä erilaisten sovellusten prosessi.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Tolonen 2003 s. 5, 8–9, ks. erityisesti talousrikosten osalta Lahti 2004 s. 10–11.

<sup>111</sup> Tolonen 2003 s. 5–6.

<sup>112</sup> Tolonen 2003 s. 7–8.

Hermeneuttinen kehä:



Hermeneuttisessa kehässä olennaista on normin ymmärtämisen jatkuva ja parempaan ymmärtämiseen johtava liike  $N > N2$ , joka johtuu erilaisien sovellustilanteiden  $S1 > S3$  ymmärtämisestä.<sup>113</sup>

Esimerkkinä hermeneuttisesta kehästä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voidaan ottaa KKO:n ratkaisut verorikkomustapauksissa. Kysymys on erityisesti rangaistavuuden edellytyksenä olevan maksukyvyttömyyden käsitteen jäsentämisestä eri tapauksissa.

Varhaisimmassa tapauksessa KKO 1994:67 tuomion perusteluista käy ilmi, ettei verovelvollisen katsottu olleen maksukyvytön yhtiön liikevaihdosta, myyntisaamisista, rahoitusomaisuudesta ja käyttöomaisuuden velaksi tapahtuneesta luovutuksesta sekä verovelvollisen taloudellisesta tilanteesta muutenkin esitetty selvitys huomioon ottaen.

Seuraavassa tapauksessa KKO 1995:137 ratkaisun otsakkeessa todetaan, että verovelvollinen oli laiminlyödessään verojen maksun samanaikaisesti jatkanut liiketoimintaansa maksaen työntekijöiden palkat ja tavarantoimittajien saatavia. Tämä ja yhtiön tilisaatavista, liikevaihdosta ja omaisuudesta esitetty selvitys huomioon ottaen maksujen ei katsottu jääneen suorittamatta tilapäisenä pidettävän maksuvalmiuden häiriön vuoksi. Näin ollen kyse ei ollut maksukyvyttömyydestä.

Kolmannen tapauksen KKO 1996:35 ratkaisuotsake kuuluu seuraavasti: ”Yhtiön ei katsottu olleen rikoslain 29 luvun 4 §:ssä tarkoitettulla tavalla maksukyvytön, kun se pitkän aikaa oli jättänyt maksamatta ennakonpidätykset ja sosiaaliturvamaksut, mutta jatkanut samanaikaisesti liiketoimintaansa ja maksanut muiden velkojien saamia ja näin merkittävältä osin mahdollistanut toimintansa jatkamisen työnantajamaksujen laiminlyömisellä.” – Tuomion perusteluissa todetaan, ettei verovelvollisen *yleensä*<sup>114</sup> voida katsoa olevan em. tilanteessa maksukyvy-

<sup>113</sup> Tolonen 2003 s. 7.

<sup>114</sup> Kursivointi kirjoittajan.

tön. Perusteluissa viitataan lisäksi verovelvollisen taloudelliseen asemaan, kuten verovelvollisen rahojen ja pankkisaamisten, lainasaamisten sekä vaihto-omaisuuden määrään sekä taseen huomattavan korkeaan loppusummaan. Myös liikevaihto viimeiseltä tilikaudelta oli suuri. Tiedot ovat peräisin n. kaksi viikkoa ennen konkurssia päättyneeltä tilikaudelta laaditusta alustavasta tilinpäätöksestä. Kysymystä koskevien perustelujensa lopuksi KKO vielä toteaa erikseen arvioineensa tilannetta kokonaisuutena.

Tapauksen KKO 2004:46 perusteluissa viitataan tapauksen 1996:35 otsikkoon<sup>115</sup> ja todetaan tällä perusteella maksukyvyttömyyden käsitteen tulkinnan poikkeavan siitä, millaisen tulkinnan se on saanut velallisen epärehellisyystapauksissa. – Esimerkki kertoo siitä, miten ratkaisuosikoiden alunperin yhtenä osatekijänä ollut seikka on vähitellen muodostunut ratkaisukäytäntöä vahvasti ohjaavaksi normiksi.

Aarnio kiinnittää huomiota siihen, että ennakkopäätösten merkityksen korostaminen oikeuslähteinä voi olla ongelmallistakin. Ylimmät tuomioistuimet saavat tietynasteisen norminasettajan roolin, jolloin ne eivät ole enää vain oikeusriitoja ratkaisevia viranomaisia vaan osittain lainsäätäjän tehtäviä tekeviä orgaaneja. Toisaalta ennakkopäätösten merkitystä saataan yliarvioida käytännön lakimiesten keskuudessa tavalla, jota Aarnio nimittää ”tapauspositivismiksi”. Tällöin ennakkopäätösten voimaan uskotaan samanasteisesti kuin lakipositivismissa lain kirjaimeen. Erityisesti nämä ongelmat nousevat esiin silloin, kun oikeuslähteinä käytettävistä ennakkopäätöksistä tyydytään lukemaan vain ratkaisuosikko.<sup>116</sup> Myös Olavi Heinonen on huomauttanut siitä, ettei KKO:n otsikoiden ole tarkoitus olla luonteeltaan normatiivisia, vaan niissä pyritään lähinnä kuvaamaan se oikeuskysymys, johon jutussa on otettu kantaa.<sup>117</sup> Oikeustapauksia oikeuslähteinä käytettäessä onkin ymmärrettävä, mitkä ovat ne kysymykset, joihin tuomioistuin on voinut vapaasti ottaa kantaa. Lisäksi on huomioitava, mitkä ovat tapauksessa ratkaisun pohjana olleet näytetyt tosiseikat sekä lopulta myös se, miten eri kysymyksiin annetut ratkaisut on perusteltu.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> Ja siihen, ettei verovelvollisen tällä perusteella voida yleensä katsoa olleen maksukyvytön.

<sup>116</sup> Aarnio 1989 s. 234–235.

<sup>117</sup> Heinonen 1991 s. 238. Heinonen kiinnittää muutenkin huomiota KKO:n ratkaisujen merkitykseen. Hänen mukaansa ennakkopäätöksen arvo on suorassa yhteydessä sen perustelujen vakuuttavuuteen. Ei ole mitenkään luonnontonta, että alioikeus tai hovioikeus perusteluillaan ”ajaa KKO:n ratkaisun ohi”. Myös oikeustieteen parissa esitetyissä kannanotoissa voidaan päästä syvemmälle ja siten parempaan vakuuttavuuteen kuin KKO:n ratkaisussa. KKO:n olisikin oltava valmis perustellun kritiikin jälkeen joko kehittämään ratkaisunsa perusteluja tai tarvittaessa myös tarkistamaan lopputulosta uutta ennakkopäätöstä antaessaan. Heinonen 1991 s. 236–237.

<sup>118</sup> Heinonen 1991 s. 238, Aarnio 1989 s. 235.

Rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen ja hermeneuttisen kehän välinen suhde tulee esiin niissä tilanteissa, joissa jonkin normin tulkinta alkaa käytännössä painottua tiettyyn suuntaan. Tähän painottumiseen voi olla eri syitä, kuten oikeushyvän tehokasta suojelua korostavat argumentit. Legaliteettiperiaatteen mukaisesti lain soveltamisessa on kuitenkin pysyttävä lain sanamuodon sisällä, vaikka nämä argumentit puoltaisivatkin rangaistavuuden alan laajentamista – rikosoikeudessa on siis kiinnitettävä muita oikeudenaloja enemmän huomiota lain sanamuodon objektiiviseen tulkintaan. Mikäli yhteiskunnalliset tarpeet puoltavat rangaistavuuden alan laajentamista, on lainsäätäjän asiana tehdä kannanotto rangaistavuuden alan laajentamisesta. Lainsoveltajan on siis oltava tarkkana yksittäistä tapausta ratkaistessaan ja kriittisesti arvioitava kulloisenkin tapauksen tosiseikaston kuulumista nimenomaan rangaistusnormin sanamuodon sisälle – arviointia ei siis tule tehdä siten, että tapauksen tosiseikastoa arvioidaan ennakkopäätöksen otsikkoa vasten. Ennakkopäätös toimii vain apuna lain sanamuodon ymmärtämisessä.

Nähdäkseni on myös huomioitava se käytännön seikka, että syytteessä kuvatun teon tekemisen ja tuomioistuinkäsittelyn välillä voi kulua huomattavan pitkä aika. Mikäli sovellettava normi on ollut alun perin huomattavan epäselvä<sup>119</sup> ja tietoisuus sen sisällöstä on vakiintunut vasta vähitellen pitkän ajan kuluessa, voidaan mielestäni perustellusti kysyä, kuinka kohtuudella tosiasiallisesti on tekijän ennakoitavissa ollut teon tekoheikellä sen rangaistavuus.<sup>120</sup> Tuomioistuimen on siis tahallisuus- ja erehdyskysymyksiä arvioidessaan kiinnitettävä huomiota myös siihen, mikä tietämys normin sisällöstä teon tekemisen aikaan vallitsi, eikä ainoastaan siihen tietoon, joka normin sisällöstä on olemassa tuomitsemishetkellä.

---

<sup>119</sup> Tällä tarkoitan tilannetta, jossa lainsäätäjä on tosiasiaa melkein rikkonut legaliteettiperiaatteen epätasällisyyskieltoa. Luonnollisesti heti uuden lainsäädännön voimaan astumisen jälkeen tietämyksemme normin täsmällisestä sisällöstä on vajavaisempi kuin vakiintuneen oikeuskäytännön jälkeen.

<sup>120</sup> Fränden mukaan tuomioistuinikäytännön muutos on myös syytetyn vahingoksi sallittu, mikäli pysytään sanamuodon sisällä, vaikka sitä voidaankin pitää arveluttavana. Frände 1989 s. 237–238.

## 4 MAKSUKYVYTTÖMYYDEN KÄSITTEEN MUO- TOUTUMINEN OIKEUS- JA TALOUSTIETEESSÄ

### 4.1 Taloustieteen piirissä tapahtunut kehitys

#### 4.1.1 Maksukyvyttömyyden taloustieteellisestä tutkimuksesta yleensä

Maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan yleisesti taloustieteen piirissä sitä, että velallinen ei kykene huolehtimaan maksusitoumuksistaan niiden tullessa maksuun<sup>121</sup>. Maksukyvyttömyydestä on erotettava maksuhaluttomuus, jolla tarkoitetaan sitä, että velallisella on periaatteessa varoja suoritua velvoitteistaan, mutta velallinen syystä tai toisesta pidättäytyy suorituksen täyttämisestä. Maksukyvyttömyydestä on perinteisesti pidetty erillään myös maksuvalmiuskriisi, jolla tarkoitetaan käytettävissä olevan rahoituksen vakavaa heikkenemistä suhteessa maksuun tuleviin maksusitoumuksiin. Kysymys on tällöin lyhytaikaisesta tilanteesta. Maksuvalmiuskriisi heijastuu usein maksuhäiriöinä, jotka voivat olla myös merkinä maksukyvyttömyydestä tai maksuhaluttomuudesta.<sup>122</sup> Ulkoisten tunnusmerkkien perusteella voi siis olla hyvin vaikea päätellä, onko velallisen taloudellisessa tilanteessa kyse vain lyhytaikaisesta maksuvalmiuden häiriöstä, pitempiaikaisesta maksukyvyttömyydestä vai onko velallinen periaatteessa taloudellisilta olosuhteiltaan kyvykäs suoritutamaan velvoitteistaan, mutta velallisella ei välttämättä ole halua tähän.

Maksukyvyttömyyttä koskeva taloustieteellinen tutkimus voidaan jakaa luotonantajan intressistä lähtevään tutkimussuuntaukseen, jossa tarkoituksena on löytää keinoja velallisen konkurssin ennustamiseen siten, että luotonantaja välttyisi luottotappioilta ja toisaalta tutkimuksiin, joissa tarkoituksena on selvittää jälkikäteen saatavilla olevan informaation perusteella velallisen taloudellisia olosuhteita tietynä ajanjaksona. Konkurssin ennustamista koskevalla tutkimuksella on pitkät perinteet: Kansainvälisesti tunnetuimpia uranuurtajia olivat William H. Beaver ja Edvard I. Altman, joiden tutkimukset perustuivat pitkälti empiirisiin havaintoihin. Teoreettista perustaa taas kehittäli suomalainen Aatto Prihti. Suomessa konkurs-

<sup>121</sup> Laitinen 1996 s. 1169. Esimerkiksi William H. Beaver, jota pidetään yhtenä konkurssin ennustamismenetelmien kehittämisen uranuurtajista, on Laitisen mukaan määritellyt maksukyvyttömyyden seuraavasti: "Failure is defined as the inability of a firm to pay its financial obligations as they mature." (Laitinen 1996 s. 1169, jossa on viitattu Beaverin artikkeliin "Financial Ratios as Predictors of Failure. Empirical Research in Accounting: Selected Studies." Supplement to Vol. 4. Journal of Accounting Research. 1966. s. 71–127).

<sup>122</sup> Laitinen 1996 s. 1169, Vento 1994 s. 188.

sin ennustamistutkimusta on edustanut viimeksi erityisesti Erkki K. Laitinen. Konkurssivelallisen toiminnan ex post tapahtuvan tarkastamisen teoreettinen tutkimus on nuorempaa. Viimeksi mainitusta tutkimussuuntauksesta on mainittava Ilpo Kähkösen väitöskirja velallisen epärehellisyyden mallittamisesta<sup>123</sup>. Velallisen toiminnan tarkastamista käytännöllisemmällä tasolla ovat selvittäneet myös Erkki K. Laine ja Yrjö Tuokko<sup>124</sup>. Maksukyvyttömyyttä koskevalla tutkimuksella on liittymäkohtia myös yritysrahoituksen tutkimukseen. Yrityksen rahoituksen keskeiset kysymykset ovat toisaalta lyhyen aikavälin kassanhallinnan järjestäminen sekä toisaalta pitkäaikaisen toiminnan, erityisesti investointien kannattavuuden laskeminen<sup>125</sup>.

#### *4.1.2 Konkurssin ennustamista koskevat tutkimukset*

Konkurssin ennustamista koskevissa tutkimuksissa on pyritty määrittelemään sitä todennäköisyyttä, jolla velallinen menee konkurssiin tiettyinä, esim. vuoden pituisena ajanjaksona. Ennusteet ovat perinteisesti pohjautuneet velallisyrittäjien antamiin tilinpäätöstietoihin, joista on laskettu erilaisia tunnuslukuja ja sen jälkeen on pyritty päättelemään näiden tunnuslukujen perusteella tilastollista konkurssin todennäköisyyttä. Ennustemallit yleistyivät Yhdysvalloissa 1930-luvun laman aikana, jolloin monet yritykset joutuivat taloudellisiin vaikeuksiin. Ennustamismenetelmiä kehitettiin vertaamalla maksuvaikeuksissa olevien yritysten ja menestyvien yritysten tunnuslukuja toisiinsa, mistä tehtiin sitten systemaattisia johtopäätöksiä. Tutkimukset osoittivat, että vaikeuksissa olevilla yrityksillä oli heikommät tunnusluvut kuin menestyneillä jopa kolme vuotta ennen konkurssin tapahtumista.<sup>126</sup>

Altmanin, Beaverin ja muiden konkurssin ennustamismahdollisuuksia tutkineiden henkilöiden tutkimus pohjautui pitkälti empiiriseen analyysiin; konkurssia ennustaviksi tunnusluvuiksi valittiin ne tunnusluvut, jotka tilastoaineiston perusteella antoivat parhaan ennustamiskyvyn.<sup>127</sup> Suomalainen Aatto Prihti esitti tunnuslukujen valinnalle myös teoreettisia perusteluja. Väitöskirjassaan Prihti esitti yrityksen konkurssia edeltävää

---

<sup>123</sup> Kähkönen, Ilpo: Velallisen epärehellisyyden mallittaminen: Ongelmina esitutkintaan valikointi ja tunnusmerkistön taloudelliset käsitteet. Helsinki 1998.

<sup>124</sup> Laine, Erkki K. – Tuokko, Yrjö: Erityistarkastukset. Helsinki 2000.

<sup>125</sup> Esim. Leppiniemi – Puttonen 1996 s. 22–23.

<sup>126</sup> Laitinen 1990 s. 39, Laitinen 1996 s. 1171–1172

<sup>127</sup> Laitinen 1990 s. 58, tarkemmin varhaisemmasta konkurssitutkimuksesta ks. Prihti 1975 s. 13–32.

käyttäytymistä kolme perushypoteesia, joista kahta testattiin empiirisen aineiston perusteella.<sup>128</sup> Prihti näki yrityksen sarjana perättäisiä investointeja ja Prihtin ensimmäinen perushypoteesi olikin se, että toimivilla yrityksillä tulorahoitus kattaa investointien rahoituksen maksuvaatimukset, kun taas konkurssiyrityksillä jonakin ajankohtana tapahtuu pysyvä negatiivinen muutos, jolloin nettotulot eivät kata investointien rahoituksen maksuvelvoitteita – tosin lyhytaikaisia poikkeuksia kumpaankin suuntaan voi tapahtua kummallakin yritystyyppillä.<sup>129</sup>

Kysymykseen siitä, milloin konkurssityypin yritys sitten ajautuu konkurssiin, esitti Prihti vastaukseksi toisen hypoteesin. Tämän hypoteesin mukaan konkurssiajankohta on ensimmäinen sellainen ajankohta, jossa syntyvä investointien rahoituksen maksuvajaus (=lisäluoton tarve) ylittää saatavissa olevan enimmäislisäluottomäärän.<sup>130</sup> Hypoteesin taustalla on ajatus siitä, että mikäli yrityksen maksuvaatimukset ylittävät tulorahoituksen, yrityksen toiminnan jatkuminen edellyttää rahoituksen hankkimista joltakin sidosryhmältä – joko erikseen neuvottelemalla tai sitten yksipuolisesti jättämällä laskut maksamatta.<sup>131</sup>

Kolmas Prihtin hypoteesi liittyi vanhaan konkurssilainsäädännön etuoikeusjärjestelmään. Prihtin kolmas hypoteesi oli se, että yritys ottaa yksipuolista lisäluottoa helpoiten siltä sidosryhmältä, jonka saatava on etuoikeusjärjestelmässä viimesijainen. Hypoteesin taustalla oli näkemys siitä, että etuoikeudettomille saataville kertyvä jako-osuus on konkurssitilanteessa niin pieni, että tällaiset velkojat voivat saada saatavilleen paremman katteen tulevaisuudessa rahoittamalla pitkämielisesti toimintaa. Mikäli rahoitus ei tuota tulosta, sidosryhmä lopettaa rahoituksen mutta ei välttämättä hae kuitenkaan velallista konkurssiin jako-osuuden pienuuden vuoksi. Vasta siinä tilanteessa, kun sidosryhmä katsoo todennäköisen jako-osuuden olevan konkurssissa riittävän suuri, se ryhtyy perimään saataviaan konkurssiuhan avulla. Siinä vaiheessa, kun kaikkien sidosryhmien enimmäislisäluottomäärät on käytetty eli kaikki velkojat laskevat saavansa riittävän suuren jako-osuuden konkurssissa, yritys haetaan varmuudella konkurssiin, mikäli toiminta on edelleen kannattamatonta.<sup>132</sup>

Konkurssin ennustamistutkimusta on Suomessa viime aikoina edustanut erityisesti Erkki K. Laitinen, joka esitti yrityksen terveyskolmioon

<sup>128</sup> Prihti 1975 s. 33, Laitinen 1990 s. 58, Laitinen 1996 s. 1175.

<sup>129</sup> Prihti 1975 s. 35–46, 58–59, Laitinen 1990 s. 58–59.

<sup>130</sup> Prihti 1975 s. 50, Laitinen 1990 s. 59.

<sup>131</sup> Prihti 1975 s. 47–49, Laitinen 1990 s. 59.

<sup>132</sup> Prihti 1975 s. 53–58, Laitinen 1990 s. 59–60.

perustuvan hypoteesin yrityksen konkurssiprosessista. Kärkikolmion muotoisen yrityksen terveyskolmion avulla Laitinen kuvaa sitä, että yritystoiminta lepää alimmaksi sijoitetun kannattavuuden varassa. Kuitenkin kannattavakin yritystoiminta voi mennä konkurssin eli kolmio voi kaatua huonon maksuvalmiuden tai vakavaraisuuden vuoksi, jotka ovat kolmion muut ääripäät. Laitisen mukaan konkurssiprosessi etenee yleensä seuraavasti:

1. Liian nopea kasvu suhteessa kannattavuuteen, heikko tai nykivä kasvu
2. Heikko tulorahoitus
3. Velkaantuminen
4. Takaisinmaksukyvyyn heikkeneminen
5. Tulorahoituksen heikkeneminen
6. Ylivelkaisuusrajan saavuttaminen
7. Yksipuolisen luoton ottaminen
8. Menojen lykkääminen ja kasvun pysähtyminen.<sup>133</sup>

Laitinen kehitti tämän konkurssiprosessin avulla kolmen muuttujan yhdistelmä-tunnusluvun (ns. Z-luku). Mikäli Z-luku sai tiettyä lukua pienemmän arvon, yritys luokiteltiin konkurssiyrietykseksi ja mikäli arvo ylitti tämän luvun, kyseessä oli toimiva yritys.<sup>134</sup>

Laitinen onnistui vuotta ennen konkurssia luokittelemaan konkurssiyrietykset 5 %:n virhemarginaalilla; toimivissa yrityksissä virhemarginaali oli huomattavasti suurempi eli 27,5 %.<sup>135</sup> Aikavälin pidentyessä ennustetarkkuus heikkeni virhetyyppi I:n kohdalla kuitenkin huomattavasti. Esim. kahta vuotta ennen konkurssia 37,5 %:ssa konkurssiyrietytys luokitellaankin toimivaksi yritykseksi ja neljä vuotta ennen konkurssia ennustetarkkuus on vain 50 %. Sen sijaan toimivien yritysten luokittelussa ei vastaavaa kasvua ole havaittavissa, vaan virheellisiä ennusteita annetaan koko ajan saman verran eli 27,5 %.<sup>136</sup>

Konkurssin ennustamista koskevien tutkimusten suurin ongelma oikeudellisen ratkaisutoiminnan apuna on se, että ne ovat vain ja ainoastaan ennusteita. Ne eivät Laitisen mukaan siten suoraan osoita maksukyvyttö-

---

<sup>133</sup> Laitinen 1990 s. 171, 189–193 sekä Laitinen 1996 s. 1175–1176.

<sup>134</sup> Laitinen 1990 s. 199–222.

<sup>135</sup> Konkurssiyrietysten 5 % virhemarginaali tarkoittaa sitä, että todellisuudessa jostain syystä konkurssiin mennyt yritys näyttääkin terveeltä toimivalta yritykseltä 5 %:ssa tapauksissa, toimivien yritysten 27,5 %:n virhemarginaali tarkoittaa sitä, että toimiviksi yrityksiksi luokitelluista yrityksistä 27,5 % menee konkurssiin.

<sup>136</sup> Laitinen 1990 s. 214–223. Z-luvun kriittistä arvoa muuttamalla virhetyypin I ennustetarkkuus kuitenkin paranee. Laitinen 1990 s. 223.



myyttä.<sup>137</sup> Toisaalta tilinpäätöksistä laskettavien tunnuslukujen käyttöön liittyy se ongelma, että tiedot eivät ole käytettävissä reaaliaikaisesti vaan viipeellä. Ne eivät myöskään kuvaa konkurssin syitä niiden ilmenemishetkellä vaan ne kuvaavat tilinpäätöshetken tilannetta. Konkurssin syyt syntyvät yleensä yrityksen reaali-prosessissa; esim. myynnin heikkenemisenä tai liian suurena investointina. Rahaproessi puolestaan kuvaa oireita eli syiden vaikutuksia. Mikäli käytettävissä on yrityksen sisäiset tiedot, konkurssin syitä ja oireita voidaan havaita hyvinkin nopeasti niiden syntymisestä. Ulkopuolisella tarkkailijalla tätä mahdollisuutta ei monestikaan ole.<sup>138</sup>

Konkurssin ennustamismalleja käytettäessä on ongelmallista myös se, että kaikkia yrityksiä ei voi laittaa samaan muottiin, koska yritykset käyttäytyvät hyvin eri tavalla ennen konkurssia.<sup>139</sup> Jotkut yritykset ryhtyvät saneeraustoimiin liiketoiminnan tervehdyttämiseksi, kun taas toista ääripäätä edustavissa yrityksissä yrityksen johto yrittää kanavoida itselleen niin suuren hyödyn kuin mahdollista. Välimaastoon jäävät ne yritykset, joiden johto ei ymmärrä ennusmerkkejä, osaa ryhtyä oikeisiin saneeraustoimiin tai joilla ei ylipäänsä ole enää mitään keinoja käytettävissä konkurssin välttämiseksi.<sup>140</sup>

Laitinen toteaaakin, että oikeudellinen ratkaisutoiminta tarvitsee konkurssin ennustamistutkimuksista poikkeavia ratkaisumalleja, sillä niitä ei voi niiden todennäköisyysluonteen vuoksi sellaisenaan käyttää maksukyvyttömyyden välittömään mittaamiseen. Laitinen ehdottaakin, että juridisessa päätöksenteossa mittauskysymys ratkaistaisiin siten, että havaintoaineisto kerättäisiin nimenomaan maksukyvyttömyyshetkeltä. Näin saatuaan aineistoon sovellettaisiin normaaleja ennustamistutkimuksen menetelmiä ja siten saataisiin välillinen mittausmalli maksukyvyttömyyden arvioimiseksi. Tulos on tällöinkin vain suuntaa-antava, joten sen avulla voidaan tehdä

---

<sup>137</sup> Laitinen 1990 s. 1171. Ongelmallista tässä on se, että Laitinen ei näytä tekevän käsitteellistä eroa maksukyvyttömyyden ja konkurssin välillä. Siten tilanne, jossa yritys on maksukyvytön tietyn ajanjakson, mutta saa esim. oman pääomanehtoisen lisärahoituksen avulla tervehdytettyä liiketoimintansa jälleen kannattavaksi, näyttäisi olevan Laitiselle mahdollon. Yritys ei ole Laitisen mukaan tällöin maksukyvytön, vaan pelkästään rahoitusvaikeuksissa. Vrt. Laitinen 1996 s. 1171.

<sup>138</sup> Laitinen 1996 s. 155. Tämän ongelman ratkaisemiseksi on yritetty luoda malleja, joilla yrityksen ulkopuoliset toimijat voisivat ennakoida konkurssisyitä. Tällöin huomiota tulisi kiinnittää mm. yrityksen johdon asiantuntemukseen ja mahdolliseen tuhlailevaan käyttäytymiseen, kilpailutilanteiden, tuotanto- tai asiakasrakenteiden muutoksiin tai omistajanvaihdoksiin. Tällaisten mallien kehittämisestä ks. esim. Lehtonen – Laitinen – Immonen (erityisesti s. 15–87).

<sup>139</sup> Laitinen 1996 s. 285.

<sup>140</sup> Vrt. Kähkönen 1998 s. 59–61.

”maksukyvyttömyyteen joutuminen oli todennäköistä” -tyylisiä päätelmiä.<sup>141</sup> Toiseksi vaihtoehdoksi Laitinen esittää välittömien mittausmallien kehittämistä. Mittauksessa voidaan käyttää hyväksi maksukyvyttömyyden yleistä määritelmää<sup>142</sup>, josta voidaan johtaa päätelmä, että yritys on maksukyvyttö, mikäli sen käytettävissä oleva rahoitus on pienempi kuin maksuun tulevat sitoumukset. Maksukykyisyyttä voitaisiin siis mitata yhdellä tunnusluvulla<sup>143</sup>. Mikäli mittari saa arvon yksi tai sitä suuremman arvon, yritys on maksukykyinen, muussa tapauksessa maksukyvyttö. Tämän osoittaminen kuitenkin edellyttää tarkkoja tietoja yrityksen kirjanpidosta ja rahoittajasuhteista, koska asia ei ole selvitettävissä pelkästään tilinpäätöstiedoista.<sup>144</sup>

## **4.2 Maksukyvyttömyyttä koskeva oikeustieteellinen tutkimus**

Suomalaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa maksukyvyttömyyteen liittyviä kysymyksiä on käsitelty kolmessa eri yhteydessä: konkurssirikoksissa, insolvenssioikeudessa sekä verorikkomuksia koskevissa tutkimuksissa.

### *4.2.1 Konkurssirikosoikeudellinen tutkimus<sup>145</sup>*

Heinonen on tarkastellut väitöskirjassaan 1960-luvulla voimassa olleita konkurssirikossääntöksiä esittämällä tulkintasuosituksia ja systematisoimalla RL 39 luvun normeja. Heinonen myös ehdotti varsin konkreettisesti konkurssirikossääntöjen kehittämistä sitomalla rangaistavuuden nimenomaan maksukyvyttömyyteen, sillä Heinosen mukaan jo olemassa ollut konkurssirikossääntely koski tosiasiassa maksuvaikeuksissa olleiden velallisten toimia. Olemassa olevat normit olivat tosin niin kasuistisia, että niitä oli syytä laajentaa avoimempaan suuntaan ja irrottaa tunnusmerkistöt muo-

---

<sup>141</sup> Laitinen 1996 s. 1181.

<sup>142</sup> Laitinen tarkoittaa tällä yleisellä määritelmällä kyvyttömyyttä huolehtia maksusitoumuksistaan niiden tullessa maksuun. Laitinen 1996 s. 1169.

<sup>143</sup> Maksukykyisyys = käytettävissä oleva rahoitus / maksuun tulevat sitoumukset. Laitinen 1996 s. 1182.

<sup>144</sup> Laitinen 1996 s. 1181–1182.

<sup>145</sup> Käsitellen tässä lähinnä kotimaista tutkimusta. Maksukyvyttömyyteen liittyvää problematiikkaa erityisesti konkurssirikoksissa on käsitelty laajalti myös ruotsalaisissa lainvalmisteluasiakirjoissa ja oikeustieteellisissä julkaisuissa, ks. esim. SOU 1996:30, Ds 2002:57, Lagrådsremiss 2.12.2004, Löfmarck 1986.

dollisesta konkurssimenettelystä. Rangaistavuuden sitomista nimenomaan maksukyvyttömyyteen Heinonen perusteli sillä, että maksukyvyttömyys-tilanteessa velkojien intressit ovat aina vaarassa. Heidän tavoitteensa on tappioiden minimoiminen, joka johtaa oikeussuojaintressiin sekä velallisen että toisten velkojien toimia vastaan. Velkojien intressejä vahingoittavat nimenomaan maksukyvyttömyyden aiheuttavat teot, sillä vaikkakin velallinen heikentäisi omaa varallisuusasemaansa, on teko velkojien kannalta merkityksetön, jos velallinen pystyy suoriutumaan velvoitteistaan.<sup>146</sup>

Maksuvaikeuksien määrittelyssä yleensä ja erityisesti maksukyvyttömyyden määrittelyssä Heinonen kääntyy suoraan liiketaloustieteen puoleen, joskin Heinonen katsoo, että liiketaloustiede ja oikeustiede käyttävät eri termejä. Juridista termiä maksukyvyttömyys vastaa taloustieteen puolella maksuvalmius, ylivelkaisuutta vakavaraisuus ja konkurssikypsyyttä kannattavuus.<sup>147</sup> Maksukyvyttömyydestä Heinonen erottaa vielä sen esiateena maksujen kasautumisen, jolloin velallisella on satunnaisesti niin paljon maksuja, ettei hän selviydy niistä normaalilla tavalla. Jatkuva maksujen kasautuminen tarkoittaa maksukyvyttömyyttä, sillä silloin velallisella on niin paljon erääntyneitä velkoja, ettei niitä pystytä maksamaan kohtuullisen ajan kuluessa. Tosin jo Heinonenkin katsoi, että velallinen voi olla maksukyvytön, vaikkei yhtään erääntynyttä maksua olisikaan jäänyt maksamatta, jos velallisen varallisuusasemaan vaikuttavat tekijät tuntien voidaan ilmeisellä todennäköisyydellä arvioida, ettei velallinen tule selviytymään ennen pitkää erääntyvistä maksuistaan.<sup>148</sup>

Heinosen käsityksen mukaan velallinen on jossakin tietyssä vaiheessa joko maksukyvytön tai maksukykyinen. Tosin Heinosen mukaan absoluuttisia kriteereitä maksukyvyyn arvioimiseksi ei ole olemassa, vaan maksukyky on arvostuksenvarainen seikka. Arvostuksen tekeminen edellyttää velallisen varallisuusaseman tuntemista, jolloin esim. velallisen kirjanpitoa voidaan käyttää jälkikäteen tehtävän arvioinnin perustana. Konkurssiedellytysten olemassaolo merkitsee myös lähes aina maksukyvyttömyyden existenssiä. Koska virallismenettelyä maksun perimiseksi voidaan käyttää myös maksuhalutonta velkojaa vastaan, voi konkurssi- tai ulosottomenettely kuitenkin tulla vireille, vaikkei velallinen olisikaan menettänyt maksukykyisyyttään. Velallisella on tällöin mahdollisuus selvittää maksukykyisyytensä maksamalla velka tai asettamalla siitä turvaava vakuus.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> Heinonen 1966 s. 1–7, 29, 34, 295–299.

<sup>147</sup> Heinonen 1966 s. 23–25.

<sup>148</sup> Heinonen 1966 s. 26–27.

<sup>149</sup> Heinonen 1966 s. 27–28, 30–33.

Viimeksi maksukyvyttömyyttä velallisen rikoksissa on käsitellyt väitöskirjassaan Harri Vento, joka viittaa pitkälti saksalaisten oikeustieteilijöiden näkemyksiin. Vennon mukaan saksalainen oikeustieteilijä Tiedemann tarkoittaa maksukyvyttömyydellä *maksuvälineiden puutteesta johtuvaa, todennäköisesti jatkuvaa olennaista kykenemättömyyttä suorittaa pian erääntyvät rahavelat*. Kysymys on tällöin toisaalta likvidien varojen ja erääntyvien velkojen suhteen toteamisesta sekä toisaalta ennusteen laatimisesta sen ajanjakson pituudesta, jolloin maksuvälineistä on puutetta. Erääntyviksi veloiksi luetaan rahavelat ja muut, esim. vahingonkorvausvaateet. Kaikkia velkoja ei kuitenkaan oteta huomioon, vaan ainoastaan ne, joita velkojat ovat aktiivisesti perineet. Varojen puolelta lasketaan käteisvarat ja se osa omaisuudesta, joka voidaan realisoida velallisen liiketoimintaa vaarantamatta. Omaisuus arvostetaan todennäköiseen realisatioarvoon. Ulkomaista omaisuutta ei sen sijaan oteta huomioon, ellei velallinen vapaaehtoisesti suostu käyttämään sitä velkojen katteeksi. Lisäksi voidaan huomioida myös sisään- ja ulostulevat rahavirrat; kysymys on siitä, selviääkö velallinen erääntyvistä veloistaan sisääntulevalla rahavirralla. Olennaisuuskriteerillä tarkoitetaan sitä, että velallinen ei olisi maksukyvytön, mikäli tämä kykenee suoriutumaan valtaosasta veloistaan: Tiedemannin mukaan maksukyky edellyttää sitä, että 75 % veloista voidaan hoitaa, kun taas Hoffmann on esittänyt rajaksi 85 %. Tällaisten prosentuaalisten arvioiden esittämisessä on nähty ongelmana se, että yksikin riittävän suuri velka voisi aiheuttaa maksukyvyttömyyden. Tämän vuoksi taloudellisesta tilanteesta tulisi tehdä kokonaisarviointi, jossa velkojen määrä ja laatu otettaisiin huomioon. Ennuste tulevasta taloudellisesta kehityksestä tarkoittaa sitä, että varmuudella voidaan ennustaa, ettei velallinen selviä seuraavan kolmen–kuuden kuukauden<sup>150</sup> aikana velvoitteistaan. Tiedemannin näkemys on siis se, että velallinen on maksukyvytön, jos hän ei lähimmän kolmen kuukauden aikana selviä ainakaan 75 %:sta erääntyvistä velvoitteistaan.<sup>151</sup>

Tarve erottaa uhkaava maksukyvyttömyys varsinaisesta maksukyvyttömyydestä johtui siitä, että vuonna 1991 voimaan tulleessa RL 39:1:ssä edellytettiin velallisen tietoisuutta vahingonvaarasta jo olemassa olevien tai odotettavissa olevien taloudellisten vaikeuksiensa perusteella. Vento tarkoittaa odotettavissa olevilla taloudellisilla vaikeuksilla nimenomaan

---

<sup>150</sup> Vrt. verorikkomusta koskeva LaVM 6/1990 s. 10, jossa todettiin verorikkomuksen maksukyvyttömyyden ulottuneen oikeuskäytännössä usein 3–6 kuukauden ajanjakson ennen konkurssia.

<sup>151</sup> Vento 1994 s. 188–192.

uhkaavaa maksukyvyttömyyttä, jolloin konkreettinen vaara maksukyvyttömyystilaan joutumisesta on jo käsillä. Maksukyvyttömyystila seuraa, mikäli ei ryhdytä välittömiin saneeraustoimenpiteisiin.<sup>152</sup>

Velallisen uhkaavaa maksukyvyttömyyttä on tarkasteltava Vennon mukaan kuitenkin ensisijaisesti sisäisten, liiketaloudellisten menetelmien avulla. Ulkoisiin tunnusmerkkeihin turvaudutaan lähinnä silloin, kun kirjanpitoa materiaalia ei ole saatavilla, jolloin sisäinen tarkastelu estyy. Ulkoisia maksukyvyttömyyden tai uhkaavan maksukyvyttömyyden tunnusmerkkejä ovat mm. protestit, tuloksettomat ulosmittausyritykset, verojen tai veronluonteisten maksujen suuri määrä tai välttämättömien maksujen toistuva suorittamatta jättäminen eräpäivinä. Näitä indisioita on tarkasteltava kuitenkin velallisen kokonaistaloudellista tilannetta vasten.<sup>153</sup>

Maksukyvyttömyyden selvittämisessä Vento huomauttaa, että liiketaloustieteen menetelmiin täytyy suhtautua kriittisesti: erilaisten tunnuslukujen tulkinnassa on oltava varovaisia, sillä niihin liittyy paljon erehtymismahdollisuuksia. Myös kassavirtalaskelmat saattavat johtaa harhaan, sillä otettaessa tavaraa varastoon kassavirta pysyy muuttumattomana, vaikka likvidit maksuvälineet pienenevät. Tämän johdosta Vento suosittelee varallisuustilanteen ja maksuvirtojen tarkastelemista yhdistelmänä. Vento mallittaa maksukyvyyn laskemisen seuraavalla tavalla. *Disponoitava varallisuus saadaan, kun maksuvälineisiin lisätään todennäköiset tulot lähitulevaisuudessa sekä otettavat uudet luotot. Tästä yhteisummasta tulee vähentää todennäköiset menot.* Mikäli jäljelle ei jää yhtään disponoitavia varoja, on kyseessä maksukyvyttömyystilanne. Tuloja aikaistamalla, menoja myöhentämällä ja hinnoitteluperusteita muuttamalla myös laskutoimituksen lopputulos voi muuttua. Konkreettisesti tilanteessa on aina otettava huomioon myös tapauksen erityisolosuhteet.<sup>154</sup>

#### 4.2.2 *Insolvenssioikeudellinen tutkimus*

Insolvenssioikeuden tutkijoista maksukyvyttömyyttä ovat analysoineet takaisinsaantilain yhteydessä Tatu Leppänen ja yrityssaneerauslain yhteydessä Risto Koulu. Virallislähteissä maksukyvyttömyyden ilmenemistä on käsitelty viimeksi uuden konkurssilain esitöissä. Konkurssin lähtökohtaisena edellytyksenä on velallisen maksukyvyttömyys, jota ei ole pidettävä tilapäisenä. Konkurssilain esitöissä konkurssiin asettamisen edellytyksiä

<sup>152</sup> Vento 1994 s. 193.

<sup>153</sup> Vento 1994 s. 201.

<sup>154</sup> Vento 1994 s. 216–217.

arvioitaessa todetaan, että mm. lakisääteisten juoksevien maksujen, kuten verojen ja työeläkemaksujen, maksamatta jättäminen useiden kuukausien ajalta on hyvin vahva osoitus siitä, ettei maksukyvyttömyyttä voisi pitää tilapäisenä.<sup>155</sup> KL:n 3 §:ssä on kirjattu lakiin lisäksi muita olettamia, joiden nojalla velallista on pidettävä maksukyvyttömänä, ellei vastanäyttöä esitetä.

### *Takaisinsaantilaki*

Leppänen tarkastelee maksukyvyttömyyttä takaisinsaantilaissa pitkälti processuaalisista lähtökohdista. Hän toteaa, että takaisinsaantilaissa maksukyvyttömyys on oikeustosiselkeä, kun taas ne yksittäiset omaisuuserät (varat, velat jne.), joista maksukyvyttömyys koostuu, ovat todistustosiselkeitä. Näin ollen takaisinsaantioikeudenkäynnissä todistusteemana on suoraan kysymys siitä, oliko velallinen maksukyvytön vai ei. Väittämis- ja todistustaakka on jommallakummalla asianosaisella suoraan tästä taloudellisesta kokonaistilanteesta eikä sen sijaan tietyistä yksittäisistä omaisuuseristä. Nämä erät voidaan ottaa näytön arviointia koskevan keskustelun kohteeksi, jos oikeudenkäynnissä esitetään vastaväite maksukyvyttömyystilanteesta.<sup>156</sup>

Maksukyvyttömyyden tarkastelu useista eri osista koostuvana kokonaisuutena johtaa siihen, että arviointi on tehtävä laajasti tarkastelemalla velallisen kokonaistaloudellista tilannetta. Arvioinnin kohteeksi on otettava paitsi staattinen, olemassa oleviin varoihin ja velkoihin kohdistuva ominaisuus, myös dynaaminen, pitempään ajanjaksoon kohdistuva ominaisuus. Kysymys on siitä, pystyykö velallinen maksamaan tulevaisuudessa erääntyvät velvoitteet kertyvillä kassatuloilla. Tämä dynaamisen piirteen huomioonottaminen perustuu osittain myös siitä, että maksukyvyttömyydestä on erotettava erilleen tilapäinen likviditeettikriisi, jolloin velallisella ei ole välittömästi käytettävissään varoja, jotka vastaisivat sen hetkistä tarvetta.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> HE 26/2003 vp s. 38.

<sup>156</sup> Leppänen 1992 s. 116. Leppänen huomauttaa kuitenkin, että kaikki maksukyvyttömyysarvioinnin ongelmat eivät ole pelkkiä näyttöongelmia, vaan TakSL 4 § sisältää myös arvostuksenvaraisia avoimia ilmaisuja, kuten ”tilapäisyys”. Oma näkemykseni on se, että se ajanjakso, joka otetaan maksukyvyttömyyteen liittyvän tilapäisarvioinnin kohteeksi, on kuitenkin ensisijaisesti liiketaloudellisin eikä juridisin argumentein päätettävissä oleva seikka. Maksukyvyttömyysarviointi on siis nähdäkseni etupäässä näytön arviointia koskevaa punnintaa.

<sup>157</sup> Leppänen 1992 s. 99, 101–102. Toisin kuitenkin velallisen epärehellisyttä koskevassa ratkaisussa KKO 2002:11, jossa yhtiön veloista takaukseen menneet henkilöt A ja C tuomittiin rangaistukseen, kun nämä olivat tultuaan yhtiön taloudellisista vaikeuksista tietoisiksi lahjoittaneet omaisuuttaan. A:n ja C:n vastuu yhtiön veloista perustui lisäksi siihen, että he olivat asettajina ja siirtäjinä yhtiön hyväksymissä vekseleissä.

Leppänen määrittelee takaisinsaantilaissa tarkoitetun maksukyvyttömyyden arviointikriteerit seuraavasti. Ensinnäkin on arvioitava, oliko velallinen kyseisellä menneisyyden hetkellä maksukyvyttön ottaen huomioon hänellä tuolla hetkellä olleet varat ja erääntyneet velat sekä tuolloin odotettavissa olleet varat ja erääntyvät velat<sup>158</sup>. Toiseksi on arvioitava, oliko maksukyvyttömyys sittenkin ainoastaan tilapäinen sen aiheuttaneen syyn ja maksukyvyttömyyden siihen astisen keston perusteella.<sup>159</sup> Maksukyvyttömyys on siis tietty faktinen taloudellinen ilmiö, johon liittyy esim. takaisinsaantilain johdosta tiettyjä oikeusvaikutuksia.<sup>160</sup>

Leppänen tarkastelee lähemmin tiettyjä maksukyvyttömyyteen liittyviä erityiskysymyksiä, joita arviointia tehtäessä on otettava huomioon. Velkojien kannalta olennaista on se, pystyykö velallinen käyttämään joko sellaisenaan tai erikseen realisoimalla tietyn varallisuuseränsä erääntyvän velkansa maksamiseen. Tästä syystä Leppänen huomioisi pääsääntöisesti taseen aktiivapuolelta vain likvidit tai melko helposti realisoitavissa olevat varat. Kuitenkin myös lisäluottomahdollisuudet on otettava varoina huomioon. Päinvastoin kuin esim. Ovaska, Leppänen huomioisi myös ulkomailla olevan omaisuuden, koska velallinen pystyy yleensä käyttämään tätä omaisuutta maksuihinsa. Mikäli omaisuuden saaminen velkojien käyttöön on epävarmaa, arviointia ei Leppänen ratkaisisi kategorisen ”joko otetaan huomioon tai jätetään kokonaan huomiotta -periaatteen” avulla, vaan hän asettaisi kysymyksen siten, että minkä arvoisena kyseinen epävarma omaisuus otetaan huomioon. Mikäli epävarmuus on suurta, omaisuuden arvo on pienempi ja päinvastoin. Velkapuolelta Leppänen toteaa, että piileviä tai ehdollisia velkoja (esim. verovelkoja ja takausvastuita) ei otettaisi huomioon velkoja arvioitaessa, sillä velkojen täytyy olla konkreettisia ja lopullisesti syntyneitä. Leppänen perustelee tätä sillä, että takaisinsaantijutun vastaajan oikeusturva vaatii, ettei velkojien piiriä lähdetä tulkinnallisesti venyttämään. Lisäksi piilevien vastuiden selvittäminen ja arvioiminen voi olla hyvin vaikeaa.<sup>161</sup>

Maksukyvyttömyyden tilapäisyydestä Leppänen toteaa, että mikäli velallisen taloudellinen tilanne korjaantuu ”melkoisella varmuudella” lähi-

<sup>158</sup> Kaikkia velkoja ei siis tarvitse kyetä maksamaan, vaan ainoastaan tiettyinä ajanjaksona erääntyvät velat. Leppänen 1992 s. 98.

<sup>159</sup> Leppänen 1992 s. 107.

<sup>160</sup> Leppänen 1992 s. 97. Myös Leppänen huomauttaa, että liiketaloustieteessä tuolloin kehitetyt Prihtin ja Laitisen mallit ovat keskittyneet konkurssin ennustamiseen mahdollisimman aikaisin. Mallit eivät kuitenkaan kerro täsmällisesti sitä, milloin velallinen juridisesti voidaan asettaa konkurssiin jonkun velkojan hakemuksen johdosta eli milloin velallinen on maksukyvyttön. Leppänen 1992 s. 97.

<sup>161</sup> Leppänen 1992 s. 102–103, 111–113.

tulevaisuudessa, velallinen on vain tilapäisesti maksukyvytön, vaikka maksukyvyttömyys olisikin kestänyt jo kuukausien ajan ennen arviointi-  
hetkeä. Toisaalta mikäli maksukyvyttömyyden korjaantuminen ei ole tulevai-  
suudessa ”luultavaa”, lyhytkin (joitakin viikkoja) maksukyvyttömyys ei  
ole enää luonteeltaan tilapäistä. Leppäsen mukaan kyseessä on siis aina  
yksittäistapauksessa erikseen arvioitava seikka, johon on vaikea antaa yleis-  
pätevää vastusta. Kuitenkin mikäli oikeustoimi on tehty hyvin pitkän ai-  
kaa ennen konkurssia, takaisinsaantikanteen hyväksymiseen ei ole aihet-  
ta, mikäli velallisen taloudellinen tilanne on ollut välillä kunnossa. Myös-  
kään ennalta-arvaamattomat tapahtumat eivät saa vaikuttaa maksukyvyt-  
tömyysarviointiin; ts. mikäli esim. velallisen omaisuutta on tuhoutunut  
tapaturmaisesti oikeustoimen jälkeen, ei velallisen maksukyvyttömyys ol-  
lut ennustettavissa oikeustoimen tekohetkellä.<sup>162</sup>

### *Yrityssaneerausmenettely*

Yrityssaneerailain 6 §:ssä säädetään saneerausmenettelyn edellytyksis-  
tä. Näitä edellytyksiä ovat mm. jo vallitseva maksukyvyttömyys, joka kui-  
tenkin voidaan poistaa saneerausohjelmalla, tai uhkaava maksukyvyttö-  
myys. Koulu toteaa, että uhkaava maksukyvyttömyys menettelyn aloitta-  
misedellytyksenä tarkoittaa sitä, että jollakin näköpiirissä olevalla aikavä-  
lillä maksukyvyttömyyden riski on todennäköinen. Tämä aikaväli on yhtä  
pitkä kuin liiketaloudellinen ennakoitavuus.<sup>163</sup> Arviointia uhkaavan mak-  
sukyvyttömyyden olemassaolosta tehtäessä on otettava huomioon, että ta-  
pauksessa joudutaan tekemään intressivertailua velallisen ja velkojien etujen  
välillä. Saneeraustoimissa on aina epäonnistumisen riski, ja syystä tai toi-  
sesta epäonnistunut saneeraus saattaa leimata haitallisesti terveinkin yri-  
tyksen, joka johtaa konkurssiin. Siten vain näköpiirissä oleva yrityskuole-  
ma antaa oikeutuksen velkojien vaatimuksille. Uhkaavan maksukyvyttö-  
myyden vaaraa voidaan Koulun mukaan myös juridisessa päätöksenteossa  
arvioida liiketaloudessa käytetyn dynaamisen maksuvalmiuden käsitteen  
kautta, jota mittaa rahoitustulosprosentti.<sup>164</sup>

Varsinaisesta maksukyvyttömyydestä Koulu toteaa, että yrityksen mak-  
sukyvyttömyyttä voidaan arvioida sekä tulorahoituksen (kassavirta-ana-  
lyysi) tai varojen riittävyuden (taseanalyysi) perusteella. Kyseisiä mittaus-

---

<sup>162</sup> Leppänen 1992 s. 104–107. Rikosoikeuden piirissä maksukyvyttömyyden ennustetta-  
vuuteen liittyvät kysymykset voidaan arvioida tahallisuuskysymyksenä eikä tunnusmer-  
kistön mukaisuutena.

<sup>163</sup> Koulu 1994 s. 247–248.

<sup>164</sup> Koulu 1994 s. 246–248.



tapoja voidaan luonnehtia oikeudellistetuiksi liiketaloudellisiksi laskentamenetelmiksi, sillä niillä pyritään mittaamaan sitä tosiseikastoa, kykeneekö velallinen maksamaan velkansa niiden erääntyessä.<sup>165</sup> Koulu jatkaa, ettei yrityssaneerauslaissa lainsäätäjät ole tehnyt selvää valintaa näiden analyysimallien välillä, vaikka maksukyvyttömyyden legaalimääritelmä<sup>166</sup> viittaisikin kassavirta-analyysin suuntaan. Kuitenkin yrityssaneerailain esitöissä on viitattu takaisinsaantilainsäädäntöön, ja takaisinsaantilaki edellyttää Koulun mukaan velallisen olevan maksukyvytön sekä kassavirta-että taseanalyysin mukaan.<sup>167</sup>

Velkoja joutuu siis pääsääntöisesti perustamaan hakemuksensa julkisiin tilinpäätöstietoihin, jotka johtavat taseanalyysin käyttöön. Mikäli tilinpäätöstietoja ei ole toimitettu määrääjässä rekisteriviranomaiselle, voidaan tätä pitää indisiona velkojan tekemän maksukyvyttömyysväitteen paikkansapitävyydestä. Kassavirtojen jälkeenjääneisyydestä kertova riittävä, joskin heikko todennäköisyysnäyttö on usein se, että velallinen ei ole maksanut yksittäistä erääntynyttä ja riidatonta velkaa. Velallinen voi tällöin esittää vastanäytöksi tarkemman kassavirtaselvityksen, jonka avulla voidaan sitten arvioida kysymystä siitä, onko varojen riittämättömyyden perusteella katsottu maksukyvyttömyys virheellinen kassavirroista lasketavissa olevan maksukyvytön johdosta.<sup>168</sup>

Koulun mukaan maksukyvyttömyys on poikkeuksellisen kompleksinen todistusteema, joten näytön arvioinnin on oltava myös poikkeuksellisen jäsentynyttä. Lainsoveltajan on siis pidettävä huoli siitä, että kaikki maksukyvyttömyyden elementit tulevat käsitellyiksi riittävässä laajuudessa; ts. mikäli maksukyky on epäselvää ja se riitautetaan, on tuomioistuimen tarvittaessa vaikka kyselyoikeuttaan käyttäen annettava asianosaisille tilai-

---

<sup>165</sup> Koulu 1994 s. 237. Koulu toteaa, että perinteisesti oikeudellisissa yhteyksissä käytetty maksukyvyttömyys-käsite poikkeaa liiketaloustieteen tutkimuksessa omaksutusta maksukyvyttömyydestä, sillä oikeudellisessa maksukyvyttömyysarvioinnissa ei pääsääntöisesti oteta huomioon tulevaa kehitystä (esim. konkurssimenettelyssä tai muussa ratkaisutoiminnassa, jossa yrityksen toiminnan on katsottu loppuvan hetkellä millä hyvänsä). Tämä on johtanut siihen, että oikeudellinen maksukyvyttömyys on korreloinut (Koulun mukaan tosin heikosti) liiketaloudessa käytetyn staattisen maksuvalmiuden kanssa, kun taas liiketaloustieteessä käytetty dynaaminen maksuvalmius on jäänyt vähemmälle huomiolle. Staattista maksuvalmiutta on yleensä kuvattu quick- ja current ratio -tunnusluvulla, jotka usein johtavat liian negatiivisiin tuloksiin, joten niillä on Koulun mukaan enintään viitteellinen merkitys maksukyvyttömyyttä arvioitaessa. Koulu 1994 s. 227–228.

<sup>166</sup> Myös YrSanL:n 3 §:ssä on maksukyvyttömyydestä esitetty legaalimääritelmä ”velallinen muuten kuin tilapäisesti on kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä”.

<sup>167</sup> Koulu 1994 s. 239–240.

<sup>168</sup> Koulu 1994 s. 238–242.

suus lausua jokaisesta riitaisesta alateemasta erikseen (esim. tulorahoituksen suuruus tai tietyn yksittäisen saatavan perimiskelpoisuus eli arvo yrityksen kannalta). Tämä menetelmä rajaa maksukyvyttömyyttä koskevien todistusteemojen määrän enimmillään kahteen: onko velallinen maksukyvytön ja onko tämä tila pysyvä? Maksukyvyttömyyden yksityiskohdat ovat pelkkiä todistustositseikkoja, joiden olemassaolosta lainsoveltajan toki tulee olla riittävän vakuuttunut ratkaisua tehdessään.<sup>169</sup> Maksukyvyttömyyttä koskevassa todistusharkinnassa on otettava huomioon liiketaloustieteelliset kokemussäännöt taloudellisten ilmiöiden välisistä riippuvuussuhteista. Mikäli nämä kokemussäännöt sivuutetaan, on tuomioistuimen vähintäänkin perusteltava poikkeamisensa näistä säännöistä.<sup>170</sup>

#### *4.2.3 Verorikkomuksia koskeva tutkimus*

Verorikkomuksia koskevissa tutkimuksissaan Asko Lehtonen ja Kari Niemi ovat käsitelleet myös maksukyvyttömyyttä. Molempien näkemys verorikkomuksessa tarkoitettusta maksukyvyttömyydestä on hyvin suppea, jolloin tarkastelu rajataan lähinnä velallisen likviditeettiin.

Maksukyvyttömyydestä Lehtonen toteaa, että se on yleensä varsin vaivattomasti ja eksaktisti selvitettävissä verovelvollisen kirjanpidosta. Rahatilien tarkastuksen perusteella selviää varsin nopeasti, onko niillä ollut varoja maksaa verot niiden eräpäivinä. Lehtonen kritisoi sitä, että maksukyvyttömyys arvionvaraisesti todistajia tai asianosaisia kuulemalla katsottaisiin alkaneeksi 3–6 kuukautta ennen konkurssia, kuten RL:n esitöissä ehdotettiin.

Lehtonen kiteyttää RL 29:4:n maksukyvyttömyyden seuraavasti. Maksukyvyttömyydessä on kysymys verovelvollisen maksuvalmiuteen liittyvistä seikoista siten, ettei verovelvollinen pysty suoriutumaan veloistaan, erityisesti verovelostaan niiden erääntyessä, mutta hänen ei tarvitse kui-

---

<sup>169</sup> Koulu 1994 s. 228–231. Koulun kokonaisarviotarkastelu perustuu ruotsalaisen Lindelin kantaan. Toista näkökantaa, jossa maksukyvyttömyys jäsennetään eriytetysti, on edustanut Welamson. Tällöin siis erillisiä oikeustositseikkoja ovat mm. velallisen varat, varojen realisaatioarvo, velkojen määrä ja niiden eräpäivät ja velallisen vastaisuudessa saamat tulot. Tällöin jokainen oikeustositseikka on oma todistusteemansa ja niillä on itsenäinen näyttöarvo. Samoin todistustaakka määräytyy itsenäisesti jokaisen elementin kohdalla. Tämä johtaa siihen, että maksukyvyttömyysväitteen tekijän olisi vedottava jokaiseen detaljiin erikseen. Koulu 1994 s. 229–230.

Maksukyvyttömyyden tilapäisyydestä Koulu toteaa, että myös tämän kysymyksen ratkaisemisessa noudatetaan yleisiä todistustaakkasääntöjä. Jotta maksukyvyttömyys olisi tilapäistä, on sen poistumisesta esitettävä ”pelkkää todennäköisyyttä suurempi varmuus”. Koulu 1994 s. 243.

<sup>170</sup> Koulu 1994 s. 233–234.

tenkaan realisoida elinkeinotoiminnassa tarvittavaa käyttöomaisuutta. Maksukyvyttömyystila voi muodostua myös siten, että käytettävissä olevat likvidit varat hupenevat verojen kanssa samanaikaisesti erääntyvien palkkojen maksuun. Maksukyvyttömyystila voi olla tilapäistä tai pidempiaikaista.<sup>171</sup>

Lainvalmisteluasiakirjoihin viitaten Niemi toteaa maksukyvyttömyyskriteeristä, ettei maksukyvyttömyys edellytä verovelvollisen varattomuutta. Koska verovelvolliselle on asetettu mahdollisuus maksaa ensisijaisesti palkat ennen veroja, johtaa tämä siihen, että verovelvollisella voi olla varoja palkkojen maksuun, mutta ei enää veroihin. Tällöin työnantaja voisi esim. maksaa palkat kuukauden viimeisenä päivänä, mutta jättää seuraavan kuun 10. päivä verot maksamatta, mikäli tuolloin ei ole enää varoja palkkojen maksamisesta johtuen. Vastaavasti kuukauden 10. päivä voi myös jättää verot maksamatta, jos palkat erääntyvät maksettavaksi esim. 15. päivä, eivätkä rahat riitä sekä palkkojen että verojen maksuun. Sen sijaan verot on suoritettava ennen muita maksuja, kuten esim. tavarantoimittajien laskuja tai vuokria. Mikäli maksukyvyttömyys on aiheutunut vuokrien tms. maksamisesta, on kyseessä itse aiheutettu maksukyvyttömyys, joka ei poistaisi rangaistavuutta.<sup>172</sup>

Lehtosen ja Niemen näkemyksiä siitä, että verorikkomustapauksissa maksukyvyttömyyden selvittämiseksi riittäisi pelkkä velallisen rahatilien tarkastaminen verojen maksun eräpäivinä voidaan kritisoida. Liiketoimintaa harjoittavan velallisen voi olla helppoa järjestää sisään- ja ulostulevat kassavirrat siten, ettei varoja riitä verojen maksuun eräpäivinä esim. merkitsemällä myyntilaskuihin eräpäivät siten, että rahat tulevat tilille vasta verojen eräpäivien jälkeen. Vastaavasti esim. palkat voidaan sopia maksettavaksi siten, ettei verojen maksuun riitäkään enää rahaa. Tällaisen menetelyn sallimista ei voida pitää kriminaalipoliittisesti hyväksyttävänä, joten maksukyvyttömyyttä on käsitykseni mukaan tarkasteltava verorikkomuksessaakin laajemmalti kuin vain muutamien yksittäisten päivien osalta.

### **4.3 Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamalli talous- ja oikeustieteellisen tiedonintressin yhdistäjänä**

Kähkösen lähtökohtana on ajatus siitä, että lainsäädännössä käytettävien taloudellisten käsitteiden analysoinnin ei tarvitse olla pelkästään oikeus-

<sup>171</sup> Lehtonen 1991 s. 944.

<sup>172</sup> Niemi 1994 s. 102–104.

tieteen tutkijoiden ongelma, vaan myös laskentatoimen metodeilla voidaan arvioida tunnusmerkkien käsitteitä.<sup>173</sup> Tutkimuksessaan Kähkönen analysoi maksukyvyttömyyteen liittyvää taloudellista viitekehystä erityisesti kannattavuuden, maksuvalmiuden, vakavaraisuuden ja rahoituskriisin käsitteiden kautta. Toinen maksukyvyttömyyden laskentamalliin liittyvä viitekehys on juridinen; tämä viitekehys sisältää toisaalta ylivelkaisuuden käsitteen ja toisaalta maksukyvyttömyyden käsitteen, johon on kytketty erilaisia oikeusvaikutuksia niin konkurssi- ja saneeraus- kuin takaisinsaanti- ja rikoslainsäädännössä. Kähkönen kehitti maksukyvyttömyyden laskentamallin siis erityisesti velallisen epärehellisyysnormia varten, mutta kehitystyön taustalla olivat taloudellinen ja juridinen viitekehys, jotka laskentamallin tuli ottaa huomioon.<sup>174</sup>

Kähkösen mukaan aikaisempien maksukyvyttömyyttä koskevien mallien ongelmana on ollut se, ettei niissä ole yhdistetty yrityksen maksukykyyn vaikuttavaa staattista osaa (olemassa olevat varat ja velat) ja dynaamista osaa (tulorahoitusta ja tulevia menoja). Koska taloudellinen toiminta muodostaa yhden kokonaisuuden, edellyttää myös maksukykytarkastelu sekä poikkileikkaus- (staattinen osa) että pitkittäistarkastelun (dynaaminen osa) yhdistämistä samaan kokonaisuuteen. Maksukykyyn vaikuttava yrityksen tulontuottamiskyky on virtasuure, johon myös varantosuure vaikuttaa. Siten näitä ei voi pitää toisistaan erillään.<sup>175</sup>

Maksukyvyyn staattista varanto-osaa on perinteisesti mitattu maksuvalmiuden ja ylivelkaisuuden (vakavaraisuuden) mittareilla. Maksukyvyyn mittaamiseen ne eivät kuitenkaan ole yksinään riittäviä, koska niistä puuttuu dynaaminen virtaelementti. Dynaamista elementtiä on mitattu puolestaan kannattavuuden mittareilla. Dynaaminen elementti ei ole maksukyvyyn mittaajana riittävä, sillä siitä puuttuu staattinen elementti. Mikäli ajanjaksoa, jolta maksukyvyttömyyttä tarkastellaan, venytetään hyvin pitkäksi, dynaamisen virtaelementin vaikutus maksukyvyttömyyden arvioinnissa voimistuu ja staattisen varanto-osan suhteellinen vaikutus pienenee.

---

<sup>173</sup> Kähkönen 1998 s. 19.

<sup>174</sup> Kähkönen 1998 s. 82–103. Kähkönen jätti tarkastelussa huomiotta verorikkomuksessa käytetyn maksukyvyttömyys-ilmaisun, koska normissa on Kähkösen mukaan kyseessä pikemminkin maksuvalmius kuin maksukyky. Sen sijaan mallia voidaan soveltaa takaisinsaannin ja saneerailainsäädännön mukaiseen maksukyvyttömyyden määrittämiseen, koska nämä yhteydet on otettu huomioon jo mallia määritettäessä. Kähkönen 1998 s. 95, 135. – Kähkönen näyttää ottaneen ikään kuin annettuna sen, että maksukyvyttömyydessä on verorikkomuksessa kyse ennemminkin eräänlaisesta maksuvalmiuskriisistä. Kähkönen kanta perustuu Askon Lehtosen esittämään tulkintaan. Kumpikaan ei ole kuitenkaan kiinnittänyt huomiota legaliteettiperiaatteen vaatimuksiin. Ks. Lehtonen 1991 s. 944.

<sup>175</sup> Kähkönen 1998 s. 104–105, 136.

Tällöin maksukyky käsitteenä lähestyy kannattavuuden käsitettä. Mikäli ajanjakso taas lyhennetään nolnaan eli maksukykyä tarkastellaan likvidaatitilanteessa, tällöin maksukyky ja ylivelkaisuus ovat käytännössä sama asia, koska tulovirtaa ei enää ole. Silloin kaikki laskenta tapahtuu varantosan sisällä.<sup>176</sup>

Kähkönen määrittelee maksukyvyn eksplisiittisesti seuraavasti. *Maksukyky on se erotus, joka muodostuu kohdistettaessa velallisen maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot tiettyinä ajanjaksona samana ajanjaksona erääntyviin maksuveloitteisiin, joita ovat tarkasteluajanjakson kassamenot ja kyseisenä tarkasteluajana erääntyvät velat ja vastuut.*<sup>177</sup>

Tiettyinä ajanjaksona maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot muodostavat maksukyvyn potentiaaliulottuvuuden, joka jakaantuu staattiseen (varat) ja dynaamiseen (kassatulot) osaan. Saman ajanjakson kassamenot sekä erääntyvät velat ja vastuut muodostavat tarveulottuvuuden, joka myös jakaantuu staattiseen (erääntyvät velat ja vastuut) ja dynaamiseen (kassamenot) osaan. Maksukyky muodostuu siis potentiaali- ja tarveulottuvuuden erotuksena, jolloin maksukykyä voidaan mitata absoluuttisena suurena. Mikäli tarveulottuvuus on suurempi kuin potentiaaliulottuvuus, jolloin yhteenlaskun tulos on negatiivinen, yritys on maksukyvytön. Mikäli tulos on positiivinen, yritys on maksukykyinen. Yrityksen maksukykyasemaa voidaan kuvata suhteellisena suurena jakamalla potentiaaliulottuvuus tarveulottuvuudella. Mikäli arvoalue on yhtä suuri tai suurempi kuin yksi, yritys on maksukykyinen ja pienempi kuin yksi, maksukyvytön.<sup>178</sup> Tällä suhteellisella maksukykyasemalla voidaan kuvata esim. sitä, kuinka pahasti yritys on maksukyvytön suhteessa toiminnan laajuuteen ja sitä kautta voidaan arvioida välillisesti myös tekijän tietoisuutta.

Kähkönen kuvaa maksukykyypotentiaalin staattista osaa MKPS:llä<sup>179</sup> ja dynaamista osaa MKPV:llä<sup>180</sup>, maksukykytarpeen staattista osaa MK-

<sup>176</sup> Kähkönen 1998 s. 128–129.

<sup>177</sup> Kähkönen 1998 s. 105.

<sup>178</sup> Kähkönen 1998 105, 108.

<sup>179</sup> Staattinen maksukykyypotentiaali voidaan laskea seuraavista eristä: MKPS = Rahat ja pankkisaamiset + Myyntisaamiset + Lainasaamiset + Muut rahoitusvarat + Tarpeettoman käyttöomaisuuden realisointitulo + Vapaat reaalivakuudet + Toimitusluottosaamiset + Siirtosaamiset + Vastuunalaisen yhtiömiehen nettovarallisuus – Lainasaamiset omistajilta ja konsernilta – Epävarmat saatavat – Muut ei likvidit saamiset ulkopuolisilta. Kähkönen 1998 s. 120.

<sup>180</sup> Dynaaminen maksukykyypotentiaali voidaan laskea seuraavista eristä: MKPV = Liikevaihto + Valmistus omaan käyttöön + Muut tuotot + Korkotuotot + Osinkotuotot + Muut rahoitustuotot + Rahastoihin kirjatut tuotot – Korkotuottojen kirjatut kurssivoitot – Rahoit-

TS:llä<sup>181</sup> ja dynaamista osaa MKTV:llä<sup>182</sup>. Siten maksukyvyyn laskentamallin absoluuttinen muoto on MKa ja suhteellinen muoto MKs laskeaan seuraavilla kaavoilla:

$$\text{MKa} = (\text{MKPS} - \text{MKTS}) + (\text{MKPV} - \text{MKTV})$$
$$\text{MKs} = (\text{MKPS} + \text{MKPV}) / (\text{MKTS} + \text{MKTV}).^{183}$$

Maksukyvyttömyyden aiheuttaminen on maksukykyinen / maksukyvyttömyyden kohdan ylitys. Maksukyvyttömyyden aiheuttaminen ei siis aina suoraan ilmene esim. likviditeettikriisinä, vaan se edellyttää tekotavan vaikuttamista rahoihin ja saamisiin, jotka ovat eräänymässä. Esimerkiksi tulovirtaa supistava tekotapa johtaa likviditeettiongelmiin vasta myöhemmin. Maksukyvyttömyyden olennainen pahentaminen on suhde, joka tapahtuu vertaamalla velallisen maksukykyä ennen tekoa ja teon jälkeen. Tällöinkin voidaan otaksua, että on olemassa absoluuttinen määrä, joka ei velkojien kannalta ole olennaista, ja toisaalta määrä, joka on aina velkojien kannalta olennainen. Suhteellinen määrä jää tällöin tarkasteltavaksi näiden minimin ja maksimin väliin.<sup>184</sup>

Maksukyvyyn laskentamallin käytössä on useita osatekijöitä, jotka vaikuttavat mittaustulokseen ja joihin laskentamallin käyttäjä joutuu ottamaan

---

tustuoitoihin kirjatut kurssivoitot – Muihin tuottoihin kirjatut kurssivoitot – Muut satunnaiset tuotot. Kähkönen 1998 s. 117. Relevantein virtatyyppejä on Kähkösen mukaan menotulovirta, koska se kattaa parhaiten niitä osia, joita maksukyky pitää sisällään. Esimerkiksi kassavirran tarkastelu kuvaa kyllä tarkimmin rahavirtojen todellista liikettä, mutta se ei ota samalla tavoin huomioon ajallista ulottuvuutta. Tuloslaskelman ongelmana on, ettei se ennakoivasti yrityksen kriisin tuloa rahoitusaspektin puuttumisen vuoksi. Liikepääomavirrassa kassaan sisältyy myös vaihto-omaisuus, jonka kasvu sitoo rahaa ja synnyttää rahoitusongelmia yritykselle. Kähkönen 1998 s. 110–113.

<sup>181</sup> Staattinen maksukykytarve voidaan laskea seuraavista eristä: MKTS = Ostovelat + Rahoitusvelkaset + Muut lyhytaikaiset velat + Pitkäaikaisten lainojen seuraavan vuoden lyhennykset + Piilevät verovelat (ja vastaavat) + Realisoituvat vastuut + Siirtovelat + Factoring + Rahoitusyhtiölle siirretyt osamaksusopimukset + Diskontatut saamavelkaset + Leasingvastuu – Pitkäaikaisiksi luokiteltavat lyhytaikaiset velat. Kähkönen 1998 s. 122.

<sup>182</sup> Dynaaminen maksukykytarve voidaan laskea seuraavista eristä: MKTV = Aine ja tarvikkeet + Työpalkat + Sosiaalikulut + Muut muuttuvat kulut + Kiinteät palkat + Kiinteät sosiaalikulut + Kiinteät vuokrat + Muut kiinteät kulut + Muut kulut + Korkokulut + Muut rahoituskulut + Välittömät verot + Maksettu voitonjako / Yksityiskäyttö + Rahastoista katetut kulut + Rahastoista katetut verot – Ei jatkuvat tuloslaskelmaan kirjatut avustukset – Muut satunnaiset kulut. Kähkönen 1998 s. 117.

<sup>183</sup> Kähkönen 1998 s. 107–108.

<sup>184</sup> Kähkönen 1998 s. 108–109. Tapauksessa KKO 1998:110 oli kyse kahdesta erillisestä teosta, jossa X Oy:n vaihto- ja käyttöomaisuus myytiin 30 000 mk ja Z Oy:n omaisuus 50 000 mk käypää arvoa alhaisemmalla hinnalla. Pesäluettelon mukaan X Oy:n velat olivat n. 2 440 000 mk varoja suuremmat ja Z Oy:n velat n. 2 450 000 mk varoja suuremmat. KKO:n mukaan molemmat kaupat, joista toinen oli tehty noin 1 kuukausi ennen konkurssihakemusta ja toinen kaksi päivää konkurssihakemuksen jättämisen jälkeen, olivat pahentaneet yhtiöiden maksukyvyttömyyttä olennaisesti.

kantaa. Siltä osin kun kysymys koskee ennusteen luontoisen maksukyvyyn virtasuureen määrittämistä, on päätettävä, miltä aikajaksolta virtasuure lasketaan. Jokaisella yrityksellä on toimialasta ja yrityksen muista ominaisuuksista riippuva tulonmuodostuksen sykli. Tarkasteluperiodin valinnassa olisi pyrittävä huomioimaan tämä taloudellinen sykli. Myös taloudelliset suhdanne- ja kausivaihtelut on pyrittävä eliminoimaan. Toisaalta suhdannevaihtelut ovat niin pitkiä, ettei tässä useinkaan onnistuta. Kausivaihtelut voidaan yleensä eliminoida ottamalla tarkastelujaksoksi yksi vuosi, joka täsmää yleensä myös kirjanpidon laskentaperiaatteiden kanssa, jolloin tase-eriä ei tarvitse laskea uudelleen.<sup>185</sup> Virtasuureen määrittämiseen liittyvä ongelma on myös kysymys tulorahoituksen varmuudesta. Tulevaisuudessa kertyvistä varoista ei voida olla koskaan täysin varmoja. Siten tarkastelussa on otettava huomioon vain säännölliset virtaerät, ja satunnaiset tuotot ja kulut on eliminointava pois.<sup>186</sup>

Eräs maksukyvyttömyyden arvioinnissa usein esiin noussut kysymys on se, miten mahdollisuudet saada lisäluottoa tai oman pääoman ehtoista rahoitusta on otettava huomioon maksukyvyttömyyttä arvioitaessa. Kähkönen kuvaa laskentamallissaan lisäluoton enimmäismäärää vapaina olevien reaaliavakuuksien määrällä. Tämä omaisuusarvo, joka on esim. kiinnitettävissä luoton vakuudeksi, lisää staattista maksukyky potentiaalia. Sen sijaan omaan pääomaan kuuluvaa mahdollista lisärahoitusta ei oteta huomioon, sillä pelkkä omistajien tahto sijoittaa lisää rahaa ei paranna maksukykyä. Mikäli omistajilla on kykyä ja tahtoa rahoittaa yritystä lisää, se konkretisoituu tekona eikä jää pelkäksi lupaukseksi.<sup>187</sup>

Staattisen maksukykytarpeen puolella erityisen ongelmallista voi olla realisoituvien vastuiden määrittely. Kähkönen mukaan se, miten taseen liitetiedoista ilmenevät vastuut otetaan huomioon maksukykyä laskettaessa, vaatii tapauskohtaista arviointia. Esim. takausvastuut tulevat voimaan joko kokonaisuudessaan, tietyllä jako-osuudella tai sitten ei ollenkaan. Mikäli on todennäköistä, että vastuut realisoituvat, niin sitten ne huomioidaan

<sup>185</sup> Kähkönen 1998 s. 109–110.

<sup>186</sup> Kähkönen 1998 s. 114.

<sup>187</sup> Kähkönen 1998 s. 116, 120. Kähkönen tapa laskea vapaat reaaliavakuudet sellaisinaan suoraan maksukyvyyn lisäykseksi on varsin velkojaystävällinen, sillä esim. Rahoitustarkastus edellyttää luotonantajilta, että nämä kiinnittävät luottopäätöstä tehdessään ensisijaisesti huomiota velallisen luottokelpoisuuteen, ts. velan takaisinmaksukykyyn. Luotonmyöntämisen ei pitäisi perustua olettamalle siitä, että vakuus joudutaan realisoimaan, vaan se on vasta viimesijainen turva. Ratan Standardi 4.4a: Luottoriskien hallinta (dnro 1/120/2004) 25.5.2004, kohta 5.4. Luotonmyönnössä noudatettavat periaatteet ja luotonmyöntöprosessi.

realisoituvan vastuun määrän suuruisena. Muussa tapauksessa niiden arvo on nolla.<sup>188</sup>

Staattisen maksukyky potentiaalini eri eriä arvioitaessa taas on kiinnitettävä huomiota erien käyttömahdollisuuksiin velkojien tarpeen tyydyttämiseksi. Arvioinnissa on otettava kantaa siihen, onko tietyn omaisuuserän kohdalla kyseessä going concern- vai likvidaatiotilanne, kuten esim. toiminnan jatkumisen kannalta tarpeettoman käyttöomaisuuden myynnin kohdalla, vaikka muuten noudatettaisiinkin going concern -arvoja. Toisaalta esim. saamia yrityksen omistajalta arvioitaessa on otettava huomioon, onko omistajalla tosiasiaa kykyä suorittaa saatavat yritykselle.<sup>189</sup>

Kähkösen kehittämä laskentamalli täyttää ne juridisen päätöksenteon tarpeet, jotka Laitinen osoitti konkurssin ennustamistutkimuksilta puuttuvan. Kähkösen laskentamalli täyttää pitkälti myös ne edellytykset, joita niin Vento, Koulu kuin Leppänenkin ovat asettaneet maksukyvyttömyyden arvioimiselle. Kähkösen malli ottaa huomioon pitkältä aikaväliltä laskettavat sisään- ja ulostulevat kassavirrat sekä velallisen varat ja velat. Laskentamallissa yhdistyy siis maksukyvyyn staattinen ja dynaaminen puoli.

## 5 MAKSUKYVYTTÖMYYDEN TARKASTELUA TAPAUKSESSA KKO 2004:46

### 5.1 Tapauksen KKO 2004:46 tapahtumatietoja

Tapauksessa on laajassa mielessä<sup>190</sup> kyse ravintolatoimintaa harjoittaneen X Oy:n ja sen vastuuhenkilöiden toiminnan rikosoikeudellisesta arvioinnista, kun X Oy:n liiketoiminnan rahoitus perustui pitkälti verojen ja eläkevakuutusmaksujen suorittamatta jättämiseen. Oikeudenkäyntimateriaalin perusteella on pääteltävissä, että tapauksessa ravintolatoimintaa harjoitettiin tietyllä liikepaikalla samalla nimellä varsin vakiintuneesti, mutta ravintolayhtiöt vaihtuivat useasti konkurssien tai muiden syiden vuoksi<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Kähkönen 1998 s. 121. Realisoituvat vastuut on otettu huomioon tapauksessa KKO 2002:11.

<sup>189</sup> Kähkönen 1998 s. 118–119.

<sup>190</sup> Luonnehdin tällä koko yrityksen toiminnan arviointia ja niitä lähtökohtia, joista esitutkinta aloitettiin; KKO:ssa ratkaistavana ollut kysymys koski vain RL 29:4:n maksukyvyttömyys-käsitteen merkitystä.

<sup>191</sup> Tähän viittaa mm. se, että hallituksen jäsen B kertoi poliisikuulustelussa tullessaan mukaan uuteen ravintolayritykseen (X Oy) A:n pyytämänä heidän tavatessaan ravintola K:ssa,



X Oy oli yksi näistä ravintolayhtiöistä, jonka nimissä liiketoimintaa harjoitettiin syksyn 1995 ja kevään 1997 välisenä aikana.<sup>192</sup>

X Oy:n johdossa ainakin muodollisesti toimivat A, joka oli hallituksen jäsen ja toimitusjohtaja sekä B, joka oli hallituksen puheenjohtaja. Yhtiön osakekannan omistivat B ja C, joka oli myös yhtiön prokuristi. C:n omistusosuus osakekannasta oli 50,3 %, mutta äänivallasta peräti 75 %. Myöhemmin C:n omistusosuus mahdollisesti siirrettiin A:lle.<sup>193</sup>

Käytännön liiketoiminnan johtamisesta vastasi kuitenkin pitkälti ilmeisesti A:n mies D, joka hoiti paperiasiat sekä toimi yrityksen keulakuvana ja neuvottelijana; hän ei kuitenkaan ollut muodollisesti yrityksen johdossa, koska hänellä oli luottohäiriömerkintöjä. Maksuliikenteen hoiti C, ja kirjanpidosta vastasi ulkopuolinen kirjanpitäjä. A:n tehtäviin kuului ”ravintolan imagon luominen ja ruuan kehittäminen”, B puolestaan osallistui yhtiön toimintaan ”vain olemalla lautasekantaja, pöytiänpöytäsaaja ja näköjään rahoittaja”. Mitään hallituksen kokouksia tms. yhtiössä ei B:n mukaan pidetty, vaan D ja hallituksen varajäsen E toivat hänelle tarvittaessa papereita eteen allekirjoitettavaksi. Papereiden merkitystä eivät D ja E vaivautuneet B:lle selittämään, koska ”ei B kuitenkaan asiasta ymmärrä mitään”.<sup>194</sup> On huomattava, että tiedot käytännön liiketoiminnan pyörittämisestä perustuvat A:n ja B:n kertomuksiin; C:tä, D:tä tai E:tä ei ole kuuluttu oikeudenkäyntimateriaalin perusteella esitutkinnassa, joten kertomuksista ei käy ilmi heidän käsityksensä tapahtumista.

Yhtiön taloudellinen asema oli koko toiminnan ajan huono, yritys ei näytä missään vaiheessa päässeen jaloilleen.<sup>195</sup> Yhtiön heikkoa taloudellista tilannetta kuvaa hyvin ensimmäiseltä tilikaudelta (1.7.1995–31.12.1996)<sup>196</sup> laadittu tuloslaskelma, josta ohessa esitetään seuraava lyhennetty versio (luvat markkoja):

---

jonka toimitiloissa ja jonka nimeä X Oy käytti myös omassa toiminnassaan. B:n kuulustelukertomus 31.7.1998 s. 1 (Esitutkintapkt. 6070/R/127268/98) KKO.A.

<sup>192</sup> Verotarkastuskertomus UUL97/000542 s. 1–2, 5 KKO.A.

<sup>193</sup> Verotarkastuskertomus s. 1. B:n kuulustelukertomus 31.7.1998 s. 1, X Oy:n kauppakisteriote 3.6.1998 KKO.A.

<sup>194</sup> A:n kuulustelukertomus 27.8.1998 s. 1 2, B:n kuulustelukertomus 31.7.1998 s. 1–2 KKO.A.

<sup>195</sup> Mm. yhtiön ottamien pankkilainojen maksu ei tapahtunut sovitulla tavalla. Verotarkastuskertomus s. 8 – 9 KKO.A.

Liikevaihto		2.893.971,29
Muuttuvat kulut	-1.457.996,57	
Kiinteät kulut	-1.929.546,35	
Käyttökate		-493.571,63
Poistot	-60.676,70	
Liikevoitto		-554.248,33
Rahoitustuotot ja -kulut	-34.398,96	
Satunnaiset tuotot ja -kulut	-18.890	
Voitto ennen varauksia ja veroja		-607.537,29
Poistoeron muutos	60.676,70	
Tilikauden voitto / tappio		-546.860,59

Yhtiön toiminta on rahoitettu lähes kokonaan verottajan ja vakuutusyhtiöiden maksuja laiminlyömällä, sillä taseen mukaan siirtovelat olivat n. 658 000 mk<sup>197</sup>. X Oy oli myös nostanut pankista luottoa syksyllä 1995 100 000 mk ja helmikuussa 1996 lisäksi 50 000 mk. Yhtiön perustajat olivat sijoittaneet rahaa osakepääomana 30 000 mk ja myös itse luotottamalla yhtiötä; yhtiön velka osakkaille oli tilikauden päättyessä n. 174 000 mk.<sup>198</sup> Yhtiön perustamisvaiheessa molemmat osakkaat B ja C olivat sijoittaneet lainana kumpikin 30 000 mk. Verotarkastuskertomuksen mukaan ensimmäisen tilikauden aikana X Oy maksoi takaisin luottojaan C:lle, kun taas B on rahoittanut lisää yhtiötä yli 130 000 mk. Tilikauden lopussa B:n saatavat olivatkin n. 160 000 mk, kun taas C:n saatavat olivat n. 14 000 mk.<sup>199</sup> Likvidiä varallisuutta yhtiöllä oli taseen mukaan 31.12.1996 n. 158 000 mk. Tämän varallisuuden todellista arvoa voidaan kuitenkin epäillä.<sup>200</sup>

<sup>196</sup> Yhtiö on merkitty kaupparekisteriin rekisteriotteen mukaan 25.10.1995. Kaupparekisteriotteen mukaan yhtiössä on pidetty kaksi perustamiskokousta, 12.9.1995 ja 18.10.1995. Liiketoiminnan tarkkaa alkamisajankohtaa ei voida tässä selvittää, koska yhtiön kirjanpito- ja hallintomateriaali eivät olleet tutkimuksen tekijän käytettävissä.

<sup>197</sup> Muita velkoja olivat tilikauden päättyessä siirto- ja ostovelkojen sekä osakaslainojen lisäksi pankista otettu luotto verovelkojen maksuun 146 000 mk ja pakettiauton hankintaan käytetty osamaksuvelka 44 590 mk rahoitusyhtiöstä.

<sup>198</sup> X Oy:n veroilmoituksen liitteenä ollut tilinpäätös 31.12.1996, Verotarkastuskertomus s. 8–9 KKO.A.

<sup>199</sup> Verotarkastuskertomus s. 9 KKO.A.

<sup>200</sup> X Oy:n varaston arvo oli n. 28 500 mk, lyhytaikaiset saamiset 62 000 mk sekä rahat ja pankkisaamiset n. 67 000 mk. Rahojen ja pankkisaamisten määrää voidaan kyseenalaistaa, sillä yhtiöllä oli erääntyneitä maksuja suorittamatta. Todennäköisempää on, että yhtiöstä on tehty rahanostoja, jotka on kuittien puuttuessa kirjattu nostoksi käteiskassaan. Lyhytaikaisten saamisten sekä rahojen ja pankkisaamisten saldot eivät myöskään täsmää 1.1.–31.3.1997 laaditun tilinpäätösraportin taseen avaaaviin saldoihin. X Oy:n veroilmoituksen liitteenä ollut tilinpäätös 31.12.1996; X Oy:n tuloslaskelma ja tase kausi 9701:9703, tulos-tettu 8.5.1997 KKO.A.

Yhtiön toiminta 1.1.–31.3.1997 oli ainakin kirjanpidon perusteella voitollista, mutta tämä ei kuitenkaan riittänyt pelastamaan yritystä ensimmäisen tilikauden raskaista tappioista johtuen. On huomioitava, että tällä jaksolla ei ole tehty poistoja, mikä parantaa yhtiön tulosta. Myöskään edellisen tilikauden aikana tehtyä poistoeron muutosta ei ole purettu. Yhtiön tuloslaskelmasta tuolta ajanjaksolta voidaan esittää seuraava lyhennelmä:

Liikevaihto		632.285,57
Muuttuvat kulut	-332.565,52	
Kiinteät kulut	-211.968,35	
Käyttökate		87.751,70
Poistot	0,00	
Liikevoitto		87.751,70
Rahoitustuotot ja -kulut		-19.911,34
Satunnaiset tuotot ja -kulut	-135,00	
Voitto ennen varauksia ja veroja		67.705,36
Veronkorotukset	-517,59	
Tilikauden voitto / tappio		67.187,77

Yhtiön vero- ja vakuutusmaksuvelat ovat toiminnan voitollisuudesta huolimatta vain kasvaneet; 31.3.1997 yhtiön siirtovelat olivat taseen mukaan n. 825 000 mk ja muut lyhytaikaiset velat olivat 89 400 mk. Nämä muut lyhytaikaiset velat sisälsivät verottajan ja vakuutusyhtiön kanssa tehtyjen maksusuunnitelmien mukaiset lyhennyserät, joita ei ollut kuitenkaan maksettu. Verottajan ja vakuutusyhtiöiden saamiset olivat siis yhteensä n. 914 000 mk. Yhtiö oli lyhentänyt ilmeisesti sopimuksen mukaisesti pakettiauton osamaksueriä, sillä niiden arvo oli vajaat 40 000 mk, kun osamaksuvelat vielä 31.12.1996 olivat n. 44 600 mk. B oli saanut n. 2 700 mk takaisin sijoittamistaan 160 000 mk:sta; sen sijaan osakas C:llä ei ollut enää saamia yhtiöltä, sillä loput n. 14 000 mk kirjattiin maksetuksi hänelle kassasta 31.3.1997. Loppujen lopuksi siis yhtiötä rahoittivat pääasiallisesti verottaja ja eläkevakuutusyhtiö, B sekä ulkopuolinen pankki.<sup>201</sup>

Rahaa yhtiöllä oli 31.3.1997 taseen mukaan varsin paljon; kassassa oli n. 102 000 mk ja pankkitileillä n. 14 000 mk. Kassatilin saldo tuskin kui-

<sup>201</sup> X Oy:n tuloslaskelma ja tase kausi 9701:9703, tulostettu 8.5.1997, Verotarkastuskertomus s. 8–9, X Oy:n pesäluettelo 16.9.1997 KKOA. – Osakas C:lle kirjanpitoon merkitty 14.000 mk:n maksu 31.3.1997 voi olla tehty tarkoituksessa pienentää kassan saldoa; rahat ovat voineet siirtyä hänelle tosiasiallisesti jo aikaisemmin, sillä C hoiti X Oy:n rahaliikennettä.

tenkaan vastaa todellista tilannetta, sillä yhtiöllä oli paljon erääntyneitä velkoja maksamatta; verovelkoja oli peritty myös ulosottoin. Kirjanpidossa mukana olleista kahdesta pankkitilistä toinen oli erään muun yrityksen nimissä. Lisäksi rahaa oli kirjattu kirjanpidon selvittelytilille 17 000 mk. Myynti-, siirto- ja lainasaamisia yhtiöllä oli n. 58 000 mk, varaston arvo oli hieman laskenut n. 26 000 mk:aan. Kaiken kaikkiaan likvidiä tai melko likvidiä varallisuutta eli vaihto- ja rahoitusomaisuutta piti olla taseeseen mukaan n. 217 000 mk. Kuitenkin pesäluettelon mukaan 17.6.1997 yhtiön vaihto- ja rahoitusomaisuus koostui rahoista ja pankkisaamisista, joiden arvo oli 1 372,36 mk. Siten näiden taseessa ilmoitettujen arvojen oikeellisuus voidaan kyseenalaistaa. Myös A ja B vetosivat puolustukseensa siihen, ettei kirjanpito kuvannut yhtiön todellista varallisuusasemaa siinä mielessä, että kassa oli ylisiuri.<sup>202</sup>

Oikeudenkäyntimateriaalin perusteella on hankala esittää johtopäätöksiä siitä, minne taloudellinen hyöty yritystoiminnasta lopulta meni, sillä esitutkinnassa on keskitytty vain verorikkomuksen tunnusmerkistön täyttymisen selvittämiseen. Tällöin ei ole kiinnitetty huomiota siihen, kuka lopulta korjasi hyödyn liiketoiminnasta. Joitakin huomioita voidaan käsitellä olevan aineiston perusteella kuitenkin tehdä. Liiketoimintaa aloitettaessa X Oy osti 19.6.1995 Z Oy:ltä 320 000 mk:lla ravintolatilojen vuokraoikeuden, käyttöomaisuutta (mm. laitteita, kalusteita, sisustusrakennelmat) sekä ravintolan toiminimen; kaupan kohteena olleesta omaisuudesta ei kuitenkaan ole olemassa mitään tarkempaa erittelyä. Nähtävästi kaupassa ei tosiasiallisesti siirtynyt merkittävässä määrin fyysistä omaisuutta X Oy:lle, sillä koko kauppahinta 320 000 mk on kirjattu taseessa aineettomiin hyödykkeisiin. Kauppahinnasta n. 248 000 mk maksettiin neljässä erässä tammi-kesäkuussa 1996 suoraan rahana, loput n. 72 000 mk hoidettiin kesäkuun lopussa 1996 siten, että X Oy otti Z Oy:n velkoja vastattavakseen.<sup>203</sup>

X Oy:n toimitilojen vuokrasopimusjärjestelyt ovat myös sen verran taivannomaisesta poikkeavia, että niissä on mahdollisesti tapahtunut hyödyn siirtymistä X Oy:stä muualle. Toimitilat omisti ilmeisesti täysin yrityksestä riippumaton ulkopuolinen yleishyödyllinen yhdistys. Yhdistyksen kanssa

---

<sup>202</sup> X Oy:n tuloslaskelma ja tase kausi 9701:9703, tulostettu 8.5.1997, Verotarkastuskertomus s. 9, X Oy:n pesäluettelo 16.9.1997, A:n valitus KKO:lle s. 9, B:n valitus KKO:lle s. 7. – A ja B ilmaisivat valituksessaan kassan puuttumisen kaunistellen toteamalla, ettei palkanmaksu (3 x á 25 000 mk) toukokuussa 1997 ollut todellinen, vaan kyse oli ”yrityksen ylisiuren kassan täsmäyttämisestä”. KKO:lle.

<sup>203</sup> Lisäksi X Oy on ostanut vielä myöhemmin erikseen koneita ja laitteita n. 95 000 mk:n arvosta, josta pääosan tosin muodostaa pakettiauto, jonka hankintahinta oli 82 000 mk. Verotarkastuskertomus s. 3–4, 6–7 KKO:lle.

vuokrasopimuksen osapuolena oli nähtävästi jokin muu yhtiö kuin X Oy, sillä X Oy oli maksanut toimitilavuokrien lisäksi myös vuokraa liiketoi-  
minnasta 31.12.1995 saakka. Toimitiloja koskevat vuokrasopimukset jää-  
vät oikeudenkäyntimateriaalissa kuitenkin niin epäselviksi, ettei voida sel-  
vittää, tyhjennettiinkö niiden avulla X Oy:tä. Toimitilojen lisäksi X Oy oli  
vuokrannut myös työsuhteasuntoja kuudelle ihmiselle. Nämä työsuhte-  
asunnot on otettu huomioon luontoiseltuina palkkakirjauksia tehtäessä  
maksettua vuokraa vastaavasti, joten vuokrien maksussa ei ole siirtynyt  
perusteetonta etua yhtiöstä pois, mikäli huoneistoissa asuneet ovat työs-  
kennelleet X Oy:n hyväksi maksettua palkkaa eli asuntoetua vastaavas-  
ti.<sup>204</sup>

X Oy:ssä on myös tapahtunut mahdollisesti ohimyyntiä, sillä esimer-  
kiksi tammi–maaliskuussa 1997 tupakkatuotteita on ostettu n 11 000 mk:n  
arvosta, kun niiden myynti on ollut vain n. 7 000 mk. Tupakkatuotteita ei  
ole tältä kaudelta kuitenkaan kirjattu lainkaan varaston lisäykseksi. Myös  
oluen ja muun alkoholin osto- ja myyntihintojen ero näyttää ajanjaksolla  
pieneltä, mikä myös viittaisi ohimyyntiin. On toki teoriassa mahdollista,  
että katteiden pienuus voi johtua osaamattomuudesta hinnoitella tuotteet  
oikein.<sup>205</sup>

X Oy:n pullea kassa (31.3. kassassa piti olla rahaa n. 102 000 mk ja  
selvittelytilillä 17 000 mk) viittaisi siihen, että yhtiön pankkitileiltä on  
nostettu vähitellen erisuuruisia summia. Nostot kirjataan maksuiksi kas-  
saan, mikäli hyväksyttävää kulutositetta ei esitetä kirjanpitoon. Kassan saldoa  
on pienennetty huhtikuussa 1997 kolmella 25 000 mk:n palkkakirjauksel-  
la A:lle, B:lle ja C:lle. B:n mukaan palkkaa ei tosiasiallisesti tuolloin kuiten-  
kaan maksettu, vaan A:n mies D käski B:tä allekirjoittamaan palkanmak-  
sutositteen, koska yhtiön kassasta puuttui rahaa. Yhtiön kirjanpidosta on  
verotarkastuksessa havaittu maksukehotuksia ja -häiriöitä syys–lokakuus-  
ta 1996 alkaen. Veroja on peritty ulosottotoimin, tosin maksetut maksut  
ovat pieniä suhteessa kirjanpidossa näkyvään kassan saldoon. Nämä sei-  
kat viittaisivat siihen, ettei kassatilin saldo ole ollut todellinen ainakaan  
31.12.1996 tilinpäätöksestä lukien. Vielä huhtikuussa 1997 yhtiön pank-  
kitililtä tehtiin useita shekkinostoja, joista ei selviä, mihin rahat lopulta  
päättyivät.<sup>206</sup>

<sup>204</sup> Verotarkastuskertomus s. 4–6 KKO.

<sup>205</sup> X Oy:n tuloslaskelma ja tase kausi 9701:9703, tulostettu 8.5.1997 KKO.

<sup>206</sup> X Oy:n tuloslaskelma ja tase kausi 9701:9703, tulostettu 8.5.1997, B:n kuulusteluker-  
tomus s. 2, Verotarkastuskertomus s. 11–12, X Oy:n maksuluettelo 4.6.1998, X Oy:n tilioi-  
teet 1.–8.4.1997 KKO.

X Oy:n toiminta päättyi, kun se asetettiin 17.6.1997 konkurssiin. Konkurssi tuli vireille toukokuun 1997 lopussa Uudenmaan veroviraston hakemuksesta. Yhtiöllä oli ollut maksusuunnitelma verovelkojen hoitamisesta, mutta maksusuunnitelma raukesi 11.4.1997. Liiketoiminta tai ainakin sen edellytykset X Oy:n nimissä päättyivät kuitenkin jo aikaisemmin; 9.4.1997 päivätyllä kauppakirjalla X Oy oli myynyt jatkaajayhtiö Y Oy:lle ravintolan toimitilojen vuokraoikeuden, toiminimen, käyttöomaisuuden ja mm. puhelinnumeron<sup>207</sup>. Henkilökunta on jatkanut Y Oy:n palveluksessa vanhoina työntekijöinä. Y Oy maksoi liiketoiminnasta 325 000 mk. Kauppahinnan maksusta sovittiin, että Y Oy otti vastattavakseen X Oy:n lainoista pankille ja B:lle sekä vuokratästeistä, loppuosa kauppahinnasta piti maksaa X Oy:n pankkitilille. Y Oy:n hallituksen jäsenenä ja toimitusjohtajana toimi kesäkuun lopulle 1997 saakka A ja varajäsenenä E kuten X Oy:ssäkin. Kesäkuun 1997 jälkeen hallituksen ainoana jäsenenä toimi F, jonka nimi ei ole tullut X Oy:n toiminnassa esiin. B ei ollut mukana Y Oy:n johdossa ainakaan muodollisesti<sup>208</sup>. Ravintolatoiminta jatkui samoissa tiloissa keskeytyksettä X Oy:n ja Y Oy:n välisestä liiketoiminnan siirtymisestä huolimatta. Tästä syystä on vaikeaa sanoa, missä vaiheessa liiketoiminta tosiasiallisesti siirtyi X Oy:ltä jatkaajayhtiö Y Oy:n nimiin, sillä laskuja on saattanut mennä liiketoiminnan siirtymäaikana molempien yritysten kirjanpitoon.<sup>209</sup>

Jatkaajayhtiö Y Oy asetettiin konkurssiin veroviraston hakemuksesta 21.5.1999 maksamattomien verojen vuoksi. Se ei nähtävästi myöskään maksanut kauppahintaa X Oy:n kanssa sovitulla tavalla; B:n mukaan lainat pankille ja B:lle jäivät hoitamatta eikä myöskään X Oy:n tilille mak-

---

<sup>207</sup> Lisäksi X Oy:n hallitus oli todennut 19.3.1997 päivätyssä pöytäkirjassa, että liiketoiminnan jatkamiselle ei ole enää taloudellisia edellytyksiä.

<sup>208</sup> KKO 2004:46 kohdassa 16 todetaan, että A ja B siirtyivät jatkamaan Y Oy:ssä. B:n asema Y Oy:ssä jää kuitenkin epäselväksi, sillä oikeudenkäyntimateriaalissa ainoastaan verottaja on todennut, että vastaajat olivat jatkamassa liiketoimintaa toisen yrityksen Y Oy:n nimissä. On mahdollista, että B on kertonut HO:ssa, jossa häntä kuultiin todistelutarcoituksessa, tällaista tapahtuneen. B:n mahdollinen rooli Y Oy:ssä jää kuitenkin käytettävissä olleen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella hyvin epäselväksi, sillä tutkimuksessa ei ollut käytettävissä oikeudenkäynneistä tehtyjä nauhoituksia. On mahdollista, että hänen toiminta rajoittui Y Oy:ssäkin ”pöytien putsamiseen ja lautasten kantamiseen”, koska B:n lausuman mukaan Y Oy ei suorittanut mitään saatavia B:lle; B ei siis nähtävästi ollut sellaisessa asemassa, että hän olisi voinut huolehtia siitä, että Y Oy maksaa velkansa B:lle. Uudenmaan veroviraston vastaus valitukseen KKO:ssa s. 3, B:n valituslupahakemus ja valitus KKO:ssa s. 7.

<sup>209</sup> Verotarkastuskertomus s. 1, 4, Uudenmaan veroviraston vastaus valitukseen KKO:ssa s. 2–3.

settu mitään.<sup>210</sup> B:n mukaan häneltä meni X Oy:n liiketoiminnassa ”rahat, terveys ja nimi”, sillä hän joutui takaamaan yhdessä A:n kanssa kaksi yhtiön pankkiluottoa määriltään 100 000 mk ja 50 000 mk sekä sijoittamaan omaa käteistä rahaa kaiken kaikkiaan yli 150 000 mk. Rahapalkkaa B ei lautasten kannosta ja pöytien putsamisesta saanut, vaan X Oy maksoi ainoastaan hänen asuntonsa vuokran ainakin osittain. Yhtiön taloudellista tilannetta B ei tiennyt tarkasti, sillä prokuristi / osakas C kertoi B:lle vain ylimalkaisesti verovelkaa olevan. B katsoi tulleen koko jutussa sinisilmäisyytensä vuoksi ”täysin höynäytetyksi”.<sup>211</sup>

A ja B tuomittiin jutussa molemmat 70 päiväsakkoon<sup>212</sup> ja lisäksi maksamaan yhteisvastuullisesti verorikkomuksen johdosta vahingonkorvauksena (eli maksamatta jääneitä veroja) verottajalle yhteensä n. 480 000 mk. Lisäksi konkurssipesä oli tehnyt A:n ja C:n sekä erikseen B:n kanssa sopimukset, joissa A ja C sitoutuivat yhteisvastuullisesti korvaamaan X Oy:n konkurssipesälle hävinneistä tupakka- ja alkoholituotteista sekä C:lle tapahtuneen osakaslainamaksun vuoksi 30 000 mk. Myös B sitoutui erikseen korvaamaan 30 000 mk konkurssipesälle hävinneistä tupakka- ja alkoholituotteista. Vastineeksi konkurssipesä sitoutui olemaan esittämättä muita vaatimuksia heitä kohtaan.<sup>213</sup> Oikeudenkäyntiaineistosta on muutenkin pääteltävissä, ettei X Oy:n toiminta ole ollut muuten esitutkinnessa kuin verorikkomuksen osalta eikä muiden henkilöiden rikosoikeudellista vastuuta ole arvioitu.<sup>214</sup>

<sup>210</sup> Uudenmaan veroviraston vastaus valitukseen HO:ssa s. 3, B:n valituslupahakemus ja valitus KKO:ssa s. 7.

<sup>211</sup> B:n kuulustelukertomus s. 1–3, Verotarkastuskertomus s. 11. – B:n tekemän yli 150 000 mk:n käteissijoituksen todenmukaisuutta ei voida käytettävissä olleen materiaalin perusteella varmentaa, sillä siitä ei ilmene, onko sijoitus alun perin esim. nostettu B:n henkilökohtaiselta pankkitililtä ja kirjattu X Oy:ssä maksuksi kassaan vai onko rahat talletettu yhtiön pankkitilille. On nimittäin mahdollista, että X Oy:n taloudellisesta asemasta on haluttu antaa todellisuutta parempi kuva. Tällainen motiivi liittyy yleensä kuitenkin tapauksiin (esim. tilauspetokset), joissa harhauttamalla yrityksen tavarantoimittajia tai luotonantajia pyritään saamaan yritykselle luottoa. Tässä tapauksessa tällaisesta toiminnasta ei kuitenkaan näyttäisi olevan kyse, vaan X Oy:n sinänsä laillisesta liiketoiminnasta on nähtävästi yritetty saada mahdollisimman paljon hyötyä epäasiallisin keinoin. Tällainen motiivi ohjaa rikoksentekeyttä pitämään tuloja ja varallisuutta kirjanpidon ulkopuolella niin paljon kuin mahdollista.

<sup>212</sup> Käytännössä molemmat henkilöt joutuivat maksamaan sakkoja alle 3 000 mk.

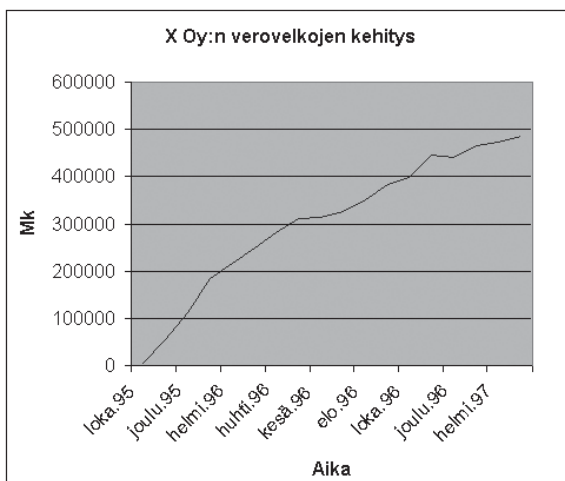
<sup>213</sup> Helsingin KäO:n tuomio nro 12035/00 9.3.2000, dnro R98/7805, X Oy:n konkurssipesän sopimus A:n ja C:n kanssa 14.5.1998, X Oy:n konkurssipesän sopimus B:n kanssa 24.10.1997.

<sup>214</sup> Esitutkintaptk:n kansilehti ja rikosilmoitus.

## 5.2 X Oy:n verovelkojen kehityksestä ja maksukyvyttömyydestä

Verorikkomuksen rangaistavuuden edellytys on, että verojen maksu laininlyödään hyötymistarkoituksessa ja muusta syystä kuin maksukyvyttömyydestä. Maksukyvyttömyyden selvittäminen on siis rangaistavuuden kannalta olennainen kysymys, joka oli arvioitavana myös KKO:ssa. Kysymystä siitä, johtuiko verojen maksaminen maksukyvyttömyydestä vai olisiko verovelat sittenkin olleet X Oy:n maksettavissa, mutta ne jätettiin hoitamatta jostakin muusta syystä, voidaan tarkastella arvioimalla X Oy:n taloudellista tilannetta.

X Oy:n verovelkojen kehitystä ajalla lokakuu 1995 – maaliskuu 1997 voidaan kuvata seuraavan taulukon<sup>215</sup> avulla:



### Taulukko 1.

<sup>215</sup> Taulukon arvot on laskettu siten, että X Oy:n verovelkaluettelosta on kullekin kohdekuukaudelle laskettu yhteen ennakonpidätykset, sosiaaliturvamaksut sekä ALV. Maksuluettelon perusteella on verovelkaluetteloon lisätty vielä ao. kuukaudelle veroja ja maksuja, jotka on myöhemmin maksettu. Maksut on huomioitu velkoja vähentävästi maksuhetkellä. Taulukolla pyritään siis kuvaamaan sitä verovelkojen määrää, joka tietynä ajankohdantana oli velkana verottajalle, mutta ei vielä välttämättä erääntynyt, sillä maksut erääntyvät maksettavaksi seuraavan kuun 10. (työnantajamaksut) tai seuraavan toisen kuun 15. (ALV) päivä. Taulukosta on jätetty pois veronkorotukset, viivekorot ja muut viivästyseuraamukset, koska niiden määräämisen ajankohta ei käytettävissä olleista verovelka- ja maksuluetteloista varmuudella selvinnyt. Tosiasiassa siis kulloinkin rästissä ollut X Oy:n maksettava määrä on tässä kuvattua suurempi viivästyseuraamusten vuoksi. X Oy:n verovelkaluettelo 3.6.1998, X Oy:n maksuluettelo 4.6.1998.



Taulukosta ilmenee, että X Oy:n verovelat ovat kasvaneet koko toiminnan ajan lokakuusta 1995 maaliskuun loppuun 1997, ainoastaan joulukuussa 1996 verovelat ovat hieman laskeneet. Verotarkastuskertomuksen ja maksuluettelon mukaan X Oy on maksanut oma-aloitteisesti veroja ainoastaan joulukuussa 1995 n. 30 000 mk. Loka- ja joulukuussa 1996 veroja on maksettu yhteensä 60 000 mk ilmeisesti verottajan kanssa tehdyn maksusuunnitelman perusteella. Yhtiön 20.8.1996 solmima maksusuunnitelma veroviraston kanssa raukesi 11.4.1997<sup>216</sup>. Suunnitelman tarkemmasta sisällöstä ei ole tietoa<sup>217</sup>. Muut maksut ovat tapahtuneet ulosottomenettelyn kautta. Kaiken kaikkiaan X Oy maksoi veroja ja muita maksuja toimintansa aikana vajaat 120 000 mk.<sup>218</sup>

Yrityksen verottajalle maksamat rahasuoritukset kohdennetaan käytännössä vanhimpiin maksamattomiin suorituksiin.<sup>219</sup> Tämä johtaa helposti siihen, etteivät yrityksen tekemät maksusuoritukset välttämättä katkaise verorikkomuksen vanhentumisaikaa, ellei yritys hoida kaikkia verovelkojaan pois tai ainakin huomattavaa osaa niistä. Yritykselle kertyy nimittäin uutta verovelkaa samanaikaisesti kun vanhoja rästejä maksetaan verottajalle. Tämä näkyy mm. siinä, että X Oy:n joulukuussa 1996 tekemillä 45 000 mk:n maksuilla ei ollut vaikutusta teon rikosoikeudelliseen arviointiin.<sup>220</sup> Liiketoiminnan jatkaminen tilanteessa, jossa vanhoja verovelkoja ei makseta kokonaan, saattaa johtaa helposti verorikkomuksen tunnusmerkistön täyttymiseen: liiketoiminnan jatkaminen täyttää hyötymistarkoituksen<sup>221</sup> eikä yritys ole maksukyvytön, koska se maksoi samanaikaisesti muita laskuja, vaikka myös verovelkoja oli rästissä.

Saatavilla olleen materiaalin perusteella näyttää siltä, että X Oy oli maksukyvytön käytännössä koko toimintansa ajan siinä mielessä, ettei se kyennyt maksamaan jo erääntyneitä tai varmuudella tulevaisuudessa erääntyviä

<sup>216</sup> Uudenmaan veroviraston valitus HO:een s. 4. KKO.A. – Maksusuunnitelman solmimishetkellä verovelkoja oli siis jo yli 300.000 mk.

<sup>217</sup> Yrityksen toimitusjohtaja A:lla ja hallituksen pj:llä B:llä ei ollut ylipäätänsäkään tietoa maksusuunnitelmasta, vaan sen oli ilmeisesti veroviranomaisten kanssa tehnyt joku muu henkilö X Oy:n puolesta. A:n esitutkintakertomus s. 2, B:n esitutkintakertomus s. 2. KKO.A.

<sup>218</sup> Verotarkastuskertomus s. 10, X Oy:n maksuluettelo 4.6.1998.

<sup>219</sup> Edellyttäen, ettei maksua ole erityisesti ”korvamerkitty” tiettyyn erääntyneeseen veroon tai muuhun suoritukseen tietyllä kohdekuukaudelle. Ks. veronkantolaki 4c §, vrt. X Oy:n maksuluettelo 4.6.1998.

<sup>220</sup> Ks. myös KKO 1996:35, jonka mukaan veroviraston rangaistusvaatimus koski neljää viimeistä kuukautta, vaikka yhtiö oli alun perin jättänyt maksamatta työnantajasuorituksia 11 kuukauden ajalta.

<sup>221</sup> KKO 1995:137 ja Tapani 2004b s. 934–938.

velkojaan pois kohtuullisessa ajassa. X Oy:n alkuvaiheen rahoitus perustui osakepääomaan 30 000 mk, osakkaiden antamaan lainaan yhteensä 60 000 mk sekä pankista syyskuussa 1995 otettuun luottoon 100 000 mk, rahoitusta oli yhteensä tuolloin käytettävissä siis 190 000 mk.<sup>222</sup> Tällä alkurahoituksella sekä toiminnasta kertyvillä tuotoilla piti maksaa liiketoiminnan juoksevien kulujen lisäksi 320 000 mk:n kauppahinta Z Oy:lle ravintolan toiminimestä ja toimitilojen vuokraoikeudesta<sup>223</sup> sekä mahdollisesti joistakin koneista ja laitteista yms. kalustosta<sup>224</sup>. Velvoitteet olivat siis heti alusta lähtien suuremmat kuin varat; toisaalta voidaan perustellusti epäillä, vastasiko kauppahinta 320 000 mk kaupan kohteen todellista arvoa, mikäli X Oy olisi yrittänyt myydä käyttöomaisuuttaan ulkopuolisille tahoille. Kun verovelat keväällä 1996 ylittivät jo 300 000 mk, X Oy oli viimeistään tuolloin maksukyvytön. On huomattava, että samanaikaisesti verovelkojen kanssa maksettavana olivat myös lakisääteiset vakuutusmaksut sekä yrityksen luotot pankille ja omistajille, joita ei ole huomioitu taulukossa. Yritys tuskin olisi selvinnyt veloistaan tulevan toiminnan voitoilla, koska ravintola-ala on yleisestikin ottaen varsin kovan kilpailun kohteena ja koska toiminta oli viimeistä kolmen kuukauden ajanjaksoa lukuun ottamatta tappiollista. X Oy:n keväällä 1996 saama 50 000 mk:n lisärahoitus pankilta sekä vuoden lopussa osakas B:ltä saatu 130 000 mk vain pitkittivät konkurssia eikä niillä voitu poistaa maksukyvyttömyyttä.

Verorikkomuksen maksukyvyttömyys-tunnusmerkistökäsitteet sekä rikosvastuun yhteen yleiseen edellytykseen, syyksiluettavuuteen sisältyvä vaatimus toisintoimimismahdollisuudesta johtavat siihen, että voidaan kysyä, olisiko A:lla ja B:llä ollut mahdollisuus estää verorikkomuksen täyttyminen siten, että X Oy olisi maksanut verot. Verovelkojen suuri määrä kevästä 1996 lähtien suhteessa varoihin viittaa siihen, että X Oy:llä ei ollut mahdollisuuksia tosiasiaassa maksaa verojaan. Verotarkastuskertomuksen mukaan syksyllä 1996 alkoi tulla jo perintäkirjeitä<sup>225</sup>, mikä viittaa siihen, että kassavarat olivat tosiasiaassa tuolloin jo lopussa. Toiminnan tappiollisuuden ja luonteen johdosta myöskään ulkopuolista rahoitusta ei ole ollut saatavilla. Ravintolan käyttöomaisuuden realisaatioarvon voidaan otaksua olleen varsin pieni. Näillä perusteilla voidaan asettaa kyseenalaiseksi se, olisiko X Oy kyennyt jollakin keinolla suoriutumaan veroveloistaan.

<sup>222</sup> Verotarkastuskertomus s. 8–9 KKOA.

<sup>223</sup> Y Oy:llä ei ollut oikeutta siirtää vuokrasopimusta edelleen tai hankkia alivuokralaista ilman vuokranantajan suostumusta, vuokraoikeuden ostolla ei siten ilmeisestikään ollut todellista arvoa. Ks. verotarkastuskertomus s. 4–5 KKOA.

<sup>224</sup> Verotarkastuskertomus s. 3–4, 6–7 KKOA

<sup>225</sup> Verotarkastuskertomus s. 12 KKOA.

### 5.3 KKO:n arviointi X Oy:n maksukyvyttömyyttä koskevasta näytöstä

Tapauksessa KKO 2004:46 olennaista oli kysymys siitä, oliko X Oy maksukyvytön 19.3.1997 ja sen jälkeen. Mikäli X Oy:n katsottaisiin olleen maksukyvytön ennen tuota päivämäärää, olisi syyte pitänyt hylätä sekä KKO:n enemmistön että vastaajien mukaan vanhentuneena, sillä A haastettiin vastaajaksi 19.3.1999 ja B 1.4.1999.

Tapauksen perusteluissa KKO argumentoi laajalti verorikkomuksen maksukyvyttömyys -käsitteen tulkinnasta. Yksityiskohtaisemmin tätä juridista argumentointia käsittelemme myöhemmin. Tässä tuon esiin ne näytön arviointiin liittyvät seikat, joiden perusteella KKO katsoi tapauksessa tulleen näytetyksi, ettei X Oy ollut maksukyvytön ennen 15.5.1997.

KKO kiinnitti huomiota X Oy:n maksukyvyttömyyttä maaliskokuussa 1997 arvioitaessa siihen, että X Oy:n hallituksen pöytäkirjassa oli 19.3.1997 todettu liiketoiminnan jatkamisen edellytysten puuttuvan. Tämän jälkeen yhtiö oli kuitenkin maksanut tavarantoimittajilleen laskuja n. 30 000 mk:n arvosta sekä kolmen työntekijän palkkoja n. 16 000 mk. Nämä suoritukset olivat välttämättömiä, jotta liiketoiminta olisi voinut jatkua Y Oy:ssä. Edelleen KKO toteaa, että palkkoja on huhtikuussa maksettu myös A:lle, B:lle ja C:lle kullekin 25 000 mk ja heidän asuntojensa vuokria n. 6 500 mk. Samoin osakaslainaa B:lle on maksettu n. 2 700 mk ja C:lle n. 14 200 mk. X Oy:n olisi pitänyt maksaa arvonlisäveroja 15.4.1997 n. 25 700 mk ja 15.5.1997 n. 14 800 mk, näin ei kuitenkaan tehty. KKO:n mukaan on ilmeistä, että X Oy pystyi maksamaan näitä muita, vastaajien ja heidän lähipiirinsä hyväksi tulleita suorituksia laiminlyömällä arvonlisäverojen maksun. Lisäksi KKO kiinnitti huomiota X Oy:n liikevaihtoon ja tulokseen 1.1.–31.3.1997 sekä myyntisaamisten ja rahoitusomaisuuden määrään. Myös liiketoiminnan jatkaminen välittömästi toisessa yrityksessä viittasi siihen, että verojen maksamisen laiminlyönti on tapahtunut hyötymistarkoituksessa ja muusta syystä kuin maksukyvyttömyydestä. Siten viimeinen osateko on täytynyt 15.5.1997, josta lähtien vanhentumisaika katsottiin alkaneeksi.<sup>226</sup>

### 5.4 Yksityiskohtainen ratkaisun KKO 2004:46 kommentointi

Käsittelemme tässä yksityiskohtaisesti niitä perusteluja, joilla KKO on ratkaisuun perustellut päätyessään siihen tulkintaan, ettei X Oy ollut verorik-

<sup>226</sup> KKO 2004:46 kohta 16–17.

komuksessa tarkoitetulla tavalla maksukyvytön 15.5.1997 tai aikaisemmin.

#### *5.4.1 Verorikkomuksen maksukyvyttömyys on erikseen määritelty eduskunnassa*

KKO toteaa, että verorikkomuksen tunnusmerkistöön sisältyvä maksukyvyttömyyden käsite on eduskuntakäsittelyssä ymmärretty toisen sisältöiseksi kuin samanaikaisesti käsiteltävänä olleen RL 39:1:een sisältyvän tunnusmerkistötekijän.<sup>227</sup>

Verorikkomus-säännös oli eduskunnassa varsin kiivaan poliittisen kamppailun kohteena. Eduskunta katsoi hallituksen esityksen tekevän kriminalisoinnista liian laajan ja siten rangaistavuuden alaa pyrittiin rajoittamaan. Tämä rajoittaminen toteutettiin säätämällä RL 29:4:ään hyötymistarkoitus- ja maksukyvyttömyydedellytykset. Eduskunta määritteli vielä hallituksen esitykseen antamassaan vastauksessa tilanteita, joissa maksukyvyttömyys täytyisi. Vastauksen mukaan ”eduskunta katsoo, että rikoslain 29 luvun 4 §:ssä tarkoitettuna maksukyvyttömyytenä pidetään esimerkiksi sellaista tilapäistä maksuvalmiuden häiriötä, jonka vallitessa verovelvollinen ei myymättä yritystoiminnan jatkuvuuden kannalta välttämätöntä omaisuutta tai laiminlyömättä palkanmaksuvelvoitettaan voi suoriutua veron maksusta”.<sup>228</sup>

Mikäli eduskunnan vastausta vertaa esim. Kähkösen maksukyvyyn laskentamalliin, poikkeaa verorikkomuksen maksukyvyttömyys velallisen epärehellisyyden maksukyvyttömyydestä siten, että RL 29:4:n maksukyvyttömyys täyttyy helpommin kuin RL 39:1:n. Verorikkomuksen maksukyvyttömyys täyttyy, vaikka se olisi tilapäistäkin. Edelleen maksukyvyttömyyttä laskettaessa on jätettävä pois toiminnan jatkuvuuden kannalta välttämätön omaisuus; tämä tarkoittanee lähinnä käyttöomaisuutta. Lisäksi palkat on maksettava ennen veroja. Tästä voidaan tehdä se johtopäätös, että verorikkomuksessa tarkoitettu maksukyvyttömyys olisi laskettava lähinnä tarkastelemalla sitä, jääkö vaihto-omaisuutta jäljelle verojen maksamiseen sen jälkeen kuin palkat on maksettu. Mikäli

RL 29:4:n maksukyvyttömyys ymmärretään tällä tavoin, on selvää, että X Oy oli maksukyvytön esim. 31.12.1996 tilinpäätöksen mukaan, sillä koko vaihto- ja rahoitusomaisuus oli huomattavasti pienempi kuin erään-

---

<sup>227</sup> KKO 2004:46 kohta 6.

<sup>228</sup> Lehtonen 1991 s. 934–935, HE 66/1988 vp s. 65–66, LaVM 6/1990 s. 9–11, 45–48, eduskunnan vastaus 12.6.1990 s. 1.

tyneet verovelat, vaikka omaisuuseriä tarkasteltaisiin kirjanpitoon merkittyjen arvojen mukaisina eikä todellisina arvoina. Tilanne ei tästä oleellisesti muuttunut kevään 1997 aikana, vaikka X Oy:n toiminta olikin tuolloin kirjanpidon mukaan kannattavaa.

Tapauksessa jää jossain määrin epäselväksi, onko KKO tarkoittanut tuomiossaan myös todeta, että X Oy on ollut RL 39:1:ssä tarkoitetulla tavalla maksukyvytön maaliskuussa 1997 ja siten pyrkinyt korostamaan verorikkomuksen maksukyvyttömyys -käsitteen eroa suhteessa takaisinsaantilaikiin ja RL 39:1:een<sup>229</sup>.

#### 5.4.2 Verorikkomuksessa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä koskeva oikeuskäytäntö on vakiintunut

KKO toteaa ratkaisussaan, että verorikkomussäännöksen maksukyvyttömyyden käsitettä on edelleen syytä tulkita oikeuskäytännössä vakiintuneella tavalla RL 39:1:stä poikkeavasti. Aikaisemman oikeuskäytännön osalta KKO viittaa ratkaisuun 1996:35, jonka otsakkeessa todetaan: ”Yhtiön ei katsottu olleen rikoslain 29 luvun 4 §:ssä tarkoitetulla tavalla maksukyvytön, kun se pitkän aikaa oli jättänyt maksamatta ennakonpidätykset ja sosiaaliturvamaksut, mutta jatkanut samanaikaisesti liiketoimintaansa ja maksanut muiden velkojien saamia ja näin merkittävältä osin mahdollistanut toimintansa jatkamisen työnantajamaksujen laiminlyömisellä.”<sup>230</sup>

Tämä tapaus kuitenkin poikkeaa ratkaisusta KKO 2004:46 siinä mielessä, että maksamattomien verojen<sup>231</sup> määrä oli suhteessa liiketoiminnan laajuuteen huomattavasti pienempi. Tapauksessa KKO 1996:35 veroja oli maksamatta n. 465 000 mk, kun samanaikaisesti myyntisaamia oli

<sup>229</sup> KKO käsittelee kohdassa 7. perusteluissaan mm. TakSL:n ja velallisen epärehellisyysmaksukyvyttömyyden täyttymistä todeten, että näissä laeissa tarkoitettuna maksukyvyttömyytenä voidaan pitää myös sellaista velallisen taloudellista tilaa, jossa olennainen osa erääntyneistä maksuista jää suorittamatta. ”Samalla tavalla arvioituna yhtiö olisi vastaajien sen taloudellisesta tilasta esittämien seikkojen perusteella ollut haasteiden tiedoksiantohetkellä maksukyvytön.” – On mahdollista, että KKO on tällä viimeisellä lauseella halunnut ilmaista, että X Oy oli maksukyvytön jo maaliskuussa 1997 vastaajien esittämällä tavalla, mutta tällainen maksukyvyttömyys koski vain TakSL:a ja RL 39:1:a; tuomiossa oleva viittaus maksukyvyttömyyteen haasteiden tiedoksiantohetkellä lienee siis inhimillinen virhe. Haasteet annettiin nimittäin tiedoksi A:lle 19.3.1999 ja B:lle 1.4.1999 eli lähes kaksi vuotta X Oy:n konkurssiin asettamisen jälkeen. X Oy asetettiin konkurssiin 17.6.1997. Vastaajien puolustus rakentui lähtökohdalle, jonka mukaan X Oy oli maksukyvytön viimeistään 19.3.1997, jolloin syytteet olisi pitänyt hylätä vanhentuneena.

<sup>230</sup> KKO 2004:46 kohdat 8 ja 15.

<sup>231</sup> Tarkemmin sanoen kyse oli maksamattomista ennakonpidätyksistä ja työnantajan sosiaaliturvamaksuista.

n. 1,6 mmk, lainasaamisia yli 2 mmk, joista intressiyhtiölle oli lainattu viimeisen tilikauden aikana 0,5 mmk, ja pankkisaamisia n. 56 000 mk. Tilikauden liikevaihto oli 14 mmk ja myyntikate 3,3 mmk. Yritystä oltiin myymässä, mutta velkojapankki hakikin sen yllättäen konkurssiin vuoden 1991 alussa. Tapahtumatiedoista on vaikea sanoa, oliko velallisyhtiö pikemminkin likviditeettikriisissä kuin maksukyvytön. Esitetyt taloudelliset luvut viittaisivat likviditeettikriisiin, mutta vastaaja on todennut yhtiön olleen suurissa taloudellisissa vaikeuksissa vuosien ajan ja rahoittajapanikin sanelleen yhtiön toiminnan. Joka tapauksessa verovelkojen pieni määrä suhteessa myyntisaamisiin ja myyntikateprosenttiin (23,6 %) antavat ymmärtää, että verovelat olisivat olleet hoidettavissa normaalilla tulorahoituksella<sup>232</sup>. Tapauksessa KKO 1996:35 velallisyhtiön taloudellinen tilanne näyttää siis olleen paljon parempi kuin tapauksessa KKO 2004:46.

Tapauksessa 2004:46 KKO totesi, että X Oy ei ollut maksukyvytön edes 15.5.1997, jolloin viimeinen osateko oli täyttynyt, vaikka yrityksen käyttöomaisuus oli tuolloin jo siirretty jatkajayhtiön käyttöön. Oikeuskäytäntö ei näytä kuitenkaan olevan vakiintunut sen suhteen, miten liiketoiminnan luovuttamisen katsotaan vaikuttavan ylivelkaisen velallisen maksukyvyttömyysarviointiin. Julkaisemattomassa ratkaisussa KKO 648/27.3.2003 (Dnro R2001/466) velallisyhtiön katsottiin olleen maksukyvytön 1.7.1995 lähtien, koska ravintolaliiketoiminnan katsottiin näytetyksi siirtyneen tuolloin jatkajayhtiölle. Vaikka 1.7.1995 jälkeen mm. yhtiön pankkitilille tehtiin tilitys, ei yhtiön katsottu jatkaneen enää liiketoimintaansa 1.7.1995 ajankohdan jälkeen. Siten rikoksen vanhentumisajan katsottiin alkaneen jo 15.6.1995, jolloin viimeinen liiketoiminnan luovutusta edeltänyt vero piti maksaa verottajalle eikä 17.7.1995, jolloin viimeinen maksun laiminlyönti tapahtui. Tämä tulkinta johti syytteen hylkäämiseen vanhentuneena yhden vastaajan osalta.<sup>233</sup>

Päinvastoin kuin julkaisemattomassa ratkaisussa, tapauksessa KKO 2004:46 rikosvastuu koski vielä viimeistäkin 15.5.1997 laiminlyötyä maksuerää, vaikka liiketoiminnan samoissa ravintolatiloiissa olikin aloittanut jo Y Oy.<sup>234</sup> X Oy:n nimissä harjoitetun liiketoiminnan todellisesta laajuudesta huhti–toukokuussa 1997 on vaikea sanoa mitään, koska huomattava

---

<sup>232</sup> Edellyttäen, että esitetyt saamiset olivat kurantteja ja että yhtiöllä ei ollut muita, esim. raskaasta rahoitusrakenteesta johtuvia kuluja, jotka olisivat estäneet verojen maksun tulorahoituksella. Vaihtoehtoisesti verot olisivat olleet todennäköisesti maksettavissa myös esim. perimällä annetut lainat, mikäli velalliset olivat maksukykyisiä ja -haluisia.

<sup>233</sup> KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 s. 5, 10, Helsingin HO 30.3.2001/857 Dnro R98/1260 s. 48.

<sup>234</sup> Uudenmaan veroviraston vastaus valituksiin KKO:lle s. 2 KKO.A.

osa laskuista maksettiin käteisellä. Laskuissa ei ollut X Oy:n virallista nimeä, vaan ravintolan toiminimi.<sup>235</sup> On mahdollista, että liiketoimintaa hoidettiin tosiasiaissa jo jonkun muun yrityksen tai henkilön nimissä, mutta maksetut laskut liitettiin X Oy:n kirjanpitoon pienentämään kassan saldoa. Tapauksen KKO 2004:46 ja ratkaisun KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 perusteella jää epäselväksi, mikä merkitys liiketoiminnan siirtymiselle on annettava. Ratkaisun KKO 2004:46 perusteella näyttää siltä, että rikosvastuu saattaa jatkua pelkästään sillä perusteella, että kirjanpitoon tehdään joitakin kirjauksia liiketoiminnan siirtymisen jälkeenkin riippumatta siitä, jatkuiko liiketoiminta tosiasiallisesti yrityksessä.

Tässä oikeudenkäynnissä oli argumentoinnin kohteena myös se seikka, että lainvalmisteluasiakirjoissa maksukyvyttömyyden katsottiin ulottuvan 3–6 kk:n aikaan ennen konkurssia, eikä tilannetta, jossa velallinen on täysin varaton. Oikeudenkäynnissä vedottiin myös siihen, että aikaisemmassa oikeuskäytännössä (KKO 1996:35) maksukyvyttömyyden on todettu tarkoittavan muutakin tilannetta kuin konkurssia. Verovirastoa edustanut asianvalvoja kuitenkin katsoi, ettei mitään ”3–6 kuukauden sääntöä” ole olemassa.<sup>236</sup>

Turun HO:n verorikkomuksia ja työnantajan sosiaaliturvamaksujen laiminlyöntiä koskevia ratkaisuja analysoinut Niemi on todennut, että Turun HO:n ratkaisukäytännössä 1990-luvun alkupuolella konkurssia edeltänyt maksukyvyttömyysaika on vaihdellut 9 kuukauden ja kahden vuoden 9 kuukauden välillä.<sup>237</sup> KKO:n osalta ei ole julkaistu sellaista työnantajan sosiaaliturvamaksujen laiminlyöntiä koskevia ratkaisuja, joiden pohjalta olisi tehtävissä johtopäätöksiä maksukyvyttömyyden arvioinnista<sup>238</sup>. Siten verojen maksun laiminlyöntiä koskeva aikaisempi KKO:n oikeuskäytäntö rajoittuu juttuihin KKO 1994:67, KKO 1995:137 ja KKO 1996:35. Näissä tapauksissa velallisen ei käytännössä ole katsottu olleen verorikkomuksessa tarkoitetulla tavalla maksukyvytön ennen konkurssiin asettamista. Rikosvastuun on katsottu ulottuvan monesti niihin veroihin, jotka olisi tullut maksaa samana kuukautena kuin konkurssin alkaminen on tapahtunut.

<sup>235</sup> Verotarkastuskertomus s. 7, 12, ks. myös esim. Riopop Oy:n lasku 2.4.1997 ja MM-Wine Oy:n lasku 10.4.1997 KKO:lle. – Verotarkastuskertomuksen mukaan ruokatarvikkeet ja juomat maksettiin koko toiminnan ajan yleensä käteisellä.

<sup>236</sup> Esim. A:n valitus KKO:lle s. 3.

<sup>237</sup> Niemi 1994 s. 110, Turun HO:n ratkaisukäytäntöä maksukyvyttömyyden suhteen laajemmin s. 107–113.

<sup>238</sup> Analyysi perustuu seuraaviin KKO:n työnantajan sosiaaliturvamaksua koskeviin ratkaisuihin: KKO 1982 II 104, KKO 1984 II 47, KKO 1986 II 29, KKO 1986 II 69, KKO 1987:122, KKO 1992:174, KKO 1993:15, KKO 1993:93.

### *5.4.3 Verorikkomus ja velallisen epärehellisyys suojaavat erilaisia intressejä*

KKO kiinnitti ratkaisussaan huomiota siihen, että RL 39:1 suojaa yleisesti kaikkien velkojien taloudellisia etuja, kun taas RL 29:4 suojaa vain veronsaajaa ja siten vahvistaa tämän asemaa suhteessa muihin velkoihin.<sup>239</sup> Olen tässä asiassa samaa mieltä siinä suhteessa, että RL 39:1 suojaa yleistä velkojatarhaa ja RL 29:4 veronsaajan intressejä, ja että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut vahvistaa veronsaajan asemaa. Nähdäkseni veronsaajan ja muiden velkojien intressejä ei kuitenkaan tule tarkastella toisistaan erillisinä, sillä käsitykseni mukaan molemmat normit suojaavat sitä, että taloudellinen toimija (yritys tai yksityishenkilö) ei ryhdy sellaisiin toimenpiteisiin, jotka voivat estää velvoitteen täyttämisen velkojiaan kohtaan. Olen tässä suojeltavien oikeushyvien tarkastelussa ei ole se, mikä on velan oikeusperusta (esim. yksityisoikeudellinen sopimus, tuomioistuimen päätös vai suoraan lakiin perustuva maksuvelvollisuus), vaan se, että kaikki sidosryhmien saatavat saavat suojaa velallisen väärinkäytöksiä kohtaan. Siten siis RL 29:4:n ja 39:1:n suojaamien oikeushyvien eroa ei tule korostaa; näiden oikeushyvien ainoa ero on siinä, että verorikkomusnormi pyrkii turvaamaan yhden velkojan saatavia, kun taas velallisen epärehellisyysnormi suojaa kaikkien velkojien saatavia.

Käsitykseni mukaan kysymys normivalinnasta RL 29:4:n ja 39:1:n välillä tulee ratkaista sen mukaan, milloin veronsaajalla on tarvetta saada erityistä suojaa (ja jolloin muille tahoille on merkityksetöntä, miten konflikti veronsaajan ja velallisen välillä ratkaistaan) ja milloin velallisen menettely vaarantaa kaikkien velkojien intressejä (joista velkojista suurin on monestikin käytännössä verottaja). Nähdäkseni maksukyvyttömyys toimii rajapyykkinä normivalinnassa. Sen jälkeen kun verojen maksun laiminlyönyt velallinen on maksukyvytön, kaikki velkojat tarvitsevat suojaa sekä velallisen väärinkäytöksiä että toisia velkojia kohtaan. Mikäli velallinen ei ole maksukyvytön, muilla osapuolilla kuin veronsaajalla ja velallisella ei ole intressejä valvottavanaan päätettäessä verojen maksun laiminlyömissen oikeusseuraamuksista. Tällöin siis konflikti rajoittuu ainoastaan relaatioon verottaja–verovelallinen. RL 29:4 siis toimisi näin ollen RL 39:1:ä täydentävänä normina ulottaen rikosoikeudellisen suojan valtion fiskaalisten intressien vuoksi muita velkojia aikaisemmaksi.

---

<sup>239</sup> KKO 2004:46 kohdat 9–12.



#### 5.4.4 Veronsaajan mahdollisuudet valvoa etuaan ovat heikot

KKO totesi verorikkomuksen rangaistavuuden tarkoitusta pohtiessaan, ettei veronsaajalla ole oma-aloitteisesti maksettavien verojen osalta samantaisia mahdollisuuksia valvoa etujaan kuin esim. velallisen liikekumppaneilla tai rahoittajilla.<sup>240</sup>

Käsitykseni mukaan tämä argumentti pitää nykyään<sup>241</sup> paikkaansa vain osittain; tavarantoimittajat voivat toki vaatia kaupan kohteesta käteismaksun sen luovuttamisen yhteydessä ja rahoittajilla voi olla vakuutena esim. kiinteään omaisuuteen kohdistuvat kiinnitykset. Kuitenkin liiketoiminnassa on paljon myös kestovelkasuhteita (esim. vuokranantajat, vakuutusyhtiöt), joissa velkojat ovat käytännössä veroviranomaisia heikommassa asemassa. Verottajalla on käytännössä monesti näitä velkojia paremmat mahdollisuudet saada informaatiota velallisen taloudellisen tilanteen kehittymisestä ja periä saatava pakkotäytäntöönpanotoimin. Verottaja voi seurata verovelkojen kertymistä suhteellisen reaaliaikaisesti, sillä verovelvollisen on itse annettava oma-aloitteisesti maksettavien verojen osalta tiedot verojen perusteista. Esimerkiksi tiettyä kuukautta koskevasta palkanmaksusta ja arvonnäisäverosta on annettava valvontailmoitus seuraavan kuukauden 15. päivään mennessä. Itse veron maksun on tapahduttava viimeistään kuukauden kuluessa valvontailmoituksen tekemisestä<sup>242</sup>. Siten verorikkomus tapahtuu verottajan tietten, sillä mikäli tiedot jätetään kokonaan antamatta tai niissä annetaan vääriä tietoja, arvioidaan menettelyä lähtökohtaisesti veropetoksena (RL 29:1). Annetuista valvontailmoituksista voidaan laskea verokantojen vaihteluista huolimatta suuruusluokat verollisista ostoista ja myynneistä sekä maksetuista palkoista, minkä avulla voidaan arvioida velallisen taloudellisen aseman kehittymistä ja mahdollista tarvetta tarkempien lisätietojen hankkimiseen<sup>243</sup>. Mikäli ilmoitettujen verojen maksu

<sup>240</sup> KKO 2004:46 kohta 12.

<sup>241</sup> Etuoikeusasetuksen kumoamisen yhteydessä erityiset panttioikeudet, mm. vuokranantajien panttioikeus vuokrahuoneistossa olleeseen omaisuuteen poistui.

<sup>242</sup> ALVL 162 §:n mukaan arvonnäisäveron valvontailmoitus on annettava kohdekuukautta seuraavan kuun 15. päivään mennessä ja 147 §:n mukaan maksun on tapahduttava kohdekuukautta seuraavan toisen kuun 15. päivään mennessä. Työnantajan sosiaaliturvamaksusta ja ennakonpidätyksestä on säännöllisesti palkkaa maksavan työnantajan annettava valvontailmoitus viimeistään palkan maksua seuranneen kalenterikuukauden 15. päivänä ja maksu on maksettava ennakonpidätystä seuraavan kalenterikuukauden 10. päivään mennessä (TSTML 5 § sekä EnnakkoperintäL 12 § ja A 31 §). Valvontailmoitusten reaaliaikaista seurantaan helpottaa se, että valvontailmoitukset voidaan antaa nykyään sähköisessä muodossa TYVI-palvelun kautta ([www.tyvi.org](http://www.tyvi.org), viittauspäivä 27.12.2004).

<sup>243</sup> Lisätietoja (esim. kirjanpidon kuukausittaisia tuloslaskelma- ja taseraportteja) voidaan käyttää hyväksi esim. silloin, kun velallinen ilmoittaa olevansa halukas tekemään maksusuunnitelman verovelkojen maksamisesta.

laiminlyödään, verot voidaan periä ulosottoin VerouL 1 §:n mukaan ilman erillistä tuomiota tai päätöstä. – Myös tapauksessa KKO 2004:46 valvontailmoitukset oli annettu ajallaan oikean sisältöisenä, tammikuun 1997 jälkeen ainoastaan palkanmaksua koskevat tiedot olivat puutteellisia. Palkkojen maksu oli tammikuun 1997 jälkeen kuitenkin huomattavasti vähäisempää kuin aikaisemmin.<sup>244</sup>

#### *5.4.5 Verojen maksun laiminlyömissä motiivi voi olla muu kuin maksukyvyttömyys*

KKO huomauttaa ratkaisussaan, että RL 39:1:n mukaisessa maksukyvyttömyystilassa olleessaan velallinen voi haluta käyttää varansa tiettyjen velkojen hyväksi ja vahingoittaa siten veronsaajaa. Tämä velallisen motiiveihin viittaava ajattelutapa painottuu erityisesti vielä eriävän mielipiteen esittäneen oikeusneuvos Lehtimajan lausunnossa.<sup>245</sup> Ajattelutapa korostaa sitä, että mikäli verovelkojen maksun laiminlyönnin *syynä* on jokin muu seikka (esim. halu turvata liikekumppanin saatavat) kuin maksukyvyttömyys, ei rikosvastuusta vapautuminen ole perusteltua, vaikka velallinen sinällään olisikin maksukyvytön. Tätä tekijän tahdon suuntautumista korostavaa ajattelutapaa voidaan pitää kriminaalipoliittisesti perusteltuna; verojen maksun laiminlyönnillä voidaan mahdollistaa etuoikeutetun edun saaminen liiketoiminnasta. Ajattelutapa on kuitenkin ongelmallinen, mikäli maksukyvyttömyys nähdään velallisen toisintoimimismahdollisuuden puuttumista kuvaavana elementtinä. Mikäli velallinen on maksukyvytön, hän ei kykene suoriutumaan vero- ja muista veloistaan. Jos velallinen – olivatpa hänen motiivinsa mitkä tahansa – maksaa yhdelle velkojalle kaikki saatavat, tämä merkitsee väistämättä sitä, että vastaavasti jotkut muut velkojat joutuvat huonompaan asemaan. Tällainen toiminta on myös kriminalisoitu velkojansuosintana RL 39:6:ssa<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Uudenmaan veroviraston vastaus valituksiin KKO:lle s. 3–4 KKO:A.

<sup>245</sup> KKO 2004:46 kohta 13 ja oikeusneuvos Lehtimajan eriävä mielipide.

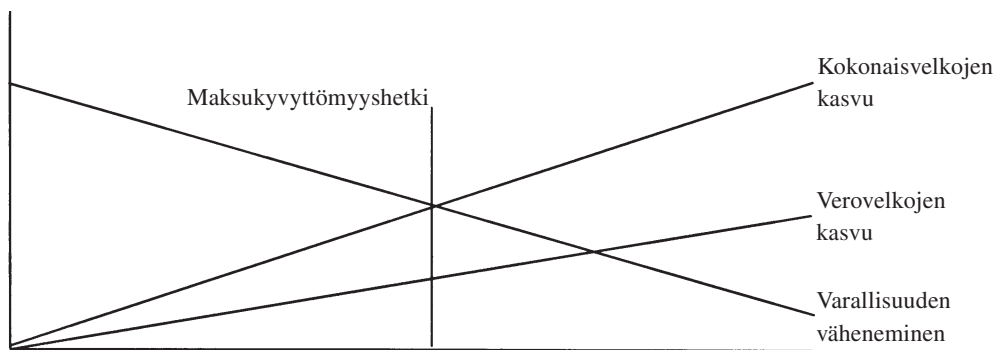
<sup>246</sup> Velkojansuosinnan maksimirangaistus on kaksi vuotta vankeutta, kun taas verorikkomuksen maksimirangaistus on kuusi kuukautta vankeutta. – Velkojansuosinnan rangaistusmaksimia korotettiin 1.4.2003 voimaan tulleella lakimuutoksella (L 61/31.1.2003), koska tekona velkojansuosinnan katsottiin monesti vastaavan moitittavuusarvoltaan velallisen epärehellisyyttä. HE 53/2002 vp s. 29.

### 5.4.6 Maksukyvyttömyyttä ei voida tulkita samansisältöisesti velallisen epärehellisyydessä ja verorikkomuksessa

KKO katsoi, että koska maksukyvyttömyys on velallisen epärehellisyydessä rangaistavuuden edellytys ja verorikkomuksessa se poistaa rangaistavuuden, ei käsitteitä voida tulkita näissä normeissa samalla tavoin, kun normeilla on erilaiset suojeleobjektit. KKO myös kiinnitti huomiota siihen, että verorikkomuksessa myös tilapäinen maksukyvyttömyys poistaa teon rangaistavuuden, kun taas velallisen epärehellisyys edellyttää pidempiaikaista maksukyvyttömyyttä.<sup>247</sup>

KKO:n argumentointi jättää kuitenkin sijaa kritiikille. Voidaan kysyä, miksi käsitettä ei voida tulkita samalla tavoin? Tällöin voidaan ottaa tarkasteltavaksi sellainen hypoteettinen tilanne, että lainsoveltaja sitoutuu vain kirjoitettuun lain sanamuotoon ja jättää huomiotta eduskunnan vastauksessa olevat kommentit, joilla verorikkomuksen maksukyvyttömyyttä on tarkennettu. Kysymys on siis siitä, millaiseksi velkojien rikosoikeudellinen suoja muodostuisi, mikäli maksukyvyttömyyttä tarkasteltaisiin samalla tavoin sekä velallisen epärehellisyydessä että verorikkomuksessa.

Tapauksessa, jossa verorikkomuksen maksukyvyttömyys ymmärrettäisiin samalla tavoin kuin velallisen epärehellisyydessä, voidaan tilannetta kuvata seuraavan kuvion avulla:



**Kuvio 3.**

Kuviossa yrityksen tai muun liiketoimintaa harjoittavan yksikön varallisuus vähenee kannattamattoman liiketoiminnan johdosta samalla kuin velkaantumisen kasvaa. Maksukyvyttömyyshetki on tässä merkitty RL 39:1:ssä tarkoitetulla tavalla siihen kohtaan, jossa velallinen muuttuu ylivelkaisek-

<sup>247</sup> KKO 2004 kohta 14.

si eikä kykene jatkossakaan selviytymään veloistaan kannattamattomuuden vuoksi. Tapaukseen voidaan nähdäkseni soveltaa kahta eri rikoslain normia: Maksukyvyttömyyshetkeä ennen sovelletaan pelkästään verottajaa suojaavaa RL 29:4:ää, jolloin veronsaajan asemaa vahvistetaan muihin velkoihin verrattuna. Vahingonkorvausvelvollisuus koskee siis sitä verovelkojen määrää, joka velallisella oli maksukyvyttömyyshetkellä. Maksukyvyttömyystilassa tehtyyn lisävelkaantumiseen sovelletaan RL 39:1:n 4-kohtaa (velallinen lisää perusteettomasti veloitteitaan), jolloin rikoslaki suojaa tasapuolisesti kaikkia velkojia. Vahingonkorvausvelvollisuus kattaisi siis sen lisävelkaantumisen määrän, joka on kertynyt maksukyvyttömyystilassa.

Hallituksen esityksen mukaan RL 39:1:n 4 -kohdalla on osittain tarkoitettu korvata aikaisemmin voimassa ollut konkurssin pitkittämistä koskeva tekotapa ja kriminalisoida teot, joilla jatketaan tappiollista liiketoimintaa velkojien vahingoksi. Tällöin velallinen voi mm. käyttää huomattavia varoja selvästi tappiolliseen liiketoimintaan tai liiketoiminnan kannalta hyödyttömiin hankintoihin. Yhteisöjä koskevissa normeissa on yksityiskohtaisesti kuvattu ne tilanteet, joissa taloudellisissa vaikeuksissa olevan yhteisön johto on velvollinen ryhtymään velkojia suojaaviin toimenpiteisiin.<sup>248</sup> Tällöin siis velallisen vahingonkorvausvelvollisuus kattaisi maksukyvyttömyyshetken jälkeisen lisävelkaantumisen.

Kysymys siitä, pitäisikö tämä maksukyvyttömyyshetken jälkeisestä lisävelkaantumisesta maksettava vahingonkorvaus suorittaa konkurssipesälle jaettavaksi yleisten konkurssioikeudellisten periaatteiden mukaisesti tasapuolisesti kaikkien velkojien kesken vai tulisiko se kohdentaa suoraan niille velkojille, jotka ovat antaneet luottoa maksukyvyttömälle velalliselle, on ongelmallinen. Prosessiekonomiset syyt puoltavat sitä vaihtoehtoa, että vahingonkorvaus maksetaan suoraan konkurssipesälle, joka suorittaa omaisuuden jaon velkojien kesken. Lisäksi voi olla hyvin sattumanvaraista, missä vaiheessa kukin velkoja antaa luottoa velalliselle ja ketkä (esim. tavaran-toimittajista) joutuvat kärsimään tappioita. Tällöin ei välttämättä myöskään olisi tarvetta selvittää maksukyvyttömyyden alkamisen ajankohtaa hyvin tarkasti. Toisaalta lisäluoton ottaminen maksukyvyttömyystilassa on luonteeltaan lähellä petosrikosta<sup>249</sup>, mikä taas puoltaisi vahingonkorvauksen kohdentamista suoraan velkojille. Myös KKO:n osakeyhtiön johdon vahingonkorvausvastuuta koskevassa oikeuskäytännössä<sup>250</sup> vastaajat on

---

<sup>248</sup> HE 66/1988 vp s. 160, 162.

<sup>249</sup> HE 66/1988 vp s. 162.

<sup>250</sup> KKO 2000:106, KKO 1991:55., KKO 1990:177.

tuomittu korvaamaan vahingot suoraan velkojille. Tosin näissä jutuissa kantajinakin on ollut suoraan velkoja, ei konkurssipesä.

Mikäli maksukyvyttömyyden käsite ymmärrettäisiin samalla tavoin sekä velallisen epärehellisyudessa että verorikkomuksessa ja velallisen rikosoikeudellista vastuuta arvioitaisiin maksukyvyttömyystilassa ainoastaan velallisen epärehellisyutenä, voisi tämä aiheuttaa jossakin määrin ongelmia velallisen tahallisuusarvioinnin kannalta. Velallisen epärehellisyudessa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä koskevan tahallisuuden toteen näytttäminen on hankalampaa kuin tahallisuuden verorikkomuksen tunnusmerkistön suhteen. Velallisen epärehellisyudessa on näytettävä toteen velallisen tietoisuus sen taloudellisesta tilasta ja siitä, että liiketoiminta on ko. tapauksessa jatkossakin tappiollista. Verorikkomuksessa on taas näytettävä toteen lähinnä tietoisuus maksamattomista veroista. Toisaalta yrityksen johdolla on velvollisuus seurata koko ajan yrityksen taloudellista tilannetta, joten johdon on käytännössä vaikea tehokkaasti väittää olleensa tietämättömän maksukyvyttömyydestä. Myös liiketoiminnan tuleva tappiollisuus on johdon tiedossa, mikäli mihinkään saneeraustoimiin ei ole ryhdytty huolimatta velkaantumisasteen kasvusta ja tilauskanta ei osoita selvää talouden parantumista. Pelkästään yleinen optimismi, jollainen yritystoimintaan yleensä välttämättä liittyy, ei ole riittävä argumentti tulevan toiminnan tappiollisuutta koskevan tahallisuuden puuttumisesta.

#### *5.4.7 Rangaistusuhka on tekijälle kohtuudella ennalta-arvattavissa*

KKO totesi, ettei lainsäädännössä ole yleisesti ottaen poikkeuksellista, että tietylle käsitteelle annettu merkityssisältö voi vaihdella eri aloja koskevassa lainsäädännössä asiayhteydestä riippuen. KKO:n mukaan ongelmalliseksi tilanne voi muodostua silloin, jos samaa käsitettä käytetään rikoslain sisällä eri merkityksissä ilman, että se nimenomaisesti ilmenee kirjoitetusta laista. Tästä huolimatta KKO katsoi, ettei rikosoikeuden täsmällisyysvaatimusta voitu ymmärtää niin ankarasti, että se kokonaan sulkisi pois mahdollisuuden antaa tietyille käsitteelle toisistaan poikkeavat merkityssisällöt. Tällöin KKO kiinnitti huomiota siihen, että samaa käsitettä käytettiin normeissa, joita sovellettiin eri tyyppisiin tekoihin ja jotka suojasivat erilaisia etuja. Tulkinnan tuloksen on oltava myös sopusoinnussa tavoitellun oikeushyvän suojaamisen kannalta ja tekijälle kohtuudella ennalta-arvattavissa. Edelleen KKO kiinnitti huomiota siihen, että myös EIT on hyväksynyt ratkaisussaan C.R. vs. Yhdistynyt kuningaskunta 22.11.1995, että rangaistussäännösten sisältö selkiytyy ja täsmentyy oikeuskäytännön kautta.<sup>251</sup>

<sup>251</sup> KKO 2004:46 kohta 9.

Legaliteettiperiaatteen keskeiset osat kiteytyvät siihen ajatukseen, että rangaistusuhan tulee olla teon tekijälle kohtuudella ennalta-arvattavissa. KKO:n verorikkomuksessa käytetyn maksukyvyttömyyden käsitteen tulkintatavan hyväksyttävyyden riippuu keskeisesti siitä, onko tämä tulkintatapa tekijän kohtuudella ennalta-arvattavissa.

Tulkintatavan ennalta-arvattavuutta puoltavana perusteena voidaan pitää kahta seikkaa. Ensinnäkin on selvää, että liiketoiminnan rahoittaminen verojen maksamisen laiminlyömisellä on yhteiskunnalle vahingollista. Tällä toiminnalla aiheutetaan paitsi suoranaista vahinkoa veronsaajalle, myös välillisiä vahinkoja rehellisin keinoin markkinoilla toimiville kilpailijoille. Usein tällaiseen toimintaan liittyy vielä pyrkimys saada epäoikeutettua etua muilla keinoin, esim. siirtämällä omaisuutta alihintaan jatkajayhtiöille. Yhteiskunnan kokonaisedun mukaista on pyrkiä estämään tällainen toiminta ja se voi edellyttää myös rikosoikeudellisten keinojen käyttämistä.

Toinen ennalta-arvattavuutta puoltava seikka on se, että lainsäädännössä ei ole poikkeuksellista, että samaa termiä käytetään eri alojen lainsäädännössä toisistaan poikkeavasti, kuten KKO on todennutkin. Tämän argumentin vakuuttavuutta heikentää kuitenkin se, että rikoslaissa käytetyt velallisen epärehellisyys ja verorikkomus ovat saman oikeudenalan piiriin kuuluvia normeja. Nämä normit tulevat sovellettaviksi myös saman tyyppiin tekoihin, eivätkä niiden suojaamat intressit ole toisistaan merkittävästi poikkeavat, kuten aikaisemmin olen todennut.

Tulkintatavan ennakoitavuutta vähentää myös se seikka, että eduskunnan nimenomainen tarkoitus oli pyrkiä rajoittamaan verorikkomuksen soveltamisalaa määräämällä, ettei maksukyvyttömyyden johdosta tapahtunut verojen maksun laiminlyönti ole rangaistavaa. Muussa lainsäädännössä (mm. insolvenssilainsäädäntö), jossa maksukyvyttömyys on vielä erityisesti legaalimääritelmien avulla määritelty, käytetään maksukyvyttömyydestä yhtenäistä määritelmää. Tämä määritelmä on vakiintunut myös velallisen epärehellisyydessä tarkoitettuna maksukyvyttömyyden tulkintatavaksi. Tällä tavoin ymmärretyn maksukyvyttömyyden on katsottu ilmenevän mm. siitä, että velalliselle on kertynyt verovelkoja useamman kuukauden ajalta<sup>252</sup>. Ratkaisussa KKO 2004:46 valittu maksukyvyttömyyden tulkintatapa ei siis noudata yleistä pyrkimystä edistää lainsäädännön konsistenssia ja koherenttisuutta.

KKO:n viittasi oikeuslähteenä EIT:n tapaukseen *C.R. vs. Yhdistyneet kuningaskunnat*, jolla perusteella KKO totesi, että rangaistussäännöksen selkiytyminen ja täsmentyminen oikeuskäytännön kautta on hyväksyttävä

---

<sup>252</sup> Ks. esim. HE 26/2003 vp s. 38.

vää. Nähdäkseni voidaan kuitenkin kysyä, onko nyt käsillä ollut tapaus verrattavissa EIT:ssä ratkaistavana olleeseen tapaukseen.<sup>253</sup>

EIT:ssä kysymys oli siitä, voitiinko aviomies tuomita vuonna 1989 tapahtuneesta yrityksestä raiskata vaimonsa, kun vuonna 1976 säädetyin lain mukaan mies syyllistyi raiskaukseen, jos hän oli laittomassa sukupuoliyhteydessä naiseen, joka ei ollut suostunut siihen. Sana ”laiton” poistettiin rangaistussäännöksestä vuonna 1994. Aviomies vetosi EIT:ssä siihen, että kansalliset tuomioistuimet sovelsivat tapaukseen rikoslakia taannehtivasti, sillä vuonna 1989 voimassa olleen, 1700-luvulta peräisin olleen oikeusperiaatteen mukaan aviomies ei voinut syyllistyä raiskaukseen, koska avioliittoon suostumalla nainen oli alistunut sukupuoliyhteyteen eikä hän voinut peruuttaa siten annettua hiljaista suostumustaan. Aviomiehellä oli siis immuniteetti raiskaussyytettä kohtaan. Tästä periaatteesta oli tosin oikeuskäytännössä 1900-luvulla asteittain luovuttu; immuniteettia ei ollut mm. tilanteissa, joissa asumuserosta oli sovittu puolisojen kesken. Tapauksen tosiseikoista käy ilmi, että nainen oli ennen raiskauksen yritystä muuttanut erilleen ilmoittaen hakevansa avioeroa. Myös aviomies oli ollut naiseen puhelimitse yhteydessä ennen raiskauksen yritystä ja ilmoittanut omasta puolestaan avioeroa-aikeista.

EIT hylkäsi aviomiehen valituksen todeten, että kansalliset tuomioistuimet olivat jatkaneet todettavissa ollutta oikeuskäytännön linjaa, joka oli rajoittanut aviomiehen immuniteettia. EIT totesi raiskauksen olevan luonteeltaan niin alentava, että luopuminen aviomiehen immuniteetista edisti EIS:n perustavia päämääriä eli ihmisarvon ja inhimillisen vapauden kunnioittamista. Kansallisen oikeuskäytännön kehitys oli sopusoinnussa rikoksen olemuksen kanssa ja teon rangaistavuus oli aikaisemman oikeuskäytännön perusteella tekijän kohtuudella ennakoitavissa.

Käsitykseni mukaan EIT:ssä ja KKO:ssa käsitellyt tapaukset poikkeavat jo perusluonteeltaan hyvin paljon toisistaan. EIT:n tapauksessa oli punnittavana toisaalta yksilön henkeä ja terveyttä suojaavat normit vs. legaliteettiperiaate, kun taas KKO:ssa suojeltavana oikeushyvänsä ovat pelkästään valtion fiskaaliset intressit. Siten tämän EIT:n ratkaisun käyttöön rangaistusvastuun alaa laajentavana oikeuslähteenä talousrikosjutuissa on suhtauduttava varauksellisesti, vaikka siinä todetaankin, ettei rikosvastuuta koskevien sääntöjen asteittainen selkeneminen tapaus tapaukselta tarkentuvan tulkinnan kautta ole EIS:n vastaista. EIT:n sanotulle ratkaisulle ei

---

<sup>253</sup> Selostus EIT:n ratkaisusta C.R. vs. Yhdistyneet kuningaskunnat 22.11.1995 EIT:A-335-C perustuu Finlex-tietokannassa olevaan suomenkieliseen lyhennelmään. Tuomio on luetavissa internetissä myös englanninkielisenä EIT:n HUDOC-tietokannasta.

annettu merkitystä myöskään ratkaisussa KKO 2004:109, jossa KKO äänin 3–2 totesi, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää tunnusmerkistöjen suppeaa tulkintaa ja että lainsäädännössä käytetyt termit on ymmärrettävä siinä merkityksessä, joka niillä on yleisessä kielenkäytössä, ellei niitä ole laissa erikseen määritelty.<sup>254</sup>

Maksukyvyttömyyden tulkintatapa jutussa KKO 2004:46 poikkeaa nähdäkseni merkittävästi myös KKO:n muista ratkaisuista, joissa on pohdittu legaliteettiperiaatteen merkitystä talousrikoksissa. Vaikka legaliteettiperiaatteen merkitystä käytännön ratkaisutoiminnalle on vaikea arvioida<sup>255</sup> KKO:n talousrikosasioita koskevan ratkaisukäytännön valossa, poikkeaa ratkaisu KKO 2004:46 myös niistä muista ratkaisuista, joissa sanamuotoa on tulkittu laajentavasti. Tarkoitin tällä poikkeamisella sitä, ettei ratkaisussa KKO 2004:46 näytön arviointi perustu yleisten kokemussääntöjen mukaiseen näytön arviointiin maksukyvyttömyydestä. Sen sijaan, että ratkaisussa olisi analysoitu velallisen taloudellista tilannetta ja tehty maksukyvyttömyysarviointi tältä pohjalta, päädyttiinkin ratkaisussa arvioimaan maksukyvyttömyyttä pelkästään siltä kannalta, tekikö velallinen ylipäättänsä joitakin liiketoimia. Lisäksi on huomioitava, että käytettävissä olleen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella jää epäselväksi, tekikö X Oy tosiasiaassa näitä liiketoimia, vai olivatko liiketoimet tosiasiaassa jo jonkin toisen yrityksen liiketoimintaa, joka kirjattiin X Oy:n kirjanpitoon peittämään mahdollisia muita rikoksia.<sup>256</sup> Kirjanpitoa ei siis käsitykseni mukaan tässä tapauksessa voitu pitää luotettavana. Myöskään liiketoiminnan siirtymiselle, joka ratkaisussa KKO 648/27.3.2003 (R 2001/466) muodostui rangaistavuuden edellytysten päättymisen kannalta olennaiseksi seikaksi, ei annettu tässä tapauksessa merkitystä. Syyksilukeminen perustui siis tapauksessa KKO 2004:46 pitkälti siihen kiistämättä yhteiskunnan kannalta paheksuttavaan menettelyyn, että verovelkojen maksaminen laiminlyötiin samalla kun muiden velkojen saatavia maksettiin. Ratkaisun mukaan maksukyvyttömyydellä ei kuitenkaan ole käytännössä merkitystä rangaistavuuden poistavana elementtinä verorikkomuksessa.

---

<sup>254</sup> Ks. KKO 2004:109 kohta 16 ja eri mieltä olleiden jäsenten lausunto.

<sup>255</sup> KKO:n ratkaisuista ei nähdäkseni muodostu selkeää linjaa siitä, missä tilanteissa tunnusmerkistöjä on tulkittava supistavasti ja missä tilanteissa rikosvastuun alaa voidaan laajentaa aikaisemmasta käytännöstä. Vrt. ratkaisut KKO 1998:164, KKO 1998:131, KKO 2004:109, KKO 2000:39, KKO 2001:86, KKO 2002:11 ja julkaisematon ratkaisu KKO 648/27.3.2003 (Dnro R 2001/466).

<sup>256</sup> Nämä epäselvyydet johtuvat siis käsitykseni mukaan asiassa puutteellisesti tehdystä esitutkinnasta.



## 5.5 Yhteen veto tapauksesta KKO 2004:46

Tapauksessa KKO 2004:46 X Oy:n maksukyvyttömyyden arviointi perustui olennaisilta osin siihen, että kirjanpidon mukaan yritys oli maksanut palkkoja, osakaslainoja ja laskuja vielä huhti–toukokuussa 1997. Maksut oli kirjattu tapahtuneeksi pääosin kassasta, ja kirjanpidon kuvaama kassan saldoa ei puolestaan voida pitää luotettavana. A ja B toivat myös esiin sen, että kirjanpidon kuvaama kassan saldo ei ollut todellinen keväällä 1997. Jos X Oy:n kirjanpidosta olisi tehty erityistilintarkastus, olisi kassan saldo todennäköisesti jouduttu oikaisemaan huomattavasti pienemmäksi. KKO:n arviointi X Oy:n maksukykyisyydestä ei siis nähtävästi perustunut todelliseen tilanteeseen, vaan pelkästään kirjanpidon arvoihin, jotka todennäköisesti olivat tältä osin fiktiivisiä. X Oy:n todellisen taloudellisen tilanteen selvittäminen on pelkän oikeudenkäyntimateriaalin perusteella mahdotonta, koska esitutkinnassa ei ole edes yritetty selvittää X Oy:n taloudellista asemaa rikosperusteisen erikoistarkastuksen keinoin. X Oy:stä tehdyssä osittaisessa verotarkastuksessa ei myöskään ole pyritty selvittämään X Oy:n maksukykyisyyttä.

