

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXV

2002

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimituskunta

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Mika Hemmo

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2002 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-196-0

ISBN 978-951-855-736-7 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002

Sisällys

<i>Jussi Ahtola:</i>	Kovenanttien käyttö sekä siihen liittyvät yhtiö- oikeudelliset ja sopimusoikeudelliset ongelmat	5
<i>Timo Kaisanlahti:</i>	Julkinen ostotarjous ja osakkeen käypä hinta	71
<i>Aapo Kiviniemi:</i>	Konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona	129
<i>Pekka Koponen:</i>	Tahallisuudesta talousrikoksissa	235
<i>Roope Lenkkeri:</i>	Testamentin kielifilosofisesta tulkinnasta	343
<i>Olli Rekola:</i>	Vahingonkorvausvastuu siementavaran kaupassa	409

Jussi Ahtola

KOVENANTTIEN KÄYTTÖ
SEKÄ SIIHEN LIITTYVÄT
YHTIÖOIKEUDELLISET JA
SOPIMUSOIKEUDELLISET
ONGELMAT

Sisällys

1	JOHDANTO	9
1.1	Aiheen rajaus	9
1.2	Kovenantin määritelmä	10
1.3	Sovellettava lainsäädäntö	11
2	KOVENANTTIEN KÄYTTÖ JA KOVENANTTITYYPIT	13
2.1	Kovenanttien käyttö	13
2.1.1	Syitä kovenanttien käytölle	13
2.1.2	Yrityskoon vaikutus kovenanttien käyttöön	15
2.2	Tunnuslukukovenantit	17
2.3	Muut kovenantit	19
2.3.1	Määritelmä	19
2.3.2	Yrityksen identiteetin säilyminen	20
2.3.3	Vakuudenasettamiskielto (negative pledge)	20
2.3.4	Rahoittajien tasapuolinen kohtelu (pari passu) ja lisäluotonotto (restrictions on borrowings)	21
2.3.5	Tiedonantokovenanti	22
2.3.6	Muita yleisiä kovenanteja	24
2.4	Representation- ja Warranty-klausulit	24
2.5	Kovenanttien valintaan vaikuttavat seikat	25
2.5.1	Sopimusneuvottelut	25
2.5.2	Tapauskohtainen harkinta kovenanteja valittaessa	26
2.5.3	Tapauskohtaisen harkinnan vaikutus vakioehtoisuuteen	27
2.5.4	Vakioehtoisuuden vaikutus	28
2.5.5	Sopimusehtojen sääntely rajoittavana tekijänä	30
2.5.6	Sopimusehtojen kohtuullisuuden arviointi	31
3	YHTIÖOIKEUDELLISET ONGELMAT KOVENANTTIEN KÄYTÖSSÄ	32
3.1	Intressiristiriidat osakeyhtiössä	32
3.2	Intressiristiriidan huomioiminen luottopäätöksessä	34
3.2.1	Vaihtoehdot luottoriskin hallinnoimiseksi	34
3.2.2	Intressiristiriidan välttäminen kovenanttien avulla	34

3.3	Tuoton ja kontrollin lisääminen kovenanttien avulla	35
3.3.1	Intensiivikovenantit	36
3.3.2	Kontrollikovenantit	38
3.3.3	Kovenantit osakassopimuksessa	40
3.3.4	Takaisinsaantirikistä	43
4	KOVENANTIN RIKKOUTUMINEN	44
4.1	Rikkoutumisen seuraukset	45
4.1.1	Rikkoutumisen huomioimatta jättäminen	45
4.1.2	Velkojan hyväksyntä	46
4.1.3	Neuvottelu sekä sopimusehtojen muuttaminen	47
4.1.4	Velan erääntyminen	51
4.1.5	Luottosopimuksen purkaminen	51
4.1.6	Velan eräännyttäminen ennenaikaisesti	52
4.1.7	Velan eräännyttäminen osakkaan rikkoessa velvoitteitaan	54
4.2	Irtisanomislauskeet	55
4.2.1	Purkamistyyppinen irtisanomisehto (acceleration clause)	56
4.2.2	Luoton ristiineräännyttämisehto (cross default)	57
4.3	Sopimuksen eräännyttämisen kohtuuttomuus	57
4.4	Sopimusoikeudellinen lojaliteettivelvollisuus	59
4.4.1	Lojaliteettivelvollisuuden sisältö	61
4.4.2	Lojaliteettivelvollisuus kovenantteja käytettäessä	62
5	JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	63
5.1	Yhtiöoikeudelliset ongelmat	63
5.2	Sopimusoikeudelliset ongelmat	64
	LÄHTEET	65
	LYHENTEET	68
	OIKEUSTAPAUKSET	68
	THE USE OF COVENANTS AND THE PROBLEMS WITH COMPANY LAW AND CONTRACT LAW IN CONNECTION THEREWITH	69

Kovenanttien käyttö sekä siihen liittyvät yhtiöoikeudelliset ja sopimusoikeudelliset ongelmat

1 JOHDANTO

1.1 Aiheen rajaus

Käsittelen ensin tärkeimpiä käytettyjä kovenanteja, koska vasta niihin tutustuminen antaa mahdollisuuden ymmärtää yhtiö- ja sopimusoikeudellisia ongelmia. Koska kovenantit ovat luottosopimuksen ehtoja, kovenanttien käytön selvittämiseksi on tarpeen käsitellä tiettyjä yleisiä luottosopimukseen liittyviä kysymyksiä.

Kovenanttien avulla velkoja yrittää usein siirtää päätösvaltaa velallisyrietyksessä osittain itselleen. Tämän johdosta on tarpeen käsitellä, aiheuttaa-ko yhtiöoikeus rajoituksia tällaisen määräysvallan siirtämiselle. Vaikka yhtiöoikeus ei varsinaisesti asettaisikaan rajoituksia, voi ongelmia aiheutua myös kovenanttien yhtiöoikeudellisesta sitovuudesta.

Sopimusoikeudellisesti mielenkiintoisimmat kysymykset liittyvät kovenantin rikkoutumisen seuraamuksiin, kuten sopimusehtojen muutoksiin sekä luottosopimuksen ennakaiseen päättämiseen. Kovenanteja käytettäessä on aina erityisen tärkeää velkojan mahdollisuus luoton nopeaan ja ennakkaiseen eräännyttämiseen, joten asiaa käsiteltäessä on otettava huomioon kovenanttiluotonannolle tyypilliset erityispiirteet. Näiden erityispiirteiden ymmärtämiseksi käsittelen työn alkupuolella syitä siihen, miksi kovenanteja käytetään.

Työni on keskittynyt yhtiöoikeudellisiin ja sopimusoikeudellisiin kysymyksiin. Kovenanttien ja muutenkin luottosopimusten yhteydessä mielenkiintoiset sivullisuhteet olen jättänyt niiden laajuuden vuoksi käsittelemättä. Myös toisen tärkeän asian, takaisinsaantiriskin, olen jättänyt vain maininnan varaan.

Koska kovenantit ovat yritysluottoihin liittyvä ehtotyyppi, en käsittele tutkielmassani kulutusluottoja. Kulutusluottoihin soveltuvista kuluttajan-

suojalain säännöksistä olen maininnut asianomaisissa kohdissa lähinnä alaviitteissä. Myös velallisyriityksen koolla voi olla vaikutusta luottosuhteen arviointiin, minkä vuoksi olen tuonut esille tiettyjä pienyrittäjäasemaan liittyviä erityiskysymyksiä. Koska kovenanteja käytetään etupäässä tasaverstaisten sopimuskumppanien välillä, on pääpaino kuitenkin tilanteissa, joissa luotonottaja ei ole heikommassa asemassa kuin luotonantaja.

1.2 Kovenantin määritelmä

Kovenantit ovat yrityksen toimintaa sääteleviä luottosopimuksen erityisehtoja.¹ Kauppa- ja teollisuusministeriön kovenanttityöryhmä on määritellyt tarkemmin kovenantin seuraavasti:

”Kovenantti on rahoitus sopimuksen erityisehto, jossa rahoittaja ja yritys sopivat siitä, että yritys sitoutuu ylläpitämään tietyt taloudelliset tai toiminnalliset edellytykset koko luottosuhteen ajan. Kovenantteihin liittyy tavanomaista laajempi yrityksen tiedonantovelvollisuus rahoittajaa kohtaan.”²

Toisin sanoen kovenanteja käyttämällä pyritään velallisen maksukyvyyn säilyttämiseen sisällyttämällä luottosopimukseen ehtoja, jotka pyrkivät ylläpitämään yrityksen taloudellisia ja toiminnallisia edellytyksiä. Kovenantit asettavatkin lähinnä luotonottajalle erilaisia velvollisuuksia. Laajat tiedonantovelvollisuudet ovat olennainen osa kovenanttien menestyksellistä käyttöä; ne antavat velkojalle hyvän mahdollisuuden seurata velallisen taloudellisen tilanteen kehittymistä. Velkoja voi ryhtyä toimenpiteisiin velallisen taloudellisen tilanteen heiketessä, ennen kuin velallinen ajautuu täysin maksukyvyttömäksi.

Kovenantista on käytetty toisinaan termiä sopimusvakuus.³ Rajanvedolla, onko kovenantti vakuus vai ei, on vaikutusta pakkotäytäntöönpanotilanteissa, joissa vakuusvelkojat ovat paremmassa asemassa.⁴ Vakuudet jaetaan henkilö- ja esinevakuuksiin.⁵ Henkilövakuuksissa on keskeisenä vakuushenkilöksi

¹ Kovenanttityöryhmä s. 11.

² Kovenanttityöryhmä s. 19.

³ TT:n kovenanttityöryhmä s. 4 ja s. 8. Tammi-Salminen on käyttänyt kovenantista termiä erityisehto. Mielestäni termi kovenantti on kuitenkin täysin käyttökelpoinen sen vierasperäisyydestä huolimatta.

⁴ MJL 1.2 § ja 3.1 §.

⁵ Havansi s. 3.

yksilöity henkilö, muu kuin päävelallinen, koko omaisuuksineen, esinevakuuksissa vakuudeksi yksilöity esine. Vakuudella pyritään turvaamaan velkojalle ainakin osasuoritus, vaikka velallinen olisi maksukyvytön. Tällöin on mahdollista realisoida annettu esinevakuus tai vaatia suoritusta henkilövakuuden antajalta. Kovenantinkin tarkoituksena on turvata velkojan saaminen, mutta toisin kuin vakuuden perusteella, kovenantin perusteella ei voida realisoida omaisuutta maksun saamiseksi tai vaatia suoritusta muulta kuin velalliselta. Kovenanttien käyttö eroaa vakuuksien käytöstä myös siinä, että velkoja puuttuu velallisen toimintaan kovenanttien perusteella jo ennen maksukyvyttömyyden ilmenemistä, kun taas vakuuksien realisointi tapahtuu vasta maksukyvyttömyyden jälkeen ja saatavan eräännyttyä.⁶ Koska kovenantti ei ole vakuus, ei kovenanttien käyttö tuota velkojalle samanlaisia etuoikeutettua asemaa kuin perinteiset esinevakuusoikeudet.⁷

Kovenantit eivät usein erotu selkeästi muista luottosopimuksen ehdoista, eikä niitä ole luottosopimuksessa välttämättä eroteltu omaksi asiakirjaksi. Luottosopimuksen ehdon määrittelemisen kovenantiksi ei muuta sen oikeusvaikutuksia, tosin verrattuna muihin ehtoihin on kovenantin rikkoutumisen seurauksista tärkeätä sopia.⁸ Kovenantit liittyvät tavallisesti luotonottajan rahoitukseen ja rahaliikenteen hoitamiseen, yritysjohdon taloudellisiin sitoumuksiin ja varojen käyttöön, liiketoiminnan strategiseen ja operatiiviseen päätöksentekoon, yhtiöjärjestykseen, yhtiön organisaatioon ja omistukseen sekä säännösten noudattamiseen.⁹ Niiden menestyksellinen käyttö perustuu yrityksen pyrkimykseen saavuttaa yhteisesti sovitut tavoitteet sekä luotonottajan ja luotonantajan väliseen avoimeen tiedonvaihtoon. Tarpeen vaatiessa kovenantteja on voitava muuttaa joustavasti, ja tämän edellytyksenä on, että yritys on oppinut ymmärtämään yrityksen liiketoimintaa sekä omaksunut kovenanttien monipuolisen käytön.¹⁰

1.3 Sovellettava lainsäädäntö

Luottosopimuksen sisältöön vaikuttavat laki, sopimusehdot sekä tietyt osapuolten toimenpiteet, jotka tulevat sopimuksen osaksi. Säädetyin ohella oikeusperiaatteet sekä luottosuhteita koskevat yleiset opit vaikuttavat

⁶ Tuomisto s. 98–100.

⁷ Tammi-Salminen s. 4.

⁸ Hemmo 2001 s. 326.

⁹ Tuomisto s. 64.

¹⁰ Kovenanttityöryhmä s. 12.

luottosuhteeseen. Lisäksi luottosopimuksiin soveltuvat Rahoitustarkastuksen määräykset ja ohjeet sekä liiketapa, etenkin hyvä pankkitapa.¹¹ Lakia viranomaisten määräyksistä ja ohjeista sovelletaan sen 2 §:n mukaan viranomais-ten antamiin ohjeisiin ja määräyksiin. Määräyksiä on lain 3 §:n mukaan velvoittavina noudatettava niissä tarkoitetuissa yksittäistapauksissa. 3.2 §:n mukaan ohjeilla tarkoitetaan viranomaisen päättämiä yleisiä sääntöjä, jotka eivät ole velvoittavia. Lain esitöiden mukaan ohjeiden syrjäyttämiseksi vaaditaan kuitenkin perusteltu syy.¹² Näin ollen voidaan olettaa, että luottolaitokset niitä käytännössä noudattavat.

Myös markkinoinnissa annettu informaatio saattaa tulla nimenomaisten sopimusehtojen lisäksi osaksi sopimusta tai ainakin se voi vaikuttaa sopimuksen tulkintaan. Markkinointi-informaatiota voi olla esimerkiksi se mitä on esitetty mainoksissa, esitteissä, muissa kirjallisissa lausumissa sekä osapuolten keskusteluissa. Vaikka markkinointi-informaatiota ei enää toisteta sopimuksen päättämisen yhteydessä, ei se estä sen vaikuttamista sopimuksen ehtoihin. Lähtökohtana on, että sopimusosapuolen antama markkinointi-informaatio kumoutuu vain jos asiasta sovitaan myöhemmin toisin tai vahvistamalla, ettei aiempi informaatio sido.¹³

Luottosuhteeseen sovellettavat säännökset riippuvat asiakkaan asemasta suhteessa luotonantajaan. Luottoasiakkaat voidaan jakaa kolmeen eri ryhmään, joihin soveltuvat osin eri säännökset: 1) kuluttajat 2) pienyritykset ja 3) keskisuuret ja suuret yritykset.¹⁴ Kuluttajansuojalain 7 luvussa on kuluttajan eduksi pakottavia säännöksiä, jotka soveltuvat kuluttajaluottoihin.

Luottolaitosta voidaan pitää taloudellisesti ja asiantuntemuksensa puolesta vahvana osapuolena. Kuitenkin jos luotonottaja on suuri tai keskisuuri yritys, luottosopimus on yleensä tehty tasavertaisten osapuolten kesken. Jos luotonottaja on sen sijaan pienyrittäjä, voidaan sitä usein pitää heikompana osapuolena kuin luotonantajaa. Pienyrittäjän erityisasema onkin otettu huomioon Rahoitustarkastuksen ohjeissa. Pienyrittäjäasemalla voi olla vaikutusta luotonantajan tiedonantovelvollisuuksien sisältöön, kohtuullisuuden arviointiin sekä luottosopimuksen tulkintaan sitä arvioitaessa, miten luotonottaja on perustellusti voinut ymmärtää sopimusehdot.¹⁵

Yritysluottoihin sovelletaan tiettyjä LuottolaitosTL:n säännöksiä, jotka koskevat kaikkia luottosuhteita. Sanotun lain 54 §:ssä on määritelty talletus-

¹¹ Hemmo 2001 s. 73–75.

¹² HE 7/1989.

¹³ Hemmo 1997 I s. 187–188, Hemmo 2001 s. 73.

¹⁴ Hemmo 2001 s. 38.

¹⁵ Hemmo 2001 s. 38–39.

pankin mahdollisuus kuittaukseen, 82 § käsittelee sallittua markkinointia ja 83 § sallittuja sopimusehtoja. Kuitenkin keskeisiltä osin yritysluottoja ei ole laissa säännelty. Pakottavien säännösten vähäisyyden vuoksi osapuolten sopimusvapaus on laaja. Sopimusvapautta rajoittaa sopimusehdon sovitelun (OikTL 36 §) lisäksi sopimusehdon käytön kieltämisen (LuottolaitosTL 86 § ja ElinkSopL 1 §) mahdollisuus.¹⁶

2 KOVENANTTIEN KÄYTTÖ JA KOVENANTTITYYPIT

2.1 Kovenanttien käyttö

2.1.1 Syitä kovenanttien käytölle

Vakuuksiin perustuvassa luotonannossa velkojan asema on ainakin osittain turvattu. Jos velallinen ajautuu maksukyvyttömäksi, velkojalla on mahdollisuus saada suoritus vakuuden arvosta. Velkojalle ei synny välttämättä luottotappiota ollenkaan, mikäli vakuudet ovat riittäviä. Jos luoton maksamisen turvana ei ole vakuuksia, täytyy velkojan muulla tavoin turvata asemansa. Vakuudettomassa luotonannossa kovenanttien käyttö on tärkeä osa luotonantajan riskinhallintaa. Kun vakuuksilla turvataan velkojan saamista maksukyvyttömyystilanteissa, kovenanteilla pyritään estämään velallisen ajautuminen maksukyvyttömäksi. Kovenanteihin perustuvassa luotonannossa luottopäätös perustuu pitkälti luotonottajayrityksen kassavirtaan sekä tulevaisuudennäkymiin.¹⁷ Kun vakuuksiin perustuvassa luotonannossa luotonantajan riski kohdistuu pantin taloudellisen riittävyyden arviointiin, kassavirtapohjaisessa ajattelussa harkinnan painopiste on velallisen tosiasiallisessa mahdollisuudessa maksaa luotto takaisin. Tämä edellyttää tulevan kassavirran arviointia, sen riskialttiuden määrittelyä sekä sitä, miten kassavirtaa voidaan suojata siihen kohdistuvilta riskeiltä.¹⁸ Rahoitustarkastus on antanut LuottolaitosTL 68 §:n perusteella yleisohjeen luottoriskien hallinnasta. Ohjeessa pidetään luotonannon lähtökohtana luoton myöntämistä ensisijaisesti hankkeen kannattavuuden ja asiakkaan velanhoitokyvyn perusteella.

¹⁶ Hemmo 2001 s. 74.

¹⁷ Hemmo 2001 s. 326.

¹⁸ Tammi-Salminen s. 35.

Ohjeen mukaan luottopäätöksen on perustuttava luottoanalyysiin, joka yrittäjäasiakkaiden kohdalla tarkoittaa esimerkiksi ennusteen laatimista asiakkaan taloudellisen tilan kehittymisestä kassavirta-analyysin avulla.¹⁹

Kun luottopäätös perustuu yhtiön kehitysnäkymiin, on luotonantajan edun kannalta tärkeää myös turvata näiden kehitysnäkymien toteutuminen. Näiden kehitysnäkymien toteutuminen pyritään turvaamaan kovenanteilla, rajoittamalla velallisen toimintavapautta sekä asettamalla tälle tiettyjä velvollisuuksia.²⁰ Velallisen velanmaksukykyä turvaavilla kovenanteilla pyritään varmistamaan, että velallisen liiketoiminta pysyy terveenä.

Mikäli velallisen velanmaksukyvyssä ilmenee kuitenkin ongelmia, kovenanttien avulla varmistetaan, että velkoja saa tiedon luoton takaisinmaksukyvyyn heikkenemisen riskistä niin aikaisin, että tilanteeseen voidaan vielä menestyksellisesti puuttua. Jotta velkoja voisi reagoida oikein yhtiön taloudellisiin vaikeuksiin, hänellä on oltava oikea kuva yhtiön liiketoiminnan tilasta ja kehityksestä laajemminkin. Kovenanteja käytettäessä velallisen laajoilla tiedonantovelvollisuuksilla onkin tärkeä asema.²¹

Äärimmäisenä keinona kovenanteilla pyritään varmistamaan velkojan suorituksen saaminen vielä maksukyvyttömyyden jälkeenkin. Vakuuksien käytön sijasta luotonantajan asemaa maksukyvyttömyystilanteissa turvataan yritysrahoituksessa usein kovenanteilla, joilla voidaan rajoittaa luotonottajan panttauskompetenssia ja luovutuskompetenssia. Vaikka kovenanttien pääasiallisena tarkoituksena on välttää ennalta maksukyvyttömyys, kompetenssiraioitusehtojen avulla turvataan luotonantajan asemaa velallisen joutuessa vararikoon. Niiden avulla vältetään tilanne, jossa jollakin velkojista olisi sopimusperusteiseen esinevakuusoikeuteen perustuva etuoikeutettu asema saada suoritus velallisen omaisuudesta.²² Vaikka kovenantivelkojan asema pakkotäytäntöönpanotilanteissa on heikko, kovenanttien avulla voidaan varmistaa, ettei velallinen sitoudu luottoihin, joilla olisi parempi etuoikeusasema. Velallisen luovutus- ja panttauskompetenssia rajoittavilla kovenanteilla pyritään siihen, että jos velallinen on maksukyvytön, tällä on kuitenkin omaisuutta, jota voidaan käyttää velan maksamiseen.²³

¹⁹ Rata 105.13.

²⁰ Tammi-Salminen s. 37–38.

²¹ Tammi-Salminen s. 40–41.

²² Tammi-Salminen s. 3–4. Luotonantajan aseman kannalta on olennaista, mikä on tällaisen kompetenssiraioituksen sitovuus kolmanteen eli henkilöön, jolle omistaja (velallinen) on perustanut oikeuden kompetenssiraioitusehdon vastaisesti, eli esimerkiksi panttioikeuden negative pledge -ehdon vastaisesti. Olen jättänyt sivullisuuheet työni ulkopuolelle, ks. Tammi-Salminen, joka on väitöskirjassaan tarkastellut kysymystä laajasti.

²³ Tammi-Salminen s. 40–42.

Luottosopimuksessa on yleensä asetettu luotonantajalle luoton eräännyttämisosoikeus velallisen rikkoessa kompetenssinrajoitusehtoa. Sopimus-sakkolausekkeilla pystytään tosiasiallisesti vaikuttamaan siihen, että velallinen ryhtyisi sopimuksen vastaisiin panttaus- tai luovutustoimiin.²⁴

Kun luotonottajayrityksen intressissä on luoton saanti, sitoutuu se kovenantteihin, joita ilman ei luottosopimusta syntyisi. Etenkin nopeasti kasvavilla yrityksillä kovenantteihin sitoutuminen on ainoa keino saada vieraan pääoman ehtoista rahoitusta, sillä yrityksellä ei välttämättä ole reaalivakuuksia tarjottavanaan, ainakaan riittävästi.²⁵

Parhaassa tapauksessa kovenantit helpottavatkin vähiin vakuuksiin perustuvaan luototusta. Lisäksi ne voivat alentaa yrityksen luottokustannuksia, sillä kovenanttien yhteydessä tuotettu laadukas tieto alentaa rahoittajan analysointikustannuksia.²⁶ Luotonsaantimahdollisuudet voivat helpottaa myös velkojan luottotappioriskin pienentymisen johdosta. Tämä voi merkitä luoton saannin helpottumisen lisäksi alhaisempaa korkoa tai pidempää takaisinmaksuaikaa.²⁷ Toisaalta tunnuslukukovenanttien käyttö edellyttää yritykseltä kykyä tuottaa tunnuslukuinformaatiota, mikä voi vaikeuttaa pienten yritysten sitoutumista kovenantteihin.²⁸

2.1.2 Yrityskoon vaikutus kovenanttien käyttöön

Kovenantteja voidaan käyttää niin kotimaisessa kuin ylikansallisessa luototuksessa. Suomessa kovenantteja on käytetty lähinnä suurehkojen yritysten pitkäaikaisessa luototuksessa, mutta niitä on pyritty lisäämään myös pienten- ja keskisuurten yritysten luototuksessa. Kovenanteilla ei kuitenkaan ole mitään yrityskokoon, toimialaan tai yhtiömuotoon liittyviä rajoituksia, vaikka niiden käyttö onkin yleisempää yrityskoon kasvaessa.²⁹

Anglosaksisen oikeuskäytännön maissa myös pk-yritysten rahoituksessa on käytetty kovenantteja. Kansainvälisiä sopimusmalleja ei voida kuitenkaan suoraan siirtää Suomeen, sillä suomalaisten pk-yritysten kovenantteja luotaessa on otettava huomioon kansallinen sopimuskäytäntö, oikeudellinen normisto sekä sopijapuolten edellytykset sopia ehtoja.³⁰

²⁴ Tammi-Salminen s. 7–8.