Oikeudenkäyntimateriaalin perusteella myös B:n rooli jää melko hämäräksi. Oman esitutkintakertomuksensa mukaan hänen asemansa yrityksessä oli verrattavissa lähinnä työntekijään; mitään päätösvaltaa hänellä ei ollut. Verotarkastuskertomuksen mukaan B on sijoittanut syvässä taloudellisessa kriisissä olleeseen X Oy:hyn lisää rahaa samalla, kun X Oy maksoi velkojaan toiselle osakkaalle pois. X Oy:n pankkitililtä on myös nostettu kokonaisuutena arvioiden suuri summa rahaa kassaan, jonka saldoa on sitten keväällä 1997 keinotekoisesti pienennetty. Esitutkinnassa ei yritetty selvittää, mihin rahat päätyivät. B:n esitutkintakertomuksen mukaan yrityksen rahaliikennettä hoiti yhtiön toinen osakas, joka oli myös prokuristi. B itse katsoi tulleen esitutkinnassa ”täysin höynäytetyksi”. – KKO arvioi B:n syyllisyyttä mm. toteamalla, että tämä on myös siirtynyt toimimaan jatkajayrityksessä ja siten hyötynyt verojen maksun laiminlyönnistä. Tähän arvioon on tutkimuksessa käytettävissä olleen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella mahdoton ottaa kantaa, sillä tutkimuksessa ei ollut käytettävissä eri oikeusasteissa todistelutarkoituksessa annettuja suullisia lausuntoja<sup>257</sup>. Kirjallisen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella B ei ollut ainakaan muodollisessa vastuuasemassa jatkajayhtiö Y Oy:ssä. Myöskään B:n oman lausunnon mukaan Y Oy ei maksanut liiketoiminnan kaupan

<sup>257</sup> Erityisesti B:n kertomuksella voidaan olettaa olleen todistusarvoa. Häntä kuultiin todistelutarkoituksessa hovioikeudessa.

yhteydessä siirtyneitä X Oy:n velkoja B:lle<sup>258</sup>. Kirjallisen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella on siis mahdollista, että B:n rooli Y Oy:ssä on käytännössä ollut samanlainen kuin X Oy:ssä, eli B on toiminut ”lautasenkantajana ja pöytien putsajana”. Suurin ero on ehkä ollut siinä, ettei hänen ole tarvinnut Y Oy:ssä allekirjoittaa eteen tuotuja papereita.

Kirjallisen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella näyttää siltä, että ainakin esitutkintakynnys myös muista X Oy:n liiketoiminnassa tehdyistä mahdollisista rikoksista olisi täyttynyt. Kirjanpitorikoksen esitutkintakynnys mahdollisesti olisi ylittynyt tilinpäätökseen 31.12.1996 merkittyjen omaisuuserien tasearvojen perusteella. Myyntikatteiden pienuus viittaisi ohimyyntiin, jota voidaan arvioida mahdollisena veropetoksena. Kirjanpidon mukaan keväällä 1997 kassan saldo oli huomattava, ja se häivytettiin keinoitekoisesti. Tällaista menettelyä on vakiintuneesti arvioitu mm. velallisen epärehellisyysnä. Myös kavallus saattaisi tulla tutkittavana rikosnimikkeenä kyseeseen riippuen B:n tietoisuudesta rahojen häviämisestä.<sup>259</sup> Nämä rikokset ovat ainakin rangaistusasteikolla mitattuna huomattavasti paheksuttavampia kuin verorikkomus.

Tapauksen KKO 2004:46 perusteella voidaan esittää kaksi hypoteesia, jotka selittäisivät, miksi nämä rangaistusarvoltaan paheksuttavammat teot jätettiin tutkimatta. X Oy:n konkurssipesän suurin velkoja oli verottaja, joten mahdollisten rikosten ja vahingonkorvausvelvollisuuden selvittäminen oli lähinnä veroviranomaisten intressissä. Verorikkomus on puolestaan huomattavasti yksinkertaisempi rikos tutkia kuin muut yllä mainitut rikokset. Verorikkomuksessa olennainen näyttö muodostuu verovelkaluettelosta, josta käy ilmi maksamattomat verot. Hyötymistarkoitus täyttyy käytännössä sillä, kun liiketoimintaa näytetään jatkettuna verojen maksun laiminlyönnin jälkeen. Epäilty ei voi myöskään vallitsevan oikeuskäytännön mukaan tehokkaasti vedota maksukyvyttömyyteen, mikäli liiketoimintaa on jatkettu ja samanaikaisesti veroja on jätetty maksamatta. Useimmiten syyte kohdistuu muodollisessa vastuuasemassa olleisiin henkilöihin, joten myöskään vastuun kohdentaminen muodostuu harvemmin ongelmaksi<sup>260</sup>. Verorikkomus on sikäläkin asianomistajan kannalta kannustavampi rikos tutkittavaksi, että vahingonkorvausvelvollisuus muodostuu verorikkomuksessa usein tosiasiallisesti suuremmaksi kuin muissa yllä mainituissa rikoksissa. Esimerkiksi velallisen epärehellisyudessa vahin-

---

<sup>258</sup> B:n valitus KKO:lle s. 7. KKOA.

<sup>259</sup> Rikosten täyttymiseen on käytettävissä olleen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella hyvin vaikea ottaa kantaa, sillä esitutkinnassa ei siis kiinnitetty lainkaan huomiota näihin mahdollisiin rikoksiin ja niiden tunnusmerkistön täyttymiseen.

<sup>260</sup> Tästä poikkeuksena KKO 2001:87, jossa kaupparekisteriin merkitty toiminimen kirjoitusoikeuden omannut henkilö tuomittiin rikoksesta, vaikka hän ei ollut hallituksen jäsen.

gonkorvausvelvollisuus rajoittuu esim. rikoksen kautta luovutetun omaisuuden arvoon, kun taas verorikkomuksessa vahingonkorvausvelvollisuus kattaa kaikki maksamatta jääneet verot.

Tapani on artikkelissaan esittänyt muutamia perusteita, joilla velallinen voisi välttää rikosvastuun verorikkomuksesta. Perusteet Tapanin mukaan kumoaisivat väitteen hyötymistarkoituksesta ja siitä, että laiminlyönnit ovat tapahtuneet muusta syistä kuin maksukyvyttömyydestä. Otan tässä kantaa muutamaa Tapanin esittämiin perusteisiin.<sup>261</sup> Tapanin mukaan verottajan tietoisuus laiminlyönneistä olisi yksi peruste, jolla rangaistusvastuun voisi välttää. Tapaus KKO 2004:46 osoittaa, ettei näin kuitenkaan käytännössä ole – annettujen valvontailmoitusten perusteella verottaja oli koko ajan tietoinen verovelan kehittymisestä. Rangaistusvastuu voisi Tapanin mukaan poistua myös silloin, mikäli verovelallinen on onnistunut sopimaan realistisesta maksuaikataulusta. Tapauksessa KKO 2004:46 maksusuunnitelma oli rauennut vasta 11.4.1997. Maksusuunnitelman mukaisia erää oli maksettu joulukuussa 1996. X Oy:n verovelat olivat kuitenkin jo tuolloin niin suuret, että objektiivisesti arvioiden mitään realistisia mahdollisuuksia selviytyä veroveloista normaalin liiketoiminnan tuotoilla ei X Oy:llä ollut. Maksusuunnitelman rikosoikeudellisen vaikutuksen arviointi on tuossa tilanteessa hyvin vaikeaa, sillä velalliselle voi perustellusti syntyä kuvitelma maksusuunnitelman realistisuudesta, kun veroviranomainen siihen tietoisena liiketoiminnan laajuudesta ja verovelkojen määrästä suostuu. Tapani toteaa myös, että väite siitä, että yritys on täyttänyt velvoitteita, joilla on ollut todellinen perusta eikä intressitahoja ole pyritty suosimaan saataisi estää vastuun verorikkomuksesta. On kuitenkin huomattava, että verorikkomuksessa kriminalisoidaan maksujen laiminlyöminen. Mikäli taloudellisessa kriisitilanteessa intressitahoja on pyritty suosimaan tai niillä ei ole ollut todellista perustaa, tulisi menettelyä arvioida lähtökohtaisesti velkojainsuosintana tai velallisen epärehellisyytenä. Myöskään yrityssaneerausmenettely ei käytännössä välttämättä poista rangaistavuutta Tapanin toivomalla tavalla. Verorikkomus ei ole yrityssaneerauksen este, ja yrityssaneeraukseen hakeutuu monesti yrityksiä, joilla on verovelkoja. Saneerausmenettelyssä myös verottajan saamia usein leikataan. Tällöin verottaja voi pyrkiä perimään veroja yrityksen vastuuhenkilöiltä rikosvastuun kautta. Näin on myös käytännössä tapahtunut<sup>262</sup>.

<sup>261</sup> Tapani: Verorikkomussäännöksen (RL 29 luvun 4 §) teleologinen tulkinta s. 937.

<sup>262</sup> Kirjallinen kysymys 135/2004 vp. Esimerkiksi myös Lahden kihlakunnan poliisilaitoksella on ollut tutkittavina tapauksia (esitutkintapöytäkirjat 6400/R/2961/02 ja 6400/R/2982/02), joissa verorikkomustutkinta on käynnistetty verottajan aloitteesta sen jälkeen, kun velallisen yrityssaneeraushakemus oli hyväksytty käräjäoikeudessa. Näissä tapauksissa tehtiin syyttämättäjäätämispäätös, kun verovelallinen oli hakenut pankista luottoa verovelkojen maksuun.

## 6 YHTEENVETO

### 6.1 Johtopäätökset

Olen lähtenyt työssäni liikkeelle tarkastelemalla ensiksi rikosoikeuden asemaa talouselämän sääntelyssä. Taloudelliseen toimintaan kuuluu normaalisti olennaisena osana se, että elinkeinonharjoittaja saa hyötyä toiminnastaan ja toisaalta se, että taloudellinen toiminta toisinaan päättyy tavalla, joka aiheuttaa toimijan sidosryhmille taloudellista tappiota. Rikosoikeuden tehtävänä on tässä järjestelmässä näkemykseni mukaan pyrkiä ehkäisemään sellaista toimintaa, jossa taloudellinen toimija aiheuttaa tahallisesti vahinkoa sidosryhmilleen ja mahdollisesti saa samalla myös itse epäasiallista etua sidosryhmien kustannuksella. Rikoslain keinoin voidaan osoittaa ne paheksuttavan käyttäytymisen muodot, joita taloudellisessa toiminnassa ei voida pitää hyväksyttävänä. Talousrikosoikeutta ei siis tule nähdä muusta talouselämästä irrallaan olevana normikokonaisuutena, vaan rikosoikeuden tulisi pyrkiä turvaamaan ja edistämään muiden oikeudenalojen piiriin kuuluvien talouselämää sääntelevien normien tavoitteita.

Verorikkomuksen ja velallisen epärehellisyysyden suojelemat oikeushyvät eivät ole nähdäkseni niin erillisiä kuin oikeuskäytännössä on annettu ymmärtää. Käsitteideni mukaan viime kädessä nämä molemmat normit suojaavat sama oikeushyvää eli velkojien intressejä; sekä velallisen epärehellisyys että verorikkomus pyrkivät turvaamaan sen, että velallinen saa saatavalleen suorituksen. Tämän turvaamisintressin huomioimisessa ei ole olennaista se, onko velvoitteen oikeusperusta luonteeltaan yksityis- vai julkisoikeudellinen velkasuhde.

Kriminaalipoliittiselta kannalta voidaan kysyä, onko rikosoikeuden keinoin tarpeen puuttua tilanteeseen, jossa veronsaaja on tietoinen velan perusteesta ja määrästä sekä maksuvelvollisesta, mutta ei syystä tai toisesta vain onnistu perimään tältä saataviaan huolimatta siitä, että perintä on mahdollista myös pakkotäytäntöönpanotoimin ilman erillistä tuomiota tai päätöstä. Esimerkiksi Ruotsissa, jonka yhteiskuntajärjestelmä muistuttaa varsin paljon Suomea ja jossa julkisen vallan rahoitus perustuu hyvin pitkälti samankaltaiseen järjestelmään kuin Suomessa, verorikkomusta vastaavaa kriminalisointia ei ole olemassa. Ylipäättänsä rikos- ja vahingonkorvausoikeuden käyttöön verosaatavien perinnässä ja aiheutuneiden vahinkojen korvaamisessa on Ruotsissa suhtauduttu kielteisesti.

Aikaisemmin myös Ruotsissa oli voimassa rangaistussäännös (Uppbörds-lag 81 §, 1953:272), jonka mukaan työnantaja, joka tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta laiminlöi velvollisuuden maksaa ennakon-

pidätyksen, tuomittiin sakkoon. Myös enintään yhden vuoden vankeusrangaistus tuli kyseeseen, mikäli maksamatta jätetty määrä oli huomattava tai rikos oli tehty muuten raskauttavien asianhaarojen vallitessa.<sup>263</sup> Säännös kuitenkin kumottiin verotilijärjestelmään siirtymisen yhteydessä 1.11.1997 (Skattebetalningslag, 1997:483). Nykyään rangaistusvastuu verorikoksista perustuu verorikoksista säädetyn erityislain (Skattebrottslag, 1971:69) mukaan siis siihen, että verovelvollinen antaa vääriä tai harhaanjohtavia tietoja joko aktiivisella tekemisellä tai passiivisella toiminnalla. Myös ennakonpidätyksen toimittamisen laiminlyönti sekä kirjanpidon laiminlyönti tavalla, joka vaikeuttaa verotuksen toimittamista, on rangaistavaa.<sup>264</sup>

Ennakonpidätyksen maksamisen laiminlyönnin dekriminalisointiin voidaan otaksua vaikuttaneen sen seikan, ettei Ruotsissa voida rikosoikeudenkäynnissä tuomita verorikokseen syyllistynyttä henkilöä maksamaan vahingonkorvausta, vaan maksuvelvollisuus määräytyy pelkästään verolainsäädännön mukaan.<sup>265</sup> Högsta domstolen on ottanut kantaa vahingonkorvausvastuuseen verorikoksen johdosta vuonna 2003 tapauksessa, jossa matkapuhelinkauppaan liittyneen arvonlisäverohuijauksen avulla vältettiin veroa n. 96 milj. kruunua. Kysymys oli siitä, voitiinko vahingonkorvauslain, jossa on säännökset siitä, että rikosentekijän on korvattava puhdas varallisuusvahinko, perusteella rikokseen syyllistyneet henkilöt määrätä korvaamaan vältetyn veron määrä valtiolle. HD:n esittelijä katsoi, että vahingonkorvaus on tuomittavissa sellaiselle intressille aiheutuneesta vahingosta, jota rangaistussäännöksellä on pyritty suojaamaan. Esittelijän mukaan myöskään verolainsäädännön verovastuuta koskevat erityissäännökset eivät pysty suojaamaan verottajaa ja yhteiskuntaa siltä vahingolta, jonka törkeät veropetokset aiheuttavat, joten vahingonkorvausvastuu on luonnollista. HD kuitenkin katsoi, että verotusta koskevassa erityislainsäädännössä on säännökset siitä, ketkä henkilöt ovat vastuussa maksamattomista veroista. Myös esitöissä on suhtauduttu kielteisesti veroista vastuullisten henkilöiden piirin laajentamiseen. HD totesi, että on tosin epätydyttävää, että verolainsäädännön mukaan kaikkia törkeään veropetokseen syyllistyneitä henkilöitä ei voida saada maksuvelvolliseksi, mutta kuitenkin tuomioistuinten asia ei ole laajentaa maksuvelvollisten piiriä, vaan asia kuuluu lainsäätäjälle.<sup>266</sup>

Mielestäni Suomessa rikos- ja vahingonkorvausoikeuden keinojen käyttöön verorikoksissa ei tule suhtautua yhtä negatiivisesti kuin Ruotsissa, mutta rangaistus- ja vahingonkorvausvastuun alaa pohdittaessa on hyvä olla tietoinen, että myös muunlaisia järjestelmiä on olemassa.

<sup>263</sup> Niemi 1994 s. 22–25, Thornstedt – Rabe – Eklund 1994 s. 79–86.

<sup>264</sup> Dahlqvist 2003, s. 32.

<sup>265</sup> Vrt. Dahlqvist 2003 s. 93–94.

<sup>266</sup> NJA 2003:56.

Tutkimuksessa käytettävissä olleen oikeudenkäyntimateriaalin perusteella syntyy vaikutelma, ettei rikosvastuun kohdentamisessa ole jutussa KKO 2004:46 täysin onnistuttu. Mikäli tapauksessa olisi esitutkinnassa alusta pitäen pyritty jäljittämään rikollisesta toiminnasta todellisen hyödyn keränneet henkilöt, olisi myös lopullinen rikosvastuu voinut kohdentua toisiin. Silloin myös tapauksessa nyt rikoksesta tuomitun B:n asema olisi saattanut muuttua, hänestä olisi saattanut tulla jopa asianomistaja kavallusrikoksessa. On kuitenkin huomioitava, että tämä arvio perustuu esitutkimateriaaliin, jossa koko esitutkinta on suunnattu vain verorikkomuksen tunnusmerkistötekijöihin. Mahdollisiin muihin, vakavampiin-kaan rikoksiin esitutkinnassa ei ole kiinnitetty huomiota. Syynä tähän voi olla jutun tutkineen poliisiyksikön resurssien tai osaamisen puute. Esitutkintaviranomaisten resurssien puute ajaa tutkimaan verorikkomuksena sellaisiakin juttuja, jotka asiallisesti ottaen tulisi arvioida jonkun muun tunnusmerkistön (esim. velallisen epärehellisyys) valossa, sillä verorikkomuksen tunnusmerkistö on varsin helppo näyttää toteen verrattuna moniin muihin talousrikoksiin. Vastaavasti verovelvollisen tai tämän edustajan on käytännössä hyvin vaikea esittää verorikkomuksessa vastuusta vapauttavaa perustetta, varsinkin mikäli sen maksukyvyttömyyttä tulkitaan tapauksessa KKO 2004:46 esitetyllä tavalla. Siten rikos- ja vahingonkorvausvastuu voi kohdentua niihinkin yrityksessä muodollisessa vastuuasemassa olleisiin henkilöihin, joiden saama hyöty liiketoiminnasta rinnastuu tavalliseen palkansaajaan ja joiden tosiasialliset mahdollisuudet vaikuttaa liiketoimintaan ovat melko vähäiset. Tähän vaikutusmahdollisuuksien vähäisyyteen voivat olla syynä niin juridiset seikat (esim. osakkeiden äänivalta-erot) kuin ymmärtämättömyys yrityksen harjoittaman liiketoiminnan todellisesta luonteesta.

Syytä sille, miksi KKO on päätenyt tulkitsemaan maksukyvyttömyyttä verorikkomuksessa muusta lainsäädännöstä poikkeavalla tavalla, voidaan hakea lainsäädäntöhistoriasta. Maksukyvyttömyyden käsitettä on aikanaan ryhdytty käyttämään lainsäädännössä hajanaisesti useissa erilaisiin tilanteisiin sovellettavissa normeissa. Rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaihetta koskevat esityöt osoittavat, ettei lainvalmisteluvaiheessa ole kiinnitetty huomiota siihen, millainen suhde velallisen epärehellisyydellä ja verorikkomuksella on toisiinsa. Verorikkomusta muutettiin vielä eduskunnassakin eri vaiheissa, jolloin esitöihin muodostui poikkeuksellista kerroksellisuutta. Näiden lainsäädäntötyön eri vaiheessa annettujen lausumien keskinäinen painoarvo ja suhde jäi jossain määrin epäselväksi. Siten normien muodostaman systeemin rakentaminen jäi faktisesti lähinnä oikeuskäytännön varaan. Oikeuskäytännön kannalta taas ongelmallista oli se, että

verorikkomusnormille piti antaa mielekäs sisältö. Normia ei tullut soveltaa vähäisiin rikkomuksiin ja sen tuli olla muutenkin luonteeltaan jotain muuta kuin pelkkä maksun laiminlyöminen kriminalisointi. Toisaalta mikäli eduskunnan ponsilauselma ymmärrettäisiin kirjaimellisesti, rikosvastuusta vapautuminen erilaisilla järjestelyillä (esim. järjestämällä pankkitili tyhjäksi aina verojen eräpäivinä maksamalla omia velkoja) ei olisi ollut erityisen vaikeaa. Käytännössä kuitenkin esiintyi kriminaalipoliittinen tarve pyrkiä puuttumaan myös rikosoikeuden keinoin sellaisiin tekoihin, joissa liiketoiminta perustui verojen maksun laiminlyöntiin. Siten normia ryhdyttiin käytännössä soveltamaan tilanteissa, joissa yritys jättää veroja maksamatta ja samanaikaisesti kanavoi taloudellista hyötyä erilaisilla keinoilla lähipiirilleen. Taloudellisen hyödyn kanavointiin epäasiallisin keinoin (käytännössä esim. omaisuuden siirto jatkajayhtiöön) ryhdytään kuitenkin usein taloudellisessa kriisitilanteessa ja ne täyttävät monesti velallisen epärehellisyys-tunnusmerkistön. Näin velallisen epärehellisyys ja verorikkomuksen soveltamistilanteissa ajaututtiin ristiriitaisiin tilanteisiin, sillä molemmissa normeissa maksukyvyttömyys toimii rangaistusvastuuta rajaavana tekijänä.

Lainsoveltaja ei aikaisemmin saanut maksukyvyttömyyskysymystä ratkaistessaan apua myöskään tiedeyhteisöltä. Ennen 1990-lukua maksukyvyttömyyttä käsiteltiin oikeustieteellisessä tutkimuksessa melko pintapuolisesti. Juridiset kannanotot rajoittuivat lähinnä joihinkin erityiskysymyksiin (esim. onko ulkomailla oleva omaisuus otettava huomioon maksukyvyttömyysarvioinnissa) ja muuten maksukyvyttömyyden selvittämisen osalta viitattiin yleisesti liiketaloustieteeseen. Liiketaloustieteellisen tutkimuksen näkökulmana puolestaan oli lähinnä luotonantajan intressien turvaaminen, ts. velallisen konkurssin ennustaminen. Ennustamistutkimuksissa ei puolestaan pyrittykään eksaktisti määrittelemään sitä, mitä maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan ja miten se on mitattavissa, vaan niissä pyrittiin laskemaan todennäköisyyksiä luottotappioriskille. Vasta vuonna 1998 Ilpo Kähkönen kehitti juridisen päätöksenteon tarpeita tukevan menetelmän. Hän määritteli laskentatoimen metodein maksukyvyttömyyden käsitteen ja esitti laskentamallin, jolla käsitettä voidaan mitata. Tässä laskentamallissa maksukyvyttömyyden arviointi perustuu lähinnä velallisen kirjanpitoa-aineeseen. Kirjanpitoa-aineistoa ei kuitenkaan käytetä sellaisenaan, vaan sitä on oikaistava lähinnä Yritystutkimusneuvottelukunnan (YTN) suositusten mukaisesti ja vastaamaan aineellista totuutta.

Tapauksessa KKO 2004:46 maksukyvyttömyyttä ei kuitenkaan määriteltä yleisesti lainsäädännössä sekä oikeus- ja liiketaloustieteessä käytetyllä tavalla, joka vastasi myös Kähkösen määritelmää. KKO käytti perus-

ti maksukyvyttömyyttä koskevan näytön arvioinnin kirjanpitomateriaalille, mutta tämä arviointi ei perustunut aineelliseen totuuteen, sillä kirjanpitomateriaalia ei oltu oikaistu todellisuutta vastaavaksi. Siten KKO päätyi siihen, että tässä yksittäisessä normissa maksukyvyttömyys oli ymmärrettävä tavalla, joka vastaa käytännössä ilmaisua ”varattomuus” ja jolla ei näin ollen ole itsenäistä, rangaistusvastuuta rajaavaa merkitystä.

Ratkaisu KKO 2004:46 on legaliteettiperiaatteen kannalta ongelmallinen mielestäni monin tavoin. Ratkaisussa todetaan epäsuorasti, että RL 39:1 on velkojia suojaava yleissääntö ja RL 29:4 yhtä velkojaa suojaavana normina poikkeus tästä yleissäännöstä. Kuitenkin poikkeussäännöksen maksukyvyttömyyden tulkinnalla laajennettiin sen soveltamisalaa, mikä on vastoin laintulkintaopissa perinteisesti noudatettua etusijasäännöstä, jonka mukaan poikkeussäännöksiä ei saa tulkita laajentavasti<sup>267</sup>. Tämä poikkeussäännöksen tulkinta perustui lainsäädännön vaikeaselkoiisiin esitöihin<sup>268</sup>. Laintulkinnassa ei annettu myöskään merkitystä muulle, myöhemmälle lainsäädännölle, jossa maksukyvyttömyyden yhteydessä on esitetty useaan otteeseen sama legaalinäkökulma. Tässä tapauksessa menettely ei ole myöskään yhdenmukainen niiden KKO:n ratkaisujen kanssa, joissa rikoslain käsitteiden tulkinnassa on haettu johtoa mm. velkajärjestely-, ulosotto- tai siviilioikeudellisesta lainsäädännöstä. Verorikkomuksessa tarkoitettun maksukyvyttömyyden tulkinnassa on myös jätetty huomiotta liiketaloustieteessä kehitetty maksukyvyttömyyden laskentamalli, vaikka liiketaloustieteen ja erityisesti laskentatoimen tehtävänä on pyrkiä kuvaamaan tietyn taloudellisen yksikön taloudellista tilaa.

Tapauksessa KKO 2004:46 verorikkomuksen maksukyvyttömyyden määrittely perustui siis lähinnä KKO:n aikaisempaan ratkaisukäytäntöön, jota myös hieman laajennettiin, sekä kriminaalipoliittiseen tarpeeseen pyrkiä estämään verottajalle ja yleisesti kansantaloudelle vahingollinen liiketoiminta. Kun RL 29:4:ää kuitenkin nähdäkseni tulkittiin yllä kuvatulla tavalla vastoin perinteisiä laintulkintaoppeja, voidaan mielestäni kysyä, olisiko tässä tapauksessa teko, josta tuomioistuimet määräsivät rangaistuksen, laissa nimenomaisesti rangaistavaksi määrätty, kuten RL 3:1 edellyttää. Mikäli sallitun laintulkinnan ja kielletyn lainanalogian ero ymmärretään siten, että tulkinnassa normin ja tosiasioita kuvaavien lauseiden vastaavuus on semanttista, kun taas analogiassa vastaavuus on arvoperusteista, ei tapauksessa KKO 2004:46 käsitykseni mukaan pysytty legaliteettiperi-

---

<sup>267</sup> Ks. esim. Klami 1997 s. 155.

<sup>268</sup> Samaisten laintulkintaoppien etusijasääntöjen mukaan sääösteksti asetetaan esitöiden edelle. Ks. esim. Klami 1997 s. 155.



aatteen salliman laintulkinnan rajoissa. Nähdäkseni ei ole keinoa, jolla lain-tulkinnassa ilmaisun ”maksukyvyttömyys” voitaisiin semanttisesti katsoa vastaavan tosiasiaa ”varattomuus”. Verorikkomus-normin soveltaminen tapaukseen toteamalla, että X Oy ei ollut maksukyvytön, on siten nähdäkseni pikemminkin arvoperusteinen kannanotto, jolla on pyritty estämään yhteiskunnalle selvästikin vahingollista toimintaa.

Ratkaisussa KKO 2004:46 eri mieltä ollut oikeusneuvos Lehtimaja totesi, ettei maksukyvyttömyyttä ole tarpeen tulkita RL 29:4:ssä eri tavoin kuin muualla laissa. Lehtimajan kanta voidaan kiteyttää seuraavasti. Maksukyvyttömyydellä ei ole mitään merkitystä RL 29:4:n soveltamisalaa määriteltäessä, mikäli syy verojen maksun laiminlyönnille ei ole maksukyvyttömyys, vaan jokin muu, kuten esim. varojen siirto omaan käyttöön. Pidän tätä tulkintatapaa perusteltuna siinä tapauksessa, että maksukyvyttömyyden ei katsota kuvaavan velallisen toisintoimimismahdollisuuden puuttumista. Tulkintatapa on kuitenkin sikäli ongelmallinen, että maksukyvyttömyystilassa verovelvollisella ei ole mahdollista suoriutua kaikista veloistaan, ja velkojen maksu yhdelle velkojalle voisi merkitä ainakin tunnusmerkistötasolla riskinottoa velkojansuosintaan syyllistymisestä<sup>269</sup>.

Tulkintatapa ei myöskään muuten edistä konkurssioikeudellisia riskinjakoperiaatteita, joiden mukaan velkojia tulisi kohdella tasavertaisesti, sillä rikoksesta tuomitun henkilökohtainen velkavastuu on tällöin verottajaa kohtaan huomattavasti suurempi kuin muita, velallisen epärehellisyysrikkoksen perusteella korvausta saavien velkojien asema. Tällöin siis rikoksen tekijän omaisuutta jaettaessa verottaja saa muita suuremman jako-osuuden. Tulkintatavasta voi edelleenkin olla seurauksena, että rikosprosessissa keskitytään vain verorikkomukseen ja muiden velkojien intressit jät-

<sup>269</sup> Ks. takaisinsaantilain soveltamista koskeva ratkaisu KKO 1998:92, jossa verovirastoa ei katsottu sopimattomasti suositun muiden velkojien kustannuksella, koska verovirastolle oli velan maksamisen jälkeenkin kertynyt saatavia, jotka olennaisesti ylittivät peräytettäväksi vaaditulla maksulla suoritetun määrän. KäO sen sijaan katsoi, että verottajaa oli sopimattomasti suosittu. Tapauksessa KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466 (s. 19) myös oikeusneuvos Tulokas viittasi siihen, että maksamalla verovelat maksukyvyttömyystilanteessa velallinen voi syyllistyä velkojansuosintaan. – Ruotsissa vanhan veronkantolain (Uppbördslag) 81 §:n ja velkojansuosinnan (BrB 11:4) välistä ristiriitaa on käsitelty tapauksessa NJA 1985 s. 13. Tapauksessa velallinen oli jättänyt asianajajansa neuvosta verovelat maksamatta, koska velallinen oli hakemassa akordia ja koska asianajaja oli ilmoittanut hänelle, että maksamalla verovelat hän mahdollisesti syyllistyisi velkojansuosintaan. Syyte verorikoksesta hylättiin, koska velallinen luottamalla kokeneen asianajajansa neuvoihin ei ollut jättänyt veroja maksamatta törkeästä huolimattomuudesta, vaikka aikaisemmillä lainsäädäntömuutoksilla olikin nimenomaisesti estetty se, ettei verojen maksamisella maksukyvyttömyystilassa voinut syyllistyä velkojansuosintaan. Thornstedt – Rabe – Eklund 1994 s. 86.

tään esitutkinnassa huomiotta, vaikka verorikkomustapauksissa esiintyy usein myös velallisen epärehellisyden aineksia, kuten liiketoiminnan luovutusta alihintaan jatkajayhtiölle tai velvoitteiden perusteetonta lisäämistä.

Lehtimajan tulkintatapa voi johtaa siihen, että maksukyvyttömyystilassa velallisen toisintoimimismahdollisuus rajoittuu siihen, että hän lopettaa lisävelkaantumisen – joko liiketoimintaa saneeraamalla tai lopettamalla. Tilanteissa, joissa liiketoiminnasta on muodollisesti vastuussa myös muita kuin liiketoiminnasta tosiasiallisesti päättäviä henkilöitä, toisintoimimismahdollisuus voi rajoittua vain yrityksen johdosta eroamiseen. Rikosvastuuta ei käsitykseni mukaan tulisi tällöinkään kohdentaa pelkästään muodollisen vastuuaseman mukaan, vaan vastuuseen on saatava kaikki liiketoiminnasta tosiasiallisesti vastanneet henkilöt. Rikos- ja vahingonkorvausvastuun arvioinnissa tulisi huomioon ottaa osapuolten tosiasiallinen vaikutus tapahtumainkulkuun.

Oikeusneuvos Tulokas on tuomiossa KKO 648/27.3.2003 todennut, ettei maksukyvyttömyyttä voida tulkita RL 29:4:ssä muusta lainsäädännöstä poikkeavalla tavalla. Tulokkaan mukaan maksukyvyttömyys kuvaa sekä velallisen epärehellisydessä että verorikkomuksessa velallisen yleistä taloudellista häviötilaa ja että eduskunnan kannanotoista on pääteltävissä, että verorikkomuksen maksukyvyttömyys täytyisi pikemminkin helpommin kuin velallisen epärehellisyden. Tulokas korosti myös yleisten konkurssioikeudellisten riskinjakoperiaatteiden sekä oikeussystemaattisten näkökohtien merkitystä maksukyvyttömyyden tulkinnan kannalta. Käsitäkseni mukaan Tulokkaan näkemys on perustelluin, mikäli eri vaihtoehtoja arvioidaan Klamin nelitasoisen mallin<sup>270</sup> avulla. Tulokkaan kannanotossa analysoidaan huolellisesti eri oikeuslähteitä ja päädytään tulkinnaissa tapaan, joka ottaa huomioon kolmannen tason, oikeudelliset periaatteet ja tavoitteet laajalta alueelta eli myös konkurssioikeudelliset periaatteet. Tulokkaan mielipiteestä näkyy myös poikkeuksellisen selkeästi se, missä hän katsoo oikeudellisen harkintavallan rajojen kulkevan. Katson kannanotolla olevan tästä syystä oikeuslähdearvoa alemmille tuomioistuimille yleisemminkin rikosjuttujen ratkaisussa.

---

<sup>270</sup> Klamin nelitasoisessa mallissa oikeudellinen ratkaisutoiminta tapahtuu neljällä tasolla, jossa alimpana on oikeuslähteiden taso, seuraavana käsitelmäarvittelujen taso, kolmantena periaatteiden ja tavoitteiden taso ja ylimpänä moraalisten punnintojen taso. Ratkaisu pyritään tekemään niin alhaisella tasolla kuin mahdollista. Mikäli laista ei löydy yksiselitteistä vastausta, edetään käsitelmäarvittelujen tasolle. Kuitenkin käsitelmäarvittelut eivät välttämättä ole mahdollisia ilman oikeusperiaatteiden pohtimista jne. Ylemmät tasot toimivat siis ideaaleina, joita pyritään toteuttamaan mahdollisimman suuressa määrin ja niillä on heijastusvaikutuksia alemman tasoon. Klami 1997 s. 152.

Mikäli Tulokkaan tulkintatapa hyväksyttäisiin oikeuskäytännössä yleisesti, voidaan tästä otaksua seuraavan, että verorikkomukset katsottaisiin monesti tekoina vanhentuneiksi. Käsitykseni mukaan tämä ei kuitenkaan ole riittävän painava syy tulkita maksukyvyttömyyttä ja verorikkomuksen soveltamisalaa eri tavoin kuin oikeusneuvos Tulokas on tehnyt. Voidaan nimittäin kysyä, onko syytä pitkittää keinotekoisesti sellaisen rikoksen vanhenemisaikaa, josta säädetty maksimirangaistus on suhteellisen alhainen (6 kuukautta vankeutta) ja jossa aiheutuneet vahingot, tekotapa ja useimmiten tekijäkin ovat koko ajan asianomistajan tiedossa.

Tulokkaan tulkintatapaa puoltaa myös se, että niihin tilanteisiin, jossa maksukyvyttömyystilanteessa velallinen selkeästi pitkittää konkurssia ja jatkaa tappiollista liiketoimintaa velkojia vahingoittavalla tavalla, voidaan puuttua myös velallisen epärehellisyys -normin avulla. Nähdäkseni tällöin teko ja siitä määrätyt sanktiot olisivat paheksuttavuudeltaan linjassa muiden rikoslain normien kanssa. Käsitykseni mukaan nykyinen tulkintatapa, jossa rikoksen tekijän todetaan aiheuttaneen huomattavan suuret taloudelliset vahingot, mutta jossa kuitenkin määrätään rangaistus rikoksesta, jonka maksimirangaistus on 6 kuukautta vankeutta, ei ole verrattavissa moniin muihin rikoslaissa rangaistavaksi säädettyihin tekoihin (esim. petos). Velallisen epärehellisuuden soveltaminen tällaiseen tekoon asettaisi myös velkojat tasapuoliseen asemaan.

Edellä mainituilla perusteilla katson siis, että maksukyvyttömyys tulisi siis määritellä sekä velallisen epärehellisyydessä että verorikkomuksessa samalla tavalla, joka voidaan pukea muotoon: *velallinen on muuten kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä*. Tämä maksukyvyttömyys voidaan mitata laskentatoimen metodein Ilpo Kähkösen mallittamalla tavalla, jonka mukaan ”maksukyky on se erotus, joka muodostuu kohdistettaessa velallisen maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot tiettyinä ajanjaksona samana ajanjaksona erääntyviin maksuvelvoitteisiin, joita ovat tarkasteluajanjakson kassamenot ja kyseisenä tarkasteluajana erääntyvät velat ja vastuut”.

## 6.2 De lege ferenda

Eduskunta edellytti rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaihetta hyväksyttäessä, että hallitus seuraa RL 29:4:n soveltamiskäytäntöä ja ryhtyy tarvittaessa toimenpiteisiin lainkohdan muuttamiseksi, mikäli normia sovellettaessa esiintyy ilmeisiä kohtuuttomuuksia. Esitän tästä syystä näkemykseni siitä, miten verorikkomukseen liittyvät ongelmat olisivat korjattavissa. Tämä

ei tarkoita sitä, että katsoisin voimassa olevaa lainsäädäntöä mahdottomaksi tulkita niin, että lainsoveltamisratkaisuissa päädyttäisiin samoihin lopputuloksiin, joihin nyt ehdotetuilla lakimuutoksilla päästäisiin. Oikeusneuvosten Lehtimajan ja Tulokkaan kannanotot osoittavat, että myös nyky-lainsäädäntö mahdollistaa toisenlaiset tulkinnat. Vaikka alemmat tuomioistuimet ovat sidottuja lakiin eikä KKO:n ennakkopäätöksiin, on niiden ohjausvaikutus tosiasiaassa kuitenkin niin vahva, että katson lainsäätäjän kannanoton olevan tilanteessa tarpeen oikeuskäytännön yhtenäisyydenkin vuoksi.

### *1. Vaihtoehto*

Mikäli KKO:n nykyisen ratkaisukäytännön katsotaan vastaavan kriminaalipoliittista tarvetta puuttua rikosoikeuden keinoin sellaiseen liiketoimintaan, joka rahoitetaan verottajan kustannuksella, voidaan RL 29:4:ää kuitenkin selkeyttää. Asiallisesti ottaen nykytilanne voidaan säilyttää siten, että RL 29:4:n ”maksukyvyttömyys” korvataan ilmaisulla ”varattomuus”. Tämä vaihtoehto ei tosin edistä konkurssioikeudellista velkojien tasapuolisen kohtelun periaatetta.

### *2. Vaihtoehto*

Mikäli veronsaajan asemaa halutaan edelleen korostaa suhteessa muihin velkoihin, voidaan sekä RL 29:4:ssä että RL 39:1:ssä käyttää jatkossakin ilmaisua ”maksukyvyttömyys”. Tällöin olisi kuitenkin syytä legaliteetti- ja lainsäädännön koherenssia korostavien periaatteiden vuoksi ainakin RL 29 lukuun lisätä maksukyvyttömyyttä koskeva legaalimääritelmä, joka olisi samansisältöinen mm. insolvenssilainsäädännön määritelmien kanssa. Tässäkin tapauksessa lainsäätäjän tulisi ainakin esitöiden tasolla tehdä selkeä kannanotto siitä, ovatko RL 29:4 ja RL 39:1 ajallisesti toistensa poissulkevia normeja oikeusneuvos Tulokkaan esittämällä tavalla vai onko normeja mahdollista jatkossakin soveltaa samanaikaisesti oikeusneuvos Lehtimajan esittämällä tavalla, jossa maksukyvyttömyystila ei yksinään riitä poistamaan rangaistusvastuuta.

### *3. Vaihtoehto*

Mikäli veronsaajaa halutaan konkurssioikeuden lisäksi myös rikosoikeuden piirissä kohdella muiden velkojien kanssa samanveroisesti, voidaan RL 29:4 kumota kokonaan. Tällöin veronsaajaa turvaisivat toisaalta veropetosnormit ja toisaalta muut, yleiset velkojia suojaavat normit kuten RL 39 luku. Tämä järjestelmä vastaa Ruotsissa voimassa olevaa lainsäädäntöä. Mielestäni tällöin on myös oikeuskäytännössä ryhdyttävä laajemmin

soveltamaan velallisen epärehellisyys -normia niihin tekoihin, joissa selvästi tappiollista liiketoimintaa jatkamalla on lisätty perusteettomasti velvoitteita ja aiheutettu siten velkojille vahinkoa.

Verorikkomus-normin kumoaminen edellyttäisi myös veroviranomaisilta toiminnan tehostamista verojen perinnän suhteen. Verovelvolliselle ei tule jatkossakaan sallia epäoikeutetun kilpailuedun hankkimista velvoitteensa asianmukaisesti hoitavien elinkeinonharjoittajien kustannuksella. Tällöin verojen maksun laiminlyöntiin on reagoitava nopeasti. Mahdollisiin maksusuunnitelmiin tulisi suhtautua kriittisesti ja maksusuunnitelmia tehtäessä tulisi kiinnittää huomiota mm. yrityksen ikään, toimialaan ja rahoitusrakenteeseen. Pääsääntöisesti yritystoiminnan rahoituksen tulisi kuitenkin tapahtua markkinoilla toimivien ammattimaisten rahoituslaitosten kautta, jotka ovat erikoistuneet luottoriskin hallintaan. Ammattimainen rahoituslaitos tarkastelee yritystoiminnan edellytyksiä objektiivisemmin ja kriittisemmin sekä monesti myös rahoituksen suhteen asiantuntevammin kuin elinkeinonharjoittaja itse. Mikäli nämä rahoituslaitokset eivät uskalla ottaa luottoriskiä, voidaan perustellusti kysyä, miksi veroviranomaisen pitäisi uskaltaa ottaa tämä riski. Toisaalta yritystoimintaan suuntautuva julkinen tuki on kanavoitavissa asiantuntevien erityisviranomaisen eli elinkeinoviranomaisten kautta.

Jos verovelvollinen ei ole saanut rahoitusmarkkinoilta rahoitusta liiketoiminnalleen, tulisi veroviranomaisen lopettaa epäterve yritystoiminta hakemalla verovelallinen konkurssiin. Mikäli verovelallinen edelleen katsoo yritystoiminnan edellytysten olevan olemassa, on hänellä mahdollisuus hakea yrityssaneerausta. Tällöin velallisen yritystoiminnan edellytykset tulevat uudelleen ulkopuolisen kriittisen arvioinnin kohteeksi, joten velallisen oikeusturva on tältä osin suojattu. Yrityssaneerauksessa määrätty selvittäjä on lisäksi sellainen ulkopuolinen toimija, joka yrityssaneerauslain 8 §:n mukaan seuraa ja valvoo velallisen toimintaa, minkä voidaan otaksua vähentävän velallisen mahdollisuuksia ryhtyä velkojien etuja loukkaaviin omaisuusjärjestelyihin. Käsitykseni mukaan mitä lyhyemmäksi tämä prosessi verovelan syntymisestä mahdolliseen konkurssi- tai saneerausmenettelyn alkamiseksi saadaan, sitä vähemmän velallisella on mahdollisuuksia ryhtyä erilaisiin velkojien etuja loukkaaviin toimiin. Kysymys on siis pyrkimyksestä minimoida rikosten tekotilanteita juuri silloin, kun kiusaus niiden tekoon on suurin. Tämä tekotilanteiden minimoiminen edellyttää aktiivista toimintaa paitsi veroviranomaisilta, myös konkurssi- ja yrityssaneerausasioita käsitteleviltä tuomioistuimilta. Siten talousrikollisuutta voitaisiin otaksuttavasti vähentää myös varsinaisen rikosoikeuden ulkopuolisin keinoin.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo 1989.
- Aarnio, Aulis: Laki, teko ja tavoite. Helsinki 1975.
- Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.
- Andenaes, Johs: Straffbar unnløtelse. Et bidrag til strafferettsdogmatikken. Oslo 1942.
- Aurejärvi, Erkki; Hemmo, Mika: Luotto-oikeuden perusteet. Helsinki 2004.
- Backman, Eero: Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Helsinki 1992
- Backman, Eero: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, analogia ja Klami. Teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Toim. Anne Kumpula, Ari-Matti Nuutila, Päivi Paasto, Ari Saarnilehto, Hannu Tolonen, Kauko Wikström. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003.
- Dahlqvist, Anna-Lena: Skattebrott och skattelagarna. Stockholm 2003.
- Frände, Dan: Allmän straffrätt. En introduktion. Helsinki 1994.
- Frände, Dan: Allmän straffrätt. Helsinki 2004.
- Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Tammissaari 1989.
- Heinonen, Olavi: Kriminaalipolitiikan päämäärät ja arvot. Teoksessa Rikosoikeus, toim. Heinonen et al. Helsinki 2002.
- Heinonen, Olavi: Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä. Lakimies 3/1991 s. 229–240.
- Heinonen, Olavi: Velallisen konkurssirikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1966.
- Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I, nide 2. Varallisuusrikokset. Helsinki 1964.
- Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit – I osa. Helsinki 1965.
- Honkasalo, Brynolf; Ellilä, Reino: Rikosoikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Helsinki 1966.
- Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001.
- Jareborg, Nils: Brotten II 2. uppl. Stockholm 1986.
- Jareborg, Nils: Kriminalisering som ultima ratio regis? Ett försök att reda ut begreppen. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Vammala 2003.
- Järvinen, Risto; Prepula, Eero; Riistama, Veijo; Tuokko, Yrjö: Kirjanpito ja tilinpäätös uuden kirjanpitolain mukaan. Porvoo 2000.
- Kekkonen, Jukka: Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta – minun metodini. Teoksessa Minun metodini, toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Klami, Hannu Tapani: Nulla poena sine lege. Mietteitä rikosoikeudellisesta tyyppipakosta. Lakimies 2/1969 s. 178–188.
- Klami, Hannu Tapani: Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa. Teoksessa Minun metodini, toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Klami, Hannu Tapani: Todistusratkaisu. Helsinki 2000.
- Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Vammala 2004.
- Koskinen, Pekka: Rikosvastuun perusteet. Teoksessa Rikosoikeus, toim. Heinonen et al. Helsinki 2002.
- Koulu, Risto: Yrityssaneerausmenettelyn aloittaminen. Vammala 1994.

- Krokkfors, Kirsi: Rikossäännösten teleologisesta tulkinnasta. Teoksessa Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit, toim. Raimo Lahti ja Timo Ojala. Saarijärvi 2004.
- Kähkönen, Ipo: Velallisen epärehellisyysmallittaminen: Ongelmina esitutkintaan valikoituminen ja tunnusmerkistön taloudelliset käsitteet. Helsinki 1998.
- Lahti, Raimo: Muuttuva rikollisuus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin edellytyksin. Teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, toim. Ari Hirvonen. Helsinki 1994.
- Lahti, Raimo: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, I–III. Lakimies 3/1991 s. 258–290, Lakimies 7/1991 s. 873–901 ja Lakimies 8/1991 s. 1168–1201)
- Lahti, Raimo: Talousrikosoikeuden yleisistä opeista. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus, toim. Raimo Lahti ja Pekka Koponen. Saarijärvi 2004.
- Laine, Erkki K; Tuokko, Yrjö: Erityistarkastukset. Helsinki 2000.
- Laitinen, Erkki K: Konkurssin ennustaminen. Alajärvi 1990.
- Laitinen, Erkki K: Yrityksen maksukyvyttömyyden arvioiminen taloustieteen näkökulmasta. Lakimies 8/1996 s. 1169–1189.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987.
- Lehtola, Markku – Paksula, Kauko: Talousrikosten tilannetorjunta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 142. Helsinki 1997.
- Lehtonen, Asko: Veropetokseen ja ennakkoperintärikoksiin liittyvistä keskeisistä tulkintakysymyksistä. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus: Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 32, Helsinki 1981.
- Lehtonen, Asko: Veropetoksesta. Helsinki 1986.
- Lehtonen, Asko: Verorikkomus. Lakimies 7/1991 s. 929–945.
- Lehtonen, Yrjö – Laitinen, Erkki K – Immonen, Raimo: Konkurssiyrityksen tunnistaminen ja saatavan takaisinsaanti. Juva 1991.
- Leppänen, Tatu: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Helsinki 1992.
- Leppiniemi, Jarmo – Puttonen, Vesa: Yrityksen rahoitus. Porvoo 1996.
- Löfmarck, Madeleine: Brotten mot borgenärer. Tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i 11. kap. brottsbalken. II uppl. Lund 1986.
- Matikkala, Jussi: Näkökohtia rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annetusta HE 44/2002:sta. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VII: Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Vammala 2003.
- Mäkelä, Kaisa: Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Saarijärvi 2001.
- Niemi, Kari: Verorikkomus (RL 29:4). Turku 1994.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Helsinki 1995.
- Nuotio, Kimmo: Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Vammala 2003.
- Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 7–8/2004 s. 1267–1291.
- Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus – Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Helsinki 1998.
- Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997.
- Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.
- Ohisalo, Jussi: Talousrikosprosessin teoriaa ja käytäntöä. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus, toim. Raimo Lahti ja Pekka Koponen. Saarijärvi 2004.
- Ovaska, Risto K: Konkurssin torjuminen. Helsinki 1985.
- Prihti, Aatto: Konkurssin ennustaminen taseinformaation avulla. Helsinki 1975.

- Salminen, Markku: Velallisen rikos. Tutkimus velallisen rikosten selvittämisestä erityisesti osakeyhtiöihin kohdistuvien tekotapojen ja osakeyhtiöitä koskevan oikeuskäytännön valossa. Porvoo 1998.
- Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003
- Tala, Jyrki: Talousrikokset ja oikeuspolitiikka. Oikeus 2/1987 s. 113–116.
- Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Jyväskylä 2004. (Tapani 2004a)
- Tapani, Jussi: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate taloudellisten vaihdantasuhteiden puristuksessa. Defensor Legis 6/2002 s. 939–965.
- Tapani, Jussi: Verorikkomussäännöksen (RL 29 luvun 4 §) teleologinen tulkinta. Defensor Legis 5/2004 s. 928–939. (Tapani 2004b)
- Thornstedt, Hans – Rabe, Gunnar – Eklund, Erik: Skattebrotten. Stockholm 1994.
- Tikka, Kari S: Verontorjunta, verosuunnittelu, veron kiertäminen, veropako ja verovilppi. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus: Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 32. Helsinki 1981.
- Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. Vantaa 2003.
- Tolonen, Kari: Talousrikossäännösten tulkinta erityisesti velallisen rikoksissa. Espoo 2000.
- Tolvanen, Matti: Tieliikennerikokset ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1999.
- Träskman, P. O.: Taloudellinen rikollisuus ja yhteiskunta: taloudellisen rikollisuuden käsite, yleisyys ja vaikutukset. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus: Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 32. Helsinki 1981.
- Tuomisto, Jarmo: Takaisinaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämisestä konkurssissa. Helsinki 1995.
- Vento, Harri: Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja oikeustieteen yleisten oppien valossa. Jyväskylä 1994.
- Viljanen, Pekka: Näkökohtia velallisen epärehellisyydestä. Lakimies 8/1998 s. 1362–1375.
- Wikström, Kauko: Oikeuskäytännön tulkinnasta. Vammala 1979.

## Virallislähteet

### *Hallituksen esitykset:*

- HE 129/1962 Hallituksen esitys Eduskunnalle sairausvakuutuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 66/1988 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 102/1990 Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 181/1992 Hallituksen esitys Eduskunnalle etuoikeusjärjestelmän uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 182/1992 Hallituksen esitys Eduskunnalle yrityksen saneerausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 44/2002 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 53/2002 Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.
- HE 26/2003 Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi.



*Komitean- ja valiokuntien mietinnöt sekä muu virallisaineisto*

KM 1973:31 Verorikostoimikunnan mietintö.

KM 1976:72 Rikosoikeuskomitean mietintö.

OLJ 6/1983 Talousrikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö.

OLJ 5/1984 Rikoslain kokonaisuudistus I. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1984.

Sosiaalivaliokunnan mietintö 1/1963 vp.

Suuren valiokunnan mietintö 43/1963 vp.

Lakivaliokunnan mietintö 6/1990 vp.

Eduskunnan vastaus 12.6.1990 vp hallituksen esitykseen 66/1988

Kirjallinen kysymys 135/2004 vp.

Talousrikostutkinnan tila. Työryhmän loppuraportti 23.6.2004. Sisäministeriö 2004.

*Ruotsalainen lainvalmisteluaineisto*

SOU 1996:30

Ds 2002:57: Bokföringsbrott och brott mot borgenärer. Departementsserien 2002:57, Justitiedepartementet 2002.

Lagrådsremiss 2.12.2004: Bokföringsbrott och andra brott mot borgenärer.

## OIKEUSTAPAUKSET

KKO 1982 II 104

KKO 1984 II 47

KKO 1984 II 68

KKO 1986 II 29

KKO 1986 II 69

KKO 1987:122

KKO 1990:177

KKO 1991:55

KKO 1992:174

KKO 1993:15

KKO 1993:93

KKO 1994:67

KKO 1995:87

KKO 1995:137

KKO 1995:208

KKO 1996:35

KKO 1998:10

KKO 1998:52

KKO 1998:56

KKO 1998:82

KKO 1998:89

KKO 1998:92

KKO 1998:94

KKO 1998:110

KKO 1998:131  
KKO 1998:141  
KKO 1998:164  
KKO 1999:79  
KKO 1999:38  
KKO 2000:39  
KKO 2000:74  
KKO 2000:106  
KKO 2000:108  
KKO 2000:125  
KKO 2001:87  
KKO 2001:29  
KKO 2001:86  
KKO 2001:118  
KKO 2001:192  
KKO 2002:11  
KKO 2002:46  
KKO 2002:53  
KKO 2003:24  
KKO 2003:121  
KKO 2004:46  
KKO 2004:89  
KKO 2004:112  
KKO 648/27.3.2003 Dnro R2001/466

I-SHO 754/24.6.2003 Dnro R 02/463

Helsingin HO 857/30.3.2001 Dnro R 98/1260

Helsingin KäO 12035/00 9.3.2000 Dnro R 98/7805

NJA 1985:2  
NJA 2003:56

EIT 22.11.1995 A-335-C

*Internet-sivut ja muut lähteet*

www.tyvi.org, viittauspäivä 27.12.2004.

*Korkeimman oikeuden arkisto (KKOA)*

Asian KKO Dnro R 2002/688 asiakirjat (julkaistu ennakkoratkaisu KKO 2004:46)

*Eduskunnan arkisto (EA)*

Lakivaliokunnan kokouspöytäkirjat vuosien 1989 ja 1990 valtiopäiviltä

*Kaarlo Hakamies*

## INSOLVENT OR NOT? – THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE CASE KKO 2004:46

This study deals with insolvency in the Finnish Penal Code. According to the principle of legality a person may be found guilty of an offence only on the basis of an act that has been specifically criminalized in law, as it has been written in the Finnish Penal Code (chapt. 3 sect. 3). The problem with the term insolvency is that it has been used in two purposes in the Penal Code. Tax Violation (chapt. 29 sect. 4) is punishable if a person fails to pay in time a tax for a reason other than insolvency. On the other hand, Dishonesty by a debtor (chapt. 39 sect. 1) is punishable if a person causes his or her insolvency for example by destroying his or her property. To summarise, insolvency is a precondition of punishability in Dishonesty by a debtor, while in Tax Violation a person can not be guilty if he or her is insolvent.

In practice it is quite usual that it arises a question if a person is guilty of Tax Violation and Dishonesty by a debtor at the same time. The Finnish Supreme Court has passed some precedents in which it applied both of these paragraphs at the same time. The Supreme Court noticed that a person might be both insolvent and solvent. The Court justified this saying that Tax Violation and Dishonesty by a debtor have different purposes: the purpose of Tax Violation is to protect the financial interests of the state while the purpose of Dishonesty by a debtor is to protect all creditors.

The term insolvency has not been defined in the Penal Code, but the legal definition can be found for example from the Bankruptcy Act. According to the Bankruptcy Act, insolvency means that the debtor is otherwise than temporarily unable to repay his or her debts as they fall due. This definition is widely used in Finnish legislation. However, in the case 2004:46 the Finnish Supreme Court interprets an economical situation of a debtor differently: the Supreme Court decided that the debtor was not insolvent even if it was clear that the debtor could not pay his debts in time. The decision can be criticised since it is not in line with the principle of legality and its aims.

The way the Supreme Court uses the term insolvency has its historical background but it does not take into account the development of accounting practises and jurisprudence during the 1990's. Tax violation and Dishonesty by a debtor come into force in 1991. The research of insolvency developed remarkably in Finland during the 1990's and the results of this research could not been utilised by legislator.

At the moment it seems that the legal praxis of the Supreme Court regarding insolvency is quite stabilized. This study discusses a few proposals to develop this praxis.

**Iiro Lähdevuori**

**KNOW YOUR CUSTOMER  
-PERIAATE JA  
ASIAKKAAN SIJOITUSTARPEIDEN  
SELVITTÄMISVELVOLLISUUS**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	267
2	ARVOPAPERINVÄLITTÄJÄN SELONOTTOVELVOLLISUUDEN SÄÄNTELY .....	269
2.1	Sijoituspalveludirektiivi .....	269
2.1.1	Sijoituspalveludirektiivin tavoitteet .....	269
2.1.2	Sijoittajansuoja ja kansalliset menettelytapasäännöt .....	269
2.1.3	Direktiivin sijoittajansuojaperiaatteet .....	270
2.2	Arvopaperimarkkinalaki .....	272
2.2.1	Arvopaperinvälitystä koskeva sääntely .....	272
2.2.2	Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuus .....	273
2.2.3	Arvopaperinvälittäjän tiedonantovelvollisuus .....	274
2.3	Rahoitustarkastuksen määräykset .....	274
2.4	Itsesääntely .....	276
2.5	Selonottovelvollisuuden sääntely ulkomailla .....	277
2.5.1	Yhdysvallat .....	277
2.5.2	Iso-Britannia .....	279
3	SELONOTTOVELVOLLISUUDEN SISÄLTÖ JA SOVELTUVUUS .....	281
3.1	Selonottovelvollisuus sijoitusneuvontaa annettaessa .....	281
3.1.1	Arvopaperimarkkinalain mukainen selonottovelvollisuus .....	281
3.1.2	Selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden välinen suhde .....	282
3.1.3	Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitean suositus sijoituspalveludirektiivin tulkitsemiseksi .....	285
3.1.4	Sijoitussuosituksen arviointia Yhdysvalloissa .....	287
3.2	Toimeksiantojen toteuttaminen ilman sijoitusneuvontaa .....	290
3.2.1	Execution only -välitys arvopaperimarkkinalain mukaan .....	290
3.2.2	Sijoituspalveludirektiivin asettamat vaatimukset .....	291
3.2.3	Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitean suositus .....	292

3.2.4	Execution only -välitys Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa .....	293
3.2.5	Arvopapereiden välitys internetissä .....	294
3.2.5.1	Arvopapereiden internetvälitys Suomessa .....	294
3.2.5.2	Arvopapereiden internetvälitys Yhdysvalloissa .....	295
4	SELONOTTOVELVOLLISUUS JA ARVOPAPERINVÄLITYKSEN OSAPUOLET .....	299
4.1	Arvopaperinvälittäjään kohdistuvia velvollisuuksia .....	299
4.1.1	Arvopaperinvälittäjä sijoitusneuvojana .....	299
4.1.2	Velvollisuus ottaa huomioon asiakkaalta hankitut tiedot .....	300
4.1.3	Selonottovelvollisuuden vaikutus riskinarviointiin .....	302
4.1.4	Arvopaperinvälittäjän velvollisuus tarkistaa asiakkaalta saadut tiedot .....	304
4.1.5	Arvopaperinvälittäjän tietojen ajanmukaistamis- ja dokumentointivelvollisuus .....	307
4.2	Asiakkaan ominaispiirteet ja selvitysvelvollisuus .....	308
4.2.1	Asiakkaan henkilökohtaisten ominaisuuksien merkitys .....	308
4.2.2	Asiakkaan selvitysvelvollisuus .....	309
4.2.3	Sijoittajan ammattimaisuus sijoittajansuojan poistavana tekijänä .....	310
4.2.4	Sijoittajan ammattimaisuuden merkitys Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa .....	313
5	TULEVAISUUDENNÄKYMIÄ – RAHOITUSVÄLINEIDEN MARKKINOISTA ANNETTU DIREKTIIVI .....	314
5.1	Direktiivin syntytausta .....	314
5.2	Sijoitusneuvonnan määritelmä .....	316
5.2.1	Sijoitussuosituksen käsite .....	316
5.2.2	Sijoitussuosituksen yksilöllisyyden arviointi .....	317
5.3	Menettelytavat sijoituspalvelua tarjottaessa .....	318
5.3.1	Menettelytapaa koskeva sääntely .....	318
5.3.2	Sijoitussuosituksen soveltuvuusarviointi .....	319
5.3.3	Sijoitustuotetta tai -palvelua koskeva soveltuvuusarviointi .....	322
5.3.4	Execution only -arvopaperinvälitys .....	323
5.4	Asiakkaan luokittelu ammattimaiseksi sijoittajaksi .....	325



6 LOPUKSI .....	326
LÄHTEET .....	329
OIKEUSTAPAUKSET .....	331
LYHENTEET .....	332
KNOW YOUR CUSTOMER -PRINCIPLE AND THE OBLIGATION TO DEFINE CLIENT'S INVESTMENT NEEDS .....	333



---

# Know your customer -periaate ja asiakkaan sijoitustarpeiden selvittämisvelvollisuus

## 1 JOHDANTO

Arvopaperimarkkinoiden merkitys yritysten rahoituslähteenä lähti 1980-luvun aikana voimakkaaseen kasvuun, ja kasvu on jatkunut yli vuosittu-  
hannen vaihtumisen. Markkinoiden luonne muuttui, kun yritykset alkoi-  
vat hakea rahoitusta yleisöltä aiemmin pankkien myöntämien luottojen  
sijaan. Toisaalta kehitys johti samalla yksityisten kotitalouksien arvo-  
paperisäästämiseen kohdistuneen kiinnostuksen kasvuun. Arvopape-  
rimarkkinoiden tarkoituksena on, että sijoittajat siirtävät markkinoilla pää-  
omaa sellaisiin yrityksiin, joissa pääoman käyttö osoittautuu yhteiskun-  
nan kannalta hyödyllisimmäksi.

Tarkoituksen toteutuminen edellyttää markkinoiden toimivuutta, jonka  
edellytyksenä puolestaan on sijoittajien luottamus markkinoihin. Kun ta-  
pahtuneen kehityksen myötä arvopaperimarkkinoiden toimintaan osallis-  
tui aktiivisten sijoittajien lisäksi yhä suurempi joukko kokemattomampia  
sijoittajia, tuli sijoittajansuojan toteutumisesta tärkeä lainsäädännölle ase-  
tettu tavoite. Luottamuksen turvaamiseen liittyvä olennainen tekijä on tie-  
to. Laajemmasta näkökulmasta kysymys on yrityksille asetetusta tiedonan-  
tovelvoitteesta, jonka nojalla yritysten tulee saattaa itseään koskevia tietoja  
yleisesti arvopaperimarkkinoiden tietoisuuteen. Kun yksittäisen sijoittajan  
kannalta yritysten tiedonantovelvoitetta ei ole katsottu sijoittajansuojan  
kannalta riittäväksi, on myös arvopaperinvälittäjille säädetty velvollisuus  
antaa asiakkailleen sijoituskohteisiin liittyvää, markkinoilla olevaa tietoa.

Arvopaperinvälittäjät tarjoavat usein arvopapereiden välityspalvelun  
ohella myös sijoitusneuvontaa. Tällöin välittäjä antaa yksittäiselle asiak-  
kaalle markkinoita koskevan yleisen informaation lisäksi sellaisen sijoi-  
tustoimenpidettä koskevan suosituksen, jonka välittäjä on arvioinut asiak-  
kaan kannalta asianmukaiseksi. Jotta arvopaperinvälittäjä voisi arvioida  
sijoitustoimenpiteen asianmukaisuutta yksittäisen asiakkaan osalta, tulee

hänellä olla kyseistä sijoittajaa koskevaa tietoa. Know your customer -periaatteen tarkoituksena on varmistaa, että välittäjä hankkii asiakkaastaan riittävät tiedot sijoitusneuvon muodostamista varten.

Know your customer -periaatteesta johtuva selonottovelvollisuus on keskeinen tekijä sijoittajansuojan toteutumisessa, sillä onnistunut sijoitusneuvonta edellyttää asiakkaan tuntemista. Artikkelissa tarkastellaan know your customer -periaatteen sääntelyperustaa, sisältöä ja soveltamisalaa. Artikkelellä rakentuu siten, että toisessa jaksossa tarkastellaan selonottovelvollisuuden sääntelyperustaa ja jaksossa kolme tarkastellaan tarkemmin selonottovelvollisuuden sisältöä ja know your customer -periaatteen taustalla olevia ajatuksia. Lisäksi arvioidaan velvoitteen soveltumista sellaiseen arvopaperinvälitykseen, jossa ei anneta sijoitusneuvontaa. Tässä yhteydessä tarkastellaan myös arvopaperimarkkinailla (495/1989) toteutetun, sijoituspalveludirektiivin edellyttämän kansallisen sääntelyn asianmukaisuutta. Lähestymistapa on tältä osin lainopillinen. Lisäksi vertaillaan arvopaperimarkkinain mukaisen selonottovelvollisuuden eroa arvopaperimarkkinoiden sääntelyssä perinteisissä edelläkävijämaissa, Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa, omaksuttuihin selonottovelvollisuuden sääntelytapoihin.

Neljännessä jaksossa esitellään yksityiskohtaisemmin selonottovelvollisuuden arvopaperinvälittäjälle synnyttämiä velvoitteita sekä asiakkaan ominaisuuksien merkitystä tämän olosuhteita koskevassa arvioinnissa ja sijoitusneuvonnan antamisessa. Tässä yhteydessä tuodaan ilmi niitä perusteita, joiden nojalla sijoittaja voidaan katsoa ammattimaiseksi sijoittajaksi. Sijoittajan ammattimaisuudella on merkitystä sijoittajansuojan laajuuden kannalta. Lisäksi arvioidaan asiakkaalta vaadittavaa arvopaperimarkkinoiden toimintaa koskevaa selvitysvelvollisuutta. Viidennessä jaksossa esitellään huhtikuussa 2004 voimaan tulleen rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin sisältöä sijoitusneuvonnan käsitteen ja sijoituspalvelujen tarjonnassa noudatettavien menettelytapojen osalta.

Know your customer -periaate edellyttää arvopaperinvälittäjältä asiakasta koskevien tietojen hankkimista kahdenlaista tarkoitusta varten. Ensimmäkin välittäjän tulee hankkia laissa rahanpesun estämisestä ja selvittämisestä (68/1998) tarkoitettuja, asiakkaan henkilöllisyyttä koskevia tietoja. Tältä osin kysymys on välittäjälle asetetusta tunnistamisvelvollisuudesta. Artikkelin teemana on erityisesti know your customer -periaatteen toinen ulottuvuus, jonka mukaan arvopaperinvälittäjän tulee tuntea asiakkaansa sijoitustarpeet, jotta hän voi palvella asiakastaan tämän etujen mukaisesti. Artikkelissa käytetään käsitteitä selonottovelvollisuus tai selvitysvelvollisuus, joilla tarkoitetaan know your customer -periaatteen mukaista asiakkaan sijoitustarpeita koskevaa selonottovelvollisuutta.

## 2 ARVOPAPERINVÄLITTÄJÄN SELONOTTOVELVOLLISUUDEN SÄÄNTELY

### 2.1 Sijoituspalveludirektiivi

#### 2.1.1 Sijoituspalveludirektiivin tavoitteet

Euroopan neuvosto antoi vuonna 1993 sijoituspalvelun tarjoamista sääntevän direktiivin (93/22/ETY), jonka tarkoituksena on toteuttaa Euroopan unionin sijoituspalvelujen tarjoamisen vapauttamiseen pyrkivää sisämarkkinaohjelmaa.<sup>1</sup> Direktiivin tavoitteeksi asetettiin sellainen jäsenvaltioiden sääntelyn yhdenmukaisuuden luominen, että toimilupien myöntäminen ja sijoituspalveluyritysten toimintaa koskevien valvontajärjestelmien vastavuoroinen tunnustaminen olisi mahdollista niin, että voitaisiin myöntää yksi koko yhteisön alueella hyväksytty toimilupa ja soveltaa kotivaltion valvonnan periaatetta. Lähtökohtana on, että kotivaltio myöntää toimiluvat ja valvoo toimintaa alueellaan, ja isäntävaltion (valtio, jossa palvelu tarjotaan) vastuulla on kotimaisiin ja ulkomaisiin sijoituspalveluyrityksiin soveltuvien menettelytapasääntöjen laatiminen.<sup>2</sup>

#### 2.1.2 Sijoittajansuoja ja kansalliset menettelytapasäännöt

Sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan mukaan jäsenvaltioiden tulee laatia arvopaperimarkkinoita koskevat menettelytapasäännöt, joissa otetaan huomioon artiklassa luetellut yleiset sijoittajansuojaa koskevat periaatteet. Sijoituspalveludirektiivin yleisen tavoitteen ja sen 11 artiklan mukaisten periaatteiden taustalla vallitsee pyrkimys parantaa sijoittajansuojan lisäksi markkinoiden vakautta ja yhtenäisyyttä.<sup>3</sup> Sijoittajansuojan parantaminen on ensiarvoista siinä mielessä, että puutteellisuudet sijoittajansuojassa heikentävät sijoittajien luottamusta markkinoihin. Tällä puolestaan on haitallinen vaikutus markkinoiden toimivuuteen ja tehokkuuteen.

<sup>1</sup> Varsinaiset sijoituspalvelut, joiden tarjoamista varten sijoituspalveludirektiivin mukainen toimilupa on pakollinen, käsittävät toimeksiantojen vastaanottamisen ja välittämisen, toimeksiantojen suorittamisen (meklaritoiminta), arvopaperikaupinnan (nk. dealing-toiminta, jossa palvelun tarjoaja käy arvopaperikauppaa omaan lukuunsa ja omista nimissään antamalla markkinoille sijoituskohteita koskevia sitovia tai viitteellisiä osto- ja myyntitarjouksia), yksilöllisen omaisuudenhoidon ja merkintäsitoumukset. Toimiluvan saaneet sijoituspalveluyritykset voivat toimilupansa perusteella tarjota rajatylittävällä tasolla varsinaisten sijoituspalvelujen lisäksi liitännäispalveluja. Tärkeimmät liitännäispalvelut kattavat varojen säilyttämisen ja hoidon (säilytystoiminta) sekä sijoitusneuvonnan. Ks. KOM(2002) 625, s. 38.

<sup>2</sup> HE 56/1998 vp, s. 5.

<sup>3</sup> *Köndgen* 1998, s. 115.

Sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan periaatteet koskevat sijoituspalvelun tarjoajan ja tämän asiakkaan välistä suhdetta, eivätkä niinkään arvopaperimarkkinoita yleisemmällä tasolla. Direktiivissä on erityisesti otettu huomioon se, että kaupankäynti pörssissä edellyttää arvopaperinvälittäjän palvelujen käyttämistä. Tämän vuoksi sijoittajan asemaa pyritään suojaamaan suhteessa arvopaperinvälittäjiin.<sup>4</sup> Sen lisäksi, että sijoittaja tarvitsee suojaan asiakassuhteen aikana, direktiivissä on otettu huomioon se, että sijoittaja voi joutua epäasiallisen menettelyn kohteeksi myös ennen varsinaisen asiakassuhteen alkamista. Esimerkkeinä tällaisista menettelyistä ovat muun muassa harhaanjohtava mainonta ja välittäjän aloitteesta tehdyt sijoitusehdotukset, joita asiakas ei ole välittäjältä pyytänyt.<sup>5</sup> Tämän vuoksi sijoituspalveludirektiivin 11 artikla on tarkoitettu sovellettavaksi myös välittäjien ennen asiakassuhteen alkamista harjoittamaan toimintaan.<sup>6</sup>

Sijoittajansuojan toteutumista edesauttaa yhteisölaainsäädännössä noudatettu periaate, jonka mukaan isäntävaltiolla on oikeus soveltaa koti- ja ulkomaisiin sijoituspalveluyrityksiin sellaisia markkinoita koskevia menettelytapasääntöjä (conduct of business rules), jotka ovat perusteltavissa ns. yleisen edun mukaisesti. Näin ollen esimerkiksi suomalaisia piensijoittajia voidaan edelleen suojata niillä kotimaisilla kuluttajansuojasäännöksillä, joita ei voida yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiintuneiden periaatteiden mukaan katsoa syrjiviksi, suhteettomiksi tai tarpeettomiksi ja jotka eivät johda velvoitteiden kaksinkertaistumisiin.<sup>7</sup>

### *2.1.3 Direktiivin sijoittajansuojaperiaatteet*

Sijoituspalveludirektiivin alkuperäisessä ehdotuksessa ei ollut mainintaa 11(1) artiklan mukaisista välittäjän menettelytapaa koskevista säännöistä, joita sijoituspalveluyhteisön tulisi noudattaa asiakassuhteissaan. Vaatimus kansallisten menettelytapaa koskevien sääntöjen laatimisesta lisättiin ehdotuksen lopulliseen tekstiin, koska eräät jäsenmaat katsoivat, että alku-

---

<sup>4</sup> *Köndgen* 1998, s. 116.

<sup>5</sup> Tämänkaltaisen välittäjäaloitteinen yhteydenotto voi tapahtua esimerkiksi puhelimitse (cold calling), faksilla (cold faxing) tai sähköpostitse (spamming). Menettelytapaa koskevat periaatteet koskevat asiakassuhdetta edeltävää ja asiakassuhteen aikaista sijoituspalvelun tarjoamisessa noudatettavaa toimintaa, eikä niinkään tarjottavaa ”tuotetta” itsessään. Tässä mielessä periaatteet ovat toiminnallisesti yhteydessä normeihin, jotka sääntelevät sijoitus- tuotteiden markkinointia ja erityisesti niiden mainontaa. Ks. *Köndgen* 1998, s. 127. Ks. *Hoppu* 2004, s. 187 ss. sijoitustuotteiden markkinoinnin lainmukaisuuden arvioinnista.

<sup>6</sup> *Köndgen* 1998, s. 116.

<sup>7</sup> HE 56/1998 vp, s. 6; *Lomnicka* 2000, s. 328.

peräisen ehdotuksen mukainen säännös ei olisi riittävällä tavalla varmistanut sijoittajansuojan toteutumista. Koska menettelytapaa koskevien yksityiskohtaisten säännösten sisällöstä päättäminen olisi kestänyt liian kauan, päätettiin sijoituspalveludirektiivin 11(1) artiklaan sisällyttää luetelo niistä periaatteista, jotka kansallisissa menettelytapasäännöissä tulisi panna täytäntöön.<sup>8</sup> Kyseiset periaatteet velvoittavat:

- sijoituspalveluyrityksen toimimaan liiketoimia harjoittaessaan rehdisti ja oikeudenmukaisesti asiakkaidensa etujen ja markkinoiden lahjomattomuuden hyväksi,
- sijoituspalveluyrityksen toimimaan asianmukaisen pätevästi, huolellisesti ja tarmokkaasti asiakkaidensa etujen ja markkinoiden lahjomattomuuden hyväksi,
- että sijoituspalveluyrityksellä on tarvittavat voimavarat ja menettelyt, jotta se voisi hoitaa oikein liiketoimiaan, ja että se käyttää näitä tehokkaasti,
- että sijoituspalveluyritys hankkii asiakkailtaan tietoja, jotka koskevat heidän taloudellista tilannettaan, sijoittamiskokemusta sekä pyydettyjä palveluja koskevia tavoitteita,
- että sijoituspalveluyritys toimittaa asianmukaisella tavalla tietoja, jotka ovat tarpeen neuvotteluissa niiden asiakkaiden kanssa,
- että sijoituspalveluyritys yrittää välttää eturistiriitoja, ja silloin kun ne eivät ole välttävissä, varmistaa, että sen asiakkaita kohdellaan oikeudenmukaisesti,
- että sijoituspalveluyritys noudattaa kaikkia sen liiketoimintaan sovellettavia säännöksiä siten, että sen asiakkaiden etuja ja markkinoiden lahjomattomuutta edistetään.<sup>9</sup>

Direktiivin periaatteet täytäntöönpanevia menettelytapasääntöjä tulee direktiivin mukaan soveltaa tavalla, jossa otetaan huomioon sen henkilön ammattiasema, jolle palveluja tarjotaan.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Periaatteet ovat arvopaperimarkkinoiden valvontaviranomaisten kansainvälisen yhteistyöjärjestön (International Organisation of Securities Commissions, IOSCO) suosittelemia ja perustuvat Ison-Britannian ja Ranskan välillä sovittuihin yleisiin standardeihin. Ks. *Cruickshank* 1998, s. 131.

<sup>9</sup> Sijoituspalveludirektiivi 11 artikla.

<sup>10</sup> *Köndgen* huomauttaa, että sellaisia menettelytapasääntöjä, jotka on laadittu suojaamaan kaikkia sijoittajia yhtäläisesti, voidaan tuskin soveltaa siten, että asiakkaan ammattiasema voidaan ottaa soveltamisessa huomioon. Tämän vuoksi pelkkä sääntöjen soveltaminen edellä mainitulla tavalla ei ole riittävää, vaan ensi sijassa säännöt tulee kirjoittaa siten, että ohjeet mahdollistavat erilaisiin asiakasryhmiin kuuluvien sijoittajien erilaisen kohtelun. Erilaisen kohtelun ollessa direktiivin nojalla siten pakollista ammattiasemaltaan erilaisia asiakkaita samanveroisesti kohtelevat kansalliset säännökset ovat vastoin direktiivin sanamuotoa ja henkeä. Ks. *Köndgen* 1998, s. 128. Arvopaperimarkkina-asiakkaan ammattiasema on otettu huomioon.

## 2.2 Arvopaperimarkkinalaki

### 2.2.1 Arvopaperinvälitystä koskeva sääntely

Arvopaperimarkkinalain keskeisenä tavoitteena on varmistaa, että arvopaperimarkkinoiden toimivuus ja markkinoihin kohdistettu luottamus on turvattu.<sup>11</sup> Markkinoiden toimivuus edellyttää sijoittajien luottamusta markkinoiden puolueettomuuteen ja tehokkuuteen.<sup>12</sup> Luottamus markkinoihin riippuu keskeisesti arvopaperinvälittäjien keskuudessa noudatetuista menettelytavoista.<sup>13</sup> Arvopaperimarkkinalain 4 luku sisältää arvopaperikaupaa ja arvopaperinvälitystä sekä arvopaperinvälittäjien velvollisuuksia koskevat säännökset. Arvopaperimarkkinalakia säädettäessä luvun säännöksillä asetettiin välittäjälle muun muassa velvollisuus noudattaa hyvää tapaa arvopaperikaupassa (AML 4:1), välttää hyvän tavan vastaisia sopimusehtoja (AML 4:2.2) ja hoitaa toimeksiannot huolellisesti ilman aiheutonta viivytystä (AML 4:4.1). Lisäksi AML 4 lukuun sisältyi arvopaperinvälittäjän tiedonantovelvollisuus (AML 4:4.2) sekä velvollisuus pyrkiä välttämään eturistiriitatilanteita asiakkaan intressien kanssa.

Sijoituspalveludirektiivin täytäntöönpanovaiheessa jouduttiin arvopaperimarkkinalain sisältöä arvioimaan direktiivin 11 artiklaan kirjoitettujen periaatteiden valossa ja tekemään AML:iin tarvittavia muutoksia. Kovin suuria uudistuksia direktiivin täytäntöönpano ei AML:iin kuitenkaan aiheuttanut, sillä laki täytti jo tuolloin pitkälti direktiivin asettamat vaatimukset. Arvopaperimarkkinalain 4 luvun säännösten osalta vailla selkeää ilmaisua oli välittäjän velvollisuus pyrkiä välttämään eturistiriitoja asiakkaan intressien kanssa ja kokonaan säännöksistä puuttui välittäjän selontotovelvollisuutta koskeva säännös. Ensimmäinen velvollisuus kirjattiin

---

<sup>11</sup> Juuri arvopaperimarkkinoiden luotettavuuden turvaaminen oli yksi arvopaperimarkkinalain laatimisperusteista. Kun 1980-luvun aikana arvopaperimarkkinoiden merkitys kasvoi niin yritysten rahoituslähteenä kuin piensijoittajien sijoituskohteenakin, oli tarpeellista kiinnittää huomiota arvopaperimarkkinoiden toimivuuteen sekä valvontaan. Erityisesti piensijoittajien suojan parantamista pidettiin tärkeänä. Vuonna 1989 voimaan tullut arvopaperimarkkinalaki merkitsikin huomattavaa muutosta aikaisempaan oikeustilaan, jossa arvopapereiden vaihdantaan liittyvä sääntely perustui hajanaisesti yleiseen velvoite-, sopimus- ja kauppa-oikeuteen sekä yksittäisiin lakeihin ja yhtiöoikeuteen. Ks. *Tiilikainen* 1989, s. 111.

<sup>12</sup> Markkinoiden puolueettomuudella tarkoitetaan karkeasti ilmaistuna sijoittajien keskinäistä yhdenvertaisuutta ja tehokkuudella puolestaan markkinoilla vallitsevaa tietoa ja sen heijastumista arvopapereiden hintaan. Ks. HE 157/1988 vp, s. 3; *Hoppu* 2004, s. 25.

<sup>13</sup> HE 157/1988 vp, s. 37.



AML 4 luvun 4 §:n 3 momenttiin ja jälkimmäisen velvoitteen voimaan saattamiseksi säädettiin AML 4 lukuun uusi 3a §.<sup>14</sup>

### 2.2.2 Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuus

Arvopaperimarkkinalain mukaan sijoituspalveluna *omaisuudenhoitoa*<sup>15</sup> tarjoavan arvopaperinvälittäjän on ennen sijoituspalvelun tarjoamista pyydettävä asiakkaaltaan riittävät tiedot tämän taloudellisesta asemasta, sijoituskokemuksesta ja sijoituspalvelua koskevista tavoitteista (AML 4:3a.1). Selonottovelvollisuutta ei kuitenkaan ole, jos se asiakkaan sijoituskokemukseen tai olosuhteisiin nähden on ilmeisen tarpeetonta.<sup>16</sup>

Arvopaperinvälittäjällä on selonottovelvollisuus myös silloin, kun hän tarjoaa sijoituspalveluna *arvopaperinvälitystä* tai *emissionjärjestämistä* (AML 4:3a.2). Tällöin välittäjällä ei kuitenkaan ole selonottovelvollisuutta lähtökohtaisesti, vaan se tulee täytettäväksi vain niissä arvopaperin hankinta- tai luovutustilanteissa, joissa sijoittaja pyytää sijoitusneuvontaa ennen toimeksiannon antamista. Hallituksen esityksessä tarkennetaan, että emissionjärjestämisessä selonottovelvollisuus koskee lähinnä emissionmyyntiä ja että arvopaperinvälityksessä ns. execution only brokerage -toimintaa jää selvitysvelvollisuuden ulkopuolelle.<sup>17</sup>

AML 4:3a :n tarkoituksena on sijoittajan suojaaminen varmistamalla, että sijoituspalvelun tarjoaja oppii tuntemaan asiakkaansa ja tietämään tämän sijoitustavoitteet, jotta palveluntarjoaja voi palvella asiakastaan tämän etujen mukaisesti. Hallituksen esityksessä todetaan, että säännös ei

<sup>14</sup> Lisäksi direktiivin täytäntöönpanossa otettiin huomioon myös se, että voimassa olleen AML 4 luvun menettelytapaa koskevat säännökset eivät pääsäännön mukaan soveltuneet muihin sijoituspalvelujen tarjoamisen muotoihin kuin arvopaperinvälitykseen. Sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan mukaan sijoituspalveluyrityksen ja luottolaitoksen on kuitenkin noudatettava menettelytapasääntöjä kaikissa liiketoimissa riippumatta siitä, mitä sijoituspalvelua ne tarjoavat ja mitä sijoituskohdetta sijoituspalvelu koskee. Tämän vuoksi AML:ia oli syytä tarkistaa myös siten, että se kattaa kaikki sijoituspalveluyritysten ja luottolaitosten tarjoamat sijoituspalvelut ja sijoituskohteet. Ks. HE 56/1998 vp, s. 30–31.

<sup>15</sup> Omaisuudenhoidolla tarkoitetaan palvelua, jossa asiakkaan sijoituskohteita hoidetaan siten, että toimeksiantajan päätösvalta on kokonaan tai osittain annettu toimeksisaajalle. Ennen vuoden 2004 määritelmän muutosta omaisuudenhoidolla tarkoitettiin ns. täyden valtakirjan omaisuudenhoitoa, jossa kaikki päätösvalta oli toimeksisaajalla. Nykyään omaisuudenhoitosopimuksessa voidaan määritellä, että myös toimeksiantajana olevalla asiakkaalla on päätösvaltaa ja siten myös vaikutusmahdollisuuksia sijoituskohteiden hoitamisessa. Ks. HE 110/2003 vp, s. 80–81; *Hoppu* 2004, s. 150.

<sup>16</sup> Säännöksen tarkoituksena on suojata ei-ammattimaisesti toimivaa piensijoittajaa, joten lähtökohtana on, että säännöksen mukaista selvitysvelvollisuutta ei ole, kun asiakkaana on ammattimainen sijoittaja. Ks. HE 56/1998 vp, s. 72.

<sup>17</sup> HE 56/1998 vp, s. 74.

edellyttä tietojen pyytämistä kirjallisesti, vaan riittävää on kyseisten seikkojen vapaamuotoinen läpikäynti. Asiakkaan tietojen luovuttamista koskeva tahto on kuitenkin asetettu etusijalle siten, että asiakas voi kieltäytyä tietojen antamisesta ilman, että kieltäytyminen muodostaisi esteen sijoituspalvelun tarjoamiselle.<sup>18</sup> Rahoitustarkastus katsoo kuitenkin antamassaan ohjeessa, että arvopaperinvälittäjän tulisi tällöin lähtökohtaisesti pitääntyyä tarjoamasta kyseistä sijoituspalvelua.<sup>19</sup>

### *2.2.3 Arvopaperinvälittäjän tiedonantovelvollisuus*

Arvopaperimarkkinalain 4 luvun 4.2 §:n mukaan välittäjän tulee antaa asiakkaalleen sijoituspalvelusta ja sen kohteena olevista arvopapereista ne tiedot, joilla saattaa olla olennaista vaikutusta asiakkaan päätöksentekoon. Säännöksen tarkoituksena on, että välittäjä varoittaa asiakastaan arvopaperiin tai sen liikkeeseenlaskijaan liittyvistä mahdollisista erityisistä riskeistä. Tiedonantovelvollisuutta ei kuitenkaan ole, jos se sijoituspalvelun luonteeseen tai muutoin olosuhteisiin nähden on ilmeisen tarpeetonta. Välittäjällä ei ole tiedonantovelvollisuutta esimerkiksi silloin, kun välittäjän asiakkaana on ammattimainen sijoittaja. Välittäjällä ei myöskään ole velvollisuutta tiedottaa sellaisista lain nojalla salassa pidettävistä seikoista, jotka koskevat liikkeeseenlaskijan tai jonkun muun liike- tai ammattisalaisuuksia, henkilön taloudellista asemaa tai muuta yksityistä olosuhdetta taikka liikkeellelaskijan taloudellista asemaa. Velvollisuus salassapitoon voi perustua AML 7 luvun 3 §:ään tai muussa laissa olevaan salassapitosäännökseen.<sup>20</sup>

## **2.3 Rahoitustarkastuksen määräykset**

Rahoitustarkastuksen (Rata) tehtävänä on valvoa arvopaperimarkkinalain ja sen nojalla annettujen säännösten noudattamista (AML 7:1). Rahoitustarkastuksesta annetun lain (587/2003) 4 §:n 4 kohdan mukaan Rata antaa lain soveltamisen kannalta tarpeellisia määräyksiä. Rahoitustarkastus on rahoitustarkastuslain nojalla antanut arvopaperinvälittäjille sijoituspalvelun tarjoamista koskevan ohjeen (Rahoitustarkastuksen ohje 201.7), jossa kuvataan niitä menettelytapoja, joita sijoituspalveluyrityksen on AML 4 luvun nojalla noudatettava.

---

<sup>18</sup> HE 56/1998 vp, s. 73.

<sup>19</sup> Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 8, <http://www.rata.bof.fi> 29.5.2005.

<sup>20</sup> Ks. HE 157/1988 vp, s. 39.

Ratan ohje koostuu viidestä jaksosta, joista kahdessa ensimmäisessä jaksossa on yleistä tietoa ohjeesta sekä käsitelmääritelmiä. Kolmannessa jaksossa määritellään hyvän tavan sisältö arvopaperinvälityksessä. Neljännessä ja viidennessä jaksossa on arvopaperinvälitystä koskevia yleisiä ja erityisiä ohjeita. Hyvän tavan sisältöä koskevassa jaksossa on hyvän tavan mukaista menettelyä koskeva määritelmäluettelo, joka vastaa pitkälti sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan periaateluettoa. Vastaavuus johtuu siitä, että ohjeella on tarkoitus osaltaan panna Suomessa täytäntöön direktiivin menettelytapaperiaatteet. Niiden täytäntöönpano on siten Suomessa toteutettu arvopaperimarkkinalain 4 luvun säännöksillä sekä Ratan ohjeen 201.7 määräyksillä.<sup>21</sup>

Luettelon toisen kohdan mukaan hyvä tapa sijoituspalvelun tarjoamisessa edellyttää, että sijoituspalveluyritys hankkii asiakkailtaan riittävät tiedot heidän taloudellisesta asemastaan, sijoituskokemuksestaan ja sijoituspalvelua koskevista tavoitteistaan. Ohjeen neljännen jakson yleisissä ohjeissa selvitysvelvollisuuden sisältöä on täsmennetty. Niiden mukaan sijoituspalveluyhteisön on asiakkaaltaan saamiensa tietojen perusteella pyrittävä varmistumaan siitä, että asiakkaan taloudellinen vastuunkantokyky ja sijoituskokemus ovat riittävät asiakkaan kaavailemiin tai tälle suositeltaviin sijoitustoimiin. Huomiota on kiinnitettävä esimerkiksi siihen, kuinka hyvin asiakas tuntee arvopapereiden ja johdannaissovimusten ominaisuudet ja niihin liittyvät riskit, sekä siihen, tapahtuuko sijoittaminen omalla vai vieraalla pääomalla. Jos asiakas kieltäytyy antamasta edellä mainittuja tietoja, sijoituspalveluyhteisön tulisi lähtökohtaisesti pidettyä tarjoamasta asiakkaalle kyseistä sijoituspalvelua. Jos sijoituspalveluyhteisö kuitenkin tarjoaa sijoituspalvelua, sen tulee pyrkiä toteuttamaan saamansa toimeksianto huolellisesti asiakkaan edun mukaisesti.<sup>22</sup> Selontotovelvollisuutta ei arvopaperinvälityksessä ja emissionjärjestämisessä ole ohjeen mukaan niissä tapauksissa, joissa välittäjä ei toimeksiannon vastaanottamisen yhteydessä anna sijoitusneuvontaa (execution only -väilytys).<sup>23</sup>

Rahoitustarkastus on parhaillaan uudistamassa määräyskokoelmaansa. Uudistettavassa menettelytapasääntelyssä on tarkoitus ottaa huomioon muun muassa Euroopan arvopaperimarkkinavalvojien komitean antama suosi-

<sup>21</sup> Rahoitustarkastuksen ohjeen 201.7 laadinnassa on erityisesti otettu huomioon sijoituspalveludirektiivin 11 artikla ja sen mukaiset sijoittajansuojaa koskevat periaatteet. Ks. Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 9.

<sup>22</sup> Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 7–8.

<sup>23</sup> Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 4.

tus sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan soveltamisesta.<sup>24</sup> Lisäksi jatkossa Ratan tarkoituksena on huomioida sääntelyssä vuonna 2004 rahoitusvälineiden markkinoista annettu direktiivi.<sup>25</sup>

## **2.4 Itsesääntely**

Arvopaperimarkkinoita koskevalla itsesääntelyllä on tärkeä merkitys sijoittajansuojaa sääntelevän normiston osana. Itsesääntelyn etuna on mahdollisuus antaa nopeasti tarkempia määräyksiä sääntelyn piiriin kuuluville arvopaperimarkkinoiden osapuolille, mikä puolestaan takaa lainsäädäntöön verrattuna joustavamman keinon ottaa huomioon arvopapereiden vaihdantaan vaikuttavat muutokset.<sup>26</sup>

Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuutta ei kuitenkaan ole itsesääntelyssä juurikaan otettu huomioon. Arvopaperipörssin säännöt sisältävät lähinnä arvopapereiden liikkeeseenlaskijoihin kohdistuvia velvollisuuksia ja ohjaavat arvopaperimarkkinoiden toimintaa siten yleisemmällä tasolla kuin välittäjien ja sijoittajien välistä suhdetta koskevat normit.

Myöskään Arvopaperivälittäjien yhdistyksen (APVY) itsesääntelyssä ei tarkenneta selvitysvelvollisuuden sisältöä. APVY on laatinut muun muassa sijoituspalvelun yleisiä sopimusehtoja sekä osto- ja myyntitoimeksiantoehtoja koskevat ohjeet, jotka sisältävät konkreettisia määräyksiä sijoittajan ja välittäjän oikeuksista ja velvollisuuksista.<sup>27</sup> Välittäjän selonottovelvollisuudesta ei ole otettu määräyksiä näihin ohjeisiin.

Välittäjien menettelytapaa koskevan, lakia alemmantasoisen norminannon keskittyminen yhden tahon eli Rahoitustarkastuksen tehtäväksi voi olla tarkoituksenmukaistakin sääntelyn yhdenmukaisuuden vuoksi. Esimerkiksi Isossa-Britanniassa itsesääntelyorganisaatioiden norminantovalta lakkautettiin vuosituhannen vaihteen tienoilla ja siirrettiin Ison-Britannian rahoitustarkastukselle. Tarkoituksena oli selkeyttää nimenomaan menettelytapaa koskevaa sääntelyä.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> CESR/01-014d, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>25</sup> Direktiivi 2004/39/EY. Ks. Rahoitustarkastuksen sääntelyn linjaukset Dnro 9/120/2004. <http://www.rata.bof.fi> 29.5.2005.

<sup>26</sup> HE 157/1988 vp, s. 5; HE 56/1998 vp, s. 13.

<sup>27</sup> Sijoituspalvelun yleisillä sopimusehdoilla säännellään asiakkaan ja välittäjän välisen asiakassuhteen yleisiä ehtoja, ja erillinen osto- ja myyntitoimeksiantosopimus tehdään arvopapereiden ostosta ja myynnistä. Ks. APVY:n sijoituspalvelun yleiset sopimusehdot, <http://www.apvy.fi> 2.9.2004.

<sup>28</sup> Suomessa ei tosin voida puhua APVY:n ja Arvopaperipörssin kaltaisen itsesääntely-

## 2.5 Selontovelvollisuuden sääntely ulkomailla

### 2.5.1 Yhdysvallat

Yhdysvalloissa keskeisimmät arvopaperimarkkinoita koskevat liittovaltion tasoiset lainsäädännökset ovat *Securities Act of 1933* ja *Securities Exchange Act of 1934*. Karkeasti ilmaistuna ensimmäinen laki koskee arvopapereiden liikkeeseenlaskua ja siihen liittyviä velvollisuuksia, kuten yrityksen tiedonantovelvollisuutta. Jälkimmäinen laki sääntelee puolestaan jälkimarkkinoiden arvopaperikaupankäyntiä.

Arvopaperinvälittäjän velvollisuus ottaa selvää asiakkaansa taloudellisesta tilanteesta ja sijoituspreferensseistä, niin kutsuttu *suitability*-doktriini, on peräisin alan itsesääntelytahojen eettisistä ohjeista.<sup>29</sup> Suitability-velvoite perustuu Yhdysvaltain arvopaperinvälittäjien yhdistyksen (National Association of Securities Dealers, NASD) sääntöön NASD Conduct Rule 2310.<sup>30</sup> Säännön mukaan arvopaperinvälittäjällä on oltava perusteltu

---

tahon vallasta antaa sitovia oikeusnormeja, kun kysymys on yhteisön jäseniä velvoittavien sääntöjen antamisesta. Yhteisön normien sitovuus perustuu jäsenien sitoutumiseen yhteisön sääntöjen noudattamiseen. Rahoitustarkastuksella puolestaan on lakiin perustuva valtuutus antaa esimerkiksi sijoituspalveluyrityksiä velvoittavia oikeusnormeja.

<sup>29</sup> Yhdysvaltain arvopaperiviranomaisen (Securities Exchange Commission, SEC) ratkaisukäytännöllä on kuitenkin ollut merkittävä rooli doktriinin kehittämisessä, kun SEC on ratkaissut NASD:n kurinpitolautakunnan päätöksistä tehtyjä valitusasioita. Siitä lähtien, kun edellä mainitut arvopaperimarkkinat säädettiin, SEC ei ole katsonut velvollisuuden liittyvän ainoastaan itsesääntelytahojen (self-regulatory organization, SRO) eettisiin sääntöihin perustuvaksi, vaan on tulkinnallaan katsonut sen kuuluvan myös lakiin perustuvaksi velvoitteeksi. SEC on nimittäin ratkaisukäytännössään katsonut *suitability*-velvoitteen liittyvän Securities Exchange Actin vilpillisen toiminnan kieltäviin säännöksiin. Ensimmäiset tämän mukaiset SEC:n ratkaisut annettiin 1960-luvulla. Ratkaisut perustuivat common law -oikeudessa omaksuttuun nk. ”shingle-teoriaan”, jonka mukaan liiketoiminnan aloitettava arvopaperinvälittäjä lupautuu implisiittisesti toimimaan rehellisesti asiakkaitaan kohtaan. Tähän liittyy muun muassa se, että välittäjä ei suosittele asiakkaalleen sijoituksia, jotka eivät ole tälle sopivia. Ks. *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1580–1581.

<sup>30</sup> NASD Conduct Rule 2310, Recommendations to Customers (Suitability): ”(a) In recommending to a customer the purchase, sale or exchange of any security, a member shall have reasonable grounds for believing that the recommendation is suitable for such customer upon the basis of the facts, if any, disclosed by such customer as to his other security holdings and as to his financial situation and needs. (b) Prior to the execution of a transaction recommended to a non-institutional customer, other than transactions with customers where investments are limited to money market mutual funds, a member shall make reasonable efforts to obtain information concerning: (1) the customer’s financial status; (2) the customer’s tax status; (3) the customer’s investment objectives; and (4) such other information used or considered to be reasonable by such member or registered representative in making recommendations to the customer – –.”

käsitys siitä, että sen antama sijoitussuositus (recommendation) on asiakkaan olosuhteisiin ja sijoitustavoitteisiin soveltuva (suitable). Suosituksen soveltuvuutta koskevan arvioinnin tulee perustua asiakkaan antamiin tietoihin, jotka välittäjän tulee asiakkaalta kysyä. Välittäjän on ennen sijoitussuosituksen antamista otettava selvää asiakkaan taloudellisesta tilanteesta, verotusasemasta, sijoitustavoitteista ja muista merkityksellisistä seikoista.<sup>31</sup>

Myös New Yorkin pörssin säännöissä on jäseniä velvoittava selonottovelvollisuutta koskeva määräys (NYSE Rule 405), joka ei kuitenkaan ole NASD:n sääntöä vastaava suitability-sääntö. NYSE:n sääntöä kutsutaan ”know your customer” tai virallisemmin ”Diligence as to Accounts” -säännöksi.<sup>32</sup> NYSE Rule 405:n mukainen velvollisuus ei rajoitu niihin tilanteisiin, joissa välittäjä antaa asiakkaalleen sijoitussuosituksen, vaan sitä on noudatettava kaikissa asiakassuhteissa. Tämä johtuu siitä, että alun perin säännöksen tarkoituksena oli suojata jäsenyrityksiä velvoittamalla nämä tutkimaan, että asiakas kykenee suoriutumaan toimeksiannosta johtuvista kustannuksista.<sup>33</sup> Ongelmallista säännöksessä on, että se ei määrittele niitä ”olennaisia tietoja”, jotka arvopaperinvälittäjän tulee hankkia asiakkaaltaan.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> NASD:n nykyinen säännös NASD Rule 2310(a) on peräisin 1930-luvun loppupuolelta ja sen soveltuminen rajoittui säännöksen nimenomaisen ilmaisun mukaan vain tilanteisiin, joissa välittäjä antoi asiakkaalleen sijoitussuosituksen. Säännökseen sisältyi kuitenkin pitkään ongelma: säännöksen kirjaimellisesta tulkinnasta johtui, että suositeltavan sijoituksen asianmukaisuus tuli arvioida vain niiden tietojen valossa, jotka asiakas oli välittäjälleen antanut, eikä välittäjällä ollut velvollisuutta erikseen tiedustella asiakkaaltaan kyseisiä tietoja. Tämän kannan myös NASD oli jäsenilleen antamassaan tiedotteessaan ottanut. SEC ei puolestaan koskaan hyväksynyt tätä kantaa ja katsoikin ratkaisuihinsa, että säännöksen 2310(a) ”if any” -sanat eivät tarkoittaneet sitä, että välittäjällä ei olisi velvollisuutta tiedustella asiakkaaltaan tietoja tämän taloudellisesta tilanteesta ja sijoitustarpeista. 1990-luvun alkupuolella NASD lisäsi hyvää tapaa koskevan säännön 2310(b), jonka eksplisiittinen ilmaus selvitysvelvollisuudesta ratkaisi kyseisen ongelman. Ks. *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1562–1563.

<sup>32</sup> Säännöksen mukaan jäsenyrityksen tulee ”[u]se due diligence to learn the essential facts relative to every customer, every order, every cash or margin account accepted or carried by such organization and every person holding power of attorney over any account accepted or carried by such organization”.

<sup>33</sup> *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1571; *Mäntysaari* 2001, s. 36, alav. 134.

<sup>34</sup> Ongelmana on lisäksi ollut se, että NYSE on kohdistanut asiakkaalleen sopimattomia toimeksiantoja toteuttaneisiin jäseniinsä kurinpidollisia toimia know your customer -säännön sijaan väljemmän säännön perusteella (NYSE Rule 476(a), jossa kielletään välittäjää menettelemästä tavalla, joka on ”inconsistent with just and equitable principles of trade”). Ongelmia voi aiheuttaa myös se, että NYSE:n säännöksen soveltuminen ei rajoitu niihin tilanteisiin, joissa välittäjä antaa sijoitussuosituksen. Tästä seurauksena on, että säännös soveltuu myös execution only -välityspalveluihin. NYSE Rule 405:n merkitystä on kuitenkin

## 2.5.2 Iso-Britannia

Isossa-Britanniassa selonottovelvollisuus perustui aikaisemmin Yhdysvaltain tavoin alan eri itsesääntelyorganisaatioiden sääntelyyn. Vuoden 2000 rahoituspalvelu- ja markkinainlain (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA) myötä keskeiseksi norminantajaksi tuli kuitenkin vuonna 1997 perustettu rahoitustarkastus (Financial Services Authority, FSA),<sup>35</sup> jolle asetetun norminantovallan johdosta rahoituspalvelun tarjoamista koskevien säännösten antaminen on keskittynyt ja selkeytynyt. Aikaisemman sääntelyrakenteen johdosta eri itsesääntelytahojen käytännöt olivat toisistaan poikkeavia. Tästä puolestaan johtui, että eri sääntelytahojen alaisten sijoituspalveluyritysten asiakkaat kokivat olevan erilaisessa asemassa toisiinsa nähden.<sup>36</sup>

Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuutta koskevat normit sisältyvät liiketoiminnan menettelytapaa sääntelevään normistoon (Conduct of Business, COB), joka on osa FSA:n laatimaa säännöskokoelmaa.<sup>37</sup> Selonottovelvollisuus perustuu NASD:n säännön tapaan suitability-velvoitteen. FSA:n uuden normiston myötä velvoitetta koskevan sääntelyn rakenne muuttui hieman, sillä COB:ssa know your customer -velvoite ja suitability-velvoite on kirjattu eri säännöksiin. Tällä sääntelytavalla haluttiin korostaa know your customer -periaatteen merkitystä.<sup>38</sup>

---

kin omiaan vähentämään se, että SEC on, käsitellessään NYSE:n kurinpitolautakunnan antamia ratkaisuja, usein jättänyt mainitsematta NYSE Rule 405:n ja perustanut ratkaisunsa sääntöön 476(a). Samalla SEC on perusteluissaan viitannut periaatteisiin, jotka on ilmaistu sellaisissa ratkaisuisa, joiden perustana on ollut NASD Rule 2310. *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1571–1572.

<sup>35</sup> Aikaisemmin Ison-Britannian useille eri itsesääntelyorganisaatiolle (self-regulating organization, SRO) oli vuoden 1986 rahoituspalvelulain (Financial Services Act 1986) nojalla asetettu velvollisuus valvoa sijoitustoimintaa ja antaa sitä koskevia normeja. Itsesääntelyorganisaatioiden toimintaa ja pääomamarkkinoita yleensä valvoi puolestaan saman lain perusteella Arvopaperi- ja sijoitusneuvosto (The Securities and Investment Board, SIB). Uuden lain myötä itsesääntelyorganisaatioiden norminantovalta siirrettiin arvopaperi- ja sijoitusneuvoston tehtävien ohella pankki-, vakuutus ja pääomamarkkinoita valvovalle rahoitustarkastukselle, joka antaa keskitetysti rahoituspalveluja koskevia normeja. FSMA:n korvasi vuoden 1986 rahoituspalvelulain.

<sup>36</sup> *Watkins* 1998, s. 108.

<sup>37</sup> FSA Handbook of rules and guidance. Kokoelma koostuu ylemmän tason periaatteista (highlevel standards), jotka soveltuvat kaikkiin sääntelyn kohteena oleviin yrityksiin, ja näihin periaatteisiin perustuvista tarkemmista liiketoimintaa koskevista säännöksistä (business Standards). Liiketoimintaa koskevien standardien yhtenä osana on liiketoiminnan menettelytapaa (Conduct of Business, COB) koskevat normit.

<sup>38</sup> FSA – Consultation paper 45a, s. 50, <http://www.fsa.gov.uk> 8.11.2004.

Know your customer -velvoitteen nojalla (COB 5.2.5R)<sup>39</sup> palveluntarjoajan tulee ennen aiottua sijoitusta tai salkunhoitoa koskevan yksilöllisen sijoitussuosituksen antamista yksityisasiakkaalle kohtuullisin toimenpitein varmistaa, että hänellä on riittävät tiedot asiakkaan henkilökohtaisesta ja taloudellisesta tilanteesta.<sup>40</sup> Sääntö ei sitä koskevan ohjeistuksen mukaan sovellu execution only -välitystoimintaan.<sup>41</sup> Toisaalta, milloin yritys tarjoaa yksityiselle asiakkaalle jollakin tavoin rajoitettua sijoitusneuvontaa, neuvonnan antamista mahdollisesti seuraavaa toimeksiantoa ei saa katsoa execution only -välitykseen kuuluvaksi.<sup>42</sup>

Suitability-velvoitteen (COB 5.3.5R) johdosta palveluntarjoaja ei saa antaa asiakkaalleen sijoitussuositusta tai tehdä salkunhoitoon liittyviä sijoituspäätöksiä ennen kuin se on varmistanut, että aiottu suositus tai päätös on asiakkaalle sopiva ottaen huomioon ne tiedot, jotka se on know your customer -velvoitteen nojalla asiakkaalta hankkinut. Lisäksi välittäjän tulee ottaa huomioon myös muut merkitykselliset seikat, joista välittäjä on tietoinen tai joista sen tulisi olla tietoinen.<sup>43</sup> Palveluntarjoajalle on lisäksi asetettu velvollisuus – silloin kun asiakas antaa suositeltua sijoitustoimenpidettä koskevan toimeksiannon – antaa asiakkaalle sijoituksen soveltuvuutta koskeva kirjelmä (suitability letter). Kirjelmä tulee antaa mahdollisimman pian toimeksiannon toteuttamisen jälkeen, ja siinä on kerrot-

---

<sup>39</sup> COB koostuu varsinaisista FSA:n säännöksistä ja niitä selittävästä ohjeellisista teksteistä. Normisto rakentuu siten, että normia seuraa opastava kirjoitus, mutta sääntöjä ei ole eroteltu ohjeellisista kirjoituksista säännösten juoksevassa numeroinnissa. Viittauskäytännössä tekstin normiluonne ilmenee juoksevan numeron perään liitettävästä kirjaimesta R tai G, sen mukaan onko kyseessä säännös vai sitä koskeva ohjeellinen teksti. Myös tässä säännöksiin viitataan vastaavan käytännön mukaisesti.

<sup>40</sup> COB 5.2.5R: "Before a firm gives a personal recommendation concerning a designated investment to a private customer, or acts as an investment manager for a private customer, it must take reasonable steps to ensure that it is in possession of sufficient personal and financial information about that customer relevant to the services that the firm has agreed to provide."

<sup>41</sup> COB 5.2.2G: "A firm that arranges an execution-only transaction for a private customer is not generally required to obtain any personal or financial information about that customer, except when the Money Laundering sourcebook applies."

<sup>42</sup> COB 5.2.3G: "When a firm provides limited advice on investments to a private customer, the firm should not treat any resulting transaction as an execution-only one."

<sup>43</sup> COB 5.3.5R: "Requirement for suitability generally. (1) A firm must take reasonable steps to ensure that it does not in the course of designated investment business: (a) make any personal recommendation to a private customer to buy or sell a designated investment; or (b) effect a discretionary transaction for a private customer (except as in (3)); unless the recommendation or transaction is suitable for the private customer having regard to the facts disclosed by him and other relevant facts about the private customer of which the firm is, or reasonably should be, aware – –."



tava muun muassa syyt, joiden perusteella kyseinen palveluntarjoaja päätyi katsomaan tietyn sijoitustoimenpiteen asiakkaan olosuhteisiin sopivaksi. Lisäksi kirjelmässä tulee olla yhteenveto sijoitustoimenpiteen seurauksista ja maininta toimeksiannon mahdollisista haittapuolista.<sup>44</sup>

### 3 SELONOTTOVELVOLLISUUDEN SISÄLTÖ JA SOVELTUVUUS

#### 3.1 Selonottovelvollisuus sijoitusneuvontaa annettaessa

##### 3.1.1 Arvopaperimarkkinalain mukainen selonottovelvollisuus

Arvopaperinvälittäjän tulee AML 4 luvun 3a §:n mukaan kysyä asiakkaaltaan tietoja tämän taloudellisesta asemasta, sijoituskokemuksesta ja sijoituspalvelua koskevista tavoitteista. Ennen toimeksiannon vastaanottamista sekä yksityis- että yhteisöasiakkaalta on tiedusteltava esimerkiksi asiakkaan yleistä arvopaperimarkkinoiden tuntemusta ja aiempaa kaupankäyntiaktiivisuutta arvopapereilla tai muilla sijoituskohteilla. Lisäksi arvopaperinvälittäjän tulee ottaa selvää siitä, minkälaista tuotto- ja riskitasoa asiakas tavoittelee.<sup>45</sup>

*Omaisuudenhoitoa* koskevan sijoituspalvelun tarjoamisessa selonottovelvollisuutta ei ole niissä tapauksissa, joissa se on asiakkaan sijoituskokemukseen tai muutoin olosuhteisiin nähden ilmeisen tarpeetonta. Lain esitöiden mukaan tietojen pyytäminen voisi olla tarpeetonta esimerkiksi silloin, kun arvopaperinvälittäjä tietää asiakkaan olevan ammattimainen sijoittaja,<sup>46</sup> tai kun sama asiakas on äskettäin käyttänyt arvopaperinvälittäjän tarjoamaa vastaavaa sijoituspalvelua.<sup>47</sup> Ammattimaisuuteen perustuva ilmeisestä tarpeettomuudesta on kuitenkin säännöksen mukaan varmistuttava pyytämällä asiakkaalta riittävät tiedot sen selvittämiseksi, voidaanko asiakasta pitää AML 1 luvun 4.4 §:ssä tarkoitettuna ammattimaisena sijoittajana.<sup>48</sup> *Arvopaperinvälitystä ja emissionjärjestämistä* koske-

<sup>44</sup> COB 5.3.14R

<sup>45</sup> HE 56/1998 vp, s. 73.

<sup>46</sup> Tällöin välittäjän tulee ilmoittaa sijoittajalle siitä, että hän pitää sijoittajaa ammattimaisena sijoittajana. Sijoittajalla on mahdollisuus vastustaa ilmoitusta.

<sup>47</sup> HE 56/1998 vp, s. 73–74.

<sup>48</sup> HE 56/1998 vp, s. 74–75.

vaa sijoituspalvelua tarjottaessa selonottovelvollisuus on puolestaan olemassa vain silloin, kun ei-ammattimainen sijoittaja pyytää sijoitusneuvontaa arvopapereiden hankinnassa tai luovutuksessa.

*Mäntysaari* pitää ongelmallisena sitä, että selonottovelvollisuus ulottuu arvopaperinvälitystä ja emissionjärjestämistä koskevissa sijoituspalveluissa (AML 4:3a.2) vain niihin tilanteisiin, joissa asiakas pyytää välittäjältä sijoitusneuvontaa. Mäntysaaren mukaan AML ei nimittäin tällöin täytä sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan vaatimuksia. Tämä johtuu siitä, että selonotto- ja tiedonantovelvollisuus ovat sillä tavoin yhteydessä toisiinsa, että tiedonantovelvollisuutta ei voida täyttää ilman välittäjän selonottovelvollisuutta.<sup>49</sup> Mäntysaari toteaa:

Sijoituspalveludirektiivin mukaisen tiedonantovelvollisuuden pitää sijoituspalveludirektiivin systematiikan mukaan perustua tietoihin asiakkaan taloudellisesta tilasta, sijoittamiskokemuksesta sekä pyydettyjä palveluja koskevista tavoitteista. Jos selonottovelvollisuus olisi riippuvainen siitä, pyytääkö asiakas sijoitusneuvontaa vai ei, arvopaperinvälittäjällä olisi vastoin sijoituspalveludirektiivin tarkoitusta oikeus antaa asiakkaalleen neuvontaa selvittämättä niitä seikkoja, jotka tekevät tiedoista asiakkaan kannalta mielekkäitä.<sup>50</sup>

Tästä johtuu myös se, että selonottovelvollisuuden tulee Mäntysaaren mukaan soveltua execution only -välitystoimintaan, sillä AML:n edellyttämää tiedonantovelvoitetta ei voida laiminlyödä.

### *3.1.2 Selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden välinen suhde*

Arvopaperimarkkina-alaissa säädetty arvopaperinvälittäjän tiedonantovelvollisuus on läheisessä yhteydessä AML 4 luvun 3a §:n mukaiseen selonottovelvollisuuteen. Niissä tilanteissa, joissa välittäjä tarjoaa sijoitusneuvontaa asiakkaalleen, arvopaperinvälitystä koskevan toimeksiannon huolellinen suorittaminen edellyttää välittäjän ja sijoittajan välistä vuorovaikutusta, jossa asiakas kertoo sijoitustavoitteistaan ja välittäjä puolestaan informoi sijoittajaa suunniteltuun sijoitukseen liittyvistä seikoista. Tiedonannon laajuutta määrittävät asiakkaan henkilökohtaiset seikat, jotka käyvät ilmi selonottovelvollisuuden täyttämisen myötä. Siten vuorovaikutuksen seurauksena päädytään lopulta tulokseen, jossa sijoitustoimenpide vastaa asiakkaan tavoitteita ja jossa tämä kykenee kantamaan sijoitukseen liitty-

---

<sup>49</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 28–29.

<sup>50</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 27–28.

vän riskin. *Mäntysaari* katsookin, ettei ole mielekästä asettaa arvopaperinvälittäjälle selonottovelvollisuutta, joka ei olisi yhteydessä tiedonantovelvollisuuteen.<sup>51</sup>

Siitä huolimatta, että sijoitusneuvontatilanteessa selonotto- ja tiedonantovelvoite liittyvät kiinteästi toisiinsa, voidaan arvopaperimarkkinalain mukainen tiedonantovelvollisuus täyttää ilman selonottovelvollisuutta silloin, kun sijoitusneuvontaa ei anneta. Tiedonantovelvollisuuden nimenomaisena tarkoituksena on varmistaa, että asiakas saa sellaiset toimeksiannon kohdetta koskevat tiedot, jotka saattavat olennaisesti vaikuttaa asiakkaan sijoituspäätökseen. Tiedonantovelvollisuuden johdosta annettava informaatio koskee markkinoilla yleisesti olevaa objektiivista tietoa. Olennaista on tiedottaa asiakasta liikkeeseenlaskijaa tai arvopaperia koskevista mahdollisista erityisistä riskeistä. Tiedonantovelvollisuutta perustellaan välittäjän markkinatuntemuksella sekä sijoittajaa paremmilla kyvyillä ja mahdollisuuksilla analysoida markkinoiden tapahtumia. AML:n esitöissä todetaan, että tiedonantovelvollisuus ei edellytä varsinaisen sijoitusneuvonnan antamista, joten välittäjän ei tarvitse olla tietoinen esimerkiksi asiakkaan arvopaperisalkun koostumuksesta tai suunnitellun sijoitustoimenpiteen vaikutuksesta asiakkaan kokonaisriskiin.<sup>52</sup>

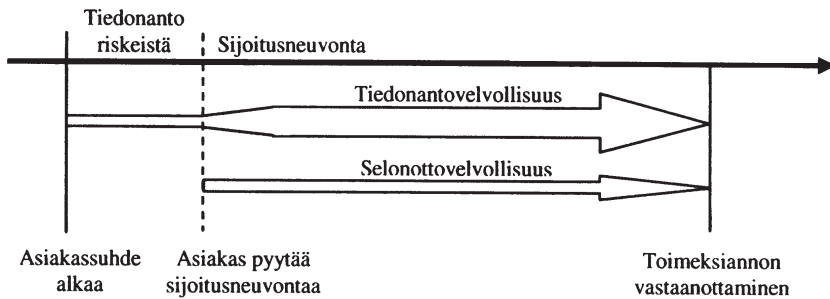
Varsinaiseen sijoitusneuvontatilanteeseen soveltuvan selonottovelvollisuuden taustalla vallitsee puolestaan ajatus siitä, että kun hankitaan riittävästi asiakkaan henkilökohtaisia ja taloudellisia olosuhteita sekä sijoitustavoitteita koskevaa tietoa, arvopaperinvälittäjän antama sijoitusneuvo vastaa paremmin juuri kyseisen asiakkaan olosuhteita. Myös sijoitusneuvon antaminen sisältää markkinoita koskevaa informaatiota, mutta se ei ole samalla tavoin objektiivista kuin tiedonantovelvoitteen nojalla annettu tieto. Sijoitusneuvonnassa on kysymys siitä, että arvopaperinvälittäjä analysoi ammattitaitoaan hyväksikäyttäen markkinoita koskevaa objektiivista tietoa suhteessa sijoittajan aikaisempaan arvopaperisalkkuun ja henkilökohtaisiin olosuhteisiin, kuten asiakkaan riskinsietokykyyn, ja muodostaa henkilökohtaisen näkemyksensä neuvosta, joka kyseisen asiakkaan osalta on asianmukainen.

Tiedonantovelvollisuus soveltuu näin ollen arvopaperinvälitykseen aina, ja selonottovelvollisuus puolestaan arvopaperinvälityksessä ja emissionjärjestämisessä niissä tilanteissa, joissa asiakas pyytää välittäjältä sijoitusneuvontaa. Kun välittäjä saa selonottovelvollisuuden perusteella tietoa muun

<sup>51</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 37–38, 121.

<sup>52</sup> HE 157/1988 vp, s. 39.

muassa asiakkaan sijoituskokemuksesta, laajenee tämän tiedonantovelvollisuus siinä määrin kuin asiakkaan sijoituskokemuksen perusteella on tarpeellista. Käytännössä tiedonantovelvollisuuden voidaan sanoa aina laajentuvan jossain määrin, sillä muutoin asiakkaana olisi niin ammattitaitoinen sijoittaja, että välittäjä voisi tämän vuoksi jättää selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden huomiotta. Asiakassuhteen aikaisen tiedonantovelvollisuuden ja selonottovelvollisuuden välistä suhdetta arvopaperinvälityksessä ja emissionjärjestämisessä voidaan havainnollistaa seuraavan kaavion avulla:



**Kaavio 1.** Selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden välinen suhde.

Asiakassuhteen aikainen tiedonantovelvollisuus vallitsee ennen selonottovelvollisuuden alkamishetkeä. Selonottovelvollisuuden alkumomentti sijoituu asiakkaan sijoitusneuvoa koskevan pyynnön esittämishetkeen ja päättyy yksittäisen toimeksiannon osalta, kun asiakas antaa toimeksiannon välittäjän hoidettavaksi.

Sijoituspalveludirektiivin yleisluontoisista periaatteista ei käy ilmi se, että direktiivi edellyttäisi Mäntysaaren esittämää selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden välistä yhtenäisyyttä. Kuitenkin Mäntysaaren esittämä huomio välittäjän oikeudesta antaa sijoitusneuvontaa ilman selonottovelvollisuutta on pohdinnan arvoinen. AML:n sääntelytavan vuoksi voidaan nimittäin kysyä, miten tulisi arvioida tilannetta, jossa asiakas ei ole yksittäistä toimeksiantoa koskevan neuvottelun aikana pyytänyt sijoitusneuvontaa, mutta välittäjä kuitenkin tosiasiallisesti kertoo välittäjän ominaisuudessaan<sup>53</sup> asiak-

<sup>53</sup> Tarkoitan tällä sitä, että välittäjä ei vain anna ”kaverillista neuvoa” asiakkaalleen, vaan normaalissa toimeksiantoa koskevassa neuvottelutilanteessa esittää oman näkemyksensä kannattavasta sijoituksesta. Merkitystä tällä on arvioitaessa sijoittajan luottamuksen määrää, mikä annettun neuvon oikeellisuuteen liittyy. Sinänsä asiamiehen huolellisuusvelvoitteesta yleensä voidaan todeta, ettei ystävänpalveluna ja ilman palkkiota suoritettavaakaan toimeksiantoa voida ilman korvausvastuuta huolimattomasti hoitaa. Ks. *Halila – Hemmo* 1996, s. 161.

kaalleen mielipiteensä (erotuksena puhtaasta tiedonannosta) jonkin sijoitustoimen kannattavuudesta ilman, että välittäjä on täyttänyt selonottovelvollisuutensa? Jos asiakas antaa mielipidettä vastaavan toimeksiannon välittäjälle ja tämän jälkeen osoittautuu, että esimerkiksi sijoituskohteen monimutkaisen luonteen vuoksi sijoittaja ei ollut ymmärtänyt oikein sijoitukseen liittyvää riskiä, voidaanko välittäjän selonottovelvollisuus katsoa laininlyödyksi?

Edellä mainittu tilanne lienee varsin teoreettinen, mutta periaatteessa mahdollinen. Kysymykseksi voi tällöin herätä se, milloin asiakkaan voidaan katsoa pyytäneen sijoitusneuvontaa, ja voiko välittäjä välttää vastuunsa väittämällä, että asiakas olisi esittänyt sijoitusneuvoa koskevan pyynnön. Pynnön esittäminen tulisi tällöin liittää helposti todennettavissa olevaan tosiseikkaan, kuten sijoitusneuvontaa koskevan sopimuksen tekemiseen välittäjän ja asiakkaan välillä. Jos osapuolten välillä on solmittu sijoitusneuvontaa koskeva sopimus, arvopaperinvälittäjän on täytettävä selonottovelvollisuus. Toisaalta samaan lopputulokseen johtaisi joka tapauksessa se, jos selonottovelvollisuus olisi sidottu niihin tilanteisiin, joissa *välittäjä antaa sijoitusneuvontaa* asiakkaalleen. Tämä vastaisi Yhdysvalloissa välittäjälle asetettua suitability-velvoitetta.

### *3.1.3 Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitean suositus sijoituspalveludirektiivin tulkitsemiseksi*

Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitea (CESR)<sup>54</sup> on maaliskuussa 2002 hyväksynyt suosituksen sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan soveltamisesta. Suositus katsottiin tarpeelliseksi, koska 11 artikla määrittelee edellytetyjen menettelytapasääntöjen sisältöä vain hyvin yleisellä tasolla. Tämän johdosta kansallisten säännösten yhdenmukaisuutta ei ollut tavoitellussa määrin saavutettu, mikä puolestaan vaikeutti muun muassa sijoittajansuojan riittävää toteutumista. Suosituksen tarkoituksena on yhdenmukaistaa yhteisön alueella sovellettavia menettelytapasääntöjä sijoituspalvelujen tarjonnassa.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> CESR on vuonna 2001 perustettu Euroopan alueella toimiva yhteistyöfoorumi, joka jatkaa ETA-maiden arvopaperimarkkinavalvojen yhteistyöfoorumin (Forum of European Securities Commissions, FESCO) työtä. Komitean tehtävänä on kehittää arvopaperimarkkinoita valvovien viranomaisten yhteistyötä ja toimia neuvonantajana Euroopan komissiolle EU:n lainsäädäntöä kehitettäessä. Suomea yhteistyöfoorumissa edustaa Rahoitus-tarkastus.

<sup>55</sup> CESR/01-014d, s. 3, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuuden osalta suosituksen tarkoituksena on varmistaa, että välittäjän asiakkaaltaan hankkiman tiedon avulla kyetään määrittämään sijoittajalle annettavan tiedon laajuus siten, että se on riittävä kyseisen asiakkaan sijoituspäätöksen tekemistä varten. Lisäksi hankittavan tiedon avulla pyritään varmistumaan siitä, että asiakkaalle tarjotut sijoituspalvelut ja sijoitusneuvot ovat sopivia kyseisen sijoittajan kannalta. Suosituksen mukaiset määräykset soveltuvat niihin tapauksiin, joissa välittäjän asiakkaana on yksityinen asiakas.<sup>56</sup>

Suosituksessa on esitelty toimenpiteitä, joita sijoituspalveluyhteisön tulisi noudattaa täyttääkseen suosituksen asettamat selonottovelvollisuutta koskevat vaatimukset. *Know your customer* -periaatteen sisältöä on tarkennettu sekä rahoitusjärjestelmän rahanpesutarkoituksiin käyttämisen estämisestä annetun Euroopan yhteisöjen neuvoston direktiivin (91/308/ETY) että sijoituspalveludirektiivin mukaisten vaatimusten osalta. Suosituksen mukaan välittäjän tulisi ennen sijoituspalvelun tarjoamista hankkia asiakastaan koskevia tietoja voidakseen arvioida, onko aiottu sijoituspalvelu sovelias kyseiselle asiakkaalle, ja pystyäkseen ylipäänsä täyttämään sijoituspalvelun tarjoamisesta johtuvat velvoitteet asiakastaan kohtaan. Arvopaperinvälittäjän tulisi hankkia tietoa asiakkaan sijoitustoimintaa koskevasta asiantuntemuksesta ja kokemuksesta, sijoituspäämääristä ja riskiprofiilista sekä taloudellisesta tilanteesta. Sijoittajan asiantuntemuksen ja sijoituskokemuksen osalta sijoittajalta tulisi pyytää tietoa esimerkiksi sijoittajalle tuttujen sijoituspalvelujen, toimeksiantojen ja -tuotteiden laadusta sekä sijoittajan arvopapereiden kaupankäyntiin liittyvistä kauppojen luonnetta, volyymia, tiheyttä ja ajallista kestoa koskevista aikaisemmista kokemuksista. Sijoituspäämääriin ja riskiprofiiliin liittyviä seikkoja ovat esimerkiksi tavoiteltavien sijoitusten ajallinen kesto, riskinottopreferenssit ja sijoittajan vakituiset tulot.<sup>57</sup>

Arvopaperinvälittäjän tulisi asiakassuhteen aikana tarkkailla sijoittajan salkkua ja tehtyjen sijoitusten kehittymistä. Sijoittajaa tulisi neuvoa ilmoittamaan sijoituspalveluyhteisölle sellaisista itseään ja olosuhteitaan koskevista merkityksellisistä muutoksista, joilla on vaikutusta sijoittajan sijoituspäämääriin, riskiprofiiliin tai taloudelliseen asemaan. Tällöin sijoituspalveluyrityksen tulee pyytää asiaa koskevaa lisäinformaatiota.<sup>58</sup> Jos asiakas ei halua antaa välittäjän pyytämiä tietoja, välittäjän tulee varoittaa asiakasta siitä, että tietojen luovuttamatta jättäminen voi vaikuttaa välittäjän mahdol-

---

<sup>56</sup> CESR/01-014d, s. 3–4, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>57</sup> CESR 01-014d, s. 16, alav. 15–16, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>58</sup> CESR 01-014d, s. 16, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

lisuuksiin arvioida sijoitustoimenpiteen sopivuutta asiakkaalle ja siten estää toimimasta parhaalla mahdollisella tavalla asiakkaan etujen mukaisesti.<sup>59</sup>

Sijoituspalveluun, jossa toimeksiannon vastaanottamisen yhteydessä annetaan sijoitusneuvontaa, sovelletaan osittain eri säännöksiä kuin sellaiseen sijoituspalveluun, jossa sijoitusneuvontaa ei anneta. Kun välittäjä antaa asiakkaalleen sijoitusneuvontaa, hänellä tulee olla sijoittajalta saadun ja välittäjällä muutoin olevan informaation valossa riittävät perusteet katsoa sijoitusneuvon olevan sopiva (suitable) kyseiselle asiakkaalle. Välittäjän tulee ilmoittaa asiakkaalleen ne perusteet, joiden nojalla sijoitusneuvon voidaan arvioida vastaavan parhaiten niitä asiakkaan etuja, jotka vallitsivat sijoitusneuvon antamisen aikaan. Vastaavasti ennen toimeksiannon vastaanottamista välittäjän tulee edellä mainittujen tietojen valossa varmistua siitä, että asiakkaan antama toimeksianto on sopiva asiakkaan olosuhteisiin nähden.<sup>60</sup>

Jos välittäjä huomaa – edellä mainittujen asiakkaalta saatujen tai välittäjällä muutoin olleiden tietojen perusteella – toimeksiannon olevan sopimaton kyseiselle asiakkaalle, välittäjän tulee ilmoittaa tästä asiakkaalle sekä antaa tarpeellista tietoa toimeksiannon mukaisesta aiotusta kaupasta. Tiedottamisen yhteydessä välittäjän on annettava asiakkaalle toimeksiantoon liittyvä riskivaroitus, jonka jälkeen välittäjä voi suorittaa toimeksiannon vain kahden edellytyksen täytyessä. Ensimmäkin asiakkaan tulee vahvistaa aikomuksensa jatkaa kaupan toteuttamista kirjallisesti tai puhelimitse siten, että puhelu nauhoitetaan. Toiseksi asiakkaan vahvistuksessa tulee nimenomaisesti viitata välittäjältä saatuun varoitukseen, josta huolimatta toimeksianto tulee suorittaa loppuun.

Arvopaperinvälittäjällä on CESR:n ohjeen mukaan jäljempänä esitettävällä tavalla tietynasteinen selontotevelvollisuus myös execution only -välityksessä, jonka vuoksi suositus sisältää selkeästi ankaramman kannanoton ilman sijoitusneuvontaa annettavaan välitykseen liittyvistä velvoitteista kuin mitä yksittäiset maat – esimerkiksi Yhdysvallat ja Iso-Britannia – ovat perinteisesti omaksuneet.

### *3.1.4 Sijoitussuosituksen arviointia Yhdysvalloissa*

Yhdysvalloissa arvopaperinvälittäjän tulee täyttää NASD:n säännön asettama suitability-velvoite. Säännöksen ajatuksena on, että välittäjä ei saa antaa asiakkaalleen sijoitussuositusta ilman, että välittäjä on arvioinut suo-

<sup>59</sup> CESR 01-014d, s. 17, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>60</sup> CESR 01-014d mp, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

situksen soveltuvan asiakkaan taloudellisiin ja henkilökohtaisiin olosuhteisiin sekä tämän sijoituspäämääriin. Suitability-säännöstä johtuu siis kahden elementin vertailu, jossa on toisaalta huomioitava asiakkaan sijoituspäämäärät ja aikaisemmat sijoitukset sekä toisaalta asiakkaalle ehdotettavan sijoituskohteen luonteenpiirteet.<sup>61</sup>

Käytännössä säännös johtaa siihen, että asiakas ei voi saada välittäjältään mitään henkilökohtaista sijoitusneuvonnanluonteista viestiä ilman, että välittäjä olisi arvioinut sen sopivuuden asiakkaalle. Toisaalta välittäjältä säännös edellyttää sen arviointia, minkälainen asiakkaaseen kohdistettu viestintä on katsottavissa sijoitussuosituksen antamiseksi. Huomiota on tällöin kiinnitettävä esimerkiksi siihen, ettei välittäjän puhtaasti tiedottamistarkoituksessa lähettämää tutkimusraporttia ole katsottava sijoitussuosituksiksi. Esimerkiksi NASD:n ohjeen mukaan sijoitustoimeksiannon katsotaan perustuvan välittäjän antamaan yksilölliseen suositukseen, kun välittäjä saattaa tietyn arvopaperin asiakkaansa tietoisuuteen millä viestintäkeinolla tahansa.<sup>62</sup>

Erityisesti internetympäristössä asiakkaalle voidaan antaa informaatiota erisisältöisten viestien välityksellä, mikä voi aiheuttaa ongelmia arvioitaessa sitä, milloin tietty viesti on lähetetty pelkästään tiedottamismielessä tai milloin se voidaan katsoa viestiksi, jolla tiettyä asiakasta kehoitetaan sijoitustoimeksiannon antamiseen. Toisaalta se, että suitability-velvoitteen perustana on sijoitussuosituksen antaminen asiakkaalle tarkoittaa, että asiakkaan olosuhteita ja sijoituspäämääriä koskeva selonottovelvollisuus ei sovellu execution only -välitystoimintaan.<sup>63</sup>

Suitability-velvoitteen sisältöä on NASD:n säännössä täsmennetty erilaisilla hyvän tavan vastaisten toimien kuvauksilla.<sup>64</sup> Siten sen lisäksi, että

---

<sup>61</sup> *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1558.

<sup>62</sup> Ks. tarkemmin NASD NtM 96-60, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>63</sup> NASD:n 1990-luvulla antaman ohjeen mukaan (NASD Notice to Members 96-32) hyvän tavan noudattamista velvoittavat normit edellyttävät spekulatiivisiin sijoituskohteisiin liittyvien sijoitustoimeksiantojen perusteellista asianmukaisuuden arviointia kaikissa tapauksissa. Tämän näkökannan mukaan selonottovelvollisuus soveltui myös execution only -välityspalveluihin. Execution only -välityspalvelua tarjonneet välittäjät protestoivat tätä kannanottoa, jonka vuoksi NASD tarkensi kantaansa uudella ohjeella (NtM 96-60). Ohjeessa NtM 96-60 todetaan suitability-velvoitteen soveltuvan vain niihin tilanteisiin, joissa välittäjä antaa asiakkaalleen sijoitustoimenpidettä koskevan suosituksen, eikä se siten sovellu tilanteisiin, joissa välittäjä ainoastaan vastaanottaa toimeksiannon oma-aloitteisesti toimivalta asiakkaaltaan. Myös SEC on säännöksissään määritellyt ”recommendation”-termin käsitettä NASD säännön 2310(a):n kontekstissa (SEC Rules 15g-1–15g-9). Välittäjien on NASD IM 2301-1:n mukaan huomioitava kyseisten SEC:n säännösten soveltuminen. *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1558; NASD IM-2310-1.

<sup>64</sup> Ks. NASD Rule 2310 ja siihen liittyvä ohje IM-2310-2.



säännös velvoittaa välittäjän arvioimaan suosituksen sopivuuden asiakkaalle, säännös edellyttää välittäjältä asianmukaista menettelyä aiottua sijoitus-suositusta annettaessa. Suitability-velvoitetta rikkoo esimerkiksi erilaisen hyvän tavan noudattamista edellyttävien tai intressiristiriitojen kieltoa koskevien normien noudattamatta jättäminen. Salkunhoitajan kannalta esimerkiksi ylimääräisten kauppojen tekeminen asiakkaan lukuun rikkoo suitability-velvoitetta. Yleensä tämän menettelyn tarkoituksena on lisätä välittäjän palkkioiden määrää, jonka välittäjä voi toteuttamistaan kaupoista periä. Vaikka tällaista tarkoitusta ei olisikaan, voivat kauppojen suuresta määrästä ja tiheydestä johtuvat taloudelliset velvoitteet olla kohtuuttoman raskaita asiakkaan taloudellisiin olosuhteisiin nähden.<sup>65</sup>

Suitability-velvoitteen vastaista on lisäksi se, että välittäjä ennustaa tarakan hintakehityksen osakekurssille tai että välittäjä vakuuttaa asiakkaalleen, ettei asiakas menetä omaisuuttaan tietyn osakekaupan johdosta.<sup>66</sup> Lisäksi velvoitteen vastaista on suosittaa sellaisen sijoituksen tekemistä, josta koituu asiakkaan kannalta kohtuuttoman suurta riskiä. Tällöin arvioitavaksi tulee sijoituskohteen riskipitoisuuden lisäksi myös asiakkaan varallisuus. Esimerkiksi eläkkeellä olevaa henkilöä ei tulisi suosittaa sijoittamaan merkittävää summaa ei-likvideihin sijoituskohteisiin tai käyttämään riskipitoisia sijoitusinstrumentteja kuten johdannaisopimuksia.<sup>67</sup> Käyttörahaakaan ei tulisi sitoa pitkän aikavälin sijoituksiin. Sijoitussalkun hajauttamisen laiminlyöminen voi myös tarkoittaa suitability-velvoitteen rikkomista riippuen asiakkaan omista sijoituspäämääristä.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> NASD IM 2301-2; NASD – Prohibited Conduct, <http://www.nasd.com> 18.10.2004. Sijoittajaa, joka haluaa minimoida verokustannuksiaan, ei tulisi suosittaa sijoittamaan esimerkiksi tiettyihin aktiivisesti kauppaa käyviin sijoitusrahastoihin, jotka tuottavat suuret ja tarpeettomat verovastuut.

<sup>66</sup> Kyse on tällöin arvopapereiden markkinoinnissa esitetyistä väitteistä. Arvopapereiden riskittömyyttä koskevat väitteet on myös Ratan ohjeessa katsottu harhaanjohtaviksi AML 2:1:ssä tarkoitetulla tavalla. Ks. myös *Hoppu* 2004, s. 260.

<sup>67</sup> Johdannaisinstrumentille on ominaista, että sen hinta määräytyy jonkun toisen hyödykkeen (kohde-etuus) arvon perusteella. Johdannaisen kohde-etuutena voi olla esimerkiksi osake, osakeindeksi, valuutta, korko tai raaka-aine. Kohde-etuudet eivät yleensä vaihda omistajaa, vaan johdannaiskaupan toinen osapuoli maksaa tarvittaessa kohde-etuuden markkinahinnan ja johdannaisopimuksen lunastushinnan välisen erotuksen. Johdannainen ei siten ole arvopaperi, vaan sopimus, jonka sisältö määräytyy sopimusehtojen perusteella. Standardoiduista sopimuksista käytetään nimitystä vakioitu johdannaisopimus. Johdannaisia ovat muun muassa optiot, termiinit, futuurit ja swapit. Ks. *Hoppu* 2004, s. 52–55.

<sup>68</sup> NASD – Prohibited Conduct, <http://www.nasd.com> 18.10.2004. Esimerkiksi 1990-luvulla, ennen ”kuplan” puhkeamista, oli ongelmana se, että sijoittajat nimenomaisesti halusivat muuttaa salkkunsu koostumusta siten, että se painottui informaatioteknologia-alan

## **3.2 Toimeksiantojen toteuttaminen ilman sijoitusneuvontaa**

### *3.2.1 Execution only -välitys arvopaperimarkkinalain mukaan*

Sijoittajalla on sijoitusneuvontaa hankkimalla mahdollisuus aina varmistua siitä, että hänen tekemänsä sijoituspäätökset perustuvat sellaisiin tietoihin, joissa on huomioitu hänen taloudelliset ja henkilökohtaiset olosuhteensa sekä sijoitustarpeensa. Toisaalta sijoittajan puolesta tehtyjen sijoituspäätösten tulee aina pohjautua vastaaviin tietoihin. Asiakkaan puolesta tehdyt sijoituspäätökset perustuvat asiakkaan ja välittäjän välillä solmittuun omaisuudenhoitosopimukseen. Omaisuudenhoidossa asiakas ei itse arvioi kunkin sijoituspäätöksen asianmukaisuutta, ja siksi välittäjälle on AML 4:3a.1:ssä säädetty velvollisuus selvittää asiakkaan sijoituspreferenssejä koskevat tiedot, jotta välittäjä voi jokaisessa asiakkaan puolesta tekemässään sijoituspäätöksessä ottaa huomioon hankitut tiedot.

Kun asiakas tekee itse sijoituspäätökset, hän voi halutessaan pyytää välittäjältä sijoitusneuvontaa, jolloin välittäjän täytettäväksi tulee arvopaperimarkkinalain edellyttämä selonottovelvollisuus. Jos sijoittaja arvioi kykenevänsä tekemään sijoituspäätökset itsenäisesti, eikä halua sijoitusneuvontaa, hänelle on arvopaperimarkkinalaissa annettu mahdollisuus toteuttaa sijoitus siten, että hän antaa pelkästään sijoitustoimeksiannon välittäjälleen. Tällöin ei luonnollisestikaan ole johdonmukaista vaatia välittäjää selvittämään know your customer -velvoitteen mukaisia tietoja. Selonottovelvollisuus on tästä syystä sidottu arvopaperimarkkinalaissa sijoitusneuvonnan antamiseen, eikä se siten sovellu execution only brokerage-toimintaan, jossa toimeksiannot toteutetaan ilman sijoitusneuvonantamista. Välittäjällä on kuitenkin aina arvopaperimarkkinalain mukainen tiedonantovelvollisuus.

*Mäntysaari* katsoo, että välittäjän selonottovelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus ovat voimassa myös execution only -välitystoiminnassa. Tämä johtuu siitä, että pelkkään välitystoimeksiannon toteuttamiseen tulee soveltaa samanlaisia sijoituspalveludirektiivin minimivaatimuksia kuin muuhunkin arvopaperinvälitykseen.<sup>69</sup> Mäntysaaren mukaan sijoituspalveludirektiivin johdosta ei ole tarvetta pohtia sitä, milloin esimerkiksi arvopaperinvälitykseen liittyy sijoitusneuvontaa. Olennaista on sen sijaan miettiä

---

yritysten osakkeisiin. Jos tämänkaltaisessa tilanteessa asiakas pystyi kantamaan salkkuun liittyvän riskin ja sijoitukset olivat asiakkaan päämäärän mukaisia, ei välittäjän voitane katsoa rikkoneen suitability-velvoitettaan.

<sup>69</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 53, 67.

sitä, milloin arvopaperinvälityksen kynnys ylittyy. Näin ollen arvopaperinvälitykseen olisi aina katsottava kuuluvan sijoitusneuvontaa, joten välittäjän tulisi myös aina täyttää selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden asettamat vaatimukset.<sup>70</sup> Näitä velvollisuuksia voidaan Mäntysaaren mukaan kutsua ”tosiasialliseksi velvollisuudeksi antaa sijoitusneuvontaa” ja niitä on siten tarkasteltava kokonaisuutena eli sijoituspalveludirektiivin systematiikan mukaisesti.<sup>71</sup>

### 3.2.2 Sijoituspalveludirektiivin asettamat vaatimukset

Sijoituspalveludirektiivissä ei ole mainintaa execution only -välitystoiminnasta eikä selonottovelvollisuuden soveltumisesta siihen, vaan siinä yksiselitteisesti todetaan, että sijoituspalveluyrityksen tulee hankkia asiakkailtaan tietoja, jotka koskevat heidän taloudellista tilannettaan, sijoittamiskokemusta sekä pyydettyjä palveluja koskevia tavoitteita. *Köndgen* arvioi, että sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan kirjoitustavan vuoksi ei ole selvää, että selonottovelvollisuus ei soveltuisi execution only -välitystoimintaan. Hän katsoo kuitenkin, että pelkästään toimeksiannon toteuttavalle välitystoiminnalle ei tulisi asettaa sitä tarpeettomasti rasittavia velvoitteita.<sup>72</sup>

Sijoituspalveludirektiiviä voidaan *Köndgenin* mukaan tulkita siten, että execution only -välittäjälle ei koidu selonottovelvollisuudesta johtuvaa taakkaa kokonaisuudessaan. Tämän tulkinnan mukaan välittäjällä olisi asiakassuhteen alkaessa velvollisuus arvioida vain se, soveltuuko execution only -välityspalvelu ylipäänsä kyseiselle asiakkaalle. Jos välittäjä arvioi, että asiakkaan sijoitustoimintaa koskevat taidot eivät ole riittäviä execution only -palvelua varten, välittäjän tulee tehdä tästä ilmoitus asiakkaalle. Tässä vaiheessa välittäjän selonottovelvollisuus on täytetty, ja asiakkaan vastuulle jää siitä päättäminen, toimiiko hän välittäjän antaman neuvon mukaan.<sup>73</sup> Välittäjän velvollisuuksien laiminlyömiseksi ja siten välittäjän vastuulle kuuluvaksi ei voida katsoa sitä, että asiakas toimii vastoin annettuja ohjeita. Täten välitystoimeksiannon toteuttaminen ilman varsinaista selonotto-

<sup>70</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 23.

<sup>71</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 24.

<sup>72</sup> *Köndgen* 1998, s. 129.

<sup>73</sup> Ajatuksena on ilmeisesti se, että asiakkaan tahtoessa execution only -tyyppistä välityspalvelua hän ei odota saavansa sijoitusneuvontaa välittäjältä. Vaikka selvitysvelvollisuutta ei edellä mainitun mukaisesti voida direktiivin valossa katsoa poissuljetuksi execution only -välityksessäkään, vaikuttaa asiakkaan tahto käyttää kyseistä palvelua välittäjän selvitysvelvollisuutta rajaavasti siten, että välittäjän tulee ainoastaan neuvoa asiakastaan siinä, kannattaako hänen käyttää execution only -palvelua vai ei.

velvollisuutta olisi lopulta mahdollista välittäjän velvollisuuksia laiminlyömättä myös ei-ammattimaisten sijoittajien ollessa asiakkaina.<sup>74</sup>

On kuitenkin syytä palauttaa mieleen se aikaisemmin todettu seikka, joka direktiivin 11 artiklan säätämishistoriasta kävi ilmi. Alun perin 11 artiklaan ei ollut tarkoitus sisällyttää menettelytapaa koskevia normeja. Kun menettelytapaa koskeva sääntely sittemmin katsottiin tarpeelliseksi, päädyttiin edellä mainittujen sisällöltään hyvin yleisten periaatteiden kirjaamiseen artiklaan. Tämä puolestaan johtui siitä, että tarkempien säännöksiin sisällöstä päättäminen olisi kestänyt liian kauan.<sup>75</sup> Voidaan siten kysyä, kuinka pitkälle vietyjä johtopäätöksiä voidaan tällä tavoin laaditusta direktiivin säännöksestä vetää? Voidaanko sillä esimerkiksi lakkauttaa kokonaan jossakin jäsenvaltiossa voimassa oleva lakiin perustuva käytäntö – tässä tapauksessa execution only -välitystoiminta?

Arvopaperimarkkinain mukainen selonottovelvollisuus ei sovellu nykyisenkaltaisena execution only -välitystoimintaan. Selonottovelvollisuuden tarkoituksena on sen varmistaminen, että välittäjän antama sijoitusneuvo on yksittäistapauksessa asiakkaan etujen mukainen, eikä selonottovelvollisuuden olemassaololle ole vastaavia perusteita silloin, kun tarkoituksena ei ole antaa asiakkaalle sijoitusneuvontaa. *Mäntysaari* katsoo kuitenkin, että direktiivien tulkintavaikutuksen vuoksi arvopaperimarkkinalakia tulisi tulkita sijoituspalveludirektiivin mukaisesti.<sup>76</sup> Tämä tarkoittaa sitä, että AML:lle annetaan sijoituspalveludirektiivin sanamuodon ja päämäärän mukainen sisältö.<sup>77</sup> *Hidén* ei puolestaan näe perusteita *Mäntysaaren* tulkintatavalle, vaan katsoo, että se aiheuttaisi sijoituspalveluyritykselle kohtuuttoman työtaakan tilanteessa, jossa asiakas on itse valinnut sijoituskohteensa eikä kaipaa neuvontaa välittäjältä.<sup>78</sup>

### 3.2.3 Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitean suositus

Aiemmin esillä olleessa Euroopan arvopaperimarkkinavalvojen komitean suosituksessa execution only -välitykselle asetetaan melko vaativat edelly-

---

<sup>74</sup> *Köndgen* 1998, s. 129. *Mäntysaaren* mukaan execution only -välitys kuuluu sijoituspalveludirektiivin soveltamisalaan, koska kyseisestä välitystavasta ei direktiivissä ole nimenomaisesti muuta säädetty. Tästä syystä direktiivin edellyttämä selvitysvelvollisuus koskee execution only -välitystä kuin mitä tahansa muutakin välitystoimintaa. Pelkästään execution only -välityksen alhaisempi hinta ei ole riittävä peruste kyseisen palvelumuodon jättämiseksi sijoituspalveludirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. *Mäntysaari* 2001, s. 53.

<sup>75</sup> *Cruickshank* 1998, s. 131.

<sup>76</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 39.

<sup>77</sup> *Joutsamo ym.* 1996, s. 81.

<sup>78</sup> *Hidén* 2002, s. 148 alav. 425.

tykset.<sup>79</sup> Suosituksen mukaan välittäjän tulee execution only -välityksessä ensinnäkin etukäteen ennen ensimmäisen toimeksiannon vastaanottamista ilmoittaa sijoitusneuvonnan puuttumisesta ja siten myös siitä, että toimeksiannon vastaanottamisen yhteydessä toimeksiannon sopivuutta asiakkaalle ei arvioida.<sup>80</sup>

Tämän lisäksi arvopaperinvälittäjän tulee määrittää asiakassuhteen alkaessa saatujen tietojen perusteella asiakkaalle sopiva sijoituspalvelu. Arvioinnissa huomioidaan esimerkiksi asiakkaalle sopivat sijoitusinstrumenttien ja arvopaperikauppojen lajit. Välittäjän tulee antaa asiakkaalle tieto arvioinnin lopputuloksesta. Jos välittäjä saa asiakkaaltaan toimeksiannon, joka ei vastaa välittäjän tekemiä määrittelyjä, välittäjän tulee varoittaa tätä ja toimittaa asiaa koskevat tiedot asiakkaalle. Tällöin toimeksianto voidaan suorittaa samoilla edellytyksillä kuin sijoituspalvelua annettaessa.<sup>81</sup> Yksittäisten toimeksiantojen soveltuvuutta välittäjän ei kuitenkaan tarvitse suosituksen mukaan arvioida.<sup>82</sup>

Arvopaperimarkkinavalvojen komitea näyttää pyrkivän siihen, että execution only -välityspalvelun tarjoaminen ei olisi mahdollista siinä muodossa kuin se on tarkoitettu tarjottavan. Kyseisen palvelumuodon tärkeä piirre on se, että sijoittajat, jotka haluavat vain toteuttaa tietyn arvopaperikaupan, voivat tehdä sen mahdollisimman alhaisin kustannuksin. Tällaiset sijoittajat suorittaisivat todennäköisesti kaupan omatoimisesti, jos se kaupankäyntijärjestelmässä olisi mahdollista. Koska esimerkiksi pörssilistalla vain pörssivälittäjillä on oikeus tehdä kauppvoja, on arvopaperinvälittäjien käyttäminen ainoa keino kaupan toteuttamiseksi. Selonotto- ja neuvontavelvollisuuden liittäminen execution only -välityspalveluun aiheuttaisi palveluntarjoajalle tarpeetonta työtä, josta taas koituisi lopulta asiakkaalle aiheettomia kustannuksia kenties sellaisen tiedon saamisesta, joka olisi kyseisen asiakkaan tiedossa ilman neuvontaakin.

### 3.2.4 *Execution only -välitys Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa*

Yhdysvalloissa välittäjän suitability-velvollisuus on sidottu välittäjän asiakkaalle antamaan sijoitussuositukseen. Kun execution only -välityksessä välittäjä ei anna asiakkaalleen sijoitussuositusta, ei myöskään selonotto-

<sup>79</sup> CESR/01-014d, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>80</sup> CESR/01-014d, s. 17–18, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>81</sup> Ks. kpl 3.1.3.

<sup>82</sup> CESR/01-014d, s. 17–18, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

velvollisuus liity kyseiseen palvelumuotoon.<sup>83</sup> Vastaavasti on suhtauduttu suitability-velvoitteen soveltumiseen execution only -välitystoimintaan Isossa-Britanniassa<sup>84</sup>. FSA:n uuden menettelytapaa koskevan ohjeen mukaan know your customer -periaate ei sovellu arvopaperinvälitykseen, jossa ei anneta sijoitussuositusta.<sup>85</sup>

### *3.2.5 Arvopapereiden välitys internetissä*

#### *3.2.5.1 Arvopapereiden internetvälitys Suomessa*

Internetin käytön lisääntyminen arvopaperinvälityksessä on helpottanut sijoitustoimeksiantojen antamista ja johtanut osaltaan arvopaperisäästämissä suosion kasvuun piensijoittajien keskuudessa. Suomessa internetin käyttöön liittyviä kysymyksiä ei tästä huolimatta ole juurikaan käsitelty arvopaperinvälityksen ja siihen liittyvän selonottovelvollisuuden osalta.

Arvopaperilautakunta on ratkaisussa APL 210/2003 ottanut kantaa välittäjän selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden soveltumiseen internetissä tapahtuvaan arvopapereiden välitykseen.<sup>86</sup> Ratkaisun mukaan internetvälityksessä on tyypillisesti kysymys siitä, että asiakas antaa itsenäisesti muodostamiensa sijoituspäätösten mukaisia toimeksiantoja arvopaperinvälittäjälle, jolloin kysymys on execution only -välityspalvelun käyttämisestä. Arvopaperimarkkinalain mukainen selonottovelvollisuus puolestaan koskee tilanteita, joissa sijoittaja ja välittäjä ovat suorassa vuorovaikutuksessa keskenään. Selonottovelvollisuutta koskeva olosuhdeperusteinen poikkeus tulee yleensä sovellettavaksi juuri silloin, kun asiakas antaa itsenäisesti muodostettuihin sijoituspäätöksiin perustuvia toimeksiantoja. Välittäjän tulee kuitenkin – myös tarjotessaan sijoituspalveluja asiakastaan tapaamatta – täyttää know your customer -periaatteen mukainen asiakkaan *tunnistamisvelvollisuus*.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> *Lowenfels – Bromberg* 1999, s. 1560 ss; *Mäntysaari* 2001, s. 63–64.

<sup>84</sup> *Mäntysaari* 2001, s. 65–66.

<sup>85</sup> Ks. COB 5.2.2G ja 5.3.3G

<sup>86</sup> Vuonna 2002 perustetun arvopaperilautakunnan tehtävänä on ratkaista arvopaperisijoittamiseen liittyviä riitoja asioissa, jotka koskevat arvopaperimarkkinalainsäädännön, viranomaisnormien tai sopimusehtojen soveltamista. Lautakunnan antamat ratkaisusuositukset eivät ole oikeudellisesti sitovia, mutta sen palvelut ovat maksuttomia ja käytössä kaikille ei-ammattimaisille sijoittajille.

<sup>87</sup> Ks. HE 56/1998 vp, s. 73. Asiakkaan tunnistamisvelvollisuudesta säädetään tarkemmin muun muassa rahanpesulaissa. Tarkoituksena on, että välittäjä tunnistaa asiakkaansa henkilöllisyyden, jotta varallisuuden liikkumista taholta toiselle arvopaperimarkkinoilla voi-

Arvopaperinvälityksessä käytetty viestintäväline ei kuitenkaan liene määräävä tekijä selonottovelvollisuuden soveltumisessa. Jos välittäjä tarjoaa esimerkiksi sähköpostitse sijoitusneuvontaa asiakkailleen, soveltuuko tällöin välittäjän selonottovelvollisuus? Tämänkaltaisessa tilanteessa välittäjä ja asiakas ovat vuorovaikutuksessa keskenään. Tällöin ei tulisi olla merkitystä sillä, että välittäjän ja asiakkaan vuorovaikutus perustuu esimerkiksi sähköpostitse tapahtuvaan kanssakäymiseen sen sijaan, että he tapaisivat toisensa kasvokkain.<sup>88</sup> Tällöinkin selonottovelvollisuus soveltuisi tavanomaisella tavalla niihin tilanteisiin, joissa asiakas on esimerkiksi sähköpostitse pyytänyt välittäjältä sijoitusneuvontaa.

### 3.2.5.2 *Arvopapereiden internetvälitys Yhdysvalloissa*

Yhdysvaltain arvopaperiviranomainen (Securities and Exchange Commission, SEC) on tutkinut internetissä tapahtuvan arvopaperinvälityksen kehitystä ja pohtinut suitability-velvoitteen soveltumista internetympäristöön ja siihen liittyviä erityiskysymyksiä. Tutkimuksen perusteella on katsottu, että perinteistä suitability-käsitettä sovelletaan internetissä tapahtuvaan arvopaperinvälitykseen, kun välittäjä antaa asiakkaalleen sijoitusta koskevan suosituksen. Ongelmana on kuitenkin teknologian nopea kehittyminen, jonka vuoksi on vaikeaa arvioida sitä, milloin välittäjä on tehnyt asiakkaalleen sijoitusehdotuksen.<sup>89</sup> Erityisesti tämä ongelma koskee niin kut-

---

daan seurata rahanpesulain tarkoitusperiä varten. Tämä velvollisuus olisi siten osittain täytetty, kun arvopaperinvälittäjä tarkistaa asiakkaansa henkilöllisyystodistuksen. Tämän lisäksi esimerkiksi Suomen Pankkiyhdistyksen antamassa ohjeessa edellytetään, että asiakassuhteen perustamisen jälkeen sijoituspalveluntarjoaja muodostaa näkemyksen asiakkaan toiminnasta asiakassuhteen edellyttämässä laajuudessa. Asiakassuhteen alussa tulee selvittää riittävästi asiakkaan taustoja sekä liiketoiminnan laajuutta ja maksuvirtoja, jotta pystytään arvioimaan, mikä kunkin asiakkaan osalta on normaalia ja mikä poikkeavaa. Näiden poikkeamien arvioiminen ja havaitseminen perustuu mm. välittäjän hyvään asiakastuntemukseen ja kykyyn havaita epätavallisia tapahtumia ja transaktioita. Pyrkimyksenä on estää pankkijärjestelmän hyväksikäyttäminen rikollisiin tarkoituksiin. Rahoitustarkastus on antanut asiakkaan tunnistamisesta asiakasta tapaamatta kannanoton, jossa määritellään velvoitteen asettamia vaatimuksia tarkemmin. Ks. Rahoitustarkastuksen kannanotto K/15/98, <http://www.rahoitustarkastus.fi> 29.5.2005; Suomen Pankkiyhdistys: Rahanpesupolitiikka 2004, s. 3–4, <http://www.pankkiyhdistys.fi> 4.12.2004.

<sup>88</sup> Asiakas on esimerkiksi aikaisemmin voinut antaa välittäjälleen toimeksiannon arvopapereihin tehtävän sijoituksen toteuttamiseksi, jolloin osapuolten välillä on myös sovittu sijoitusneuvontaa sisältävän sijoituspalvelun tarjoamisesta. Jos asiakas myöhemmin haluaa vielä sijoittaa esimerkiksi johdannaisinstrumentteihin, voisi välittäjän velvollisuutena olla asiakastaan koskevien tietojen ajanmukaistaminen tai selonotto asiakkaan kyvystä ymmärtää kyseiseen sijoituskohteeseen liittyvän riskin luonne.

<sup>89</sup> Unger 2000, [www.sec.gov](http://www.sec.gov) 14.5.2004.

suttua *data mining* -teknologiaa.<sup>90</sup> Selvänä on kuitenkin pidetty sitä, että arvopapereiden välityksen toteuttamistapa ei ole ratkaiseva tekijä arvioitaessa suitability-vaatimuksen soveltumista arvopapereiden välitykseen.<sup>91</sup>

Eräänä mielenkiinnon kohteena suitability-velvoitteen arvioinnissa on ollut tarjottua sijoituspalvelua koskevat asiakkaan odotukset. Asiakkaan odotuksiin liittyvä pohdinta ei ole Yhdysvalloissa varsinaisesti sisältynyt lainopilliseen keskusteluun, mutta sijoituspalveluyritykset ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että sijoituspalveluihin tavanomaisesti liittyvän inhimillisen kontaktin puuttuminen välittäjän kanssa on vähentänyt asiakkaiden oletuksia siitä, että välittäjä valvoisi asiakkaiden tekemien sijoituspäätösten sopivuutta. Sijoittajien odotukset voivat olla merkityksellisiä arvioitaessa sitä, milloin asiakkaalle toimitettu informaatio voidaan katsoa sijoitusehdotukseksi.<sup>92</sup> Mitä vähemmän sijoittajat olettavat välittäjien valvovan sijoituspäätösten sopivuutta, sitä enemmän sijoittajille voidaan tarjota informaatiota ilman, että sijoitussuositus katsottaisiin annetuksi.

Yhdysvaltain arvopaperinvälittäjien yhdistys NASD on antanut jäsenilleen ohjeen, jossa käsitellään suitability-velvoitteen soveltumista internetissä tapahtuvaan arvopapereiden välitykseen.<sup>93</sup> Ohjeen tarkoituksena on antaa esimerkkejä niistä tilanteista, joissa voisi olla kysymys suosituksen antamisesta. NASD on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka tietotekniikan kehittyminen on vaikuttanut välittäjien asiakkaidensa kanssa käymään kommunikointitapaan. Internetin käyttäminen mahdollistaa sijoittajien pääsyn arvopaperinvälittäjän sivustoilla oleviin sijoitustoimintaan liittyviin tietoihin, sijoittajien omien tutkimusten tekemisen näiden tietojen avulla sekä välitystoimeksiannon antamisen. Kehityksestä on ollut hyötyä sekä sijoittajil-

---

<sup>90</sup> SEC: Keeping Apace of Cyberspace, Special Study 1999, s. 2, <http://www.sec.gov> 1.11.2004; Unger 2000, [www.sec.gov](http://www.sec.gov) 14.5.2004. Data mining -teknologialla tai tiedonlouhinnalla tarkoitetaan tiedonkeruuta internetin käyttäjistä. Tietokoneisiin tallentuu tietoja muun muassa niistä sivustoista, joissa internetin käyttäjä on käynyt. Tätä informaatiota voidaan käyttää hyväksi internetin käyttäjän mieltymysten analysoinnissa tutkimalla esimerkiksi sitä, mitä linkkejä henkilö käyttää, minkälaisen asioiden parissa hän käyttää internetissä eniten aikaa ja mitä hakutermejä hän käyttää. Internetin käyttäjiä koskevasta tietomassasta voidaan data mining -teknologian avulla erottaa ne tiedot, jotka kiinnostavat tiedonhakijaa – esimerkiksi sijoituspalveluyritystä. Tällä tavoin sijoituspalveluyhteisöt voivat selvittää asiakkaan taloudellisiin seikkoihin tai internetkäyttöön liittyviä mielenkiinnon kohteita ja tehdä niiden perusteella sijoitusehdotuksia osakkeiden ostamisesta tai myymisestä. Ks. NASD NtM 01-23, s. 3, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>91</sup> Unger 2000, [www.sec.gov](http://www.sec.gov) 14.5.2004.

<sup>92</sup> Unger 2000, [www.sec.gov](http://www.sec.gov) 14.5.2004.

<sup>93</sup> NASD Notice To Members 01-23. Vaikka ohje on laadittu ensisijaisesti sähköistä kommunikointia varten, sitä voidaan käyttää soveltuvin osin esimerkiksi puhelimitse tapahtuvaan viestintään. NASD NtM 01-23, s. 1 alav. 3, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.



le että välittäjille, mutta haittapuolena on esimerkiksi suitability-velvoitteen noudattamisen vaikeutunut arviointi.<sup>94</sup>

NASD toteaa, että viimeaikaisissa keskusteluissa, joissa on käsitelty suitability-velvoitteen soveltumista internetissä tapahtuvaan arvopaperinvälitykseen, keskeisimmät kysymykset ovat olleet ensinnäkin se, tulisiko suitability-säännön ylipäänsä soveltaa on-line-välitykseen, ja toiseksi se, minkä tyyppiset viestintätilanteet muodostavat ”suosituksen” NASD Rule 2310 tarkoittamassa merkityksessä. Ensimmäisen kysymyksen osalta NASD katsoo, että suitability-velvoite soveltuu kaikenlaiseen – myös sähköiseen – viestintään, jossa suositus on annettu. Toisen kysymyksen osalta NASD korostaa, että suosituksen arvioinnissa keskeistä on aina yksittäisen tapauksen relevanttien seikkojen ja olosuhteiden huomioonottaminen, joten tyhjentävää vastausta on mahdotonta antaa etukäteen.<sup>95</sup>

Välittäjän asiakkaaseen kohdistaman viestinnän suosituksenluonteisuuden arviointi edellyttää arvioitavan viestin sisällön, asiayhteyden ja esitystavan tutkimista. Arviointi on enemmänkin objektiivista kuin subjektiivista. Tärkeä seikka on se, voidaanko välittäjän kommunikoinnin katsoa tarkoittavan ehdotusta ryhtyä sijoitustoimenpiteisiin. Arvioinnin kohteena on välittäjän toimittaman puhtaan informaation ohella mahdollisesti toimitettu muu aineisto.<sup>96</sup> Lisäksi yleinen periaate on se, että mitä yksilöllisemmin tietty viesti on muotoiltu tiettyä asiakasta varten, sitä suuremmalla todennäköisyydellä sen voidaan katsoa täyttävän suosituksen edellytykset.<sup>97</sup>

NASD on luetellut laatimassaan ohjeessa esimerkkitalanteita, joiden avulla voidaan arvioida, onko suositus annettu. Mikään luettelon yksittäinen kohta ei välttämättä ole riittävä sijoitussuosituksen muodostamisessa, vaan ratkaisu on aina tehtävä tapauskohtaisesti, kulloisenkin tilanteen relevantit seikat ja olosuhteet huomioon ottaen. Ohjeen mukaan suositus ei ole esimerkiksi se, että välittäjä luo asiakkaiden käytettäväksi nettisivuston, josta on saatavilla esimerkiksi erilaisia tutkimusraportteja ja uutisia. Suositukseksi ei myöskään katsota sitä, että välittäjällä on internetsivullaan ha-

<sup>94</sup> NASD NtM 01-23, s. 1, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>95</sup> NASD NtM 01-23, s. 2, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>96</sup> Eri tavoin arvioitaisiin esimerkiksi tilannetta, jossa välittäjä toimittaa asiakkaalleen tämän pyynnöstä pelkästään sijoitustoimintaan liittyvän tutkimusraportin kuin tilannetta, jossa välittäjä toimittaa samaisen raportin ohessa suullisen tai kirjallisen viestin, jossa välittäjä kehottaa asiakastaan ryhtymään sijoitustoimenpiteisiin raportin johdosta. Pelkän tutkimusraportin lähettäminen ei välttämättä olisi suositus, kun taas viestin liittäminen raportin ohkeen voi muodostaa viestistä kokonaisuutena suosituksen.