²⁵ Hemmo 2001 s. 326.

²⁶ Kovenanttityöryhmä s. 26.

²⁷ Tammi-Salminen s. 43.

²⁸ Hemmo 2001 s. 326, av. 4.

²⁹ Hemmo 2001 s. 326.

³⁰ Kovenanttityöryhmä s. 12 ja s. 17.

Koska kovenantteja käytettäessä luottopäätös perustuu kassavirta-analyysiin pohjautuviin tulevaisuudennäkymiin, luotonottajan tulevaisuuden näkymien on oltava hyviä, mikä toteutuu yleensä juuri suurten vakavarais-ten yritysten kohdalla. Myös kasvuyritysten kanssa voidaan kovenantteja käyttää, kun luotonantajalla on aihetta luottaa yrityksen tulevaisuudennäkymiin. Koska vakuudeton luotonanto voi vaatia aikaa vieviä neuvotte-
luja sekä laajaa taustatietojen selvittämistä, pienissä luotoissa voivat kus-
tannukset nousta liian suuriksi luoton kokoon nähden. Tämä voi rajoittaa
kovenanttien käyttöä pienempien yritysten kohdalla.³¹ Myös luotonhakijan
aiempi vakuusvelka voi olla esteenä kovenantteihin sitoutumiselle, sillä
velkojien yhdenvertainen asema ei ole tällöin toteutettavissa.³²

Kovenantteja voidaan käyttää vieraan pääoman ehtoisen luotonuksen li-
säksi myös välipääomarahoituksessa, kuten esimerkiksi pääomalinassa.³³
OYL 5:1.2:n mukaan velallisyhtiö tai sen kanssa samaan konserniin kuuluva
yhteisö ei saa antaa vakuutta pääomalinan taikka sen koron tai muun hyvityk-
sen takaisin maksamisesta. Vakuudenasettamiskieltoa perusteltiin lain esitöissä
pääomalinan viimesijaisuudella. Pääomalinan tarkoitus ei toteutuisi, jos
velallisyritys voisi asettaa vakuuden turvaamaan lainan takaisinmaksua.³⁴
Pääomalinan on OYL 5:1.1:n mukaan kaikkia muita velkojia huonommassa
etuoikeusasemassa. Kyseessä on siis MJL 6.1 §:n 4 kohdassa tarkoitettu viime-
sijainen velka. Koska pääomalinan hyväksi ei voida asettaa vakuutta, sitä
käytettäessä velkojan on turvattava asemansa kovenanttien avulla. Toisaalta
vakuudenasettamiskielto ei koske vierasvakuutta. Käytännössä onkin yleis-
tä, että velallisyrittäjien omistajat asettavat yhtiön osakkeet pääomalinan
vakuudeksi.³⁵ Tämä ei kuitenkaan poista tarvetta liittää pääomalinaan kove-
nantteja. Väli- ja osittain kovenantteja on käytetty Suomessa yritys-
saneerauksen kohteena olevien yritysten rahoitusjärjestelyissä. Perinteisesti
kovenantteja on käytetty myös syndikoiduissa luotoissa, joukkovelkakirja-
lainajärjestelyissä, projektirahoituksessa sekä yritysjohtajien yritysostoissa.³⁶

Kovenanttien avulla voidaan pääomalinaan liittää ominaisuuksia, jotka
pyrkivät lisäämään pääomalinavelkojan residuaaliosuutta sekä kontrollia.
Tämä on perusteltua pääomalinavelkojan turvattomuuden johdosta.³⁷ Tämä

³¹ Tammi-Salminen s. 36–37.

³² Engelberg.

³³ Villa 2001 II s. 123.

³⁴ HE 89/1996 s. 86.

³⁵ Villa 1997 s. 305.

³⁶ Kovenanttityöryhmä s. 33, Wood II s. 27.

³⁷ Villa 2001 II s. 123.

ilmenee pääomallainan viimesijaisuuden lisäksi pääomallainan takaisinmaksamisen rajoituksilla yhtiön toiminnan aikana. OYL 5:1.1:ssä on asetettu pääomallainan takaisinmaksulle velallisyriityksen taloudellisesta asemasta riippuvia tiukkoja edellytyksiä.³⁸

2.2 Tunnuslukukovenantit

Tunnuslukukovenanteilla luotonantaja pyrkii varmistamaan velallisen taloudellisen tilan säilymisen sellaisella tasolla, ettei velanhoidokyky vaarannu. Niiden avulla voidaan arvioida luotonottajan rahoituksellisesta asemasta, maksukykyä, maksuvalmiutta ja kannattavuutta.³⁹ Ne toimivat eräänlaisina hälyttiminä, kun asetettu tunnusluku rikkoutuu tai on vaarassa rikkoutua. Velkojan intressissä on saada mahdollisimman aikaisin tieto tunnuslukujen muutoksista, jotta se voisi reagoida velallisen taloudellisen tilanteen heikkenemiseen. Jotta velkoja voisi seurata tunnuslukujen kehittymistä, on velalliselle asetettava velvollisuus taloudellisen informaation tuottamiseen ja jakamiseen velkojalle.⁴⁰

Tunnuslukukovenantit voidaan jakaa tase- ja tuloslaskelmakovenantteihin. Näistä taseeseen perustuvat tunnuslukujen raja-arvot ovat vakaampia kuin tuloslaskelmaan liittyvät erät ja ehdot.⁴¹ Luotonottajan on pidettävä taloudellinen asemansa tunnuslukujen edellyttämällä tasolla. Jos asetettu raja-arvo (tunnusluku) rikkoutuu, merkitsee se samalla kyseisen kovenantin rikkoutumista. Kovenantin rikkoutumisen seuraukset ilmenevät joko kyseisestä kovenantista tai muualta luottoehdoista.⁴²

Tunnuslukukovenantit voidaan liittää esimerkiksi luotonottajan velkaantumisasasteeseen tai omavaraisuusasteeseen, käyttökatteeseen ja rahoitustulokseen, vieraan pääoman takaisinmaksuaikaan tai voitonjakoon. Raja-arvot voidaan määrittää joko suhdelukuna tai absoluuttisena arvona.⁴³ Velallisen taloudellisen tilanteen kannalta negatiivinen tunnusluvun muutos johtaa tavallisesti velalliselle negatiivisiin seuraamuksiin, kuten koron ko-

³⁸ Pääomallainan takaisinmaksun rajoituksista tarkemmin Villa 1997 s. 272–277.

³⁹ Villa 1997 s. 30, av. 51, Tuomisto s. 66 ja Wood I s. 44. Tuomisto on käyttänyt tunnuslukukovenanteista termiä finanssikovenantit. Mielestäni termi tunnuslukukovenantti kuvaa kuitenkin paremmin tällaisen kovenantin luonnetta, sillä siinä asetetaan juuri tietty tunnusluku luotonottajan noudatettavaksi.

⁴⁰ Villa 2001 II s. 125–126. Tiedonantokovenantista jäljempänä kappaleessa 2.3.5.

⁴¹ Kovenanttityöryhmä s. 38.

⁴² Tuomisto s. 67–68.

⁴³ Kovenanttityöryhmä s. 41–46, Tuomisto s. 65–66, Lindahl s. 99–100.

rottamiseen tai pahimmillaan luoton eräännyttämiseen. Tunnuslukujen kehittyminen positiiviseen suuntaan voi vaikuttaa velallisen eduksi, kuten korkoa alentavasti, mikäli kovenantissa on sovittu tällaisesta ehdon kaksisuuntaisuudesta.⁴⁴

Tunnuslukukovenanttien etuna on niiden selkeys ja riidattomuus. Luotonantajan saadessa ajoissa riittävästi tietoa velallisen tunnuslukujen kehityksestä ja niiden suhteesta asetettuihin kovenantteihin, on sillä mahdollisuus muodostaa käsityksensä velallisen liiketoiminnan edistymisestä. Tunnuslukukovenantin rikkoutuminen on yleensä merkinä velallisen liiketoiminnan epäsuotuisasta kehityksestä, ja luotonantaja voi tällöin ryhtyä tarpeellisiin toimenpiteisiin.⁴⁵

Haittana on tunnuslukukovenanttien liiallinen objektiivisuus ja joustamattomuus, sillä niitä käytettäessä luotonantaja ei välttämättä osaa kiinnittää huomiota liiketoimintaan ja kassavirtaan kohdistuvien satunnaistekijöiden ja kausivaihteluiden vaikutukseen. Lyhytaikainen tunnusluvun rikkoutuminen ei välttämättä merkitse, että velallisen tilanne olisi pitkällä aikavälillä huononemassa tai luoton takaisinmaksukyky olisi heikentynyt. Jos tunnuslukukovenanteissa ei ole otettu huomioon kausivaihtelusta johtuvia heilahduksia, voi luotonantaja ryhtyä toimenpiteisiin kovenantin rikkoutumisen johdosta luottoehtojen mukaisesti.⁴⁶ Kausivaihtelut olisikin hyvä huomioida jo raja-arvoja asetettaessa sallimalla lyhyellä aikavälillä suurempia poikkeamia arvoissa kuin pidemmän aikavälin tarkastelussa.⁴⁷

Tunnuslukukovenanttien käyttö edellyttää velallisyriityksen taloushallinnolta kykyä tuottaa tarvittavaa informaatiota. Tämä voi aiheuttaa pienemmillä yrityksillä vaikeuksia, ja voi heikentää niiden mahdollisuutta saada kovenantteihin perustuvaa rahoitusta.⁴⁸ Yrityksille saattaa lisäksi aiheutua lisäkustannuksia siitä, että tunnuslukukovenanttien tulee yleensä perustua tilintarkastajan tarkastamiin tunnuslukuihin.⁴⁹

⁴⁴ Hemmo 2001 s. 327.

⁴⁵ Tuomisto s. 68.

⁴⁶ Tuomisto s. 68–69.

⁴⁷ Kovenantitryöryhmä s. 39–40.

⁴⁸ Hemmo 2001 s. 326, av. 4.

⁴⁹ Kovenantitryöryhmä s. 39.

2.3 Muut kovenantit

2.3.1 Määritelmä

Tunnuslukukovenanteista poiketen muut kovenantit liittyvät ja vaikuttavat suoraan luotonottajan toimintaan. Muut kovenantit voidaan jakaa positiivisiin ja negatiivisiin kovenantteihin, sen mukaan velvoittavatko ne luotonottajan toimimaan sovitulla tavalla vai edellyttävätkö ne tämän pidättymään toimenpiteistä, joista on sovittu luottosopimusta tehtäessä. Ne rajoittavat luotonottajan liiketoiminnallista toimintavapautta enemmän kuin tunnuslukukovenantit, ja niiden tarkoituksena onkin ohjata luotonottajan toimintaa, kun taas tunnuslukukovenanteilla on lähinnä luotonantajaa varoittava tehtävä.⁵⁰ Kovenanteissa on usein edellytetty velkojan suostumusta tietyille velallisyriityksen toimenpiteille, mikä on hyvänä esimerkkinä muiden kovenanttien velallisen toimintavapautta rajoittavasta luonteesta.⁵¹ Muut kovenantit voidaankin jakaa yrityksen toimintaa sääteleviin sekä yritystä velvoittaviin ehtoihin.⁵²

Muiden kovenanttien etuna tunnuslukukovenantteihin voidaan pitää, etteivät ne vaadi velallisyriitykseltä laadukkaita taloushallintojärjestelmiä, eivätkä erityisen täsmällistä kirjanpitoa.⁵³ Näin ollen ne soveltuvat tunnuslukukovenanteja paremmin pienille yrityksille.

Muiden kovenanttien käytössä ongelmallista voi olla niiden seuraaminen. Kun tunnuslukukovenanteissa on sovittu milloin velallisen on toimitettava sovitut luvut luotonantajalle, ei muiden kovenanttien osalta ole välttämättä yhtä täsmällistä määräystä. Toisaalta velalliselle usein asetettu laaja tiedonantovelvollisuus vähentää tätä ongelmaa. Ongelmana voi olla myös rikkoutumisen merkittävyuden arviointi. Niidenkin käytössä edellytetään tiettyä joustavuutta luotonantajalta, kuten myös tunnuslukukovenanteja käytettäessä.⁵⁴ Velalliselle kovenantissa asetettu vaatimus ilmoittaa velkojalle tietyistä toimenpiteistä tai pyytää velkojan suostumus toimenpiteiden suorittamiseksi saattaa rajoittaa liikaa velallisen toimintavapautta. Puuttumismahdollisuuden olemassaolo ja käyttäminen tulisikin toteuttaa vain velkojan

⁵⁰ Tuomisto s. 73. Tuomisto on käyttänyt termiä toimintakovenantit. Tosin hän ei pidä toimintakovenantin ja muiden kovenanttien alaa täysin samana. Tuomisto s. 73, av. 147. Lindahl on käyttänyt muista kovenanteista termiä generalla lånevillkor, ja tunnuslukukovenanteista finansiella lånevillkor. Lindahl s. 99 ja 101.

⁵¹ Hemmo 2001 s. 328.

⁵² Kovenanttityöryhmä s. 20.

⁵³ Tuomisto s. 75.

⁵⁴ Tuomisto s. 77.

perustellun intressin vuoksi, ettei liiallinen puuttumismahdollisuus vaikuta negatiivisesti luotonottajan toimintaan.⁵⁵ Kovenanteja, joilla velkoja puutuu velallisen liiketoiminnan johtamiseen, voidaan nimittää kontrollikovenanteiksi. Niiden yhtiöoikeudellisen ulottuvuuden vuoksi olen käsitellyt niitä tarkemmin kappaleessa 3.3.

2.3.2 Yrityksen identiteetin säilyminen

Yrityksen identiteetin säilymistä turvaavan ehdon avulla varmistetaan, että yritys säilyy luottosopimussuhteen aikana samana aineellisena ja toiminnallisena kokonaisuutena kuin luottosopimusta solmittaessa. Etenkin vähin vakuuksin tapahtuvassa luotonannossa onkin tärkeää, että yrityskokonaisuus säilyy samana ja toiminnan jatkuvuus on turvattu. Velallisyrityksen on saatava suostumus velkojalta, mikäli se aikoo tehdä olennaisia muutoksia sen rakenteeseen, toimintaan tai omaisuuseriin. Kyse voi olla omistuksen muutosrajoituksesta (change of ownership), yrityksen liiketoiminnan säilyttämisestä (maintenance of corporate existence) tai yrityskauppojen kiellosta (anti-merger).⁵⁶

2.3.3 Vakuudenasettamiskielto (negative pledge)

Vakuudenasettamiskielto on vakuudettomassa luotonannossa kaikkein tärkein kovenanti.⁵⁷ Perusmuodossaan kyseinen ehto kieltää velallisen antamasta ulkopuoliselle vakuutta, ellei se samalla perusta vastaavaa oikeutta myös kovenanttivelkojalle.⁵⁸ Tämän avulla estetään velkojia joutumasta eriarvoiseen asemaan, ja sitä käytetäänkin yhdessä rahoittajien tasapuolista kohtelua (pari passu) koskevan kovenantin kanssa. Velkojan luottoriskin kannalta on tärkeää, että luoton erääntyessä velallisyrityksessä on panttauskelpoista omaisuutta käytettäväksi mahdollisessa jakoprosessissa.⁵⁹ Vakuuden asettaminen toiselle velkojalle voi johtaa tilanteeseen, ettei varoja jää enää kovenanttivelkojalle, jolla ei ole vakuuksia turvanaan. Rahoittajien tasapuoliseen kohteluun perustuva luottoanalyysi samalla tuhoutuu. Velallisen taloudellisen tilanteen heiketessä ainoa keino saada luottoa voi olla vakuuksien avulla. Kun velallisen taloudellinen tilanne huononee, kovenanttivel-

⁵⁵ Tuomisto s. 76–77.

⁵⁶ Kovenanttityöryhmä s. 47–48.

⁵⁷ Wood I s. 34.

⁵⁸ Hemmo 2001 s. 329.

⁵⁹ Wo JIBL 1999 s. 360, Kovenanttityöryhmä s. 51.

kojalle on entistä tärkeämpää rahoittajien tasapuolinen kohtelu ja ettei velallinen aseta vakuuksia muiden velkojen turvaksi. Tällaiset ongelmat vältetään vakuudenasettamiskiellolla.⁶⁰ Koska kovenantti ei ole vakuus, ei velallisen sitoutuminen uusiin kovenantteihin riko vakuudenasettamiskieltoa.

Vakuudenasettamiskielto voi olla joko absoluuttinen tai ehdollinen. Absoluuttisella vakuudenasettamiskiellolla tarkoitetaan velallisen sitoumusta olla perustamatta vakuusoikeutta omaisuuteensa. Ehdollisella vakuudenasettamiskiellolla tarkoitetaan ehtoa, jossa sallitaan vakuusoikeuden perustaminen, mikäli vastaavanlainen vakuusoikeus annetaan myös sitoumuksella suojatulle velkojalle.⁶¹

Myös vakuudenasettamiskiellon kohde voi vaihdella. Vakuudettomassa luotonannossa luotonantajan intressissä on yleensä ulottaa kieltö koskemaan kaikkea velallisen omaisuutta, mukaan lukien velallisen myöhemmin saama omaisuus. Toisaalta kieltö voidaan ulottaa vain tiettyyn yksilöityyn kohteeseen.⁶² Mikäli velallisen pääasiallinen omaisuus muodostuu tietyistä suhteellisen pysyvästä kohteesta, tällaisella yksilöidyllä kiellolla päästään käytännössä samaan lopputulokseen. Vakuuden asettaminen voidaan sitoa myös esimerkiksi luoton käyttötarkoitukseen tai luoton suuruuteen.⁶³

Vakuudenasettamiskiellon laatiminen riittävän kattavaksi voi olla ongelmallista. Ehdolla on helppo kieltää tunnetuimmat vakuusmuodot, kuten yritysikiinnitys ja panttaus. Sen sijaan tiettyjen peiteltyiden vakuusjärjestelyjen sisällyttäminen kiellon piiriin voi olla hankalaa. Tällaisia peiteltyjä vakuusjärjestelyjä voi sisältää esimerkiksi kiinteän omaisuuden myynti- ja takaisinvuokraussopimus (sale and lease-back), osakelainaus (stock borrowings) ja rahoitusleasing (financial leasing).⁶⁴

2.3.4 *Rahoittajien tasapuolinen kohtelu (pari passu) ja lisäluotonotto (restrictions on borrowings)*

Pari passu -ehto on keskeinen, kun turvataan rahoittajan asemaa vakuudettomassa luotonannossa. Kun vakuudenasettamiskiellolla pyritään estämään uuden velkojan pääseminen parempaan etuoikeusasemaan, pari passu -eh-

⁶⁰ Wood I s. 34. Ehdon tosiasialliseen tehokkuuteen vaikuttaa ehdon sitovuus kolmanteen nähden. Negative Pledge -ehdon sitovuudesta kolmanteen ks. Tammi-Salminen.

⁶¹ Tammi-Salminen s. 61–62.

⁶² Ehdon yksilöimisellä voi olla merkitystä sivullissitovuuden kannalta. Kysymyksenasettelusta Tammi-Salminen s. 83–92.

⁶³ Tammi-Salminen s. 65–66.

⁶⁴ Tuomisto s. 81.

dolla turvataan samassa etuoikeusasemassa olevien velkojen samanlainen kohtelu kieltämällä velallisyrittystä antamasta muille velkojille edullisempia kovenantteja. Pari passu -ehtoa käytetään tavallisesti vakuuden asettamiskiellon kanssa.⁶⁵ Pakkotäytäntöönpanotilanteissa Pari passu -ehdolla ei ole merkitystä, sillä etuoikeusjärjestys määräytyy MJL:n mukaisesti.⁶⁶

Pari passu -ehdon yhteydessä voidaan myös kieltää etukäteen esitettyä luottosuunnitelmaa suurempi luotonotto, tai tietyn rajan ylittävä lisävelkaantuminen.⁶⁷ Tämän avulla turvataan velallisen takaisinmaksukyky, joka perustuu luotonantohetkellä olleeseen tilanteeseen ja ennakoituun toiminnan kehitykseen. Lisäluotonottoa koskevan ehdon käyttö merkitsee, että yritys sitoutuu rahoitusta hankkiessaan noudattamaan velkojan kanssa sovitua suunnitelmaa. Jos mahdolliset uudet investoinnit vaativat rahoitusta joka ylittää velkojan kanssa sovitun suunnitelman, on lisärahoituksen ottamisesta neuvoteltava erikseen velkojan kanssa.⁶⁸

2.3.5 Tiedonantokovenantti

Tiedonantokovenantilla on tärkeä merkitys käytettäessä niin tunnusluku-kovenantteja kuin muitakin kovenantteja. Ehdolla voidaan velvoittaa luotonottaja ilmoittamaan luotonantajalle viipymättä liiketaloudellisessa tilassaan tai muissa olosuhteissa tapahtuneista olennaisista muutoksista, joilla voi olla vaikutusta sen kannattavuuteen, maksuvalmiuteen tai vakavaraisuuteen. Lisäksi siihen voidaan liittää yleinen velvollisuus toimittaa luotonantajalle tilinpäätöstietoja, ja sen lisäksi monia muitakin luotonottajan liiketoimintaan liittyviä selvityksiä.⁶⁹ Kun luotonantajalla on oikea kuva velallisen liiketoiminnan tilasta ja sen ennakoidusta kehityksestä, voi se tarpeen vaatiessa reagoida yrityksen taloudellisiin vaikeuksiin.⁷⁰ Koska tunnusluku-kovenanttien seuranta edellyttää velallisyrittystä koskevan taloudellisen informaation tuottamista ja antamista velkojalle, liittyy tiedonantokovenantti kiinteästi tunnuslukukovenanttien käyttämiseen. Vain yhdessä ne mahdollistavat velallisen taloudellisen tilanteen seuraamisen.⁷¹ Tiedonantokovenantin avulla velkoja voi huolehtia siitä, että se saa velallisen tunnusluku-

⁶⁵ Kovenanttityöryhmä s. 49.

⁶⁶ MJL 1 §.

⁶⁷ Hemmo 2001 s. 329.

⁶⁸ Kovenanttityöryhmä s. 49–50.

⁶⁹ Tuomisto s. 78, Kovenanttityöryhmä s. 58–59.

⁷⁰ Tammi-Salminen s. 41.

⁷¹ Villa 2001 II s. 132.

tiedot käyttöönsä riittävän nopeasti tarkastelujakson päättymisen jälkeen.⁷²

Myös muiden kovenanttien käyttö edellyttää yleensä laajaa tiedonantovelvollisuutta. Velvoiteoikeudellisen luonteen vuoksi järjestetty luottosopimus ei itsessään anna mahdollisuutta saada tietoa yrityksen toiminnasta tai myötävaikuttaa yhtiön toimintaan.⁷³ Mikäli kovenantissa on esimerkiksi asetettu velkojalle mahdollisuus vastustaa tiettyjä velallisen liiketoiminnan tai omistusrakenteen muutoksia, edellyttää kovenantin tehokas käyttö velallisen tiedonantovelvollisuutta seikoista, jotka saattavat kuulua muissa kovenanteissa määritelyihin tilanteisiin. Vaihtoehtoisesti tiettyjen toimenpiteiden suorittamiselle on voitu edellyttää velkojan suostumusta, joko ennakoon tai tietyn määräajan sisällä jälkikäteen.⁷⁴ Tällaisessa tapauksessa tiedonantovelvollisuuden voidaan katsoa sisältyvän jo itse kovenantiin, jossa velkojan suostumusta on edellytetty. Tällöinkin voi olla kuitenkin syytä sopia erillisessä tiedonantokovenantissa tarkemmin tiedonannon toimittamisesta.