<sup>97</sup> NASD NtM 01-23 mp, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

kukone, jonka avulla asiakas voi omatoimisesti hankkia saatavilla olevaa tietoa esimerkiksi erilaisista osakkeista ja sijoitusrahastoista. Etsintätulokset voivat vaihdella asiakkaan valitsemien hakukriteerien perusteella ja voivat näyttää esimerkiksi tuoreet uutiset ja linkkejä toisille sivustoille. Myöskään se ei ole suositus, että asiakkailla on mahdollisuus tilata välittäjältä sähköpostitse tai muutoin sähköisesti viestejä, joissa asiakkaita tiedotetaan uutisista, jotka vaikuttavat asiakkaan salkussa oleviin osakkeisiin. Uutisvälitys voi koskea esimerkiksi sijoittajan salkussa olevien osakkeiden arvomuutosta tai se voi olla yleisluontoista tiedotusta, ja asiakas voi valita, kuinka laajasti tämä vastaanottaa informaatiota.<sup>98</sup>

Suosituksiksi puolestaan katsottaisiin ohjeen mukaan esimerkiksi se, että välittäjä lähettää tietylle asiakkaalle elektronisen viestin, joka sisältää tiettyä osaketta koskevan hankintakehotuksen tai että välittäjä lähettää asiakkaalleen sähköpostia todeten, että asiakkaiden tulisi sijoittaa tietyn teollisuudenalan osakkeisiin, ja houkuttelee asiakkaitaan hankkimaan yhden tai useamman osakkeen kyseisen teollisuudenalan listalta. Suositus olisi lisäksi esimerkiksi välittäjän sivustollaan ylläpitämä arvopaperisalkun analysointiohjelma, johon asiakas voi syöttää sijoitustavoitteisiinsa ja henkilökohtaisiin olosuhteisiinsa (kuten ikä, taloudellinen asema, riskitoleranssi) liittyvää tietoa, jonka jälkeen välittäjä lähettää asiakkaalle näihin tietoihin perustuen listan tietyistä osakkeista, joihin sijoittamalla tai joita myymällä asiakas voi saavuttaa sijoituspäämääränsä. Lisäksi NASD katsoo, että suositukseksi katsottaisiin myös se, että välittäjä käyttää *data mining* -teknologiaa selvittääkseen asiakkaan taloudellista tai internetkäyttöä koskevaa toimintaa ja näihin tietoihin perustuen lähettää asiakkaalleen sijoitusehdotuksia osakkeiden ostamisesta tai myymisestä.<sup>99</sup>

Kun suitability-velvollisuuden olemassaolo riippuu tapauskohtaisesta harkinnasta, tulisi tässä harkinnassa NASD:n mukaan ottaa huomioon ainakin seuraavat seikat. Ensinnäkään välittäjä ei voi vastuuvapauslausekkein välttää annetusta suosituksesta seuraavaa suitability-velvollisuutta.<sup>100</sup> Välittäjän tulisi kiinnittää huomioita siihen, onko yleiseksi tiedottamiseksi tarkoitettu viestintä kohtuudella katsottavissa suositukseksi sen luonne ja kohdehenkilö huomioon ottaen. Erityisesti huomiota tulisi kiinnittää siihen

<sup>98</sup> NASD NtM 01-23, s. 3, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>99</sup> NASD NtM 01-23 mp, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>100</sup> Välittäjä voi kuitenkin ilmoittaa, että tietty tiedonanto on yleistä tiedottamista varten, eikä se siten pohjautu kyseisen asiakkaan olosuhteisiin. Tämä voi selvittää asiakkaalle sitä, että tiedottaminen ei ole tarkoitettu suositukseksi. Tästä huolimatta tiedottamisen suosituksenluonteisuus ratkeaa kuitenkin aina sen sisällön, asiayhteyden ja esittämistavan perusteella. Ks. NASD NtM 01-23, s. 3, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

asiakkaalle kohdistettuun viestintään, jonka voidaan katsoa kehottavan asiakasta osakkeen ostamiseen, myyntiin tai vaihtoon. Tällöin kysymys ei olisi pelkästään objektiivisesta tiedottamisesta. Toisaalta arvioinnissa otetaan huomioon myös se, onko viesti lähetetty asiakkaan nimenomaisesta pyynnöstä. Asiakas on voinut pyytää välittäjältä tietoa esimerkiksi tietyn osakkeen saavutettua asiakkaan määrittämän hintarajan tai yrityksen julkaistua tulostiedotteet. Asiakkaan pyyntöön perustuva tiedottaminen ei välttämättä täytä suosituksen kriteereitä, ja toisaalta välittäjän lähettämä tieto, jota asiakas ei ole pyytänyt, ei välttämättä sellaisenaan ole suositus.<sup>101</sup>

NASD:n ohje on hyvin yksityiskohtainen ja kuvastaa problematiikkaa, joka liittyy sen arviointiin, minkälainen arvopaperivälittäjän viestintä voidaan katsoa asiakkaalle annetuksi sijoitussuositukseksi. Suitability-velvoitteen hyvänä puolena on kuitenkin se, että asiakas ei käytännössä voi saada velvoitetta noudattavalta välittäjältään mielipidettä sisältävää tiedonantoa ilman, että välittäjä on arvioinut sen sopivuuden kyseiselle asiakkaalle.

## 4 SELONOTTOVELVOLLISUUS JA ARVOPAPERINVÄLITYKSEN OSAPUOLET

### 4.1 Arvopaperinvälittäjään kohdistuvia velvollisuuksia

#### 4.1.1 Arvopaperinvälittäjä sijoitusneuvojana

Sijoitusneuvojalta edellytetään, että hänen antamansa neuvonta on asiantuntevaa ja että neuvon antamisessa on noudatettu huolellisuutta. Voidakseen antaa asiantuntevaa ja huolellista sijoitusneuvontaa arvopaperinvälittäjällä tulee olla arvopaperimarkkinoiden yleistä ja sijoituskohteiden erityistä tuntemusta. Vaadittava asiantuntemus edellyttää puolestaan riittävää koulutusta ja käytännön kokemukseen perustuvaa ja ajan tasalla olevaa tietoa.<sup>102</sup> Sijoitusneuvojan tulee tuntea ainakin tavanomaiset sijoitusvälineet ja erityisesti ne sijoitusvälineet, joihin liittyviä palveluja hän tarjoaa ja jotka hän on asiakkaalle markkinoinnissaan tai muuten ilmoittanut tuntevansa.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Ks. NASD NtM 01-23, s. alav. 18, <http://www.nasd.com> 18.10.2004.

<sup>102</sup> KM 1989:36, s. 212.

<sup>103</sup> Mäntysaari 2001, s. 123.

Sijoitusneuvojan arvioidessa asiakkaalle sopivaa sijoituskohdetta tämän tulee ottaa huomioon asiakkaan yksilölliset tarpeet. Tällöin on vertailtava eri sijoituskohteita ammattitaitoiselta sijoitusneuvojalta edellytettävällä tavalla, ja vertailun tulee perustua tietoon. Sijoitusneuvojan edellytetään perehtyvän yleisesti saatavissa oleviin tietolähteisiin. Arvopapereiden liikkeeseenlaskijoiden osalta on tutustuttava liikkeeseenlaskijan itsestään antamiin tietoihin. Tämän lisäksi tulee tutustua myös muihin liikkeeseenlaskijasta julkaistuihin tietoihin. Sijoitusneuvojan velvollisuutena ei kuitenkaan ole perehtyä kaikkeen saatavilla olevaan informaatioon, vaan erityisesti vaaditaan ajankohtaisten tietojen hallintaa.<sup>104</sup>

#### *4.1.2 Velvollisuus ottaa huomioon asiakkaalta hankitut tiedot*

Selonottovelvollisuutta koskevissa arvopaperimarkkinain perusteluissa todetaan säännöksen tausta-ajatuksena olevan se, että sijoituspalveluntarjoajan on tunnettava asiakkaansa ja tämän sijoitustarpeet voidakseen palvella asiakasta tämän etujen mukaisesti. Laissa puolestaan arvopaperinvälittäjä veloitetaan yksiselitteisesti vain hankkimaan tiedot asiakkaalta. Arvopaperimarkkinain mukainen know your customer -periaate näyttäisi siten sellaisenaan edellyttävän vain, että arvopaperinvälittäjä ainoastaan hankkii asiakkaastaan ne tiedot, jotka ovat merkityksellisiä sijoitusneuvon antamisessa. Esimerkiksi Yhdysvalloissa NASD:n säännössä on välittäjälle ensinnäkin asetettu velvollisuus hankkia asiakkaalta ne tiedot, jotka sijoittajalle annettavan suosituksen arvioinnissa ovat merkityksellisiä.<sup>105</sup> Tämän lisäksi säännökseen on kirjoitettu suitability-vaatimus, jonka mukaan sijoittajalle annettavan suosituksen tulee olla asiakkaan olosuhteiden kannalta sopiva, ja että sijoitussuosituksen sopivuutta tulee arvioida nimenomaan niiden tietojen valossa, jotka välittäjä on asiakkaaltaan saanut.<sup>106</sup> Vastaavaa sääntelytapaa on noudatettu Isossa-Britanniassa FSA:n sääntelyssä, jossa erikseen veloitetaan täyttämään know your customer -velvoite ja hankittujen tietojen avulla suitability-vaatimus.<sup>107</sup>

Voidaanko sanoa, että arvopaperinvälittäjä on noudattanut AML:n mukaista selonottovelvollisuutta, kun hän on hankkinut tiedot asiakkaaltaan, mutta ei kuitenkaan ole antanut sellaista sijoitusneuvoa, jonka huolellisen välittäjän kyseisten tietojen perusteella olisi tullut asiakkaalleen antaa?

---

<sup>104</sup> Mäntysaari 2001, s. 124–125.

<sup>105</sup> NASD Rule 2310(b)

<sup>106</sup> NASD Rule 2310(a)

<sup>107</sup> COB 5.2.5R ja 5.3.5R.

Arvopaperinvälittäjän houkutuksena voi esimerkiksi parempien palkkioiden toivossa olla mahdollisimman monen asiakkaan hankkiminen, jolloin yksittäisen asiakkaan toimeksiannon hoitaminen saattaisi laadultaan heikentyä. Vastaavasti salkunhoitaja saattaa sisällyttää asiakkaan salkkuun riskipitoisempia sijoituskohteita kuin asiakkaan riskinsietokyky edellyttää.<sup>108</sup>

Vaikka arvopaperimarkkinain know your customer -velvoitteen ei katsottaisi edellyttävän hankittujen tietojen käyttämistä sijoitusneuvonnassa, välittäjän ei kuitenkaan ole mahdollista arvopaperimarkkinalakia rikkomatta jättää tietoja huomioon ottamatta. AML 4 luvun muista säännöksistä nimittäin seuraa, että välittäjä ei saa käyttää hyvän tavan vastaista menettelyä tai että välittäjän on pyrittävä välttämään eturistiriitatilanteita ja niiden syntyessä välittäjän on kohdeltava asiakasta hyvän tavan mukaisesti. Välittäjän on myös hoidettava asiakkaansa toimeksiannot huolellisesti asiakkaan edut huomioon ottaen. Kun arvopaperinvälittäjä on hankkinut asiakastaan koskevat tiedot, ei toimeksiannon huolellinen hoitaminen voi tapahtua ilman kyseisten tietojen huomioon ottamista. Lisäksi Ratan ohjeissa 201.7 todetaan nimenomaisesti, että välittäjän tulee saamiensa tietojen perusteella pyrkiä varmistumaan siitä, että asiakkaan taloudellinen vastuunkantokyky ja sijoituskokemus ovat riittäviä asiakkaan kaavailemiin tai tälle suositeltaviin sijoitustoimiin.<sup>109</sup>

Jos välittäjä on toiminut hänelle asetettujen velvollisuuksien mukaisesti, hänen vastuulleen kuuluvaksi ei voida – ilman erillistä sopimusta – katsoa arvopapereiden arvon heikkenemistä. Sijoittajan suojaksi säädetyt velvollisuudet eivät nimittäin poista sijoittajan omaa vastuuta, vaan sijoittaja vastaa viime kädessä itse sijoituspäätöksestään.<sup>110</sup>

Kun välittäjälle on asetettu selonottovelvollisuus asiakkaan riskipereferensseistä ja tiedonantovelvollisuus erityisistä riskeistä, voidaan kysyä, tuleeko välittäjän tämän lisäksi varmistaa, että asiakas on todella ymmärtänyt riskin, joka aiottuun sijoituskohteeseen liittyy. Kysymys voi olla

<sup>108</sup> Ei liene pelkästään teoreettinen ajatus, että välittäjä ei aina asettaisikaan sijoittajan intressejä etusijalle, vaan että välittäjän omat intressit saisivat enemmän painoa hänen toiminnassaan. Välittäjä voi esimerkiksi saada enemmän palkkiota riskipitoisempien osakkeiden myymisestä. Lisäksi riskipitoisempien osakkeiden sisällyttäminen asiakkaan salkkuun voi olla välittäjän houkutuksena sen vuoksi, että tällöin niiden myyminen voi perustellusti tulla nopeammin ajankohtaiseksi kuin vähemmän riskisten osakkeiden. Nopeampi osakkeiden myyminen ja uusien osakkeiden hankkiminen puolestaan lisäävät asiakkaan lukuun tehtyjen kauppojen määrää, jolloin välittäjä voi kokonaisuudessaan periä enemmän palkkioita. Ks. *Booth* 1999, s. 1610–1613.

<sup>109</sup> Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 8.

<sup>110</sup> HE 56/1998 vp, s. 33; KM 1989:36, s. 212.

mielenkiintoinen erityisesti niissä tapauksissa, joissa sijoituskohteena ovat vaikeasti ymmärrettävissä olevat johdannaisopimukset. AML:ssa ei ole nimenomaisesti tästä säädetty. Arvopaperilautakunta on kuitenkin ratkaisuun APL 2039/2002 katsonut, että välittäjän tiedonantovelvollisuuteen ei kuulu vastuuta siitä, että asiakas todella ymmärtää hänelle annetut tiedot. Ratkaisun mukaan tiedonantovelvollisuus on täytetty sillä, että tietojen antaminen on objektiivisesti arvioiden ollut riittävää.<sup>111</sup>

#### *4.1.3 Selonottovelvollisuuden vaikutus riskinarviointiin*

Selonottovelvollisuuteen kuulu se, että välittäjä selvittää asiakkaaltaan tämän tavoittelemaa tuotto- ja riskitasoa. Sijoitusmarkkinoilla tuotto-odotukset ja riski ovat yhteydessä toisiinsa. Voitaneen olettaa, että asiakkaan riskinsietokyky on näistä ensisijainen siten, että välittäjän tulee mitoitaa sijoitukseen liittyvä riski ensisijaisesti asiakkaan tavoitteisiin sopivaksi myös sellaisen asiakkaan osalta, joka ilmoittaa tavoitteekseen korkean tuoton, mutta joka toisaalta osoittautuu riskiaversiiviseksi sijoittajaksi. Käytännössä yritysrisikin hallinta edellyttää sijoitussalkun hajauttamista, ja kysymys onkin asiakkaan sijoitussalkun muodostamisesta sellaiseksi, että se vastaa asiakkaan riskinsietokykyä.<sup>112</sup>

Menestyvät yritykset ovat yleensä kasvavia ja kannattavia. Yritys, jolla on korkea oman pääoman tuotto-prosentti, tuottaa omistajilleen taloudellista lisäarvoa, jolloin myös osinkojen maksaminen omistajille helpottuu.<sup>113</sup> Riskiä kaihtavaa sijoittajaa ei ole perusteltua neuvoa sijoittamaan yritykseen, johon liittyy jotakin tavallisuudesta poikkeavaa, ja tällaisen sijoituskohteen osalta myös välittäjän erityisiä riskejä koskeva tiedonantovelvollisuus tulee kysymykseen. Sijoittaja ottaa nimittäin aina sitä suuremman riskin, mitä velkaantuneempaan yhtiöön hän sijoittaa.<sup>114</sup> Sijoituskohdetta

---

<sup>111</sup> Vertaa esimerkiksi Isoon-Britanniaan, jossa edellytetään, että asiakas todella ymmärtää riskin. COB 5.4.3R:n mukaan välittäjän ei tulisi antaa yksilöllistä sijoitus-suositusta tai toimia salkunhoitajana, ellei välittäjä ole kohtuullisin toimenpitein varmistunut siitä, että asiakas ymmärtää sijoitukseen liittyvän riskin. Tämä sääntö soveltuu kuitenkin vain yksityisiin asiakkaisiin.

<sup>112</sup> Osakkeenomistukseen liittyy yritysrisikin lisäksi markkinariski, jota ei voida yritysrisikin tavoin hajauttaa. Markkinariskiinkin vaikuttavat muun muassa korkotilanteen muutos, inflaatio-odotukset ja verolainsäädäntö. Markkinariskiinkin voidaan kuitenkin varautua poistumalla markkinoilta oikea-aikaisesti. *Kaisanlahti*, LM 1995 s. 1298–1299.

<sup>113</sup> *Saario* 2000, s. 44.

<sup>114</sup> *Saario* 2000, s. 132.

koskevista poikkeavista olosuhteista esimerkkejä ovat lunastus- ja ostotarjoukset, osakeannit ja yrityssaneeraukseen joutuminen.<sup>115</sup>

Yhdysvaltain oikeuskäytännössä sijoitussuosituksen asianmukaisuutta koskeva yleisin arviointikriteeri on riski. Riskin käsitteen määrittäminen sinänsä on vaikeaa, ja tällöin voi herätä kysymys siitä, miten liiallinen riskinottaminen voidaan perustella. Yleensä riittävää on kuitenkin yhteen osakkeeseen tai salkkuun liittyvän riskin vertaaminen toiseen osakkeeseen tai salkkuun liittyvään riskiin.<sup>116</sup> Osakesijoitusten hajautuksella salkkuun liittyvää riskiä voidaan pienentää ilman, että tuotossa tapahtuisi suurempia muutoksia. Yleensä on riittävää hajauttaa sijoitettava varallisuus kahteenkymmeneen eri sijoituskohteeseen yrityskohtaisen riskin eliminoimiseksi.<sup>117</sup> Osakkeisiin sijoittamisen yksi keskeisimmistä periaatteista on, että mitä enemmän otetaan riskiä, sitä tuottoisampaa sijoittamisen tulee olla. Voidaankin sanoa, että lähtökohtaisesti välittäjän voidaan katsoa epäonnistuneen sijoitussuosituksen antamisessa, jos esimerkiksi riskiä kaihettava sijoittaja on joutunut ottamaan välttämätöntä enemmän riskiä ilman mahdollisuutta suurempaan tuottoon.<sup>118</sup>

Hajauttamisesta huolimatta eri salkkujen riskipitoisuus vaihtelee toisiinsa nähden. Useissa välittäjän ja sijoittajan välisissä riita-asioissa on ollut kysymys siitä, että sijoittaja on katsonut salkun koostumuksen muuttuneen vastoin hänen tahtoaan riskipitoisemmaksi siitä, mitä se alun perin

---

<sup>115</sup> Arvopaperiasioiden käsikirja 1990, s. 19. Vrt. kuitenkin *Kaisanlahden* esittämä kritiikki hovioikeuden ratkaisua kohtaan tapauksessa, jossa välittäjä veloitettiin korvaamaan sijoittajalle osakkeiden myöhemmästä kurssilaskusta aiheutunut vahinko, kun välittäjä ei ollut ilmoittanut siitä, että yhtiö oli asetettu yrityssaneeraukseen. Päätöksen perustana oli AML:n 4:4.2 §:n mukainen tiedonantovelvollisuus. *Kaisanlahden* esittämä kritiikki perustuu taloudellispainotteiseen näkemykseen, jonka mukaan markkinahinnalla on osaltaan merkitystä informaation välittäjänä, ja erään tutkimuksen mukaan pörssikurssi on paras väline julkistetun informaation vaikutusten mittaamisessa. Kun sijoituskohteeseen liittyvät seikat näkyvät arvopapereiden hinnassa, ei välittäjältä tarvitse edellyttää näin pitkälle menevää tiedonantovelvollisuutta. *Kaisanlahti* toteaa, että edellä mainittu päätös lisäsi arvopaperinvälittäjien epävarmuutta siitä, mitä asiakkaalle on yksittäisestä sijoituskohteesta kerrottava ja että tällainen epävarmuus nostaa välityspalvelujen hintaa. *Kaisanlahti* 1999, s. 33–34, alav. 156.

<sup>116</sup> *Booth* 1999, s. 1600.

<sup>117</sup> Sijoituskohteiden lukumäärän lisäksi merkitystä on kuitenkin vielä osakkeiden lukumääräisellä jakautumisella eri sijoituskohteisiin. Hyvin hajautetussa salkussa jokaisen osakkeen määrä on valittu niin, että eri kohteisiin sijoitettujen varojen määrä on yhtä suuri. Vielä paremmin hajautetussa salkussa on useamman eri maan sijoituskohteiden osakkeita. Tutkimusten mukaan kansainvälisesti hajautetulla salkulla voidaan eliminoida lähes 90 % yrityskohtaisesta riskistä, kun pelkästään kotimaisista osakkeista koostuva salkku voi eliminoida enintään hieman yli 70 % riskistä. *Booth* 1999, s. 1606.

<sup>118</sup> *Booth* 1999, s. 1601.

oli ollut.<sup>119</sup> Tällöin on tärkeää verrata vanhan ja uuden salkun koostumusta keskenään. Vertailussa yksinkertainen ja luotettava riskin mitta on osto- ja myyntikurssin erotus.<sup>120</sup> Jos sijoittajalla ei aikaisemmin ole ollut sijoitus-salkkua ja hän epäilee salkkunsu riskipitoisuuden olevan liian korkea, voidaan tämän salkun riskiä verrata saman välittäjäyrityksen muiden asiakkaiden salkkuihin.<sup>121</sup>

#### *4.1.4 Arvopaperinvälittäjän velvollisuus tarkistaa asiakkaalta saadut tiedot*

Sijoitusneuvonnan tarkoituksena on, että asiakas kykenee muodostamaan olosuhteisiinsa nähden soveltuvan sijoituspäätöksen. Välittäjän antama sijoitusneuvo puolestaan perustuu niihin tietoihin, jotka asiakas on antanut itsestään. Asiakas on kuitenkin voinut erehdyksissään antaa arvopaperinvälittäjälle totuutta vastaamattomia tietoja esimerkiksi sijoitussalkkunsu koostumuksesta tai taloudellisesta tilanteestaan. Miten tulisi tällöin arvioida tilannetta, jossa välittäjä vastaanottamiinsa totuudenvastaisiin tietoihin luottaen antaa asiakkaan olosuhteita vastaamattoman sijoitusneuvon?<sup>122</sup>

Korkein oikeus on tapauksessa KKO 1999:80 ottanut kantaa siihen, voiko konsultti aina luottaa asiakkaaltaan saamiinsa tietoihin. Tapauksessa oli kysymys kommandiittiyhtiön myymiseen tai sen toiminnan ja omaisuudenjärjestelyyn tähdänneestä suunnittelusta, jonka yhteydessä tilintarkas-

---

<sup>119</sup> Syynä riskipitoisuuden muuttumiseen voi olla esimerkiksi se, että välittäjä on alkuperäisen salkun muodostamisen jälkeen omaksunut riskipitoisemman sijoitusstrategian, jonka vuoksi salkun sisältö on muuttunut riskisemmäksi. Sijoittajan alkuperäisen salkun on voinut muodostaa myös muu välittäjä kuin se, joka koostumusta on myöhemmin muuttanut, tai alkuperäinen salkku on voinut päätyä sijoittajalle esimerkiksi perintönä. Ks. *Booth* 1999, s. 1616.

<sup>120</sup> *Booth* 1999, s. 1601–1602.

<sup>121</sup> Toisaalta on mahdollista, että välittäjän sijoitusstrategian johdosta myös muiden salkkujen riski voi olla tavanomaista korkeampi. Toisen välittäjäyrityksen muodostamiin salkkuihin vertaaminenkaan ei välttämättä ole ongelmatonta, sillä eri yritysten käytännöt voivat olla toisistaan poikkeavat. Jonkin välittäjäyrityksen sijoitusstrategia voi tarkoituksellisesti olla riskipitoisempaa palvelujen ollessa tarkoitettu niille asiakkaille, jotka ovat halukkaita ottamaan sijoituksilleen suuremman riskin. Ks. *Booth* 1999, s. 1617.

<sup>122</sup> Sijoittajansuoja on nimenomaisesti riippuvainen asiakkaan ammattimaisuudesta, ja siksi tätä koskeva arviointi on erityisen tärkeä. Sijoittaja saattaa arvioida myös ammattimaisuutensa väärin, minkä vuoksi hän saattaa ilmoittaa itsensä ammattimaiseksi sijoittajaksi vaikka todellisuudessa häntä ei voitaisi pitää ammattimaisena sijoittajana. Tältä osin APVY:n laatimassa ohjeessa on välittäjän huolellisuusvelvollisuuden todettu edellyttävän, että välittäjä arvioi myös itse, täyttääkö asiakas ammattimaisen sijoittajan kriteerit. Ks. APVY:n Ammattimaisen sijoittaja määritelmä, [www.apvy.fi](http://www.apvy.fi) 25.8.2004.



tusyhtiö oli antanut virheellisen neuvon asiakkaan kahden eri tontin vuokraoikeuksien luovutusten veroseuraamuksista. Toimeksiantoa hoitanut tilintarkastaja oli todennut, että vuokraoikeuksien luovuttaminen voisi tapahtua lähes verottomasti. Neuvo olisi ollut oikea, jos kommandiittiyhtiö olisi hallinnut tonttien rakennuksia ja maapohjaa siirtokelpoisen vuokrasopimuksen perusteella vähintään kymmenen vuotta. Kommandiittiyhtiö ei kuitenkaan ollut hallinnut toista tonttia kymmenen vuoden ajan nimenomaisesti siirtokelpoisen vuokrasopimuksen nojalla, vaan vuokrasopimus oli muuttunut siirtokelpoiseksi myöhemmin vuokrakauden aikana. Tämän vuoksi kyseisen tontin osalta edellytys, jonka varaan tilintarkastajan neuvo rakentui, ei täyttynyt. Asiakas ei puolestaan ollut käsittänyt vuokrasopimuksen siirtokelpoisuuden merkitystä ja oli kysyttäessä ilmoittanut tonttien hallinnan ylipäänsä kestäneen yli kymmenen vuoden ajan.

Tapauksessa oli siten kysymys siitä, kenen vastuulla on se, että neuvon antaneella toimeksisaajalla on ollut riittävät tiedot toimeksiannon suorittamista varten. Toimeksisaaja oli saanut asiakkaaltaan toimeksiannon täyttämiseksi käytetyt vuokrasopimuskauden kestoja koskevat tiedot, joiden täsmällisyyteen luottaen toimeksisaaja oli toimeksiannon täyttänyt. Tarkat tiedot olisivat kuitenkin olleet saatavilla toimeksiantajan vuokrasopimuksesta.

Korkeimman oikeuden ratkaisun mukaan toimeksisaajan on selvitettävä riittävän huolellisesti asian lopputulokseen vaikuttavat seikat, eikä hän siten voi luottaa oletuksiin asian oikeasta laidasta. Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluosassa todetaan:

Konsultti on antanut neuvonsa asiantuntijana. Hän on ollut tietoinen siitä, mikä vaikutus siirtokelpoisella vuokraoikeudella ja sen kestolla oli veroseuraamukseen. Hän ei ole voinut lähteä siitä, että asiakas<sup>123</sup> olisi tiennyt kyseisen erityistietämystä vaativan seikan merkityksen verotuksessa. Tämän vuoksi konsultin olisi täyttääkseen toimeksiannon huolellisesti tullut varmistua siitä, että hänen saamansa tiedot olivat täsmälliset, eikä hän ole saanut luottaa vain asiakkaan omaan asiantunteemukseen.

*Saarnilehto* näkee ratkaisun ongelmallisena. Ratkaisusta johtuu, että esimerkiksi asianajaja ei voisi luottaa asiakkaan suullisesti antamiin lausumiin, vaan tiedot tulisi aina tarkistaa asiakirjoista.<sup>124</sup> Korkein oikeus katsoi nimittäin perusteluissaan lisäksi, että toimeksisaaja ei olisi saanut tapauksessa tyytyä vain toimeksiantajaltaan suullisesti saamiinsa tietoihin, vaan hänen olisi tullut tarkistaa tarvittavat tiedot vuokrasopimuksesta, joka

<sup>123</sup> Nimi on muutettu.

<sup>124</sup> *Saarnilehto* 2000, s. 3.

oli ollut asiakkaalta saatavissa. Saarnilehto pitäisi erikoisena sellaista lähtökohtaa, jossa asiakas ei vastaisi omista sanoistaan toimeksisaajan kanssa asioidessaan. Perustellumpi lähtökohta olisi se, että toimeksisaaja täyttää huolellisuusvelvoitteensa varmistumalla siitä, että hänen saamansa tiedot ovat täsmälliset. Tiedon täsmällisyyden toimeksisaaja voisi varmistaa muotoilemalla asiakkaalleen esittämänsä kysymykset siten, että niihin annettavat vastaukset olisivat yksiselitteiset ja tarkat. Toimeksisaajan tulisi arvioida saamansa vastaukset ja pyytää tarvittaessa lisäselvitystä. Tiedon tarkistaminen asiakirjoista olisi Saarnilehdon mukaan vain yksi tapa varmistaa tietojen täsmällisyys.<sup>125</sup>

Myös *Mäntysaari* katsoo, että neuvontapalvelujen antajilla tulisi yleensä olla oikeus luottaa asiakkaalta saatuihin tietoihin. Mäntysaari viittaa esimerkkinä Saksassa vallitsevaan käytäntöön, jossa asianajaja voi luottaa asiakkaalta saamiinsa tietoihin ja asiakas vastaa antamiensa tietojen paikkansapitävyydestä. Jos asianajaja puolestaan huomaa tai hänen pitäisi huomata, että asiakkaan antamat tiedot eivät pidä paikkaansa, asianajajalla on velvollisuus ilmoittaa asiakkaalle paikkansapitämättömän tiedon merkityksestä.<sup>126</sup>

Saarnilehdon kanta vaikuttaa osuvalta myös arvopaperinvälittäjän toimeksiannon hoitamisen huolellisuutta arvioitaessa. Arvopaperimarkkinain esitöissä todetaan nimenomaisesti, että selonottovelvollisuuden täyttäminen ei edellytä asiakasta koskevien tietojen pyytämistä kirjallisesti, vaan riittävää on seikkojen vapaamuotoinen läpikäynti. Vaikuttaisikin perustellummalta näkemykseltä, että asiakas vastaa lähtökohtaisesti antamistaan tiedoista, mutta välittäjän epäillessä tietojen paikkansapitävyyttä, tai milloin tilanteeseen liittyy sellaisia monimutkaisia seikkoja, joiden välittäjän tulee käsittää olevan asiakkaalle vaikeita ymmärtää, hänen tulisi tarkentaa saamiaan tietoja esittämällä lisäkysymyksiä.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> *Saarnilehto* 2000 mp.

<sup>126</sup> *Mäntysaari*, DL 2000 s. 267–268; *Mäntysaari* 2001, s. 126 ss.

<sup>127</sup> IOSCO:n *know your customer* -periaatetta koskevan ohjeen mukaan sijoituspalveluntarjoajan tulisi hankkia jokaiselta asiakkaalta tietoja tämän olosuhteista sekä tarjottua palvelua koskevista sijoitustavoitteista. Ennen sijoitusneuvon antamista palveluntarjoajan tulisi varmistua siitä, että annettava neuvo perustuu asiakkaan tarpeisiin ja olosuhteisiin koskeviin tietoihin, joiden oikean ymmärryksen neuvonantaja on huolellisella tavalla varmistanut. Ohjeessa ei varsinaisesti määritellä toimenpiteitä, jotka tietojen oikean ymmärryksen nimissä tulisi tehdä niitä kysyttäessä, mutta ohjeessa korostuu ajatus siitä, että asiakkaan olosuhteita koskevan tiedon arvioinnissa tulee noudattaa erityistä huolellisuutta, johon ei pelkästään asiakkaan antaman tiedon vastaanottaminen välttämättä riittäisi. Ks. IOSCO: Principles on Client Identification and Beneficial Ownership for the Securities Industry, s. 9, <http://www.iosco.org> 2.12.2004.

#### 4.1.5 Arvopaperinvälittäjän tietojen ajanmukaistamis- ja dokumentointivelvollisuus

Arvopaperinvälittäjän velvollisuutena on tietojen hankkimisen lisäksi varmistaa, että asiakasta koskevat tiedot eivät ole vanhentuneet. Arvopaperinvälittäjän tulee siten aika-ajoin tarkistaa ja tarvittaessa ajanmukaistaa kyseiset tiedot. Arvopaperimarkkina-alaissa tästä ei ole nimenomaisesti säädetty, mutta ajatus ilmenee lain esitöistä. Esitöissä todetaan, että tietojen hankkimisen ilmeinen tarpeettomuus voisi olosuhteiden vuoksi johtua siitä, että sama asiakas on *äskettäin* käyttänyt arvopaperinvälittäjän tarjoamaa vastaavaa palvelua.<sup>128</sup> Jos asiakkaan ja välittäjän välisestä edellisestä yhteydenpidosta on kulunut enemmän aikaa kuin esimerkiksi yksi vuosi, välittäjän tulee kysyä tiedot uudestaan asiakkaalta. Myös Isossa-Britanniassa on katsottu, että välittäjän tulee aika ajoin tarkistaa asiakastaan koskevat tietonsa varmistuakseen, että ne pitävät paikkansa aina kulloinkin tarjottavan palvelun osalta. Tämä koskee erityisesti omaisuudenhoitoa, jossa välittäjä tekee sijoituspäätökset asiakkaan puolesta. Sellaisten asiakkaiden tietoja, jotka käyttävät välittäjän palveluja satunnaisesti, ei tarvitse kuitenkaan ajanmukaistaa jatkuvasti. Tällöin tietojen ajanmukaistaminen tulisi ajankohtaiseksi vasta sitten, kun asiakas seuraavan kerran käyttää välittäjän palveluja.<sup>129</sup>

Asiakasta koskevien tietojen ajanmukaistamisen lisäksi arvopaperinvälittäjän tulee säilyttää toimeksiantoja koskevat tiedot. Ratan ohjeen mukaan arvopaperinvälittäjällä tulee olla kirjalliset tiedot jokaisesta toimeksiannosta, sen muutoksesta ja peruutuksesta, ja tiedoista on lisäksi käytävä ilmi toimeksiantojen antamisen ajankohta. Kyseiset tiedot on säilytettävä riippumatta siitä, toteutuiko toimeksianto vai ei.<sup>130</sup> Tietojen dokumentoinnin ansiosta välittäjän ja asiakkaan välisen välityssopimuksen sisältö voidaan jälkepäin selvittää, jolloin helpottuu myös selonottovelvollisuuden noudattamisen jälkikäteen arviointi. Lisäksi arvopaperilautakunta on ratkaisusuosituksessaan APL 621/2002 katsonut hyvään tapaan sijoituspalvelutilanteessa sekä huolellisuuteen ja ammattimaisuuteen kuuluvan, että sijoitusneuvojana toimiva taho kykenee luotettavasti todentamaan, kuinka asiakastilanne on edennyt, mistä asioista on keskusteltu sekä mihin ratkaisuihin on päädytty ja millä perusteilla.

<sup>128</sup> HE 56/1998 vp, s. 74.

<sup>129</sup> FSA – Consultation paper 45a, s. 50, www.fsa.gov.uk 8.11.2004; COB 5.2.6.

<sup>130</sup> Rahoitustarkastuksen ohje 201.7, s. 16.

## **4.2 Asiakkaan ominaispiirteet ja selvitysvelvollisuus**

### *4.2.1 Asiakkaan henkilökohtaisten ominaisuuksien merkitys*

Arvopaperinvälittäjän tulee tiedustella asiakkaaltaan tämän taloudellista tilaa, sijoituskokemusta sekä sijoitusta koskevia päämääriä. Voidaan kuitenkin olettaa, että myös asiakkaan henkilökohtaisilla ominaisuuksilla on sellaista merkitystä, että niiden huomioon ottamista voidaan pitää perusteltuna. Välittäjän olisi hyvä ottaa huomioon esimerkiksi asiakkaan koulutustausta. Erään tutkimuksen mukaan korkeasti koulutetut henkilöt ovat sijoitustoiminnassa aktiivisempia kuin alhaisemman koulutustason omaavat ihmiset. Tämä voi osaltaan johtua siitä, että hyvä yleissivistys ja tietopohja lisäävät mahdollisuuksia selvittää osakekursseihin vaikuttavia seikkoja, jolloin osakesijoittamiseen liittyvä riskinhallinta on helpompaa ja osakkeisiin sijoittaminen turvallisempaa.<sup>131</sup> Kun välittäjän asiakkaana on vähemmän koulutautunut henkilö, voitaneen välittäjältä edellyttää suurempaa huolellisuutta selonottovelvollisuuden täyttämiseksi. Koulutustasulta ei kuitenkaan tule antaa ratkaisevaa merkitystä, sillä asiakkaan koulutus ei takaa sitä, että hänellä on kokemusta sijoitustoiminnasta.

Toinen asiakkaan henkilökohtaiseen ominaisuuteen liittyvä merkityksellinen seikka on hänen ikänsä. Sijoittajat voidaan periaatteessa karkeasti luokitella iän perusteella eri ryhmiin sen mukaan, kuinka kokeneita sijoittajia he ovat. Sijoituskokemusta voidaan arvioida olevan eniten 45–60-vuotiailla ja yli 60-vuotiailla, sillä he osallistuvat sijoitustoimintaan muita useammin. Vähiten sijoitustoiminnan kanssa tekemisissä ovat puolestaan 18–30-vuotiaat. Lisäksi sijoittamisen aktiivisuus eri ikäluokissa korreloi pitkälti käytettävissä olevan varallisuuden kanssa. Tutkimuksen perusteella voitaisiin siten päätellä, että esimerkiksi opiskelijoiden kokemuksen voidaan lähtökohtaisesti olettaa olevan keskimääräistä vähäisempää.<sup>132</sup> Toisaalta, kun asiakkaana on jo pidempään eläkkeellä ollut henkilö, voitaneen välittäjältä edellyttää normaalia enemmän tarkkaavaisuutta ja suuremman varovaisuuden noudattamista sijoituskohteiden valinnassa.

Iälläkään ei kuitenkaan ole katsottu olevan ratkaisevaa merkitystä arvioitaessa asiakkaan kykyä ymmärtää sijoitustoimien luonnetta. APL katsoi nimittäin ratkaisussaan 1555/2002, että ”asiakkaan ikä ei yksistään voi olla peruste olla tarjoamatta tai tarjota jotakin tiettyä sijoituspalvelua asiakkaalle, vaan lisäksi tarvitaan myös muita henkilöön liittyviä kriteerejä ja arviointeja”.

---

<sup>131</sup> Räsänen 2000, s. 231.

<sup>132</sup> Räsänen 2000 mp.

## 4.2.2 Asiakkaan selvitysvelvollisuus

Asiakkaan ominaisuudet vaikuttavat käytännössä siihen, kuinka perusteellista sijoitusneuvontaa asiakas tarvitsee. Sijoitusneuvonnan laajuus vaikuttaa puolestaan tehtävän selvitystyön laajuuteen. Kokeneemman sijoittajan, jota ei kuitenkaan voida katsoa ammattimaiseksi sijoittajaksi, voitaneen olettaa odottavan suppeampaa neuvontaa kuin sijoituskokemusta täysin vailla olevan sijoittajan.<sup>133</sup> Välittäjä ei kuitenkaan voine rajoittaa kokeneemmallekaan sijoittajalle antamaansa sijoitusneuvontaa ilman sijoittaja-aloitteista tahdonilmaisua.<sup>134</sup> Toisaalta AML 4 luvun 3a §:n mukaista selvitysvelvollisuutta ei tosiasiallisesti ole mahdollista noudattaa liukuvan asteikon mukaisesti eri tavalla eri asiakkaisiin, vaan selvitysvelvollisuus joko soveltuu tai ei sovellu.<sup>135</sup>

Kysymys on toisaalta välittäjälle asetetusta tiedonantovelvollisuudesta ja sen suhteesta sijoittajalta edellytettävään selvitysvelvollisuuteen. AML 4:4.2 :n edellyttämä välittäjän tiedonantovelvollisuus koskee sijoituskohteisiin liittyviä olennaisia seikkoja. Välittäjän tiedonantovelvollisuuden piiriin eivät siten kuulu asiat, joiden tulisi olla asiakkaan tiedossa yleisen elämäkokemuksen perusteella. Esimerkiksi sijoittajan oletetaan ymmärtävän, että osakkeiden kurssit voivat laskea.

Arvopaperilautakunnan ratkaisussa APL 210/2003 on otettu kantaa sijoittajalta edellytettävän selvitysvelvollisuuden laajuuteen. Tapauksessa sijoittaja oli antanut välittäjän internetpalvelussa ostotoimeksiannon erään yrityksen merkintäoikeuksista olettaen, että kun sijoituspalveluntarjoajan verkkosivuilta ei ollut toimeksiannon yhteydessä ilmennyt mitään normaalia poikkeavaa, merkintäoikeudet olivat olleet normaaleja osakkeita, ja että niiden omistukseen tai arvon säilymiseen ei liittynyt mitään erityisiä lisätoimenpiteitä. Osakkeiden lopullinen omistus vaati kuitenkin erillisen toimeksiannon antamista pankille, josta välittäjän olisi sijoittajan mukaan tullut erikseen varoittaa sivustoillaan. APL katsoi ratkaisussaan, että vaikka kysymyksessä oli execution only -välitys, ei välittäjän tiedonantovelvollisuus ollut kokonaan poissuljettu, vaan tiedonantovelvollisuuden alaisten tietojen tuli olla saatavilla palveluntarjoajan internetsivuilla. Kuitenkaan se, että välittäjällä oli tiedonantovelvollisuus, ei poistanut sijoittajan omaa, arvopaperin perusominaisuutta koskevaa selvitysvelvollisuutta. Kun asiakas oli valinnut kyseisen yrityksen arvopapereista erihintaiset ja eri kaupankäyntikustannuksilla varustetut merkintäoikeudet, palveluntarjoaja oli

<sup>133</sup> Mäntysaari, DL 2000 s. 251, jossa kysymys oli verokonsultin antamasta neuvosta.

<sup>134</sup> Tätä näkemystä voidaan perustella vakuutuslainsäädännön 5.2 §:n analogialla.

<sup>135</sup> Köndgen 1998, s. 128.

voinut luottaa asiakkaan ymmärtävän niiden olevan perusominaisuuksiltaan normaaleista osakkeista poikkeavia.

Kuten ratkaisussa mainitaan, kysymyksessä oli sellaisen toimeksiannon toteuttaminen, johon ei liittynyt sijoittajan sijoituskokemuksia huomioon ottavaa neuvontaa, ja siten AML 4 luvun 3a § ei tule sovellettavaksi. Sen sijaan välittäjällä on myös internetpalveluissa AML 4 luvun 4.2 §:n mukainen tiedonantovelvollisuus sijoituskohdetta koskevista olennaisista seikoista. Tapaus ei sinänsä selvennä sijoittajan selvitysvelvollisuuden laajuutta sijoitusneuvontatilanteessa, mutta ratkaisussa esitetystä toteamuksesta voitaneen tehdä johtopäätös, että jos sijoituspäätös olisi perustunut välittäjän antamaan sijoitusneuvontaan, sijoittajan oman selvitysvelvollisuuden laajuus olisi arvioitu suppeammaksi.<sup>136</sup> Aivan kokonaan asiakkaan oma selvitysvelvollisuus ei kuitenkaan poistu sijoitusneuvontatilanteessakaan.<sup>137</sup>

#### *4.2.3 Sijoittajan ammattimaisuus sijoittajansuojan poistavana tekijänä*

Arvopaperimarkkinain pääasiallisena tavoitteena on turvata markkinoiden tehokas toiminta ja suojata piensijoittajaa.<sup>138</sup> Tästä seuraa, että piensijoittajille tarpeelliseksi katsottu suoja ei koske samassa laajuudessa sijoittajia, jotka asiantuntemuksensa tai sijoitusaktiivisuutensa vuoksi on katsottava ammattimaisiksi sijoittajiksi.<sup>139</sup> Sijoittajan katsominen ammatti-

---

<sup>136</sup> Ratkaisuosituksessa sijoittajan selvitysvelvollisuutta arvioitiin nimenomaisesti sitä seikkaa vasten, että execution only -välityksessä ei anneta varsinaista sijoitusneuvontaa, vaan sijoittaja käy itsenäisesti kauppaa arvopapereilla.

<sup>137</sup> Ks. APL 121/2003, jossa asiakkaan ja pankkineuvojan välisen neuvonpidon jälkeen asiakas päätyi tekemään rahastomerkinnän, jonka yhteydessä hän sai rahastoesitteen. Asiakas teki vuotta myöhemmin vielä uuden merkinnän. Toisen rahastomerkinnän tekemisen jälkeen yleinen kurssitaso lähti laskuun, jonka jälkeen asiakas otti yhteyttä pankkineuvojaansa. Asiakas vetosi siihen, että pankkineuvoja ei ollut kertonut hänelle ensimmäisen rahastomerkinnän yhteydessä sijoituskohteeseen liittyvästä riskistä. APL katsoi jääneen epäselväksi, mitä asiakkaalle oli sijoitusneuvonnan yhteydessä kerrottu ja kuinka pankki oli muutoin huolehtinut selonotto- ja tiedonantovelvollisuudestaan. APL katsoi kuitenkin, että asiakas oli viimeistään toisen rahastomerkinnän yhteydessä tullut tietoiseksi sijoitusrahastosijoittamisen periaatteista ja riskeistä saatuaan ensimmäisen merkinnän yhteydessä rahastoesitteen. Mikäli asiakas ei ole tutustunut rahastoesitteeseen ja siinä annettuihin tietoihin on asiakas itse laiminlyönyt asiassa oman selonottovelvollisuutensa. Ks. myös *Hoppu* 2004, s. 336.

<sup>138</sup> HE 56/1998 vp, s. 6.

<sup>139</sup> Ammattimaisten sijoittajien tarve saada tietoa eri sijoituskohteiden erityispiirteistä on piensijoittajaa vähäisempi, sillä ammattimaiset sijoittajat tuntevat hyvin markkinoiden rakenteen, erilaiset sijoituskohteet ja niiden arvoon vaikuttavat seikat. Toisenlaista näkökulmaa edustaa se, että Suomen arvopaperimarkkinoiden kansainvälisen kilpailukyvyyn ylläpitämiseksi arvopaperimarkkinainsäädäntö on katsottu tarpeelliseksi laatia siten, että

maiseksi sijoittajaksi on merkityksellistä kahdella tavalla. Ensinnäkään ammattimaiset sijoittajat eivät kuulu sijoituspalveluyrityksistä annetussa laissa tarkoitetun sijoittajien korvausrahaston suojan piiriin (Sijoituspalvelulaki 38 §). Toiseksi eräät arvopaperinvälittäjiä velvoittavat arvopaperimarkkinalain 4 luvun säännökset eivät tule sovellettaviksi silloin, kun välittäjän asiakkaana on ammattimainen sijoittaja. Näiden lisäksi arvopaperilautakunnan tarjoamat palvelut eivät ole ammattimaisten sijoittajien käytössä.

Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuuden olemassaolo on riippuvainen sijoittajan sijoituskokemuksesta ja -taidosta, sillä AML:n mukaan välittäjällä on selonottovelvollisuus vain, jos se ei asiakkaan sijoituskokemukseen tai muihin olosuhteisiin nähden ole ilmeisen tarpeetonta. Hallituksen esityksen mukaan selonottovelvollisuuden mukaisten tietojen pyytäminen voi olla tarpeetonta esimerkiksi silloin, kun välittäjä tietää asiakkaan olevan ammattimainen sijoittaja.<sup>140</sup>

Arvopaperinvälittäjän asiakkaan ammattimaisuus voi perustua joko suoraan lakiin<sup>141</sup> taikka välittäjän tai asiakkaan tekemään ilmoitukseen.<sup>142</sup> Lain perusteella sijoittaja katsotaan ammattimaiseksi tämän statuksen perusteella, kun ilmoitusmenettely perustuu aina välittäjän tai sijoittajan omaan arvioon ammattimaisuuskriteerin täyttymisestä yksittäisen sijoittajan osalta.<sup>143</sup> Tällöin on tarpeen, että on olemassa yhtenäinen käytäntö, jonka perusteella arviointi tapahtuu. Arvopaperinvälittäjien yhdistys on tämän vuoksi AML 4:4.5 :n nojalla laatinut Rahoitustarkastuksen vahvistettavaksi esityksen perusteista, joiden mukaan sijoittajan ammattimaisuutta voidaan arvioida.<sup>144</sup>

---

ammattimaisille sijoittajille ja näille sijoituspalvelua tarjoaville yrityksille ei asetettaisi laissa tarpeettomia vaatimuksia. Ks. HE 56/1998 vp s. 32–33.

<sup>140</sup> HE 56/1998 vp, s. 73. *Mäntysaari* tosin katsoo, että arvopaperimarkkinalakia on direktiivin tulkintavaikutuksen vuoksi tulkittava sijoituspalveludirektiivin mukaisesti. Kun ammattimaisia sijoittajia ei sijoituspalveludirektiivin nojalla voi aina jättää suojan ulkopuolelle, niin arvopaperimarkkinalakia tulisi vastaavasti tulkita siten, että ammattimaiseksi katsottavaa sijoittajaa ei voida automaattisesti jättää sijoittajansuojan ulkopuolelle. Ks. *Mäntysaari* 2001, s. 18–19.

<sup>141</sup> AML 1 luvun 4 §:n 4 momentti 1–6 kohdat.

<sup>142</sup> AML 1 luvun 4 §:n 4 momentti 7–9 kohdat.

<sup>143</sup> HE 56/1998 vp, s. 68.

<sup>144</sup> Arvopaperinvälittäjien yhdistyksen esityksessä esitetään yleisiä perusteita, joiden nojalla asiakas voidaan katsoa ammattimaiseksi sijoittajaksi AML 1:4.4 :n kohtien 8–9 mukaisesti. APVY:n esityksen mukaan sijoitustoiminnassaan ilmeisen ammattimaisena pidettäviä yhteisöjä tai säätiöitä (AML 1:4.4 :n kohta 8) voisivat tyypillisesti olla erilaiset institutionaaliset sijoittajat, kuten erilaiset eläkerahastot, -säätiöt ja -kassat. Ilmeinen ammattimaisuus tarkoittaa esityksen mukaan mm. sitä, että yhteisön tai säätiön sijoitustoiminta on suunnitelmallista, aktiivista sekä usein myös volyymiltään huomattavaa. Huomionarvoista

Arvopaperivälittäjien yhdistyksen laatiman esityksen mukaan ammattimaisena sijoittajana pidetään sijoittajaa, joka tuntee arvopaperimarkkinoiden riskit ja sijoituskohteiden ominaisuudet niin hyvin, että hän kykenee tekemään itsenäisiä sijoituspäätöksiä sekä ymmärtämään ne riskit, jotka hänen tekemiinsä päätöksiin liittyvät. Lähtökohtaisesti merkityksellistä on aina sijoittajan sijoitustoimintaa koskeva ammattitaito. Ammattimaisuutta koskeva arviointi tehdään osittain objektiivisin kriteerein, tarkastelemalla esimerkiksi arvopaperikaupan laatua ja sijoitettavien varojen määrää. Arvopaperikaupan laadun osalta ammattimaisuutta puoltava seikka on esimerkiksi asiakkaan aktiivinen kaupankäynti arvopapereilla ja johdannais-sopimuksilla, minkä lisäksi arviointiin vaikuttaa kauppojen suuruus.<sup>145</sup> Sijoittajaa, joka toimii arvopaperimarkkinoilla vain satunnaisesti (muutaman kerran vuodessa), ei yleensä voida pitää ammattimaisena sijoittajana. Sijoitettavien varojen määrä indikoi sijoittajan ammattimaisuutta tai ei-ammattimaisuutta, mutta on kuitenkin huomioitava, ettei sijoitettavien varojen suuri määrä tee yksin sijoittajasta ammattimaista, vaan vaikutuksellista on lisäksi sijoittajan ammattitaito. Sijoitettavan varallisuuden vähäinen määrä on puolestaan selvempi osoitus siitä, että sijoittaja ei ole ammattimainen sijoittaja.<sup>146</sup>

---

on myös sijoitustoiminnan organisointi. Ilmeistä ammattimaisuutta osoittaa se, että yhteisön tai säätiön sijoitustoiminnasta vastaa oma toiminto tai että sijoitustoimintaa varten on nimetty asiantuntija. Sijoitustoiminnan organisointia olennaisempaa on kuitenkin aina yhteisön tai säätiön puolesta toimivien henkilöiden sijoitustoimintaa koskeva ammattitaito, minkä vuoksi esimerkiksi kaikkia kuntia ja seurakuntia ei lähtökohtaisesti voida pitää AML:ssa tarkoitettuina ammattimaisina sijoittajina.

Sijoittajan ammattimaisuus voi perustua myös asiakkaan omaan, kirjallisesti tehtyyn ilmoitukseen (AML 1:4.4 :n kohta 9), jossa asiakas katsoo ammattitaitonsa ja sijoituskokemuksensa perusteella olevan ammattimainen sijoittaja. Nämä sijoittajat voivat olla yhteisöjä, säätiöitä tai luonnollisia henkilöitä. Tyypillisesti tällaisia sijoittajia ovat esimerkiksi arvopaperikauppaa aktiivisesti harjoittavat pienehköt yhteisöt. Luonnollisista henkilöistä kysymykseen voivat tulla esimerkiksi arvopaperinvälittäjien tai muiden institutionaalisten sijoittajien sijoitusorganisaatioissa työskentelevät henkilöt. Ilmoituksen tulee aina perustua asiakkaan oma-aloitteeseen tahdonilmaisuuksiin, ja arvopaperinvälittäjän on tällöin arvioitava myös itse kyseisten kriteerien täyttyminen. Ks. myös HE 56/1998 vp, s. 69–70.

<sup>145</sup> Kauppojen suuruus sellaisenaankin voi puoltaa asiakkaan pitämistä ammattimaisena sijoittajana. Indikaationa asiakkaan ammattimaisuudesta on esimerkiksi se, että asiakkaalla on varallisuuden hoitoon erikoistunut rahoitusosasto tai sijoitustoiminnasta vastaava henkilö tai henkilöstö. Ks. APVY:n ammattimaisen sijoittajan määritelmä, <http://www.apvy.fi> 25.8.2004.

<sup>146</sup> Esimerkkinä APVY:n esityksessä mainitaan yhteisö tai säätiö, jonka sijoitettava varallisuus on suuri, mutta jonka sijoitustoiminnasta vastaavien henkilöiden arvopaperimarkkinoita koskeva asiantuntemus on vähäinen. Tällöin sijoittajaa ei voida lähtökohtaisesti pitää ammattimaisena sijoittajana. Ks. APVY:n ammattimaisen sijoittaja määritelmä, <http://www.apvy.fi> 25.8.2004.



#### 4.2.4 Sijoittajan ammattimaisuuden merkitys Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa

Yhdysvalloissa suitability-velvoite soveltuu myös ammattimaisiin sijoittajiin, mutta suppeammassa laajuudessa kuin ei-ammattimaisiin sijoittajiin. Ammattimaisiin sijoittajiin soveltuu nimittäin vain NASD Rule 2310(a), joka ei sinänsä edellytä tietojen hankkimista asiakkaalta, vaan arviointi tehdään niiden tietojen valossa, jotka asiakas on välittäjälleen kertonut.<sup>147</sup> Välittäjien menettelyltä edellytetään kuitenkin ammattimaistenkin sijoittajien osalta vastaavanlaista ammattimaisuutta kuin ei-ammattimaisen sijoittajan ollessa asiakkaana. Suitability-velvollisuus soveltuu ammattimaisiin sijoittajiin eri laajuudessa asiakkaasta riippuen. Velvoitteen laajuuteen vaikuttavat tärkeimmät seikat ovat asiakkaan kyky tehdä itsenäisiä riskiarvioita sekä mahdollisuus arvioida itsenäisesti välittäjän tekemää suositusta. Jos välittäjä arvioi, että asiakas kykenee arvioimaan riskin ja sijoitussuosituksen itsenäisesti ja tekemään niiden perusteella sijoituspäätöksen, on välittäjän suitability-velvoite täytetty. Muussa tapauksessa välittäjän tulee täyttää suitability-velvoite perusteellisemmin.<sup>148</sup>

Isossa-Britanniassa FSMA mahdollistaa sijoittajansuojan tarjoamisen myös ammattimaisille sijoittajille, mutta FSA:n päätettäväksi jää se, miten ammattimaisen sijoittajan suoja käytännössä toteutetaan. Know your customer -velvoite soveltuu siten sekä ei-ammattimaisiin että osittain myös ammattimaisiin asiakkaisiin. Ajatuksena on, että sijoitusneuvonnassa välittäjällä on selonottovelvollisuus vain ei-ammattimaisia asiakkaita kohtaan, kun taas salkunhoidossa know your customer -periaate tulee ottaa huomioon myös ammattimaisten sijoittajien ollessa asiakkaana. Tämä johtuu siitä, että salkunhoidossa välittäjä tekee asiakkaan puolesta tämän salkkua koskevat sijoituspäätökset, eikä sijoittajan omalla ammattimaisuudella ole päätöksenteossa merkitystä. Tällöin ammattimaisellakin sijoittajalla on oltava oikeus edellyttää palveluntarjoajan toimivan tavalla, joka on asiakkaan olosuhteiden kannalta sopiva. Tämänkaltainen lähestymistapa ei kuitenkaan sovellu täysin sijoitusneuvontatilanteisiin, sillä sijoitusneuvonnassa ammattimainen asiakas voi oman ammattitaitonsa nojalla arvioida yksittäisen sijoitussuosituksen hyväksyttävyyttä omien sijoituspäämääriensä kannalta.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Vrt. NASD Rule 2310(b)

<sup>148</sup> NASD Rule 2310, IM-2310-3.

<sup>149</sup> FSA – Consultation paper 45a, s. 52, [www.fsa.gov.uk](http://www.fsa.gov.uk) 8.11.2004.

## 5 TULEVAISUUDENNÄKYMÄÄ – RAHOITUSVÄLINEIDEN MARKKINOISTA ANNETTU DIREKTIIVI

### 5.1 Direktiivin syntytausta

Rahoitusmarkkinoilla toimivien tahojen määrä on 1990-luvun aikana jatkuvasti lisääntynyt, ja tarjolla on nykyisin entistä monimuotoisempia palveluja ja rahoitusvälineitä. Yritykset ovat viime aikoina hankkineet rahoitusta yhä enemmän rahoitusmarkkinoilta vaihtoehtona pankkien myöntämille luotoille.<sup>150</sup> Sijoituspalveludirektiivin keskeisin puute on, että se ei takaa riittävästi yhdenmukaistamista toimilupien vastavuoroiselle tunnustamiselle eikä toimivia puitteita rajat ylittävän sijoitustoiminnan harjoittamiselle yhteisön alueella. Lisäksi vanhentuneet sijoittajansuojasäännökset eivät ota riittävästi huomioon uusia liiketoimintamalleja ja niihin liittyviä riskejä.<sup>151</sup>

Sijoituspalveludirektiivin 11 artiklan periaatteet ovat myös liian yleisiä käytännön soveltamistilanteissa ja lukuisat ”yleistä etua” koskevat poikkeukset ovat vaikeuttaneet niiden soveltamista. Tämän vuoksi sijoituspalveluyritykset eivät ole voineet täysipainoisesti käyttää perustamissopimuksen mukaisia oikeuksiaan sijoituspalvelujen tarjonnassa. Sijoittajansuojasäännösten vanhentuneisuuden takia niiden avulla ei kyetä käsittelemään moninaisia eturistiriitoja, joita syntyy, kun sijoituspalveluyritykset harjoittavat erilaisia toimintoja samassa yrityksessä sekä asiakkaiden että omaan lukuun.<sup>152</sup>

Muun muassa näiden syiden vuoksi katsottiin tarkoituksenmukaiseksi korvata sijoituspalveludirektiivi uudella direktiivillä. Huhtikuussa vuonna 2004 annettiin Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi rahoitusvälineiden markkinoista (2004/39/EY, MiFID),<sup>153</sup> jolla sijoituspalveludirektiivi kumotaan. Tämän jälkeen viittaukset direktiiviin 93/22/ETY katsotaan viittauksiksi direktiiviin 2004/39/EY.

Rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin myötä selkeytetään selonottovelvollisuuden sisältöä ja sen soveltumista execution only -välityspalveluihin. Komission laatimaan alkuperäiseen direktiiviehdotukseen sisältyi vaatimus, että selonottovelvollisuus soveltuisi myös execution only -välitykseen. Tämä ehdotus ei kuitenkaan mennyt parlamentissa sellaisenaan läpi, ja direktiiviä muutettiin siten, että execution only -sijoituspalvelujen tarjoaminen on jatkossakin mahdollista ilman palveluntar-

<sup>150</sup> KOM(2002) 625, s. 3.

<sup>151</sup> KOM(2002) 625, s. 6.

<sup>152</sup> KOM(2002) 625, s. 26.

<sup>153</sup> Direktiivi tuli voimaan 30. päivänä huhtikuuta 2004, ja sen tulee olla pantu täytäntöön jäsenvaltioiden tasolla viimeistään 30.4.2006.

joajan selonottovelvollisuutta. Selonottovelvollisuuden asettaminen execution only -välityspalvelumuodolle olisikin voinut tehdä siitä epätaloudellisen, ja kyseisen palvelumuodon tarjonta olisi voinut kannattamattomana loppua. Uudessa direktiivissä katsottiin tarpeelliseksi säätää sijoitusneuvonta toimiluvanvaraiseksi.<sup>154</sup>

Tässä kirjoituksen jaksossa on tarkoitus selvittää sijoitusneuvonnan käsitteen sisältöä uuden direktiivin valossa sekä käydä läpi niitä vaatimuksia, joita MiFID menettelytapasääntelyn osalta palveluntarjoajalle asettaa. Selonottovelvollisuutta koskevissa jaksoissa on ensin viitattu direktiivin säännökseen, jonka jälkeen kuvataan säännöksen taustalla vallitsevia ajatuksia. Säännösten sisältöä koskeva teksti perustuu CESR:n komissiolle annettavaan ehdotukseen<sup>155</sup> nk. toisen tason lainsäädännöksi, jolla on tarkoitus tarkentaa direktiivin sisältyviä säännöksiä.<sup>156</sup> Lopuksi käsitellään direktiivin II liitteen mukaista ammattimaisen sijoittajan käsitettä.

---

<sup>154</sup> Rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin liitteen I A-kohdassa on lueteltu erilaiset sijoituspalvelut ja -toiminnot. Luettelon viidennen kohdan mukaan sijoituspalveluiksi katsotaan sijoitusneuvonta (nykyisen sijoituspalveludirektiivin mukaan sijoitusneuvonta katsotaan puolestaan liitännäispalveluksi, ks. liitteen C-osan 6. kohta). Sijoitusneuvonta haluttiin sisällyttää uuden direktiivin ydinpalvelujen joukkoon siksi, että sijoitusneuvonnan merkitys on rahoitustoiminnassa lisääntynyt, minkä vuoksi sijoittajat ovat yhä enemmän riippuvaisia sijoitusneuvojen yksilöllisistä suosituksista. Sijoitusneuvonta katsotaan sijoituspalveluksi mm. siksi, että sijoitusneuvoja koskevat jatkossa sijoituspalveludirektiivin mukaiset ensimmäistä toimitiluppaa ja jatkuvia velvoitteita koskevat vaatimukset ja että yksinomaan sijoitusneuvontaa harjoittavat yritykset voivat harjoittaa liiketoimintaa rajat ylittävällä tasolla pelkästään kotijäsenvaltionsa viranomaisten valvonnassa. KOM(2002) 625, s. 32–33, 41.

<sup>155</sup> Komitea on laatinut tätä tarkoitusta varten lausunnot CESR/04-261b, <http://www.cesr-eu.org> 16.12.2004 ja CESR/04-562 <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>156</sup> Euroopan arvopaperimarkkinavalvojien komitean komissiolle annettava ehdotus toisen tason lainsäädännöksi perustuu niin sanotun viisaiden miesten komitean suosittelemaan lähestymistapaan eli niin sanottuun Lamfalussy-malliin. Malli on otettu käyttöön alun perin arvopaperimarkkinoiden sääntelyssä ja sen tavoitteena on tehostaa ja nopeuttaa Euroopan unionin sääntelyn valmistelua ja soveltamista rahoitusmarkkina-asioissa. Lisäksi mallin tarkoituksena on edistää valvonnan ja sääntelyn yhtenäisyyttä Euroopan unionin alueella. Lamfalussy-prosessi on nelitasoinen. Ensimmäinen taso koostuu perusteellisia seikkoja koskevista asetuksista tai direktiiveistä. Tällä tasolla kysymys on niin kutsutuista yleisistä periaatteista, joilla vahvistetaan rahoituspalveluja koskevat keskeiset poliittiset valinnat, ja nämä pannaan täytäntöön komitologiamenettelyssä annettavalla yhteisön toisen tason lainsäädännöllä. Sääntely- ja valvajakomiteat, kuten CESR, avustavat komissiota täytäntöönpanotoimia koskevissa ehdotuksissa. Kolmas taso käsittää valvontaviranomaisten yhteistyön tehostamisen ensimmäisen ja toisen tason säännösten soveltamisessa. Neljäs taso koskee EU-lainsäädännön täytäntöönpanon ja noudattamisen valvontaa, joka on erityisesti Euroopan komission velvollisuus. Ensimmäisen tason sääntelyssä tulisi suosia asetuksia direktiivien sijaan. Ks. CESR04/-261b, <http://www.cesr-eu.org> 16.12.2004; EKP:n lausunto 2003, s. 6–7; *Pylkkönen* 2004, s. 67.

## **5.2 Sijoitusneuvonnan määritelmä**

### *5.2.1 Sijoitussuosituksen käsite*

Rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin 4(1) artiklan 4 alakohdan mukaan sijoitusneuvonnalla tarkoitetaan joko asiakkaan pyynnöstä tai sijoituspalveluyrityksen aloitteesta tapahtuvaa yksilöllisten suositusten antamista asiakkaalle yhdestä tai useammasta rahoitusvälineisiin liittyvästä liiketoimesta.

CESR arvioi mahdollisuutta omaksua suosituksen käsite ehdotukseen suoraan Euroopan komission direktiivistä 2003/125/EY.<sup>157</sup> Tämän direktiivin tarkoituksena on kuitenkin asettaa vaatimuksia yritysten laajemmalle yleisölle kohdistamien sijoitussuositusten, kuten tutkimusraporttien, esittämiseksi rehellisellä tavalla. Rahoitusvälineiden markkinoita koskevassa direktiivissä tarkoitettu suositus on kuitenkin tästä poikkeava, sillä sijoitusneuvojan antamat suositukset eivät yleensä ole luonteeltaan tutkimustulosten kaltaisia suosituksia, jotka kohdistetaan laajalle ja heterogeeniselle vastaanottajajoukolle.<sup>158</sup>

CESR määrittelee sijoitusneuvojan asiakkaalleen antaman ”suosituksen” neuvojan mielipiteeksi, joka koskee yhden tai useamman sijoitustoimenpiteen tekemisen arvoa kyseiselle asiakkaalle tai potentiaaliselle asiakkaalle. Suositus voi olla myös muu neuvojan antama ilmaus siitä, että tietty sijoitustoimenpide olisi asiakkaan kannalta suotuisa. Suosituksiksi katsotaan siten ainakin esimerkiksi arvopapereiden osto-, myynti-, merkin-tä-, vaihto-, lunastus- ja säilytyskehotukset. Suosituksia olisivat myös sijoitustoimien ajallista ulottuvuutta tai sijoitettavan pääoman määrää koskevat kehotukset. Suositukseksi katsotaan siten esimerkiksi se, että palveluntarjoaja neuvoo asiakastaan odottamaan kuukauden loppuun asti ennen varojen sijoittamista tiettyyn yhtiöön.<sup>159</sup>

Toisaalta pelkkää yleisluontoista, sijoitusinstrumentteja ja sijoituspalveluja koskevaa tietojen antamista ei tulisi pitää sijoitusneuvona, ellei tie-

---

<sup>157</sup> Komission direktiivillä pannaan täytäntöön Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sisäpiirikaupoista ja markkinoiden manipuloinnista (2003/6/EY) muun muassa sijoitussuositusten asianmukaisen esittämisen osalta. Komission direktiivin artiklan 1(3) mukaan ”suosituksella” tarkoitetaan jakelukanaville tai yleisölle tarkoitettua tutkimustietoa tai muuta suoraan tai epäsuorasti sijoitusstrategiasuosituksia tai -ehdotuksia sisältävää tietoa yhdestä tai useammasta rahoitusvälineestä tai rahoitusvälineiden liikkeellelaskijasta, mukaan luettuina kaikki arviot tällaisten rahoitusvälineiden nykyisestä tai tulevasta arvosta tai hinnasta”.

<sup>158</sup> CESR/04-562, s. 8–9, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>159</sup> CESR/04-562, s. 9, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

donantamisen tarkoituksena ole antaa edellä mainittu sijoitussuositus joko implisiittisesti tai eksplisiittisesti. Näin ollen sijoitusneuvona ei tulisi pitää esimerkiksi luottoluokituksen tekemistä osakkeen liikkeeseenlaskijalle tai sijoitusinstrumenttia koskevaan sopimukseen liittyvien ehtojen sisällön selvittämistä asiakkaalle.

CESR:n pohdittavana oli myös se, tulisiko *palvelua* koskeva neuvo katsoa sijoitusneuvoksi (esimerkiksi neuvo käyttää tiettyä arvopaperinvälittäjää). Tätä puoltaisi se, että direktiivin 19 artikla 4 kohta edellyttää tietojen pyytämistä asiakkaalta, jotta välittäjä voisi suositella asiakkaalle sopivia *palveluja tai rahoitusvälineitä*. Toisaalta 4 (1)(4) artiklassa sijoitusneuvo määritellään rahoitusvälineisiin liittyvää sijoitustoimea koskevaksi suositukseksi. Kun toistaiseksi yhdessäkään Euroopan unionin jäsenvaltion lainsäädännössä ei säännellä palvelujen hankkimista koskevaa neuvoa, arvopaperimarkkinavalvojen komitean aikomuksena on ehdottaa komissiolle, että palvelua koskevaa neuvoa ei katsottaisi sijoitusneuvoksi.<sup>160</sup>

### 5.2.2 Sijoitussuosituksen yksilöllisyyden arviointi

Suositusta pidetään yksilöllisenä, kun se on annettu tietylle henkilölle sen sisältöisenä ja sillä tavoin, joko implisiittisesti tai eksplisiittisesti, että vastaanottaja voi perustellusti arvioida sen soveltuvan juuri hänen henkilökohtaisiin olosuhteisiinsa, ja jonka vuoksi vastaanottajalla on perusteltu syy uskoa suosituksen ottavan hänen erityinen tilanteensa huomioon. Näin ollen palveluntarjoajan antamaa suositusta pidettäisiin yksilöllisenä, jos kyseisen asiakkaan kaltaisessa asemassa oleva huolellinen sijoittaja arvioisi suosituksen tämän olosuhteisiin räätälöidyksi.<sup>161</sup>

Viestinnän suosituksenluonteisuutta ei voida välttää vastuuvapauslauskekein. Vastuuvapauslauseke voi kuitenkin vaikuttaa – joskaan ei yksinään ratkaisevasti – siihen arviointiin, onko palveluntarjoajan viestiä pidettävä asiakkaan olosuhteisiin muokattuna. Viestin luonnetta koskevassa arvioinnissa huomioidaan kaikkia siihen liittyviä seikkoja ja niiden muodostamaa kokonaisvaikutusta asiakkaaseen.

Sijoitusneuvoksi katsotaan myös ne tapaukset, joissa sijoitustoimenpidettä koskevan suosituksen antamisen olosuhteet osoittavat, että se perustuu asiakkaan henkilökohtaisiin olosuhteisiin. Suositus voi täten olla yksilöllinen, vaikka siihen ei nimenomaisesti liittyisikään asiakkaan olosuh-

<sup>160</sup> CESR/04-562 mp, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>161</sup> CESR/04-562, s. 10, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

teita koskevaa harkintaa. Esimerkiksi palveluntarjoajan toteamusta siitä, että asiakkaan olisi järkevää tehdä sijoitus tiettyyn yritykseen, voidaan pitää sijoitusneuvontana. Jotta palveluntarjoajan voitaisiin tällöin katsoa antaneen implisiittisen sijoitusneuvon, tulee suosituksen arvioinnissa huomioida osapuolten välisen suhteen luonne, heidän välillään käyty vuoro-vaikutus kokonaisuudessaan sekä muut relevantit tosiasiat. Seikkoja arvioitaessa huomioon voidaan ottaa esimerkiksi asiakkaan olemassa oleva sijoitussalkku, asiakkaan taloudellinen tilanne suosituksen antamisen hetkellä sekä sijoitusneuvon vastaanottamista koskeva sopimus. Viestinnän henkilökohtaisuus voisi siten olla kriteerinä erotettaessa sijoitussuosituksiksi katsottava viesti muusta välittäjän tiedonannosta.<sup>162</sup>

Arvopaperinvälittäjän ja asiakkaan suhteen henkilökohtainen luonne tai heidän välillään käyty kahdenkeskinen keskustelu voitaisiin ajatella riittäväksi seikaksi muodostamaan suositus yksilölliseksi. Tämä olisikin helposti sovellettavissa oleva kriteeri määritelmälle ”yksilöllinen suositus”. Tällaisesta arviointitavasta voisi kuitenkin seurata, että yksilöllisiksi suosituksiksi katsottaisiin myös direktiivissä tarkoitettut muut suosituksen käsitteet, kuten ”yleinen suositus” tai ”markkinointi-informaatio”. Näin olen myös sellaiset viestit, jotka eivät ole tarkoitettu henkilökohtaiseksi, voisivat tulla arvioiduksi yksilöllisiksi suosituksiksi. Esimerkkinä voidaan mainita uutta sijoitustuotetta mainostavan viestin tai tutkimusraportin lähettäminen asiakkaalle.<sup>163</sup>

Rahoitusvälineiden markkinoita koskevan direktiivin suositus-käsite poikkeaa siis esimerkiksi Yhdysvalloissa omaksutusta käsitteestä. Yhdysvalloissa ei ole eri sisältöisiä suosituksen käsitteitä, vaan suositus erotetaan kaikesta muusta asiakkaalle esitettävästä informaatiosta, ja milloin suositus katsotaan annetuksi, tulee välittäjän täyttää edellytetty soveltuvuustesti.

## **5.3 Menettelytavat sijoituspalvelua tarjottaessa**

### *5.3.1 Menettelytapaa koskeva sääntely*

Direktiivin 19 artikla edellyttää sijoituspalveluyritykseltä rehellistä, tasa-puolista, ammattimaista ja asiakkaiden etujen mukaista toimintaa sijoituspalvelujen tarjonnassa. Artiklan 2–3 kohdissa on säädetty palveluntarjoa-

---

<sup>162</sup> CESR/04-562 mp, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>163</sup> CESR/04-562, s. 11, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

jan tiedonantovelvollisuudesta ja kohdissa 4–6 selonottovelvollisuudesta ja suosituksen soveltuvuusarvioinnista. Sijoituspalveluyrityksen on luotava arkisto, jossa säilytetään ne palveluntarjoajan ja asiakkaan välillä sovitut asiakirjat, joissa määritetään osapuolten oikeudet ja velvollisuudet (kohta 7). Lisäksi palveluntarjoajan on annettava asiakkaalle riittävät selvitykset tarjotusta palvelusta. Selvityksestä on käytävä ilmi asiakkaan lukuun suoritettujen liiketoimien ja palvelujen kustannukset. Selonottovelvoite soveltuu jo toimeksiantoa koskevaan neuvotteluvaiheeseen. Tämä käy ilmi sääntelytavasta, jonka mukaan tietoa tulee hankkia palveluntarjoajan asiakkaalta tai potentiaaliselta asiakkaalta.

CESR harkitsi komissiolle tehtävään ehdotukseen sisällytettävien menettelytapasääntöjen laatimista komitean vuonna 2002 antaman suosituksen pohjalta.<sup>164</sup> CESR katsoi kuitenkin, että se ei olisi mahdollista, koska MiFID:n säännökset poikkeavat suosituksesta siinä määrin, että toisen tason säännökset on syytä laatia uuden direktiivin säännöksiä vastaaviksi. Erityisesti CESR:n execution only -välitystä koskevaa aiempaa näkökantaa piti tarkistaa toisen tason lainsäädäntöehdotuksen antamista varten.

### 5.3.2 Sijoitussuosituksen soveltuvuusarviointi

Direktiivin 19(4) artiklassa säädetään palveluntarjoajan velvollisuudesta suorittaa sijoitussuositusta koskeva soveltuvuustesti, kun tämä tarjoaa asiakkaalleen sijoitusneuvontaa tai salkunhoitoa:

Tarjotessaan sijoitusneuvontaa tai salkunhoitoa sijoituspalveluyrityksen on hankittava tarvittavat tiedot asiakkaan tai potentiaalisen asiakkaan tietämyksestä ja kokemuksesta tietystä tuotteesta tai palvelusta sekä tämän taloudellisesta tilanteesta ja sijoitustavoitteista, jotta yritys voi suositella asiakkaalle tai potentiaaliselle asiakkaalle soveltuvia sijoituspalveluja ja rahoitusvälineitä.

Palveluntarjoajan velvollisuudella hankkia *tarvittavat tiedot* asiakkaalta tarkoitetaan sitä, että tietojen hankinnan laajuus voi olla erilainen tilanteesta riippuen. Jos yritys tarjoaa asiakkaalleen esimerkiksi sellaista sijoitusneuvontapalvelua, jossa huomioidaan asiakkaan kaikki sijoitustoimet, voi laajemman informaation hankkiminen olla perusteltua. Toisaalta tarjottaessa neuvontaa suhteellisen pieneen sijoitustoimeen, jonka kohteena on vähäriskisiä sijoitustuotteita, voi tiedon hankkiminen suppeammassa määrin tulla kysymykseen.<sup>165</sup>

<sup>164</sup> CESR/01-014d, <http://www.cesr-eu.org> 12.12.2004.

<sup>165</sup> CESR/04-562, s. 40, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

Sijoituspalveluntarjoajan tulee hankkia tietoa asiakkaan *tiettyä tuotetta tai palvelua* koskevasta tietämyksestä ja kokemuksesta. Tämä tarkoittaa sitä, että tietoa tulee siis hankkia niistä tuotteista tai palveluista, joista asiakas on kiinnostunut tai joita yritys aikoo suositella asiakkaalle. Tämän laajemmin tietoa ei tarvitse hankkia. Jos esimerkiksi asiakas on nimenomaisesti kiinnostunut osakkeista sijoituskohteina, ei palveluntarjoajan tarvitse tiedustella asiakkaan tietämystä ja kokemusta esimerkiksi johdannaissopimuksista tai execution only -välityspalvelusta.<sup>166</sup>

Jos asiakas ei anna kaikkea pyydettyä tietoa arvopaperinvälittäjälle, tulee välittäjän arvioivaksi se, onko vastaanotettu tieto riittävää, jotta välittäjä kykenee suorittamaan 19(4) artiklan mukaisen soveltuvuustestin ja tarjoamaan aiottua sijoitusneuvontaa tai salkunhoitoa. Jos palveluntarjoajan saama tieto ei riitä soveltuvuustestin suorittamiseksi, palveluntarjoaja voi antaa asiakkaalleen sijoitusneuvon tai salkunhoitopalvelua siinä laajuudessa, jossa tietoa on asiakkaalta saatu ja jonka perusteella palveluntarjoaja arvioi neuvon tai palvelun asiakkaalle soveltuvaksi. Tätä arviointitapaa tulee noudattaa esimerkiksi silloin, kun saatu tieto ei riitä sijoitusneuvon antamiseen erityisen monimutkaisten johdannaisten osalta tai korkean riskin salkunhoitopalvelua tarjotessa.

Sijoituspalvelun tarjoajalla tulee kuitenkin aina olla jotakin tietoa asiakkaastaan, erityisesti tämän sijoituspäämääristä, koska lähtökohtaisesti palveluntarjoaja ei voi tarjota sijoitusneuvontaa tai salkunhoitoa asiakkaalleen, jos tämä ei ole saanut asiakkaan taloudellisesta tilanteesta ja sijoitustavoitteista mitään informaatiota. CESR:n mukaan voisi kuitenkin ajatella, että palveluntarjoaja voisi tällöinkin tarjota pyydettyä palvelua, jos sijoittajansuoja on riittävällä tavalla varmistettu. Sijoituspalveluntarjoajan tulisi tällöin noudattaa esimerkiksi sellaista olettamusta, että asiakas on kokematon sijoittaja ja että rahoitusvälineinä sopivia ovat ainoastaan matalimman riskin omaavat sijoituskohteet, ja tarjota tämän olettamuksen mukaisia palveluja. Missään tapauksessa palveluntarjoajan kehoitus ei saa olla tietojen antamatta jättämisen synnä, vaan synnä tulee olla esimerkiksi asiakkaan osaamattomuus tai haluttomuus antaa tietoja.<sup>167</sup>

Hankittavan tiedon laadun ja laajuuden osalta CESR on harkinnut vain suuntaviivojen ja esimerkkien mainitsemista. Tämä johtuu siitä, että olisi epäkäytännöllistä laatia kattava esimerkkiluettelo asiakkaalta selvitetävistä seikoista, sillä luettelo olisi liian joustamaton eikä siinä voitaisi ottaa huomioon yksittäisen tilanteen erityisiä olosuhteita. Joissakin tilanteissa

---

<sup>166</sup> CESR/04-562, s. 40–41, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>167</sup> CESR/04-562 mp, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.



joustamattoman luettelon noudattaminen voisi johtaa tarpeettomien tietojen selvittämiseen, kun taas toisissa tilanteissa luettelossa esitetyt seikat voisivat olla riittämättömät soveltuvuusarvioinnin tekemiseksi. Turhien tietojen hankkiminen ei palvele kenenkään etuja. Palveluntarjoajan näkökulmasta on kysymys ylimääräisen työn tekemisestä, ja toisaalta sijoittajat saattavat vältellä sijoitusneuvonnan hankkimista, jos heille esitetään tarpeettomia kysymyksiä.

Arvioidessaan kriteerejä, joiden valossa aiotun sijoituksen soveltuvuutta asiakkaalle voidaan yksittäistapauksessa arvioida, CESR huomauttaa, että salkunhoitajalla on yleensä valtuus tehdä itsenäisiä sijoituspäätöksiä asiakkaansa lukuun, jolloin yksittäiset sijoituspäätökset tehdään ilman asiakkaan kanssa käytävää neuvonpitoa. Tällöin salkunhoitajan tekemä sijoituspäätös ei perustu asiakkaalle tehtyyn suositukseen. Tämän vuoksi käsitettä ”suositus” tulisi CESR:n mukaan tulkita 19(4) artiklan päämäärän valossa siten, että soveltuvuusarviointi tulee tehdä sekä silloin, kun salkunhoitaja tekee itsenäisiä sijoituspäätöksiä että silloin, kun sijoitusneuvoja tai salkunhoitaja antaa yksittäisen sijoitusneuvon. Palveluntarjoajan tulee suorittaa soveltuvuustesti jokaisen sijoitusneuvon osalta ja salkunhoitajan tulee varmistua siitä, että jokainen sijoituspäätös koskee sellaisia sijoitusvälineitä, jotka ovat sopivia asiakkaalle tämän sijoitustavoitteisiin nähden.<sup>168</sup>

Soveltuvuustesti ei kuitenkaan rajoitu pelkästään annettaviin sijoitusneuvoihin ja aiottuihin sijoituspäätöksiin, vaan salkunhoitajan tulee myös jatkuvasti tarkkailla asiakkaan sijoitussalkkua ja sen asianmukaisuutta asiakkaan sijoitustavoitteisiin nähden. Velvoite soveltuu vastaavasti myös sijoitusneuvojaan, kun tämä on sitoutunut neuvomaan asiakastaan esimerkiksi tietyn sijoituskohteen säilyttämisestä arvopaperisalkussa. Jotta välttyttäisiin tarpeettomien neuvojen antamiselta tai sijoituspäätösten tekemiseltä ja niistä aiheutuvilta ylimääräisiltä kustannuksilta, palveluntarjoajan tulee arvioida myös aiotun neuvon tai sijoituspäätöksen tarpeellisuutta ja asianmukaisuutta myös aikaisempien neuvojen tai päätösten valossa.<sup>169</sup>

CESR:n ehdottaman säännöksen mukaan palveluntarjoajan tulee 19(4) artiklan velvoitteet täyttääkseen kysyä asiakkaan tietämyksen ja kokemuksen osalta esimerkiksi asiakkaan aikaisempaa kokemusta sijoituspalveluista ja tuotteista, esimerkiksi aikaisemmin tehtyjen kauppojen luonnetta, volyyymiä, tiheyttä ja ajallista kestoa. Tähän voi myös sisältyä tietoa asiakkaan ammatista ja koulutuksesta. Asiakkaan taloudellista tilannetta selvitettyä

<sup>168</sup> CESR/04-562, s. 42, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>169</sup> CESR/04-562 mp, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

tulisi selvittää mm. hänen vakituisten tulojen määrä ja alkuperä. Sijoituspäämäärää selvitetessä asiakkaalta tulisi kysyä tietoa esimerkiksi suunnitellun sijoituksen ajallisesta kestosta ja riskinottohalukkuudesta. Ehdotuksen mukaan palveluntarjoajalla on oikeus luottaa tietoihin, jotka tämä on saanut asiakkaaltaan, elleivät tiedot ole ilmeisen epätarkkoja tai täydellisiä.

### *5.3.3 Sijoitustuotetta tai -palvelua koskeva soveltuvuusarviointi*

Palveluntarjoajalla on 19(5) artiklan mukaan muita palveluja kuin sijoitusneuvontaa tai salkunhoitoa tarjotessaan velvollisuus arvioida tarjotun tai pyydetyn palvelun tai tuotteen soveltuvuus asiakkaalle. Tämän artiklan kohdan ero edelliseen kohtaan on se, että tietoa ei pyydetä asiakkaalta siksi, että tälle voitaisiin suositella esimerkiksi tiettyä tuotetta ja palvelua ja samalla varmistua siitä, että suositus on asiakkaan olosuhteisiin sopiva. Jos asiakas on päättänyt tietynlaisen palvelun käyttämisestä tai tiettyyn sijoituskohteeseen sijoittamisesta, palveluntarjoajan tulee arvioida kyseisen palvelun tai sijoituskohteen soveltuvuus asiakkaalle. Direktiivin 19(5) artiklan säännöksessä soveltuvuuden arviointi ei ole itsetarkoitus, vaan ajatuksena on, että palveluntarjoajan havaitessa arvioinnin perusteella tuotteen tai palvelun olevan asiakkaalle sopimaton, hänen tulee varoittaa asiakastaan sen sopimattomuudesta. Sijoitustuotteiden osalta esimerkiksi johdannais sopimukset ja niihin liittyvät riskit voivat olla sellaisia, että niitä on kokemattomamman asiakkaan vaikea ymmärtää. Tämä säännös tuntuu vastaavan CESR:n vuoden 2002 suosituksen mukaista kantaa, joka koski execution only -välityspalvelua. Säännös soveltuukin execution only -välitykseen niissä tapauksissa, joissa 19(6) artiklassa asetetut edellytykset eivät täyty. Direktiivin 19(5) artiklan mukaan:

Jäsenvaltioiden on huolehdittava siitä, että sijoituspalveluyritys muita kuin 4 kohdassa tarkoitettuja sijoituspalveluja tarjotessaan pyytää asiakasta tai potentiaalista asiakasta antamaan tietoja tietämyksestään ja kokemuksestaan tietystä tarjotusta tai pyydetystä tuotteesta tai palvelusta voidakseen arvioida, soveltuuko suunniteltu sijoituspalvelu tai tuote asiakkaalle.

Jos sijoituspalveluyritys katsoo edellisen alakohdan mukaisesti saadun tiedon pohjalta, että tuote tai palvelu ei sovellu asiakkaalle tai potentiaaliselle asiakkaalle, sen on varoitettava asiakasta tai potentiaalista asiakasta. Tämä varoitus voidaan esittää vakiomuotoisena.

Jos asiakas tai potentiaalinen asiakas päättää olla antamatta ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettuja tietoja tai antaa riittämättömät tiedot tietämyksestään ja kokemuksestaan, sijoituspalveluyrityksen on varoi-

tettava asiakasta tai potentiaalista asiakasta siitä, että asiakkaan päätös ei anna yritykselle mahdollisuutta määrittellä, onko suunniteltu palvelu tai tuote asianmukainen asiakkaalle. Tämä varoitus voidaan esittää vaikiomuotoisena.

Direktiivin 19(10) artiklan mukaan periaatteiden noudattamisessa on otettava huomioon mm. sijoittajan ammattimaisuuden aste. Miten palveluntarjoaja voi täyttää 19 artiklan mukaisen selonottovelvollisuuden ammattimaista asiakastaan kohtaan? Kysymys on 19(5) artiklan osalta mielenkiintoinen, sillä esimerkiksi ammattimaiset sijoittajat lienevät juuri sellainen asiakasryhmä, joka harvemmin käyttää esimerkiksi sijoitusneuvontaa arvopaperinvälityksessä. Onko palveluntarjoajalta edellytettävä aiotun tuotteen tai palvelun sopivuuden arviointia myös silloin, kun asiakkaana on ammattimainen sijoittaja? CESR on ottanut ehdotuksessaan kantaa kysymykseen, ja katsoo, että ammattimaisilta sijoittajilta ei tarvitsisi pyytää 19(5) artiklan mukaisia tietoja, ellei toisin ole osapuolten välillä sovittu, sillä ammattimaiset sijoittajat omaavat lähtökohtaisesti riittävää tietämystä ja kokemusta sijoituspäätöksen tekemiseksi. Tämän vuoksi ammattimaisten sijoittajien osalta on riittävää, että palveluntarjoaja määrittelee sen, voidaanko asiakasta pitää ammattimaisena sijoittajana direktiivin toisessa liitteessä mainittujen kriteerien perusteella. Tämän jälkeen ammattimaisten sijoittajien vastuulle voidaan jättää se, että ne itse määrittelevät palvelun sopivuuden itselleen. Tämä sääntö soveltuisi vastaavasti 19(4) artiklaan.<sup>170</sup>

### 5.3.4 *Execution only -arvopaperinvälitys*

Execution only -välityspalvelun tarjoaminen ilman selonottovelvollisuutta tulee aiemmin todetulla tavalla olemaan mahdollista MiFID:n täytäntönpäätöksen jälkeen. Direktiivin 19(6) artiklassa on kyseisen palvelun tarjoamiselle asetettu kuitenkin tietyt edellytykset. Nämä edellytykset eivät tosin vaikuta kovinkaan vaativilta. Karkeasti ilmaistuna execution only -palvelun tarjoaminen on mahdollista silloin, kun sijoituskohteena on yksinkertainen rahoitusväline, palvelua tarjotaan asiakkaan aloitteesta ja asiakasta on varoitettu siitä, että sopivuutta koskevaa arviointia ei tehdä. CESR:n vuoden 2002 suositus sijoituspalveludirektiivin tulkinnasta sisälsi execution only -välityksen osalta vaativampia toimia arvopaperinvälittäjältä kuin mitä lopulta voimaan tulleeseen MiFID sisällytettiin. Direktiivin 19(6) artiklan mukaan:

<sup>170</sup> CESR/04-562, s. 45–46, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

Sijoituspalveluyritysten tarjotessa sijoituspalveluja, jotka koostuvat pelkästään asiakkaan toimeksiantojen toteuttamisesta ja/tai näiden toimeksiantojen vastaanottamisesta ja välittämisestä oheispalveluin tai niitä ilman, jäsenvaltioiden on sallittava kyseisten sijoituspalvelujen tarjoaminen asiakkaille ilman 5 kohdassa säädettyjen tietojen hankkimista tai säädettyä soveltuvuuden määrittelemistä, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

- edellä mainitut palvelut liittyvät osakkeisiin, jotka on hyväksytty kaupankäynnin kohteiksi säännellyillä markkinoilla tai vastaavilla kolmansien maiden markkinoilla, rahamarkkinavälineisiin, joukkovelkakirjoihin tai muihin arvopaperistettuihin velan muotoihin (poislukien johdannaisia sisältävät joukkovelkakirjat tai arvopaperistetut velat), yhteissijoitusyrityksiin tai muihin yksinkertaisiin rahoitusvälineisiin. Kolmansien maiden markkinoita pidetään säänneltyjä markkinoita vastaavina, jos ne täyttävät vastaavat vaatimukset kuin III osastossa säädetyt vaatimukset. Komissio julkaisee luettelon markkinoista, joita pidetään vastaavina. Luettelo päivitetään säännöllisesti.
- palvelu tarjotaan asiakkaan tai potentiaalisen asiakkaan aloitteesta
- asiakkaalle tai potentiaaliselle asiakkaalle on selkeästi ilmoitettu siitä, että sijoituspalveluyrityksellä ei kyseistä palvelua tarjotessaan ole velvoitetta arvioida toimitetun tai tarjotun rahoitusvälineen tai palvelun soveltuvuutta, eikä asiakas tässä tapauksessa näin ollen kuulu liiketoiminnan menettelytapasäännösten antaman suojan piiriin; tämä varoitus voidaan esittää vakiomuotoisena
- sijoituspalveluyritys täyttää 18 artiklan mukaiset velvoitteensa.

Ensimmäisen edellytyksen mukaan sijoituskohteena tulee olla yksinkertainen rahoitusväline. Kyseisen edellytyksen kirjoitustavasta voidaan päätellä, että siinä mainitut sijoituskohteet ovat kaikki yksinkertaisia. Sellaisen rahoitusvälineiden yksinkertaisuutta, joita ei kyseissä artiklassa mainita, tulee arvioida erikseen. Toisaalta CESR:n mukaan johdannaisopimuksia ei voisi koskaan pitää yksinkertaisina rahoitusvälineinä.<sup>171</sup> Yksinkertaisia rahoitusvälineitä CESR:n mukaan ovat puolestaan sellaiset rahoitusvälineet, jotka ovat helposti realisoitavissa ja joihin liittyvä vastuu ei ylitä niihin sijoitetun pääoman määrää. Lisäksi yksinkertaisiin rahoitusvälineisiin liittyvän informaation tulee olla helposti saatavilla.<sup>172</sup>

Direktiivin johdanto-osan 30 kappaleen mukaan palvelu on lähtökohdaisesti katsottava tarjotun asiakkaan aloitteesta. Poikkeuksina ovat kuitenkin ne tilanteet, joissa sijoituspalveluyritys on lähettänyt asiakkaalle henkilökohtaisen viestin, johon asiakkaan antama toimeksianto perustuu ja joka sisältää sijoituskehotuksen tai jonka tarkoituksena on vaikuttaa asiak-

---

<sup>171</sup> CESR/04-562, s. 49, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>172</sup> CE0SR/04-562, s. 51, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

kaan päätöksentekoon tietyn toimeksiannon antamisen osalta. Asiakkaan aloitteesta tehdyiksi katsotaan kuitenkin ne toimeksiannot, jotka perustuvat asiakkaalle lähetettyyn, mainoksen tai tarjouksen sisältävään viestiin, jos viesti on kohdistettu yleisölle tai suuremmalle asiakkaiden ryhmälle mitä tahansa yleistä viestintävälinettä käyttäen.

Asiakkaan aloitetta koskeva edellytys on siinä mielessä perusteltu, että asiakas toimii yksin omalla riskillään execution only -välityspalvelua hyväksikäyttäessään. Palveluntarjoajan kannalta kysymyksessä on vaivattomasta tavasta hankkia välityspalkkioita, jonka vuoksi houkutusena voisi olla painostaa asiakasta käyttämään kyseistä palvelumuotoa. Siksi huomiota on kiinnitettävä myös siihen, että asiakkaan tekemä aloite ei johdu pelkästään palveluntarjoajan kehotuksesta tai taivuttelusta tehdä sijoitus execution only -palvelua käyttäen.<sup>173</sup>

## 5.4 Asiakkaan luokittelu ammattimaiseksi sijoittajaksi

Direktiivin liitteen II mukaan ammattimaisella sijoittajalla tarkoitetaan asiakasta, jolla on riittävästi kokemusta, tietämystä ja asiantuntemusta itsenäisten sijoituspäätösten tekemiseen ja niistä aiheutuvien riskien asianmukaiseen arviointiin. Direktiivin liitteessä II on määritelty ammattimaisen sijoittajan käsitteen sisältöä. Asiakkaat on jaettu kahteen pääryhmään sen mukaan, pidetäänkö sijoittajaa ammattimaisena sijoittajana jo lähtökohtaisesti<sup>174</sup> vai asiakkaan pyynnöstä<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> CESR/04-562, s. 50, <http://www.cesr-eu.org> 18.12.2004.

<sup>174</sup> Lähtökohtaisesti ammattimaisina sijoittajina on pidettävä erilaisia toimiluvan saaneita tai rahoitusmarkkinoilla säänneltyjä tahoja, suuryrityksiä, kansallisia ja alueellisia hallituksia, keskuspankkeja sekä kansainvälisiä ja monikansallisia yhteisöjä. Lisäksi ammattimaisina asiakkaina on pidettävä muita yhteisösijoittajia, joiden tarkoituksena on rahoitusvälineisiin sijoittaminen. Näille tahoille on kuitenkin annettava mahdollisuus tulla pyynnöstä kohdelluksi ei-ammattimaisena sijoittajana, jolloin sijoituspalveluyritys voi tarjota niille kattavamman suojan.

<sup>175</sup> Muita kuin edellä mainittuja asiakkaita on lähtökohtaisesti pidettävä ei-ammattimaisina sijoittajina ja niille on tarjottava direktiivin edellyttämä suoja. Myös tällaisia asiakkaita voidaan pyynnöstä kohdella ammattimaisena sijoittajana, ja asiakas voi siten luopua sijoittajansuojasta. Luopuminen katsotaan päteväksi ainoastaan silloin, kun sijoituspalveluyritys on tehnyt riittävän laajan arvion asiakkaan asiantuntemuksesta, kokemuksesta ja tietämyksestä. Tämän arvion on annettava suunniteltujen liiketoimien tai palveluiden osalta kohtuulliset takeet siitä, että asiakas kykenee tekemään itsenäisiä sijoituspäätöksiä ja ymmärtää niihin liittyvät riskit. Suojatoimenpiteistä luopumisesta huolimatta asiakkaalla ei kuitenkaan voida katsoa olevan edellä ammattimaisiksi sijoittajiksi katsottaviin sijoittajiin verrattavissa olevaa markkinatietoa ja -kokemusta. Ks. MiFID (2004/39/EY), LIITE II. Direktiivin mukainen sijoittajan luokittelu ammattimaiseksi tai ei-ammattimaiseksi sijoit-

Direktiivin liitteessä II on lueteltu kolme edellytystä, joista kahden tulee täytyä, jotta asiakasta voitaisiin tämän pyynnöstä pitää ammattimaisena sijoittajana. Direktiivissä edellytetään ensinnäkin, että asiakas on toteuttanut huomattavan suuria liiketoimia kyseisillä markkinoilla keskimäärin kymmenen kertaa neljännesvuodessa viimeisten neljän vuosineljänneksen aikana. Toisen edellytyksen mukaan asiakkaan sijoitussalkun tulee olla arvoltaan yli 500 000 euroa. Kolmantena edellytyksenä on, että asiakas työskentelee tai on työskennellyt rahoitusallalla ammattimaisesti vähintään vuoden ajan tehtävässä, joka edellyttää tietämystä suunnitelluista liiketoimista tai palveluista.

Näiden edellytysten lisäksi luopumiselta vaaditaan erityistä menettelyä. Asiakkaan tulee ilmoittaa kirjallisesti sijoituspalveluyritykselle tahdostaan luopua ei-ammattimaisen sijoittajan asemasta joko yleensä tai tiettyjen toimeksiantojen osalta. Sijoituspalveluyrityksen tulee tällöin kirjallisesti varoittaa asiakastaan ei-ammattimaista sijoittajaa koskevan suojan menettämisestä. Tämän jälkeen asiakkaan tulee vahvistaa erillisessä asiakirjassa tietoisuutensa seurauksista, jotka suojan menettämisestä koituvat. Ennen kuin sijoituspalveluyritys voi hyväksyä asiakkaan tekemän ilmoituksen, sen tulee varmistua siitä, että asiakas täyttää edellä mainitut vaatimukset.

## 6 LOPUKSI

Arvopaperisäästämisen suosion kasvu on arvopaperimarkkinoiden monipuolistuessa lisännyt tarvetta varmistaa sijoittajansuojan riittävä toteutuminen. Sijoituspalveludirektiivin valmisteluvaiheessa tähän pyrittiin sisällyttämällä 11 artiklaan yleisluontoiset arvopaperinvälittäjiä velvoittavat menettelytapaohjeet, joihin sisältyi arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuus.

Sijoituspalveludirektiivin johdosta arvopaperimarkkinalakiin lisättiin välittäjän selonottovelvollisuutta koskeva säännös. Tämän lisäksi velvollisuus on otettu huomioon myös Rahoitustarkastuksen norminannossa. Erään näkökannan mukaan sijoituspalveludirektiivin mukaista tiedonantovelvol-

---

tajaksi vastaa pitkälti FESCO:n puiteissa kokoontuneiden kansallisten arvopaperimarkkinoiden valvontaviranomaisten vuonna 2000 laatimaa ammattimaisen sijoittajan määritelmää. Ks. FESCO/00-124b, s. 43 ss; Komission tiedonanto – KOM/2000/0722, <http://europa.eu.int> 5.1.2005.

lisuutta ei voida täyttää ilman selonottovelvollisuuden noudattamista, sillä direktiivi edellyttää, että arvopaperinvälittäjä ottaa kaikessa tiedonannossaan huomioon asiakkaan taloudellisia olosuhteita ja sijoituspäämääriä koskevan tiedon. Tästä syystä selonottovelvollisuuden tulee soveltua myös sellaiseen arvopaperinvälitykseen, jossa ei anneta sijoitusneuvontaa. Ei kuitenkaan ole välttämättä perusteltua olettaa, että tarkoituksellisesti hyvin yleisluontoisiksi laadituista menettelytapaa koskevista periaatteista olisi johdettavissa hyvin yksityiskohtaisia vaatimuksia jäsenvaltioiden sääntelylle. Jäsenvaltioille on jätetty ”pelivaraa” menettelytapasäännösten kansallisessa täytäntöönpanossa. Arvopaperimarkkinalain selonottovelvollisuutta koskeva säännös näyttäisi siten täyttävän tällä hetkellä sijoituspalveludirektiivin asettamat vaatimukset siitä huolimatta, että se ei sovellu arvopaperinvälitykseen, jossa sijoitusneuvontaa ei tarjota.

Asiakkaan henkilökohtaiset ominaisuudet voivat olla merkityksellisiä arvioitaessa hänen kykyään muodostaa sijoituspäätöksiä, sillä näiden ominaisuuksien avulla välittäjä voi tehdä objektiivisia arvioita asiakkaan sijoituskokemuksesta. Kokematonkaan sijoittaja ei kuitenkaan voi täysin tukeutua arvopaperinvälittäjän antamaan sijoitusneuvontaan, sillä myös sijoittajalta vaaditaan selonottoa sijoitustoimintaa koskevista perusasioista. Välittäjän antaman sijoitusneuvonnan lisäksi asiakkaan voidaan edellyttää perehtyvän välittäjän antamiin sijoitusesseiteisiin.

Neuvontapalveluntarjoajan tulee puolestaan noudattaa huolellisuutta arvioidessaan asiakkaalta saamia tietoja. Jos tiedon merkityksen ymmärtäminen perustuu esimerkiksi jonkin ammattialan erityisosaamiseen, neuvontapalvelun tarjoajalta voidaan edellyttää erityistä huolellisuutta. Tämä ei välttämättä tarkoita sitä, että palveluntarjoaja ei olisi oikeutettu luottamaan asiakkaan suullisesti antamiin tietoihin, mutta neuvontapalvelun tarjoajan olisi hyvä varmistua tiedon paikkansapitävyydestä esittämällä asiakkaalle tarkentavia kysymyksiä. Jos asiakas ei kykene antamaan epäselvyyden poistavia tietoja, seikan tarkistaminen asiakirjoista voi tulla kysymykseen.

Arvopaperimarkkina-alaissa on sen säätämisestä lähtien edellytetty arvopaperinvälittäjältä huolellisuutta ja hyvän tavan noudattamista sijoitustoimeksiantojen toteutuksessa ja siihen liittyvässä sijoitusneuvonnassa. Sijoitustoimenpidettä koskevan neuvon antaminen edellyttää asiakkaan tuntemista. Sijoitusneuvontaa antavan välittäjän velvollisuutena on jo ennen sijoituspalveludirektiivin täytäntöönpanoa ollut asiakasta koskevien tietojen hankkiminen.<sup>176</sup> Tämän johdosta voidaan todeta, ettei sijoituspalvelu-

<sup>176</sup> KM 1989:36, s. 212.

direktiivin edellyttämän selonottovelvollisuuden lisääminen arvopaperimarkkinalakiin tuonut sisällöllisesti muutoksia Suomen oikeustilaan. Kysymys oli lähinnä aikaisemmin sopimusoikeuden yleisiin oppeihin perustuneen velvollisuuden ottamisesta säädännäisen oikeuden alaan. Arvopaperimarkkinalain säännös ja Rahoitustarkastuksen ohje ovat kuitenkin osaltaan täsmentäneet selonottovelvoitteen sisältöä.

Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa selonottovelvollisuus on säännelty kaksitahoisesti siten, että arvopaperinvälittäjälle asetetaan ensinnäkin velvollisuus hankkia asiakkaalta tämän sijoituskokemusta ja -tavoitteita koskevaa tietoa. Tämän lisäksi on erikseen säädetty, että asiakkaalle annettavan sijoitussuosituksen soveltuvuuden arvioinnin tulee perustua asiakkaalta kysytyihin tietoihin. Arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuus ei Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa ole kokonaan poissuljettu niissäkään tilanteissa, joissa asiakkaana on ammattimainen sijoittaja. Toisaalta selonottovelvollisuus ei sovellu ammattimaisiin sijoittajiin samassa laajuudessa kuin ei-ammattimaisiin sijoittajiin.

Sijoituspalveludirektiivin korvaava MiFID tuli voimaan vuoden 2004 huhtikuussa. Uudessa direktiivissä arvopaperinvälittäjän selonottovelvollisuutta on säännelty aikaisempaa seikkaperäisemmin, ja sääntely näyttäisi vastaavan Yhdysvalloissa ja Isossa-Britanniassa omaksuttua sääntelytapaa. Arvopaperimarkkinalain mukaista selonottovelvollisuuden sääntelyä jouduttaneen uuden direktiivin vuoksi muuttamaan, jotta velvollisuus perustuisi selvemmin sijoitussuosituksen antamiseen. Lisäksi execution only -välitykselle jouduttaneen asettamaan rahoitusvälineiden markkinoista annetun direktiivin vaatimat edellytykset. Mahdollista on myös, että arvopaperimarkkinalakiin säädetään selonottovelvollisuutta koskeva puitenormi, ja että Rahoitustarkastuksen sääntelyllä tarkennetaan velvollisuuden sisältöä ja sen soveltuvuutta.



## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Arvopaperiasioiden käsikirja. Sijoituspalveluyritykset, arvopaperien välitys, omaisuudenhoito. Kauppakaari Oy. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990.
- Cruickshank, Christopher*: Is there a Need to Harmonise Conduct of Business Rules? In Ferrarini, Guido (ed.): European Securities Markets. The Investment Services Directive and Beyond. Kluwer Law International Ltd. London – The Hague – Boston 1998, s. 131–134.
- Halila, Heikki – Hemmo, Mika*: Sopimustyypit. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996.
- Hidén, Paulus*: Listautuminen ja vahingonkorvausvastuu. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton kustannus. Vantaa 2002.
- Hoppu, Kari*: Sijoitustuotteiden markkinoinnin sääntely. WSOY Lakitieto. Vantaa 2004.
- Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka – Kaila, Heidi – Maunu, Antti*: Eurooppaoikeus. Toinen, uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996.
- Kaisanlahti, Timo*: Sidosryhmät ja riski pörssiyhtiössä. Oy Edita Ab. Helsinki 1999.
- Köndgen, Johannes*: Rules of Conduct: Further Harmonisation? In Ferrarini, Guido (ed.): European Securities Markets. The Investment Services Directive and Beyond. Kluwer Law International Ltd. London – The Hague – Boston 1998, s. 115–130.
- Mäntysaari, Petri*: Arvopaperinvälittäjästä sijoitusneuvoja. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton kustannus. Vantaa 2001.
- Pylkkönen, Pertti*: Arvopaperimarkkinoiden yhdentyminen. Teoksessa Koskenkylä, Heikki (toim.): Rahoitusmarkkinoiden integraatio. Vammala 2004, s. 39–70.
- Saario, Seppo*: Miten sijoitan pörssiosakkeisiin. Kuudes, täysin uudistettu painos. WSOY. Juva 2000.
- Tiilikainen, Kaisa-Leena*: Arvopaperinvälitystoiminta. Teoksessa Hermunen, Tiina (toim.): Elinkeinovapaus ja alakohtainen sääntely. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 1989, s. 111–134.

### Artikkelit

- Booth, Richard A*: The Suitability rule, investor diversification and using spread to measure risk. The Business Lawyer. Vol 54. No 4. 1999, s. 1599–1627.
- Kaisanlahti, Timo*: Hyvästä arvopaperimarkkinatavasta – erityisesti kurssimanipulaatiosta markkinoiden toimintaa silmällä pitäen. LM 7–8/1995, s. 1280–1307.
- Lomnicka, Eva*: The Home Country Control in the Financial Services Directives and the Case Law. European Business Law Review. Vol 11. No 9 & 10. 2000, s. 324–336.
- Lowenfels, Lewis D. – Bromberg, Alan R.*: Suitability in securities transactions. The Business Lawyer. Vol 54. No 4. 1999, s. 1557–1597.
- Mäntysaari, Petri*: Verokonsultin vastuusta. DL 2/2000, s. 245–273.
- Räsänen, Pekka*: Osakesijoittamisen yleistyminen – Pala amerikkalaista unelmaa kaikille? Oikeus 2/2000, s. 225–234.
- Saarnilehto, Ari*: Toimeksiantosopimuksen rikkominen. Oikeustieto 3/2000, s. 2–3.
- Watkins, Owen*: The Proposals for Regulatory Reform of Financial Services in the United Kingdom. European Business Law Review. Vol 9. No 3 & 4. 1998, s. 107–112.

## Virallislähteet

- Hallituksen esitys Eduskunnalle arvopaperimarkkina- ja sijoituspalvelulainsäädännön osaksi. (HE 157/1988 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sijoituspalveluyrityksistä annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta. (HE 56/1998 vp)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sijoitusrahastolain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta. (HE 110/2003 vp)
- Komiteamietintö 1989:36. Sijoittajansuoja arvopaperimarkkinoilla. (KM 1989:36)
- Rahoitustarkastus. Asiakkaan tunnistaminen asiakasta tapaamatta (Non-face-to-face tunnistaminen). Julkaisusarjat Dnro 21/720/98. Kannanotto K/15/98. Saatavilla [www-rahoitustarkastus.fi/](http://www.rahoitustarkastus.fi/). 29.5.2005.
- Rahoitustarkastus. Ohje sijoituspalvelun tarjoamisessa noudatettavista menettelytavoista. Ohje Nro 201.7. Dnro 11/268/98. Saatavilla pdf-muodossa <http://www.rata.bof.fi/>. 29.5.2005.
- Rahoitustarkastus. Rahoitustarkastuksen sääntelyn linjaukset. Dnro 9/120/2004. Saatavilla pdf-muodossa <http://www.rata.bof.fi/>. 29.5.2005.

## Muut viralliset julkaisut

- Committee of European Securities Regulators. A European Regime Of Investor Protection. The Harmonization Of Conduct Of Business Rules. CESR/01-014d. April, 2002. Saatavilla pdf-muodossa <http://www.cesr-eu.org/>. 12.12.2004.
- Committee of European Securities Regulators. CESR's Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments. CESR/04-261b. June 2004. Saatavilla pdf-muodossa <http://www.cesr-eu.org/>. 16.12.2004.
- Committee of European Securities Regulators. CESR's Draft Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments. CESR/04-562. October 2004. Saatavilla pdf-muodossa [http://www.cesr-eu.org/contenu\\_consultation.php](http://www.cesr-eu.org/contenu_consultation.php). 18.12.2004.
- Euroopan keskuspankki. Euroopan keskuspankin lausunto, Euroopan unionin neuvoston pyynnöstä, joka koskee ehdotusta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi sijoituspalveluista ja säännellyistä markkinoista sekä neuvoston direktiivin 85/611/ETY, neuvoston direktiivin 93/6/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/12/EY muuttamisesta (KOM(2002) 625 lopullinen). EYVL 2003/C 144/06.
- Euroopan yhteisöjen komissio. Ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sijoituspalveluista ja säännellyistä markkinoista sekä neuvoston direktiivin 85/611/ETY, neuvoston direktiivin 93/6/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/12/EY muuttamisesta. KOM (2002) 625, lopullinen.
- Euroopan yhteisöjen komissio. Komission tiedonanto – Sijoituspalveludirektiivin (93/22/ETY) 11 artiklan mukaisten menettelytapasääntöjen soveltaminen. KOM/2002/0722, lopullinen. Saatavilla [www-muodossa http://europa.eu.int/](http://europa.eu.int/). 5.1.2005.
- Forum of European Securities Commissions. Standards and Rules for Harmonizing Core Conduct of Business Rules for Investor Protection. FESCO/00-124b. February 2001.
- International Organization of Securities Commissions: Principles on Client Identification and Beneficial Ownership for the Securities Industry. May 2004. Saatavilla pdf-muodossa <http://www.iosco.org/>. 2.12.2004.

## Muut lähteet

- Financial Services Authority: The Conduct of Business Sourcebook. Consultation paper 45a. Saatavilla pdf-muodossa <[www.fsa.gov.uk/](http://www.fsa.gov.uk/)>. 8.11.2004.
- National Securities Association of Securities Dealers. Investor Education – Prohibited Conduct. Saatavilla www-muodossa <<http://www.nasd.com/>>. 18.10.2004.
- National Securities Association of Securities Dealers. Notice to Members 96-60. Clarification Of Members’ Suitability Responsibilities Under NASD Rules With Special Emphasis On Member Activities In Speculative And Low-Priced Securities. April 2001. Saatavilla pdf-muodossa <[http://www.nasd.com](http://www.nasd.com/)>. 18.10.2004.
- National Securities Association of Securities Dealers. Notice to Members 01-23. Suitability Rule And Online Communications. April 2001. Saatavilla pdf-muodossa <[http://www.nasd.com](http://www.nasd.com/)>. 18.10.2004.
- Suomen Pankkiyhdistys. Suomessa toimivien pankkien rahanpesun ja terrorismin estämisen ja selvittämisen toimintaperiaatteet. Syyskuu 2004. Saatavilla pdf-muodossa <<http://www.pankkiyhdistys.fi/>>. 4.12.2004.
- Unger, Laura S:* Speech by SEC Commissioner: Securities Law and the Internet. Practicing Law Institute. New York, New York, 2000. Saatavilla www-muodossa <<http://www.sec.gov/>> 14.5.2004.
- U.S. Securities and Exchange Commission: On-Line Brokerage: Keeping Apace of Cyberspace. Special Study, November 1999. Saatavilla pdf-muodossa <<http://www.sec.gov/>>. 1.11.2004.

## OIKEUSTAPAUKSET

### *Korkein oikeus*

KKO 1999:80

### *Arvopaperilautakunnan ratkaisusuositukset*

APL 621/20020  
 APL 1555/20020  
 APL 2039/20020  
 APL 121/20030  
 APL 210/20030

## LYHENTEET

AML	Arvopaperimarkkinalaki 26.5.1989/495
APL	Arvopaperilautakunta
APVY	Arvopaperivälittäjien yhdistys ry
CESR	The Committee of European Securities Regulators
COB	Conduct of Business (FSA:n menettelytapasääntely)
FSA	The Financial Services Authority
FSMA	Financial Services and Markets Act 2000
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
MiFID	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/39/EY rahoitusvälineiden markkinoista sekä neuvoston direktiivien 85/611/ETY ja 93/6/ETY ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2001/12/EY muuttamisesta ja neuvoston direktiivin 93/22/ETY kumoamisesta.
NASD	National Association of Securities Dealers
NYSE	New York Stock Exchange
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
Rahanpesu-direktiivi	Neuvoston direktiivi 91/308/ETY rahoitusjärjestelmän rahanpesu-tarkoituksiin käyttämisen estämisestä
Rahanpesu-laki	laki rahanpesun estämisestä ja selvittämisestä 30.1.1998/68
Rahoitus-tarkastuslaki	laki Rahoitustarkastuksesta 27.6.2003/587
Rata	Rahoitustarkastus
SEC	Securities and Exchange Commission
Sijoituspalvelu-direktiivi	Neuvoston direktiivi 93/22/ETY sijoituspalveluista arvopaperi-markkinoilla A10.5.1993
Sijoituspalvelu-laki	Laki sijoituspalveluyrityksistä 26.7.1996/579

*Iiro Lähdevuori*

## KNOW YOUR CUSTOMER -PRINCIPLE AND THE OBLIGATION TO DEFINE CLIENT'S INVESTMENT NEEDS

The significance of the securities markets as a financing source for enterprises started to grow rapidly in Finland in the 1980s and the growth has continued to the new millennium. The nature of the securities markets changed when enterprises started to acquire financing from the public rather than from banks as before. The development also led to growth in interest towards securities trading among private households. The goal of securities markets is to obtain financing from investors for enterprises that may use the money more efficiently.

To achieve this goal securities markets' functionality needs to be secured. In order to do this, investors' trust in securities markets has to be ensured. As the above mentioned growth went on and an increasing number of inexperienced investors became active investors, it became an important goal for legislation to achieve investor protection. An essential factor in securing investors' trust is information. It is the duty of enterprises to disclose relevant information about their operations. However, this has not been considered sufficient enough in investor protection, and therefore investment firms are also obligated to disclose information about the intended investment to the customer.

In addition to intermediating securities, investment firms usually offer investment advice. When a broker gives investment advice to a customer, he gives a recommendation for an investment that he estimates to be suitable for the customer. This kind of recommendation goes beyond giving only general information about securities markets or the intended investment. In order to be able to determine the suitability of the intended investment for the customer, the broker must have information about his client. The purpose of know your customer -standard is to ensure that brokers obtain information about their customer's knowledge and experience in the investment field relevant to the specific type of product or service, his financial situation and his investment objectives before providing investment services.

The objective of this article is to clarify the regulatory basis of know your customer -principle in Finnish legislation and its contents and applicability in situations where an investment firm is providing investment services. The article demonstrates the way the principle is regulated in *The*

*Securities Markets Act* and it is compared to the requirements of the investment services directive (93/22/EEC, ISD). The article also estimates if the *Securities Markets Act* fulfills the requirements of the ISD. The Committee of European Securities Regulators (CESR) gave guidelines for the interpretation of the ISD in 2002. CESR's guidelines placed quite strict requirements on investment firms but these requirements had to be mitigated when CESR considered the technical advice on possible implementing measures of the directive 2004/39/EC on markets in financial instruments.

Securities broker's obligations that derive from know your customer -principle are explained in the article. In addition, broker's right to depend on the information that has been given by the customer is estimated and the relevance of customer's personal features, as well as the obligation of the customer to find out the basic features of securities markets are explained. The applicability of know your customer -principle to so-called execution only -brokerage and customer's professional character in relation to existence of the obligation are also estimated in the article. To understand the diversity of possibilities of regulating know your customer -obligation, it is useful to compare the judicial systems of different countries. Therefore, the way the obligation has been regulated in the United States of America and in Great Britain is reviewed.

The article concludes that the suitability obligation of the *Securities Markets Act* fulfills the requirements that are set out in the investment services directive. A securities broker is obligated to obey duty of care when enforcing commissions but he is, up to some point, also allowed to trust information given by the customer if there is no evident obscurity in the received information. The customer in turn is obligated to find out basic features of the securities markets and the intended investment by for example acquainting himself with the brochures the securities broker may have given him. The suitability obligation has not been affiliated with the investment services that only consist of execution of client's orders (execution only brokerage) in any of the regulations of the examined countries.

Estimating customer's professional character in relation to the existence of the suitability obligation varies depending on the country. According to The *Securities Markets Act*, know your customer -obligation does not apply to investment services if the client is not a private customer. For example, in the United States suitability obligation is not fully excluded from broker's obligations even if the character of the customer is estimated to be professional.

Know your customer -standard was included in The Securities Markets Act when ISD was implemented in Finland. It is fair to say that the standard did not change the Finnish legal state greatly because brokers have always been obligated by the contract law's doctrine to obtain information from the customer before giving investment advice. However, standard's inclusion in written law did clarify its contents and the development of the regulation will diversify the contents of the standard in the future.





**Tapio Määttä**

**SOFT LAW KANSALLISEN  
OIKEUDEN OIKEUSLÄHTEENÄ.  
TUTKIMUS OIKEUDELLISEN  
RATKAISUN NORMIPREMISSIN  
MUODOSTAMISEN PERUSTEISTA  
YMPÄRISTÖOIKEUDESSA.**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO JA KYSYMYKSENASETTELU .....	341
2	ESIMERKKEJÄ SOFT LAW’STA YMPÄRISTÖPÄÄTÖKSENTEOSSA .....	348
2.1	Strategiat, julistukset ja toimintaohjelmat .....	348
2.2	Suunnitelmat ja ohjelmat .....	351
2.3	Luonnontieteelliset inventoinnit ja selvitykset .....	356
2.4	Hallinnolliset ohjeet, suositukset, oppaat ja muistiot .....	361
2.5	Eurooppaoikeudellinen soft law .....	370
2.6	Standardisointi .....	372
2.7	Itsesääntely .....	374
2.8	Hyvä tapa -normit .....	378
3	ARVIOINTIA .....	381
3.1	Soft law’n oikeudellisen velvoittavuuden luonne ja perusta ...	381
3.1.1	Sallittu vai heikosti velvoittava oikeuslähde? .....	381
3.1.2	Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus velvoittavuuden perustana .....	385
3.1.3	Normatiiviset reitit soft law’n perustana .....	393
3.1.4	Soft law’n oikeusnormiluonne .....	397
3.2	Soft law’n oikeuslähdeopillisen paikantamisen mahdollisuuksia .....	401
3.2.1	Modernia tavanomaista oikeutta? .....	401
3.2.2	Vakiintunut hallintokäytäntö? .....	406
3.2.3	Hallinnon virallislähde? .....	408
3.2.4	Argumentaatio- vai normilähde? .....	411
3.2.5	Inventointiaineistojen erityislaatuisuus oikeuslähteenä ...	414
3.2.6	Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu .....	418
3.3	Soft law perustuslaillisena ongelmana .....	430
3.4	Soft law joustavien normien kiinteytys- ja konkretisointimekanismina .....	439

4 YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ .....	446
4.1 Soft law'n monimuotoisuus .....	446
4.2 Deskriptiivisen oikeuslähdeopin tärkeys .....	448
4.3 "Antropologisia kenttätutkimuksia" vieraassa kulttuurissa .....	449
LÄHTEET .....	452
OIKEUSTAPAUKSET .....	457
LYHENNELUETTELO .....	458
SOFT LAW AS A SOURCE OF LAW IN NATIONAL LEGAL DECISION-MAKING: A STUDY ON FORMULATING THE NORM PREMISE IN ENVIRONMENTAL LEGAL DECISION-MAKING .....	459

---

# Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä.

## Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa

### 1 JOHDANTO JA KYSYMYKSENASETELU

Eri oikeudenaloilla ei yleensä ajatella olevan omaa oikeuslähteoppiaan. Oikeuslähteopin katsotaan muodostavan ainakin jossakin määrin yhteisen lähtökohdan eri oikeudenalojen normistoihin tukeutuvalle oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle ja juridiselle harkinnalle. Oikeudellisen ratkaisun teoriaan, normiteoriaan ja oikeudelliseen argumentaatioon painottuvan yleisen oikeusteorian perustavanlaatuinen asema kaikille opiskelijoille pakollisena oppiaineena juristikoulutuksessa pohjautuu osaltaan juuri tähän oletukseen juridista harkintaa suuntaavasta yleisestä, eri oikeudenaloille yhteisestä oikeuslähteopista. Oikeuslähteitä käytetään eri oikeudenaloilla ja niiden sisälläkin eri sääntelyalueilla kuitenkin jossakin määrin eri tavoin. Eri oikeudenalat voivat esimerkiksi oikeuslähteiden keskinäisen painoarvon, sallittujen oikeuslähteiden joukon ja oikeuslähteiden käyttösääntöjen osalta poiketa toisistaan ehkä enemmän kuin oikeusteorian yleisesitysten perusteella voisi olettaa.<sup>1</sup>

Tämä ei tarkoita, että eri oikeudenaloja tulisi pyrkiä hahmottamaan toisistaan aiempaa eriytyneemmiksi. Oikeuslähteopin oikeudenalakohtai-

---

<sup>1</sup> Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 169: ”Ympäristöoikeudella ei tietenkään ole omaa oikeuslähteoppiaan, mutta painotukset voivat poiketa vaikkapa rikosoikeudesta ja vahingonkorvausoikeudesta.” Ks. myös *Lötjönen (2004, s. 43)*, joka korostaa yhteisen oikeuslähteopillisen pohjan merkitystä oikeustieteen tieteellisyyden perustana: ”oikeuslähteopin sisällöllisiä eroja oikeudenalojen välillä on vaikea hyväksyä, koska oikeustiede tarvitsee yhtenäisen pohjan säilyttääkseen koherenttiutensa.” Hän toteaa eri oikeudenalojen välillä olevan kuitenkin eroa muun muassa tulkinnallisten painotusten ja oikeusperiaatteiden sisällön osalta. – Artikkelin liittyy Suomen Akatemian Ympäristö ja oikeus -tutkimusohjelman (2005–2008, ks. [www.aka.fi/envlaw](http://www.aka.fi/envlaw)) tieteellisen koordinaation yhteydessä tehtävään tutkimukseen ympäristöoikeuden yleisten oppien rakenteesta.

set erityispiirteet ovat mielestäni päinvastoin eräs peruste oikeudenalajaratjallavalle *yhteyshakuiselle* tutkimusotteelle. Tällainen ympäristöoikeuden ulkopuolelle avautuva yhteyshakuinen tutkimusstrategia on tämänkin esityksen lähtökohtana. Oikeuslähdeopin mahdolliset oikeudenalakohtaiset erityispiirteet on tärkeää suhteuttaa ”yleistä” oikeuslähdeoppia koskevaan oikeusteoreettiseen keskusteluun ja muiden oikeudenalojen doktriineihin.<sup>2</sup> Vaikka nykyaikainen ympäristöoikeus on osa julkisoikeutta ja yhteydet erityisesti hallinto-oikeuteen ovat yhä keskeisemmät, myös esimerkiksi esine-, vahingonkorvaus-, sopimus-, rikos-, prosessi- ja EU-oikeus voivat olla olennaisia ympäristöasioita koskevan lainsoveltamisen näkökulmasta. Ympäristöoikeuden omasta oikeuslähdeopista puhuminen on mahdotonta myös ympäristöoikeuden *prosessuaalisen monimuotoisuuden* vuoksi: ympäristöasioita käsitellään hallinto-, siviili- ja rikosprosesseissa sekä vielä erityisissä toimitusmenettelyissä. Tässä esityksessä huomion kohteena on lähinnä hallintoprosessi.

Arvioin tässä esityksessä ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin erityispiirteitä käyttäen vertailukohtana oikeuslähdeopin muutosta koskevaa ajankohtaista teoreettista keskustelua eri oikeudenaloilla. Esityksen näkökulmaa jäsentäväksi lähtökohdaksi olen omaksunut soft law -käsitteen erityiseksi oikeuslähdekategoriaksi ymmärrettynä. Osoitan tässä artikkelissa, että soft law -tyyppistä aineistoa hyödynnetään tosiasiallisesti hyvin merkittävänä oikeuslähteenä ympäristöasioita koskevassa kansallisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa sekä viranomaisten että tuomioistuinten päätöksenteossa. Perustelen teesiä, että muodollisesti ei-velvoittava soft law olisi tunnistettava ainakin ympäristöoikeuden alueella omaksi erityiseksi oikeuslähteeksi alan yleisissä opeissa.

Soft law mainitaan usein kansainvälisen oikeuden erääksi oikeuslähteeksi.<sup>3</sup> Soft law -tyyppinen ohjaus on pitkään ollut osa myös EY-oikeutta, käytännössä EY:n perustamissopimuksen 249 artiklassa ei-sitoviksi luonnehdittuja *suosituksia* ja *lausuntoja* laajemmassakin merkityksessä. Viime aikoina soft law -ohjaus on eurooppaoikeudessa saanut yhä enemmän huomiota, ja myös soft law -käsitteeseen viitataan yhä laajemmin.<sup>4</sup> Soft law’n

---

<sup>2</sup> Korostus on ympäristöoikeuden yleisiä oppeja koskevassa keskustelussa jo klassinen, ks. esim. *Vihervuori* 1989b, s. 48: ”ympäristöoikeuden teorianmuodostuksen tulee liittyä saumattomasti koko oikeusjärjestykseen (korostus poist.). Yleiset opitkin olisivat näin koko oikeusjärjestyksen omaisuutta – –. Ympäristöoikeus mielestäni osoittaa myös oikeusjärjestyksen ykseyden merkityksen.”

<sup>3</sup> Ks. kansainvälisen ympäristöoikeuden näkökulmasta soft law’sta oikeuslähteenä kansainvälisessä oikeudessa esim. *Ebbesson* 1996, s. 19–23 ja *Birmie – Boyle* 2002, s. 17, 24–27. Ks. erilaisista kansainvälisistä soft law -asiakirjoista myös *Rosas* 1993, s. 70–72.

<sup>4</sup> Ks. *Senden* 2004 passim, soft law -käsitteen käytöstä eurooppaoikeudessa esim. s. 4–5,

merkityssisältö eurooppaoikeudessa ei ole kuitenkaan vielä vakiintunut.<sup>5</sup> EY-oikeudellisen soft law'n systemaattisessa kokonaisesityksessä ”Soft Law in European Community Law” (2004) *Senden* arvioi soft law -sääntelyä toisaalta keinona parantaa yhteisön toimien vaikuttavuutta, legitimitettä ja läpinäkyvyyttä. Toisaalta hän laajalti analysoi soft law -tyyppisten asiakirjojen oikeudellista luonnetta, vaikutuksia ja velvoittavuutta. Teoksessa soft law'na tarkastellaan lähinnä komission ja neuvoston yksipuolisesti tuottamia, muodollisesti ei-velvoittavia instrumentteja.<sup>6</sup> Teoksen lähtökohdaksi esitetään seuraava soft law'n määritelmä, joka osittain kuvaa myös käsillä olevassa tutkimuksessa soft law'lle annettavaa merkityssisältöä:

”rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.”<sup>7</sup>

Viime aikoina soft law -käsitettä on alettu käyttää lisääntyvässä määrin eri oikeudenaloilla myös kansallisen oikeuden yhteydessä, yleensä kuvaamaan juuri oikeudellisen ratkaisutoiminnan normiperustan laajentumista ja oikeuslähdeopin monimuotoistumista. Edustavaksi esimerkiksi käsitteen yleistyneestä käyttötavasta käynee *Viljasen* vahingonkorvausoikeuden teoreettista perustaa luotaava tuore artikkeli. Hän osoittaa, että vahingonkorvausoikeudessa käytetään lisääntyvässä määrin tuottamusarvioinnin mitapuuna artikkelissa ”puoliviralliseksi soft law'ksi” ja ”puolisäädännäiseksi, ei-viralliseksi oikeudeksi” kutsuttua aineistoa. Viljanen tarkoittaa tällä aineistolla muun muassa viranomaisten antamia ohjeita ja suosituksia, jotka ”eivät ole normaalin oikeuslähdeopin mukaan oikeudellisesti velvoittavia normeja”, mutta joita käytetään vahingonkorvausoikeudessa ”sekä indikoimaan edellytettävän huolellisuuden tasoa että defenssiperusteina, kun pyritään puolustautumaan huolimattomuusväitteitä vastaan”.<sup>8</sup>

Viljasenkin tarkastelussa korostuu oikeuslähdeopillinen näkökulma. Hänen mukaansa lainsäädännön (kirjoitetun oikeuden) ja prejudikaat-

---

25, 109, 113–115, 453. Ks. soft law'n ajankohtaisuudesta eurooppaoikeudessa myös aiheita käsittelevä tuore *Electronic Journal Of Comparative Law* -julkaisun teemanumero (vol 9.1, January 2005) <http://www.ejcl.org/91/issue91.html> (19.6.2005).

<sup>5</sup> *Senden* 2004, s. 111–117.

<sup>6</sup> Mts. 113.

<sup>7</sup> Mts. 3, 111–113.

<sup>8</sup> *Viljanen* LM 2005, s. 438–440.

tien avulla ei voida ratkaista kaikkia oikeudellisia ongelmia, vaan tuottamusarvioinnin normipohjaa on täydennettävä myös muulla aineistolla. Puolivirallisen soft law'n ohella Viljanen mainitsee tuottamusarvioinnin uudentyyppisenä materiaalina myös yksityisten tahojen tuottamat ohjeet, yritysten sisäiset säännöt, best practices -kokoelmat sekä erilaisten asiantuntijakoneistojen tuottamat tai asiantuntijoiden avulla tunnistettavat tavat ja käytännöt, jotka eivät ole formaalisti koottuina kirjoitetuissa lähteissä.<sup>9</sup> – Tässä esityksessä käytän soft law -käsitettä Viljasta laueammassa merkityksessä kuvaamaan väljästi kaikkea sellaista oikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnettävää kirjallisessa muodossa olevaa aineistoa, jonka oikeudellinen velvoittavuus ei ole luonteeltaan muodollista.

Aiemmin soft law -tyyppisen aineiston merkitykseen on kiinnitetty huomiota kansallisen oikeuden näkökulmasta kotimaisessa keskustelussa ennen kaikkea kuluttajaoikeuden piirissä. Soft law'sta eri yhteyksissä jo 1980-luvulla kirjoittanut *Tala* tunnistaa kuluttajansuojan näkökulmasta useita sellaisia soft law -tyyppisiä ohjausmuotoja, joiden ajatellaan toimivan oikeussääntöjen tavoin, mutta jotka eivät muodollisesti ole velvoittavia.<sup>10</sup>

Soft law'n merkitykseen erityisenä kansallisen oikeuden oikeuslähteenä ovat yleisemmin kiinnittäneet huomiota *Pohjolainen* ja *Tuori*. Tuori pitää ympäristöoikeutta yhtenä esimerkkinä sellaisesta *polysentriseen oikeuslähteistöön* perustuvasta uudesta oikeudenalasta, jossa ei enää sitouduta kansallisvaltion suvereenin lainsäätäjän monosentriseen näkökulmaan. Hänen mukaansa soft law -tyyppisellä aineistolla, kuten kansainvälisten ja kansallisten järjestöjen suosituksilla tai käytännesäännöillä, on tärkeä sija monien uusien oikeudenalojen, kuten ympäristöoikeuden itseymmärryksessä.<sup>11</sup>

Myös Pohjolanen lähtökohtana on oikeuslähdeopin tosiasiallinen monimuotoisuus, kiistanalaisuus, ristiriitaisuus ja muuttuvaisuus. Ympäris-

---

<sup>9</sup> *Ib.*

<sup>10</sup> *Tala* JFT 1986, s. 127–128, 138. Hän tarkastelee lähemmin seuraavia soft law -tyyppisiä ohjauskeinoja: ”1) ett avtals- och förhandlingssystem enligt kollektivavtalsmodell, 2) utfärdande av riktlinjer och förhållningsregler under samverkan av statsmakten och marknadsparterna, 3) särskilda former för marknadsparternas deltagande i övervakningen av konsumentskyddets genomförande eller i lösningen av enskilda tvister.” Ks. soft law'sta erityisenä EU:n kuluttajaoikeuden sääntelytekniikkana ja tähän sääntelymalliin liittyvistä ongelmista *Howells – Wilhelmsson* 1997, esim. s. 19, 84, 213, 327–331. Soft law'na teoksessa käsitellään elinkeinonharjoittajien vapaaehtoiseen (usein EU-aloitteiseen) itsesääntelyyn perustuvaa ja EU:n (lähinnä komission) ei-sitovien suositusten muodossa annettavaa normitusta. Kuluttaja- ja ympäristöoikeudella näyttäisi olevan muutoinkin kiinnostavia yhteyksiä uusina oikeudenaloina, ks. myös *de Sadeleer* 2002, s. 249.

<sup>11</sup> *Tuori* LM 2004, s. 1213 ja *sama* Niin & näin 2005, s. 85.



töoikeus on hänenkin esityksessään eräs soft law'n tyypillinen sovellus-alue. Pohjolainen osoittaa soft law'n määrittämisen negatiivisesti juridisesti ei-velvoittavaksi tai ei-sitovaksi olevan ongelmallista. Hänen mukaansa soft law'n merkityksen ymmärtämiseksi tulisi pikemminkin pyrkiä induktiivisesti kuvaamaan soft law'n tyyppiomaisuuksia ja kertomaan jotain ilmiön keskeisimmästä olemuksesta. Hän luonnehtii soft law'n olevan pohjimmiltaan tietoisesti luotu normisto. Lähtökohtainen pyrkimys ohjauvan säännösten luomiseen merkitsee hänen mukaansa, että soft law ei siten *sisällöllisesti* välttämättä ole ”pehmeää” oikeutta, vaikka muodollisen velvoittavuuden osalta tällainen luonnehdinta voitaisiin ehkä esittää.<sup>12</sup>

Kotimaisessa ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa soft law -tyyppisen aineiston merkitys ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa on jo klassinen teema, rajautuen kuitenkin lähinnä hallinnolliseen ohjaukseen (jäljempänä ilmenee, että hallinnollinen ohjaus on vain yksi ympäristöoikeudellisen soft law'n muoto). Viime aikoina aihepiiri näyttää alan väitöskirjoissa jääneen muun muassa perusoikeus- ja periaatekeskustelun vuoksi vähemmälle huomiolle. Näkökulma on ollut aiemmin usein oikeuslähteopillinen, vaikka soft law -käsitettä ei aivan viime vuosia lukuun ottamatta ympäristöoikeuden alueella juuri ole käytetty. Jo *Hollo* kirjoittaa väitöskirjassaan ”Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan” (1976) suosituksenomaisten ”vesistönormien” – vesien laatuluokitusten ja kuormitusrajoja määrittävien standardien – merkityksestä vesioikeudellisessa päätöksenteossa.<sup>13</sup> *Tarukannel* osoittaa väitöskirjassaan ”Terveystieteellinen sijoituslupa” (1990) silloisilla lääkintöhallituksen ohjekirjeillä olleen sijoituslupapäätöksenteossa suuren käytännön merkityksen. Hän arvioi hallinnollisen ohjauksen oikeuslähteopillisen paikantamisen olevan vaikeaa ja päätyy siihen, että kyse on lähinnä reaalista argumenteista.<sup>14</sup> Samoin *Kuusiniemi* kiinnittää väitöskirjassaan ”Ympäristönsuojelu ja immisioajattelu” (1992) laajasti huomiota hallinnollista tietä annettuihin ohjeisiin ympäristönsuojelullisissa tulkintatilanteissa. Hän luonnehtii hallinnollista normiohjausta ei-sitovaksi sallituksi oikeuslähteeksi ja eräänlaiseksi asiaargumentiksi, mutta osoittaa ohjeilla käytännössä olevan huomattava merkitys käytännön päätöksenteossa.<sup>15</sup>

Myös ympäristöoikeuden perusoppikirjoissa soft law -tyyppisen aineiston merkitys tulee yleensä mainituksi, mutta kovin laajaa periaatteellista huo-

<sup>12</sup> *Pohjolainen* JFT 1998, s. 438–443.

<sup>13</sup> *Hollo* 1976, s. 180–186.

<sup>14</sup> *Tarukannel* 1990, s. 174–179.

<sup>15</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 132, 355.

miota oikeuslähdeopin näkökulmasta siihen ei kiinnitetä. Alan kattavassa perusteoksessa ”Ympäristöoikeus” (2001) viitataan ympäristöasioita koskevan harkinnan helpottamiseen antamalla yleisiä raja- tai ohjearvoja. Soft law -piirteeseen viitataan luonnehdinnalla, että tällainen ohje ”ei tietenkään oikeudellisesti sido asian ratkaisijaa, mutta käytännössä niillä on usein merkittävä vaikutus asian ratkaisemiseen”.<sup>16</sup> Alan perusoppikirjoissa mainitaan yleisesti myös viranomaisten ohjeet ja erilaiset ohjelmat erityisenä ympäristöoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa huomioonotettavana aineistona. Niitä ei kuitenkaan yleensä pyritä käsitteellistämään erilliseksi oikeuslähdekategoriaksi.<sup>17</sup>

Kansainvälisessä ympäristöoikeuskirjallisuudessa soft law -käsite kytetään yleensä kansainväliseen (ympäristö)oikeuteen, mutta sitä näytetään käytettävän lisääntyvässä määrin myös yleisemmin kuvaamaan ympäristöoikeudellisen sääntelyn muuttumista. Osaltaan tämä johtuu kansainvälisen, EU- ja kansallisen oikeuden yhä tiiviimmästä kytkeytymisestä toisiinsa ympäristöoikeuden alueella.<sup>18</sup> Soft law -käsite esiintyy teoreettisessa ympäristöoikeuskirjallisuudessa yleensä sellaisissa yhteyksissä, joissa kuvataan perinteisen hierarkkisen ja suljetun oikeudellisen ajattelun avautumista ja monipuolistumista.<sup>19</sup> Ympäristöoikeudelle katsotaan olevan tyyppillistä muun muassa yhä epämääräisemmän velvoittavuuden asteen muodollisestikin velvoittavassa lainsäädännössä, mikä suhteellistaa perinteisten normatiivisten kategorioiden merkitystä<sup>20</sup>.

Kansainvälisessä soft law -kirjallisuudessa lähestymistapa näyttää usein olevan *sääntelyteoreettinen*. Painotus on usein erilaisten yhteiskunnalli-

---

<sup>16</sup> *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 55. Soft law -käsitettä ei tässä yhteydessä tai muutoinkaan kansallisen ympäristöoikeuden yhteydessä teoksessa käytetä. Käsite on esillä vain kansainvälisen ympäristöoikeuden oikeuslähteenä (s. 201).

<sup>17</sup> Ks. esim. *Palokangas – Tarukannel – Nuuja 1993*, s. 43–I.

<sup>18</sup> Ks. myös *Kumpulainen* (2004, s. 236), joka toteaa perinteisen kansainvälisen ja kansallisen erottelun liudentumisen, sääntelyn hajautumisen ja koordinaation puuttumisen kansainvälisellä, alueellisella ja paikallisella tasolla johtavan väistämättä päällekkäisyyksiin ja epä johdonmukaisuuksiin: jälkiteollinen ”ympäristöoikeudellinen sääntely ei muodosta yhtenäistä, johdonmukaista järjestelmää”.

<sup>19</sup> Ks. esim. *de Sadeleer 2002*, s. 247, 249.

<sup>20</sup> *de Sadeleer* (2002, s. 257) viittaa ”hard law’n” ja ”soft law’n” rajalinjan hämärtymiseen sekä kansainvälisessä että EU-ympäristöoikeudessa: ”Some EC directives have become so precise and binding that they resemble regulations, while other directives are so vague in nature that they are essentially no more than statements of intent.” Hän luonnehtii (s. 259) myös ympäristöoikeuden oikeusperiaatteiden (esimerkiksi varovaisuusperiaatteen) ilmentävän hard – soft law -rajalinjan hämärtymistä. Hard – soft law -erottelulla on keskeinen merkitys myös *Verschuurenin* (2003) ympäristöoikeuden oikeusperiaatteiden kehittymistä ja niiden oikeudellista merkitystä analysoivassa tutkimuksessa, ks. esim. s. 106.

sen ohjauksen muotojen vertailussa ja niiden vaikutusten arvioinnissa. Arviointi-, vaikutus- ja ohjauskeino tutkimuksen välineistöllä analysoidaan soft law'n tarvetta ja sen etuja suhteessa muodollisesti velvoittavaan oikeudelliseen sääntelyyn uusien, aikaisempaa haastavampien globaalien ongelmien hallinnassa.<sup>21</sup> Myös ajankohtaisessa eurooppaoikeudellista soft law'ta koskevassa keskustelussa on sääntelyteoreettisia painotuksia: soft law'ta näytetään tarkasteltavan myös sitovalle lainsäädännölle vaihtoehtoisena sääntelytapana. Keskustelun soft law'sta lainsäädännölle vaihtoehtoisena sääntelymuotona voitaneen katsoa käynnistyneen komission vuonna 2001 antamasta uutta eurooppalaista hallintotapaa koskevasta valkoisesta kirjasta ”European Governance”.<sup>22</sup> Taustalla on EY-ohjauksen kriisiytyminen muun muassa väitetyn ylisääntelyn, tehottomuuden ja ohjauksen legitimititeetti ongelmien vuoksi.<sup>23</sup>

Tällä esityksellä ei ole sääntelyteoreettisia tavoitteita, vaan esityksen näkökulma on *kansallisen lainsoveltajan*: minkälaista aineistoa ympäristöviranomaiset ja tuomioistuimet hyödyntävät ympäristöasioita koskevassa oikeusharkintaisessa päätöksenteossa? Tämän vuoksi tässä esityksessä tulevat vain viitteellisesti (systematisointitarkoituksessa) mainitaksi useat ajankohtaisessa ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevassa tutkimuksessa painottuvat, usein soft law -tyyppisiksi luonnehditut ohjausmuodot (esimerkiksi sertifiointi- ja ympäristöjohtamisjärjestelmät). Kiinnitän esityksessä huomiota erityisesti siihen, minkälaiseen aineistoon ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa *tosiasiallisesti* tukeudutaan. Kattavaa ympäristöoikeuden oikeuslähteopin kuvausta ei tavoitella. Ympäristöoikeuden oikeuslähteoppia lähestytään vain eräältä, yleensä normatiivisessa oikeuslähteopissa vähälle huomiolle tai täysin noteeraamatta jäävältä kulmaltaan eli kiinnitetään huomiota erityisesti muodollisesti ei-velvoittaviin oikeudellisen ratkaisun perusteisiin. Ympäristöviranomaisten ja tuomioistuinten lainsoveltamistehtävän tai argumentaation mahdollisiin eroihin en tässä juurikaan kiinnitä huomiota, vaan katson oikeusharkintaisen

<sup>21</sup> Sääntelyteoreettinen lähestymistapa korostuu esimerkiksi teoksen ”Hard Choices, Soft Law” (2004) useissa artikkeleissa. Ks. *Kirton – Trebilcock* (2004, s. 4–6, 11–13), jossa korostetaan (s. 13) soft law -regiimin tarkastelun perustavana kysymyksenä sen tehokkuuden arviointia: ”whether soft law is as effective as its hard law equivalent in meeting the need or solving the problem for which it was designed and introduced.” Ks. soft law -mallin eduista ja ongelmista myös *Tala JFT* 1986, s. 139–140.

<sup>22</sup> Ks. *COM (2001) 428 final*, s. 13, 20–23 ja sen seurantaraportti *Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta* 2003, s. 23–24, joissa lainsäädännölle vaihtoehtoisina sääntelytapoina tarkastellaan yhteissääntelyä (co-regulation), itsesääntelyä (self-regulation) ja ns. avointa koordinoitimenettelyä (the open method of co-ordination). Näitä ei tarkastella vain vaihtoehtoisina vaan monilta osin myös lainsäädäntöä täydentävinä instrumentteina.

<sup>23</sup> *Senden* 2004, s. 9–15, 453.

lupa- ja muun vastaavan viranomaispäätöksenteon rinnastuvan oikeudellisesti tuomioistuinten oikeusnormien soveltamistehtävään<sup>24</sup>.

Jaksossa 2 esitän kattavuuteen pyrkimättä joitakin konkreettisia esimerkkejä soft law -tyyppisestä aineistosta ympäristöoikeuden eri alueilta. Jaksossa painottuu deskriptiivisen oikeuslähdeopin näkökulma. Jaksolla on myös systematisoivia tavoitteita. Tämän vuoksi esillä on viitteenomaisesti jossain määrin myös muodollisesti velvoittavaa oikeudellista aineistoa ja aineistoa, jolla ei ole käytännössä juurikaan merkitystä oikeuslähteenä. Kun aineiston kovin yksityiskohtainen luokittelu ei mielestäni ole oikeudellisesti kiinnostavaa, jakson jäsentely on varsin karkeapiirteinen.<sup>25</sup>

Jakson 3 tavoitteena on paikantaa jaksossa 2 esiteltyä aineistoa eri oikeudenalojen yleisiä oppeja ja oikeuslähdeopin muutosta koskevan oikeusteoreettisen keskustelun näkökulmasta. Jaksossa myös analysoidaan soft law'n käytön normatiivisia rajoja sekä arvioidaan soft law'n tarvetta ympäristöoikeuden alueella. Olen tavoitellut jaksossa sellaista yhteyshakuisesti muiden oikeudenalojen suuntaan avautuvaa analyysiä, joka voisi tehdä ymmärrettäväksi ympäristöoikeudellisen sääntelyn ja ympäristöasioita koskevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteitä myös ympäristöoikeuteen vähemmän paneutuneelle.

## 2 ESIMERKKEJÄ SOFT LAW'STA YMPÄRISTÖPÄÄTÖKSENTEOSSA

### 2.1 Strategiat, julistukset ja toimintaohjelmat

Ympäristöalalla ovat yleisiä sellaiset asiakirjat, joita ei ole alunperin laadittu ensisijaisesti yksittäisiä oikeudellisia ratkaisutilanteita ajatellen. Jois-

---

<sup>24</sup> Samoin *Pohjolainen* ja *Tarukannel* (1990, s. 279) katsovat, ettei hallintomenettelyssä ja hallintolainkäytössä tapahtuvassa normien soveltamisessa ole suuria rakenteellisia eroja. Ks. *oikeusharkintaisia* viranomaistehtäviä hoitavan ympäristöhallinnon rinnastamisesta tuomioistuimiin verrattaviin lainsoveltajiin myös *Määttä 2004b*, s. 139–140. Ks. myös *Vihervuori* 2004, s. 495–496, 508, jossa muun muassa vesioikeudellisen lupaharkinnan osalta todetaan harkinnan olevan ”laadultaan aivan samaa sekä lupaviranomaisessa että tuomioistuinvaiheessa”. Eri asiaryhmät kuitenkin poikkeavat tältä osin toisistaan. *Vihervuori* (s. 499–500) kiinnittää huomiota esimerkiksi maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen kaavoitukseen, johon liittyvään kuntien päätöksentekoon sisältyy myös sellaista ”omaa harkintavaltaa, jossa ei ole kysymys edes joustavien oikeusnormien soveltamisesta”.

<sup>25</sup> Ks. myös *Pohjolan* (1998, s. 448–449) esimerkinomainen ryhmittely kansallisen oikeuden soft law -lähteistä.

sakin tilanteissa tällaisella aineistolla voi olla kuitenkin myös oikeudelliseen ratkaisutoimintaan heijastuvia vaikutuksia. Erilaiset julistukset, strategiat ja toimintaohjelmat ovat erityisesti kansainvälisessä ja EU-ympäristöpolitiikassa keskeisiä. Ne ovat lähinnä poliittisia asiakirjoja. Oikeudellisen päätöksenteon kannalta niiden normatiivinen merkitys on yleensä varsin vähäinen.

Ympäristöoikeuden piirissä viitataan vakiintuneesti erityisesti YK:n Tukholman vuoden 1972 ja Rion vuoden 1992 ympäristökokouksissa hyväksytyihin julistuksiin myös oikeudellisesti merkityksellisinä soft law -asiakirjoina.<sup>26</sup> Teoreettisessa ympäristöoikeuskirjallisuudessa erityisesti luonnon mahdollista itseisarvoista oikeudellista suojaa koskevan keskustelun yhteydessä usein viitattu keskeinen kansainvälinen soft law -asiakirja on myös *Luonnon peruskirja* (World Charter for Nature).<sup>27</sup> Se ei ole oikeudellisesti velvoittava, mutta soft law -tyyppisenäkin sen on tulkittu ilmentävän kansainvälisen ympäristöoikeuden kehityksen suuntaa ja keskeisiä lähtökohtia. Sen johdannossa korostetaan muun muassa jokaisen elämänmuodon ainutlaatuisuutta ja sivilisaation luontoperusteisuutta.<sup>28</sup> Vastaavanlaisia, alaltaan rajoitetumpia esimerkkejä oikeudellistakin merkitystä omaavista julistuksista ja suosituksista voitaisiin osoittaa eri ympäristösopimusjärjestelmien piiristä runsaasti. Viranomaispäätöksenteossa voidaan tukeutua myös erilaiseen *kansainväliseen tutkimus- ja selvitystietoon* silloin, kun kansallista aineistoa ei ole saatavilla.

Ympäristöpoliittisissa julistuksissa ja kansainvälisten sopimusjärjestelmien piirissä syntyneissä suosituksissa muotoillaan usein ajan myötä myös formaalin oikeudellisen muodon saavia uusia lähestymistapoja, käsitteitä ja periaatteita.<sup>29</sup> Esimerkiksi parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaate (Best Available Technology, BAT) esiintyi aluksi poliittisissa julistuksissa ja suosituksissa ennen kuin se kirjattiin muodollisestikin kansainvälisiin ympäristösopimuksiin ja kansalliseen lainsäädäntöön. Vastaavasti nykyi-

<sup>26</sup> Ks. Tukholman julistuksen keskeisestä merkityksestä erityisesti ihmisoikeuksien ja ympäristönsuojelun yhteyden luomisessa *Kumpula* 2004, s. 61–62 ja Rion julistuksesta mts. 65–67. Ks. julistuksista ja niiden oikeudellisesta merkityksestä myös *Alder – Wilkinson* 1999, s. 112–115.

<sup>27</sup> Oikeudelliselta statukseltaan se on YK:n yleiskokouksen hyväksymä päätöslauselma (A/RES/37/7 9 November 1982). Julkaistu: 23 ILM (1989), s. 455.

<sup>28</sup> *Kumpula* (2004, s. 62–63) katsoo peruskirjan olevan ”edelleen ainutlaatuinen lähtökohdiltaan ja tavoitteiltaan”. Hänen mukaansa asiakirjan erityislaatuisuus on siinä, että ”se sisältää eettiset perustelut ympäristön ihmisten välittömistä tarpeista riippumattomalle ja ympäristön itseisarvoon perustuvalla huomioon ottamiselle”.

<sup>29</sup> Soft law’n merkitystä ”hard law’n” perustana korostaa mm. *de Sadeleer* 2002, s. 313, ks. myös *Verschuuren* 2003, s. 52.

sin lainsäädäntöön kirjatun aiheuttamisperiaatteen sisältö muotoutui ja täsmentyi alun perin lähinnä OECD:n suositusten kautta 1970-luvulta alkaen.<sup>30</sup>

Kansainvälisten sopimusjärjestelmien piirissä syntynyt ohjeistus on usein perustana kansallisten soft law -tyyppisten oppaiden tai ohjeiden laatimiselle. Esimerkiksi ympäristöministeriön ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje” (2004) laadittaessa otettiin huomioon sekä Itämeren merellisen ympäristön suojelusopimuksen (SopS 2/2000) nojalla annettu suositus ja ohje ruoppausmassan läjityksestä mereen että Koillis-Atlantin sopimukseen (OSPAR, SopS 51/1998) liittyvä ohje läjityksestä.<sup>31</sup>

EU:n ympäristöpolitiikassa hyvin keskeisiä ovat yleensä viisivuotiskausiksi laaditut ympäristöpolitiikan toimintaohjelmat. Ensimmäinen ympäristöohjelma laadittiin vuonna 1972, viimeisin, yhteisön kuudes ympäristöä koskeva toimintaohjelma (Euroopan parlamentin ja neuvoston päätös 1600/2002/EY) on laadittu vuosille 2002–2011. Nykyisin ympäristöohjelmat hyväksytään neuvoston ja parlamentin yhteispäätösmenettelyssä. Ympäristöohjelmia on aiemmin pidetty oikeudellisesti ei-velvoittavina, mutta niiden oikeudellinen merkitys on vahvistunut siten, että ohjelmat voivat sisältää myös oikeudellisesti velvoittavia määräyksiä.<sup>32</sup>

Varsinkin vasta kehittymässä olevilla ympäristöpolitiikan alueilla poliittisten strategia-asiakirjojen laatiminen voi olla hyvin laajamittaista. Viimeisen kymmenen vuoden aikana tämä on näkynyt erityisesti biologisen monimuotoisuuden (biodiversiteetin) turvaamiseen tähtäävissä toimissa ja ilmastopolitiikassa. *Kokon* biodiversiteettioikeudellisessa väitöskirjassa ”Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit” (2003) strategioita pidetään eräänä keskeisenä biodiversiteettiä turvaavana mekanismina, jolla on myös oikeudellista relevanssia. Hän luonnehtii strategioita ”lain laadinta- tai tulkintaohjelmiksi, joilla pyritään sovittamaan tietyt ympäristölliset, taloudelliset ja muut poliittiset vaatimukset osaksi oikeusjärjestystä”.<sup>33</sup> Hän katsoo biodiversiteettioikeuden strategioiden voivan myös

---

<sup>30</sup> Ks. aiheuttamisperiaatteen muotoutumisesta esim. *Tuomainen* 2001, s. 14–16 ja *de Sadeleer* 2002, s. 23–33.

<sup>31</sup> *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7, 57–58. Ks. ulkomaisista vaikutteista ohjearvojen muodostumisen perustana luonnontieteellisen tiedon oikeudellisen merkityksen arvioimisen näkökulmasta myös *Herler* 2004, s. 63–64, jossa tarkastellaan myös pilaantuneita maa-alueita koskevaa SAMASE-raporttia. Yleisemmin kansainvälisen soft law -normituksen välittymistä kansalliseen oikeuteen tarkastelee *Pohjolainen* JFT 1998, s. 447–448.

<sup>32</sup> Ks. *Krämer* 2000, s. 43–44. Ks. ympäristöohjelmien soft law -luonteesta myös *de Sadeleer* 2002, s. 319–320 ja ohjelmista (action programme) yleisemmin eurooppaoikeudellisenä soft law’na *Senden* 2004, s. 128–132.

<sup>33</sup> *Kokko* 2003, s. 122–124, 283–284.

ohjata oikeudellista päätöksentekoa, ”vaikka niillä ei ole edes normiperustaa”.<sup>34</sup> Biodiversiteettioikeudellisina strategioina tutkimuksessa käsitellään erityisesti EY:n biodiversiteettistrategiaa<sup>35</sup> ja Suomen biologista monimuotoisuutta koskevaa kansallista toimintaohjelmaa (1997–2005).<sup>36</sup>

Ilmastonmuutoksen torjuntaan liittyen on laadittu uuvuttava määrä erilaisia poliittisia ohjelmia ja strategioita sekä EU:ssa että eri jäsenvaltioissa. Kansallisesti keskeisin asiakirja on keväällä 2001 eduskunnassa käsitelty kansallinen ilmastostrategia.<sup>37</sup> Ilmastopolitiikka on hyvä esimerkki poliittisten ohjelmien ja strategioiden oikeudellisista heijastumista. Ilmastopolitiikassa ja sen eräässä konkreettisemmassa ilmentymässä, energiaoikeudessa, on vaikea osoittaa, milloin politiikka lakkaa ja oikeus alkaa. Soft law -käsite on politiikan ja oikeuden rajalinjan epämääräisyyden osoittamiseksi tässä yhteydessä havainnollinen. Ilmastopoliittiset strategiat ovat mielestäni myös oikeudellisesti relevantteja, vaikka niitä ei formaalisti ole puettu sitovaksi tarkoitettuun oikeudelliseen muotoon.<sup>38</sup> Oikeus on muutenkin kuin yksiselitteisten sääntöjen muodossa annettuja käskyjä, kieltoja ja velvoitteita. Ilmastopolitiikka on esimerkki siitä, että oikeudellisesti merkityksellinen normatiivisuus alkaa jo ennen kuin yhtään velvoittavaa sääntöä on voimassa.<sup>39</sup>

## 2.2 Suunnitelmat ja ohjelmat

Lainsoveltamisessa strategioita, julistuksia ja toimintaohjelmia yleensä joko muodollisesti velvoittavampia tai ainakin tosiasiallisesti merkityksellisempiä

<sup>34</sup> *Kokko* 2003, s. 219, alav. 174.

<sup>35</sup> Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille biologista monimuotoisuutta koskevasta Euroopan yhteisön strategiasta. KOM (1998) 42.

<sup>36</sup> Näiden strategioiden laatiminen on perustunut biodiversiteettisopimuksen (SopS 78/1994) 6 artiklaan, jossa sopimusvaltioita kehoitetaan mm. laatimaan kansallisia biologisen monimuotoisuuden suojelun ja kestäväen käytön strategioita, suunnitelmia ja ohjelmia.

<sup>37</sup> Kansallinen ilmastostrategia. Valtioneuvoston selonteko Eduskunnalle. VNS 1/2001 vp.

<sup>38</sup> Kiinnostava – ajallisestikin ilmastokysymykseen pitkälti rinnastuva – vertailukohta on biodiversiteetin turvaamistavoitteen kehittyminen osaksi voimassa olevaa oikeutta. Oikeudellisesti biodiversiteetin suojelu ei ole enää vain poliittinen tavoite vaan osa voimassa olevaa oikeutta (esimerkiksi biodiversiteetin suojelun velvoittavana oikeusperiaatteena). Näkökulman oikeudellista kehittyneisyyttä ilmastokysymykseen verrattuna kuvastaa se, että biodiversiteettioikeuden käsite on alkanut näkyä ympäristöoikeudellisessa kielenkäytössä. Ilmasto-oikeudesta ei toistaiseksi puhuta.

<sup>39</sup> Ks. ilmastopolitiikan muuttumisesta velvoittavaksi oikeudeksi laajemmin *Määttä* 2004a, s. 162–172.

ovat ympäristöpolitiikan välineenä yleistyneet erilaiset suunnitelmat ja ohjelmat. Niiden oikeudellinen luonne ja velvoittavuus vaihtelevat huomattavasti. Joidenkin ohjelmien tai suunnitelmien normatiivinen velvoittavuus on heikkoa ja tapauskohtaista, joillekin ohjelmille tai suunnitelmille on laissa säädetty nimenomaisia, joskus myös yksilön oikeusasemaan ulottuvia välittömiä oikeusvaikutuksia. Ohjelmien ja suunnitelmien laissa säännellyt oikeusvaikutukset vaihtelevat huomattavasti eri säädöksissä. Erityyppiset suunnitelmat ja ohjelmat voivat olla julkisen vallan ohjauskeinoja, mutta myös yksityisen tekemiin suunnitelmiin voi liittyä oikeusvaikutuksia. Käsitteistä ”ohjelma” tai ”suunnitelma” ei voida tehdä mitään johtopäätöksiä kyseessä olevan asiakirjan oikeudellisesta velvoittavuudesta tai oikeusvaikutuksista.<sup>40</sup>

*Yksityisten tekemät suunnitelmat* ovat usein viranomaismenettelyä varten laadittuja yksityisen subjektin ”tahdonilmaisuja”, jotka saavat oikeudellisen sitovuutensa lupa- tai muun viranomaisratkaisun myötä.<sup>41</sup> Esimerkiksi yksittäisten vesioikeudellisten hankkeiden yhteydessä hakemukseen liitettävät hankekohtaiset suunnitelmat muodostavat keskeisen perustan lupa-asian käsittelylle.<sup>42</sup> Tässä esillä olevan soft law -teeman kannalta nämä yksittäistä toimintaa koskevat suunnitelmat eivät sellaisenaan ole kiinnostavia: niitä ei voida luonnehtia oikeuslähteiksi, joita sovellettaisiin useammassa kuin yhtä toimintaa koskevassa päätöksentekotilanteessa. Suunnitelmia koskevat eri lakien säännökset ovat sitä vastoin teeman kannalta tärkeitä. Suunnitelmissa edellytetään tyypillisesti selvittämään hankkeen vaikutuksia, mikä osaltaan avaa oikeudellisen päätöksenteon erilaiselle soft law -tyyppiselle selvitys-, inventointi- ja viiteaineistolle. Lupaharkinnan perustaksi tehtävien suunnitelmien sisältövaatimukset saattavat myös määrittäen osaltaan soft law -tyyppisen aineiston, esimerkiksi erilaisen ohjeistuksen tai malliprosessien kuvaamisen perusteella.

Suunnitelma voi oikeudelliselta luonteeltaan olla tosiasiallisesti myös tietyyntyyppisen ympäristönkäytön mahdollistava *lupapäätös*, kuten esimerkiksi yleisistä teistä annetun lain (243/1954), jatkossa maantielain (503/2005) mukainen tiesuunnitelma. Oman suunnitelmien erityisryhmänsä muodostavat maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL)

---

<sup>40</sup> Ks. myös *Vihervuori* (1989a, s. 38–39), joka korostaa, ”että moninaisten ’suunnitelmien’ tarkastelu yhtenäisenä analysoimattomana ryhmänä ei voi johtaa positiivisiin tuloksiin”.

<sup>41</sup> *Vihervuori* 1989a, s. 38.

<sup>42</sup> Ks. *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 799. Hankekohtaisista suunnitelmista on yksityiskohtaisia säännöksiä vesiasetuksen (282/1962) 42–70 §:ssä.



mukaiset *kaavat*, joiden oikeusvaikutuksista säädetään yksityiskohtaisesti laissa.<sup>43</sup>

Aiemmin laissa sääntelemättömiä suunnittelu- ja ohjelmainstrumentteja näytetään ympäristöoikeuden eri osa-alueilla oikeudellistettavan säätämällä laissa suunnitelmien laatimismenettelyistä ja oikeusvaikutuksista. Tämä näkyy muun muassa luonnonsuojeluoikeudessa. Aiemmin oikeudellisesti ongelmallisia olivat valtioneuvoston hyväksymät *luonnonsuojeluohjelmat*.<sup>44</sup> Niiden laatimisesta ei ollut säännöksiä laissa, eikä niillä siksi katsottu muodollisesti olevan välittömiä oikeusvaikutuksia. Vaikka ne muodollisesti olivatkin oikeudelliselta luonteeltaan vain hallinnon sisäisiä suunnitelmia, sisällöllisen painoarvonsa kautta suojeluohjelmat tosiasiallisesti vaikuttivat oikeudelliseen päätöksentekoon. Oikeustila on luonnonsuojeluohjelmien osalta uuden luonnonsuojelulain (1096/1996, LSL) myötä muuttunut. LSL 8–9 §:ssä säädetään uusien luonnonsuojeluohjelmien laatimisesta ja niiden oikeusvaikutuksista (uuden lain mukaisia luonnonsuojeluohjelmia ei toistaiseksi ole hyväksytty). Myös ennen uutta luonnonsuojelulakia laadittujen suojeluohjelmien asema on LSL 77 §:ssä legalisoitu. Tämä ei tarkoita uuden lain soveltamista vanhoihin ohjelmiin,<sup>45</sup> eikä muualla lainsäädännössä olevien luonnonsuojelulakia koskevien viittaussäännösten kohdistumista vanhoihin suojeluohjelmiin<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Soft law -teeman kannalta oikeusvaikutteiset kaavat eivät laissa säädettyjen oikeusvaikutustensa vuoksi ole kiinnostavia (kaavoitusoikeudelliseen soft law -aineistosta esitän esimerkkejä jäljempänä). Kaavojen oikeudelliseen luonteeseen hallintopäätöksinä ja/tai yleisinä normeina liittyy kyllä pitkä keskusteluperinne, jossa on myös oikeuslähdeopillisiä vivahteita, ks. keskustelusta *Syrjänen* 1999, s. 132–135 viitteineen.

<sup>44</sup> Vanhoihin luonnonsuojeluohjelmiin liittyvistä oikeudellista ongelmista kirjoitettiin aikanaan laajalti. Ks. esim. rantojensuojeluohjelmaa koskeva laaja *Länsinevan* (1995) analyysi, jonka johtopäätös (s. 291) on, että ohjelma ”sopii sängen huonosti yhteen oikeusvaltiollisen sääntelyn perusideoiden kanssa” ja ettei ”tällaista lakiin perustumatonta periaatepäätöstä yksinkertaisesti voida pitää asianmukaisena välineenä yksilöityjen ranta-alueiden suojelemiseksi”.

<sup>45</sup> Vanhoja luonnonsuojeluohjelmia koskevat tosin niiden toteuttamisen kannalta tärkeät LSL 24.3 § (luonnonsuojelualueen perustaminen yksityisen maalle myös ilman maanomistajan suostumusta) ja LSL 52.2 § (ympäristöministeriön lunastuslupatoimivalta ilman valtioneuvoston lunastuslupaa).

<sup>46</sup> Muualla lainsäädännössä vanhoille luonnonsuojeluohjelmille on luotu oikeusvaikutuksia MRL 28.3 §:ssä, jonka mukaan myös vanhojen luonnonsuojeluohjelmien tulee olla ohjeena maakuntakaavaa laadittaessa. Maankäyttö- ja rakennusasetuksen (895/1999) 60.1 §:n 1 kohdan mukaan kunnan on pyydettävä rakennuslupahakemuksesta lausunto alueelliselta ympäristökeskukselta myös silloin, kun lupaa haetaan vanhoihin luonnonsuojeluohjelmiin kuuluvalla alueella.

Kysymys luonnonsuojelulain 77 §:ssä tarkoitettujen vanhojen luonnonsuojeluohjelmien normatiivisesta merkityksestä voi niiden muodollisesta legalisoinnista huolimatta olla edelleen epäselvä. Esimerkiksi ratkaisussa *KHO 30.1.2004 t. 163 (LRS)* arvioitiin, mikä merkitys on yleiskaavoituksessa annettava sille, että rantojensuojeluohjelma on ollut tarkoitus ottaa huomioon maankäyttö- ja rakennuslain nojalla hyväksyttävässä yleiskaavassa ensisijaisesti maakuntakaavan välityksellä. Ratkaisussa *KHO* linjasi, että tästä sääntelystä huolimatta rantojensuojeluohjelmaan sisältyvien alueiden luonnonarvot tulee maankäyttö- ja rakennuslain 39.2 §:n 8 kohdan ja 73.1 §:n nojalla kuitenkin ottaa myös välittömästi huomioon osana yleiskaavan sisältövaatimuksia.

Vesiasioissa ohjelma- ja suunnittelutyön merkitys vahvistuu normatiivisesti EY:n vesipuitedirektiivin (2000/60/EY) kansalliseen täytäntöönpanoon liittyvän vesienhoidon järjestämisestä annetun lain (1299/2004, vesienhoitolaki) seurauksena. Valtioneuvosto hyväksyy alueellisten ympäristökeskusten vesienhoitoalueille laatimat *vesienhoitosuunnitelmat* ja *toimenpideohjelmat*. Uuden suunnittelujärjestelmän oikeudellinen sitovuus ja yksityisiä koskevat oikeusvaikutukset herättivät jo direktiivin valmisteluvaiheessa Suomessa keskustelua.<sup>47</sup> Vesienhoitolakiin omaksuttiin järjestelmä, jonka mukaan suunnitelmilla ei ole suoraa velvoittavaa vaikutusta, vaan suunnitelman ympäristötavoitteet saavat oikeudellista merkitystä viranomaisten erilaisten toimien kautta. Vesienhoitolain 28 §:n mukaan valtion ja kuntien viranomaisten on soveltuvin osin toiminnassaan otettava huomioon vesienhoitosuunnitelmat.<sup>48</sup> Perustuslakivaliokunta korosti lakiehdotuksesta antamassaan lausunnossa, että vesienhoitosuunnitelmat voivat vaikuttaa lupaviranomaisen lakiin perustuvaan harkintaan ”vain liitännäisaineistona”.<sup>49</sup> Suunnitelmiin sisältyvät tavoitteet saavat oikeudellista merkitystä muun lainsäädännön, lupapäätösten ja mahdollisesti annettavien paikallisten ympäristönsuojelumääräysten kautta. *Seppälän* mukaan vesienhoitosuunnitelman oikeudellista vaikutusta kuvaavaksi termiksi valittiin ”huomioon ottaminen”, koska se mielletään ”ympäristönsuojelulainsäädännön kontekstissa vähemmän velvoittavaksi kuin suora noudattaminen”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Ks. keskustelussa esillä olleista argumenteista *Seppälä* YJ 2004, s. 92.

<sup>48</sup> Erikseen on ympäristönsuojelulain (86/2000, YSL) 50.2 §:ssä (1300/2004) ja vesilain 2:11a §:ssä (1301/2004) säädetty, että vesienhoitosuunnitelmat on otettava huomioon näiden lakien mukaisessa lupaharkinnassa. Näiden lakien mukaisessa päätöksenteossa on vesienhoitosuunnitelmalle tarkoitettu antaa muuta lainsäädäntöä ”syvämmämpi” merkitys, ks. *Seppälä* YJ 2004, s. 98.

<sup>49</sup> *PeVL 45/2004 vp*, s. 3.

<sup>50</sup> *Seppälä* YJ 2004, s. 97.

EY-sääntelyn edellyttämiin suunnitelmiin ja ohjelmiin liittyy usein muuta suunnitteluohjausta välittömämpiä oikeusvaikutuksia. Esimerkiksi YSL 50.1 §:ssä säädetään EY-direktiiveihin perustuvien valtioneuvoston hyväksymien suunnitelmien ja ohjelmien osalta, ettei toiminta saa olla ristiriidassa näihin suunnitelmiin ja ohjelmiin mahdollisesti sisältyvien, toiminnanharjoittajaa sitovien velvoitteiden kanssa. Välittömästi valtioneuvoston päätöksestä johtuvia oikeusvaikutuksia liittyy myös LSL:n 64 §:n mukaiseen *Natura 2000 -verkostoon* (verkoston oikeusvaikutuksista säädetään LSL 65–66 §:ssä).

EY-oikeuden edellyttäminä suunnitelmina ja ohjelmina voidaan lisäksi mainita myös jätelain (1072/1993) 7 luvun edellyttämä *valtakunnallinen ja alueellinen jätesuunnitelma* sekä valtioneuvosto hyväksymä ”Ilmansuojeluohjelma 2010”<sup>51</sup>. Suunnitteluohjauksen EY-perusteisesta laajentumisesta esimerkiksi käy myös ympäristönsuojelulain 25 a § (459/2004), jonka mukaan muun muassa yli 100 000 asukkaan kaupunkimaisista väestökeskittymistä on laadittava *meluselvitys* ja tehtävä *meluntorjunnan toimintasuunnitelma*.<sup>52</sup> Meluselvityksessä kuvataan melun tunnuslukuja käyttäen muun muassa alueen nykyinen ja tuleva melutilanne. Meluntorjunnan toimintasuunnitelmalla pyritään torjumaan melua ja sen vaikutuksia sekä ehkäisemään melun lisääntymistä hiljaisilla alueilla.

Valtioneuvosto on hyväksynyt myös joukon sellaisia ympäristöasioihin liittyviä ohjelmia, joiden oikeusvaikutukset ovat yleensä edellä mainittuja ohjelmia vähäisempiä. Tämä voi johtua joko ohjelmien tavoitteellisuudesta (korkeasta abstraktioasteesta) tai ohjelmia konkretisoivien lupa- tai muiden menettelyjen puuttumisesta. Valtioneuvosto on tehnyt esimerkiksi vuonna 2002 periaatepäätöksen toimista Itämeren suojelemiseksi. ”Suomen Itämeren suojeleohjelmassa” asetettiin tavoitteet Itämeren suojelelulle ja määritettiin toimenpidealueet ja toimet, joilla tavoitteisiin pyritään. Siihen rinnastuvat eräiltä osin myös aiemmat valtioneuvoston hyväksymät valtakunnalliset *vesiensuojelun tavoiteohjelmat* (viimeisin on vuodelta 1998).<sup>53</sup> Näilläkin ohjelmilla on kuitenkin soft law -tyyppisesti ollut oikeusvaikutuksia muun muassa lupaharkinnassa.

<sup>51</sup> Ohjelman tavoitteena on toteuttaa tiettyjen ilman epäpuhtauksien kansallisista päästörajoista annetun direktiivin (2001/81/EY) mukaiset velvoitteet. Ohjelma oli laadittava direktiivin 6 artiklan velvoittamana.

<sup>52</sup> Säännös perustuu ympäristömelun arvioinnista ja hallinnasta annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2002/49/EY.

<sup>53</sup> Ympäristöministeriö on lisäksi hyväksynyt vuonna 2000 tavoiteohjelmaa täsmentävän vesiensuojelun toimenpideohjelman vuoteen 2005.

Eriasteisesti oikeusvaikutuksia saavaa suunnittelutyötä tehdään ympäristöasioissa laajalti myös alueellisesti. Esimerkiksi metsälain (1093/1996) 4 §:n mukaan metsäkeskukset laativat *metsätalouden alueelliset tavoiteohjelmat*. Alueellisen metsäohjelman on luonnehdittu palvelevan metsäsuunnittelua, samalla kun on korostettu, että ”se ei ole oikeudellisesti sitova”.<sup>54</sup>

Alueellista suunnittelua on tehty myös ilman säädännäistä perustaa. Esimerkiksi vesienkäytössä erilaiset lakiin perustumattomat, osin viranomaislähtöiset alueelliset suunnitteluhankkeet ovat viime aikoina yleistyneet (nykyisin suunnittelusta säädetään vesienhoitolaissa). Kyse on usein ollut inventointityyppisestä tärkeiden kohteiden tunnistamisesta ja kohteiden erityispiirteiden arvioimisesta. Esimerkiksi kuntien ja alueellisten ympäristökeskusten yhteistyönä noin 500 pohjavesialueelle laaditut *pohjavesien suojelusuunnitelmat* ovat käsittäneet pohjavesialueen hydrogeologisen kartoituksen ohella riskinarviointia ja toimenpidesuosituksen laatimista. Nämä suojelusuunnitelmat eivät oikeudellisesti ole muodollisesti velvoittavia, niillä ei ole yksilöityä oikeudellista perustaa, eikä niiden laatimisesta siis ole myöskään menettelysäännöksiä. Niitä on kuitenkin käytetty soft law -tyyppisenä aineistona viranomaisvalvonnassa, maankäytön suunnittelussa sekä ympäristö- ja maa-aineslupia ratkaistaessa.<sup>55</sup>

### 2.3 Luonnontieteelliset inventoinnit ja selvitykset

Erilaiset luonnontieteelliset *luokitukset, inventoinnit, kartoitukset* ja *ennusteet* ovat ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa keskeisiä. Tälläkin osin ympäristöpäätöksenteossa tosiasiallisesti hyödynnettävä aineisto on luonteeltaan hyvin monimuotoista, eikä ole syytä yrittää tavoitella yleispäteviä luonnehdintoja. Ero edellä käsiteltyihin *ohjelmiin* ja *suunnitelmiin* on suhteellinen: esimerkiksi suojeluohjelmille ja -suunnitelmille on luonteenomaista luonnontieteellisten faktojen ja niihin kytkeytyvien arvojen inventointi.<sup>56</sup>

Esimerkkinä luonnontieteellisten inventointien merkityksestä ympäristöpäätöksenteossa voi mainita tärkeät pohjavesialueet. YSL 8 §:ssä säädetään pohjavesien pilaamiskiellosta. Säännöksen mukaan ainetta tai ener-

---

<sup>54</sup> *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 559. Ks. alueellisista metsäohjelmista laajemmin: <http://www.metsavastaa.net/> (12.6.2005).

<sup>55</sup> Ks. *HE 120/2004 vp*, jakso 2.1.4.

<sup>56</sup> Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 40–41.

giaa ei saa panna tai johtaa sellaiseen paikkaan tai käsitellä siten, että tärkeällä tai muulla vedenhankintakäyttöön soveltuvalla pohjavesialueella pohjavesi voi käydä terveydelle vaaralliseksi tai sen laatu muutoin olenaisesti huonontua. Tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä on myös pohjaveden muuttamiskieltoa koskevien luvan- tarvekynnys- ja luvanedellytysäännösten vesilain (264/1961, VL) 1:18.1:n ja 9:8.2:n (88/2000) keskeinen soveltamiskriteeri. Maa-aineslain (555/1981, MAL) 3.1 §:n 4 kohdan (463/1997) mukaan maa-aineksia ei saa ottaa niin, että siitä aiheutuu tärkeän tai muun vedenhankintakäyttöön soveltuvan pohjavesialueen veden laadun tai antoisuuden vaarantuminen, jollei siihen ole saatu vesilain mukaista lupaa.<sup>57</sup>

Näiden säännösten soveltaminen edellyttää, että *tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä tai -alue* täytyy tunnistaa ja erottaa sellaisista pohjavesiesiintymistä, jotka eivät ole tärkeitä tai vedenhankintakäyttöön soveltuvia. Käsitettä ei ole laissa erikseen määriteltä, eikä laissa ole aiemmin ollut säännöstä, jonka perusteella voitaisiin antaa täsmentävää sääntelyä siitä, mitä tärkeillä pohjavesialueilla tarkoitetaan tai miten ne määritellään.<sup>58</sup> Tärkeiden pohjavesialueiden identifioinnissa käytettävien kriteerien on yhdenvertaisuusvaatimuksen vuoksi oltava jollakin tavalla johdonmukaisia ja ennakoitavissa. Geohydrologisia pohjavesialueiden kartoituksia on Suomessa tehty jo 30 vuoden ajan. Kartoituksia ja luokituksia on viimeisen kymmenen vuoden ajan tarkennettu pääosin ympäristöhallinnon virkatyönä.<sup>59</sup> Kyse on luonnontieteellisiin kriteereihin perustuvasta tieteellisestä inventoinnista, joka ei siis perustu laissa osoitettuun yksilöityyn toimivaltaan.<sup>60</sup> Pohjavesialueiden inventointi ei näin

<sup>57</sup> Tärkeää tai muuta vedenhankintakäyttöön soveltuvaa pohjavesialuetta käytetään myös muualla lainsäädännössä kriteerinä esimerkiksi tuotantolaitosten sijoittamiseen liittyvässä harkinnassa, ks. esimerkiksi vaarallisten kemikaalien teollisesta käsittelystä ja varastoinnista annetun asetuksen (59/1999) 7.3 §.

<sup>58</sup> Oikeustila on muuttunut 31.12.2004 voimaantulleeseen EY:n vesipuidedirektiivin täytäntöönpanemiseksi säädetyin vesienhoitolain seurauksena. Laissa säädetään muun muassa vesienhoidon järjestämiseen liittyvästä selvitystyöstä. Laki edellyttää muun muassa vesien ominaispiirteitä ja tilaa koskevien luokittelujen laatimista. Lain perusteella tullaan määrittämään pohjavesien osalta muun muassa tärkeiden ja muiden vedenhankintakäyttöön soveltuvien pohjavesialueiden sijainti ja rajat (7 §). Valtioneuvoston asetuksella säädetään tarkemmin pohjavesien ominaispiirteiden tarkastelusta (10 §). Tarkastelut tehdään vesienhoitoaluekohtaisissa vesienhoitosuunnitelmissa, joiden on oltava ensimmäisen kerran valmiita 22.12.2009 mennessä.

<sup>59</sup> Ks. pohjavesialueiden kartoituksesta ja luokituksesta ja sen historiasta [www.ymparisto.fi/](http://www.ymparisto.fi/) (3.4.2005).

<sup>60</sup> Suomessa on kartoitettuja ja luokiteltuja pohjavesialueita yhteensä 7 141. Näistä 2 226 (31 %) on tärkeitä pohjavesialueita. Ks. *Kumpula* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1133.

ollen voi olla luonteeltaan muodollisesti velvoittava oikeuslähde. Näille inventoinneille on vakiintuneesti annettu viranomaispäätöksenteossa ”huomattava ohjeellinen merkitys”.<sup>61</sup> Voimassa olevan oikeuden sisältöä voitaneen kuvata väitteellä, että päätöksentekijän pitää ottaa pohjavesikartoitukset huomioon päätöksenteossaan esimerkiksi mainittuja YSL:n, VL:n ja MAL:n säännöksiä soveltaessaan.

Luonnontieteellinen inventointityö on voitu lainsäädännössä oikeudellistaa siten, että lopputuloksena on valtioneuvoston hyväksymä, oikeusvaikutuksellinen ohjelma tai suunnitelma. Tämä on tyypillistä luonnonsuojeluoikeudessa. Valtioneuvoston hyväksymiä inventointityyppejä ohjelmia on hyväksytty myös ilman yksilöityä lakivaltuutta ja ilman, että ohjelmille olisi säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia. Esimerkkinä tällaisesta ohjelmasta voi mainita valtioneuvoston hyväksymän *valtakunnallisen harjajensuojeluohjelman* (valtioneuvoston päätös 3.5.1984). Kyse ei ole (silloisesta) valtioneuvoston päätös -nimisestä säädöstyypistä, vaan valtioneuvoston yleistoimivaltansa perusteella antamasta *periaatepäätöksestä*.<sup>62</sup>

Harjajensuojeluohjelman muodolliset oikeusvaikutukset poikkeavat luonnonsuojelulain mukaisista luonnonsuojeluohjelmista. Ohjelmassa on lähinnä geologisin perustein osoitettu valtakunnallisesti merkittävimmät harjajalueet, jotka on tarkoitettu suojeltaviksi. Alueista ei kuitenkaan ole tarkoitettu perustaa suojelualueita, vaan ohjelman on tarkoitettu vaikuttavan maa-aineslain mukaisessa päätöksenteossa.<sup>63</sup> Ohjelmalle ei ole säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia, eikä sillä ole muodollista lakisääteistä statusta. Valtakunnallisten suojeluarvojen systemaattisena inventointina se on kuitenkin keskeinen apuväline MAL 3.1 §:n maa-aineslupan myöntämisen esteiden soveltumista harkittaessa. Kirjallisuudessa ohjelman on luonnehdittu olevan melkoisen vahva näyttöpresumptio MAL 3 §:n soveltumisesta (maa-aineslupaa ei saa myöntää). Tämä lähtökohta oletus voidaan vasta-argumentaatiolla kumota.<sup>64</sup> Harjajensuojeluohjelma heijastuu

---

<sup>61</sup> *Vihervuori* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 809.

<sup>62</sup> Sama koskee valtioneuvoston päätöstä rantojensuojeluohjelmasta ja maisema-alueista. Hallinto- ja valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa korostetaan, etteivät tällaiset valtioneuvoston organisatorisen asemansa perusteella ilman yksilöityä valtuussäännöstä antamat päätökset kuulu lainsäädäntövallan käytön piiriin vaan niissä on kyse toimeenpanovallan käyttämisestä. Ks. esim. *Länsineva* 1995, s. 263–265.

<sup>63</sup> Ks. harjajensuojeluohjelman laatimisen taustasta ja ohjelman toteuttamisesta *Vihervuori* 1989a, s. 41–48.

<sup>64</sup> Ks. harjajensuojeluohjelmasta oikeuslähteenä MAL:n mukaisessa päätöksenteossa *Vihervuori* 1989a, s. 196–206.

myös kaavoitukseen, vaikka maankäyttö- ja rakennuslaissa ei säädetä nimellisesti ohjelman oikeusvaikutuksista<sup>65</sup>.

Muodolliselta statukseltaan harjijensuojeluohjelmaan rinnastuu myös esimerkiksi valtioneuvoston periaatepäätös valtakunnallisesti arvokkaista *maisema-alueista* ja maisemanhoidon kehittämistä (valtioneuvoston päätös 5.1.1995). Oikeudellista merkitystä myös tällä laissa sääntelemättömällä kartoituksella on ennen kaikkea alueiden käytön suunnittelussa<sup>66</sup>, mutta maisema-alueinventoinneilla voi olla merkitystä myös ympäristölupapäätöksenteossa.<sup>67</sup> Samalla tavoin laissa muodollisesti sääntelemättömät valtakunnallisesti merkittävien *kulttuurihistoriallisten ympäristöjen inventoinnit* toimivat kriteeristönä arvioitaessa MRL:ssä edellytetyn maiseman ja kulttuuriperinnön vaalimisen toteutumista kaavoituksessa. Esimerkiksi vähittäiskaupan suuryksikön rakentamisen mahdollistaneen maakuntakaavan aluevarausmerkinnän vahvistamatta jättämiseen johtaneessa ratkaisussa *KHO 2003:60* korkein hallinto-oikeus mainitsee yhtenä kyseessä olevaa aluevarausta koskevana selvityksenä Museoviraston julkaisun ”Rakennettu kulttuuriympäristö. Valtakunnallisesti merkittävät kulttuurihistorialliset ympäristöt”. Kun kyseinen aluevaraus sijoittui valtakunnallisesti merkittäväksi ja kulttuurihistoriallisesti arvokkaaksi ympäristöksi luokitellulle alueelle, kaavassa ei ollut ratkaisun perustelujen mukaan otettu riittävästi huomioon MRL 28.3 §:n 6 kohdan vaatimusta erityisen huomion kiinnittämisestä maiseman ja kulttuuriperinnön vaalimiseen (vuosikirjaotsikossa on kyse muista vahvistamatta jättämisen perusteista).

<sup>65</sup> Harjijensuojeluohjelma otettaneen *Ekroosin* ja *Majamaan* (2000, s. 145) mukaan huomioon maakuntakaavoituksessa lähes samalla tavoin kuin MRL 28.2 §:ssä mainitut ohjelmat. Harjijensuojeluohjelman merkitys maakuntakaavoituksessa voidaan perustaa MRL 28.3 §:n 6 kohtaan, jonka mukaan maakuntakaavaa laadittaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota maiseman, luonnonarvojen ja kulttuuriperinnön vaalimiseen.

<sup>66</sup> Esimerkiksi maakuntakaavoituksessa ohjelman merkitys rinnastuu harjijensuojeluohjelmaan, ks. *Ekroos – Majamaa* 2000, s. 145. Ks. periaatepäätöksen valmistelusta, sen tosiasiallisesta merkityksestä MRL:n järjestelmässä ja maisemansuojelusuunnittelusta ”sääntelemättömänä suunnitteluna” myös *Ekroos* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1096–1098.

<sup>67</sup> Esimerkiksi kaivoksen ympäristölupahakemuksen hylkäämiseen johtaneessa Länsi-Suomen ympäristölupaviraston päätöksessä Dnro LSY-2004-Y-55 (26.1.2005) yhtenä argumenttina viitataan siihen, että suunniteltu avolouhos (kaivospiirin koko oli 8 hehtaaria) sijaitsee alueella, joka on valtakunnallisesti arvokas maisema-alue. Tältä osin päätöksessä viitataan ympäristöministeriön mietintöön 66/1992. Asiassa olennaisempaa tältä osin oli se, että alue oli osoitettu merkittäväksi kulttuurimaisemaksi myös osayleiskaavassa. – Koska tässä esityksessä käytän viranomaispäätöksiä vain esimerkkinä lupaviranomaisten tavasta argumentoida ympäristöpäätöksenteossa soft law -lähteisiin tukeutuen, en ole nähnyt tarpeelliseksi päätösten lainvoimaisuuden tarkistamista.

Hiukan erityyppisenä esimerkkinä lakiin suoranaisesti perustumattomasta inventointityöstä voidaan mainita metsälain 10 §:n mukaisten erityisen tärkeiden elinympäristöjen (esimerkiksi puronvarsien) säilymisen turvaamiseksi tehdyt kartoitukset. Näitä alueita ei rajata viranomaispäätöksin, vaan ominaispiirteiden säilyttämisvelvoite on voimassa suoraan lain nojalla. Metsäkeskukset ovat valtakunnallisesti maa- ja metsätalousministeriön ohjauksessa kuitenkin kartoittaneet kohteita.<sup>68</sup> Kartoitustyö on perustunut metsälain hyväksymisen yhteydessä kirjattuun eduskunnan ponteen.<sup>69</sup> Kartoituksella ei ole muodollisia oikeusvaikutuksia metsälain 10 §:n velvoitteiden tulkinnessa tai soveltamisessa, mutta tosiasiaa nämä kartoitukset ja niissä käytetyt kriteerit muodostavat erään perustan viranomaisharkinnalle, kun ominaispiirteiden säilyttämisvelvoitteen toteutumista arvioidaan metsäkäyttöilmoitusten tutkimisen yhteydessä metsäkeskuksissa. Maanomistaja saa metsäkeskukselta myös halutessaan ennakkotiedon siitä, millainen metsänkäyttö kohteella on sallittu (metsälain 14c §, 552/2004).

Erityisesti luonnonsuojeluasioissa myös tuomioistuinpäätöksissä on tyyppillistä viitata erilaiseen inventointiaineistoon tai luonnontieteellisiin määrittämissäntekijöihin. Esimerkiksi Natura-alueiden valintaa koskevassa ratkaisussa *KHO 2000:42* jopa *vuosikirjaotsikossa* esiintyy tällainen opasviittaus: ”Kun otettiin huomioon Natura 2000 -luontotyyppioppaassa (Airaksinen – Karttunen, 1998) erityisesti Suomen luonnonoloja silmällä pitäen selostetut luontodirektiivissä tarkoitettujen dyynialueiden luontotyyppiä koskevat määritykset ja edustavuuden arviointiin vaikuttavat seikat sekä asiassa saatu selvitys Vattajanniemen alueen luontoarvoista, korkein hallinto-oikeus katsoi, että kohteen FI1000017, Vattajanniemi, alueen rajojen määrittäminen ei ollut dyynialueiden osalta perustunut luontodirektiivin 4 (1) artiklan edellyttämin tavoin luonnontieteellisiin perusteisiin ja asianmukaiseen tieteelliseen tietämykseen.”

---

<sup>68</sup> Kartoitus kattoi sen loppuraportin mukaan 97 % maan yksityismetsien alasta. Erityisen tärkeitä elinympäristöjä löytyi yhteensä noin 60 000 hehtaaria. Yhteenlaskettu pinta-ala jakautuu yhteensä noin 95 000 erilliselle kuviolle. Kartoituksessa on arvioitu löytyneen noin 80 % kyseessä olevien elinympäristöjen pinta-alasta. Ks. kartoituksen loppuraportti *Metsien erityisen tärkeät elinympäristöt 2004*, s. 23, 26, 51. Loppuraportissa on myös kuvattu kartoituksen taustaa ja toteuttamismenetelmiä.

<sup>69</sup> Ks. *EV 209/1996 vp*: ”Eduskunta edellyttää, että metsälain 10 §:ssä tarkoitettujen erityisen tärkeiden elinympäristöjen kartoitetaan viipymättä lain voimaantulon jälkeen ja niiden elinympäristöjen määrittelyssä noudatetaan tiukasti hallituksen esityksen perusteluja.”



## 2.4 Hallinnolliset ohjeet, suositukset, oppaat ja muistiot

Alemmanasteiset säädökset sekä erilaiset hallinnolliset ohjeet, suositukset ja säädösten soveltamista helpottavat viranomaisten tuottamat oppaat ovat ympäristönkäyttöä koskevissa asioissa hyvin yleisiä.<sup>70</sup> Erimuotoisen hallinnollisen ohjauksen ja lakia täsmentävän alemmanasteisen sääntelyn tarve kytetään ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa usein alalle tyypillisiin joustaviin normeihin ja monitieteisen teknis-luonnontieteellisen asiantuntemuksen vaatimukseen joustavia normeja sovellettaessa.<sup>71</sup>

Ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevan keskustelun näkökulmasta lienee tarpeen tehdä käsitteellinen täsmennys, että käytän tässä esityksessä *hallinnollista ohjausta* hallinto- ja valtiosääntöoikeudesta vaikutteita saaneessa merkityksessä. Tarkoitin hallinnollisella ohjauksella tässä siis hallintokoneiston sisäisiä hallintopäätösten sisältöä määrittäviä erilaisia toimenpiteitä. Käsitteellä ei tässä esityksessä ole ohjauskeinoluokitteluihin liittyvää merkityssisältöä, sillä ei siis viitata oikeudellis-hallinnollisiin ohjauskeinoihin erotuksena esimerkiksi taloudellisesta tai informatiivisesta ohjauksesta. Ohjauskeinokeskustelussa kaikkea oikeudellista ohjausta kutsutaan usein hallinnolliseksi ohjaukseksi.<sup>72</sup>

Kansallisesti erityisesti ympäristönsuojelu- sekä kaavoitus- ja rakennusoidessa lakia alemmanasteinen (lakiin perustuva) norminanto on laajaa. Nykyisin usein EY-direktiiveihin perustuvissa, yleensä asetustasoisissa säädöksissä annetaan erilaisia numeroin tai sanallisesti ilmaistuja vaatimuksia ja tavoitteita esimerkiksi päästöjen tasosta, ympäristön laadusta tai tuotteiden (esimerkiksi polttoaineiden) koostumuksesta. Alemmanasteinen norminanto on sisällöltään ja velvoittavuudeltaan hyvin monimuotoista. Ympäristönsuojeluoikeudellisessa kirjallisuudessa on tapana erottaa toisistaan muun muassa raja-arvot, tavoitearvot, kynnysarvot, ohjearvot ja vertailuarvot, mutta alemmanasteisen sääntelyn normityypit eivät tyhjenny näihin luonnehdintoihin. Osa lakia alemmanasteisesta sääntelystä on tarkoitettu luonteeltaan sitovaksi ja sellaisenaan velvoittavaksi (eri-

<sup>70</sup> Aiemmin hallinnon sisäisen ohjauksen keskeisyyttä ympäristöpäätöksenteossa kuvasti 1.3.1995 asti voimassa olleen vesi- ja ympäristöhallinnosta annetun lain (24/1986) 4 §, jonka mukaan vesi- ja ympäristöhallinnon ”on päätöksenteossaan ja toiminnassaan noudatettava ympäristöministeriön tai maa- ja metsätalousministeriön antamia yleisiä ohjeita”. Säännös oli jo aikanaan poikkeuksellinen, kun siinä velvoitettiin noudattamaan ministeriöiden ei-sitovia ohjeita.

<sup>71</sup> Ks. esim. *Kuusiniemi* 1992, s. 131–133 ja *Kumpula* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1148.

<sup>72</sup> Ks. tästä käsitteellisestä rinnastuksesta esim. *Kokko* 2003, s. 92, 150.

tyisesti raja-arvot), mutta asetuksiin sisältyy runsaasti myös vain ohjeelliseksi tarkoitettua, viranomaispäätösten kautta oikeusvaikutuksia saavaa normitusta (erityisesti ohjearvot). Vaikka kirjallisuudessa on tapana korostaa, etteivät ohjearvot ole muodollisesti sitovia (raja-arvojen tavoin), ne voivat vakiintuneen soveltamiskäytännön kautta saada ohjeluonteisuutta vahvemman normatiivisen merkityksen päätöksenteossa. Sovellettavan säännöksen luonnehdinnasta esimerkiksi akselilla määräys/ohje tai ohje-/raja-arvo ei olekaan syytä tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä niiden tosiasiallisesta merkityksestä päätöksenteossa.<sup>73</sup>

*Ohjearvoja* käytetään ennen kaikkea ilmansuojelussa<sup>74</sup> ja meluntorjunnassa. Ohjearvoilla on merkitystä eri säädösten mukaisessa suunnittelussa, mutta ne vaikuttavat myös esimerkiksi ympäristölupien päästöjä koskevien lupamääräysten muotoiluun tai toimintojen sijoittamisharkintaan. Esimerkiksi kumotun meluntorjuntalain (382/1987) 9 §:n nojalla valtioneuvosto on antanut edelleen voimassa olevat päätökset melutason ohjearvoista (993/1992) ja ampumaratojen aiheuttaman melutason ohjearvoista (53/1997). Päätösten mukaiset ohjearvot ovat saaneet merkitystä ympäristöluvituksessa, kaavoituksessa ja rakennuslupapäätöksenteossa. Ohjearvoihin viitataan huomioonotettavana oikeuslähteenä myös tuomioistuintäytäntössä.<sup>75</sup>

Tuoreena esimerkkinä ympäristönsuojelun alueella annetuista, muodollisesti lakiperusteisesta ohjeistuksesta voi mainita ympäristöministeriön YSL 95.2 §:n ja VL 21:1:n (88/2000) nojalla antaman ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeen”. Säännöksissä ministeriö valtuutetaan antamaan ”valvontaviranomaisille yleisiä ohjeita” lain noudattamisen valvonnasta. Ohje on julkaistu ministeriön julkaisusarjassa. Ohjeessa esitetään muun muassa ruoppausmassojen läjityskelpoisuuden arvioinnin avuksi laaditut haitallisten aineiden ohjeelliset laatuksiteerit ruoppausmassojen läjittämiseksi.<sup>76</sup> Ohjeessa korostetaan, ettei kriteereitä ole tarkoitettu käytettäväksi normi-

---

<sup>73</sup> Ks. *Vihervuori* 1998, s. 222–228 ja *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 67 ja 1148–1165.

<sup>74</sup> Ks. ilmansuojelulain (67/1982, kumottu) nojalla annetuista ohjeista, niiden oikeusvaikutuksista ja soveltamiskäytännöstä aiemmin *Kuusiniemi* 1992, s. 370–375, 390–392, 419–422. Ympäristönsuojelulainsäädännön voimaannpanosta annetun lain (113/2000) 3 §:n mukaan ilmansuojelulain nojalla annetut, valtioneuvoston päätöksiin sisältyvät ohjeet jäävät voimaan, kunnes toisin säädetään.

<sup>75</sup> Esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2004:72* todetaan, että louhintatoiminnasta aiheutuvien melupäästöjen rajoittamistarvetta arvioitaessa on ”muun ohella otettava huomioon” valtioneuvoston päätöksen 993/1992 mukaiset ohjearvot.

<sup>76</sup> *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 22–25.

luonteisesti.<sup>77</sup> Vaikka ohje on annettu lain noudattamisen valvontaa ajatellen, käytännössä ohjeeseen sisältyvillä numeerisilla laatuksenteoreilla on keskeinen merkitys myös lupapäätöksenteossa. Esimerkiksi ympäristölupavirastot näyttävät viittaavan ohjeeseen myös lupapäätöstensä eräänä perusteena<sup>78</sup>.

Myös kaavoitus- ja rakentamisoikeuden alueella ministeriö antaa laajasti lakia ja asetusta täydentäviä *rakennusteknisiä määräyksiä ja ohjeita*. Ne muodostavat Suomen rakentamismääräyskokoelman. MRL 13.2 §:n mukaan määräykset ovat velvoittavia. Säännöksen mukaan ohjeet eivät ole velvoittavia, ”vaan muitakin kuin niissä esitettyjä ratkaisuja voidaan käyttää, jos ne täyttävät rakentamiselle asetetut vaatimukset.”

YSL:n ja MRL:n yksilöityihin valtuussäännöksiin perustuva ohjeistus on muodollis-juridisesti ongelmatonta (sikäli kuin muodolliseen normihierarkiaan katsotaan voivan sisältyä ohjeellisia oikeusnormeja). Haaste on vain tällaisten ohjeiden ei-velvoittavan luonteen tunnistaminen yksittäisessä soveltamistilanteessa. Soft law -teeman kannalta on syytä kiinnittää huomiota erikseen sellaiseen ministeriöiden tai muiden viranomaisten tuottamaan aineistoon, jota ei ole tarkoitettu sovellettavaksi norminluonteisesti, mutta jolla tosiasiallisesti voi olla viranomaispäätöksentekoon ja ainakin välillisesti myös yksityisten oikeudelliseen asemaan ulottuvia vaikutuksia.

Kiinnitän tässä huomiota sellaiseen ohjeistuksen luonteeseen ja vastaavaan aineistoon, joka sisältää tosiasiallisesti luonteeltaan lainsäädäntövallan alaan kuuluvaa sääntelyä. Kiinnostuksen kohteena eivät ole toimeenpanovallan alaan kuuluvat hallinnolliset määräykset esimerkiksi säädösten täytäntöönpanosta tai asioiden teknisestä käsittelystä. Lainsäädäntö- ja toimeenpanovallan alaan kuuluvan ohjauksen erottaminen toisistaan ei kuitenkaan aina ole käytännössä mahdollista.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7.

<sup>78</sup> Ks. esimerkiksi Länsi-Suomen ympäristölupaviraston VL:n mukaisen lupapäätöksen Dnro LSY-2004-Y-67 (29.3.2005) perusteluita. Päätöksessä oli kyse Loviisan väylän ja satamaltaan ruoppauksesta ja ruoppausmassojen läjittämisestä mereen.

<sup>79</sup> Ks. myös *Länsineva* (1995, s. 282–283), jossa ei-sitovan, lakiin perustumattoman rantojensuojeluohjelman katsotaan sijoittuvan ”kokonaisuudessaan toimeenpanovallan piiriin”, koska ohjelma ”ei sisällä määräyksiä, joita olisi aihetta pitää sitovina oikeusnormeina. Kysymys on hallinnollisen ohjauksen kategoriaan kuuluvasta päätöksestä, jonka valtioneuvosto on antanut hallinnollisen yleistöimivaltansa perusteella.” En tässä esityksessä seuraa Länsinevan oikeusvaltiollisiin lähtökohtiin perustuvaa, sinällään hyväksyttävää korostusta. Tämä tarkoittaa vain sitä, ettei toimeenpano-/lainsäädäntövalta -erottelu toimi tässä esityksessä tarkastelun kiintopisteenä. Jos toimeenpanovallan piiriin muodollisesti kuuluvalla hallinnollisella ohjauksella tosiasiallisesti on normatiivista merkitystä, *lainsovelta-*

Tuoreena esimerkkinä hallinnon soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämiseen ja kehittämiseen tähtäävästä hallinnon sisäisestä ohjauksesta opasmuodossa voi mainita ympäristöministeriössä laaditun oppaan ”Rantojen maankäytön suunnittelu” (2005).<sup>80</sup> Oppaan tavoitteena ei ole antaa yksityiskohtaisia kaavoitusohjeita, vaan ”tietoa suunnittelun lähtökohdista, mahdollisuuksista ja reunaehdoista.”<sup>81</sup> Kun oppaan tavoite on kuitenkin parantaa kaavoituskäytäntöjä, sillä on normatiivisia tavoitteita, vaikka suunnittelussa suoraan sovellettavaksi tarkoitettuja normeja tai määräyksiä ei suoranaisesti anneta. Tämän tyyppisiin oppaisiin sisältyy tyypillisesti myös sellaisia kuvauksia hallinto- ja tuomioistuinkäytännöstä, jotka saattavat muodostua tulevaa käytäntöä ohjaaviksi. Esimerkkinä tällaisesta hallintokäytännön kuvauksesta voi mainita rantaoppaaseen sisältyvän luonnehdinnan, että hallintokäytännössä MRL 72.1 §:n rantavyöhykkeen vähimmäislevytenä on pidetty 50 metriä.<sup>82</sup> Myös oppaan mitoitusperiaatteita koskevassa jaksossa esitetään tulkintoja ja esimerkkejä hallintokäytännöstä tavalla, joka on omiaan ohjaamaan myös tulevia soveltamiskäytäntöjä. Oppaassa esitetään konkreettiset esimerkit hyvistä soveltamiskäytänteistä muun muassa hallinto- ja tuomioistuinkäytännössä muotoutuneiden, oikeudellisesti jo vakiintuneiden ns. muunnetun rantaviivan periaatteen ja emättilaperiaatteen soveltamisesta.<sup>83</sup> Rantaopasta ei oikeudellisesti voida sivuuttaa vain toteamalla sen olevan oikeudellisesti sitomaton (mitä se ilman muuta on). Käytännössä opas voi muun muassa hyviä soveltamiskäytänteitä esimerkiksi nomaisesti esittelemällä saada hallintokäytännössä merkitystä soft law -tyyppisenä lähteenä.

Maankäyttö- ja rakennuslain voimaantulon 1.1.2000 jälkeen ympäristöministeriö on julkaissut laskujeni mukaan ainakin 25 erilaista opasta.<sup>84</sup>

---

*misen näkökulmasta* tällaisen ohjauksen ei-lainsäädännölliseen luonteen korostaminen jää helposti teoretisoinniksi, vaikka tällaisella olemusluokittelulla pyrittäisiinkin esimerkiksi oikeusvaltiollisista lähtökohdista osoittamaan hallinnollisen ohjauksen hyödyntämisen normatiivisia rajoitteita. Hallinnolliseen ohjaukseen liittyviä perustuslaillisia ongelmia arvioidaan jäljempänä jaksossa 3.3. Myös Länsinevan esityksessä rantojen suojeleuohjelmalla katsotaan ohjelman muodollisesta luonteesta huolimatta olevan osin varsin velvoittavakin normatiivinen merkitys, myös yksityisten oikeudellisen aseman kannalta, ks. jäljempänä jakso 3.1.1.

<sup>80</sup> Oppaan oikeudellisenä perustana voidaan katsoa olevan MRL 17.1 §:ssä ympäristöministeriölle osoitettu alueiden käytön suunnittelun yleinen ohjaustehtävä.

<sup>81</sup> *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 3.

<sup>82</sup> *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 22.

<sup>83</sup> *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 98–101.

<sup>84</sup> Oppaat julkaistaan ympäristöministeriön Ympäristöopas- tai Maankäyttö ja rakennuslaki 2000 -sarjoissa ja ne ovat pääsääntöisesti saatavissa sähköisinä versioina ministeriön internetsivuilta, ks. <http://www.ymparisto.fi/> (2.4.2005).

Osa oppaista on julkilausutusti luonteeltaan yleisohjetyyppisiä. Esimerkiksi opas ”Kerrosalan laskeminen” antaa ohjeen muun muassa MRL 115 §:n kerrosalasäännöksen tulkinnasta. Oppaita on laadittu myös väljemmin ohjaustavoittein helpottamaan MRL:n säännösten tulkintaa ja yhdenmukaistamaan soveltamiskäytäntöjä.<sup>85</sup> Osassa oppaista on tarkoituksena teknisemmin kuvata ministeriön asetuksen mukaisten kaavamerkintöjen ja kaavamääräysten käyttömahdollisuuksia ja antaa esimerkkejä soveltamistilanteista.

Ympäristöministeriön eri osastoilla näyttäisi olevan erilaisia ohjausstrategioita, riippuen ilmeisesti siitä, miten uudesta perustuslaista (731/1999) ministeriöohjaukselle seuraavat uudet vaatimukset on sisäistetty. Kun MRL:n osalta soveltamiskäytäntöjen yhtenäistäminen näytetään hoidettavan lähinnä ministeriön julkaisemien oppaiden avulla, YSL:n osalta ministeriö näyttää käyttävän edelleen samassa tarkoituksessa myös nykyisin kyseenalaista ohjeformaattia. Ympäristöministeriö on antanut lainsäädännön tulkinnan yhtenäistämiseksi muun muassa kotieläinsuojien ympäristöluvitusta koskeneen kirjeen<sup>86</sup>, ”Hevostallien ympäristönsuojeluohjeen 4.11.2003” (Ympäristöministeriön moniste 121) ja ”Turvetuotannon ympäristönsuojeluohjeen 19.9.2003” (Ympäristöministeriön moniste 117). Sisällöllisesti monisteet näyttäisivät olevan sellaisia, että ne olisi hyvin voitu nimetä oppaiksi, mikä nykyajattelun mukaan kuvastaisi paremmin niiden oikeudellista luonnetta. Kotieläinsuojien ympäristölupaa koskevaa kirjettä ei ole julkaistu ministeriön määräyskokoelmassa, eikä sitä ole saatavissa ministeriön internetsivuilta. Tämä on oikeusturvaongelma, kun kirjettä käytännössä käytetään ympäristölupapäätöksenteossa keskeisenä oikeuslähteenä (ks. jakso 3.2.6). Oikeudellisesti asianmukaisena opasohjauksena mainittakoon ympäristönsuojelun puolelta tuore ”Jätealan ympäristöluvut ja taloudellinen vakuus” -julkaisu, jonka tarkoituksena on yhtenäistää jätteen hyödyntämistä tai käsittelyä koskevan ympäristöluvan myöntämisen yhteydessä sovellettavan YSL:n 42.3 §:n vakuussäännöksen soveltamista ja tul-

<sup>85</sup> Esimerkiksi *Katja Kontion* ja *Tuomas Santasalonen* laatima ja heidän nimissään julkaistu ”Suositus paljon tilaa vaativan erikoistavaran kaupan tulkinnasta” (Maankäyttö- ja rakennuslaki 2000. Opas 2, 2000) on julkilausutusti tarkoitettu helpottamaan maankäyttö- ja rakennuslain kauppaa koskevien säännösten tulkintaa sekä yhdenmukaistamaan käytäntöjä lupa- ja kaavoitusmenettelyssä sekä valvonnassa eri puolilla maata. Oppaassa korostetaan asianmukaisesti (s. 4), ettei suositus sido lain tai asetuksen tapaan päätöksentekoa, vaan tarjoaa vain tietoa ja perusteluja lain tulkinnalle.

<sup>86</sup> Ympäristöministeriön kirje 18.3.2002 (YM 4/401/2002) kotieläinsuojia koskevasta ympäristöluvasta. Kirje on laadittu kotieläintuotannon ympäristöluvitusta selvittäneen työryhmän työn perusteella. Nykyisen hallinto-oikeudellisen doktriinin ja perustuslain mukaista olisi ollut tyytyä julkaisemaan vain kyseisen työryhmän mietintö.

kintaa, ja edistää näin osaltaan toiminnanharjoittajien tasapuolista kohtelua.<sup>87</sup> Kyseessä luonnehditaan olevan ympäristölupaviranomaisille ja toiminnanharjoittajille suunnatun ”selvityksen”<sup>88</sup>.

Ohjaustavoite voidaan siis toteuttaa myös ministeriön tilaamalla ja mahdollisesti julkaisemalla *selvityksellä* tai *tutkimuksella*. Saastuneiden maa-alueiden selvitys- ja kunnostusprojektin (SAMASE) loppuraportti (1994) on edellä mainitun vakuusselvityksen ohella esimerkki ministeriöjohtoisen *selvitysprojektin* raportin muodostumisesta soft law -oikeuslähteeksi. Raportin tulokset on julkaistu ympäristöministeriön julkaisuna. Projektissa kartoitettiin pilaantuneiksi epäiltyjä alueita, jotka jaettiin riskiluokkiin. Tietoja on sittemmin päivitetty ja nykyisin pilaantuneiden alueiden kokonaismäärän arvioidaan olevan yli 20 000. Projektin loppuraportissa esitetään myös ohje- ja raja-arvot pilaantuneiden alueiden riskinarvioinnin perustaksi.<sup>89</sup> Tarkoitus on virallistaa projektissa laaditut kriteeristöt valtioneuvoston asetuksella, jota ei kuitenkaan vielä ole annettu. SAMASE-arvot ovat erityisesti viranomaispäätöksenteossa hyvin keskeisiä.<sup>90</sup> Kansalaisten ja toiminnanharjoittajien oikeusturvan kannalta onkin ongelmallista, ettei SAMASE-raporttia ole saatavissa sähköisessä muodossa.

Myös ministeriön tilaama ja julkaisema selvitys säädösten soveltamiskäytännöistä voi olla tietoisesti käytettävä keino ohjata lain soveltamista yhdenmukaisemmaksi. Esimerkkinä tällaisen välillisen ohjausfunktion sisältävästä selvityksestä voi mainita *Susanna Wähän* laatiman selvityksen ”Maankäyttö- ja rakennuslain soveltaminen hallintotuomioistuimissa 2001–2003”, jossa muun muassa tulee esille kuntien tekemien poikkeamispäätösten oikeudelliseen laatuun liittyviä ongelmia.

---

<sup>87</sup> Opas on ilmestynyt Ympäristöopas-sarjassa sen tekijöiden Jussi Kauppilan ja Marja-Leena Kosolan nimissä Suomen ympäristökeskuksen julkaisemana. Ks. oppaan tavoitteista tiivistelmää s. 58.

<sup>88</sup> *Kauppila – Kosola* 2005, s. 9.

<sup>89</sup> Ks. raportista esim. *Tuomainen* 2000, s. 4–8.

<sup>90</sup> Ks. myös tuomioistuinten osalta esimerkiksi ratkaisusta *KHO 2004:37* ilmeneviä Vaasan hallinto-oikeuden perusteluja (kohta 2.2), joissa tukeudutaan varsin suoraviivaisesti SAMASE-raporttiin: ”Vaikka maamassojen sisältämien haitta-aineiden mediaanipitoisuudet eivät hakemuksen mukaan tulisi ylittämään nk. SAMASE-raportissa esitettyjä raja-arvoja, haitta-aineiden kokonaismäärä on suuri ja koostumus erilainen verrattuna esimerkiksi Kehä I:n liikenteestä maaperään kohdistuviin päästöihin. Tämän vuoksi ja kun maamassojen korkeimmat haitta-ainepitoisuudet saattavat joltain osin ylittää raportin ohje-arvot, massojen hakemuksen mukaisesta sijoittamisesta aiheutuu muun ohessa jätelain 4 §:ssä ja 6 §:n 4 kohdassa tarkoitettua vaaraa ympäristölle.” *KHO* ei ratkaisussaan viittaa SAMASE-arvoihin (asia ratkesi lähinnä selvitysten riittävyyden arvioinnin kautta). *KHO* ei ole julkaistussa käytännössään muutoinkaan suoranaisesti tukeutunut SAMASE-arvoihin. Raportin ohje- ja raja-arvojen *ohjeellisuuteen* on otettu kantaa julkaisemattomassa ratkaisussa *KHO 29.12.2000 t. 3383*.

Ympäristöhallinnossa näytettäisiin suhtauduttavan yksityiskohtaiseen norminluonteiseen ohjeistukseen jossakin määrin aiempaa pidättyvämmiin<sup>91</sup>, kuten nykyinen hallinto-oikeudellinen doktriini ja perustuslaki edellyttävät. Ympäristönkäyttölainsäädännössä näyttää kuitenkin edelleen olevan yleistä, että uutta lakia tai lainmuutosta täsmennetään ilman erillistä, nimenomaista yksilöityä lain valtuussäännöstä *ministeriön kirjeellä tai ohjeella* nykyisen hallinto-oikeudellisen doktriinin ja perustuslain vastaisesti. Esimerkiksi kun metsälakia ja luonnonsuojelulakia täydennettiin 1.7.2004 liito-oravasäännöksillä, ympäristö- sekä maa- ja metsätalousministeriö antoivat yhteisen ohjeen lainmuutosten soveltamisesta.<sup>92</sup> Ohjeessa esitetään yksityiskohtaisia tulkintoja LSL 49 §:stä. Ohjeessa muun muassa todetaan, että hakkuissa LSL 49 §:n mukaisen hävittämis- ja heikentämiskiellon huomioonottava rajausta ”voitaisiin esimerkiksi tehdä siten, että koskematta jätetään liito-oravan lisääntymiseen tai levähtämiseen käyttämästä puusta 10–15 m säteeltään oleva vyöhyke. Lisääntymis- ja levähdyspaikan koko olisi tällöin 300–700 neliometriä”. Tilannekohtaiselle soveltamisharkinnalle tilaa jättävästä väljästä sanamuodostaan huolimatta tällaiset täsmälliset luvut muodostuvat viranomaiskäytännöissä helposti päätöksenteon lähtökohdaksi. Juuri lisääntymis- ja levähdyspaikan koon kautta määrittyy, millaisia velvoitteita kyseessä olevasta säännöksestä seuraa yksityiselle maanomistajalle. Ohjetta ei ainakaan tältä osin voida luonnehtia vaikutuksiltaan vain hallinnon sisäiseksi tai vain viranomaisiin kohdistuvaksi. Oikeuskirjallisuudessa *Laakso* on osoittanut ohjeen olevan eräiltä osin luontodirektiivin (92/43/ETY), lain esitöiden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön vastaisen<sup>93</sup>.

Varsinkin maa- ja metsätalousministeriö näyttää edelleen suosivan kirjemuotoista hallinnon sisäistä ohjausta jopa yksittäisissä, viime kädessä tuomioistuinten ratkaistaviksi kuuluvissa laintulkinnallisissa kysymyksissä. Vuoden 2001 ja 2002 myrskyjen jälkeen nousi käytännössä esille laintulkinnallinen ongelma, onko maanomistajalla velvollisuus korjata metsän hyönteis- ja sienituhojen torjunnasta annetun lain (263/1991) 5 §:n mukaisesti myrskyssä tuhoutunut puusto pois myös metsälain 10.2 ja 10.3 §:n mukaisilta erityisen tärkeiltä elinympäristöiltä, joiden ominaispiirteet on säilytettävä. Maa- ja metsätalousministeriö ohjeisti metsäkeskuksia

<sup>91</sup> *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 143.

<sup>92</sup> Liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikkojen määrittäminen ja turvaaminen metsien käytössä. Ohje MMM Dnro 3713/430/2003, YM Dnro YM4/501/2003. Ohjetta on myöhemmin täsmennetty allekirjoittamattomassa muistiossa YM/LUO/HSK 31.1.2005, joka on otsikoitu ”Täsmennyksiä liito-oravapäätöksiä koskevaan ohjeeseen”.

<sup>93</sup> *Laakso, T.* DL 2004, s. 1083–1084.

normiristiriidan ratkaisussa kirjeellään ”Suositus myrskytuhojen huomioon ottamisesta metsälain tarkoittamissa erityiskohteissa”.<sup>94</sup> Ministeriön osatopäällikön allekirjoittamassa suosituksessa ei mainita mitään lain säännöstä, johon valtuus suosituksen antamiseen perustuisi. *Laakso* onkin kiinnittänyt huomiota siihen, ettei ministeriön antamalla suosituksella voida ratkaista laintasoisten normien ristiriitaa, vaan tämä edellyttäisi eduskunnan päätöstä lainmuutoksesta.<sup>95</sup> Hän on myös perusteellisesti argumentoiden osoittanut suosituksessa esitetyn laintulkinnan, joka velvoittaa puiden poistamiseen myös metsälain mukaisilta erityisen tärkeiltä elinympäristöiltä, olevan lainvastainen. Toisin kuin ministeriö suosituksessaan tulkitsee, myrskyn jälkeinen tuhopuusto tulee jättää metsälain mukaiseen elinympäristöön metsälain 10.3 §:n mukaisesti.<sup>96</sup> Metsälainsäädännön rakenteesta johtuen normiristiriidan ratkaisemiseksi esitettyjä erilaisia tulkintoja ei ole testattu oikeuskäytännössä. Metsäkeskukset lienevät noudattaneet ministeriön suositusta.

Ohjeiden, oppaiden, kirjeiden ja suositusten ohella ohjaustavoitetta näytetään hoidettavan myös ministeriöiden virkamiesten laatimilla *muistioilla*. Ne voivat sisältää yksityiskohtaisia kannanottoja siitä, miten lakia tulisi soveltaa. Tällaisena muistio-formaatissa levitettävänä ohjeena voi esimerkiksi mainita ympäristöministeriön luonnonsuojeluosastolla laaditun allekirjoittamattoman ja julkaisemattoman paperin ”Liito-oravakorvaukset” (YM/LUO/Totry, 14.9.2004). Paperi on levinnyt laajalti hallintoon, ja käytännössä sitä sovelletaan ministeriön antamana ohjeena. Muistiosta esitetään hyvin pitkälle meneviä ja yksilöityjä tulkintoja siitä, miten LSL 53.1 §:ssä säädettyä merkityksellisen haitan korvauskynnystä olisi tulkittava. Paperissa korostetaan kynnyksen tulevan ”aina määriteltäväksi tapauskohtaisesti”, mutta toisaalta todetaan haitan, joka on 5–8 % käyttöyksikön arvosta, olevan merkityksellistä. Paperissa todetaan myös, että jos ”haitan määrä on 4000–5000 euroa tai sitä suurempi, voidaan sitä pitää merkityksellisenä, vaikka se olisikin alle 5 % käyttöyksikön arvosta”.<sup>97</sup>

On selvää, että *liito-oravaohje*, *liito-oravakorvausmuistio* tai *myrskytuho-suositus* eivät ole oikeudellisesti ympäristö- tai metsäviranomaisia velvoittavia. Ohjeissa esitettyjen tulkintojen oikeuslähdeopillinen merkitys

---

<sup>94</sup> Maa- ja metsätalousministeriö, metsäosasto, 8.2.2002, Dnro 594/621/2002.

<sup>95</sup> *Laakso*, T. Edilex 2003, s. 11.

<sup>96</sup> *Laakso*, T. Edilex 2003 passim ja *sama* YJ 2003, erit. s. 110–112.

<sup>97</sup> Ks. muistiosta myös *Suvantola* (YJ 2005, s. 65–66), jonka mukaan ”[m]uistiolla ei ole oikeudellista asemaa, eikä ilman laissa olevaa valtuutusta merkityksellisen haitan määräämistä voida antaa määräyksiä tai ohjeita”.



on korkeintaan sama kuin oikeuskirjallisuudessa esitettyjen argumenttien. Esimerkiksi liito-oravapykälien tulkinnan osalta ministeriöiden antamalla ohjeella tai ministeriön muistiolla on muodollisesti sama oikeudellinen velvoittavuus kuin edellä mainituilla Laakson tutkijana oikeuskirjallisuudessa esittämällä, ohjeesta poikkeavilla tulkinnoilla.

Korkein hallinto-oikeus viittaa ratkaisujensa perusteluissa hyvin pidettyväisesti muodollisen normihierarkian ulkopuoliseen, hallinnollisen ohjauksen muodossa annettuun soft law -aineistoon. Hallinnolliseksi ohjaukseksi luonnehdittavan aineiston oikeuslähdeopillinen merkitys poikkeaa edellä käsitellyistä luonnontieteellisistä ja muista inventoinneista, joihin myös KHO usein suoraan viittaa päätöksenteossa huomioonotettavana selvitysaineistona (ks. edellä jaksossa 2.3 esitettyjä esimerkkejä tuomioistuinkäytännöstä). Hallinnollisella ohjeistuksella voi kyllä tosiasiallisesti olla myös tuomioistuinpäätöksenteossa merkitystä, vaikka ohjeisiin ei viitattaisikaan ratkaisujen perusteena. Toisaalta uuden perustuslain jälkeisel-täkään ajalta ei juuri näytä olevan sellaisia julkaistuja KHO:n linjaratkaisuja, joissa hallinnollisen ohjauksen muodossa annetun aineiston ohjeellisuutta ja ei-sitovuutta olisi erikseen korostettu. Tätä voi pitää ehkä hiukan yllättävänä, kun muodollisesti ei-velvoittavaa hallinnollista ohjeistusta hyödynnetään viranomaispäätöksenteossa laajalti oikeuslähteenä varsin kaavamaisesti ja muodollisesti (ks. tarkemmin jakso 3.2.6).

Yhden tuoreen esimerkin ohjeiden ei-sitovaa luonnetta korostavasta KHO:n ennakkopäätöksestä voi kuitenkin esittää. Viehekalastusmaksujen jakoa koskeneessa ratkaisussa *KHO 2005:34* arvioitiin myös vuosikirjaotsikon tasolla, mikä oikeudellinen merkitys on annettava maa- ja metsätalousministeriön TE-keskusten kalatalousyksiköille osoittamalle, ohjeeksi nimetylle kirjeelle (ks. myös *KHO 7.6.2005 t. 1364 LRS*). Kirjeen mukaan TE-keskusten tulee jakaa siinä mainitut määrärahat kalastusalueittain kirjeeseen liitetyn Riista- ja kalatalouden tutkimuslaitoksen (RKTL) ”Kuinka Suomi kalastaa 2001” -tutkimuksen perusteella. KHO korostaa perusteluissaan, että maa- ja metsätalousministeriön ohjeella varojen jaon perusteita kalastusalueiden kesken *ei ole voitua sitoa* yksinomaan mainittuun selvitykseen. Varojen jaon perusteista säädetään kalastuslaissa (286/1986). Kalastuslain 89.1 a §:n (1045/1996) mukaan viehekalastusmaksuina kertyneet varat jaetaan, valtiolle maksun kannosta ja varojen jakamisesta aiheutuneilla kuluilla vähennettynä, kalenterivuositain jälkikäteen kalavesien omistajille korvauksena heidän omistamiensa kalavesien käyttämisestä viehekalastukseen. Pykälän 4 momentin mukaan viehekalastusmaksuina kertyneitä varoja kalavesien omistajille jaettaessa on otettava huomioon vesialueeseen kohdistuva viehekalastusrasitus. Vaikka KHO ei perusta päätöstään ministeriön ohjeeseen, RKTL:n mainittu selvitys otetaan ratkaisussa pää-

töksenteon erääksi lähtökohdaksi. Oikeudellisesti olennaista on, että KHO arvioi selvityksen riittävyttä laadullisesti kalastuslain 89 a §:ssä säädettyjen jakokriteerien näkökulmasta. Asian voi ilmaista myös siten, että selvitys otetaan lainsäädäntöön perustuvan aineellisen ja laadullisen hyväksyttävyyssarvioinnin kohteeksi. Johtopäätöksenään KHO toteaa tältä osin: ”Sellaisia seikkoja ei kuitenkaan ole ilmennyt, joiden perusteella selvityksen luotettavuutta olisi syytä epäillä tai sen tarkkuutta olisi syytä pitää riittämättömänä, kun otetaan huomioon jakamispäätöksen tarkoitus ja luonne.” RKT:n selvitykseen ja ministeriön ohjeeseen suoraan perustuva TE-keskuksen varojen jakopäätös katsotaan ratkaisussa kalastuslain mukaiseksi. Ratkaisun perusteluissa annetaan kuitenkin tärkeä viesti siitä, että TE-keskuksen päätöksen perustelut olivat ministeriön ohjeeseen tukeutumisen osalta oikeudellisesti kestävämmät: viranomaispäätöksiä ei voida perustaa suoraan tällaisiin ministeriöiden ohjeisiin tai asiassa hyödynnettyyn lakiin perustumattomaan selvitykseen ilman tällaisen aineiston sisällöllistä riittävyys- ja hyväksyttävyyssarviointia sovellettavien säännösten näkökulmasta.

## 2.5 Eurooppaoikeudellinen soft law

Kansallisen oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta eurooppaoikeudellinen soft law -aineisto on yhä tärkeämpää. Kotimaisessa ympäristöoikeustutkimuksessa eurooppaoikeudellisen soft law’n oikeuslähteopillista asemaa ja merkitystä ei ole vielä kovin laajalti tunnistettu<sup>98</sup>, vaikka soft law -tyyppisiin EU-aineistoihin vakiintuneesti jo viitataan sekä oikeuskirjallisuudessa että tuomioistuinkäytännössä.

*Direktiivejä täsmentävä ohjeistus* on esimerkki ympäristöoikeudellisessa laintulkinnassa yhä laajemmin käytettävästä eurooppaoikeudellisesta soft law’sta. Komissio on antanut esimerkiksi tulkintaohjeen luontodirektiivin 6 artiklan tulkinnasta.<sup>99</sup> Kirjallisuudessa tulkintaohjetta käytetään vakiintuneesti oikeuslähteenä.<sup>100</sup> Myös korkein hallinto-oikeus viittaa suoraan komission antamiin erilaisiin direktiivien tulkintaohjeisiin ratkaisujensa perusteluissa, toki korostaen niiden ei-sitovaa luonnetta. Esimerkiksi Natura 2000 -verkoston heikentämiskieltoa koskevassa ratkaisussa KHO

---

<sup>98</sup> Ks. kuitenkin *Herler* DL 2003, s. 868–870, jossa soft law -käsitettä hyödyntäen arvioidaan komission valtioneuvoston liittyvien suuntaviivojen (guidelines) oikeudellista luonnetta pilaantuneiden maa-alueiden julkisin varoin tapahtuvaan puhdistamiseen liittyvässä yhteydessä.

<sup>99</sup> Natura 2000 -alueiden suojelu ja käyttö – Luontodirektiivin 92/43/ETY 6 artiklan säännökset. Luxemburg 2000.

<sup>100</sup> Ks. esim. *Suvantola* 2003, s. 38–63 useissa kohdissa.

2002:48 viitataan muun muassa mainittuun luontodirektiivin 6 artiklan tulkintaohjeeseen asiassa lakien ja direktiivin ohella sovellettuna oikeusohjeena (ohjeisiin viitataan ratkaisun kohdassa 8.2.2, joka on otsikoitu ”Luonnonsuojelulain sekä luonto- ja lintudirektiivien säännökset”). Perusteluissa todetaan, että ratkaisussa hyödynnetyt komission ohjeet ”kuvastavat vain komission yksiköiden mielipidettä, eivätkä ne ole luonteeltaan sitovia”.

Juridisen harkinnan apuvälineinä käytettäviksi tarkoitetut tulkinnalliset soft law -instrumentit (interpretative and decisional instruments) ovat eurooppaoikeudessa olleet käytössä jo 1960-luvulta alkaen. *Senden* systematisoi eurooppaoikeudellista soft law’ta koskevassa tutkimuksessaan lainsoveltamisen kannalta relevantit soft law -instrumentit seuraaviin ryhmiin: ”administrative rules”, ”interpretative communications and notices”, ”decisional notices and communications” ja ”decisional guidelines, codes and frameworks”.<sup>101</sup> Myös tutkimuksessa ohjausinstrumenteiksi (steering instruments) luonnehdituilla soft law -asiakirjoilla, kuten komission tai neuvoston suosituksilla (recommendations) voi olla laintulkinnallista merkitystä.<sup>102</sup>

Myös ympäristöoikeuden alueella lähinnä komissio on tuottanut laajasti erilaisia ohjeita, suosituksia, suuntaviivoja, oppaita ja manuaaleja direktiivien ja asetusten soveltamisen apuvälineiksi. EY-oikeuteen perustuvilla ympäristöoikeuden osa-alueilla tällainen aineisto voi käytännössä olla myös kansallisessa ympäristöpäätöksenteossa hyvin tärkeää. Esimerkiksi ympäristövaikutusten arviointimenettelyn eri vaiheiden käytännön toteuttamisessa käytetään vakiintuneesti komission oppaita ja tarkistuslistoja.<sup>103</sup>

Eurooppaoikeudellinen soft law kattaa kuitenkin, jos käsite ymmärretään laajasti, paljon myös sellaista aineistoa, jolla ei tässä esityksessä huomion kohteena olevassa kansallisessa lainsoveltamisessa ole juurikaan merkitystä. Edellä on jo (jaksossa 2.2) mainittu EU:n ympäristöohjelmat ja jäljempänä (jakso 2.7) itsesääntelyn käsittelyn yhteydessä tulee vielä esille eräitä EU-instrumentteja (muun muassa ympäristösopimukset). *Senden* korostaa eurooppaoikeudellisen soft law’n koostuvan hyvin epäyhdenäisestä, suorastaan sekavasta joukosta muodollisesti ei-velvoittavaa aineistoa.<sup>104</sup> Ju-

<sup>101</sup> *Senden* 2004, s. 138–155.

<sup>102</sup> Mts. 155–218, ks. eurooppaoikeudellisen soft law’n merkityksestä jäsenvaltioiden kansallisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa kootusti s. 404–407, 436–449.

<sup>103</sup> Komissio on tuottanut YVA-direktiivin (85/337/EY) soveltamisen apuvälineeksi neljä dokumenttia, ks. <http://www.europa.eu.int/comm/environment/eia/eia-support.htm> (18.6.2005). Ks. komission ohjeistuksesta myös *Pölonen* 2004, s. 96–97.

<sup>104</sup> *Senden* 2004, s. 23, 499–501.

ridisessa harkinnassa käytettävistä tulkinnallisista soft law -instrumenteista voidaan erottaa esimerkiksi lainsäädännön valmisteluasiakirjat ja poliittiset ohjelma-asiakirjat.<sup>105</sup>

## 2.6 Standardisointi

Olen tässä esityksessä tietoisesti välttänyt standardi-käsitteen käyttöä sen monitulkintaisuuden vuoksi. Käsitteellä tarkoitetaan yleensä ympäristö-oikeuden alueella joustavien normien konkretisoinnissa ja soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämiseksi käytettäviä, luonnontieteellisiä ja teknisiä normeja, jotka annetaan lakia alemmanasteisissa säädöksissä.<sup>106</sup> Käsitteellä viitataan erityisesti erilaisiin mitattaviin suureisiin ja yksilöityihin tekniisiin vaatimuksiin.<sup>107</sup> Standardit voivat olla oikeudellisesti joko velvoittavia (raja-arvot) tai vain ohjeellisia.

Standardi on hankala käsite ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin kannalta, koska sillä on yleisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa aivan toisenlainen merkityssisältö kuin ympäristöoikeuden piirissä. Oikeusteorian perusoppikirjoissa viitataan usein tulkintastandardeihin, joilla tarkoitetaan lakitekstien merkityssisällön selvittämisessä hyödynnettävää menetelmällistä välineistöä.<sup>108</sup> Standardeilla voidaan myös viitata oikeusnormien välisten loogisten ristiriitojen ratkaisuperusteisiin.<sup>109</sup> Standardeilla voidaan myös tarkoittaa väljiä ja tulkinnanvaraisia oikeusohjeita ja oikeusperiaatteita.<sup>110</sup> Käsitteistö ei näytä vakiintuneelta. Parasta olisi siis ehkä pyrkiä välttämään koko käsitettä ympäristöoikeuden oikeuslähdeopista puhuttaessa. Käytän käsitettä tässä suppeasti tarkoittamaan konkreettista standardisoimistoimintaa.

---

<sup>105</sup> Mts. 118–119.

<sup>106</sup> Tässä merkityksessä standardi -käsitettä käyttää esimerkiksi *Kumpula* teoksessa *Kuusi-niemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1148–1149. Ks. standardi-käsitteen käyttöyhteyksistä ja sen monitulkintaisuudesta laajasti *Vihervuori* 1998. Ks. standardeista laajasti myös *Kokko* 2003, s. 94, 147–150, 283–285, jossa standardeja tarkastellaan (strategioiden ja instrumenttien ohella) biodiversiteettioikeudellisen ohjauksen keskeisenä välineenä. Myös *Kokolla* standardikäsitteen lähtökohtana on käsitteen ympäristönsuojeluoikeudellinen merkityssisältö. Hänen mukaansa (s. 284) standardeja voidaan käyttää myös biologisten luonnonvarojen suojelun ja kestävän käytön ohjauksessa. Tämä edellyttää kuitenkin ensin luonnon ”standardisointia” (ks. myös s. 149).

<sup>107</sup> *Vihervuori* 1998, s. 221.

<sup>108</sup> Ks. esim. *Tuori* 2003, s. 43, 50–55.

<sup>109</sup> *Tuori* 2003, s. 43, 55–59.

<sup>110</sup> *Tolonen* 2003, s. 3, 49.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta kiinnostavaa on erityisesti sellainen standardien tuottamistoiminta, joka tapahtuu julkisen norminasettamisvallan ulkopuolella. Sekä yksityisten standardisointiorganisaatioiden että julkisten asiantuntijaorganisaatioiden tuottama, hyvin yksityiskohtainen, yleensä alakohtainen tekninen standardointi on oikeudellisesti yhä tärkeämpi soft law -aineistojen muotoutumisen perusta.<sup>111</sup> Tällaisilla normihierarkian ulkopuolisilla standardeilla voi olla merkitystä myös viranomais- tai tuomioistuinpäätöksenteossa sovellettavana aineistona, vaikka muodollisesti olisikin kyse puhtaiksi ”yksityisiksi” normeiksi (private norm)<sup>112</sup> luonnehdittavasta aineistosta.

Erilaisia mittaus-, määrittämis-, analyysi- ja näytteenottomenetelmiä koskevilla standardeilla on läheinen yhteys ympäristösäädösten ja -päätösten valvontaan ja tarkkailuun, jopa siten, että laissa annetaan valtioneuvostolle tai ministeriölle toimivalta määrätä käytettävästä menetelmästandardista.<sup>113</sup> Ympäristöministeriö voi esimerkiksi YSL 108 §:n mukaan asetuksella säätää muun muassa mittaus- ja testausmenetelmistä, standardeista ja laskentamalleista, joita on käytettävä YSL:n ja sen nojalla annettujen säännösten soveltamisessa.<sup>114</sup> Lakia alemmanasteisissa säädöksissä voidaan siis (lakiin perustuvan valtuutuksen nojalla) antaa normatiivista merkitystä esimerkiksi standardisoimistoimintaa harjoittavien itsenäisten järjestöjen laatimalle aineistolle, esimerkiksi standardisoimisjärjestö ISO:n standardeille.<sup>115</sup> Erilaisten järjestöjen tuottamilla standardeilla on lakiperusteisesti suuri merkitys myös tuotesääntelyssä, esimerkiksi rakentamiseen käytettävien tuotteiden vaatimustenmukaisuuden osoittamisessa.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Ks. standardien erilaisista tuottamisprosesseista *Vihervuori* 1998, s. 222, 229–233.

<sup>112</sup> Käsitettä käyttää *Rehbinder* 1996, s. 255.

<sup>113</sup> *Vihervuori* 1998, s. 231, 233.

<sup>114</sup> Ks. myös jätelain 75 §, jonka mukaan ympäristöministeriö voi muun muassa määrätä tai hyväksyä jätelain ja sen nojalla annettujen säännösten ja määräysten soveltamiseksi tarvittavat standardit.

<sup>115</sup> Ks. esimerkiksi valtioneuvoston asetus (801/2004) Euroopan yhteisön edellyttämistä meluselvityksistä ja meluntorjunnan toimintasuunnitelmista. Asetuksen 3 §:ssä melun yleistä häiritsevyyttä kuvaavan tunnusluvun laskemisessa tarvittavat keskiäänitasot edellytetään määritettävän säännöksessä yksilöidyn ISO-standardin mukaisesti. Ks. myös valtioneuvoston asetus (621/2001) ulkona käytettävien laitteiden melupäästöistä, jonka 2 §:ssä ääniteho-taso määritellään viitaten yksilöityihin EN ISO -standardeihin.

<sup>116</sup> Ks. laki rakennustuotteiden hyväksynnästä (230/2003). Lain 3 §:n mukaan valmistaja osoittaa tuotteeseen kiinnitettävällä CE-merkinnällä sen, että tuote täyttää esimerkiksi CENin (Comité Européen de Normalisation) tai CENELECin (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique) EY-komission toimeksiannosta laatiman ja hyväksymän rakennustuotetta koskevan standardin tekniset vaatimukset tai että tuotteelle on myönnetty eurooppalainen tekninen hyväksyntä. EY-oikeuteen perustuva sääntely liittyy läheisesti maankäyttö- ja rakennuslakiin. Ks. myös *Vihervuori* 1998, s. 231.

## 2.7 Itsesääntely

Ei-suvereenien norminasettajien tuottamalla aineistolla on erityisesti uusilla sääntelyalueilla, kuten geenitekniikkaa hyödynnettäessä, ollut suuri merkitys ennen sitovien oikeudellisten normien asettamista ja sittemmin niiden rinnalla. Tällaista aineistoa syntyy paitsi kansainvälisessä yhteistyössä erilaisten sopimusjärjestelmien piirissä myös kansainvälisesti ja kansallisesti alakohtaisessa toimijoiden yhteistoiminnassa. Itsesääntelynä (self-regulation) syntyneet normistot ovat tyyppillistä soft law -aineistoa.<sup>117</sup>

Kansainvälisessä kirjallisuudessa soft law näytetään (kun halutaan korostaa eroa muodollisesti velvoittavaan hard law:n) joskus määriteltävän suppeasti siten, että sillä tarkoitetaan erityisesti sellaisia normistoja, joiden syntymiseen julkinen valta ei osallistu.<sup>118</sup> Ympäristöoikeudellisesti näin suppea soft law -käsite ja vapaaehtoisuuden korostaminen soft law'n yhteydessä olisi ongelmallista, varsinkin jos soft law'ta tarkastellaan oikeudellisen ratkaisun tekemisen näkökulmasta. Ympäristöoikeudellista itsesääntelyä koskevassa kirjallisuudessa korostetaan, että sellainen ”puhdas” yksityinen itsesääntely, jossa viranomaiset tai hallinto eivät lainkaan olisi mukana, on varsin harvinaista. Julkinen valta on yleensä jollakin tavalla kannustamassa tai luomassa puitteita alakohtaiselle itsesääntelylle ja muille vapaaehtoisuuteen perustuville ympäristöohjauksen muodoille.<sup>119</sup> Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa ilmiötä kutsutaan *ohjatuksi itsesääntelyksi*. Puhtaan itsesääntelyn ohella julkisen vallan mukanaolon intensiiviteetin perusteella kirjallisuudessa erotetaan säännelty itsesääntely ja itse-sääntely julkisoikeudellisen sääntelyn puitteissa.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Ks. myös *Howells – Wilhelmsson* 1997, s. 327, jossa ei-sitovina (non-binding) normeina tarkastellaan soft law -käsitettä hyödyntäen lähinnä alakohtaisia kuluttajaoikeudellisia itsesääntelynormistoja.

<sup>118</sup> Vapaaehtoisuus ja julkisen vallan puuttumattomuus korostuu esim. *Kirtonin – Trebilcockin* (2004, s. 9) esityksessä: ”in a soft law regime, the formal legal, regulatory authority of governments is not relied upon and may not even be contained in the institutional design and operation.” Toisaalta he kyllä toteavat voivan olla hyödyllistä ”to conceive of the hard law–soft law duality as a continuum rather than a dichotomy”. Kyseisessä esityksessä soft law nähdään tarpeelliseksi kuitenkin määritellä täsmällisemmin ja suppeammin. Tästä huolimatta heidänkin esityksessään soft law määrittyy varsin monimuotoiseksi, ja myös julkisen vallan myötävaikutusta arvioidaan teoksessa lähimmin analysoitavien vapaaehtoisten standardien (voluntary standards) luomisessa ja epämuodollisten instituutioiden (informal institutions) toiminnassa.

<sup>119</sup> Ks. kuluttajaoikeudellisen soft law'n kannalta myös *Tala* JFT 1986, s. 127–128, 138, jossa samoin korostetaan viranomaisten mukanaoloa soft law'n muotoutumisessa ja eroa varsinaisiin ei-oikeudellisiin kuluttajapolitiikan keinoihin.

<sup>120</sup> Ks. *Rehbinder* 1996, s. 241–244, *Gunningam – Grabosky* 1998, s. 50–56 ja *Kumpula* 2002, s. 179–182.

Esimerkiksi *Gunningham* ja *Grabosky* tarkastelevat keskeisessä teoksessaan ”Smart Regulation” (1998) ympäristöohjauksen muotona itsesääntelyn (self-regulation) ohella erikseen muun muassa (pakottomaan) vapaaehtoisuuteen perustuvaa voluntarismia (joka sekin usein perustuu julkisen vallan talouteellisuuteen ja koordinointiin) erilaisia vapaaehtoisesti käyttöön otettavia informaatio-ohjauksen muotoja (esimerkiksi ympäristömerkit tai ympäristöraportointi). Kaikissa näissä (kuten myös taloudellisessa ohjauksessa) julkinen valta on yleensä jollakin tavalla osallisena. Julkisen vallan roolin minimoimiseen perustuvaa ympäristöohjauksen mallia he tarkastelevat ”free market environmentalism”-suuntauksen kautta.<sup>121</sup> Sen merkitys on varsinkin Euroopassa jäänyt käytännössä hyvin vähäiseksi, vaikka poliittisessa keskustelussa ajateltavan piirteitä onkin nähtävissä.

Ympäristöpolitiikan ohjauksenoja koskevassa kirjallisuudessa itsesääntelynä käsitellään vaihtelevaa joukkoa erilaisia ympäristöohjauksen muotoja. Käsite ei ole sisällöltään vakiintunut. Itsesääntely tulee usein mainituksi ympäristöpolitiikan ohjauksenoja koskevassa tutkimuksessa yleistä perusjaottelua oikeudellis-hallinnollisiin, taloudellisiin ja informatiivisiin ohjauksenoihin täydentävänä eräänlaisena jäännöseränä.<sup>122</sup> Monilta osin itsesääntely on luonteeltaan informaatio-ohjausta, mikä käsitteellisesti suuntaa tällaisen aineiston merkityksen lähtökohtaisesti muille yhteiskunnallisen ja yksilöiden toiminnan areenoille kuin tässä esillä olevaan oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

Itsesääntely erotetaan EU-asiakirjoissa *yhteissääntelystä* (co-regulation), kun halutaan tehdä selvä ero niiden instrumenttien välillä, joissa EU (käytännössä komissio) on muodollisesti jollakin tavoin osallisena verrattuna instrumentteihin, joiden muotoutumiseen se ei muodollisesti osallistu.<sup>123</sup> Erottelu ei ohjauksenojakirjallisuudessa ole kovin laajalti käytössä. Eurooppaoikeudessa erottelu on merkityksellinen yhteisön kompetenssin kannalta. EU:n oikeusjärjestyksen erityispiirteiden vuoksi käsite ei sellaisenaan välttämättä ole siirrettävissä kansalliselle tasolle.<sup>124</sup> Poliittisessa keskustelussa ympäristöpolitiikan ohjauksenojen kehittämisen painopiste näyttäisi olevan EU:ssa siirtymässä julkisen ja yksityisen sääntelyn te-

<sup>121</sup> *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 50–69, 83–88.

<sup>122</sup> Ks. ohjauksenojakäsitteistöä ympäristöoikeuden yleisten oppien keskeisenä rakenneosana *Määttä* 2004a. Ks. systematisoivasti itsesääntelystä esim. *Rehbinder* 1996, s. 245–266, jossa ovat esillä tekstissä mainittujen ohjauksenojen ohella muun muassa ympäristömerkit ja elinkaarianalyysit.

<sup>123</sup> Ks. esim. KOM (2002) 412 final, s. 7–9 ja *Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta* 2003, s. 23–24.

<sup>124</sup> Tähän kiinnittää huomiota myös *Eijlander* EJCL 2005, s. 7.

hokkaaseen yhdistämiseen sääntelyn vähentämispyrkimysten ja vapaaehtoisuuskorostuksen sijasta<sup>125</sup>.

Yhteissäätelyksi on katsottu muun muassa komission suositusten (recommendations) muodossa institutionalisoidut sopimukset autoteollisuuden kanssa henkilöautojen energiatehokkuudesta. Sopimuksilla euroopalaiset, japanilaiset ja korealaiset autonvalmistajat sitoutuivat 2000-luvun alussa vähentämään CO<sub>2</sub>-päästöjä uusissa autoissa 25 prosentilla seuraavan kymmenen vuoden aikana.<sup>126</sup> Tällaisen yksittäistä kansalaista tai toiminnanharjoittajaa laajemman *sopimusohjauksen* katsotaan usein soveltuvan erityisen hyvin ympäristöpolitiikan keinovalikoimaan, ja määrällisesti tällaisia sopimuksia voidaan kansalliselta tasolta Euroopastakin osoittaa sadoittain.<sup>127</sup> Toistaiseksi sopimusohjauksen merkitys on varsinkin EU-tasolla käytännössä kuitenkin jäänyt varsin vähäiseksi<sup>128</sup>.

Kaikilla muodollisen normihierarkian ulkopuolella muotoutuvilla, esimerkiksi itsesääntelyksi kirjallisuudessa luonnehdituilla ympäristöohjauksen malleilla ei siis ole kovin suurta merkitystä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Lainsoveltamisessa hyödynnettävänä lähteistönä ei juurikaan ole merkitystä esimerkiksi *metsäsertifiointijärjestelmillä* (FSC, FFCS/PEFC), vaikka niillä metsäalan toimintojen ohjauksena lieneekin yhä suurempi merkitys. Myös metsäsertifiointijärjestelmiä on tapana luonnehtia *sof law* -käsitteistöä hyödyntäen<sup>129</sup>, mutta näkökulma on tällöin yleensä enemmän sääntelyteoreettinen kuin oikeuslähdeoppiin liittyvä.

Myös vapaaehtoisten *ympäristöjohtamisjärjestelmien* (ennen kaikkea EMAS ja ISO 14001) suoranainen oikeuslähdeopillinen merkitys lainsoveltamisessa hyödynnettävänä tulkinta-aineistona on suhteellisen vähäinen, vaikka nämäkin järjestelmät yrityksen näkökulmasta monella tavoin linkittyvät myös muodollisen sääntelyn edellyttämiin toimintoihin, esimerkiksi ympäristöluvitukseen.<sup>130</sup> Vapaaehtoinen ympäristöasioiden hal-

---

<sup>125</sup> Ks. *van Gestel* EJCL 2005, s. 1–2.

<sup>126</sup> Ks. autoteollisuuden kanssa tehdyistä kolmesta vapaaehtoisesta sopimuksesta laajemmin [http://europa.eu.int/comm/environment/co2/co2\\_agreements.htm](http://europa.eu.int/comm/environment/co2/co2_agreements.htm) (18.6.2005).

<sup>127</sup> Ks. *KOM (2002) 412 lopull.*, s. 4.

<sup>128</sup> Ympäristösopimusten käytön laajentamista koskevassa komission tiedonannossa *KOM (2002) 412 lopull.*, s. 13–14 komission arvioidaan toimikaudellaan käsittelevän todennäköisesti enintään 4–6 ympäristösopimusta. Sopiviksi alueiksi mainitaan ennen kaikkea PVC-strategia ja yhdennetty tuotepolitiikka.

<sup>129</sup> Ks. esim. *Bernstein – Cashore* 2004, s. 37.

<sup>130</sup> Ks. ympäristöjohtamisjärjestelmistä ja niiden yhteyksistä muodollisesti velvoittavaan ympäristölainsäädäntöön esim. *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 172–266 ja *Kumpula* 2002, s. 193–200. Ks. EMAS-järjestelmän merkityksestä ympäristöohjauksen muotona sääntelyteoreettisesta näkökulmasta myös *van Gestel* EJCL 2005, s. 2–25.



linto- ja johtamisjärjestelmä EMAS on myös lainsäädännöllisesti linkitetty osaksi ympäristönsuojelulainsäädäntöä. Järjestelmä perustuu EY-asetukseen (761/2001/EY)<sup>131</sup>, jonka 10 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden olisi harkittava, miten EMAS-järjestelmään rekisteröinti voidaan ottaa huomioon ympäristölainsäädännön täytäntöönpanossa ja noudattamisessa, jotta vältettäisiin sekä organisaatioiden että viranomaisten työskentelyn tarpeeton päällekkäisyys. Kansallisessa lainsäädännössä tämä linkitys on toteutettu ympäristönsuojeluasetuksen (169/2000, YSA) 9.2 §:n 11 kohdassa ja 19.3 §:ssä, joiden voi tulkita mahdollistavan yrityksen käytössä olevien ympäristöjärjestelmien huomioon ottamisen myös ympäristölupaharkinnassa.

Itsesääntelyyn liittyviä ulottuvuuksia on myös ympäristönsuojeluoikeudessa keskeisillä BREF-asiakirjoilla (BAT reference document). BAT-kuvaukset poikkeavat sanallisesti ilmaistuna ohjauksena ilmiänsuultaan esimerkiksi numeerisista tai muutoin eksaktisti kuvatuista ohjeellisista säännöksistä<sup>132</sup>, joita on edellä käsitelty hallinnollisen ohjauksen yhteydessä. BREF-asiakirjojen tapaista teknistä materiaalia sisältyy kuitenkin myös useisiin edellä esillä olleisiin aineistotyyppeihin, esimerkiksi erilaisiin oppaisiin ja ohjeisiin. Olen tässä esityksessä omaksumassani jäsentelyssä ymmärtänyt BREF-asiakirjat lähinnä itsesääntelynormeihin rinnastuviksi, koska ne muotoutuvat pitkälti alan toimijoiden toimesta.

Oikeudellisesti BREF-menettely on kiinnostava oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa merkitystä saavien soft law -aineistojen tuottamisen tapa, koska prosessi on lainsäädännöllisesti institutionalisoitu. BREF-asiakirjojen syntyprosessi on legalisoitu IPPC-direktiivissä<sup>133</sup>, jonka mukaan EY:n komissio organisoii tiedonvaihtoa jäsenvaltioiden kesken parhaasta käytettävissä olevasta tekniikasta ja sen kehityksestä sekä siihen liittyvästä tarkkailusta. Tietojenvaihtoon osallistuu toimialakohtaisesti virkamiehiä, etuja ja kansalaisjärjestöjen edustajia, tutkijoita ja alan yritysten edustajia. Tuloksena syntyy toimialakohtainen kuvaus alan parhaista käytettävissä olevista teknisistä ratkaisuista. BREF-asiakirjat ja niiden laatimisprosessin yhteydessä syntyvät kansalliset BAT-asiakirjat eivät ole normeja tai stan-

<sup>131</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (761/2001/EY) organisaatioiden vapaaehtoisesta osallistumisesta yhteisön ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmään. Alun perin järjestelmä luotiin neuvoston asetuksella (1836/93) teollisuusyritysten vapaaehtoisesta osallistumisesta yhteisön ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmään.

<sup>132</sup> Ks. myös *Vihervuori* 1998, s. 228.

<sup>133</sup> Direktiivi 96/61/EY ympäristön pilaantumisen ehkäisemisen ja vähentämisen yhtenäistämiseksi.

dardeja, mutta ne toimivat yhtenä argumenttina ja arvioinnin vertailukoh-  
tana ympäristölupapäätöksenteossa.<sup>134</sup> Normatiivinen perusta BREF-asia-  
kirjojen huomioonottamiselle on YSL 43.3 §:ssä, jonka mukaan päästöjen  
ehkäisemistä ja rajoittamista koskevien toimien tulee perustua parhaaseen  
käyttökelpoiseen tekniikkaan. YSA 37 §:n mukaan parhaan käyttökelpoi-  
sen tekniikan sisältöä arvioitaessa on otettava huomioon muun muassa EY:n  
komission tai kansainvälisten toimielinten julkaisemat tiedot parhaasta  
käyttökelpoisesta tekniikasta.

Kansainvälisesti ehkä merkittävimpänä esimerkkinä BREF-asiakirjoja  
ja EMAS-järjestelmää ”puhtaammasta” itsesääntelystä voi vielä mainita  
kemianteollisuuden vuonna 1985 käynnistyneen *Responsible Care* -ohjel-  
man, joka lienee laajin teollisuuden vapaaehtoinen ympäristöohjelma ma-  
ailmassa. Nykyisin ohjelmaa toteutetaan 52 maassa, ja sen väitetään katta-  
van valtaosan maailman kemianteollisuuden tuotannosta.<sup>135</sup> Ohjelma on  
ohjauskeinokirjallisuudessa luokiteltu itsesääntelyn muotona käytänneseen-  
nöksi (codes of conduct/practice).<sup>136</sup> Ympäristöoikeudessa tällaisten suh-  
teellisen ”puhdasta” itsesääntelyä edustavien käytänneseen-  
oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta on varsin vähäinen.

## 2.8 Hyvä tapa -normit

Alakohtaisesti muotoutuneilla itsesääntelynormistoilla ja käytänteillä on  
usein institutionaalinen perusta laissa. Lainsäädäntöön kirjatut hyvä tapa  
-normit<sup>137</sup> ovat muodollisesti avoimia säännöksiä. Alakohtaisen hyvän ta-  
van sisällön edellytetään yleensä määrittyvän jotenkin muutoin kuin vel-  
voittavan norminannon kautta. Esimerkkinä tässä tarkoittamastani normi-

---

<sup>134</sup> BREF-asiakirjojen ja muiden BAT-asiakirjojen merkitystä haastattelujen avulla tutki-  
neen *Similän* (YJ 2003, s. 132–133) mukaan BAT-kehittämistyö ei vielä ole suoranaisesti  
vaikuttanut lupapäätösten muotoutumiseen niilläkään aloilla, joilla asiakirjoja on käytettä-  
vissä. Hänen mukaansa eri osapuolet kuitenkin käyttävät BAT-asiakirjoja argumenttina  
ympäristölupaprosessissa.

<sup>135</sup> Suomessa ohjelma kattaa sitä koordinoivan Kemianteollisuus r.y:n mukaan yli 80 %  
Suomen kemianteollisuuden tuotannosta. Maailmanlaajuisesti ohjelmaa koordinoi kansain-  
välinen kemianteollisuuden yhteistyöjärjestö ICCA (International Council of Chemical  
Associations). Ks. [http://www.chemind.fi/responsible\\_care](http://www.chemind.fi/responsible_care) (12.6.2005). Ks. ohjelmasta myös  
*Gunningam – Grabosky* 1998, s. 154–172, 187–266, jossa laajasti analysoidaan ohjauskei-  
notutkimuksen välineistöllä ohjelman etuja ja rajoitteita ympäristöpolitiikan ohjauskeino-  
na.

<sup>136</sup> *Rehbinder* 1996, s. 256.

<sup>137</sup> Käsitteen hyvä tapa -normi olen omaksunut *Lötjöseltä* 2004, s. 30.

tuksesta voidaan mainita hyvä liiketapa<sup>138</sup>, kirjanpitotapa<sup>139</sup>, perintätapa<sup>140</sup>, (kiinteistön)välitystapa<sup>141</sup> ja tiedonhallintatapa<sup>142</sup>.

Näiden alakohtaisten hyvien tapojen täsmentymismekanismit ovat sää-döskohtaisia, eikä niitä voi kuvata yhdellä mallilla. Joidenkin säädösten osalta hyvä tapa täsmentyy vain alakohtaisten, kirjoittamattomien käytän-teiden kautta, joiltakin osin säännöksiä muotoiltaessa on voitu pitää sil-mällä myös kirjallisen muodon saaneita itsesääntely- tai muita normistoja. Säännöksillä voi olla eroa riippuen siitä, onko kyse lainsäätäjän valvon-nassa olevasta lakiin perustuvasta itsesääntelystä<sup>143</sup> vai epämääräisemmästä viittauksesta yleisesti noudatettuun käytäntöön. Olennaista on, että tulkin-nallisesta avoimuudesta huolimatta hyvällä tavalla on alakohtaisesti yleensä varsin vakiintunut, alan toimijoiden hyvin hallitsema normatiivinen si-sältö.

Legalisoituja hyvä tapa -normeja on ympäristöoikeuden alueella vähän. Esimerkiksi käy lähinnä *hyvä rakennustapa* eräänä MRL 117, 120, 149 §:ssä rakentamiselle, rakennuksen suunnittelulle ja rakennustyölle asetettuna vaa-timuksena. MRL:n kommentaariteoksessa hyvän rakennustavan luonnehdi-taan olevan ”velvoittavuudeltaan suhteellisen heikko oikeusnormi, joka ei suuresti eroa tavoitteellisesta säännöksestä.”<sup>144</sup> Luonnehdinta menee mie-lestäni turhan pitkälle normin oikeudellista merkitystä vähätellessään.

Lainsäädännössä legalisoituja hyvä tapa -normeja ei ole syytä luonneh-tia sellaisenaan (lakien säännöksinä) soft law -normeiksi. Esimerkiksi hy-vää rakennustapaa ei voida luonnehtia soft law -tyyppiseksi vain siksi, että säännös näyttää tulkinallisesti avoimelta. Soft law -teeman kannalta täl-laiset lakiin kirjatut hyvä tapa -normit ovat kuitenkin kiinnostavia, koska ne *edellyttävät* velvoittavan norminannon ulkopuolisen soft law -aineiston tai kriteeristön olemassaoloa ja antavat tällaiselle aineistolle tai kirjoitta-mattomille käytänteille normatiivista merkitystä. Tämä lähtökohta tode-

<sup>138</sup> Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain (1061/1978) 1 §:n mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista menettelyä.

<sup>139</sup> Kirjanpitolain (1336/1997) 1:3 §:n mukaan kirjanpitovelvollisen on noudatettava hy-vää kirjanpitotapaa.

<sup>140</sup> Saatavien perinnästä annetun lain (513/1999) 4 §:n mukaan perinnässä ei saa käyttää hyvän perintätavan vastaista menettelyä.

<sup>141</sup> Kiinteistönvälitysliikkeistä ja vuokrahuoneiston välitysliikkeistä annetun lain (1075/2000) 4 §:n mukaan välitystoiminnassa on noudatettava hyvää välitystapaa.

<sup>142</sup> Hyvää tiedonhallintatapaa edellytetään noudatettavaksi viranomaisten toiminnan julki-suudesta annetun lain (621/1999) 3 ja 18 §:ssä.

<sup>143</sup> Käsitettä käyttää *Mähönen* (LM 2004, s. 51) hyvän kirjanpitotavan yhteydessä.

<sup>144</sup> *Ekroos – Majamaa* 2000, s. 458.

taan myös hyvään rakennustapaan viittaavien MRL:n säännösten esitöissä. Hallituksen esityksen mukaan hyvällä rakennustavalla viitataan ”sitovan norminannon ulkopuoliseen hyvää rakentamista koskevaan tietopohjaan ja käytäntöön. – – Säännöksellä olisi yleinen rakentamisen ammatillisesta kokemuspohjasta, hallinnon informaatio-ohjauksesta sekä vakiintuneista käytännöistä johtuva perustansa.”<sup>145</sup>

Ympäristöoikeuden alueella hyvä tapa -normistoja muotoutuu osin myös lainsäädännöstä riippumatta (kuten muillakin oikeudenaloilla). Tässä tehty erottelu standardisointiin, itsesääntelyyn ja hyvä tapa -normeihin on hyvin suhteellinen ja vain esitystekninen. Käytännössä näillä ryhmillä on paljon päällekkäisyyksiä.

”*Hyvän metsänhoidon suositukset*” on esimerkki lainsäädäntöön suoranaisesti perustumattomasta, puolivirallisena itsesääntelynä syntyneestä hyvä tapa -normistosta. Asiaa koskevassa julkaisussa esitellään menetelmiä, joita julkisoikeudelliseksi yhdistykseksi luonnehdittava Metsätalouden kehittämiskeskus Tapio<sup>146</sup> suosittelee käytettäväksi metsänkasvatuksen eri vaiheissa.<sup>147</sup> Metsänhoitosuosituksen tarkoituksena on kannustaa hyvään metsänhoitoon. Viimeisimmät metsänhoitosuositukset julkaistiin vuonna 2001. Niiden tarkistaminen on parhaillaan käynnissä. *Kiviniemen* muotoilua siteeraten ”suositukset eivät velvoita ketään, mutta lain tulkintakäytöksissä niistä voi olla apua”.<sup>148</sup>

Käytännön metsäammattilaisten piirissä metsänhoitosuositukset ymmärretään usein velvoittavuudeltaan lähes lakiin rinnastuvaksi aineistoksi, eikä suositusten vastaisia, lainmukaisia ratkaisuja metsänhoidossa välttämättä hyväksytä. Metsänhoitosuositusten kaavamaisien soveltamiskäytänteiden taustalla on Tapion aiempien metsien käsittelyohjeiden keskeinen asema metsäalan käytännöissä. Ohjeita tulkittiin 1970- ja 1980-luvulla ”ikään kuin ne olisivat määrittäneet yksityismetsälain vähimmäisvaatimuksen”. Vaikka metsänhoitosuositukset ja metsälain valvontaan liittyvä, nykyisin asetustasoinen sääntely on selkeästi eriytetty, metsäalan ammatillaiset pitäytyvät edelleen kaavamaisesti suosituksissa esitellyissä menetelmissä, kun suosituksissa ei avoimesti tuoda esille erilaisia lain mahdollistamia metsänkäsittelytapoja.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> HE 101/1998 vp, s. 97.

<sup>146</sup> Ks. Tapion asemasta ja tehtävistä *Kiviniemi* 2004, s. 611–612.

<sup>147</sup> Julkaisua ei ole saatavissa sähköisenä. Tiivistelmiä julkaisusta on saatavissa osoitteesta <http://www.metsavastaa.net/> (12.6.2005).

<sup>148</sup> *Kiviniemi* 2004, s. 259.

<sup>149</sup> *Tahvonon ym.* 2004, s. 39, 49.

Tapion metsänhoitosuosituksilla on käytännössä keskeinen merkitys ennen kaikkea kestävän metsätalouden rahoituksesta annetun lain (1094/1996, KEMERAL) mukaisen rahoituksen myöntämisessä. Tällä on säädännäinen perustansa, tosin perustuslain vastaiseksi katsottavan subdelegaation muodossa. Maa- ja metsätalousministeriön asetus kestävän metsätalouden rahoituksesta annetun lain nojalla puuntuotannon kestävyuden turvaamiseksi tehtävistä töistä (44/2001) nimittäin edellyttää rahoitettavien työmenetelmien perustuvan (eräin poikkeuksin) ”yleisesti yksityismetsätaloudessa käytettäviin metsänhoitosuosituksiin” (asetuksen 1.4 §). Asetus on annettu KEMERAL:n 6.2 ja 7.2 §:n nojalla. Säännöksissä maa- ja metsätalousministeriö valtuutetaan antamaan tarkempia määräyksiä rahoitettavien ”työlajien rajauksesta ja sisällöstä” sekä töiden ”yleisistä vaatimuksista”. KEMERAL:n mukaisesti rahoitettavien töiden kohdevalinta perustuu siis lain säännösten sijasta hyvin pitkälti Tapion metsänhoitosuosituksiin.<sup>150</sup> Kun kyse on yksityisten ihmisten etuihin liittyvästä päätöksenteosta, sääntelytapaa voidaan oikeusvaltiollisesta näkökulmasta arvostella. KEMERAL:n mainitut valtuussäännökset ja asetuksessa toteutettu subdelegatio eivät vastaa nykyisen perustuslain 80 §:n vaatimusta, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla.<sup>151</sup> Järjestelmä on muutenkin oikeudellisesti hyvin monimutkainen.<sup>152</sup>

### 3 ARVIOINTIA

#### 3.1 Soft law’n oikeudellisen velvoittavuuden luonne ja perusta

##### 3.1.1 Sallittu vai heikosti velvoittava oikeuslähde?

Kun soft law’n korostetaan tässä esityksessä olevan oikeuslähde, halutaan painottaa, että soft law -tyyppisellä aineistolla voi tosiasiallisesti olla oi-

<sup>150</sup> Ks. järjestelmästä myös *Kiviniemi* 2004, s. 386–387.

<sup>151</sup> Ks. esim. öljysuojarahastoa koskevaan lakiin liittyvä *PeVL 31/2004 vp*, jossa katsottiin, ettei perustuslain 80 §:n vaatimusten kannalta ole mahdollista säätää valtioneuvoston asetuksella, mitä torjunta- ja ennallistamistoimenpiteistä aiheutuvia kustannuksia on pidettävä korvauksen saantiin oikeuttavina hyväksyttävänä kustannuksina. Kyseisen lain säätäminen tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä edellytti lausunnon mukaan asetukseen suunniteltujen säännösten siirtämistä lakiin.

<sup>152</sup> Ks. myös *Rainio* 2005, passim. Myös hän pitää päättelyketjua laista alemmanasteisiin normeihin ja suosituksiin monelta osin turhan pitkänä ja vaikeasti hahmotettavana (ks. esim. s. 22).

keudellisia vaikutuksia, vaikka aineisto ei olisikaan muodollisesti oikeudellisesti velvoittavaa.<sup>153</sup> Teoreettiselta kannalta tällainen luonnehdinta jää vielä hyvin väljäksi ja täsmentymättömäksi. Jos aineistolla on oikeudellisia vaikutuksia, sillä täytynee jossakin merkityksessä ajatella olevan oikeudellista velvoittavuutta, toisin sanoen tällaisen aineiston on kuuluakseen oikeusjärjestykseen täytettävä joltakin kannalta normeille määritellyt oikeudelliset pätevyyskriteerit.

Oikeusnormien velvoittavuutta voidaan jäsentää joko velvoittavuuden *luonteen ja asteen* tai velvoittavuuden *perustan* kannalta. Edellä tarkastelun aineiston velvoittavuuden luonteen ja asteen tarkastelun välineistöksi riittää tässä yhteydessä perinteinen peczenikiläis-aarniolainen erittely vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.<sup>154</sup> Erittely on nykyisin jo kiistanalainen<sup>155</sup>, mutta pedagogisesti se on nähdäkseni edelleen käyttökelpoinen ja selkeä. Keskeinen kysymys tätä erittelyä hyödynnettäessä koskee sitä, onko yleistäen mahdollista määrittellä edellä tarkasteltu aineisto, jonka ominaispiirteinä voidaan pitää muodollista velvoittamattomuutta, aina *vain sallituksi oikeuslähteeksi*?

Soft law -käsitteen käytön keskeinen tavoite oikeuslähdeopillisissa yhteyksissä on kyseenalaistaa velvoittava/ei-velvoittava -dikotomia; samalla pyritään osoittamaan oikeudellisesti merkitykselliseksi eräänlainen harmaa välimaasto oikeuden ja politiikan/moraalin välillä.<sup>156</sup> Esimerkiksi *Pohjolainen* huomauttaa, että ”The obligation or non-obligation is a poor characteristic when analyzing the source of law”. Hänen mukaansa on vaikea ymmärtää, miksi (minkään) soft law -aineiston huomioonottamiseen ei voisi (milloinkaan) liittyä edes heikkoa velvoittavuutta.<sup>157</sup> Soft law -aineistojen oikeuslähdeopillisen paikantamisen kannalta vahvasti ja heikosti velvoitta-

---

<sup>153</sup> Ks. myös *Senden* (2004, s. 25), joka toteaa soft law -instrumenttien saaneen oikeudellista merkitystä myös EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä: ”In particular, it has become clear that ‘no legally binding force’ is not be equated to ‘no legal effect at all’.”

<sup>154</sup> *Aarnio* 1989, s. 220–221.

<sup>155</sup> Esim. *Timonen* on eri yhteyksissä kritisoinut oikeuslähteiden velvoittavuusperusteista kolmijakoa. *Timosen* (1997, s. 122) mukaan ”[o]ikeuslähteiden luokittelu niiden velvoittavuuden perusteella on lainopin metodiohjeena hylättävä”. Ks. erittelyä ja sen tulkintoja kohtaan viime aikoina esitetystä kritiikistä myös *Karhu* LM 2003, erit. s. 797, *Siltala* 2003, s. 200–204 ja *Mähönen* LM 2004, s. 50–51 viitteineen. Tiivis ja kattava katsaus ajankohitaiseen kotimaiseen oikeuslähdeoppia koskevaan keskusteluun sisältyy mm. *Lötjösen* (2004, s. 12–13, 33–44) väitöskirjaan. Hän tiivistää (s. 42) katsauksensa: ”Näyttää siis todella siltä, että perinteisen skandinaavisen [peczenikiläis-aarniolaisen] oikeuslähdeopin aika on Suomessa ohi.”

<sup>156</sup> Ks. esim. *Senden* 2004, s. 110–111.

<sup>157</sup> *Pohjolainen* JFT 1998, s. 439–440.

vien oikeuslähteiden erottelu näyttäisi olennaisemmalta kuin huomion kiinnittäminen vahvasti velvoittavien ja sallittujen oikeuslähteiden väliseen eroon.<sup>158</sup> Perinteistä staattista normatiivista oikeuslähteoppiä hyödyntäen sallitun oikeuslähteen sivuuttamista ei tarvitse erikseen perustella, mutta jos oikeudellisessa ratkaisussa ilman perusteluja sivuutetaan heikosti velvoittava oikeuslähde, ratkaisua voidaan oikeudellisesti arvostella ja tällainen sivuuttaminen voi johtaa päätöksen muuttumiseen valitusasteessa<sup>159</sup>.

Vaikka ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa usein tyydytään vain korostamaan edellä käsitellyn soft law -tyyppisen aineiston ei-sitovaa luonnetta, myös ympäristöoikeuden alueella on tunnistettu mahdollisuus, että soft law -aineistolla voi olla sallittua asia-argumenttia velvoittavampi merkitys päätöksenteossa. Vaikka soft law -aineistolla ei olisikaan lakiin perustuvia muodollisia oikeusvaikutuksia, tästä ei välttämättä siis seuraa, että aineiston normatiivinen merkitys olisi kuvattavissa vain sallittuun oikeuslähteeseen viittaavilla ilmaisuilla (saadaan ottaa huomioon). Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota esimerkiksi siihen, että erilaisiin inventointeihin, suunnitelmiin ja ohjelmiin voi sisältyä sellaista tietystä lupaharkintatilanteessa relevanttia aineistoa, että sen sivuuttaminen lupaharkinnassa voi tehdä ratkaisusta oikeudenvastaisen.<sup>160</sup> Jos esimerkiksi pohjavesikartoituksia ja -luokituksia ei ympäristölupa- tai maa-aineslupapäätöksenteossa oteta lainkaan huomioon, lupaviranomaisen tekemä päätös voi tulla mahdollisen valituksen johdosta tuomioistuimessa kumotuksi esimerkiksi asian puutteellisen selvittämisen perusteella.

Myös muodollisesti ei-sitovaa, hyväksymisajankohtanaan lakiin perustumatonta rantojen suojeleohjelmaa analysoiva *Länsineva* tulkitsee ohjelman normatiivisen merkityksen sallittua oikeuslähdeksi vahvemmaksi – ohjelmaa kohtaan esittämästään oikeusvaltiollisesta kritiikistä huolimatta. Vaikka hän ei näyttäisi käsitteisiin suoraan viittaavan, hänen tulkintaansa voinee luonnehtia siten, että hän katsoo ohjelmalla eräiltä osin voivan olla vähintäänkin heikkoa velvoittavuutta.<sup>161</sup> Hän ottaa julkilausutusti etäisyyttä

<sup>158</sup> Rajanveto vahvasti ja heikosti velvoittavien oikeuslähteiden välillä on esim. *Tuorin* (2004, s. 144–148) käyttämä välineistö toimeentuloturvan viranomaisnormien analyysissä. Hän luonnehtii useiden arvioimiensa ministeriön tai kansaneläkelaitoksen antamien ohjeiden olevan ”enintään heikosti velvoittavia oikeuslähteitä”.

<sup>159</sup> Ks. perinteisen oikeuslähteopin mukaisesta oikeuslähteiden keskinäisistä suhteista tältä osin esim. *Karhu* LM 2003, s. 792 ja *Tolonen* 2003, s. 24–25.

<sup>160</sup> *Vihervuori* 1989a, s. 196.

<sup>161</sup> Tähän viittaa esimerkiksi luonnehdinta: ”Jos ohjelman määräykset – – mahtuvat selvästi lainsäädännön puitteisiin, voidaan viranomaisten ainakin edellyttävän perustelevan huolella, mikäli ne poikkeavat” valtioneuvoston periaatepäätöksenä hyväksytyyn rantojen suojeleohjelman edellyttämältä linjalta. *Länsineva* 1995, s. 287, ks. myös s. 270, 284.

perinteiseen ”kategoriseen” lähtökohtaan, jonka mukaan tällaisten lakiin perustumattomien ohjelmien ”sitovuus viranomaisten ratkaisutoiminnan kannalta voisi olla laadultaan ainoastaan *tosiasiallista*, mutta ei *oikeudellista*”.<sup>162</sup> Keskushallinnon ohjauksen tosiasiallisesti merkittävän ohjausvaikutuksen vuoksi on hänen mukaansa käytännössä vaikeaa ”vetää rajaa oikeudellisesti sitovan ja suositusluonteisen ohjeistuksen välille”.<sup>163</sup> Länsinevan mukaan ”olisi perusteetonta väittää”, ettei rantojen suojeleuohjelman ”konkreettisilla määräyksillä voisi lainkaan olla normatiivista merkitystä viranomaisten päätöksenteon kannalta”.<sup>164</sup> Ohjelman eri kohtien yksityiskohtaisessa arvioinnissa hän dokumentoi usein konkreettisin esimerkein ohjelman normatiivisen merkityksen. Esimerkiksi rakennuslupa-asioita käsittelevän viranomaisen ”*tulee* (kurs. tässä) ottaa ohjelma huomioon ja sovittaa yleinen ratkaisulinjansa sen suuntaiseksi. Vaikkei ohjelmaa voikaan – – käyttää päätösten yksinomaisena perusteena, *tulee* (kurs. tässä) sille päätöksenteossa antaa painoarvoa muiden argumenttien rinnalla.”<sup>165</sup> Vähintään heikkoon velvoittavuuteen viittaavaa normatiivista merkitystä Länsineva perustelee parlamentaarisella vastuulla ja valtion hallinto-organisaation hierarkkisella rakenteella. Niiden näkökulmasta olisi ”vaikea perustella kantaa, jonka mukaan viranomaiset olisivat harkintavaltaansa käyttäessään oikeutettuja systemaattisesti ja totaalisesti sivuuttamaan tällaisen valtion hallintokoneiston korkeimmalta tasolta lähtöisin olevan ohjauksen”.<sup>166</sup>

Vaikka ilman valtuutussäännöksiä annettuihin hallinnon ohjekirjeisiin tulisi suhtautua korkeintaan sallittuina oikeuslähteinä, nekin voivat muodostua velvoittavuudeltaan sallittua oikeuslähdettä vahvemmiksi. Ohjeet voivat – *Kuusiniemen* esitystä seuraten – olla ”presumptio lopullisesta ratkaisusta. – – Asia ratkaistaan presumption pohjalta, ellei huomionarvoisia vastasyitä ole.”<sup>167</sup> Hänen mielestään ”[o]hjeellisuuden korostaminen tuntuu tekopyhältä” sellaisten ohjeiden osalta, joita seurataan sekä hallinnossa että tuomioistuimissa vakiintuneesti ja ehkä jopa kaavamaisesti.<sup>168</sup> Jos

<sup>162</sup> Mts. 290–291.

<sup>163</sup> Mts. 268.

<sup>164</sup> Mts. 287.

<sup>165</sup> Mts. 289.

<sup>166</sup> Mts. 270.

<sup>167</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 143, alav. 67.

<sup>168</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 356. Teoksen edetessä argumentti näyttäisi edelleen terävöityvän, ks. esim. s. 635: ”Vaikka ohjeet [tässä yhteydessä ilmansuojelulliset päästöohjeet] eivät ole sitovia, niistä ei ilmansuojeluvollisuutta määritettäessä voida poiketa ilman perusteltua syytä.”



hallinnolliseen ohjekirjeeseen sisältyvä normisuositus (esimerkiksi etäisyys häiriölähteen ja häiriytyvän kohteen välillä) muodostuu päätöksenteossa presumptioluonteiseksi, ohjeen luonnehtiminen vain sallitaksi oikeuslähteeksi ei ole enää kovin havainnollista. Samoin *Pohjolainen* kysyy, mitä arvoa on enää väitteellä tiettyjen normien heikosta juridisesta statuksesta, jos empiirisen tutkimuksen kautta niiden tosiasiallinen merkitys on osoitettu suureksi.<sup>169</sup>

### 3.1.2 Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus velvoittavuuden perustana

Miten muodollisesti velvoittamattoman aineiston luonne usein heikosti velvoittavina oikeuslähteinä voidaan perustella? Mihin siis soft law -tyyppisen aineiston edellä dokumentoitu normatiivinen merkitys perustuu? Normien velvoittavuuden *perustaa* tarkastellaan yleensä normien muodollisen pätevyyden, arvoperusteisen hyväksyttävyyden ja tosiasiallisen tehokkuuden näkökulmasta.<sup>170</sup> Erittelyn lähtökohta on normien voimassaoloa koskeva analyysi. Oikeuslähteopin kannalta tarkastelun avulla voidaan havainnollisesti korostaa, että osa oikeuslähteistä saa oikeudellisen merkityksensä muodollisen pätevyyden, osa hyväksyttävyyden ja osa tosiasiallisen tehokkuuden perusteella.<sup>171</sup> Jos soft law -aineiston ominaispiirteinä pidetään muodollisten oikeusvaikutusten puuttumista, tällaisen aineiston normatiivinen merkitys on näin ollen perustettava joko hyväksyttävyyteen tai realistis-empiirisiin seikkoihin (tehokkuuteen).<sup>172</sup>

<sup>169</sup> *Pohjolainen* JFT 1998, s. 440. Ks. myös *Verschuuren* (2003, s. 52), joka huomauttaa, ettei soft law -käsite merkitse velvoittamattomuutta: ”although of a ‘soft’ nature, they [rules in declarations, guidelines, etc.] remain ‘law’”. Hän korostaa, että ”even soft law is often observed”.

<sup>170</sup> Ks. esim. *Aarnio* 1989, s. 83–98, *Timonen* LM 1989, s. 672–675 ja *Laakso*, S. 1990, s. 31–37.

<sup>171</sup> Tätä korostaa *Timonen* LM 1989, s. 674.

<sup>172</sup> Ks. muodollisen velvoittavuuden rajoitetusta merkityksestä hiukan eri näkökulmasta kansainvälisen oikeuden osalta laajasti *Koivurova* (2002, s. 95–127), jossa pyritään osoittamaan myös muodollisesti velvoittamattomien kansainvälisessä yhteistyössä syntyneiden asiakirjojen voivan olla lähtökohtaisesti kansainvälisoikeudellisesti sitovia, ks. esim. s. 112: ”It can be concluded that all the informal instruments studied in this thesis are presumptively binding in international law unless the contrary can be shown.” *Koivurova* (s. 79, 126–127) pitää soft law -käsitettä ongelmallisena juuri sen velvoittamattomuuteen viittaavan merkityssisällön vuoksi ja ehdottaa sen sijaan käytettäväksi ilmaisua ”informal arrangements”. Aidosti ei-velvoittavista asiakirjoista hän käyttää (s. 125) ilmaisua ”legally relevant documents”.

*Tolonen* korostaa, että normien voimassaoloa koskeva ongelma perustuu pohjimmiltaan kysymykseen siitä, mitä oikeus on, kun oikeuslähdeopissa on kysymys oikeudellisen aineiston jäsentämisestä ja oikeudellisen ratkaisun lähtökohtien määrittämisestä.<sup>173</sup> Oikeuslähdeopilla ja normien voimassaoloa koskevilla jäsennyksillä on kuitenkin yhteyksiä, mikä ilmenee Tolosenkin oikeuslähteiden yhdistelmäteoriassa.<sup>174</sup>

Edellä esimerkinomaisesti esitellyille aineistoille on tyypillistä, että ne saavat oikeudellisessa päätöksenteossa mahdollista merkitystä ennen kaikkea *sisällöllisen hyväksyttävyytensä* perusteella. Esimerkiksi luonnontieteellisten selvitysten, ohjelmien tai inventointien mahdollinen oikeudellinen velvoittavuus perustuu aineiston hyväksyttävyyteen: aineisto on sisällöllisesti merkityksellistä päätöksenteossa sovellettavien säännösten määrittämässä harkintatilanteessa. Muodollisesti ei-velvoittavan lähdeaineiston hyödyntämisen vaihtoehto olisi usein se, että päätöksentekijä perustaisi ratkaisunsa vain omaan tietoonsa ja arvostuksiinsa, mikä taas voisi lisätä päätösten sattumanvaraisuutta.<sup>175</sup>

Toiseksi edellä käsitellyn aineiston oikeudellinen velvoittavuus voi olla luonteeltaan myös *empiiris-realistista*: esimerkiksi pohjavesi-inventoinneille annetaan soveltamiskäytännössä vakiintuvalla tavalla merkitystä siten, että myös tulevilla ratkaisuisa päätöksentekijän on turvauduttava samaan aineistoon. Velvoittavuuden perusta on tällöin *yhdenvertaisuusvaatimus*: samassa tilanteessa olevia on kohdeltava samalla tavoin.<sup>176</sup> Voi olla mahdollista, että viranomaisen tai tuomioistuin on velvollinen *arvioimaan* vakiintuneesti hallintokäytännössä huomioonotetun aineiston (esimerkiksi ministeriön ohjekirjeen) merkitystä ratkaistavassa asiassa, mutta toiseen suuntaan johtavat muut argumentit voivat aiheuttaa jossakin aiemmassa tapauksessa painoarvoa saaneen aineiston syrjäytymisen.

Kun soft law -aineiston mahdollinen oikeudellinen painoarvo yksittäisessä päätöksentekotilanteessa perustuu joko hyväksyttävyyteen tai vakiintuneiden soveltamiskäytäntöjen kautta muotoutuvaan tehokkuuteen (tai näihin molempiin, kuten yleensä lienee tilanne), tästä myös seuraa, että

---

<sup>173</sup> *Tolonen* 2003, s. 1–2.

<sup>174</sup> Tolosen oikeuslähteiden yhdistelmäteoriassa oikeuslähteet jaetaan kolmeen ryhmään vaikutusalueittain, joita ovat – normien voimassaolojäsennyksiin pitkälti rinnastuvalla tavalla – formaalinen, materiaallinen ja reaalinen vaikutusalue, ks. *Tolonen* 2003, s. 99–100.

<sup>175</sup> Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 196, 198.

<sup>176</sup> Yhdenvertaisuus liittyy ympäristöpäätöksenteossa yleensä luonnon- ja ympäristöolosuhteisiin. Asian toinen puoli on se, että tästä *voi* seurata, että *muutoin* samassa asemassa olevia toiminnanharjoittajia tai maanomistajia kohdellaan eri tavoin. Ks. aihepiiristä esim. *Vihervuori* 1989a, s. 277.

aineiston muodolliseen statukseen liittyvillä näkökohdilla ei lähteen oikeudellisen painoarvon kannalta välttämättä ole aina kovin suurta merkitystä. Esimerkiksi ministeriön ohje tai asetusteitse annettavaksi suunniteltu ohjearvo voi oikeudellisesti olla merkityksellinen riippumatta siitä, onko ohjetta tai asetusta lopulta tai vielä annettu vai onko sitä vain *valmisteltu*. Ministeriön johdolla vuorovaikutteisesti alan toimijoiden kanssa valmisteltavassa soveltamisohjeessa tai ohjearvossa voi hyvinkin olla lainsoveltamisen kannalta hyödyllisiä, sisällöllisen hyväksyttävyytensä vuoksi painoarvoa saavia, lakia täsmentäviä tulkintasuuntaviivoja ja -kriteerejä. Intressiryhmien painostuksen vuoksi tai asian normitukseen ehkä liittyvän luonnontieteellisen epävarmuuden vuoksi kaikkia valmisteltuja asetuksia tai ohjeita ei kuitenkaan aina anneta.<sup>177</sup> Tämä ei siis kuitenkaan välttämättä tarkoita, että valmistelussa asetuksessa tai ohjeessa esitetyjä tulkintoja *ei saisi* viranomais- tai tuomioistuinpäätöksenteossa ottaa huomioon. Asetus tai ohje, jota ei anneta, ei siis aina automaattisesti saa eräänlaista negatiivista tulkintavaikutusta<sup>178</sup>.

Kun valtioneuvosto ei ole vielä antanut YSL 14 §:n mukaista asetusta muun muassa maaperässä olevien haitallisten aineiden suurimmista sallituista pitoisuuksista, ympäristölupakäytännössä näytetään sovellettavan edellä mainittujen SAMASE-projektin ohjearvojen ohella myös muuta ympäristöministeriössä ja Suomen ympäristökeskuksessa tuotettua asetuksen valmisteluaineistoa. Esimerkiksi Uudenmaan ympäristökeskuksen YSL 78 §:n mukaisessa pilaantuneen maaperän käsittelyä koskevassa päätöksessä 14.7.2004 No YS 777 (Dnro UUS-2002-Y-517-18) päätöksenteon kriteerejä muun muassa eri aineiden sallittujen pitoisuuksien arvioimisen osalta etsitään ympäristöministeriön ympäristönsuojeluosaston muistiossa 5/1994 *ehdotetuista* ohje- ja raja-arvoista. Päätöksen eräänä perusteena mainitaan myös ”Selvitys ja ehdotuksia ympäristövaarallisten aineiden pitoisuuksien ohjearvoista maaperässä, tiedolliset perusteet, määrittelyperiaatteet, soveltaminen, kehittäminen. Timo Assmuth. Suomen ympäristö-keskuksen moniste 92/1997” -julkaisu. En näe tällaiseen soft law -aineiston mainit-

<sup>177</sup> Poliittiset vaikeudet säätää velvoittavaa oikeutta ovat hallinnollista ohjausta laajemminkin soft law -aineistojen muotoutumisen taustalla. Ks. esimerkiksi kansainvälisten metsäsertifiointijärjestelmien osalta *Bernstein – Cashore* 2004, s. 33, 46–47, jossa FSC-järjestelmän perustaksi nähdään pitkälti se, että neuvottelut sitovasta kansainvälisestä metsäsopimuksesta eivät ole johtaneet tulokseen.

<sup>178</sup> Oikeuslähteiden hierarkian ja normien muodollisten voimassaoloedellytysten näkökulmasta valmistellun asetuksen tai ohjeen antamatta jättämiselle voidaan – ja pitääkin – luonnollisesti antaa merkitystä. Tarkoitan tässä vain sitä, etteivät antamatta jättämisenkään normatiiviset vaikutukset ole kuvattavissa vain muodollisesti ja rutiininomaisesti, vaan tältäkin osin on tilaa myös aineelliselle hyväksyttävyyssargumentaatiolle.

semista viranomaispäätöksen eräänä perusteena oikeudellisesti mitenkään ongelmallisena. Jos viranomainen tosiasiallisesti joutuu hyödyntämään päätöksenteossaan tämänkaltaista aineistoa, päätöksenteon kontrolloitavuuden kannalta on päinvastoin tärkeää, että todelliset päätöspremissit tulevat kaikilta osin päätöksessä julkilausutuksi. Tätä edellyttää myös päätösten perustelemista koskeva hallintolain (434/2003) 45 §.

Toisena esimerkkinä valmistellun ohjeen mahdollisesta soft law -tyypisestä merkityksestä voi esittää metsälain 10 §:n tulkinnan yhdenmukais-  
tamiseksi annetun, sittemmin pikaisesti käytöstä poistetun suosituksen. Metsäkeskusten viranomaispäälliköt laativat yhteistyössä 8.4.2004 päivä-  
tyn ”sisäisen suosituksen” metsälain 10 §:n tulkinnasta. MTK ja metsä-  
teollisuus kritisoiivat voimakkaasti suositusta ja edellyttivät maa- ja metsä-  
talousministeriön ryhtyvän toimiin sen alaisessa hallinnossa syntyneen suo-  
situksen poisvetämiseksi. Näin tapahtuikin 25.10.2004 ministeriössä pi-  
detyssä intressiryhmien ja ministeriön yhteispalaverissa, jonka johtopää-  
töksenä ministeriön apulaisosastopäällikkö totesi, että ”laadittua suositus-  
ta ei käytetä metsälain 10 §:n tulkinnassa ja se poistetaan käytöstä.” Suosi-  
tus on kuitenkin laajalti levinnyt alan toimijoiden keskuuteen.<sup>179</sup> Soft law  
-oikeuslähteille tyypillisesti ”käytöstä poistettu sisäinen suositus”, jota ei  
oikeastaan ole olemassa voi kuitenkin mahdollisen sisällöllisen painoar-  
vonsa perusteella vaikuttaa lainsoveltamiseen. Mainitussa suosituksessa  
esitetyt laintulkinnat *voivat* olla lainmukaisia.

Ratkaisussa *KHO 1983 A II 126* harkinnan lähtökohdaksi otettiin silloin-  
nen maa- ja metsätalousministeriön suunnitelma myöhemmin valtio-  
neuvoston päätöksenä annetuksi valtakunnalliseksi harjajensuojelu-  
ohjelmaksi. Vaikka kyseessä ollut kohde ei sisältynyt ohjelmaluonnok-  
seen, KHO katsoi, että harjajalue kuitenkin edusti maa-aineslain 3.1 §:ssä  
tarkoitettuja luonnon merkittäviä kauneusarvoja ja oli lainkohdassa tar-  
koitettu erikoinen luonnonesiintymä. Koska aiottu soranotto siten ai-  
heutti sanotussa lainkohdassa tarkoitettuja seurauksia, maa-aineslupa-  
hakemus hylättiin.

Myös muodollisesti *kumottu ohje* voi saada oikeudellisessa päätöksenteossa  
merkitystä, jos se sisältää päätösharkinnan kannalta edelleen hyväksyttä-  
viä ja hyödyllisiä tulkintakriteerejä, joita ei muodollisesti velvoittavista

---

<sup>179</sup> Esimerkiksi Metsäkeskus Pohjois-Karjala tiedotti aluksi laajalti suosituksesta mm. useilla  
koulutuspäivillä. 27.10.2004 metsäkeskus lähetti tiedotteen: ”Metsäviranomaisen tiedot-  
taa: Metsälain 10 §:n viranomaistoiminnon sisäisen suosituksen poistaminen käytöstä.”  
Tiedotteen liitteenä on metsäkeskusten viranomaistyöryhmän puheenjohtajan päiväämä-  
tön muistio suosituksen käytöstä poistamiseen johtaneista tapahtumista. Tekstissä oleva  
lainaus on kyseisestä muistioista.

oikeuslähteistä ole johdettavissa. Kun hallinnollista yleisohjausta rajoittamaan tarkoitettun viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä annetun lain (573/1989, normilaki) seurauksena monet silloisen lääkintöhallituksen antamat terveydensuojelulliset yleis- ja ohjekirjeet kumottiin antamatta tilalle uusia ohjeita, kumottuja kirjeitä on tästä huolimatta käytetty edelleen päätösten perusteena sikäli kuin niiden on katsottu yhä vastaavan tarkoitustaan. Ohjeiden kumoaminen ei muuttanut ratkaisujen perusteita, sikäli kuin kumotuissa ohjeissa esitetyt ratkaisumallit eivät muista syistä edellyttäneet muutoksia<sup>180</sup>.

Edelleenkin viranomaispäätöksenteossa otetaan huomioon terveydenhoitolain nojalla annetun, kumotun lääkintöhallituksen yleiskirjeen (21/1987) mukaiset melutaso-ohjearvot sikäli kuin valtioneuvoston päätöksiä melutason ohjearvoista (993/1992 tai 53/1997) ei sovelleta. Tämä ilmenee esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2004:100* selostetusta ympäristölautakunnan ratkaisusta. Lautakunta oli tukeutunut kirjeen 21/1987 mukaisiin ulkona esiintyvän ympäristömelun ekvivalenttisen äänitason ohjearvoihin arvioidessaan moottoriradan terveydellisiä haittoja ja eräistä naapuruussuhteista annetun lain (26/1920, naapuruussuhdelaki) mukaisia haittoja ympäristölupapäätöksenteossa.<sup>181</sup> KHO ei myönteisen lupapäätöksen kumoamiseen johtaneessa ratkaisussaan viittaa suoraan kumottuihin ohjearvoihin. Joihinkin ratkaisussa julkilausumatta jääneisiin soft law -lähteisiin korkeimman hallinto-oikeudenkin on ollut kuitenkin tukeuduttava, kun se on arvioinut, mikä oikeudellinen merkitys on sillä, että ”[h]akijan toimesta laadittujen meluselvitysten mukaan ainakin kuusi radan läheisyydessä sijaitsevaa asuinrakennusta tai niiden välittömään läheisyyteen kuuluvia alueita jäisi 60 dB:n maksimimelikäyrän sisään tai sen rajalle tilanteessa, jossa radalla olisi yli 10 moottoritulavuudeltaan 500 ccm:n motocrosspyörää ja jossa lupapäätöksessä edellytetty meluvalli olisi rakennettu.”<sup>182</sup> KHO:n

<sup>180</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 356 alav. 310.

<sup>181</sup> Valtioneuvoston päätöstä 993/1992 ei sovelleta moottoriurheiluratojen aiheuttamaan meluun.

<sup>182</sup> Kirjeessä 21/1987 asuntoalueiden ekvivalenttisen äänitason (dBA) päiväohjearvo (klo 07–22) on 55. Valtioneuvoston päätöksen 993/1992 mukaan muun muassa asumiseen käytettävillä alueilla ohjeena on, että melutaso ei saa ylittää ulkona melun A-painotetun ekvivalenttitason (LAeq) päiväohjearvoa (klo 7–22) 55 dB. Valtioneuvoston päätöksessä (53/1997) ampumaratojen aiheuttaman melutason ohjearvoista puolestaan ohjeeksi asetetaan, että ampumaradan melutaso ei saa ylittää asumiseen käytettävillä alueilla A-painotettuna enimmäistasona impulssiaikavakiolla (L AImax) määritettynä ohjearvoa 65 dB. – Mainitussa ratkaisussa KHO korostaa, että kun ajotoiminnasta aiheutuva melu on häiritsevää ja toiminnan luonteesta johtuen vaihtelevaa, ”kysymyksessä olevan radan meluhaittoja arvioitaessa on otettava huomioon ajomelun ja muun toiminnan aiheuttaman melun keskiääni- eli ekvivalenttitason (LAeq) lisäksi ajomelusta aiheutuva enimmäismelu (Amax).”

mukaan haettu toiminta kysymyksessä olevassa paikassa ympäristölautakunnan päätöksellä asetettujen ja hallinto-oikeuden päätöksellä tarkistettujen lupamääräysten mukaisesti toteutettunakaan ei täyttänyt terveyshaitan ja kohtuuttoman rasituksen ehkäisemiseksi asetettavia vaatimuksia<sup>183</sup>.

Jos soft law -aineistojen oikeudellinen velvoittavuus perustetaan ennen kaikkea hyväksyttävyyteen, aineistojen normatiivinen merkittävyys päätöksenteossa ei ole suoraviivaisesti riippuvainen vain niiden *tuottajasta*. Kun aineisto saa merkitystä sisältönsä, ei muodollisen statuksensa perusteella, kovin suurta merkitystä ei välttämättä ole sillä, onko aineiston tuottanut joku virallisorganisaatio, tutkimuslaitos vai kansalaisjärjestö. Tämä koskee esimerkiksi luonnontieteellisiä selvityksiä ja inventointeja, joita tuottavat oikeudellisen ratkaisutoiminnan perustaksi myös muut tahot kuin virallisorganisaatiot. Inventointien laatimistapa, argumentoinnin avoimuus sekä tieteellinen laatu ja merkittävyys kyseisessä päätöksentekotilanteessa ovat niiden normatiivisen merkityksen kannalta olennaisempia kuin vain aineiston tuottaneen tahon muodollisen status.<sup>184</sup> Myös korkein hallinto-oikeus on muun muassa Natura-ratkaisuissaan (esim. *KHO 2000:40*) korostanut, että vaatimukselle päätöksenteon perustumisesta tieteelliseen tietämykseen ”on annettava päätöksenteon lainmukaisuutta ratkaistaessa myös todellista merkitystä ja kiinnitettävä huomiota esitetyn selvityksen laatuun ja luotettavuuteen.”

Esimerkiksi BirdLife -järjestön arvostetut linnustoinventoinnit ovat saaneet lintudirektiivin tulkinnassa merkitystä EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ja KHO:n päätöksenteossa. EY-tuomioistuimen ratkaisussa C-3/96 (Komissio v. Alankomaat 19.5.1998) todettiin, että muun ornitologisen dokumentaation puuttuessa IBA 89 luettelo osoittaa, että Alankomaat eivät olleet nimenneet riittävästi SPA-alueita. BirdLife Internationalin maailmanlaajuisessa Important Bird Areas (IBA) -hankkeessa on karotoitettu myös Suomen kansainvälisesti ja kansallisesti (FINIBA) merkittävät lintu-alueet. Hankkeen tavoitteena on ollut tuottaa tietoa lintualueista muun muassa luonnonsuojelun toteuttamiseen ja maankäytön suunnitteluun perustaksi. Vastaavasti vesioikeudellisessa päätöksenteossa on vakiintuneesti voitu ottaa huomioon hankkeen vaikutusalueella toimivien vesien suojeluyhdistysten tutkimukset ja yhdistysten laatimat alueelliset vesistösuunnitelmat, vaikka yhdistyksellä ei olisikaan päätöksenteossa asian-

---

<sup>183</sup> Asiassa kielteiseen lupapäätökseen johtivat lopulta myös eräät muut argumentit.

<sup>184</sup> Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 207–208, jossa tarkastellaan kunnallisia maisemaselvityksiä MAL:n mukaisessa päätöksenteossa huomioonotettavana aineistona ja tällaisten selvitysten suhdetta valtakunnalliseen harjunsuojeluohjelmaan.

osaisen asemaa ja vaikka yhdistysten laatimille suunnitelmille ei ole laissa annettu normatiivista velvoittavuutta.<sup>185</sup> Nykyisin luontoharrastajat ovat tärkeä tiedontuottaja myös liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikoista, joiden hävittäminen ja heikentäminen on luonnonsuojelulain 49.1 §:n mukaan kielletty.

Kiinnostavaa on, että ympäristöasioissa kansalaislähtöinen aktivismi näyttäisi olevan muuttumassa yhä professionaalisemmaksi ja sitä kautta oikeudellisesti yhä merkityksellisemmäksi. Taustana kehitykselle on ollut erilaisten osallistumis- ja vuorovaikutusprosessien merkityksen lisääntyminen ympäristölainsäädännössä.<sup>186</sup> Tämä ilmenee – *Kumpulaa* seuraten – pyrkimyksenä ”luoda keskusteluyhteys, jossa jyrkkä kolmijako faktatietoa tuottaviin asiantuntijoihin, arvokannanottoja edustaviin maallikoihin ja yleistä etua ajaviin viranomaisiin liudentuu”.<sup>187</sup> ”Tela-  
ketju”-aktivismin ohella ja sijasta ympäristöasioihin vaikutetaan yhä enemmän tuottamalla esimerkiksi ammattimaista inventointi- tai muuta tutkimustietoa. Hakkuutyömaiden ohella ja sijasta osallistutaan ammatillisesti oikeusprosesseihin<sup>188</sup> ja kantelemalla EU-komissiolle. Tämä ei tietenkään koske vain ympäristöjärjestöjä, vaan samalla tavalla laajemminkin kansalaisaktivismia, jolla pyritään vaikuttamaan ympäristöpäätöksentekoon. Viime aikoina kaikkein aktiivisimmin tuomioistuimiin ja muihin oikeudellisiin menettelyihin kansalaisaktivismin välineenä ovat Suomessa turvautuneet maanomistajajärjestöt yrittäessään vaikuttaa Natura 2000 -ohjelmaa koskevaan päätöksentekoon. Ilmiötä voitaneen luonnehtia *Wilhelmssonin* hahmottaman mikropolitiikan<sup>189</sup> erääksi strategiaksi.

Vielä on velvoittavuuden perustan näkökulmasta syytä kiinnittää huomiota siihen, että muodollisesti velvoittaviin oikeuslähteisiin sisältyy myös

<sup>185</sup> Ks. *Hollo* 1976, s. 118–120, 298–299, 531.

<sup>186</sup> Ks. kansalaisosallistumisen merkityksen vahvistumisesta luonnontieteellisen ja teknisen tiedon määrittämisen areenana, kansalaisten tunnustamisesta maallikkoasiantuntijoiksi ja hyväksymisestä tiedon tuottajiksi asiantuntijoiden rinnalle ympäristöpäätöksenteossa *Kumpula* 1997, s. 143–153.

<sup>187</sup> *Kumpula* 1997, s. 150.

<sup>188</sup> Ks. myös *Saaristo* 2000, s. 91–93, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että riittämättömän lainsäädännön kritiikkiin perustuvan (juridisesti laittoman) kansalaistotelemattomuuden ohella ympäristöliikkeet ovat alkaneet yhä enemmän toimia myös oikeudellisen ”vasta-asiantuntijuuden” tuottajina. Toiminnassa tähdätään tällöin Saariston esimerkin (s. 91) mukaisesti siihen, että viranomaiset noudattaisivat lakia. – Ymmärtääkseni ”vaihtoehto-oikeutta” tuottava kansalaislähtöinen vasta-asiantuntijuus alkaa olla oikeudellisesti arvioiden Saariston varovaista esitystä (ks. myös s. 99) jo laajempi ja merkittävämpi ilmiö.

<sup>189</sup> *Wilhelmsson* 2001, s. 134–144, jossa esimerkkinä käytetään mm. ympäristöliikettä. Mikropolitiikalle on tyypillistä (s. 140–142) mm. se, että toiminta ei välttämättä edellytä muodollista organisoitumista ja se, että toiminta usein ylittää kansallisvaltioiden rajat.

normeja, joiden velvoittavuus sisällöllisesti rinnastuu soft law -oikeuslähteisiin. Muodollisen normihierarkian ja normatiivisen oikeuslähteopin näkökulmasta on jossakin määrin hämmäntävää, että muodollisesti velvoittavat oikeuslähteet voivat sisältää myös velvoittavuudeltaan *ohjeellisia normeja*. Esimerkiksi ympäristönsuojeluoikeudessa yleiset asetustasoiset ohjearvot on säädetty muodollisesti velvoittavissa oikeuslähteissä, mutta sisällöllisesti asetusten ohjearvojen tai rakennusmääräyskokoelmassa julkaistujen ohjeiden luonne rinnastuu pitkälti muodollisesti ei-velvoittavaan aineistoon (esimerkiksi oppaisiin) sisältyvään ohjeistukseen.<sup>190</sup>

Ohjeellisuuteen viittaavan käsitteistön käyttäminen laissa ei aina kuitenkaan tarkoita, että kysymys olisi ei-velvoittavasta (ohjeellisesta) normista. Toisin sanoen lain säännösten ohjeellisuus voi olla (hämmästyttävää kyllä) ei-velvoittavaa ohjeellisuutta tai velvoittavaa ohjeellisuutta riippuen siitä systemaattisesta yhteydestä, jossa ohjeellisuuteen lainsäädännössä viitataan. Tämän oivaltamiseksi normiformulaation ja oikeusnormin erottaminen on hyödyllistä. Vaikka normiformulaation (lain sanamuodon) tasolla näyttäisi olevan kysymys vain ohjeellisyydestä, säännöksen tulkinnan kautta voidaan hyvin päätyä oikeusnormiin, joka onkin velvoittava. Ohjeellisuuteen viitataan MRL:ssa esimerkiksi maakuntakaavojen ja yleiskaavojen oikeusvaikutusten yhteydessä. MRL 32 §:n mukaan maakuntakaava on *ohjeena* laadittaessa ja muutettaessa yleis- ja asemakaavaa. Vastaavasti yleiskaava on MRL 42 §:n mukaan *ohjeena* laadittaessa ja muutettaessa asemakaavaa. Näissä ja muissa vastaavissa MRL:n säännöksissä mainitun ohjeellisuuden ei tule ymmärtää tarkoittavan ei-velvoittavuutta esimerkiksi rakennusmääräyskokoelman ohjeita koskevaan MRL 13.2 §:ssä määriteltyyn ei-velvoittavaan ohjeellisuuden rinnastuvalla tavalla. Kaavojen ohjausvaikutuksen velvoittavuus ilmenee esimerkiksi siinä, että ohjeena olevasta yleispiirteisemmästä kaavasta poikkeaminen tulisi yleis- tai asemakaavoituksessa perustella.<sup>191</sup> Säännökset ovat tyypillisiä ympäristöoikeudellisia joustavia normeja, joiden normatiivinen sisältö täsmentyy muun muassa useiden muiden MRL:n säännösten ja lain systematiikan kautta. Säännöksissä mainitun ohjeellisuuden toteutumista arvioidaan tuomioistuimissa oikeusharkintaisesti samalla tavalla kuin muitakin vastaavia joustavia normeja tulkitaan. Tällaista ohjeellisuuden toteutumisen riittävyysarviointi-

---

<sup>190</sup> Määräyksen ja ohjeen ero voi käytännössä kuitenkin olla suhteellinen, ks. *Vihervuori* 1998, s. 222–223.

<sup>191</sup> Ks. maakunta- ja yleiskaavan ohjausvaikutuksesta *Ekroos* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 382–383, 397–398, 410, 430–431. Myös Ekroosin mukaan (s. 431) ”ohjeena oleminen” tarkoittaa ”sitovampaa noudattamisvelvollisuutta kuin sanamuodosta voisi päätellä”. Kyseisessä kohdassa tarkastellaan MRL 54.1 §:ää. Kaavoituksen luonne huomioonottaen kyse ei ole kuitenkaan – Ekroosin ilmaisuja käyttäen – ”täysin sidotusta” (esim. s. 397) tai ”täysin ehdottomasta” (esim. s. 431) ohjeellisyydestä.



tia tehtiin esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2005:4*, jossa oli kysymys asemakaavan muutoksesta muun muassa 10 hehtaarin suuruiselle alueelle suunnitellun golfkentän rakentamisen mahdollistamiseksi. Asemakaavan muutospäätöksen kumoamiseen johtaneessa ratkaisussa korkein hallinto-oikeus esittää yhtenä perusteena myös sen, että alueella voimassa olevat rakennuslain mukaiset seutukaavat eivät ole olleet kaavamuutosta laadittaessa ”riittävästi ohjeena” (kohta 2.2.3; ratkaisun vuosikirjaluonne perustuu muihin argumentteihin).

Muodolliseen normihierarkiaan sisältyvien säädösten ohjeavot ja myös ministeriön tuottama opas- tai ohjeluonteinen aineisto voivat *institutionaalisen perustansa* vuoksi olla normatiivisesti merkityksellisempiä kuin samantyyppinen yksityisten tuottama aineisto. Tämä voi olla perusteltua viranomaisjohtoisesti tuotettavan aineiston usein yksityisesti tuotettuja aineistoja perusteellisemmän ja nykyisin yhä yleisemmän myös avoimeman valmistelun vuoksi. Perinteisessä normatiivisessa oikeuslähdeopissa institutionaaliseen perustaan on tapana kiinnittää huomiota erottamalla auktoriteettilähteet aineellisista asialähteistä.<sup>192</sup> Jos soft law -tyyppisen aineiston institutionaalille perustalle halutaan antaa merkitystä, aineisto voidaan jäsentää seuraaviin ryhmiin:

- 1) muodollisesti velvoittaviin auktoriteettilähteisiin sisältyvät ohjeelliset normit (*aineelliset asialähteet auktoriteettilähteissä*),
- 2) parlamentaarisen kontrollin piirissä olevien toimijoiden tuottamat muodollisesti ei-velvoittavat auktoriteettilähteet (*auktoritatiiviset asialähteet*),
- 3) parlamentaarisen kontrollin ulkopuolisten toimijoiden tuottama normitus (*aidot aineelliset asialähteet*).

### 3.1.3 Normatiiviset reitit soft law'n perustana

Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus eivät ole ainoita perusteita, joihin soft law -tyyppisen aineiston oikeudellinen velvoittavuus voidaan kiinnittää. Tällaisen aineiston normatiivinen merkitys näyttää usein joko välittömästi tai ainakin välillisesti perustuvan kirjoitettuun lainsäädäntöön. Vaikka laissa ei muodollisesti ja eksplisiittisesti viitattaisikaan soft law -tyyppiseen aineistoon, ympäristölainsäädäntö perustuu monin osin oletukseen väljien ja joustavien normien tulkintaa kiinteyttävän soft law -tyyppisen aineiston olemassaolosta. Kirjoitettu laki sisältää erilaisia *normatiivisia reittejä*, joiden kautta soft law -tyyppinen aineisto välittyy osaksi oikeu-

<sup>192</sup> Ks. esim. *Karhun* (LM 2003, s. 792–793) tiivistelmä perinteisestä oikeuslähdeopista.

dellista päätöksentekoa. Nämä normatiiviset reitit myös määrittävät soft law -aineiston käyttöä oikeudellisessa argumentaatiossa.

Kirjoitettuun lakiin sisältyviä, myös muodollisesti velvoittavia perusteita muodollisesti ei-velvoittavan aineiston huomioonottamiseen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voidaan osoittaa paitsi ympäristölainsäädännöstä myös yleishallinto-oikeudellisesta lainsäädännöstä. Nykyisin hallintolain 31 §:ssä säädetty viranomaisen selvittämisvelvollisuus on keskeinen tällainen lakiin kirjattu muodollisestikin velvoittava normatiivinen reitti, jonka pohjalta soft law -tyyppisen aineiston merkitys oikeuslähteenä muotoutuu. Viranomaisen selvittämisvelvollisuus *edellyttää* ratkaistavaan asiaan rinnastuvissa aiemmissa samantyyppisissä ratkaisutilanteissa johdonmukaisesti huomioon otetun soft law -tyyppisenkin aineiston merkityksen arvioimista päätöksenteossa.<sup>193</sup> Hallintolain 45 §:ssä säädetystä perusteluvelvollisuudesta taas seuraa, että harkintaan tosiasiallisesti vaikuttaneet seikat, niiden velvoittavuuden luonteesta tai perustasta riippumatta, on tuotava päätöksessä esille.<sup>194</sup>

Edellä soft law -aineistojen olemassaoloa edellyttäväksi kirjoitettuun lainsäädäntöön sisältyviksi normatiivisiksi reiteiksi on jo tunnistettu muun muassa lakiin *kirjatut hyvä tapa -normistot*. Jaksossa 2.8 esimerkkinä mainittiin hyvä rakennustapa MRL:n useissa säännöksissä ja KEMERAL:n sääntelymallissa keskeiset metsänhoitosuosituksat. Soft law -aineistojen olemassaoloa edellyttävänä kirjoitettuun lakiin sisältyvänä normatiivisena reittinä tuli edellä esille myös *parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaate*, jonka täsmentämisen lainsäätäjät on ajatellut osin tapahtuvan muodollisen normihierarkian ulkopuolisissa menettelyissä (ks. jakso 2.7). Formaalisti tulkiten avoimilta näyttävien hyvä tapa -normistojen ja esimerkiksi parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaatteen kirjaaminen lakiin perustuu lainsäätäjän tietoon näitä normeja täsmentävien menettelyjen tai käytänteiden olemassaolosta. Kyse ei tosiasiallisesti siis välttämättä ole lainkaan normatiivisesti avoimista normeista, vaikka pelkästään lainsäädännön tasolla siltä voisi vaikuttaa.

Ympäristöoikeudellisen sääntelyn lähtökohtana voi siis olla lainsäätäjän käytettävissä oleva tieto lainsäädännön tasolla avoimeksi jääviä normeja täsmentävän soft law -aineiston tai menettelyjen olemassaolosta, minkä

---

<sup>193</sup> Ks. myös *Tarukannel* 1990, s. 176, jossa silloisen hallintomenettelylain (598/1982) 17 §:n todetaan edellyttävän, että ”viranomainen ottaa päätöksenteossaan huomioon hallinnollisen ohjauksen ja esim. muiden viranomaisten antamat lausunnot, mikäli se voi vaikuttaa päätöksen sisältöön”.

<sup>194</sup> Tähän kiinnittävät hallinnollisen ohjauksen ongelmallisuutta arvioidessaan huomiota myös *Tarukannel* 1990, s. 175–176 ja *Mäenpää* 1992, s. 184–185.

vuoksi esimerkiksi muodollisesti velvoittavaa lakia alemmanasteista sääntelyä ei välttämättä nähdä tarpeelliseksi. Näin voinee sanoa esimerkiksi useisiin säädöksiin kirjatun tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä tai -alue -käsitteen osalta. Sitä ei ole alemmanasteisissa säädöksissä täsmennetty, vaan käsitteen on oletettu täsmentyvän luonnontieteellisen inventointiaineiston kautta (ks. jakso 2.3). Lakia säädettäessä voidaan myös käynnistää uusia muodollisen normihierarkian ulkopuolisia joustavan normin täsmentämisprosesseja, kuten luonnontieteellisiä inventointeja. Näin meneteltiin esimerkiksi säädettäessä metsälakiin säännös erityisen tärkeistä elinympäristöistä (ks. jakso 2.3). Tämän tyyppinen, ympäristöoikeudessa jo klassinen sääntelytekniikka jättää harmitusti ja tarkoituksella tilaa tekniikan kehityksen ja luonnontieteellisen tiedon lisääntymisen huomioonottamiselle lainsoveltamisessa.

Myös nykyaikaisen ympäristöoikeuden erästä keskeistä lähtökohtaa, *velvollisuutta olla selvillä toiminnan ympäristövaikutuksista*, voidaan luonnehtia normatiiviseksi reitiksi, jota kautta soft law -aineisto välittyy päätöksentekoon. Kirjoitetussa laissa selvilläolovelvollisuus tai vaatimus riittävistä luonnontieteellisistä ja muista tarvittavista selvityksistä ennen päätöksentekoa on kirjattu muun muassa MRL 9 §:ään, YSL 5 §:ään, MAL 5 §:ään, ympäristövaikutusten arviointimenettelystä annetun lain (468/1994, YVAL) 10 ja 25 §:iin, geenitekniikkalain (377/1995) 9 §:ään, jätelain 51 §:ään ja kemikaalilain (744/1989) 16 §:ään (1412/1992). Alemmanasteisissa säädöksissä päätöksenteossa vaadittavaa luonnontieteellistä selvitysaineistoa tyyppillisesti yksilöidään tarkemmin.<sup>195</sup> Ympäristöpäätöksenteossa on usein hyödynnettävä erilaista soft law -aineistoa, jotta riittävien selvitysten vaatimuksen tai selvilläolovelvollisuuksien täyttymistä voitaisiin arvioida. Yleensä toiminnan tai hankkeen vaikutusten arvioiminen on toiminnanharjoittajan tehtävänä, joka esimerkiksi lupahakemukseen sisältyvässä suunnitelmassa toimittaa päätöksenteossa tarvittavaa selvitysaineistoa. Viranomaisen ja tuomioistuimen päätöksenteossa taas tarvitaan toiminnanharjoittajan toimittaman aineiston ulkopuolisia kriteerejä, joiden perusteella toisaalta selvitysten riittävyyttä, toisaalta niistä ilmenevien vaikutusten sallittavuutta voitaisiin arvioida.

Myös ympäristöpäätöksenteossa yleiset *legalisoidut asiantuntijaviranomaisten lausunnot* ovat muodollisesti velvoittaviin oikeuslähteisiin sisältyvä normatiivinen reitti, jonka kautta soft law -aineisto välittyy päätöksentekoon. Eri ympäristösäädöksissä edellytetään tyyppillisesti erilaisten

<sup>195</sup> Ks. esim. ympäristölupaa edellyttävien hankkeiden osalta YSA 9 § ja ympäristövaikutusten arviointimenettelystä annetun asetuksen (268/1999) 12 §.

lausuntojen pyytämistä muilta viranomaisilta.<sup>196</sup> Tällaiset lausunnot eivät oikeudellisesti yleensä ole muodollisesti toista viranomaista sitovia, mutta käytännössä niillä voi olla keskeinen merkitys esimerkiksi lupaharkinnassa lausuntojen antajan erityisen teknis-luonnontieteellisen asiantunteumuksen vuoksi.<sup>197</sup> Joidenkin säännösten soveltamiskäytännöissä viranomaisen lausunnot ovat saaneet niin vahvan tosiasiallisen merkityksen, etteivät tuomioistuimet käytännössä poikkea lausunnoista. Tällainen tosiasiallinen asema näyttää muodostuneen esimerkiksi YVAL 12 §:n (267/1999) mukaiselle yhteysviranomaisen (yleensä alueellinen ympäristökeskus) lausunnolle ympäristövaikutusten arviointiselostuksesta ja sen riittävydestä.

Lausunnot ovat sellaisinaan yksittäistapauksellisia eli ne eivät ole yleisemmin sovellettavia oikeuslähteitä tai normeja. Lausuntojen taustalla voi olla hallinnon sisäistä ohjeistusta tai tekniseen ja luonnontieteelliseen osamiseen perustuvia, käytännössä muotoutuneita kriteeristöjä ja käytäntöjä, joilla luodaan ennakoitavuutta ja johdonmukaisuutta. Lausuntojen merkitys on usein juuri jonkun soft law -tyyppisen aineiston tulkinta yksittäisessä ratkaisutilanteessa.<sup>198</sup> Ongelmana voi olla lausuntomenettelyn muodostuminen rutiininomaiseksi, mihin voi liittyä esimerkiksi ei-sitovan ohjeistuksen kaavamaista ja liian muodollista soveltamista. Kun asiantuntijaviranomaisen lausunto ei oikeudellisesti ole päätöksentekijää sitova, laadultaan ja tietopohjaltaan samantasoinen (esimerkiksi toiminnanharjoittajan) hankkima vastaava asiantuntijakannanotto voi syrjäyttää lakiperusteisen asiantuntijalausunnon.<sup>199</sup> Lakiin perustuvakin asiantuntijalausunto ja sen mahdolliset yleistettävät soft law -tyyppiset lähtökohdat ovat näin ollen aina alistettavissa hyväksyttävyykskontrollille.

---

<sup>196</sup> Esimerkiksi YSL 36 §, MRL 133 ja 173 §, maankäyttö- ja rakennusasetuksen (895/1999) 20, 28 ja 60 §, LSL 65 § ja MAL 7 §.

<sup>197</sup> Myös *Laakso, S.* (1990, s. 258) kiinnittää huomiota lausuntomenettelyn huomattavaan ratkaisua aineellisesti ohjaavaan merkitykseen erityisesti sellaisilla sääntelyalueilla, joilla päätöksenteko vaatii erityisasiantuntemusta. Hänen mukaansa "[l]ausunnot eivät yleensä ole oikeudellisesti mutta kylläkin tosiasiallisesti sitovia." Hän viittaa useisiin ympäristöpäätöksentekoa koskeviin esimerkkeihin (mikään esimerkkeinä käytetyistä säännöksistä ei tosin enää ole voimassa).

<sup>198</sup> Hallinnollisen ohjeistuksen ja asiantuntijalausuntojen yhteys on esillä esim. *Kuusiniemen* (1992, s. 132–133) esityksessä. Ks. lausuntojen merkityksestä myös *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 142, jossa lausunnoilla katsotaan ympäristönsuojelulain soveltamisessa olevan suuri painoarvo.

<sup>199</sup> Ks. asiantuntijaviranomaisen lausuntojen ja niiden taustalla olevan ohjeistuksen aiheuttamista haasteista lupaharkinnassa *Vihervuori* 1989a, s. 522–523.

### 3.1.4 *Soft law*'n oikeusnormiluonne

Kun edellä on mielestäni tullut osoitetuksi, että soft law -tyyppisellä aineistolla voi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olla tosiasiallisesti merkitystä usein heikostikin velvoittavana oikeuslähteenä, jaksossa 2 esimerknomaisesti esitelty aineisto siis ilmeisesti voi sisältää oikeusnormeiksi luonnehdittavia säännöksiä. Tällainen johtopäätös ei ole ongelmaton. Esimerkiksi *Aarnio* katsoo, että "[e]räitä tavanomaisoikeudellisia normeja lukuun ottamatta ei voida ajatella, että jokin ei-muodollisesti voimassa oleva normi olisi oikeusnormi".<sup>200</sup> Samansuuntaisesti ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että lakia alemmanasteisiin säädöksiin sisältyviä ohjeita, joilla ei ole muodollisesti velvoittavaa vaikutusta, ei voida pitää oikeusnormeina.<sup>201</sup>

Ympäristöoikeudellisiin soft law -oikeuslähteisiin sisältyvien muodollisesti ei-velvoittavien, mutta tosiasiallisesti normatiivista merkitystä saavien käyttäytymisohjeiden normiluonne edellyttäisi ympäristöoikeuden normiteorian kehittelyä, mutta se täytyy jättää toiseen yhteyteen. Tämän esityksen tarpeiden kannalta on kuitenkin tunnustettava soft law -tyyppisen oikeusnormin olemassaolon mahdollisuus, vaikka samalla on jätettävä jossakin määrin avoimeksi, mitä oikeusnormilla tässä yhteydessä oikeastaan tarkoitetaan.

Kotimaisen ympäristöoikeuden piirissä ei ole itsenäisen normiteoreettisen tutkimuksen perinnettä (lukuun ottamatta erityiskysymystä kaavojen oikeusnormiluonteesta). Laajasti tutkittuja joustavia normeja lähestytään yleensä oikeudellisen ratkaisun teorian ja oikeudellisen argumentaation näkökulmasta, ei analysoiden niitä normiteorian näkökulmasta erityislaatuksena normityyppinä. Ympäristöoikeuden yleisesityksissä tukeudutaan yleensä yleisen oikeusteorian perusjaotteluihin oikeusnormeista, ehkä samalla niiden rajoittuneisuus mainiten.<sup>202</sup> Soft law -teemaa sivuavana poikkeuksena normiteoreettisen tutkimuksen puuttumisesta voi mainita *Seppälän* (1988) julkaistun tutkielman, jossa on ym-

<sup>200</sup> *Aarnio* 1989, s. 98.

<sup>201</sup> Näin näyttäisi ajattelevan *Vihervuori* 1998, s. 223. Toisaalta hän kyllä korostaa (s. 227), että ohjearvot "kuitenkin vaikuttavat omalla suhteellisella painollaan erilaisissa päätöksentekotilanteissa, joten sitovan vaikutuksen puuttuminenkin on lopulta suhteellinen kysymys".

<sup>202</sup> Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 158–159, jossa esitellään perinteinen normijaottelu ja samalla todetaan, että "[o]ikeusteoreetikot eivät useinkaan ota kantaa uusien normityyppien tuomiin laintulkinnallisiin ongelmiin, saati ympäristöoikeuden erityisongelmiin".

päristösääntelyyn kytkeytyviä, itsenäistä kontribuutiota sisältäviä yleisiä normiteoreettisia osuuksia.<sup>203</sup>

Oikeusnormeista puhuttaessa olisi tärkeätä erottaa kielellisesti muotoiltu *normiformulaatio* (tässä yhteydessä normeja ilmaisevia lauseita sisältävä soft law -aineisto, esimerkiksi ministeriön julkaisema opas) varsinaisesta *normista* (tulkinnan tuloksesta eli soft law -aineistolle annetusta merkityksestä). Sama voidaan ilmaista puhumalla soft law -aineistojen sisältämistä *oikeusnormilauseista*, joiden *merkityssisältönä* on tulkinnan kautta tavoitettava oikeusnormi.<sup>204</sup> Soft law -ominaisuus on selvää normiformulaation tasolla, mutta ilmeisesti täytyy myös ajatella, että varsinainen tulkinnan tuloksena muotoiltavissa oleva oikeusnormi, jota ratkaisutilanteessa vasta sovelletaan, voi olla soft law -tyyppinen.<sup>205</sup>

Soft law -oikeusnormin käsitteen käyttäminen edellyttää myös, että tällaisen käsitteen suhde vakiintuneeseen sääntö/periaate-normijaotteluun täsmennetään. Ymmärtääkseni soft law -oikeusnormit eivät muodosta suhteessa sääntö/periaate -jaotteluun mitään uutta kategoriaa, vaan soft law -oikeusnormit ovat luonteeltaan joko sääntöjä tai periaatteita. Ympäristö-oikeuden alueella soft law -aineistot näyttävät sisältävän usein lähinnä sääntötyyppisiä soft law -oikeusnormeja.