Mikäli luottosopimuksessa ei ole sovittu riittävän laajasta tiedonantokovenantista, voi kovenanttien käyttötarkoitus vaarantua. Yleensä voisi mielestäni olla mahdollista asettaa velalliselle tiedonantovelvollisuus, joka ei perustu suoraan tiedonantokovenantiin, vaan luottosopimuksen tunnusluku-kovenanttien sekä muiden kovenanttien määräyksiin. Velkojalla tulisi olla oikeus saada sellaisia tietoja, jotka ovat kovenanttien käyttämiseksi tarpeen, kuten esimerkiksi oikeus saada tunnuslukukovenanttien mukaisista tunnusluvuista tiedot säännöllisin väliajoin. Kovenanttiluotonannossa luotonantajan on oltava koko ajan selvillä velallisen taloudellisesta tilanteesta, ja ellei luotonantaja saa tarpeeksi tietoa velalliselta, kovenanttien tarkoitus vaarantuu. Luotonantajan kannalta olisi syytä sopia luottosopimuksessa tarkasti velallisen tiedonantovelvollisuudesta, mutta ilman nimenomaisia sopimusmääräyksiäkin kovenanttien käyttötarkoitus tukee velkojan tiedonsaanti-oikeutta tiettyyn rajaan asti.

Etenkin vakuudettomassa luotonannossa velallisen tiedonantovelvollisuus sekä velkojan mahdollisuus vaikuttaa velallisyrittäjän toimintaan on olennainen osa velkojan riskinhallintaa. Sisällyttämällä luottosopimukseen tiedonantokovenanteja sekä kovenanteja, joiden perusteella velallisen on ilmoitettava sopimuksessa määritellyistä toimenpiteistä velkojalle tai pyydettyä niihin suostumus, velkoja rajoittaa riskiään huomattavasti.⁷⁵

⁷² Lindahl s. 104.

⁷³ Lauriala s. 90.

⁷⁴ Tuomisto s. 76.

⁷⁵ Tuomisto s. 117. Tiedonantovelvollisuuteen liittyy usein läheisesti velkojan suostumuksen pyytäminen tietyille toimenpiteille sekä muut velkojan kontrollimahdollisuudet. Olen käsitellyt kysymystä kappaleessa 3.3.

2.3.6 Muita yleisiä kovenantteja

Epätavallisten oikeustoimien kieltävä ehto (antidisposal-ehto) estää velallista siirtämästä keinotekoisesti yhtiön varoja pois yhtiöstä ilman terveitä liiketaloudellisia perusteita, tai ettei velallinen ottaisi vastattavakseen normaaliin liiketoimintaan kuulumattomia tai muuten merkittäviä vastuita. Vaikka velalliselle tärkeän omaisuuden luovuttaminen onkin epätodennäköistä, sillä voidaan pyrkiä kiertämään vakuudenasettamiskieltoa. Tämän johdosta voi olla tarpeen rajoittaa velallisen luovutuskompetenssia.⁷⁶ Olenneiden sopimusten hoitamista koskevalla ehdolla vahvistetaan yrityksen liiketoiminnan jatkumista, kuten yrityksen identiteetin säilymistä koskevalla ehdolla. Ehto velvoittaa velallisen hoitamaan liiketoiminnan kannalta keskeiset sopimukset asianmukaisesti, jottei liiketoiminta häiriintyisi. Velallisen velanhoitokykyä turvataan yhtiön osingonjakoa ja konserniavustuksia rajoittavalla kovenantilla. Luotonantajalle on usein tärkeätä, että velallinen käyttää luoton tiettyyn kohteeseen. Tällöin voidaan käyttää kovenanttia, jossa sovitaan luoton käyttötarkoituksesta.⁷⁷

2.4 Representation- ja Warranty-klausuulit

Representation- ja Warranty-klausuulit ovat kansainvälisessä rahoituksessa ja sopimuskäytännössä tyypillisiä erityissitoumuksia. Klausuulien avulla osapuolet laativat neuvotteluvaiheessa tarkistuslistan ja pohjan sopimuksen tekemiseksi. Niiden avulla etsitään riskejä ja analysoidaan niitä, ja yhdessä kovenanttien kanssa ne muodostavatkin olennaisen osan sopimuserusteista riskinhallintaa.⁷⁸ Toisaalta ne eivät suoranaisesti puutu luotonottajan käyttäytymiseen, mikä on taas kovenanteille yleensä tyypillinen piirre.⁷⁹ Niitä voidaankin pitää kovenanttien alalajina.⁸⁰

Representation on toisen sopijapuolen, lähinnä luotonottajan tai luotonottajayrityksen osakkaiden, selonteko menneestä tapahtumasta tai olemassa olevasta tosiseikasta, ja sen antaminen voidaan asettaa sopimuksen allekirjoituksen edellytykseksi. Se voidaan antaa esimerkiksi luotonottajan muista sopimussuhteista sekä annetuista vakuuksista. Selonteosta ei tule kuitenkaan tehtävän sopimuksen ehtoa, ja se annetaankin ennen sopimuksen te-

⁷⁶ Tammi-Salminen s. 61.

⁷⁷ Kovenanttityöryhmä s. 54–58, Hemmo 2001 s. 329.

⁷⁸ Lauriala s. 102.

⁷⁹ Tuomisto s. 101.

⁸⁰ Hemmo 2001 s. 327, Kovenanttityöryhmä s. 20.

kemistä. Rahoittaja muodostaa sen avulla käsityksen yhtiön maksukyvyyn perustana olevista olosuhteista ja toimintaedellytyksistä, kun taas kovenanttien avulla rahoittaja pyrkii turvaamaan näiden olosuhteiden ja edellytysten säilymisen.⁸¹

Warranty on taas sopimuksen tarkoitusta tai päämäärää koskeva viittaus, selonteko tai vakuutus.⁸² Pankkikäytännössä voidaan erottaa toisistaan sopimuksen lailliseen pätevyYTEEN liittyvät selonteot tai vakuutukset (Legal Warranties) sekä luotonottajan taloudelliseen tilanteeseen sekä luottokelpoisuuteen liittyvät selonteot tai vakuutukset (Commercial Warranties).⁸³ Käytännössä erottelulla ei ole merkitystä, vaan erilaiset selonteot ja vakuutukset sisällytetään sopimuksessa yhteisen Representations and Warranties -otsikon alle.⁸⁴

Luotonantajan riskinhallinnan kannalta on tärkeää, että velallisyritys noudattaa toiminnassaan lainsäädäntöä. Velallisen vakuutukset voivat koskea esimerkiksi kirjanpito-, ympäristö- ja verolainsäädännön noudattamista, tilinpäätöstietojen oikeellisuutta sekä yhtiöjärjestyksen noudattamista. Tärkeää on saada myös vahvistus, ettei velallisyrittelyllä ole sen liiketoiminnan kannalta olennaisia oikeudenkäyntejä, jotka voisivat vaikuttaa merkittävästi yrityksen toimintaan ja sen velanhoitokykyyn. Vakuutus voi koskea myös sitä, ettei luottosopimus ole ristiriidassa velallisen muiden rahoittajien tekemien sopimusten kanssa, eikä velallinen ole sopimusrikkomuksessa toisessa rahoitusuhteessa. Rahoituksen päättymisen voi muuttaa olennaisesti yrityksen taloudellista tilannetta, siksi ehdolla voi olla suuri merkitys.⁸⁵

2.5 Kovenanttien valintaan vaikuttavat seikat

2.5.1 Sopimusneuvottelut

Kovenanttien käyttö perustuu yleiseen sopimusvapauteen. Osapuolilla on lähtökohtaisesti oikeus tehdä sen sisältöisiä sopimuksia kuin haluavat. Näin ollen osapuolet voivat sopimusvapauteen kuuluvan sisältövapauden puitteissa sopia vapaasti myös käytettävistä kovenanteista. Velallisen tulisi kuitenkin noudattaa suhteellisuusperiaatetta rajoittamalla käytettävien ehto-

⁸¹ Lauriala s. 102.

⁸² Lauriala s. 103.

⁸³ Wood I s. 28–29.

⁸⁴ Lauriala s. 103.

⁸⁵ Kovenanttiryhmä s. 62–65, Hemmo 2001 s. 329–330.

jen sisältö aiotun tarkoituksen kannalta riittäviin velallisen toimintarajoituksiin.⁸⁶

Mikäli luottosopimukseen on tarkoitus sisällyttää kovenanteja, on luotonantajan informoitava luotonottajaehdokasta kovenanttien tarkoituksesta ja niihin liittyvistä erityisistä velvollisuuksista. Keskeistä on painottaa kovenanttien noudattamisen tärkeyttä ja kiinnittää huomio irtisanomiskynnyksen alhaisuuteen.⁸⁷ Luottolaitos TL 82 §:ssä säädetään luottolaitoksen tiedonantovelvollisuudesta markkinoitaessa luottoa. Säännöksen mukaan luottolaitoksen on annettava kaikki ne tiedot, joilla saattaa olla merkitystä asiakkaan tehdessä luottoa (tai muuta hyödykettä) koskevia ratkaisuja. Luottolaitos ei saa antaa totuudenvastaisia eikä harhaanjohtavia tietoja, eikä se saa käyttää asiakkaan kannalta sopimatonta tai hyvän tavan vastaista menettelyä. Mikäli markkinoinnissa ei anneta asiakkaan taloudellisen turvallisuuden kannalta tarpeellisia tietoja, on sitä pidettävä aina sopimattomana. Asiakkaalla on ymmärrettävä ketä tahansa pankin asiakasta, eli kyseessä ei ole kuluttajansuojanormi. Näin ollen säännös soveltuu myös yritysasiakkaille suunnattuun markkinointiin.⁸⁸

2.5.2 Tapauskohtainen harkinta kovenanteja valittaessa

Kaikkia mahdollisia kovenanteja ei ole tarkoituksenmukaista käyttää yhdessä luottosuhteessa. Osapuolten onkin käytettävä harkintaa selvittämällä tapauskohtaiset tarpeet, ja sitä kautta käytettävä tilanteen edellyttämiä ehtoja. Luoton suuruus, rahoitusinstrumentti, luototettava projekti, arvioitu riski, luotonottaja, asiakassuhde, luotonottajan muut velkasitoumukset sekä vakuuksien käyttö ovat keskeisiä asioita jotka vaikuttavat kovenanttien valintaan. Kovenanttien olisi nimittäin edistettävä liiketoimintasuunnitelman toteutumista sekä ehkäistävä riskin syntymistä. Väärin käytettyinä kovenantit saattavat rajoittaa liikaa yrityksen toimintavapautta sekä estää kehitystä.⁸⁹

Yritysluotoissa käytetyissä kovenanteissa asetetaan tavallisesti tiedonantovelvollisuus, vakuudenasettamiskielto, varallisuuden siirtorajoitus sekä rahoittajien tasapuolisen kohtelun vaatimus. Muut kovenantit valitaan tapauskohtaisen harkinnan perusteella.⁹⁰ Vaikka edellä mainitut kovenantit

⁸⁶ Kovenanttityöryhmä s. 72.

⁸⁷ Tuomisto s. 113–114.

⁸⁸ Hemmo 2001 s. 20–21. KSL 7:5–9:ssä on täydentäviä markkinoinnin sisältövaatimuksia, joita sovelletaan kulutusluotoissa.

⁸⁸ Tuomisto s. 64, Kovenanttityöryhmä s. 11 ja s. 24–25.

⁹⁰ Wood I s. 31.

sisällytetään pääosin kaikkiin luottosopimuksiin, niiden sisältö voi vaihdella huomattavasti.

2.5.3 *Tapauskohtaisen harkinnan vaikutus vakioehtoisuuteen*

Vakioehdon tunnusmerkistö voidaan jakaa kolmeen pääkohtaan:

- 1) Vakioehdot laaditaan käytettäväksi useissa yksittäisissä sopimuksissa.
- 2) Vakioehdot laaditaan myöhempiä sopimussuhteita silmällä pitäen. Yksittäisissä sopimuksissa ilmeneviin konkreettisiin tarpeisiin ei näin ollen kiinnitetä huomiota.
- 3) Vakioehtoja on tarkoitus käyttää monien eri sopimuskumppanien kanssa.⁹¹

Luottosopimuksissa vakioehtojen asema on keskeinen. Luottolaitokset käyttävät paljon etukäteen laadittuja ehtomalleja, joita on tarkoitus käyttää useissa eri luottosopimuksissa ja useiden eri sopimuskumppanien kanssa.⁹²

Kovenanteja käytettäessä on kuitenkin yleensä välttämätöntä luotonottajan yksilöllisen aseman arviointi. Luottosopimuksiin ei voida sisällyttää kaikkia mahdollisia kovenanteja, vaan ainoastaan sellaiset, jotka soveltuvat kyseiseen tapaukseen. Näin ollen jo kovenanttien valinnassa käytetään tapauskohtaista harkintaa. Luotonantajalla voi olla olemassa yleiset mallit eri kovenanteja varten, mutta yleensä niitä pitää muokata yksilölliseen sopimussuhteeseen sopiviksi. Esimerkiksi tunnuslukukovenanttien tunnusluvut on aina asetettava tapauskohtaisesti. Näin ollen kovenanteja ei ole yleensä pidettävä vakioehtoina. Tämä on selvää silloin, kun yksittäisen kovenantin muotoilussa on huomioitu tapauskohtaiset tarpeet.⁹³ Sen sijaan vakioehtoisuutta ei poista se, että kovenantit valitaan tapauskohtaisesti, jos valittuja kovenanteja muotoiltaessa ei huomioida yksittäisessä sopimuksessa ilmeneviä konkreettisia tarpeita.

Tietyt kovenantit voivat olla sellaisia, että ne sisällytetään kaikkiin luottosopimukseen eikä niitä muotoilla tapauskohtaisesti. Esimerkiksi vakuudenasettamiskiello (negative pledge) voidaan sisällyttää kaikkiin luottosopimukseen samansisältöisenä. Tällaisessa tapauksessa sitä on pidettävä vakioehtona.⁹⁴ Vakuudenasettamiskiellon yleisyydestä huolimatta sen tarkka sisäl-

⁹¹ Wilhelmsson s. 31.

⁹² Hemmo 2001 s. 37.

⁹³ Tuomisto s. 85–86, Hemmo 2001 s. 37.

⁹⁴ Tuomisto s. 86.

tö ei kuitenkaan ole välttämättä vakiintunut. Jos sen sisällöstä sovitaan samalla tavoin yksilöllisesti kuin muistakin kovenanteista, ei sitä ole pidettävä vakioehtona.⁹⁵

2.5.4 Vakioehtoisuuden vaikutus

LuottolaitosTL 83.2 §:ssä säädetään luottolaitoksille velvollisuus toimittaa Rahoitustarkastukselle sen toiminnassa käytettävien vakioehtoisten sopimusten ehdot. Ennakkotarkastusvelvollisuuden vuoksi on tarpeen selvittää, onko kovenanteja pidettävä vakioehtoina, tai oikeastaan, onko luottosopimuksia joissa on kovenanteja pidettävä vakiosopimuksina. Nimittäin lain sanamuodon ja Rahoitustarkastuksen ohjeen⁹⁶ sanamuodon mukaan ennakkotarkastus koskee nimenomaan vakioehtoisten sopimusten ehtoja. Mielestäni olisi asiakkaansuojan kannalta järkevämpää tarkistaa nimenomaan vakioehdot, koska myös yksilöllisenä sopimuksena pidettävään sopimukseen voi liittyä vakioehtoja. Wilhelmssonin mukaan vakiosopimus joiltakin osin solmitaan käyttämällä vakioehtoja. Toisaalta hänen mukaansa asteikon vakiosopimusten ja yksilöllisten sopimusten välillä tulisi olla liukuva, esimerkiksi sopimus jossa on vain yksittäinen vakioehto olisi hyvin lähellä täysin yksilöllistä sopimusta.⁹⁷ LuottolaitosTL:n esitöissä ei ole käsitelty kysymystä tarkemmin.

Rahoitustarkastuksen ohjeessa puhutaan kuitenkin myös *vakioehtoisten sopimuslomakkeiden* käsittelystä.⁹⁸ Tästä voisi saada sen käsityksen, että ennakkotarkastus käsittää juuri erityiselle lomakkeelle painetut sopimukset. Silloin kyse on ehdottomasti puhtaista vakiosopimuksista. Tätä tulkin-
taa tukee tilanne vanhan lainsäädännön mukaan. LuottolaitosTL:n edeltäjän TalletuspankkiL:n esityöt viittaavat 1.1.1970 voimaan tulleisiin erillisiin pankkilakeihin.⁹⁹ Näihin sisällytetyjen ennakkotarkastussäännösten mukaan ennakkotarkastettavaksi tuli toimittaa pankin ja sen asiakkaan välillä käytettävät kaavakkeet.¹⁰⁰ Esitöissä puhuttiin sopimussuhteissa käytettävistä lomakkeista.¹⁰¹ Nykyinen käytäntökin on tämän mukainen. Eli luotto-

⁹⁵ Tammi-Salminen s. 60.

⁹⁶ Rata 102.1.

⁹⁷ Wilhelmsson s. 30.

⁹⁸ Rata 102.1.

⁹⁹ Talletuspankit olivat jaettu näissä pankkilaeissa liike-, säästö- ja osuuspankkeihin sekä Postipankki Oy:öön. Tuomisto s. 92.

¹⁰⁰ Esimerkiksi LiikepankkiL 42b §

¹⁰¹ HE 32/1978 s. 15.

laitoksen on toimitettava Rahoitustarkastukselle tarkastettavaksi ennalta painetut antolainauslomakkeet ennen niiden käyttöönottoa. Mikäli näihin sisältyy kovenanteja, ne tulevat näin ennakkotarkistetuksi. Esimerkiksi vakuudenasettamiskielto sekä tiedonantokovenanti sisältyvät lähes kaikkiin yritysluotoissa käytettyihin painettuihin lomakkeisiin.¹⁰²

Vaikka monet vakioehdot jäisivät tarkastamatta, tämä on varmasti käytännössä toimivin tapa toteuttaa ennakkotarkastus. Käytännössä säännöksellä on vaikutusta luottolaitoksen mahdollisuuteen ottaa joustavasti käyttöön uusia kovenanteja. Koska tarkastusvelvollisuus ei koske kuin valmiiksi painettuja lomakkeita, ei se rajoita kovenanttien joustavaa käyttöä luottosopimuksissa.

Rahoitustarkastuksen ohjeessa on tiettyjä ehtoja, joita on sovellettava pienyritysten kanssa. Viitataan niihin myöhemmin, vaikkei kovenanttien käyttö pienyritysten kanssa ole kovin yleistä Suomessa. Ohjeen mukaan ratkaisu siitä, milloin yritys on katsottava pienyritykseksi, on tehtävä tapauskohtaisesti ottaen huomioon työntekijöiden lukumäärä sekä liikevaihto. Yrityksen omistajan työpanoksen on oltava merkittävä, ja hänen on oltava henkilökohtaisesti sitoutunut vastaamaan yrityksen vastuista.¹⁰³

Vakioehtojen sisällöllä sekä sopimuksen vastapuolen asemalla on vaikutusta siihen, voidaanko vakioehtojen katsoa tulleen vastapuolta sitoviksi.¹⁰⁴ Niissä harvinaisissa tapauksissa, kun kovenanti on vakioehto, on sen käyttö kuitenkin usein perusteltua velkojan aseman turvaamiseksi. Esimerkiksi jos kyseessä on vakioehtoinen vakuudenasettamiskielto, ei sitä voida pitää epätasapainoisena velkojan eduksi.¹⁰⁵ Koska osapuolet ovat usein tasavertaisia keskenään, ei vastapuolen asemaakaan voida normaalisti pitää seikkana, joka asettaa suurempia edellytyksiä vakioehtojen tulemiselle osaksi sopimusta. Yllättäviä ja ankaria ehtoja koskevalla opilla voidaan puuttua vakioehtoihin, jotka ovat odottamattomia kyseisessä sopimuksessa.¹⁰⁶ Tähän pätee kovenanttien osalta myös se seikka, että vakioehtoinen kovenanti ei normaalisti voi olla missään tapauksessa sellainen, että sen sisältö olisi odottamaton ottaen huomioon kovenanttiluotonannon erityispiirteet. Vakioehtojen tulkintaan voi vaikuttaa myös periaate, että vakioehtojen ollessa

¹⁰² Tuomisto s. 94–95.

¹⁰³ Rata 102.1.

¹⁰⁴ Wilhelmsson s. 57.

¹⁰⁵ Luottosopimuksen yleisten sopimusehtojen osalta vakioehtoisuus voi olla yleisempää, ja ne voivat myös helpommin olla epätasapainoisia. En käsittele kuitenkaan tarkemmin niihin liittyviä ongelmia.

¹⁰⁶ Wilhelmsson s. 80.

ristiriidassa yksilöllisten ehtojen kanssa, yksilöllisillä ehdoilla on etusija.¹⁰⁷ Tulkintaan voi vaikuttaa myös vakiosopimusoikeudellinen epäselvyyssääntö, jonka perusteella vakioehtoja tulkitaan niiden laatijan vahingoksi.¹⁰⁸ Näillä tulkintasäännöillä voi olla vaikutusta vakioehtoisten kovenanttien osalta, mutta ottaen huomioon sen, että kovenantit ovat yleensä tapauskohtaisesti muotoiltuja, eli eivät vakioehtoja, ei vakiosopimusoikeudellisilla tulkintasäännöillä ole kovin suurta sijaa kovenanttiluotonannossa.

2.5.5 Sopimusehtojen sääntely rajoittavana tekijänä

Sopimusehtojen sääntelyllä tarkoitetaan viranomaisten toimenpidettä, joka suuntautuu useissa sopimussuhteissa käytettäväksi aiottuja sopimusehtoja vastaan. Sopimusehtojen sääntelyllä ei ole suoraa vaikutusta ehdon soveltamiseen yksittäisessä sopimussuhteessa. Tämä erottaa sen OikTL 36 §:n perusteella tapahtuvasta sopimuksen sovittelusta, jolla ei ole vaikutusta muiden osapuolten kanssa käytettyihin ehtoihin.¹⁰⁹

LuottolaitosTL 83 §:ssä kielletään kohtuuttomien sopimusehtojen käyttö:

”Luottolaitos ei saa toiminnassaan käyttää sopimusehtoa, joka ei kuulu luottolaitoksen toimintaan tai jota sen sisältö, osapuolten asema tai olosuhteet huomioon ottaen on pidettävä asiakkaan kannalta kohtuuttomana. Kohtuuttomana sopimusehtoa on pidettävä aina, jos luottolaitoksen toiminnan ulkopuolisten hyödykkeiden hankkiminen tai käyttö asiakkaan kannalta kokonaisuutena arvioiden asiattomasti vaikuttaa luoton saamiseen, sopimuksen voimassaoloon tai muihin sopimuksen ehtoihin taikka jos asiakkaan oikeutta ryhtyä sopimussuhteeseen muun elinkeinonharjoittajan kanssa rajoitetaan.

Luottolaitoksen on toimitettava rahoitustarkastukselle luottolaitoksen toiminnassa käytettävien vakioehtoisten sopimusten ehdot.”

Kyse on sopimusehtojen sääntelystä, lain 86 §:n mukaan Rahoitustarkastus voi kieltää luottolaitosta jatkamasta lainvastaista sopimusehtojen käyttöä. Vaikka säännös käsittää sekä vakioehdot että yksittäisten sopimusten ehdot, pääpaino lienee vakioehtoisten sääntelyssä.¹¹⁰

¹⁰⁷ Wilhelmsson s. 75.

¹⁰⁸ Wilhelmsson s. 82.

¹⁰⁹ Wilhelmsson s. 159.

¹¹⁰ Wilhelmsson s. 167–168.

2.5.6 *Sopimusehtojen kohtuullisuuden arviointi*

Sopimusvapautta on rajoitettu heikomman osapuolen sekä yleisen edun suojelemiseksi. Kohtuuttomat sopimusehdot voidaan jakaa tyyppikohtuuttomiin sopimusehtoihin, jotka ovat aina kohtuuttomia sopimuksen muusta sisällöstä ja soveltamistilanteista riippumatta, sekä ehtoihin, joiden soveltaminen yksittäistapauksessa johtaa kohtuuttomuuteen.¹¹¹ OikTL 36 §:n yleisen sovittelusäännöksen perusteella oikeustoimen ehtoa voidaan sovitella tai jättää se huomioon ottamatta, mikäli ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen. Kohtuusharkinnassa sopimusehtojen sääntelyssä ja sopimusehtojen sovittelussa on pieniä eroja, johtuen juuri siitä, että sääntely koskee tulevaa sopimuskäyttäytymistä monissa sopimussuhteissa, kun taas sovittelun kohteena on tietty voimassaoleva sopimussuhde. Tämän takia yksittäistapauksellisilla olosuhteilla on merkitystä lähinnä sovittelussa, kun taas sääntelyssä huomio kiinnittyy pääasiassa ehtojen tyyppikohtuuttomuuteen.¹¹²

Sovitteluharkinnassa huomioitavia seikkoja ovat OikTL 36 §:n mukaan oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat. Osapuolten asema huomioiden sovittelu ei voi kovenanttiluotonannossa tulla usein kysymykseen, sillä luottosopimus on yleensä solmittu tasavertaisten sopijapuolten kesken.