Esimerkkinä sääntötyyppisestä soft law -oikeusnormista voidaan tarkastella seuraavaa tekstiä: ”Käsitlemätöntä puhdistamolietettä *ei saa luovuttaa* (kurs. tässä) maatalouteen, vaan liete *on käsiteltävä* (kurs. tässä) KTTK:n hyväksymällä menetelmällä. Hyväksytyjä menetelmiä ovat termofiilinen mädätys (mesofiilinen ei yksinään ole riittävä käsittely), kalkkistabilointi (pH 12), kompostointi ja terminen kuivaus.” Näissä kahdessa virkkeessä on ilmaistu varsin yksiselitteisesti muotoiltu yleinen sääntö,

---

<sup>203</sup> *Seppälä* 1988, esim. s. 10–14, 26–40. Hallinnollista ohjausta tutkiva Seppälä ottaa (s. 11–14) kriittistä etäisyyttä muodolliseen oikeusnormikäsitteeseen ja luonnehtii oikeusnormeiksi mm. ministeriöiden hyväksymiä suunnitelmia sekä niiden antamia ohjeita ja suosituksia.

<sup>204</sup> Kirjallisuudessa tosin oikeusnormilauseetta käytetään toisessakin merkityksessä ilmaisemaan deskriptiivistä lausetta, jolla kuvataan voimassa olevan oikeuden preskriptiivistä sisältöä (esimerkiksi esittämällä tulkinta lain säännöksen sisältämästä normista).

<sup>205</sup> Normien, normiformulaatioiden, tulkintalauseiden, normilauseiden, normipropositioiden (jne.) maailma on kuitenkin sen verran sekava (myös tulkinta-soveltaminen -erottelu edellisessä lauseessa kuvatussa muodossa voidaan hyvin perustein kyseenalaistaa), etten ole tästä aivan varma, ks. teemasta kootusti *Heinilä Oikeus* 2005. En osaa tässä juurikaan täsmentää, mitä soft law -ominaisuus oikeusnormin (normin merkityssisällön tasolla) tarkoittaa – tai mitä tarkoittaisi päinvastainen johtopäätös, että soft law -ominaisuus liittyy vain normiformulaation, mutta ei oikeusnormin tasolle.

jota kuvattujen tosiasioiden täytyessä jokaisen ajatellaan noudattavan. Sääntötyyppisyyttä vahvistaa se, että samassa lähteessä on myös otsikon ”Puhdistamolietteen käsittelyyn soveltumattomat menetelmät” alla kuvattu kolme ei-hyväksyttävää lietteen käsittelymenetelmää.<sup>206</sup> Soft law -oikeusnormin käsite on tämän puhdistamolietteen käsittelyä koskevan säännön soveltamisen yhteydessä tärkeä, koska tätä sinällään yksiselitteistä sääntöä ei välttämättä ole aina noudatettava (tai toisin muotoiltuna: siteeratuissa virkkeissä ilmaistua sääntöä ei aina saa noudattaa). Lainaukset ovat nimittäin soft law -tyyppisestä asiakirjasta ”Maa- ja metsätalousministeriön ja Kasvintuotannon tarkastuskeskuksen ohje maataloudessa käytettävälle puhdistamolietteelle”.<sup>207</sup> Asiakirjassa ei mainita säännöstä, jonka perusteella ministeriöllä olisi oikeus antaa kyseinen ohje, siinä ei yksilöidä niitä lakien tai asetusten säännöksiä, joihin ohjeessa ilmaistut säännöt mahdollisesti perustuvat eikä asiakirjasta myöskään ilmene sen otsikkoa lukuun ottamatta, että kyseessä on muodollisesti ei-velvoittava oikeuslähde. Oikeusvaltiollisten vaatimusten näkökulmasta laadultaan kehon ja kelvottoman välimaastoon sijoittuvan asiakirjan lopussa mainitaan ”viitteet” (!), pykälää yksilöimättä muun muassa lannoitelaki (232/1993)<sup>208</sup> sekä jätelain nojalla annettu valtioneuvoston päätös puhdistamolietteen käytöstä maanviljelyssä (282/1994). Ohje näyttäisi sisältävän mainittua asetusta (valtioneuvoston päätös) yksityiskohtaisempaa sääntelyä ja paikoin se näyttää olevan ristiriidassa asetuksen kanssa. Ristiriitatilanteessa asetusta on tietysti noudatettava.<sup>209</sup> Perustuslain 80 §:n näkökulmasta kyseessä oleva ministeriön ohje näyttää hyvin kyseenalaiselta, koska se sisältää hyvin yksityiskohtaista yksilöiden oikeuksiin ja velvollisuuksiin liittyvää sääntelyä ohi sen, mitä laissa ja lain nojalla annetussa asetuksessa kyseessä olevista asioista säädetään (kyse ei ole vain lain sisällön informatiivisesta selostamisesta). Esimerkiksi ohjeen lähtökohta, että Kasvintuotannon tarkastuskeskus (KTTK) hyväksyy puhdistamolietteen käsittelymenetelmät, ei näytä perustuvan lakiin. KTTK:lla ei ole sitä koskevien lain

<sup>206</sup> Ei-hyväksyttävänä menetelminä mainitaan ”Tiivistys ja kuivaus”, ”Seostaminen turpeen, hakkeen tms. seosaineen kanssa” ja ”Mesofiilinen mädätys”.

<sup>207</sup> Maa- ja metsätalousministeriö, elintarvike- ja terveysosasto, 17.6.2005 Dnro MMMELO 2915/835/2005. Ohje on saatavissa: <http://www.kttk.fi/> (kohdasta ohje & määräys, 1.8.2005).

<sup>208</sup> Lannoitelaisissa on ministeriölle annettu useita määräyksenantovaltuuksia, mutta mikään niistä ei nähdäkseni koske perustuslaissa edellytettävällä tavalla yksilöidysti kyseessä olevassa ohjeessa normeerattua asiaa.

<sup>209</sup> Kyseessä olevassa asiassa lannoite- ja jätelain suhde on tosin jossakin määrin tulkinanvarainen, mikä vaikeuttaa säädösten tulkintaa ja niiden suhteen yleistä kuvaamista.

säännösten mukaan mitään norminantovaltaa, toisin kuin ohjeen otsikosta ja siinä lausutuista säännöistä voisi päätellä.

Oikeusnormiluonteen kiistäminen tällaisilta ei-velvoittavissa lähteissä ilmaistuilta yksiselitteisiltä säännöiltä olisi mielestäni kuitenkin ongelmallista. Kun edellä mainittua sääntöä luonnehditaan soft law -oikeusnormiksi, voidaan sitä vastoin havainnollisesti korostaa niitä erityisiä *soveltamisedellytyksiä*, joita tällaisen soft law -säännön käyttämiseen oikeudellisen ratkaisun premissinä liittyy. Puhdistamolietteenkäsittelyohjeen osalta nämä soveltamisedellytykset johtavat mitä ilmeisimmin eräiden ohjeessa lausuttujen sääntöjen soveltamatta jättämiseen, kun ohjeessa ilmaistut säännöt näyttävät osin olevan perustuslain, lain tai asetuksen vastaisia. Säännön tai periaatteen luonnehtiminen soft law -tyyppiseksi oikeusnormiksi näyttäisi näin ollen merkitsevän ennen kaikkea viittausta kyseisen normin käyttöön liittyviin erityisiin argumentaatio-opillisiin vaatimuksiin.

Mainituista ongelmista ja tässä vielä avoimeksi jäävistä kysymyksistä huolimatta on siis mielestäni ajateltava, että soft law -tyyppinen aineisto voi sisältää sellaisia normiformulaatioita, jotka ovat luonteeltaan oikeusnormeja. Mielestäni luonnehdinta, että ohjeellinen säännös ei ole oikeusnormi, ei ole kovin havainnollinen tai hyödyllinen, jos tällainen ohje tosiasiallisesti toimii oikeudellisen ratkaisun yleisenä premissinä. Jos vaikkapa ohjearvoa käytetään sallittuna tai heikosti velvoittavana oikeuslähteenä, onko mielekäästä korostaa, ettei kyseessä kuitenkaan oikeastaan ole ”oikea” oikeusnormi? Tästä seuraa kuitenkin seuraava haaste: oikeudellisen ratkaisun perusteena toimivat oikeusnormit on pystyttävä jollakin tavoin oikeuslähdeopillisesti paikantamaan. Miten olisi siis kuvattavissa muodollisesti ei-velvoittavien, vain hyväksyttävyytensä tai tosiasiallisen tehokkuutensa kautta ratkaisutoiminnassa merkitystä saavien oikeusnormien *oikeuslähdeopillinen asema*? Ymmärrän kysymyksen viittaavan laajalti erilaisiin tulkinta- ja argumentaatiopillisiin sitoumuksiin ja ajattelutapoihin. Edellä käsitellyn aineiston oikeuslähdeopillinen luonnehdinta merkitsee samalla nähdäkseni kannanottoa siihen, millä tavoin tällaista aineistoa pitää tai saa käyttää oikeudellisen ratkaisun premissinä.



## 3.2 Soft law'n oikeuslähdeopillisen paikantamisen mahdollisuuksia

### 3.2.1 *Modernia tavanomaista oikeutta?*

Eri oikeudenaloilla näyttää olevan useitakin erilaisia oikeuslähdeopillisiä jäsenystapoja, joista voi olla hyötyä soft law -tyyppisen aineiston tulkintaopillisen merkityksen tunnistamisessa ja käsitteellistämässä. Arvioin aluksi lyhyesti neljää eri oikeudenalojen oikeuslähdeopillisessa keskustelussa esiintyvää oikeuslähde- tai tulkintakategoriaa mahdollisuutena paikantaa soft law -tyyppisen aineiston oikeudellista merkitystä lainsoveltamisen näkökulmasta:

- 1) maantapa/tavanomainen oikeus/moderni tavanomainen oikeus
- 2) vakiintunut hallintokäytäntö
- 3) hallinnon virallislähteet
- 4) argumentaatiolähteet (vrt. normilähteet).

Oikeuslähdeopillisessa keskustelussa maantapaan oikeuslähteenä näytetään suhtauduttavan nykyisin yhä kriittisemmin. Esimerkiksi *Mähönen* katsoo, ettei maantapaa voida enää rinnastaa lakiin. Hänen mukaansa, jos ”sillä on jokin asema oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, tuo asema on saavutettava aineellisilla perusteilla”.<sup>210</sup> Samoin *Tuori* on kyseenalaistanut maantavan aseman itsenäisenä oikeuslähteenä. Hänen mukaansa se, mitä aikaisemmin on luonnehdittu maantavaksi (Tuori käyttää ilmaisua tapaoikeus), ”vaikuttaa paljolti sellaisten kirjallisten oikeuslähteiden kuin oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden välityksellä”.<sup>211</sup>

Näkemykset ovat varmasti oikeansuuntaisia, mutta laajasti ymmärretyn ympäristöoikeuden kannalta en ole vielä kuitenkaan valmis kategorisesti unohtamaan perinteistä maantapaa vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä. Velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvat, vain ylimuistaiseen maantapaan perustuvat, lain puuttuessa sovellettavat normit lienevät yhä harvinaisempia, mutta eivät kuitenkaan täydellisesti hävinneitä ja merkityksettömiä. Ympäristöoikeuden perusopetuksessa olen käyttänyt esimerkkinä maan-

<sup>210</sup> *Mähönen* LM 2004, s. 51–52, jossa näkemystä perustellaan erityisesti vedoten uskonnonvapauslain säätämiseen liittyvään perustuslakivaliokunnan mietintöön PeVM 10/2002 vp (HE 170/2002 vp). Ks. perinteisen tavanomaisen oikeuden vähenevästä merkityksestä oikeuslähteenä myös *Siltala* 2003, s. 272–273, 299 sekä maan tavasta alkuperäisessä merkityksessä jopa ”kuolleena kirjaimena” *Hurskainen* 2003, s. 151–153. Ks. myös *Timonen* 1987, s. 134.

<sup>211</sup> *Tuori* 2003, s. 45.

tavasta jokamiehenoikeutta. Sen eri elementit ovat nykyisin yhä laajemmin kirjoitetussa laissa säädelyjä, mutta ainakin jokamiehenoikeuden erääksi rakenneosaksi ymmärrettävä *oikeus leiriytyä* muutamaksi päiväksi toisen kiinteistölle perustuu edelleen vain historialliseen maantapaan.<sup>212</sup> Nähdäkseni esimerkiksi tältä osin maantavan lakiin rinnastuva velvoittavuus ja ylimuistoinen luonne on edelleen tarpeen tunnistaa.

Pidän Mähösen ja Tuorin viestiä kyllä sikäli tärkeänä, että maantavaksi tulisi luonnehtia vain velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvia ylimuistoiseen käytäntöön perustuvia normistoja tilanteissa, joissa kirjoitettua lakia ei ole. Selvää on, että esillä olevaa soft law -tyyppistä aineistoa ei voida luonnehtia (perinteiseksi) tavanomaiseksi oikeudeksi maantavan merkityksessä.

Toisaalta tavanomainen oikeus näyttäisi olevan ilmestymässä oikeuslähteeksi uudessa, modernissa merkityksessä. Tavalla, tapaoikeudella tai tavanomaisella oikeudella oikeuslähteenä näytetään tarkoitettavan nykyisin yhä useammin ainakin osin myös muuta kuin mitä aiemmin velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvalla maantavalla tai tavanomaisella oikeudella on tarkoitettu. Keskustelussa voidaan erottaa kaksi pääsuuntausta:

- 1) vanhaan maantapaan etäisyyttä ottava, siitä olennaisesti poikkeavan ”(post)modernin tavanomaisen oikeuden” konstruointi ja
- 2) vanhan maantavan käsitteistöön edelleen sisällyttävä, mutta aikaisempaa selvästi laaja-alaisemman merkityssisällön luominen tavanomaiselle oikeudelle.

Ensiksi mainitussa merkityksessä tavanomaisen oikeuden käsitettä on käytänyt muun muassa *Tuori*. Hän luonnehtii kehittyvillä uusilla oikeudenaloilla, kuten bio- tai informaatio-oikeudessa, muotoutuneita alan käytäntöjä eräänlaiseksi ”myöhäismodernin ajan tavanomaiseksi oikeudeksi”. Tällä ilmaisulla viitataan nimenomaan soft law -tyyppiseen aineistoon.<sup>213</sup> Myös *Siltala* luonnehtii – soft law -ilmaisua käyttämättä – ”riittävän oikeudenalakohtaisen yleisyyden ja vakiintuneisuuden” saavuttaneita yhteisöllisiä käytäntöjä moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi. Informaatioteknologian ohella hän viittaa nopeasti kehittyviin rahoitus- ja sijoitusinstrumentteihin.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Ks. maantavasta jokamiehenoikeuden edelleen merkityksellisenä perustana myös *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 63, 696.

<sup>213</sup> *Tuori* LM 2004, s. 1213. Tuori korostaa toisaalla (Niin & näin 2005, s. 82), että ”[t]avanomainen oikeus ei enää koostu ikimuistoisista tavoista tai yhteisöllisistä käytännöistä”.

<sup>214</sup> *Siltala* 2003, s. 272, 299.

Esimerkkinä jälkimmäisestä tavasta käyttää tavanomaisen oikeuden käsitettä voidaan tarkastella *Timosen* ja *Tolosen* esityksiä. Timosen mukaan nykyisin olisi maantavan sijasta puhuttava tavanomaisesta oikeudesta, jonka hän katsoo olevan maantapaa sisällöllisesti selvästi laajempi käsite. Hänen mukaansa tavanomaista oikeutta – tarkoittamassaan maan tavasta poikkeavassa laajassa merkityksessä – voi syntyä joko oikeuskäytännössä ilmaistujen oikeusohjeiden tai sopimuskäytäntöjen (esimerkiksi kauppatavat) vakiintumisen kautta.<sup>215</sup> Myös Tolosen oikeuslähdeopin kokonaisuudessa tapaoikeutena käsitellään hyvin laajaa joukkoa erilaisia sosiaalisia käytäntöjä, joissa syntyy ”oikeussubjektien perusteltuihin odotuksiin” ja käyttäytymisen ”ennakoitavuuden tarpeeseen” perustuvaa velvoittavuutta. Tolosen tapaoikeuden käsite pitää sisällään perinteisen maantavan OK 1:11:n merkityksessä, mutta hän viittaa sillä myös muun muassa legalisoituihin tapanormistoihin (kuten oikeustoimilain tai kauppalain kauppatapaan), alakohtaisiin eettisiin säännöstöihin (esimerkiksi asianajajien eettisiin sääntöihin) ja erilaista kohtuullista ennakoituvuutta luoviin yleisesti noudatettuihin käytäntöihin. Näin laaja-alaisesti ymmärrettyä, tosiasiaa noudatettuun, vakiintuneeseen käytäntöön perustuvaa tapaoikeutta voi hänen mukaansa syntyä myös hallinto-oikeuden eri alueilla tai yleisessä hallintomenettelyssä.<sup>216</sup>

Nykyaikaisen, uuden merkityssisällön vakiinnuttaminen tavanomaiselle oikeudelle oikeuslähteenä vaatii nähdäkseni vielä kehittelyä. Keskustelu tapaoikeudesta, tavanomaisesta oikeudesta, maan tavasta ja alakohtaisista vakiintuneista käytännöistä normatiivisesti merkityksellisenä tapana kaipaasi uudenlaista jäsentyneisyyttä.<sup>217</sup> Puhuttaessa tavanomaisesta oikeudesta oikeuslähteenä olisi tämänhetkisessä keskusteluilmapiiirissä ainakin määriteltävä, tarkoitetaanko sillä suppeasti vain perinteistä OK 1:11:ään perustuvaa maan tapaa vai onko sille tarkoitettu antaa jokin laajempi ja modernimpi merkityssisältö, joka kattaa myös esimerkiksi alakohtaisesti muodostuvat käytännesäännöt. Ainakaan legalisoituja hyvä tapa -normistoja, kuten hyvää kirjanpito-, perintä- tai rakennustapaa (ks. edellä jakso 2.8) ei ole mielekästä luonnehtia tavanomaiseksi oikeudeksi.<sup>218</sup> Enemmän

<sup>215</sup> *Timonen* 1987, s. 134–135.

<sup>216</sup> *Tolonen* 2003, s. 144–152.

<sup>217</sup> Tapaoikeus on aiemminkin ollut oikeuslähdeoppia koskevien esitysten ongelmallinen kohta, ks. *Tolonen* 2003, s. 26, 75, jossa arvioidaan kriittisesti Aarnion ja Kelsenin esityksiä tapaoikeudesta.

<sup>218</sup> Samoin *Mähönen* (LM 2004, s. 51), jonka mukaan esimerkiksi kirjanpitolain 1:3:n hyvässä kirjanpitotavassa ”ei ole kysymys varsinaisesta tapaoikeudesta (kurs. tässä) vaan lainsäätäjän tarkkaan valvomasta ja valtion alaisen organin, kirjanpitolautakunnan, kautta

epäselvyyttä kuin selvyyttä voi seurata myös siitä, että vakiintuneita tuomioistuini- tai hallintokäytäntöjä tai alakohtaisia, yleisesti noudatettuja käytänteitä luonnehditaan oikeuslähdeopillisesti tapaoikeudeksi tai tavanomaiseksi oikeudeksi. Esimerkiksi sopimusoikeudessa alakohtaisina, vakiintuneina käytäntöinä ilmenevä, normatiivisesti merkitykselliseksi ilman lainsäätäjän tahdonilmaisujakin ymmärrettävä tapa oikeuslähteenä on jotakin muuta kuin maantapa, mutta mitenkään välttämätöntä ei liene sen luonnehtiminen myöskään tavanomaiseksi oikeudeksi.<sup>219</sup>

Ympäristöoikeuden näkökulmasta tavanomaisen oikeuden merkityssisältö voidaan mielestäni rajata tarkoittamaan vain ylimuistoista maantapaa (niissä harvoissa tilanteissa, joissa sillä on edelleen merkitystä).<sup>220</sup> Samalla kehitäisiin uutta käsitteistöä nykyajan ilmiöille; tässä esityksessä sellaiseksi ehdotetaan ympäristöoikeuden osalta soft law'ta myös kansallisen oikeuden oikeuslähdekategoriaksi tunnistettuna. Erottaisin ympäristöoikeuden näkökulmasta erillisiksi oikeuslähdekategorioiksi siis seuraavat tavanomaista oikeutta koskevassa keskustelussa toisiinsa ajoin mielestäni ongelmallisella tavalla sekoittuvat kategoriat:

- 1) ylimuistoinen maantapa (tavanomainen oikeus suppeassa merkityksessä),
- 2) legalisoidut hyvä tapa -normistot (laissa institutionalisoitu itsesääntely),
- 3) alakohtaiset käytännösäännöt (yleisesti noudatetut, normatiivisesti merkitykselliseksi muodostuneet käytännöt)<sup>221</sup> ja
- 4) vakiintunut tuomioistuin- ja hallintokäytäntö.

---

suodattavasta lakiin perustuvasta itsesääntelystä". Ks. teemasta myös *Hurskainen* 2003, s. 152: "Tapaoikeus (esim. hyvä kirjanpitolapa, hyvä kauppatapa) positiiviseen oikeuteen säädetyksi sisällytettynä oikeudellisena terminä on muuta kuin maan tapa OK 1:11:n merkityksessä."

<sup>219</sup> Ks. alakohtaisista tavoista oikeuslähteenä sopimus- ja vakuutus-oikeudessa *Häyhä* (2000, s. 22–24). Häyhä ei näyttäisi suhteuttavan alakohtaisissa käytännöissä rakenteistunutta tapaa oikeuslähteenä perinteiseen maantapaan. Esityksessä näytetään tultavan toimeen myös ilman tavanomaiseen oikeuteen kiinnittyvää käsitteistöä. Hän kuvaa (s. 23) Taxelliin tukeutuen tavan normatiivista merkitystä seuraavasti: "Jotta tapa voisi ylipäätään saada oikeudellisesti velvoittavan merkityksen, sen tulee kirjallisuuden mukaan perustua tosiasialliseen käytäntöön, käytännön tulee olla jatkunut riittävän kauan, tavan tulee olla riittävän laajalti hyväksytty asianomaisen alan edustajien keskuudessa, sen tulee olla tunnettu minkä lisäksi tavan tulee olla kohtuullinen." Tutkimuksessaan Häyhä perustelee *tradition mekanismiksi* kutsumastaan lähtökohdasta käsin laajalti vakiintuneen käytännön synnyttämiä normatiivisia odotuksia eli sitä, miten (s. 25) "vakiintuneet tavat tehdä sopimuksia (kurs. poist) vaikuttavat siihen, miten ja minkälaisia sopimuksia kyseisissä tilanteissa pitää tehdä (kurs. poist)".

<sup>220</sup> Samoin *Tuori* (2003, s. 45) tarkoittaa oikeusteorian perusoppikirjassaan tavanomaisella oikeudella ja tapaoikeudella suppeasti vain perinteistä maantapaa.

<sup>221</sup> Kategorian merkitys julkisoikeudellisesti painottuvassa ympäristöoikeudessa lienee vähäinen. Esimerkkinä voi mainita lähinnä edellä jaksossa 2.8 mainitut metsänhoitosuosikukset; niidenkin asema on lainsäädännössä välillisesti institutionalisoitu.

Tässä maantavan ja tavanomaisen oikeuden samaistamiseen perustuvassa jäsentelyssä tavanomaiselle oikeudelle ei näyttäisi jäävän erillistä lokeroa esimerkiksi siinä merkityksessä, jossa tapaoikeus esiintyy hyvin keskeisenä oikeuslähteenä kansainvälisessä oikeudessa ja tärkeänä oikeuslähteenä myös muun muassa työoikeudessa (niin sanottuna sopimuksenveroisena käytäntönä). Valinta on tarkoituksellinen, mutta ei poikkeuksellinen: useiden oikeudenalojen perusoppikirjojen oikeuslähteoppia koskevia esityksiä lukiessa voi havaita, ettei niissä puhuta mitään tavanomaisesta oikeudesta kyseisten oikeudenalojen oikeuslähteenä.<sup>222</sup> Tapaoikeus/tavanomainen oikeus lieneekin oikeuslähteenä sellainen, että yritys sen oikeudenalaneutraaliksi yleiseksi luonnehtimiseksi (esimerkiksi Tolosen esityksen tavoin) voi osoittautua ongelmalliseksi.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta tavanomainen oikeus näyttää myös modernissa merkityksessä olevan rajoittunut oikeuslähteopillinen kategoria. Edellä käsitellyn aineiston kattava luonnehtiminen (moderniksi) tavanomaiseksi oikeudeksi ei tunnu perustellulta. Edellä ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähteiksi on tunnistettu etupäässä muuntuyppistä aineistoa kuin mitä moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi tyypillisesti luonnehdituilla käytännesäännöillä tarkoitetaan. Merkittävä osa ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähteistä on viranomaisorganisaatioiden tuottamaa tai jollakin tavoin kirjoitetun lainsäädännön erilaisiin normatiivisiin reitteihin (ks. jakso 3.1.3) institutionaalisesti perustuvaa. Tavanomaiseen oikeuteen viittaava käsitteistö olisi ristiriitainen myös sen kannalta, että ympäristöoikeudellinen soft law -aineisto on lähes poikkeuksetta kirjallisessa muodossa<sup>223</sup> (sama koskee soft law'ta myös eurooppa- ja kansainvälisessä oikeudessa<sup>224</sup>). Ympäristöoikeudellisen soft law'n voi sanoa

<sup>222</sup> Esimerkiksi ympäristöoikeuden kattavassa perusesityksessä ”Ympäristöoikeus” (*Kuusiniemi ym.* 2001) *tapaoikeus* mainitaan vain kansainvälisen oikeuden oikeuslähteenä (ks. s. 200). *Tavanomaista oikeutta* näytetään käytettävän jokamiehenoikeuksien käsittelyn yhteydessä (s. 696) maantavan kanssa rinnakkaisena käsitteenä.

<sup>223</sup> *Tuori* (Niin & näin 2005, s. 82) ei tosin rajaa tavanomaisen oikeuden ”uuden nousun” analyysiaän ei-kirjalliseen muotoon. Hän päinvastoin korostaa, että modernia tavanomaista oikeutta edustavat alakohtaiset käytännesäännöt on voitu vahvistaa ”asianomaisen alan kansallisen tai kansainvälisen järjestön nimenomaisella päätöksellä”. Hänen mukaansa tästä seuraakin paradoksaalisesti, että ”voimme puhua *tavanomaisen oikeuden positivoitumisesta* (kurs. tässä)!” Sitä vastoin *Siltalan* (2003, s. 272–274) tavanomaiseksi oikeudeksi luonnehtimia vakiintuneita alakohtaisia yhteisöllisiä käytäntöjä ”tavallisesti ei ole kodi-foitu kirjalliseen muotoon”.

<sup>224</sup> Ks. kansainvälisen oikeuden osalta myös *Rosas* 1993, s. 67, jossa korostetaan varsinaisia oikeusnormeja ”vähemmän velvoittavan” soft law'n eroa tapaoikeuteen kansainvälisen oikeuden oikeuslähteenä.

olevan pääsääntöisesti *tietoisesti luotua, asetettua oikeutta*.<sup>225</sup>

Kun moderniin tavanomaisen oikeuteen viittaava käsitteistö näytetään perustettavan erityisesti *käytännėsääntöihin* ja niiden merkityksen lisääntymiseen, ympäristöoikeuden osalta on syytä vielä kiinnittää huomiota siihen, että käsitettä käytetään ympäristöohjausta koskevassa keskustelussa varsin harvoin. Käytännėsääntöihin (codes of conduct/practice) viitataan suhteellisen vähän ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevassa kansainvälisessä kirjallisuudessa silloinkin, kun näkökulma on lainsoveltamista yleisempi. Ohjauskeinotutkimuksessa, jonka käsitteistö on siirtynyt myös oikeudelliseen käyttöön, samassa tarkoituksessa käytetään osin muita ilmaisuja. Taustalla on osaltaan ympäristöohjausta koskevan itsesääntelyn keinovalikoiman monimuotoisuus, joka siis edellyttää eriytyneempää käsittejärjestelmää, mutta luullakseni myös varsinaisten käytännėsääntöjen lopulta suhteellisen vähäinen merkitys ympäristöohjauksessa (ks. myös jakso 2.8). Esimerkiksi itsesääntelyä systematisoivassa *Rehbinderin* artikkelissa ”codes of conduct” mainitaan yhtenä esityksessä tarkasteltavista yhdeksästä itsesääntelyn tyypistä, mutta asia kuitataan vajaalla puolella sivulla.<sup>226</sup> Ohjauskeinotutkimuksen keskeisteoksessa ”Smart regulation” (1998) ”codes of conduct” -tyyppistä ohjausmallia ei systematisoinnin tasolla mainita lainkaan erillisenä ympäristöohjauksen muotona<sup>227</sup>, vaikka teoksen keskeinen tutkimuskohde on ehkä merkittävimmäksi ympäristöalan käytännėsäännöksi luonnehdittava kemianteollisuuden *Responsible Care* -ohjelma.<sup>228</sup>

### 3.2.2 Vakiintunut hallintokäytäntö?

Julkisoikeuden näkökulmasta tavanomaiseen oikeuteen erillisenä oikeuslähteenä on suhtauduttu perinteisestikin epäilevästi. Hallinto-oikeudellisessa doktriinissa yksityisoikeuden alueen tavanomaiseen oikeuteen rinnastuu osittain *vakiintunut hallintokäytäntö*. Kirjallisuudessa on jonkin verran pohdittu näiden suhdetta. Varsin vakiintunut lienee kanta, ettei vakiintuneita hallinnon soveltamiskäytäntöjä voida luonnehtia niiden tosi-

---

<sup>225</sup> Samoin myös *Pohjolainen* (JFT 1998, s. 443) luonnehtii, eräin varauksin, soft law’n olevan tietoisesti luotu normisto. Hänen mukaansa tämä ”usually distinguishes soft law from customary practice and principles”.

<sup>226</sup> *Rehbinder* 1996, s. 244, 256.

<sup>227</sup> Ks. *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 38–91.

<sup>228</sup> Teoksen käsitteistössä teollisuuden toimintoja ohjaamaan tarkoitettut käytännėsäännöt (Codes of Practice) eli toimintaa ohjaavat standardit hahmotetaan erääksi alakohteisena itsesääntelynä muotoutuneen Responsible Care -ohjelman elementiksi (sen keskeiseksi toimintamekanismiksi), ks. mt., esim. s. 156–158. Ks. myös hakusana ”code of practice”.

asiallisesta merkityksestä huolimatta tavanomaiseksi oikeudeksi.<sup>229</sup> Tavanomaisella oikeudella viitattaneen tällöin yleensä käsitteen suppeaan merkityssisältöön eli sillä tarkoitetaan ymmärtääkseni samaa kuin perinteisellä maantavalla. Esimerkiksi asiaa hallinnollisen ohjauksen näkökulmasta arvioiva *Tarukannel* toteaa, että hallinnolliselle ohjaukselle ”ei voida hallinnossa antaa helposti tavanomaisen oikeuden asemaa, koska hallinnossa on yleensäkin problemaattista konstruoida tavanomaisen oikeuden syntymistä, ohjeet ovat jo valtiosääntöoikeudellisesti lähtökohtaisesti sitomattomia, ja tämä ohjaus on itsessään muuttuvaa.”<sup>230</sup>

Olisiko tässä esityksessä käsitellyn aineiston oikeuslähdeopillinen merkitys sitten ymmärrettävissä vakiintuneen hallintokäytännön kautta? Julkisoikeuden perusoppikirjassa *Husa* ja *Pohjolainen* perustelevat vakiintuneen viranomais- ja hallintokäytännön merkitystä oikeuslähteenä seuraavasti: ”viranomaisen pitkään noudattaman ratkaisulinjan ennustamattomat ja perustelemattomat muutokset voivat loukata hallinnon kanssa asioivien yhdenvertaisuutta sekä eräissä tapauksissa myös hallintokoneistoon kohdistuvaa luottamuksensuojaa.” Heidän esityksessään vakiintunut hallintokäytäntö ymmärretään sallituksi oikeuslähteeksi ja sen velvoittavuuden katsotaan olevan viranomaisen *sisäistä* (johtuvan aiemmin harjoitetusta tulkintalinjasta).<sup>231</sup>

Tässä esillä olevien aineistojen – esimerkiksi pohjavesikartoitusten – osalta kysymys lienee hiukan erilaisesta oikeuslähdeopillisesta asetelmasta kuin mitä hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneella hallinto- tai viranomaiskäytännöllä tarkoitetaan. Ensiksikin vakiintunut viranomaiskäytäntö on tällaisten aineistojen osalta niiden oikeuslähdeopillisen statuksen *peruste*, ei sellaisenaan (käytäntönä) oikeuslähde. Jotakin eroa lienee siinä, katsotaanko oikeuslähteeksi pohjavesi-inventointi vai se vakiintunut hallintokäytäntö, jonka kautta inventoinnin merkitys oikeudellisen ratkaisutoiminnan eräänä premissinä vahvistuu ja vakiintuu. Ympäristöoikeuden kannalta mielestäni on tarpeen tunnistaa oikeuslähteeksi nimenomaan pohjavesi-inventointi tai sedimenttien ruoppaus- ja läjitys-ohje (ei vain sitä viranomaiskäytäntöä, jonka kautta kartoituksen tai oh-

<sup>229</sup> Vrt. *Tolonen* (2003, s. 144–152), jonka hyvin laajasta tapaoikeudelle antamasta merkityssisällöstä seuraa, että tapaoikeutta voidaan ongelmitta luonnehtia myös hallintomenetelyissä esiintyväksi hallinto-oikeuden oikeuslähteeksi, ks. s. 145.

<sup>230</sup> *Tarukannel* 1990, s. 176.

<sup>231</sup> *Husa – Pohjolainen* 2002, s. 15. Ks. vakiintuneesta hallintokäytännöstä oikeuslähteenä myös *Hurskainen* 2003, s. 152–153 ja *Mäenpää* 2003, s. 179. Ks. johdonmukaisuuden vaatimuksesta myös hallinnon oikeusperiaatteita koskevan hallintolain 6 §:n perusteluita *HE 72/2002 vp*.

jeen normatiivinen merkitys muotoutuu). Juuri tässä tunnistamistehtävässä soft law -käsite saattaisi olla havainnollinen. Verrattuna hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneelle hallintokäytännölle perinteisesti annettavaan merkitykseen erona tässä esillä olevien tilanteiden osalta voi olla myös sallittua oikeuslähdetä suurempi velvoittavuus.

### 3.2.3 Hallinnon virallislähde?

Hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa hallinnon tuottamaa muuta aineistoa kuin velvoittavat oikeuslähteet luonnehditaan *hallinnon virallislähteiksi* tai *hallintonormeiksi*. Niillä tarkoitetaan muun muassa hallintoviranomaisten antamia ohjeita ja muita normeja, joiden vaikutukset ovat ainoastaan hallinnon sisäisiä. Virallislähteiden korostetaan olevan epäitsenäisiä oikeuslähteitä. Ne eivät välittömästi ja itsenäisesti vaikuta hallinnon ulkopuolisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Virallislähteitä ei voida käyttää itsenäisinä oikeuslähteinä. Niihin voidaan tukeutua vain velvoittavien oikeuslähteiden puitteissa ja rinnalla.<sup>232</sup>

Ympäristöpäätöksenteossa hyvin yleinen hallinnollinen ohjaus voidaan oikeudellisesti osin paikantaa hallinnon virallislähteitä koskevan doktriinin avulla. Paikannus toki kattaa tällöin vain osan edellä esimerkinomaisesti käsitellystä aineistosta. Luonnehtimalla keskushallinnon tuottamaa aineistoa hallinnon virallislähteiksi voidaan painottaa tällaisen aineiston toissijaisuutta ennen kaikkea suhteessa lakiin. Hallinnollisen ohjauksen muodossa syntynyt soft law -aineisto ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomainen peruste.

Kaikilta osin luonnehdinta soft law -aineistoista hallinnon virallislähteinä ei kuitenkaan ole ongelmaton. Hallinnon virallislähteitä koskevan doktriinin peruslähtökohta – virallislähteiden kohdistuminen toisille viranomaisille ja vaikutusten rajoittuminen hallinnon sisäisiksi – voi estää tunnistamasta hallinnon tuottaman aineiston tosiasiallista merkitystä yksityisten oikeuksista ja velvollisuuksista päätettäessä. Hallinnollisen ohjauksenkin osalta tässä paikannuksessa jää helposti huomiotta hallinnon tuottaman aineiston tosiasiallisesti hyvin keskeinen merkitys ympäristöasioita koskevan päätöksenteon *oikeuslähteenä* ja tällaisen aineiston mahdolli-

---

<sup>232</sup> Hallintotoiminnan kannalta merkityksellisen oikeudellisen aineiston jaottelu hallinnon oikeuslähteisiin ja hallinnon virallislähteisiin on hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa yleinen, ks. esim. *Länsineva* 1995, s. 273, *Husa – Pohjolainen* 2002, s. 16, *Mäenpää* 2003, s. 135–136, 179–184 ja *Tuori* 2004, s. 128–148. Ks. hallinnon erityisistä oikeuslähteistä myös *Pohjolainen – Tarukannel* 1990, s. 288–295.



nen luonne *oikeusnormeina*. Julkisoikeudellisessa kirjallisuudessa korostetaan *virallislähteiden* eroavan varsinaisista *oikeuslähteistä* ja *hallintonormien* varsinaisista *oikeusnormeista*.<sup>233</sup>

Huomioonottaen ympäristöasioita viranomaisasteessa tyypillisesti ratkaisevien vähäinen oikeudellinen koulutus, hallinnon virallislähteitä koskevan opin normatiivinen päämäärä hallintokoneiston tuottaman aineiston oikeudellisesta toissijaisuudesta ja sitomattomuudesta tuskin voidaan saavuttaa tätä käsitettä hyödyntämällä. Oikeuslähdekin on osalle ympäristöpäätöksiä tekevästä aivan tuntematon käsite (vaikka he luonnollisesti tekevät päätöksiä erilaisten oikeuslähteiden perusteella).

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta on mielestäni perustellumpaa tarkastella myös hallinnollisen ohjauksen muodossa syntyneitä aineistoa oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisessa käytettävänä *erityisenä oikeuslähteenä*, jonka hyödyntäminen on vain joiltakin osin perustavanlaatuisesti erilaista kuin esimerkiksi lain käyttö oikeuslähteenä. Ympäristöoikeuden kannalta pidän pedagogisesti mielekkäämpänä luonnehtia kaikkea oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettävää oikeudellista aineistoa lähtökohtaisesti oikeuslähteiksi kuin luonnehtia osaa päätöksentekoon vaikuttavasta aineistosta hallinnon virallislähteiksi. Ympäristöoikeudessa on samalla tärkeää korostaa, että erilaisia oikeuslähteitä tulkitaan ja sovelletaan eri tavoin erilaisissa tilanteissa ja erityyppisissä prosesseissa (tulkintaperiaatteita eri tavoin käyttäen, erilaisen painoarvon erilaisille lähteille antaen jne.).

Ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin erityinen haaste on se, että ympäristöoikeus on tunnetusti tiiviisti yhteyksissä laajalti muihin oikeudenaloihin. Ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin näkökulmasta kiinnittyminen vain hallinto-oikeudellisiin oppeihin ei ole mahdollista, vaan virikkeitä on amennettava laajalti myös muualta. Hallinnon virallislähde -doktriinia ei hallinto-oikeuden ulkopuolella, esimerkiksi oikeusteoreettisissa oikeuslähdeopin yleisesityksissä ole omaksuttu, eikä juuri noteerattukaan. Mielestäni tämän doktriinin omaksuminen ympäristöoikeudelliseen käyttöön ei olisi hyödyllistä.

Yleisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa muun muassa *Siltala* on kiinnittänyt huomiota muiden viranomaisten kuin tuomioistuinten antamien ratkaisujen, ratkaisusuositusten, lausuntojen ja yleisten lainsoveltamisohjeiden merkitykseen myöhempää oikeudellista ratkaisuharkintaa ja oikeudenkäyttöä yhtenäistävänä tekijänä. Hän kutsuu oikeuslähdejäsenten-

<sup>233</sup> Oppi hallinnon virallislähteistä kattaa laajalti myös muuta kuin lainsoveltamisratkaisuissa hyödynnettävää aineistoa (esimerkiksi määrärahapäätökset ja tavoite- ja tulosohjauksen).

lyssään näitä *muiksi oikeudenkäyttöä yhtenäistäviksi viranomaispäätöksiksi*. Hänen tarkastelussaan on yhteyksiä hallinto-oikeudelliseen doktriiniin hallinnon virallislähteistä ja vakiintuneesta hallintokäytännöstä, mutta aivan identtisestä asiasta ei näyttäisi olevan kysymys. Siltalan huomion kohteena ovat erityisesti ylimpien laillisuusvalvojen (oikeuskansleri ja eduskunnan oikeusasiamies) sekä muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaisten (esimerkiksi tietosuojavaltuutettu, kuluttaja-asiamies sekä erilaiset lautakunnat) ratkaisut ja soveltamisohjeet.<sup>234</sup>

Siltala korostaa, ettei hänen tarkastelemaansa päätöksiä ja ohjeita voi yhtenäisesti luokitella oikeuslähdeopillisesti, koska osa niistä on vain suositusluonteisia, osalla taas voi olla myös oikeudellista sitovuutta. Hänen mukaansa on mahdollista, että viranomaisen esittämät oikeudelliset tulokset rakenteistuvat osaksi Suomen voimassa olevaa oikeutta siten, että ratkaisut, ratkaisusuositukset, lausunnot tai soveltamisohjeet rinnastuvat oikeuslähdeopillisesti vallitsevaan tuomioistuinkäytäntöön. Lainsoveltajien ratkaisuharkintaa ohjaaviksi ne muuttuvat Siltalan mukaan ”siinä vaiheessa, kun kyse on tavanomaisesti noudatetuista, riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeudellisista ratkaisuperusteista”.<sup>235</sup>

Siltalan analyysillä ”muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset” -oikeuslähdekategoriasta näyttäisi olevan kiinnostavia yhtäläisyyksiä esillä olevan soft law -teemaan. Siltalankin esityksessä korostuu yhteisöllinen hyväksyttävyyys ja vakiintuneet, tavanomaiset soveltamiskäytännöt (ja niihin liittyvä yhdenvertaisuusvaatimus) hänen tarkastelemiensä päätösten tulevaa ratkaisuharkintaa ohjaavan vaikutuksen perustana. Useimpia Siltalan tarkastelemista esimerkeistä voitaneen kuvata tässä käytönotettua käsitteistöä hyödyntäen myös soft law -oikeuslähteiksi. Toisaalta hänen viranomaisten tuottamaan aineistoon tältä osin rajautuva jäsenyksensä ei kata kaikkea sitä aineistoa, joka ympäristöoikeuden alueella olisi tunnistettava soft law -tyyppiseksi oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta.

---

<sup>234</sup> Siltala 2003, s. 250, 269–272, 301.

<sup>235</sup> Siltala 2003, s. 269, 271–272. Siltalan kehittämässä jäsentelyssä – velvoittavat, ohjeelliset, mahdolliset oikeuslähteet – oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset rinnastuvat mm. lainvalmisteluaineistoon ja prejudikaatteihin ohjeellisina oikeuslähteinä, ks. s. 306, 322.

### 3.2.4 Argumentaatio- vai normilähde?

Kiinnostavalta vaikuttava mahdollisuus avata soft law -aineistoille tilaa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja paikantaa tällaisen aineiston oikeuslähteopillinen asema on erottaa *argumentaatiolähteet* normilähteistä. Tällaista erottelua ehdottaa Nuotio: ”Vaikka hyväksyisimme vain tietyn tyyppiset oikeuslähteet, kuten lain, *normilähteinä* (kurs. tässä) (rikos)oikeudellisen lainsoveltamisen lähtökohdiksi, voi tulkintavaihtoehtojen valinnassa tarvittavan ja sallitun *tulkinta-argumentaation* (kurs. tässä) silti edellyttää olevan huomattavan laajaa.”<sup>236</sup> Nuotion jäsenyyksen perusidean voi perusoikeus- ja oikeusperiaatekeskusteluun liittyvässä asiayhteydessään tulkita olevan avata oikeudellista argumentaatiota: lakipositivistinen tai formaali käsitys oikeuslähteistä ei välttämättä edellytä positivistista tai formaalia laintulkintaa.

Toisaalta Nuotion erottelun taustalla voi nähdä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta seuraavan lakitekstin korostuneen aseman rikosoikeudellisessa tulkinnassa.<sup>237</sup> Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa rikosoikeuden tulkintaoppien arvioidaankin tämän vuoksi eroavan sekä siviilioikeuden tulkintadoktriinista että muiden julkishallinnon alueiden tulkintaopeista.<sup>238</sup>

Samantyyppiseen erotteluun näyttäisi tukeutuvan hallinto-oikeudellisessa väitöskirjassaan myös *Hurskainen*. Hän korostaa, että ”[o]ikeuslähde (oikeusohje) ei ole sama kuin sen tulkintalähde”. Hän esittää oikeuslähteopillisen tarkastelunsa yhteenvetona mallin, jossa keskeistä on jäsentely: (1) oikeusohjeet (ennen kaikkea eurooppaoikeudellinen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö sekä kansallinen lainsäädäntö), (2) oikeusohjeen tulkintaohjeet (mm. esityöt, ennakkopäätökset, oikeustiede ja yleiset oikeusperiaatteet) sekä (3) muut (perifeeriset) tulkintaohjeet (esimerkiksi reaaliset argumentit).<sup>239</sup> Sekä Nuotion että Hurskaisen jäsenyksillä voitaneen nähdä yhteyksiä perinteisen normatiivisen oikeuslähteopin keskeiserotteluun auktoriteettilähteisiin ja aineellisiin (substantiaalsiin) oikeuslähteisiin. Erottelussa aineellisten lähteiden keskeismerkitys on täsmentää auktoriteettilähteiden (ennen kaikkea lain) sisältöä<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> Nuotio LM 2004, s. 1270.

<sup>237</sup> Ks. myös *Frände* 2005, s. 50, jossa muodollisen lain todetaan olevan ”rikosoikeuden eksklusiivinen oikeuslähde”, jonka tulkinnassa sitä vastoin ”otetaan käyttöön myös muita tekijöitä, muun muassa lain esityöt ja käypä oikeuskäytäntö”.

<sup>238</sup> Rikosoikeuden tulkintaoppien erityislaatuisuutta korostaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta mm. *Frände* 2005, s. 34–35, 50.

<sup>239</sup> *Hurskainen* 2003, s. 183–184.

<sup>240</sup> Ks. esim. *Timonen* 1987, s. 131–132.

Näitä erotteluja hyödynnettäessä soft law -aineistot on helppo luonnehtia argumentaatiolähteiksi, joita käytetään varsinaisten normilähteiden (ennen kaikkea kirjoitetut säädökset) tulkinnan apuvälineenä. Tällaisella erotteulla voi olla käyttöä kuvattaessa soft law -tyyppisen aineiston oikeuslähteopillista asemaa oikeudellisen ratkaisun mahdollisena premissinä. Erottelun kautta voidaan havainnollisesti korostaa, ettei soft law -tyyppinen aineisto kelpaa oikeudellisen ratkaisun *yksinomaiseksi* perusteeksi, vaan päätökset on aina perustettava voimassa olevaan lainsäädäntöön.<sup>241</sup> Tämänsuuntainen vivahde voidaan nähdä ympäristöoikeuden alueella yleisessä tavassa luonnehtia muodollisesti ei-velvoittavaa argumentaatiomateriaalia ratkaisutoiminnassa hyödynnetyksi *selvitysaineistoksi* (ilmaisua käyttää muun muassa korkein hallinto-oikeus perusteluissaan) tai päätöksenteon *liitännäisaineistoksi*.

En ole ympäristöoikeuden näkökulmasta kuitenkaan täysin vakuuttunut argumentaatio-/normilähde -erottelun käytännöllisesti hyödyllisyydestä ja teoreettisesta onnistuneisuudesta soft law -tyyppisten aineistojen oikeudellisessa paikantamisessa. Erottelu kaipaisi vielä jatkokehittelyä. Käsitteellisesti erottelu näyttäisi ensiksikin johtavan uusiin teoreettisiin ongelmiin muun muassa normin käsitteen (lakitekstin ja normin erottaminen toisistaan) osalta. Toiseksi vierastan ympäristöoikeuden kannalta myös tähän erotteluun sisältyvää (varsinkin Hurskaisen esityksessä näkyvää) lain asemaa korostavaa positivistista ulottuvuutta (joka taas on ymmärrettävä erityisesti rikosoikeudessa). Kolmanneksi erottelun ongelma ympäristöoikeuden kannalta on myös sama kuin hallinto-oikeudellisen hallintonormikäsitteen: argumentaatiolähteenä soft law -tyyppinen aineisto paikantuu helposti marginaaliseksi ja oikeudelliselta velvoittavuudeltaan aina kuitenkin toissijaiseksi ja täydentäväksi.<sup>242</sup> Kaikissa tilanteissa tällainen korostus ei ehkä antaisi asianmukaista kuvaa soft law -aineistojen oikeuslähteopillisesta asemasta: tällaisen aineiston oikeudellista ratkaisua suuntaava merkitys voi joskus olla käytännössä hyvinkin keskeinen.

Vaikka ilmeisesti onkin syytä ajatella, ettei soft law -tyyppinen aineisto voi olla oikeudellisen päätöksenteon yksinomainen peruste, tästä ei välttämättä tarvitse johtaa argumentaatiolähteen ideaan sisältyvää ajatusta tällaisen aineiston asemasta vain *lain tulkinnan apuvälineenä*. Eihän näin

---

<sup>241</sup> Tätä korostaa esimerkiksi *Länsineva* (1995, s. 283) tarkastellessaan muodollisesti ei-velvoittavan, lakiin perustumattoman rantojen suojeleuhjelman normatiivista merkitystä.

<sup>242</sup> Argumentaatio-/normilähteet -erottelussa ei tosin ymmärtääkseni suoranaisesti oteta kantaa argumentaatiolähteiden velvoittavuuden asteeseen: argumentaatiolähteinäkin soft law -aineistoihin voi perinteisellä käsitteistöllä ilmaista ehkä liittyä sallittua oikeuslähdettä vahvempaa velvoittavuutta.

yleensä kuvata (rikosoikeuden ulkopuolella) myöskään esimerkiksi perinteisessä normatiivisessa oikeuslähdeopissa heikosti velvoittaviksi ymmärrettyjen esitöiden tai ennakkotapausten asemaa oikeuslähteenä. Niitäkin on soveltamistilanteessa *tulkittava* samoin kuin lakia (toki eri oikeuslähteiden tulkinnassa on painotettava osin erilaisia tulkintaperiaatteita). Sekä esitöistä, ennakkotapauksista että joissakin tilanteissa myös tässä arvioitavista soft law -tyyppisistä oikeuslähteistä voidaan johtaa myös sellaisia argumentteja, jotka itsenäisesti ja aidosti täydentävät lain osoittamia ratkaisun suuntaviivoja, esimerkiksi itsenäisesti rajaavat lain tulkinnan jälkeen suhteellisen avoimeksi jäävää harkintamarginaalia. Kun oikeudellisen ratkaisun perusteita etsitään tukeutuen muihin lähteisiin kuin lakiin *lain osoittaman harkintamarginaalin sisällä*, voi olla harhaanjohtavaa puhua enää tältä osin *lain tulkinnasta*. Pikemminkin kai on kyse lain tulkinnan kautta paikannetun harkintamarginaalin täsmentämisessä käytettävien *muiden lähteiden tulkinnasta*. Oikeudellinen ratkaisu nojautuu tällöinkin toki voimassa olevaan lakiin. Juuri tällaisessa asetelmassa soft law -tyyppistä aineistoa tyypillisesti käytetään.

Teemaa voidaan myös lähestyä puhumalla *kahden vaiheen tai kahden asteen* juridisesta harkinnasta. Pöyhönen (nyk. Karhu) tarkastelee juridista harkintaa kaksivaiheisena tapahtumana sopimusoikeuden yleislausekkeiden näkökulmasta. Oikeusperiaatteiden merkitystä toisen vaiheen harkinnassa painottava esitys on mielestäni hyödyllinen myös soft law -aineistojen oikeuslähdeopillisen aseman paikantamisen kannalta. Soft law -teeman kannalta erityisen kiinnostava on Pöyhösen esitys niistä vaihtoehtoista, joiden avulla toisen asteen juridinen harkinta voidaan jäsentää rationaalisesti osaksi oikeudellisen päätöksenteon kokonaisuutta. Ensimmäisen toisen asteen harkintaa voidaan hänen mukaansa pitää ei-juridisena, ei-oikeudellisiin argumentteihin perustuvana. Hallinto- ja ympäristöoikeudessa voidaan puhua myös vapaasta harkinnasta. Tämä on yksi mahdollisuus soft law -aineistojen oikeuslähdeopilliseksi paikantamiseksi: kun tällaista aineistoa käytetään, kyse ei ole oikeudellisesta argumentaatiosta. Toiseksi Pöyhösen mukaan toisen asteen harkintaa voidaan pitää yleisiin tunnusmerkeihin perustuvasta ensimmäisen asteen harkinnasta poiketen täysin tapauskohtaisena, vain kunkin tapauksen erityispiirteisiin kiinnittyvänä *in casu* -harkintana. Tämä on myös yksi ympäristöoikeudellisessa keskustelussa esillä ollut mahdollisuus soft law -tyyppisten aineistojen oikeuslähdeopilliseksi paikantamiseksi (asiaa käsitellään jaksossa 3.2.6). Kolmanneksi Pöyhösen mukaan myös toisen asteen harkintaa saatetaan pitää ”oikeudellisena ja katsoa, että siinä nojaututaan samoihin perusteisiin kuin ensimmäisen asteen harkinnassa”. Sopimusoikeudellisten yleis-

lausekkeiden osalta Pöyhönen päätyy kolmanteen vaihtoehtoon.<sup>243</sup> Samoin voidaan mielestäni luonnehtia lain osoittaman harkintamarginaalin sisällä hyödynnettävää soft law -aineistoa: senkin käyttö oikeudellisen ratkaisun perusteena on juridista ja edellyttää samojen oikeudellisten tulkintaperiaatteiden käyttöä kuin lain tulkinta.<sup>244</sup>

Ympäristöoikeuden näkökulmasta on soft law -teorian puolustamisen yhteydessä tärkeätä siis korostaa, että myös soft law -tyyppisen aineiston käyttäminen oikeudellisen ratkaisun perusteena edellyttää paitsi lain myös kaiken muun ratkaisun perusteena käytettävän lähdemateriaalin tulkintaa ja soveltamista, toisin sanoen tällaisen aineiston normatiivisen merkityksen sisällöllis-aineellista arviointia kyseisessä yksittäisessä ratkaisutilanteessa. Argumentaatio-/normilähde -erottelu voi olla siihen sisäänrakentuneen ”lain tulkinnan apuväline” -korostuksen vuoksi omiaan hämärtämään oikeudellisen ratkaisun perusteena käytettävän muun aineiston kuin lain tilannekohtaisen tulkinnan ja tietoisin soveltamisen keskeisyyttä. Nähdäkseni voidaan siis myös sitoutumatta argumentaatio-/normilähde-erotteluun pitää soft law ’ta sellaisena oikeuslähteenä, joka ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomaisena perusteena.

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta tärkeästä korostuksesta, ettei soft law voi olla yksinomainen oikeuslähde, ei tule tehdä johtopäätöstä, että soft law ’ta jostain toisesta näkökulmasta tarkastellen ei voitaisi lähestyä kirjoitetulle lainsäädännölle *vaihtoehtoisena*. Kun sääntelyteoreettisesti arvioidaan esimerkiksi ohjauskeinojen valinnan kannalta erilaisia tapoja vaikuttaa kansalaisten ja yritysten käyttäytymiseen, soft law ’ta voidaan luonnollisesti esimerkiksi ohjauksen vaikuttavuuden näkökulmasta puolustaa velvoittavaa lainsäädäntöä parempana ja sille vaihtoehtoisena ohjausmuotona. Tältä kannalta soft law on ajankohtainen erityisesti EY-oikeudessa.<sup>245</sup>

### 3.2.5 Inventointiaineistojen erityislaatuisuus oikeuslähteenä

Oikeudellisen ratkaisun perusteena käytettävään inventointityyppiseen aineistoon näyttää liittyvän omia erityispiirteitään verrattuna muuhun edellä

<sup>243</sup> Pöyhönen 1988, s. 152–154.

<sup>244</sup> Ajatus kahden vaiheen juridisesta harkinnasta on samantyyppinen oikeudellisen ratkaisun tekemistä kuvaava malli kuin oikeudellinen syllogismi (ks. jakso 3.2.5) sikäli, että nämä harkinnan vaiheet ovat erotettavissa vasta *jälkeenpäin*. Ratkaisutilanteessa vaiheet sekoittuvat ja vaikuttavat toisiinsa kehämäisesti: lain harkintamarginaali määrittyy osaltaan sitä kautta, miten ja minkälaisen aineiston kautta sen ajatellaan voivan täsmentyä.

<sup>245</sup> Ks. *Senden* 2004, s. 4, 9–15.

esiteltyyn soft law -materiaaliin. Luonnontieteelliset inventoinnit ja karitukset näyttäisivät liittyvän ennen kaikkea ratkaistavan asian tosiasia-puolen selvittämiseen. Tästä näkökulmasta voisi ajatella, että esimerkiksi pohjavesi-inventointeja ei voida luonnehtia oikeudellisessa ratkaisussa *sovellettavaksi* oikeuslähteeksi.

Tällaisen ajatuksen arvioinnin perustaksi voidaan ottaa *Vihervuoren* ja *Hollon* esitykset subsumptiologiikasta ja oikeudellisesta syllogismista ympäristöoikeudellisen lainsoveltamisen kuvaamiseen soveltuvina malleina. Viime aikoina Vihervuori on kiinnittänyt huomiota prosessioikeudellisen todistelu- ja näyttökäsitteistön ja yleisemminkin fakta- ja normipremis-sien subsumptiokaavan ongelmallisuuteen hallintomenettelyssä ja -lainkäytössä. Sikäli kuin ratkaisun tosiasia- ja normipremissi voidaan ylipäänsä erottaa, samat tosiasiat voivat olla merkityksellisiä molempien osalta. Ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnettävää tieteellistä ja muuta selvitysaineistoa ei hänen mukaansa voida kuvata esimerkiksi todisteluksi, koska tällaisessa tyypillisesti tulevaisuuteen ankkuroituvassa selvitysaineistossa ei ole ollenkaan kyse totuudesta tai epätotuudesta siiviili- tai rikosprosessissa tarkoitettavassa merkityksessä.<sup>246</sup>

Samansuuntaisesti jo Hollo nosti väitöskirjassaan ”Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan” (1976) esille tämän ympäristöoikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteen muun muassa todetessaan, että ”[p]ilaamislu-pamenettelyssä ilmenee erityisen selvästi ylä- ja alalauseen heikko yhteys”.<sup>247</sup> Hollon tärkeä ja edelleen kiinnostava, teoksen useissa kohdin toistuva tul-kintateoreettinen viesti on, ettei vesioikeudellista lupaharkintaa voida ku-vata perinteisenä oikeudellisena syllogismina vesioikeudellisten ”joustavien oikeusharkintaisten”<sup>248</sup> normien monimuotoisuuden ja erityispiirtei-den vuoksi. Hänen mukaansa vesilain ”käyttäytymismallit [eivät] yleensä ole sellaisia, että edes muodollinen syllogismi olisi mahdollinen”.<sup>249</sup> Teok-sessa myös torjutaan ”deduktiivinen argumentointitapa” vesioikeudelli-sissa lupa-asioissa.<sup>250</sup>

Jos käytetään Hollon tekstiä vesioikeudellisen tradition edustavana ku-vauksena, tästä näkökulmasta esimerkiksi *Husan* luonnehdintaa KHO:n

<sup>246</sup> *Vihervuori* 2004, s. 499, 500, 506–507.

<sup>247</sup> *Hollo* 1976, s. 298.

<sup>248</sup> Luonnehdinta mts. 260.

<sup>249</sup> Mts. 28. Ks. myös *Vihervuori* 2004, s. 496, jossa vesioikeutta yleisemmässä analyysisä arvioidaan, ettei hallintopäätös yleensä seuraa ”fakta- ja normipremissin subsumptio-kaavaa eli klassista loogista syllogismia”.

<sup>250</sup> *Hollo* 1976, s. 259.

Vuotos-ratkaisusta *KHO 2002:86* (ään. 6–1) – ”[k]äsitys siitä, että kyseessä olisi *normaali* oikeusharkinta, koskien joustavan oikeusnormin *soveltamista*, ei vaikuta juuri tässä tapauksessa kovinkaan kirkkaalta” – ei tarvinne pitää ympäristöoikeuden kannalta kovin radikaalina (tai ongelmallisena). Kokonaan eri asia on sitten se, ettei vesioikeudellisen tulkinnan erityispiirteistä kuitenkaan suinkaan seuraa Husan väittämällä tavalla ratkaisun perustuminen muihin kuin ”oikeuden sisäisiin perusteisiin”.<sup>251</sup> Vuotos-ratkaisua oikeudellisen ratkaisun teorian näkökulmasta analyttisemmin arvioiva *Kuusiniemi* osoittaa joustavien normien tulkintavaihtoehtojen täsmentämisen Vuotos-ratkaisunkin tapaisissa tilanteissa tapahtuvan institutionaalista tukea nauttivan oikeudellisen aineiston ja luotettavien faktaselvitysten perusteella systemaattis-teleologista tulkintaa ja periaatesuuntautunutta tulkintametodia hyödyntäen.<sup>252</sup> – Syllogismiteeman keskeisyyttä ympäristöoikeudessa osoittaa se, että Kuusiniemen artikkelissakin on itse asiassa kyse oikeudellisen syllogismin premissistä ja subsumptiosta (vaikkei hän itse tähän näkökulmaan suoranaisesti viittaakaan). Artikkelin keskeisenä lähtökohtana olevan jäsenyyksen eettisiin *luontoarvoihin* ja ekologisiin *luonnonarvoihin*<sup>253</sup> voidaan tulkita osittain ja osaltaan (ei kattavasti) kuvastavan ympäristöoikeudellisen ratkaisun normi- ja faktapremissejä, joiden muodostamisen perusteita artikkelissa siis näin tulkiten arvioidaan.

Vihervuoren ja Hollon esitykset subsumptiologiikan ja syllogismin ongelmallisuudesta ympäristöoikeudessa eivät kovin vahvasti kiinnity dokumentaatioltaan oikeusteoreettiseen keskusteluun. En ole aivan vakuuttunut siitä, etteikö myös ympäristöoikeudessa yleensä *jälkikäteisesti* voitaisi kuvata tehtyjä ratkaisuja syllogismina erottaen niiden normi- ja faktapremissit. Mainittujen esitysten keskeisviestin voi ymmärtää olevan korostaa päätösheuristiikan tasolla näiden premissien muodostamisen yhteenkietoutuneisuutta yksittäisessä päätöksentekotilanteessa *premissien muotoilemisen* (ulkoisen justifikaation) näkökulmasta.<sup>254</sup> Tältä kannalta teemaa käsitellään myös oikeudellisen päätöksenteon rakennetta ja oikeuttamista koskevassa teoreettisessa kirjallisuudessa, jossa syllogismin rajoitteet on pit-

<sup>251</sup> Husa 2004, s. 127.

<sup>252</sup> Kuusiniemi 2003, s. 67–78.

<sup>253</sup> Kuusiniemi 2003, s. 64.

<sup>254</sup> Tuorein kotimainen puheenvuoro syllogismin puolesta lienee *Sajaman* (2004) oikeudellisen argumentaation perusteita luotaava esitys. Sajaman esityksessä keskeistä on *Aarnioon* tukeutuva erottelu (syllogismin) *sisäiseen* perusteluun ja (syllogismin premissien valintaan liittyvään) *ulkoiseen* perusteluun. Hän korostaa (s. 34, 43) oikeudellisen ratkaisun keksimisen ja syllogismin sisäisen perustelemisen eroa: ”Kukaan syllogismimallin puolustaja ei liene koskaan väittänyt, että joku olisi *keksinyt* jonkin ratkaisun syllogismin avulla. – – Syllogismia ei tarvitse pelätä, mutta ei pidä myöskään kuvitella, että sillä voitaisiin *ratkaista* yhtään tapausta. Se ei ole ratkaisujen keksimisen väline vaan jo löydetyn ratkaisun [sisäisen] perustelemisen väline.”



kään tunnistettu. Joka tapauksessa kysymys ympäristöoikeuden mahdollisesta erityislaatuisuudesta tässäkin suhteessa on kiinnostava, ja se haastaa jatkotutkimukseen osana alan yleisten oppien kehittämistä.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta Vihervuoren ja Hollon esitysten perusteella voidaan tehdä joka tapauksessa johtopäätös, että inventointiaineistoja ei voida luonnehtia aina vain ratkaistavan asian tosiasiapuolen selvittämiseen liittyväksi ei-oikeuslähdeopilliseksi, ”ei oikeastaan oikeudellisesti sovellettavaksi” kategoriaksi. Esimerkiksi selvilläolovelvollisuuksien kautta oikeudellisessa päätöksenteossa huomioonotettavaa kaikkea luonnontieteellistä aineistoa ei voida aina luonnehtia vain oikeudellisen harkinnan tosiasiapuolen selvittämiseksi (faktapremissin muodostamisen merkityksessä). Esimerkiksi pohjavesi-inventointien osalta kyse ei ole vain tosiasioden empiirisestä selvittämisestä näytön hankkimisen tai todistelun merkityksessä, vaan keskeisesti myös ratkaisussa sovellettavan lain säännöksen merkityssisällön täsmentämisestä ja konkretisoimisesta yksittäistapauksessa. Myös tätä aineistoa on muun asiassa hyödynnettävän materiaalin (esimerkiksi säädösten) tavoin *tulkittava ja sovellettava* yksittäisen ratkaisutilanteen erityispiirteet (asian tosiasiat) huomioon ottaen.

Vaikka inventointiaineistojen merkityksen katsottaisiin liittyvän enemmän ratkaisun fakta- kuin normipremissin muodostamiseen, tästä ei vielä seuraa, että kyse ei voisi olla oikeuslähteestä. Inventointityyppinen aineisto toimii päätöksenteossa yksittäisen ratkaisun empiiristen tosiasioden arvioinnissa käytettävänä *kriteeristönä*. Tällaisia kriteeristöjä tarvitaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, jotta ratkaistavana olevan tapauksen faktoja voidaan verrata mahdollisten aiempien ratkaisujen faktoihin. Kun ympäristöoikeudessa yhdenvertaisuusvaatimus kohdistuu erityisesti ympäristö- ja luonnonolosuhteisiin, kontrolloitavissa olevan yleistettävän kriteeristön olemassaolo tapauskohtaisten faktojen arvioinnin perustana on aivan olennaista.

Oikeuslähteitä käytetään siis sekä ratkaisun normi- että faktapremissin muodostamisessa. Ratkaisun faktapremissi on – tapauskohtaisten tosiasioden selvittämisen ohella – myös *oikeuslähteitä hyödyntäen tulkittu, kvalifioitu tosiasia*.<sup>255</sup> Oikeuslähteiksi ymmärrettyjen inventointiaineistojen voi myös sanoa liittyvän erityisesti normien ja faktojen välisen subsumptiosuhteen täsmentämiseen: kuten *Klami* on korostanut, oikeudellisen päätöksenteon epävarmuuden lähteenä on yleensä nimenomaan *faktojen ja*

<sup>255</sup> Ks. oikeus- ja tosiasiakysymysten kietoutumisesta toisiinsa myös *Aarnio* 1989, s. 174–180.

*normien suhde.*<sup>256</sup> Myös *Tuori* viittaa ymmärtääkseni tähän puhuessaan *lainkäytön hermeneuttisesta kehästä*. Hän korostaa oikeusnormin valinnan ja muotoilemisen sekä jutun tosiasioiden arvioimisen ja kuvaamisen riippuvuutta toisistaan.<sup>257</sup>

### 3.2.6 Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu

Mielestäni edellä esimerkinomaisesti esiteltyjen aineistojen oikeuslähdeopillista asemaa ei voida riittävästi tai kattavasti tavoittaa luonnehtimalla tätä aineistoa tavanomaiseksi oikeudeksi, moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi, hallinnon virallislähteeksi tai tarkastelemalla aineistoa vakiintuneena hallintokäytäntönä tai argumentaatiolähteenä, jota käytetään varsinaisten normilähteiden tulkinnan apuna. Aineistoilla on monelta osin toki yhtäläisyyksiä näihin kategorioihin, ja joiltakin osin nämä luokittelut voivat auttaa soft law -aineistojen oikeudellisessa paikantamisessa. Havainnollisempaan pitäisin kuitenkin tunnistaa normatiiviselta velvoittavuudeltaan ja sisällöltään epämääräinen ja monimuotoinen soft law -kategoria myös kansallisen oikeuden erääksi erityiseksi oikeuslähdeksi. Soft law'n oikeuslähdeopillisen merkityksen määrittäminen näyttäisikin edellyttävän samantyyppistä perinteisen normatiivisen oikeuslähdeopin kyseenalaistamista kuin taloustieteellisen argumentaation roolin paikantaminen oikeudellisessa tulkinnassa<sup>258</sup>.

Jos kaikkea jaksossa 2 esimerkinomaisesti kuvattua, lainsoveltamisen kannalta relevanttia aineistoa pyritään luonnehtimaan kattavalla soft law -käsitteellä, sen merkityssisältö muodostuu tällöin hyvin laajaksi ja epätasemmiliseksi.<sup>259</sup> Perustellusti voidaan epäillä, onko tällaisella laaja-alaisella ja epätasemmisellä käsitteellä käyttöä oikeudellisen harkinnan ja argumentaation premissien kuvaamisessa ja oikeuslähdeopillisessa keskustelussa. Onko velvoittavan/sitovan oikeuden ja politiikan/moraalin väliin ylipäänsä tarpeen luoda mitään harmaana vyöhykkeenä näyttäytyvää oi-

---

<sup>256</sup> *Klami* 1980, s. 17.

<sup>257</sup> Ks. oikeusteorian perusoppikirjan tasolla *Tuori* 2003, s. 21: ”Yhtäältä siis jutussa sovellettava oikeusnormi voidaan valita ja täsmentää vain jutun tosiasioiden pohjalta, mutta toisaalta se, mitkä ovat jutun tosiasioita oikeudellisessa mielessä, voidaan päätellä vain jutussa sovellettavan oikeusnormin perusteella.”

<sup>258</sup> Taloustieteen roolia modernissa tulkinnassa valottava *Mähönen* (LM 2004, s. 49) korostaa, ettei hän ”millään muotoa tarkoita taloustieteellisellä argumentaatiolla samaa, kuin mitä perinteisessä oikeuslähdeopissa on reaalisilla argumenteilla tarkoitettu.”

<sup>259</sup> Soft law -käsitteelle on yleisemminkin leimallista tietynasteinen epämääräisyys ja täsmentymättömyys, ks. myös *Tala* JFT 1986, s. 124–125.

keudellisesti epämääräistä välimaastoa? Myös kansainvälisessä oikeudessa, jossa soft law -teoriolla on pitkä perinne, se on edelleen kiistanalainen ja monelta suunnalta kritisoitu.<sup>260</sup>

Osin perustelluistakin epäilyistä huolimatta pidän soft law -käsitettä oikeuslähdeopillisesti hyödyllisenä. Soft law'n tunnistaminen myös kansallisen oikeuden oikeuslähteeksi palvelee ennen kaikkea oikeudellisen tulkinnan lähdeaineiston laaja-alaistumisen kuvaamisessa. Samassa tarkoituksessa voidaan käyttää toki monia muitakin ilmaisuja, esimerkiksi ajatusta *oikeuslähteiden polysentriasta* tai *oikeuslähdeopin dynaamisuudesta*. Tuori viittaa oikeuslähteiden polysentrialla siihen, että ”oikeudellisten ongelmatilanteiden ratkaisunormi” voidaan muodostaa hyvin erityyppisistä oikeuslähteistä peräisin olevan normiaineistoon tukeutuen. Hänen mukaansa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa käytettävä normiaineisto ei ole ”enää järjestettävissä sellaisella oikeuslähdeopilla, joka rakentuu kansallisen lainsäätäjän suvereniteetin varaan”.<sup>261</sup> Staattisen (lainsäädäntökeskeisen ja eri oikeuslähteiden oikeussysteemisen painoarvon vakioivan) oikeuslähdeopin täydentyminen dynaamisilla oikeuslähteillä taas on eräs *Siltalan* oikeuslähdeopin keskeisteesi.<sup>262</sup> Dynaamisten oikeuslähteiden hän kuvaa olevan tilannekohtaisesti muuttuvia ja systeemisesti ”kelluvia” eli oikeuslähdeopilliselta ratkaisuarvoltaan ei-vakioituja ratkaisuperusteita.<sup>263</sup>

Soft law on näihin ilmaisuihin verrattuna nähdäkseni sikäli havainnollisempi, että se ainakin väljästi osoittaa, millaiseen aineistoon oikeudellisen ratkaisutoiminnan laaja-alaistumisella viitataan.<sup>264</sup> Mielestäni soft law

<sup>260</sup> Ks. kriittisesti soft law'n ”pehmeästä velvoittavuudesta” ja käsitteestä yleisestikin *Koivurova* 2002, s. 76–79, 97–99, 126–127. Kansainvälisen oikeuden piirissä myös *Klabbers* on suhtautunut kriittisesti soft law -teesiin. Hänen mukaansa sille ei löydy tukea sen kummemmin valtio- kuin tuomioistuinkäytännöstäkään, eikä sitä voida teoreettisesti perustella eikä oikeuttaa. Soft law'n soveltaminen johtaa käytännössä hänen mukaansa tosiasiaa juuri siihen binaariseen vastakkainasetteluun (laiton/laillinen), joka on perinteiselle ”kovalle” oikeudelle ominainen ja josta soft law väitetysti pääsee eroon, ks. esim. *Klabbers* 1996, 157–164. Ks. soft law -käsitteen kritiikistä ja toisaalta sen eduista ympäristönäkökulmasta myös esim. *Alder – Wilkinson* 1999, s. 107.

<sup>261</sup> *Tuori* LM 2004, s. 1223.

<sup>262</sup> *Siltala* 2003, s. 199–204, 284–300. Dynaamista ulottuvuutta *Siltalan* mallissa edustavat ennen kaikkea oikeusperiaatteet sekä EY-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut. Ks. tarpeesta ymmärtää oikeuslähdeoppi dynaamiseksi myös esim. *Mähönen* LM 2004, s. 63–64. Hänen mukaansa ”[o]ikeudellisia informaatiolähteitä ei voi kategorisoida ja priorisoida toisiinsa nähden.”

<sup>263</sup> *Siltala* 2003, esim. s. 287.

<sup>264</sup> Ks. myös *Senden* (2004, s. 110–111), joka mainitsee soft law'lle vaihtoehtoisina, osin samassa tarkoituksessa käytettyinä käsitteinä seuraavat: ”informal instruments” ”pseudo- or quasi-legislation” ja ”administrative rules”. Hän ei pidä näitä kuitenkaan esityksensä kannalta tyydyttävänä vaan osoittaa soft law'n käyttökelpoisemmaksi.

-käsitteestä on hyötyä, kun halutaan korostaa, että ympäristöasioita koskevassa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnetään – ja *pitää* hyödyntää – muutakin aineistoa kuin lakeja, muita kirjoitettuja säädöksiä, niiden esitöitä ja ennakkotapauksia.<sup>265</sup> Soft law on käyttökelpoinen kattokäsite täsmentymättömälle ja muuttuvalle joukolle sellaisia muodollisesti ei-velvoittavia instrumentteja, joiden oikeudellinen luonne on joltakin kannalta epäselvä tai epämääräinen<sup>266</sup>.

Oikeuslähteeksi ymmärrettävän soft law -aineiston velvoittavuus voi olla perinteisellä käsitteistöllä ilmaistuna kolmentyyppistä. Soft law -aineisto voi olla oikeuslähdeopillisesti sellaista, että lainsoveltamisessa aineisto *saadaan* ottaa huomioon. Soft law -aineisto voi yksittäisessä soveltamistilanteessa kuitenkin olla perinteisellä käsitteistöllä kuvatun sellaista, että oikeudellista ratkaisua tekevän *pitää* ottaa aineisto huomioon ratkaisuharkinnassa, vaikka aineistolla ei olisikaan lakiin perustuvia muodollisia oikeusvaikutuksia. Kolmanneksi on mahdollista, että soft law -tyyppiseltä näyttävää aineistoa *ei saa* ottaa huomioon: kaikella asian käsittelyssä ehkä esitetyllä aineistolla ei välttämättä ole oikeudellista relevanssia.

Perinteisen normatiivisen oikeuslähdeopin kannalta haastavaa on, että normatiivinen velvoittavuus akselilla pitää – saa – ei saa ottaa huomioon on usein kuvattavissa vasta jälkeensä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että aineiston velvoittavuuteen ei ole tarpeen kiinnittää huomiota.<sup>267</sup> Lainsoveltajan on päätöstä tehdessään tunnistettava ja pystyttävä määrittelemään, millaisen aineiston varassa ja millainen normatiivinen painoarvo aineistolle antaen ratkaisuun on päädytty. Näyttäisi olevan tärkeätä korostaa vailla muodollisia oikeusvaikutuksia olevan erillisen soft law -kategorian *tunnistamisen tärkeyttä* ja rajankäyntiä niihin oikeuslähteisiin, joiden velvoittavuus perustuu muodolliseen velvoittavuuteen. Syytä on myös kiinnittää huomiota siihen, että erityyppinen soft law -aineisto voi saada oikeudellisen ratkaisun perusteena erilaisen painoarvon. Esimerkiksi luonnontieteelliseen ja muuhun inventointiaineistoon viittaaminen päätöksenteossa huo-

---

<sup>265</sup> Asia voidaan ilmaista myös – *de Sadeleeria* (2002, s. 247–249, 252) mukaillen – siten, että lain ja ei-lain (”law and non-law”) välinen jyrkkä erottelu on suhteellistunut, kun oikeus on muuttunut yhä avoimemmaksi muille normatiivisille järjestelmille. Tämän suhteellistumisen kuvaamisessa ja tavoittamisessa soft law -käsite on mielestäni hyödyllinen.

<sup>266</sup> Ks. myös *Senden* 2004, s. 113.

<sup>267</sup> Ks. myös *Palokangas – Tarukannel – Nuuja* 1993, s. 36–I, jossa ympäristöoikeuden kannalta korostetaan, että ”oikeuslähteiden velvoittavuutta koskevaan oppiin on syytä suhtautua varauksella”. He eivät kuitenkaan väitä, että velvoittavuuskategorioilla ei olisi mitään merkitystä. Velvoittavuuskategoriat ovat päättelyn lähtökohtia, jotka voivat konkreettisissa tulkintatilanteissa modifioitua.

mioonotettavana selvitysaineistona on eri tavalla normatiivisesti määritettyä kuin vaikkapa perustuslaillisesti ongelmallisiin, lakiin perustuttomiin ministeriöiden ohjeisiin, suosituksiin ja muistioihin tukeutuminen. Tämä ero inventointiaineiston ja hallinnollista tietä syntyneen aineiston välillä näkyy selvästi korkeimman hallinto-oikeuden perustelutavoissa.

Soft law -aineiston normatiivinen velvoittavuus ja oikeusvaikutukset ovat *soveltamistilannekohtaisia*: oikeusvaikutukset vaihtelevat aineistotyypeittäin ja riippuvat samankin aineiston osalta sovellettavasta lainsäädännöstä ja kyseessä olevasta harkintatilanteesta. Soft law -oikeuslähteiden yleistävään luokitteluun tai yksittäisenkään aineistotyyppin normatiivisen velvoittavuuden yleistävään kuvaamiseen ei kannata ryhtyä. Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa esimerkiksi *Vihervuori* korostaa (suojelusuunnitelmiin liittyen), että kysymys oikeusvaikutuksista ”on ratkaistavissa vain kunkin lupajärjestelmän ja harkintatilanteen yhteydessä erikseen”.<sup>268</sup> Tilannekohtaisuuteen yleisemmin – sekä tietyssä tulkintatilanteessa käytettävien oikeuslähteiden ja niiden keskinäisen painoarvon että päätöksenteossa tarvittavan ”terveyshaittoja koskevan faktisen tiedon” osalta – kiinnittää huomiota ympäristöpäätöksenteossa myös *Tarukannel*.<sup>269</sup> Myös aiemmin soft law -tyyppiseksi luonnehdittavan rantojen suojeleluohjelman normatiivista merkitystä – ympäristölainsäädännön asiantuntevasti huomioonottaen – analysoiva *Länsineva* painottaa ohjelman normatiivisen merkityksen liukuvalla asteikolla ”täydestä sitovuudesta sitomattomaan” ratkeavan vasta konkreettisisä päätöksentekotilanteissa. Hänen mukaansa ohjelmalle ”kulloinkin annettava argumentatiivinen painoarvo riippuu – – ratkaisevasti päätöksentekokontekstista”. Ohjelman normatiivisen merkityksen määrittämiseksi on ”tunnettava tarkkaan, minkälaista päätöstä, minkälaisissa olosuhteissa ja minkälaisessa lainsäädännöllisessä kehyksessä kulloinkin ollaan tekemässä”.<sup>270</sup>

Ympäristöoikeudellisten soft law -oikeuslähteiden tunnistaminen näyttää olevan kiinnostavasti yhteyksissä ajankohtaiseen keskusteluun oikeuslähdeopin *dynaamisuudesta* ja *kontekstualismista*<sup>271</sup> oikeudellisen päätöksenteon mallina. Esimerkiksi *Pöyhösen* (nyk. Karhu) muotoileman *tilan-*

<sup>268</sup> *Vihervuori* 1989a, s. 196.

<sup>269</sup> *Tarukannel* 1990, s. 163, 174.

<sup>270</sup> *Länsineva* 1995, s. 290.

<sup>271</sup> Ks. kontekstualismista esim. *Niemi LM* 1998, s. 352–359, *Pöyhönen* 2000 passim, *Länsineva* 2002, s. 16–17, *Niemi* 2002, s. 195–197 ja *Niemi* 2004, s. 17–18. Ks. myös *Häyhä* 2000, esim. s. 20, 64–67. Oikeuslähdeopin dynaamisuuden korostamisella tavoiteltaneen ainakin osin samaa kuin ratkaisutoiminnan kontekstuaalisuuden painottamisella. Tähän yhteyteen viittaa esim. *Siltala* 2003, s. 300.

neherkän oikeusajattelun peruslähtökohdat näyttäisivät soveltuvan perinteisiä oikeuslähdekategorioita (esimerkiksi tavanomaista oikeutta ja vaikiintunutta hallintokäytäntöä) paremmin soft law -tyyppisen aineiston tunnistamiseen ja aineiston käytön kontrolloijaksi. Kontekstualistinen tilanneherkkä oikeusajattelu avaa oikeudellista harkintaa soft law -aineistolle. Pöyhönen painottaa ”ongelmakeskeistä soveltamistilanteen tunnistamista ja juridista tilannetajua normilähtöisen, normin yleisten soveltumisedellytysten täyttymiseen keskittyvän tarkastelun sijasta”. Vaikka jokaisen yksittäistapauksen ratkaisemisen lähtökohtana ovat hänen mallissaan sen juridisesti tyypilliset piirteet, ratkaisuharkinnan lähtökohta ei ole normien muodollisesta pätevydestä seuraava velvoittavuus.<sup>272</sup>

Kontekstualistinen tilanneherkkä oikeusajattelu on ympäristöoikeuden alueella erityisen hyödyllinen lähestymistapa, koska ympäristöasioita koskevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelma ei ole liian dynaaminen, joustava tai vapaamielinen oikeuslähteiden tulkinta ja soveltaminen, vaan päinvastoin – varsinkin viranomaispäätöksenteossa – edellä käsiteltyjen soft law -tyyppisten aineistojen liian kaavamainen ja joustamaton soveltamistapa. Oikeudelliseen päätöksentekoon tyypillisesti oikeuslähdeopin muodossa sisältyvä auktoriteetti-usko ilmenee ympäristöpäätöksenteossa ylimuodollisena suhtautumisena erityisesti luonnontieteelliseen ja tekniseen materiaaliin.<sup>273</sup> Taustalla on tältä osin myös vanha hokema siitä, että juristit voivat luottaa luonnontieteellisiin faktoihin sellaisina kuin ne heille esitetään (tämä ei pidä lainsoveltamisen näkökulmasta tietenkään paikkaansa). Kun varsinkin keskushallinnon antaman ohjeistuksen oikeudellinen sitovuus voi olla epäselvää ja tulkinnanvaraista, yleisten sääntöjen seuraamiseen tottuneet viranomaiset ovat taipuvaisia noudattamaan varsin muodollisesti myös suositusluonteista ohjausta<sup>274</sup>.

Osin kaavamaiset soveltamiskäytännöt johtuvat oikeusnormeja ympäristöhallinnossa tyypillisesti juristien sijasta tai ohella soveltavien biologien, metsänhoitajien, maantieteilijöiden, ympäristötieteilijöiden ja diploma-insinöörien puutteellisesta oikeudellisesta koulutuksesta. Ympäristöasioissa viranomaisasteessa päätöksiä tekevien ei-juridinen koulutustausta ilmenee muiden ympäristötieteiden rationaliteetin heijastumisena oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Ministeriön ohjeet ja muu viranomaisten tuottama soveltamiskäytäntöjen yhdenmukaistamiseen tähtäävä aineisto sisältää tyypillisesti lakia ja usein myös asetuksia konkreettisempia päätöksen-

---

<sup>272</sup> Pöyhönen 2000, s. 186, 199.

<sup>273</sup> Tähän kiinnittää huomiota Herler 2004, s. 60–61.

<sup>274</sup> Länsineva 1995, s. 268.

teon kriteerejä, esimerkiksi erilaisia numeerisia peukalosääntöjä. Ymmärrettävästi ne muiden ympäristötieteiden rationaliteetin näkökulmasta tunnut paljon ”omemmilta” kuin esimerkiksi diplomi-insinöörin silmin epämääräisenä ”humanismina” näyttäytyvät, ympäristöoikeudellisessa lainsoveltamisessa keskeiset periaatelähtöinen, perusoikeusmyönteinen tai teologinen tulkinta. Lain joustavien säännösten jättäessä tilaa harkinnalle on työekonomisestikin ymmärrettävästi houkuttelevaa tukeutua selkeisiin ja helposti sovellettaviin ohjeista löytyviin konkreettisiin viitearvoihin. Normatiivisen oikeuslähdeopin näkökulmasta esimerkiksi erilaiseen soft law -aineistoon perustuvat ohjearovot näyttävät usein saavan viranomaispäätöksenteossa *liian vahvan oikeuslähteen* statuksen.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on laajalti dokumentoitu erityisesti hallinnollisen ohjauksen muodossa syntyneen aineiston kaavamaisia soveltamiskäytäntöjä viranomais- ja osin myös tuomioistuinikäytännössä.<sup>275</sup> Sallitun oikeuslähteen statusta suurempaan hallinnollisen ohjeistuksen tosiasialliseen merkitykseen ympäristöpäätöksenteossa on kiinnittänyt huomiota aiemmin muun muassa *Kuusiniemi* (1992). Vaikka tuomioistuimet eivät kovin laajasti yleensä viittaa muihin kuin vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin, muodollisesti ei-sitovalla hallinnollisella ohjeistuksella oli hänen mukaansa myös lainkäyttöön ulottuvaa tulkinnallista merkitystä. Hän osoitti silloisen terveydenhoitolain (469/1965) osalta, että hallinnollista tietä annetuista, muodollisesti sitomattomista ohjearvoista poikkeavia ratkaisuja tehtiin oikeuskäytännössäkin harvoin. Hän tiivistää: ”Suuntaviihoksi tarkoitettu ohje on käytännössä jäykistynyt terveydellisen sietokynnyksen formulaatioksi (kurs. poist.)”<sup>276</sup> Hallinnollisen ohjeistuksen kaavamaisiin soveltamiskäytäntöihin on aiemmin kiinnittänyt huomiota myös *Tarukannel* (1990), joka osoitti silloisilla lääkintöhallituksen ei-sitovilla ohjekirjeillä olleen terveydenhoitoviranomaisten sijoituslupapäätöksenteossa suuren käytännön merkityksen.<sup>277</sup>

<sup>275</sup> Ks. yhtenäisten soveltamiskäytäntöjen aikaansaamiseen tähtäävän, suosituksen luontaisen yleisohjeistuksen tosiasiallisesta sitovuudesta viranomaispäätöksenteossa myös *Laakso*, S. 1990, s. 91. Hän luonnehtii ohjeita oikeuslähdeopilliselta statukseltaan sallituiksi lähteiksi eli asia-argumenteiksi.

<sup>276</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 132–133, 296–358, 837–842, sit. s. 356. Terveydenhoidollisiin ohjearvoihin oli tutkimuksen mukaan (s. 274) paljon tukeuduttu myös naapurussuhdelakia yleisissä tuomioistuimissa sovellettaessa.

<sup>277</sup> *Tarukannel* 1990, s. 174–179. – Ympäristöoikeuden ulkopuolelta on syytä mainita erityisesti *Huhtasen* (1994) toimeentulotuen myöntämiseen liittyviä soveltamiskäytäntöjä koskeva tutkimus. Hän osoittaa (s. 296–302) sosiaalihuollituksen soveltamisohjeita sovelletun sosiaalilautakuntien päätöksenteossa tuenhakijoiden oikeusturvaa heikentäneellä tavalla hyvin kirjaimellisesti ja kaavamaisesti.

Useissa Kuusiniemen ja Tarukanteleen tutkimusta tuoreemm issakin lupapäättösten tai tuomioistuinratkaisujen empiiriseen analyysiin perustuvissa ympäristöoikeudellisissa tutkimuksissa toistuvat samansuuntaiset johtopäätökset. *Kettusen* tuoreessa tutkimuksessa alueellisten ympäristökeskusten eläinsuojien ympäristöluvista<sup>278</sup> edellä (jaksossa 2.4) mainitun ympäristöministeriön kirjeen kotieläinsuojien ympäristöluvasta osoitetaan olevan käytännössä keskeinen ympäristökeskusten päätöksenteossa käytettävä oikeuslähde. Lupapäätöksissä ohjeisiin viitataan vakiintuneesti ja siis perustellaan lupapäätöksiä ohjetta oikeuslähteenä käyttäen.<sup>279</sup> *Ruuska* osoittaa alueellisten ympäristökeskusten ja KHO:n vanhojen pilaantuneiden maa-alueiden kunnostamista koskevan päätösaineiston<sup>280</sup> perusteella, että pilaantuneiden maa-alueiden riskinarviointi perustuu pääsääntöisesti ja suhteellisen kaavamaisesti SAMASE-projektissa laadittuihin ohje- ja raja-arvoihin.<sup>281</sup> *Matilainen* kiinnittää huomiota viranomaisohjeistuksen keskeiseen merkitykseen kivenmurskaamoiden ympäristöluvituksessa. Melua koskevan ohjeistuksen ohella hän mainitsee tielaitoksen ympäristönsuojeluohjeet, jotka ovat hallinto- ja oikeuskäytännössä toimineet kiinnekohtana arvioitaessa riittävää suojaetäisyyttä häiriintyviin kohteisiin. Ohjeiden mukaisten suojaetäisyyksien noudattamisen on hänen mukaansa useimmiten tulkittu turvaavan terveyshaittojen torjumisen ja mahdollistaneen luvansaannin.<sup>282</sup>

Päätösten perustaminen kaavamaisesti ja rutiininomaisesti esimerkiksi ministeriön tuottamiin oppaisiin tai ohjekirjeisiin on oikeudellisesti ongelmallista. Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu voisi olla mahdollisuus näiden ongelmien hallitsemiseen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Kontekstuaalismi on yksi tapa painottaa erilaisten tilanteiden erityispiirteistä seuraavien, tyyppitapauksista poikkeavien ratkaisujen mahdollisuuden jatkuvaa olemassaoloa.<sup>283</sup> Tilanneherkkä oikeusajattelu näyttäisi käyttökelpoiselta tavalta korostaa soft law -tyyppisen aineiston käyttöön liittyvän *soveltamistilannekohtaisen sisällöllisen harkinnan kes-*

---

<sup>278</sup> Aineisto sisälsi 76 lupapäätöstä.

<sup>279</sup> *Kettunen* YJ 2004, s. 49, 60.

<sup>280</sup> Aineisto sisälsi 191 alueellisten ympäristökeskusten päätöstä ja 7 KHO:n päätöstä.

<sup>281</sup> *Ruuska* YJ 2000, s. 53–56. Myös *Tuomaisen* (2001, s. 4) mukaan SAMASE-loppuraportissa esitetyt ohje- ja raja-arvot ”ovat käytännössä ohjanneet voimakkaasti ympäristöhallinnon toimintaa ja vaikuttaneet erityisesti toteutettujen puhdistamishankkeiden lupapäätöksiin.”

<sup>282</sup> *Matilainen* YJ 2000, s. 30–31, 34.

<sup>283</sup> *Niemi* 2002, s. 196–197.



keisyyttä.<sup>284</sup> Tilanneherkkyys on oikeudellisen ratkaisijan kykyä tunnistaa ja havaita eri tilanteiden erityispiirteitä.<sup>285</sup>

Kontekstualismin kautta avautuvan oikeudellisen päättelyn perustavanlaatuisen epävarmuuden avulla voidaan painottaa päättelyn *avoimuutta ja kontrolloitavuutta*.<sup>286</sup> Esillä olevan teeman kannalta tämä tarkoittaa konkreettisemmin päätösten tosiasiallisten perusteiden aukikirjoittamista ja hyödynnetylle soft law -tyyppiselle aineistolle annetun oikeudellisen painoarvon perustelemista. Vaikka kontekstualismi toisaalta edellyttää, että juridisessa harkinnassa otetaan huomioon kunkin tapauksen relevantit erityispiirteet, toisaalta tilannesidonnaisuuden keskeinen piirre on samalla myös ennakoitavuuden, systemaattisuuden ja johdonmukaisuuden vaatimus. Kun oikeutta lähestytään kontekstisidonnaisena ilmiönä, systemaattisuuden vaatimus kohdistuu – *Länsinevaa* seuraten – ”erityisesti oikeusnormien soveltamiseen konkreettisissa päätöksentekotilanteissa eikä niinkään oikeusnormeihin ja normijärjestelmään sellaisenaan”.<sup>287</sup>

Tapauskohtaisten erityispiirteiden ja oikeudessa keskeisen ennakoitavuuden yhteensovittaminen on oikeudellisen ajattelun klassisia teemoja, johon jatkuvasti palataan uusin sanankääntein ja muotoiluvin. Usein tämä klassinen sisällön (materiaalisen oikeudenmukaisuuden) ja muodon (oikeudellisen formalismin) dialektisen suhteen käsittely kytkeytyy tavalla tai toisella kontekstualistisiin painotuksiin. Tuoreista kotimaisista muotoiluista voi mainita esimerkiksi *Tolosen* korostuksen *normivaateen* ja *asianmukaisuusvaateen* keskinäisen yhteensovittamisen ja tasapainottamisen keskeisyydestä oikeudellisessa harkinnassa. Kumpaakaan ei voida sulkea pois, mutta joka kerta on erikseen arvioitava, miten näitä kahta puolta on painotettava: ”Jos tuomitsemme pelkän normivaateen mukaan, toimintamme on kaavamaisista rutiinia. Jos taas unohdamme sen ja painotamme yksinomaan konkreettista olosuhdetta ja joustavuutta (asianmukaisuusvaadetta), hävitämme oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden.”<sup>288</sup> Kriittisen oikeusteorian näkökulmasta *Petman* painottaa tuomarin jatkuvan kriittisen itsetutkiskelun merkitystä tuomarin-kulttuurin keskeisenä ainesosana oikeuden laueamattomien jännitystilojen äärellä. Kun sekä formalismi (rutiininomainen ja passiivinen nojautuminen vain kirjoitettuun lakiin) että antiformalismi (ratkaisijan preferensseistä riippumattomaan moraaliin ja arvoihin nojautuminen)

<sup>284</sup> Ks. myös *Niemi* (LM 1998, s. 354, 358), joka korostaa kontekstisidonnaisuudesta seuraavan todellisen aineellisen harkinnan keskeisyyttä oikeudellisessa tulkinnessa.

<sup>285</sup> *Karhu* LM 2003, s. 803. Ks. lainsoveltajan itsenäisen ja riippumattoman harkinnan keskeisyydestä myös jo *Haataja* 1940, s. 135.

<sup>286</sup> Ks. myös *Niemi* 2004, s. 19.

<sup>287</sup> *Länsineva* 2002, s. 16.

<sup>288</sup> *Tolonen* 2003, s. 121.

ovat kestävämpiä, tarvitaan Petmanin kaksinaissitoutumiseksi kutsuttua orientoitumista: ”tuomarin on sekä pidettävä yllä järjestystä – – että toteutettava oikeudenmukaisuutta – –. Näiden kahden vastakkaisen sitoumuksen vaatimukset voivat olla vain tapauskohtaisia: tuomarin on ne itse asetettava.”<sup>289</sup> *Häyhä* (monien muiden tutkijoiden tavoin) painottaa tapauskohtaisuuden ja ennakoitavuuden välisen jännitteen hallinnassa oikeusperiaatteiden merkitystä, jotta ”päättelyä ei olisi tarvetta kytkeä yksin ratkaistavan tapauksen erityispiirteisiin”.<sup>290</sup> Myös Häyhän tutkimuksessa kontekstuaalisella toimintaympäristön idealla – tutkimuksen kohteena olevan jälleenvakuutustoiminnan erityispiirteiden tunnistamisen ja analysoimisen merkityksessä – on keskeinen merkitys.

Tilanneherkkyyden unohtamisesta seuraavana vaarana on, että lainsoveltaja jättää harkinnassaan ottamatta huomioon joitakin sellaisia näkökohtia, argumentteja tai tapauksen erityispiirteitä, joihin sovellettava joustava säännös antaisi mahdollisuuden ja velvoittaisi.<sup>291</sup> Jos tilanneherkkyys unohdetaan, erilaiset tapaukset voivat tulla kohdelluksi yhdellä ja samalla tavalla.<sup>292</sup> On mahdollista, että toiminnanharjoittajalta vaaditaan tällöin enemmän kuin ympäristön kannalta ja sovellettavien säädösten tavoitteiden saavuttamiseksi olisi tarpeen.<sup>293</sup>

Kontekstuaalisen tilanneherkän oikeusajattelun näkökulmasta voidaan ymmärtää poikkeukselliseksi tulkittu ratkaisu *KHO 1992 A 1*, jossa muodollisesti ei-sitovaa lakiin perustumatonta valtakunnallista rantojen suoje-luohjelmaa koskeva valtioneuvoston periaatepäätös katsottiin valituskel-poiseksi päätökseksi, koska ohjelmalla tulkittiin tosiasiallisesti olevan vaikutuksia maanomistajien asemaan. Sisällöltään ohjelman luonnehdittiin ratkaisussa olevan valtakunnantason selvitys, joka voi toimia kaavoituksessa lähinnä vain selvitysaineistona. *Länsineva* katsoo ratkaisun ”ainakin jossakin määrin” poikenneen KHO:n aiemmasta linjasta, jossa sitomattomia suunnitelmia ei ole yleensä pidetty valituskelpoisina hallintopäätöksinä, ellei niillä ole lopullisesti ja sitovasti ratkaistu asianosaista koskevaa kysymystä.<sup>294</sup> Ratkaisu ilmentää kontekstuaalisia sikäli, että se

---

<sup>289</sup> Petman 2002, s. 88–89.

<sup>290</sup> *Häyhä* 2000, s. 62–68. Hänen mukaansa oikeusperiaatteet ovat ”kysymyksessä olevan sääntelyalueen olosuhteiden erityisiä piirteitä edellyttäviä, kuvaavia ja muotoavia normeja. Niiden sisältö määräytyy merkittävässä määrin sopimusoikeuden yleisten periaatteiden ja asianomaisen toiminnan – – erityisvaatimusten ristipaineissa.”

<sup>291</sup> Ks. myös *Länsineva* 1995, s. 268.

<sup>292</sup> Ks. myös Niemi LM 1998, s. 358.

<sup>293</sup> Tähän vaaraan kiinnittää huomiota *Vihervuori* 1998, s. 221, jossa kaavamaisuuteen liittyviä ongelmia tarkastellaan erityisesti päästöjä koskevien kiinteiden arvojen soveltamisen näkökulmasta.

<sup>294</sup> *Länsineva* 1995, s. 292.

osoittaa tilanneherkkyyttä tunnistaa ratkaisutilanteen normatiivisia, prosessuaalisia ja tosiasiallisia erityispiirteitä. Jos soft law -käsitettä hyödynnetään esimerkiksi kuvaamaan laissa säädettyjen muodollisten oikeusvaikutusten puuttumista joltakin asiakirjalta tai aineistolta, tästä luonnehdinnasta ei pidä siis päätellä mitään esimerkiksi asiakirjan hyväksymistä koskevan päätöksen valituskelpoisuudesta. Soft law -tyyppisen aineiston hyväksymispäätöksen valituskelpoisuudesta ei toisaalta voi tehdä johtopäätöstä, että ohjelma olisi muodollisesti velvoittava. Ei-sitovan ohjelman hyväksymispäätöksen valituskelpoisuus ei toisin sanoen luo sille uusia muodollisia oikeusvaikutuksia. Valituskelpoisuus voi toki ilmentää ohjelman tosiasiallista normatiivista merkitystä (siihenhän valituskelpoisuus juuri perustuu) ja osaltaan luoda institutionaalista perustaa ohjelman painoarvolle oikeudellisen ratkaisutoiminnan premissinä.

Kontekstuaalisen tilanneherkän oikeusajattelun näkökulmasta voidaan myös painottaa mahdollisuutta, että vailla muodollisia oikeusvaikutuksia olevalle soft law -tyyppiselle aineistolle *ei saa* kyseisen normiston soveltamisessa kyseessä olevassa yksittäistilanteessa antaa merkitystä. Esimerkiksi luonnontieteellisten inventointien ja selvitysten mahdollinen oikeudellinen relevanssi ratkeaa sovellettavan normiston kautta. Kaikki asiaan toiminnallisesti ehkä sinällään liittyvä aineisto ei välttämättä ole oikeudellisesti relevanttia, jos esimerkiksi lupaharkinnassa tietynlaisille näkökohdille ei voida sovellettavan normiston mukaan antaa merkitystä. Esimerkiksi MAL 3 §:n mukainen luparatkaisu on tehtävä pelkästään laissa mainittujen maisemallisten ja ekologisten seikkojen perusteella. Kyseessä ei ole intressivertailusäänös, joka mahdollistaisi hankkeen etujen ja haittojen välisen punninnan. *Vihervuori* korostaakin, että maa-ainesluvan myöntämistä faktisesti puoltavia tekijöitä ja tähän liittyvää aineistoa ei lupaharkinnassa saa punnita tai ottaa huomioon. Esimerkiksi maa-ainesten saataavuutta tai kiviainekulutuksen kehittymistä koskevat selvitykset, suunnitelmat ja ennusteet ovat toiminnallisesti olennaisia, mutta eivät lupaharkinnassa relevanttia aineistoa.<sup>295</sup>

Erityisesti luonnontieteellisen tai muun vastaavan inventointiaineiston hyödyntämisessä on olennaista arvioida inventointityön kattavuutta. Tällaisen arvioinnin välttämättömyys korostuu kontekstuaalisessa tilanneherkässä oikeusajattelussa. Kohteen puuttuminen inventointiaineistosta ei tällaisiin aineistoihin tyypillisesti liittyvien epävarmuustekijöiden, suoranaisten puutteellisuuksien ja aineistojen vanhentumisen vuoksi välttämättä tarkoita,

---

<sup>295</sup> *Vihervuori* 1989a, s. 278–279, ks. myös s. 209.

ettei kohdetta voitaisi päätöksenteossa rinnastaa inventoinneissa tunnistettuihin kohteisiin. *Tuomainen* kiinnittää tähän huomiota pilaantuneiden maa-alueiden kartoituksen (SAMASE) osalta: ”Luetteloa käytettäessä on kuitenkin tullut ottaa huomioon, että kaikki siinä mainitut kohteet eivät ole pilaantuneita ja toisaalta siitä puuttuu paljon pilaantuneita alueita.” Luettelon puutteet johtuvat hänen mukaansa muun muassa sen luonteesta ja sitä laadittaessa käytetystä, jo olemassa olevien tietojen keräämiseen perustuneesta metodista.<sup>296</sup>

Lienee syytä painotetusti korostaa, etten kontekstuaalisella tilanneherkällä oikeusajattelulla missään tapauksessa tarkoita sellaista radikaalia *ad hoc* -perusteista ratkaisuharkintaa, jossa katsottaisiin vain käsillä olevan asian ainutkertaiseen tosiseikastoon soveltuvien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden olevan lainsoveltamisen lähtökohtana. Jokainen tapaus olisi tällöin tapauskohtaisesti räätälöity ja aina erilainen.<sup>297</sup> Ympäristöoikeudessa on oma samansuuntainen keskusteluperinteensä, jossa on korostettu vaihtelevista ympäristöolosuhteista johtuvan radikaalin tilannesidonnaisuuden olevan tyypillistä ympäristöasioita koskeville päätöksille. Tällä perusteella on väitetty, ettei ympäristöoikeudessa oikeastaan voi olla lainkaan yleistettäviä ennakkopäätöksiä.<sup>298</sup> Keskustelu on ollut oikeusteoreettisesti jäsentymätöntä, eivätkä keskustelussa esitetyt luonnehdinnat ratkaisujen yleistyvyyden puuttumisesta ole mielestäni osuneet kohdalleen. Tässä myönteisessä sävyssä arvioitavana olevalla kontekstuaalisella tilanneherkällä oikeusajattelulla ei siis ole mitään yhteyksiä ympäristöoikeuden alueella esitettyihin – mielestäni kestävämpiin – ajatuksiin yleistettävien ennakkoratkaisujen mahdottomuudesta ympäristöoikeuden alueella. Painottaisin itse myös ympäristöoikeuden kannalta pikemminkin *Siltalan* muotoilemaa lähtökohtaa: ”onko ylipäätään tuomioistuinten tai viranomaisten tekemiä ratkaisuja, joilla ei ole eikä edes voi olla minkäänlaista, edes heikkoa ennakkoratkaisu- eli prejudikaattiarvoa suhteessa myöhempään ratkaisukäytäntöön?” Hänen mukaansa puhtaasti yksittäistapaukselliset, ei-yleistettävät kohtuullisuusratkaisut ovat äärimmäisen harvinaisia (esimerkiksi armahdukset). Hänen mukaansa kaikkien tuomioistuinten ja viranomais-

---

<sup>296</sup> *Tuomainen* 2001, s. 5.

<sup>297</sup> Ks. radikaalisti tilannesidonnaisesta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta *Siltala* 2004, s. 283–297, jossa arvioidaan mm. *Koskenniemen* ja *Pöyhösen* ajattelua. Omassa tulkinnassani *Uuden varallisuusoikeuden* (2000) ratkaisuharkinnasta painottuvat ehkä *Siltalan* tulkintaa enemmän myös malliin sisältyvät harkintaa suuntaavat elementit (esimerkiksi toimintaympäristön idea).

<sup>298</sup> Ks. keskustelusta *Määttä* 1999, s. 232–233, 457–459.

ten ratkaisut tarjoavat yleensä ”vähintäänkin heikon normatiivisen perustan myös myöhemmille ratkaisuille”.<sup>299</sup>

Näkemyks yleistettävien ennakkoratkaisujen mahdottomuudesta ympäristöoikeudessa voidaan osoittaa kestävämmäksi myös hyödyntämällä Tolosen ajatusta oikeudesta *jatkuvasti kehittyvänä prosessina*. Tolosen myös hermeneuttiseksi jatkumoksi kutsuman mallin perusidea on korostaa oikeudellisen toiminnan ja oikeudellisen käytännön suhdetta: ”Käytäntö muuttuu toiminnassa ja muodostaa seuraavan toiminnan lähtökohdan tai osan siitä.” Myös hän korostaa, että ”[p]eriaatteessa jokainen ratkaisu vaikuttaa jollain tavalla seuraaviin ratkaisuihin”. Jokaista tuomioistuimenkin ”toiminnan tulosta voi siksi tarkastella myös seuraavan toiminnan lähtökohtana (tai osana lähtökohtaa)”.<sup>300</sup>

Tolosen esityksen näkökulmasta voidaan suhteellistaa *Tarukanteleen* soft law -aineistojen hyödyntämiseen liittyvä varovainen luonnehdinta, että ”ei voida sanoa ainakaan suoraviivaisesti, että suosituksiin viittaaminen hallintopäätöksissä tai hallintolainkäytössä olisi muuttanut suositusten oikeudellista statusta”.<sup>301</sup> Näin varmasti muodolliselta kannalta osin voidaan sanoa: soft law -aineistoon viittaaminen viranomaisten tai tuomioistuinten päätöksissä ei mitenkään välittömästi luo tällaiselle aineistolla yleistettäviä, aineistolta alunperin puuttuneita oikeusvaikutuksia. Toisaalta ei voida sanoa niinkään, että soft law -aineistoon viittaamisella jossakin yksittäisessä ratkaisussa ei olisi *mitään* tuleviin ratkaisuihin heijastuvaa oikeudellista merkitystä. Aineistojen käyttäminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa juuri luo sitä institutionaalista perustaa, jonka pohjalta tällaisen aineiston merkitys oikeuslähteenä syntyy ja vahvistuu.

Samanlainen normatiivinen mekanismi liittyy myös kaikkeen hallinnon tuottamaan aineistoon, ajateltiinpa sen alun perin olevan kuinka ”viaton” tahansa. Se, että ministeriön julkaisemassa asiakirjassa (esimerkiksi edellä jaksossa 2.4 esillä olleessa ympäristöministeriön julkaisemassa ”Rantojen maankäytön suunnittelu” (2005) -oppaassa) annetaan esimerkkejä hyvistä käytänteistä tai vain toistetaan oikeuskäytännön tulkintoja, ei voi olla normatiivisesti merkityksetöntä. Tällaiset hyvien käytänteiden tai perusteltuina pidettävien tulkintojen kirjaukset hallinnon tuottamaan ma-

<sup>299</sup> Siltala 2003, s. 268. Ks. yleisemmin myös Pöyhönen (1988, s. 154), jonka mukaan ”yhdenvertaisen kohtelun vaatimus näyttää vaativan, ettei yhtään tapausta ratkaista tavalla, josta ei voitaisi (joltain pohjalta) yleistää yleistä sääntöä” ja Häyhä (2000, s. 65), joka korostaa, että ”oikeudellisessa ajattelussa ei voi olla kysymys puhtaasta tapauskohtaisesta arvioinnista”.

<sup>300</sup> Tolonen 2003, s. 5–11.

<sup>301</sup> Tarukannel 1990, s. 176.

teriaaliin luovat osaltaan sitä institutionaalista perustaa, jonka kautta soft law -aineiston tosiasiallinen oikeudellinen merkitys muotoutuu. Tämä tulee esille ympäristöhallinnon alemmanasteista norminantoa (lähinnä silloisia yleiskirjeitä) tutkineen *Seppälän* havainnollisessa kahdeksankohtaisessa ”normiluonnesarjassa”. Hän toteaa yleiskirjeiden sisältävän joskus myös tautologista tai referoivaa tiedotusta, jossa vain toistetaan tai tiivistäen kuvataan ylempää normia. Näitä hän ei pidä oikeusnormeina. Normiluonne alkaa hänen jäsentelyssään vasta silloin, kun hallinnollisen ohjauksen muodossa annettu materiaali sisältää esimerkiksi tarkoitettua yleistä tiedotusta. Samoin hän mainitsee normiluonteisena muun muassa KHO:n tulkintojen tai oikeuskirjallisuuden tulkintasuositusten toistamisen ministeriön tuottamassa materiaalissa.<sup>302</sup>

### 3.3 Soft law perustuslaillisenä ongelmana

Valtiosääntöoikeudellisesti ja hallinto-oikeudellisen doktriinin näkökulmasta soft law -tyyppisen aineiston tunnistaminen oikeuslähteeksi voi olla josakin määrin ongelmallista. Soft law -aineistoja ei välttämättä valmistella yhtä perusteellisesti ja avoimessa vuorovaikutuksessa kansalaisten ja alan toimijoiden kanssa kuin lakeja tai lakien nojalla annettuja asetuksia.<sup>303</sup> Demokratiaperiaatteen näkökulmasta soft law’n legitimitetti voidaan perustellusti kyseenalaistaa. Parlamentaarisen vallankäytön ulottumattomissa oleviin normistoihin, joita syntyy oikeudellisen normihierarkian ulkopuolisissa normintuottamisjärjestelmissä ja yksityisten standardisointiorganisaatioiden piirissä, liittyy erityisiä valtiosääntöoikeudellisia ongelmia: tekninen standardisointikaan ei ole vain tekniikkaa, vaan se edellyttää usein myös poliittisten arvovalintojen tekemistä.<sup>304</sup>

Perustuslailliselta kannalta lähempään tarkasteluun voidaan ottaa edellä jaksossa 2.4 ympäristöalalla laajaksi osoitettu viranomaisten antama hallinnollinen ohjaus. Hallinto-oikeudellisessa ajattelussa hallinnon ulkopuolisten asemaan vaikuttavaan hallinnolliseen ohjaukseen suhtaudutaan yleisesti hyvin pidättyvästi.<sup>305</sup> Suomalainen hallinto-oikeudellinen doktriini ei tunne oikeudellisesti sitovaa, lainsäädäntöön perustumatonta, vain

---

<sup>302</sup> *Seppälä* 1988, s. 21.

<sup>303</sup> Ks. myös *Kuusiniemi* 1992, s. 356–358 ja *Lötjönen* 2004, s. 69–70.

<sup>304</sup> *Rehbinder* 1996, s. 255 ja *Vihervuori* 1998, s. 222.

<sup>305</sup> Ks. esim. *Pohjolainen – Tarukannel* 1990, s. 295–296, *Tarukannel* 1990, s. 175, *Mäenpää* 1992, s. 183–185 ja *Mäenpää* 2003, s. 182–184.

viranomaisen organisatoriseen asemaan (yleistoimivaltaan) pohjautuvaa keskushallinnon hallinnollista ohjausta, jolla olisi *hallintokoneiston ulkopuolelle* ulottuvia vaikutuksia yksittäisissä päätöksentekotilanteissa.<sup>306</sup>

Kiinnostavaa on, että nykyäsittein ilmaistun hallinnollisen ohjauksen ongelmallisuus on esillä jo ympäristöoikeutta edeltävässä maa- ja vesi-oikeudellisessa kirjallisuudessa. Aikanaan jo *Haataja* piti lainsoveltajan riippumattoman harkinnan kannalta ongelmallisena pyrkiä ohjaamaan lainsoveltamista hallinnon antamilla toimeenpanosäännöksillä. Hän arvioi asutustoiminnan järjestämisen näkökulmasta laajalti, missä muodossa ja laajuudessa ”hallinnollisessa asetuksessa” voidaan ohjata toimeenpanoviranomaisten lain tulkintaa ja soveltamista yksittäistapauksissa.<sup>307</sup> Hänen johtopäätöksensä ovat edelleen yllättävän ajankohtaisia. Ensiksikin hän toteaa, että ”säännökset, jotka asiallis-oikeudellisesti puuttuvat yksityisten kansalaisten oikeuksiin ja heidän asemaansa maansa omistajina, ovat säädettävät lailla eikä hallinnollisella asetuksella”.<sup>308</sup> Hallinnolliseen asetukseen ei saa hänen mukaansa myöskään ottaa ilman asianmukaista yksilöityä lain delegointisäännöstä sellaista toimenpanoviranomaista auktoritatiivisesti velvoittavaa lakia selittävää säännöstä, ”joka määrää laille jonkin edeltäpäin kerta kaikkiaan määrätyn oikeudellisen sisällyksen”.<sup>309</sup>

Hallinto-oikeudessa erotetaan perinteisesti hallinnon *sisäinen* ja *ulkoinen* ohjaus. Oikeudellisesti ongelmattomalla sisäisellä ohjauksella tarkoitetaan ohjausta, jonka vaikutukset rajoittuvat hallintokoneiston sisälle.<sup>310</sup> Kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä tästä erottelusta ei ole syytä tehdä.<sup>311</sup> Kun

<sup>306</sup> Ks. aiheesta laajasti *Suviranta* 1996, s. 110–121, jossa suhtaudutaan kriittisesti (erit. s. 115–116) lainopin vallitsevana käsityksenä esitettyyn tulkintaan, ”jonka mukaan hallinnon oikeudelliseen ohjausjärjestelmään ei meillä lainkaan kuulu hallinnon sisäistä hallintopäätösten sisältöä määrättävää ohjausta”. Ks. myös *Syrjänen* 1999, s. 115, jossa tähän hallinto-oikeudelliseen doktriiniin suhtaudutaan kaavoitus- ja rakentamisoikeuden näkökulmasta ”varauksellisesti”. Doktriinia rantojensuojeluohjelman analyysin yhteydessä arvioiva *Länsineva* (1995, s. 267–268) kiinnittää huomiota vakiintuneen doktriinin lähtökohtien suhteellisuuteen, jos sitä pyritään hyödyntämään kovin abstraktilla tasolla esimerkiksi yksittäisen valtioneuvoston periaatepäätöksen oikeudellisessa luonnehtimisessa.

<sup>307</sup> *Haataja* 1940, s. 132–140.

<sup>308</sup> Mts. 134.

<sup>309</sup> Mts. 136. Hänen mukaansa (mts. 135) ”Suomen oikeudessa on vanhastaan ollut voimassa periaate, että *hyvä ja viisas tuomari on parempi kuin hyvä laki* (kurs. tässä), ja tämä periaate on oikeuselämässä tunnustettu. Jos hallinnollisella asetuksella ryhdytään tätä viranomaisen vapaata harkintamahdollisuutta rajoittamaan, tietäisi se sellaisen periaatteen omaksumista, että hyvä ja viisas hallitus on parempi kuin hyvä laki, jota meillä ei ole oikeaksi tunnustettu”.

<sup>310</sup> Ks. esim. *Laakso*, S. 1990, s. 89–90.

<sup>311</sup> Ks. erottelun suhteellisuudesta myös *Länsineva* 1995, s. 267–268.

edellä jaksossa 2 esitellyllä aineistolla on tosiasiallisesti vaikutuksia yksityisen asemaan vaikuttavassa päätöksenteossa, tällaiseen aineistoon liittyviä oikeusvaltiollisia vaatimuksia ei voida kiertää selittämällä kysymyksessä olevan ”oikeastaan vain” hallinnon sisäisen ohjauksen. Konstruktio ohjauksesta, joka muodollisesti on merkityksellistä vain hallinnon sisäisesti ja vain tosiasiallisesti vaikuttaa hallinnon ulkopuolisten asemaan olisi mielestäni hyvin ongelmallinen<sup>312</sup>.

Hallintoviranomaisten antamia ohjeita pyrittiin vähentämään ns. normilailla (laki 573/1989 viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä<sup>313</sup>). Tavoitteena oli luopua ohjeista korvaamalla ne *suosituksilla, oppailla ja tiedotteilla*.<sup>314</sup> Nykyisin keskeisin asiaa koskeva säännös on perustuslain 80 §, jossa edellytetään, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista säädetään lailla. Asetusten antaminen edellyttää laissa säädettyä yksilöityä valtuutta. Muu viranomaisen kuin ministeriö voidaan lailla valtuuttaa antamaan oikeussääntöjä määrätyistä asioista vain erityisistä syistä. Tällaisen, vain poikkeuksellisesti käytettäväksi tarkoitetun valtuuden tulee olla soveltamisalaltaan täsmällisesti rajattu.

Perustuslakivaliokunnan aivan viimeaikaisessa käytännössä vaatimus valtuussäännöksiä täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta näyttää olevan tiukentumassa. Tiukentunut linja ilmenee esimerkiksi maa-aineslain muutosesitystä koskevassa lausunnossa *PeVL 5/2005 vp*, jossa valiokunta tekee lain säätämisyjärjestykseen vaikuttavan huomautuksen viidestä lakiesityksen säännöksestä. Näistä kolme koskee liian avoimia ja väljiä valtuussäännöksiä.<sup>315</sup> Myös tuottajavastuusäännöksiä koskevaan jätelain muutosesitykseen liittyvässä lausunnossa *PeVL 1/2004 vp* lakiesityksen lukuja

---

<sup>312</sup> Ajatuksen taustalla on *Seppälän* (1988, s. 26) hiukan eri ongelmaan liittyvä muotoilu: ”Normi, joka on hallintoa sitova ja samanaikaisesti ulkopuolisille ohje, ei voi olla mahdollinen. Oikeusnormilla on kaikille tahoille sama merkitys samassa tilanteessa. Välillisesti sitovat normitkaan eivät tässä suhteessa tee poikkeusta.”

<sup>313</sup> Laki oli alun perin voimassa vuoden 1996 loppuun. Lailla 1036/1996 voimassaoloa jatkettiin 29.2.2000 asti. Normilain on korvannut laki (189/2000) ministeriöiden ja valtion muiden viranomaisten määräyskokoelmista (jälj. määräyskokoelmalaki) sekä perustuslain 80 §, jossa lainsäädäntövallan delegoinnin edellytyksiä selkeytettiin.

<sup>314</sup> Ks. *HE 7/1989 vp*, s. 11. Myös uuden perustuslain jälkeen annettun määräyskokoelmalain esitöissä korostetaan, että ministeriön ja muun viranomaisen pysyvämmiksi tarkoittamat neuvot ja ohjeet tulisi pyrkiä ohjeiden sijasta antamaan oppaina ja tiedotteina. Oppaan tai tiedotteen muotoon laadittuja neuvoja ja ohjeita ei julkaista säädös- tai määräyskokoelmassa, vaan ne julkistetaan ja pidetään saatavilla muulla tavoin. Ks. *HE 174/1999 vp*, 4 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

<sup>315</sup> Lakiesitys oli annettu MAL:n vanhentuneiden valtuussäännösten saattamiseksi uuden perustuslain mukaisiksi!



valtuussäännöksiä pidetään osin perustuslain kannalta liian avoimina tai laajoina. Valtuussäntelyä esitetään monin osin täsmennettäväksi (kahdella valiokunnan valtuussäännöksiin liittyvällä huomautuksella oli vaikutusta säätämisyjärjestyksen kannalta). Pallas-Yllästunturin kansallispuiston perustamista tarkoittavasta laista annetussa lausunnossa *PeVL 29/2004 vp* edellytetään valtioneuvoston ryhtyvän pikaisesti toimiin kansallis- ja luonnonpuistoja koskevan lainsäädännön saattamiseksi perustuslain 80 §:n vaatimuksia vastaavaksi.<sup>316</sup> Valiokunta katsoo lausunnossa täysin avoimeksi luonnehditun LSL 16 §:n valtuussäännöksen olevan perustuslain vastaisen.<sup>317</sup> Perustuslain 80 §:ään perustuvasta valtuussäntelyn täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimuksesta johtuu valiokunnan mukaan (esim. *PeVL 29/2004 vp*), että lakien täytäntöönpanoon oikeuttavaa valtuutusta on tulkittava supistavasti. Tällaisen valtuuden nojalla ei ole mahdollista asetuksella antaa säännöksiä mistä tahansa lain alaan kuuluvasta asiasta.

Aiemmin ympäristölainsäädännössä keskeisen säädösvallan delegoinnin perustuslaillisia vaatimuksia on perustuslakivaliokunnassa arvioitu laajalti erityisesti YSL:n säätämisen yhteydessä. Lausunnossaan *PeVL 11/1999 vp* perustuslakivaliokunta piti osaa YSL:n lukuisista valtuussäännöksistä yleisluonteisina ja laajoina. Vaikka valtuussäännöksiä pidettiin osin näennäisen avoimia, niiden katsottiin lausunnossa valtiosäännön kannalta kuitenkin riittävästi täsmentyvän muun muassa lain yleiseen systematiikkaan pohjautuvien kiinnekohtien perusteella. Lausunnossa esitettiin kahta valtuussäännöstä koskeva lain säätämisyjärjestykseen vaikuttava huomautus.

Ympäristönkäyttöön liittyvien lakien soveltamisessa vanhastaan joillakin säätelyalueilla käytössä oleva yksilöityihin lain valtuutussäännöksiin perustumaton *ohjeistuskulttuuri* on nykyisin valtiosäntö- ja hallinto-oikeuden kannalta yhä ongelmallisempi ilmiö.<sup>318</sup> Muodollisesti ohjeistuksen – joka voi edellä osoitetulla tavalla esiintyä myös esimerkiksi muistion muodossa – ilmeisesti katsotaan yleensä olevan luonteeltaan vain hallinnon sisäistä ja perustuvan eri säädöksissä ministeriöille säädettyyn yleiseen

<sup>316</sup> Vastaavia huomautuksia voitaisiin tehdä runsaasti erityisesti metsälainsäädännön osalta.

<sup>317</sup> Kansallispuiston ja luonnonpuiston LSL 13–15 §:ssä säädetyistä rauhoitussäännöksistä voidaan LSL 16 §:n nojalla asetuksella säätää säännöksen sanamuodon mukaan periaatteessa mitä tahansa poikkeuksia, jos ne eivät vaaranna alueen perustamistarkoitusta.

<sup>318</sup> Ks. hallinnollisesta ohjauksesta ympäristöministeriön hallinnonalalla ennen normilakia *Seppälä* 1988, jossa on jo esillä myös tuolloin käynnistyneen normiperkauksen aiheuttama haaste vanhalle ohjeistuskulttuurille.

kehittämisen- ja ohjaustehtävään<sup>319</sup> tai ministeriöille säädettyyn yleiseen tehtävään ohjata alaisensa hallinnon toimintaa. Esimerkiksi edellä esillä olleen maa- ja metsätalousministeriön ja ympäristöministeriön yhteisen liito-oravaohjeen valtuutussäännöksinä mainitaan metsäkeskuksista ja metsätalouden kehittämiskeskuksesta annetun lain (1474/1995) 4 § ja ympäristöhallinnosta annetun lain (55/1995) 2 §, joissa säädetään ministeriöiden yleisestä ohjaustehtävästä. Perustuslaillisesta näkökulmasta säännöksissä ei ole kyse sellaisesta yksilöidystä valtuutussäännöksestä, joihin ohjeen antaminen olisi voitu perustaa. Kun ohjeessa esimerkinomaisesti esitetään tulkintoja muun muassa liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikan koosta, ohjeella on hyvin välittömästi yksilöiden oikeusasemaan ulottuvia vaikutuksia. Ohjetta ei voi luonnehtia vain hallinnon sisäiseksi. Asiallisesti ohjeen perustana on kuitenkin eduskunnan nimenomainen tahdonilmaus: eduskunta edellytti viranomaismenettelyjen ohjeistamista liito-oravasäännösten hyväksymisen yhteydessä.<sup>320</sup> Asianmukaista olisi ollut järjestää hallintomenettelyjen yhdenmukaistaminen eduskunnan ponteen perustuvan ministeriöiden ei-sitovan ohjeistuksen sijasta lain yksilöityyn valtuutussäännökseen perustuvalla asetuksella.

Viime aikoina ympäristöalalla näyttäisi olleen yleistymässä tapa kiertää ohjeiden antamiseen liittyviä toimivaltaongelmia laatimalla *muistio* lain tulkinnan täsmentämiseksi. Tällaiset ministeriöiden tuottamat, joskus jopa allekirjoittamattomat ja luonteeltaan ehkä yksilöimättömät muistiot voivat olla oikeudellisesti ohjeita ongelmallisempia. Niitä ei yleensä ole julkaistu, mutta niitä kuitenkin käytetään hallinnossa tosiasiallisina oikeuslähteinä. Kansalaisten oikeusturvan kannalta hyvin ongelmallisena voi pitää esimerkiksi LSL 53.1 §:n merkityksellisen haitan korvauskynnyksestä ministeriön laatimassa julkaisemattomassa ja luonteeltaan yksilöimättömässä paperissa annettuja euro- ja prosenttimääräisiä tulkintasuosituksia. Otsikolla ”Liito-oravakorvaukset” varustetussa, laajalti alan toimijoiden keskuuteen levinneessä paperissa on mainittu tunnistetiedot ”YM/LUO/Totry, 14.9.2004”, mikä esimerkiksi ympäristöhallinnon lainsoveltajien kannalta identifioi paperin selkeästi ministeriön kannanotoksi ja luo vai-

---

<sup>319</sup> Esimerkiksi LSL 6.1 §:ssä säädetään, että luonnonsuojelun ylin ohjaus ja valvonta kuuluu ympäristöministeriölle. Perustuslain 80 §:n kannalta tämänkaltaiseen säännökseen ei missään tapauksessa voida perustaa mitään lakia täsmentävää, yksilöiden asemaan vaikuttavaa norminantoa.

<sup>320</sup> Ks. *EV 50/2004 vp*, lausuma 2: ”Eduskunta edellyttää hallituksen huolehtivan selkeän viranomaismenettelyn ohjeistamisesta liito-oravan suojeluun liittyvien kysymysten käsitelyyn siten, että tarvittavat viranomaispäätökset saadaan aikaan joutuisasti ja metsänomistajien tasavertainen kohtelu sekä liito-oravan asianmukainen suojele turvaten.”

kutelman, että kyse olisi oikeudellisesti ehkä merkityksellisestä asiakirjasta. Lakiin perustumaton paperi ei oikeudellisesti tietenkään velvoita lainsoveltajia. Oikeudellisesti ongelmallista on erityisesti se, ettei muistiota ole julkaistu ja ettei paperista mitenkään ilmene, mikä on sen oikeudellinen luonne ja merkitys tulkintaohjeena. Asianmukaisempaa olisi ollut julkaista muistio esimerkiksi painettuna oppaana, jossa olisi perusteellisemmin kartoitettu korvaussäännöksen erilaisia tulkintavaihtoehtoja ja selkeästi korostettu oppaan oikeudellisesti ei-velvoittavaa luonnetta. Jos merkityksellisen haitan korvauskynnyksen soveltaminen käytännössä todella edellyttää euro- tai prosenttimääräisiä peukalosääntöjä, ne tulisi antaa asianmukaiseen lain valtuussäännökseen perustuen asetuksella. Kansalaisten oikeudellisen aseman kannalta aivan keskeisten korvaussäännösten soveltaminen ei voi oikeusvaltiossa olla ministeriön tuottamien epämääräisten muistiodien varassa.

Metsälainsäädännössä – jonka korvausjärjestelmä tosin poikkeaa LSL:n järjestelmästä, koska mahdollinen taloudellinen menetys korvataan maanomistajalle ympäristötuen muodossa – LSL:ia vastaavaa korvauskynnystä on täsmennetty asetuksessa annetuilla prosentti- ja euroarvoilla. Metsien monimuotoisuuden kannalta erityisen tärkeiden elinympäristöjen suojeluun liittyvä, metsälain 11 §:ssä säädetty vähäisen haitan korvauskynnys ylittyy, kun kohteena olevan metsän hakkuuarvo on yli 4 000 euroa tai yli neljä prosenttia hakijan saman kunnan alueella omistamien kaikkien metsien hakkuuarvosta. Asiasta säädetään metsätalouden ympäristötuesta annetun maa- ja metsätalousministeriön päätöksen (144/2000) 3 §:ssä (muutettu viimeksi ministeriön asetuksella 1252/2003). Päätös on alun perin annettu KEMERAL:n 19.3 §:n (1286/1997) nojalla. Säännöksessä ministeriö valtuutetaan antamaan tarkempia säännöksiä ympäristötuesta, ei siis yksilöidysti täsmentämään vähäisen haitan sisältöä (varsinkaan metsälain 11 §:n osalta). – Perustuslain 80 §:n näkökulmasta järjestelmä on oikeudellisesti hiukan kestävämmällä pohjalla kuin liito-oravakorvauksia koskeva ministeriöiden muistio-ohjaus. Näin konkreettisesti yksilön oikeusasemaan vaikuttavan asian sääntely ministeriön asetuksella ilman yksilöityä laissa olevaa valtuutusta ei ole perustuslailliselta kannalta kuitenkaan hyväksyttävää.<sup>321</sup>

Oikeuskansleri on tuoreessa kanteluasiaan liittyvässä päätöksessään 23.5.2005 Dnro 1055/1/03 arvioinut maa- ja metsätalousministeriön muistio-ohjausta hyvän hallinnon näkökulmasta. Asiassa oli kyse metsäkeskusten

<sup>321</sup> Ks. metsälain korvausjärjestelmästä ja sen arviointia perustuslain 80 §:n näkökulmasta myös *Suvantola YJ* 2005, s. 65. Myös hän arvioi, että perustuslain voimaantulon jälkeen kyseisen maa- ja metsätalousministeriön päätöksen perustuslainmukaisuutta ei ”voida pitää selvänä”.

hallussa olevien asiakirjojen julkisuudesta. Vaikeaksi oikeudelliseksi ongelmaksi on muodostunut metsäkeskuksille tehtyihin metsänkayttöilmoituksiin tai tilakohtaisiin metsäsuunnitelmiin sisältyvien, metsälain 10 §:n erityisen tärkeitä elinympäristöjä koskevien tietojen julkisuus. Erinäisten valmisteluvaiheiden jälkeen asia ohjeistettiin maa- ja metsätalousministeriössä laaditulla, yksilöityjä laintulkintasuosituksia sisältävällä muistiolla ”Metsäkeskuksen hallussa olevien asiakirjojen julkisuus”.<sup>322</sup> Muistio lähetettiin metsäkeskuksille ministerin (!) allekirjoittamalla lähetekirjeellä. Muistiossa päädytään siihen, että muun muassa erityisen tärkeiden elinympäristöjen inventointitiedoista ei tulisi antaa tietoa ilman erityistä perustetta. Metsäkeskukset eivät ministeriön muistioon vedoten luovuta näitä tietoja edes ympäristökeskuksille.<sup>323</sup> Oikeuskansleri kiinnittää päätöksessään huomiota muistiossa esitetyn tulkinnan huomattavaan käytännölliseen merkitykseen. Johtopäätöksensä hän toteaa: ”Mielestäni tällaista suositusta, jos sen soveltaminen johtaa – kuten oli tapahtunut – siihen, ettei tietoja anneta, on vaikea pitää hyvän hallinnon mukaisena (kurs. tässä). Suositukset on annettu ministeriön nimissä ja ministeriö niistä myös vastaa.” Päätöksessä korostetaan myös, etteivät ministeriön suositukset ole sitovia, mutta niillä on ”kuitenkin epäilemättä suuri merkitys käytännössä”.

Ohjeistuskulttuuri kaipaisi edelleen ilmeisesti ainakin sekä ympäristöettä maa- ja metsätalousministeriön hallinnonaloilla perustuslain 80 §:n näkökulmasta uudelleenarviointeja. Myös muodollisesti ei-sitoviksi tarkoitettujen ohjeiden antamisvaltuudet tulisi lähtökohtaisesti pyrkiä määrittelemään yksilöidysti laissa.<sup>324</sup> Ohjeista ja suosituksista tulisi aina ilme-

---

<sup>322</sup> Muistio 19.9.2001. Kansilehden mukaan muistion on laatinut maa- ja metsätalousministeriön ylitarkastaja Pentti Lähteenoja.

<sup>323</sup> Ympäristökeskuksen oikeutta saada metsäkeskuksen keräämiä erityisen tärkeiden elinympäristöjen inventointitietoja on laajemmin arvioitu oikeuskanslerin aiemmassa kanteluasiaan liittyvässä päätöksessä 17.6.2003 Dnro 20/21/01. Päätöksessä pidetään tulkinnanvaraisena sitä, onko inventointitietojen kerääminen metsätalouden edistämiseen liittyvä neuvonnallinen toimenpide (jolloin inventointitiedot voidaan jättää luovuttamatta) vai julkisen vallan käyttöä osana metsäkeskusten suorittamaa metsälain valvontaa. Päätöksessä asian ratkaisemisen katsotaan kuuluvan tuomioistuimelle. – Toistaiseksi kysymys ei tietääkseni ole tullut tuomioistuimissa arvioitavaksi.

<sup>324</sup> Jossakin määrin tällaista sääntelyteknikkaa onkin käytetty, ks. esimerkiksi edellä mainitut MRL 13.2 §, YSL 95.1 § ja VL 21:1, joissa yksilöidysti säädetään ministeriölle *valtuus myös yleisten ohjeiden antamiseen*. Ks. myös jätelain 51.4 §, jossa ympäristöministeriölle säädetään valtuus antaa ohjeita siitä, miten kyseisessä pykälässä säädettävä selvilläolo- ja kirjanpitovelvollisuus on täytettävä. Ks. muille viranomaisille delegoidusta ohjeidenantovaltuudesta esimerkiksi geenitekniikkalain (377/1995) 8.4 §, jonka mukaan geeni-

tä, mihin säännökseen perustuu valtuus niiden antamiseen. Ohjeistuksen oikeudelliseen luonteeseen, likiarvoisuuteen ja lähtökohtapremissien mahdolliseen tulkinnanvaraisuuteen tulisi myös ilmeisesti edelleen kiinnittää huomiota.<sup>325</sup> Pysyviksi tarkoitetut ohjeet ja neuvot tulisi julkaista oppaina ja tiedotteina sekä Finlex-säädöstietopankin viranomaisnormien tietokannassa.<sup>326</sup>

Selvyiden vuoksi lienee syytä todeta, että myös ympäristö- sekä maa- ja metsätalousministeriössä on toki arvioitu ministeriöiden toimintakulttuuria ja hallinnonalan lainsäädännön perustuslainmukaisuutta uuden perustuslain voimaantulon jälkeen. Alemmanasteisten normien perustuslainmukaisuutta arvioitiin hallinnonalan lakien norminantovaltuuksien näkökulmasta systemaattisesti esimerkiksi maataloushallinnon lakien osalta *Maatalouslainsäädännön perustuslakityöryhmässä* (2001). Vastaavaa systemaattista arviointia ei tietääkseni ole tehty metsälainsäädännön osalta, vaikka myös metsäalan ohjauksessa alemmanasteinen norminanto on hyvin laajaa ja monimutkaista – ja osin selvästi perustuslain vastaista. Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota muun muassa siihen, että asetustason sääntely ei metsäasioissa kaikilta osin pysy lain valtuussäännösten rajoissa ja että asetuksiin sisältyy myös sellaista sääntelyä, joka nykyäsitäytksen mukaan kuuluisi laintasolle<sup>327</sup>.

Ohjeistuskulttuuri ei tietenkään ole vain ympäristö- tai maa- ja metsätalousministeriön toimintatapa. Toiminnan laajamittaisuudessa ja toteutustavassa lienee kuitenkin hallinnonalakohtaisia eroja. Esimerkiksi oikeusministeriön hallinnonalalla on toki samanlaisia soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämistarpeita, mutta ne näytetään hoidettavan muulla tavoin kuin lakiin perustumattomalla ministeriölähtöisellä ohjeistuksella. Esimerkiksi käräjäoikeuksien kirjaamiskäytäntöjen yhtenäistämiseksi on julkaistu kolmen tuomarin laatima ”Lainhuudatus, erityisen oikeuden kirjaaminen ja kiinnitys” -niminen epävirallinen ohjekansio (2002), joka on aivan keskeinen

---

tekniikkalautakunta voi antaa tarkempia ohjeita 8.1 §:ssä säädetyn huolellisuusveloitteen täyttämistä. *Salilan* (1999, s. 269) mukaan ”[m] muodollis-juridisesti gltk:n ohjeet eivät sido välittömästi toiminnanharjoittajaa, mutta käytännössä niitä noudatettaneen poikkeuksetta”. Geenitekniikan lautakunnan antamat suositukset ja periaatepäätökset ovat saatavissa lautakunnan internetsivulta: <http://www.geenitekniikanlautakunta.fi> (2.4.2005).

<sup>325</sup> Ks. myös *Kuusiniemen* (1992, s. 357–358) edelleen ajankohtaiset ehdotukset ohjeistuskulttuurin kehittämiseksi.

<sup>326</sup> Ohjeiden julkaisemiseen kiinnittää huomiota *Siitari-Vanne* teoksessa *Kuusiniemi (toim.)* (Uusi ympäristönsuojelulainsäädäntö) 2001, s. 95.

<sup>327</sup> Ks. *Tahvonen ym.* 2004, s. 17, 44–45. Ks. myös jaksossa 2.8 KEMERAL:sta esitettyä.

kirjaamiskäytäntöihin vaikuttanut ja vaikuttava lähde.<sup>328</sup> Ympäristöministeriössä tällainen aineisto olisi oletettavasti julkaistu ministeriön oppaana tai jopa ohjeena. Maa- ja metsätalousministeriön nykykäytännössä se olisi arvatakseni lähetetty viranomaisille ministerin allekirjoittamalla lähete-kirjeellä ministeriön virkamiehen laatiman, julkaisemattomaksi jäävän muistion muodossa. Ohjaukulttuurien eroja ja erilaista suhtautumista perustuslain 80 §:ään osoittaa se, ettei oikeusministeriö ole julkaissut tätä ohjekansiota, eikä ministeriön rooli ole mitenkään näkyvillä ohjekansiossa, vaikka se on syntynyt oikeusministeriön myötävaikutuksella. Kansion on julkaissut Tampereen yliopiston täydennyskoulutuskeskus, jonka yhdessä oikeusministeriön kanssa järjestämään käräjäoikeuksien kiinteistöasioita hoitavan henkilöstön koulutusaineistoon se perustuu. Kansion nimilehdellä se nimetään ”Opetusmateriaaliksi”, eli epäselvyyttä aineiston oikeudellisesta luonteesta ei voi olla.

Perustuslaissa tai muussa lainsäädännössä ei kielletä ministeriöitä antamasta yleisesti sovellettavia ohjeita. Yleisesti sovellettavaksi tarkoitettujen, erityisesti muiden kuin hallinnon sisäisten ohjeiden antamiseen liittyvä aiempaan oikeustilaan verrattuna kuitenkin uudenlaisia vaatimuksia. Myös uuden perustuslain jälkeen annetussa määräyskokoelmalaissa tunnustetaan edelleen myös ohjeiden olemassaolo. Lain 4.2 ja 10 §:ssä säädetään merkitykseltään *yleisten ohjeiden* julkaisemisesta määräyskokoelmassa. Esitöiden mukaan ohje on ymmärrettävä yleiskielen tarkoittamalla tavalla johonkin menettelyyn tai toimintaan opastavaksi *lausumaksi*, *neuvoksi* tai *kehotukseksi*.<sup>329</sup> Silloin kun ministeriö tai muu viranomainen antaa neuvoja esimerkiksi yleisohjeen muodossa, yleisiksi tarkoitettujen ohjeiden tulisi julkaista määräyskokoelmassa. Esitöiden mukaan ”[o]hjeet ovat merkitykseltään yleisiä, jollei niitä ole annettu vain tiettyä tilannetta tai tapausta varten ja jos ne eivät ole pelkästään hallinnon sisäisiä”.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Ks. tämän kansion merkityksestä yhtenäisten kirjaamiskäytäntöjen näkökulmasta *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004, s. 245, jossa ohjekansion todetaan olevan ”jokapäiväisessä käytössä kaikissa kirjaamisviranomaisissa”, vaikka siinä ”esitetyt kannat ja suositukset eivät luonnollisestikaan ole tuomioistuinta sitovia ohjeita”.

<sup>329</sup> HE 174/1999 vp, 3 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

<sup>330</sup> HE 174/1999 vp, 4 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

### 3.4 Soft law joustavien normien kiinteytys- ja konkretisointimekanismina

Perustuslaillisista ongelmista huolimatta soft law -sääntelyyn liittyy myös ilmeisiä vahvuuksia.<sup>331</sup> Ympäristölainsäädännön osalta on hyvin tyypillistä kritisoida lainsoveltajia epäyhtenäisistä laintulkinnosta.<sup>332</sup> Soft law -tyyppisten aineistojen avulla voidaan yhtenäistää soveltamiskäytäntöjä ja parantaa päätösten ennustettavuutta.<sup>333</sup> Kun ympäristöpäätöksenteko tyypillisesti edellyttää monitieteistä teknistä ja luonnontieteellistä arviointia ja toiminnan reunaehtojen määrittämistä, alan toimijat kaipaavat toimintansa tueksi lain joustavia normeja konkreettisempia työkaluja.<sup>334</sup> Esimerkiksi ympäristönsuojelulain soveltamista tutkittaessa on havaittu lupapäätöksiä tekevien viranomaisten kaipaavan keskushallinnolta runsaampaa ohjeistusta lain tulkinnan perustaksi.<sup>335</sup> Varsinkin silloin, kun joustavien normien täsmentämiseksi tarvittava informaatio on teknisluonteista tai edellyttää riskinarvioinnissa käytettävien prosessien kuvausta, säädösten tai määräyskokoelmat eivät aina ole oikeita paikkoja normituksen antamiselle.<sup>336</sup> Silloinkin, kun säädöstenantovaltuudet on muodollis-juridisesti järjestetty laintasoisesti asianmukaisesti, asetuksentasoisista sääntelyä ei aina esimerkiksi tiedollisen epävarmuuden vuoksi ole mielekästä tai mahdollista antaa. Tällöin voi olla perusteltua edetä aluksi väljemmän opasmuotoisen ohjeistuksen kautta, kuten sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeen osalta on toimittu.<sup>337</sup>

<sup>331</sup> Ks. erityisesti hallinnollisen ohjauksen muodossa annettavan soft law -aineiston tarpeesta ympäristöoikeudessa myös *Määttä* 2005a.

<sup>332</sup> Epäyhtenäiset soveltamiskäytännöt ovat yleisemminkin tyypillisiä yleisluontoiselle, joustavalle sääntelylle, ks. *Tala* 2001, s. 192.

<sup>333</sup> Ks. yhdenmukaisiin soveltamiskäytäntöihin ja ennakoitavuuteen liittyvistä odotuksista ja näiden odotusten suhteesta tapauskohtaiseen lupaharkintaan *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 138–146, 169–172. Ks. myös *Laakso*, S. 1990, s. 260–261, *Tarukannel* 1990, s. 177, *Kuusiniemi* 1992, s. 357 ja *Syrjänen* 1999, s. 115.

<sup>334</sup> Ks. myös *Matilainen* YJ 2000, s. 36, jossa kaivataan kivenmurskaamoiden ympäristösääntelyyn ympäristöhallinnon antamaa konkreettista suunnitteluohjetta. Hänen mukaansa mahdollisesti laadittavaa asetusta (jota ei ole vielä annettu) ”täsmentävässä ja täydentävässä suunnitteluohjeessa voitaisiin ennalta säännellä mahdollisimman pitkälle tarvittavista konkreettien ympäristönsuojelutoimenpiteiden puitteista sekä toiminnan suunnittelusta”.

<sup>335</sup> *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 145.

<sup>336</sup> Tähän viittaa geeniteknikkalain osalta *Salila* 1999, s. 269.

<sup>337</sup> *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeessa* (2004, s. 7) todetaan, että lisäselvitysten ja -kokemusten jälkeen ruoppausmassan sisältämiä haitallisia aineita koskevasta arviointi-

*Lötjönen* perustelee lääkintäoikeuden näkökulmasta samansuuntaisesti soft law -sääntelyn tarvetta siihen liittyvistä oikeudellisista ongelmista huolimatta. Hänen mukaansa soft law -aineiston merkitys lääkintäoikeudessa perustuu säänneltävän alueen monimuotoisuuteen, nopeaan muuttumiseen ja erikoisasiantuntemuksen tarpeeseen. Hän korostaa, että erityistietämystä edellyttävillä aloilla jo sääntelyä edellyttävien ongelma-alueiden hahmottaminen edellyttää usein, että ”kysymys identifioidaan ensin ammattikunnan omassa keskuudessa, jonka jälkeen se tuodaan monitieteiseen ja eri intressiryhmien väliseen keskusteluun”.<sup>338</sup> Luonnehdinta sopii myös ympäristöoikeuteen sikäli, että soft law -aineistoja tuottavat ympäristöalallakin tyypillisesti yleensä muut kuin juristit.

Joustavien normien yleisyys ympäristösääntelyssä on tärkeä syy soft law -aineistojen keskeiselle merkitykselle juuri ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa.<sup>339</sup> Joustavien normien voi toisaalta sanoa *avaavan* oikeudellisen harkinnan erilaisille soft law -aineistoille, toisaalta ne myös *edellyttävät* soft law -aineistojen olemassaoloa ja niiden käyttämistä juridisessa harkinnassa. Joustavien normien soveltamisen katsotaan ympäristöoikeudessa vaativan ”myös muun kuin oikeudellisen tiedon hankintaa ja sen merkityksen analyysiä”<sup>340</sup>, millä yleensä viitataan ympäristöpäätöksenteossa tarpeellisen monitieteisen aineiston (esimerkiksi luonnontieteellisen ja teknisen aineiston) hyödyntämiseen.<sup>341</sup> Edellä esimerkinomaisesti käsitelty soft law -aineisto sisältää monilta osin esimerkiksi teknistä mallinnusta tai muodollisesti velvoittavia oikeuslähteitä täsmällisempiä biologisia kriteeristöjä. Eri-laiset soft law -aineistot ovat keskeisiä reittejä, joiden kautta muu kuin oikeudellinen tieto välittyy oikeudelliseen päätösharkintaan.<sup>342</sup>

---

perusteista ja raja-arvoista on tarkoitus säätää erikseen annettavalla ympäristöministeriön asetuksella. Ohjeessa esitettiin kriteereihin todetaan liittyvän vielä epävarmuustekijöitä. Esimerkiksi orgaanisten tinayhdisteiden osalta tiedot rannikkoalueiden pitoisuuksista ja aineen vaikutuksista Itämeren eliöihin ovat ohjeen mukaan vielä puutteellisia ja ongelman suuruus on vasta hahmottumassa.

<sup>338</sup> *Lötjönen* 2004, s. 70–71.

<sup>339</sup> Ks. kuluttajaoikeudellisen soft law’n näkökulmasta myös *Tala* JFT 1998, s. 126, jossa kuluttajansuojalainsäädännön yleislausekkeita pidetään eräänä muodollisesti velvoittamatoman soft law -tyyppisten aineiston muodostumisen perustana.

<sup>340</sup> *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 55.

<sup>341</sup> Ks. myös *Kumpul* (1997, s. 123–126), jonka mukaan ”[j]oustavat normit toimivat tekniselle kehitykselle ja tiedolle vastaanottavaisina, avoimina normeina”, jotka edellyttävät niiden sisältöä täsmäntäviä mekanismeja, kuten alemmanasteista norminantoa ja ulko-oikeudellisen asiantuntemuksen käyttöä joustavien normien konkretisointiprosessissa.

<sup>342</sup> Ks. myös *Kuusiniemen* (1992, s. 143) väitöskirjan keskeistä lähtökohtaa ilmentävää havainnollista kuviota, jossa hänelle keskeiset ”suuntaviivat” välittävät juuri faktoja pää-



Soft law'ta voidaan joustavia normeja koskevan keskustelun näkökulmasta luonnehtia keskeiseksi *joustavien normien tulkintojen kiinteytys-, täsmentämis- ja konkretisointimekanismiksi*. Viime aikoina muun muassa *Kuusiniemi* on useassa yhteydessä korostanut perustuslaista lähtevän arvokontrollin sekä oikeusperiaatteiden punninnan ja soveltamisen merkitystä keinona kiinteyttää ympäristöoikeudelle tyypillisten joustavien normien tulkintoja.<sup>343</sup> Edellä tarkasteltu soft law -aineisto toimii joustavien normien tulkintojen kiinteyttämisen välineenä perusoikeuksien ja oikeusperiaatteiden rinnalla. Nämä erilaiset joustavien normien tulkintojen kiinteytysmekanismit täydentävät toisiaan.<sup>344</sup> Perusoikeusmyönteinen ja periaatelähtöinen tulkinta toimii osaltaan soft law -aineiston hyödyntämisen kontrolloijana esimerkiksi liian muodollisesti ja kaavamaisesti teknis-luonnontieteellisiin faktoihin tukeutuvaa soveltamisasennetta vastaan.<sup>345</sup>

Soft law -aineistolla oikeuslähteenä näyttäisikin olevan kiinnostavia yhtäläisyyksiä oikeusperiaatteisiin tukeutuvan argumentaation kanssa. Oikeudellisen ajattelun perusteiden tasolla myös soft law -aineiston ottaminen vakavasti edellyttää formalistis-positivistisen tulkinta-asenteen laimentamista. Tältä osin ajatus soft law'ta erityisenä oikeuslähdekategoriana perustuu pitkälti samantyyppisiin teoreettisiin lähtökohtiin kuin useat muutkin tuoret oikeuslähdeoppia koskevat puheenvuorot.<sup>346</sup> Kovin muo-

---

töksentekoon. Suuntaviiva voi olla mm. ”asiantuntemukseen vetoavaan auktoriteettiargumenttiin pohjautuva presumptio (esim. hallinnollisen ohjeen ratkaisumalli)” eli tässä esityksessä soft law -aineistoksi kutsumissani ratkaisuperusteissa muotoutuva tulkintakriteeri.

<sup>343</sup> Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 172–173. Ks. ympäristöoikeudellisten oikeusperiaatteiden päätöksentekoa kiinteyttävästä, päätöksenteon ennustettavuutta ja legitimiisyyttä vahvistavasta merkityksestä joustavien normien soveltamisen yhteydessä myös *de Sadeleer 2002*, s. 270–275 ja *Verschuuren 2003*, s. 131–132, 147. Ks. myös *Kumpula (2004)*, s. 239), joka tiivistää de Sadeleerin ja Verschuurenin periaatetutkimusten analyysinsä (s. 235–239) tulkintaan, että molempia esityksiä yhdistää käsitys periaatteista eräänä keinona ”vastata sääntelyn epävarmuudesta, fragmentoituneisuudesta ja sektoraalisuudesta nouseviin ongelmiin” ja turvata ”sääntelyn kadotettua koherenssia”.

<sup>344</sup> Ks. soft law -sääntelyn kytkennöistä periaateajatteluun myös *Pohjolainen JFT 1998*, s. 440–442.

<sup>345</sup> Ks. myös *Kuusiniemi* (teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 56), joka korostaa yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden ja eettisen perusteltavuuden tärkeyttä ympäristölainsäädännön soveltamisessa: ”Ympäristölainsäädännön tulkintaa eivät suuntaa vain eksaktit luonnontieteet tai kovat tekniset ja taloudelliset tieteet, vaan yhteydet yhteiskuntatieteelliseen ympäristöntutkimukseen ovat läheiset.”

<sup>346</sup> Ks. *Nuotton (LM 2004)*, s. 1269) tiivistys keskustelusta: ”Voinee väittää, että kaikille uudemmille kotimaisille puheenvuoroille [oikeuslähdeopista] on yhteistä pyrkimys torjua lakipositivismin ja avartaa oikeuslähdekäsitystä siinä tarkoituksessa, että käytännön ratkaisutoiminnalle olisi tarjota realistinen malli siitä, kuinka olisi päästävissä sekä ennakoitaviin että hyväksyttäviin ratkaisuihin.”

dollisesti ja positivistisesti oikeuteen suhtauduttaessa on helppo päätyä siihen, että tässä esillä oleva aineisto ei oikeudellisesti ole normatiivisesti relevanttia, kun sille ei laissa ole säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia. Samanlaisia epäilyksiä lakiin kirjaamattomien oikeusperiaatteiden oikeudellisesta velvoittavuudesta näyttää ympäristöoikeuden alueella esiintyvän edelleen.<sup>347</sup> Tällainen johtopäätös ja asenne olisi sekä soft law -aineiston että oikeusperiaatteiden osalta oikeudellisesti yhtä ongelmallinen.

Tässä formalistis-positivistisen tulkinta-asenteen kritiikin yhteydessä lienee selvyyden vuoksi syytä korostaa, ettei muodollisesti velvoittavaan säädökseen sisältyvä väljä tai avoin normi tee siitä soft law -tyyppistä.<sup>348</sup> On selvää, että ympäristöoikeudessa yleisiä joustavia normeja ei voida luonnehtia soft law -tyyppisiksi. Säännöksen avoimuudesta tai epätäsmällisyydestä ei seuraa, että kyseinen säännös olisi ei-velvoittava. Siltä osin kuin edellä (jakso 3.1.2) on luonnehdittu muodollisesti velvoittaviin säädöksiin sisältyviä normeja soft law -tyyppisiksi, olen tarkoittanut hyvin rajatusti vain sellaisia kirjoitettuihin säädöksiin sisältyviä normeja, joille lainsäätäjän nimenomaisesti antanut vain ei-velvoittavan ohjeellisen luonteen ja joiden osalta velvoittavuutta ei voida perustella myöskään esimerkiksi systemaattisilla argumenteilla (esimerkiksi rakennusmääräyskokoelman ohjeet tai ympäristönsuojelu-oikeuden asetustasoiset ohjeet).

Yhteys soft law'n ja periaatehakuisen argumentaation välillä on kiinnostavasti esillä *Kuusiniemen* väitöskirjaa ”Ympäristönsuojelu ja immissioajattelu” (1992) leimaavassa suuntaviiva-mallissa, jossa joustavien normien tulkinta-argumentaatiossa huomioonotettavia ”apusääntöjä” (suuntaviivoja) kehitetään samanaikaisesti sekä oikeusperiaateajattelusta että soft law -tyyppisestä asiantuntija-argumentaatiosta käsin.<sup>349</sup> Tässä voinee tunnistaa, etten ole ennen tämän esityksen kirjoittamista ymmärtänyt Kuusiniemen suuntaviivamallia, kun olen arvioinut sitä vain oikeusperiaatekeskustelun näkökulmasta. Hänen mallissaan ja tutkimuksessaan oikeusperiaatteiden ohella vähintään yhtä keskeinen merkitys on soft law -aineistojen (vaikka hän ei käsitettä käytä) avulla ja laajan oikeustapausaineiston analyysin kautta tapahtuvalla tulkintakriteerien täsmentämisellä. Jos suuntaviivamallia tai tutkimusta laajemminkin arvioi vain periaatelinssien läpi,

---

<sup>347</sup> Ks. esim. *Hollo* 2004, s. 41, jossa parhaan käyttökelpoisen tekniikan vaatimukseen viitaten sen todetaan kyllä lainsäädännön kehittämisen tasolla voivan vaikuttaa varsin monenlaiseen lainsäädäntöön, ”mutta silti sen soveltaminen ympäristölainsäädännössä voi jäädä riippumaan siitä, onko sen käyttö *säädetty sallituksi vai ei* (kurs. tässä)”.

<sup>348</sup> Tätä korostaa kansainvälisen oikeuden näkökulmasta myös *Rosas* 1993, s. 67.

<sup>349</sup> *Kuusiniemi* 1992, s. 142–148, erit. s. 143.

esityksestä saa aivan vääristyneen kuvan. Tässä tuleekin havainnollisesti esille yleisten oppien tasoisen käsitteistön merkitys oikeudellisessa ajattelussa: ilman soft law -käsitettä ja sen oikeudellisen merkityksen oivaltamista en ole voinut tavoittaa Kuusiniemen tutkimuksen kaikkia piirteitä.

Jos soft law -aineistoja tarkastellaan joustaviin normeihin liittyvänä ilmiönä, voidaanko soft law’ta näin ollen myös tarkastella osana väitettyä oikeudellisen sääntelyn *joustavuuden lisääntymiskehitystä*? Voidaanko soft law -aineistojen merkityksen vahvistuminen ympäristöoikeudessa nähdä yhdeksi esimerkiksi väitetyistä joustavuuden lisääntymisestä? Ympäristöoikeuttahan pidetään usein esimerkkinä sellaisesta materiaalisesta hyvinvointioikeudellisesta oikeusmallista, jolle on tyypillistä muun muassa joustava tavoiteohjaus.

Ympäristöoikeuden näkökulmasta kovin yleiset ja ajallisesti yksilöimättömät joustavuuden lisääntymisväitteet ovat mielestäni ongelmallisia ja jopa harhaanjohtavia. On ongelmallista väittää yleistäen, että ympäristösääntely olisi muuttumassa *aikaisempaa joustavammaksi* (ja ehkä nähdä tässä valtiosääntöoikeudellisia vallanjako-ongelmia). Esimerkiksi seuraavaa luonnehdintaa on syytä pitää epäonnistuneena: ”Ympäristöoikeudellista sääntelyä kuvaa hyvin väite, että viranomaisten harkintavaltaa ohjataan joustavin normein *yhä* (kurs. tässä) ylimalkaisemmin ja puiteluonteisemmin.”<sup>350</sup> Epäonnistuneisuutta ei muuta toiseksi se, että tuon lauseen on muotoillut tämän tekstin kirjoittaja.<sup>351</sup> Tarkemmin asiaan paneuduttuani olen sitä mieltä, että luonnehdinta ei pidä paikkaansa eikä siis kuvaa ympäristösääntelyn kehitystä.<sup>352</sup> Ympäristöoikeuden näkökulmasta tuntuu perustellummalta ajatus, että tietynasteinen joustavuus ja väljyys lainsäädännön tasolla on alunperinkin ollut sekä nykyaikaisen että vanhemman ympäristösääntelyn peruspiirre.<sup>353</sup> Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on myös jo varhain tunnistettu tilannekohtaisen päätöksenteon väljän sääntelyn vallaanjoolliset erityispiirteet.<sup>354</sup> Jos viimeaikaisen kehityksen suun-

<sup>350</sup> *Määttä* 1999, s. 116.

<sup>351</sup> Lause nousi uuden kriittisen arvioinnin kohteeksi, kun huomasin, että mm. ohjaamissani pro gradu -tutkielmassa viitataan erityisesti juuri tähän kohtaan väitöskirjassani havainnollisena tiivistyksenä ympäristösääntelyn ominaispiirteistä.

<sup>352</sup> Ks. aiheesta laajemmin *Määttä* 2005b.

<sup>353</sup> Ks. myös *Tarukannel* (1990, s. 172–173), joka silloiseen hallinto-oikeudelliseen päätöksenteon muutoskeskusteluun liittyen huomauttaa sijoituslupa-asioihin jo historiallisesti liittyneistä erityispiirteistä.

<sup>354</sup> Ks. esim. *Hollo* 1976, s. 114–116, jossa hän vesioikeudelliseen päätöksentekoon liittyvää viranomaisten ja tuomioistuinten ”aineellista konkretisointioikeutta” käsitellessään toteaa vesilain pilaantumissääntelyn olevan ”sikäli erikoinen, että vesien pilaamiskielto toteutuu tavalla, joka ei vastaa perinteisen vallan kolmijaon oppia”.

taa haluaa hahmottaa, voisi pikemminkin väittää ympäristösääntelyn ainakin joillakin alueilla olevan muuttumassa *aiempaa yksityiskohtaisemmaksi ja täsmällisemmäksi*. Tähän johtaa ennen kaikkea EY-sääntelyn seurauksena huomattavasti lisääntynyt lakia alemmanasteinen sääntely.<sup>355</sup> Toisaalta sääntelyn yleispiirteisyyden, toisaalta sen täsmällisyyden lisääntymistä ei ehkä tarvitse joka suhteessa nähdä keskenään ristiriitaisina tendensseinä, vaan nämä sääntelyn väitetyt kehityspiirteet voivat ehkä olla myös samanaikaisia ja toisiaan täydentäviä.<sup>356</sup>

Miten edellä käsitellyt soft law -aineistot sitten suhteutuvat sääntelyn joustavuuden lisääntymisteesiin? Edellä olevasta abstraktista tarkastelusta ei voida vielä tehdä mitään johtopäätöksiä ympäristöoikeudellisten soft law -aineistojen suhteesta väitettyyn sääntelyn lisääntyneeseen joustavuuteen. Vaikka ympäristöoikeuden alueella ei yleisesti voitaisi sanoa joustavuuden lisääntyneen, ehkä soft law kävisi kuitenkin erääksi esimerkiksi tällaisesta kehityksestä?

Tällainen luonnehdinta kieltämättä osuu osittain kohdalleen. Sikäli kuin kyse on vaikkapa *Luonnon peruskirjaan* rinnastuvista eettisluonteisista julistuksista tai EU:n ympäristöohjelmien tapaisista strategia-asiakirjoista (ks. jakso 2.1), niitä voi käyttää esimerkkinä aidosti joustavasta ympäristöohjauksesta. Tällaisten julistusten ja strategioiden määränkin voi hyvin perustein väittää lisääntyneen.

Pelkästään strategioiden, julistusten ja toimintaohjelmien perusteella ei vielä ole kuitenkaan syytä päätellä, että tässä esityksessä tarkasteltu soft law -aineisto laajemmin osoittaisi sääntelyn joustavuuden olevan lisääntymässä. Kuten edellä jaksossa 2 jo tuli ilmi, mainittujen asiakirjojen merkitys oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on suhteellisen vähäinen verrattuna muuhun soft law -aineistoon. Pääosaa tässä esityksessä oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta soft law -luonteisiksi ymmärretystä aineistosta ei voi luonnehtia sisällöltään joustaviksi. Useinhan nämä aineistot sisältävät päinvastoin eksakteja luonnontieteellisiä viitearvoja, teknistä mallinnusta tai yksityiskohtaista inventointitietoa. Myöskään ohjelmien tai suunnitelmien merkityksen lisääntyminen ympäristöohjauksen muotona (ks. jakso 2.2) ei välttämättä ole merkki ympäristösääntelyn joustavuuden lisääntymisestä. Usein ympäristöoikeudellista suunnitelmaohjausta voidaan sisällöllisesti päinvastoin luonnehtia hyvinkin täsmälliseksi (oh-

---

<sup>355</sup> Ks. EY-oikeudellisten yleisnormien aiheuttamasta ajattelutavan muutoksesta Suomessa *Vihervuori* 1998, s. 234–240.

<sup>356</sup> *Tala* 2001, s. 193. Ks. teemasta ympäristöoikeuden näkökulmasta myös *Kauppara Oikeus* 2005, s. 10–11.

jelmissä on tyypillisesti kyse arvokkaiden luonnonkohteiden luokittelusta ja inventoinnista).