OikTL 36 §:n esitöissä tyyppikohtuuttomina ehtoina on pidetty lausekkeitä, jotka antavat toiselle osapuolelle sopimussuhteen keskeisiä kysymyksiä koskevan yksipuolisen päätösvallan.¹¹³ Kovenanteja käytettäessä tyyppikohtuuttomuus voisi tulla harkittavaksi tilanteessa, jossa kovenantin rikkouttua luotonantajalla on oikeus yksipuolisesti muuttaa luottosopimuksen ehtoja.

Sopimusehdon kohtuullisuuden arvioinnissa yksittäistapauksessa olennaista on ehdon soveltamisen tulos, eli johtaako ehdon soveltaminen kohtuuttomuuteen. Eli vaikka ehto olisi yleisesti täysin kohtuullinen, voi sen soveltaminen jossain erityistapauksessa johtaa kohtuuttomuuteen, jolloin sovittelu voisi tulla kyseeseen.¹¹⁴ Kohtuuttomuutta arvioitaessa on kuitenkin otettava huomioon muutkin sopimusehdot, olisi sitten kyse tietyn ehdon tyyppikohtuuttomuudesta tai yksittäistapauksellisesta kohtuut-

¹¹¹ HE 247/1981 s. 14, Wilhelmsson s. 108–109.

¹¹² Wilhelmsson s. 161–162, Rudanko s. 145.

¹¹³ HE 247/1981 s. 14.

¹¹⁴ Wilhelmsson s. 108–109.

tomuudesta. Muut sopimusehdot voivat tasapainottaa tilannetta niin, ettei yksinään kohtuuttomalta vaikuttava ehto olekaan kohtuuton.¹¹⁵

Kohtuullisuusarvioinnissa on otettava huomioon sopimuksen epätasapainoisuus. Kovenanttiluotonannon erityispiirteet vaikuttavat kuitenkin sen arviointiin, onko sopimusta pidettävä epätasapainoisena. Luotonantajalla tulee olla käytettävissään riittävät riskinhallintavälineet, koska luotonantaja ottaa lähtökohtaisesti luottosopimuksesta aiheutuvan riskin kantaakseen. Kovenanttiehtoisen luotonannon vakuuksien puuttumisesta johtuvaa riskiä voidaan korjata luottosopimukseen sisällytetyillä tiukoilla kovenanteilla.¹¹⁶ Kun OikTL 36 §:n mukaan kohtuullisuusarvioinnissa on huomioitava oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet, on kovenantteja käytettäessä olosuhteet velkojan kannalta yleensä juuri sellaiset, että velallisen kannalta tiukempien ehtojen käyttö on perusteltua.

3 YHTIÖOIKEUDELLISET ONGELMAT KOVENANTTIEN KÄYTÖSSÄ

3.1 Intressiristiriidat osakeyhtiössä

Osakeyhtiötä voidaan kuvata sopimustenomaisten suhteiden verkoksi, jossa yhtiön omistus ja kontrolli ovat eriytyneet toisistaan.¹¹⁷ Osakeyhtiö muodostuu useista eri intressitahoista, joista osakkeenomistajien, johdon sekä velkojien asema on korostetusti esillä. Näiden intressitahojen asema perustuu osin sääntelyyn ja osin verkon jäsenten välisiin sopimuksiin sekä intressitahojen välisiin suhteisiin.¹¹⁸ Keskeisten intressitahojen edut eivät ole aina yhtenevät, joten niiden välille voi syntyä intressiristiriitoja. Ongelmia voidaan selittää päämies-agenttiteorian avulla. Kun toinen osapuoli (päämies) valtuuttaa toisen (agentin) suorittamaan tehtäviä tämän puolesta, syntyy päämies-agenttisuhte. Osakeyhtiössä, omistuksen ja kontrollin eriytymisen johdosta, tyypillisin päämies-agenttisuhte on osakkeenomistajien ja johdon välillä. Osakkeenomistajat (päämiehet) sijoittavat yhtiöön ja delegoivat päätösvallan yritysjohdolle (agentille), jolla on parempi pätevyys johtamiseen ja joka pystyy näin ollen takaamaan paremmin osakkeenomis-

¹¹⁵ HE 247/1981 s. 12.

¹¹⁶ Tuomisto s. 126.

¹¹⁷ Cheffins s. 31–32.

¹¹⁸ Villa 2001 II s. 71.

tajien tuoton sijoitukselleen.¹¹⁹ Agenttiongelmia syntyy, jos kummatkin osapuolet ovat hyödyn maksimoijia, ja agentin intressit eroavat päämiehen intresseistä. Johdon tehtävänä on maksimoida osakkeenomistajien tuotto, kun taas johdon omassa intressissä olisi oman tuoton maksimointi. Ongelmia voidaan vähentää asettamalla johdolle kannustimia sekä valvomalla heitä.¹²⁰

Myös velkojen ja johdon välille syntyy päämies-agenttisuhde. Velkojilla on samansuuntainen suhde yhtiön johtoon kuin osakkeenomistajilla. Kummallakin on riski siitä, miten johdon toiminta tulevaisuudessa vaikuttaa heidän yhtiöön tekemiensä pääomapanosten arvoon.¹²¹ Sen lisäksi, että osakkeenomistajien ja velkojen intressit voivat olla vastakkaisia johtoon nähden, osakkeenomistajien ja velkojen intressit voivat olla myös keskenään vastakkaisia.¹²² Intressiristiriidan kohteena olevasta asiasta päättää yhtiön johto, joka toimii siis kummankin osapuolen yhteisenä agenttina. Mahdollista on, että agentti toimii toisen intressitahon kanssa yhteisymmärryksessä toista vastaan. Koska yhtiön johto pyrkii usein osakkeenomistajien tuoton maksimointiin, velkojilla on riski siitä, että johto siirtää varoja velkojien ulottuvilta osakkeenomistajia suosivalla tavalla. Intressiristiriidan taustalla voi olla myös ero näiden intressitahojen sijoituksissa yhtiöön. Velkojalla on paremmassa etuoikeusasemassa oleva saatava, mutta se on rajoitettu luoton määrään. Osakkeenomistajalla on rajoitettu vastuu yhtiön velasta, mutta rajoittamattomat saatavat yhtiön jäännösvaroista. Koska tähän liittyvän kontrollivallan perusteella osakkeenomistajilla on valta nimittää ja erottaa yhtiön johto, voi johto pyrkiä turvaamaan mieluummin osakkeenomistajien edut.¹²³

Yhtiön johto voi monin eri tavoin suosia osakkeenomistajia velkojien kustannuksella. Liiallinen osingonjako (1) voi heikentää velallisen luoton takaisinmaksukykyä. Jos varoja käytetään lisäinvestointien tai luottojen maksamisen sijaan ylisuuriin osinkoihin, voi ongelma toteutua. Myös muunlainen yhtiön varojen asiaton siirto osakkaille (2) voi heikentää luoton takaisinmaksukykyä.¹²⁴ Näiden kahden intressitahon välillä voi syntyä intressi-

¹¹⁹ Schiavone – Day – Taylor JIBL 2001 s. 48–49.

¹²⁰ Sigfrid – Day JIBL 2001 s. 13.

¹²¹ Tammi-Salminen s. 137.

¹²² Velkojen intressiristiriidoista (muuta intressitahoja kohtaan) Cheffins s. 79–80. Ks. myös osakkeenomistajien intressiristiriidoista Cheffins s. 64–65, sekä johdon intressiristiriidoista Cheffins s. 106–107 ja s. 123–124.

¹²³ Villa 2001 II s. 72, Sigfrid – Day JIBL 2001 s. 13, Schiavone – Day – Taylor JIBL 2001 s. 49.

¹²⁴ Cheffins s. 79.

ristiriitä myös lisäluotonotosta (3). Osakkaille lisäluotonotto vaikuttaa yleensä suosiolliselta, kun taas velkojat voivat jossain tapauksissa pitää sitä omaa asemaansa heikentävänä, sillä se voi heikentää oman luoton etuoikeusasemaa tai lisätä konkurssin mahdollisuutta. Myös riskialttiiden investointien tekeminen (4) voi olla velkojille haitallista. Ongelmia voi syntyä myös silloin, jos johto ei halua investoida tuottaviin projekteihin sillä perusteella, että suurin osa tuotoista menisi velkojien hyväksi (5).¹²⁵

3.2 Intressiristiriidan huomioiminen luottopäätöksessä

3.2.1 Vaihtoehdot luottoriskin hallinnoimiseksi

Rationaalinen velkoja ottaa luottopäätöksessään huomioon riskin osakkeenomistajien intressien suosinnasta. Riski on huomioitu yhtiöoikeudellisissa velkojainsuojasäännöksissä, mutta velkojan on lisäksi syytä ottaa riski huomioon luottosopimuksessa.¹²⁶ Ensinnäkin velkoja voi huomioida suuremman riskin koron suuruudessa. Kun velkojalla on suurempi riski, myös luoton hinnan on oltava suurempi. Jos riski on siirretty luoton hintaan, voi se karsia luotonottajia pois luoton kalleuden vuoksi. Lisäksi se voi kannustaa sekä velallista että velkojaa turhaan riskinottoon. Vaihtoehtoisesti velkoja voi rajoittaa riskiä vakuuksien avulla. Vakuuksien käyttö ei ole kuitenkaan välttämättä mahdollista, johtuen vakuuksien puutteesta tai muista luottosopimuksista, joissa kielletään vakuuden asettaminen. Kolmantena, ja usein parhaana velkojan ja osakkeenomistajien intressiristiriidan huomioimisen keinona on sisällyttää luottosopimukseen kovenanteja, joilla estetään velallisyriityksen johtoa siirtämästä omaisuutta velkojan ulottuvilta yhtiön osakkaille.¹²⁷

3.2.2 Intressiristiriidan välttäminen kovenanttien avulla

Velkoja voi ehkäistä riskiä liiallisesta osingonjaosta kovenanteilla, jotka säätelevät yhtiön varojen käyttöä. Kovenanteissa voidaan asettaa varojenjaolla määrällisiä rajoituksia, tai vaihtoehtoisesti voidaan sallia varojen käyttö vain tiettyihin tarkoituksiin, kuten investointien tekemiseen tai velkojen lyhennyksiin ja korkojen maksamiseen. Myös tunnuslukukovenanteilla voi-

¹²⁵ Day – Taylor JIBL 1996 s. 201–202.

¹²⁶ Tammi-Salminen s. 138.

¹²⁷ Day – Taylor JIBL 1996 s. 202, Sigfrid – Day JIBL 2001 s. 13.

daan tosiasiallisesti estää liiallinen osingonjako, mikäli se johtaa asetetun raja-arvon rikkoutumiseen. Riskiä lisävelkaantumisesta voidaan hallita velanottoa rajoittavilla kovenanteilla. Lisäksi vakuudenasettamiskielto yhdistettynä velkojien tasapuolisen kohtelun vaatimukseen estää velallista sitoutumasta paremmassa etuoikeusasemassa olevaan velkaan. Kovenanttien täytyy olla usein velallisen toimintavapautta rajoittavia, jotta ne vähentäisivät osapuolten intressiristiriidoista aiheutuvaa riskiä velkojalle.¹²⁸ Tällöin on usein kyse kontrollikovenanteista, joita käsitellen tarkemmin seuraavassa kappaleessa. Myös yrityksen identiteetin säilymistä tukevien kovenanttien käyttöä voidaan perustella osapuolten intressiristiriidoista johtuvista syistä. Kirjallisuudessa on osoitettu, että yritysvaltaus lisää todennäköisyyttä siihen, että osakkeenomistajat valitsevat riskialttiimman strategian, mikä ei ole yleensä velkojan edun mukaista. Yritysvaltauksen estävillä kovenanteilla pyritään välttämään varallisuuden siirtoa velkojilta osakkeenomistajille.¹²⁹ Omistuspuhjan muutosrajoituksia voi perustella myös luottosuhteen luottamuksellisuudella, ja sillä, että velkojan tekemä riskianalyysi on perustunut velkojan luottamukseen silloisia omistajia kohtaan.¹³⁰

3.3 Tuoton ja kontrollin lisääminen kovenanttien avulla

Luotonantajan riskinhallinta edellyttää tietynasteista velallisyhtiön valvontaa. Vakuuksiin perustuvassa luototuksessa vieraan pääoman ehtoiselle sijoittajalle on usein olennaista velallisyhtiön maksukykyisyyden varmistaminen. Velallisen maksaessa maksuaikataulun mukaisesti, ei velkojalla ole tarvetta eikä lähtökohtaisesti myöskään oikeutta residuaalikontrolliin. Kovenanteja käytettäessä velkojan kontrollimahdollisuus yhtiöön voi olla kuitenkin laajempi, jopa niin, että velkojan kontrollimahdollisuus saavuttaa osakkeenomistajan kontrollin tason. Kun vakuusvelkojalle on olennaista valvoa velallisen maksukykyä, on kovenanttivelkojalle tärkeää valvoa myös velallisyhtiön toiminnan tehokkuutta ja markkina-asemaa.¹³¹

Erilaisilla intensiiveillä on tärkeä merkitys etenkin pääomalainojen kohdalla. Pääomalainan turvattomuudesta¹³² johtuvaa pääomalainavelkojan suurempaa riskiä voidaankin korreloida erilaisten intensiivien avulla, jotta suu-

¹²⁸ Day – Taylor JIBL 1996 s. 202.

¹²⁹ Sigfrid – Day JIBL 2001 s. 14.

¹³⁰ Villa 2001 II s. 98.

¹³¹ Villa 2001 I s. 50–51.

¹³² Kappale 2.1.2.

rempaa riskiä vastaisi myös suurempi tuottopotentialiaali. Kun pääomalainavelkojan riski on rinnastettavissa osakkeen tuottamiin vastaaviin riskeihin, on luonnollista, että erilaisten intensiivien lisäksi pääomalainavelkoja haluaa käyttää myös hallinnoimisoikeuksia, jotka normaalisti kuuluvat vain osakkeenomistajille.¹³³ Velkoja voikin kovenanttien avulla lisätä sijoitukseensa kontrolliominaisuuksia. Velkojan kontrollivaltaa lisääviä kovenantteja voidaan kutsua kontrollikovenanteiksi.¹³⁴

Sekä intensiivikovenanttien että kontrollikovenanttien käyttöä voidaan perustella yhtiön intressitahojen eturistiriidalla. Velkojalla on riski siitä, että velallisyriityksen osakkaat tekevät velkoja vahingoittavia päätöksiä. Kun riski on suurempi, on tuotonkin oltava suurempi, ja velkoja voi intensiivikovenanttien avulla lisätä tuottopotentialiaan. Kontrollikovenanttien avulla velkoja saa ainakin osittain osakkaan kontrollioikeuksia käyttöönsä, jolloin velkoja pystyy tosiasiallisesti välttämään häntä vahingoittavien päätösten tekemisen velallisyriityksessä.

3.3.1 Intensiivikovenantit

Luottoon voidaan liittää intensiivikovenantteja, joilla pyritään lisäämään velkojan sijoituksesta saamaa tuottoa. Niiden avulla velkojalle voi syntyä oikeus yhtiön omistajille kuuluvaan oikeuteen yhtiön tuottamaan lisäarvoon eli residuaaliin.¹³⁵ Residuaaliosuuden haltijoiden residuaaliosuus kasvaa yrityksen arvon kasvaessa ja vähenee yrityksen arvon vähentyessä. Tämän johdosta heidän intressissään on kasvattaa yrityksen arvoa.¹³⁶ Luottoon kovenanttien kautta lisättävät intensiivit lähentävät sijoitusta oman pääoman ehdoin tehtyyn sijoitukseen. Tällaisia intensiivejä voivat olla esimerkiksi voitto-osuuskorko, vaihto-oikeus sekä optio-oikeus.¹³⁷

Voitto-osuuskorkoehto merkitsee sitä, ettei velalle maksettava korko määräydy yksin ajan kulumisen ja sovitun tuottoprosentin mukaisesti. Sen avulla velan korko riippuu sovitulla tavalla velallisyriityksen kannattavuudesta tai vuosituloksesta. Ehto voi olla joko rajoitettu tai rajoittamaton. Äärimmillen asetettuna velalle ei makseta ollenkaan korkoa velallisyriityksen toimin-

¹³³ Villa 1997 s. 329–330.

¹³⁴ Villa 2001 II s. 125.

¹³⁵ Villa 2001 II s. 23.

¹³⁶ Villa 2001 I s. 34.

¹³⁷ Villa 2001 II s. 127. Villa on käsitellyt nimenomaan intensiivikovenanttien liittämistä pääomalainaan. Nähdäkseni samat seikat pätevät silloinkin, kun intensiivikovenantit liitetään myös muunlaisiin vieraan pääoman ehtoihin tai välirahoitusmuotoisiin luottoihin.

nan ollessa tappiollista, kun taas toiminnan ollessa voitollista tuottopotentiaali on rajoittamaton.¹³⁸

Rajoittamaton tuottopotentiaali on kuitenkin luonteenomaista vain oman pääoman ehtoiselle sijoitukselle, kun taas vieraan pääoman ehtoisessa sijoituksessa tuottopotentiaali on rajoitettu. Rajoittaman voitto-osuuskorkeus ehto voikin olla vastoin osakeyhtiölain varojenjako säännöksiä. OYL 12:1 sisältää pääsäännön yhtiön varojen jakamisesta osakkeenomistajille. Säännöksen perusteella varoja saadaan jakaa vapaasti vain lainmukaisena voitonjakona; varojen jakona osakepääoman, ylikurssirahaston tai vararahaston alentamisen yhteydessä; omia tai emoyhtiön osakkeita hankkimalla tai pantiksi ottamalla; taikka varojen jakona yhtiön purkautuessa, sulautuessa tai jakautuessa. OYL 12:4:n mukaan voitonjaosta päättää yhtiökokous hallituksen ehdotuksesta. Voitto-osuuskorkeus ehto perusteella tapahtuva koronmaksu ei kuitenkaan edellytä yhtiökokouksen päätöstä, sillä koronmaksu perustuu velkojan ja velallisyhtiön väliseen luottosopimukseen, ja voitto toimii ainoastaan koron määrätymisperusteena. Mikäli voitto-osuuskorkeus ehto on rajattu tiettyyn enimmäismäärään ja järkevässä suhteessa velkojan riskiin, ehto voitaisiin pitää vain koron laskentaperusteena, eikä voittoon ryhtymisenä. Tällöin ehdon käytölle ei ole ongelmia, sillä kyse ei olisi yhtiön voittoon osallistumisesta osakesijoitusta vastaavalla tavalla. Rajoittamaton voitto-osuusehto voisi merkitä sen sijaan yhtiökokoukselle kuuluvan päätösvalan voitonjaosta siirtymistä hallitukselle, mikäli luoton ottamista ei ole hyväksytty yhtiökokouksessa.¹³⁹ Vaikka OYL 12:5:ssä säädetään vain osakkeenomistajien ja yhtiön elimiin kuuluvien asemaa silloin, kun osakkeenomistaja on saanut varoja yhtiöltä vastoin OYL:n säännöksiä, samoja periaatteita on sovellettava analogisesti myös silloin, kun varoja on jaettu vastoin OYL:a muullekin taholle kuin osakkeenomistajalle. Näin ollen rajoittamattoman voitto-osuuskorkeus ehto perusteella saadut varat voitaisiin ääritapauksessa katsoa saaduksi laittoman varojenjaon seurauksena, jolloin velkoja voisi joutua palauttamaan näin saadut varat OYL 12:5.1:n perusteella. Ratkaisu sen suhteen, sisältyykö yhtiön solmimaan lailliseen oikeustoimeen varojen laiton jakoa, on tehtävä tapauskohtaisesti, ottaen huomioon mm. oikeustoimen luonne, sen tavanomaisuus sekä yhtiön taloudellinen asema.¹⁴⁰ Yhtiön taloudellisen aseman on oltava erittäin hyvä, jotta voitto-osuuskorkeus ehto perusteella maksettavan koron määrä on niin suuri, että sitä voitaisiin ajatella laittomana voitonjakona.

¹³⁸ Villa 2001 II s. 127–128.

¹³⁹ Villa 1997 s. 261–264.

¹⁴⁰ Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio s. 882–884.

Sen sijaan rajoittamaton voitto-osuuskorkoehto voitaisiin katsoa luonteeltaan epätavanomaiseksi, mikä puoltaisi sen avulla saatujen varojen pitämistä laittomana voitonjakona. Tämän takia voitto-osuuskorkoehto olisi syytä rajata tiettyyn enimmäismäärään, jottei riski laittomasta voitonjaosta olisi mahdollista.

Vaihto-oikeudella tarkoitetaan velkojan oikeutta vaihtaa velkasaamisensa velallisyhtiön osakkeisiin. Sen avulla velkojalla on mahdollisuus kasvattaa residuaaliosuuttaan yrityksessä. Lisäksi saatavan vaihtaminen yhtiön osakkeisiin toisi velkojalle kontrollioikeuden eli mahdollisuuden vaikuttaa velallisyhtiön liiketoimintapäätöksiin. Tällainen vaihtovelkakirjalaina on osakeyhtiön vierasta pääomaa, ellei sitä vaihdeta yhtiön osakkeiksi velkaehtojen mukaisesti. Velkojalla on kovenanttipohjainen oikeus saada residuaaliosuus ja kontrollivaltaa yhtiössä, mutta velkoja voi vapaasti jättää oikeutensa käyttämättä. Tämä ilmenee OYL 4:1:ssä, jonka mukaan lainanantajalla on *oikeus* vaihtaa velkakirjansa yhtiön osakkeisiin.¹⁴¹

Myös luottoon liitettävät optio-oikeudet lisäävät luoton positiivista residuaaliosuutta sekä antavat mahdollisuuden kontrollivallan käyttämiseen yhtiössä. Optio-oikeuksien käyttö antaa velkojalle mahdollisuuden merkitä uusia osakkeita ehdoissa sovittua merkintämaksua vastaan, ja näin saada osakkeiden tuottamat kontrollioikeudet. Kun velkojalla on mahdollisuus hyötyä yhtiöön liittyvästä positiivisesta residuaaliosuudesta, velkojalla on suurempi intressi kontrolloida velallisyhtiön tuloksellisuutta.¹⁴²

3.3.2 *Kontrollikovenantit*

Kovenanttien avulla luoduilla kontrollimahdollisuuksilla pyritään korvaamaan vieraan pääoman ehtoisen rahoittajan puuttuvaa vaikutusvaltaa velallisyhtiön toimintaan. Niillä, kuten muillakin kovenanteilla, pyritään turvaamaan velkojan asemaa vakuudettomassa luotonannossa. Luottoriskin hallinta vuosia kestävässä sopimuksissa edellyttää rajoituksia velallisen liiketoiminnan vapaaseen johtamiseen.¹⁴³ Kovenanteja, joilla lisätään velkojan kontrollioikeutta velallisyhtiössä, voidaan kutsua kontrollikovenanteiksi.¹⁴⁴ Luottosopimuksen ehdoissa voidaan velallisen velvollisuuteen ilmoit-

¹⁴¹ Villa 2001 II s. 129–130.

¹⁴² Villa 2001 II s. 131–132.

¹⁴³ Wood I s. 15, Tammi-Salminen s. 42.

¹⁴⁴ Villa 2001 II s. 125. Kontrollikovenanteja voidaan pitää edellä kappaleessa 2.3 käsiteltyjen muiden kovenanttien alalajina.

taa velkojalle sovitusta seikoista liittää velvollisuus pyytää näistä seikoista suostumus velkojalta. Velkojalta voidaan pyytää suostumus esimerkiksi fuusio- tai jakautumisneuvotteluihin liittyen, jolloin velkoja voi halutessaan estää velallisyriityksen omistumuutokset.¹⁴⁵ Luottosopimuksissa on voitu myös edellyttää, että tietyn suuruisten investointien tekeminen edellyttää velkojan lupaa.¹⁴⁶ Kovenantilla voidaan asettaa velkojalle myös veto-oikeus ennalta määriteltyihin päätöksiin. Velkojan edun mukaista on yleensä yrittää estää veto-oikeuden avulla haitalliset päätökset, ja muiden kontrollioikeuksien avulla edistää velkojan kannalta tehokkaita päätöksiä.¹⁴⁷ Velkojan kontrolliasemaa voidaan nimittää aktiiviseksi, kun sille on sopimuksessa annettu harkintavaltaa tiettyihin yhtiön asioihin. Mikäli sopimuksessa on edellytetty vain velkojan mielipiteen kuulemista, velkojalla on passiivinen kontrolliasema.¹⁴⁸ Tero Tuomisto pitää ongelmallisina kovenantteja, joiden mukaan luotonottajan tulisi kysyä luotonantajan lupa muun muassa investointihankkeisiin tai muihin oikeustoimiin. Tuomiston mielestä tällaiset kovenantit ovat hyvin lähellä tyyppikohtuuttomia ehtoja, ja sallittuja olisivat vain kovenantit, joissa on ennalta asetettu tietyt rajat velallisen päätöksentekomahdollisuuksiin.¹⁴⁹ Mielestäni velkojan riskinhallinnan kannalta on kuitenkin tärkeää, että velallisen päätöksentekomahdollisuuksia voidaan rajoittaa muutenkin kuin etukäteen asetettavilla puitteilla, esimerkiksi edellyttämällä tietyiltä päätöksiltä velkojan hyväksyntää. Sopimuksen laatimisvaiheessa ei ole mahdollista varautua kaikkiin tilanteisiin niin, että silloin asetetut rajat velallisen päätösvallalle suojaisivat velkojaa riittävästi. Lisäksi sanottu näkökulma edellyttäisi hyvin yksityiskohtaisia sopimusehtoja velallisen päätöksentekomahdollisuuksista, mikä voisi nostaa sopimuksen solmimiskustannuksia huomattavasti. Tällaisia kovenantteja voitaisiin pitää kohtuuttomina ainoastaan silloin, jos velkojan suostumuksen pyytäminen vaikeuttaisi velallisyriityksen toimintaa huomattavasti, eikä alistettavilla päätöksillä voisi olla mitään vaikutusta velallisen taloudelliseen asemaan ja luoton takaisinmaksukykyyn.

¹⁴⁵ TT:n kovenanttiryhmä s. 9, Immonen s. 25. Villa on pitänyt myös informaation tuottamiseksi kontrollikovenanteina. Ks. Villa 2001 II s. 134. Mielestäni on selkeämpää pitää kaikenlaisia informointivelvollisuuksia tiedonantokovenantin piiriin kuuluviksi, vaikka tiettyjen tiedonantovelvoitteiden käyttö liittyykin olennaisesti kontrollikovenanttien käyttöön. Samalla tavoin tunnuslukukovenanttien käytön kannalta välttämättömät tunnuslukujen tiedonantoon liittyvät kovenantit ovat tiedonantokovenantteja, eivät tunnuslukukovenantteja.

¹⁴⁶ Lindahl s. 102 ja s. 112.

¹⁴⁷ Schiavone – Day – Taylor JIBL 2001 s. 50.

¹⁴⁸ Lauriala s. 97.

¹⁴⁹ Tuomisto s. 142–143.

Vaikka kontrollikovenanttien on oltava rajoittavia, velallisen toimintavapautta liikaa rajoittavat kovenantit voivat aiheuttaa myöskin ongelmia. Liian rajoittavat kovenantit voivat kannustaa velallisyrittäjien johtoa kiertämään kovenanteja, mikä voi aiheuttaa kustannuksia ja vahinkoa sekä yhtiölle että velkojille. Ne voivat aiheuttaa myös johdon pidättymistä ratkaisuista, jotka olisivat tuottoisia yhtiölle. Tehokkaat kontrollikovenantit estävät yhtiön johtoa tekemästä yhtiölle tai velkojalle haitallisia päätöksiä, mutta sallivat toisaalta hyödylliset päätökset.¹⁵⁰

Kontrollikovenanttien käytön kannalta on olennaista niiden rikkomisen seuraukset. Mikäli velallisyhtiön päätös on syntynyt muodollisesti oikeassa järjestyksessä, eli OYL:n säännösten mukaista päätöksentekomenettelyä noudattaen, ei näin syntyneitä päätöksiä voida julistaa pätemättömäksi. OYL:n pakottavista lain säännöksistä ei voida poiketa, ja OYL:n tahdonvaltaisista säännöksistä poikkeaminen on mahdollista lähinnä yhtiöjärjestyksen määräyksin.¹⁵¹ Jos päätös on syntynyt vastoin sopimusta, johon yhtiö on sitoutunut, ei päätöstä voida pitää yhtiöoikeudellisesti pätemättömänä. Näin ollen kontrollikovenanteihin on liitettävä niiden rikkomisen sopimusoikeudellisia seuraamuksia. Yhtiön tehdessä päätöksen, joka rikkoo asetettua kovenanttia, velkojalle voi siten sopimusehtojen mukaan syntyä luoton eräännyttämis-oikeus, vaikka päätös olisi yhtiöoikeudellisesti sitova.

3.3.3 Kovenantit osakassopimuksessa

Velkojan mahdollisuuksia vaikuttaa velallisyrittäjien liiketoimintapäätösten sisältöön voidaan parantaa velkojalle annettavalla oikeudella nimittää osa hallituksen jäsenistä. Luottosopimuksessa on voitu sopia hallituksen nimittämisoikeuden siirrosta velkojalle. Tällainen sopimusehto on sopimusoikeudellisesti täysin mahdollinen, mutta yhtiöoikeudellista sitovuutta sillä ei ole, sillä OYL 8:1.2:n mukaan *yhtiöjärjestyksessä* voidaan määrätä, että vähemmän kuin puolet hallituksen jäsenistä asetetaan muussa järjestyksessä kuin yhtiökokouksen päätöksellä. Näin ollen yhtiöjärjestyksen määräyksin voidaan velkoja oikeuttaa nimittämään vähemmistö velallisyrittäjien hallituksen jäsenistä. Estettä ei ole sille, että hallituksen jäsenten valinta-oikeus annetaan usealle taholle yhdessä tai usealle taholle samanaikaisesti.¹⁵² Näin ollen nimittämisoikeus voidaan asettaa velkojille yhteisesti, tai

¹⁵⁰ Day – Taylor JIBL 1996 s. 202.

¹⁵¹ Airaksinen – Jauhiainen s. 25.

¹⁵² Koski – af Schultén s. 451–452.

niin, että kullakin velkojalla on oikeus nimittää esimerkiksi yksi hallituksen jäsen, kunhan näin nimettävä kokonaismäärä on vähemmän kuin puolet hallituksen jäsenistä.

Osakeyhtiötä rahoitettaessa voidaan käyttää kovenanttia, jonka mukaan luotonantaja saa rajatun valtuutuksen hallinnoida osakkeiden tuottamaa äänioikeutta.¹⁵³ LuottolaitosTL 21.1 §:n asettamissa rajoissa luottolaitos on oikeutettu omistamaan muun yrityksen osakkeita. Hallituksen esityksen mukaan säännöksen säätämisen tarkoituksena on ollut luopua merkittävästi luottolaitoksen omistusrajoituksista ja äänivallan käyttörajoituksista.¹⁵⁴ Näin ollen LuottolaitosTL:n mukaisena voidaan pitää sitä, että luotonantajalle voidaan luottosopimuksella perustaa oikeus tai valtuus käyttää äänivaltaa tai kontrolloida äänivallan käyttöä velallisyrittäessään.¹⁵⁵

Sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan kahdenkeskisillä sopimuksilla ei voida kuitenkaan luoda velvoitteita kolmannelle. Sopimus voi velvoittaa kolmatta vain lain säännöksen perusteella.¹⁵⁶ Sopimusoikeudellisen pääsäännön mukaan velkojan ja yhtiön välinen sopimus ei täten sido yhtiön osakkeenomistajia.¹⁵⁷ Sen vuoksi velkojan on tehtävä velallisyhtiön osakkeenomistajien kanssa sopimus, jossa sovitaan osakkeenomistajien määräysvaltaan kuuluvista asioista. Osakasoikeuksien käyttämisestä voidaan sopia osakassopimuksella.¹⁵⁸ Velkojan ja omistajien väliset sopimukset liittyvät yhtiökokouksen toimivallassa oleviin asioihin, ja sitä kautta pyritään vaikuttamaan velallisyhtiön toimintaan ja käyttäytymiseen. Vaikuttaminen on mahdollista osakkeen tuottamien hallinnoimisoikeuksien avulla.¹⁵⁹

¹⁵³ Tuomisto s. 117.

¹⁵⁴ HE 295/1992 s. 14–15 ja s. 30.

¹⁵⁵ Tuomisto s. 119.

¹⁵⁶ Kivimäki – Ylöstalo s. 258.

¹⁵⁷ Villa 1997 s. 335.

¹⁵⁸ Olen käyttänyt termiä osakassopimus, kun sopimuksen kohteena on osakasoikeuksista sopiminen, vaikka sopimuksen osapuolena olisi muukin kuin osakas, eli velkoja. Ks. Toivainen s. 64, joka on jakanut osakassopimukset varsinaisiin ja epävarsinaisiin sen mukaan, onko osakassopimuksessa mukana osakspiiriin kuulumaton taho. Vrt. esim. Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio s. 216, jonka mukaan osakassopimuksen osapuolina voivat olla vain osakkaat. Myös Helminen on samalla kannalla. Helmisen mukaan jos osakassopimukseen on liittynyt jokin muu taho, kyseessä on sekatyypinen sopimus, jolloin sopimuksen eri osia ja henkilösuhteita saattavat koskea erilaiset oikeussäännöt. Helminen s. 8. Villa on kutsunut pääomalainavelkojan ja osakkaiden välistä sopimusta osakassopimukseksi, mikäli pääomalainaan on liitetty vaihto- tai optio-oikeus. Villa 1997 s. 354. Mielestäni on kuitenkin selkeintä käyttää aina termiä osakassopimus, kun sovitaan osakasoikeuksien käyttämisestä, riippumatta siitä, onko sopimuksessa osallisina muitakin tahoja osakkaiden lisäksi.

¹⁵⁹ Villa 1997 s. 348.

OYL 9:1.2:ssä asetettu osakkeenomistajan oikeus äänestää yhtiökouksessa on tärkein osakkeenomistajan hallinnoimisoikeuksista.¹⁶⁰ Ääni-oikeus on vain osakkeenomistajilla. Mikäli osakkeenomistajalla on oikeus osallistua yhtiökokoukseen, hänellä on yleensä oikeus myös äänestää siellä, jollei osakas ole OYL 9:3:n mukaan esteellinen.¹⁶¹ Oikeutta käyttää äänivaltaa yhtiökokouksessa sekä muita osakkeen tuottamia hallinnoimisoikeuksia ei voida erottaa osakkeesta eikä luovuttaa erikseen. Sen sijaan osakkeenomistaja voi itseään sitovalla tavalla sopia äänioikeuden käytöstä.¹⁶² Näin ollen velkojan ja osakkeenomistajien välisellä sopimuksella voidaan sopia hallinnoimisoikeuksien käytöstä.

Osakkeenomistaja voi velkojan kanssa tehtävällä sopimuksella sitoutua myös pysymään yhtiössä omistajana sovitun ajan, eli esimerkiksi luottosuhteen olemassaolon ajan.¹⁶³ OYL 3:2:n mukaan osake on rajoituksitta luovutettavissa ja hankittavissa. Yhtiöjärjestyksen määräyksellä voidaan poiketa tästä, mutta poikkeamismahdollisuus on rajoitettu laissa säädettyihin tilanteisiin. Sen sijaan osakeyhtiölain esitöissä on pidetty mahdollisena sopimuksin poiketa vapaasta luovutettavuudesta.¹⁶⁴ Osakkeenomistajat voivat sopia keskenään tai kolmannen osapuolen kanssa siitä, etteivät he luovuta osakkeitaan sopimuksen vastaisesti. Myös hovioikeuskäytännössä on hyväksytty osakassopimuksessa olevat osakkeiden luovutusrajoitukset.¹⁶⁵ Sopimuksin asetetut luovutusrajoitukset eivät ole kuitenkaan yhtiöoikeudellisesti päteviä, eikä niiden perusteella voida estää sopimuksen vastaisesti osakkeita saaneen merkitsemistä osakeluetteloon.¹⁶⁶ Luovutusrajoitukset voivat kuitenkin estää yhtiön listautumisen. Arvopaperipörssin ohjesäännön 2.13 kohdassa on asetettu listalleottamisen edellytykseksi mm. osakkeen vapaa luovutettavuus.

Osakassopimuksella on oikeudellisesti sitovaa vaikutusta vain sopimus-kumppanien kesken. Yhtiötä, joka ei ole osakassopimuksen osapuoli, ei osakassopimuksen määräykset sopimusoikeudellisesti sido.¹⁶⁷ Osakassopimuksin ei voida asettaa velvoitteita yhtiölle, mikäli yhtiö ei ole siinä osalli-

¹⁶⁰ Airaksinen-Jauhiainen s. 310–311. Osakkeenomistajat oikeudet on jaettu hallinnoimisoikeuksiin sekä varallisuuspitöisiin oikeuksiin. Ks. Kyläkallio – Irola – Kyläkallio s. 178–180.

¹⁶¹ Kyläkallio – Irola – Kyläkallio s. 706.

¹⁶² Koski – af Schultén s. 14–15.

¹⁶³ Villa 1997 s. 334.

¹⁶⁴ HE 27/1977 s. 29. Tämä sopimusvapaus on säilytetty osakeyhtiölain uudistuksen yhteydessä. HE 89/1996 s. 65.

¹⁶⁵ Turun HO S 89/951.

¹⁶⁶ Koski – af Schultén s. 152.

¹⁶⁷ Saarnilehto s. 182–183.

sena. Tämä on todettu korkeimman oikeuden ratkaisussa 1994:95: ”Asiassa on jäänyt näyttämättä, että Seu-La Oy olisi osakassopimuksen osapuoli tai että osakkaiden keskinäinen sopimus muutoinkaan sitoisi yhtiötä.”

Yhtiön sitoutuminen osakassopimukseen on mahdollista siltä osin kuin lainsäädännössä ei ole asetettu sille esteitä.¹⁶⁸ Osakassopimuksessa sovi-taan kuitenkin usein osakasoikeuksien käyttämisestä, mihin yhtiö ei voi pätevästi sitoutua, sillä osakasoikeuksien käyttämistä ei voida siirtää yhtiölle. Pelkästään sillä perusteella, että yhtiö on sitoutunut osakassopimukseen, ei mielestäni voida antaa osakassopimukseen sitoutuneelle velkojalle oikeut-ta vedota yhtiöön nähden siihen, että osakas rikkoo sille osakassopimuksessa asetettuja velvoitteitaan. Estettä ei nähdäkseni ole kuitenkaan sille, että osa-kassopimukseen otetaan ehto, jonka mukaan velkoja voi vedota myös yh-tiötä kohtaan sopimusrikkomuksiin joihin velallisyhtiön osakas syyllistyy.

Vaikka osakassopimuksella ei voi olla yhtiöoikeudellista sitovaa vaiku-tusta siihen sitoutumattomaan velallisyhtiöön nähden, voi osakassopimus muodostaa sellaisen yhtenäisen kokonaisuuden luottosopimuksen kanssa, että velkoja voi vedota osakassopimuksen rikkomiseen myös siihen sitou-tumatonta velallisyhtiötä kohtaan.¹⁶⁹

Vaikka velkoja ei velallisyhtyrityksen kanssa voi sopia osakkaiden ja yhtiö-kokouksen päätösvaltaan kuuluvista asioista, kuten osakkaiden äänestys-käyttätymisestä, velkoja voi sen sijaan edellyttää luoton myöntämisen eh-tona, että osakkaat tekevät sisällöltään velkojan haluaman äänestysso-pimuksen ja sitoutuvat pysymään yhtiössä omistajana luottosuhteen ajan.¹⁷⁰

3.3.4 Takaisinsaantiriskistä

Luotonottajan toimintaan puuttuminen saattaa lisätä takaisinsaantiriskiä luotonottajan konkurssissa.¹⁷¹ Mikäli TakSL:n mukainen läheisyysuhde vallitsee velkojan ja velallisen välillä, pidentyvät takaisinsaantijat. TakSL 3.2 §:n 1. kohdan mukaan läheisyyskriteerin täyttää se, jolla on ”osakkuuteen rinnastuvan taloudellisen seikan perusteella olennainen etujen yhteys elin-keinonharjoittajan, yhteisön tai säätiön kanssa.” Hallituksen esityksen mu-kaan kysymyksen voisi tulla tilanne, jossa velkoja ohjaa tosiasiallisesti velallisen toimintaa rahoitus- tai muilla sopimuksilla. Läheisyyttä tukee

¹⁶⁸ Saarnilehto s. 182.

¹⁶⁹ Villa 1997 s. 336–340. Asiasta tarkemmin kappaleessa 4.1.7.

¹⁷⁰ Villa 1997 s. 333–335, Lauriala s. 92.

¹⁷¹ Tuomisto s. 77.

osallisuus velallisen voitoista tai tappioista.¹⁷² TakSL 3.2 §:n 2. kohdan mukaan läheisyysuhde voi muodostua johtavan aseman perusteella. Läheisyys- aseman voi synnyttää myös se, että tietty henkilö on yhtiön hallituksessa valvomassa tai toteuttamassa toisen yhtiön etuja.¹⁷³ Takaisinsaantiaikojen pidentymisen lisäksi TakSL:n 5 §:ssä (yleinen takaisinsaantiperuste) merkityksellinen toisen osapuolen tietoisuus täyttyy helpommin, jos kyseessä on velallisen läheinen. Velkoja voi voitto-osuuskorkeudon kautta tulla osalliseksi velallisen voitosta. Lisäksi kovenanteja käytettäessä yleinen hallitus- työskentelyyn osallistuminen voi synnyttää läheisyysuhteen johtavan ase- man perusteella. Näin ollen kovenanttien käyttöön voi liittyä suurempi takaisinsaantiriski.¹⁷⁴

4 KOVENANTIN RIKKOUTUMINEN

Kun kovenanttia ei noudateta, se rikkoutuu. Tunnukslukukovenantin rikkou- tuminen tarkoittaa asetettujen tunnukslukukriteerien rikkoutumista. Esimer- kiksi luottosopimuksessa oleva omavaraisuusasteeseen sidottu kovenantti rik- koutuu, kun omavaraisuusaste laskee alle sovitun tason. Muu kovenantti rik- koutuu, kun velallinen toimii vastoin kovenantissa asetettuja vaatimuksia.¹⁷⁵

Kovenantin rikkoutuminen voi aiheutua yrityksen sisäisistä tai ulkopuolisista syistä. Rikkoutumisen voi aiheuttaa muutos kansantalouden tilassa tai markkinaolosuhteissa, yrityksen taloudellisen tilanteen huononeminen, yritysjohdon huolimattomuus tai yrityksen antama virheellinen tieto.¹⁷⁶ Rikkoutu- misen syyllä voi olla merkitystä velkojan oikeuteen eräännyttää luottosopimus.

Luottoriskin hallinnoimiseksi kovenanteissa on syytä asettaa täsmällisesti kovenantin rikkoutumisen oikeusvaikutukset. Etenkin tunnukslukukovenantin lievissä rikkoutumisissa ensiksi tulisivat kyseeseen luottoehtojen muutokset, kuten koron tai maksuaikataulun muutokset. Vakavammissa rikkoutumisissa tulisi kyseeseen luottosopimuksen erityisperusteinen eräännyttäminen.¹⁷⁷

¹⁷² HE 102/1990 s. 45.

¹⁷³ HE 102/1990 s. 46.

¹⁷⁴ Lisäksi on syytä huomioida TakSL 10 §:n maksun peräytyminen, joka kovenanteja käy- tettäessä voi toteutua lähinnä maksun ennaikaisuuden vuoksi, ellei maksua ole pidettävä tavanomaisena. Katso takaisinsaantiriskistä kovenanteja käytettäessä tarkemmin Hemmo 2001 s. 331 ja Tuomisto s. 183–.

¹⁷⁵ Hemmo 2001 s. 330, Tuomisto s. 169–171.

¹⁷⁶ Kovenanttityöryhmä s. 70.

¹⁷⁷ Hemmo 2001 s. 328.

Mikäli rikkoutumisen aiheuttaa ylivoimainen este (force majeure), joka estää suorituksen tekemisen, ei luoton eräännyttäminen välttämättä tule kyseeseen.¹⁷⁸ Ylivoimaisella esteellä voi mielestäni olla kuitenkin merkitystä lähinnä yleisten sopimusehtojen rikkomisen, kuten koron maksun viivästy-
misen yhteydessä. Vaikka kovenantin rikkoutumisen aiheuttaa velallisen ulkopuolinen syy, on velkojan riskinhallinnan kannalta kuitenkin tärkeää voida vedota kovenantin rikkoutumiseen, mikäli luoton takaisinmaksukyky on vaarassa.

Luottosopimukset ovat tyypillisesti kestosopimuksia, sillä ne ovat yleensä pitkäaikaisia, mikä ilmenee hyvin luoton pitkässä takaisinmaksuajassa. Luoton kestosopimusluonteella on merkitystä etenkin sopimuksen päättämisen yhteydessä, tapahtui se sitten irtisanomalla tai purkamalla sopimus, tai vetäytymällä siitä. Oikeuteen päättää sopimus voi vaikuttaa myös loja-
liteettivelvollisuus, mikä korostuu juuri kestosopimuksissa. Samoin sopi-
muksen muuttamisen mahdollisuutta arvioidaan eri tavalla, jos kyseessä on kestosopimus.¹⁷⁹

4.1 Rikkoutumisen seuraukset

Kovenantin rikkoutumisesta aiheutuvat seuraukset voivat vaihdella. Ne riip-
puvat lähinnä rikkoutumisen syystä, luotonottajan menettelyn tuottamuk-
sellisuudesta, rikkoutuneesta kovenantista ja sen merkityksestä luoton takai-
sinmaksun suhteen sekä olosuhteista rikkoutumisen toteutuessa.¹⁸⁰ Kove-
nantin rikkoutuminen edellyttää nopeita ratkaisuja ja toimenpiteitä, kun
otetaan huomioon vakuudettoman luotonantajan huono asema konkurssis-
sa. Luonnollisesti velkoja voi valita eri seurausvaihtoehtojen välillä vain
silloin, kun sille on sopimusehdoissa annettu sellainen mahdollisuus. Jos
kovenantin rikkoutuminen oikeuttaa velkojan eräännyttämään luoton en-
nenaikaisesti, velkoja voi valita vapaasti sitä lievemmän keinon.

4.1.1 Rikkoutumisen huomioimatta jättäminen

Lievimmissä tapauksissa luotonantaja voi jättää huomioimatta kovenantin
rikkoutumisen. Jos rikkoutumisella ei ole vaikutusta luottosuhteen onnis-
tumiseen eikä luoton takaisinmaksuun, voi huomioimatta jättäminen olla

¹⁷⁸ Tuomisto s. 170.

¹⁷⁹ Hemmo 1997 I s. 30–31, Hemmo 2001 s. 37.

¹⁸⁰ Tuomisto s. 170.

perusteltua. Erityisesti se voi olla asianmukaista tunnuslukukovenantin kohdalla. Sovitut raja-arvot voivat hetkellisesti rikkoutua merkittävän investoinnin tai ohimenevän lyhytaikaisen kausivaihtelun johdosta.¹⁸¹ Hemmo on käyttänyt toleranssiraja-termiä, jonka mukaisesti vaikutuksetonta poikkeamista sovituista velvoitteista voidaan pitää irrelevanttina. Sen avulla voidaan välttää keinottelunluonteista vetoamista suoritusvirheisiin. Suoritushäiriöltä edellytetään kuitenkin vain vähäistä vaikutuksellisuutta, jotta siihen voisi vedota.¹⁸²

Velkoja voi liittää kovenanttiin ehdon, jonka mukaan velkojan pysyminen passiivisena kovenantin rikkouduttua ei merkitse velkojan luopumista oikeudestaan vedota kovenantin rikkoutumiseen. Tässä tapauksessa velkojalla säilyy oikeus vedota kovenantin rikkoutumiseen (esimerkiksi luoton eräännyttämisperusteena) myöhemminkin.¹⁸³ Vaikka sopimuksessa olisi ehto, jonka mukaan velkojan pysyminen passiivisena ei merkitse luopumista oikeudesta vedota kovenantin rikkoutumiseen, ei oikeus vedota tiettyyn rikkoutumiseen voi säilyä loputtomasti. Selvyyden vuoksi olisi mielestäni hyvä ottaa kovenanttiin tietty määräaika, minkä kuluessa velkojan olisi vedottava sopimusrikkomukseen. Ajan olisi syytä olla riittävän pitkä, jotta velkoja voisi odottaa esimerkiksi kausivaihtelusta johtuvan rikkoutumisen tasaantumista. Jos velkoja menettäisi oikeutensa vedota rikkoutumiseen nopeasti rikkoutumisen tapahduttua, voisi se johtaa hätäkoityihin luoton eräännyttämissiin.