Joustavuuskeskustelussa keskeisestä vallanjaolisesta näkökulmasta tärkeätä on korostaa edellä soft law'ta koskevien normatiivisten reittien (jakso 3.1.3) tunnistamisen yhteydessä käsiteltyä joustavien normien suhteellista avoimuutta. *Lainsäädännön tasolla joustavilta normeilta vaikuttavat säännökset* eivät usein lainkaan ole *normatiivisesti avoimia*, jos niitä tarkastellaan näiden normien soveltamistilanteiden näkökulmasta ottaen lain ohella huomioon myös niiden tulkinnassa *jo lainsäätämisyvaiheessa* käytettäväksi ajateltu muu argumentaatioaineisto.<sup>357</sup> Normiteorian käyttökelpoista keskeiserottelua hyödyntäen asian voi ilmaista sanomalla, että *joustavat normiformulaatiot* eivät välttämättä ole *tulkittuina oikeusnormeina* lainkaan joustavia tai avoimia. Ympäristöoikeudellisten joustavien normien säätäminen perustuu edellä osoitetulla tavalla joko lainsäätäjän tietoon näitä normeja täsmentävän soft law -aineiston olemassaolosta tai joustavia normeja konkretisoivien aineistojen tuottamisprosessien käynnistämiseen lain voimaantulon yhteydessä. Ilmiö lienee ympäristöoikeutta yleisempi. Jos lainsäätäjä esimerkiksi viittaa tarkoituksella alakohdaksiin hyviin tapoihin hyvin tietoisena niiden täsmentämismekanismista, vain siitä, että tällaisia hyvä tapa -normeja yhä enemmän kirjataan lakiin, ei tule siis päätellä, että oikeudellisen sääntelyn joustavuus olisi lisääntymässä. Hyvä tapa -normien kirjaamisesta lakiin voidaan joissakin tapauksissa tehdä päinvastainen johtopäätös, varsinkin jos kyse on aiemmin laissa sääntelemättömästä alueesta.

Soft law'n hahmottaminen osaksi väitettyä oikeudellisen sääntelyn lisääntymiskehitystä olisi ongelmallista myös sen vuoksi, että alun perin oikeudellisen sääntelyn ulkopuolella muotoutuneita aineistoja ja viranomaisten toimesta laadittua ohjeistusta näytetään myös ympäristöoikeuden alueella usein ajan myötä saatettavan myös muodollisesti velvoittavan oikeudellisen sääntelyn piiriin. Tätä voitaneen pitää eräänä uusia ”soft law -oikeudenaloja”<sup>358</sup> yhdistävänä piirteenä, vaikka muutoin soft law on näillä

<sup>357</sup> Tuomioistuimen ratkaisutoiminnan rakenteelliseen sidottuisuuteen myös joustavien säännösten soveltamisen yhteydessä kiinnittää huomiota samansuuntaisesti *Kaisto* 2005, s. 156: ”on täysin mahdollista, ettei tuomioistuimella yksittäistapauksessa ole harkintavaltaa säännöksen joustavuudesta huolimatta. On syytä korostaa, että ratkaisua tehtäessä on kiinnitettävä huomiota muihinkin seikkoihin kuin yhteen joustavaan säännökseen. Loppu tulemana voi kaiken kaikkiaan olla se, että tuomioistuimen on sovellettava joustavaa säännöstä määrätävällä tavalla.”

<sup>358</sup> Ympäristöoikeuden ohella *Tuori* (LM 2004, s. 1213) mainitsee lääkintä- ja bio-oikeuden, informaatio-oikeuden ja urheilu-oikeuden esimerkkeinä oikeudenaloista, jotka liittyvät yhteen perinteisten oikeudenalojen normistoja, horjuttavat yksityis- ja julkisoikeuden erottelua ja todistavat oikeuslähteiden polysentriasta.

oikeudenalioilla osin varsin erityyppistä. Voidaan ehkä väittää, että samalla kun erilainen muodollisesti ei-velvoittava soft law -aineisto ympäristöpäätöksenteossa ilmeisesti on lisääntymässä, toisaalta tällaista aineistoa samalla myös koko ajan otetaan muodollisesti velvoittavan oikeudellisen sääntelyn piiriin.<sup>359</sup> Toisaalta laintasaisen sääntelyn lisääntyminen uusilla sääntelyalueilla (esimerkiksi geenitekniikassa) ei välttämättä tee olemassa olevista alakohtaisista käytännesäännöistä tai itsesääntelynormeista merkityksettömiä.<sup>360</sup>

*Soft law'n oikeudellistumiskehityksestä* voi esimerkkinä mainita edellä mainitut kuntien ja alueellisten ympäristökeskusten aiemmin ilman yksilöityä lakiperustaa laatimat pohjavesien suojelusuunnitelmat. Ne ovat sisältäneet samantyyppisten asioiden selvittämistä, joita nyt edellytetään vesipuitedirektiivin ja vesienhoitolain tarkoittamissa pohjavesimuodostuman ominaispiirteiden tarkasteluissa.<sup>361</sup> Julkilausutusti ja tietoisesti tällainen ”ensin soft law -ohjeistusta, joskus myöhemmin muodollisesti velvoittavia oikeusnormeja” -etenemisstrategia on otettu käyttöön edellä käsitellyssä ympäristöministeriön antamassa ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeessa” (2004). Ohje pohjustaa myöhemmin annettavaksi ajateltua asetusta. Sen antamiseen ei vielä ole katsottu olleen edellytyksiä, koska olemassaolevan tieteellisen tiedon valossa ruoppausmassan sisältämiä haitallisia aineita koskeviin arviointiperusteisiin ja raja-arvoihin liittyy vielä epävarmuustekijöitä.<sup>362</sup>

## 4 YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

### 4.1 Soft law'n monimuotoisuus

Vaikka soft law'ta voi eräiltä osin (esimerkiksi hallinnollisen ohjauksen osalta) luonnehtia jo ympäristöoikeuden historialliseksi erityispiirteeksi, soft law -oikeuslähteiden merkitys lienee myös ympäristöoikeuden alueella

---

<sup>359</sup> Soft law'n esi-lainsäädännölliseen (pre-droit) merkitykseen erityisesti ympäristökysymyksissä kiinnittää huomiota mm. *Pohjolainen* JFT 1998, s. 458. Ks. lääkintäoikeuden näkökulmasta soft law'n oikeudellistumisesta *Lötjönen* 2004, s. 14, 72. Hän kiinnittää myös huomiota siihen, että sitovan lääketieteellistä tutkimusta koskevan normituksen lisääntyessä ”eettisten ohjeistojen ja suositusten lukumäärä ei vähene, vaan päinvastoin.” Teema on laajalti esillä kansainvälisessä soft law -kirjallisuudessa, ks. esim. *Kirton – Trebilcock* 2004, s. 12.

<sup>360</sup> Esimerkiksi geenitekniikkalain (377/1995) mukaisen huolellisuusvelvoitteen sisältöä voidaan edelleen täsmentää hyödyntäen alan kansainvälisten järjestöjen suosituksia. Ks. *Salila* 1999, s. 269.

<sup>361</sup> *HE 120/2004 vp.*

<sup>362</sup> *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7.

lisääntymässä.<sup>363</sup> Eri asia on, että ympäristöoikeuden alueella ei voida yleis-  
täten väittää soft law -aineistojen lisääntymisen tapahtuvan muodollisesti  
velvoittavan oikeudellisen sääntelyn kustannuksella.<sup>364</sup>

Soft law -käsitteen piiriin on syytä sijoittaa hyvin monimuotoista ja toi-  
sistaan poikkeavaakin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettä-  
vää aineistoa. Jos soft law -käsitettä hyödynnetään oikeuslähteiden poly-  
sentrin kuvaamisessa, on pidettävä mielessä myös soft law -oikeuslähteiden  
sisäinen monimuotoisuus. Tätä monimuotoisuutta ei tule pyrkiä peit-  
tämään esimerkiksi tavoittelemalla kaikenkattavaa määritelmää tai norma-  
tiivista luonnehdintaa soft law 'sta. Samoin *Pohjolainen* on nähnyt soft law  
-käsitteen käytölle olleen alun perin tyypillistä vain kuvata varsin hetero-  
geenisten normien joukkoa ilman, että käsitteestä tehtäisiin päätelmiä esi-  
merkiksi sääntelyn velvoittavuudesta.<sup>365</sup>

Tämän oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmaan kiinnittyneen tut-  
kimuksen keskeiset havainnot voidaan yhteenvedonomaaisesti, tavoittele-  
matta mitään määritelmää, tiivistää seuraaviksi *ympäristöoikeuden soft law*  
*-oikeuslähteiden* ominaispiirteiksi:

- 1) soft law on muodollisesti ei-velvoittavaa, pääsääntöisesti<sup>366</sup> kirjalli-  
sessa muodossa esiintyvää, tietoisesti tuotettua, asetettua oikeutta,
- 2) soft law saa hyväksyttävyytensä ja/tai soveltamiskäytännöissä vakiin-  
tuneen tehokkuutensa perusteella normatiivista merkitystä oikeudel-  
lisen ratkaisun perusteena,
- 3) soft law on joko heikosti velvoittava tai sallittu oikeuslähde,
- 4) soft law ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomainen peruste,
- 5) soft law voi toimia ratkaisun normi- ja/tai faktapremissin muodosta-  
misessa käytettävänä oikeuslähteenä,
- 6) soft law'n käytössä oikeuslähteenä korostuu ratkaistavan tapauksen  
erityispiirteet huomioonottava tapauskohtainen sisällöllinen hyväk-  
sytävyyssarviointi,
- 7) jos soft law'ta käytetään oikeudellisen ratkaisun perusteena, ratkai-  
sun perusteluissa on yksilöiden viitattava käytettyyn aineistoon.

<sup>363</sup> Ks. soft law'n merkityksen lisääntymisestä yleisemmin *Tala* (1999, s. 23): ”Hypoteesi-  
na voisikin esittää, että oikeussääntelyn tulevaisuuden kehityksessä erilaisen ei-sitovan,  
ei-virallisen sääntelyn määrä ja merkitys saattavat kasvaa, samoin niiden ja virallisen sää-  
dännäisen oikeuden vuorovaikutus.”

<sup>364</sup> Ks. myös *Kumpula* 2002, s. 182, jossa itsesääntelyn arvioidaan vahvistaneen oikeudel-  
lis-hallinnollisten ohjauskeinojen asemaa ja merkinneen pikemminkin reregulaatiota kuin  
perinteisen oikeudellisen ohjauksen purkamista.

<sup>365</sup> *Pohjolainen* JFT 1998, s. 437. Ks. myös *Rosas* 1993, s. 71–74.

<sup>366</sup> Tässä tutkimuksessa ei ole tullut esille yhtään muussa kuin kirjallisessa muodossa olevaa  
ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähdettä. En ole keksinyt yhtään esimerkkiä sellaisesta.

Niillä kotimaisen oikeuden oikeudenaloilla, joilla soft law on tavanomais- ta merkittävämpi oikeuslähde kyse voi olla hyvin erityyppisestä aineistos- ta. Verrattuna esimerkiksi lääkintäoikeuteen nykyaikaisen ympäristöoikeuden kehittyneimmillä osa-alueilla – ympäristönsuojeluoikeudessa, kaavoitus- ja rakentamisoikeudessa sekä luonnonsuojelu- ja luonnonvaraoikeudessa – ammattieettisillä koodistoilla, kansainvälisten järjestöjen suosituksilla ja alakohtaisilla käytännesäännöillä<sup>367</sup> on suhteellisen vähäinen merkitys verrattuna esimerkiksi (yleensä kansallisiin) luonnontieteellisiin inventoin- teihin, ohjearvoihin tai erimuotoiseen hallinnolliseen ohjeistukseen. Vaik- ka ympäristöoikeudessaakin kansainvälisellä ei-sitovalla soft law -aineis- tolla – kuten julistuksilla, sopimusjärjestelmien piirissä syntyneillä suosi- tuksilla ja toimintaohjelmilla – on keskeinen poliittinen merkitys, ne eivät *kansallisen lainsoveltamisen* kannalta ole samalla tavalla merkityksellisiä kuin soft law -tyyppiset ihmisoikeusasiakirjat ovat esimerkiksi erityisten ihmisryhmien (lapsien, vammaisten tai dementoituneiden vanhusten) oi- keudelliseen asemaan vaikuttavassa päätöksenteossa.<sup>368</sup> Ympäristöoikeu- dellisia soft law -aineistoja ei voida kovinkaan laajalti lähestyä *Lötjösen* lääkintäoikeudellisen tutkimuksen tavoin ihmisoikeuslähtöistä eettispai- notteista menetelmää käyttäen<sup>369</sup>, kun kyse näyttäisi ympäristöoikeuden alueella olevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta yleensä tekni- sestä tai luonnontieteellisestä (usein numeerisesti ilmaistusta) normituk- sesta.

## 4.2 Deskriptiivisen oikeuslähdeopin tärkeys

Kun oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa on perinteisesti oltu kiinnostu- neita *normatiivisesta* oikeuslähdeopista, tässä esityksessä esillä olevan ai- neiston merkitys oikeuslähteenä jää helposti näkymättömiin. Kun lain- soveltaminen ja lainoppi oikeustieteen tärkeimpänä alueena ovat keskei-

---

<sup>367</sup> Ks. ammatilliseettisistä koodistoista ja kansainvälisistä suosituksista lääkintä- ja bio- oikeuden oikeuslähteenä *Lötjönen* 2004, s. 14, 43, 67–71 ja kansainvälisistä ohjeista ja suosituksista geenitekniikan keskeisenä sääntelymuotona *Meincke* 2001, s. 11–14.

<sup>368</sup> *Mäki-Petäjä-Leinonen* (2003, s. 43) arvioi, että kansainvälisillä soft law -asiakirjoilla saattaa heikkojen erityisryhmien kannalta olla suurempi merkitys kuin sitovilla kansainvä- lisillä sopimuksilla. Hän arvioi erityisryhmien ihmisoikeuksiin liittyvillä soft law -asiakir- joilla olevan merkitystä myös kansallisten lakien tulkinta-aineistona, ks. näistä asiakirjois- ta hänen tutkimusteemansa (dementoituvan henkilön oikeusaseman) kannalta s. 43–49.

<sup>369</sup> *Lötjönen* 2004, s. 13–14, 29–30, 44–55. *Lötjönen* (s. 13) katsoo eettisten argumenttien käytön olevan ”tyypillistä erityisesti lääkintäoikeudelle”.



sesti oikeuslähteiden käytön ja oikeudellisen argumentaation *taitoa*<sup>370</sup>, josakin määrin aina teoretisoinniksi jäävän normatiivisen oikeuslähdeopin ohella olisi syytä kiinnittää enemmän huomiota myös siihen, minkälaiseen aineistoon turvautuen ja miten lainsoveltajat tosiasiallisesti oikeudellisia ongelmia ratkaisevat. Aina väistämättä oikeudenalakohtainen *deskriptiivinen* oikeuslähdeoppi (luonnollisesti suhteutettuna eri oikeudenaloja yhdistävään ”yleiseen” oikeuslähdeoppiin) on erityisen tärkeä oikeustieteen pedagogiikan kannalta: kun juridinen koulutus tähtää oikeuslähteiden *käyttöön* harjaantumiseen, ammatillisen osaamisen karttuminen edellyttää tietoa paitsi siitä, miten oikeuslähteitä pitäisi yleisesti ottaen käyttää, myös tietoa siitä, miten niitä kullakin oikeudenalalla tosiasiallisesti käytetään.

Deskriptiivisen oikeuslähdeopin näkökulma on siinäkin mielessä tärkeä, että aukikirjoitettu ja julki lausuttu tieto lainsoveltajien tosiasiallisista soveltamisstrategioista ja -käytänteistä muodostaa aina perustan esittää normatiivisia kannanottoja lainsoveltamisen kehittämiseksi. Kun lainopin tehtävänä on esittää tulkintasuosituksia lainsoveltajien työn perustaksi, vaikkapa ministeriön laintulkinnallisia ohjeita sisältävää kirjettä ei voida sivuttaa vain toteamalla sen olevan ei-velvoittava, jos alan toimijoiden tiedetään kuitenkin ottavan tämäntyyppisen aineiston huomioon päätöksenteossaan jopa lakiin rinnastuvana lähteenä. Normatiivisen oikeuslähdeopin kanssa ristiriitaistenkin soveltamiskäytänteiden tunnistamiseen ja julkilausumiseen perustuvat tulkintasuositukset tavoittaisivat paremmin kohdeauditorion kuin soft law -aineistolta muodollis-juridisin perustein silmänsä sulkevaan tulkinta-asenteeseen perustuvat kannanotot. Tosiasiallisten soveltamiskäytänteiden tunnistaminen olisi mielekkäämpi perusta myös teoreettiselle oikeuslähdeoppia koskevalle keskustelulle kuin käytännöstä irrallisten ideaalimallien kehittäminen.

### 4.3 ”Antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurissa

On mahdollista, että soft law -aineistojen tosiasiallisen merkityksen tavoittaminen edellyttää myös perinteisen lainopillisen tutkimusvälineistön laajentamista. Soft law -aineistojen merkityksen dokumentointi ja siten myös niiden kriittinen arviointi saattaa edellyttää empiirisen oikeustutkimuksen menetelmien yhdistämistä lainopilliseen tutkimukseen. Soft law ’n

---

<sup>370</sup> Lainopin määrittelee *käytännölliseksi tulkintataidoksi* myös Niemi (LM 1998, s. 363), jonka mukaan tämä taito ”sisältää paitsi tiedon soveltuvasta lähdemateriaalista myös kyvyn käyttää sitä oikealla tavalla ja oikeassa tarkoituksessa.”

ottaminen vakavasti voi myös olla peruste muista kuin lainopillisista tiedonintresseistä käsin tehtäville systemaattisille empiirisille tutkimuksille esimerkiksi viranomaisten ja itsesääntelyelimien ratkaisukäytännöistä.<sup>371</sup>

Tässä artikkelissa tarkasteltujen aineistojen oikeudellisen merkityksen tunnistaminen voi edellyttää sellaista monitieteistä oikeudellista tutkimusta, jossa oikeustieteen tutkija tekee ”*antropologisia kenttätutkimuksia*” vieraassa kulttuurissa. Tarkoitan tällä kielikuvalla sellaisia oikeustieteelliseen tutkimukseen yhdistettäviä lähestymistapoja, joissa tutkija pyrkii omakohtaisin havainnoin ymmärtämään niitä professionaalaisia ajattelutapoja ja rationaliteetteja, jotka tarkastelun kohteena olevalla sääntelyalueella johtavat soft law -aineistoihin tukeutumiseen normatiivista oikeuslähdeoppia ehkä muodollisemmassa ja velvoittavammassa merkityksessä.<sup>372</sup> Esimerkiksi hallinnon sisäisen ohjeen tai vailla muodollista normistatusta olevan inventoinnin tosiasiallista merkitystä ratkaisutoiminnassa ei välttämättä tavoiteta tutustumalla vain ylimpien tuomioistuinten ratkaisuihin. Alakohtaisesti tosiasiallisesti noudatettavien tulkintakäytänteiden tunnistaminen voi tapahtua esimerkiksi professiososiologista<sup>373</sup> tutkimusotetta hyödyntäen. Käyttökelpoinen tutkimusstrategia on myös osallistuminen tutkittavan alan ammatillisiin koulutus- ja ohjaustilaisuuksiin, joissa soft law -tyyppisen aineiston käyttötavat (ja joskus myös niiden sisältö) tyypillisesti muotoutuvat. Esimerkiksi jäteoikeutta tutkivan ympäristöoikeuden tutkijan on välttämätöntä osallistua jätealan toimijoiden koulutus- ja kehittämispäiviin (esimerkiksi vuosittaisille jätehuoltopäiville) tavoittaakseen tekniikan alan ajattelutapoihin sitoutuneita alan professionaalaisia ajattelutapoja, jotka heijastuvat osaltaan siihen, miten alan oikeu-

---

<sup>371</sup> Empiirisen tutkimuksen tarpeeseen soft law -sääntelyn tunnistamiseksi kiinnittää huomiota myös *Pohjolainen JFT* 1998, s. 443, 458.

<sup>372</sup> Tämäkään tutkimus ei olisi ollut mahdollinen ilman ”antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurissa -tutkimusstrategiaa. Olen omalta osaltani toteuttanut tätä tutkimusstrategiaa muun muassa ympäristöalan ammattilaisten täydennyskoulutusohjelmien suunnittelun ja toteutuksen yhteydessä, alustamalla metsä- ja ympäristöalan asiantuntijatilaisuuksissa sekä opettamalla ympäristöoikeutta sivuaineena eri ympäristötieteiden opiskelijoille eri yliopistoissa. Moneen soft law -esimerkkeihin olen saanut virikkeen paitsi opinnäytetöiden ohjauksen yhteydessä myös käytännön ammattilaisten usein oikeudellisesti hyvin kiinnostavista ja haastavista kysymyksistä erilaisissa koulutus- ja muissa tilaisuuksissa.

<sup>373</sup> Esimerkkinä tällaisesta tutkimusotteesta voi mainita *Saariston* väitöskirjan ”Avoin asiantuntijuus” (2000). Teoksessa on myös kiinnostava jakso (s. 78–99) ”Laillistettu asiantuntija”, jossa arvioidaan, miten lainsäädäntö on määrittelemässä, rajaamassa ja takaamassa kunnallisten ympäristövirkamiesten asiantuntijuutta.

dellisessä päätöksenteossa erilaisia oikeudellisia lähteitä hyödynnetään ja tulkitaan.<sup>374</sup> Näin tavoitettavaa alan hiljaista tekijän tietoa ei oikeudellisessa tutkimuksessa aina edes tarvitse kovin laajasti dokumentoida, mutta näin tavoitettava ymmärrys alan käytäntöjä ohjaavista sitoumuksista voi olla oikeudellisesti erittäin hyödyllistä.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa tässä esityksessä analysoitua ja kysymyksiä on jo aiemmin laajalti tunnistettu oikeudenalan erityispiirteiksi, mutta teemoja ei yleensä ole kytketty oikeuslähdeopillisiin tarkasteluihin. Ympäristöoikeuden perusoppikirjoihin ei yleensä sisälly erillistä oikeuslähdeopillista jaksoa. Ympäristöoikeuden alueella yleisiin oikeusteoreettisiin oikeuslähdetarkasteluihin on ehkä suhtauduttu liian kriittikötömästi, vaikka niiden puutteet olisikin havaittu ympäristöoikeuden erityispiirteiden tunnistamisen yhteydessä. Ympäristöoikeuden näkökulmasta on perustellusti kiinnitetty huomiota esimerkiksi siihen, etteivät oikeusteoretikot riittävästi ole havainneet ympäristöoikeuden uudenlaisten normityyppien esillenostamia laintulkinnallisia haasteita<sup>375</sup>.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on myös painotettu sitä, että paljolti siviilioikeuden ja yleisten tuomioistuinten näkökulmasta kirjoitettu perinteinen ”yleinen” oikeuslähdeoppi ei aina ”parhaalla mahdollisella tavalla sovellu julkisoikeudellisten normityyppien ja hallintolainkäytön tarkasteluun”.<sup>376</sup> Tämä ei ole vain ympäristöoikeuden, vaan laajemminkin julkisoikeuden ja julkisoikeudellisesti painottuvien oikeudenalojen haaste. Esimerkiksi hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneesti tarkasteltavia hallinto-oikeudellisen oikeuslähdeopin erityispiirteitä (esimerkiksi niin sanottuja hallinnon virallislähteitä) ei oikeusteorian näkökulmasta kirjoitettavassa ”yleisessä” oikeuslähdeopissa näytetä juuri noteerattavan. Lainsoveltajina tarkastellaan tyypillisesti (yleisiä) tuomioistuinta, eikä kansalaisten kannalta käytännössä paljon merkityksellisempään ja määrällisestikin laaja-alaisempaan oikeusharkintaisessa viranomaispäätöksenteossa tapahtuvaan lainsoveltamiseen ja sen erityispiirteisiin juurikaan kiinnitetä huomiota.

<sup>374</sup> Myös esimerkiksi *Herlerin* (2004) kehittelemässä oikeustoksikologian (rättstoxikologi) ideassa on nähtävissä piirteitä ”antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurisissa -tutkimusstrategian avaamista uusista näkökulmista ja oikeudellisista kysymyksenasetteluista.

<sup>375</sup> *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 159. Kuusiniemi viittaa *Aarnion* esitykseen, jossa hyvinvointivaltiollisten punninta-, tavoite- ja resurssinormien soveltamisen ei katsota olevan oikeudellisen ajattelun ydinkysymyksiä.

<sup>376</sup> *Kuusiniemi* 2003, s. 65. Ks. myös *Kokko* 2003, s. 219, alav. 174, jossa Aarnion oikeuslähde-esityksen todetaan olevan kyseisen tutkimuksen kannalta riittämätön.

Ympäristöoikeudessa oikeuslähdeopilliselle tutkimukselle luo toisaalta hyvän pohjan oikeudenalan vahva alan erityispiirteisiin kiinnittyvä *oikeudellisen ratkaisun teoriaa ja oikeudellista argumentaatiota* koskeva tutkimusperinne.<sup>377</sup> Huomiota on kiinnitetty muun muassa joustaviin normeihin ympäristöoikeudellista argumentaatiota, harkintaa ja perustelutapoja leimaavana piirteenä. Eri oikeudenaloilla vilkastunut keskustelu perinteisen oikeuslähdeopin murtumisesta luo uusia edellytyksiä myös ympäristöoikeuden oikeuslähdeoppia koskevan tutkimuksen syventämiselle ja alan oikeuslähdeopin erityispiirteiden tunnistamiselle.

## LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.
- Alder, John – Wilkinson, David*: Environmental Law and Ethics. Macmillan Press Ltd. 1999.
- Bernstein, Steven – Cashore, Benjamin*: Non-state Global Governance: Is Forest Certification a Legitimate Alternative to a Global Forest Convention? Teoksessa John J. Kirton and Michael J. Trebilcock (ed. by): Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance. Ashgate 2004, s. 33–63.
- Birnie, Patricia – Boyle, Alan*: International Law and the Environment. Second Edition. Oxford University Press 2002.
- COM (2001) 428 final*: European Governance. A White Paper. Commission of the European Communities 25.7.2001.
- Ebbesson, Jonas*: Compatibility of international and national environmental law. Iustus förlag 1996.
- Eijlander, Philip*: Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands – Lessons to Be Learned for the EU? Electronic Journal Of Comparative Law vol 9.1 (January 2005) [www.ejcl.org].
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa*: Maankäyttö- ja rakennuslaki. Helsinki 2000.
- EV 209/1996 vp*: Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen (HE 63/1996 vp) metsälaiksi sekä laeiksi kestävän metsätalouden rahoituksesta ja rikoslain 48 luvun 1 §:n 3 momentin muuttamisesta.
- EV 50/2004 vp*: Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen (HE 76/2003 vp) laiksi luonnonsuojelulain muuttamisesta.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005.
- van Gestel, Rob*: Self-Regulation and Environmental Law. Electronic Journal Of Comparative Law vol 9.1 (January 2005) [www.ejcl.org].
- Gunningham, Neil – Grabosky, Peter*: Smart Regulation. Designing Environmental Policy. Oxford University Press 1998.
- Haataja Kyösti*: Maa-oikeus II. Asutuslainsäädäntö. Porvoo 1940.

---

<sup>377</sup> Ks. esimerkkejä tutkimussuuntauksista *Määttä* 2004b, s. 128–129.

- HE 7/1989 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä.
- HE 101/1998 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 174/1999 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle säädösten ja valtiosopimusten julkaisemista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 72/2002 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 120/2004 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vesienhoidon järjestämisestä, laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta ja laiksi vesilain muuttamisesta sekä maasta toiseen ulottuvien vesistöjen sekä kansainvälisten järvien suojelusta ja käytöstä tehdyn vuoden 1992 yleissopimuksen vesivaroja ja terveyttä koskevan pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- Heinilä, Aleks:* Tulkinta ja toiminta. Oikeus 3/2005 (ilmestyy).
- Herler, Casper:* EG:s regler om statliga stöd och offentligt finansierad sanering av förorenade markområden. DL 2003, s. 866–888.
- Behöver vi rättstoxikologi? Teoksessa Heidi Lindfors (toim.): Empiirinen tutkimus oikeustieteessä. Helsinki 2004, s. 53–65.
- Hollo, Erkki J:* Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan. Vammala 1976.
- Ympäristönsuojelu- ja luonnonsuojeluoikeus. Jyväskylä 2004.
- Howells, Geraint – Wilhelmsson, Thomas:* EC Consumer Law. Ashgate 1997.
- Huhtanen, Raija:* Toimeentulotuen myöntäminen. Jyväskylä 1994.
- Hurskainen, Aimo:* Hallintopäätöksen perustelemisesta. Joensuu 2003.
- Husa, Jaakko:* Non Lique? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Vammala 2004.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo:* Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Johdatus julkisoikeuteen. Saarijärvi 2002.
- Häyhä, Juha:* Jälleenvakuutus sopimuksena. Helsinki 2000.
- Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari:* Maakaari. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 2004.
- Kaisto, Janne:* Lainoppi ja oikeusteoria. Oikeusteorian perusteista aineellisen varallisuus-oikeuden näkökulmasta. Helsinki 2005.
- Karhu, Juha:* Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi. LM 2003, s. 789–807.
- Kauppila, Jussi:* Näkökulmia muuntogeenisillä organismeilla tehtävien kenttäkokeiden sääntelyyn: karkaako geeni luontoon vai lähteekö teknologiamopo käsistä? Oikeus 2005, s. 4–26.
- Kauppila, Jussi – Kosola, Marja-Leena:* Jätealan ympäristöluvut ja taloudellinen vakuus. Ympäristöopas 119. Suomen ympäristökeskus 2005. [Julkaisu on saatavilla ainoastaan internetissä: [www.ymparisto.fi/julkaisut](http://www.ymparisto.fi/julkaisut).]
- Kettunen, Minna:* Hajuhaittojen ehkäisyä koskevat lupamääräykset eläinsuojan ympäristöluvassa. YJ 2004, s. 43–75.
- Kirton, John J. – Trebilcock, Michael J.:* Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance. Teoksessa John J. Kirton and Michael J. Trebilcock (ed. by): Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance. Ashgate 2004, s. 3–29.
- Kiviniemi, Matti:* Metsäoikeus. Hämeenlinna 2004.
- Klabbers, Jan:* The Concept of Treaty in International Law. Kluwer Law International 1996.
- Klami, Hannu Tapani:* Rakennuslupa/poikkeuslupa; oikeuskysymys/tarkoituksenmukaisuuskysymys. Oikeustiede–Jurisprudentia XIII:1980, s. 5–48.

- Koivuova, Timo*: Environmental Impact Assessment in the Arctic. A study of international legal norms. Ashgate 2002.
- Kokko, Kai*: Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit. Jyväskylä 2003.
- KOM (2002) 412 lopull.*: Yhteisön tason ympäristösopimukset osana lainsäädännön yksinkertaistamista ja parantamista koskevaa toimintasuunnitelmaa. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle 17.7.2002.
- Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta*. Euroopan yhteisöjen komissio 2003.
- Kontio, Katja – Santasalo, Tuomas*: Suositus paljon tilaa vaativan erikoistavaran kaupan tulkinnasta. Maankäyttö- ja rakennuslaki 2000. Opas 2. Helsinki 2000.
- Krämer, Ludwig*: EC Environmental Law. Fourth Edition. Sweet & Maxwell 2000.
- Kumpula, Anne*: ”Desibeli on poliittinen, byrokraattinen ja taloudellinen suure”. Teoksessa *Global Biodiversity*. 3. kansainvälisen ympäristöoikeuden päivät. Helsinki 1997, s. 117–163.
- EMAS ja itsesääntelyn mahdollisuus. Teoksessa *Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä*. Jyväskylä 2002, s. 177–202.
- *Ympäristö oikeutena*. Jyväskylä 2004.
- Kuusiniemi, Kari*: Ympäristönsuojelu ja immisioajattelu. Jyväskylä 1992.
- Arvojen muutos ja ympäristölakien tulkinta. Teoksessa *Oikeuden tavoitteet ja menetyt*. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Turku 2003, s. 63–79.
- Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka*: Ympäristöoikeus. Juva 2001.
- Kuusiniemi, Kari (toim.)*: Uusi ympäristönsuojelulainsäädäntö. Helsinki 2001.
- Laakso, Seppo*: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Helsinki 1990.
- Laakso, Tero*: Lahopuuta pykäläviidakossa. Edilex 22.5.2003 [www.edilex.fi] (Laakso, T. Edilex 2003).
- Lahopuu, hyönteistuhot ja oikeudellinen sääntely – tutkimusretki oikeuden ja ekologian rajaseudulla. YJ 2003, s. 63–118. (Laakso, T. YJ 2003).
- Metsälain kesäkuun 2004 uudistukset. DL 2004, s. 1080–1106.
- Lötjönen, Salla*: Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä. Oikeudellisia ja eettisiä näkökohtia ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumisesta lääketieteellisessä tutkimuksessa. Helsinki 2004.
- Länsineva, Pekka*: Valtakunnallisen rantojensuojeluohjelman normatiivisesta merkityksestä. Oikeustiede–Jurisprudentia XXVIII:1995, s. 237–301.
- Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Jyväskylä 2002.
- Maatalouslainsäädännön perustuslakityöryhmä*. Työryhmämuistio MMM 2001:5. Helsinki 2001.
- Matilainen, Sampsa*: Kivenmurskaamoiden ympäristösääntelystä ympäristönsuojelulain ja sen nojalla annettavien yleisten normien mukaan. YJ 2000, s. 24–38.
- Meincke, Nina*: Geenitesti – Oikeudellisia kysymyksiä. Saarijärvi 2001.
- Metsälain erityisen tärkeät elinympäristöt*. Kartoitus yksityismetsissä 1998–2004. Loppuraportti. MMM:n julkaisu 9/2004. Vammala 2004.
- Mäenpää, Olli*: Hallintolupa. Vammala 1992.
- Hallinto-oikeus. Porvoo 2003.
- Mähönen, Jukka*: Taloustiede lain tulkinnassa. LM 2004, s. 49–64.
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna*: Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. Jyväskylä 2003.

- Määttä, Tapio*: Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Jyväskylä 1999.
- Oikeudellis-hallinnollisen ja taloudellisen ohjauksen suhteesta energiaoikeudessa. Teoksessa Marjut Heikkilä (toim.): Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia. Oikeustieteen päivät 19.–21.8.2003. Lappeenrannan teknillinen yliopisto 2004, s. 158–172. (Määttä 2004a).
  - Ympäristöoikeudellisen tutkimuksen uudet suuntaukset ja menetelmät. Teoksessa Tarvo Miettinen (toim.): Oikeudellinen opinnäytetyö. Joensuu 2004, s. 113–166 (Määttä 2004b).
  - Hallinnollinen ohjaus ympäristöpäätöksenteossa: hallinnon virallislähde vai soft law -oikeuslähde? Teoksessa Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 – 2005. Joensuu 2005, s. 180–203. (Määttä 2005a).
  - Joustavien normien kiinteytys-, täsmentämis- ja konkretisointimekanismit ympäristöoikeudessa. (Määttä 2005b, ilmestyy).
- Niemi, Matti Ilmari*: Fronesis. Kolme tutkielmaa laista ja oikeudesta, osa 1/3. LM 1998, s. 349–363.
- Mitä kontekstuaalinen lähestymistapa voi merkitä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Teoksessa Veli-Pekka Viljanen (toim.): Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus. Uusi-kaupunki 2002, s. 195–200.
  - Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia? Teoksessa: Marjut Heikkilä (toim.): Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia. Oikeustieteen päivät 19.–21.8.2003. Lappeenrannan teknillinen yliopisto 2004, s. 9–20.
- Nuotio, Kimmo*: Oikeuslähteet ja yleiset opit. LM 2004, s. 1267–1291.
- Palokangas, Risto – Tarukannel, Veijo – Nuuja, Ismo*: Uusi ympäristönsuojelun hallinto ja lainsäädäntö. Jyväskylä 1993.
- PeVL 11/1999 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 84/1999 vp) ympäristönsuojelu- ja vesilainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 1/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 152/2003 vp) laiksi jätelain muuttamisesta sekä laiksi ajoneuvojen siirtämisestä ja romuajoneuvojen hävittämisestä annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 29/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 169/2003 vp) laeiksi Pallas-Yllästunturin kansallispuistosta sekä eräiden luonnonsuojelualueiden perustamisesta valtionmaille annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 31/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 119/2004 vp) laiksi öljysuojarahastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi sekä hallituksen esityksestä (HE 141/2004 vp) laiksi öljysuojarahastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi annetun hallituksen esityksen (HE 119/2004 vp) täydentämisestä.
- PeVL 45/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 120/2004 vp) laiksi vesienhoidon järjestämisestä, laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta ja laiksi vesilain muuttamisesta sekä maasta toiseen ulottuvien vesistöjen sekä kansainvälisten järvien suojelusta ja käytöstä tehdyn vuoden 1992 yleissopimuksen vesivaroja ja terveyttä koskevan pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- PeVL 5/2005 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 110/2004 vp) laiksi maa-ainelain muuttamisesta.
- Petman, Jarna*: Oikeus ja arvot. Teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.): Oikeuden tuolla puolen. Saarijärvi 2002, s. 67–94.

- Pohjolainen, Teuvo*: Soft law in public law – hard regulation? JFT 1998, s. 437–461.
- Pohjolainen, Teuvo – Tarukannel, Veijo*: Käytännön hallintotoiminta ja hallintolainkäyttö. Tampere 1990.
- Pölonen, Ismo*: Ympäristövaikutusten arviointimenettely ympäristöoikeudellisena instrumenttina. Joensuu 2004.
- Pöyhönen, Juha*: Materiaalinen vai refleksiivinen oikeus. Teoksessa Kaarlo Tuori (toim.): Teorioita oikeuden kehityksestä. Esittelyjä ja erittelyjä. Helsinki 1988, s. 145–163.
- Uusi varallisuus-oikeus. Jyväskylä 2000.
- Rainio, Minna*: Kestävän metsätalouden rahoituslain mukaisen nuoren metsän hoito. Julkaisematon pro gradu -tutkielma. Oikeustieteiden laitos, Joensuun yliopisto 2005.
- Rantojen maankäytön suunnittelu*. Ympäristöopas 120, Alueiden käyttö. Helsinki 2005.
- Rehbinder, Eckard*: Self-regulation by Industry. Teoksessa Gerd Winter (ed. by): European Environmental Law. A Comparative Perspective. Dartmouth 1996, s. 239–267.
- Rosas, Allan*: ”Soft law” ihmisoikeuksien lähteenä. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio. Oikeusnormien ja oikeuslähteiden muuttuminen. Helsinki 1993, s. 66–75.
- Ruuska, Suvii*: Vanhojen pilaantuneiden alueiden kunnostus ja riskinarviointi. YJ 2000, s. 48–57.
- Sajama, Seppo*: Argumentaatio oikeudellisessa tutkimuksessa. Teoksessa Tarmo Miettinen (toim.): Oikeustieteellinen opinnäytetyö. Joensuu 2004, s. 17–46.
- Saaristo, Kimmo*: Avoin asiantuntijuus. Ympäristökysymys ja monimuotoinen ekspertiisi. Saarijärvi 2000.
- de Sadeleer, Nicolas*: Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules. Oxford University Press 2002.
- Sahivirta, Elise – Silvo, Kimmo – Ollikka, Kimmo – Peltonen, Terhi*: Ympäristönsuojelulain yhdenmukainen täytäntöönpano. YJ 2003, s. 137–180.
- Salila, Jari*: Biotekniikan ympäristövaikutusten oikeudellinen sääntely. Teoksessa Ympäristöoikeudellisia tutkimuksia I. Helsinki 1999, s. 163–295.
- Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje*. Ympäristöopas 117, ympäristönsuojelu. Helsinki 2004.
- Senden, Linda*: Soft Law in European Community Law. Hart Publishing 2004.
- Seppälä, Mika*: Alemmanasteisesta norminannosta – esimerkkinä ympäristöministeriön toimiala. Helsinki 1988.
- Vesienhoitosuunnitelmien huomioon ottaminen ympäristönsuojelulain ja vesilain mukaisessa lupaharkinnassa. YJ 2004, s. 91–103.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003.
- Oikeudellinen tulkintateoria. Jyväskylä 2004.
- Similä, Jukka*: Onko YSL-uudistus tehostanut ympäristönsuojelua? YJ 2003, s. 121–136.
- Suvantola, Leila*: Valitus-oikeus Natura 2000 -verkoston suojelun valvontakeinona. Joensuu 2003.
- Älä kieltäydy kahdesti – luonnonsuojelulain 53.1 §:n mukaisista korvauksista. YJ 2/2005, s. 49–75.
- Swiranta, Outi*: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Vammala 1996.
- Syrjänen, Olavi*: Harkintavalta kaavoituksessa ja rakentamisessa. Tampere 1999.
- Tahvonen, Olli – Leppänen, Tanja – Hyttiäinen, Kari – Laakso, Tero – Määttä, Tapio – Viitala, Esa-Jussi*: Puuntuotannolliset ja taloudelliset tavoitteet Suomen metsälainsäädännössä. Joensuu 2004.
- Tala, Jyrki*: Soft law – ett medel för konsumentskydd och konsumentinflytande. JFT 1986, s. 124–143.



- Oikeussäätelyn määrä ja vaihtoehdot. Helsinki 1999.
- Lakien vaikutukset. Lakiuudistuksen tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa. Helsinki 2001.
- Tarukannel Veijo*: Terveydenhoidollinen sijoituslupa. Tampere 1990.
- Timonen, Pekka*: Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi. Oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. LM 1989, s. 666–688.
- Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Helsinki 1997.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuslähteoppi. Vantaa 2003.
- Tuomainen, Jouko*: Vastuu saastuneesta ympäristöstä. Vantaa 2001.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsinki 2003.
- Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. LM 2004, s. 1196–1224. (Tuori LM 2004).
- Sosiaalioikeus. Porvoo 2004. (Tuori 2004).
- Oikeuden traditiot. Niin & näin 2005, s. 77–85.
- Verschuuren, Jonathan*: Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European, and National Environmental Law. Nomos Verlagsgesellschaft 2003.
- Vihervuori, Pekka*: Maa-ainesten ottaminen ja suojele. Jyväskylä 1989 (Vihervuori 1989a).
- Ympäristöoikeuden ja esineoikeuden suhteesta. Teoksessa Esineoikeuden rajat. Turku 1989, s. 26–51 (Vihervuori 1989b).
- Standardit ja normit ympäristöoikeudessa. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 80 vuotta. Vammala 1998, s. 220–242.
- Totuudesta hallintolainkäytössä. Teoksessa Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Jyväskylä 2004, s. 494–510.
- Viljanen, Mika*: Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi. LM 2005, s. 426–451.
- Wilhelmsson, Thomas*: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Jyväskylä 2001.
- Wähä, Susanna*: Maankäyttö- ja rakennuslain soveltaminen hallintotuomioistuimissa 2001–2003. Suomen ympäristö 693, Alueiden käyttö. Helsinki 2004.

## OIKEUSTAPAUKSET

### *EY-tuomioistuin*

C-3/96, Komissio v. Alankomaat, 19.5.1998

### *Korkein hallinto-oikeus*

KHO 1983 A II 126

KHO 1992 A 1

KHO 2000:40

KHO 2000:42

KHO 29.12.2000 t. 3383

KHO 2002:48  
KHO 2002:86  
KHO 2003:60  
KHO 30.1.2004 t. 163 (LRS)  
KHO 2004:37  
KHO 2004:72  
KHO 2004:100  
KHO 2005:4  
KHO 2005:34  
KHO 7.6.2005 t. 1364 (LRS)

## LYHENNELUETTELO

DL	Defensor Legis
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KHO	korkein hallinto-oikeus
KEMERAL	laki kestävän metsätalouden rahoituksesta (1094/1996)
KTTK	Kasvintuotannon tarkastuskeskus
LM	Lakimies
LSL	luonnonsuojelulaki (1096/1996)
LRS	lyhyt ratkaisuseloste
MAL	maa-aineslaki (555/1981)
MRL	maankäyttö- ja rakennuslaki (132/1999)
OK	oikeudenkäymiskaari (vuoden 1734 laki)
RKTL	Riista- ja kalatalouden tutkimuslaitos
TE-keskus	työvoima- ja elinkeinokeskus
Mt.	mainittu teos
VL	vesilaki (264/1962)
YJ	Ympäristöjuridiikka
YSA	ympäristönsuojeluasetus (169/2000)
YSL	ympäristönsuojelulaki (86/2000)
YVAL	laki ympäristövaikutusten arviointimenettelystä (468/1994)

*Tapio Määttä*

## SOFT LAW AS A SOURCE OF LAW IN NATIONAL LEGAL DECISION-MAKING: A STUDY ON FORMULATING THE NORM PREMISE IN ENVIRONMENTAL LEGAL DECISION-MAKING

Soft law is well-known as a source of law in international law, though the doctrine remains controversial. Soft law regulation has also been identified in EU-law. *Linda Senden* defines soft law in her book "Soft Law in European Community Law" (2004, p. 3): "rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects." This definition is also the starting point for this study, where the perspective is that of national law, especially environmental legal decision-making.

In the study special characteristics of the doctrine of sources of national environmental law are analysed. The traditional Finnish doctrine of sources of law does not contain soft law as a special source of juridical argumentation. In reality, however, material which by nature is soft law seems to be a part of national legal decision-making both for authorities and courts. The aim of the study is to place this soft law material within the framework of sources of national environmental law.

As an example, the following soft law material is often utilised as a base in national legal argumentation and decision-making concerning the environment:

- international and European strategies, declarations, guidelines and action programmes
- national plans and programmes
- scientific information in the form of listings, stock-takings and clarifications, etc.
- directions, recommendations, guidelines and manuals of state authorities
- European soft law
- standardisation
- self-regulation
- norms of good practice

The essential findings of the study relating to the basic features of national environmental soft law can be summarised as follows:

- 1) soft law is a set of norms which is formally non-binding, principally written, and expressly composed;
- 2) the normative status and legal effects of soft law in legal decision-making are based either in acceptability or in effectiveness, or often in both;
- 3) soft law is either a weakly obligatory or a permissible source of law;
- 4) soft law cannot be an exclusive base for a legal decision or judgement;
- 5) soft law may be a source of law both for the norm premise and the fact premise of decisions or judgements;
- 6) in legal decision-making soft law is interpreted and applied like other sources of law;
- 7) in using soft law as a source of law in legal decision-making, discretion on the acceptability of using this source with relation to the special characteristics of the actual case is emphasized;
- 8) if soft law is actually used as a basis of a decision or judgement, it is important to make reference to use of this kind of source.

**Jukka Viljanen**

**EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUS  
PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN  
TULKINTAKÄYTÄNNÖSSÄ**



---

# Sisällys

1	TUTKIMUKSEN TAUSTA JA KYSYMYKSENASETTELU .....	465
2	IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VOIMAANSAATTAMINEN JA SIIHEN LIITTYVÄT PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN KANNANOTOT .....	467
2.1	Voimaansaattamiseen liittyvät kysymykset .....	467
2.2	Ihmisoikeussopimuksen asema ja ihmisoikeusystävällinen tulkinta .....	471
3	PERUSOIKEUSUUDISTUS JA EUROOPAN IHMISOIKEUS- SOPIMUKSEN VAIKUTUS PERUSOIKEUKSIEN YLEISIIN OPPEIHIN .....	475
3.1	Perusoikeusuudistuksen tausta ja yhteys Euroopan ihmisoikeussopimukseen .....	475
3.2	Lailla säätämisen vaatimus .....	478
3.3	Rajoitusten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus .....	480
3.4	Rajoitusperusteen hyväksyttävyyysvaatimus .....	486
3.5	Perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimus .....	492
3.6	Rajoitusten suhteellisuusvaatimus .....	495
3.7	Oikeusturvavaatimus .....	500
3.8	Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus .....	502
4	IHMISOIKEUSVELVOITTEET JA POIKKEUSLAKIMENETTELYN RAJAT .....	504
5	PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN KANSAINVÄLISTEN IHMISOIKEUSVELVOITTEIDEN VALVONTAA KOSKEVAT LINJAUKSET .....	508
6	JOHTOPÄÄTÖKSET .....	513
	LÄHTEET .....	516

APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION  
ON HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL  
LAW COMMITTEE OF THE FINNISH PARLIAMENT ..... 518



---

# Euroopan ihmisoikeussopimus perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä

## 1 TUTKIMUKSEN TAUSTA JA KYSYMYKSENASETTELU

Euroopan ihmisoikeussopimus eli ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehty yleissopimus (CETS 5, SopS 18–19/1990) allekirjoitettiin vuonna 1950 Roomassa, ja se tuli voimaan vuonna 1953. Suomi ratifioi sopimuksen vuonna 1990. Euroopan ihmisoikeussopimus on siis ollut voimassa osana kansallista oikeutta viisitoista vuotta. Viidentoista vuoden aikana on tapahtunut merkittäviä sopimusta koskevia uudistuksia. Ihmisoikeussopimuksen valvontajärjestelmä uudistettiin 11. lisäpöytäkirjalla (CETS 155, SopS 85–86/1998), joka tuli voimaan 1.11.1998. Vuoden 2005 alkupuolella tulivat voimaan 12. ja 13. pöytäkirja. Sopimuksen 12. pöytäkirja (CETS 177, SopS 8–9/2005) sisältää yleisen syrjintäkiellon ja toisaalta kieltää syrjinnän viranomaistoiminnassa. Kuolemanrangaistuksen poistaminen kaikissa olosuhteissa sisältyy puolestaan ihmisoikeussopimuksen 13. pöytäkirjaan (CETS 187, SopS 6–7/2005).

Viidentoista vuoden merkkipaalun saavuttaminen on sopiva paikka läheteä arvioimaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitystä suomalaisessa oikeuskulttuurissa ja samalla etsimään vastausta siihen, mikä merkitys on ollut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä. Toisena aiheen kannalta keskeisenä tekijänä on huomioitava, että perusoikeus uudistuksen voimaantulosta on kulunut 10 vuotta 1.8.2005. Perusoikeus uudistus sisälsi nykyaikaiseksi päivitetyn perusoikeusluettelon, ja samassa yhteydessä ajanmukaistettiin perustuslainmukaisuuden valvontaa koskeva säännös ja tarkennettiin perustuslakivaliokunnan tehtävää. Suomen perustuslain 74 §:ään kirjattu perustuslainmukaisuuden valvontaa koskeva säännös asettaa eduskunnan perustuslakivaliokunnan tehtäväksi lausua paitsi käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta myös samojen asioiden suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan sitä, miten perustusvaliokunnan perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamiseen liittyvä valvontatehtävä on toteutunut. Tutkimuksessa analysoidaan erityisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännön suhdetta Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen valvontaelinten ratkaisukäytäntöön viimeisen kymmenen vuoden aikana. Perustuslakivaliokunnan suorittaman perus- ja ihmisoikeusarvioinnin yhtenäisyyden ja erillisyyden tutkiminen edellyttää valiokunnan lausuntojen sisällöllistä analyysiä.<sup>1</sup>

Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien erillisyysteemaan on otettu kantaa oikeuskirjallisuudessa. Perusoikeusuudistuksen jälkeen ennustettiin, että perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien harmonisoinnin ajatus yhdistettynä perustuslakivaliokunnan tarkennettuun tehtävään johtaa vähitellen siihen, että valiokunta tarkastelee entistä useammin ja systemaattisemmin lakiehdotuksia myös ihmisoikeussopimusten näkökulmasta.<sup>2</sup>

Tarkastellessaan perusoikeusrajoitusten hyväksyttävyyksivaatimusta Antero Jyränki totesi, että tulkinnan sitominen ihmisoikeussopimukseen ei näytä toteutuneen valiokunnan mietinnön (PeVM 25/1994 vp) tekstissä ilmaistulla tavalla. Jyrängin mukaan perustuslakivaliokunta on käytännössä pitänyt erillään lakiehdotuksen perustuslainmukaisuuden ja ihmisoikeussopimustenmukaisuuden arvioinnin. Perusteiden hyväksyttävyyсарvioinnissa muiden perusoikeuksien suojaaminen on noussut merkittäväksi kriteeriksi.<sup>3</sup>

Väitöskirjassaan Veli-Pekka Viljanen on puolestaan ollut Jyrängin kanssa eri mieltä arvioinnin erillisyydestä. Viljanen viittaa mm. perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 17/1998 vp ja PeVL 23/1997 vp. Perustuslakivaliokunta on näissä lausunnoissa irrottanut perus- ja ihmisoikeusarvioinnin erillisyyden ajatuksesta rajoitusperusteiden hyväksyttävyyden osalta. Viljasen mukaan valiokunta on tukeutunut ihmisoikeussopimuksen määräyksiin lisävarmistuksena sille, että rajoitusperusteita voidaan pitää perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävinä. Viljasen johtopäätös onkin, ettei perusoikeusarviointi ole sittenkään niin erillistä ihmisoikeusarvioinnista.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Vrt. Wiberg, Lakimies 6/2003, s. 967–991. Perinteisen oikeustieteellisen tutkimuksen lisäksi viime aikoina on selvitetty perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutiota. Esim. Wibergin tutkimuksessa tekijä on rajannut kohdettaan siten, että hän ei tarkastele lausuntojen sisältöä.

<sup>2</sup> Veli-Pekka Viljanen, Lakimies 5–6/1996, s. 813.

<sup>3</sup> Jyränki 2000, s. 295: Hyväksyttävyyksivaatimuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta korosti ”että perusoikeuksien rajoitusperusteen hyväksyttävyyden kytkeminen siten, että ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita”.

<sup>4</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 197–199. Vrt. Veli-Pekka Viljanen, Lakimies 5–6/1996, s. 794. Vuoden 1996 arvio tilanteesta vastasi Jyrängin käsitystä. Viljanen totesi tuolloin, että

Tämän tutkimuksen yhtenä keskeisenä tavoitteena on selvittää, miten perusoikeusuudistuksessa tehdyt linjaukset perustuslakivaliokunnalle kuuluvasta yhtenäisestä perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien valvontatehtävästä ovat toteutuneet. Onko perustuslakiin kirjattu yhtenäinen perustuslainmukaisuuden ja ihmisoikeuksien valvonta muotoutunut suunnitellusta poikkeavaksi arvioinnin erillisyyttä korostavaksi järjestelmäksi vai onko myös käytännön valvonnassa onnistuttu tavoittamaan tulkinnallisen harmonisoinnin idea?

Tämän tutkimuksen toisessa luvussa on katsaus Euroopan ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisvaiheen kannanottoihin ja näiden tulkintojen merkitykseen tämän päivän olosuhteiden valossa. Tutkimuksen kolmas luku kuvaa ihmisoikeussopimuksen merkitystä perusoikeusuudistuksen taustalla ja erityisesti perusoikeuksien yleisten oppien suhdetta Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Neljännessä luvussa arvioidaan ihmisoikeusvelvoitteiden vaikutuksia poikkeuslakimenettelyn rajoihin. Viidennessä luvussa linjataan perusoikeusuudistuksen jälkeistä perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöä ja sen yhtymäkohtia Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Johtopäätöksiä koskevaan lukuun liittyy katsaus ihmisoikeussopimuksen asemaan kansallisessa oikeusjärjestyksessä ja sen kehittämismahdollisuuksiin sekä haetaan vastausta usein esitettyyn kysymykseen perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallisen harmonisoinnin rajoista.

## 2 IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VOIMAANSAATTAMINEN JA SIIHEN LIITTYVÄT PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN KANNANOTOT

### 2.1 Voimaansaattamiseen liittyvät kysymykset

Euroopan ihmisoikeussopimus ja sitä koskevat lisäpöytäkirjat on saatettu voimaan lailla (438/1990, SopS 18–19/1990 (alkuperäinen); 768/1998, SopS 85–86/1998 (11. lisäpöytäkirja)). Tuoreimmat pöytäkirjat (12. ja 13.) tulivat voimaan vuoden 2005 alkupuolella. Kuolemanrangaistuksen poistamisen kaikissa olosuhteissa sisältävä 13. pöytäkirja (CETS 187, 3.5.2002, HE 111/2004 vp, SopS 6–7/2005) tuli voimaan 1.3.2005. Sopimuksen 12.

---

perustuslakivaliokunnan silloisesta käytännöstä oli vaikeaa löytää esimerkkejä, joissa olisi tarkasteltu ihmisoikeusmääräyksiä ja perusoikeussäännöksiä tulkinnallisena kokonaisuutena. Ihmisoikeusvalvonta oli tuolloin vielä melko satunnaista ja tapahtui asiallisesti erillään perusoikeusvalvonnasta.

pöytäkirja (CETS 177, 4.11.2000, HE 121/2004 vp, SopS 8–9/2005), joka sisältää yleisen syrjintäkiellon ja toisaalta kieltää syrjinnän viranomaistoinnissa, tuli voimaan 1.4.2005.

Perustuslakivaliokunta on lausunut ihmisoikeussopimuksen asemasta Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen pöytäkirjojen voimaansaattamista koskevien hallitusten esitysten käsittelyn yhteydessä. Lausunnot PeVL 2/1990 vp ja PeVL 21/1995 vp ja mietintö PeVM 4/2004 vp linjaavat perustuslakivaliokunnan suhtautumista ihmisoikeussopimukseen ja sen valvontaelinten ratkaisukäytäntöön.

Perustuslakivaliokunta katsoi ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisen yhteydessä, että eduskunnan suostumus on tarpeen toisaalta sen takia, että mm. ihmisoikeustuomioistuimen toimivalta tunnustettiin ja sitä myötä sitouduttiin kansainväliseen valvontajärjestelmään. Kyse oli poikkeamisesta silloisen hallitusmuodon täysivaltaisuutta koskevista säännöksistä. Toisaalta voimaansaattamisratkaisua tehtäessä valintaa perusteltiin myös sillä, että ihmisoikeussopimuksessa ja sen lisäpöytäkirjoissa on oikeuksia ja vapauksia koskevia määräyksiä, jotka valiokunnan mukaan kuuluvat lainsäädännön alaan.<sup>5</sup>

Eduskunnan suostumuksen edellyttäminen perustui osaksi siihen, että hallitusmuodossa oli määritelty, että joistakin oikeuksista ja vapauksista on säädettävä lailla. Osaksi vaatimus perustui siihen, että kyseessä on yksilön oikeusasemaan keskeisesti vaikuttava sääntely, joka on vakiintuneen käytännön mukaan toteutettava lain tasolla. Valvontajärjestelmän arvioinnin osalta perustuslakivaliokunta päätyi lausunnossaan lopulta siihen, että sopimuksen valvontaelimet eroteltiin kahteen ryhmään. Ihmisoikeustoimikunnan (European Commission of Human Rights)<sup>6</sup> toimivaltuuksien tunnustaminen ei edellyttänyt vaikeutettua säätämisyjärjestystä, kun taas ihmisoikeustuomioistuin omasi laajemmat toimivaltuudet. Niihin kuuluu silloisen 50 artiklan (nyk. 41 artikla) mukainen oikeus määrätä valtio maksamaa kohtuullista hyvitystä. Lisäksi asiallisesti ottaen todettu sopimusrikkomus saattaa johtaa siihen, että valtion täytyy muuttaa lainsäädäntöään. Ihmisoikeustuomioistuimen toimivaltuudet samoin kuin Euroopan neuvoston ministerikomitealle kuuluvat toimivaltuudet merkitsivät poikkeamista Suomen täysivaltaisuudesta ja edellyttivät lakiehdotuksen käsittelemistä perustuslainsäätämisyjärjestyksessä.

---

<sup>5</sup> PeVL 2/1990 vp.

<sup>6</sup> Pellonpää 2000, s. 81–82. Ihmisoikeustoimikuntavaihe poistui 11. pöytäkirjan myötä. Toimikunnan antama raportti ei ollut sitova. Jäsenvaltiota sitovan ratkaisun saattoi antaa joko ihmisoikeustuomioistuin tai ministerikomitea.

Suomen perustuslain (731/1999) 94 § käsittelee kansainvälisen velvoitteen hyväksymistä ja 95 § kansainvälisen velvoitteen voimaansaattamista. Säännökset ovat pääosin säilyneet ennallaan valtiosääntöuudistuksissa. Ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamista koskevien tulkintojen päivittämistarvetta edellyttää lähinnä uudelleen muotoiltu perustuslain täysivaltaisuutta koskeva pykälä. Perustuslain 1 §:n 3 momenttiin on kirjattu Suomen osallistuminen kansainväliseen yhteistyöhön ihmisoikeuksien turvaamiseksi.<sup>7</sup> Kyseisellä perustuslain säännöksellä on tulkinnallista merkitystä arvioitaessa sitä, milloin kansainvälinen velvoite olisi ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa. Kansainvälisessä yhteistyössä tavanomaiset ja vain vähäisessä määrin valtion täysivaltaisuuteen vaikuttavat velvoitteet eivät perustuslain esitöiden mukaan olisi sellaisenaan ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuutta koskevien säännösten kanssa.<sup>8</sup>

Perustuslakivaliokunnan kannanotot uuden perustuslain aikana ovat vahvistaneet selkeän linjan. Määräykset luetaan kuuluviksi lainsäädännön alaan, jos määräysten tarkoittamasta asiasta on perusoikeussäännöksen tai perustuslain jonkin muun nimenomaisen säännöksen mukaan säädettävä lailla tai jos kyseessä on sellainen yksilön oikeusasemaan vaikuttava sääntely, joka Suomessa vallitsevan käsityksen mukaan on toteutettava lain tasolla.<sup>9</sup>

Perustuslakivaliokunta on pohtinut ihmisoikeussopimuksen pöytäkirjojen hyväksymisen yhteydessä sitä, miten sopimukseen tehtäviin muutoksiin on suhtauduttava. Onko niihin sovellettava ns. supistettua perustuslainsäätämisyjärjestystä? Perustuslakivaliokunta tarkasteli lausunnossa n:o 21/1995 vp sitä, olisiko vaikeutettua järjestystä käytettävä, kun ihmisoikeussopimuksen valvontajärjestelmää uudistettiin. Valiokunta viittasi omaan vakiintuneeseen tulkintakäytäntöönsä. Poikkeuksena perustuslaista säädettyä lakia voidaan muuttaa tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä, jos muuttava laki ei laajenna sitä poikkeusta, joka muutettavalla lailla tehtiin perustuslakiin. Tätä ns. muurinaukkoteoriaa pohtiessaan perustuslakivaliokunta on katsonut, että poikkeusta eivät laajenna sellaiset kokonaisuuden kannalta epäolennaiset lisäykset ja muutokset, jotka sinänsä merkitsevät perustuslakipoikkeuksen vähäistä laajentamista. Perustuslakivaliokunta vielä tarkensi kriteeriä korostamalla, että perustuslainsäätämisyjärjestystä ei tarvita, mikäli säädetyn kokonaisjärjestelyn luonnetta ja asiallista merkitystä ei muuteta toisenlaiseksi.

<sup>7</sup> Ks. tarkemmin uudesta täysivaltaisuustulkinnasta Salminen, Lakimies 7–8/2004, s. 1318–1339.

<sup>8</sup> HE 1/1998 vp, s. 73.

<sup>9</sup> HE 1/1998 vp, s. 148, PeVL 45/2000 vp, s. 2.

Sopimuksen 11. pöytäkirjan ei katsottu sisältävän sellaisia muutoksia, jotka olisivat edellyttäneet vaikeutettua säätämisyjärjestystä. Muutokset kohdistuivat toimivallan määräytymiseen ja yksilövalittajan asemaan valvontaelimissä. Tärkeä muutos oli yksilön mahdollisuus saattaa valitus ihmisoikeustuomioistuimeen, kun se oli aikaisemmin mahdollista vain jäsenvaltiolle ja toimikunnalle. Yksilövalitusmahdollisuus ei valiokunnan mielestä sinänsä vaikuttanut ihmisoikeustuomioistuimen toimivallan laajuuteen. Ihmisoikeustuomioistuimen muuttuva asema oli toinen valiokunnan tutkima kohta uudessa pöytäkirjassa. Aikaisemmin jäsenvaltiolta edellytettiin tuomioistuimen toimivallan nimenomaista tunnustamista, kun toimivallan hyväksyminen uudessa järjestelmässä seurasi automaattisesti sopimuksen hyväksymisestä. Koska Suomi oli jo aikaisemmin tunnustanut ihmisoikeustuomioistuimen pakollisen toimivallan määräämättömäksi ajaksi, ei muutoksen todellinen vaikutus ollut sillä tavalla oleellinen, että olisi syntynyt este säätää asiasta tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä.<sup>10</sup>

Uuden perustuslain aikaan ajoittuu ihmisoikeussopimuksen 12. pöytäkirjan voimaansaattaminen. Perustuslakivaliokunta joutui arvioimaan perustuslakipoikkeuksen laajenemista myös tämän pöytäkirjan määräysten hyväksymisen yhteydessä (PeVM 4/2004 vp). Pöytäkirjan määräykset merkitsivät yleisen syrjintäkieltoa koskevan säännöksen lisäämistä aikaisempaan perustuslakipoikkeukseen verrattuna.

Valiokunnan mukaan eduskunnan suostumus oli tarpeen, koska pöytäkirja sisälsi lainsäädännön alaan kuuluvia määräyksiä. Valiokunta korosti tavallisen lainsäätämisyjärjestyksen valintaan johtavina syinä ensinnäkin sitä, että pöytäkirja oli hyvin sopusoinnussa perustuslain sisältämän yhdenvertaisuutta ja syrjinnänkieltoa koskevan säännöksen kanssa. Valiokunta katsoi, että pöytäkirja oli yhdenmukainen myös täysivaltaisuutta koskevien säännösten kanssa, joiden mukaan Suomi osallistuu kansainväliseen yhteistyöhön rauhan ja ihmisoikeuksien turvaamiseksi ja yhteiskunnan kehittämiseksi. Perustuslakivaliokunta tukeutui uuteen täysivaltaisuussääntelyyn perusteena sille, että lakiehdotus voitiin käsitellä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä. Tärkeää oli myös luoda linkki perustuslain 6 §:ään, joka tarjoaa vastaavan suojan kuin ihmisoikeussopimuksen 12. pöytäkirja. Siten pöytäkirjan säännökset ovat sopusoinnussa perusoikeussäännösten kanssa. Tällä huomautuksella voi olla merkitystä jatkossa, kun yhdenvertaisuuskysymyksissä haetaan entistä enemmän tukea myös ihmisoikeussopimuksen ratkaisukäytännöstä.

---

<sup>10</sup> PeVL 21/1995 vp.

Perustuslakivaliokunnan uusin voimansaattamiskannanotto osoittaa, että nykyisen perustuslain aikana ehdotettuun täysivaltaisuuspoikkeuksen laajentamiseen on suhtauduttava uudella tavalla verrattuna tilanteeseen, jossa hyväksyttiin edellistä ihmisoikeussopimukseen tehtyä uudistusta (vrt. PeVL 21/1995 vp). Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen toimivalta laajeni pöytäkirjan myötä koskemaan yleistä syrjintäkieltoa, ei kyse ollut sellaisesta voimassa ollutta poikkeusta täysivaltaisuuteen laajentavasta uudistuksesta, joka olisi ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa. Tulkintakannanotosta voidaan päätellä, että kynnys nähdä ihmisoikeussopimukseen tehty aineellinen lisäys ongelmallisena täysivaltaisuuden näkökulmasta tulee olemaan aikaisempaa korkeampi. Tähän linjaukseen vaikuttaa perustuslain 1 §:n täysivaltaisuuden uudennainen, nykyiseen kansainväliseen yhteistyöhön paremmin sopiva määritelmä. Kannanotto vahvistaa myös tulkinnallisen harmonisoinnin ideaa yhdistämällä sopimuksen aineellisen lisäyksen kansallisissa perusoikeuksissa turvattuun suojaan.

## 2.2 Ihmisoikeussopimuksen asema ja ihmisoikeusystävällinen tulkinta

Lausunnot 2/1990 vp ja 21/1995 vp ja mietintö 4/2004 vp ilmaisevat perustuslakivaliokunnan näkemyksen ihmisoikeussopimuksen ja sen ratkaisukäytännön asemasta. Perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan 2/1990 vp, että sopimus on samassa asemassa kuin lait yleensä. Tulkintatilanteissa on merkitystä yleisillä tulkintasäännöillä, kuten myöhemmän lain etusijalla aiemmin annettuihin nähden ja erityislain etusijalla yleislakeihin verrattuna. Toisaalta perustuslakivaliokunta korosti *pacta sunt servanda*-periaatetta toteamalla, että sisäisestä lainsäädännöstään huolimatta Suomi on ihmisoikeussopimuksesta johtuvien velvoitteiden sitoma.<sup>11</sup>

Perustuslakivaliokunta korosti sopimusmääräysten ja etenkin niiden soveltamiskäytäntöön perehtymisen tärkeyttä lainvalmistelutyössä. Valiokunnan mukaan juuri lainvalmisteluvaiheeseen pitää säilyttää päävastuu valmisteltavien säädösten yhteen sovittamisesta sopimusmääräysten ja niiden vakiintuneen tulkinnan kanssa. Eduskuntakäsittelyyn perustuslakivaliokunta otti myös kantaa ja totesi, että lakiehdotusten suhde ihmisoikeusmääräykseen on lähtökohtaisesti tutkittava erikoisvaliokunnassa, johon esitys on lähetetty valmistelevasti käsiteltäväksi. Perustuslakivaliokunta ei pitänyt tuolloin vielä tarpeellisena keskittää tarkastelua perustuslakivaliokuntaan.

<sup>11</sup> *Pacta sunt servanda* -periaatetta on esitellyt Scheinin 1991, s. 22–23.

Ihmisoikeusulottuvuus voitaisiin ottaa perustuslakivaliokunnassa esille, jos valtiosääntöperusteella käsiteltävänä olevaan esitykseen näyttäisi liittyvän ihmisoikeusnäkökohtia.

Valiokunnan mukaan tuomioistuinten ja viranomaisten tulisi puolestaan ottaa huomioon sopimusmääräykset ja niiden pohjalta syntynyt vakiintunut tulkintakäytäntö. Perustuslakivaliokunta korostaa näillä olevan vastaisuudessa tärkeä merkitys. Tähän ja säädöshierarkkisiin kommentteihin viitaten perustuslakivaliokunta otti käyttöön ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan käsitteen. Perustuslakivaliokunta korosti myös sitä, että sopimuksen täysipainoinen vaikutus edellyttää riittävän täsmällistä ja ajanmukaista tietoa Euroopan neuvoston toimielinten auktoritatiivisista tulkintakananotoista.

Ihmisoikeussopimuksen hyväksymisen yhteydessä perustuslakivaliokunnan antama lausunto (PeVL 2/1990 vp) on edelleen tärkeä, koska siinä perustuslakivaliokunta linjasi *ihmisoikeusystävällisen tulkinnan* lainsoveltamisen lähtökohdaksi; ”tulkintatilanteissa on erilaisista perusteltavista vaihtoehtoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen”.

Ihmisoikeusystävällinen tulkinta merkitsee nähdäkseni keskeisesti myös sitä, että ihmisoikeussopimuksen määräysten lisäksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut on otettava lainsoveltamistilanteessa huomioon. Perustuslakivaliokunta korosti, että sopimusten ja lisäpöytäkirjojen pohjalta syntyvällä ”vakiintuneella tulkintakäytännöllä on vastaisuudessa tärkeä merkitys”.

Valiokunnan muotoilua on tämän päivän näkökulmasta hieman syytä tarkistaa. Nykyään on turha eritellä ratkaisukäytännön eri muotoja vakiintuneeseen ja muuhun tulkintakäytäntöön. Jos perustuslakivaliokunnan lausuntoa haluaisi päivittää vastaamaan nykyistä käsitystä ihmisoikeussopimuksen valvontaelinten tulkintakäytännön merkityksestä, osuvampi ilmaisu olisi nähdäkseni, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö on saanut vahvan aseman sekä kansallisessa lainvalmistelussa että lainsoveltamisessa. Viranomaisten on otettava myös vastaisuudessa huomioon Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamat tulkintaratkaisut kansallisen perusoikeusjärjestelmämme rinnalla. Tällainen tulkinnallisen harmonisoinnin idea on vakiintunut tärkeäksi osaksi perusoikeuksien yleisiä oppeja.<sup>12</sup>

Perustuslakivaliokunta on muissa yhteyksissä vahventanut näkemystä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen vaikutuksista sopimuksen tulkin-

---

<sup>12</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.



nan kannalta. Tällainen johtopäätös voidaan tehdä ilmaisusta, jota valiokunta käytti ihmisoikeussopimuksen 12. pöytäkirjan voimaansaattamisen yhteydessä. Valiokunta korosti, että ”pöytäkirjan velvoitteiden yksityiskohtainen sisältö ja ala jää toisaalta näiltäkin osin viime kädessä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä ratkaistavaksi”.<sup>13</sup>

Samoin tärkeää on tässä yhteydessä muistuttaa, että perustuslakivaliokunta kiinnitti Suomen ihmisoikeuspolitiikkaa koskevaa selontekoa käsittelevässä lausunnossa huomiota siihen, että ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin on jatkossa kiinnitettävä entistä enemmän huomiota kansallisella tasolla. Lausunnossa (PeVL 23/2004 vp) perustuslakivaliokunta antoi selkeästi ymmärtää, että selonteossa yleisellä tasolla tapahtunut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen Suomea koskevien tuomioiden selvittäminen ei ollut sen mielestä riittävää, vaan se edellytti yksityiskohtaisempia selvityksiä Suomeen kohdistuneista tuomioista. Valiokunta totesi, että:

”Kotimaisen perus- ja ihmisoikeustilanteen arvioinnin kannalta on vastaisuudessa tärkeää tehdä yksityiskohtaisemmin selkoa ainakin niistä ihmisoikeustuomioistuimen tuomioista, joissa Suomen on todettu rikkoneen ihmisoikeussopimuksen velvoitteita. Tuomioiden täytäntöönpanon seuranta on järjestettävä, ja selonteon on vastaisuudessa syytä sisältää selvitys tuomioiden täytäntöönpanosta.”

Toinen päivittämistä edellyttävä kohta liittyy siihen ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamista koskevassa lausunnossa (PeVL 2/1990 vp) esitettyyn toteamukseen, että ihmisoikeussopimuksen tulkintatilanteissa noudatetaan *myöhemmän lain etusijaa* aikaisemmin annettuihin lakeihin nähden.

Konservatiivista kantaa edustava Antero *Jyränki* on korostanut, ettei perustuslaissa ole säädetty kansainvälistä velvoitetta rikkovan lain pätemättömyyttä. Hänen mukaansa kansainvälisillä velvoitteilla ei ole ilman muuta etusijaa myöhempisiin kotoperäisiin säännöksiin, vaan normien välistä ristiriitaa arvioitaessa noudatetaan *lex posterior* -sääntöä: myöhempi laki syrjäyttää aikaisemman.<sup>14</sup>

Modernimpi näkemys perustuu siihen, että ihmisoikeussopimus ei ole valtiosisäisesti samassa asemassa kuin muut lait. Kuten ihmisoikeustuomioistuimen jäsen Matti *Pellonpää* asian näkee (Euroopan ihmisoikeussopimus, 4. p., 2005, s. 60–61), valiokunnan kannanotto ihmisoikeusystä-

<sup>13</sup> PeVM 4/2004 vp, s. 2.

<sup>14</sup> Jyränki 2003, s. 342. Tässä yhteydessä doktriinin muutos on selvästi havaittavissa ks. Veli-Pekka Viljanen 1996, s. 807.

vällisestä tulkinnasta voidaan ymmärtää siten, että Suomessakin tulisi mahdollisimman pitkälle noudattaa presumptiota, jonka mukaan lainsäätäjän ei voida olettaa tarkoittaneen tehdä mahdolliseksi ihmisoikeussopimuksen rikkomista. Mekanistinen *lex posterior* -periaatteen soveltaminen olisi ristiriidassa vallitsevan käsityksen kanssa.

Tähän kysymykseen on ottanut kantaa myös Martin *Scheinin*. Hän on korostanut presumptiota, jonka mukaan lakeja sovellettaessa on oletettava, ettei eduskunta tarkoittanut loukata Suomea tuolloin sitovia kansainvälisiä sopimuksia. Erityisesti hän korostaa aksiologista vaikutusta. Jos eduskunta haluaa poiketa ihmisoikeussopimuksen ilmentämistä perustavista arvoista, se nimenomaisesti ilmaisee tällaisen tarkoituksen. *Lex posterior* -sääntö ei ole Scheininin mukaan sillä tavoin ylipositiivinen, ettei ihmisoikeusnormeille voitaisi Suomessa antaa etusijaa silloinkin, kun ristiriita ilmenee sopimusmääräysten ja sen voimaansaattamista myöhemmän lain välillä.<sup>15</sup> Scheinin viittaa myöhemmin tanskalaiseen tulkintaan, jossa *lex posterior* -sääntöä ei voida soveltaa yhtä laajasti ihmisoikeuksien vahingoksi kuin niiden hyväksi.<sup>16</sup>

Robert *Blackburnin* ja Jörg *Polakiewiczin* toimittamassa teoksessa ”Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950–2000” tarkastellaan ihmisoikeussopimusten jäsenmaiden erilaisia soveltamisratkaisuja kansallista tulkintaa koskeviin kysymyksiin. Suomen osuuden teokseen kirjoittanut Allan *Rosas* korostaa, ettei *lex posterior* -sääntöä pidä soveltaa siten, että ihmisoikeussopimuksen jälkeen laaditut lait syrjäyttäisivät ihmisoikeusnormit. Myös hän tukeutuu vastaavaan presumptio-ajatukseen. Lisäksi hän tuo esille sen, että lisäargumenttina vahvalle presumptio-näkemyksellä voidaan nostaa inkorporointilain säätäminen poikkeuslakina.<sup>17</sup>

Ihmisoikeussopimuksen asemaan tulee vaikuttamaan myös se, miten perusoikeuksien asema kehittyy Euroopan unionissa. Ratkaisevaksi nousevat kysymykset unionin suhtautumisesta Euroopan unionin perusoikeuskirjaan ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Euroopan perustuslaissa nykyistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen, yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja valtiosääntöperinteeseen sidottua perusoikeuskäsitystä on täydennetty ottamalla Euroopan unionin perusoikeuskirja perustuslain toiseksi osaksi ja vastaavasti unioni ilmaisee selkeän pyrkimyksen liittää Euroopan ihmisoikeussopimukseen (EPL I-9 art.).

---

<sup>15</sup> Scheinin 1991, s. 47–48.

<sup>16</sup> Scheinin 1991, s. 126.

<sup>17</sup> Rosas 2001, s. 296.

Kotimaisessa keskustelussa on oikein painotettu sitä, että unionin perusoikeuksien vaikutus ei tule rajoittumaan vain unionin oikeuden soveltamisalalle. Unionin perusoikeudet heijastuvat kansallisen oikeuden ja myös Suomen perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien tulkintaan. On perusteltua yhtyä näkemykseen, jonka mukaan perusoikeusjärjestelmiä ei tule nähdä hierarkkisessa suhteessa toisiinsa. Perusoikeusjärjestelmät ovat rinnakkaisia, osittain limittäisiä ja vuorovaikutussuhteessa toistensa kanssa.<sup>18</sup>

Koska unionin perusoikeuskäsitystä ei voi ymmärtää ilman ihmisoikeussopimusta ja sen tulkintakäytäntöä, on ihmisoikeussopimuksen asema jatkossa entistä tukevampi. Ihmisoikeussopimus on saanut pysyvän jalansijan EY:n tuomioistuimessa ja halukkuus vuoropuheluun eurooppalaisten tuomioistuinten välillä on lisääntynyt. On selvää, että Euroopan neuvoston oikeuden erottaminen eurooppaoikeuden alasta on jo EU:n nykyisen perusoikeusdoktriinin valossa kestävä. Tilanne muuttuu vielä entistä selvemmin eurooppalaisten järjestelmien yhteyttä korostavaksi, jos sopimus Euroopan perustuslaiksi tulee aikanaan voimaan.

### 3 PERUSOIKEUSUUDISTUS JA EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAIKUTUS PERUSOIKEUKSIEN YLEISIIN OPPEIHIN

#### 3.1 Perusoikeusuudistuksen tausta ja yhteys Euroopan ihmisoikeussopimukseen

Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp) sisältää lukuisia viittauksia Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Lain esitöissä todetaan, että Suomen perusoikeusjärjestelmän ehkä merkittävimmän haasteen aikaansaavat kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Niiden kautta määrittyy perusoikeusuudistukselle kansainvälisesti hyväksytty nykyaikainen taso. Samalla lakiehdotuksen perusteluissa kuitenkin nostetaan esille suomalaisten olojen ja oikeuskulttuurin merkitys.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Tiilikainen – Helander – Heliskoski 2005, s. 70–72.

<sup>19</sup> Ks. toisin Juha Raitio, EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus, Helsinki 2004, s. 7–8. Nähdäkseni Raition näkemys EU:n omiin lähteisiin rajautuvasta eurooppaoikeudellisesta tutkimuksesta on ongelmallinen.

<sup>20</sup> HE 309/1993 vp, s. 5–6.

Kansainvälisen kehityksen vaikutus on kirjattu myös hallituksen esityksen perusteluihin. Euroopan ihmisoikeussopimus oli eräänlainen käännekohta. Hallituksen esityksessä viitataan sopimuksen myötä yleiseen tietoisuuteen tulleeseen kansainväliseen valvontajärjestelmään ja suomalaisien tuomioistuinten mahdollisuuteen käyttää päätöstensä perusteina Suomen ratifioimia ihmisoikeussopimuksia. Samalla huomautettiin siitä, että Suomi oli jäänyt useissa suhteissa jälkeen ihmisoikeusnormien kansainvälisestä kehityksestä.<sup>21</sup>

Ihmisoikeussopimusten merkitystä lainsäädäntöprosessille korostettiin hallituksen esityksessä. Ihmisoikeussopimukset toimivat paitsi virikkeinä lainsäädäntöuudistuksille myös siten, että ne ovat esteenä tietynsisältöisen lainsäädäntöhankkeen toteutumiselle. Samassa yhteydessä korostettiin sitä periaatteellisesti tärkeää muutosta, että perusoikeussäännökset eivät ole estäneet perustuslainsäätämisyjärjestyksessä toteutettuja poikkeuslakeja, mutta silloin kun poiketaan kansainvälisistä sitoumuksista, tällaisia toimia ei ole mahdollista toteuttaa edes vaikeutetussa säätämisyjärjestyksessä.<sup>22</sup>

Valittaessa muotoiluja uusille perusoikeussäännöksille ihmisoikeussopimukset tarjosivat luontevan pohjan. Järjestelmän kehittämistarpeiden listalta on helppo poimia asioita, joilla on hyvin läheinen liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Perusoikeuksien rajoittamisedellytysten täsmenmäminen tai perusoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeuksien suhteen järjestäminen sekä perusoikeuksien sovellettavuuden ja valvontamekanismien parantaminen liittyvät tämän kirjoituksen kannalta mielenkiintoisimpiin tavoitteisiin. Hallituksen esityksessä korostettiin perusoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten sisällöllisiä kytkentöjä. Kyse oli yksilön näkökulmasta toisiaan täydentävästä suojaverkosta. Kansainvälinen kehitys puolsi ihmisoikeussopimusten aseman vahvistamista oikeusjärjestelmässä. Tähän esityksen mukaan päästäisiin muun muassa valtiosisäisten valvontamekanismien tehostamisella.<sup>23</sup>

Perusoikeusuudistukseen sisältyi suunnitelma perusoikeuksien rajoittamista koskevien edellytysten kytkemisestä ihmisoikeussopimusten vaatimuksiin. Alkuperäinen ajatus muotoiltiin ehdotukseksi yhtenäisestä, kaikkia perusoikeuksia koskevasta rajoituslausekkeesta. Tällainen säännösehdotus oli vielä löydettävissä perusoikeuskomitean mietinnöstä. K. J. Långin johtaman komitean yleislausekemalli (ehdotettu 16 a §) koostui seu-

---

<sup>21</sup> HE 309/1993 vp, s. 8.

<sup>22</sup> HE 309/1993 vp, s. 9.

<sup>23</sup> HE 309/1993 vp, s. 14–15.

raavista vaatimuksista: 1) rajoittamisen tulee tapahtua lain säätämisellä, 2) rajoituksella ei saa puuttua perusoikeuden olennaiseen sisältöön, 3) rajoittamisen tulee olla sopusoinnussa kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kanssa, 4) rajoitusten tulee olla välttämättömiä oikeusvaltiossa.<sup>24</sup>

Yhteisen perusoikeuksia koskevan rajoituslausekkeen ajatuksesta luovuttiin kuitenkin myöhemmin uudistushankkeen edetessä. Komitean työtä jatkoi Pekka Hallbergin johdolla toiminut *Perusoikeustyöryhmä 1992*, jonka ehdotus perusoikeuksien rajoittamisesta sisälsi samoja vaatimuksia, mutta niitä ei ollut enää kirjattu erilliseen yleisrajoituslausekkeeseen.<sup>25</sup> Myös runsaasti käytetystä poikkeuslakimenettelystä luopumista koskevat ehdotukset olivat saaneet huomattavasti konservatiivisemmän muotoilun niin työryhmässä kuin myös lopullisessa hallituksen esityksessä. Oikeusministeriön suorittaman jatkovalmistelun yhteydessä kävi selväksi, ettei luopuminen poikkeuslaeista ollut vielä 1990-luvun alkupuolella mahdollista.<sup>26</sup>

Rajoitusedellytysten kokoaminen jäi perustuslakivaliokunnan harteille. Perustuslakivaliokunta tarkastelee perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössä (PeVM 25/1994 vp) perusoikeuksia lainsäätäjän toiminnassa. Yhtenä osuutena tätä tarkastelua kiinnitetään huomiota ilman rajoituslauseketta tai lakivarausta kirjoitettuihin perusoikeuksiin. Valiokunta totesi, että tällaisten perusoikeuksien rajoittamisessa ratkaisevaksi muodostuvat perusoikeuksia koskevat yleiset opit. Täsmällisiksi ja ehdottomiksi kielloiksi kirjoitetut säännökset kohdistuvat lainsäätäjään siten, ettei kielloista voi poiketa tavallisella lailla. Oikeuden muotoon kirjoitettujen perusoikeuksien sallitut rajoitukset määräytyvät lainsäädäntökäytännössä. Valiokunnan mukaan perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta ja oikeuksien luonteesta voidaan johtaa yleisiä vaatimuksia. Valiokunnan mietintöön kirjattuun vaatimusten luetteloon sisältyy seitsemän rajoitusedellytystä.<sup>27</sup> Oikeuskirjallisuudessa ne on tiivistetty seuraavasti:<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Ks. tarkemmin KM 1992:3, s. 378–388. Ehdotettu HM 16.1 a §. ”*Perusoikeuksien rajoittaminen*. Perusoikeuteen voidaan lailla erikseen säätää vain sellaisia rajoituksia, jotka eivät puutu perusoikeuden olennaiseen sisältöön. Rajoitusten on oltava sopusoinnussa Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kanssa ja välttämättömiä yksilön vapauden turvaavassa oikeusvaltiossa.”

<sup>25</sup> Perusoikeustyöryhmä 1992:n mietintö, oikeusministeriön lainvalmisteluosasto 2/1993, s. 44–48.

<sup>26</sup> HE 309/1993 vp, s. 30.

<sup>27</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 4–5.

<sup>28</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001. Lähes samoin Ojanen 2003, s. 52–57. Pekka Lämsineva on puolestaan korostanut yhdenvertaisuusvaatimusta rajoitustestiä muuten vastaavanlaista

1. Lailla säätämisen vaatimus
2. Rajoitusten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus
3. Rajoitusperusteen hyväksyttävyysovaatimus
4. Rajoitusten suhteellisuusvaatimus
5. Perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimus
6. Oikeusturvavaatimus
7. Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että useat valiokunnan esittämät yleiset rajoitusedellytykset liittyvät läheisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä kehitettyihin kriteereihin, joskin ne ovat yhteydessä myös valiokunnan omaan aikaisempaan tulkintakäytäntöön.<sup>29</sup> Seuraavaksi käyn yksityiskohtaisesti läpi kunkin vaatimuksen suhdetta Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen tulkintakäytännössä esiintyviin vastaavanlaisiin yleisiin oppeihin.

### 3.2 Lailla säätämisen vaatimus

*Ensimmäinen* rajoituksia koskeva vaatimus liittyy perusoikeusrajoituksilta vaadittavaan säädöstasoon. Suomalainen järjestelmä perustuu siihen selkeään valintaan, että rajoituksen tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin ja samalla kielletään delegoimasta toimivaltaa rajoitusten antamiseen lakia alemmalla säädöstasolla. Lailla säätämisen vaatimusta tukee nykyisen perustuslain 80.1 §. Sen mukaan lailla on säädettävä yksilön oikeuksien ja velvoitteiden perusteista sekä asioista, jotka perustuslain mukaan muuten kuuluvat lain alaan.

Ihmisoikeussopimuksen ratifioineissa valtioissa on hyvin erilaisia oikeusjärjestelmiä. Ihmisoikeusrajoitusten säädöshierarkkisen tason vaatimukseen on siksi suhtauduttu varsin joustavasti. Ihmisoikeussopimuksen suomalaisen käänöksen mukaan rajoitus on mahdollinen silloin, kun ”lakin sallii” tai kun rajoituksesta ”on säädetty laissa”. Alkuperäisessä englanninkielisessä versiossa terminologiana esiintyvät ilmaisut *in accord-*

---

vaatimuslistaa täydentävänä kriteerinä, Länsineva 2002, s. 77–85. Vaatimusten kuvaus ja eri vaatimusten järjestys vaihtelee eri kirjoittajien teoksissa jonkin verran. Vrt. esim. Jyränki 2003, s. 487, ”1. rajoitusten perustuminen eduskunnan säätämään lakiin; 2. rajoitusperusteiden hyväksyttävyysovaatimus; 3. rajoitusten tarkkarajaisuus ja täsmällisyys; 4. rajoitusten yhtäpitävyys Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa; 5. perusoikeuden ytimen koskemattomuus; 6. rajoitusten suhteellisuus ja sen välttämättömyys hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi; 7. oikeusturvajärjestelyjen riittävyys.”

<sup>29</sup> Veli-Pekka Viljanen, Lakimies 5–6/1996, s. 804.

ance with (the) law, prescribed by law tai provided for by law. Rajoituslausekkeen sisältämän laki-käsitteen tasoa Suomen kohdalla arvioidessaan Matti Pellonpää on katsonut, että eduskuntalain lisäksi myös asetus voi olla ”laki”, joskin eduskuntalaki täyttäneen paremmin laillisuusvaatimuksen taustalla olevan *rule of law* -periaatteeseen. Pellonpää on katsonut, että tässä on selkein ero perustuslaissa olevien lakivarausten ja ihmisoikeussopimusten mukaisten rajoituslausekkeiden välillä.<sup>30</sup>

Oikeusvaltio-määritelmä on kirjattu Suomen perustuslain toiseen pykälään ja sen kolmanteen momenttiin. Ensimmäinen ”[j]ulkisen vallan käytön tulee perustua lakiin”, ja toisena osana periaatetta on vaatimus, että ”[k]aikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia”. Hallituksen esityksen perusteluissa korostetaan, että julkisen vallan käyttäjällä tulisi olla aina viime kädessä eduskunnan säätämään lakiin pohjautuva toimivaltaperuste.<sup>31</sup> Jälkimmäinen viittaus, jonka mukaan julkisessa toiminnassa on tarkoin lakia noudatettava, perustuu aikaisempaan HM 92.1 §:ään, joskin sanamuotoilu on jonkin verran modernisoitu.<sup>32</sup> Sana ”laki” ilmaisee tässä jälkimmäisessä lauseessa koko oikeusjärjestystä, eikä siis tarkoita ainoastaan eduskunnan säätämää lakia.<sup>33</sup>

Vaatimus eduskuntalain tasosta perusoikeusrajoitusten edellytyksenä on siis ankarampi kuin mitä ihmisoikeussopimus edellyttää käyttäessään termiä laki. Lukuisissa *common law* -maita koskevissa tapauksissa myös oikeuskäytäntöön perustuvan lain on myös katsottu täyttävän lailta vaadittavat kriteerit. Lailla ei siis tarkoiteta lainsäädäntöön perustuvaa oikeutta. Tämä periaate on ilmaistu muun muassa tapauksessa *Sunday Times v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (no. 1) (26.4.1979).<sup>34</sup>

Euroopan ihmisoikeussopimus jättää muutenkin huomattavasti enemmän harkintavaltaa jäsenvaltioille sen suhteen, tuleeko jäsenvaltioiden korjata

<sup>30</sup> Pellonpää 2000, s. 196–197.

<sup>31</sup> HE 1/1998 vp, s. 74.

<sup>32</sup> HM 92.1 § kuului seuraavasti: Kaikessa viranomaistoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava.

<sup>33</sup> Ks. tarkemmin säännöksestä esim. Jyränki 2000, s. 67–69.

<sup>34</sup> *Sunday Times* (No.1), 26.4.1979. Tuomion kohta 47. The Court observes that the word ”law” in the expression ”prescribed by law” covers not only statute but also unwritten law. Accordingly, the Court does not attach importance here to the fact that contempt of court is a creature of the common law and not of legislation. It would clearly be contrary to the intention of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not ”prescribed by law” on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this would deprive a common-law State which is Party to the Convention of the protection of Article 10 (2) (art. 10-2) and strike at the very roots of that State’s legal system.

loukkaus lainsäädännön vai muiden keinojen avulla.<sup>35</sup> Tuomioiden vaikutusten valvontaa koskevassa italialaistapauksessa *Scozzari ja Giunta* (13.7.2000, tuomion kohta 249) ihmisoikeustuomioistuin viittaa tuomioiden vaikutusten kahteen ryhmään: yleisiin ja yksilöllisiin toimenpiteisiin. Valtion on ryhdyttävä korvausten lisäksi yleisiin tai yksilöllisiin toimenpiteisiin lopettaakseen sopimusloukkauksen tai korjatakseen loukkauksen vaikutukset. Valtiolla on vapaus ministerikomitean valvonnassa valita tarvittavat keinot, joilla sen sopimuksen 46 artiklasta seuraavat velvoitteet toteutuvat. Näiden toimien on vain oltava yhteensopivia tuomion johtopäätösten kanssa. Astetta tiukemman viestin ihmisoikeustuomioistuin antoi tapauksessa *Maestri v. Italia* (17.2.2004, tuomion kohta 47). Tarpeellisten korjaamistoimien valinnaisuuden sijaan ihmisoikeustuomioistuin selkeästi edellytti kansallisen lainsäädännön saattamista sellaiseksi, ettei kansallinen oikeusjärjestys estä valittajan uralle tapahtuneen tai tulevan haitan riittävää korjaamista. Ihmisoikeustuomioistuin irrottautui ratkaisun myötä perinteisestä subsidiaarisesta linjastaan.<sup>36</sup>

### 3.3 Rajoitusten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus

*Toinen* rajoituksia koskeva yleisvaatimus kohdistuu lakien laatuun, ja se liittyy selkeästi Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeita koskevaan tulkintakäytäntöön ja lainmukaisuuden vaatimukseen. Rajoitusten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus on saanut erittäin tärkeän roolin perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä. Veli-Pekka Viljanen on tiivistänyt ne vaatimukset, jotka laille on asetettava. Laista tulee ilmetä riittävän tarkasti ainakin seuraavat seikat: 1. kuka on oikeutettu käyttämään

---

<sup>35</sup> Suomea koskevista yleisistä toimenpiteistä, lähinnä lainsäädäntöuudistuksista on raportoitu niukasti ministerikomitean sivuille kerättyyn tietokantaan ([http://www.coe.int/T/E/Human\\_rights/execution/](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/execution/)). Vuoden 2004 loppuun mennessä yleisiä toimenpiteitä oli tehty tapauksissa Raninen, Ollila, Kerojärvi, Hokkanen ja Z. v. Suomi. Niiden joukossa oli myös tilanteita, joissa lainsäädäntöä oli uudistettu. Valtio on korostanut vastauksissaan sopimuksen välitöntä vaikutusta. ”The Government notes that the Convention has direct effect in Finnish law and that the domestic law should be interpreted in accordance with the judgments of the European Court of Human Rights.”

<sup>36</sup> *Maestri v. Italia* (17.2.2004). Ihmisoikeustuomioistuimen jaoston vähemmistö totesi varsin kovasanaisesti, että enemmistö oli muuttanut aikaisempaa tulkintalinjaa ja tuomioistuimen noudattamaa subsidiariteettiperiaatetta. Joint Dissenting Opinion of Judges Bonello, Strážnická, Bîrsan, Jungwiert and Del Tufo: ”In our view, the judgment of the majority has totally pushed aside the principle of subsidiarity (and also those of the ’fourth-instance’ doctrine and the margin of appreciation), so fundamental to the proper application of the Convention.”



rajoitusvaltuuksia, 2. mitä valtuuksia käytettäessä saadaan tehdä ja 3. miten silloin on meneteltävä.<sup>37</sup> Näille tarkkuutta koskeville vaatimuksille on löydettävissä esikuva Strasbourgin tuomioistuimen ratkaisuksista. Ihmisoi-keustuomioistuin on tehnyt useita merkittäviä ratkaisuja, joissa se on hyvin yksityiskohtaisesti edellyttänyt lakien sisältävän tietyt laatuksiteerit.

Tunnetuimmat lainmukaisuuden kriteeristöä kehittäneet ihmisoi-keustuomioistuimen ratkaisut liittyvät telekuunteluun. Ihmisoi-keustuomioistu-  
tuin on puhunut ranskalaisten tapausten *Huvig* ja *Kruslin* (24.4.1990) yhteydessä asetetuista vähimmäisvaatimuksista. Tapauksessa *Valenzuela Contreras v. Espanja* (30.7.1998) ihmisoi-keustuomioistuin kertoo aikai-  
semmista ratkaisuksista esille nousevat vallan väärinkäytön vastaiset suoja-  
keinot, jotka pitäisi määritellä lainsäädännössä. Tuomioistuin ilmaisee asian  
termein ”should be set out in the statute”. Laaja lista sisältää muun muassa  
seuraavia vaatimuksia siitä, että lailla on määriteltävä ne, joihin puhelin-  
kuuntelua voidaan kohdistaa sekä määriteltävä teot, joiden kohdalla tut-  
kinnassa voidaan käyttää puhelinkuuntelua. Laissa on myös määriteltävä  
puhelinkuuntelun kesto ja määriteltävä menettelytavat, joilla keskusteluista  
raportoidaan. Laissa on myös määriteltävä varotoimenpiteet, joilla nau-  
hoitukset voidaan taata vahingoittumattomina ja kokonaisuudessaan tuo-  
marien ja puolustuksen käyttöön. Suojakeinolistan päätteeksi lainsäädän-  
nössä on määriteltävä olosuhteet nauhoitusten tuhoamista ja hävittämistä  
varten, erityisesti tilanteissa, joissa kuuntelun kohde on todettu syyttömäksi.<sup>38</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen telekuuntelutapauksiin laatima lista on poik-  
keuksellisen yksityiskohtainen. Ihmisoi-keustuomioistuin on edellyttänyt  
korkeampaa laatutasoa sellaisten toimenpiteiden kohdalla, jotka ovat eri-  
tyisen voimakkaasti puuttuvia. Ihmisoi-keustuomioistuin ei ole hyväksy-  
nyt esimerkiksi poliisin yleistoimivaltaan perustuvaa puuttumista. Lain-  
säädännössä pitää määritellä toimivaltuudet poliisin tekemille etsinnöille  
tai näytteiden ottamiselle.<sup>39</sup> Toisaalta ihmisoi-keustuomioistuin on mones-  
ti tunnustanut, että lainsäädännön laatiminen täysin varmaksi on mahdo-  
tonta ja että todennäköinen lopputulos varmuuden etsimisestä on liiallinen  
jäykkyys.<sup>40</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen on monesti itse ratkaistava, missä säänte-  
lyn riittävän tarkkuuden raja kulkee. Tarvittaessa ihmisoi-keustuomioistuin  
on ollut valmis toteamaan, että lainsäätäjällä on jättänyt viranomaisille liian

<sup>37</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 120.

<sup>38</sup> *Valenzuela Contreras v. Espanja*, 30.7.1998, tuomion kohta 46.

<sup>39</sup> *P.G. ja J.H. v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 25.9.2001, kohta 62.

<sup>40</sup> *Silver ja muut v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 25.3.1983, tuomion kohta 88.

paljon harkintavaltaa. Tällaisia arvioita ovat saaneet esimerkiksi kirjeenvaihdon valvontaa koskevat säännökset useissa maissa.<sup>41</sup> Myös Suomi sai moitteet kirjeenvaihdon suojaa koskevassa tapauksessa *Narinen v. Suomi* (1.6.2004). Asiassa oli outona piirteenä se, että ainoastaan asetuksen tasolla olleet konkurssitilanteita koskevat säännökset oli kumottu eivätkä olleet enää voimassa. Ihmisoikeustuomioistuimien kiinnitti huomiota sitovien sääntöjen puuttumiseen ja piti tilannetta erityisen silmiinpistäväenä, koska kirjeenvaihtoon puuttuminen oli kielletty perustuslaissa. Vaikka voitaisiin todeta, että rajoituksille oli olemassa oikeudellinen pohja, soveltuvien säännösten on jollakin tarkkuudella säänneltävä kysymyksiä, kuten milloin posti uudelleen lähetetään tai avataan, tai minkä kirjekategorioiden kohdalla valittajan tulee saada vähimmäissuoja oikeusvaltioperiaatteen nojalla.<sup>42</sup>

Perustuslakivaliokunta on toistuvasti kiinnittänyt huomiota puutteisiin täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimuksen suhteen ja omaksunut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa muistuttavan määritelmän täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimukselle. Tyypillinen valiokunnan ratkaisema tilanne on sellainen, jossa lakiesitys jättää liian avoimeksi sen, ketkä ovat oikeutettuja hoitamaan tiettyjä tehtäviä ja niihin liittyviä valtuuksia.<sup>43</sup> Toinen tyypillinen tilanne on sellainen, jossa lakiesitykseen sisältyvän säännöksen perusteella voidaan yksilöön kohdistaa määräyksiä. Lakiesityksessä ei ole tällöin määritelty riittävällä tarkkuudella, ketkä kuuluvat tai voivat kuulua ryhmään, joihin nämä määräykset kohdistuvat.<sup>44</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä vahvasti esillä ollut telekuunteluvaltuus tuli pakkokeinolakiin ennen perusoikeusuudistuksen voimaantuloa. Perustuslakivaliokunta lausui asiasta (PeVL 8/1994 vp) ennen kuin se kirjasi perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset mainittuun listaan (PeVM 25/1994 vp). Myöhemmin perustuslakivaliokunta on tarkentanut linjaansa ja täsmentänyt vaatimusten soveltamiseen liittyviä kannanottoja ”salaisten pakkokeinojen” yhteydessä (PeVL 36/2002 vp). Valiokunta kiinnitti huomiota muun muassa lakiehdotuksessa käytettyyn ilmai-

---

<sup>41</sup> Ks. esim. *Calogero Diana v. Italia*, 15.11.1996, tuomion kohdat 32–33; *Niedbata v. Puola*, no. 27915/95, 4.7.2000, tuomion kohdat 81–82, *Matwiejczuk v. Puola*, 2.12.2003, tuomion kohdat 95–96 ja 101–102.

<sup>42</sup> *Narinen v. Suomi*, 1.6.2004, Appl. no. 45027/98, tuomion kohta 35. Suomea moitittiin puutteellisesta lainsäädännöstä kirjeenvaihdon suojan osalta myös tapauksessa *Ollila v. Suomi* (Appl no. 18969/91, 30.6.1993). Mainitussa ratkaisussa asia ei edennyt ihmisoikeustuomioistuimeen, vaan tilanteen arvioi Euroopan ihmisoikeustoimikunta, joka totesi Suomen loukanneen 8 artiklaa.

<sup>43</sup> Esimerkiksi PeVL 8/1995 vp.

<sup>44</sup> Esimerkiksi PeVL 31/1998 vp.

suun ”rikoksesta epäilty”, jota käytettiin myös näyttökynnykseen viittaavasti. Valiokunnan mukaan tämä ei ollut johdonmukaista normaaliin näyttökynnystä ilmaisevaan termiin ”on syytä epäillä jotakuta rikoksesta” verrattuna. Rikoksesta epäilty on usein käyttökelpoinen yleiskäsite, jota ei kuitenkaan ole asianmukaista käyttää ilmaisemaan myös näyttökynnyksen astetta.<sup>45</sup>

Uudelleen valiokunta joutui ottamaan kantaa salaisiin pakkokeinoihin arvioidessaan terrorismin ja muun järjestäytyneen rikollisuuden estämistä koskevaa poliisilain muutosesitystä (PeVL 11/2005 vp). Valiokunnan lausunto sisältää valtioneuvostolle suunnatun kannanoton, jossa edellytetään, että nykyistä salaisia pakkokeinoja koskevaa sääntelyä on uudistettava tavoitteena perusoikeusjärjestelmän vaatimukset täyttävä, selkeä ja johdonmukainen sääntelykokonaisuus.<sup>46</sup> Kyse on tyypillisestä nykyaikaisen sääntelytekniikan ongelmista. Kokonaisesitysten tilalle on muodostunut tapa säännellä asioista useissa erillislaeissa. Esimerkiksi telekuuntelua ja muita salaisia pakkokeinoja koskevaa normistoa löytyy pakkokeinolain (450/1987) lisäksi poliisilaista (493/1995) ja tullilaista (1466/1994) sekä sähköisen viestinnän tietosuojalaista (516/2004).

Sääntelyn täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus on kiinnostanut perustuslakivaliokuntaa erityisesti myös silloin, kun on ollut kyse viranomaisten voimankäyttövaltuuksista. Tätä valiokunnan kannanottojen ryhmää voidaan tarkastella kokoavasti arvioimalla tarkemmin perustuslakivaliokunnan varsin kriittistä lausuntoa (PeVL 10/2005 vp) koskien hallituksen esitystä puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta (HE 187/2004 vp). Esitykseen sisältyi säännös, jonka perusteella poliisilla olisi oikeus saada sotilaallisten voimakeinojen käyttöä edellyttävää virka-apua, jos se olisi välttämätöntä terrorismirikosten estämiseksi tai keskeyttämiseksi.

Lakiehdotuksessa ei ollut millään lailla täsmennetty sitä, mitä sotilaallisilla voimakeinoilla tarkoitetaan. Esityksessä asiaa oli tarkennettu viittaamalla aluevalvontalakiin, jossa sotilaallisten voimakeinojen oli määriteltävä tarkoittavan henkilökohtaisen aseiden käyttöä voimakkaampaa, sotavarustein tapahtuvaa voiman käyttöä. Perusteluissa oli mainittu esimerkiksi rynnäkkökivääriä voimakkaammat konetuliaseet, tykit, ohjukset ja räjähteet. Virka-aputilanteessa voitaisiin käyttää myös panssariajoneuvojen, sota-alusten ja sotilasilma-alusten aseistusta. Valiokunta huomautti,

<sup>45</sup> PeVL 36/2002 vp, s. 3/I.

<sup>46</sup> PeVL 11/2005 vp, s. 3/I.

että puolustusvoimien käytössä oleva sotavoima oli varsin kattavasti liitetty tulevan virka-apusääntelyn piiriin. Valiokunnan mukaan perusongelma syntyy siitä, ettei puolustusvoimilla ole nykyisen eikä ehdotetun lainsäädännön perusteella toimivaltaa käyttää sotilaallisia keinoja rikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi. Voimakeinojen käyttö kuuluu ensisijaisesti poliisille tällaisissa tarkoituksissa. Hallituksen esityksen vastaus toimivaltaproblematiikkaan lähti siitä, että asiassa voitiin noudattaa poliisilain 27 §:n antamaa valtuutta. Poliisimiestä tämän pyynnöstä tai suostumuksella tilapäisesti avustavalla on poliisin ohjauksessa oikeus käyttää sellaisia voimakeinoja, joihin poliisimies hänet toimivaltansa nojalla valtuuttaa. Vastaava säännös on myös puolustusvoimien virka-avusta poliisille annettussa laissa.<sup>47</sup>

Valiokunta huomautti osuvasti, että yksittäisen poliisimiehen toimivaltaa koskeva säännös soveltuu huonosti toimintaperusteiksi sotilaallista voiman käyttöä koskevaan poikkeukselliseen tilanteeseen. Poliisi ei voi käyttää millaisia sotilaallisia voimakeinoja tahansa, eikä puolustusvoimilla ole oikeutta käyttää muita kuin poliisin toimivaltaan nojautuvia voimakeinoja. Valiokunta muistutti, ettei virka-apusääntely laajenna poliisin voimankäyttövaltuuksia tai luo uutta, poliisin toimivallasta riippumatonta toimivaltaa puolustusvoimille. Sotilaallisen voimankäytön vaikutuksien kohdistuminen, esimerkiksi ilma-alukseen kohdistuvien voimatoimien myötä, laajaan ihmisryhmään poikkeuksellisen merkittävällä tavalla on otettava huomioon ja lakiesitystä piti valiokunnan mielestä täsmentää.<sup>48</sup>

Valiokunnan esille tuomat vähimmäisvaatimukset täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden osalta olivat varsin selkeät. Laissa itsessään piti määritellä, mitä siinä sotilaallisilla voimakeinoilla tarkoitetaan. Poliisin oikeus saada virka-apua tuli rajata koskemaan vain virka-aputehtävissä käytettäväksi soveltuvia voimakeinoja. Laissa piti säädellä myös tarkemmin siitä, millä edellytyksillä virka-apua voidaan antaa. Valiokunta esitti hyvin konkreettisen säännöksen muotoilun, jossa voimakeinojen käyttö sidottiin rikoslain 34 a luvun tarkoittamiin vakaviin tekoihin, joiden välitön estäminen tai keskeyttäminen on välttämätöntä muiden ihmisten hengen tai terveyden suojelemiseksi, eikä tekoa ole mahdollista estää lievemmillä keinoilla. Valiokunnan mukaan laissa on määriteltävä myös voimakeinojen käytön suhteellisuudesta ja voimakeinojen puolustettavuuden arvioinnissa huomioitavista seikoista.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> PeVL 10/2005 vp, s. 2/II.

<sup>48</sup> PeVL 10/2005 vp, s. 2/II–3/I.

<sup>49</sup> PeVL 10/2005 vp, s. 3/I–II.

Valiokunnan näkemyksen voi tiivistää siten, että viranomaisten toimivalta on säädeltävä tarkoin aina, kun on kyse voimankäytöstä. Ajatus poliisin yleistoimivaltuudesta on vaarallinen. Jokaisen toimenpiteen takana pitää olla lainsäädännössä punnitut säännöt siitä, kuka, milloin ja miten toimivaltuuksia voi käyttää. Yhtymäkohdat suhteessa ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöön ovat erittäin selkeät. Vastaavanlainen testi, joka muotoiltiin tapauksissa Huvig ja Kruslin, on saanut sijan myös suomalaisessa tulkintakäytännössä. Kokonaisarvioinnin merkitystä voiman käyttämisen yhteydessä on korostettu useassa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa. Esimerkiksi tapauksessa *McCann ja muut v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (27.9.1995) ihmisoikeustuomioistuin katsoi valittajan oikeuksia loukatun, koska operaation toteutus ja suunnittelu eivät vastanneet ihmisoikeussopimuksen vaatimuksia. Kyseessä ei ollut mikään yksittäinen seikka, vaan kaikkien tekijöiden muodostama kokonaisuus osoitti, etteivät toiminta ja sen suunnittelu täyttäneet sopimuksen asettamia vaatimuksia. Mainittu tapaus ei puhu sinänsä toiminnan sääntelystä, mutta se antaa seikkaperäisen kriteeristön, joka voimankäytön pitäisi täyttää. Tämä kriteeristö pitää lainsäätäjän toimesta saattaa sellaiseen muotoon, että toiminnassa otetaan huomioon olennaiset suojakeinot voimakeinojen käytön liioittelua vastaan.

Vaikka edellä esitetyistä tapauksista voi saada kuvan, että täsmällisyys- ja tarkkarajaisuus on keskittynyt tietäntyyppisten, lähinnä poliisien toimivaltuuksia koskevien lakiehdotusten arviointiin, kyse on kattavasti perustuslakivaliokunnan ennakkolliseen perusoikeusvalvontaan liittyvästä vaatimuksesta. Niinpä täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimukseen viitattiin esimerkiksi käsiteltäessä lakiehdotusta seutuyhteistyökokeiluksi (HE 248/2001 vp). Perustuslakivaliokunta käsiteli lausunnossaan täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimusta lupa-asioiden yhteydessä.<sup>50</sup> Lupa-asioita koskevien päätösten julkipanoa koskevat säännökset eivät puolestaan täyttäneet perustuslakivaliokunnan mielestä täsmällisyysvaatimusta maa-aineslakia koskevan hallituksen esityksen (HE 110/2004 vp) kohdalla.<sup>51</sup> Kolmantena esimerkkinä täsmällisyysvaatimuksen käytöstä voidaan mainita viestintäviraston toimivaltuuksia koskeva viestintämarkkinalain muutosehdotus (HE 74/2004 vp), jonka yhteydessä valiokunta korosti, että perusoikeuskytkentäisen sääntelyn näkökulmasta oli ongelmallista, että säännös viranomaisen toimivallasta oli täysin avoin. Säännös ei ohjannut viranomaisen harkintavaltaa asetettaessa hintakattoa tai määritettäessä enimmäishinnan suuruutta.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> PeVL 11/2002 vp, s. 7.

<sup>51</sup> PeVL 5/2005 vp, s. 3.

<sup>52</sup> PeVL 32/2004 vp, s. 2.

Yhteenvetona voidaan todeta, että täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimuksen kohdalla on vakiintunut kansallinen tulkintakäytäntö, jossa ei enää esiinny järjestelmällisiä viittauksia ihmisoikeussopimuksen vastaviin lain laatua koskeviin tulkintaratkaisuihin. Sopimukseen ja tulkintakäytäntöön tehtyjen viittausten poisjääminen valiokunnan uudemmissa lausunnoista on osittain puolusteltavissa sillä, että suomalainen doktriini on vakiintunut, eikä sen vuoksi rituaalinomaista viittaamista kansainväliseen ratkaisukäytäntöön tarvita. Tällaista menettelyä on myös perusteltua kritisoida. Voidaan nähdäkseni esittää perusteltu huoli siitä, että nykyinen käytäntö johtaa tilanteeseen, jossa valiokunta ei riittävästi seuraa ihmisoikeustuomioistuimen lainmukaisuuden vaatimuksen tulkintalinjan kehittymistä. Valiokunnan toiveet tuomioistuinten ja lainvalmistelijoiden suuntaan<sup>53</sup> edellyttäisivät johdonmukaisuuden vuoksi myös omaa aktiivista euroopalaisen tulkinta-aineiston hyödyntämistä. Mahdollisesti uudistunut tulkinta jää nykyisessä tilanteessa kansallisessa käytännössä huomaamatta.

### 3.4 Rajoitusperusteen hyväksyttävyysovaatimus

*Kolmas* perusoikeuksien rajoittamista koskeva vaatimus, rajoitusperusteen hyväksyttävyys, pitää sisällään useita tärkeitä kohtia. Perustana on vaatimus siitä, että rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä. Rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Perustuslakivaliokunta liittyy rajoitusperusteiden hyväksyttävyyden arvioinnin ihmisoikeussopimuksen vastaavien sopimusmääräysten tulkintaan. Mietinnössä (PeVM 25/1994 vp) todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavia oikeuksia koskevien määräysten tulkinnalla voi olla merkitystä arvioitaessa rajoitusten perusteiden hyväksyttävyyttä, etenkin silloin kun niiden yhteydessä on tyhjentävä rajoitusperustelu.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeissa on kolme keskeistä vaatimusta: rajoituksen tulee perustua lakiin, sillä pitää olla hyväksyttävä tarkoitusperä ja rajoittamisen tulee olla välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa. Hyväksyttävän tarkoitusperän nimenomainen ilmaus osana rajoituslauseketta on tärkeä. Sen tarkempi määrittely osana rajoituslausekettestä on hieman monimutkaisempi kysymys. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole tulkinnut hyväksyttävän tarkoitusperän vaatimusta ratkaisuisaan ankaraasti. Vaatimus ei ole saanut asemaa itsenäisenä rajoitustestin osana, vaan sen merkitys toteutuu välttämättömyyden kokonaisarvioinnin yhteydessä.

---

<sup>53</sup> Ks. edellä luvussa 2.2 kootusti (PeVL 2/1990 vp) esitetystä toiveesta.

Kun valittaja on ihmisoikeustuomioistuimelle esittänyt hyväksyttävän perusteen olemassaoloa koskevan väitteen, ihmisoikeustuomioistuin ei ole ollut halukas arvioimaan asiaa itsenäisenä rajoitustestin kohtana. Valtion esittämiä perusteluja puuttumiselle ihmisoikeussopimuksen turvaamaan oikeuteen ei ratkaisuisissa olla valmiita kyseenalaistamaan. Tuomioiden perusteluissa voidaan korkeintaan viitata siihen, että tuomioistuin epäilee, onko rajoitukselle olemassa jokin hyväksyttävä peruste. Esimerkiksi tapauksessa *Z. v. Suomi* (25.2.1997) ihmisoikeustuomioistuin esitti epäilyksiä sen suhteen, oliko olemassa jokin hyväksyttävä intressi, joka edellytti valittajan henkilöllisyyden paljastamista hovioikeuden tuomiossa. Tuomioistuin ei kuitenkaan pitänyt välttämättömänä ratkaista asiaa, koska se oli toisen kohdan perusteella katsonut, että ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa oli loukattu.<sup>54</sup>

Myös homoseksuaalien asemaa armeijassa käsitelleissä ratkaisuisissaan ihmisoikeustuomioistuin on nostanut esiin epäilyksen siitä, perustuivatko puuttumiset johonkin hyväksyttävään intressiin. Tapauksissa *Smith ja Grady* sekä *Lustig-Prean ja Beckett* (27.9.1999) ihmisoikeustuomioistuin katsoi alustavasti puuttumisen liittyvän kansalliseen turvallisuuteen ja epäjärjestyksen estämiseen. Epäilyksiä tuomioistuimen mukaan heräsi siitä, oliko suoritetuilla tutkimuksilla hyväksyttäviä perusteita enää siinä vaiheessa, kun valittajat olivat myöntäneet homoseksuaalisuutensa. Ihmisoikeustuomioistuin ei ottanut asiaan kantaa, mutta välttämättömyysarvioinnin yhteydessä ihmisoikeustuomioistuin arvioi homoseksuaaleihin kohdistuneita toimia. Hallitus ei ollut tuomioistuimen mielestä tuonut esille sellaisia pakottavia ja painavia syitä, jotka olisivat oikeuttaneet homoseksuaalien vastaisen politiikan ja toteutetut irtisanomiset, jotka perustuivat kyseiseen politiikkaan.<sup>55</sup>

Selkein esimerkki tapauksesta, jossa ihmisoikeustuomioistuin on katsonut, ettei rajoittamiselle ole ollut minkäänlaista hyväksyttävää perustetta, löytyy ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan eli syrjinnän kieltoa koskevasta soveltamiskäytännöstä. Ihmisoikeustuomioistuin joutui tapauksessa *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000) ratkaisemaan kysymystä siitä, voitiinko Jehovan todistajan pääsy hyväksytyksi tilintarkastajaksi estää sen vuoksi, että hän oli saanut rangaistuksen kieltäytyttyään asepalveluksesta. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ettei vakaumuksensa takia asepalvelusta kieltäytynyt osoita epärehellisyttä tai moraalista halpamaisuutta. Kun lakiin oli otettu säännös, jolla estettiin vankeusrangaistuksen saaneiden henki-

<sup>54</sup> *Z. v. Suomi*, 25.2.1997, tuomion kohta 78.

<sup>55</sup> *Smith ja Grady v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 27.9.1999, tuomion kohdat 74 ja 105.

löiden pääsy tilintarkastajiksi, säännöksellä pyrittiin estämään tiettyjen henkilöiden pääsy ammattiin. Lainsäädännön ongelma liittyi siihen, ettei se millään lailla erotellut henkilöitä saadun tuomion perusteella. Olennaista ei ollut se, millä perusteella tuomio oli annettu, vaan ainoastaan kuinka pitkän tuomion henkilö oli saanut. Valittajan kohdalla ammattiin pääsyn estäminen ei liittynyt mihinkään hyväksyttävään intressiin.<sup>56</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen hyväksyttävää tarkoituspäätöstä koskevalle ratkaisukäytännölle on tyyppillistä, ettei tuomioistuin ole ollut halukas erottelemaan, ovatko kaikki tapauksessa esitetyt perustelut hyväksyttäviä. Tapauksessa *Stankov ja United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria* (2.10.2001) ihmisoikeustuomioistuin käsiteli tilannetta, jossa yhdistyksen oikeuteen rauhanomaiseen kokoontumiseen oli puututtu. Valtion mukaan toimenpiteelle oli useita hyväksyttäviä perusteita. Asiassa viitattiin kansalliseen turvallisuuteen, yleiseen turvallisuuteen ja häiriöiden estämiseen. Ihmisoikeustuomioistuin ei ryhtynyt arvioimaan esitettyjä vaatimuksia yksityiskohtaisesti, vaan se totesi, että asiassa oli kyse hyväksyttävästä perusteesta, jolla pyrittiin suojelemaan yhtä tai useampia hallituksen mainitsemista intresseistä.<sup>57</sup>

Suomalainen hyväksyttävyyysvaatimus menee monessa suhteessa ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä pidemmälle. Hyväksyttävyyysvaatimus yhdistää välttämättömyydestiin liittyviä kysymyksenasetteluja hyväksyttävän päämäärän selvittämisen rinnalle. Rajoituksen hyväksyttävä peruste on yhtenä keskeisenä tekijänä välttämättömyydestin punnintayhtälöä suoritettaessa. Tapauksen tilannetta arvioidaan ensin kokonaisuutena eli suoritetaan kokonaisarviointi tapauksen olosuhteista. Toisena vaiheena on suhteellisuudesta ja kolmantena osana välttämättömyyden testaamista on puuttumisen takana olevien perusteiden arviointi.<sup>58</sup>

Tätä hyväksyttävyyysvaatimuksen yhteyttä välttämättömyydestiin ilmentää se, että perustuslakivaliokunnan vaatimuksen yhteydessä käyttämä ilmaisu rajoitusten yhteiskunnallisesta tarpeesta löytyy Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suorittamasta välttämättömyysarviointista. Strasbourgin tulkintakäytännössä käytetään termiä *pressing social need*. Tällä termillä on keskeinen sija osana rajoitusten välttämättömyyden testaamista. Ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt ilmaisua jo tärkeässä *Handyside*-tuomiossa (7.12.1976). Ihmisoikeustuomioistuin korosti tuolloin, että nimenomaan

<sup>56</sup> *Thlimmenos v. Kreikka*, 6.4.2000, tuomion kohta 47.

<sup>57</sup> *Stankov ja United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 2.10.2001, tuomion kohta 84.

<sup>58</sup> Tarkemmin Jukka Viljanen 2003, s. 338–339.



kansallisten viranomaisten on ensi vaiheessa arvioitava välttämättömyys-käsitteeseen sisältyvän painavan yhteiskunnallisen tarpeen olemassaolo.<sup>59</sup> Tapauksessa *Sunday Times I* (26.4.1979) ihmisoikeustuomioistuin muodosti jo rajoituksen välttämättömyyden kokonaistestin, jossa mainitaan painava yhteiskunnallinen tarve, suhteellisuus tavoiteltavaan hyväksyttävään päämäärään nähden sekä relevantit ja riittävät perustelut rajoitukselle.

Kohta 62. It must now be decided whether the "interference" complained of corresponded to a "pressing social need", whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued", whether the reasons given by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient under Article 10 (2) (art. 10-2)".

Terminologia on vakiintunut ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä. Sen voi todeta vaikkapa tuoreesta ukrainalaisratkaisusta *Ukrainian Media Group v. Ukraine* (29.3.2005). Ihmisoikeustuomioistuin totesi, ettei puuttuminen liittynyt painavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen, joka olisi ollut tärkeämpi kuin julkinen intressi käydä poliittista keskustelua demokraattisesta vaalikampanjasta ja siihen osallistuneista poliitikoista. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuin huomautti, etteivät kansallisen tuomioistuimen soveltamat standardit olleet sopusoinnussa ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan sisältämien periaatteiden kanssa eivätkä käytetyt perustelut olleet riittäviä.<sup>60</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen suorittamaa arviointia siitä, onko puuttumiselle ollut jokin legitiimi päämäärä, voidaan pitää varsin mekaanisena toimenpiteenä. Tulkintakäytännölle on olemassa varsin looginen selitys. Kynnys osoittaa, että puuttumisen taustalla ei ole mitään hyväksyttävää tarkoituserää, on korkea, koska tällainen johtopäätös viittaisi tahalliseen puuttumiseen yksilön oikeuksiin. Tämän vuoksi on helpompaa osoittaa välttämättömyydestin yhteydessä, että hallituksen esittämä hyväksyttävä peruste ei ole relevantti tai riittävä oikeuttamaan puuttuminen. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimelle riittää alustavasti yhden tai useamman perusteen löytyminen rajoituksen perusteeksi, välttämättömyydestin yhteydessä tilanne muuttuu tiukemman hyväksyttävyyden arvioinnin suuntaan.

Tärkeää on nähdä eurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutus hyväksyttävyyttä pohdittaessa laajemmassa yhteydessä kuin pelkästään hyväksyttävän tarkoituserän soveltamisen kohdalla. Sopimustekstien sisältämät

<sup>59</sup> *Handyside v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 7.12.1976, tuomion kohta 48.

<sup>60</sup> *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, 29.3.2005, tuomion kohta 69.

tyhjentävät luettelot kuhunkin ihmisoikeuteen tehtävien rajoitusten perusteista on otettava tosissaan. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön ei pidä ymmärtää viestittävän avoimia valtuuksia hyväksyttävää perustetta valittaessa. Erilaisilla puuttumisen perusteilla on myös erilainen painoarvo.

Tietyt rajoitusperusteet, kuten yleinen järjestys tai toisten oikeuksien suojeleminen ovat varsin yleisiä käsitteitä, joita olisi hyvä kansallisessa tulkinnassa tarkentaa. Tässä kansallisille toimijoille jää merkittävä tehtävä. Kansallisesta näkökulmasta positiivisena pyrkimyksenä on kiinnittää rajoitusperusteiden hyväksyttävyydestä siihen, voidaanko rajoituksen tueksi löytää perusoikeusjärjestelmän sisäisiä syitä. On hyvin ajateltavissa, että on olemassa tilanteita, joissa perusoikeuksien rajoituksia voidaan perustella vain perusoikeusjärjestelmän sisäisin syin.<sup>61</sup>

Oikeuskirjallisuudessa esimerkkinä perusoikeusjärjestelmän sisäisistä syistä hyväksyttävyyden arvioinnissa on mainittu omaisuuden suojan ja ympäristöperusoikeuden välinen suhde. Esimerkiksi Veli-Pekka Viljanen arvioidessaan näiden kahden perusoikeuden välistä suhdetta pitää valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta luonnollisena, että rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä arvioitaessa merkitystä on sillä, voidaanko jokin tavoite kiinnittää perusoikeussäännösten osaan vai ei. Kun ympäristöarvot on kiinnitetty nimenomaiseen säännökseen, on lainsäätäjällä samalla jo ratkaissut sen, että tavoite on perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä.<sup>62</sup> Ympäristöperusoikeuden merkitys on näkynyt esimerkiksi tilanteessa, jossa perustuslakivaliokunta lausui hallituksen esityksestä maa-aineslain muuttamisesta (PeVL 5/2000 vp). Valiokunnan mielestä sääntelyn taustalla olevat tavoitteet osoittavat, että perusoikeusrajoituksen sallittavuuteen kohdistuva hyväksyttävän perusteen vaatimus oli käsillä. Valiokunnan mielestä oli syytä viitata perustuslain 20 §:n säännöksiin vastuusta ympäristöstä.<sup>63</sup>

Perusoikeusjärjestelmän sisäiset perusteet tuovat mahdollisuuden viitata sellaisiin rajoitusperusteisiin, jotka eivät ole turvattuja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa. Ympäristöperusoikeuden tuominen esille omaisuuden suojaa koskevissa kysymyksissä edustaa uutta perusoikeusuudistuksen mahdollistamaa linjausta perusoikeuskeskustelussa. Toisaalta ympäristöperusoikeuteen kohdistuva tulkintakäytäntö ei ole Euroopan ihmis-

---

<sup>61</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 149. Viljanen mainitsee tässä yhteydessä PeVL 20/1998 vp, joka koski hallituksen esitystä laiksi maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanottamisesta.

<sup>62</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 157.

<sup>63</sup> PeVL 5/2000 vp, s. 2/I.

oikeustuomioistuimelle vierasta. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö osoittaa, että yksityiselämän suojaan voidaan luontevasti yhdistää nykyinen näkemys siitä, että ihmiselle kuuluu oikeus terveelliseen ympäristöön.<sup>64</sup> Tämän vuoksi ympäristöperusoikeutta voidaan tarkastella myös ihmisoikeussopimuksen valossa. Omaisuuden suojan kohdalla ihmisoikeussopimuksessa jää viranomaisille normaalia laajempi harkintamarginaali, kun puuttuminen perustuu julkiseen etuun.

Viimeaikainen valiokunnan tulkintakäytäntö on selkeästi osoittanut, että hyväksyttävyyysvaatimus on tärkeässä asemassa arvioitaessa lakien perustuslainmukaisuutta ja sitä, ovatko ne sopusoinnussa kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Perustuslakivaliokunnan tehtävään kuuluu olennaisesti sen selvittäminen, onko yhä uusille viranomaisten toimivaltuuksia laajentaville lakiehdotuksille olemassa yksilöity hyväksyttävä peruste. Vaikka tekniikan kehitys tarjoaa uusia mahdollisuuksia puuttua yksilöiden oikeuksiin, on uusien keinojen käyttöönoton yhteydessä joka kerta py-sähdyttävä arvioimaan tehokkuuden ohella toimien hyväksyttävyyttä. Esimerkiksi poliisin tai rajavartiolaitoksen haluamat uudet toimivaltuudet ovat joutuneet perustuslakivaliokunnassa tiukan arvioinnin kohteeksi.<sup>65</sup>

Ihmisoikeussopimus ja sen tulkintakäytäntö tarjoavat tärkeän pohjan hyväksyttävyyysvaatimukselle. Kyse ei ole tällöin kuitenkaan pelkästään siitä, miten ihmisoikeustuomioistuin soveltaa vaatimusta hyväksyttävästä tarkoituksesta, vaan Strasbourgin tulkintakäytännön antama tuki pitää nähdä välttämättömyydestin ja hyväksyttävyyttä koskevan testin kokonaisuutena. Ihmisoikeustuomioistuin palaa monesti välttämättömyydestin yhteydessä niihin hyväksyttävyyttä koskeviin epäilyksiin, joita tapauksessa on syntynyt. Suomalainen hyväksyttävyydesti saa perustellusti vaikutteita molemmista ihmisoikeustuomioistuimen suorittaman hyväksyttävyyden arvioinnin muodoista.

Kansallisella tasolla ja varsinkin perus- ja ihmisoikeuksien ennakkovalvonnassa on luontevaa pohtia lainsäädännön taustalla olevien perusteiden hyväksyttävyyttä. Lainsäädännön tavoitteet ja tarkoitus on perusteellisesti testattava. Perustuslakivaliokunnan rooliin kuuluu arvioida lainsäädäntöhankkeiden taustalla olevien perusteiden hyväksyttävyyttä mahdollisimman tiukasti ja ylläpitää korkeaa kynnystä puuttumiselle yksilöiden

<sup>64</sup> Kootusti ympäristöperusoikeuteen liittyvästä ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä Kumpula 2004 ja Pellonpää 2005, s. 447–448.

<sup>65</sup> Esimerkiksi PeVL 11/2005 vp, s. 4/II, 5/I, 6/II ja 8/II. Poliisilain muutosta koskevassa mietinnössä hyväksyttävään perusteeseen viitataan televalvonnan, asunnossa olevan henkilön tarkkailun, poliisimiehen käyttäytymisen sääntelyn sekä tiedonhankinnan paljastumisen estämisen yhteydessä.

oikeuksiin. Kansallisessa perus- ja ihmisoikeusvalvonnassa on luontevaa esittää hyväksyttävyydelle ihmisoikeustuomioistuinta tiukempia vaatimuksia. Hyväksyttävyyden mittaaminen on juuri sitä aluetta, jossa ihmisoikeustuomioistuin on tottunut jättämään jäsenvaltion viranomaisille harkintavaltaa.

### 3.5 Perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimus

Tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta. Perusoikeuteen puuttuminen ei voi olla niin laajaa, että puuttuminen kovertaa tyhjäksi perusoikeuden sisällön.<sup>66</sup> Perusoikeuden ydinalueen tarkka määrittäminen on ongelmallisempi tehtävä. Selvän perusoikeuden ydinalueen ja selvän perusoikeuden reuna-alueen lisäksi on olemassa laaja harmaa vyöhyke.<sup>67</sup>

*Veli-Pekka Viljanen* on todennut, että ydinalueen koskemattomuuden vaatimus ei normaaleissa perusoikeuksien rajoitustilanteissa saa itsenäistä merkitystä. Rajoitukset, jotka kohdistuvat ydinalueelle, ovat poikkeuksetta suhteellisuusvaatimuksen ja useimmissa tapauksissa myös ihmisoikeusvelvoitteiden vastaisia. Hänen mukaansa vaatimusta on käytetty käänteisesti eli lainsäätäjän liikkumavara on normaalia suurempi, kun liikutaan perusoikeuden reuna-alueella.<sup>68</sup>

*Pekka Länsineva* on puolestaan korostanut ydinalueen määrittelyn sitomista kulloisenkin harkintatilanteen kokonaisuuteen ja erityisesti siihen, kuinka painavalla perusteella kyseiseen oikeuteen puututaan. Ydinalueen määrittely ei ole täysin absoluuttisesti ratkaistavissa oleva asia vaan edellyttää suhteellisuusperiaatteen käyttöä.<sup>69</sup> *Sami Manninen* on esimerkiksi sananvapauden kohdalla kytkenyt ydinalueen määrittelyn Suomea velvoitaviin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.<sup>70</sup>

Tuore perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö vahvistaa sen, että viittauksella ydinalueeseen valiokunta kertoo useimmin oikeuden ydinalueen ulkopuolelle jäävästä osuudesta. Perustuslakivaliokunta on esimerkiksi maantielain säätämisen yhteydessä todennut, että mainonta ja kaupallinen

---

<sup>66</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 229.

<sup>67</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 244–248. Esimerkkinä perusoikeuden ydinalueen määrittämisen ongelmista Viljanen käyttää omaisuudensuojaa, jossa ydinalueelle ei jää käytännön relevanssia arvioitaessa rajoitusten sallittavuutta.

<sup>68</sup> Veli-Pekka Viljanen 2001, s. 248–249. Länsineva (2002, s. 83) kuvaa vaatimusta termillä ”epäitsenäisempi kriteeri muihin rajoitusedellytyksiin verrattuna”.

<sup>69</sup> Länsineva 2002, s. 83.

<sup>70</sup> Manninen 1996, s. 30.

viestintä kuuluvat sananvapauden piiriin, joskaan eivät sen ydinalueeseen.<sup>71</sup> Koska mainontaan ja markkinointiin voi kohdistaa pidemmälle meneviä rajoituksia kuin sananvapauden sisällölliselle ydinalueelle, perustuslakivaliokunta ei nähnyt ongelmallisina rikoslain muutoksia, joilla muun muassa paritukseen liittyvien yhteystietojen välittäminen voitiin kriminalisoida.<sup>72</sup> Toinen tyypillinen ydinalueen ulkopuolelle määrittelevä viittaus valiokunnan käytännössä liittyy siihen, että viestin tunnistamistiedot ovat viestin salaisuutta koskevan perusoikeuden ydinalueen ulkopuolella.<sup>73</sup>

Perustuslakivaliokunnan viimeaikaisten kannanotoista löytyy myös viittaus oikeuden ydinalueeseen ydintä määrittävässä muodossa. Tarkastellessaan tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamista, perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota jumalanpalveluksen asemaan ja totesi, että se kuuluu uskonnonvapauden sisältyvän uskonnonharjoittamisoikeuden ydinalueelle. Tekijänoikeuksien laajentaminen oli siinä määrin laajaa puutumista uskonnonharjoittamisoikeuden ydinalueelle, ettei ehdotus täyttänyt sääntelyn oikeasuhtaisuuden vaatimusta.<sup>74</sup>

Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä on silloin tällöin esillä terminologia, joka viittaa siihen, että myös ihmisoikeustuomioistuin arvioi, onko kyse oikeuden ytimeen kuuluvasta asiasta. Erottelu ”core”-tai ”periphery”-osuuteen on esimerkiksi sananvapausratkaisusta luettavissa rivien välistä. Ihmisoikeustuomioistuin ei välttämättä ilmaise avoimesti jaottelua ydin ja reuna-alueisiin, vaikka se toisaalta usein korostaa suoritettavan tutkinnan erityistä tarkkuutta (*strict/rigorous*).

Ihmisoikeustuomioistuimen sisällä ydinalueproblematiikkaan on otettu kantaa tuomioihin liitetyissä eriävissä mielipiteissä. Tuomari Greve katsoi Hatton-tapauksen yhteydessä, etteivät ympäristöoikeudet kuulu 8 artiklan ytimeen.<sup>75</sup> Keskustelua ytimeen ja reuna-alueisiin kohdistuvista osista jatkettiin tapauksessa *Odièvre v. Ranska* (13.2.2003). Suuren jaoston vähem-

<sup>71</sup> PeVL 3/2005 vp, s. 5.

<sup>72</sup> PeVL 13/2004 vp, s. 2. Ks. myös PeVL 9/2004 vp (sähköisen viestinnän tietosuojalaki) ja PeVL 60/2001 vp (laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta).

<sup>73</sup> Ks. esim. PeVL 11/2005 vp, s. 4, PeVL 10/2004 vp, s. 4, PeVL 9/2004 vp, PeVL 37/2002 vp ja PeVL 26/2001 vp.

<sup>74</sup> PeVL 7/2005 vp, s. 4.

<sup>75</sup> *Hatton ja muut v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, 2.10.2001 (jaoston tuomio, Dissenting opinion of Judge Greve). Hänen mukaansa oikeuden ytimeen kuuluu, ettei kotietsintä ole mahdollista ilman siihen oikeuttavaa lupaa. Suuren jaoston tuomiossa samassa asiassa (8.7.2003, kohta 122) ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ettei tuomioistuimen ole sopivaa ottaa erityistä lähestymistapaa, jossa se viittaa ympäristöllisten ihmisoikeuksien erityiseen asemaan. Tätä lähestymistapaa kritisoitiin voimakkaasti eriävissä mielipiteessä. (Joint dissenting opinion of Judges Costa, Ress, Türmen, Zubanèè and Steiner). Vähemmistöön jääneiden tuomareiden mielestä tuomioistuin oli kääntynyt vasten virtaa, kun kaikkialla Euroopassa ja maailmassa oli lisääntyvä huoli ympäristöasioissa.

mistö esittelee mielenkiintoisen oikeuden jaottelun. Harkintamarginaalin laajuus voi vaihdella riippuen käsiteltävästä oikeudesta, mutta myös kunkin oikeuden sisällä riippuvien intressien luonteen perusteella. Eriävässä mielipiteessä viitataan näkökohtiin, jotka ovat oikeuden reuna-alueella ja toisaalta tietyt puolet muodostavat osan oikeuden sisimmästä ytimeistä. Ihmisen oikeus identiteettiin on yksityiselämän suojan ydinalueella, koska oikeus identiteettiin on olennainen edellytys oikeudelle autonomialle ja kehitykseen. Tästä syystä vähemmistön mielestä kilpailevien intressien punninnassa oli tarve mahdollisimman oikeudenmukaiselle tutkimiselle.<sup>76</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimen perusteluihin liittyy monesti tiukemman suhteellisuustestin ja ydinalueelle kohdistuvan puuttumisen aiheuttama vaatimus vahvemmista perusteista. Esimerkiksi lasten huostaanottoa koskevassa ratkaisussa *K. ja T. v. Suomi* (12.7.2001) ihmisoikeustuomioistuin tuo argumenteissaan selvästi esille, millainen puuttuminen edellyttää erityisen vahvat perustelut.

”The Court thus recognises that the authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care. However, a stricter scrutiny is called for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental rights of access, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life.”<sup>77</sup>

Miksi ihmisoikeustuomioistuimen mielestä huostaanottoa seuraavat rajoitukset edellyttävät erityisen tiukkaa tutkintaa? Ihmisoikeustuomioistuin antaa loogisen vastauksen: tällaiset rajoitukset tosiasiallisesti johtavat lasten ja vanhempien perhesuhteen heikentymiseen. Ihmisoikeustuomioistuin kiinnittää huomiota erityisesti sellaiseen rajoitukseen, joka voisi vaikeuttaa perheen yhdistämistä. Ihmisoikeustuomioistuin nostaa esille kotimaisessa lainsäädännössäkin esiintyvän idean siitä, että lastensuojelulliset toimenpiteet ovat väliaikaisia ja tilannetta tulee päivittää, jos vanhemmat voivat jälleen toimia lasten huoltajina. Kun puututaan perhe-elämän suojan ydinalueelle, on tutkinnan oltava tarkempaa.

Perustuslakivaliokunnalla olisi mahdollisuus tehdä myös ydintä määrittäviä kannanottoja nykyistä useammin. Kannanotot, joita edustaa valiokunnan lausunto tekijänoikeuslain kohdalla, esiintyvät toivottavasti vastaisuudessa ydinalueen ulkopuolelle rajaavien kannanottojen rinnalla. Eriytisesti näkisin tällaisten ydinaluetta määrittelevien kannanottojen olevan

---

<sup>76</sup> *Odièvre v. Ranska*, (13.2.2003), kohta 11, The Joint dissenting opinion of Judges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää.

<sup>77</sup> *K. ja T. v. Suomi*, 12.7.2001, kohta 155.

tärkeitä ohjaamassa tuomioistuimien ja muiden viranomaisten suorittamaa punnintaa. Perustuslakivaliokunnan kannanotoilla on ollut merkitystä tuomioistuimien ratkaisuisissa<sup>78</sup>, joten perus- ja ihmisoikeustulkintaa ohjaava vaikutus tulisi ottaa entistä voimakkaammin huomioon kannanottoja laadittaessa ja tarvittaessa tietoisesti ohjata perus- ja ihmisoikeustulkintaa oikeaan suuntaan.

Perusoikeuden ydinalueen koskemattomuutta arvioitaessa perustuslakivaliokunta ei voi jatkossakaan toivoa kovin selkeää tukea tulkinnalle ihmisoikeustuomioistuimen kannanotoista. Sen sijaan mielenkiintoista tulkinta-apua valiokunnalle tarjoaa Strasbourgin käytännölle ominainen tapakytkeä suhteellisuusvaatimus ja oikeuden ydinalue toisiinsa. Suhteellistestien yhteydessä esitetyillä punnintaa ohjaavilla ja oikeuden sisältöön kohdistuvilla viittauksilla ihmisoikeustuomioistuin tarjoaa hyviä lähtökohtia oikeuden tärkeimmän osan ja reuna-alueella sijoittuvan osan hahmottamiseen myös kansallisessa perusoikeustulkinnassa.

### 3.6 Rajoitusten suhteellisuusvaatimus

Viides vaatimus liittyy rajoitusten suhteellisuuteen. Valiokuntamietinnönsä (PeVM 25/1994 vp) todetaan, että rajoituksen tulee olla välttämätön hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Suhteellisuusvaatimusta koskevat periaatteet on löydettävissä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännöstä. Välttämättömyyden arviointi muodostaa keskeisen osan ihmisoikeussopimuksen 8–11 artiklojen sisältämien rajoituslausekkeiden tulkintaa. Ihmisoikeustuomioistuin käyttää toistuvasti kolmea kohtaa välttämättömyystestiä kuvatessaan, ”proportionate to the legitimate aim pursued”, ”pressing social need” sekä ”relevant and sufficient reasons”. Puuttumisen tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltuun hyväksyttävään päämäärään nähden, puuttumiselle pitää olla painava yhteiskunnallinen tarve sekä relevantit ja riittävät perusteet.

Perustuslakivaliokunta tuo myös esille ihmisoikeusratkaisuisissa tyypillisesti esiintyvän punnintametodin suhteellisuutta arvioitaessa. Rajoituksen keinojen valinnassa tulee pyrkiä siihen, että tavoitteeseen päästään puuttumalla mahdollisimman vähän perusoikeuteen. Rajoituksen voimakkuutta pohdittaessa on syytä huomioida rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.

<sup>78</sup> Ks. esim. KKO 2004:26. Tuomas Ojasen kommentti LM 5/2004 valottaa onnistuneesti tätä puolta korkeimman oikeuden tekemässä ns. Saraviita-tapauksessa, s. 911–928.

Rajoitus ei saa mennä pitemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla oleva yhteiskunnallinen intressi.<sup>79</sup> Suhteellisuusperiaatteen, sellaisena kuin se on perustuslakivaliokunnan rajoitusedellytysten joukossa, voidaan suhteellisuuden lisäksi katsoa sisältävän laajemman käsitteen, eli välttämättömyyden. Koko välttämättömyydestin ideana on ollut tasapainon löytäminen yksilön oikeuksien ja yhteiskunnallisten intressien sekä muiden oikeuksien välille.

Ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt muutamia erilaisia ilmaisuja puhuessaan suhteellisuusvaatimuksesta. Klassinen versio *proportionate to the aim pursued* on muotoutunut asuun *the interference was justified in principle and proportionate*. Muita versioita ovat sen tutkiminen, onko olemassa *reasonable relationship of proportionality between the interference and legitimate aim*. Sanamuoto ei kerro suoraan tuomioistuimen käyttämän suhteellisuustestin tasoa. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa käytetty terminologia, joka alun perin on esiintynyt kevyen välttämättömyydestin tapauksissa, saattaa päätyä sellaiseenkin tuomioon, joka edustaa huomattavasti tiukempaa testiä. Käytettyä ilmaisun muotoa selittävänä tekijänä voidaan nähdä tuomion perusteluissa hyödynnetty aikaisempi tulkintakäytäntö. Käytetty ilmaisu voi siten antaa myös viitteitä aikaisemman tulkintakäytännön muodostamasta jatkumosta, jossa on käytetty tietyn tasoista testiä.<sup>80</sup>

Ihmisoikeustuomioistuin jättää suhteellisuustestissä vaihtelevasti harkintamarginaalia kansallisille viranomaisille. Ihmisoikeustuomioistuin kertoo suhteellisuustestin tason viittaamalla siihen, onko kansallisille viranomaisille jäävä harkintamarginaali laaja vai kapea. Edellisen vaatimuksen kohdalla käsitellyssä tapauksessa *K. ja T. v. Suomi* (11.7.2001) ihmisoikeustuomioistuin korostaa tietyn tyypin huostaanottoon liittyvästä erityisestä välttämättömyydestistä.

However, the taking of a new-born baby into public care at the moment of its birth is an extremely harsh measure. There must be extraordinarily compelling reasons before a baby can be physically removed from the care of its mother, against her will, immediately after birth as a consequence of a procedure in which neither she nor her partner has been involved. The shock and disarray felt by even a perfectly healthy mother are easy to imagine.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.

<sup>80</sup> Tarkemmin erilaisia termejä on käsitelty väitöskirjani (Jukka Viljanen 2003) luvussa 10.3. Vrt. Schokkenbroek 1996, s. 196–197, joka on nähnyt yhteyksiä kieliasun ja käytetyn testin asteen välillä.

<sup>81</sup> *K. ja T. v. Suomi*, 12.7.2001, kohta 168.



Ihmisoikeustuomioistuimen mielestä viranomaiselta vaaditaan erityisen painavia perusteluja huostaanotolle, joka suoritetaan välittömästi lapsen syntymän jälkeen. Kyse ei ollut normaalista huostaanotosta, joten myös välttämättömyyden arvioinnissa käytettävä testi on mukautettava vastaamaan erityistilannetta ja kynnys toimenpiteen käyttöön on tällöin korkeampi kuin tavallisessa huostaanotossa.

Kun ihmisoikeustuomioistuin lähtee suorittamaan tiukempaa välttämättömyystestiä, se samalla on valmis ottamaan mukaan vaatimuksen vähemmän tai vähiten rajoittavasta toimenpiteestä, jota ei tuoda esille tavallisessa välttämättömyystestissä. Ihmisoikeustuomioistuimen argumentoinnissa viitataan vähemmän puuttuviin keinoihin, koska kansallisten viranomaisten harkintamarginaali on kapeampi tiukemman testin kohdalla. Vaihtoehtojen vähemmän yksilöiden oikeuksiin puuttuvien keinojen käyttämistä koskevaan vaatimukseen viitattiin myös tapauksen K. ja T. kohdalla:

But when such a drastic measure for the mother, depriving her absolutely of her new born child immediately on birth, was contemplated, it was incumbent on the competent national authorities to examine whether some less intrusive interference into family life, at such a critical point in the lives of the parents and child, was not possible.<sup>82</sup>

Perustuslakivaliokunnan suorittamassa suhteellisuuspunninnassa on mahdollista hyödyntää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä. Viittauksia Strasbourgin tuomioistuimen ratkaisuihin ei esiinny suhteellisuusvaatimuksen kohdalla sen useammin kuin muidenkaan rajoitusedellytysten kohdalla. Yhteydet ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisutoimintaan ovat tämänkin vaatimuksen kohdalla perinteisesti muodostuneet käytettyihin perusteluihin sisäänrakennetuiksi eivätkä siten sisällä nimenomaisia tapausviittauksia.

Tuoreena esimerkkinä perustusvaliokunnan tulkintakäytännössä esiintyvän suhteellisuusvaatimuksen yhteyksistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön voidaan mainita naamioitumiskieltoa koskevan hallituksen esityksen (HE 81/2004 vp) arviointi. Hallitus oli esittänyt rikoslakiin otettavaksi laitonta naamioitumista koskevat rangaistussäännökset. Perustuslakivaliokunta rakensi lausunnossaan (PeVL 26/2004 vp) argumentaatiotaan ihmisoikeussopimuksen rajoituslauseketulkinnan pohjalla ja erityisesti tässä yhteydessä ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeen mukaisen välttämättömyydestin ympärille.

---

<sup>82</sup> Ibid.

Valiokunta korosti, että koska kyseessä on sananvapauden ja kokoontumisvapauden turvaamiseen liittyvä kysymys, on kyseisten oikeuksien käyttö saatettu erilaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, jotka on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä tiettyjen yhteiskunnallisten intressien tai toisten oikeuksien suojelemiseksi. Erityisesti perustuslakivaliokunta nostaa esille rajoituksilta edellytettävän välttämättömyyden. Perustuslakivaliokunta korostaa ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä kehittyntä kriteeristöä tarkasti hyödyntäen, että välttämättömyys liittyy suhteellisuuspriaatteeseen. Valiokunta muodostaakin lakiehdotuksen ihmisoikeusarvioinnin kannalta keskeisen kysymyksen:

Onko naamioitumisen ja naamioitumisvälineiden hallussapidon kriminalisointi yleisessä kokouksessa tai yleisötilaisuudessa välttämätön rikollisuuden ja järjestyshäiriöiden ehkäisemiseksi vai voidaanko tavoite saavuttaa perusoikeuksia vähemmän rajoittavalla muulla tavalla? (PeVL 26/2004 vp)

Kysymyksen muotoilu ilmentää tiukkaa välttämättömyyden arviointia. Vaatimus vähemmän rajoittavasta muusta tavasta jätetään ihmisoikeustuomioistuimen perinteisessä välttämättömyydestissä monesti täsmentämättä, koska tässä kohdin testiä annetaan harkintamarginaalia (margin of appreciation) kansallisille viranomaisille. On hyvä jälleen kerran muistuttaa siitä, ettei ihmisoikeustuomioistuimen omaksumaan harkintamarginaalioppiin voida vedota kansallisella tasolla. Tässä kohdin on loogista, että valiokunta joutuu pohtimaan kysymystä tiukalla tarkkuudella.

Lisäksi valiokunta muistuttaa lausunnossaan siitä, että välttämättömyysarviointi kytkeytyy myös kysymykseen, onko sääntelylle painavaa yhteiskunnallista tarvetta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyttää englanninkielistä termiä ”pressing social need”. Valiokunta huomauttaa myös suhteellisuusvaatimuksen yhteydestä edellä käsiteltyyn ydinalueen vaatimukseen toteamalla, että ehdotettu naamiointikielto ei puutu sananvapauden ja kokoontumisvapauden ydinalueeseen. Kielto ei muutoin estä vapaata kokoontumista ja mielipiteenilmaisua.<sup>83</sup> Tällä on merkitystä suhteellisuustestin punnintaa suoritettaessa. Toisenlainen vastaus olisi edellyttänyt erityisen painavia perusteita puuttumiselle.

Hallituksen esitykseen naamiointikiellosta kohdistetaan valiokunnan lausunnossa voimakasta kritiikkiä useasta oikeasuhtaisuuteen liittyvästä seikasta johtuen. Esimerkiksi teon rangaistavuudella ei ole yhteyttä lainvastaiseen tekoon taikka järjestyksen tai turvallisuuden vaarantamiseen.

---

<sup>83</sup> PeVL 26/1994 vp, s. 3/I.

Esityksen mukaan rangaistavaa olisi siis naamioituminen sinänsä. Yhteys esityksen keskeiseen tavoitteeseen – estää sellainen kasvojen peittäminen, jonka tarkoituksena on vaikeuttaa tunnistamista selvitetessä järjestyshäiriöiden yhteydessä tehdyksi epäiltyjä rikoksia – on katkennut.<sup>84</sup> Valiokunta katsoi myös, ettei ollut esitetty riittäviä perusteita naamioinnin rikoslaissa säädettävän kriminalisoinnin lisäksi kieltää ja kriminalisoida myös naamiointiin mahdollisesti käytettävien esineiden hallussapitoa. Valiokunnan mielestä hallussapidon kriminalisointi ei ollut oikeassa suhteessa kriminalisoinnin taustalla olevan intressin suojaamiseksi.<sup>85</sup>

Tyypillistä naamioitumiskieltoa koskevassa perustuslakivaliokunnan kannanotossa on kansallisen suhteellisuustestin perustelujen yksityiskohmainen erittely, jolle tukea haetaan ihmisoikeussopimuksen yleisistä opeista. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä ei ratkaisussa ole nimenomaisesti yksilöity, vaan viittaus kohdistuu ihmisoikeussopimukseen ja sen määräysten sisältämien rajoituslausekkeiden tulkintaan. Valiokunta muistuttaa ihmisoikeussopimuksen sisältämästä välttämättömyydestä ja siihen liittyvistä erityiskysymyksistä.

Suhteellisuusvaatimuksen arviointi yhden ratkaisun pohjalta ei välttämättä anna koko kuvaa vaatimuksen soveltamisesta. Valiokunnan antamasta peruslausunnosta poiketen naamiointikiellon arvioinnissa rakennetaan opillinen yhteys ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön ja suomalaisen perusoikeusdoktriinin välille. Kyseessä ei ole missään nimessä täydellinen malliratkaisu, mutta se sisältää aitoa tulkinnallista harmonisointia. Ratkaisun ottaminen esimerkiksi on kuitenkin kannanotto siihen, mihin suuntaan valiokunnan ratkaisukäytäntö suhteellisuusvaatimuksen osalta voisi kehittyä.

Perustuslakivaliokunnan lausuntojen sitominen tiukemmin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön on perusteltua myös suhteellisuusvaatimuksen kohdalla. Vaikka suoraan tilannetta muistuttavaa tuomiota ei tulkintakäytännöstä olisi löydettävissä, ihmisoikeustuomioistuimen luomille yleisille periaatteille voidaan antaa merkitystä arvioitaessa ehdotuksen oikeasuhtaisuutta. Luonnollisesti tällaisissa lausunnoissa on perusteltua viitata yleisiä oppeja rakentavaan tulkintakäytäntöön. Kansallisella tasolla suhteellisuusvaatimuksen testaamiseen sisältyy Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen perustestiä tiukemman tutkinnan malli, mikä on seurausta siitä, ettei harkintamarginaali-opille voida antaa sijaa kansallisessa perusoikeusvalvonnassa.

<sup>84</sup> PeVL 26/2004 vp, s. 3/II–4/I.

<sup>85</sup> PeVL 26/2004 vp, s. 4/II.

### 3.7 Oikeusturvavaatimus

Perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävästä oikeusturvajärjestelyistä. Tällä vaatimuksella on yhteyksiä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 13 artiklaan, jossa turvataan, että jokaisella, jonka oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytössään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä siinäkin tapauksessa, kun loukkauksen ovat suorittaneet viranomaiset. Ihmisoikeussopimuksen turvaama oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin ei ole itsenäinen oikeus, vaan sitä voidaan tarkastella vain suhteessa jonkin toisen oikeuden määrittelevään sopimusmääräykseen.

Oikeusturvavaatimuksella on luonnollisesti yhteyksiä myös ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaan eli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen. Samoin vapauden riistoa koskevassa 5 artiklassa on erityiset menettelylliset säännökset yksilön oikeuksien turvaamiseksi. Vapauden riiston laillisuus on saatettava viipymättä tuomioistuimen tutkittavaksi (EIS 5.4 art.).

Myös ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeita koskevissa tapauksissa lainmukaisuuteen on katsottu liittyvän tiettyjä laille asetettuja laatuvaatimuksia, jotka ilmentävät oikeusturvan olemassaolon velvoitetta. Lailta edellytetään, että se takaa riittävän suojan viranomaisten suorittamaa mielivaltaista puuttumista kohtaan. Rajoittamiseen voi liittyä myös prosessuaalisia vaatimuksia esim. kuulemisesta.

Esimerkiksi *Herczegfalvy*-tapauksessa mielisairaanhoidon liittyvien vapaudenriistojen laillisuutta arvioitaessa ihmisoikeustuomioistuin on korostanut prosessuaalisten sääntöjen olemassaoloa ja noudattamista. Kansallisessa laissa on hyväksyttävä aineelliset ja menettelylliset säännöt, jotka menettelyyn liittyvät. Koko henkilökohtaista vapautta koskevan 5 artiklan keskeisenä tarkoituksena on suojella yksilöä mielivallalta.<sup>86</sup> Vastaavasti myös 8 artiklan yksityiselämän suojan kohdalla todettiin ihmisoikeussopimuksen loukkaus. Tapauksessa ei ollut yksityiskohtaisesti määriteltä sitä, millaiset rajoitukset olivat sallittuja sekä millainen niiden kesto ja laajuus olisivat. Itävallassa ei ollut myöskään rajoitusten tarkastamista koskevia järjestelyjä. Säännökset eivät tarjonneet oikeusvaltioperiaatteesta johdettavaa vähimmäissuojaa viranomaisten mielivaltaa vastaan.<sup>87</sup>

Kotimaisissa perusoikeussäännöksissä oikeusturvaa koskevat määräykset on koottu perustuslain 21 §:ään. Sen perusteella jokaisella on turvattu

<sup>86</sup> *Herczegfalvy v. Itävalta*, 24.9.1992, tuomion kohta 63.

<sup>87</sup> *Herczegfalvy v. Itävalta*, 24.9.1992, tuomion kohta 91.

oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa. Lisäksi jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän toisessa momentissa viitataan vielä lailla turvattuihin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeisiin, kuten käsittelyn julkisuuteen, oikeuteen tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta.

Samoin muissa perusoikeussäännöksissä löytyy viittauksia tuomioistuinkäsittelyn järjestämiseen. Perustuslain 7 §:n turvaama henkilökohtainen koskemattomuus ja vapaus on kytketty laissa säädettyyn perusteeseen. Rangaistuksen, joka sisältää vapaudenmenetyksen, määrää tuomioistuin. Muun vapaudenmenetyksen laillisuus voidaan saattaa puolestaan tuomioistuimen ratkaistavaksi.

Ulkomaalaislain uudistamista koskevassa lausunnossa (PeVL 16/2000 vp) perustuslakivaliokunta johtaa ihmisoikeussopimuksista tiettyjä menettelyllisiä vaatimuksia. Valiokunta viittaa paitsi Euroopan ihmisoikeussopimuksen (7. lpk 1 art. ja 4. lpk. 4 art.) myös KP-sopimuksen määräyksiin (KP 13 art). Näihin kuuluvat oikeus tulla edustetuksi viranomaisten edessä ja oikeus esittää syytä maasta poistamista vastaan sekä oikeus saattaa asia tutkittavaksi ensimmäisen päätöksen tekijään nähden riippumattomassa viranomaisessa. Valiokunta viittasi oikeusturvavaatimukseen arvioidessaan lain kuulemissäännökseen liitettyä tarkoituksirajausta. Se ei ollut sopusoinnussa perustuslain tasoisten oikeusturvavaatimusten kanssa.<sup>88</sup>

Oikeusturvavaatimus esiintyy myös perustuslakivaliokunnan maa-ainelain muuttamista koskevassa lausunnossa. Oikeusturva-argumentti esiintyy tilanteessa, jossa oli kysymys asian saattamisesta tietoon. Valiokunta ei viitannut oikeusturvavaatimukseen perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiin liittyvänä vaatimuksena vaan se yhdistettiin perustuslain 21 §:ään.<sup>89</sup> Vastaavasti maantielain käsittelyn yhteydessä perustuslakivaliokunta viittasi perustuslain 21 §:n mukaiseen oikeusturvavaatimukseen ja katsoi, että lakiehdotusta tuli täsmentää.<sup>90</sup>

Myös oikeusturvavaatimuksen kohdalla ihmisoikeussopimukseen viitataan valiokunnan käytännössä enemmänkin oikeusturvaa taustoittavana tulkintamateriaalina kuin yksityiskohtaista tulkintaohjetta antavana kannanottona. Tämä on sikäli hieman hämmentävä havainto, että oikeustur-

<sup>88</sup> PeVL 16/2000 vp, s. 6.

<sup>89</sup> PeVL 5/2005 vp, s. 3.

<sup>90</sup> PeVL 3/2005 vp, s. 5.

vaa koskevan perustuslain 21 §:n ymmärtäminen edellyttää Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön tuntemista.<sup>91</sup>

### 3.8 Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus

*Seitsemäntenä* rajoittamista koskevana vaatimuksena on ilmaistu kansallisten perusoikeuksien ja ihmisoikeusvelvoitteiden kytkentä. Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Samalla valiokunnan mietinnössä todetaan perusoikeusuudistuksen aiheuttama sisällöllinen läheneminen Suomen perusoikeusjärjestelmän ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten välillä, jonka vuoksi tulkinnallinen harmonisointi perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien välillä on tärkeää. Tämä vaatimus kokoaa yleisten rajoitusedellytysten keskeisen sisällön tietynlaiseksi yleisohjeeksi, jonka mukaan ihmisoikeusvelvoitteiden huomioiminen on tärkeää kansallisen perusoikeussäännösten soveltamisen kannalta.

Samalla vaatimus korostaa nimeltä mainitsematta Euroopan ihmisoikeussopimuksen asemaa, koska sen on yleisesti tunnustettu olevan tärkein Suomea koskeva kansainvälinen ihmisoikeussopimus. Tärkeäksi perusoikeusjärjestelmälle Euroopan ihmisoikeussopimuksen tekee erityisesti sen tehokas kansainvälinen valvontajärjestelmä. Tulkinnallinen läheneminen edellyttää kansainväliseltä tasolta tulevien tulkinnallisten vaikutteiden hyödyntämistä. Lähinnä Euroopan ihmisoikeussopimusta merkitykseltään seuraavana voidaan mainita KP-sopimus ja sitä valvovan YK:n ihmisoikeuskomitean ratkaisukäytäntö.<sup>92</sup> Kyse on kuitenkin laajuudeltaan huomattavasti suppeammasta ja merkitykseltään vähäisemmästä aineistosta. Muut sopimukset ja niiden valvontajärjestelmät eivät tarjoa samanlaista tulkinnallista apua kansallisen perusoikeusjärjestelmän soveltamiseen. Tulevaisuudessa voi uutta merkitystä olla Euroopan unionin lainkäyttöelimiillä. Unionin perustuslakisopimus voi toteutuessaan mullistaa perusoikeusviittausten nykyisen varsin rajatun roolin yhteisöjen tuomioistuimessa.

Perus- ja ihmisoikeudet -terminologia esiintyy muutamassa kohdassa nykyistä perustuslakia. Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan tehtävänä on turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Perustuslain 23 §:ssä puolestaan viitataan perusoikeuksiin tehtäviin poikkeuksiin tietyissä erityisolosuhteissa. Siinä yhteys ihmisoikeuksiin on määri-

---

<sup>91</sup> Ks. esim. Hallberg 1999, s. 658–661.

<sup>92</sup> Ks. ihmisoikeuskomitean tulkintakäytännöstä Hanski – Scheinin (eds.) 2003.

telty siten, että perusoikeuksiin tehtävien tilapäisten poikkeuksien on oltava myös kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisia. Ihmisoikeuksien valtiosääntöistymistä<sup>93</sup> ilmentää myös alussa mainittu perustuslain 74 §:n sisältämä perustuslainmukaisuuden valvontaa koskeva säännös. Perustuslakivaliokunnan kuuluu antaa lausunto paitsi käsiteltävien asioiden perustuslainmukaisuudesta myös lakiesitysten ja muiden asioiden suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeusvelvoitteisiin.