Jos osapuolten kesken ei ole sovittu velkojan oikeudesta vedota rikkoutumiseen passiivisena pysymisen jälkeen, tilanteeseen tulisi soveltaa yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita. Jos velkoja ei ilmoita sopimusrikkomuksesta kohtuullisessa ajassa, menettää hän oikeutensa vedota sopimusrikkomukseen.¹⁸⁴

4.1.2 Velkojan hyväksyntä

Kovenantin ollessa vaarassa rikkoutua, luotonottaja voi hakea velkojalta etukäteishyväksynnän, jossa luotonantaja hyväksyy etukäteen sopimusrikkomuksen, eikä näin ollen vetoa siihen.¹⁸⁵

¹⁸¹ Tuomisto s. 172.

¹⁸² Hemmo 1997 II s. 170–171.

¹⁸³ Hemmo 2001 s. 330.

¹⁸⁴ Hemmo 1997 I s. 399–400.

¹⁸⁵ Kovenanttityöryhmä s. 71.

Kovenantin jo rikkouduttua luotonantaja voi antaa luotonottajalle jälkikäteishyväksynnän (Waiver), jossa luotonantaja hyväksyy sopimusrikkomuksen ja säilyttää luoton ehdot ennallaan. Jälkikäteishyväksyntä voi olla pysyvä, jolloin velalliselta ei edellytetä mitään korjaamistoimenpiteitä. Hyväksynnän ollessa määräaikainen, luotonottajalle asetetaan tietty aika sopimusrikkomuksen korjaamiseksi. Velkojan oikeus vedota rikkomukseen lykkääntyy, ja velallisen korjatessa tilanteen sovitun ajan kuluessa ei velkoja voi vedota kyseiseen rikkomukseen.¹⁸⁶

Jälkikäteishyväksyntä voi olla tarkoituksenmukainen, jos kyseessä on lievä rikkoutuminen, joka ei muuta olennaisesti yrityksen tilannetta eikä vaikuta luotonottajan takaisinmaksukykyyn, mutta luotonantaja haluaa silti vahvistaa rikkoutumisen tapahtuneen.¹⁸⁷ Jälkikäteishyväksyntä ei luonnollisestikaan merkitse luotonantajan luopumista ennakkoon tai pysyvästi oikeuksistaan kyseisen kovenantin mukaan. Eli saman kovenantin myöhemmin rikkoutuessa luotonantaja voi käyttää vahvempiakin keinoja.¹⁸⁸

4.1.3 Neuvottelu sekä sopimusehtojen muuttaminen

Yleensä irtisanomisen vaihtoehtona on luottosopimuksen osapuolten välinen kovenantin rikkoutumisen syiden ja seurausten selvittely sekä neuvottelu. Neuvotteluissa voidaan hahmottaa syitä kovenantin rikkoutumiselle sekä kartoittaa tarve lisärahoitukselle ja perusteita muuttaa kovenanteja sekä muita sopimusehtoja. Keskeistä on kuitenkin hahmottaa luottosopimussuhteen jatkamisen suhde luoton eräännyttämiseen.¹⁸⁹

Sopimusrikkomusta seuranneissa neuvotteluissa voidaan päätyä luottosopimuksen ehtojen muuttamiseen. Ehtojen muuttaminen luoton eräännyttämisen sijaan on järkevää, jos sopimusrikkomus ei vaaranna luottosopimuksen jatkuvuutta. Tällöin molempien osapuolten intresseissä olisi yleensä ehtomuutoksista sopiminen sopimussuhteen päättämisen sijaan. Jos luottosopimuksessa ei ole tyhjentävästi sovittu ehtomuutoksista sopimusrikkomustilanteissa, ehtomuutokset sovitaan erikseen. Kyse voi olla koron muutoksen lisäksi esimerkiksi maksuaikataulun muutoksesta tai vakuuksien vaatimisesta.¹⁹⁰ Velkoja voi edellyttää velalliselta myös entistä tiiviimpää tiedonantoa, jotta se saa jatkossa nopeammin tiedon velallisen tilassa tapahtuneis-

¹⁸⁶ Tuomisto s. 173, Hemmo 2001 s. 330.

¹⁸⁷ Tuomisto s. 173–175, Kovenanttityöryhmä s. 71.

¹⁸⁸ Kovenanttityöryhmä s. 71.

¹⁸⁹ Tuomisto s. 175–176.

¹⁹⁰ Kovenanttityöryhmä s. 71.

ta muutoksista.¹⁹¹ Sopimusehtojen muutos silloin, kun sopimuksessa ei ole sovittu ehtojen muuttamisesta ennalta sovitulla tavalla, on kuitenkin mahdollista vain osapuolten yksimielisellä päätöksellä. Uusien sopimusehtojen tuleminen osapuolia sitovaksi edellyttää yleisten sopimuksen syntymistä koskevien sääntöjen täyttymistä.¹⁹² Näin on siinäkin tapauksessa, että sopimusehto velvoittaa osapuolet neuvottelemaan muutoksista tietyissä tilanteissa. Tällainen sopimusehto ei poista osapuolten yksimielisen hyväksynnän vaatimusta sopimusehtojen muuttamiseksi.¹⁹³

Ehtojen muuttamisesta on voitu ottaa ehto luottosopimukseen, jolloin esimerkiksi koron muuttaminen voi tapahtua sovitun laskentakaavan perusteella.¹⁹⁴ Ehtojen muutos on voitu sitoa muutosmekanismiin, joka ei jätä harkintavaltaa uusien sopimusehtojen laatimisessa sen jälkeen, kun muutoksen laukaiseva tekijä on todettu. Näin tapahtuva sopimuksen muuttaminen ei ole yleensä ongelmallista, sillä se tapahtuu osapuolten yhdessä sopiman ehdon mukaisesti. Toisaalta sopimusehtojen muuttamista koskeva ehto voi olla kohtuuton, jos se sallii vain toisen osapuolen eduksi tapahtuvat muutokset.¹⁹⁵ Kun kyse on sopimusehtojen muuttamisesta sopimusrikkomustilanteissa, ei asialla ole kuitenkaan juuri merkitystä. Luottosopimuksen sopimusrikkomukset aiheutuvat yleensä velallisen puolelta, ja liittyvät luoton takaisinmaksuun tai sen vaarantumiseen. Ehdot, jotka turvaavat luoton takaisinmaksua, ovat luonnollisesti yksipuolisia luotonantajan hyväksi.

Sopimuksessa voi olla ehto, joka sallii toiselle osapuolelle yksipuolisen oikeuden muuttaa sopimusehtoja. Muutosoikeus voi koskea joko yksittäistä ehtoa tai yleisiä sopimusehtoja. Yleisten sopimusehtojen muutos ei kuitenkaan liity sopimusrikkomustilanteisiin, vaan lähinnä luotonantajan halun muuttaa esimerkiksi yleisiä luotto- tai panttausehtoja.¹⁹⁶ Yksittäisen ehdon muutosoikeus voi sallia esimerkiksi korkoehdon muuttamisen. Arvioitaessa koron muuttamiseen oikeuttavan ehdon kohtuullisuutta on otettava huomioon osapuolten asema, luoton käyttötarkoitus, muutosoikeuden laajuus sekä millä perustein tämä tapahtuu.¹⁹⁷ Rahoitustarkastuksen ohjeessa

¹⁹¹ Lindahl s. 112.

¹⁹² Halila – Hemmo s. 44–45. Ks. Myös KKO 1992:50, jossa pankilla ei ollut oikeutta koron korottamiseen, kun pankin yksipuolisesta koron korottamis-oikeudesta ei oltu selvästi ilmoitettu velalliselle sopimusta tehtäessä.

¹⁹³ Hemmo 2001 s. 81.

¹⁹⁴ Hemmo 2001 s. 330, av. 13. Ks. myös KKO 1997:104, jossa pankki oli oikeutettu koron nostamiseen, koska se oli velan ehdoissa sallittu.

¹⁹⁵ Hemmo 2001 s. 80.

¹⁹⁶ Hemmo 2001 s. 81.

¹⁹⁷ Hemmo 2001 s. 118.

todetaan peruseräaattena, ettei kuluttajien ja pienyritysten viitekorkosidonnaisten luottojen korkomarginaaleja saa laina-aikana muuttaa, koska se vaikeuttaa kohtuuttomasti asiakkaan mahdollisuuksia ennakoida velanhoitokustannuksia. Sen sijaan kiinteäkorkoisen luoton korkoa ja viitekorkosidonnaisen luoton marginaalia voidaan tarkistaa tietyllä suhteellisen pitkällä aikavälillä, mikäli velkakirjassa on muutoksesta selvät ehdot.¹⁹⁸ Lisäkorkoa voidaan periä myös vaihtoehtona luoton irtisanomiselle. Tämä oikeus kuitenkin lakkaa heti, kun irtisanomisperustetta ei enää ole.¹⁹⁹ Kun kovenantti-tyyppisessä luotonannossa luotonottaja on yleensä keskisuuri- tai suuryritys, ei osapuolten asema kovenantteja käytettäessä yleensä aiheuta rajoituksia ehdon muuttamiseksi.

Mikäli muutoksen laajuus on sidottu ennalta sovittuihin seikkoihin, ei ehdon käyttäminen ole kovin ongelmallista tasavertaisessa asemassa olevien sopijapuolten välillä. Sen sijaan ehto, joka takaa luotonantajalla koron (tai muun ehdon) vapaan muutosoikeuden, voi olla kohtuuton. Jos vapaa muutosoikeus sisältyy vakioehtoon, täyttyy kohtuuttomuus helpommin.²⁰⁰ Tällaista ehtoa on pidettävä yllättävänä ja ankarana, jolloin sen korostamisesta on huolehdittava. Ehtoa, joka antaa toiselle osapuolelle yksipuolisen muutosoikeuden, on pidetty kuitenkin tyypillisenä kohtuuttomana ehtona. Yksipuolinen muutosoikeus voikin oikeuttaa korkeintaan vähäisiin muutoksiin.²⁰¹ Näin on mielestäni siinäkin tapauksessa, että vapaa (ja yksipuolinen) muutosoikeus sallitaan vain sopimusrikkomustilanteissa. Vaikka kyseessä olisikin velallisen kannalta lievempi seuraamus kuin luoton eräännyttäminen, luotonantajan täysin vapaa koron muutosoikeus johtaa helposti kohtuuttomuuteen. Koron muutoksen laskuperusteiden olisikin hyvä olla aina ennalta vahvistettuja.²⁰²

Sopimusehtojen muutoksen tai ehtojen muuttamiseen oikeuttavan sopimusehdon kohtuullisuutta arvioitaessa on kuitenkin syytä muistaa, että sopimusrikkomustilanteissa, joissa ehtojen muuttaminen aktualisoituu, velkojalla olisi yleensä myös luoton irtisanomisoikeus. Kun ehtojen muuttaminen on kuitenkin lievempi seuraamus kuin luottosopimuksen irtisanominen, vaadittaisiin ehtojen muuttamiseen oikeuttavalta sopimusehdolta todella suurta kohtuuttomuutta, jotta sitä voitaisiin sovitella. Jos merkityk-

¹⁹⁸ Rata 102.1 kohta 2.2.

¹⁹⁹ Rata 102.1 kohta 2.3.

²⁰⁰ Halila – Hemmo s. 45.

²⁰¹ Hemmo 2001 s. 83.

²⁰² Hemmo 2001 s. 119, av. 15.

setön sopimusrikkomus, joka ei oikeuttaisi luoton irtisanomiseen, johtaisi huomattaviin ehtojen muuttamiseen, kohtuuttomuus voisi täytyä.

Velallisen asema voi olla usein huono rikkomusta seuranneissa neuvotteluissa, sillä velallinen voi olla toimintansa jatkamiseksi pakotettu suostumaan hyvin tiukkoihinkin ehtomuutoksiin. Usein ehtomuutosten vaihtoehtona on luoton irtisanominen, joka voi johtaa velallisen koko toiminnan loppumiseen, varsinkin jos muissa luottosopimuksissa on ristiinerääntymisehto. Velallinen voi mahdollisesti pitää velan uudistamista perintäuhan vallitessa oikeustoimilain säännösten vastaisena. Kyseeseen voisi tulla lähinnä pakottaminen (OikTL 29 §), kiskominen (31 §) tai oikeustoimeen vetoamisen kunnianvastaisuus ja arvottomuus (33 §). Vaikka velkoja käyttäisi tiettyjä painostuskeinoja, ei pakottamisen tunnusmerkistö silti helposti täyty. Mikäli tavoiteltu etu sekä käytetty keino ovat hyväksyttäviä, ei kyse voi olla pakottamisesta. Näin ollen velan takaisinmaksun tai tiukempien sopimusehtojen vaatiminen luottosopimuksen eräännyttämisen uhalla on sallittua. Myös OikTL 33 §:n täytyminen edellyttää, ettei velkoja ole menetellyt hyväksyttävästi eikä tavanomaisten perimistoimien mukainen.²⁰³ KKO on ratkaisussa 1996:90, jossa pankki oli ilmoittanut protestoivansa vekselin ellei sitä makseta tai aseteta vakuuksia maksamisen turvaksi, hylännyt väitteet pakottamisesta sekä kunnianvastaisesta että arvottomasta menettelystä. Perusteluiden mukaan kyse on ollut normaaleista perintätoimista. Näin ollen kovenantin rikkoutumisen jälkeen syntyneitä ehtomuutoksia ei voida pitää pätemättöminä, mikäli pankki on käyttänyt normaaleja perintätoimia. Tämä kuitenkin edellyttää, etteivät uudet sopimusehdot ole OikTL 31 §:n mukaisessa ilmeisessä epäsuhteessa osapuolten välillä, mikäli voidaan katsoa, että velkoja on käyttänyt hyväkseen velallisen pulaa, ymmärtämättömyyttä, kevytmielisyyttä tai hänestä riippuvaista asemaa. Tällöin kyse voisi olla sanotussa lainkohdassa määritellystä kiskomisesta. Mikäli velallista uhkaa kaikkien luottosopimusten irtisanominen ristiinerääntymisehdon nojalla, ja velallinen on suostunut ilmeisessä epätasapainossa oleviin kovenantteihin, voisi kiskominen äärimmäisessä tapauksessa tulla kysymykseen. Uusien ehtojen on oltava kuitenkin poikkeuksellisen epätasapainoisia, sillä velkoja on oikeutettu ottamaan uusissa ehdoissa huomioon lisääntyneen riskin.

Ehtomuutoksista sovittaessa on syytä huomioida mahdolliset pari passu- ja vakuudenasettamiskieltokovenantit muissa luottosuhteissa. Jos tällaisia on, vakuuksien antaminen ei onnistu ilman niiden rahoittajien suostumusta, joilla on tällainen ehto. Jos tästä huolimatta (lisä)vakuus aset-

²⁰³ Hemmo 2001 s. 57–58.

taan, synnyttää se näille rahoittajille pääsääntöisesti oikeuden eräännyttää luotto. Luotonantajan tulisi näin ollen huomioida muiden rahoitussopimusten ehdot ehtomuutoksista sovittaessa.

4.1.4 *Velan erääntyminen*

VelkakirjaL 5.1 §:n mukaan velallinen on velvollinen maksamaan velan velkojan sitä vaatiessa, kun erääntymisajasta ei ole sovittu. Eräännyttämiseen ei liity tällöin mitään aikaviivettä, vaan velka on maksettava periaatteessa samana päivänä.²⁰⁴ Velallinen on puolestaan oikeutettu maksamaan velan takaisin silloin kun haluaa.

Velan eräännyttäminen välittömästi maksettavaksi VelkakirjaL 5 §:n mukaisesti voi olla velalliselle ongelmallista, varsinkin jos velka on suuri ja velallisen tarkoituksena on ollut maksaa velka takaisin pitkän ajan kuluessa. Vaadittaessa maksettava velka on vähemmän ongelmallinen velalliselle, jos osapuolet ovat sopineet ehdosta, joka takaa tietyn määräajan maksamiseen eräännyttämisen jälkeen.²⁰⁵

Säännöksellä ei ole kuitenkaan käytännössä suurta merkitystä luottosopimusten kohdalla, koska joitain pieniä luottoja lukuun ottamatta osapuolet sopivat yleensä velan maksuaikataulusta luottosopimuksen perustamisvaiheessa. Tämä maksuaikataulu on osapuolia sitova, eikä velkoja ole oikeutettu vaatimaan maksua ennaikaisesti. Myöskään velallinen ei ole oikeutettu maksamaan ennen eräpäivää. Jos velkoja kuitenkin suostuu ennaikaiseen suoritukseen, on sillä oikeus vaatia luottokustannusten maksamista alkuperäiseen eräpäivään asti.²⁰⁶ Maksuaikataulun käyttö parantaakin rahoituksen jatkumisen ennakoitavuutta, sillä luottosopimus on eräännyttävissä vain sopimusehdoissa määritellyissä tapauksissa.²⁰⁷

4.1.5 *Luottosopimuksen purkaminen*

Yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden nojalla kummallakin osapuolella on oikeus purkaa luottosopimus, jos vastapuoli syyllistyy olennaiseen sopimusrikkomukseen. Velallisen sopimusrikkomukset on yleensä katettu

²⁰⁴ Tilimaksun osalta Hemmo pitää perusteltuna, että maksutoimeksiannon antaminen vaatimuspäivänä riittäisi viivästyksen torjumiseen. Hemmo 2001 s. 86–87.

²⁰⁵ Hemmo 2001 s. 86–87, Halila – Hemmo s. 52–53.

²⁰⁶ Halila – Hemmo s. 52, Hemmo 2001 s. 84–88. Kuluttajaluotoissa on KSL 7:12 §:n perusteella kuluttajalla kuitenkin laaja oikeus maksaa luotto ennaikaisesti.

²⁰⁷ Wood I s. 15.

jo luottoehdoilla, joten purkamismahdollisuudella ei ole tältä osin suurta merkitystä, varsinkin jos luottoehdot sallivat eräännyttämisen ilman viivästystä velallisen rikkoessa sopimusvelvoitteitaan. Sen sijaan velallisen eräännyttämisoikeudesta ei ole välttämättä sopimusehtoja, jolloin purkaminen voisi tulla kyseeseen esimerkiksi velkojan rikkoessa lisäluoton myöntämistä koskevan velvollisuutensa. Sopimuksen purkaminen johtaa jo tehtyjen suoritusten palauttamiseen, eli velallinen maksaa saadut luottovarat ennaikaisesti. Kun kyseessä on luottosopimuksen purkaminen velkojan sopimusrikkomuksen vuoksi, ei velkoja ole luonnollisestikaan oikeutettu hyvitykseen luottoajan lyhentymisestä aiheutuneista menetyksistä.²⁰⁸

4.1.6 Velan eräännyttäminen ennaikaisesti

Kovenantin rikkoutuessa kyseessä on sopimusrikkomus. Kansainvälisesti yleinen sopimuskäytäntö on, että luotonantajalla on yleensä oikeus eräännyttää luotto ennaikaisesti kovenantin tai muun sopimusehdon rikkoututtua.²⁰⁹ Eli jos velallinen ei noudata kovenantissa edellytettyä toimintatapaa, tai elleivät kovenantissa asetetut yrityksen tunnusluvut pysy sovituissa rajoissa, velkojalle voi syntyä oikeus luoton ennaikaiseen eräännyttämiseen.²¹⁰ Kun velka eräännytetään ennaikaisesti, voidaan sitä kutsua erityisperusteiseksi eräännyttämiseksi.²¹¹ Jos velallinen syyllistyy maksun laiminlyöntiin, tai muulla tavoin ilmenee suoritusvelvollisuuden heikkenemistä, voi velan ennaikainen eräännyttäminen pelastaa velkojan luotto-tappiolta. Perinteisessä luotonannossa velkojan ennaikainen eräännyttämisoikeus onkin lähinnä maksuhäiriön seuraamus. Eräännyttämistä koskevalla sääntelyllä pyritään kuitenkin kohtuuttomien eräännyttämistilanteiden torjuntaan.²¹²

Yritysluottojen erityisperusteista eräännyttämistä ei ole säännelty.²¹³ Tämän vuoksi luottoehdoilla on keskeinen asema. Luottoehdoissa on luonnollisesti säännelty lähinnä velkojan mahdollisuutta eräännyttää luotto ennen-

²⁰⁸ Hemmo 2001 s. 90.

²⁰⁹ Kovenanttityöryhmä s. 73.

²¹⁰ Hemmo 2001 s. 325–326.

²¹¹ Huhtamäki s. 152. Kun vaadittaessa eräännyvä luotto irtisanotaan, kyseessä on normaali irtisanominen. Huhtamäki s. 147.

²¹² Hemmo 2001 s. 91. Katso myös KSL 7:16, jossa säännellään kulutusluoton eräännyttämistä. Säännöksessä on yksityiskohtaiset edellytykset eräännyttämisoikeuden käyttämiseksi, joka soveltuu sekä maksuviivästyksen että muuhun sopimusrikkomukseen.

²¹³ Poikkeuksena tietyt yritysikiinnitykseen liittyvät tilanteet (YrKiinL 15 §) sekä valtion myöntämät lainat (Valtion lainanantol 6–7 §).

aikaisesti, sillä velkojan riski takaisinmaksusta on huomattavasti suurempi kuin velallisen riskit mahdollisten luotonantajan rikkomusten vuoksi.²¹⁴

Luotonantajan eräännyttämisosoikeuden perustavissa luottoehdoissa on voitu yksilöidä mitä tarkoitetaan olennaisella sopimusrikkomuksella, joka oikeuttaa luottosopimuksen purkamiseen. Lisäksi purkamiskynnystä on voitu luottoehdoissa alentaa kytkemällä eräännyttämisosoikeus myös olennaista sopimusrikkomusta lievempiin rikkomuksiin.²¹⁵

Kovenanttipohjaisessa luotonannossa velkojan mahdollisuus eräännyttää luotto ennenaikaisesti on helpompaa kuin vakuuksiin perustuvassa luotonannossa. Vakuuksia käytettäessä velkoja saa yleensä ainakin osasuorituksen, vaikka velallinen joutuisi maksukyvyttömäksi. Tällöin, vakuustyyppistä riippuen, velkoja voi realisoida pantin tai vaatia suoritusta henkilötakaajalta. Mikäli vakuudet on mitoitettu oikein, velkoja voi saada koko suorituksen velallisen maksukyvyttömydestä tai maksuhaluttomuudesta huolimatta. Tämän johdosta vakuuksia käytettäessä velkojan ei ole tarpeen uhrata liikaa voimavaroja velallisen maksukyvyn turvaamiseen. Puhtaasti kovenantteihin perustuvassa luotonannossa, jossa ei ole asetettu vakuuksia turvaamaan saatavaa, tilanne on toinen. Jotta velkojalla olisi mahdollisuus saada velalliselta luottosopimuksen mukainen suoritus, ei velallisen taloudellisessa tilanteessa saa tapahtua sellaisia muutoksia, että luoton takaisinmaksukyky heikkenee. Siksi juuri kovenanteissa on asetettu velalliselle sellaisia velvollisuuksia, jotka turvaavat tämän maksukykyä. Laajoilla velallisen tiedonantovelvollisuuksilla velkoja pysyy hyvin perillä velallisen asioista, ja näin pystyy tarvittaessa nopeasti reagoimaan muutoksiin velallisen tilassa. Toisaalta edellyttämällä velkojan suostumusta velallisen taloudelliseen asemaan merkittävästi vaikuttavien ratkaisujen hyväksymiseksi, velallinen ei voi tehdä kovenanttia rikkomatta merkittäviä päätöksiä, jotka muuttaisivat tämän taloudellista asemaa.