Valvonnassa on muutenkin korostettu perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien valvontaa kokonaisuutena. Sekä valtioneuvoston oikeuskanslerin toimivaltaa määrittävä perustuslain 108 § että eduskunnan oikeusasiamiehen toimivaltaa määrittävä perustuslain 109 § ovat molemmat muotoiltu siten, että kumpikin ”tehtävänsä hoitaessaan [...] valvoo perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumista”.<sup>94</sup>

Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimuksen oleellinen osa on tulkinnallinen harmonisointi. Perusoikeuskomitea painotti perusoikeussäännösten tulkintaa ihmisoikeussopimusten ja niiden kansainvälisten valvontaelinten tulkintakäytännön valossa. Perusoikeuskomitean rajoituslauseke sisälsi nimenomaisen viittauksen kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Vaikka tästä luovuttiin, perusoikeusuudistuksessa omaksuttiin asiallisesti ratkaisua vastaava malli.<sup>95</sup>

Tietyt perusoikeussäännökset saavat todellisen sisältönsä pitkälti ihmisoikeussopimusten ja niiden tulkintakäytäntöjen pohjalta. Henkilökohtaista vapautta koskevien säännösten osalta hallituksen esityksessä viitataan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 ja 6 artikloihin, kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 9, 10 ja 14 artikloihin sekä lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 37 artiklaan.<sup>96</sup>

Perustuslain 21 §:n kohdalla tulkinnallisen harmonisoinnin idea on kenties vieläkin olennaisempi. Säännöksen sisällön ymmärtäminen ilman Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa ja sen ympärille kehittyneitä tulkintakäytäntöä olisi vaikeaa. Tämä yhteys säännöksen ja sopimusmääräyksen välillä tuodaan myös avoimesti esille, joskin hallituksen esityksessä ei tältä osin viitata tiettyihin nimeltä mainittuihin ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisuihin. Kaikki suomalaisessa säännöksessä käytetyt käsitteet

<sup>93</sup> Tarkemmin ihmisoikeuksien valtiosääntöistymisestä Veli-Pekka Viljanen 1996, s. 806–812.

<sup>94</sup> Veli-Pekka Viljanen (1996, s. 797), on arvioinut valvontatoiminnan institutionaalisen yhteyden luovan omalta osaltaan edellytyksiä perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkinnalliselle harmonisoinnille.

<sup>95</sup> Scheinin 1999, s. 198.

<sup>96</sup> HE 309/1993 vp, s. 49.

kiinnitetään kuitenkin kansainväliseen tulkintakäytäntöön. Hallituksen esityksessä kuvataan varsin yksityiskohtaisesti esimerkiksi sitä, mitä ihmisoikeustuomioistuin ymmärtää käsitteillä ”muu riippumaton lainkäyttöelin” tai missä muissa asioissa riita- ja rikosasioiden lisäksi ihmisoikeussopimuksen 6 artikla turvaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin.<sup>97</sup>

Käytännössä tällainen perusoikeussäännösten tulkinnan yhteys ei pyyhdy tilanteeseen, joka vallitsi vuonna 1995, vaan tulkinnallisen harmonisoinnin ideaan kuuluu omaksua tulkinnallista apua myös vastaisuudessa ja siten sitoa kansallinen tulkinta ihmisoikeustuomioistuimelle ominaiseen evolutiivisen tulkinnan periaatteeseen. Ihmisoikeussopimusta on tulkittava nykypäivän olosuhteiden valossa.<sup>98</sup> Olemassa olevien oikeuksien uudelleentulkintaa on hyödynnetty esimerkiksi ympäristöoikeuden parissa.<sup>99</sup>

Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus on hyvä ymmärtää siten, että tulkinnallista yhteyttä perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien välillä ei saa unohtaa, koska tähän tulkinnallisen yhteyden perusideaan rakentuu suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Perustuslakivaliokunnan kohdalla vaatimus konkretisoituu muiden rajoitusedellytysten arvioinnin yhteydessä. Perustuslakivaliokunnan on pohdittava perustuslain 74 §:n mukaisesti sen käsittelyssä olevia lakiehdotuksia ja muita asioita ottamalla huomioon kunkin vaatimuksen kohdalla riittävällä tavalla ihmisoikeusvelvoitteet ja niiden valvontaelinten tulkintakäytäntö.

## 4 IHMISOIKEUSVELVOITTEET JA POIKKEUSLAKIMENETTELYN RAJAT

Euroopan ihmisoikeussopimus ja Suomen muut kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet ovat kotimaisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta edellyttäneet kansallisten ratkaisujen uudelleenarviointia. Keskeisenä haasteena on ollut saavuttaa ihmisoikeusmääräysten ja kansalliselle valtiosääntöperinteelle tyypillisten ratkaisujen välinen yhteensopivuus. Yksi ongelmallisimmista kohdista suomalaisessa valtiosäännössä on ollut meille vakiintunut laajamittainen poikkeuslakien käyttäminen.

---

<sup>97</sup> HE 309/1993 vp, s. 73–74.

<sup>98</sup> Ks. tarkemmin evolutiivisen tulkinnan mahdollisuuksista Jukka Viljanen 2003, s. 128–148.

<sup>99</sup> Ympäristöoikeuden tutkijoista Euroopan ihmisoikeussopimusta on hyödyntänyt mm. Kumpula 2004, s. 54–55, 145–188.



Poikkeuslakimenettelyn rajoja ihmisoikeusvelvoitteiden suhteen ovat pohtineet useat oikeustieteen tutkijat. Martin *Scheinin* on käyttänyt ilmaisua rajoitettu erillisysteesi. Ihmisoikeusmääräykset voidaan ottaa huomioon perustuslain tulkinnassa. Niiden vaikutus on siinä suhteessa perusoikeussäännöksistä erillistä, ettei edes perustuslainsäätämisyjärjestystä käyttäen voida poiketa ihmisoikeussopimusten asettamista velvoitteista. Neliportaiseen malliinsa Scheinin on kirjannut viimeiseksi tilanteen, jossa ihmisoikeussopimus asettaa säätämisyjärjestyksestä riippumattoman ja siten ehdottoman esteen sellaisille kajoamisille, jotka eivät mahdu ihmisoikeussopimuksen määräysten hyväksymien rajoitusten piiriin.<sup>100</sup> Scheinin on suhtautunut myös hyvin varauksellisesti siihen, miten vanhan perusoikeussäännösten aikana säädetyt poikkeuslakeja voitaisiin aukkoteorian mukaisesti perusoikeusuudistuksen jälkeen käyttää oikeuttamaan tavallisella lailla tehtyjä poikkeuksia perusoikeussäännöstöön. Ainoastaan tilanteet, joissa perusoikeusuudistuksen esityöt osoittavat poikkeuslain hyväksyttävänä järjestelynä, oikeuttaisivat käyttämään aukkotoriaa yli perusoikeusjärjestelmän uudistamisen.<sup>101</sup>

Ikka *Saraviita* on vastaavasti todennut, että perustuslain voima ei kuitenkaan ulotu niihin kansainvälisiin velvoitteisiin, joihin Suomi on kansainvälisoikeudellisesti pätevällä tavalla sitoutunut. Tässä yhteydessä Saraviita viittaa kansainvälisoikeudellisten sopimusten ratifiointiin.<sup>102</sup>

Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä on löydettävissä useita viittauksia ihmisoikeussopimuksiin ja niiden tulkintakäytäntöön kansallista perusoikeustulkintaa tukevana argumentteina. Huomattavasti harvinaisempia ovat kotimaiset tulkintakannanotot, joissa perustuslakivaliokunta on pohtinut jotain yksittäistä ongelmaa keskeisesti ihmisoikeusnäkökulmasta.

Nuorisorangaistusta koskeva lakiehdotus muodostaa mielenkiintoisen poikkeuksen pääsääntöön. Perustuslakivaliokunta on ottanut asiaan kantaa lausunnoissa 59/2001 vp ja 34/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan kannan pohjalta nuorisorangaistuskokeilusta päätettiin perustuslain säätämisyjärjestyksessä vuonna 2001. Kyseessä on harvinainen tilanne tuoreessa tulkintakäytännössä, koska perustuslakivaliokunnan käytäntöön on vakiintunut oppi poikkeuslakien välttämisen periaatteesta. Perustuslakivaliokunta on käsitellyt tätä periaatetta muun muassa lausunnossa PeVL 1a/1998 vp

<sup>100</sup> Scheinin 1991, s. 302

<sup>101</sup> Scheinin, Lakimies 5–6/1996, s. 822. Scheinin mainitsee mahdollisena esimerkkinä poikkeuslakina säädetyt valmiuslain (1080/1991).

<sup>102</sup> Saraviita 2000, s. 352.

ja mietinnössä PeVM 10/1998 vp. Valiokunta on korostanut, että uusien puhtaasti kansallisten perustuslaista poikkeavien lakien säätämistä tulee välttää.<sup>103</sup>

Nuorisorangaistusmenettelyä koskevassa perustuslakivaliokunnan lausunnossa (PeVL 59/2001 vp) valiokunta huomautti poikkeuslakimenettelyä käyttöö pohtiessaan siitä, että hallituksen esityksen tarkoittama sääntely on altis ihmisoikeussopimuksiin pohjautuville valvonta-arvioinneille. Perustuslakivaliokunta viittasi nimenomaisesti KP-sopimuksen 26 artiklaan ja esimerkkinä mainittiin tapaus *Kavanagh v. Irlanti*.<sup>104</sup> Samalla valiokunnan lausunnossa esitettiin toive muuttaa lakiesitystä siten, että KP-sopimuksen näkökulmasta nuorisorangaistuskokeiluun liitettävät epäilyt poistuisivat. Valiokunta suositti myös lyhentämään kokeilun kestoa. Perustuslakivaliokunta katsoi kuitenkin, että poikkeuslakimenettely oli asiassa mahdollinen, kun vaihtoehtona olisi ollut koko kokeilusta luopuminen. Lakiesitys hyväksyttiin lakivaliokunnan mietinnön (LaVM 24/2001 vp) mukaisesti. Laki hyväksyttiin kiireellisenä perustuslain 73.2 §:n mukaisessa järjestyksessä ja laki (1471/2001) tuli voimaan kolmeksi vuodeksi 1.1.2002 alkaen eli se oli voimassa vuoden 2004 loppuun asti.

Nuorisorangaistuskokeilun vakainaistamista koko maassa koskeva hallituksen esitys (HE 10/2004 vp) arvioitiin myös perustuslakivaliokunnassa. Tämä johtui keskeisesti siitä, että voimaantulo- ja siirtymäjärjestelyt poikkesivat hallituksen esitykseen sisältyneistä ehdotuksista. Ongelmallista oli se, että lakiehdotuksessa voimaantulo esitettiin porrastettavaksi siten, että ensimmäisen puolen vuoden aikana laki olisi voimassa vain aikaisemman kokeilulain soveltamisalueella ja koko maahan sääntelyä olisi sovellettu vasta 1.7.2005 alkaen. Vuoden 2004 lausunnossa (PeVL 34/2004 vp) poikkeuslakien välttämisen periaate on selkeästi esillä. Valiokunta muistutti aikaisemmasta ehdotuksestaan, jolla laki olisi saatettu koskemaan koko maata. Tällöin laki oli voitu säätää tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä. Perustuslakivaliokunta otti entistä tiukemman linjan poikkeuslakien välttämiseen, kun se joutui toiseen kertaan pohtimaan nuorisorangaistuskokeilun säätämistä. Perustuslakivaliokunnan mukaan sinänsä vähäiset taloudelliset syyt eivät muodosta hyväksyttävää perustetta poikkeuslakime-

---

<sup>103</sup> Ks. yleisesti asiasta Veli-Pekka Viljanen, *Lakimies* 6–7/1999, s. 961–972.

<sup>104</sup> Ks. Communication No. 819/1998, *Joseph Kavanagh v. Ireland*. Siinä valittajaa syytettiin erikoistuomioistuimessa (Special Criminal Court) ja ihmisoikeuskomitea katsoi, että valittajan 26 artiklan mukaisia oikeuksia oli loukattu. Valtio ei ollut osoittanut järkeviä ja objektiivisia perusteita.

nettelyn käyttämiselle. Erityisesti valiokunta viittasi siihen, että poikkeuslain säätäminen olisi tässä tapauksessa sääntelyn ihmisoikeuskytkentöjen vuoksi lisäksi erityisen ongelmallista.

Perustuslakivaliokunta ei siis hyväksynyt poikkeuslain säätämistä, vaan katsoi lakiehdotuksen olevan mahdollista tulla hyväksytyksi tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä ja siten, että nuorisorangaistussääntely ulottuu koko maahan samanaikaisesti. Tämä huomautus otettiin tosissaan myös lakivaliokunnassa, jonka mietinnössä (LaVM 11/2004 vp) todettiin, ettei lain soveltamisen alueellinen rajaaminen uuden lain voimaantulon jälkeen ole tarkoituksenmukaista eikä perustuslakivaliokunnan lausunnossa esitettyjen yhdenvertaisuusnäkökohtien kannalta myöskään mahdollinen.

Poikkeuslakien välttämisen periaate ilmenee myös naamiointikieltoa koskevassa lausunnossa (PeVL 26/2004 vp), jota käsiteltiin tarkemmin suhteellisuusvaatimuksen yhteydessä (ks. edellä 3.6). Ihmisoikeussopimuksen ja perusoikeuksien tulkinnallista harmonisointia edustavassa lausunnossa perustuslakivaliokunta päätyi lopulta korostamaan, että ”[p]oikkeuslakimenettelyyn tulee turvautua vain erityisen poikkeuksellisissa tapauksissa ja pakottavista syistä (PeVM 10/1998 vp, s. 22–23). Naamiointivälineiden hallussapidon kriminalisoinnille ja hallussapitokiellon valvomiseksi ehdotetuille tarkastusvaltuuksille ei valiokunnan mielestä ole tällaisia syitä”.<sup>105</sup>

Perustuslakivaliokunnan kannanotot tuovat esille oikeusjärjestelmän perustavan ristiriidan, joka sisältyy mahdollisuuteen säätää poikkeuslakeja. Vaikka Suomi on sitoutunut kansainvälisiin velvoitteisiin, niitä voidaan joissain tilanteissa päättää tietoisesti rikkoa. Yksittäinen nuorisorangaistusohjelma konkretisoi ongelman, joka ei katoa, mutta joka voidaan järkevällä ja tarpeen vaatiessa tiukalla linjalla pitää kontrollissa. Valiokunnan on pidettävä yllä vielä tavallistakin tiukempaa linjaa poikkeuslakien käyttöön, kun niillä puututaan ihmisoikeussopimuksessa turvattuun oikeuteen. Valiokunnan kannanotto naamiointikiellon kohdalla on toivottavasti suuntaa antava.

---

<sup>105</sup> PeVL 26/2004 vp, s. 5/II.

## 5 PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN KANSAINVÄLISTEN IHMISOIKEUSVELVOITTEIDEN VALVONTAA KOSKEVAT LINJAUKSET

Perustuslakivaliokunnan määrittelemät perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset ovat vahvistaneet Euroopan ihmisoikeussopimuksen asemaa valiokunnan tulkintakäytännössä. Rajoitusedellytyksiä koskevat tulkintakannanotot tarjoavat mahdollisuuden kuvata tulkintakäytännössä esiintyviä yleisiä linjauksia Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkityksestä kansallisessa perusoikeustulkinnassa. Edellä viitattiin nimenomaisesti kahdeksan valiokunnan lausuntoon (PeVL 17/1998 vp ja PeVL 23/1997 vp), joiden pohjalta voitaisiin perustella ajatusta perus- ja ihmisoikeustulkinnasta yhtenä kokonaisuutena. Veli-Pekka Viljasen mukaan kyseiset lausunnot ilmentävät sitä, että valiokunta on irrottautunut perus- ja ihmisoikeusarvioinnin erillisyyden ajatuksesta rajoitusperusteiden hyväksyttävyyden osalta (ks. luku 1).

Aikaisemmassa lausunnossa (PeVL 23/1997 vp) perustuslakivaliokunta käsitteli oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia ja seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamista. Ihmisoikeussopimuksen vaikutukset tulevat näkyville silloin, kun valiokunta käsittelee esityksessä olevaa säännöstä, joka koskee julkista kehottamista rikokseen. Valiokunnan mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen sananvapausartiklaan liitetyn rajoituslausekkeen sisältämät rajoitusperusteet ovat hyväksyttäviä myös hallitusmuodon 10 §:n (nyk. PL 12 §) kannalta. Samoin todetaan uskonrauhan häiritsemistä koskevan säännöksen kohdalla. Perustuslakivaliokunnan lausunto 17/1998 vp käsittelee puolestaan rajavartiolaitosta koskevaa hallituksen esitystä. Lausunnon alussa todetaan, että rajavartiolaitoksen toimivaltuudet kohdistuvat moniin perusoikeuksiin. Tehtävät liittyvät yleisesti ottaen painaviin yhteiskunnallisiin intresseihin, joiden olemassaoloa perusoikeusrajoituksen pitäminen hyväksyttävänä edellyttää. Tässä yhteydessä valiokunta viittasi näistä intresseistä muodostuviin perusteisiin, joiden nojalla ihmisoikeussopimuksen yksityis- ja perhe-elämän suojaa koskevan rajoituslausekkeen mukaan sallitaan puuttumiset sopimuksessa taattuun suojaan.

Yhteys ihmisoikeussopimuksen ja perusoikeuksien välillä on kieltämättä valiokunnan kannanotoissa muodostettu, mutta tarkastelluissa lausunnoissa ihmisoikeussopimuksen nimenomainen yhteys on rajattu vain rajoitusperusteiden määrittelyyn. Laajempaa koko rajoitustestiä kantavaa yhteistä perus- ja ihmisoikeustulkintaa ei näistäkään lausunnoista ole löydettävissä kuin rivien välistä. Valiokunnan tuoreemman käytännön analyysia on jo

esitelty edellä yleisten rajoitusedellytysten yhteydessä. Lausuntokäytännön perusteella voidaan antaa muutamia yleisiä linjauksia ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien tulkinnasta.

Kokonaisuutena arvioituna perustuslakivaliokunnan kannanotoista on löydettävissä kaksi toisistaan poikkeavaa tapaa perustaa arviointi ihmisoikeussopimukseen ja sen tulkintakäytäntöön. Toisaalta on vahvasti yleisen tason näkökulmaa korostava linja, joka rakentuu sopimuksen tulkintaan liittyvien yleisten oppien varaan. Näille tulkintakannanotoille on tyypillistä yksilöimättömät viittaukset ihmisoikeussopimuksen tulkintaan. Myös toinen hieman harvinaisempi ryhmä tulkintakannanottoja on paikannettavissa analysoimalla tulkintakäytäntöä. Tähän toiseen ryhmään kuuluvissa kannanotoissa ihmisoikeustuomioistuimen yksilöidyistä ratkaisuisista johdetaan tulkinnallista tukea käsitykselle siitä, mitä ihmisoikeussopimuksen ja perustuslain turvaama oikeus pitää sisällään.

Tyypillinen esimerkki yksilöimättömään ihmisoikeussopimuksen tulkintaan perustuvasta tulkintakannanotosta on suhteellisuusvaatimuksen yhteydessä (luvussa 3.6) tarkemmin käsitelty naamioitumiskieltoa koskevaan hallituksen esitykseen (HE 81/2004 vp) annettu lausunto (PeVL 26/2004 vp). Perustuslakivaliokunta rakensi lausunnossaan argumentaatiotaan siten, että ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeen tulkinta nousee etualalle. Tyypillistä naamioitumiskieltoa koskevassa perustuslakivaliokunnan kannanotossa on tietty yleisluonteisuus suhteessa lakiehdotusten yhteensopivuuteen kansainvälisten velvoitteiden kanssa. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä ei lausunnossa nimenomaisesti yksilöidä, vaan viittaus ihmisoikeussopimukseen ja sen määräysten sisältämien rajoituslausekkeiden tulkintaan kohdistui sopimuksen tulkinnan yleisiin oppeihin.

Samaan ryhmään voidaan lukea suurin osa valiokunnan tekemistä lausunnoista, joissa viitataan nimenomaisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Esimerkiksi lausunnossa PeVL 49/2004 vp (lakiehdotus majoitus- ja ravitsemistoiminnasta) valiokunta huomauttaa perustuslain 21 §:ään sisältyvästä vaatimuksesta, että jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi tuomioistuimessa asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä. Samalla valiokunta viittaa myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 13 artiklaan. Sopimusmääräyksen mukaan jokaisella, jonka oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä siinäkin tapauksessa, että oikeuksien ja vapauksien loukkauksen ovat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt.

Toista ääripäätä – tulkintakannanottoa, johon sisältyy yksilöity viittaus kansainvälisten valvontaelinten ratkaisuihin – edustaa parhaiten perustuslakivaliokunnan lausunto uuden ulkomaalaislain yhteydessä. Lausunnos-

sa (PeVL 4/2004 vp) valiokunta ottaa kantaa useaan hallituksen esityksestä nousevaan ongelmaan ja hyödyntää arvioinnissa Strasbourgin tulkintakäytäntöä. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin johdetaan erityisesti tulkinnallista tukea käsitykselle siitä, mitä ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan turvaama perhe-elämän suoja sisältää. Valiokunta lähtee arvioimaan lakiehdotusta ottamalla tarkasteluun esimerkkinä tapauksen *Ahmut v. Alankomaat*, 28.11.1996, jossa tulkitaan perhe-elämän suojan ulottuvuutta perheen yhdistämistä koskevilla tilanteilla. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä on tuotu esille, että valtion velvoitteiden laajuuteen vaikuttavat kulloisenkin asian tosiseikat, henkilöiden erityisolosuhteet ja yleinen etu. Lisäksi valiokunta mainitsi tuomioistuimen tutkittavaksi ottamista koskevan ratkaisun *P.R. v. Alankomaat* (7.11.2000, Appl. no. 39391/98), jossa ihmisoikeustuomioistuin ei katsonut perheen yhdistämisen estymisen loukanneen valittajan oikeuksia. Ihmisoikeustuomioistuin viittasi ratkaisussa siihen, että yksittäistapauksessa on otettava huomioon vanhemman ja hänen alaikäisen lapsensa yhteinen etu.

Tärkein valiokunnan ihmisoikeussopimuksen tulkinnasta tekemä huomio perustuu viittaukseen, jossa mainitaan ihmisoikeustuomioistuimen tapaus *Nasri v. Ranska* (13.7.1995). Perustuslakivaliokunta on huolissaan tilanteista, joissa laki ei mahdollista oleskeluluvan myöntämistä muullekin omaiselle kuin suomalaisessa määritelmässä ydinperheeseen kuuluvalla. Lakiesityksen 37 §:n perusteella perheenjäsen oli aviopuoliso sekä alle 18-vuotias naimaton lapsi. Alaikäisen lapsen kohdalla ainoastaan lapsen huoltaja täyttää perheenjäsenen kriteerit. Valiokunnan mielestä oikeus perhe-elämään toteutuu täysimääräisesti vain, jos alaikäisen sisarukset määritellään perheenjäseniksi tilanteessa, jossa he ovat asuneet yhdessä, ja he ovat lapsen ainoat elossa olevat läheiset.

Tällä kannanotolla oli keskeinen merkitys siihen, että ulkomaalaislain 52 §:ään laadittiin uusi neljäs momentti. Tähän momenttiin otettiin nimenomainen säännös, jonka mukaan yksin tulleen alaikäisen ulkomailla asuville alaikäisille sisaruksille myönnetään jatkuva oleskelulupa. Edellytyksiksi asetettiin, että sisarukset ovat asuneet yhdessä eivätkä heidän vanhempansa ole elossa. Lisäksi oleskeluluvan myöntämisen tulee olla lasten edun mukaista. Hallintovaliokunta viittasi lasten edun kohdalla siihen tosiasiaan, että lasten käyttöä maahanmuuton välineenä tulee ehkäistä. Yksin liikkuvien lasten turvallisuuteen ja hyvinvointiin kohdistuu uhkia. Valiokunta nimenomaisesti mainitsee tarpeen ehkäistä lapsikauppaa, lasten salakuljetusta ja lasten kaikenlaista hyväksikäyttöä.<sup>106</sup> Sen sijaan hallinto-

---

<sup>106</sup> HaVM 4/2004 vp, s. 13

valiokunta ei lähtenyt muuttamaan ulkomaalaislain vakiintunutta perheen käsitettä.<sup>107</sup>

Toinen esimerkki varsin yksityiskohtaisesta viittauksesta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön löytyy perustuslakivaliokunnan työtömyysturvalakia koskevasta lausunnosta (PeVL 46/2002 vp). Sen yhteydessä perustuslakivaliokunta muistuttaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksistä ja erityisen pulmallisina seikkoina lausunnossa nostetaan esille intressiperustaiset edustukset asioita päättävissä lautakunnissa. Valiokunta viittaa erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratkaisuun asiassa *Langborger v. Ruotsi* (22.6.1989), jossa kahden tuomioistuimen maallikkojäsenen objektiiviseen puolueettomuuteen vaikutti se, että kyseiset henkilöt oli valittu tiettyjen etujärjestöjen edustajina. Tarkempi kuvaus tapauksesta oli laitettu valiokunnan lausunnossa alaviitteeseen.

Perustuslakivaliokunta katsoi, että sosiaali- ja terveysvaliokunnan tulisi ehdottaa lausumaa, jossa edellytetään intressiedustuksen tarkoituksenmukaisuuden selvittämistä. Tällaista lausumaa ei kuitenkaan sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietinnössä (StVM 43/2002 vp) esiinny. Perustuslakivaliokunnan puuttuminen intressiedustukseen liittyvään problematiikkaan on sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietinnössä sivuutettu. Valiokunta on ainoastaan keskittynyt samaan kohtaan liittyvään vaatimukseen, että tiettyissä tilanteissa tulisi antaa kirjallinen päätös.<sup>108</sup>

Ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön suhde perustuslain 21 §:ssä turvattuun oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on ollut hyvin läheinen. Valiokunnan käytännöstä kaikkein konkreettisimmat esimerkit eurooppalaisen tulkintakäytännön hyödyntämisestä löytyvät nimenomaisesti sellaisiin lakiehdotuksiin kohdistuneista lausunnoista, joilla on uudistettu tuomioistuinjärjestelmää. Esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL 35/2002 vp) hallituksen esitykseen, joka piti sisällään valitusta hovioikeuteen ja valitusasian käsittelyä hovioikeudessa koskevien oikeudenkäymiskaaren säännösten muuttamisen, ilmentää vahvaa tulkinnallista yhteyttä perustuslain 21 §:n ja ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan välillä. Perustuslakivaliokunnan lausunnon ulkoasuun kuuluvat myös tällä kertaa alaviitteet, joissa painottuu Matti Pellon-

<sup>107</sup> HaVM 4/2004 vp, s. 11

<sup>108</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut kantaa intressiedustukseen ja samalla tarkentanut Langborger-tapauksen kantaansa viimeksi tapauksessa *AB Kurt Kellermann v. Ruotsi*, 26.10.2004. Tapauksessa myös Suomen hallitus oli aktiivisesti tukemassa Ruotsin kantaa siitä, ettei työtuomioistuimen intressiedustus ole ongelmallinen puolueettoman tuomioistuimen vaatimuksen kannalta. Valtioiden kanta voitti. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi äänin 5–2, ettei sopimuksen 6 artiklaa ollut loukattu.

pään kommentaari Euroopan ihmisoikeussopimus. Lisäksi lausunnossa viitataan myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Tierce ym. v. San Marino* (25.7.2000, tuomion kohta 95). Tämän perusteella valiokunta toteaa:

”Esimerkiksi valituslupamenettely tai pelkästään oikeuskysymysten ratkaisemista varten järjestetty menettely voi täyttää artiklan vaatimukset, vaikka valittajalle ei annettaisikaan mahdollisuutta tulla henkilökohtaisesti kuulluksi muutoksenhakutuomioistuimessa. Asiaa ei toisaalta voida ratkaista antamatta syytetylle mahdollisuutta esittää todisteita syyttömyytensä tueksi, jos muutoksenhakutuomioistuin tutkii asian sekä tosiseikkojen että oikeuskysymysten kannalta ja arvioi syyllisyyskysymystä kokonaisuudessaan.”

Kyseisessä sanmarinolaistapauksessa ihmisoikeustuomioistuin päätyi vastaavaan kantaan kuin tunnetussa ruotsalaistapauksessa *Ekbatani* (26.5.1988). Sen yhteydessä ihmisoikeustuomioistuin arvioi, että kokonaisuutena tarkastellen Ruotsin järjestelmässä ei ollut mitään suullisen käsittelyn puuttumista puoltavia erityispiirteitä, joten ihmisoikeussopimuksen määräyksiä oli loukattu.

Samanlaisia kommentteja oikeussuojakeinojen olemassaoloon ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyen löytyy muistakin perustuslakivaliokunnan lausunnoista. Ihmisoikeussopimuksen 13 artikla sisältää oikeuden tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin. Tutkiessaan ehdotusta pakolaisdirektiiviksi valiokunta hyödynsi lausuntonsa (PeVL 10/2002 vp) perusteluissa kahta tärkeää ihmisoikeustuomioistuimen asiaa koskevaa ratkaisua. Ensinnäkin väite todella olemassa olevasta kidutuskiellon vastaisen kohtelun uhasta on tutkittava puolueettomasti ja tarkasti, ja samoin sopimuksen 13 artiklasta voidaan johtaa myös vaatimus mahdollisuudesta täytäntöönpanon lykkäykseen (*Jabari v. Turkki* 11.7.2000, kohta 50). Lisäksi valiokunta viittaa tapaukseen *Conka v. Belgia* (5.2.2002). Sen perusteella sopimuksen 13 artiklasta aiheutuu vaatimus, että oikeussuojakeinon avulla tulee kyetä estämään täytäntöönpano, joka olisi vastoin ihmisoikeussopimusta ja jonka vaikutukset olisivat mahdollisesti peruuttamattomia. Valiokunta päätyykin huomauttamaan näillä perusteilla, että on ihmisoikeussopimuksen 13 artiklan vastaista panna täytäntöön päätös ennen kuin kansalliset viranomaiset ovat selvittäneet, onko täytäntöönpano sopusoinnussa ihmisoikeussopimuksen kanssa. Näiden huomautusten vaikutuksia unionin päätöksentekoprosessissa on vaikea todentaa. Pakolaisasemaa koskevaa menettelyä määrittelevä alustava direktiiviehdotus (Procedures directive) uusittiin viimeksi 9.11.2004 (14203/04 LI-



MITE ASILE 64).<sup>109</sup> Aikaisemmin neuvosto oli jo päättänyt pakolaisten määrittelyä koskevasta direktiivistä eli pakolaismääritelmädirektiivistä (Qualification directive), joka on tarkoitus saattaa voimaan osaksi unionin jäsenmaiden kansallista lainsäädäntöä 10.10.2006 mennessä (29.4.2004, 2004/83/EY, EUVL 304, 30.9.2004)<sup>110</sup>.

Valiokunnan lausuntojen kahden perusmallin välille on toivottavasti löytymässä perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkinnan yhteyttä korostava ratkaisu. Ihmisoikeustutkijan näkökulmasta jälkimmäistä mallia – yksilöityihin viittauksiin perustuva – on pidettävä kansallisen ja kansainvälisen tason vuorovaikutusta korostavana ja siten onnistuneempana vaihtoehtona. Tällainen tulkintatapa ei nähdäkseni vaaranna mahdollisuutta kansallisesti omaperäiseen perusoikeusjärjestelmään. Suomalaiseen järjestelmään kuuluu jo nykyisin useita eurooppalaisella tulkinnalla tuntemattomia osia, jotka mahdollistavat pitemmälle menevän perusoikeussuojan. Perustuslakivaliokunnan on lausunnoillaan hoidettava oma osuutensa ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön huomioinnosta. Vasta ratkaisukäytäntöön otetut yksilöidyt viittaukset osoittavat, että myös perustuslakivaliokunnalle ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännöllä on oikeasti tärkeä merkitys.

## 6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tässä tutkimuksessa olen tarkastellut Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaikutuksia suomalaiseen perusoikeusdoktriiniin. Yleisten oppien rakentaminen Euroopan ihmisoikeussopimuksen varaan perusoikeus uudistuksen yhteydessä on sitonut suomalaisen perusoikeusjärjestelmän pysyvästi vuorovaikutukseen Strasbourgin ihmisoikeustuomioistuimen kanssa. Kriittinen tutkimus tämän tulkinnallisen harmonisoinnin vaikutuksista paljastaa sekä onnistumiset että puutteet.

Ihmisoikeussopimus tuli voimaan vuonna 1990. Samalla alkoi kotimaisen valtiosääntöoikeuden uusi aikakausi. Jaksoa on osuvasti kuvattu suomalaisen oikeusjärjestelmän murroskautena. Se on nähtävä erityisesti kansallista perusoikeuskeskustelua avartavana vaiheena. Ulkoinen ”pakko” avasi

<sup>109</sup> [Http://register.consilium.eu.int/pdf/fi/04/st14/st14203.fi04.pdf](http://register.consilium.eu.int/pdf/fi/04/st14/st14203.fi04.pdf)

<sup>110</sup> Neuvoston direktiivi 2004/83/EY, kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelyä pakolaisiksi tai muuta kansainvälistä suojelua tarvitseviksi henkilöiksi koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä myönnetyn suojelun sisällöstä.

silmät lainsoveltamis- ja säätämistasolla tuoden näkyville kotimaiseen järjestelmään pesiytyneet puutteet. Voidaan hyvin epäillä, ettei esimerkiksi irtautuminen poikkeuslakikulttuurista olisi tapahtunut ilman tällaista ulkopuolista virikettä. Myös ihmisoikeusasioihin suhtautuminen ei olisi saanut samanlaista vakavuutta ilman taustaa, jossa Suomen piti tavoitella eurooppalaista tasoa esimerkiksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten saavuttamiseksi.

Ihmisoikeussopimuksen ratifioimisen aikaan ei ollut vielä nähtävissä kaikkia sopimuksesta aiheutuvia vaikutuksia. Esimerkiksi tottuminen suomalaiselle oikeuskulttuurille vieraaseen case law -pohjaiseen järjestelmään vei aikansa. Monilta osin tuolloin esitetty näkemys ihmisoikeussopimuksen ja sen valvontaelinten tulkintakäytännön asemasta edellyttää päivittämistä. Kotimaiseen doktriiniin on vakiintunut silloista vahvempi käsitys *pacta sunt servanda* -maksimiin perustuvasta ihmisoikeussopimuksen valtion sisäisestä asemasta, jossa vaikuttaa keskeisenä tekijänä presumptio-periaate. Tämän mukaan lainsäätäjä ei voi tietoisesti säätää Suomen kansainvälisten velvoitteiden kanssa ristiriidassa olevaa lakia. Tätä linjaa on tukenut poikkeuslakien välttämisen periaatteen omaksuminen keskeiseksi kansallista perustuslainmukaisuuden ennakkovalvontaa leimaavaksi opiksi.

Ihmisoikeustuomioistuimen perusteluille on ollut käyttöä suomalaisessa perusoikeusjärjestelmässä. Samalla voidaan kriittisesti todeta, että käytettävissä olevia mahdollisuuksia ei ole riittävästi hyödynnetty. Perustuslakivaliokunnan viittaukset ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ovat muuttuneet alun yleisviittauksista ajoittain hyvinkin täsmällisiin mainintoihin. Toisaalta yksittäisiin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin viitataan edelleen turhan pienessä osassa valiokunnan lausuntoja. Perustuslakivaliokunnan suorittamassa perusoikeustulkinnassa on myös luontevaa mennä tietyissä tilanteissa ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa pitemmälle. Ihmisoikeustuomioistuimen noudattamaan harkintamarginaali-oppiin ei voida vedota kansallisessa valvonnassa.

Tulkinnallista harmonisointia edistävää tulkintakäytäntöä on muodostunut perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten soveltamisen kautta. Perusoikeusuudistuksessa kirjattiin perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset seitsemän vaatimuksen listaksi. Näiden vaatimusten myötä perusoikeustulkintaan muodostui sisäänrakennettu yhteys ihmisoikeussopimuksen tulkintaan. Erityisen tärkeä harmonisointia edistävä vaikutus on ollut vaatimuksilla rajoitusten täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta, rajoitusten hyväksyttävyydestä, suhteellisuudesta, oikeusturvasta ja ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisuudesta.

Valiokunnan lausuntojen ja mietintöjen tarkempi analyysi paljastaa, että ihmisoikeussopimuksen hyödyntäminen osana kansallista perusoikeustulkintaa ei välttämättä ilmene nimenomaisina viittauksina ihmisoikeussopimukseen tai ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön. Perusoikeus uudistuksen yhteydessä suoritettua integrointia ei tuoda kaikissa kannanotoissa julki, vaan se jää luettavaksi yksittäisen perustuslakivaliokunnan lausunnon tai mietinnön rivien välistä. Esimerkiksi kansallinen täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusdoktriini on saanut vahvoja vaikutuksia ihmisoikeustuomioistuimen tapauksissa Huvig ja Kruslin tekemistä tulkintalinjauksista.

Ennustus siitä, että perustuslakivaliokunta tarkastelisi lakiehdotuksia entistä useammin myös ihmisoikeussopimusten näkökulmasta, on kiistämättä toteutunut. Sen sijaan tällaisen tarkastelun systemaattisuuden suhteen on jäänyt toivomisen varaa. Ihmisoikeussopimukseen viitataan edelleen hyvin valikoivasti. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä hyödynnetään tietyissä yleisissä tulkintakysymyksissä, mutta kenties tiiviin lausuntotahdin seurauksena perustuslakivaliokunnalla ei ole ollut aikaa syventyä kuin ajoittain myös yksilöityihin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin. Silloin kun perustuslakivaliokunnalla on ollut aikaa syventyä ja hyödyntää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä, on lakiehdotusten muuttaminen vastaamaan paremmin ihmisoikeussopimuksen vaatimuksia onnistunut. Näin tapahtui esimerkiksi silloin, kun valiokunta lausui hallituksen esityksestä uudeksi ulkomaalaislaiksi (PeVL 4/2004 vp).

Ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä voidaan hyödyntää perustuslakivaliokunnan toiminnassa vastaisuudessakin monella tavalla. Valiokunnan esittämät toiveet muihin suuntiin edellyttävät johdonmukaisuuden vuoksi myös omaa aktiivista eurooppalaisen tulkinta-aineiston hyödyntämistä. Vaikka valiokunnan käytännössä on paljon positiivisia esimerkkejä perusoikeuksien tulkinnasta ihmisoikeussopimuksia onnistuneesti hyödyntäen, voidaan nähdäkseni esittää perusteltu huoli siitä, että valiokunta ei aina ehdi riittävän tarkasti seurata ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalinjan kehittymistä. Uudistunut tulkinta voi jäädä kansallisessa käytännössä huomaamatta, jos ihmisoikeussopimukseen viittaaminen on liian satunnaista ja sitä ei suoriteta systemaattisesti kaikkien kannanottojen kohdalla.

Perustuslakivaliokunta sitoutui perusoikeus uudistuksen yhteydessä ihmisoikeussopimusten velvoitteiden ja perusoikeusjärjestelmän kiinnittämiseen tulkinnallisesti toisiinsa. Tulkinnalliseen harmonisointiin pyrittäessä vaaditaan paitsi ihmisoikeussopimusviittausten lisäämistä valiokunnan omaan tulkintakäytäntöön myös valtioneuvostoon ja sen lainvalmistelijoihin suunnattua ohjeistusta ihmisoikeussopimuksista johdettavista vel-

voitteista. Tärkeässä asemassa ovat valiokunnan käyttämät asiantuntijat ja se miten aktiivisesti he hyödyntävät lausunnoissaan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä. Jotta valiokunta perustuslain 74 §:n mukaisesti myös käytännössä toteuttaisi yhtenäisen perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien valvonnan ideaalia, ei tulkintakäytännössä saa kiireen tai muun vastaavan käytännön syyn perusteella ohittaa Euroopan ihmisoikeussopimusta ja ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä.

## LÄHTEET

- Cameron, Iain*: National Security and the European Convention on Human Rights. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsboken. Iustus Förlag, Uppsala 2000.
- van Dijk, Peter – van Hoof, G. J. H.*: (in collaboration with A. W. Heringa, J. G. C. Schokkenbroek, B. P. Vermeulen, M. L. W. M. Viering, L. F. Zwaak): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3. ed. Kluwer, The Hague – London – Boston 1998.
- Hallberg, Pekka*: Oikeusturva (PL 21 §), teoksessa Pekka Hallberg ym.: Perusoikeudet. WSLT 1999, s. 651–666.
- Hanski, Raija – Scheinin, Martin* (eds.): Leading Cases of the Human Rights Committee. Jyväskylä 2003.
- Jyränki, Antero*: Uusi perustuslakimme. Iura Nova, Jyväskylä 2000.
- Jyränki, Antero*: Valta ja vapaus. Valtiosäännön yleisiä kysymyksiä. Kolmas, laajennettu ja uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2003.
- KM 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö.
- Kumpula, Anne*: Ympäristö oikeutena. Jyväskylä 2004.
- Lämsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Jyväskylä 2002.
- Manninen, Sami*: Hallitusmuodon uusi sananvapaussäännös, teoksessa Kaarle Nordenstreng (toim.): Sananvapaus. Juva 1996, s. 17–31.
- Ojanen, Tuomas*: Oikeustapauskommentti, KKO 2004: 26. Lakimies 5/2004, s. 911–928.
- Ovey, Clare – White, Robin C. A.*: Jacobs & White European Convention on Human Rights. Third edition, Oxford University Press. Oxford 2002.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 3. uudistettu painos, Jyväskylä 2000.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 4. uudistettu painos, Jyväskylä 2005.
- Perusoikeustyöryhmä 1992:n mietintö*, oikeusministeriön lainvalmisteluosasto 2/1993.
- Raitio, Juha*: EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus, Helsinki 2004.
- Rosas, Allan*: Finland, teoksessa Robert Blackburn & Jörg Polakiewicz (eds.): Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950–2000, s. 289–312. Oxford University Press 2001.
- Salminen, Janne*: Täysivaltaisuudenrajoituksesta täysivaltaisuuden käyttöön – Havaintoja valtiosääntöisen täysivaltaisuuskäsityksen muutoksesta. Lakimies 7–8/2004, s. 1318–1339.
- Saraviita, Ilkka*: Perustuslaki 2000. Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle. Kauppakaari, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000.

- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991.
- Scheinin, Martin*: Poikkeuslait ja perusoikeusuudistus. Lakimies 5–6/1996, s. 816–831.
- Scheinin, Martin*: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä, teoksessa Pekka Hallberg ym.: Perusoikeudet. WSLT 1999, s. 189–203.
- Schokkenbroek, J. G. C.*: Toetsing aan de vrijheidsrechten van het europees verdrag tot Bescherming van de Rechten van de mens. W. E. J. Tjeenk Willink Zwolle 1996.
- Tiilikainen, Teija – Helander, Petri – Heliskoski, Joni*: Euroopan perustuslaki. Helsinki 2005.
- Viljanen, Jukka*: The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law, A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights. Tampere 2003.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 5–6/1996, s. 788–815.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Poikkeuslakien välttämisen periaate. Lakimies 6–7/1999, s. 961–972.
- Wiberg, Matti*: Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana. Lakimies 6/2003, s. 967–991.

*Jukka Viljanen*

## APPLICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL LAW COMMITTEE OF THE FINNISH PARLIAMENT

The Constitutional Law Committee of the Parliament has an important task of supervising the constitutionality of laws in the Finnish legal system. The Finnish system is based on the control of the constitutionality of Government bills during the legislative phase. The Constitutional Law Committee, not the Courts like in many other European states, has a key role in determining the constitutionality of laws. In addition to supervising whether the bills are in accordance with domestic fundamental rights, the Committee also examines whether the bills are in accordance with the international human rights obligations (Section 74 of the Constitution). The most important human rights treaty in that regard is the European Convention on Human Rights (CETS 5). Finland ratified the Convention 10.5.1990.

This study concentrates on the effects of the European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights within the national constitutional system. During the fifteen years period, from 1990 onwards, the Finnish legal system has witnessed major developments in relation to the application of the Convention and the case-law. The study examines the integrated model of basic rights and international human rights protection in light of the Committee's reports and statements. It focuses on the main question of whether this supervisory system has developed towards an integrated model or are there still two separate protection systems.

The study first examines the opinions of the Constitutional Law Committee related to the status of the European Convention on Human Rights. The old-fashioned views related to the status of the Convention and especially related to status of the Strasbourg case-law need to be updated from those taken in 1990. E.g. the *lex posterior* rule does not apply to the conflict between the Convention and national legislation. The rule of presumption has been commonly recognised among Finnish legal scholars. There are also permanent elements in the early statements which have provided a solid foundation for later practice. Especially the principle of "human rights friendly interpretation" has been generally accepted to form the basis of legal interpretation in Finland.

The major part of the study concentrates on the influence of the Convention at the level of general doctrines. The 1995 Fundamental rights reform was based on the harmonisation between Finnish and international human rights systems. The starting point of the harmonisation was the formulation the Fundamental Rights Chapter of the Constitution according to international treaties. Secondly the Constitutional Law Committee introduced criteria of seven requirements on the limitation of rights. These are requirements of (a) parliamentary legislation, (b) precision and definition, (c) legitimacy, (d) proportionality, (e) non-violation of the core of a basic right, (f) due protection under the law, and (g) compliance with human rights obligations. The limitation clauses under the European Convention on Human Rights and the related case-law provide a basis to several of these requirements. This co-operation and interaction between the European and national level general doctrines can be observed in light of the practice of the Constitutional Law Committee.

The lawfulness and necessity requirements are essentially same under both the Finnish and the European general doctrines. Even the formulations of the doctrines refer to same terminology e.g. pursuing a pressing social need. However, some kind of a cautious attitude is needed while using certain interpretative elements and transferring them from one interpretative context to another. One of the problematic concepts in this regard is the margin of appreciation doctrine used frequently by the European Court in its necessity test. It should not be applied at the national context.

There are also elements in the Finnish doctrine which are providing better level of protection compared to the European one. The typical condition in that regard is the requirement of parliamentary legislation. Under the European system the concept of law is inevitable more flexible. Also the requirement of legitimacy has been interpreted more strictly within the Finnish system. It has a more significant role to play at the national test compared to the European one. Under the Strasbourg case-law the legitimate aim requirement does not have a similar independent status. It is only a factor within the necessity test. The use of legitimacy as an independent requirement provides an evidence of the alternative way to consider also the role of the legitimate aim requirement in the European limitation clause equation.

The opinions and statements by the Constitutional Law Committee establish a precise national limitation test with a close interpretative relationship to the Strasbourg system. However, there are not always systematic references to the European case-law in the statements. The influences

of the Strasbourg case-law are often inherent. The European doctrine is integrated into the domestic formulations of the national general doctrines. This method may raise concerns related to the evolutive and dynamic nature of the Strasbourg case-law. It might lead to an unfortunate situation where the Committee does not sufficiently follow the development of interpretation at the European level.

The Constitutional Law Committee has two main approaches of applying the European Convention and its case-law. There is the basic approach where the Strasbourg case-law is used from the point of the general doctrines. There exists also a less frequently applied category of the Committee statements. In these decisions, the Committee uses the Court's particular judgments in order to find support on the interpretation of a substance of the protected right. This model emphasises the interaction between national and international levels and is closer to the idea of interpretative harmonisation laid down by the Committee in 1995. The interaction between national and international levels does not endanger the special features of the Finnish system. It provides a useful standard to confirm whether the human rights obligations are observed in practice. It also provides a practical technique of keeping the national basic rights system up to date and it is therefore in conformity with the principle of integrated human rights supervision established by Section 74 of the Constitution.



**Jussi Virtanen**

# LAIMINLYÖJÄN PETOS



---

# Sisällys

JOHDANTO .....	527
<b>I LAIMINLYÖNTIVASTUUN PERUSTEET .....</b>	<b>528</b>
1 PERUSKÄSITTEISTÄ JA NIIDEN MERKITYKSESTÄ .....	528
1.1 Teon asemasta rikoksen ainesosana .....	528
1.2 Rikosten jaotteluista .....	531
1.3 Käsitteiden ja systeemin merkityksestä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa .....	533
1.4 Tyypitapausajattelusta .....	535
2 RL 3:3: LAIMINLYÖNNIN RANGAISTAVUUS .....	537
3 RIKOSOIKEUDELLISESTI MERKITTÄVÄSTÄ TOIMINNASTA .....	539
3.1 Aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin erottaminen .....	539
3.2 Sosiaalinen teon teoria .....	540
3.3 Filosofinen teon teoria .....	540
3.4 Negatiivinen teon teoria .....	542
3.5 Samanarvoisuusvaatimus .....	542
4 VASTUUASEMASTA .....	544
4.1 Vastuuaseman suhteesta kausaalisuuteen .....	544
4.2 Vastuuaseman perusteista .....	546
4.3 Sanojen ”erityinen” ja ”oikeudellinen” merkityksestä .....	548
4.4 Tiedonantovelvollisuudesta .....	550
<b>II PETOS LAIMINLYÖNTIRIKOKSENA .....</b>	<b>551</b>
1 RL 36:1: PETOS .....	551

2	VARALLISUUSOIKEUKSIEN PERUS- OIKEUDELLISESTA SUOJASTA .....	552
2.1	Yleistä .....	552
2.2	Hyvän tavan vastaisuuden ja oikeuden väärinkäytön kieltonormistoista .....	553
2.3	Uuden varallisuus oikeuden sidosperiaatteista .....	555
2.4	Vilpittömän mielen suojasta .....	556
3	PETOKSEN TEKOTAPATUNNUSMERKEISTÄ .....	557
4	PSYYKKISESTÄ VAIKUTTAMISESTA EREHDYTTÄMISTÄ JA EREHDYKSEN HYVÄKSIKÄYTTÄMISTÄ YHDISTÄVÄNÄ TEKIJÄNÄ .....	559
5	PSYYKKISEN VAIKUTTAMISEN MOITITTAVUUDEN MÄÄRITTÄMISESTÄ .....	561
6	KIELLETYN JA SALLITUN VÄLISEN RAJAN MÄÄRITTÄMISEN PERUSTEISTA .....	563
6.1	Lainsäädäntö .....	563
6.2	Vakiintuneet tavat ja muut epäviralliset normit .....	563
6.3	Tapauskohtainen kokonaisarvostelu .....	566
7	VASTUUASEMAN PERUSTEISTA PETOSRIKOKSESSA .....	569
7.1	Nimenomainen säännös .....	569
7.2	Sopimusehto ja asema sopimussuhteen osapuolena .....	569
7.3	Edellä käynyt toiminta .....	571
7.4	Vastuu vaaran lähteestä .....	572
7.5	Yhteenvedo .....	572
8	OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ .....	573
9	SÄÄNNÖSVERTAILUA .....	578
9.1	Veropetos .....	579
9.2	Avustuspetos .....	587
9.3	Velallisen petos .....	588
9.4	Kirjanpitorikos .....	590
9.5	Johtopäätös .....	592

10 YHTEENVETO EREHDYKSEN HYVÄSIKÄYTTÄMISEN RANGAISTAVUUDESTA .....	592
LOPUKSI .....	595
LÄHDELUETTELO .....	596
OIKEUSTAPAUKSET .....	599
LYHENNELUETTELO .....	600
FRAUD BY OMISSION .....	601



---

# Laiminlyöjän petos<sup>1</sup>

## JOHDANTO

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (PL 8 §, RL 3:1) edellyttää, että sekä rikoksen että rangaistuksen tulee perustua lain säännökseen. Lukuisat rikosoikeuden yleisiin oppeihin lukeutuvat kysymykset (esim. laiminlyönnin rangaistavuuden edellytykset), jotka määrittävät merkittävästi rangaistavan ja rankaisemattoman käyttäytymisen rajaa, olivat pitkään sääntelemättä. 1.1.2004 alkaen laiminlyöntivastuusta ja muista rikosoikeuden yleisistä vastuun edellytyksistä säädetään entistä kattavammin rikoslain yleisessä osassa. Uudistuksen jälkeen laiminlyöntiä koskevassa rikoslain säännöksessä (RL 3:3) luetteloidaan vastuun synnyttävät tilanteet. Vastuun syntymisen kannalta keskeiseksi kysymykseksi nousee vastuuasemaopin määrittäminen eli se, milloin ja minkälaisissa tilanteissa jollakin henkilöllä on ”erityinen oikeudellinen velvollisuus” toimia.

Uudistuksen jälkeen rikoslaista ei ole edelleenkään löydetävissä sen paremmin teon kuin laiminlyönnin määritelmää, saati säännöstä niiden keskinäisestä erottamisesta ja suhteesta. Rikosoikeudellisesti merkittävän toiminnan, erityisesti aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin suhteen (yhtäältä niiden teonfilosofinen erottaminen, toisaalta niiden rikosoikeudellinen samanarvoisuus), määrittäminen on toinen tutkimukseni keskeisistä kysymyksistä. Teon teoreettisen tai filosofisen luonteen tutkimisesta ei ole oikeudellista hyötyä, ellei osaa vastata kysymykseen, onko toiminnan luonteen erottelulla myös rikosoikeudellista merkitystä.

Tässä artikkelissa tarkastelen rikosoikeudellisesti merkittävän toiminnan ja vastuuaseman ulottuvuuksia. Kirjoitukseni jakautuu kahteen osaan. Ensimmäisessä osassa käsittelen rikosoikeudellisesti merkittävän toiminnan ja vastuuasemaopin perusteita. Toisessa osassa tarkastelen kyseisiä

---

<sup>1</sup> Artikkelista ovat antaneet arvokasta palautetta sen kirjoitusvaiheessa professorit Ari-Matti Nuutila ja Kimmo Nuotio sekä ylikomisario Kimmo I. Kiiski. Esitän heille ja kaikille muille artikkelin syntyä osaltaan edistäneille henkilöille lämpimät kiitokseni!

rikosoikeuden yleisten oppien kysymyksiä rikoslain erityisen osan ehkä moniulotteisimman tunnusmerkistön eli petoksen näkökulmasta. Lähtökohtana on siten sovittaa yhteen yleiset ja erityiset vastuun edellytykset. Tavoitteenani on selvittää, soveltuuko epävarsinainen laiminlyöntivastuu tahallisuutta edellyttäviin petosrikoksiin. Ensimmäinen askel on toiminnan luonteen tarkasteleminen. Onko esimerkiksi vaikeneminen luonteeltaan aktiivista tekemistä vai laiminlyönti? Jonkin olennaisen seikan ilmoittamatta jättäminen saattaa johtaa vahingollisen seurauksen syntymiseen – esim. sopimus- tai liikesuhteessa – yhtä hyvin kuin virheellisen tiedon antaminen. Toiseksi epävarsinaiseen laiminlyöntivastuuseen viittaavassa tilanteessa tulee tarkastella vastuuaseman edellytyksiä. Toimimattomuudesta rangaistaan vain, jos laissa nimenomaan niin määrätään tai jos henkilö oli vastuuasemassa. On kysymyksessä sitten valehteleminen, salaaminen tms. tekotapa, rangaistusvastuun syntyminen edellyttää joka tapauksessa, että toiminta vastaa rikostunnusmerkistössä kuvattua kiellettyä toiminnanmuotoa ja että muut rikosoikeudellisen vastuun edellytykset täyttyvät.

## I LAIMINLYÖNTIVASTUUN PERUSTEET

### 1 PERUSKÄSITTEISTÄ JA NIIDEN MERKITYKSESTÄ

#### 1.1 Teon asemasta rikoksen ainesosana

Teko muodostaa rikoksen selkärangan, osan, joka pitää muut rakenneosat koossa.<sup>2</sup> Rikoksen perinteisen kolmiosaisen rakenteen tarkempi analyysi tukee väitettä. *Teon* tunnusmerkistön mukaisuutta tarkastellessa arvioidaan *teon* kiellettyä ja sallittua luonnetta objektiivisella tasolla. *Teon* oikeudenvastaisuutta arvioitaessa tutkitaan, olivatko *teon* *hetkiset* olosuhteet sellaiset, että yleisesti ottaen kiellettyä *tekoa* voidaan pitää käsiteltävänä olevan tapauksen erityisissä olosuhteissa oikeutettuna. Tekijän syyllisyyttä arvioitaessa kysytään, voidaanko kielletty *teko* lukea tekijänsä syyksi ja kykenikö tämä *teon* hetkellä säätelemään *toimintaansa* tai arvioimaan *toimintansa* luonnetta.

<sup>2</sup> Ks. esim. *Frände* 1989 s. 183, *Roxin* 1997 s. 184 ja *Koskinen* 2004 s. 516. Roxin toteaa, että teon käsitteen tulee olla riittävän neutraali suhteessa tunnusmerkistön mukaisuuteen, oikeudenvastaisuuteen ja syyllisyyteen, sillä sen tulee toimia eräänlaisena siltana niiden välillä.



Rikosoikeudessa tarkastellaan aina inhimillisen toiminnan, tekojen tai laiminlyöntien, rangaistavuutta. Teon käsite lyö siten leimansa myös rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöihin. Sanamuodoltaan mahdollisimman selväksi ja tarkaksi muotoillun rikossäännöksen tarkoituksena on antaa oikeudellinen kehys tietyntyyppisen inhimillisen käyttäytymisen yleisimmille ja olennaisimmille piirteille. Tällainen oikeudellinen kehys auttaa löytämään vastuun perustavan inhimillisen toiminnan sekä oikeudellisen vastuun edellytysten ja sisällön yhteyden. Kysymys on siten konkreettisen ja abstraktin yhteen sovittamisesta.<sup>3</sup>

Punnittaessa, onko rikoksen tunnusmerkistö täyttynyt, tulee siten aluksi tarkastella, sisältyikö tapahtumaketjuun kielletty teko tai laiminlyönti. Kytäkseen ratkaisemaan tämän ongelman lainsoveltajalla tulee olla jonkinlainen käsitys (voidaan puhua myös esiyymmärryksestä) siitä, millaista on rikosoikeudellisesti merkittävä inhimillinen toiminta. Teonfilosofisesti ajateltuna inhimillinen teko määritellään usein tahdotuksi ruumiin liikkeeksi, jolla aiheutetaan ulkomaailmassa havaittavissa oleva muutos. Inhimillinen toiminta merkitsee tällöin kausaaliketjun aloittamista. Tämän ajattelutavan mukaisesti syy–seuraussuhdetta voitaisiin tarkastella loputtomiin, mikä ei ole rikosoikeuden näkökulmasta kohtuullista. Rangaistusvastuulle tulee asettaa jonkinlaiset rajat.

Rikostunnusmerkistöllä, sen laadulla ja ulottuvuudella on keskeinen laintulkintaa ohjaava ja ratkaisuvaihtoehtoja rajaava rooli määriteltäessä sekä toiminnan sosiaalista että rikosoikeusteoreettista luonnetta.<sup>4</sup> Vaikka teko voidaan yleensä kohdistaa tarkasti tiettyyn hetkeen ja tiettyyn paikkaan, joudutaan erityisesti tuottamuksellisissa ja laiminlyöntirikoksissa toimintaa tarkastelemaan varsin usein ajallisesti ja paikallisesti laajana kokonaisuutena – usein tekojen ja/tai laiminlyöntien sarjana. Kun toiminnan merkitystä tarkastellaan sen ajallisen ulottuvuuden näkökulmasta, ei voida välttyä tarkastelemasta syy–seuraussuhteita. *Kimmo Nuotion* mukaan tästä saattaa seurata siirtyminen kapeasta ja tiukasta ”teoneettisesta” tarkastelusta kohti väljempää ”asennoitumiseettistä” tarkastelua.<sup>5</sup> Vastuukysymyksiä punnittaessa ei saa keskittyä pelkästään toiminnan vahingollisen luonteen eikä sen objektiivisen moitittavuuden tarkastelemiseen. Rikosvastuun määrittämisen kannalta ei riitä, että löydetään vastaus kysymykseen, vastaako teonkuvaus rikossäännöksessä kuvattua toimintaa. Teon huolimattomuuden ja tekijän syyllisyyden määrittäminen ovat yhtä tärkei-

<sup>3</sup> *Nuotio* 2000 s. 22. Nuotio käyttää oikeudellisesta kehyksestä nimitystä juridinen malli.

<sup>4</sup> *Koskinen* 1996 s. 29 sekä *Nuutila* 1996 s. 254.

<sup>5</sup> *Nuotio* 1998 s. 409–410.

tä. Toiminnan teoreettisen luonteen *erillinen* määrittäminen on käytännössä tarpeetonta, sillä toimintaa ei voida tarkastella erillään muista tunnusmerkistötekijöistä, eikä muista vastuun edellytyksistä ja ulottuvuuksista.

Periaatteessa Nuotion näkemys ei sisällä mitään uutta, mutta se terävöittää entisestään näkemystä, että rikosteko on arvioitava kokonaisvaltaisesti, unohtamatta mitään olennaista, sen paremmin objektiivista kuin subjektiivista seikkaa. Tällöin korostuu rikoksen kolmiportaisen rakennemallin merkitys. *Tunnuksmerkistön mukaisuuden* vaatimus perustuu käsitykselle, että yksittäiseen rikostunnuksmerkistöön on typisoitu ainoastaan ne kielletyn toiminnan muodot, joista on syytä rangaista. *Oikeudenvastaisuus* puolestaan edellyttää, että objektiivisesti arvioiden kielletty toiminta on kielletty myös tarkasteltavana olevan tapahtumaketjun konkreettisissa olosuhteissa. Sekä tunnuksmerkistön mukaisuus että oikeudenvastaisuus liittyvät keskeisesti toiminnan sosiaalisen vahingollisuuden arvioimiseen. Lähtökohtana voidaan pitää, että tietyyntyyppinen toiminnan muoto typisoidaan tunnuksmerkistön teonkuvaukseksi ennen kaikkea, *koska se on sosiaalisesti vahingollista*.<sup>6</sup>

Oikeudenvastaisuutta selvitetäessä ratkaistaan vastakkaiden sosiaalisten intressien painoarvo.<sup>7</sup> Vastakkaisissa vaakakupeissa ovat kokonaisyhteiskunnalliset, ”yleiset” intressit ja tilannesidonnaiset, erityiset intressit. Yleisen intressin (esim. yhdenmukaisuuden täydellisen toteuttamisen) mukaista olisi rangaista aina samalla tavalla ja mitalla, kun tunnuksmerkistö täyttyy samalla tavalla. Luonnollisesti tällainen lainsoveltaminen johtaisi kohtuuttomiin lopputuloksiin – myös objektiivisesta näkökulmasta arvioituna. Oikeudenvastaisuuden vaatimus ilmentää siten objektiivista kohtuusharkintaa. Tapaukseen (tapahtumaketjuun, olosuhteisiin tms.) saattaa liittyä seikka, joka muuttaa tilanteen päinvastaiseksi: *sosiaalisesti vahingollinen toiminta muuttuu sosiaalisesti hyväksyttäväksi, jopa kannustettavaksi toiminnaksi* – mutta vain tapauskohtaisesti ja vain siksi, että suhtautumisen muuttaminen on objektiivisesti arvioituna tarkoituksenmukaista.

*Syylisyyttä* ratkaistaessa arvioidaan tekijän tahdonmuodostuksen moitittavuutta. Tekijän toisintoimimismahdollisuuden merkitys korostuu: tekijää ei rangaista, jos hänen ei voitu kohtuudella edellyttää noudattavan lakia.<sup>8</sup> Toisaalta syyntakeettoman rankaisemattomuus voidaan perustella

<sup>6</sup> Tällainen vaatimus johdetaan yhtäältä perusoikeuksista, toisaalta kriminalisointiperiaatteista.

<sup>7</sup> *Roxin* 1973 s. 29. Toiminnan rikosoikeudellista merkitystä ratkaistessaan lainsoveltaja joutuu siten punnitsemaan moraalifilosofisten ja rikosoikeudellisten arvojen merkitystä ratkaisuun vaikuttavina oikeuslähteinä.

<sup>8</sup> *Nuutila* 1996 s. 178–179.

myös sillä, ettei rangaistuksella saavuteta sille asetettuja tavoitteita.<sup>9</sup> Oleellista on, että toiminnan *sosiaalinen vahingollisuus ei vähenny*. Tekijää ei vain ole teon tunnusmerkistön mukaisuudesta huolimatta kohtuullista tai järkevää rangaista.

## 1.2 Rikosten jaotteluista

Teolla ei yleensä katsota olevan itsenäistä asemaa rikoksen rakenteellisena osana, vaan sen todetaan kuuluvan tunnusmerkistön mukaisuuteen.<sup>10</sup> Teon merkitys rikoksen osana korostuu myös tarkasteltaessa rikosten jaottelua tyyppeihin. *Toimintarikoksissa* tunnusmerkistö ei edellytä teosta erotettavissa olevan vahingollisen seurauksen toteutumista.<sup>11</sup> Toiminta, joka on joko aktiivista tekemistä tai erityisen velvollisuuden rikkomista, itsesään on kielletty; teosta mahdollisesti aiheutuvat seuraukset ovat merkityksettömiä. Tyypillisiä toimintarikoksia ovat esimerkiksi rattijuopumus (RL 23:3) ja pelastustoimen laiminlyönti (RL 21:15). *Seurausrikoksissa* tunnusmerkistö edellyttää, että tekijä aiheuttaa toiminnallaan tietyn haitallisen seurauksen. Luonnollisesti toiminnan on oltava oikeudellisesti arvioituna syy-yhteydessä vahinkoon. Keskeisiä seurausrikoksia ovat rikoslain 21 luvun henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset.

Rikokset voidaan jaotella myös tekemis- ja laiminlyöntirikoksiin.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Roxin* 1973 s. 15–16. Roxin ei näe syyllisyyttä toisintoimimismahdollisuuden kysymyksenä. Hänen mielestään on harkittava, onko mitään yleis- ja erityisestäviä syitä rangaista henkilöä, joka ei kykene noudattamaan lakia pysyvän persoonallisuushäiriön tai tilapäisten olosuhteiden takia. Hallituksen esityksessä HE 44/2002 vp syynätakeettoman rangaistamattomuutta perustellaan sekä oikeudenmukaisuus- että tarkoituksenmukaisuusyyin. Ks. HE 44/2002 vp s. 46.

<sup>10</sup> Laiminlyöntirikoksia ansiokkaasti tutkinut Harri Palmén katsoo teon olevan rikoksen itsenäinen, tunnusmerkistön mukaisuudesta erotettavissa oleva osa. Ks. *Palmén* 1978 s. 22–24. Mielestäni Palménin esitys on tältä osin epäjohdonmukainen. Ensinnäkin laiminlyöntirikoksen rakennetta tarkastellessaan hän käyttää rakenteesta nimitystä ”tunnusmerkistö”. Toiseksi Hans-Heinrich Jeschekiltä lainaamassaan rakennekaaviossa hän erottelee vain kolme perinteistä rikoksen osaa. Teon (Palmén käyttää sanaa toiminta) puuttuminen on osa tunnusmerkistön mukaisuutta. Ks. *Palmén* 1978 s. 26–27.

<sup>11</sup> Olen Palménin kanssa samaa mieltä siitä, että perinteisesti käytetty termi ”tekorikos” tulee korvata termillä ”toimintarikos”, sillä katson jälkimmäisen sisältävän sekä tekemisen että laiminlyönnin. Lisäksi Fränden käyttämä termi ”beteendedelikt” voidaan kääntää luontevimmin toimintarikokseksi. Ks. *Palmén* 1978 s. 11 ja *Frände* 1994 s. 68–69. ”Beteende” voitaisiin kääntää myös käyttäytymiseksi, mutta mielestäni se olisi liian yleinen käsite. Esim. termi käyttäytymisrikos viittaa liiaksi siihen, että tietynlainen elämäntapa voitaisiin kriminalisoida. Ks. myös *Jakobs* 1993 s. 143.

<sup>12</sup> Ks. esim. *Koskinen* 1996 s. 30–32.

*Tekemisrikoksessa* tekijä tekee aktiivisesti jotain tunnusmerkistössä kiellettyä; *laiminlyöntirikoksessa* tekijä ei tee jotain tekoa, vaikka erityinen oikeudellinen velvollisuus edellyttäisi häntä tekemään juuri kyseisen teon. Samaa jaottelua syventää jako kommissiivi- ja omissiivirikoksiin. *Kommissiivirikoksiin* luetaan yleensä rikokset, joiden tunnusmerkistö voidaan täyttää ainoastaan aktiivisella tekemisellä (raiskaus) tai sekä aktiivisella tekemisellä että ns. epävarsinaisella laiminlyönnillä (kuolemantuottamus). *Omissiivirikoksia* ovat puolestaan ns. varsinaiset laiminlyöntirikokset (pelastustoimen laiminlyönti).<sup>13</sup>

Laiminlyöntirikosten näkökulmasta tarkasteltuna on pidettävä merkittävänä jaottelua teko- ja velvollisuusrikoksiin. *Tekorikoksissa* kriminalisoitu teko on määritelty tarkasti rikoksen tunnusmerkistössä. Niillä suojataan tiettyjä perustavaa laatua olevia oikeuksia ”yhteiskunnan ulkopuolisilta” loukkauksilta.<sup>14</sup> *Velvollisuusrikoksissa* velvollisuuksia ei ole voitu kuvata rikoksen tunnusmerkistössä. Laillisuusperiaatteen vaatimuksia ei kuitenkaan täysin sivuuteta, sillä rangaistusvastuu sidotaan aina johonkin oikeudelliseen normiin. Velvollisuusrikokset suojaavat Roxinin mukaan ennen kaikkea yhteiskunnan toimintakyvyn häiriöttömyyttä eli suojattavana on yhteisöllinen oikeushyvä.<sup>15</sup>

Hyvän esimerkin kyseisestä jaottelusta (ja sen häilyvyydestä) saamme tarkastelemalla onnettomuus- tms. tilannetta. Pelastustoimen laiminlyönnin (RL 21:15) tunnusmerkistö asettaa pelastamisvelvollisuuden *jokaiselle*, joka tietää toisen hengen tai terveyden olevan vakavassa vaarassa. Kysymyksessä on yleinen kansalaisvelvollisuus, joka ei ole sidottu *henkilösidonnaiseen* sosiaaliseen rooliin.<sup>16</sup> Säännös edellyttää, että henkilön on tietystä tilanteesta autettava tai hankittava apua, on hänen sosiaalinen roolinsa mikä tahansa. Pelastustoimeen velvollisen asema on siten *toimintasidonnainen*.<sup>17</sup> Suojat-

---

<sup>13</sup> *Jareborg* 1994 s. 27 ja 1995 s. 118–119. Suomessa Honkasalo on jakanut rikokset kolmeen ryhmään: 1) kommissiivirikokset eli tekemisrikokset; 2) omissiivirikokset eli varsinaiset laiminlyöntirikokset sekä 3) epävarsinaiset laiminlyöntirikokset. Ks. *Honkasalo* 1967 s. 107.

<sup>14</sup> *Roxin* 1973 s. 17–18.

<sup>15</sup> *Roxin* 1973 s. 16–17.

<sup>16</sup> Käsitteiden ”henkilö- ja toimintasidonnaiset roolit” tarkemmat määritelmät ovat vastuuseman perusteita koskevassa jaksossa.

<sup>17</sup> Pelastustoimen laiminlyönti on ns. varsinainen laiminlyöntirikos, joka on luokiteltava toimintarikokseksi: pelkkä laiminlyönti synnyttää rangaistusvastuun. Rangaistusvastuun syntymisen kannalta ei ole merkitystä sillä, syntyykö henkilövahinko (seuraus) tai saadaanko hädänalainen muuten pelastetuksi (pelastava syy-yhteys). Sen sijaan, jos henkilöllä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus (esimerkiksi edeltävien tapahtumien johdosta syntynyt vastuusema) pelastustoimeen, ja hän rikkoo velvollisuuden jättämällä toisen

tavia oikeushyviä ovat erityisesti henki ja terveys, mutta toisaalta myös yhteiskunnan häiriöttömän toiminnan turvaaminen. Vaikka kysymyksessä on velvollisuuden rikkominen, kysymyksessä on teko- ja velvollisuusrikoksen välimuoto. Toimintarikokselle ominainen piirre on ensinnäkin se, että välittömästi suojattava oikeushyvä on yksityinen.<sup>18</sup> Toiseksi tekoricokseen viittaa se, että pelastustoimen laiminlyöjä eräällä tapaa vähät välittää siitä asemasta, jonka perusteella hänelle on langennut moraalinen, eettinen, sosiaalinen ja oikeudellinen velvollisuus toimia. Nimenomaisen velvoitteen laiminlyöjä asettaa itse itsensä ”yhteiskunnan ulkopuolelle”. Lisäksi vaadittu toiminta eli avun antaminen tai hankkiminen on selkeästi määritelty säännöksessä. RL 21:15 tekee pelastustoimeen velvollisen roolista joka tapauksessa rikosoikeudellisesti relevantin.<sup>19</sup>

### 1.3 Käsitteiden ja systeemin merkityksestä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa

Roxin yrittää jaottelullaan avata niitä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen solmuja, joita laiminlyönnin rangaistavuuteen liittyy.<sup>20</sup> Laillisuusperiaate toimii ennen kaikkea rikosoikeudellisen kontrollijärjestelmän ennakoitavuuden takeena. *Ennakoitavuus* (jota edistää esimerkiksi taannehtivan rikoslain kielto) mahdollistaa sen, että itsenäisesti valintoihin kykenevät ihmiset voivat luottaa tuomioiden johdonmukaisuuteen ja yhtäläisyyteen. *Dan Fränden* mukaan ennakoitavuus edellyttää, että ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt pystyvät ennustamaan, miten ri-

---

avuttomaan tilaan, kysymyksessä on heitteillepano (RL 21:14). On syytä painottaa, että tieliikenteessä sattuvissa onnettomuuksissa toimintaa ohjaa useampi säännös, joiden normiadressaatti on eri. Liikennepako tieliikenteessä (RL 23:11) edellyttää onnettomuuteen osallisen auttavan kykynsä mukaan vahingoittuneita (säännöstä täsmentää TLL 58 §), liikennerikkomus (TLL 59 §) asettaa auttamisvelvollisuuden paikalle saapuvalla ajoneuvon kuljettajalle, pelastustoimen laiminlyönti vastaavasti paikalle saapuvalla jalankulkijalle. Heitteillepanosta rangaistaan, jos onnettomuuteen selkeästi syyllinen pakenemisellaan aiheuttaa uhrin hengelle ja terveydelle todellista vaaraa (eli uhrin on jäätävä täysin vaille hoitoa). Ks. myös *Lappi-Seppälä – Nuutila* 2002b s. 867–869.

<sup>18</sup> Oma kantani on, että yhteisöllisiä oikeushyviä on syytä suojata vain, jos näin suojataan välillisesti myös yksilöllisiä oikeushyviä.

<sup>19</sup> Roxinin jaottelussa on ongelmana, että kaikki suhteet eri objektien välillä ovat sosiaalisia ja siten kaikki vuorovaikutus ja toiminta on myös sosiaalisesti merkityksellistä. Vasta kun sosiaalisesti merkityksellisestä toiminnasta tulee oikeudellisesti merkittävää, voidaan turvautua rikosoikeuden keinoihin.

<sup>20</sup> Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta säädetään PL 8 §:ssä ja RL 3 luvun 1 ja 2 §:issä.

kosoikeudellinen järjestelmä tulee suurella todennäköisyydellä reagoimaan konkreettisiin tekoihin. Hänen mukaansa ratkaisutoiminnan sitominen lainopissa kehitettyyn rikoksen käsitteeseen mahdollistaa ennustettavuuden. Ratkaisutoiminnan ennustettavuus edellyttää, että pelkkä lain sanamuodon lukeminen ei riitä. Säännöksen sisältö tulee myös ymmärtää. Fränden mukaan rikoksen käsite auttaa löytämään sekä tapauksen merkitykselliset olosuhteet että sen oikean paikan systeemissä. Tällöin selkeytyy tapaukseen sovellettavan normin (esim. pahoinpitely) suhde muihin oikeusnormeihin (esim. hätävarjelu).<sup>21</sup>

Myös Roxin lukee systematisoimisen etuihin sen, että yksittäinen tapaus voidaan ratkaista sovittamalla se systeemyhteyteen. Hänen mukaansa tämä on tärkeää erityisesti silloin, kun tapauksen olosuhteissa saattoi olla käsillä oikeuttamis- tai anteeksiantoperuste. Tällaisten tapauksen erityisten seikkojen merkitys punnitaan etsimällä niille sopiva paikka systeemissä. Roxinin mukaan systeemiajattelu helpottaa muutenkin ratkaisutoimintaa (esim. systematisointi auttaa sekä löytämään että karsimaan ratkaisuvaihtoehtoja, mikä nopeuttaa päätöksentekoa), mutta edesauttaa myös kokonaiskuvan saamista rikosoikeudellisesta järjestelmästä. Lisäksi samankaltaisten normien tai esim. rangaistusvastuun edellytysten tarkastelu systemaattisesti edistää tulevaisuuden oikeuskehitystä.<sup>22</sup>

*Ari-Matti Nuutila* on nähnyt vaaroja liiallisessa tukeutumisessa systematiikkaan ja käsitteisiin. Rikoksen rakenteelliseen tarkasteluun ankkuroituminen saattaa aiheuttaa, ettei kaikkia tapauksen kannalta merkityksellisiä seikkoja tai olosuhteita huomioida. Systemaattis-käsitteellinen lähestymistapa voi hänen mukaansa rajata liiaksi mahdollisten tulkintavaihtoehtojen ja siten myös mahdollisten ratkaisuvaihtoehtojen määrää. Kriminaalipoliittisesti haitallisena on puolestaan pidettävä sellaista systematiikan eri osista kumpuavaa sovellusta, jota on vaikea perustella. Ratkaisija ei saa unohtaa, että rikosoikeudelle on asetettu systeemin ulkopuolisia kriminaalipoliittisia tavoitteita. Tulkinta ei saa myöskään muodostua analogiseksi. Uusia rikosoikeudellisia ongelmia ei saa runnoa osaksi vanhaa systematiikkaa ja käsitteistöä, jos ne eivät ole yhteen sovitettavissa säännöksen sanamuodon ja tavoitteen valossa. Lopuksi Nuutila varoittaa, että

---

<sup>21</sup> *Frände* 1989 s. 169 ja 209. Rikoslainopin – erityisesti systematiikan ja rikoksen käsitteen – merkitystä tällaisena lainsäädännön ja reaali maailman välittäjänä ei himmennä rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten lisääminen lainsäädäntöön.

<sup>22</sup> *Roxin* 1997 s. 159–169. Systematisoinnin merkityksestä velallisen epärehellisyys -rikoksen tulkinnassa, ks. *Koponen* 2004a s. 23–25. Myös Koponen korostaa ennakoitavuuden olevan systematisoinnin suurimpia hyötyjä. Toisaalta hän painottaa, ettei systeemistä saa muodostua itseisarvoa, käsiteläinopillista konstruktiota.

liian abstraktien käsitteiden käyttö saattaa johtaa tulkinnallisiin ongelmiin. Inhimillistä toimintaa jäsenettäessä unohdetaan helposti kokonaiskuva. Tällöin käsitteen suhde muuhun oikeusjärjestelmään jää selvittämättä.<sup>23</sup>

## 1.4 Tyypitapausajattelusta

Nuutilan mielestä säännöksen ja tosiasiallisen tapahtumaketjun linkkinä tulisi käyttää tyyppin käsitteestä johdettua *tyypitapausajattelua*. Tyypitapausajattelussa painotetaan normin tulkinnan ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan heuristista luonnetta. Nuutilan sanoin ”tyyppi välittää tulkintaprosessissa yleistä ja yksityistä, abstraktia ja konkreettista, arvoja ja todellisuutta sekä normeja ja tosiseikastoa”.<sup>24</sup> Edellytyksenä on yhtäältä *normin konkretisointi* eli lain tarkoituksen ja tavoitteen löytäminen objektiivisella tulkinnalla, toisaalta *tosiseikaston abstrahointi* eli ratkaistavana olevan tapauksen relevanttien seikkojen paikantaminen. Konkretisoinnin ja abstrahoinnin jälkeen ratkaistavana olevan tapauksen tosiseikastoa verrataan ensin tyyppillisen ydintapauksen tosiseikastoon ja lopuksi tulkintaprosessissa konkretisoituneeseen tyyppirikokseen. Normi soveltuu ratkaisuoheeksi, jos ratkaistavana oleva tapaus vastaa tyyppiltään normissa tarkoitettua.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Nuutila 1996 s. 105–112. Nuutilan kanssa samanlaisen näkemyksen systematisoinnin vaaroista on esittänyt Roxin. Ks. *Roxin* 1997 s. 161–166. Systematiikan etuja ja haittoja ovat käsitelleet myös Eero Backman ja Petter Asp. Ks. *Backman* 1992 s. 385–386 ja *Asp* 2001 s. 51–55. Aspin mukaan systematisoinnin vaarat tulee huomioida, mutta ne voidaan sivuuttaa pitämällä mielessä systematiikan taustalla olevat perustelut.

<sup>24</sup> Nuutila 1996 s. 160–172. Ks. myös *Ohisalo* 2004 s. 27–30, erityisesti alaviite 46, jossa Ohisalo toteaa käsityksensä olevan, että ”talousrikosasioissa kokemuksen mukanaan tuoma ’tyyppikuvasto’ on se työkalu, joka ylittää mahdollistua käytännön soveltamistoiminnan rikosprosessissa”. Ohisalon mukaan tyyppitapausajattelun tärkein tehtävä on konkretisoida tunnusmerkistö toimintaympäristössä. Hän rinnastaa tyyppitapausajattelun dynaamiseen tulkintatapaan, jossa todellinen toimintaympäristö ja kokonaisjärjestely ohjaavat ratkaisua erityisesti rangaistavan ja ei-rangaistavan rajalla liikuttaessa. Tässä artikkelissa tyyppitapausajattelu näkyy esim. vastuuaseman synnyttävien tilanteiden tarkastelussa sekä laajemmin petosjaksoissa.

<sup>25</sup> Tyypitapausajattelu muistuttaa läheisesti Per Olof Ekelöfin teleologista tulkintamallia. Teleologinen tulkintamallin lähtökohtana on ajatus, että säännöksen sovellusalue muodostuu ns. ydinsovellusalueesta ja ns. reunasovellusalueesta. Ydinsovellusalueella lainsoveltaja tukeutuu sanamuodonmukaiseen tulkintaan, sillä kysymyksessä on tällöin tyyppillinen, tulkinnallisesti selvä tapaus. Säännöksen soveltaminen tyyppillisiin tapauksiin auttaa selvittämään sen tarkoitusta säännöksen soveltamisen yhteiskunnallisista vaikutuksista saadun tiedon pohjalta. Selkiytynyt tavoite ohjaa tulkintaa reuna-alueella, sillä säännöksen tarkoituksen tulee toteutua yhtenevästi sekä tyyppillisissä että epätyypillisissä tapauksis-

*Juha Karhun* näkemys systeemin ja tyyppien yhteydestä auttaa sovittamaan Fränden, Roxinin ja Nuutilan näkemykset yhteen. Karhun mukaan tyyppitapausajattelulle ominaiset perustilanteet ja prototyypit saavat keskeisen tehtävän, kun oikeusnormisto järjestetään systeemiksi. Hän on maininnut ”projektin” olevan tällainen tyyppi varallisuus oikeudessa.<sup>26</sup> Lain tulkitsijan lähestymistavan on oltava dualistinen. Ratkaisijan tulee ensin näkin tuntea tyyppin asema systeemissä, oikeusjärjestelmässä. Aluksi hänen tulee määrittää tai selvittää *systeemin sisäisten abstraktien tyyppien*, esim. vastuuaseman tai seurauksen estämättä jättämisen sisältö, niiden asema systeemissä sekä niiden keskinäinen suhde. Rikosoikeudellisissa systeemissä molemmat esimerkkityypit liittyvät rikosoikeudellisen vastuun yleisiin ehtoihin, tarkemmin ilmaistuna rikosoikeudellisesti relevantin toiminnan määrittämiseen. Ne ovat kiinteässä suhteessa toisiinsa: vastuuasema on seurauksen estämättä jättämisen rangaistavuuden edellytys.

Tarkastelun toinen vaihe koostuu konkreettisen vastineen etsimisestä abstraktille tyyppille. Tällöin on kysymyksessä tyyppitapausajattelu Nuutilan tarkoittamassa mielessä. Vastuuaseman konkreettiseksi tyyppitilanteeksi voidaan luonnehtia vanhemman vastuuta pienestä lapsestaan. Lapsen ollessa vakavasti sairas, vastuuasemassa olevan vanhemman on hankittava lapselle apua. Tällöin hän tekee kaiken voitavansa estääkseen vahingollisen seurauksen (esim. vakava vammautuminen tai jopa kuolema). Epävarsinaisen laiminlyöntivastuun edellytysten löytämisessä on siten olennaista ensinnäkin sen ratkaiseminen, *oliko tekijän tosiasiallinen asema sellainen, että se vastaa jotakin RL 3:3.2:n abstrakteista tyyppitilanteista normatiivisen tukensa saavaa vastuuaseman konkreettista tyyppitilannetta* (esim. synnyttikö sopimus velvollisuuden kertoa jotakin). Toiseksi on tärkeää ratkaista, *vastaako konkreettinen seurauksen estämättä jättäminen tapauksen olosuhteissa jonkin rikossäännöksen abstraktista tekotyyppistä esitettyä konkreettista tyyppitilannetta* (esim. merkitseekö vaikeneminen kyseisessä konkreettisessä toimintaympäristössä erehdyksen hyväksikäyttä-

---

sa. Ekelöf 2002 s. 82–83. Ks. myös Tolvanen 1999 s. 245–246 ja Ohisalo 2004 s. 23–30. Olen Ohisalon kanssa täysin samaa mieltä siitä, että teleologisen tulkintamallin ydinajatus toteutuu tyyppitapausajattelussa. Teleologisen tulkintamallin voidaan kritisoida venyttävän ehkä liiaksikin rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen rajoja. Vaarassa on mm. rikosoikeusjärjestelmän ennakoitavuus. Ks. Tapani 2004a s. 76–78. Jussi Tapani on muutenkin käsitellyt Ekelöfin tulkintametodia laajasti. Ks. Tapani 2005 s. 17–19. Hän toteaa, että ”teleologiseen tulkintaan ankuroituu erottomasti kysymys siitä, mikä on säännöksen tarkoituksen ja oikeushyvän suojelun välinen suhde”.

<sup>26</sup> Pöyhönen 2000 s. XV–XVI. Karhu tarkoittaa projektilla ”sellaista yhteishanketta, jossa useat tahot yhdessä tavoittelevat yhteen sovitettuun toiminnoin yhteisesti asetettua päämäärää”.



mistä samalla tavalla kuin ratkaisussa KKO 1996:149). Tulkinna on olennaista muistaa tällaisissa tapauksissa rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen kuuluva *ns. analogiakielto* eli sanamuodon ulkopuolelle menevän lainsoveltamisen kielto syytetyn vahingoksi. Säännöstä on sen vuoksi tulkittava sen sanamuodon asettamissa rajoissa.

## 2 RL 3:3: LAIMINLYÖNNIN RANGAISTAVUUS

Rikosoikeustieteen teoreettisesti ja filosofisesti vaikeimpia kysymyksiä ovat eittämättä sekä oikeudellisesti merkittävän tekemisen että oikeudellisesti merkittävän laiminlyönnin määrittäminen. Kysymyksiin on kyetty antamaan vain vaihtoehtoisia vastauksia, jotka on puettu erilaisten teon teorioiden muotoihin. Aiheen kannalta keskeisimpiä teorioita käsittelen jäljempänä luvussa 3.

Voidaan pitää lähtökohtana, ettei toimimattomuudesta rangaista. Teonfilosofisesti ajateltuna ei ole oikein rangaista henkilöä, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa, vaikka laiminlyöty teko olisikin estänyt vahingollisen seurauksen. Laiminlyöjähän ei ole tehnyt mitään, joten hän ei ole myöskään voinut aiheuttaa mitään. Ihmisten perimmäisiä oikeuksia, *ns. oikeushyviä* (esim. henki, terveys ja omaisuus) on kuitenkin suojattava loukkauksilta kaikin soveliain keinoin. Moraalifilosofisesti ajateltuna toimimattomuudesta on oikein langettaa rangaistus, jos henkilöllä oli erityinen velvollisuus estää vahingollinen seuraus. Rangaistusvastuu ei siten aina perustu konkreettiseen tekoon, sillä myös passiivisuus ja tekemättä jättäminen saattavat perustaa vastuun.

Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan uudistuksen yhteydessä rikoslain 3 luvun 3 §:ksi lisättiin laiminlyönnin rangaistavuutta koskeva säännös:

” Laiminlyönti on rangaistava, jos rikoksen tunnusmerkistössä niin nimenomaan määrätään.

Laiminlyönti on rangaistava myös, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Tällainen velvollisuus voi perustua:

- 1) virkaan, toimeen tai asemaan;
- 2) tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen;
- 3) tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen;
- 4) tekijän vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan; tai
- 5) muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn.”

Säännöksen 1 momentti koskee rikoksia, joissa laiminlyönti on nimenomaan kielletty tunnusmerkistössä.<sup>27</sup> Tällaisissa varsinaisissa *laiminlyöntirikoksissa* rangaistusvastuu perustuu suoraan rikoslain erityisen osan pykälään; RL 3:3.2:ssa asetettujen vastuuedellytysten täyttymistä ei tarvitse erikseen tulkita.<sup>28</sup>

Säännöksiin, joissa on säädetty rangaistavaksi tietyn vahinkoseurauksen (esim. ruumiinvamman) aiheuttaminen mutta joissa ei ole erikseen todettu, onko myös vahingollisen seurauksen estämättä jättäminen rangaistavaa, liittyy sen sijaan tulkinnallisia ongelmia. Jos myös seurauksen estämättä jättäminen täyttää rikoksen tunnusmerkistön, on kysymyksessä *seurauksen estämättä jättämisrikos* (eli ns. *epävarsinainen laiminlyöntirikos*).<sup>29</sup> RL 3:3.2 asettaa kuitenkin lisäedellytyksiä rangaistusvastuulle: pelkkä toimimattomuus tai passiivisuus ei riitä, vaan lisäksi vaaditaan, että juuri syytetyllä oli velvollisuus estää vahingollinen seuraus. Yksi laiminlyönnin rangaistavuuteen liittyvistä kolmesta keskeisestä kysymyksestä onkin, millä edellytyksillä henkilöllä on velvollisuus estää seurauksen syntyminen.

Seurauksen estämättä jättämisrikoksen edellytyksiä tarkastellaan usein kolmessa osassa. Ensin erotetaan aktiivinen tekeminen laiminlyönnistä.

---

<sup>27</sup> Termi tunnusmerkistö merkitsee jokaiselle rikokselle määritellyjä edellytyksiä, ns. teonkuvauksia. Esimerkiksi veropetoksesta (RL 29:1) tuomitaan mm. henkilö, joka ”veron välttämistarkoituksessa laiminlyömällä verotusta varten säädetyn velvollisuuden, jolla on merkitystä veron määräämiselle, aiheuttaa tai yrittää aiheuttaa veron määräämättä jättämisen tai sen määräämisen liian alhaiseksi taikka veron aiheuttoman palauttamisen”.

<sup>28</sup> Tarkasteltaessa varsinaisia laiminlyöntirikoksia vastuuasemaopin näkökulmasta voidaan sanoa, että erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia perustuu lain säännökseen. Eero Backman on todennut eron varsinaisen ja epävarsinaisen laiminlyönnin välillä olevan häilyvä. Ks. *Backman* 1988 s. 787. Ero onkin lähinnä normatiivinen: se piilee vastuuaseman perusteessa, ei toiminnan tai seurauksien moitittavuudessa.

<sup>29</sup> Varsinainen ja epävarsinainen laiminlyöntirikos ovat terminologisesti harhaanjohtavia käsitteitä. Ainakin laillisuusperiaatteen näkökulmasta tarkasteltuna termi ”epävarsinainen laiminlyöntirikos” herättää mielikuvan rikosoikeuden rajojen venyttämisestä, jopa ylittämistä. Lisäksi epävarsinainen ei ole kielipollisesti hyvää suomea. Termit on käännetty ruotsista (äktä och oäktä underlåtenhetsbrott), jossa käsitteiden nimitysten sanamuoto ja niiden sisältö vastaavat paremmin toisiaan. Termit kääntyisivät myös ”aidoksi ja epäaidoksi”, mutta ne ovat vähintäänkin yhtä huonoja ilmaisuja. En pidä myöskään Honkasalon ja Jareborgin käyttämiä latinasta johdettuja termejä ”omissiivi- ja kommissivirikos / kommissiv- och omissivdelikt” sopivina suomen kieleen (vaikka Jareborgin jaottelu on mielestäni systemaattisesti aivan oikea) ks. *Jareborg* 1994 s. 27 ja 1995 s. 118–119 sekä *Honkasalo* 1967 s. 107. Mielestäni ilmaisuja rangaistava laiminlyönti tai laiminlyönnin rangaistavuus tulisi käyttää pelkästään varsinaisten laiminlyöntirikosten yhteydessä, jolloin käsite epävarsinainen laiminlyönti voidaan korvata seurauksen estämättä jättämisellä – ja edelleen vaihtoehtoisilla latinasta latinasta rangaistava seurauksen estämättä jättäminen, seurauksen estämättä jättämisen rangaistavuus ja seurauksen estämättä jättämisrikos. Näitä ilmaisuja käytän myös tässä artikkelissa.

Toiseksi selvitetään, kuka oli vastuuasemassa. Lopuksi ratkaistaan, mikä on vastuun ulottuvuus yksittäisessä tapauksessa.<sup>30</sup> RL 3:3:ssa sivuutetaan muut vastuun edellytykset kuin vastuuasemaa tai erityistä oikeudellista toimimisvelvollisuutta koskevat ehdot. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi *aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin samanarvoisuusvaatimus* oli vielä laiminlyönnin rangaistavuutta koskevassa säännösehdoituksessa.<sup>31</sup> Tekeminen viittaa aktiiviseen ruumiinliikkeeseen tai -toimintaan, laiminlyönti passiivisuuteen tai ”tekemättömyyteen”. Miten niiden voidaan tulkita olevan oikeudellisesti samanarvoisia, jos ne eroavat sekä luonnontieteellisesti että filosofisesti tarkasteltuna kuin yö ja päivä toisistaan? Tämä ongelma on yksi teon teorioiden keskeisimmistä kysymyksistä.

### 3 RIKOSOIKEUDELLISESTI MERKITTÄVÄSTÄ TOIMINNASTA

#### 3.1 Aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin erottaminen

Pikaisesti tarkasteltuna aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin ero löytyisi siitä, mitä normiadressaatilta edellytetään. Aktiivista toimintaa kuvaavat tunnusmerkistöt sisältävät kiellon, miten ei saa toimia; nimenomaisen toimintavaateen sisältävät tunnusmerkistöt viittaavat selkeästi laiminlyöntivastuuseen. Mutta miten on asian laita, jos säännöksen sanamuoto jättää tulkinnanvaraiseksi, täytyykö tunnusmerkistö pidättäytymällä jostakin teosta vai tekemällä jokin teko?<sup>32</sup> Vastuuaseman vaatimuksen takia ei ole yhden-tekevää, perustuuko vastuu aktiiviseen tekemiseen (vastuuasemaa ei vaadita) vai laiminlyöntiin (tekijän on oltava vastuuasemassa). Teon käsitteen määrittäminen on siten normatiivisesti erittäin tärkeää.

<sup>30</sup> Ks. esim. Nuutila 1996 s. 249 ja Tapani 2004a s. 156.

<sup>31</sup> Rikoslakiprojektin ehdotus 2000 s. 44–45.

<sup>32</sup> Esimerkiksi voidaan ottaa kuolemantuottamusta koskeva säännös. RL 21:8: n sanamuoto (”Joka huolimattomuudellaan aiheuttaa toisen kuoleman, on tuomittava...”) tulkitaan siten, että tunnusmerkistö voi täytyä sekä aktiivisella teolla että laiminlyönnillä.

## 3.2 Sosiaalinen teon teoria

Sosiaalisessa teon teoriassa toiminnan rikosoikeudellista relevanssia tarkastellaan toiminnan sosiaalisen merkittävyyden näkökulmasta. Kyse on inhimillisen tahdon hallitsemasta tai sen hallittavissa olevasta sosiaalisesti merkittävästä käyttäytymisestä.<sup>33</sup> Rikosoikeudessa ei tarkastella ainoastaan toiminnan inhimillistä ulottuvuutta, vaan myös toiminnan seurauksia, niiden laatua ja laajuutta sekä toiminnan aiheuttamia sosiaalisia konflikteja.<sup>34</sup>

Vaikka teon luonteen tarkastelussa painopiste on rikosoikeustieteellisessä näkökulmassa, tulee toimintaa tarkastella myös sosiaalisena ilmiönä. Tätä taustaa vasten laiminlyönti erotetaan aktiivisesta tekemisestä ratkaisemalla, kallistuuko toiminnan sosiaalinen merkitys enemmän laiminlyönnin vai aktiivisen tekemisen suuntaan.<sup>35</sup> Omaksuttaessa sosiaalinen teon teoria rikoksessa on karkeasti yksinkertaistaen kyse toiminnasta, joka 1) on vahingollista tai vaarallista sosiaaliselle kanssakäymiselle, ja joka 2) vastaa tunnusmerkistössä kuvattua kielletyn toiminnan muotoa.

## 3.3 Filosofinen teon teoria

Filosofisen teon teorian merkittävämpänä edustajana voidaan pitää *Nils Jareborgia*.<sup>36</sup> Jareborgin teoria perustuu ajatukselle, että ruumiinliike ja toiminta ovat inhimillisen käyttäytymisen kaksi eri puolta. Ruumiinliike on määriteltävissä puhtaasti fyysisin ja mekaanisin termein. Toiminta puolestaan määritellään yksilön tavoitteista käsin. Toimintaa on yksilön hallinnassa oleva eli hänen tahdonalainen käyttäytymisensä.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> *Roxin* 1997 s. 194, *Nuutila* 1996 s. 254 ja *Tapani* 2004a s. 157. Sosiaalinen merkittävyys tarkoittaa ennen kaikkea sitä, että toiminnan seurauksena on tekijän ulkopuolisessa maailmassa havaittavissa oleva muutos.

<sup>34</sup> *Tolvanen* 1999 s. 164.

<sup>35</sup> *Nuutila* 1996 s. 254.

<sup>36</sup> *Jareborg* 2001 s. 128–132. Suomessa filosofisen teon teorian kannattajiin lukeutuu ainakin Dan Frände. Ks. *Frände* 1989 s. 183–188 ja 2004 s. 75–76.

<sup>37</sup> *Jareborg* 1995 s. 52. Fränden mukaan tapahtumat, jotka ”vain tapahtuvat” ihmiselle sisältävät ruumiinliikkeitä, jotka eivät ole henkilön hallinnassa (eli ne eivät ole vapaaehtoisia) eivätkä voi olla sen vuoksi tunnusmerkistönmukaisia tekoja. Hänen mukaansa unissa käveleminen, refleksi- tms. ruumiinliikkeet eivät ole henkilön persoonallisuuden ilmaus. Ks. *Frände* 2004 s. 76.

Jareborgin mukaan kaikki inhimillinen käyttäytyminen perustuu kyvyille hallita ruumiinliikkeitä.<sup>38</sup> Teorian lähtökohtana on sen vuoksi ns. primaaritekojen eli tekojen, joita ei voi korvata muulla teolla (esim. äänneiden muodostaminen) määrittäminen. Frände asettaa primaariteolle lisäedellytyksen, että sen tulee olla jollakin tapaa tekijänsä kontrollissa. Tekijällä on oltava mahdollisuus pidäytyä teosta tai keskeyttää se. Primaariteot eivät synnytä rangaistusvastuuta, vaan niistä johdetaan edelleen rikosoikeudellisesti merkitykselliset teot (esim. harhaan johtavan tiedon antaminen).<sup>39</sup> Laiminlyönti merkitsee puolestaan sellaisen teon tekemättä jättämistä, joka henkilön olisi pitänyt tehdä (esim. odotettavissa olevista olenaisista taloudellisista vaikeuksista ilmoittaminen).<sup>40</sup> Ilmaisuu ”olisi pitänyt tehdä” merkitsee Jareborgin mukaan, että 1) henkilöllä oli *omasta mielestään* hyvä syy tehdä jotakin tiettyä, 2) henkilöllä oli *tosiasiallisesti* hyvä syy tehdä jotakin tiettyä tai, 3) että *tietyllä ryhmällä* oli hyvä syy *luottaa* henkilön tekevän jotakin tiettyä. Myös Jareborg painottaa sääntöihin tai säännönmukaisuuksiin pohjautuvan vastuuasemaopin merkitystä rangaistavan laiminlyönnin määrittämisessä.<sup>41</sup> Lisäksi hän erottaa omaksi vastuutyypikseen toiminnan (teko tai laiminlyönti), joka kuuluu sallitun riskin piiriin, mutta johon on ryhdytty ilman tarvittavia varotoimenpiteitä.<sup>42</sup> On syytä painottaa, ettei filosofisessa teon teoriassakaan hylätä sosiaalista to-

<sup>38</sup> Jareborg 1995 s. 52 ja 55. Jareborg toteaa, että toiminnalle on aina löydettävissä vastine ruumiinliikkeestä, mutta ruumiinliikkeelle ei ole löydettävissä vastinetta toiminnasta. Mielestäni Jareborg tarkoittaa tällä sitä, että toiminta sisältää ruumiinliikkeen lisäksi aina myös tahtoelementin, joka puuttuu ruumiinliikkeiltä. Toiminnassa tahto ohjaa ruumiinliikettä. Ruumiinliike ei voi ohjata toimintaa, koska sillä ei ole omaa tahtoa: se on joko täysin tahdonalainen tai täysin tahdon tavoittamattomissa. Jareborg toteaa edelleen, ettei laiminlyönnille ole luonnollisesti löydettävissä ”paria” mistään ruumiinliikkeestä.

<sup>39</sup> Frände 2004 s. 75–76. Frände käyttää tunnusmerkistön mukaisista – ja siten primaariteoista erotettavista – teoista nimitystä ”härledda handlingar”. Frände painottaa aivan oikein, että rangaistusvastuun syntymisen edellytyksenä on konkreettisen toiminnan ja tunnusmerkistössä kuvatun toiminnan rinnastaminen.

<sup>40</sup> Jareborgin näkemys on tulkittava siten, että rangaistavan laiminlyönnin ja rankaisemattoman passiivisuuden/toimimattomuuden ero löytyy siitä, että edellisessä on jätetty tekemättä jotakin mitä vaadittiin, kun jälkimmäisessä on jätetty tekemättä ”ihan mitä muuta tahansa” kuin mitä vaadittiin. Ks. Jareborg 1995 s. 55–56.

<sup>41</sup> Jareborg 1995 s. 56. Jareborg ei käytä esityksessään määritelmää ”tietty ryhmä” vaan passiivi-ilmaisua, jolloin henkilöpiiri jää avoimeksi. ”Tietty ryhmä” -ilmaisun käyttäminen on järkevää, koska se ilmaisee, että kaikilla ihmisillä ei ole samanlaisia odotuksia eli perustellut odotukset – olivat ne vastavuoeroisia tai eivät – ovat suhteellisia ja alakohtaisia. Kursivoinnit olen lisännyt itse.

<sup>42</sup> Nuutila on käyttänyt esimerkkinä johonkin asiaan kehottamista ilman, että henkilö on etukäteen perehtynyt siihen, miten on toimittava, jos riski on realisoitumassa. Ks. Nuutila 1996 s. 254.

dellisuutta, sillä keskeinen osa toiminnasta on tarkoituksellista toimintaa sosiaalisessa vuorovaikutustilanteessa.<sup>43</sup>

### 3.4 Negatiivinen teon teoria

Negatiiviselle teon teorialle on ominaista yhtenäisen teonkäsitteen määrittäminen. Tästä seuraa, ettei teon ja laiminlyönnin erottamisella ole merkitystä rangaistusvastuun kannalta. Molemmissa on kysymys siitä, että

- 1) vahingollinen seuraus on aiheutunut, koska
- 2) henkilö ei ole välttänyt vältettävissä olevaa, vaikka
- 3) hän olisi siihen kyennyt ja vaikka
- 4) hänellä oli siihen velvollisuus.<sup>44</sup>

Teoriasta seuraa, että myös aktiivista tekemistä edellyttävissä rikoksissa tekijän voidaan katsoa olleen vastuuasemassa: hänen olisi tullut pidättäytyä tekemästä rikosta, koska hänellä oli siihen mahdollisuus ja velvollisuus.

### 3.5 Samanarvoisuusvaatimus

Tässä yhteydessä on syytä tarkastella perusteellisemmin aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin *samanarvoisuusvaatimusta*. Saksalaisessa rikoslainopissa kehitetyn vaatimuksen katsotaan yleensä (näkemykset vaatimuksen sisällöstä vaihtelevat) edellyttävän, että seurauksen aiheuttamisen laiminlyönnillä tulee vastata joko moitittavuudeltaan tai toimintavääryydeltään aktiivisella tekemisellä täytettyä rikosta. Tulkintojen kirjavuutta tarkasteltaessa on kuitenkin helppo todeta, miksei RL 3:3:seen otettu mainintaan samanarvoisuusvaatimuksesta. Riittävän selkeän ja helposti tulkittavan säännöksen laatiminen on lähes mahdotonta, ellei käsitteen sisällöstä vallitse edes vähäistä yksimielisyyttä. Samanarvoisuusvaatimuksen lisääminen olisi lisäksi edellyttänyt soveltamisohjeiden tarkentamista. Tulkinnanvarainen viittaus samanarvoisuusvaatimukseen olisi johtanut suuriin tulkintaongelmiin soveltamistilanteissa.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Jareborg 1995 s. 53 ja 2001 s. 129.

<sup>44</sup> Roxin 1997 s. 197. Ks. myös Jakobs 1993 s. 142–143 sekä Nuutila 1996 s. 257.

<sup>45</sup> Näin esim. Jareborg 2001 s. 187 ja Lappi-Seppälä 2003 s. 768.

Suomessa Nuutila on liittänyt samanarvoisuusehdon vaatimukseen tapahtumakulun hallinnasta. Laiminlyönnillä ja aktiivisella teolla aiheuttaminen ovat samanarvoisia, jos vastuuasemassa oleva hallitsee tapahtumankulkua vahinkoseurauksen syntyyn tai hän olisi ainakin voinut hallita sitä. Kysymys on siten sekä tosiasiasiallisesta että hypoteettisesta teon- tai laiminlyönninherruudesta. Nuutilan mukaan laiminlyöntitilanteissa vahinkoseuraus voidaan rinnastaa sosiaalisessa mielessä ”tekoon”, jos suojattava tai valvottava intressi oli jo ennakolta vastuuasemassa olevan kontrollissa.<sup>46</sup>

Sekä perusoikeudet että oikeushyvien suojeluoppi<sup>47</sup> asettuvat samanarvoisuuspuunnissa avainasemaan. Rikosoikeudellisen järjestelmän oikeutus perusteellaan sen kyvyllä suojata tärkeiksi koettuja intressejä, joita usein kutsutaan *oikeushyviksi*. Tämä näkyy sekä nimenomaisissa laiminlyöntikriminalisoinneissa että rangaistavissa seurauksen estämättä jättämispauksissa. Edellisissä rangaistusuhka edellyttää painavia perusteluja sille, miksi toimimattomuus loukkaa tai vaarantaa oikeushyviä; jälkimmäisissä oikeushyvän loukkaus ilmenee konkreettisen seurauksena. Laiminlyöntivastuu edellyttää perusoikeusjärjestelmän tasapainon horjumista, sitä että jonkun oikeudellisesti suojatutulle edulle aiheutuu haittaa. Ratkaisevaa merkitystä ei ole sillä, ilmeneekö haitta vahingollisena seurauksena vai vaarana. Ratkaisevaa on normin suojelutavoitteen ja konkreettisen toiminnan yhteys eli sen selvittäminen:

- 1) minkä tyyppistä toimintaa kriminalisointi koskee,
- 2) mitä toiminnan kriminalisoinnilla on tarkoitus suojata,
- 3) vastaako konkreettinen toiminta tunnusmerkistössä kuvattua toimintaa ja
- 4) loukkaako toiminta sitä oikeushyvää, jota kriminalisoinnilla on tarkoitus suojata.

Mitä painavammista oikeushyvistä on kysymys, sitä suurempia toiminnallisia rajoituksia ja vaatimuksia lähtökohtaisesti vapaille yksilöille voidaan asettaa.<sup>48</sup> Seurauksen estämättä jättämisrikoksessa ei ole kyse siitä, että

<sup>46</sup> Nuutila 1996 s. 260–263.

<sup>47</sup> Oikeushyvien suojelun periaate on yksi kriminalisointiperiaatteista. Ks. esim. Nuutila 1996 s. 79–85, Nuotio 1998 s. 39 ja 502–515 ja Tolvanen 1999 s. 179–192.

<sup>48</sup> Esimerkiksi liikenneturvallisuutta on syytä edistää sekä yksilöllisten ja että yhteisöllisten oikeushyvien turvaamiseksi, koska huolimaton tai vaarallinen liikennekäyttäytyminen ei palvele ketään, ei edes tekijää itseään; vastaavasti sujuva ja turvallinen liikennekulttuuri on sekä yksilön että yhteisön edun mukaista.

tekijä on aiheuttanut vahingollisen seurauksen, vaan siitä että hän on *sallinnut* vahingollisen seurauksen aiheutumisen.<sup>49</sup>

Salliminen ei ole rikosoikeudellisesti arvioituna samanarvoista kuin aiheuttaminen ilman lisäedellytyksiä. Kuten Nuutila on todennut, samanarvoisuus ongelman tyhjentävän ratkaisemisen kannalta ratkaisevan merkitykselliseksi muodostuu vaatimus *tapahtumakulun hallinnasta*.<sup>50</sup> Claus Roxin on tarkastellut aihepiiriä perusteellisesti.<sup>51</sup> Tutkimuksessaan hän määrittää *tekijän* konkreettisen tapahtumainkulun ”keskushahmoksi”.<sup>52</sup> Hän luettelee kolme teoriaa, joiden tunnusmerkkien avulla tämä keskushahmo, rikoksen tekijä tunnistetaan:

- 1) teonherruus
- 2) velvollisuudenvastaisuus
- 3) omakätisyys.<sup>53</sup>

Roxin lukee laiminlyöntirikokset velvollisuusrikoksiksi. Tästä seuraa, että laiminlyöntirikoksissa vastuunalainen ”keskushahmo” löydetään velvollisuudenvastaisuus -teorian avulla.<sup>54</sup> Salliminen on siten samanarvoista kuin aiheuttamien, jos tekijällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus estää juuri se oikeushyvän loukkaus, joka on aiheutunut.

## 4 VASTUUASEMESTA

### 4.1 Vastuuaseman suhteesta kausaalisuuteen

*Tekemisrikoksissa* vastuullisen henkilön löytäminen on varsin yksinkertaista. Vastuu syntyy, jos henkilö aiheuttaa aktiivisella teollaan vahinko-

---

<sup>49</sup> Aiheuttamisen ja sallimisen moitittavuuden vertailusta enemmän ks. *Feinberg* 1984 s. 165–171. Feinberg toteaa osuvasti: ”*Whether it is action or inaction that is prohibited, the objective is the prevention of harm.*” Jos haluamme välttyä vahingolliselta seuraukselta, miksi emme voisi kieltämisen ohella vaatiakin?

<sup>50</sup> *Nuutila* 1996 s. 260–263. En tässä käytä teonherruus käsitettä, sillä se liittyy keskeisesti osallisuusopillisiin kysymyksiin. Ks. *Roxin* 2000 s. 1, *Nuotio* 1998 s. 297, *Frände* 2004 s. 282–283 sekä *Vanhanen* 2004 s. 79.

<sup>51</sup> *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. painos 1964, 7. painos 2000.

<sup>52</sup> ”*Der Täter ist die Zentralgestalt des konkreten Handlungsgeschehens.*” *Roxin* 2000 s. 527. Ks. myös s. 25.

<sup>53</sup> ”*Die Zentralgestalt wird durch die Merkmale der Tatherrschaft, der Sonderpflichtverletzung oder der Eigenhändigkeit gekennzeichnet.*” *Roxin* 2000 s. 527.

<sup>54</sup> *Roxin* 2000 s. 459. Ottaen huomioon artikkelin rajallinen pituus ja sen ydinkysymykset, en syvenny Roxinin teorioihin tässä yhteydessä tämän tarkemmin.



seurauksen tai sen vaaran (esim. joku esittää toisesta valheellisen ja tälle kärsimystä aiheuttavan tiedon). Sen sijaan *laiminlyöntirikoksissa* vastuu syntyy *vain*, jos vahinkoseurauksen laiminlyönnillään aiheuttanut henkilö oli vastuuasemassa. Ns. varsinaisissa laiminlyöntirikoksissa vastuu määrytyy yleensä varsin mutkattomasti, eikä vastuuasemaoppia tarvitse erikseen soveltaa. Vastuu syntyy, jos henkilö ei tee jotain tunnusmerkistössä edellytettyä tekoa (esim. joku jättää veroilmoituksen jättämättä jonkun tulolajin osalta<sup>55</sup>). Vastuuasemaopin merkitys tulee esille niissä (ns. epävarsinaisissa) laiminlyöntitapauksissa, joissa tunnusmerkistön abstrakti teonkuvaus viittaa aktiiviseen tekemiseen tai joissa tunnusmerkistössä kuvattu toimimistapa on avoin.<sup>56</sup> Henkilön tulee tällöin olla vastuuasemassa, jotta häntä voidaan rangaista. Vastuuaseman vaatimus määrittää rikosoikeudellisesti merkittävät rajat kausaliteetille: rikosoikeudellisessa vastuussa toimimattomuudesta on *ainoastaan* henkilö, jolla oli erityinen oikeudellinen velvollisuus estää vahingollisen seurauksen aiheutuminen.<sup>57</sup> Jos tekijällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seuraus, olosuhteet olivat sellaiset, joissa tapahtumakulun olisi pitänyt olla laiminlyöjän hallinnassa.

Käytännössä laiminlyönnin kausaalisuutta tarkasteltaessa joudutaan turvautumaan enemmän tai vähemmän hypoteettisiin pohdintoihin.<sup>58</sup> Laiminlyöjähän ei ole tehnyt mitään seurauksen aiheutumista välittömästi edistävää. Toimimattomuudesta ei ylipäänsä synny ulkomaailmassa havaittavaa konkreettista seurausta. Laiminlyönnin kausaliteettia määriteltäessä pohditaan sen vuoksi sitä, millä todennäköisyydellä toimintavelvollisuuden mukainen laiminlyöty teko olisi estänyt vahinkoseurauksen synnyn tai lieventänyt vahinkoseurausta. *Eero Backmania* mukailten olennaisia seikkoja ovat 1) vahingollisen tapahtumankulun todennäköisyys, 2) vastuuasemassa olevan kyky ja mahdollisuus havaita tuo todennäköisyys, 3) todennäköisyyden tekeminen mahdottomaksi oikeusjärjestyksessä vaaditulla

<sup>55</sup> Veropetoksen tunnusmerkistössä on kielletty esim. verotusta varten tarpeellisen tiedon antamisen laiminlyönti. Vastuuasema on ikään kuin sisäänrakennettu rikoksen tunnusmerkistötekijäksi, eikä sillä ole itsenäistä merkitystä käytännön soveltamistilanteessa. Voidaan sanoa, että verovelvollisella on *nimenomainen oikeudellinen velvollisuus* jättää veroilmoitus.

<sup>56</sup> *Nuutila* 1996 s. 250.

<sup>57</sup> Samansuuntaisesti asian on ilmaissut myös Richard Ashworth. Ks. *Ashworth* 1995 s. 129–132. Ashworth on käsitellyt myös ”vanhempi laiminlyö lapsensa hoidon” -tyyppisiä selviä tapauksia, joissa suojeluvastuun laiminlyönnin ja seurauksen välinen syy-yhteys on selvä. Ks. *Ashworth* 1995 s. 110–111.

<sup>58</sup> Jescheck käyttääkin laiminlyönnin yhteydessä ilmaisua ”hypoteettinen syy-yhteys”. *Jescheck* 1988 s. 560.

aktiivisella toiminnalla. Ratkaisu laiminlyönnin kausaalisuudesta tehdään kokemusperäisten säännönmukaisuuksien avulla. Ne antavat perusteen määrittää *tulevaisuuden* enemmän tai vähemmän todennäköisiä tai *menneisyyden* vaihtoehtoisia, mutta hypoteettisia tapahtumakulkuja.<sup>59</sup> On syytä painottaa, ettei pelkkä toimintavelvollisuuden rikkominen vastuuasemassa vielä riitä synnyttämään rangaistusvastuuta. Syyllisyysperiaate asettaa vielä sen kohtuusperusteisen vaatimuksen, että tekijän voidaan vaatia toimineen toisin (eli täyttäneen velvollisuutensa).

## 4.2 Vastuuaseman perusteista

Lukemattomia riskejä sisältävässä yhteiskunnassa rikosoikeus on yksi keskeisimmistä keinoista ratkaista konflikteja ja säädellä ihmisten käyttäytymistä. Ultima ratio -periaatteen mukaisesti se on keinoista viimeisin. Säännöt ja niitä tehostavat rangaistusuhat ylläpitävät luottamusperiaatetta ja luovat perusteltuja vastavuoroisia odotuksia. Yhteisön kokonaisuus edellyttää, että kollektiivisen toiminnan häiriöttömyys pyritään turvaamaan kaikin käytettävissä olevin keinoin. Häiriöttömyyttä turvaa ennen kaikkea se, että jokaisella on perusteltu aihe odottaa tiettyjen henkilöiden toimivan tiettyissä tilanteissa tietyllä tavalla. Vastuuasema tai erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia kohdistaa henkilöön odotuksen, että hän toiminnallaan estää jonkun vahinkoseurauksen syntymästä tai lieventää jonkun vahingon seurauksia.

Laiminlyöntivastuu perustuu erityisesti nyky-yhteiskunnassa keskeisiksi muodostuviin sosiaalisiin rooleihin ja niihin liittyvien tehtävien asianmukaiseen suorittamiseen. Meillä on perusteltuja odotuksia siitä, miten tiettyssä sosiaalisessa roolissa tulee toimia tai mitä tehtäviä siihen liittyy.

---

<sup>59</sup> Ks. *Backman* 1988 s. 786–787. Suomessa Backmanin ohella ainakin Palmén, Nuutila ja Nuotio ovat käsitelleet laajasti laiminlyönnin kausaalisuutta. Ks. *Palmén* 1978 s. 31–38, *Backman* 1988 s. 786–792, *Nuutila* 1996 s. 419–457 ja *Nuotio* 1998 s. 287–290. Palmén painottaa, ettei laiminlyönnin rangaistavuuden perusongelma ole luonnonoikeudellinen kausaalisuus, vaan itse rangaistavuus: rangaistavuuden edellytyksenä on siten oikeudellinen syy-yhteys. Ks. *Palmén* 1978 s. 32. Ks. myös Backmanin kriittinen kommentti Palménin näkemyksestä. *Backman* 1992 s. 401. Nuutila puolestaan korostaa, että loukkauksrikoksissa edellytetään aina syy-yhteyttä toiminnan ja seurauksen välillä. Vastuuasemassa oleva laiminlyöjä vastaa vahinkoseurauksesta silloin, kun laiminlyöty teko olisi varmuutta lähenevällä todennäköisyydellä estänyt vahinkoseurauksen. Hän painottaa eroa ”normatiivisen” ja ”mekanistis-luonnontieteellisen” kausaalisuuden välillä. Nuutila käyttää hypoteettisen toiminnan huomioimiseen perustuvasta syy-yhteydestä osuvaa nimitystä *velvollisuudenvastaisuuden kausaalisuus*. *Nuutila* 1996 s. 424 ja 444–445.

Nykyaikaisessa hyvinvointivaltiossa ihmisten tehtävät ovat eriytyneet. Sen vuoksi erilaisten sosiaalisten roolien määrä on myös kasvanut. Lähtökohdaisesti roolit ovat sidoksissa henkilön asemaan tai tehtäviin vailla sidettä hänen yksilöllisiin ominaisuuksiinsa.<sup>60</sup> Rooli voi kuitenkin perustua tiukasti henkilön yksilöllisiin ominaisuuksiin kuten erityistaitoihin ja -kykyihin.<sup>61</sup> On tärkeää määrittää, mitkä tehtävät, taidot tai kyvyt synnyttävät sellaisia velvollisuuksia, joiden rikkomisesta on syytä rangaista.

Rikoslain 3:3.2:ssa on vastuuaseman sijasta käytetty vanhemmassa oikeuskirjallisuudesta ja oikeuskäytännöstä tuttua ilmaisua *erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia*<sup>62</sup>. Velvollisuudet luokiteltiin aikaisemmin niiden syntyperusteen mukaisesti<sup>63</sup>, mutta nykyisin velvollisuudet ryhmitellään yleensä niiden asiallisen sisällön perusteella suojelu- ja valvontavelvollisuuksiin. *Suojeluvollisuus* syntyy, kun henkilö on velvollinen suojelemaan jotakin, jotakuta tai joitakin kaiken tyyppisiä vaaroja vastaan<sup>64</sup>. Suojeluvastuun tilanteissa edellytetään tekijän ja uhrin välistä läheistä, tosiasialliseen luottamukseen perustuvaa suhdetta. Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä esitetyn sekä nykyisin myös RL 3:3.2 sanamuodon mukaan luottamussuhde voi perustua joko

- 1) virkaan, toimeen tai asemaan (esimerkiksi opettajan vastuu oppilais-  
taan),

<sup>60</sup> Thomas Wilhelmsson on käyttänyt asemaan ja tehtävässä toimimiseen perustuvista rooleista nimitystä *toimintasidonnaiset roolit*. Ks. *Wilhelmsson* 1987 s. 58–60. Rikosoikeudessa muodolliset roolit liittyvät keskeisesti ns. erikoisrikoksiin, joissa henkilön edellytetään olevan tiettyssä asemassa (esim. virka-, sotilas ja työrikokset), mutta myös rikoksiin, joissa tekijäpiiri rajautuu tulkinnalla (esim. verorikokset) Ks. *Nuutila* 1996 s. 49.

<sup>61</sup> Wilhelmsson on määritellyt tällaiset roolit *henkilösidonnaisiksi rooleiksi*. Ks. myös *Nuutila* 1996 s. 49. Nuutilan mukaan henkilösidonnaisia rooleja tarkasteltaessa on olennaista ottaa huomioon tosiasiallinen sosiaalinen tilanne.

<sup>62</sup> Eduskunnan lakivaliokunnan mukaan pyrkimyksenä on välttää juridis-teknisiä käsitteitä. Ks. LaVM 28/2002 s. 9. Lisäksi mm. Lappi-Seppälä on todennut esim. Palménin omaksuman käsitteen ”vastuuasema” jättävän epäselväksi vastuun perusteen tai syyt. Ongelma kiteytyy nytkin suomenkielisen vastineen löytämiseen vierasperäiselle käsitteelle: saksaksi ”vastuuasema” on *Garantenstellung*, ruotsiksi *garantställning*. Sopiva käännös olisi ”takuuasema” (kuten Lappi-Seppälä toteaa); vastuun syntyperusteen ilmaisiksi mielestäni hyvin ”luottamusasema”. Molemmat ilmaisut ovat kuitenkin varattuja muihin yhteyksiin. Ks. *Palmén* 1978 s. 29 ja *Lappi-Seppälä* 2003 s. 764, alaviite 36.

<sup>63</sup> Esim. Honkasalo katsoi velvollisuuden perustuvan joko 1) lainsäädännökseen tai tapaoikeuteen, 2) virkaan tai oikeustoimeen tai 3) edellä käyneeseen toimintaan. Ks. *Honkasalo* 1967 s. 128–132. Ks. myös *Anttila – Heinonen* 1977 s. 111–113 ja *Livson* 1949 s. 159–207.

<sup>64</sup> Suojeltava kohde voi olla yhtä hyvin ihminen kuin omaisuus. Ks. *Nuutila* 1996 s. 235.

- 2) tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen (esimerkiksi vanhemman vastuu lapsestaan),
- 3) tehtäväksi ottamiseen ja sopimukseen (esimerkiksi lääkärin vastuu potilaastaan) tai
- 4) tekijän edellä käyneeseen, vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan (esimerkiksi ryhmän vastuu ryhmänsä jäsenestä tai pahoinpitelijän vastuu uhristaan).<sup>65</sup>

*Valvontavelvollisuus* merkitsee sekä henkilön vastuuta valvoa vaaran lähdeksi että estää sellaiset lähteestä muille henkilöille aiheutuvat vaarat, jotka hänen oletetaan estävän. Valvontavastuu voi kohdistua esimerkiksi henkilön hallussa oleviin vaarallisiin laitteisiin, rakennuksiin tai eläimiin, mutta myös toisen henkilön toimintaan. Valvontavastuu perustuu yleensä joko virkaan, toimeen tai asemaan (esim. esimiehen vastuu alaisensa toiminnasta) tai tehtäväksi ottamiseen ja sopimukseen (koiranomistajan vastuu lemmikistään).<sup>66</sup>

### 4.3 Sanojen ”erityinen” ja ”oikeudellinen” merkityksestä

*Tapio Lappi-Seppälän* mukaan RL 3.3.2:n ilmaisu ”oikeudellinen” painottaa sitä, ettei pelkkä moraalinen velvollisuus synnytä rangaistusvastuuta. Hänen mukaansa vaatimus velvollisuuden oikeudellisesta luonteesta ei kuitenkaan edellytä, että toimintavelvollisuudelle olisi aina löydettävä peruste säännöksestä. Esimerkiksi tavanomaisoikeus voi synnyttää niin perusteltuja odotuksia, että niihin liittyvää toimintavelvollisuutta on kut-

---

<sup>65</sup> *Palmén* 1978 s. 65–72 ja *Nuutila* 1996 s. 235–236. Ks. myös KKO 1977 II 11 (opettajan vastuu oppilaistaan), KKO 1939 II 448 (vanhemman vastuu lapsestaan), KKO 1994:101 (luontaishoidon asiantuntijan vastuu potilaastaan), KKO 1956 II 61 (ryyppykaverin vastuu ryyppykaveristaan) ja KKO 1992: 28 (pahoinpitelijän vastuu uhristaan). *Palmén* katsoo edellä käyneen toiminnan perustavan valvontavastuun, vaikka se saattaa joskus sisältää suojeluvastuun piirteitä; *Nuutila* katsoo edellä käyneen toiminnan sisältävän tapauskohtaisesti joko suojelu- tai valvontavastuun piirteitä. Näin todetaan myös hallituksen esityksessä 44/2002 vp s. 45. Ks. myös *Frände* 2004 s. 248–253 sekä Ruotsissa *Jareborg* 1995 125–133 ja Saksassa mm. *Kühl* 2002 s. 687 ss. (*Kühl* suorittaa selkeän jaottelun suojelu- ja valvontavastuun välillä). Myös USA:n oikeuskäytännöstä löytyy vastuuasemaoppia tukevia ratkaisuja. Esim. tapauksessa *Jones vs. United States* (308 F. 2d 307 D.C.Cir., 1962) todetaan, että laiminlyöntivastuu voi perustua: 1) laissa säädettyyn velvollisuuteen, 2) tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen, 3) sopimukseen tai 4) tehtäväksi ottamiseen.

<sup>66</sup> *Palmén* 1978 s. 72–97 ja *Nuutila* 1996 s. 234 ja 236–237. Hallituksen esityksessä 44/2002 vp todetaan, että vastuu vaaran lähteestä on esimerkki RL 3:3.2:n 5. kohdan mukaisesta ”muusta niihin rinnastettavasta syystä”. Ks. HE 44/2002 vp s. 45. Ks. myös *Lappi-Seppälä* 2003 s. 767.

suttava oikeudelliseksi. Edellytyksenä on kuitenkin, että velvollisuuden oikeudelliselle luonteelle on löydettävissä normatiivista tukea esimerkiksi oikeuskäytännöstä. Sana oikeudellinen toimii siten laillisuusperiaatteen takeena, määrittäen laiminlyöntivastuun rajat sellaisiksi, ettei rangaistusvastuu synny kenellekään täysin ennakoimattomasti. Tulkinnanvaraiseksi jää, pitääkö muuhun oikeuslähteeseen kuin lakiin perustuvan velvollisuuden olla kirjatussa (esim. KKO:n ennakkoratkaisun) muodossa.

Laillisuusperiaatteen takia käsitettä oikeudellinen tulee tulkita tiukasti.<sup>67</sup> Normitietoisuus ja siihen liittyvä ennakoitavuus asettuvat avainasemaan. Ollakseen ”oikeudellinen” velvollisuudelle on saatava normatiivista ja institutionaalista tukea sellaisesta normista, jonka voimassaolosta, sisällöstä ja velvoittavuudesta sen adressaatti on tietoinen. Tätä näkemystä puoltaa myös sanan ”erityinen” käyttö. Nimenomaiseen säännökseen perustumattoman oikeudellisen velvollisuuden on oltava erityinen. Velvollisuus on erityinen, kun siihen sisältyvillä tehtävillä suojataan tarkasti määriteltäviä oikeushyviä ja se kohdistetaan vain tietyt kriteerit täyttävään henkilöön (ei epämääräiseen ihmisjoukkoon). Velvollisuuden ollessa erityinen se on myös niin vahvasti velvoittava, että velvoittavuus käytännössä rinnastuu säännöksen velvoittavuuteen. Rajausta on erityisen tärkeä, koska RL 3:3.2:n 5. kohta, jonka mukaan velvollisuus voisi perustua ”muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn”, antaisi muuten lainsoveltajalle liian vapaat kädet.

Laiminlyöntivastuu voisi ilman näitä käsitteellisiä rajoituksia syntyä mitä yllättävimmissä tilanteissa (ainakin tekijän näkökulmasta tarkasteltuna), koska kaiken yksilön toiminnan voidaan sanoa olevan sosiaalisesti merkittävää. RL 3:3.2:ssa ei luetella tyhjentävästi laiminlyöntivastuun edellytyksiä. Vastuuaseman asiallinen sisältö (eli se, mitä henkilön tulee tehdä täyttääkseen velvollisuutensa) joudutaan edelleenkin käytännössä määrittämään muiden oikeuslähteiden kuin lakien ja asetusten avulla. Toiminnasta ei tule siten oikeudellisesti merkittävää ellei sitä oikeudellisteta. Laillisuusperiaate huomioiden toiminnan ”rikosoikeudellistaminen”, siis sosiaalisesti merkittävään toimintaan rikosoikeudellisin keinoin vaikuttaminen, voi tapahtua käytännössä ainoastaan antamalla käyttäytymistä säänteleviä normeja. Sosiaalisten käytäntöjen normittamiseen liittyy aina tulkintaongelmia. Miten toteamme sosiaalisen normin voimassaolon? Vas-

---

<sup>67</sup> *Lappi-Seppälä* 2003 s. 764, alaviite 36. Hallituksen esityksessä 44/2002 vp todetaan, että ”velvollisuuden tulee olla kytkettävissä oikeusjärjestyksen muuhun normistoon”. Ks. HE 44/2002 vp s. 43. Ks. myös LaVM 28/2002 vp s. 9/I. Sanan ”oikeudellinen” suhteesta laillisuusperiaatteeseen, ks. myös *Lahti* 2003 s. 148.

taako säännös sosiaalista normia ja toisin päin? RL 3:3.2 ei ole näiden ongelmien suhteen mikään poikkeus. Joka tapauksessa on pidettävä kriminaalipoliittisesti järkevänä painottaa sosiaalisen vuorovaikutuksen ja ihmisten rinnakkaiselon kannalta keskeisten toimintamuotojen merkitystä rangaistusuhkia säätämällä.<sup>68</sup>

#### 4.4 Tiedonantovelvollisuudesta

Tiedonantovelvollisuus merkitsee yksiselitteisesti sitä, että henkilön on informoitava toista henkilöä (tai toisia henkilöitä) jostakin. Velvollisuus antaa ”oikeaa” tietoa liittyy erityisesti oikeudenkäynnin tai viranomaistoininnan oikeellisuutta loukkaaviin rikoksiin sekä taloudellisen rikollisuuden eri muotoihin, mutta vaatimus voidaan liittää tietyin edellytyksin myös henkeä ja terveyttä loukkaaviin rikoksiin<sup>69</sup>.

Tiedonantovelvollisuuteen voidaan liittää sekä suojele- että valvontavastuun piirteitä. Mielestäni on luontevampaa kytkeä tiedonantovelvollisuus valvontavastuuseen (esim. vastuuseen ”vaaran lähteestä”). Esimerkiksi velvollisuus suojella toisen omaisuutta vaikuttaa oudommalta, kuin velvollisuus valvoa, etteivät omaa omaisuutta koskevat virheelliset tiedot johda toista harhaan. Rikoslain 3:3.2 tukeutuu kuitenkin lähinnä suojelevastuun synnyttävien tilanteiden varaan (toisaalta tiedonantovelvollisuuden kytkeminen vastuuseen vaaran lähteestä ei ole sekään täysin ongelmattomaa jatkossa ilmi tulevin perustein).

On myös kysyttävä, mikä estää irrottamasta tiedonantovelvollisuutta itenäiseksi (eli suojele- ja valvontavelvollisuudesta erilliseksi) vastuuseen perusteeksi? Viimeaikaisin kehitys viittaa siihen, että tiedon ja tiedonvälityksen merkitys tulee entisestään kasvamaan. Jo nyt informaatiolla on useita tehtäviä pelkästään talouselämästä puhuttaessa. Tieto näyttäytyy tilanteesta ja näkökulmasta riippuen päätöksenteon edellytyksenä, ratkaisun perusteluna, tuotantoteijänä tai hyödykkeenä. Kaikkien taloudellisten toimijoiden edut ja oikeudet, mutta myös velvollisuudet ovat jossain

---

<sup>68</sup> Kriminaalipolitiikalla ja sen ympärillä käytävällä keskustelulla on keskeinen rooli sosiaalisesti merkittävän toiminnan ja rikosoikeuden välisenä siltana.

<sup>69</sup> Henkilön on esimerkiksi ilmoitettava sairastavansa vakavaa tartuntatauti ollessaan asiasta tietoinen; muuten hän saattaa syyllistyä esim. terveyden vaarantamiseen tai törkeään pahoinpitelyyn. Esimerkiksi HIV-tartunnan ollessa kysymyksessä uhrin tietoisuudella ja suostumuksella on merkittävä painoarvo rangaistusvastuuta punnittaessa. Aiheesta enemmän, ks. *Matikkala* 1995 (erityisesti s. 249–250), *Lappi-Seppälä – Nuutila* 2002a s. 811–812, *Knuts* 2001 s. 409–425 ja *Hahto* 2004 s. 315–327.

määrin riippuvaisia tiedosta, sen käsittelystä sekä viestinnästä.<sup>70</sup> Tarkasteltaessa tiedonantovelvollisuuden rikosoikeudellista merkitystä on mielekästä erkaantua traditiosidonnaisuudesta – ainakin taloudellisen rikollisuuden osalta. Velvollisuutta estää vahingollisen seurauksen aiheutuminen ei ole mielekästä perustella suojele- tai valvontavastuun piirteillä. Talousrikoksia varten on järkevää luoda erillinen tiedonantovelvollisuuden konstruktio rikoslain 3:3.2:n pohjalta.

## II PETOS LAIMINLYÖNTIRIKOKSENA

### 1 RL 36:1: PETOS

Rikoslain 36 luvun 1 §:ssä säädetään petoksesta seuraavasti:

” Joka hankkiakseen itselleen tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä tai toiselle oikeudetonta taloudellista hyötyä taikka toista vahingoittaakseen, erehdyttämällä tai erehdystä hyväksi käyttämällä saa toisen tekemään tai jättämään tekemättä jotakin ja siten aiheuttaa taloudellista vahinkoa erehtyneelle tai sille, jonka eduista tällä on ollut mahdollista määrätä, on tuomittava petoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

Petoksesta tuomitaan myös se, joka 1 momentissa mainitussa tarkoituksessa tietojenkäsittelylaitteeseen vääriä tietoja syöttämällä tai koneelliseen tietojenkäsittelyyn muuten puuttumalla vääristää tietojenkäsittelyn lopputuloksen ja siten aiheuttaa toiselle taloudellista vahinkoa.

Yritys on rangaistava.”

Petoksen tunnusmerkistössä luetellaan tyhjentävästi ja selkeästi ne edellytykset, joiden täytyessä oikeudettoman taloudellisen edun saaminen petollisin keinoin on rangaistavaa.<sup>71</sup> Petoksen tekotapoja rajoittaa vain inhi-

<sup>70</sup> Korva 2004 s. 433. Korva käsittelee artikkelissaan informaatiohäiriöstä eli tiedonantovelvollisuuden rikkomisesta seuraavaa vahingonkorvausvelvollisuutta. Korvan tarkastelun polttopisteessä ovat arvopaperimarkkinat, joiden toimivuus perustuu puolueettomuudelle, joka edelleen perustuu tiedonvälityksen riittävyydelle, todenperäisyydelle ja tasapuolisuudelle.

<sup>71</sup> Vaikka petossäännös on moniulotteinen, sen sisältämää tunnusmerkistöä on pidettävä synteettisenä. Synteettiset tunnusmerkistöt ovat kuvaavia esimerkkejä typisoinnista eli toisinpäin ilmaistuna liiallisesta kasuistiikasta irtautumisesta. Synteettisiin tunnusmerkistöihin liittyy toisaalta ongelmia laillisuusperiaatteen näkökulmasta. Praeter legem -kielto edellyttää, että petossäännöstäkin on tulkittava sen sanamuodon puitteissa.

millisen kekseliäisyyden rajat. Karkeasti typisoituna petoksien rikosoikeudellisesti relevantti toiminta eli joko erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksikäyttäminen ei suurestikaan vaihtelee tilanteittain. Kysymyksessä on käytännössä joko väärän tiedon antaminen (eli kansanomaisesti valehteleminen) tai tärkeän tiedon ilmoittamatta jättäminen (eli kansanomaisesti salaaminen)<sup>72</sup>. Puijaaminen on puijaamista, tapahtuu se sitten arvonlisävero väärin perustein asiakkaalta perimällä, tekemättömästä työstä laskuttamalla, väärä mielikuva omasta maksukyvyvystä tai luottokelpoisuudesta antamalla, oma raaja vakuutusrahojen toivossa silpomalla tai rakennuksen homevaurioista sen ostajalle vaikenemalla. Petoksen (kuten myös esimerkiksi veropetoksen) tekotapojen avaruus johtuu uusista *tilanteista ja ympäristöistä*, jotka *mahdollistavat* erehdyttämisen tai erehdyksen hyväksikäyttämisen. Alati kehittyvässä yhteiskunnassa vanhat petoksen tekoympäristöt muuttuvat ja uusia muodostuu koko ajan. Luettelon mahdollisista erehdyttämisen- tai erehdyksen hyväksikäyttämistilanteista ja -tavoista voi yrittää laatia, mutta niin kauan kuin vaihdantasuhteet monipuolistuvat, lisääntyvät ja monimutkaistuvat, uudistuvat myös petolliseen toimintaan houkuttelevat tilanteet.

## 2 VARALLISUUSOIKEUKSIEN PERUSOIKEUDELLISESTA SUOJASTA

### 2.1 Yleistä

Ennen petossäännöksen perusteellisempaa analyysiä on syytä tarkastella niitä varallisuus oikeellisia sääntöjä ja periaatteita, jotka ohjaavat suojeltavana olevan perusoikeuden/oikeushyvän eli omaisuuden suojan toteuttamista. Tarkastelun lähtökohtana voidaan pitää, että petokselle ominaisissa toimintaympäristössä on yleensä kysymys varallisuus oikeuden kunnioittamisen haittaamisesta horisontaalisesti<sup>73</sup>. Vaikka perusoikeudet asettavat rajoituksia ja velvollisuuksia erityisesti lainsäätäjälle, myös yksityisten tulee kunnioittaa niitä keskinäisissä suhteissaan. Kriminialisointi voidaan (tai

---

<sup>72</sup> Petossäännöksen uudistamisesta koskevassa hallituksen esityksessä todetaankin, että *erehdyttämisen* yleiskielinen merkitys on niin vakiintunut, ettei käsitettä tarvitse määritellä tarkemmin itse säännöksessä. Ks. HE 66/1988 vp s. 131). Erehdyttäminen on siten esim. valehtelemista tai suhtautumista, joka on kyseisessä tilanteessa omiaan johtamaan toista harhaan.

<sup>73</sup> Ks. myös Pöyhönen 2000 s. 90.



oikeammin tulee) perustella sekä ihmisarvon loukkaamattomuuden<sup>74</sup> että oikeushyvien suojelemisen tarpeella. Tästä näkökulmasta tarkasteltuna petossäännös muistuttaa perusoikeuksien vastavuoroisuudesta<sup>75</sup> eli siitä, että perusoikeudenhaltijan velvollisuutena on kunnioittaa toisten perusoikeudenhaltijoiden oikeuksia<sup>76</sup>.

Petossäännös tehostaa paitsi varallisuuden suojaa perusoikeutena (PL 15 §) myös varallisuus oikeudellista säännöstöä ja siviilioikeudellista luottamusperiaatetta. Kaikessa toiminnassa, johon liittyy taloudellinen intressi, on toisen osapuolen voitava luottaa siihen, ettei vastapuoli yritä erehdyttää ja aiheuttaa vahinkoa. Suhteessa varallisuus oikeudellisiin oikeussäännöksiin ja -periaatteisiin petossäännöksen roolina on toimia pikemminkin erotuomarin taskussa olevana punaisena korttina kuin ketteränä laitapuolustajana<sup>77</sup>. Pelinsisäiset säännöt ja periaatteet (varallisuus oikeudellinen normisto) määrittävät ensisijaisesti, mitä pelissä saa tehdä; rikkeet korjataan pääsääntöisesti palauttamalla pallo loukatulle joukkueelle (oikeustila palautetaan sellaiseksi, jollainen se olisi ollut ilman oikeudenloukkausta); vasta räikeimmistä, usein tahallisista pelin henkeä loukkaavista rikkeistä seuraa ulosajo (huijari tuomitaan petoksesta).

## 2.2 Hyvän tavan vastaisuuden ja oikeuden väärinkäytön kieltonormistoista

Varallisuus oikeudelliset kieltonormistot tukevat perusteltuja vastavuoroisia odotuksia. Sopimuksen osapuoli voi perustellusti luottaa siihen, että toinen osapuoli noudattaa hyvää tapaa, menettelee sekä kunniallisesti että rehellisesti ja antaa riittävät tiedot. Juha Karhun mukaan hyvän tavan sisältö määritellään varallisuus oikeudessa toimialueittain. Tästä huolimatta sekä heikomman osapuolen että markkina- ja ympäristöintressien suojaaminen edellyttävät, ettei epäasiallista liiketapaa sovelleta, vaikka se olisi

<sup>74</sup> Ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate voidaan lukea kriminalisointiperiaatteeksi, joka saa normatiivisen tukensa PL 1 §:stä. Ks. *Nuutila* 1996 s. 78–79. Ks. myös *Virtanen* 2004 s. 1061–1062.

<sup>75</sup> Oikeus johonkin asettaa haltijalleen käytännössä aina velvollisuuden johonkin. Yleensä kysymys on perustelluista vastavuoroisista odotuksista.

<sup>76</sup> *Pöyhönen* 2000 s. 90.

<sup>77</sup> Jussi Tapani on kuvannut värikkäällä metaforalla petossäännöksen roolia: se toimii taloudellisissa vaihdantasuhteissa ketteränä laitapuolustajana pelinrakentamisen jäädessä varallisuus oikeudellisen normiston (esim. OikTL:n 3 luvun) tehtäväksi. Ks. *Tapani* 2004a s. 141.

vakiintunut. Vakiintuneen tavan ”hyvyyden” ja asianmukaisuuden arvioimiseen tarvitaan *kaikille aloille yhteisiä kriteerejä, jotka tulee johtaa perusoikeuksista*.<sup>78</sup>

Petossäännöksen näkökulmasta tarkasteluna voidaan keskeisenä pitää sitä, että *hyvän tavan vastaisuuden kielto* ilmenee eurooppalaisissa varallisuusnormistoissa ”Treu und Glauben”, ”bonne foi” ja ”good faith” -säännöksinä. Kyseiset säännökset määrittävät Karhun mukaan yleisesti sitä, millaista liiketapaa on pidettävä asianmukaisena. Lähtökohtana voidaan pitää osapuolten lojaalisuutta toisilleen. Suomessa hyvän tavan vastaisuutta on kuitenkin tarkasteltu enemmän sen oikeusvaikutusten (pätemättömyyden) kuin sisällön näkökulmasta. Varallisuusoikeudellisessa järjestelmässä hyvän tavan vastaisuus ankkuroituu niihin oikeustoimilain pätemättömyysnormeihin, joissa pätemättömyys perustuu sopimuksen solmimista edeltäneen toiminnan epäasianmukaisuuteen eli oikeustoimilain 28–31 §:iin (pakko, petollinen viettely ja kiskominen).<sup>79</sup> Oikeustoimilain 30 § säännös petollisesta viettelystä on rikoslain petossäännöksen kannalta erityisen mielenkiintoinen.<sup>80</sup> Säännöksellä voidaan perustella oikeustoimen pätemättömyys ja vahinkoa kärsineen oikeus korvaukseen tilanteessa, jossa tekijän hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta ei kyetä näyttämään toteen. Petollisen viettelyn tunnusmerkistön katsotaan täyttyvän, kun *vastapuoli on saatu epäasiallisin keinoin taivuteltua oikeustoimen tekemiseen*.<sup>81</sup> Taivutteleminen voi ilmetä paitsi aktiivisena väärän tai harhaanjohtavan tiedon antamisena myös tiedonantovelvollisuuden loukkaamisena eli salaamisena.<sup>82</sup>

Karhun mukaan *oikeuden tai oikeudellisen instituution väärinkäyttö* merkitsee horisontaalisessa suhteessa vastapuolen perusoikeuksiin kiinnittyvien toimintamahdollisuuksien toteuttamisen estämistä, ei niiden edistämistä tai ylläpitämistä<sup>83</sup>. Hän painottaa osuvasti oikeuden kiinteää sidettä velvollisuuteen. Oikeuden ”oikea” käyttö on sellaista, jossa oikeudenhalija oikeutta käyttäessään täyttää samalla velvollisuutensa. Toisaalta oikeudellisen velvollisuuden mukaista toimintaa ei voida tulkita oikeuden

---

<sup>78</sup> Pöyhönen 2000 s. 97. Karhun mukaan hyvän tavan vastaisuuden kielto välittää perusoikeuksien kunnioittamista.

<sup>79</sup> Pöyhönen 2000 s. 99–100.

<sup>80</sup> ”*Jos se, johon oikeustoimi on kohdistettu, on saanut sen aikaan petollisella viettelystä taikka jos hän on tietänyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että toinen on oikeustoimen tekijän sen tekemiseen petollisesti vietelty, ei oikeustoimi sido vieteltyä.*”

<sup>81</sup> Telaranta 1990 s. 330 ja Saarnilehto 2001 s. 338. Ks. myös Tapani 2004a s. 142.

<sup>82</sup> Telaranta 1990 s. 325–329.

<sup>83</sup> Pöyhönen 2000 s. 102–103.

väärinkäytöksi, saati rangaistavaksi toiminnaksi.<sup>84</sup> Oikeuden väärinkäytön kieltoa kuvastaa hyvin oikeustoimilain 33 § kunnianvastaisesta ja arvottomasta menettelystä<sup>85</sup>. Kunnianvastaisessa ja arvottomassa menettelyssä on usein kysymys tilanteesta, jossa toinen osapuoli tuntee olennaiset seikat vastapuoltaan perusteellisemmin. Hän käyttää tällöin vastapuolen tietämättömyyttä hyväkseen tavalla, jota voidaan pitää oikeustoimilain pätemättömyyssäännösten sekä vakiintuneen hyvän tavan ja vallitsevan moraalin kannalta epäasiallisena.<sup>86</sup> Varallisuus oikeudessa tiedonantovelvollisuus perustuu siis siihen, että on asiallista, kunniallista ja moraalin mukaista korjata toisen väärä käsitys tai antaa tälle tietoa, jotta tällaista väärää käsitystä ei pääse edes syntymään.

### 2.3 Uuden varallisuus oikeuden sidospäätteistä

Karhu on luetellut kolme sidospäätettä, jotka liittyvät eri varallisuus oikeudelliset normit toisiinsa. Päätteet ilmentävät hänen mukaansa ennen kaikkea vastavuoroisuutta. Tapauksen tarkemmat olosuhteet ratkaisevat päätteiden saaman painoarvon.<sup>87</sup> Käyn seuraavassa lyhyesti läpi kyseisten sidospäätteiden ydinsisällön, sillä ne toimivat eräänlaisina taustatarvojen tai ratkaisuaargumenttien kokoajina paitsi kielletyn ja sallitun rajaa myös sopimuskumppanin tiedonantovelvollisuuden syntymisen ja rikkomisen rikosoikeudellista merkitystä määriteltäessä.

#### a) *Varautumispäättee*

Varautumispäättee asettaa toimijoille velvollisuuden, että he toimintaan ryhtyessään ja toiminnan aikana huolehtivat siitä, ettei oma toiminta (joko aktiivista tekemistä tai vaikenemista) haittaa muiden toimijoiden mahdollisuuksia toteuttaa omia tavoitteitaan. On syytä painottaa, että perusoikeusidonnaisena varautumispäättee ei ole luonteeltaan olosuhdesidonnainen siinä mielessä, että päätettä rikkonut osapuoli menettäisi oikeutensa

<sup>84</sup> Pöyhönen 2000 s. 105–107.

<sup>85</sup> ”Oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, älköön saatettako voimaan, jos se on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen, ja sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa niistä tietäneen.”

<sup>86</sup> Telaaranta 1990 s. 342–347 ja Saarnilehto s. 393–394. Ks. myös Tapani 2004a s.143.

<sup>87</sup> Pöyhönen 2000 s. 109. Karhu kuitenkin painottaa, että kaikilla sisällöllisillä perusoikeuksilla on sidospäätteiden suhteen yhdenvertainen asema. Yhteen sidospäätteeseen vetoamalla ei siten voi myöskään syrjäyttää muita päätteitä.

perustellusti odottaa, että muutkin noudattavat periaatetta (vrt. luottamusperiaate tieliikenteessä). Suhteellisuusperiaate puolestaan rajaa varautumisperiaatteen piirin koskemaan toimintaa, jota voidaan pitää tarkoituksenmukaisena ja kohtuullisena.<sup>88</sup>

b) *Luottamuksensuojaperiaate*

Karhun mukaan luottamuksensuojaperiaatteen ydinsisältö on, että

- 1) johdonmukaisesti noudatetut toimintalinjat
- 2) luovat toiminnassa mukana oleville perusteita,
- 3) joiden varaan ne saavat muodostaa odotuksia
- 4) suhteessa toisiin toiminnassa mukana oleviin.<sup>89</sup>

Kysymys on perustelluista vastavuoroisista odotuksista ja lojaliteettivelvollisuudesta aivan samalla tavalla kuin vastuuasemasta seurauksen estämättä jättämisen rangaistavuuden edellytyksenä.

c) *Avoimuusperiaate*

Kolmas sidosperiaate liittyy keskeisesti artikkelin ydinalueeseen, tiedon antamisen ja antamatta jättämiseen velvollisuuksien vastaisesti. Avoimuusperiaate asettaa sekä toiminnassa oleville että siihen tuleville toimijoille velvollisuuden huolehtia siitä, että ne toiminnallaan edistävät eivätkä haittaa päätöksentekoon tarvittavan tiedon asianmukaisuutta. Tiedon ristiriitaisuudesta tai puutteellisuudesta seuraa, etteivät kaikki tahot kykene tekemään päätöksiään kaiken käytettävissä olevan tiedon perusteella.<sup>90</sup>

## 2.4 Vilpittömän mielen suojasta

Varallisuus oikeudellisen näkökulman esittelyn lopuksi on syytä tarkastella lyhyesti *perustellun vilpittömän mielen* käsitettä, sillä sen avulla osaltaan määritellään, a) onko petoksen uhri erehtynyt tai b) onko hänen erehdystään käytetty hyväksi. Henkilö (esim. luovutuksensaaja) on ollut vilpittömässä mielessä, jos hän ei ole tiennyt eikä hänen olisikaan pitänyt tietää jostain kauppaan tai kaupankohteeseen liittyvästä virheestä. Sen, mitä henkilö ei tiennyt, näyttäminen on suhteellisen ongelmatonta (samoin esi-

---

<sup>88</sup> Pöyhönen 2000 s 110–114.

<sup>89</sup> Pöyhönen 2000 s. 116–117.

<sup>90</sup> Pöyhönen 2000 s. 120–122. Pöyhönen tarkastelee aivan oikein avoimuutta toimijoiden ja toimintojen eikä tiedon näkökulmasta.

tetyt näyttö arvioiminen). Sen sijaan ongelma, mitä henkilön olisi pitänyt tietää tapauksen olosuhteissa, ratkeaa sekä näyttö että vilpittömältä mieltä määrittävän normin avulla.<sup>91</sup>

Lainsäädännössä ei ole nimenomaista normia, jossa määritettäisiin vilpittömässä mielessä olemisen mittapuuta. Ainakin puuttuvan luovutuskompetenssin osalta *Janne Kaiston* näkemys on, että sivullinen ei ole perustelussa vilpittömässä mielessä, jos hänen olisi pitänyt ymmärtää olosuhteisiin nähden *asianmukaista varovaisuutta* noudatettuaan luovuttajan puuttuvasta kelpoisuudesta. Mittapuuna on siten *asianmukainen varovaisuus* tai tosin ilmaistuna *selonottovelvollisuus*.<sup>92</sup> Nimenomainen selonottovelvollisuus määrittää olennaisesti vilpittömän mielen suojaa. Kaiston mukaan selonottovelvollisuus sisältyy asian- ja norminmukaiseen oikeustoimeen automaattisesti, eikä sitä voi hänen mukaansa pitää varsinaisena ”velvollisuutena”.<sup>93</sup> On syytä painottaa, ettei selonottovelvollisuuden laiminlyöminen välttämättä synnytä vilpillistä mieltä. Kaisto suosittelee omaksumaan tulkinnan, jonka mukaan *vaikutuksettoman* selonottovelvollisuuden laiminlyöminen ei itsessään merkitse sivullisen vilpillistä mieltä. Mielen vilpittömyyden ratkaisemisen kannalta on tällöin ratkaisevaa se, olisiko selonottovelvollisuus lisännyt sen laiminlyöneen tietoja esim. kaupan kohdetta koskevasta virheestä.<sup>94</sup>

### 3 PETOKSEN TEKOTAPATUNNUSMERKEISTÄ

Petossäännöksessä kuvataan kaksi kiellettyä toimintamallia: erehdyttäminen ja erehdyksen hyväksikäyttäminen. *Ns. erehdyttämispetoksessa* joku erehdytetään tekemään jotakin (esimerkiksi sopimus tai muu taloudelli-

<sup>91</sup> *Kaisto* 1997 s. 268.

<sup>92</sup> *Kaisto* 1997 s. 291–293. Kaisto ei halua käyttää vanhahtavia ilmaisuja, kuten ymmärtäväisen tai järkevän ja huolellisen henkilön mittapuut. Ks. kuitenkin alaviite 75 s. 291. Ks. myös *Kartio* 2001 s. 128. Leena Kartion mukaan vaadittava varovaisuus on kulloinkin vastaavassa tilanteessa ja asemassa olevalta henkilöltä normaalisti vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta. Hänen mukaansa vaatimukset siitä, milloin selonottovelvollisuus on täytetty, vaihtelevat esim. sopijapuolten ammatista, esineen laadusta, vaaditusta vastikkeesta ja vastaavista seikoista johtuen. Kysymys on siis tapauskohtaisten seikkojen huomioimisesta objektiivisessa harkinnassa. Vrt. jatkossa petoksen rangaistavuuden määrittäminen tapauskohtaisesti.

<sup>93</sup> *Kaisto* 1997 s. 294. Kaisto tarkastelee asianmukaista varovaisuutta tyyppitapaussajattelun näkökulmasta viitaten erityisesti Nuutilan väitöskirjaan (*Nuutila* 1996).

<sup>94</sup> *Kaisto* 1997 s. 298.

nen määräämistoimi), mistä aiheutuu tälle taloudellista vahinkoa. Erehdyttämisellä voidaan ensinäkin tarkoittaa virheellisen tiedon esittämistä joko suullisesti, kirjallisesti tai elekielellä. Tällainen *ns. aktiivinen erehdyttäminen* edellyttää siten selkeästi tekijän aktiivista toimintaa<sup>95</sup>. Tavanomainen kehuminen (esimerkiksi kauppaa solmittaessa) ei vielä merkitse petosta, sillä kysymyksessä on silloin subjektiivinen arvoarvostelma; petossäännöksen soveltaminen edellyttää, että myyjän tietoisesti esittämän virheellisen informaation on koskettava jotakin täsmällistä tosiasiaa<sup>96</sup>.

*Ns. konkludenttinen erehdyttäminen* ei edellytä virheellisen tiedon nimenaista antamista. Tieto on virheellistä, puutteellista tai harhaanjohtavaa, koska tekijän käyttäytyminen itsessään antaa rikoksen uhrille aiheen luottaa tekijään (esim. henkilön myydessä jotakin esinettä, oletamme hänen omistavan kyseisen esineen – ellei muuhun ole aihetta).<sup>97</sup>

Petoksesta rangaistaan myös, jos tekijä käyttää toisen virheellistä käsitystä omaksi tai kolmannen hyväksi, vaikka tekijä ei olisi itse aktiivisesti toimien aiheuttanut erehdystä. *Mikael Livson* on erottanut vaikenemisen salaamisesta. Edellinen edellyttää passiivisuutta, jälkimmäinen sisältää yleensä aktiivista toimintaa. Jos kysymyksessä on tahdonilmaisuu rinnastettavissa oleva vaikeneminen, toisin sanoen oikean asianlaidan ilmaisematta jättäminen, on kysymyksessä Livsonin mukaan *konkludenttinen laiminlyönti*.<sup>98</sup>

Petossäännöksen tunnusmerkistön mukaista toimintaa kuvaava sanamuoto ”*erehdyksen hyväksikäyttäminen*” herättää tulkintaongelmia. Kyseeseen voi yhtä hyvin tulla aktiivinen teko kuin laiminlyöntikin – vai voiko? Lähden purkamaan ongelmavyöhyhtiä tarkastelemalla psyykkistä vaikuttamista osana petoksen tunnusmerkistöä.

---

<sup>95</sup> *Tapani* 2004a s. 138. Ks. myös *Nuutila* 2004a, kohta myyntikohteen laatu.

<sup>96</sup> *Nuutila* 2002a s. 1155. Myyntikohtetta koskevan virheellisen tiedon antamisen ohella myös epäedullisten seikkojen salaaminen saattaa täyttää petoksen tunnusmerkistön. Tyyppillisiä tapauksia ovat kiinteistön tosiasiallisten (talo on myyjän tietien homeessa) ja oikeudellisten (kiinteistöä rasittaa vakuusoikeus, joka ei ilmene vakuustodistuksessa) virheiden salaaminen. Ks. myös KKO 1931 II 160, jossa oli kysymyksessä tavanomainen kehuminen.

<sup>97</sup> *Nuutila* 2002a s. 1155 ja *Tapani* 2004a s. 138. Ks. myös *Livson* 1949 s. 202.

<sup>98</sup> *Livson* 1949 s. 202–207.

## 4 PSYKKISESTÄ VAIKUTTAMISESTA EREHDYTTÄMISTÄ JA EREHDYKSEN HYVÄKSIKÄYTTÄMISTÄ YHDISTÄVÄNÄ TEKIJÄNÄ

Ilmoitusvelvollisuuden rikkominen ei synnytä rikosoikeudellista vastuuta ilman minkäänlaista rikollista myötävaikutusta. Petoksen rangaistavuus edellyttää, että kyseisen henkilön olisi oikeusjärjestyksen mukaan pitänyt ilmoittaa muutoksista. Laiminlyöntivastuun voi perustaa vain sellaisille vastavuoroisille odotuksille, joita oikeusjärjestys suojelee ja tukee.

Tiedonantovelvollisuuden ja luottamussuhteen rikkominenkaan ei vielä riitä synnyttämään rangaistusvastuuta. *Uhrin taloudellisen vahingon on pitänyt aiheutua hänen erehdyksestään, jonka tekijä olisi voinut estää* (antamalla jostain asiasta tiedon) *häneltä vaaditulta teolla* (tekijällä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus antaa kyseinen tieto). Rikosoikeudellisesti merkityksellinen psyykinen vaikuttaminen on ensisijaisesti kausali-teettiin pureutuva kysymys, mutta kun kysymyksessä on erehdyksen hyväksi käyttäminen, oikeudellista syy-seuraussuhdetta ei edes synny, ellei tekijä ole vastuuasemassa.<sup>99</sup>

Nils Jareborgin näkemyksen perusteella voidaan kyseenalaistaa, onko psyykkisessä vaikuttamisessa koskaan kysymyksessä syy-yhteys. Jareborgin mukaan psyykkisessä vaikuttamisessa on näet kysymyksessä tietoinen toisen tahdonmuodostuksen manipuloiminen siten, että toinen saadaan tekemään jotakin tai jättämään jotakin tekemättä antamalla tälle syy tehdä jotakin. Kyseinen *toiminnan tiedollinen peruste* (Jareborg käyttää nimitystä *handlings-skäl*<sup>100</sup>) merkitsee tiedonpuutteen ja/tai väärän tiedon saamisen aiheuttamaa väärää käsitystä jostakin menneisyyttä, nykyisyyttä tai tulevaisuutta koskevasta tosiasiaista.<sup>101</sup> Psyykkisessä vaikuttamisessa on kysymys siitä, että petoksen uhrin tahdonmuodostus on virheellinen ja toimintatapa vahingollinen, koska petoksen tekijän toiminta on antanut vakuuttavan syyn uhrille *tietää* jonkin valheen olevan totta (eli toisin ilmaistuna uhri pitää käsitystään oikeana, koska tekijä on perustellut asian vakuuttavasti). Psykk-

<sup>99</sup> Tapani on käsitellyt kattavasti psyykkisestä vaikuttamisesta esitettyjä erilaisia näkemyksiä. Ks. *Tapani* 2004a s. 119–138.

<sup>100</sup> Ks. myös *Tapani* 2004a s. 131. Tapani käyttää ilmaisua toimintasy. Koska psyykkistä vaikuttamista määrittävät pikemminkin osapuolten tietyt tavoitteet ja toiminta kyseisten tavoitteiden toteuttamiseksi eivätkä luonnontieteelliset syy-seuraussuhteet, on syytä korvata termi syy termillä peruste. Frände painottaa nimenomaan käsitteiden ”orsak” ja ”skäl” eroa. Ks. *Frände* 2004 s. 86.

<sup>101</sup> *Jareborg* 2001 s. 158. Ks. myös *Ståhlberg* 1964 s. 25, *Frände* 2004 s. 85–87 ja *Tapani* 2004a s. 131.

kisessä vaikuttamisessa tekijä manipuloi uhrin käsittämään jotakin, ei uskomaan jotakin.

Petter Asp on johtanut Nils Jareborgin psyykkistä jaottelua koskevan perusryhmittelyn<sup>102</sup> pohjalta laiminlyöntiä koskevat kolme tyyppitilannetta<sup>103</sup>:

- 1) A:n laiminlyödessä p:n, laiminlyönti vaikuttaa B:hen joko suorasti tai epäsuorasti siten, että hän tekee määräämistoimen, jonka seurauksena hänelle syntyy taloudellista vahinkoa (A ei kerro B:lle taloa jäytävistä homepesäkkeistä. B ostaa talon A:lta, koska hän luulee virheellisesti talon olevan kelpo kunnossa. B:lle syntyy taloudellista vahinkoa esim. talon ylimääräisistä korjauskuluista ja käypää arvoa huomattavasti korkeamman kauppahinnan maksamisesta. Jos A olisi tehnyt p:n eli kertonut homevaurioista, B ei olisi todennäköisesti tehnyt kauppaa – ainakaan samalla hinnalla.).
- 2) A:n laiminlyödessä p:n laiminlyönti ei vaikuta B:hen siten, että tämä erehtyisi, vaan siten, ettei B:n virheellinen käsitys korjaannu, minkä seurauksena tämä tekee taloudellisesti vahingollisen määräämistoimen (A on myymässä B:lle vanhaa, lähes arvotonta autoa. B luulee auton olevan erittäin arvokas. B erehtyy maksamaan autosta huomattavasti käypää hintaa enemmän. Jos A olisi tehnyt p:n eli korjannut erehdyksen, B ei todennäköisesti olisi tehnyt kauppaa – ainakaan samalla hinnalla.).
- 3) A:n laiminlyödessä p:n, laiminlyönti ei vaikuta B:hen siten, että tämä erehtyisi, vaan siten, ettei B:n virheellinen käsitys korjaannu, minkä seurauksena tämä ei tee taloudellista määräämistointia (B maksaa erehdyksessä A:n tilille liikaa rahaa. A ei ole myötävaikuttanut erehdykseen, mutta ei myöskään kerro siitä B:lle. B ei vaadi perusteettoman edun palauttamista. Jos A olisi tehnyt p:n eli kertonut B:lle tämän virheestä, B olisi vaatinut perusteettoman edun palauttamista, ellei A olisi suostunut takaisinmaksuun oma-aloitteisesti.).

Esimerkeissä p tarkoittaa vain ja ainoastaan tekoja, joiden tekemiseen A:lla on erityinen oikeudellinen velvollisuus. Ellei oikeusjärjestys sitä edellytä, A:lla ei ole velvollisuutta huolehtia B:n edusta esim. korjaamalla tämän erehdys. Ainakin kohdan 2) esimerkkitilanteessa on tulkinnanvaraista, onko A:lla erityinen oikeudellinen velvollisuus korjata erehdys vai ei. Jos A ei ollut vastuuasemassa, ei hän ole myöskään antanut B:lle vakuuttavaa syy-

---

<sup>102</sup> 1) A:n teko – B:n teko; 2) A:n teko – B:n laiminlyönti; 3) A:n laiminlyönti – B:n teko ja 4) A:n laiminlyönti – B:n laiminlyönti. Ks. Jareborg 2001 s. 161–162.