Kovenanttien noudattaminen on rahoittajalle niin tärkeää ja keskeistä, että kovenantin rikkoutumista ja suoritushäiriötä on yleensä pidettävä hyväksyttävänä syynä eräännyttämisosoikeuden käyttämiselle. Rahoittajan on voitava turvata taloudellisen intressinsä, joka yleensä vaarantuu merkittävästi kovenantin rikkoutumistilanteissa.²¹⁶ Lojaliteettivelvollisuudesta sekä kohtuullisuusarviointista voi kuitenkin seurata rajoituksia velkojan oikeuteen irtisanoa luotto.²¹⁷ Lisäksi yrityssaneerauslain 19.1 §:n 2. kohta voi ai-

²¹⁴ Hemmo 2001 s. 95.

²¹⁵ Hemmo 2001 s. 94.

²¹⁶ Tuomisto s. 178.

²¹⁷ Kappaleet 4.3 ja 4.4.

heuttaa poikkeuksen irtisanomisvapauteen.²¹⁸ Velkoja ei voi yrityssaneerausmenettelyn alettua irtisanoa velkaa tai velan perustana olevaa sopimusta maksuviivästyksen vuoksi, jollei kyse ole tililuottoa koskevasta sopimuksesta.

Projektirahoituksessa pankki rahoittaa yksittäistä projektia, ja pankilla on suuri riski projektin onnistumisesta.²¹⁹ Tällöin pankin intressissä ei ole välttämättä eräännyttää luottosopimusta. Pankin jo sijoitettua tiettyyn projektiin, sen ei kannata eräännyttämisoikeuttaan käyttämällä keskeyttää projektia, ellei tilanne ole täysin toivoton. Yleensä pankin kannalta on perustellumpaa neuvotella tilanteesta ja miettiä sopivia keinoja tilanteen korjaamiseksi, riippuen keinoista joita luotonantajalle on myönnetty rikkoutumistapauksissa.²²⁰

4.1.7 Velan eräännyttäminen osakkaan rikkoessa velvoitteitaan

Kovenanteja käytettäessä on velkojan ja osakkeenomistajien välinen sopimus usein velaksiannon ehtona, jotta myös velallisyrittäjien osakkaat sitoutuisivat velkojan asemaa turvaaviin kovenanteihin. Velkojan aseman turvaamiseksi olisi tärkeitä, että sopimuksen ennen aikainen eräännyttäminen olisi mahdollista myös osakkaan sopimusrikkomukseen vedoten, vaikka velallisyhtiö olisi täyttänyt omat sopimusvelvoitteensa moitteettomasti.²²¹

Sopimukseen voidaan ottaa niiden laatimisvaiheessa ehto siitä, että luotonantosopimus ja velkojan ja osakkeenomistajien välinen osakassopimus liittyvät toisiinsa muodostaen yhtenäisen kokonaisuuden. Kun sopimukset muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden, sopimuskokonaisuuteen liittyvän yksittäisen sopimuksen ehtojen rikkominen oikeuttaa irtisanomaan muut kokonaisuuteen liittyvät sopimukset.²²² Mikäli luottosopimuksen ehdon mukaan luotonantajan ja luotonottajayrityksen välillä solmittava luottosopimus sekä luotonantajan ja yrityksen osakkaiden välinen osakassopimus muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden, luotonottajayrityksen osakkaan rikkoessa esimerkiksi osakassopimuksessa asetettua äänestysvelvoitettaan velkojalle syntyy lähtökohtaisesti luoton eräännyttämisoikeus.

Vaikka luottosopimukseen ei ole asetettu nimenomaista ehtoa, voi eräännyttämisoikeus syntyä sopimuksen edellytysten rikkoutuessa, toisin sanoen jos lähtökohdat, joihin sopimus on perustunut, ovat rikkoutuneet.

²¹⁸ Tuomisto s. 177.

²¹⁹ Wood II s. 3.

²²⁰ Wood II s. 28.

²²¹ Villa 1997 s. 338–339.

²²² Villa 1997 s. 339.

Edellytyksen on oltava olennainen sekä toisen osapuolen havaittavissa.²²³ Kovenanttien käyttötarkoituksen kannalta on usein välttämätöntä sitoa velallisyhtiön omistajat tiettyihin ehtoihin, joten kyse on yleensä olennaisesta edellytyksestä jota ilman velkoja ei olisi missään tapauksessa sitoutunut luottosopimukseen. Kyseinen edellytys on sellainen, jonka pitäisi olla myös velallisyhtiön tiedossa. Näin ollen vaikkei osakassopimusta ole sidottu nimenomaisella ehdolla luottosopimukseen, voi velkojalle syntyä luoton eräännyttämisoikeus sopimusta tehtäessä vallinneiden edellytysten rikkoutuessa, kun velallisyhtiön osakas rikkoo osakassopimuksessa asetettuja velvollisuuksiaan.

4.2 Irtisanomislausekkeet

Kovenantteihin perustuvassa luotonannossa luotonantajan on pystyttävä tarvittaessa reagoimaan nopeasti velallisen toiminnassa tapahtuneiden muutosten johdosta. Äärimmäisenä keinona tätä edistetään luoton eräännyttämistä koskevilla ehdoilla. Kovenantteihin liittykin velallisen kannalta tavanomaista ankarammat irtisanomislausekkeet.²²⁴ Kovenanttien käyttö riskinhallintavälineenä onkin tehokasta vain silloin, kun luottosopimukseen on otettu riittävän kattavat säännökset luoton ennaikaisesta eräännyttämisestä.²²⁵

Irtisanomislausekkeet eivät Tero Tuomiston mukaan itsessään ole kovenanteja, vaan kovenantin liitännäinen ja luottosopimuksen olennainen osa.²²⁶ Sen sijaan kovenanttityöryhmä on käsitellyt luoton ristiineräännytmisehtoa osana yrityksen toimintaa sääteleviä kovenanteja, ja näin ollen ilmeisesti tarkoittanut sen olevan itsessään kovenanti.²²⁷ Toisaalta kovenanttityöryhmän mukaan luoton yleiset irtisanomisperusteet ovat kovenanteille alisteisia, eivät ristiriitaisia niiden kanssa eivätkä voi syrjäyttää niitä.²²⁸ Eli niitä se ei pidä kovenanteina, mikä onkin varsin luonnollista, ei hän kyse ole mistään erityisehdoista, joissa yritys sitoutuisi ylläpitämään tietyt taloudelliset tai toiminnalliset edellytykset luottosuhteen ajan.

²²³ Hemmo 1997 I s. 270–274, Villa 1997 s. 340.

²²⁴ Tammi-Salminen s. 41.

²²⁵ Wood I s. 15.

²²⁶ Tuomisto s. 105.

²²⁷ Kovenanttityöryhmä s.52.

²²⁸ Kovenanttityöryhmä s. 73.

Mielestäni ristiinerääntymisehtoa voitaisiin käsitellä kuten muutakin kovenanttia. Kun esimerkiksi lisävakuuden ottamisen kieltävässä kovenantissa velallisen velvollisuutena on olla perustamatta omaisuuteensa vakuusoikeutta, ristiinerääntymisehdossa velallisen velvollisuutena on välttää sopimusrikkomus jossain toisessa luottosuhteessa. Siinäkin on kyse velallisen velvollisuudesta ylläpitää tietty edellytys luottosuhteen ajan. Toisaalta kysymys ei ole kovin oleellinen, on lähinnä tarkoituksenmukaisuuskysymys pidetäänkö ehtoa kovenanttina vai yleisenä irtisanomisehtona. Ehdon oikeusvaikutuksiin se ei kuitenkaan vaikuta.

Yritysluottojen osalta luotonsaajan irtisanomisoikeutta koskevan ehdon sitovuutta kontrolloidaan vakioehto-oikeudellisten oppien ja yleisen kohtuullistamismahdollisuuden perusteella.²²⁹

Luottosopimuksessa voi olla kovenanti, joka velvoittaa velallisen ilmoittamaan luotonantajalle irtisanomisperusteesta, eli sellaisesta toteutuneesta tai odotettavissa olevasta tapahtumasta, joka voisi aiheuttaa sopimuksen irtisanomisen (Event of Default). Tämä ilmoitusvelvollisuus toimii esivaiheena varsinaisen irtisanomislausekkeen konkretisoitumiselle.²³⁰ Luonnollisesti irtisanomislausekkeen käyttöön ei vaikuta se, millä tavalla velkoja on saanut irtisanomisperusteesta tiedon, mutta velallisen tiedonantovelvollisuuksilla parannetaan velkojan asemaa reagoida nopeasti irtisanomisperusteeseen.

4.2.1 Purkamistyyppinen irtisanomisehto (*acceleration clause*)

Luotonantaja voi eräännyttää kerrallaan koko luoton ja vaatia sitä maksettavaksi, mikäli kyseessä on purkamistyyppinen irtisanomisehto. Velallinen saa hyväkseen vain lyhyen irtisanomisajan tai irtisanomisaikaa ei ole ollenkaan. Ilman irtisanomisaikaa oleva irtisanomisehto on vakiintuneen pankkikäytännön mukainen, ja se on yleinen seuraus kovenantin rikkoutuessa.²³¹ Irtisanomisehdon sisällöstä ja irtisanomisajasta sopiminen kuuluu yleisen sopimusvapauden piiriin, eli sopimuksen osapuolet voivat sopia siitä vapaasti.

Tapauksissa, joissa rahoitettavalla ei ole irtisanomisaikaa, on kyseessä purkamistyyppinen irtisanomisehto, eikä puhdas irtisanomisehto. Puhtaanseen purkuehtoon on erona se, ettei ehtoon turvautuminen edellytä sopimusrikkomukselta olennaisuutta.²³² Sopimusehdolla voidaan laajentaa eräännyttämisoikeutta siitä mitä se on yleisten purkamisedellytysten täyt-

²²⁹ Halila – Hemmo s. 53.

²³⁰ Lauriala s. 108.

²³¹ Tuomisto s. 108.

²³² Tuomisto s. 109.

tyessä, vaikka kyse onkin purkamisopin alaan kuuluvasta ilmiöstä, kun menettelyn oikeusperusteena on velallisen sopimusrikkomus.²³³

Mikäli velallinen rikkoo velvoitteitaan niin, että velkojalle syntyy luoton eräännyttämis-oikeus, eräännyttäminen on kuitenkin riippuvainen velkojan tahdosta. Jos velkoja ei halua vedota ehtoon, ei velallinen voi maksaa velkaa ennaikaisesti, ellei näin ole erikseen sovittu.²³⁴

4.2.2 Luoton ristiineräntymisehto (*cross default*)

Luottosopimuksessa voi olla sen sisältöinen kovenantti tai luotonottajan antama selonteko tai vakuutus (Representation tai Warranty), ettei luotonottaja ole sopimusrikkomuksessa toisessa rahoitussopimussuhteessa ja joututtuaan sellaiseen ilmoittaa asiasta välittömästi luotonantajalle. Mikäli sopimusrikkomus syntyy toisessa rahoitussuhteessa, voi se synnyttää luotonantajalle oikeuden eräännyttää luotto ristiineräntymisehdon nojalla.²³⁵

Luoton ristiineräntymisehdolla on keskeinen merkitys kovenanttipohjaisessa luotonannossa, jossa luotonantajan turvana ei ole vakuuksia. Sen avulla estetään tilanne, jossa yksi rahoittaja vetäytyy velallisyrittäjän rahoituksesta eräännyttämällä luoton, ilman muiden rahoittajien vastaavaa oikeutta.²³⁶ Ehdon ankaruuden voidaan olettaa vaikuttavan ennaltaehkäisevästi velallisen sopimusrikkomuksiin.²³⁷

Rahoitustarkastuksen ohjeessa on erikseen säännelty, että pienyrityksen luototuksessa voi irtisanomisperusteena olla myös kyseisen luottosuhteen ulkopuolella tapahtuneet sopimusrikkomukset tai muutokset. Irtisanomisen edellytyksenä on, että luottolaitoksella on perusteltu syy uskoa rikkoutumisen tai muutoksen laadusta johtuen, ettei velallinen tule suoriutumaan luottolaitokselle olevista velvoitteistaan.²³⁸

4.3 Sopimuksen eräännyttämisen kohtuuttomuus

Sopimusrikkomusten seuraamusten on oltava kohtuullisissa suhteissa tapahtuneeseen rikkomukseen. Esimerkiksi toisen osapuolen maksuviiväs-

²³³ Hemmo 1997 II s. 355–356.

²³⁴ Immonen s. 91.

²³⁵ Tuomisto s. 112–113.

²³⁶ Kovenanttiyöryhmä s. 52–53.

²³⁷ Tammi-Salminen s. 42.

²³⁸ Rata 102.1 kohta 3.2.1.

tyksen vuoksi tapahtuva sopimuksen eräännyttäminen voi johtaa kohtuuttomuuteen, jos viivästys on lyhytaikainen eikä ole aiheutta epällä sen toistumista. Huomiota on myös kiinnitettävä velkojan kärsimisiin vahinkoihin.²³⁹ Mikäli velkoja ei ole kärsinyt mainittavaa vahinkoa sopimusrikkomuksen vuoksi, ankarana seuraamuksena sisältämää ehtoon vetoaminen on usein kohtuutonta. Pitkäaikaisissa sopimussuhteissa kohtuullisuutta arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota myös koko sopimussuhteen kestoajkaan. OikTL 36 §:n sovittelumahdollisuus on merkittävin epätasavertaisten sopimus-kumppanien välisissä sopimuksissa. Kohtuullisuuden arviointiin vaikuttaa osapuolten taloudellinen ja tiedollinen asema sekä asiantuntemus. Myös pienyrityksillä voi olla sellainen alisteinen ja riippuvainen asema, joka vaikuttaa sovittelukynnykseen. Sen sijaan jos sopijapuolet ovat taloudellisesti toisistaan riippumattomia, vastuukykyisiä sekä ovat perehtyneet sopimuksen sisältöön, sopimukselta vaaditaan todella merkittävää epätasapainoisuutta, jotta sovittelu voisi tulla kyseeseen.²⁴⁰ Periaate on vahvistettu myös korkeimmassa oikeudessa, jossa sopimuksen sovittelu on estynyt sen johdosta, että kyse oli tasapuolisessa neuvotteluasemassa olevista osapuolista.²⁴¹

Kovenanttiluotonannossa luotonottajayritys on yleensä vähintään keski-suuri yritys, joten sopimus on harvoin solmittu epätasavertaisten sopimus-kumppanien kesken. Lisäksi sopimusehtojen tasapainoisuutta arvioitaessa on otettava huomioon vakuudettoman velkojan turvaton asema, joten kovenanttiluotonannossa on sallittava velallisen kannalta tiukempien sopimusehtojen käytön.

Tietyissä tilanteissa voisi ristiinerääntymisehdon käyttö johtaa luotonottajan kannalta kohtuuttomaan tilanteeseen. Jos yrityksellä on useita rahoittajia, joilla kaikilla on luottosopimukseen sisällytetty ristiinerääntymisehto, merkitsisi sopimusrikkomus yhdessä luottosuhteessa kaikille rahoittajille syntyvää oikeutta eräännyttää luotto ennenaikaisesti. Kuitenkaan luottosopimuksen eräännyttämiseen ei voida asettaa erilaisia vaatimuksia sen mukaan, onko kyseessä sopimusrikkomus omassa vai muussa luottosuhteessa. Tämä voisi aiheuttaa tilanteen, jossa vain yksi rahoittaja voisi eräännyttää luottonsa ilman muiden vastaavaa oikeutta. Tämä olisi juuri ristiinerääntymisehdon käyttötarkoituksen vastaista. Tämän takia voidaan ajatella kaksi

²³⁹ Katso myös KKO 1983 II 78, jossa sovittelun estymistä perusteltiin mm. sopimusrikkomuksen vaikutuksella sopimus-kumppaniin. Sopimusrikkomus oli vaikeuttanut sopimuksen tavoitteen saavuttamista.

²⁴⁰ HE 247/1981 s. 3 ja 14–15.

²⁴¹ KKO 1982 II 192.

vaihtoehtoista tapaa: 1) Velkojan eräännyttämisoikeyteen ei vaikuta millään tavoin, onko velallisen muissa rahoitus sopimuksissa ristiineräntymisehto. Mikäli yksittäisen sopimuksen eräännyttämis edellytykset täyttyvät, ei kohtuullisuusarviointiin vaikuta se, että eräännyttäminen voi johtaa myös muiden luottosuhteiden eräännyttämiseen. 2) Yksittäisen luoton eräännyttäminen olisi helpommin katsottavissa kohtuuttomaksi, mikäli velallisen muihin rahoitus sopimukseen on sisällytetty ristiineräntymisehto.

Koska ankaran seuraamuksen sisältävään ehtoon vetoaminen voi lain esitöiden mukaan olla kohtuutonta, voisi ristiineräntymisehdon kohdalla täytyä kohtuuttomuus helpommin. Sen käyttö johtaa nimittäin velallisen kannalta usein huomattavasti ankarampaan seuraamukseen kuin yksittäisen luottosopimuksen irtisanominen. Ero ei voi kuitenkaan olla kovin suuri eri eräännyttämis ehtoihin perustuvien eräännyttämisten kohtuullisuuden arvioinnissa. Sopimuksen sovittelu ei voisi nimittäin tulla kyseeseen, mikäli sopimusrikkomuksella on vaikutusta velallisen takaisinmaksukykyyn. Tällöin luottosopimuksen enneaikaista eräännyttämistä ei voitaisi pitää velallisen kannalta kohtuuttomana. Kohtuuttomuus voisi tulla kyseeseen vain silloin, kun sopimusrikkomus ei vaaranna luoton takaisinmaksua.

Kun irtisanominen on toteutettu purkamistyyppisen irtisanomisehdon perusteella, rahoitettava ei saa hyväkseen irtisanomisaikaa ja tätä kautta järjestelyvaraa asioidensa hoitamiseksi. Kohtuullisen irtisanomisajan vaatimus on oikeuskäytännössä hyväksytty periaate.²⁴² Kohtuullisen irtisanomisajan vaatimus koskee kuitenkin ilman sopimusrikkomusta tapahtuvia normaaleja irtisanomisia.²⁴³ Näin ollen sitä ei ole sovellettava kovenantin rikkoutumisesta seuranneeseen luoton eräännyttämiseen.

4.4 Sopimusoikeudellinen lojaliteettivelvollisuus

Sopimusoikeudellisen lojaliteettivelvollisuuden olemassaolo on laajasti hyväksytty oikeuskirjallisuudessa. Lojaliteettivelvollisuuden mukaan sopimusosapuolen on tietyissä rajoissa otettava huomioon myös sopimuskumppanin oikeudet ja edut. Eli sopimusosapuoli ei saa ajaa itsekkäästi vain omaa etuaan toisen osapuolen haitaksi.²⁴⁴ Taustana tähän on pidetty ajatusta, jonka mukaan sopimus ei ole sopimusosapuolten erilliseen ja itsekkääseen toimintaan perustuva, vaan se on ymmärrettävä sopimusosapuolten välise-

²⁴² KKO 1982 II 1, KKO 1985 II 130.

²⁴³ Tuomisto s. 178.

²⁴⁴ Ämmälä s. 3, Muukkonen LM 1993 s. 1046, Taxell DL 1977 s. 149.

nä määrättyyn päämäärään tähtäävänä yhteistoimintana.²⁴⁵ Kun kyse on osapuolten välisestä yhteistoiminnasta, onkin perusteltua odottaa sopimusosapuolelta myös sopimuskumppanin intressien huomioonottamista.

Oikeuskirjallisuudessa on joskus pidetty lojaliteettivelvollisuutta yleisnimityksenä erilaisille velvollisuuksille, joita sopijapuolella on vastapuolta kohtaan. Tällaisia ovat sopimustyyppistä riippuen esimerkiksi tiedonanto-, ilmoitus-, reklamaatio-, myötävaikutus- tai uskollisuusvelvollisuus.²⁴⁶ Kyseiset velvollisuudet perustuvat kuitenkin usein suoraan lakiin tai sopimusmääräykseen. Lojaliteettivelvollisuudella tarkoitan tässä erityistä vastapuolen edun huomioonottamisen vaatimusta, joka on erillinen sopimuksen mukaisista päävelvoitteista. Eli kyse on vain sellaisista velvollisuuksista, joista ei ole säädetty sopimussuhteeseen sovellettavassa lainsäädännössä eikä itse sopimuksessa.²⁴⁷ Näin ollen sopimusosapuolelle ei riitä, että hän toimii sopimusehtojen mukaan, vaan myös sopimusehtojen ulkopuolella on huomioitava sopimuskumppanin intressit, eikä omaa etuaan saa edistää sopimusehtojen ulkopuolisellakaan alueella vapaasti sopimuskumppanin kustannuksella.²⁴⁸

Lojaliteettivelvollisuudella on suurin merkitys pitkäkestoisissa sopimuksissa, etenkin sellaisissa, joissa osapuolten välillä on kiinteää yhteistoimintaa.²⁴⁹ Lojaliteettivelvollisuuden soveltaminen nimenomaan pitkäkestoisissa sopimuksissa on luonnollista, koska näissä edellytetään osapuolilta usein aktiivisempaa yhteistoimintaa kuin kertosopimuksissa. Osapuolilta edellytetään joustavuutta sekä konfliktien välttämistä, jotta heidän tavoittelemansa pitkä sopimussuhde voisi toteutua. Välitön oman edun edistäminen ei voi olla ensisijainen tavoite pitkäkestoisissa sopimuksissa.²⁵⁰

Sopimus, sopimuksen tarkoitus sekä sopimustyyppi määrittelevät lojaliteettivelvollisuuden sisällön. Pitkäkestoinenkin sopimus voi olla sellainen, jossa ei ole osapuolten välillä yhteistoimintaa. Toisaalta lyhytkestoinen sopimus saattaa edellyttää suurta luottamussuhdetta, kuten kiinteistönvälitys-sopimus.²⁵¹

²⁴⁵ Muukkonen LM 1993 s. 1040, Häyhä DL 1996 s. 314.

²⁴⁶ Ämmälä s. 9.

²⁴⁷ Hemmo 1997 I s. 46, Hemmo DL 1996 s. 332.

²⁴⁸ Häyhä DL 1996 s. 315, Hemmo DL 1996 s. 333.

²⁴⁹ Hemmo 1997 I s. 45. Hemmo on pitänyt tällaisina esimerkiksi tavarantoimitussopimuksia, yksinmyyntisopimuksia sekä franchise-toimintaa.

²⁵⁰ Halila – Hemmo s. 11. Hemmo 1997 I s. 31.

²⁵¹ Ämmälä s. 18 ja 45.

4.4.1 Lojaliteettivelvollisuuden sisältö

Lojaliteettivelvollisuuden mukaan sopimusosapuolen on vältettävä toimintaa, joka voi vahingoittaa sopimuskumppanin etua, ja osapuolen on muutenkin otettava sopimuskumppanin intressit huomioon.²⁵² Lojaliteettivelvollisuuden johdosta sopimuspuolella voi olla velvollisuus tehdä tietynlaisia huomautuksia tai pidättyä toisen kannalta ankarana pidettävistä oikeuskeinoista.²⁵³

Shikaanikieltoa (oikeuksien väärinkäytön kieltö) on pidetty lojaliteettivelvollisuuden suppeana muotona.²⁵⁴ Shikaanikielto kieltää menettelyn, jonka ainoana tarkoituksena on toisen osapuolen vahingoittaminen. Myös menettelyä, joka on näennäisesti sallittua, voidaan pitää tämän vastaisena, jos sillä pyritään hylättävään päämäärään.²⁵⁵

Kun shikaanikielto kieltää menettelyn, jossa tarkoituksena on toisen osapuolen vahingoittaminen ilman omaa intressiä, voi lojaliteettivelvollisuuden vastaista olla menettely, jossa osapuolella on kylläkin intressi tämän menettelyn suorittamiseen, mutta saavutettava etu on olennaisesti vähäisempi kuin sopimuskumppanille aiheutuva haitta. Näin ollen mietittäessä oikeuksien rajoittamista lojaliteettivaatimuksen perusteella, on suoritettava tietty intressivertailu saavutettavan edun ja sopimuskumppanille aiheutuvan haitan välillä. Tällöin voi merkitystä olla taloudellisilla argumenteilla, joiden avulla päädytään taloudellisesti tehokkaimpaan ratkaisuun.²⁵⁶

Jos kestosopimuksen lopettaminen voisi vaarantaa toisen osapuolen liiketoiminnan jatkuvuuden, tai jos siihen muulla tavoin sitoutuu mittavia taloudellisia arvoja, lojaliteettivelvollisuus voi rajoittaa sopimussuhteen irtisanomisen ja purkamisen mahdollisuutta.²⁵⁷ Sopimusrikkomustilanteissa lojaliteettivelvollisuus voikin asettaa velkojalle velvollisuuksia sopimuksen rikkonutta velallista kohtaan.