<sup>103</sup> Asp 2002 s. 36 ss.



tä; jos A oli vastuuasemassa, hän on antanut vakuuttavan syyn B:lle. Puh-  
taissa erehdyksen hyväksikäyttämistilanteissa psyykkisen vaikuttamisen  
ja vastuusemaopin välillä vallitsee siten rikkumaton yhteys.<sup>104</sup>

## 5 PSYYKKISEN VAIKUTTAMISEN MOITITTAVUUDEN MÄÄRITTÄMISESTÄ

Varsinkin liikekaupassa pyritään yleensä taloudellisen voiton maksimoimi-  
seen – kaikin käytettävissä olevin laillisin keinoin. Myyntikohteen täs-  
mällisen arvon salaaminen, hitusen liioitteleva kehuminen, vastapuolen  
mieltymyksen manipuloiminen tai vastaava toiminta ovat laajasta näkö-  
kulmasta tarkasteltuna erehdyttämistä. Mutta onko niissä kysymyksessä  
petollinen menettely?

Tietynasteinen taktikointi ja salaaminen kuuluvat kaupankäynnin ja so-  
pimusneuvottelujen henkeen.<sup>105</sup> Kaikki keinot eivät kuitenkaan ole sallit-  
tuja. Jos erehdyttäminen ylittää *tavanomaisen* rajan, petoksen rangaista-  
vuuden raja ylittyy.<sup>106</sup> Miten sitten erotamme tavanomaisen ja epätavan-  
omaisen? Aluksi on todettava, että myyntikohteen laatua ja kauppahinnan  
maksamista koskevat riidat ovat ensisijaisesti yksityisoikeudellisia riita-  
asioita. Erehdyttämisen ja erehdyksen hyväksikäyttämisen epätavanomai-  
suus merkitsee kaupankäynnin hengen ja sitä koskevien sääntöjen *törkeää*  
rikkomista yksilön tahdonvapautta loukkaamalla.

Tässä yhteydessä tulee tarkastella rikosoikeudellisen vastuun suhdetta  
siviilioikeudellisiin seurauksiin (esim. vahingonkorvausvelvollisuus, hin-  
nanalennus, kaupan purku, oikeustoimen pätemättömyys, sopimusehdon  
pätemättömyys, oikeus omistuksenpidätykseen tai oikeus pidätyä kaup-  
pahinnan maksamisesta). Esim. kauppalain 6 luvun, kuluttajansuojalain  
16–22 pykälien, maakaaren 2:30–32 pykälien tai oikeustoimilain 3 luvun  
säännöksien mukaiset seuraukset ovat ensisijaisia suhteessa rikosoikeu-  
delliseen sääntelyyn (petoksen ohella esim. RL 30:1 mukainen markki-  
nointirikos). Kaupankäynnin sääntöjen rikkomisen törkeyttä arvioitaessa

<sup>104</sup> Ks. esim. HE 66/1988 vp s. 132 ja *Nuutila* 2002a s. 1159–1162. Voidaan pitää lähtökoh-  
tana, ettei ihmisillä ole velvollisuutta huolehtia muiden taloudellisista eduista. Ellei henki-  
öllä ole erityistä oikeudellista velvollisuutta virheen poistamiseen, ei hänellä voida lähtö-  
kohtaisesti katsoa olevan mahdollisuutta erehdyksen hyväksikäyttämiseen.

<sup>105</sup> Ihmisen perusviieteihin kuuluu kilpaileminen ja oman edun maksimoiminen. Lainsää-  
däntö ei aina suojaa liian sinisilmäistä luottamusta sopimuskumppaniin.

<sup>106</sup> *Nuutila* 2004a, kohta erehdyksen hyväksikäyttäminen.

tulee ottaa huomioon sekä objektiivisia että subjektiivisia seikkoja, joita käsittelen perusteellisemmin jatkossa. Näistä perusteista keskeisimpiä on joka tapauksessa vahinkoseurauksen suuruus. Mitä suurempi tekijän saama hyöty objektiivisesta näkökulmasta arvioituna on, sitä painavammat perusteet on langettaa hänelle myös rikosoikeudellinen rangaistus; mitä suurempi uhrin kokemana vahinko subjektiivisesta näkökulmasta arvioituna on, sitä painavammat perusteet on tuomita tekijälle myös rikosoikeudellinen rangaistus. Toisen ratkaisevan perusteen muodostavat tekijän tahdonmuodostusta koskevat seikat. Mitä suurempaa suunnitelmallisuutta ja järjestelmällisyyttä tekijän toiminta ilmaisee, sitä lähempänä liikutaan rangaistavan petoksen rajaa. Edellä mainittuja seikkoja kuvastaa myös petossäännöksen tunnusmerkistö: petos edellyttää ei-hyväksyttävää hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta eli tahallisuutta (eli tarkoituksellista erehdyttämistä tai erehdyksen hyväksikäyttämistä).

Erehdyttämisen rikosoikeudellista merkitystä punnittaessa tekijän toiminnan luonteen arvioiminen ei siis riitä, sillä yhtä tärkeätä on määrittää toiminnan moitittavuuden aste. Tulkinnanvaraisissa tilanteissa tähän ongelmaan voidaan löytää ratkaisu vastaamalla uuteen kysymykseen. Sisältykö tekijän toimintaan kiellettyä riskinottoa? Riskikäsite liittyy ennen kaikkea teon huolimattomuuden tarkasteluun. Vaikka petoksen rangaistavuus edellyttää tekijältä tahallisuutta, voidaan sallitun ja kielletyn riskin raja tapauskohtainen raja määrittämällä<sup>107</sup> ratkaista myös, onko kysymyksessä petossäännöksen tunnusmerkistössä kuvattu erehdyttäminen tai erehdyksen hyväksi käyttäminen.<sup>108</sup> Tällöin ei niinkään tarkastella teon huolimattomuutta, vaan sitä, onko hänen toimintansa ollut kiellettyä vai sallitua (eli onko hän *kielletyllä tavalla* erehdyttämällä tai erehdystä hyväksikäyttämällä vaikuttanut vastapuolen tahtoon).

---

<sup>107</sup> Riskin luonne määritellään sen mukaan, mitä tekijän olisi pitänyt *ennen* toimintaan ryhtymistään objektiivisesti arvioituna kohtuudella mieltää. Tekijä voidaan sanoa ottaneen kielletyn riskin, jos teon tekemiseen tai laiminlyöntiin sisältyy vahingolliseksi ja kielletyksi määritellyn riskin mahdollisuus, ja jos tekijällä oli sekä hyvä syy, kyky ja mahdollisuus joko pidättäytyä riskialttiista teosta tai vähentää riskin aktualisoitumisen todennäköisyyttä tekemällä häneltä vaadittu teko.

<sup>108</sup> Tapanin mukaan teon huolimattomuus voidaan teoreettisesti sijoittaa myös tahallisten rikosten tunnusmerkistön mukaisuuteen. Se, mille korkeudelle sallitun ja kielletyn riskin raja sijoittuu, vaihtelee rikostyypeittäin. Tapani toteaa myös, että teon huolimattomuus -opin avulla voidaan löytää rikossäännösten systematisointia ja tulkintaa helpottavia tulkintastandardeja. *Tapani* 2004a s.116–117.

## 6 KIELLETYN JA SALLITUN VÄLISEN RAJAN MÄÄRITTÄMISEN PERUSTEISTA

### 6.1 Lainsäädäntö

Kielletyn ja sallitun riskin välinen raja voidaan vetää *lainsäädännön* avulla. Lainsäädännöstä löytyy lukuisia sopimuksetekotilannetta koskevia kohtia (esim. kauppalain 18, 19 ja 20 §, maakaaren 2 luku ja kuluttajan-suojalain 2 luvun 2 §), jotka sääntelevät sopimuskumppaneiden (yleensä kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan) tiedonanto- tai muita toimintavelvollisuuksia. Elleivät erityissäännöt sovellu (ne koskevat pääsääntöisesti ainoastaan elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välistä varallisuus oikeudellista suhdetta), voidaan rajanvedolle löytää tukea oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysnormeista.

### 6.2 Vakiintuneet tavat ja muut epäviralliset normit

Raja kielletyn ja sallitun toiminnan välille vedetään kuitenkin usein myös erilaisten *epävirallisten normien* avulla. Tällaiset alakohtaiset tekniset normit perustuvat vakiintuneisiin ja hyväiksi koettuihin tapoihin ja rutiineihin. Tapanormiston normatiivinen auktoriteettiasema perustuu taloudellisen toiminnan sosiaaliseen ja siten myös oikeudelliseen merkitykseen.<sup>109</sup>

Mikä sitten on tällaisten vakiintuneiden tapojen tehtävä? Taloudellinen vuorovaikutus sisältää aina riskejä. Vakiintuneisiin tapoihin perustuvat epäviralliset normit muodostavat ja pitävät yllä perusteltuja odotuksia. Perusteltujen odotusten tarkoituksena on helpottaa sosiaalista vuorovaikutusta, sillä niiden tarkoituksena on minimoida toimintaan liittyviä riskejä. Ihanteellista olisi, jos taloudelliseen toimintaan osallistuvat henkilöt käyttäytyisivät vakiintuneiden toimintatapojen mukaisesti siten, etteivät he toiminnallaan haittaa tiedon asianmukaisuutta.<sup>110</sup> Tällöin jokaisella olisi mahdollisuus saada tietoonsa kaikki omiin taloudellisiin järjestelyihin liittyvät merkitykselliset seikat.

<sup>109</sup> *Tapani* 2004a s. 139–140 ja 148.

<sup>110</sup> Karhun mukaan tällaiseen käyttäytymismalliin sisältyy avoimuusperiaatteen ydinsisältö. Ks. *Pöyhönen* 2000 s. 122.

Ollakseen pätevä<sup>111</sup> vakiintuneen tavan on täytettävä seuraavat edellytykset.

1) *Tavan tulee olla vallitseva ja hyväksytty*

Tavat ovat alakohtaisia. Kunkin alan (tai *Hannu Tapani Klamin* sanoin osakulttuurin) sisäiset tavat ovat kirjoitettuja tai kirjoittamattomia normeja, joita voidaan soveltaa vain kyseisen alan piirissä syntyviin konflikteihin.<sup>112</sup> Usein kysymys on alakohtaisista määräyksistä, joilla pyritään edistämään riskialttiiseen toimintaan osallistuvien turvallisuutta (esim. teollisuuden alakohtaiset normit, urheilun sisäiset säännöt, organisaation tehtävien ja toimivaltuuksien laatua koskevat normistot ja vakiintuneet liiketavat).<sup>113</sup> Tavan tulee ensinnäkin olla *vallitseva* kyseisen alan toimijoiden keskuudessa. Valitsevuus merkitsee, että alan (ainakin lähes) kaikki toimijat noudattavat tai heidän pitäisi noudattaa kyseistä tapaa. Toiseksi tavan tulee olla *hyväksytty*. Valitsevuuden edellytys on se, että alan toimijat hyväksyvät tavan. Alan toimijat hyväksyvät tavan, jos he mieltävät sen kohtuulliseksi, tehokkaaksi, sanalla sanoen järkeväksi. Vallitsevuuden ja hyväksynnän edellytyksenä on yleensä jonkin auktoriteettielimen (esim. teollisuusalan keskusjärjestön, kansainvälisen järjestön tai valtion) laatima yleistys alalla noudatettavasta toimintamallista. Ellei tällaista elintä ole (esimerkiksi toiminnanharjoittajien vähyyden takia), syntyy tavan vallitsevuuden ja vakiintuneisuuden näyttämisestä tulkintaongelmia.<sup>114</sup>

2) *Tavan tulee olla hyväksyttävä*

Pelkkä alan sisäinen valitsevuus ja hyväksyminen eivät riitä luomaan pätevää tapanormia. Tavan tulee olla myös objektiivisesti arvioituna *hyväksyttävä*. Viime kädessä tuomioistuin on se ulkopuolinen, joka arvioi tavan

---

<sup>112</sup> *Klami* 1996 s. 25. Tieliikennekäytännökset ovat esimerkkejä kirjoitetuista normeista, joilla pyritään vaikuttamaan ihmisten ajokäyttäytymiseen siten, että lainmukaisesta tiellä liikkumisesta tulee tapa eli normeilla tavoitellaan tapaa luovaa, ylläpitävää ja/tai tehostavaa vaikutusta. Se, että epävirallisia normeja voidaan soveltaa vain alakohtaisesti, ei tarkoita sitä, ettei niitä voi hyödyntää jonkun toisen alan konfliktien yhteydessä syntyvien tulkintaongelmien ratkaisussa. Varsinkin analogiakiellon takia on ongelmallista ratkaista, kuinka läheistä *toiminnallista samankaltaisuutta* (valtamerialusten valmistamista ja myymistä) koskevat erilaiset normistot kuin moottoriveneiden valmistamista ja myymistä; moottoriveneiden ja autojen myymistä ja valmistamista koskevat taas jokseenkin samat normistot) aloilta vaaditaan, jotta teknisiä normeja voidaan *soveltaa* sellaisenaan vieraan alan konfliktien ratkaisuun.

<sup>113</sup> Nuutila käyttää epävirallisista normeista ilmaisua tekniset normit. *Nuutila* 1996 s. 317–323.

<sup>114</sup> Ks. *Tapani* 2004a s. 149.

hyväksyttävyyden. Kun tapanormi ei saavuta hyväksyntää, se perustuu huonoille rutiineille, eikä nauti oikeusjärjestyksen suojaa. Oikeusjärjestyksen suojan puutteella on useita oikeusvaikutuksia. Ensinnäkään kukaan ei voi tehokkaasti vedota ei-hyväksyttävään tapaan pyrkiessään näyttämään toimineensa huolellisesti. Toiseksi huonoista rutiineista tietoisena riskialttiiseen toimintaan suostunut kantaa itse suuren (pääasiallisen, jopa kaiken) vastuun vahingon mahdollisesti tapahtuessa. Tuttu sananlasku ilmaisee asian iskevästi: ”Joka leikkiin ryhtyy, se leikin kestäköön!”

Kuvaavan esimerkin antaa liiketapa. Ollakseen hyväksyttävä ja siten osapuolia sitova, sen tulee olla kohtuullinen. Liiketavan ollessa kohtuuton sitä noudattaen tehtyjä oikeustoimia vähintäänkin sovitellaan. Kohtuuttoman tavan uhriksi joutunut oikeustoimikumppani kantaa pääsääntöisesti itse vastuun itsestään: hänen on vedottava kohtuuttomuuteen sovittelu- perusteena. Jos hän ei esimerkiksi erehdyksensä takia näin tee, niin vastuuta ei voi langettaa vastapuolen harteille. Jos vakiintunut tapa on kuitenkin täysin oikeusjärjestyksen peruseriaatteiden vastainen, puhumattakaan puhtaasta lainvastaisuudesta, lähentyy ja lopulta ylittyy rangaistavan pe- toksen raja.

### 3) *Tavan tulee olla velvoittava*

Pätevän tavan tunnusmerkkeihin lukeutuu vielä tietyn asteinen *velvoittavuus*. Tapanorminkin velvoittavuus edellyttää tietoisuutta sen voimassa olosta. Kaikkien kaupankäyntiin ryhtyvien oletetaan ja edellytetään tuntevan alan vallitsevat tavat – sananlaskuna ilmaisten: ”Opettele säännöt, ennen kuin ryhdyt pelaamaan!” Vakiintuneesta tavasta epä tietoinen ei voi kumota huolimattomuuttaan vetoamalla tietämättömyyteensä. Vilpitiön mielihän saa suojaa yleensä vain tilanteissa, joissa henkilön ei pitänyt- kään tietää jostakin. Perustellun vilpittömän mielen suojalla on merkitys- tä uhrin oman myötävaikutuksen kannalta. Vakiintuneisiin rutiineihin pe- rustuvat tapanormit määrittävät myös, *saako* sopimuskumppani luottaa vastapuolen aktiivisesti tai konkludentisti välittämän informaation asian- mukaisuuteen.<sup>115</sup> Uhrin oman myötävaikutuksen astetta tarkasteltaessa ky- sytään, 1) oliko erehdytetyllä perusteltu aihe luottaa erehdyttäjän anta- maan informaatioon, 2) millaisia johtopäätöksiä erehdytetty sai informaati-

<sup>115</sup> Kaupankäyntiä sosiaalisena ja kollektiivisena toimintana voidaan verrata tieliikentee- seen. Molempiin liittyy riskejä, joita lainsäädännön ja siihen ankkuroitavan luottamusperi- aatteen on tarkoitus vähentää. Luottamusperiaate merkitsee, *että jokainen joka toimii itse säännösten edellyttämällä tavalla saa luottaa siihen, että myös muut tekevät niin, ellei muuhun ole aihetta*. Ks. esim. Nuutila 1996 s. 337 ja 1997 s. 154 sekä laajemmin Tolvanen 1999 s. 312–344.

tioon perusteella tehdä ja 3) millainen oli erehdytyn oma selonottovollisuus.<sup>116</sup>

### 6.3 Tapauskohtainen kokonaisarvostelu

Ellei huolellisuusarvion tueksi löydy sen paremmin oikeudellisia kuin erityisiä, alakohtaisia huolellisuusstandardeja, niin kielletyn ja sallitun raja (jos se ylipäänsä on tulkinnanvarainen) tulee määrittellä tarkastelemalla ratkaistavana olevan tapauksen erityispiirteitä.<sup>117</sup> Punninnassa, jossa tarkastellaan tilannetta ennen toiminnan aloittamista, on otettava huomioon joukko kysymyksiä, jotka liittyvät erityisesti *toiminnan sosiaaliseen vahingollisuuteen ja hyödyllisyyteen*. Kysymyksiin vastataan pääsääntöisesti *objektiivisesta näkökulmasta*.

#### 1) Tekijän ja uhrin välinen sosiaalinen asema

Tarkastelun lähtökohtana on määrittää kummankin osapuolen sosiaalinen asema. Tällöin ratkaistaan, onko toinen osapuoli toista vahvemmassa asemassa (kuten yrittäjän ja kuluttajan välisessä suhteessa), ovatko he tasavertaiset (kuten kahden yrityksen välisessä suhteessa) vai onko toinen jopa täysin riippuvainen toisesta (kuten vajaanvaltaisen ja hänen edunvalvojansa suhteessa). Yrittäjän on esimerkiksi tiedotettava kuluttajaa kaikista olennaisista tuotteeseen ja sen käyttöön liittyvistä seikoista. Petosrikoksen ollessa kysymyksessä on olennaista määrittää myös *vahinkoseurauksen vakavuus*. Se on riippuvainen uhrin sosiaalisesta asemasta ja tilanteesta (kysymyksellä on merkitystä myös määriteltäessä petoksen törkeysastetta). Vahinkoseurauksen vakavuutta (kuten myös sen todennäköisyyttä) voidaan tarkastella sekä subjektiivisesta (tekijän ja uhrin) että objektiivisesta näkökulmasta.

#### 2) Tekijän ja uhrin sosiaalinen toimintakyky

Seuraavaksi ratkaistaan, mitä erityistaitoja osapuolen sosiaaliseen asemaan voidaan lähtökohtaisesti liittää. Tarkastelun näkökulma on objektiivinen. Ratkaisija kysyy, mitä erityistietoja tai asiantuntemusta tietyn riskialttiin toiminnan harjoittajilla lähtökohtaisesti on ja mitä taitoja ja tietoja heillä pitää olla. Lähtökohtana on oletamus, että ammattilainen tietää mitä osaa ja

---

<sup>116</sup> Tapani 2004a s. 139 ja 150. Tapani käyttää tässä yhteydessä käsitettä *informaation odotusperusta*.

<sup>117</sup> Olen tässä yhdistänyt tapauksen erityispiirteet ja Nils Jareborgin luonnehtimat ns. mekriteerit. Ks. Jareborg 2001 s. 221–222, Kühl 2002 s. 47–48 sekä Tapani 2004a s. 113.

tekee vain sitä, mitä osaa (tai täsmällisemmin ilmaistuna ammattilainen ryhtyy tekemään vain sitä, mitä tietää osaavansa). Esimerkiksi myyjän on osattava neuvoa kuluttajaa myymiään tai markkinoimiaan tuotteita koskevissa asioissa; jos hän ei osaa, hän ei saa antaa mahdollisesti vääriä neuvoja.

### 3) *Tekijän ja uhrin tosiasiallinen toimintakyky*

Osapuolten subjektiiviset kyvyt tulee muutenkin punnita. Esimerkiksi *vahinkoseurauksen todennäköisyyttä* ei voi tarkastella irtaantumalla osapuolten subjektiivisista kyvyistä. Tarkastelu painottuu henkilöiden henkilökohtaiseen kykyihin ja asiantuntemukseen, erityisesti tekijän tosiasiallisiin mahdollisuuksiin erehdyttää tai käyttää erehdystä hyväkseen. Petossäännöksellä suojataan uhrin taloudellisia etuja. Tämä suoja on riippuvainen uhrin persoonallisista kyvyistä. Lähtökohtana on, että mitä koulutetumpi ja älykkäämpi henkilö on, sitä suurempi huolellisuus- ja selonottovelvollisuus hänelle voidaan asettaa. Tekijän vastuuta ei kuitenkaan lievennä uhrin tavanomaista hitaampi järjen juoksu (esim. poikkeuksellinen herkkäuskoisuus). Kulutushyödykkeen tai palvelun on vastattava niitä odotuksia, joita sen tarjoaja tai markkinoija siihen liittää, olivat ne kuinka epärealistisia tahansa.<sup>118</sup>

### 4) *Tekijän ja uhrin tosiasialliset mahdollisuudet ennakoita vahinkoseurauksen mahdollisuus*

Varsinkin tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntitapauksissa tulee pohtia (ainakin vastaajan sitä vaatiessa) tekijän tosiasiallista kykyä ja mahdollisuutta korjata virheellinen asianlaita. Kysymys on tällöin positiivisesta eikä negatiivisesta vastuun ehdosta.<sup>119</sup> Jos tekijä ei tiennyt eikä hänen voida kohtuudella edellyttää tienneen vahinkoseurauksen riskistä, ei hänellä ollut mahdollisuutta varotoimenpiteisiin. Kiinteistökaupassa myyjä ei ole erehdyttänyt ostajaa, jos myyjäkään ei tiennyt kauppakohteena olevaa kiinteistöä koskevasta virheestä eikä hänen voitu kohtuudella edellyttää tienneen siitä. Tekijällä ei ole ollut tosiasiallisia mahdollisuuksia ennakoita vahingon seurauksen syntymistä.

<sup>118</sup> Ks. esim. KKO 1953 II 3 (henkilön, joka lupaamalla taikakeinoja käyttämällä hankkia toiselle arpaonnea ja rahaa oli saanut tämän luovuttamaan itselleen rahaa ja tavaraa, katsottiin syyllistyneen petokseen) ja KKO 1978 II 110 (syytetty, joka hankkiakseen itselleen laitonta aineellista etua oli lupaamalla henkimaailman keinoin apua toisen henkilökohtaiseen vaikeuksiin saanut tämän luovuttamaan itselleen rahaa, tuomittiin rangaistukseen petoksesta).

<sup>119</sup> Tapanin mukaan teon huolimattomuus -opilla voi olla tahallisten rikosten osalta vain rikosoikeudellisen vastuun poistava vaikutus. *Tapani* 2004a s. 113.

### 5) *Tekijän ja uhrin välinen luottamussuhde*

Pääsääntöisesti yrittäjän ja kuluttajan välille syntyy sopimustilanteessa molemminpuolinen luottamussuhde. Molemmat luottavat vastapuolen kykyyn ja halukkuuteen täyttää sopimusvelvoitteensa. Myyjä luottaa asiakkaansa olevan maksukykyinen ja -haluinen; asiakas luottaa ostamansa tuotteen tai palvelun olevan sovitunlainen. Petossäännöksen soveltumisen kannalta on olennaista, että myyjän ja kuluttajan velvollisuudet ovat tyystin erilaiset. Velvollisuuden rikkominen ja rikkomuksen seurausten vakavuus on helppo määrittää. Esimerkiksi kuluttajan on kyettävä maksamaan nauttimastaan maksullisesta palvelusta, vaikka hän ei olisi konkreettisesti tehnytään sopimusta yrittäjän kanssa.

Sen sijaan kahden yrittäjän väliseen suhteeseen luottamussuhteen merkitys ei ole yhtä vahva. Lähtökohtaisesti osapuolet ovat tasavahvoja eikä toinen tarvitse erityistä oikeusjärjestyksen suojaa. Vasta liikesuhteen pitkäaikaisuus ja sen myötä tiettyjen tapojen säännönmukaistuminen saattavat synnyttää osapuolten välille luottamussuhteen, jolla on merkitystä varsinkin huijatuksi tulleen osapuolen huolellisuutta tarkasteltaessa.

### 6) *Toiminnan ulkoiset olosuhteet*

Sopimuksen solmimiseen johtavat neuvottelut ja valmistelut ovat enemmän tai vähemmän monimutkaisia. Joka tapauksessa jokaista mahdollista petostilannetta tulee tarkastella kokonaisuutena. Täten myös toiminnan ulkoisilla olosuhteilla on merkitystä. Kyseiset ulkoiset olosuhteet – esim. pakottava kiire, häly neuvottelupaikalla – ovat kuitenkin aina osittain riippuvaisia ainakin toisesta osapuolesta (esim. tämän muista sopimusvelvoitteista tai subjektiivisista kyvyistä). Esimerkiksi yrittäjän on oltava huolellinen, vaikka hänellä on kiire hankkia esivalmisteita kyetäkseen täyttämään tilauksen. Lisäksi on syytä todeta, ettei *toiminnan sosiaalinen hyödyllisyys* tule petoksen yhteydessä kysymykseen teon oikeuttamisperiaatteena, vaikka yrityksen tilanne kuinka rinnastuisi pakkotilaan. Petoksella ei saa siten hankkia taloudellista hyötyä, vaikka tuo hyöty lisäisi yrityksen kannattavuutta, pelastaisi sen seurauksena yrityksen konkurssista ja turvaisi siten edelleen ehkäpä satojen ihmisten työpaikat.

Edellä lueteltujen kuuden tarkastelunäkökulman ydinsisältö voidaan puristaa yhteen Jussi Tapanin lauseeseen: ”Vastuuarvioinnissa onkin kyse sekä rationaalisen että irrationaalisen toiminnan arvottamisesta”<sup>120</sup>. Sallitun ja kielletyn toiminnan rajaa määriteltäessä rikosoikeustieteellä ei ole yksinomaista auktoriteettiasemaa; yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvilla

---

<sup>120</sup> Tapani 2004a s. 120.



tavoilla ja käytännöillä sekä osapuolten henkilökohtaisilla kyvyillä on yhtä merkittävä asema. Rikosoikeudellisten toimijoiden (lainsäätäjä, -soveltaja ja oikeustieteilijä) tehtävänä on antaa sekä epävirallisille käytännöille että subjektiivisille seikoille rikosoikeudellinen merkitys.

## 7 VASTUUASEMAN PERUSTEISTA PETOSRIKOKSESSA

### 7.1 Nimenomainen säännös

Rikoslain 3:3 huomioiden erityinen oikeudellinen tiedonantovelvollisuus voi mielestäni perustua laissa säädettyyn tiedonantovelvollisuuteen, asemaan, sopimusehtoon, erehdystä edeltäneeseen toimintaan tai vastuuseen vaaran lähteestä.<sup>121</sup> Tiedonantovelvollisuus tulee pääsääntöisesti johtaa jostain *oikeussäännöksestä*. Säännöksillä pyritään yleensä suojaamaan sopimuksen heikompaa osapuolta (esim. kuluttajaa) myyntikohdetta koskevien virheiden salaamiselta, mutta myyjän tiedonantovelvollisuus voi perustua myös tasavertaisten sopimusosapuolten suhdetta säätelevään lainsäädäntöön.<sup>122</sup>

### 7.2 Sopimusehto ja asema sopimussuhteen osapuolena

Taloudellisessa vuorovaikutussuhteessa ilmoitusvelvollisuus voi perustua osapuolten *asemaan* varallisuusoikeudellisen vuorovaikutustilanteen osapuolena.<sup>123</sup> Kuten todettua tiedonantovelvollisuus ilmentää lojaliteettiperiaatetta. Toisaalta ne eivät kumpikaan ole ehdottomia. Liiketoimintahan on kilpailua, jossa kaikista pienistä muutoksista ei ole järkevää eikä tar-

<sup>121</sup> Varallisuusoikeudellisessa kirjallisuudessa tiedonantovelvollisuuden perusteiksi mainitaan lainsäädäntö, tavanomainen oikeus ja lojaliteettivelvollisuus. Ks. esim. *Telaranta* s. 325–327 ja *Saarnilehto* 2001 s. 387–388.

<sup>122</sup> *Nuutila* 2004a, kohta informointivelvoitteet laissa. Myyjän tiedonantovelvollisuudesta on säädetty edellä mainittujen säännösten ohella myös mm. arvopaperimarkkina- ja asuntokauppalaisissa. Kuluttajansuojalain 2 luvun 2 §:ssä kielletään nimenomaisesti totuudenvastaisten ja harhaanjohtavien tietojen antaminen.

<sup>123</sup> Mielestäni käsitettä asema ei tule sitoa virkaan tai esimiesasemaan, vaan siihen, että vahvemmallalla osapuolella on velvollisuus valvoa heikomman toimintaa. Jotta vastuu syntyisi, asemaan kuuluvan valvontavastuun on oltava riittävän konkreettinen. Ks. HE 44/2002 vp s. 43–44.

peellista tiedottaa. Tiedonantovelvollisuuden kytkeminen henkilön asemaan sopimuksen osapuolena loisi jälleen ongelman. Mitä kaikkea henkilö on velvollinen kertomaan sopimuskumppanilleen? Yhden vastauksen saamme K. A. *Telarannalta*, jonka mukaan tiedonantovelvollisuus koskee sellaisia seikkoja, joilla on

- a) merkitystä potentiaalisen sopimuskumppanin päätöksenteossa, mutta joista
- b) kyseinen sopimuskumppani ei voi saada tietoa ilman vastapuolen jonkinlaista myötävaikutusta.<sup>124</sup>

Tiedonantovelvollisuus kattaa joka tapauksessa ainakin ne seikat, joista osapuolet ovat nimenomaisesti sopineet. *Sopimus* tiedonantovelvollisuuden perusteena synnyttää myös RL 3:3:n mukaisen vastuuaseman, silloin kun henkilö velvoittaa itsensä tiedottamaan jostakin suojellakseen jonkun toisen oikeudellisia etuja. Tällöin vastuuasema kytketään sopimusveloitteeseen eikä toimeen tai asemaan.

Saksassa epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen edellyttämä vastuuasema on kytketty tietyissä tilanteissa BGB 242 §:n ”*Treu und Glauben*” -sääntöön, johon viittasin varallisuus oikeudellisen jakson yhteydessä.<sup>125</sup> Henkilöiden välinen luottamussuhde voi tässä yhteydessä perustua toki edellä käyneeseen toimintaan,<sup>126</sup> mutta yhtä luontevaa on kytkeä se osapuolten asemaan varallisuus oikeudellisen suhteen osapuolena. Kytkös on tarpeen tehdä etenkin, jos toinen on selkeästi toista heikommassa asemassa – esim. tiedollisesti, taloudellisesti tai auktoritatiivisesti.<sup>127</sup> Vastuun liit-

---

<sup>124</sup> *Telaranta* 1990 s. 327.

<sup>125</sup> Ks. esim. *Kindhäuser* 2003 s. 109–111 ja *Lackner* 1998 s. 49–50.

<sup>126</sup> Näin on asian esittänyt esimerkiksi Nuutila. Ks. *Nuutila* 1998 s. 255 ja 2002 s. 1160. Vrt. *Tapani* 2004a s. 161–166.

<sup>127</sup> Esimerkkinä voidaan mainita edunvalvojan ja hänen päämiehensä suhde. Rikoslaisissa on luottamusaseman väärinkäyttöä koskevaa säännös (RL 36:5), joten edunvalvojan ja päämiehen suhteeseen petossäännös soveltuu vain poikkeuksellisesti, mm. silloin, kun edunvalvoja on neuvonut päämiestä tekemään oikeustoimen, joka aiheuttaa päämiehelle taloudellista vahinkoa ja edunvalvojalle taloudellista hyötyä (esim. edunvalvoja neuvoo päämiestä myymään omaisuutta alle käyvän arvon osakeyhtiölle, jonka enemmistöosakas edunvalvoja on). Jos edunvalvoja tekisi kyseisen oikeustoimen yksin tai yhdessä päämiehensä kanssa, olisi kysymyksessä luottamusaseman väärinkäyttö. Samalla teolla täyttyy toisaalta myös petoksen tunnusmerkistö). Jos pilkomme tapahtumasarjan huomaamme, että rikosoikeudellisesti merkittävä toiminta painottuu sekä aktiiviseen tekemiseen että laiminlyöntiin. Psykkinen vaikuttaminen kostuu siten sekä erehdyttämisestä (huonon neuvon antaminen) että erehdyksen hyväksikäyttämisestä (kelpoisuuden ylittämisestä vaikeneminen). Toisen esimerkin antaa edellä käsittelemäni autokauppaa koskeva tapaus: jos A on autokauppias, hän on tiedollisesti, taidollisesti ja auktoritatiivisesti B:tä vahvemmassa asemassa.

tämistä asemaan puoltaa myös, että rikoksen tekeminen käyttämällä hyväksi vastuulliseen asemaan perustuvaa erityistä luottamusta on yksi petoksen kvalifiointiperusteista.

### 7.3 Edellä käynyt toiminta

*Edellä käynyt toiminta* vastuuaseman perusteena antaa aiheen tarkastella aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin erottelua<sup>128</sup>. Henkilö, joka omalla toiminnallaan on aiheuttanut tai luonut edellytykset vaaratilanteelle, vastaa myös vaaratilanteen aktualisoiduttua syntyneistä seurauksista. Tällaisissa tapauksissa yksittäisten tekojen ja laiminlyöntien rikosoikeudellinen merkitys löytyy usein asettamalla se osaksi tapahtumien kokonaisuhteyttä ja laajempaa ajallista jatkumoa.<sup>129</sup> Pitkäaikaiset käytännöt luovat pitkäaikaisten sopimus-kumppaneiden välille luottamussuhteen. Luottamussuhteen kulmakivenä on perusteltu vastavuoroinen odotus siitä, että pysyvän liikesuhteen osapuoli informoi odotettavissa olevista muutoksista, esim. tavaran laadun heikkeneemisestä.<sup>130</sup> Sopimusneuvottelujen aikana ei luonnollisesti ole kehkeytynyt pysyvää luottamussuhdetta. Oikeustoimikumppani vastaa kuitenkin siitä, että hänen antamansa tiedot ovat oikeita ja riittäviä. Jos hän huomaa neuvottelujen kuluessa välittäneensä aikaisemmin virheellistä tietoa, hänen on oikaistava vastapuolen virheelliseen informaatioon perustuva tieto, vaikkei hän olisikaan toiminut tahallaan. Jos hän laiminlyö tiedonantovelvollisuutensa, hän syyllistyy petokseen, jos vastapuoli tekee virheellisen tiedon pohjalta taloudellisen määräämistoimen. On syytä huomata, että tapauksen kannalta merkityksellinen toiminta sisältää sekä aktiivisia tekoja (väärän informaation tuottamuksellinen tai tapaturmainen antaminen, sopimuksen solminen) että laiminlyönnin (tiedonantovelvollisuuden rikkominen).

---

sa, jolloin petoksen tunnusmerkistö saattaa tietyin edellytyksin (esim. B ei itse ole antiikkiautojen asiantuntija) täyttyä.

<sup>128</sup> Tekijän vaaraa aiheuttanut, edellä käynyt toiminta voi olla joko oikeudenvastaista tai oikeudenmukaista. Ks. HE 44/2002 vp Edellisessä tapauksessa ajankohtaistuvat konkurssisyyntymykset: esim. kattaako vastuuaseman synnyttävä esiteko myös laiminlyönnin seurauksen.

<sup>129</sup> Ks. esim. Nuutila 1996 s. 254, Nuotio 1998 s. 289, Jareborg 2001 s. 182 ss. ja Lappi-Seppälä 2003 s. 766–767.

<sup>130</sup> Nuutila 1998 s. 254 ja Nuutila 2002a s. 1160. Nuutilan mukaan tällöin on huomioitava myös hyvän kauppatavan vaatimukset: tekninen normisto määrittää osaltaan kielletyn ja sallitun rajaa.

Mielestäni tapahtumasarjan rikosoikeudellisesti merkittävä toiminta painottuu kyseisenkaltaisissa tilanteissa erehdyksen hyväksikäyttämiseen eli laiminlyöntiin.<sup>131</sup> ”Esiteko” määrittää vain vastuuaseman perustan (vastuu edellä käyneestä toiminnasta), vaikka se onkin rikosoikeudellisesti merkittävä osa tapahtumasarjaa ja kausaliteettia. Antaessaan väärää informaatiota tekijä ei vielä hallinnut toimintaansa, koska hän ei itsekään tiennyt virheestä. Hän on ”tekojensa herra” siitä hetkestä alkaen kun hän huomaa antaneensa väärää tietoa. Vasta silloin hän alkaa toimia tahallisesti. Vain tiedonantovelvollisuuden rikkominen on psyykkistä vaikuttamista, vaikka väärän tiedon antaminen olisi välttämätön edellytys sen onnistumiselle.

## 7.4 Vastuu vaaran lähteestä

Erityinen oikeudellinen velvollisuus korjata toisen erehdys voitaisiin ensi silmäyksellä kytkeä myös *vastuuseen vaaran lähteestä*. Myyjällä on velvollisuus huolehtia, etteivät hänen omaisuuttaan koskevat virheelliset tiedot saa oikeustoimikumppania erehtymään. Onko vaaran lähde *omaisuus* vai sitä koskeva *tieto*? Jos kysymys on sellaisesta piilevästä virheestä, jonka olemassaolosta kukaan ei tiedä eikä kenenkään voida kohtuudella vaatiakaan tietävän, vaaran lähde on varsinainen omaisuusobjekti. Jos tietoa virheestä ei ole lainkaan, ei petosvastuu tule kysymykseen, sillä myyjä ei ole toiminut tahallaan eikä siten myöskään vaikuttanut psyykkisesti ostajan tahtoon. Molempien toimintaa ohjaa sama tiedollinen peruste. Jos taas myyjä tietää virheestä, muttei kerro siitä ostajalle lainkaan tai kertoo siitä liian ruusuisia seikkoja, vaaran lähteenä on tieto. Erityinen oikeudellinen tiedonantovelvollisuus voitaisiin perustella siten, että oikeustoimen kohteen tulee olla olennaisilta osiltaan sellainen, kuin ostaja käsittää sen olevan. Tällöin myyjä vastaa jopa rangaistuksen uhalla siitä, että hänen ostajalle antamansa tiedot eivät aiheuta tälle vahinkoa.

## 7.5 Yhteenvedo

Laillisuusperiaate asettaa rajat petossäännöksen kannalta relevanttien erityisten oikeudellisten velvollisuuksien soveltamiselle. Vaikka petossään-

---

<sup>131</sup> Tapanin mukaan tapahtuma muodostaa yhtenäisen, rikkumattoman sarjan, jota ei voida pilkkoa osiin sen rikosoikeudellista merkitystä tarkasteltaessa. Kokonaisarvostelusta seuraa Tapanin mukaan, että vastuu petoksesta perustuu joko aktiiviseen tai konkludenttiseen erehdyttämiseen, ei erehdyksen hyväksikäyttämiseen. *Tapani* 2004a s. 166.

nös mahdollistaisi tulkinnan laajentamisen, voi vastuuasema perustua petoksessa lainsäädännökseen, sopimukseen tai edellä käyneeseen toimintaan, koska niillä on tukenaan laki tai KKO:n ennakkoratkaisu. Synteettiseksi muotoillun ja typisoidun säännöksen sisältö tarkentuu ja täsmentyy nimitäin *oikeuskäytännössä*. Tällöinkin tulkinnan on vastattava tunnusmerkistön tarkoitusta (suojattava sitä oikeushyvää, jota normin on tarkoitus suojata<sup>132</sup>) ja oltava kohtuudella ennakoitavissa.

## 8 OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

Joskus KKO takertuu ehkä liiaksikin laillisuusperiaatteeseen rajoittaesaan mahdollisia tulkintalinjoja. Tuoreen esimerkin saamme KKO:n äänestysratkaisusta KKO 2004:109. Tapauksessa A oli valmistanut videokasetteja, joista olisi tullut suorittaa tekijänoikeuslain 26 a §:ssä tarkoitettu maksu. A oli kuitenkin laiminlyönyt tekijänoikeuslain 26 d §:ssä säädetyn velvollisuuden ilmoittaa Säveltäjien Tekijänoikeustoimisto Teosto ry:lle maksun perinnässä tarvittavat tiedot. Koska Teosto ei ollut tietoinen A:n toiminnasta, se ei ollut voinut myöskään periä maksuja. KKO:n enemmistö ei katsonut A:n syyllistyneen petokseen. Se totesi ensinnäkin, ettei kysymyksessä ole erehdyttäminen, koska Teostolle ei ole syntynyt todellisuutta vastaamatonta mielikuvaa eikä A ole laiminlyönnillään saanut Teostoa erehtymään. Enemmistö perusteli kantansa laillisuusperiaatteella (PL 8 §), jonka mukaan rikostunnusmerkistöjä on tulkittava suppeasti. KKO:n ratkaisun perusteella suppea tulkinta edellyttää säännöksen tulkittamisesta sen sanamuodon mukaisesti. Koska erehdyksellä ei tarkoiteta KKO:n mukaan yleisessä kielenkäytössä pelkkää tietämättömyyttä tai mielikuvan puutetta, ei Teoston voitu katsoa *erehtyneen*<sup>133</sup>.

Esittelijän ja vähemmistöön jääneiden oikeusneuvoston näkemys on mielestäni tapauksen oikea ratkaisu. Kuten esittelijä toteaa ratkaisuun liitettyssä mietinnössään, A:lla oli lain säännökseen perustuva *nimenomainen oikeudellinen velvollisuus* antaa ilmoitus toiminnastaan. Tiedonantovelvollisuuden laiminlyöminen vastaa ilmiselvästi yleiskielistä määritelmää erehdyttämisestä: A:n *suhtautuminen* on sellaista, että se on omiaan johtamaan harhaan.<sup>134</sup> Teostolla oli mielikuva, ettei A harjoita ilmoituk-

<sup>132</sup> Voidaan puhua myös kielletyn riskinoton relevanssista.

<sup>133</sup> Myös Ståhlberg on katsonut, ettei mielikuvan täydellinen puuttuminen merkitse erehdyttämistä. Ks. *Ståhlberg* 1964 ss. 26.

<sup>134</sup> Ks. erehdyttämisen määritelmästä enemmän HE 66/1988 vp s. 131.

senalaista toimintaa. Väärän käsityksen hyväksi käyttäminen on erehdyksen hyväksi käyttämisestä – ainakin tilanteessa, jossa on säädetty tiedonantovelvollisuudesta. A:n toiminta voitaisiin toisaalta tulkita myös konkludenttiseksi erehdyttämiseksi. Ryhtymällä toimintaan ilmoittamatta siitä Teostolle, hän antoi *käyttäytymisellään* väärän mielikuvan. Rangaistusvastuun edellytyksiin ei kuulu se, että Teoston edustajat eivät olleet itse paikalla seuraamassa A:n toimintaa. Miten he olisivat voineet olla, koska A ei ollut täyttänyt nimenomaista oikeudellista tiedonantovelvollisuutta?<sup>135</sup> Ratkaisusta ja sen puutteellista perusteluista syntyy vaikutelma, ettei KKO:n enemmistö halunnut laajentaa laiminlyöntivastuuta petoksen osalta – ehkä uusien, laillisuusperiaatteen näkökulmasta vaikeampien tulkintaongelmien pelossa.

*Erehdyttämisen tyyppitapauksen* saamme samasta ratkaisusta. A oli tuonut maahan kasettien valmistukseen tarkoitettua raakanauhaa. Hän oli väittänyt tulliviranomaisille kyseessä olevan sellofaanin ja välttynyt siten maksamasta tekijänoikeuslain 26 a §:ssä tarkoitettu maksua. A oli siten erehdyttänyt tulliviranomaista antamalla tälle väärän mielikuvan, minkä seurauksena Teostolle (jonka edusta huolehtiminen oli erehtyneen tulliviranomaisen tehtävä) syntyi taloudellista tappiota.

*Erehdyksen hyväksikäyttämisen tyyppitapauksen* tarjoaa puolestaan KKO 1996:194. Tapauksessa päävelallinen oli vaiennut maksukyvyttömyydestään. Takaajille oli siten syntynyt virheellinen käsitys päävelallisen taloudellisesta tilanteesta ja kyvystä suorittaa velkansa itse. Päävelallisen ollessa maksukyvytön, takaajat olivat takauksellaan tietämättään sitoutuneet tosiasiaissa suoraan velkavastuuseen. Koska päävelallisen piti olla tietoinen takaajien virheellisestä käsityksestä, ja hän oli tästä huolimatta jättänyt kertomatta maksukyvyttömyydestään, hänen katsottiin käyttäneen hyväkseen takaajien erehdyttä hankkiakseen itselleen oikeudetonta hyötyä. Ratkaisun perusteluissa on huomionarvoista se, että vaikka KKO toteaa, että kyseessä oli erehdyksen hyväksikäyttäminen, se ei ottanut kantaa toiminnan luonteeseen (eli siihen, onko kyseessä laiminlyönti vai aktiivinen tekeminen). KKO ei siten luonnollisesti myöskään ota kantaa, mihin päävelallisen tiedonantovelvollisuus perustui, ja edellyttikö rangaistusvastuu ylipäänsä vastuuasemaa.

Myös ratkaisuissa KKO 1995:24 ja KKO 1995:25 oli kysymys erehdyksen hyväksikäyttämisestä. Tapauksessa KKO 1995:24 A oli saanut Mäntsälän säästöpankista 250 000 markan lainan 28.11.1988. Lainan vakuudeksi hän oli antanut 100 000 markan talletuksen. A oli pyytänyt lai-

---

<sup>135</sup> Vrt. ns. dieselveropetokset.

naa hankkiakseen nahkatakkeja niitä myydäkseen. Hän kertoi ostaneensa 100 000 markalla nahkatakkeja, joita oli myynyt voitolla ja tappiolla. Loput rahat hän oli käyttänyt elämiseen, ryypäämiseen ja pelaamiseen. Kaupoista saadut rahat olivat hupenneet elämiseen ja totoon, joten myöhemmin hänellä ei ollut enää varoja lainan lyhennyksen maksamiseen. Hän oli jo aikaisemmin suostunut siihen, että vakuutena ollut vakuustalletus käytettiin toisen luoton maksuksi niin, että tuosta vakuudesta jäi Mäntsälän säästöpankista saatuun luottoon vain 2 681,45 markkaa. A oli ollut nimittäin päävelallisenä myös 4.11.1988 SHOP-Myyrmäestä myönnetyssä 165 000 markan luotossa ja takaajana 18.11.1988 X:lle Mäntsälän Säästöpankista myönnetyssä 238 000 markan luotossa. X oli puolestaan kyseisen A:n lainan takaajana. Pankinjohtaja oli ollut tietoinen A:lle ja X:lle Mäntsälän Säästöpankista myönnetyistä luotoista, mutta kumpikaan ei ollut selvittänyt muissa pankeissa jo olleita velkojaan ja takauksiaan. Näin he olivat *salanneet* todellisen maksuvalmiutensa pankinjohtajalta, jonka ei tosin ollut näytetty sitä edes tiedustelleen. Kihlakunnanoikeus kuitenkin katsoi, että kun A:lla oli ollut 28.11.1988 toisessa pankissa takauksia ja vastuita, joista hän ei ollut antanut pankinjohtajalle tietoa, hän oli erehdyttänyt pankinjohtajaa taloudellisesta asemastaan ja maksukyvystään myöntämään luoton. Vaikka hän oli osin käyttänyt luoton ilmoittamaansa tarkoitukseen, hänen menettelynsä kaupankäynnissä ja kaupankäynnin jälkeä katsottiin osoittavan, ettei hänellä ollut tarkoitusta maksaa lainaa takaisin. A tuomittiin törkeästä petoksesta.

Ratkaisussaan KKO:n enemmistö korostaa, ettei jutussa edes väitetty, että A olisi antanut virheellisiä tietoja muissa pankeissa olleista vastuisistaan. Se, ettei hän ollut oma-aloitteisesti niistä kertonut, ei yksinään riittänyt osoittamaan, että hänellä olisi lainaa anoessaan ollut petollinen tarkoitus jättää laina maksamatta. Lisäksi KKO katsoi, ettei A:lla ollut erehdyttämistarkoitusta tekohetkellä, koska

- a) hän harjoitti sitä liiketoimintaa, jonka rahoittamiseen laina myönnettiin,
- b) hän on kertonut käyttäneensä vain pienen osan lainasta elämiseen ja huvituksiin
- c) eikä se, että hän käytti samaan tarkoitukseen myös kaupankäynnistä saamansa varat, vielä osoita, ettei hänellä luottoa hakiessaan olisi ollut aikomustakaan maksaa sitä takaisin.

KKO hylkäsi syytteen. Yksi eri mieltä olleista oikeusneuvoksista perusteli syytteen hylkäämistä sillä, että pankki ei pyytänyt A:ta antamaan tietoja taloudellisesta asemastaan tai maksukyvystään. A:lta ei sen vuoksi voitu

kohtuudella vaatia, että hän olisi oma-aloitteisesti ilmoittanut muissa pankeissa olleista vastuistaan. Kaksi muuta, enemmistön kanssa eri mieltä ollutta jäsentä olisi tuominnut A:n petoksesta, koska tämän on täytynyt olla tietoinen siitä, ettei hän kykene maksamaan velkaansa takaisin. Pankin selonottovelvollisuutta korostava perustelu on mielestäni enemmistön perusteluja vakuuttavampi. Sen ei voida katsoa olleen perustellussa vilpittömässä mielessä, koska se ei ole täyttänyt selonottovelvollisuuttaan, vaikka sitä voitiin kohtuudella siltä vaatia.

Ratkaisu 1995:25 on edellisen peilikuva. A oli anonut pankista lainaa kertoen aloittavansa nahkavaatteiden maahantuonnin Italiasta. Hän ei menetellyt niin, vaan käytti lainaamansa rahat pääasiassa huvitteluun. A, jolla ei ollut säännöllisiä tuloja eikä sanottavasti varallisuutta, oli luovuttanut luottonsa vakuudeksi pankille talletustodistuksen, jolle oli talletettuna hänen toisesta pankista lainaamiaan varoja. A jätti lainan korot ja lyhennykset jo koron ensimmäisestä erääntymispäivästä lukien kokonaan maksamatta. A:n menettely osoitti KKO:n enemmistön mukaan, ettei hänellä ole ollut alun perinkään tarkoitusta maksaa lainaa takaisin. A:n katsottiin erehdyttäneen pankin konttorinjohtajan myöntämään hänelle lainan, jonka maksamatta jäämisestä pankille on aiheutunut vahinkoa. Molemmissa ratkaisuissa on olennaisilta osin kysymys tahallisuuden ajankohdasta. Petoksen rangaistavuus edellyttää, että tekijällä oli hyötymis- tai vahingoittamistarkoitus tekohetkellä, esimerkkitapauksissa neuvotteluvaiheessa mutta viimeistään luottosopimuksen allekirjoitushetkellä.

Erehdyksen hyväksikäyttämisestä ja tiedonantovelvollisuuden rikkomisesta oli kysymys myös Rovaniemen hovioikeuden lainvoimaisessa ratkaisussa RHO 2001:21. Poroihoiden lain 12 §:n mukaan paliskunnan osakkaat osallistuvat sen toimintaan suorittamalla paliskunnalle lukuporojensa mukaisessa suhteessa vuosimaksun. Koska A oli jättänyt ilmoittamatta poroluetteloon hankkimansa 34 naarasporoa, hän oli menettelyllään hankkinut itselleen oikeudetonta taloudellista hyötyä maksamatta jääneinä lukuporomaksuina ja aiheuttanut lukuporomaksujen määräisen taloudellisen vahingon paliskunnalle. Lisäksi A aiheutti menettelyllään paliskunnan muille osakkaille myöhemmin vuosina raskaamman teurastusvelvoitteen. Raskaampi teurastusvelvoite on syntynyt siten, että lukematta jääneet porot ovat lisääntyneet ja osa niistä tai ne kaikki ovat saattaneet tulla merkityiksi seuraavana vuonna poroluetteloon. Tällöin paliskunnan porojen kokonaismäärä on kasvanut enemmän kuin on ollut suunniteltua, jolloin myös paliskunnan kaikille poronmistajille jakaantuva pakkoteurastusprosentti on kasvanut. Hovioikeus tuomitsi tältä osin A:n petoksesta. On syytä painottaa, että hovioikeus ei viittaa perusteluissaan tekotapaan



”erehdyksen hyväksikäyttäminen”, vaan käyttää ilmaisua ”on menettelyl-  
lään (tässä tapauksessa laiminlyönnillään) hankkinut/aiheuttanut”. Lisäk-  
si voidaan kyseenalaistaa, oliko A:lla tapauksessa vahingoittamistarkoi-  
tus. Jos tarkoituksellinen vahingoittaminen suljetaan pois, A:n tahallisuus  
voidaan perustella vain siten, että hänen on täytyntä käsittää, että teuras-  
tusvelvoitteen muuttuminen raskaammaksi on ilmoittamatta jättämisen varma  
tai varsin todennäköinen seuraus.

Jutun keskeinen kysymys oli kuitenkin se, oliko A:lla ollut poronhoito-  
lain 30 ja 47 §:n nojalla<sup>136</sup> velvollisuus ilmoittaa rangaistuksen uhalla pa-  
liskunnalle poroluetteloon merkitsemistä varten ne porot, jotka hän oli erot-  
tusten ulkopuolella ottanut hoidettavakseen omassa tarhassaan. Hovioi-  
keus toteaa ratkaisussaan, että poronhoitolain sääntelyn tarkoituksena on  
porojen lukemisen osalta, että kaikki poronomistajan porot tulisivat lue-  
tuiksi. Porojen lukemisella on keskeinen merkitys sen vuoksi, että poron-  
omistajan oikeudet ja velvollisuudet paliskuntaan nähden määräytyvät hä-  
nen porojensa lukumäärän perusteella. Hovioikeuden mukaan lain lähtö-  
kohtana on ollut, että porot tulevat luetuiksi poroerotuksissa. Poronhoito-  
lain 30 §:ssä on tämän lisäksi säädetty, että myös erotusten ulkopuolella  
käyttöön otetut porot on otettava luetteloon. Hovioikeuden tulkinnan mu-  
kaan omistajan käyttöön ottamisella erotusten ulkopuolella tarkoitetaan  
kaikkea sellaista puhtaiden porojen omistajahallintaan ottamista, jonka  
seurauksena porot eivät tule erotuksissa luetuiksi. Tällaisena käyttöön ot-  
tamisena on sen mukaan pidettävä ainakin puhtaan poron myymistä, tap-  
pamista, syömäporoksi ottamista tai omaan tarhaan hoidettavaksi ottamis-  
ta. Tätä tulkintaa tuki hovioikeuden mukaan myös paliskunnassa vallinnut  
käytäntö ja porotalousneuvojan kertomus. Myös A:n katsottiin käsittäneen  
tarhassaan olleet puhtaat porot käyttöön otetuiksi, koska hän oli aikaisem-  
min ilmoittanut paliskunnalle tarhastaan puhtaita poroja.

Poronhoitolain 30 §:ssä tai sen esitöissä ei kuitenkaan nimenomaisesti  
säädetä mitään siitä, miten poroerotusten ulkopuolella omistajain käyt-  
töön ottamat porot otetaan poroluetteloon. Kyseisessä säännöksessä tai  
muualla poronhoitolaissa ei ole nimenomaisia säännöksiä ilmoittamisvel-  
vollisuudesta vaikkakin poronhoitolain 47 §:n 2 kohta viittaa ilmoittamat-

---

<sup>136</sup> Poronhoitolain 30 §:n 1 momentin mukaan paliskunnan tehtävänä on laatia poroerotus-  
ten perusteella luettelo paliskunnan osakkaiden omistamista poroista eli poroluettelo. Sam-  
man lainkohdan mukaan poroluetteloon on otettava myös muut paliskunnan alueella hoi-  
dossa olevat porot samoin kuin porot, jotka omistajat erotusten ulkopuolella ovat ottaneet  
käyttöönsä. 47 §:n 2 kohdan nojalla henkilö, joka tahallaan jättää säädetyllä tavalla ilmoit-  
tamatta tai ilmoittaa väärin poroluetteloon porojensa lukumäärän, on tuomittava poronhoi-  
torikkomuksesta, ellei teosta muualla laissa ole säädetty ankarampaa rangaistusta.

ta jättämiseen. Näin ollen rangaistavuuden edellytyksenä oli myös se, voitiinko poronhoitolain 30 §:n katsoa täyttävän yksilöinti- ja ennustettavuusvaatimuksen eli oliko pykälän sisältämä ilmoitusvelvollisuus riittävän täsmällinen. Säännöksen sanamuoto ei sisällä poronomistajan *nimenomaista* ilmoittamisvelvollisuutta. Sitä on kuitenkin hovioikeuden mukaan tulkittava *järkevästi* poronhoitokäytäntöön ja poroluettelon tarkoitukseen nojautuen niin, että omaan käyttöön ottamiseen sisältyy myös velvollisuus saattaa siitä tieto tavalla tai toisella paliskunnalle poroluetteloon ottamista varten. A:n on esitetyn selvityksen mukaan täytynyt käsittää olevansa vastuussa siitä, että hänen tarhaamansa porot ovat oikein poroluetteloissa joko niin, että 1) hänen on ilmoitettava ne itse tai että 2) ne luetaan paliskunnan toimesta kulloisenkin käytännön mukaisesti.

Hovioikeuden mukaan paliskunnat olivat voineet sopia ilmoitusvelvollisuuden poistavista käytännöistä. Tällainen käytäntö toimisi oikeuttamisperusteena, jolloin ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöminen oikeudenvastaisuus poistuisi. Paliskunta B oli syyskokouksessaan 26.9.1997 tehnyt päätöksen siitä, että paliskunta lukee porot kotitarhoista keväällä 1998. Paliskunnan tekemä päätös merkitsi sitä, että A:lla ei enää poronhoitovuonna 1997–1998 ollut velvollisuutta itse ilmoittaa paliskunnalle tarhaansa olleita puhtaita poroja, vaan paliskunnan määräämien kolmen lukumiehen velvollisuutena oli ollut käydä lukemassa ne. A oli kuitenkin estänyt heiltä pääsyn poroaitaan ja lisäksi merkinnyt 19 poroa lukumerkillä ilman lupaa. A:n katsottiin siten hankkineen itselleen oikeudetonta taloudellista hyötyä salaamalla vaadinmäärään todellinen koko. A tuomittiin tältä osin petoksesta.

A:n toiminta oli tapauksessa selkeästi aktiivista (lukumiesten pääsyn estäminen, lupamerkintöjen luvaton lisääminen), joten tekotapana on erehdyttäminen. Hovioikeus kuitenkin tulkitsee tapauksessa poronhoitolain 30 §:ää teleologisesti, sillä se ei pysyttäydy sanamuodonmukaisessa tulkinnassa, vaan perustaa tulkintansa ilmiselvästi säännöksen tarkoitukseen. Analogiakielto huomioon ottaen tällaista tulkintaa tuskin olisi hyväksytty, jos A:n toiminta olisi ollut täysin passiivista.

## 9 SÄÄNNÖSVERTAILUA

Tässä jaksossa tarkastelen aluksi lyhyesti erityispetoksiksi lueteltavia sääntöjä sekä kirjanpitorikoksia. Tarkoitukseni on selvittää, voitaisiinko niistä ja niiden soveltamiskäytännöstä saada analogista tukea määriteltäessä erehdyksen hyväksikäyttämisen rangaistavuutta.

## 9.1 Veropetos

Veropetosäännöksen (RL 29:1)<sup>137</sup> tehtävänä on suojella julkisen vallan rahankeruuta. Jos petosrikoksessa tekijä ja uhri ovat lähtökohtaisesti tasa-vertaisia (he ovat horisontaalisessa suhteessa toisiinsa), niin veropetosrikoksessa tekijä on uhria lähtökohtaisesti ainakin auktoritatiivisesti heikompi (he ovat vertikaalisessa suhteessa toisiinsa). David vastaan Goljat -asetelma huomioiden ei ole ihme, ettei kansalaisten veromoraali aina kohoa kovinkaan korkealle. *Asko Lehtosen* mukaan veromoraali muodostuu yhtäältä verotukseen sisältyvästä yhteiskuntavastuusta ja joukkouskollisuudesta. Veromoraalin säilyminen edellyttää, että verotus ja verojako koetaan oikeudenmukaiseksi (järjestelmän legitimitettiin) ja verolakeja noudatetaan, koska niiden noudattaminen edistää yhteistä hyvää (normin ja sen tarkoituksen sisäistäminen).<sup>138</sup> Voidaan sanoa, että veropetokseen syylistyvä henkilö rikkoo velvollisuutensa edistää yhteistä hyvää.

Veropetoksen tekemuotoja on neljä. Näistä yleisin on *väärän tiedon antaminen* veron määräämiseen vaikuttavasta seikasta. Väärä ilmoitus voidaan antaa kirjallisesti (esim. veroilmoitus, kirjanpitoaineisto, ylipäänsä kaikki verotusta varten annettu materiaali), koneellisesti tai suullisesti (esim. verovalmistelijalle puhelimitse annettu tieto) eli aktiivisesti toimien. Rangaistavuus edellyttää, että tieto annetaan viranomaiselle, jonka päätöksillä saattaa olla vaikutusta verovelvolliselle määrättävään veroon eli tieto on *annettava viranomaiselle verotusta varten*.<sup>139</sup>

Verotusmenettelyssä molemmilla osapuolilla on velvollisuuksia, jotka turvaavat menettelyn asianmukaisuutta. *Verovelvollinen* vastaa siitä, että hän antaa verotusta varten oikeat tiedot sellaisessa muodossa ja laajuudessa, että veroviranomainen kykenee määräämään niiden perusteella veron sekä oikeanlaisena että oikeansuuruisena. *Veroviranomaisen* velvollisuutena on huolehtia, että verovalmistelussa huomioidaan kaikki verovelvol-

<sup>137</sup> ”Joka

1) antamalla viranomaiselle verotusta varten väärän tiedon veron määräämiseen vaikuttavasta seikasta,

2) salaamalla verotusta varten annetusta ilmoituksesta veron määräämiseen vaikuttavan seikan,

3) veron välttämistarkoituksessa laiminlyömällä verotusta varten säädetyn velvollisuuden, jolla on merkitystä veron määräämiselle, tai

4) muuten petollisesti aiheuttaa tai yrittää aiheuttaa veron määräämättä jättämisen tai sen määräämisen liian alhaiseksi taikka veron aiheettoman palauttamisen, on tuomittava veropetoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

<sup>138</sup> *Lehtonen* 1986 s. 13. Veromoraalista ja verovilpin syistä, ks. myös *Nuutila* 2004b, kohta verorikollisuus ja verokontrolli.

<sup>139</sup> *Nuutila* 2002b s. 1009–1010 ja *Sahavirta* 2004 s. 151.

lisen itsensä antamat ja ulkopuolisilta saadut tiedot ja että veroviranomaisen omat laskelmat, tulkinnat ja arvostukset ovat oikeita. Tiedon oikeellisuus arvioidaan luonnollisesti objektiivisesti.<sup>140</sup>

Veropetoksen toinen tekemuoto on verotusta varten annetussa ilmoituksessa tapahtuvan veron määräämiseen vaikuttavan seikan *salaaminen*. Salaaminen merkitsee verolaissa säädetyn ilmoitusvelvollisuuden rikkomista. Yleensä salaaminen edellyttää kokonaisten tulo- tai varallisuuslajien ilmoittamatta jättämistä tai veron määräämisen kannalta merkityksellisten tietojen ilmoittamista epätäydellisinä; tulojen ilmoittaminen liian pieniksi tulkitaan väärän tiedon antamiseksi.<sup>141</sup> Vastuun määräytymisen kannalta ei ole olennaista, katsotaanko toiminta (esim. tietojen antaminen epätäydellisinä) aktiiviseksi teoksi vai laiminlyönniksi. Veropetoksen tunnusmerkistössä edellytetään, että salaamisesta rangaistaan vain, jos se on tapahtunut verotusta varten annetussa ilmoituksessa – esim. veroilmoituksessa. Normiadressaatti on siten ilmoitettu selkeästi, joten vastuuaseman syntymisestä ei synny epäselvyyttä. Sanamuoto ilmaisee kokonaisuudessaan kiellon muodossa, että verovelvollisella on velvollisuus kertoa kaikki verotukseensa vaikuttavat tiedot oikeanlaisina. Verovelvollinen on siten suoraan lain perusteella vastuuasemassa, joten epävarsinaisen laiminlyöntivastuun soveltumista ei tarvitse erikseen tutkia

Salaamisen luonnetta voidaan luonnollisesti pohtia teoreettisesta näkökulmasta, vaikka seikka olisi merkityksellisen vastuumäärittelyn kannalta. Verotusmenettelyn kaltaisessa sosiaalisessa vuorovaikutuksessa tietojen ilmoittamatta jättäminen tai ilmoittaminen epätäydellisinä edellyttää yleensä tietoista päätöksentekoa ja suunnitelmallisuutta. Mielestäni tekijän tahallisuudella ei ole merkitystä teon luonnetta arvioitaessa. Pitkäkestoisen punninnan jälkeen tehty suunnitelmallinen toiminta veron välttämiseksi ei horjuta seikkaa, että salaamisen rikosoikeudellinen luonne painottuu laiminlyöntiin eikä aktiiviseen tekoon. Myös laiminlyönti voi olla suunnitelmallinen, perustuu toimintavelvollisuuteen sitten lainsäädännökseen tai erityiseen oikeudelliseen toimintavelvollisuuteen. KKO ei toisaalta ole tuominut ketään rangaistukseen tahallisesta epävarsinaisesta seurauksen estämättä jättämisrikoksesta.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> *Sahavirta* 2004 s. 152–153. Vakiintunut tulkintakanta lienee edelleen, ettei ns. vertailutietojen kautta veroviranomaiselle kulkeutunut väärä tieto täytä verotusta varten annetun väärän tiedon tunnusmerkistöä, jos verovelvollinen ei ole pyrkinyt vaikuttamaan sillä verotukseensa.

<sup>141</sup> *Nuutila* 2002b s. 1010–1011 ja *Sahavirta* 2004 s. 162–163.

<sup>142</sup> Ks. kuitenkin rajatapaus KKO 1986 II 70 ja Fränden kommentti siitä. *Frände* 2004 s. 245. Yleisesti ottaen kuolemantuottamuksen ja tapon raja on laiminlyöntivastuun kannalta

Petossäännöksen kolmas kohta koskee *ns. passiivista veropetosta*. 1.2. 1998 jälkeen veropetoksesta rangaistaan, jos veron määräämiseen välittömästi vaikuttava ilmoittamis- tai muu velvollisuus on laiminlyöty veron välttämistarkoituksessa. Rangaistavuus ei edellytä, että verovelvollista on nimenomaisesti kehoitettu antamaan ilmoitus, sillä ilmoitusvelvollisuus perustuu nimenomaisiin lainsäännöksiin (esim. VML 7 § ja VML 10.3 §).<sup>143</sup> Kysymyksessä on tyyppiesimerkki varsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, sillä toimintavelvollisuuden rikkominen on nimenomaisesti kriminalisoitu lain säännöksessä.

Passiivista veropetosta koskevan säännöksen ottamista rikoslakiin voidaan perustella useasta eri näkökohdasta. Ensinnäkin kriminalisoinnilla halutaan puuttua *ns. harmaaseen talouteen* ulottamalla verovalvonnan ulkopuolella toimivat (esim. arvonlisävelvollisesta toiminnasta ilmoittamatta jättäneet henkilöt) rangaistusvastuun piiriin. Toiseksi sääntöuudistus mahdollistaa laillisuusperiaatteen mukaisesti ennakkopidätysvelvollisuuden (tms. työnantajan tai -tekijän ilmoitusvelvollisuuden) laiminlyömisestä eli *ns. pimeiden palkkojen maksamisesta rankaisemisen*. Kolmanneksi säännöksellä pyritään turvaamaan verotusmenettelyn yhdenvertaisuus henkilöverotuksessa siirryttäessä veroehdotusmenettelyyn.<sup>144</sup> Säännös turvaa verotusmenettelyn asianmukaisuutta. Myös veropetossäännös turvaa perusteltuja vastavuoroisia odotuksia. Taustalla on ajatus, että kaikkien maksaessa veronsa asianmukaisesti yhteiskunnan kokonaisuus kasvaa.

Verorikoksen yhteydessä saattavat vaarantua myös yksilölliset oikeushyvät. Yksityisen edun ja julkisen edun – ja samalla petoksen ja veropetoksen – suhteesta antaa mielenkiintoisen esimerkin KKO:n ennakkopäätösratkaisu KKO 2004:74. Tapauksessa A:ta syytettiin petoksen yrityksestä, koska hän oli lisännyt suorittamistaan palveluista esittämäänsä laskuun arvonlisäveron, vaikka häntä ei ollut merkitty arvonlisävelvollisten rekisteriin. KKO hylkäsi syytteen, koska A oli suorittamistaan palveluista arvonlisäverovelvollinen, vaikka häntä ei ollut merkitty kyseiseen rekisteriin. KKO:n mukaan sillä, oliko A menettelyllään loukannut verottajan oikeuksia, ei ollut ratkaistavana olevassa tapauksessa merkitystä, koska siinä ratkaistiin ainoastaan A:n toiminnan merkitys palveluita ostaneisiin asiakkaiden nähden. Tapauksessa konkretisoituu syytesidonnaisuuteen olen-

---

mielenkiintoinen. Erityisen oikeudellisen toimintavelvollisuuden laiminlyömillä voi teoriassa surmata toisen tahallisesti. Ongelmana on, miten tahallisuus näytetään toteen. Myös tapaus KKO 1975 II 1 on tässä suhteessa ajatuksia herättävä.

<sup>143</sup> Nuutila 2002b s. 1011.

<sup>144</sup> Sahavirta 2004 s. 163.

naisesti liittyvä väittämistaakka. Syytesidonnaisuus edellyttää, ettei rikosprosessissa vastaajan syyksi lueta mitään muuta toimintaa, kuin mitä syytteen teonkuvaukseen sisältyy.<sup>145</sup> Tästä seuraa, ettei syyttäjän väite arvonlisäveron lisäämisestä väärin perustein laskuun riitä synnyttämään rangaistusvastuuta, jos tuomioistuimien katsoo näytetyksi, että syytetyllä oli oikeus arvonlisäveron perimiseen kuluttajalta. Veropetoksesta rankaiseminen olisi edellyttänyt, että syyttäjä olisi lisäksi väittänyt syytetyn laiminlyöneen arvonlisäverovelvollisesta toiminnasta ilmoittamisen ja arvonlisäveron tilittämisen.

Veropetosten yhteydessä keskeiseen asemaan nousee myös kysymys vastuun kohdistamisesta. Rikoslain yleisen osan uudistuksen yhteydessä vastuun kohdistamista koskevan yleissäännöksen tarvetta tarkasteltiin juuri laiminlyönnin rangaistavuuden yhteydessä. Harkinnasta huolimatta vastuun kohdentaminen jätettiin erityssääntelyn (esim. RL 47:7 ja 48:8) varaan. Pääasiallinen vasta-argumentti oli pelko siitä, että lukuisia yleisiä vastuun edellytyksiä sivuavaa kysymystä koskeva säännös muodostuisi liian väljäksi ja mitäänsanomattomaksi. Lainvalmisteluasiakirjoissa korostetaan erityisesti talousrikoksiin liittyviä näyttöongelmia.<sup>146</sup> Nuotion mukaan vastuun kohdentumisopissa on kysymys yksilövastuun painottumisesta yhteisövastuun kustannuksella. Tästä seuraa, että kunkin merkityksellisen toimijan vastuu punnitaan yksilöllisesti.<sup>147</sup> Yleisen osan uudistuksen yhteydessä rikoslakiin lisättiin säännös *oikeushenkilön puolesta toimimisesta* (RL 5:8)<sup>148</sup>. Säännöksen funktio ei varsinaisesti ole vastuun kohdistami-

---

<sup>145</sup> ROL 11:3:n mukaan tuomioistuimien saa tuomita vain siitä teosta, josta rangaistusta on vaadittu tai josta tuomioistuin voi omasta aloitteestaan lain mukaan määrätä rangaistuksen. Tuomioistuin ei ole sidottu rikosnimikkeeseen eikä lainkohtaan, jonka perusteella rangaistusta on vaadittu, vaan syytteessä esitettyyn teonkuvaukseen. Teonkuvauksella tarkoitetaan niitä oikeustositseikoiksi luokiteltavia rikoksen tunnusmerkistötekijöitä (tekomomentteja), joihin syytteen tueksi on nimenomaan vedottu. Väittämistaakka on vain syyttäjällä; säännös turvaa siten syytetyn puolustusmahdollisuuksia. Syytesidonnaisuudesta ja väittämistaakasta, ks. esim. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 397–401 sekä *Koponen* 2004a s. 158–172.

<sup>146</sup> Rikoslakiprojektin ehdotus 2000 s. 42–43 ja HE 44/2002 vp s. 40–41. Toisaalta ainakin Raimo Lahti kannattaa yleissäännöksen ottamista rikoslakiin. Ks. *Lahti* 2005 s. 1406. Lahti on muutenkin käsitellyt problematiikkaa laajasti. Ks. esim. *Lahti* 1998 s. 1271–1284.

<sup>147</sup> *Nuotio* 2003 s. 257. Nuotio olisi kaivannut hallituksen esitykseen lisäselvitystä osallisuusopin ja vastuunkohdistamisopin suhteesta.

<sup>148</sup> Lainkohta kuuluu seuraavasti: ”Yhteisön, säätiön tai muun oikeushenkilön lakimääräisen toimielimen tai johdon jäsen sekä oikeushenkilössä tosiasiallista päätösvaltaa käyttävä taikka sen puolesta työ- tai virkasuhteessa tai toimeksiannon perusteella muutoin toimiva henkilö voidaan tuomita oikeushenkilön toiminnassa tehdystä rikoksesta rangaistukseen siitä huolimatta, ettei hän täytä rikoksen tunnusmerkistössä tekijälle asetettuja erityisehto-

sessä. Rikoslain 5:8:ssa täsmennetään ne perusteet, joiden avulla ratkaistaan ongelma vastuun ulottamisesta oikeushenkilön puolesta rikoksen tehneeseen luonnolliseen henkilöön tilanteessa, jossa rikos on tehty oikeushenkilön toiminnassa, mutta vain oikeushenkilö tulee kysymykseen rikoksen tunnusmerkistön mukaisena tekijänä. Säännös auttaa ratkaisemaan aukkotilanteet, jotka syntyvät, kun kysymyksessä on joko erikoisrikos (esim. virka- tai työrikokset) tai rikos, jonka tunnusmerkistössä tekijäpiiri on muuten rajattu (esim. kirjanpitorikos). Sen sijaan pykälä ei poista kohdistamisongelmaa, joka liittyy rikoksiin, joiden tekijäpiiri on kuvattu avoimella ilmaisulla ”joka”. Petos ja veropetos lukeutuvat viimeksi mainittuihin säännöksiin.

Ratkaisussa KKO 2004:134 oli kysymys vastuun kohdistamisesta tai oikeammin oikean verovelvollisen määrittämisestä. A:n syyksi luettiin veropetos ensinnäkin sillä perusteella, että hän oli ilmoittanut hallinnoimansa yhtiön puolesta antamissaan arvonlisäveroilmoituksissa virheellisiä tietoja, joiden johdosta yhtiön maksettava arvonlisävero oli jäänyt liian alhaiseksi. A oli myös ottanut arvonlisäverojen tilittämättä jättämisen johdosta yhtiölle jääneitä varoja omaan käyttöönsä, mutta jättänyt ne ilmoittamatta henkilökohtaisessa verotuksessaan.

KKO totesi, että ilmoittamatta jättämistä koskevassa syytekohtassa verovelvollisena on ollut yhtiö X, jonka puolesta A:n on selvitetty antaneen virheellisiä, yhtiön maksettavan arvonlisäveron määrään vaikuttaneita tietoja. A katsoi, että koska kysymys on ollut arvonlisäveropetoksella saaduista rahavaroista, hän ei ole ollut oman verotuksensa osalta niistä ilmoitusvelvollinen. Sen vuoksi häntä ei olisi voitu tuomita rangaistukseen veropetoksesta ilmoittamatta jättämistä koskevan kohdan osalta. KKO:n mukaan kysymys oli kuitenkin yhtiön liiketoiminnan tuottamista varoista, jotka olivat päätyneet A:lle. Tapauksessa ei sen mukaan väitettykään, ettei A:lla olisi ollut oikeutta näihin varoihin. Näiden tulojen osalta verovelvollinen on ne itselleen saanut A, jonka olisi siten tullut ilmoittaa ne antamassaan veroilmoituksessa. Asian arviointiin ei KKO:n mukaan vaikuttanut se, että puheena olevat varat ovat todennäköisesti olleet A:n käytettävissä vain sen johdosta, ettei yhtiö ollut suorittanut sen maksettavaksi kuuluneita arvonlisäveroja.

---

ja, jos oikeushenkilö nuo ehdot täyttää. Jos rikos on tehty elinkeinonharjoittajan liikkeen kuuluvassa tai muussa oikeushenkilön toimintaan rinnastettavassa järjestäytyneessä toiminnassa, sovelletaan vastaavasti, mitä I momentissa säädetään oikeushenkilön toiminnassa tehdystä rikoksesta.

Mitä tässä pykälässä säädetään, ei sovelleta, jos asiasta muualla laissa säädetään toisin.”

Ks. myös HE 44/2002 vp s. 163–165 sekä *Lappi-Seppälä* 2004 s. 434–436.

Tapausta voidaan pitää erittäin selkeänä veropetoksen tyyppitapauksena. Sitä tarkasteltaessa käy hyvin ilmi kokonaisarvioinnin tarve kuten myös se, että verorikoksissa rikosoikeudellisesti merkittävä toiminta on usein sekoitus aktiivista erehdyttämistä ja salaamista. KKO:n ratkaisua voidaan pitää kuitenkin EIS 6 artiklassa säädetyn *ns. myötävaikuttamattomuusperiaatteen* näkökulmasta kyseenalaisena. KKO:n näkemys perustunee siihen, että ennen kuin A:ta syytettiin arvonlisäveropetoksesta, verovelkaa koskeva asia oli ensisijaisesti hallinnollinen asia. Tämä ei muuta seikkaa, että velvollisuus ilmoittaa arvonlisäveropetoksella saadut varat tuloverotuksessa merkitsee samalla velvollisuutta edesauttaa oman syyllisyytensä selvittämistä. Sanktion hallinnollisella tai rikosoikeudellisella luonteella ei ole merkitystä. Merkitystä on sillä, tulkitanko seuraus rangaistuksenluonteiseksi.<sup>149</sup> Vero- ja avustuspetoksiin liittyy olennaisesti hallinnollisen ja rikosoikeudellisen seuraamuksen yhteensovittamisen ongelma, jon-

---

<sup>149</sup> Ks. esim. EIT:n ratkaisut Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic -tapauksessa (23.7.2002) sekä Janosevic-tapauksessa (23.7.2002). EIT totesi, että valtion taloudellisilla intresseillä, jotka olivat merkittäviä perusteita, kun kysymys oli tehokkaan verojärjestelmän ylläpitämisestä, ei ollut samaa painoarvoa verokorotuksen välittömän täytäntöönpanon alueella kuin sen määräämisen alueella. Tämä johtui siitä, että vaikka veronkorotukset saattoivat koskea huomattavia rahasummia, niitä ei ollut tarkoitettu erilliseksi tulolähteeksi, vaan niillä pyrittiin pakottamaan verovelvollisia verolakien mukaisten velvollisuuksiensa noudattamiseen sekä rankaisemaan heitä rikkomuksista. EIT totesi, että teon rikosluonteisuutta osoitti myös potentiaalisen ja tosiasiallisen määrätyn seuraamuksen ankaruus. Molemmissa tapauksissa oli kysymys osaltaan myös *syyttömyysolettaman* rikkomisesta, kun veronkorotukset määrättiin lähinnä objektiivisten perusteiden nojalla kiinnittämättä huomiota verovelvollisen tahallisuuteen tai tuottamukseen ja kun päätökset pantiin täytäntöön ennen kuin tuomioistuimien oli vahvistanut maksuvelvollisuuden. Kuten EIT oli aiemmin todennut Salabiaku-tapauksessa (7.10.1988), sopimusvaltioilla oli periaatteessa tietyn edellytyksin valta säätää pelkkään objektiiviseen tosiseikkaan liittyviä rangaistuksia riippumatta siitä, johtuiko seikka rikollisesta tahallisuudesta tai tuottamuksesta. Kuitenkin Ruotsin verosäännösten mukaan tietyissä tapauksissa veronkorotuksia ei tullut määrätä tai niistä tuli myöntää vapautus. EIT viittasi verotuslain säännökseen, jonka mukaan veronkorotuksesta tuli myöntää vapautus mm. silloin, kun väärän tiedon ilmoittaminen tai veroilmoituksen antamatta jättäminen oli *anteeksiannettavaa tiedon laatuun tai muihin erityisiin seikkoihin nähden taikka kun korotuksen määrääminen olisi ilmeisesti kohtuutonta*. Veroviranomaisten ja tuomioistuimien tuli tutkia vapautusperusteiden olemassaoloa, vaikka verovelvollinen ei ollut tehnyt siitä vaatimusta. Kun toisaalta tutkimisvelvollisuus syntyi vain asianhaarojen antaessa siihen aiheutta, *todistustaakka vapautusperusteiden olemassaolosta oli tosiasiallisesti verovelvollisella*. Siten lähtökohtana viranomaisilla täytyi olla se, että epäselvyydet johtuivat anteeksiannettomasta syystä eikä ollut ilmeisesti kohtuutonta määrätä veronkorotusta. Vaikka EIT myönsi käännetyn todistustaakan olevan vastaajan kannalta raskas, EIS 6 artiklaa ei kuitenkaan katsottu rikotun syyttömyysolettaman osalta, koska vastaajat eivät olleet vedonneet laiminlyöntiensä annekseksiannettavuuteen, heillä oli muitakin puolustautumiskeinoja ja Ruotsin menetelmää voitiin pitää suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta kohtuullisena. Kursivoinnit olen lisännyt itse.



ka yhteydessä tulevat esille myös *ne bis in idem* -kieltoon liittyvät kysymykset.

Verolainsäädäntö on moniulotteisuudessaan vaikeaselkoista. Koska veropetossäännöksessä ei ole mahdollista luetella kaikkia tulevaisuudessa ehkä ilmeneviä tekotapamuotoja, on säännökseen otettu ns. *avoin tekotapatunnusmerkki*. Vaikka veron välttäminen ”muuten petollisesti” mahdollistaisi vastuun ulottamisen lukuisiin toimintatapoihin, tulkitaan tätä tunnusmerkistöä kuitenkin laillisuusperiaatteen mukaisesti suppeasti.<sup>150</sup> Säännöksen tavoitteena on helpottaa tulkintaongelmia tilanteessa, jossa veropetoksen tunnusmerkistöä muistuttava menettely toteutetaan muuten kuin aktiivisesti toimimalla. Petollisuus voi ilmetä muutenkin kuin aktiivisesti toimien.<sup>151</sup>

Tekotapatunnusmerkistön avoimuus antaa aiheen tutkia myös verorikoksia useiden osatekojen ja laiminlyöntien kokonaisuutena. Kokonaisarvostelun mahdollistaa ennen kaikkea se, että kaikki verorikokset rikkovat samaa oikeushyvää eli veronsaajien taloudellisia intressejä. Lisäksi laajoissa talousrikosvyyhdissä verorikokset ovat vain osa rikosketjua, jolloin niillä on merkitys sekä itsenäisinä rikoksina että rikossarjan osina (esim. rahanpesurikosten esirikoksina). Muun petollisen menettelyn määrittelyminen on erittäin tulkinnanvarainen ongelma, varsinkin kun vastuu ei ole aina johdettavissa niemenomaisen ilmoitusvelvollisuuden rikkomisesta (esimerkkeinä näennäiset oikeustoimet ja ns. dieselveropetokset). Tällaisissa tapauksissa on perusteltua tarkastella toimintaa ajallisesti ja paikallisesti laajana kokonaisuutena, jolloin yksittäisen veropetoksen rangaistavuus määräytyy kokonaisarvostelun perusteella<sup>152</sup>. Kokonaisarvostelun tulos on mielestäni se, ettei rangaistusvastuu seurauksen estämättä jättämisestä ulotu veropetosrikoksiin. Jos veropetos tulkitaan tehdyn muuten petollisesti, vastuu voidaan perustaa konkludenttiseen väärien tietojen antamiseen.

<sup>150</sup> Nuutila 2002b s. 1014 ja Sahavirta 2004 s. 167.

<sup>151</sup> HE 16/1997 vp s. 3. Muuten petollisesti tehty veropetos antaa mahdollisuuden ankkuroida vastuu epävarsinaisen laiminlyönnin konstruktion. Vastuu voidaan tietyissä tilanteissa ankkuroida edellä käyneeseen toimintaan (esim. dieselveropetokset) ja muu petollisuus voi ilmetä myös laiminlyöntinä. Tekijän motiivi (hyötymistarkoitus) ja rooli (verovelvollinen) viittaavat kuitenkin enemmän aktiiviseen harhauttamisoperaatioon kuin passiiviseen hyväksikäyttämiseen.

<sup>152</sup> Kokonaisarvostelussa tarkastellaan yhdessä vain verorikoksia. Ks. KKO 2004:122, jossa veropetoksen ei katsottu olevan polttoöljyn anastuksen jälkiteko, eli lainkonkurrensia ei ollut, koska veropetos ei ole anastusteen säännönmukainen jälkiteko (syytetty oli käyttänyt anastuksen jälkeen polttoöljyä dieselkäyttöisen autonsa polttoaineena tekemättä asianmukaista ilmoitusta ajoneuvohallitukselle).

Tähän liittyvän tyyppitapauksen saamme ratkaisusta KKO 2001:80. A oli käyttänyt dieselpolttoaineella toimivaksi tarkoitettussa henkilöautossa lievemmän valmisteverotuksen vuoksi halvempaa kevyttä polttoöljyä ja laiminlyönyt ilmoittaa tästä etukäteen silloisen moottoriajoneuvoverolain 20 §:n mukaisesti. Näin toimiessaan A oli menettelyllään aiheuttanut kevyen polttoöljyn tällaisesta käytöstä perittäväksi säädetyn lisäveron määräämättä jäämisen. Lisäveron tarkoituksena oli Vaasan hovioikeuden (jonka näkemystä KKO ei muuttanut) mukaan, että ajoneuvoissa ei käytettäisi liikennepolttoaineiden sijasta muita, lievemmin verotettuja tai kokonaan verottomia polttoaineita. Lisäveron tarkoitus ei siten ollut suoraan kerätä verotuloja veronsaajalle, vaan parantaa nestemäisten polttoaineiden valmisteveroista saatavaa verokertymää tekemällä lievemmin verotettujen tai verottomien polttoaineiden käyttö liikennepolttoaineina taloudellisesti kannattamattomaksi. Hovioikeus katsoi lisäveron tarkoituksesta johtuvan, että moottoriajoneuvoverolain 16 §:n 1 momentin mukaan määräytyvää lisäveron määrää ei ollut pidettävä ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöneen lievemmin verotettua tai verotonta polttoainetta käyttäneen verovelvollisen tavoittelemana taloudellisena hyötynä, vaan että tavoiteltuna hyötynä oli pidettävä ankarammin verotetun dieselöljyn ja käytetyn lievemmin verotetun tai verottoman polttoaineen välisestä hinnanerosta saatavaa hyötyä. Koska A oli KKO:n mukaan teollaan tavoitellut vain hintojen erotuksesta hänelle koituvaa hyötyä, hänen katsottiin syyllistyneen lievään veropetokseen.

Ratkaisun teleologiaan soveltamiseen viittaavat perustelut vaikuttavat oudoilta, jos niitä tarkastellaan puhtaasti veropetossäännösten tunnusmerkistön näkökulmasta. Veropetoksen tunnusmerkistössä edellytetään, että vero jää (kokonaan) määräämättä; ei sitä, että verottajalle aiheutuu tästä taloudellista vahinkoa. Hovioikeuden ja KKO yhteinen näkemys on ymmärrettävä niin, ettei A:ta voitu tuomita veropetoksesta, koska lisäveron perimättä jättämisestä ei aiheutunut sen oikeushyvän loukkaus, jota moottoriajoneuvolain 14 ja 20 §:n oli tarkoitus suojata. Rikosoikeudellisesti ilmaistuna normien suojelutarkoitus oli polttoöljyn käytön estäminen, ei verotulojen saaminen. Edelleen A:n tarkoituksena ei ollut nimenomaan polttoöljyn käyttäminen, vaan sen käytöstä aiheutuva taloudellinen hyöty. Tästä seurasi hovioikeuden ja KKO:n mukaan myös se, ettei A:lla ollut moottoriajoneuvolain 20 §:n mukaista ilmoitusvelvollisuutta.

Joka tapauksessa ratkaisu korostaa luottamuksensuojan ja avoimuuden merkitystä myös verottajan ja verovelvollisen suhteessa. Tietyissä mielessä kysymys on myös hyvän tavan vastaisuudesta ja kohtuudesta; siitä, millaista toimintaa odotettiin ja millaista toimintaa voitiin kohtuudella myös

vaatia. Olennaista on, että dieselpöytäisen auton haltija ei saanut käyttää hyväkseen mahdollisuutta käyttää autossaan kevyemmin verotettavaa polttoöljyä, koska hänen piti tietää moottoriajoneuvolain mukaisesta ilmoitusvelvollisuudesta. Vaikka nimenomaista ilmoitusvelvollisuutta voitiin soveltaa vastuuaseman perusteena, olisi vastuu voitu periaatteessa kytkeä myös konkludenttiseen erehdyttämiseen. A viestitti toiminnallaan (polttoöljyn tankkaaminen) sen virheellisen tiedon, että hän on maksanut lisäveron. Vastaavasti tullipaikan *kiertäminen* ”arvolastin” kera sisältää sen virheellisen ilmaisuuden, ettei henkilöllä ole tullattavaa.<sup>153</sup>

Toiminnan kokonaisvaltaisesta tarkastelusta saattaa seurata veropetosrikoksien kohdalla kuitenkin uusia tulkintaongelmia veronsaajan ja verovelvollisen välille. Onko keinotekoisessa järjestelyssä kysymys *verorikoksesta* (jolloin järjestelyä voidaan pitää veropetossäännöksessä tarkoitettuna mielessä petollisena) vai *veronkiertämisestä* (jolloin verovelvollinen on antanut oikeat tiedot, mutta järjestelyn ulkoinen muoto ei vastaa sen todellista sisältöä)? Niin tai näin, molemmissa tapauksissa verovelvollinen havittelee etua, joka ei verosäännöksen mukaan hänelle kuuluisi. Edellisessä tapauksessa toiminta on niin selkeästi petollista, että rikoksen tunnusmerkistö täyttyy; jälkimmäisessä on kysymyksessä verosäännöksen sanamuodon rankaisematon väärinkäyttö.<sup>154</sup> Näytön merkitys korostuu ratkaistaessa tällaisia tulkintakysymyksiä. Ilman riittävää näyttöä verovelvollisen toiminnasta ja sen tarkoituksesta häntä ei voida rangaista verorikoksesta, vaikka hänen toimintaansa voitaisiin pitää moraalisesti arveluttavana. Toiminnan sosiaalinen vahingollisuus ei synnytä rangaistusvastuuta, ellei toimintaa voida samaistaa johonkin rikostunnusmerkistössä kiellettyyn toimintaan.

## 9.2 Avustuspetos

Avustuspetossäännöksellä (RL 29:5) turvataan myös julkista etua. Toisin kuin veropetoksessa, kysymys on *julkisten varojen saamisesta petollisin keinoin*. Julkisen vallan intressi tarkkailla myöntämiensä avustusten saamisen ja käytön edellytysten tosiasiallista täyttymistä on suuri, koska julkisten avustusten osuus julkisen vallan budjetista on huomattava.<sup>155</sup> Avus-

<sup>153</sup> Vrt. siihen, mitä konkludenttisesta erehdyttämisestä edellä todettiin.

<sup>154</sup> Muuten petollisesti tehdystä veropetoksesta, ks. *Nuutila* 2002b s. 1014 ja laajemmin *Sahavirta* 2004 s. 167–172.

<sup>155</sup> *Nuutila* 2004c, kohta avustusvilppiä koskeva sääntely. Nuutilan mukaan valtion menoista n. puolet koostuu erilaatuisista avustuksista, kun taas EU:n budjetista avustusten osuus lähentelee 90 prosenttia.

tusten väärinkäytön kieltä koskee vuoden 1998 jälkeen Suomen valtion myöntämien tukien ohella myös EY-tukia. EU:n jäsenvaltiot sitoutuivat ns. yhteisöpetossopimuksella eli PIF-sopimuksella säätämään rangaistavaksi EY:n taloudellisiin etuihin kohdistuvat petokset. Sopimus velvoitti Suomea laajentamaan avustuspetoksen rangaistavuutta. RL 29:5:een lisätiinkin 1998 toinen tekotapatunnusmerkki, *avustuksen myöntämiseen vaikuttavan tiedon salaaminen*<sup>156</sup>. Avustuspetoksen rangaistavuus edellyttää tältä osin, että avustuksen myöntäjä on *nimenomaisesti määrittänyt erityisen oikeudellisen tiedonantovelvollisuuden kohteen ja laajuuden* esim. myöntämispäätöksessä. Avustusten luonne (niitä maksetaan varsin usein toistuvaissuorituksina tai avustuksen anomisen, anomuksen ratkaisemisen ja avustuksen saamisen välillä on yleensä pitkä aika) huomioon ottaen tiedonantovelvollisuus kytketään yleensä olosuhteiden muuttumiseen. Kuten verovelvollisen tai velallisen tiedonantovelvollisuuden ollessa kysymyksessä, avustuksen saajan tiedonantovelvollisuus tai viranomaisen tarkastusoikeus eivät Nuutilan mukaan riko ns. myötävaikuttamattomuusperiaatetta. Edes oikeudeton tukien nosto ei oikeuta *peittelemään rikosta uudella rikoksella*, esim. virheellisellä kirjanpitomerkinnällä.<sup>157</sup> Mielestäni vastaavia konkurrenssiongelmia ratkaistaessa on olennaista erottaa se, mitä tekijä ei saa tehdä (aktiivisesti) siitä, minkä tekemiseen tekijällä ei ole velvollisuutta EIS 6 artiklan nojalla<sup>158</sup>. Tapahtumien kulkua on lisäksi arvioitava tapauskohtaisesti kokonaisuutena, jotta kyetään ratkaisemaan, mikä on eri rikosten suhde toisiinsa sekä ajallisesti että asiallisesti, pitäen mielessä se, että EIS 6 artiklan *funktio painottuu vasta rikoksen ilmitulon jälkeiseen aikaan*, erityisesti rikosprosessiin kokonaisuudessaan.

### 9.3 Velallisen petos

Velallisen petosta koskevalla säännöksellä (RL 39:2) suojataan velkojien etuja konkurssi-, ulosotto-, velkajärjestely- tai saneerausmenettelyssä. Velallisen petoksen tunnusmerkistö voi täytyä *vain insolvenssimenettelyssä*; sen ulkopuolella saattaa täytyä velallisen epärehellisyden tunnus-

<sup>156</sup> Nuutila 2004c, kohta vuoden 1998 uudistus. Myös RL 29:9 määritelmäsäännöksen mukaan verot ja avustukset koskevat myös EY:lle maksettuja veroja ja siltä saatavia avustuksia.

<sup>157</sup> Nuutila 2004c, kohta informointivelvoite. Vrt. edellä veropetoksen yhteydessä esittämäni kritiikki, mutta myös jatkossa velallisen petoksen yhteydessä esittämäni näkökohdat.

<sup>158</sup> On päivän selvää, ettei rikosta saa peitellä esim. todistajia murhaamalla. Vastuu erillisestä kirjanpitorikoksesta voidaan perustella sillä, että kirjanpidon tarkoitus on antaa tietoa yrityksen tilasta, ei toimia rikosprosessin todistusaineistona.

merkistö. Säännöksessä kuvatuista tekotavoista tarkastelen tässä yhteydessä vain *omaisuuden salaamista*. Omaisuuden salaamisella tarkoitetaan, että velallinen jättää ilmoittamatta tiedon, jonka ilmoittamiseen hänellä on velvollisuus. Omaisuuserän *puhdas ilmoittamatta jättäminen* ilman peitelytoimenpiteitä sisältää suuren kiinnijäämisriskin, sillä ulkopuolinen taho valvoo pesän selvitystä. Sen sijaan omaisuuden *näennäinen siirtäminen vaeoikeustoimin* ilman todellista luovutustahtoa on huomattavasti vaikeampaa näyttää toteen. Salaaminen voi tapahtua myös siten, että *osakkeenomistaja ei merkitse* osakeyhtiön kirjanpitoon itselleen ja/tai läheiselleen yrityksestä nostamiaan *yksityisottoja* tai *osakaslainoja* ja *salaa ne vahvistessaan pesäluettelon oikeaksi*.<sup>159</sup>

Viimeksi mainitusta salaamistavasta oli kysymys ratkaisussa KKO 1998:97. Tapauksessa osakeyhtiön toimitusjohtaja (joka oli samalla yhtiön hallituksen ainoa jäsen) oli vannonut yhtiön pesäluettelon oikeaksi konkurssimenettelyssä. Vastaaja oli jättänyt kuitenkin ilmoittamatta noin 300 000 markan suuruisen velkansa yhtiölle. Konkurssi oli rauennut varojen puuttuessa. Toimitusjohtaja väitti, että yhtiön saatava oli arvoton, koska hän oli varaton ja hänen tulotasonsa oli alhainen. Arvottoman saatavan ilmoittamatta jättämisestä ei voinut vastaajan mukaan aiheutua kenellekään vahinkoa. KKO tuomitsi toimitusjohtajan velallisen petoksesta, koska se ei ollut saanut selvitystä siitä, että vastaaja olisi ollut pysyvästi maksukyvytön siten, että yhtiön häneltä olevaa saatavaa olisi pidettävä kokonaan tai osaksi arvottomana.

Salaamistapauksissa tahallisuus edellyttää Nuutilan mukaan sitä, että velallinen pitää vähintäänkin *mahdollisena* jonkin omaisuuserän jäämistä insolvenssimenettelyn ulkopuolelle. Velallisella on siten *selonottovelvollisuus* siitä, että pesäluettelo on sisällöltään oikea ja riittävä. Edes se, että pesäluettelon oikeaksi vahvistajan ei voida näyttää tienneen kirjanpitoon tulleesta virheestä, ei vapauta vanhojaa vastuusta. Vastuu on ankara, koska muuten tekijää ei voitaisi rangaista, jos hän tahallaan jättää tarkastamatta pesäluettelon.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Velallisen petoksesta laajemmin ks. esim. Nuutila 2004d ja tuoreen oikeuskäytännön arvioinnin osalta Tapani 2005 s. 19–25. Ks. myös Koponen 2004b s. 81–112, erityisesti s. 105–107, jossa hän käsittelee velallisen ilmoitusvelvollisuuden ja ns. myötävaikuttamattomuusperiaatteen suhdetta. Ks. myös KKO 2002:122, jossa tiedonantovelvollisuuden katsottiin kuuluvan siviilioikeudelliseen insolvenssimenettelyyn, ei rikosasiaan. Velallisella ei ollut siten oikeutta salata omaisuuttaan konkurssimenettelyssä. Ks. myös Nuutila 2001 s. 162–163 ja 166–167. Nuutilan kanta on samansuuntainen kuin KKO:n.

<sup>160</sup> Nuutila 2004d, kohta omaisuuden salaaminen. Ks. myös KKO 1995:64 (ään.).

## 9.4 Kirjanpitorikos

Kirjanpitorikossäännöksellä (RL 30:9)<sup>161</sup> turvataan sitä, että kirjanpito antaa oikeat ja riittävät tiedot yrityksen toiminnasta sekä sen tuloksesta ja asemasta. Tiedon riittävyys ja asianmukaisuus ovat tärkeitä ensinnäkin yritykselle itselleen, sen osakkeenomistajille, sopimus- ja liikekumppaneille (yms. intressitahoille) ja julkisyhteisölle (erityisesti veroviranomaisille). Kirjanpidon asianmukaisuus vähentää lisäksi taloudellisuuden rikollisuuden riskiä. Kirjanpidon vääristämisellä, laiminlyönnillä ja hävittämisellä olisi mielekäästä *peitellä muita talousrikoksia* ja vaikeuttaa niiden selvittämistä, elleivät kirjanpitorikoksen seuraamukset olisi riittävän ankarat.<sup>162</sup>

*Liiketapahtumien kirjaamisen tai tilinpäätöksen laatimisen laiminlyöminen* voi ilmetä velvoitteen täydellisenä tai osittaisena laiminlyömisenä, mutta myös menettelynä, joka on myöhemmin korjattu. Rangaistusvastuun edellytyksenä on kuitenkin, että laiminlyönti olennaisesti vaikeuttaa ”oikean ja riittävän kuvan” saamista kirjanpitovelvollisen taloudellisesta tuloksesta tai asemasta.<sup>163</sup> Se, onko oikean ja riittävän kuvan saaminen vaikeutunut, arvioidaan kirjanpitolain ja hyvän kirjanpitotavan pohjalta. Konkreettista vahinkoseurausta tai jonkun ulkopuolisen henkilön tosiasiallista erehtymistä ei edellytetä, sillä kirjanpitorikossäännös suojaa kirjanpidon ilmaisevan tiedon asianmukaisuutta sinänsä.<sup>164</sup>

Tekotavan *väärien ja harhaanjohtavien tietojen kirjaaminen* yhteydessä syntyy tulkintaongelmia termien ”oikea” ja ”harhaanjohtava” tulkitsemisestä konkreettisen tapauksen olosuhteissa<sup>165</sup>. Ongelmassa tiivistyy ran-

---

<sup>161</sup> Lainkohdassa on todettu: ”Jos kirjanpitovelvollinen, tämän edustaja, kirjanpitovelvollisessa oikeushenkilössä tosiasiallista määräysvaltaa käyttävä tai se, jonka tehtäväksi kirjanpito on toimeksiannolla uskottu 1) laiminlyö liiketapahtumien kirjaamista tai tilinpäätöksen laatimista vastoin kirjanpitolainsäädännön velvollisuuksia, 2) merkitsee kirjanpitoon vääriä tai harhaanjohtavia tietoja taikka 3) hävittää, kätkee tai vahingoittaa kirjanpitoaineistoa ja siten vaikeuttaa oikean ja riittävän kuvan saamista kirjanpitovelvollisen toiminnan taloudellisesta tuloksesta tai taloudellisesta asemasta, hänet on tuomittava kirjanpitorikoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

<sup>162</sup> *Rautio* 2002 s. 1054 sekä *Koponen – Sahavirta* 2004 s. 52. Koponen ja Sahavirta painottavat, että vuoden 2003 alussa voimaan astunutta säännöstä törkeästä kirjanpitorikoksesta tulisi soveltaa tosiasiallisesti; muuten rangaistuskäytäntö löystyy liiaksi.

<sup>163</sup> *Rautio* 2002 s. 1056. Laiminlyönnin mahdollinen jälkikäteinen korjaaminen ei poista teon rangaistavuutta, jos kirjanpito oli tekohetkellä virheellinen. Olennaisuusvaatimus rajaa vastuun ulkopuolelle esim. yksittäisen liiketapahtuman kirjaamisen laiminlyönnin. Kysymyksessä on varsinainen laiminlyöntirikos.

<sup>164</sup> *Rautio* 2002 s. 1057 sekä *Koponen – Sahavirta* 2004 s. 66.

<sup>165</sup> Hallituksen esityksessä 66/1988 vp *väärä* tieto merkitsee tyypillisesti täysin vailla tosiasiapohjaa olevaa tietoa, kun taas tieto on *harhaanjohtava*, jos sinänsä totuudenmukainen

gaistusvastuun yleispreventiivisten tavoitteiden ja tekijän subjektiivisen syyllisyyden vastakkainasettelu. Kirjanpitovelvollisella on objektiivisesti arvioituna laaja velvollisuus huolehtia tietojen asianmukaisuudesta, mutta tapauskohtaisia ja tekijää koskevia yksilöllisiä seikkoja ei voida sivuuttaa tulkintatilanteessa.

*Kirjanpitoaineiston vahingoittaminen* merkitsee esimerkiksi kirjanpitomerkintöjen tekemistä vaikeaselkoisiksi lisämerkinnöin tai virheellisin korjauksin taikka kirjanpitoaineiston saattamista lukukelvottomaksi. *Kirjanpitoaineiston hävittämiseen ja kätkemiseen* sen sijaan liittyy näyttöongelmia. Konkreettisesti tapauksessa on käytännössä mahdotonta selvittää, onko kirjanpitoaineisto tyystin tuhattu vai onko se salaisessa piilossa.<sup>166</sup> Kyseisellä jaottelulla ei ole merkitystä syytesidonnaisuuteen olennaisesti liittyvän väittämistäakaan kannalta. Kirjanpidon kokonaisvaltaisen laiminlyönnin erottaminen kirjanpidon hävittämisestä tai kätkemisestä on sen sijaan tässä suhteessa ongelmallinen tulkintakysymys. Syytesidonnaisuuden vaatimuksesta seuraa, ettei syyttäjän väite kirjanpidon laiminlyömisestä riitä synnyttämään rangaistusvastuuta, jos tuomioistuin katsoo näytetyksi, että kirjanpito onkin itse asiassa hävitetty tai kätetty – ja päinvastoin.<sup>167</sup>

RL 30:9a:n kvalifiointiperusteista<sup>168</sup> on syytä tarkastella erikseen kirjausten perustumista *sisällöltään vääriin tositteisiin*. Väriin dokumenttien (esim. kuittien) tekeminen viittaa selkeästi teon suunnitelmallisuuteen eli tekijän tietoiseen päätöksen antaa virheellinen ja siten kirjanpitoa vääristävä tosite. On kuitenkin syytä huomata, että myös kirjanpitorikoksen törkeyttä arvioitaessa tulee ottaa huomioon rikosteko ja siihen liittyvät olosuhteet kokonaisuudessaan. Kokonaisarvostelu on tärkeitä erityisesti, kun kirjanpito on laiminlyöty kokonaan. Pääsääntöisesti kirjanpitovelvollisuuden täydellinen laiminlyönti täyttää törkeän kirjanpitorikoksen tunnusmerkis-

---

tieto antaa asiansyhteytensä tai muusta syytä tapahtumista virheellisen kuvan. Ks. HE 66/1988 vp s. 90. Koposen ja Sahavirran mukaan harhaanjohtavia tietoja voivat olla tiedot, joiden asianmukaisuutta on mahdotonta varmistaa, koska riittävää todistusaineistoa ei ole. Ks. *Koponen – Sahavirta* 2003 s. 68.

<sup>166</sup> *Rautio* 2002 s. 1056.

<sup>167</sup> *Koponen – Sahavirta* 2004 s. 70.

<sup>168</sup> Lainkohdassa on todettu: ”Jos kirjanpitorikoksessa 1) liiketapahtumien kirjaaminen tai tilinpäätöksen laatiminen laiminlyödään kokonaan tai olennaisilta osiltaan, 2) väriin tai harhaanjohtavien tietojen määrä on huomattavan suuri, ne koskevat suuria summia tai ne perustuvat sisällöltään vääriin tositteisiin taikka 3) kirjanpito hävitetään tai kätetään kokonaan tai olennaisilta osiltaan taikka sitä vahingoitetaan olennaisilta osiltaan ja kirjanpitorikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksentehtyjä on tuomittava törkeästä vankeuteen kirjanpitorikoksesta vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.”

tön, mutta tapauskohtaiset olosuhteet (esim. liiketoiminnan olemattomuus tai vähäisyys) saattavat olla sellaiset, että kyseessä on perustunnusmerkistössä kuvattu kirjanpitorikos.<sup>169</sup>

## 9.5 Johtopäätös

Muista säännöksistä ei juurikaan saada analogista tukea tulkittaessa erehdyksen hyväksikäyttämisen sisältöä tai etsittäessä tiedonantovelvollisuuden synnyttäviä tilanteita. Syynä tähän on lähinnä se, että muissa säännöksissä tiedonantovelvollisuuden edellytykset sisältö, laatu ja ajankohta ovat tarkoin määriteltyjä. Lisäongelman tuo myös se, että osa säännöksistä suojaa välittömästi julkisen vallan etua. Suojeluobjektin erilaisuudesta seuraa, että velvollisuuden syntymistä on tarkasteltava eri näkökulmasta. Tiedonantovelvollisuuden syntyminen edellyttää käytännössä nimenomaista ilmaisua, jos kysymyksessä on julkisen intressin suojan tehostaminen rangaistuksella. Kahden yksityisen välisessä suhteessa horisontaalinen perusoikeuksien suojaaminen mahdollistaa sen, ettei tiedonantovelvollisuuden syntyminen edellytyksien tarvitse olla yhtä normatiivisesti määriteltyjä.<sup>170</sup>

## 10 YHTEENVETO EREHDYKSEN HYVÄKSIKÄYTTÄMISEN RANGAISTAVUUDESTA

*Jussi Tapanin* mukaan epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion soveltamisala jää petoksen osalta pieneksi.<sup>171</sup> Hänen mukaansa tämä perustuu etenkin sille, että taloudellisessa vuorovaikutuksessa jostakin olennaisesta seikasta vaikeneminen merkitsee tiedon välittämistä. Esimerkiksi

---

<sup>169</sup> *Koponen – Sahavirta* 2003 s. 72.

<sup>170</sup> Lisäksi on syytä huomioida, että julkisella vallalla on mahdollista langettaa myös hallinnollinen seuraamus. Kuten edellä totesin, niitä (esim. veronkorotusta) voidaan pitää tiettyin edellytyksin rangaistuksenluonteisina toisin kuin esim. hinnanalennusta tai vahingonkorvausta, joiden tarkoituksena on hyvittäminen, ei rankaiseminen.

<sup>171</sup> *Tapanin* mukaan epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktiota ei tarvita *normaalisti* muulloin kuin RL 21 luvun säännöksiä, erityisesti kuolemantuottamussäännöstä, tarkasteltaessa. Hän katsoo, ettei lainkäyttäjän normaalitilanteissa tarvitse ratkaista, onko rikosoikeudellisesti relevantti toiminta aktiivista tekemistä vai laiminlyönti, koska rikossäännöksessä kuvattu toiminta on normaalisti sekoitus aktiivista toimintaa ja laiminlyöntiä. Ks. *Tapani* 2004b s. 39. *Tapani* jättää kertomatta, millä erityisillä edellytyksillä RL 3:3.2 soveltuu muihin kuin henkeen ja terveyteen kohdistuviin rikoksiin.



taloudellisista vaikeuksistaan vaikeneva sopimuskumppani viestittää käyttäytymisellään olevansa maksukykyinen. Tapanin mielestä oikeudellisen vastuun määrittämistä ei ole syytä monimutkaistaa tarkastelemalla epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen edellytysten täyttymistä. Olennaisia kysymyksiä ovat, millaista informaatiota tekijä on informaatiollaan välittänyt, millainen selitysarvo vaikenemisella on, millaisten perusteltujen odotusten varaan vastapuoli saa perustaa päätöksentekonsa ja millaisia johtopäätöksiä hän saa tehdä sopimuskumppaninsa käyttäytymisestä.<sup>172</sup>

Tapanin näkemys perustuu sosiaaliseen teon teoriaan. Rikosoikeudellisen vastuun määrittämisen kannalta on olennaista, että tekijän ja uhrin välinen sosiaalinen vuorovaikutus petostilanteessa koostuu yleensä lukuisista merkityksellisistä teoista ja/tai laiminlyönneistä, joista useimmilla on informatiivinen luonne. Tällöin tapahtumasarja on pilkottava osiin ja arvioitava, mikä toiminnasta on osa psyykkistä vaikuttamista. Yksittäinen petosrikos saattaa siten koostua sekä erehdyttämisestä että erehdyksen hyväksikäyttämisestä. Kun psyykkiseen vaikuttamiseen sisältyy myös aktiivista toimintaa, ei tarvitse erikseen pohtia, täytyykö erehdyksen hyväksikäyttämisen rangaistavuudelle tavallisesti asetettava vastuuaseman vaatimus (kysymyksessä on tällöin *rinnakkainen erehdyksen hyväksikäyttäminen*). Psyykkinen vaikuttaminen muodostuu tällöin tekojen ja laiminlyöntien kokonaisuudesta, jonka luonne kallistuu aktiiviseen tai konkludenttiseen erehdyttämiseen. Toisaalta erityisen oikeudellisen toimintavelvollisuuden perusteeksi voitaisiin varsin usein katsoa vastuu tekijän edeltävästä toiminnasta (esim. myyjä kertoo ensin, että kaupan kohteena olevalla esineellä on ominaisuus, jota sillä ei ole ja sen jälkeen hän vaikenee jostakin muusta esinettä rasittavasta puutteesta).

Vaikeamman ongelman muodostaa konkludenttisen erehdyttämisen ja erehdyksen hyväksikäyttämisen erottaminen. Merkitseekö vaikeneminen esimerkiksi pitkäaikaisessa sosiaalisessa vuorovaikutussuhteessa konkludenttista tiedon välittämistä vai passiivista erehdyksen hyväksikäyttämistä? Ratkaisun voi tehdä vain tapauskohtaisesti selvittämällä, minkälaisia tapoja osapuolten välille on syntynyt ja millaisia vastavuoroisia odotuksia kyseisiin tapoihin liittyy. Jos osapuolet ovat aktiivisesti informoineet toisiaan liikesuhteeseen vaikuttavista asioista, vahvistuu vastavuoroisiin odotuksiin perustuva luottamussuhde. Jokainen laiminlyönti viestittää välinpitämättömyyttä jotakin toimintaa kohtaan. Rangaistavaa välinpitämättömyys on vain, jos tekijällä oli nimenomaiseen tai erityiseen oikeudelliseen velvollisuuteen perustuva velvollisuus estää seuraus syntymättä. Ei ole

<sup>172</sup> *Tapani* 2004a s. 160–166.

laillisuusperiaatteen mukaista tulkita erehdyksen hyväksikäyttämisen olevan aina konkludenttista erehdyttämistä. Konkludenttiseen erehdyttämiseen kuuluu nimittäin vaikenemisen ohella aktiivista toimintaa, joka ei sisällä kielellistä ilmaisua (esim. aterian *syöminen* ravintolassa, bensiinikäyttöisen auton *tankkaaminen* dieselöljyllä). Oli liiketapa kuinka pitkäaikainen ja vakiintunut tahansa tai osapuolten välinen luottamussuhde raudanluja, ei vaikeneminen sisällä pelkästään suullisten ja kirjallisten viestien vaihtamiseen perustuvassa sopimuksentekotilanteessa sellaista käyttäytymisellä ilmaisemista, jota konkludenttiselta erehdyttämiseltä vaaditaan. Tällöin kysymykseen tulee vain seurauksen estämättä jättämisrikos, eli petoksen rangaistavuus edellyttää, että erehdystä hyväksi käyttäneellä oli erityinen oikeudellinen velvollisuus korjata virheellinen tieto.

Rajanvetoa vaikeuttaa se, että säännöksen sanamuoto ”erehdyksen hyväksikäyttäminen” viittaa passiiviseen toimintaan eli laiminlyöntiin – voitaisiin sanoa jopa yksinomaan. Toisaalta rangaistusvastuu perustuu tekijän motiiveihin eli tahalliseen hyötymis- tai vahingoittamistarkoitukseen, eikä niinkään erityiseen oikeudelliseen toimintavelvoitteeseen, jonka tehtävänä on lähinnä ilmaista huolellisen toiminnan mittapuu. Mielestäni ongelmia on hedelmällisintä lähestyä negatiivisen teon teorian kautta. Rangaistusvastuun kannalta ei ole olennaista ratkaista, onko kysymyksessä aktiivinen teko vai laiminlyönti.<sup>173</sup> Olennaisia seikkoja ovat sen sijaan, että vahinkoseuraus (taloudellinen vahinko uhrille) on aiheutunut, koska tekijä ei ole välttänyt vältettävissä olevaa (korjannut erehdystä) vaikka hänellä oli siihen mahdollisuus (tietoisuus erehdyksestä) ja velvollisuus (yhtäältä joko lainsäädäntöön tai tapanormistoon perustuva informointivelvollisuus, toisaalta velvollisuus olla käyttämättä hyväksi erehdystä hyötymis- tai vahingoittamistarkoituksessa). Toiminnan rikosoikeudellisen merkityksen määrittelyä ei ole syytä vaikeuttaa tarpeettomalla filosofoinnilla. Olennainen kysymys on sangen yksinkertainen: onko kysymyksessä tekijän tahdonvaltainen toiminta, joka täyttää rikoksen tunnusmerkistön ja on hänen velvollisuuksiensa vastainen.

---

<sup>173</sup> Toisaalta esim. Nuotio pitää laiminlyöntivastuuta toissijaisena suhteessa aktiiviseen tekoon perustuvaan vastuuseen. Nuotio ei kannata näkemystä, että kaikki rikosvastuu sidotaisiin vastuuasemaoppiin ja siten myös laiminlyöntivastuuseen. *Nuotio* 1998 s. 288–289.

## LOPUKSI

Olen tarkastellut tässä artikkelissa laiminlyönnin rangaistavuuden ja tiedonantovelvollisuuden rikkomisen suhdetta petosrikoksen näkökulmasta. Tarkastelun tuloksena voin tehdä sen johtopäätöksen, että toiminnan rikosoikeusteoreettisella luonteella saattaa olla ratkaiseva merkitys ratkaistaessa tapauksia, joissa tiedon asianmukaisuuteen liittyy taloudellinen intressi. Tämä johtuu siitä, ettei laillisuusperiaate juurikaan anna mahdollisuutta ulottaa vastuuta seurauksen estämättä jättämisestä talousrikoksiin. Taustalla on periaate, ettei kenelläkään ole velvollisuutta huolehtia toisten taloudellisista eduista ilman erityistä oikeudellista velvollisuutta. Yleensä tämä erityinen oikeudellinen velvollisuus toimia perustuu nimenomaiseen lainsäädännön määräykseen tai sopimus- tai liikesuhteeseen liittyviin vakiintuneisiin tapoihin.

Lainsäädännökset tai vakiintuneeseen käytäntöön perustuvat sosiaaliset tapanormit turvaavat usein sosiaalisesti merkittävän toiminnan jouhevuutta. Taloudelliset vaihdantasuhteet ja verotusmenettely perustuvat osapuolten väliselle sosiaaliselle vuorovaikutukselle. Kommunikaation sujuvuuden kannalta on tärkeätä, että kaikilla osapuolilla on oikeat ja riittävät tiedot kaikista merkityksellisistä seikoista. Sen vuoksi tiedon asianmukaisuus ja riittävyys on syytä turvata myös nimenomaisia kieltoja ja toimintavelvoitteita sisältävin rikossäännöksin.

Henkilön oikeus saada tietoa häntä koskevista seikoista on tärkeätä kaikissa ihmisten välisissä sosiaalisissa suhteissa. Sosiaalisille suhteille on kuitenkin tyypillistä, että niissä on aina vähintään kaksi osapuolta. Sosiaaliset suhteet merkitsevät siten vuorovaikutusta, jossa kaikilla osapuolilla on omat velvollisuutensa. Vaikka toisella osapuolella olisikin tiedonantovelvollisuus, on toisella osapuolella velvollisuus tulkita kaikkea saamaansa informaatiota parhaan kykynsä mukaan. Tämä ei kuitenkaan kavenna tietoja vääristäväen tai salaavan henkilön vastuuta kuin aivan poikkeuksellisissa olosuhteissa. Pääsääntöisesti meillä on perusteltu aihe olettaa, että muut noudattavat normeja (olivat ne sitten lainsäädännöksiä tai hyviä tapoja), jos me itse noudatamme niitä.

## LÄHDELUETTELO

### Kirjallisuus

- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi*: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Tammi, Helsinki 1977.
- Ashworth, Andrew*: Principles of Criminal Law. 2. edition. Clarendon Press, Oxford 1995.
- Asp, Petter*: Straffansvar vid brottsprovokation. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.
- Asp, Petter*: Underlåtenhet och upplysningsplikt – anteckningar i ljuset av NJA III och NJA 1978 s. 398. I Floris juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg. s. 23–43. Iustus förlag, Uppsala 2002.
- Backman, Eero*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. 1. osa. Lakimies 1988 s. 770–801.
- Backman, Eero*: Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1992.
- Ekelöf, Per Olof*: § 1 Inledning. I Rättegång. Första häftet. 8., reviderad upplagan. Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik. s. 13–95. Norstedts juridik, Stockholm 2002.
- Feinberg, Joel*: Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. Oxford University Press, New York 1984.
- Frände, Dan*: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Juridiska förening i Finland, Ekenäs 1989.
- Frände, Dan*: Allmän straffrätt. Forum Iuris, Helsingfors 2004.
- Hahto, Vilja*: Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvaus-oikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysisistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita Prima Oy, Helsinki 2004.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Toinen, korjattu painos. Helsinki 1967.
- Jakobs, Günther*: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage. Walter de Gruyter, Berlin 1993.
- Jareborg, Nils*: Straffrättens ansvarslära. Iustus Förlag, Uppsala 1994.
- Jareborg, Nils*: Straffrättens gärningslära. Norstedts Juridik, Malmö 1995.
- Jareborg, Nils*: Allmän kriminalrätt. Iustus Förlag, Uppsala 2001.
- Jeschek, Hans-Heinrich*: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Kaisto, Janne*: ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Varallisuussoikeudellinen tutkimus perustelun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4 sekä VKL 14 §:n mukaan. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1997.
- Kartio, Leena*: Esineoikeuden perusteet. 2., uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001.
- Kindhäuser, Urs*: Betrug. Teoksessa Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 5. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
- Klami, Hannu Tapani*: 1 § Johdanto. Teoksessa Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään 1. Yksityisoikeus (toim. Timonen, Pekka). s. 1–60. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Knuts, Märten*: Den som i legen ger... – en straffrättslig granskning av samtycke till HIV-sex. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 5/2001. s. 409–425.
- Koponen, Pekka*: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004. (Koponen 2004a)

- Koponen, Pekka*: Velallisen rikokset. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus (toim. Lahti, Raimo ja Koponen, Pekka). s. 81–113. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004. (*Koponen* 2004b)
- Koponen, Pekka – Sahavirta, Ritva*: Kirjanpitorikokset. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus (toim. Lahti, Raimo ja Koponen, Pekka). s. 52–80. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Korva, Mika*: Vahingonkorvaus informaatiohäiriön seurauksena. Defensor Legis 3/2004 s. 432–454.
- Koskinen, Pekka*: 6 § Rikosoikeus. Teoksessa Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään 2. Rikos- ja prosessioikeus sekä julkisoikeus (toim. Timonen, Pekka). Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Koskinen, Pekka*: Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. Lakimies 3/2004 s. 516–520.
- Kühl, Kristian*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Verlag Franz Vahlen, München 2002.
- Lackner, Karl*: Betrug. Teoksessa Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. 10. Auflage. s. 1–73. Walter de Gruyter, Berlin 1998.
- Lahti, Raimo*: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. Lakimies 8/1998 s. 1271–1284.
- Lahti, Raimo*: Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio): Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. s. 137–153. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.
- Lahti, Raimo*: Zur Kriminal- und Strafrechtspolitik des 21. Jahrhunderts. Der Blickwinkel eines nordisches Wohlfahrtsstaats und dessen Starrechtskodifikation. Im Menschenrechts Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. s. 1393–1408. Verlag C. H. Beck, München 2005.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. Lakimies 5/2003 s. 751–788.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III. Lakimies 3/2004 s. 422–450.
- Lappi-Seppälä, Tapio – Nuutila, Ari-Matti*: RL 21: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa Rikosoikeus. 2., uudistettu painos. s. 741–814. WSOY, Helsinki 2002. (*Lappi-Seppälä – Nuutila* 2002a)
- Lappi-Seppälä, Tapio – Nuutila, Ari-Matti*: RL 23: Liikenne rikokset. Teoksessa Rikosoikeus. 2., uudistettu painos. s. 819–878. WSOY, Helsinki 2002. (*Lappi-Seppälä ja Nuutila* 2002b)
- Lehtonen, Ask*: Veropetoksesta. RL 38 luvun 11 §:n 1 momentin tunnusmerkistöstä lähinnä tulo- ja varallisuusverotuksen kannalta. Suomen lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1986.
- Livson, Mikael*: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. Delictum commissivum per omissionem. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1949.
- Matikkala, Jussi*: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Helsingin yliopisto, Helsinki 1995.
- Nuotio, Kimmo*: Teko, vaara ja seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1998.
- Nuotio, Kimmo*: Tieto, tahto ja oikeudellinen vastuu – perustavien kysymysten äärellä. Oikeus 2000:1 s. 15–34.

- Nuotio, Kimmo*: Lainsäätäjän rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio): Pekka Koskisel-le 1.1.2003 omistettu. s. 243–269. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Nuutila, Ari-Matti*: Ostaisitko tuolta mieheltä käytetyn auton? – Petoksen tunnusmerkeistä liikesuhteissa. Teoksessa Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998 (toim. Kumpula, Anne). Turun yliopisto, Turku 1998.
- Nuutila, Ari-Matti*: Saako rikoksella saadut varat salata ulosotossa ja verotuksessa? Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta (toim. Ahonen, Timo). s. 157–185. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2001.
- Nuutila, Ari-Matti*: RL 36: Petos ja muu epärehellisyys. Teoksessa Rikosoikeus. 2., uudistettu painos. s. 1153–1184. WSOY, Helsinki 2002. (*Nuutila* 2002a).
- Nuutila, Ari-Matti*: RL 29: Rikokset julkista taloutta vastaan. Teoksessa Rikosoikeus. 2., uudistettu painos. s. 991–1034. WSOY, Helsinki 2002. (*Nuutila* 2004b)
- Nuutila, Ari-Matti*: Avustuspetos (RL 29:5). Teoksessa Rikosoikeus. WSOY Juridiikka-online. www.wsoypro.fi 9.5.2005. (*Nuutila* 2004c)
- Nuutila, Ari-Matti*: Petos (RL 36:1). Teoksessa Rikosoikeus. WSOY, Juridiikka-online. www.wsoypro.fi. 20.10.2004. (*Nuutila* 2004a)
- Nuutila, Ari-Matti*: Veropetos (RL 29:1). Teoksessa Rikosoikeus. WSOY, Juridiikka-online. www.wsoypro.fi. 9.5.2005. (*Nuutila* 2004b)
- Nuutila, Ari-Matti*: Velallisen petos (RL 39:2). Teoksessa Rikosoikeus. WSOY, Juridiikka-online. www.wsoypro.fi. 9.5.2005. (*Nuutila* 2004d)
- Ohisalo, Jussi*: Talousrikosprosessin teoriaa ja käytäntöä. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus (toim. Lahti, Raimo – Koponen, Pekka). s. 17–48. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Palmén, Harri*: Laiminlyöntirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavelvollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisessa. Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitos, Helsinki 1978.
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus oikeus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2000.
- Rautio, Ilkka*: RL 30: Elinkeinorikokset. Teoksessa Rikosoikeus. 2., uudistettu painos. s. 1035–1060. WSOY, Helsinki 2002.
- Roxin, Claus*: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2. Auflage. Walter de Gruyter, Berlin 1973.
- Roxin, Claus*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Auflage. C.H. Beck, München 1997.
- Roxin, Claus*: Täterschaft und Tatherrschaft. 7. Auflage. Walter de Gruyter, München 2000.
- Saarnilehto, Ari*: Sopimuksen pätemättömyys. Teoksessa Varallisuus oikeus (toim. Saarnilehto, Ari – Hemmo, Mika – Kartio, Leena). s. 375–404. WSOY, Helsinki 2001.
- Sahavirta, Ritva*: Verorikokset. Teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus (toim. Lahti, Raimo ja Koponen, Pekka) s. 141–206. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Ståhlberg, Kaarlo L.*: Petoksesta. Erityisesti pitäen silmällä erehdyksen aikaan saamista ja vireillä pitämistä sekä rahan tai tavarain tappiota. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1964.
- Tapani, Jussi*: Petos liikesuhteissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004. (*Tapani* 2004a)
- Tapani, Jussi*: Rikosvastuun yleiset edellytykset. Teoksessa Rikosvastuu ja sen toteuttaminen. Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti. s. 1–100. Joensuun yliopisto, Joensuu 2004. (*Tapani* 2004b)

- Tapani, Jussi*: Omaisuuden salaaminen yksityishenkilön velkajärjestelyssä – rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen laitamilla. *Defensor Legis* 1/2005 s. 15–26.
- Telaranta, Kaarlo Armas*: Sopimusoikeus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1990.
- Tolvanen, Matti*: Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1999.
- Vanhanen, Teemu*: Rikoskumppanuutta vai avunantoa – onko sillä merkitystä? Tutkimus rikoksen tekemisen ja avunannon rajanvedosta varkaus- ja väkivaltarikoksissa. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2004.
- Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Wilhelmsson, Thomas*: Social Civilrätt. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1987.
- Virtanen, Jussi*: Rikosoikeuden yleiset opit ja oikeuslähdeoppi. *Lakimies* 6/2004 s.1048–1071.

## Virallislähteet

- HE 66/1988 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 16/1997 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Rikoslain 29 luvun 1 §:n muuttamisesta.
- HE 44/2002 vp* Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- LavM 28/2002 vp* Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- Rikoslakiprojektin ehdotus*. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/2000. Helsinki.

## OIKEUSTAPAUKSET

### *Korkein oikeus*

- KKO 1931 II 160  
 KKO 1939 II 448  
 KKO 1953 II 3  
 KKO 1956 II 61  
 KKO 1975 II 1  
 KKO 1977 II 11  
 KKO 1978 II 110  
 KKO 1986 II 70  
 KKO 1992: 28  
 KKO 1994:101  
 KKO 1995:24  
 KKO 1995:25  
 KKO 1995:64  
 KKO 1996:149  
 KKO 1998:97  
 KKO 2001:80

*Jussi Virtanen*

KKO 2002:122  
KKO 2004:74  
KKO 2004:109  
KKO 2004:134

*Rovaniemen hovioikeus*

RHO 2001:21

*Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*

ECHR 7.10.1988 Salabiaku v. France  
ECHR 23.7.2002 Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden  
ECHR 23.7.2002 Janosevic v. Sweden

*Yhdysvallat*

Jones v. United States (308 F. 2d 307 D.C.Cir.) 1962

## LYHENNELUETTELO

art.	artikla
BGB	Bürgerliche Gesetzbuch
HE	hallituksen esitys
ECHR	European Court of Human Rights
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EIS	Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus
esim.	esimerkiksi
KKO	Korkein oikeus
ks.	katso
LavM	lakivaliokunnan mietintö
ns.	niin sanottu
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista
PL	Suomen perustuslaki
RL	rikoslaki
RHO	Rovaniemen hovioikeus
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa
s.	sivu
ss.	kyseinen sivu ja sitä seuraavat sivut
TLL	tieliikennelaki
tms.	tai muuta sellaista
yms.	ynnä muuta sellaista
v.	versus
VML	laki verotusmenettelystä
vp	valtiopäivät
vert.	vertaa



*Jussi Virtanen*

## FRAUD BY OMISSION

In this article the writer examines the conditions for criminal liability. The premise is whether or not we can punish for a fraud committed by omission. The article is divided into two main chapters. In the first chapter the focus is on the general conditions for criminal liability. In the second chapter the writer examines the rules concerning the offence of fraud.

The new provisions in the general part of the Finnish Penal Code entered into force on 1 January 2004. In the chapter 3 are defined the general conditions for criminal liability. In that chapter, section 3 lays down the conditions for criminal liability for omission. According to section 3(1) a person is guilty of criminal offence committed by omission if he has neglected to act in a way that has been specifically defined in law. According to section 3(2), failure to prevent a consequence that meets the statutory definition of an offence may lead to criminal liability if the person has a special legal duty to prevent the consequence. Such a duty may be based on 1) an office, function or position, 2) the relationship between the offender and the victim, 3) the assumption of an assignment or a contract, 4) the action of the offender in creating danger or 5) another comparable reason. In the first chapter the writer defines more thoroughly such concepts as omission and act and their place in the legal system. The main argument is that liability for not to act should always be based on the need to protect the most profound rights of other people.

In the second chapter the writer examines how the general conditions for criminal liability relate to the special conditions for criminal liability. The main question is what the legal significance of the concept "use another's mistake in order to get financial benefit or to cause financial harm" is. That concept is defined in the section 1 of the chapter 36 of the Finnish Penal Code concerning the offence of fraud. The writer argues that in order to be guilty of fraud committed by omission the person has to have a special legal duty to inform another person of all necessary things relating to their relationship. After having examined for example cases from the Finnish Supreme Court the writer states that such a duty to prevent a harmful consequence by informing the other person can be based on 1) specially definition in law, 2) the assumption of a contract or 3) the action of the offender in creating danger. The writer also compares offence of fraud to other offences of similar kind and comes to conclusion that rules concerning such offences as tax fraud (chapter 29, section 1 of the Finnish Penal Code) have so different role in the legal system that they don't offer much help in solving the problems concerning the offence of fraud.



---

# Kirjoittajat

## **Janne Aer**

OTT, hallinto-oikeustuomari, Helsingin hallinto-oikeus

## **Outi Anttila**

OTK, tutkija, Helsingin yliopisto

## **Kaarlo Hakamies**

OTK, varatuomari

## **Iiro Lähdevuori**

OTK, notaari

## **Tapio Määttä**

OTT, ympäristöoikeuden professori, Joensuun yliopisto

## **Jukka Viljanen**

HTT, julkisoikeuden yliassistentti, Vaasan yliopisto

## **Jussi Virtanen**

OTK, tutkija, Turun yliopisto



---

# Oikeustiede–Jurisprudentiassa I:1971– XXXVIII:2005 ilmestyneet artikkelit

- Aalto, Tiina* PK 25 luvun soveltamisesta sekä pesän osakkaiden asemasta. XXI:1988 s. 5–51.
- Aarnio, Aulis* Man and the Changing Society. Some Thoughts on Leo Tolstoy’s Conception of History. XVI:1982 s. 1–15.
- Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä. II:1972:1 s. 185–220.
- Sopimusvapaustutkimuksesta. XI:1978 s. 5–8.
- Aer, Janne* Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä. XXXVI:2003 s. 5–62.
- Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta. XXXVIII:2005 s. 7–76.
- Van Aerschot, Paul* Pankkien kiinteistönvälitystoiminta ja sen valvonta. Eräitä näkökohtia. XI:1978 s. 315–358.
- Ahtola, Jussi* Kovenanttien käyttö sekä siihen liittyvät yhtiöoikeudelliset ja sopimus oikeudelliset ongelmat. XXXV:2002 s. 5–70.
- Aine, Antti* Kilpailulainsäädännön vaikutus yrityskauppa- ja yhteisyrityssopimusten soveltamiseen. XXXIV:2001 s. 7–65.
- Alchourrón, Carlos E. – Bulgyn, Eugenio* Deontic Truth and Values. XVI:1983 s. 17–35.
- Andersson, Lena* Ympäristörikossäännösten yhteys aineelliseen erityislainsäädäntöön (hallintoakessorisuus). XXV:1992 s. 5–62.
- Andström, Kristina* Oikeustieteen luonteesta. XXXVII:2004 s. 5–43.
- Anttila, Jaana* The Existential Problem and the Institution of Law. An Analysis on Der Prozess by Franz Kafka, 1925. XVI:1983 s. 37–49.
- Anttila, Outi* Sukupuolisyrjinnän kieltö Suomen ja EU:n oikeudessa. XXXVIII:2005 s. 77–149.
- Astola, Tiina* Kielto- ja väärinkäyttöperiaatteet kilpailunrajoitus oikeuksissa. Vertaileva tutkimus USA:n, Saksan liittotasavallan ja EEC:n kilpailunrajoitus oikeuksista. X:1977:2 s. 5–50.
- Autio, Veli-Matti* Oikeusrelaatioista. XXVIII:1995 s. 89–139.
- Backman, Eero* Mietteitä analyyttisen oikeusteorian johdosta. II:1972:1 s. 315–360.
- Oikeuden historiallisuus Hegelin oikeus- ja valtiofilosofiassa. X:1977:2 s. 51–102.
- Painovapaudesta ja sen rikollisoikeudellisesta säätelystä Venäjän vallan loppuajan Suomessa. VI:1975 s. 121–231.
- Rikosoikeus yhteiskunnallisen kehityksen kuvastajana. Huomioita feodaalisesta rikosoikeudesta. VIII:1976 s. 5–35.

- Blom, Raimo* Perusoikeustajunta ja perustuslaki. IV:1973 s. 83–184.
- Borucha-Arctowa, Maria* Lain yhteiskunnalliset tehtävät teoreettisen ja empiirisen tutkimuksen valossa. XVII:1984 s. 5–21.
- Buure-Hägglund, Kaarina* Kansainvälisen yksityisoikeuden teorian kehityksestä. VII:1976 s. 5–46.
- Kauppa-agentin delcredere-vastuu. V:1974 s. 135–210.
- Bygglin, Gustav* Om franchiseavtal och upplösningsfrihet. Med särskilt hänsyn till förhållandena på dagligvaruhandelns område. XI:1978 s. 89–157.
- Castrén, Martti* Myyjän pysäyttämisen- ja takaisinotto-oikeus. V:1974 s. 63–133.
- Danelius, Hans* Katsaus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin 1961–1990. XXIV:1991 s. 5–118.
- Katsaus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin 1991–1994. XXVIII:1995 s. 5–88.
- Ellilä, Kalevi* Terveyskantelumenettely. XXXIII:2000 s. 5–134.
- Eriksson, Lars D.* Att förstå och att tolka. XXX:1997 s. 13–25.
- On Law and Morality. XVI:1983 s. 51–61.
- Frände, Dan* Faredeliktens allmänna läror. XXVII:1994 s. 5–103.
- Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik. XVIII:1984 s. 5–54.
- Gestrin, Pekka* Osakemaksun maksaminen yhtiölle uusmerkinnässä. XIV:1981 s. 5–66.
- Gottberg-Talve, Eva* Lakimääräisessä holhouksessa olevan alaikäisen asemasta – Näkökohtia vajaanvaltaisen ja kolmannen oikeuksista olosuhteissa, joissa holhoojan toimista aiheutuu vahinkoa tai vahingon vaara. XXIII:1990 s. 5–46.
- Hakalehto-Wainio, Suvianne* Korvausvastuu koulukiusauksella aiheutetusta vahingosta. XXXVI:2003 s. 63–134.
- Hakamies, Kaarlo* Maksukyvytön vai ei? Legaliteettiperiaate ja KKO 2004:46. XXXVIII:2005 s. 151–260.
- Halila, Heikki* Puolueiden päätöksenteon erityispiirteet. XXVII:1994 s. 229–341.
- Hallberg, Pekka* Tuomioistuinten päätösten perustelemineen. XXX:1997 s. 26–34.
- Halttunen, Rauno* Ennakkopäätöksistä ja identifioitavuudesta. XXX:1997 s. 35–47.
- Perimyoikeuden laajuudesta. I:1971 s. 195–245.
- Harsu, Henrikki* Kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistaminen. XXXVI:2003 s. 135–258.
- Harsu, Johanna* Due diligence -toimeksianto ja asianajajayhtiön korvausvastuu. XXXVII:2004 s. 45–152.
- Hassemer, Winfried* Rikosoikeustiede Saksan liittotasavallassa. XXVI:1993 s. 5–54.
- Havansi, Erkki* Etuoikeuksista ja maksunsaantijärjestyksestä osakeyhtiökonkurssin valossa. XXX:1997 s. 48–57.
- Heinonen, Olavi* Aulis Aarnio – tase keväällä 1997. XXX:1997 s. 11–12.
- Osuvatko korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut kohdalleen. XXX:1997 s. 58–65.
- Heiskanen, Heikki* Oikeusoppia systeemitieteellisesti tarkasteltuna. IV:1973 s. 185–275.
- Helin, Markku* On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. XVI:1983 s. 63–88.
- Puolisolle avioeron yhteydessä tuomittavasta elatusavusta. Tutkimus Helsingin raastuvanoikeuden käytännöstä. II:1972:1 s. 131–183.

- Ulkomaisten lapsiksiottamisen tunnustaminen – tulkintaa ja systematisointia. XXX:1997 s. 66–91.
- Hemmo, Mika* Vuoden 2000 ongelma ja siviilioikeus. XXXII:1999 s. 5–79.
- Hidén, Mikael* Henkilökohtainen vapaus perusoikeutena Neuvostoliitossa. III:1972:2 s. 5–128.
- Perusoikeudet hallitusmuodon II luvussa. I:1971 s. 3–117.
- Hollo, Erkki J.* Oikeuksien tutkimisen näköaloja. XII:1979 s. 5–60.
- Über die Geltung der Rechtsnorm als Entscheidungsaussage. Ein systemtheoretischer Beitrag. VI:1975 s. 281–326.
- Holma, Kyösti* Luovuttajan oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta pakkolunastusprosessissa. IX:1977 s. 5–73.
- Hoppu, Esko* Vakuutusenantajan takautumisoikeudesta. XXX:1997 s. 92–99.
- Huttunen, Allan* Sulautumisvastikkeesta osuuskuntalain mukaan. XXII:1999 s. 5–59.
- Hyvönen, Veikko O.* Jaollisesta omistusoikeudesta oikeusjärjestyksessämme. XXIV:1991 s. 119–196.
- Vesiasioiden käsittelyjärjestyksestä. XIX:1986 s. 5–66.
- Ympäristövaatimuksesta kaivosoikeudessa. XXXI:1998 s. 5–67.
- Häyhä, Juha* Ankaru vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä. XXXII:1999 s. 81–149.
- Syyntakeisuus Robert Musilin teoksessa ”Mies vailla ominaisuuksia”. XXIII:1990 s. 47–91.
- Jakob, Raimund* Argumentation und Identifizierung. Psychosoziale Aspekte der Juristischen Rhetorik – ein tiefenpsychologischer Versuch. XII:1979 s. 61–85.
- Jokela, Antti* Yleisen alioikeusmenettelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskeytyksestä. XXI:1988 s. 53–169.
- Jokela, Heikki* On the Occasion of Kaarle Makkonen’s 60<sup>th</sup> Birthday. XVI:1983 s. V–VII.
- Jyränki, Antero* Euroopan unioni ja Suomen valtiosääntö. XXIX:1996 s. 5–83.
- Hallitusmuodon 33 a § ja *ratio constitutionis* – Mitä valtuuksia siirrettiin tasavallan presidentiltä valtioneuvostolle? XXX:1997 s. 100–124.
- ”(...) katsoa yhteiskuntaa myös sosiologin silmällä (...)”. Piirteitä Paavo Kastarin (1907–1991) toiminnasta ja oikeusajattelusta. XXXII:1999 s. 151–217.
- Kontinueetti, legaliteetti, stabiliteetti. Suomalaisen perustuslakikäsityksen ääriviivoja. V:1974 s. 5–62.
- Vallanjako vai eduskunnan valta? IX:1977 s. 75–119.
- Jääskinen, Niilo* Euroopan unionin konstituutio – perussopimus vai perustuslaki? XXXIV:2001 s. 67–153.
- Kaisanlahti, Timo* Extended liability and externalization of risk in stock market. XXXVI:2003 s. 259–293.
- Julkinen ostotarjous ja osakkeen käypä hinta. XXXV:2002 s. 71–128.
- Vähemmistöosakkaan oikeus lunastukseen määräysvallan siirryttyä. XXVIII:1995 s. 141–235.
- Äänilaji- ja äänileikkurimääräykset osakeyhtiössä. XXXI:1998 s. 69–146.

- Kangas, Urpo* Det nationalsocialistiska rättstänkandet och de reaktioner som det uppväckte i Finland. XX:1987 s. 5–107.
- Oikeusteoriapiiri hengen akatemiana. XXX:1997 s. 125–151.
- Karapuu, Heikki* Perusasioita perusoikeuksista. XIX:1986 s. 67–124.
- Kartio, Leena* Sopimus ja kolmas. XXX:1997 s. 152–163.
- Kartio, Mia* Heikon oikeuden sivullissuojasta. XXXVII:2004 s. 153–218.
- Karvo, Ulla* Määräloittainen jäämistösaanto. XXVII:1994 s. 105–161.
- Kempinen, Jukka* Hallinta. XXX:1997 s. 164–173.
- Kiviniemi, Aapo* Konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona. Tutkimus konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa erityisesti konsignaationantajan omistusperusteisen erottamisoikeuden sivullis-tehokkuuden kannalta konsignaationsaajan konkurssissa. XXXV:2002 s. 129–233.
- Klami, Hannu Tapani* Comments on Form and "Substance". XXX:1997 s. 174–185.
- Comments on the Ontology of Natural Law. XVI:1983 s. 89–99.
- Comparative Law and Legal Concepts. XIV:1981 s. 67–163.
- Gaius – der unsterbliche Lehrmeister? Persongeschichtliches und rechtstheoretisches über die Entwicklung der juristischen Methode in Rom. XVIII:1985 s. 55–116.
- A History of Finnish Legal Science. An outline. XIX:1986 s. 125–276.
- Legal Heuristics: a Theoretical Skeleton. XV:1982 s. 5–66.
- Rakennuslupa/poikkeuslupa; oikeuskysymys/tarkoituksenmukaisuuskysymys. Jaottelujen teoreettista taustaa. XIII:1980 s. 5–48.
- Roman Law and Hardship. Law and the Socio-economic Crisis in the Late Roman Empire. XX:1987 s. 109–181.
- The Rules of Man. XVII:1994 s. 23–89.
- Sääntö ja käyttäytyminen. Tutkimus oikeusnormin voimassaololauseiden justifikaation epistemologisista perusteista. XII:1979 s. 133–191.
- Klami, Hannu Tapani – Koivisto, Ari-Pekka* Old Crook – Criminal Record as Evidence: Theory v. Attitudes. XXV:1992 s. 63–107.
- Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna* Dolus Probatas – Proving Criminal Intent. XXIII:1990 s. 93–139.
- Studies on the Theory of Evidence. XXII:1989 s. 61–103.
- Koponen, Pekka* Tahallisuudesta talousrikoksissa. XXXV:2002 s. 235–342.
- Korpijaakko-Labba, Kaisa* Valtionmaat Suomen kiinteistöjärjestelmässä – erityisesti silmällä pitäen saamelaisten maaomaisuusasiaa. XXXVI:2003 s. 295–350.
- Kortteinen, Juhani* Säädöksenantovallan siirtäminen Euroopan unionissa perustuslakisopimusehdotuksen valossa. XXXVII:2004 s. 219–321.
- Koskenniemi, Martti* General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law. XVIII:1985 s. 117–163.
- International pollution in the system of international law. XVII:1984 s. 91–181.
- Koskinen, Pirkko K.* Oikeus ja velvollisuus työhön Neuvostoliiton perusoikeusjärjestelmässä. XII:1979 s. 87–132.
- Koskinen, Seppo* Riitapuolten johtamisesta sovintoon. Yksi yleinen näkökohta työriitalain 11 §:stä. XIX:1986 s. 277–350.



- von Koskull, Anders* De högsta statsorganen och deras inbördes relationer. XIII:1980 s. 49–89.
- Kosonen, Arto* Lapsisotilaat, lasten oikeudet ja kansainvälinen oikeus. XVIII:1985 s. 165–260.
- Onko Yhdistyneiden kansakuntien yleiskokouksella toimivaltaa perustaa YK-joukkoja? XV:1982 s. 67–182.
- Kotilainen, Antti* Osakeyhtiölain lunastuslausekkeet ja perillisen suosiminen. XXIII:1990 s. 141–203.
- Kotkansalo, Aleks.* Ennakkotiedon edellytyksistä ja sen merkityksestä. I:1971 s. 247–301.
- Koulu, Risto* Clearing kuittausjärjestelynä. XXVI:1993 s. 55–103.
- Irtaimen esineen omistuksen kirjaamisesta. XX:1987 s. 183–232.
- Laillisen maksuväliseen käsitteestä. XXV:1992 s. 109–164.
- Sähköisen rahan yksilöinnin perusteista – esimerkkinä luotonvälitys. XXVII:1994 s. 163–228.
- Tilimaksun saajan suojasta. XXIV:1991 s. 197–270.
- Krawietz, Werner* Inhimillisen oikeuskokemuksen teoria ja tutkimusohjelma – Otto Brusiinin yleinen oikeusteoria. XXV:1992 s. 165–213.
- Kunnas, Tarmo* Nietzsche als Rechtsphilosoph. XVI:1983 s. 101–110.
- Kurki-Suonio, Kirsti* Asianosaisena lapsen huostaanotossa. XXI:1988 s. 171–243.
- Kuusi, Matti J.* Yleisten sopimusehtojen käsite ja niiden tuleminen sopimuksen osaksi. XIX:1986 s. 351–423.
- Kuusiniemi, Kari* Biodiversiteetin suojelu ja oikeusjärjestyksen ristiriidat. XXXIV:2001 s. 155–306.
- Kaavoitus ja immissiot. XXII:1989 s. 105–150.
- Kuuttiniemi, Kirsi* Eduskunta EY:n lainsäädäntöprosessissa. XXIX:1996 s. 85–145.
- Kylänpää, Katriina* Kiinteistön omistusta, hallintaa ja käyttöä koskevista yhteisomistajien sopimuksista. XXVI:1993 s. 105–151.
- Laasanen, Jari* Abstraktinen vaara – vaarantamisrikoksista hyvinvointivaltion rikos-oikeudessa. XXVII:1994 s. 323–383.
- Laakso, Seppo* Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. XIII:1980 s. 91–183.
- Laatikainen, Eeva* Lain kiertämiseksi tehdyt oikeustoimet. XXII:1989 s. 151–202.
- Lachmayer, Friedrich* Die wissenschaftspolitische Rhetorik Hans Kelsens in der ersten Auflage seiner Reinen Rechtslehre. XVI:1993 s. 111–123.
- Laclau, Martin* The Relationship between Logic and Law in Kelsens’s Late Period. XVI:1983 s. 125–138.
- Lager, Irma* Osittaisesta lainvoimasta. VI:1975 s. 37–120.
- Lahti, Raimo* Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. II:1972:1 s. 221–313.
- Lassenius, Fredrik* Kreditgivarens miljöansvar. XXXI:1998 s. 147–218.
- Lebedeff, Pirkka-Petri* Vaarantamivastuusta ja sen sääntelytarpeesta. XXII:1989 s. 203–269.
- Lehtonen, Lasse* Hengen ja terveyden suoja – klassinen vapausoikeus vaiko sosiaalinen perusoikeus. XXVI:1993 s. 153–201.
- Lehtonen, Maija* Albert Camus et la justice. XVI:1983 s. 139–155.
- Lenkkeri, Roope* Testamentin kielifilosofisesta tulkinnasta. XXXV:2002 s. 343–408.
- Leppänen, Tatu* Vastuun samastus osakeyhtiön konkurssissa. XXIV:1991 s. 271–332.

- Lähdevuori, Iiro* Know your customer -periaate ja asiakkaan sijoitustarpeiden selvittämisvelvollisuus. XXXVIII:2005 s. 261–335.
- Länsineva, Pekka* Valtakunnallisen rantojen suojeleuhjelman normatiivisesta merkityksestä. XXVIII:1995 s. 237–301.
- Lötjönen, Salla* Regulation of clinical medical research on the decisionally impaired adults in Europe. XXXVI:2003 s. 351–420.
- Mahkonen, Sami* Perhealaisuus – kenen salaisuus? XXX:1997 s. 186–197.
- Majamaa, Vesa* Maanalaisen rakentamisen sääntely rakennuslain mukaan. XVII:1984 s. 183–261.
- Mattila, Heikki E. S.* Oikeuslingvistiikka oppiaineena. XXX:1997 s. 198–216.
- Mikkola, Matti* Hyvinvointivaltio tuli ja meni – kuinka kävi oikeudellisen ajattelun? XXX:1997 s. 217–225.
- Minkkinen, Panu* Lainoppi ja metafysiikan vastustus: B. C. Carlsonin ”konstruktiviivisesta oikeustieteestä”. XXXVI:2003 s. 421–466.
- Muukkonen, Reijo* Taaja-asutuksen muodostamiskiellosta rakennuslain 5 §:n valossa. IV:1973 s. 5–81.
- Mäenpää, Olli* Eduskunnan HM 28 ja 65.1 §:ään perustuva organisaatiovalta. VIII:1976 s. 37–86.
- External/Internal: A Discipline in Transition. XVI:1983 s. 157–176.
- Mäkelä, Klaus* Om straffens verkningar. VI:1975 s. 233–280.
- Mäki-Petäjä, Anna* Häätätilateamentti ja itsemurha. XXIX:1996 s. 147–205.
- Määttä, Tapio* Biodiversiteetti oikeudellisena kategoriana: näkökulmia ja tulkintoja. XXXIV:2001 s. 307–373.
- Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä. Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristö-oikeudessa. XXXVIII:2005 s. 337–460.
- Niemi, Matti Ilmari* Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista. Tutkielma oikeustieteen perinteisten suuntausten käsitteellisistä sitoumuksista ja niiden heijastumisesta laintulkintaan. XXXIII:2000 s. 135–231.
- Niemivuo, Matti* Perusoikeudet ja lainsäädännön kehittäminen. XXX:1997 s. 226–251.
- Niiniluoto, Ilkka* Analogy and Legal Reasoning. XVI:1983 s. 177–187.
- Nino, Carlos Santiago* Legal Ethics: Between Metaphysics and Futility. XVI:1983 s. 189–220.
- Norri, Matti* Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelessä? IX:1977 s. 121–187.
- Ojanen, Tuomas* EY:n oikeuden perusvaikutuksista jäsenvaltioiden tuomioistuinten toiminnassa. XXXII:1999 s. 219–295.
- ”Suomi on täysivaltainen tasavalta” – täysivaltaisuusarvioinnin lähdekohtia ja perusteita uuden perustuslain aikana. XXXVII:2004 s. 385–432.
- Oksala, Aino* Ottolapsen oikeusasema. XIV:1981 s. 165–222.
- Oksanen, Jaana* Avioliiton purkamisen varalta osituksesta tehtävistä sopimuksista. IX:1977 s. 189–245.
- Oulasmaa, Petri* Lapsen edun arvioimisesta. XXV:1992 s. 215–274.
- Paaermaa, Risto* Ulkomaisen yrityksen perustaminen Suomeen. VII:1976 s. 47–132.
- Paasto, Päivi* Resolutiivisesta ehdosta kiinteistönkaupassa. XVIII:1985 s. 261–367.
- Palaja, Antero* Konossementtivastuusta. V:1974 s. 211–329.

- Palmujoki, Antti* Luonnonsuojelu ja kaupan rajoitukset – analyysia merikilpikonien suojelusta WTO:n oikeuskäytännössä. XXXIV:2001 s. 375–417.
- Pattaro, Enrico* Olivecrona’s Theory of Imperatives. XVI:1983 s. 221–237.
- Paso, Mirjami* Perustelemisestä yhteisöoikeudessa. XXXIV:2001 s. 419–474.
- Peczenik, Aleksander* Is There Always a Right Answer to a Legal Question? XVI:1983 s. 239–258.
- Pietilä, Jorma* Vesioikeudellisesta yrityskonkurrenssista. VI:1975 s. 5–36.
- Puumalainen, Mikko* Ulkomaalaisen maahantulo-oikeudesta Euroopan yhdentyessä. XXVIII:1995 s. 303–362.
- Pöyhönen, Juha* Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa. XXXII:1999 s. 297–372.
- Siinä näkijä missä tekijä – oikeustieteilijä taiteentekijänä. XXX:1997 s. 252–264.
- Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä. XXVI:1993 s. 203–291.
- Pöyhönen, Juha – Korhonen, Petteri* Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja. XXIX:1996 s. 207–295.
- Raitio, Juha* Näkökulmia eurooppaoikeuden tulkinnasta. XXIX:1996 s. 297–374.
- Reinikka, Sami* Rikosoikeudellisista vastuuvapausperusteista, erityisesti pakkotilasta. XXIII:1990 s. 205–263.
- Rekola, Olli* Vahingonkorvausvastuu siementavaran kaupassa. XXXV:2002 s. 409–474.
- Rentto, Juha-Pekka* Laillisuusperiaate aristotelis-tomistisessa katsannossa. XXIV:1991 s. 333–384.
- Olemisesta pitäminen, luonnosta oikea ratkaisu? Luonnonoikeudellisen ajattelun ei-deduktiivisesta luonteesta, ja mitä siitä teoriassa ja käytännössä seuraa. XXXIII:2000 s. 233–282.
- Repo, Matti V.* Naapurussuhdelain 17 §:n soveltuvuudesta harkittaessa uittoon liittyvän oikeuden myöntämisen edellytyksiä. XII:1979 s. 193–233.
- Riepula, Esko* Taannehtivien verolakien säätämisestä. I:1971 s. 149–194.
- Riikonen, Ritva* Elatusvelvollisuutensa laiminlyöneet ja työlaitosmenettely. II:1972:1 s. 361–403.
- Rissanen, Tom* Asuntoluottosuhteessa olevan pankkiasiakkaan oikeussuojasta. XI:1978 s. 359–396.
- Saarenpää, Ahti* Potilas, oikeus ja ihminen – näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suojasta. XXX:1997 s. 265–278.
- Sääntö, peukalosääntö, rutiini. Näkökohtia käytännön ja teorian suhteesta. XVII:1984 s. 263–330.
- Tasa-arvosta tasajakoon. Piirteitä jäämistölainsäädäntömme kehitysvaiheista. XII:1979 s. 185–223.
- Samu, Mihály* Law and Morals Under the Influence of Power Relations. XXII:1989 s. 271–282.
- Saraviita, Ilkka* Lainsäädäntötaktiikkaa. Selonteko lepäämään jättämissäännösten käytöstä. II:1972:1 s. 7–130.
- Satti, Tiina* Ihmiseen kohdistuvat lääketutkimukset ja eettiset toimikunnat niiden valvojina. XXXVI:2003 s. 467–541.
- Scheinin, Martin* Uskonnonvapaus Suomen kouluissa. XXII:1989 s. 283–331.

- Sevón, Leif* Inflation och jämkning av avtal. XI:1978 s. 397–422.
- Siltala, Raimo* Empirismän haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa. XXX:1997 s. 279–290.
- Sinisalo, Kari* Korkeimman hallinto-oikeuden vuosina 1967–1973 ratkaisemat uhkasakkoasiat. VII:1976 s. 133–174.
- Sintonen, Matti* Causation and Legal Point of View. XVI:1983 s. 259–274.
- Soisalo, Ari* Maakaaren 1:2:n muodossa laadittuun kauppakirjaan merkitsemättä jätetyn kauppahinnan merkityksestä asianosaissuhteessa. XII:1979 s. 235–276.
- Mustasta kauppahinnasta kiinteistön kaupassa. XII:1979 s. 235–276.
- Steiner, Nora* Ekologisen vahingon siviilioikeudellinen korvaaminen Suomessa ja Ranskassa XXXI:1998 s. 219–293.
- Suvantola, Leila* Vaaran vyöhykkeellä – luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön konkurrenssista. XXXVII:2004 s. 433–509.
- Suviranta, Outi* Ennakkopäätösten käytöstä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. XIX:1986 s. 425–482.
- Takki, Tapio* Itsenäistä kauppaedustajaa koskevan edustussopimuksen purkamisesta ”tärkeästä syystä”. XV:1982 s. 183–277.
- Perheoikeudellisesta elatussaamisuhteesta erityisvelkasuhteena. XII:1979 s. 277–322.
- Siviilituomion oikeusvoiman objektiivisesta ulottuvuudesta. XX:1987 s. 233–278.
- Tala, Jyrki* Kuluttajansuojaja sopimusvapaus. Sopimuskäyttämisen ohjausmenetelmiä kuluttajansuojalainsäädännössä. XI:1978 s. 159–314.
- Tallroth, Paulina* Kielelliset oikeudet osana perusoikeusjärjestelmää – uusi kielilaki perustuslain näkökulmasta. XXXVII:2004 s. 511–545.
- Telaranta, Risto* Luottokorttikaupan oikeudellisesta sääntelystä. III:1972:2 s. 129–226.
- Tepora, Jarno* Leasing-rahoitus ja vastuun toteuttaminen eräissä sivullissuhteissa. XXI:1988 s. 245–325.
- Tiili, Virpi* Tavaramerkkien sekoitettavuudesta. III:1972:2 s. 227–307.
- Tiilikainen, Teija* Suomen valtiosopimus-oikeuden perusteista. XXIII:1990 s. 265–338.
- Timonen, Pekka* Rationaalinen ja/tai /vai järkevä – näkökulma oikeus- ja taloustieteen yhteensovittamisen ongelmaan. XXX:1997 s. 291–299.
- Väittämis- ja todistustaakkasäännösten merkitys testamentin tulkin-taprosessissa. XXI:1988 s. 327–372.
- Tolonen, Hannu* Otto Brusiinin väitöstilaisuus 27.4.1938. XXX:1997 s. 300–314.
- Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalien ja politiikan suhteista. XXII:1989 s. 333–384.
- Tolonen, Juha* Finlandisation and Legal Thinking. XVI:1983 s. 275–283.
- Trigeaud, Jean-Mac* L’image sociologique de l’homme de droit et la préconception du droit naturel. XVI:1983 s. 285–295.
- Tulokas, Mikko* Tarvitaanko lautamiehiä. XXX:1997 s. 315–322.
- Tuori, Kaarlo* Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä. XXXI:1998 s. 295–353.
- Suomalaiset kansalaisten Euroopassa. XXX:1997 s. 323–334.
- Tähti, Aarre* Valtiopäiväjärjestyksen 11 §:n taustasta, tulkitsemisesta ja tutkimisesta – Oikeudellinen sääntely ja oikeustieteellinen tutkimus kansanedustajien aseman määrittäjinä. XXIV:1991 s. 385–473.

- Tähtivuori, Hanna-Riikka* Pankinjohtajan rikos- ja vahingonkorvausvastuu luottotappioista. XXXII:1999 s. 373–460.
- Urpo, Jukka* Säädöksen tulkinnasta muuttuneissa oloissa. Esimerkkeinä puutavarayhtiöiden kiinteistöhankinnan rajoittamista koskeneen asetuksen soveltamisalueen määrittämisen lähtökohtien osoittaminen ja merkitys. XIV:1981 s. 223–321.
- Vainio, Silja* Rakennukseen tai laitteeseen kohdistuvan kirjaamiskelpoisen oikeuden sitovuuden arviointia uuden maakaaren säännösten nojalla. XXXIII:2000 s. 283–360.
- Vapaavuori, Ahti* Aukollisen verolain tulkinnasta. XX:1987 s. 279–325.
- Vihervuori, Pekka* Hallintovalituslain ja hallintopurkulain soveltamisalasta vesiasioissa. X:1977:2 s. 103–160.
- Viljanen, Jukka* Euroopan ihmisoikeussopimus perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä. XXXVIII:2005 s. 461–520.
- Viljanen, Pekka* Näkökohtia lahjomisesta. X:1977:2 s. 161–232.
- Virta, Kari* Julkisuudesta ja salassapidosta kunnan sosiaalihuollossa. XIX:1986 s. 483–543.
- Toimeentulotuesta oikeuskäytännön valossa. XX:1987 s. 327–400.
- Virtanen, Jussi* Laiminlyöjän petos. XXXVIII:2005 s. 521–601.
- Välilmaa, Asko* Omistuksenpidätysehdon sitovuus ostajan erityisseurajia kohtaan autokaupassa. XXV:1992 s. 345–411.
- Välimäki, Pertti* Pesänjakajan määräämisen ongelmia. XXX:1997 s. 335–350.
- Walhberg, Markus* (toim.) J. V. Snellmanin keväällä 1843 hengen olemuksesta pitämien luentojen rekonstruktio. Toimittanut ja johdannolla varustanut Markus Wahlberg. XXVIII:1995 s. 363–434.
- Wihuri, Antti-Juhani* Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta. XXIII:2000 s. 339–403.
- Kansalaisten ja järjestöjen kannemahdollisuuksista Euroopan yhteisön ympäristöoikeudessa. XXV:1992 s. 275–344.
- Wikström, Kauko* Analyttinen oikeusteoria ja julkisoikeus. XIII:1980 s. 225–261.
- How to Prove Propositions in Legal Dogmatics. XVI:1983 s. 297–309.
- Millä tavalla oikeusnormit ohjaavat käyttäytymistä? XXX:1997 s. 351–356.
- Verotus taloustieteen historian valossa. XV:1992 s. 279–330.
- Wilhelmsson, Thomas* Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen § 33 i rättsstillämpningen. XI:1978 s. 35–88.
- Sopimusvapaudesta. XI:1978 s. 9–33.
- Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta. XXX:1997 s. 357–374.
- Wirilander, Juhani* Perusoikeudet ja ihmisoikeudet korkeimpien oikeuksien lainkäytössä. XXX:1997 s. 375–385.
- Wróblewski, Jerzy* Fuzziness of Legal System. XVI:1983 s. 311–330.
- Ylikangas, Heikki* Henkirikos keskiajan lopun ja uuden ajan alun Suomessa. VIII:1976 s. 87–140.
- de Zayas, Alfred – Möller, Jakob TH. – Opsahl, Torkel* Ihmisoikeuskomitea kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen soveltajana sopimuksen valinnaisen pöytäkirjan nojalla. XXII:1989 s. 385–454.

*Zitting, Simo* Kiinteistön myyjän vastuusta vallintavallan rajoitusten johdosta. I:1971 s. 119–148.

*Zuleta Puceiro, Enrique* Scientific Paradigms and Legal Change. XVI :1983 s. 331–347.