Pitkäkestoisissa sopimussuhteissa pitäisi kyetä ottamaan huomioon muuttuneet olosuhteet sekä osapuolten muuttuneet tarpeet. Pacta sunt servanda-periaatteen tiukka soveltaminen rajoittaa liikaa joustavuutta pitkäkestoisissa sopimuksissa. Lojaliteettivelvollisuutta on pidetty osittaisena ratkaisuna tähän ongelmaan.²⁵⁸

²⁵² Halila – Hemmo s. 12.

²⁵³ Hemmo 1997 I s. 45.

²⁵⁴ Halila – Hemmo s. 12, Hemmo 1997 I s. 46–47.

²⁵⁵ Hemmo 1997 I s. 46.

²⁵⁶ Hemmo DL 1996 s. 333–334.

²⁵⁷ Hemmo 1997 I s. 45–46.

²⁵⁸ Häyhä DL 1996 s. 317–318.

4.4.2 Lojaliteettivelvollisuus kovenantteja käytettäessä

Luottosopimus on kestoltaan yleensä pitkäaikainen, etenkin kun kyse on yritysrahoituksesta. Tämän johdosta myös lojaliteettivaatimus on luottosopimussuhteissa korostetusti esillä. Lisäksi Suomen Pankkiyhdistyksen hyvän pankkitavan mukaan asiakassuhde perustuu ”molemminpuoliseen rehellisyyteen ja luottamukseen, jota pitkäaikainen asiakassuhde vahvistaa. Pankit ottavat liiketoiminnassaan huomioon asiakkaan edun”.²⁵⁹ Tätä voidaan pitää ilmaisuna lojaliteettiperiaatteen huomioimisesta pankin ja asiakkaan välillä. Lisäksi kontrollikovenanttien avulla velkoja voi puuttua velallisyriksen päätäntävaltaan. Tällainen velkojan erityisasema voi synnyttää fidusiarisuhteen velvollisuuksia, jotka voivat vaikuttaa pankin velvollisuuksiin velallisyriystä kohtaan.²⁶⁰

Kovenantteja käytettäessä osapuolten välille syntyy yleensä tavallista luottosuhdetta tiiviimpi suhde, joka puoltaa lojaliteettiperiaatetta. Tätä ilmentää esimerkiksi velallisen toimintaan vaikuttaminen sekä velallisen laajat tiedonantovelvollisuudet, joiden kautta voidaan katsoa syntyvän osapuolten välille kiinteää yhteistoimintaa.

Luoton eräännyttämisen yhteydessä lojaliteettiperiaatetta voidaan käyttää argumenttina toisen osapuolen kannalta vähemmän jyrkkien oikeuskeinojen priorisoinnin puolesta.²⁶¹ Kovenantin rikkoutuessa luotonantajan olisi vältettävä velan eräännyttämistä, jos luotonsaajan maksukyvyyn korjaantuminen näyttää todennäköiseltä ja luotonantaja tietää irtisanomisen johtavan velallisen kannalta kestävämpään tilanteeseen eikä luottosuhteen jatkaminen vaarantaisi luotonantajan etua.²⁶² Kovenanttiehtoisessa luotonannossa on kuitenkin suurempi vaara, että luottosuhteen jatkaminen vaarantaisi luotonantajan etua, johtuen vakuuksien puuttumisesta.

Näin ollen kovenanttiluotonannon erityispiirteet vaikuttavat kahteen suuntaan lojaliteettivelvollisuuden olemassaoloa ja sen voimakkuutta arvioitaessa. Lojaliteettivelvollisuuden olemassaoloa puoltaa vahvasti sopimuksen pitkäaikaisuus, jossa osapuolten välillä on vielä normaalia kiinteämpää yhteistoimintaa. Lisäksi luottosopimuksen lopettaminen vaarantaa usein velallisen liiketoiminnan jatkuvuuden. Toisaalta menettely ei ole lojaliteettivelvollisuuden vastaista, mikäli velkojan saavuttama etu ei ole olennaisesti vähäisempi kuin velalliselle aiheutuva haitta. Kun kovenantin rikkoutumi-

²⁵⁹ Hyvä pankkitapa s. 3.

²⁶⁰ Rudanko s. 161–162.

²⁶¹ Halila – Hemmo s. 62–63.

²⁶² Halila – Hemmo s. 62.

nen usein ilmentää luoton takaisinmaksukyvyn vaarantumista, on velkojalla lähtökohtaisesti oikeus eräännyttää luotto ennenaikaisesti, vaikka se johtaisikin velallisen liiketoiminnan jatkumisen vaikeutumiseen.

Velkojan eräännyttämisen sopivuutta harkitessa keskeistä on tarkastella, onko velkojan riski kasvanut. Jos kyseessä on syklisyydestä tai muusta odottamattomasta syystä sattunut väliaikainen kovenantin rikkoutuminen, eräännyttämistä ei tulisi sallia, jollei luotonantajan etu ole vaarassa.²⁶³ Myös muun kovenantin vähäinen rikkoutuminen voisi olla merkityksetöntä, jos sillä ei ole vaikutusta luoton takaisinmaksukykyyn.

5 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Kovenanttien käyttöön liittyy monia oikeudellisesti mielenkiintoisia kysymyksiä, ja nämä kysymykset koskettavat useata eri oikeudenalaa. Kovenanttien monipuolisuus ilmenee esimerkiksi tiedonantokovenantin kohdalla. Sillä on tärkeä merkitys käytettäessä minkä tyyppisiä kovenantteja tahansa. Tunnuslukukovenanttien käyttö ei olisi mahdollista ilman velallisen velkojalle toimittamaa taloudellista informaatiota. Toisaalta myös kontrollikovenanttien käyttö edellyttää laajaa tiedonantovelvollisuutta, sillä esimerkiksi velkojan suostumuksen saaminen ei ole mahdollista ilman velallisen tiedonantovelvollisuutta velkojalle alistettavista päätöksistä. Samoin luoton eräännyttämisehtojen kannalta velallisen tiedonantovelvollisuuksilla on keskeinen asema, sillä niiden avulla velkoja saa tiedon kovenantin rikkoutumisesta. Myös muunlainen velallisen toimintaan puuttuminen edellyttää tiedonantovelvollisuutta. Kovenanttien käyttö edellyttääkin sopimusosapuolilta tavallista tiiviimpää yhteistyötä.

5.1 Yhtiöoikeudelliset ongelmat

Kovenanttien avulla voidaan estää yhtiön eri intressitahojen ristiriidoista johtuvaa riskiä velkojalle. Kovenantit, jotka rajoittavat yhtiön varojen käyttöä, rajoittavat velallisyhtiön osakkeenomistajien suosimisen mahdollisuutta. Kovenanttivelkojan suurempaa riskiä voidaan korvata intensiivikovenanttien avulla syntyvällä suuremmalla tuotolla. Tämä lähentää sijoitusta oman pääoman ehtoiseen sijoitukseen, ja ääritapauksessa voidaan rajoittamattoman

²⁶³ Tuomisto s. 180.

voitto-osuuskorkeehdon kautta määräytyvää koron maksua pitää osakeyhtiön laittomana varojenjakona. Kyse olisi kuitenkin poikkeustapauksista.

Kontrollikovenanteissa määrätään usein osakkaiden hallinnoimisoikeuksien käytöstä. Osakkaita ei voida luottosopimuksessa kuitenkaan velvoittaa toimimaan tietyllä tavalla, joten niiden käytöstä on sovittava erillisessä osakassopimuksessa. Yhtiöoikeudellisesti mielenkiintoinen kysymys on kontrollikovenanttien yhtiöoikeudellinen sitovuus. Kovenantin vastaiset päätökset eivät ole yhtiöoikeudellisesti pätemättömiä, mutta velkoja turvaa asemansa liittämällä niiden rikkomiseen sopimusoikeudellisia seuraamuksia. Myös osakassopimuksen rikkominen voi johtaa seurauksiin velallisyhtiötä kohtaan, vaikka osakassopimus ei lähtökohtaisesti sido yhtiötä. Osakassopimuksen muodostaessa yhtenäisen kokonaisuuden luotonantosopimuksen kanssa, voi velkoja vedota osakassopimuksen rikkomiseen myös velallisyhtiötä kohtaan, joka ei ole rikkonut velvoitteitaan.

Edellä esitetystä ilmenee, ettei yhtiöoikeudesta ole johdettavissa suuria rajoituksia kovenanttien käytölle. Päätösvallan siirrosta velkojalle voidaan sopia osapuolten kesken, ja liittämällä näin määräytyvien sopimusveloitteiden rikkomiseen sopimusoikeudellisia sanktioita, turvaa velkoja asemansa, vaikkei kovenantin vastaiset päätökset olekaan yhtiöoikeudellisesti pätemättömiä.

5.2 Sopimusoikeudelliset ongelmat

Sopimusoikeudellisesti merkittävimmät kysymykset liittyvät kovenantin rikkoutumisen seurauksiin. Sopimusehtojen muuttaminen voi ääritapauksessa olla kohtuutonta, mikäli velkojalle on annettu ehtojen vapaa muutosoikeus. Sen sijaan sopimusehtojen muuttaminen ennalta sovitulla tavalla ei ole ongelmallista, mikäli osapuolet ovat tasavertaisessa asemassa, kuten kovenanttiluotonannossa pääsääntöisesti on tilanne. Kun osapuolet ovat tasavertaisessa asemassa, ei sopimusehtojen muuttamiseen oikeuttavan sopimusehdon sovittelu sen kohtuuttomuuden vuoksi tule kysymykseen.

Velan ennenaikaista eräännyttämistä rajoittaa kohtuuttomuudesta aiheutuva sopimuksen sovittelun mahdollisuus sekä sopimusoikeudellinen lojaliteettivelvollisuus. Eräännyttäminen voisi olla poikkeuksellisesti kohtuutonta, mikäli se johtaa velallisen kannalta ankaraan seuraamukseen, eikä kovenantin rikkoutuminen vaikuta luoton takaisinmaksukykyyn. Eräännyttäminen voisi olla myös lojaliteettivelvollisuuden vastaista, mikäli se vaarantaa velallisen liiketoiminnan jatkuvuuden, eikä velkojan etu ollut vaarassa sopimusrikkomuksesta huolimatta.

Sekä kohtuuttomuuden että lojaliteettivelvollisuuden rikkomisen arvioinnissa huomio kohdistuu samoihin seikkoihin. Velkojan toimen on oltava hyvin vahingollinen velalliselle, jotta velallisen väite kohtuuttomuudesta tai lojaliteettivelvollisuuden rikkomisesta voisi menestyä. Lisäksi edellytetään, ettei velkojalla ole ollut riittävää intressiä toimen suorittamiseen. Vaikka lähtökohdat ovat hyvin samankaltaiset, katsoisin lojaliteettivelvollisuuden rikkomisen olevan helpommin käsillä. Kohtuuttomuus voi tasavertaisten sopijapuolten välillä vallita vain hyvin räikeissä poikkeustapauksissa. Kovenanttiluotonannon muodostamasta poikkeuksellisen läheisestä suhteesta velkojan ja velallisen välillä aiheutuu tavallista voimakkaampi lojaliteettivelvollisuuden huomioiminen, mikä voi aiheuttaa toisen osapuolen kannalta ankaraa pidettävien oikeustoimien pätemättömyyden.

Kyse on kuitenkin poikkeustapauksista, myös lojaliteettivelvollisuutta arvioitaessa on otettava huomioon velkojan turvaton asema kovenanttiluotonannossa. Velkojan riskinhallinnan kannalta on tärkeää, että mikäli luoton takaisinmaksukyky vaarantuu, velkojalla on oikeus käyttää äärimmäisiäkin keinoja, vaikka toimi saattaakin johtaa velallisen kannalta ankariin seuraamuksiin.

LÄHTEET

Airaksinen – Jauhiainen

Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki: Osakeyhtiölaki. Porvoo 1997.

Cheffins

Cheffins, Brian R.: Company Law: Theory, Structure, and Operation. Oxford 1997.

Day – Taylor JIBL 1996

Day, Judy – Taylor, Peter: Bankers' Perspectives on the Role of Covenants in Debt Contracts. JIBL 1996 s. 201–205.

Engelberg

Engelberg, Matti: Markkinaehtoiset luotot ja sopimuskovenantit. Luentomoniste.

Halila – Hemmo

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: Sopimustyyppit. Jyväskylä 1996.

Havansi

Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 1992.

HE 27/1977

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiöainsäädännöksi.

HE 32/1978

Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden pankkilainsäädäntöön kuuluvien lakien muuttamisesta.

HE 247/1981

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 7/1989

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä.

HE 102/1990

Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 295/1992

Hallituksen esitys Eduskunnalle luotto- ja rahoituslaitoksia ja niiden toimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 89/1996

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

Helminen

Helminen, Sakari: Johdannoksi osakassopimuksesta. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Osakassopimuksesta s. 5–18. Turku 1995.

Hemmo DL 1996

Hemmo, Mika: Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset. DL 1996 s. 328-346.

Hemmo 1997 I

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Jyväskylä 1997.

Hemmo 1997 II

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. Jyväskylä 1997.

Hemmo 2001

Hemmo, Mika: Pankkioikeus. Jyväskylä 2001.

Huhtamäki

Huhtamäki, Ari: Luotonantajavastuu. Jyväskylä 1993.

Hyvä pankkitapa

Suomen pankkiyhdistys: Hyvä pankkitapa. On-line. Viittauspäivä 12.1.2002.

Häyhä DL 1996

Häyhä, Juha: Lojaliteettiperiaate ja sopimusoppi. DL 1996 s. 313-327.

Immonen

Immonen, Raimo: Yritysjärjestelyt. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 2000.

Kivimäki – Ylöstalo

Kivimäki, Toivo – Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja: Yleinen osa. Neljäs, uudistettu painos. Juva 1981.

Koski – af Schultén

Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölaki selityksin I. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 1998.

Kovenanttityöryhmä

Kovenanttityöryhmä: Kovenantit osana pk-yritysten rahoitusta. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 20/1996.

Kyläkallio – Irola – Kyläkallio

Kyläkallio, Juhani – Irola, Olli – Kyläkallio, Kalle: Osakeyhtiö. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2000.

Lauriala

Lauriala, Jari: Kontrolli, riski ja informaatio. Saarijärvi 2001.

Lindahl

Lindahl, Magnus: Bankers villkor i låneavtal vid kreditgivning till högt belånade företagsföretag. Linköping 2000.

Muukkonen LM 1993

Muukkonen, P. J.: Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. LM 1993 s. 1030–1048.

Rata 102.1

Rahoitustarkastuksen ohje markkamääräisissä luotoissa käytettävien vakiosopimusten ehdoista. Ohje nro 102.1. Antopäivä 28.5.1996.

Rata 105.13

Rahoitustarkastuksen yleisohje luottoriskien hallinnasta. Ohje nro 105.13. Antopäivä 30.1.1996.

Rudanko

Rudanko, Matti: Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja. Helsinki 1995.

Saarnilehto

Saarnilehto, Ari: Sitooko osakassopimus sopimusoikeudellisin perustein yhtiötä? Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Osakassopimuksesta s. 181–186. Turku 1995.

Schiavone – Day – Taylor JIBL 2001

Schiavone, Antonella – Day, Judy – Taylor, Peter: Debt as a Device for Corporate Control – The Case of Countries in Transition. JIBL 2001 s. 48–53.

Sigfrid – Day JIBL 2001

Sigfrid, Peter – Day, Judy: Who needs Merger Covenants? JIBL 2001 s. 12–19.

Tammi-Salminen

Tammi-Salminen, Eva: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Helsinki 2001.

Taxell DL 1977

Taxell, Lars Erik: Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977 s. 148–155.

Toiviainen

Toiviainen, Heikki: Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Jyväskylä 1992.

Tuomisto

Tuomisto, Tero: Kovenanttien käyttö yritysrahoituksessa – tarkasteltavana erityisesti pk-yritykset. Turku 1999.

TT:n kovenanttityöryhmä

TT:n kovenanttityöryhmä: Sopimusvakuudet lieventämään pk-yritysten vakuusongelmia. Helsinki 1996.

Villa 1997

Villa, Seppo: Pääomalaina. Jyväskylä 1997.

Villa 2001 I

Villa, Seppo: Osakeyhtiölain mukaiset rahoitusvälineet. Jyväskylä 2001.

Villa 2001 II

Villa, Seppo: Välipääomarahoitus. Jyväskylä 2001.

Wilhelmsson

Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus. Tampere 1995.

Wo JIBL 1999

Wo, Lam Wing: Negative Pledges and Their Effect on a Third Party. JIBL 1999 s. 360–363.

Wood I

Wood, Philip R.: International Loans, Bonds and Securities Legislation. London 1995.

Wood II

Wood, Philip R.: Project Finance, Subordinated Debt and State Loans. London 1995.

Ämmälä

Ämmälä, Tuula: Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Lojaliteettiperiaatteesta. Vastapuolen edun huomioon ottamisesta eri oikeuden aloilla s. 3–50. Turku 1994.

LYHENTEET

DL	Defensor Legis
ElinkSopL	Laki elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä 3.12.1993/1062
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus
JIBL	Journal of International Banking Law
KKO	Korkein oikeus
KSL	Kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö
LiikepankkiL	Liikepankkilaki 29.8.1969/540
LM	Lakimies
LuottolaitosTL	Laki luottolaitostoiminnasta 30.12.1993/1607
MJL	Laki velkojien maksunsaantijärjestyksestä 30.12.1992/1578
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OYL	Osakeyhtiölaki 29.9.1978/734
Rata	Rahoitustarkastus
TakSL	Laki takaisinsaannista konkurssipesään 26.4.1991/758
TalletuspankkiL	Laki talletuspankkien toiminnasta 28.12.1990/1268
Valtion lainanantoL	Laki valtion lainanannosta ja valtiontakauksesta 20.5.1988/449
YrKiinL	Yrityskiinnityslaki 24.8.1984/634

OIKEUSTAPAUKSET

KKO 1997:104
KKO 1996:90
KKO 1994:95
KKO 1992:50
KKO 1985 II 130
KKO 1983 II 78
KKO 1982 II 192
KKO 1982 II 1
Turun HO S 89/951

THE USE OF COVENANTS AND THE PROBLEMS WITH COMPANY LAW AND CONTRACT LAW IN CONNECTION THEREWITH

Covenants are special terms used in credit contracts. They are mostly used in granting unsecured credit, as an instrument of risk management. Though covenants are commonly used in credit contracts, they have not been the subject of much study. The author concentrates on problems which may arise from company law and contract law.

A company may be seen as a nexus of contracts, with a conflict of interests between the company's owners, management and creditors. The creditors can prevent the risk that the management favours the owners over the creditors by using covenants restricting the use of the company's assets. A covenant creditor, without collateral, can compensate its bigger risk of credit losses with a bigger return. A creditor can use a covenant which ties the return on the credit to the profits of the company. In some cases, there may be the risk of illicit distribution of assets, if the interest rate has not been limited.

Shareholders are not party to the credit contract, and therefore it is not possible to agree in the credit contract on the exercise of shareholders' rights, for example the right to vote at the company meeting. However, a creditor can make a separate contract with the shareholders (shareholders' agreement) where they agree on how the shareholders' rights are to be exercised. This may be seen as a control covenant. If the shareholders act against the control covenant, the decision is not void. However, there may be contractual sanctions, so that the creditor can protect against the risk with terms in the credit contracts, tying also the company (borrower) to the shareholders' agreement.

The biggest contractual problems relate to the situations where a covenant has been broken. The creditor's possibilities to react to the break of the covenant depend on the contract terms. The creditor's right to call the credit contract prematurely is not always clear, because of the principles of equity and loyalty. However, restrictions to the creditor's rights are very exceptional, because the weaker situation of a creditor who lends money without collateral has always to be taken into consideration, and covenants are not used in consumer contracts. If the repayment of the loan is not compromised, and if calling would lead to very heavy conse-

quences, it may be against the principle of loyalty or the principle of equity.

In conclusion, there are only few restrictions in company law and contract law as to using covenants in credit contracts.

Timo Kaisanlahti

**JULKINEN OSTOTARJOUS
JA OSAKKEEN KÄYPÄ HINTA**

Sisällys

1 JOHDANTO	75
1.1 Tausta	75
1.2 Tavoitteet ja toteutus	77
1.3 Määritelmät ja rajaukset	77
1.4 Kirjoituksen rakenne	79
2 TEHOKKUUSTAVOITE YHTIÖOIKEUDELLISESSA TUTKIMUKSESSA	80
2.1 Tehokkuuden mittarit – Kaldor–Hicks ja Pareto	80
2.2 Tehokkuus ja yhtiöoikeudellinen yhdenvertaisuus	83
2.3 Enemmistön lunastusoikeus vastuusuojaäänöksenä	85
3 OSTOTARJOUS JA KÄYPÄ HINTA LUNASTUKSESSA	87
3.1 Onko pörssikurssi käypä hinta?	87
3.2 Käyvän hinnan määräytyminen ostotarjouksessa <i>de lege ferenda</i>	91
3.3 Ostotarjouksen hyväksyttävyyden edellyttämä enemmistö- vaatimus ja taloustieteen tehokkuusmittarit	96
3.4 Enemmistövaatimus ja oikeudenmukaisuusargumentti	100
4 HUOMIOITA OIKEUSVERTAILUSTA	104
4.1 Ruotsi, Tanska ja Norja	104
4.2 Englanti	109
4.3 Saksa ja Sveitsi	113
4.4 Yhdysvallat	114
5 YHTEENVETO	118
LÄHDELUETTELO	119
WHEN SHOULD THE APPRAISAL PRICE BE BASED ON THE COMPENSATION OFFERED IN THE PRECEDING TENDER OFFER OR MANDATORY BID?	126

Julkinen ostotarjous ja osakkeen käypä hinta

1 JOHDANTO¹

1.1 Tausta

Osakkeen – kuten muunkin hyödykkeen – arvo määräytyy tavanomaisesti kysynnän ja tarjonnan kautta.² Omistaja ratkaisee, hyväksyykö hän toisen henkilön tekemän tarjouksen ostaa asianomainen osake tietyllä hinnalla ja muilla esitetyillä ehdoilla. Toisin sanoen omistajalla on päätösvalta siitä, luopuuko hän osakkeestaan tarjottuun hintaan vai ei. Näin ei kuitenkaan ole aina: tietyissä tilanteissa omistajan on ”pakko” luopua osakkeestaan, vaikka hän ei pidä siitä tarjottua vastiketta riittävänä. Pakko voi perustua nimenomaiseen lain säännökseen tai tosiasiallisiin olosuhteisiin.

Suomen osakeyhtiölain (734/1978, jäljempänä myös OYL) 14:19 §:ssä veloitetaan vähemmistöomistaja luovuttamaan osakkeensa lunastusta vastaan enemmistöosakkaalle, joka on hankkinut määräysvallan yhtiössä. Määräysvallan raja on säädetty 90 prosentiksi: lunastukseen on suostuttava, jos toinen osakas on hankkinut omistukseensa enemmän kuin yhdeksän kymmenesosaa yhtiön osakkeista ja nämä osakkeet tuottavat vähintään vastaavan osuuden yhtiön koko osakekannan yhteenlasketusta äänimäärästä. Toisaalta myös yksittäisellä osakkaalla on edellä tarkoitettussa omistustilanteessa oikeus vaatia osakkeidensa lunastamista, vaikka enemmistöosakasta ei tällaista lunastusta haluaisi tehdä.

¹ Kiitän *Manne Airaksista, Ari Hyytistä, Max Oker-Blomia, Matti J. Sillanpäättä* ja *Pekka Timosta* hyödyllisistä kommentteista.

² Vaihdamman vapaus on yksi klassisen markkinatalouden peruseriaatteista yksityisen omistusoikeuden ja vahingonkorvausvastuun ohella, ks. Furubotn – Richter 1997, s. 11–12 ja 266–267.

Osakkeen lunastamisessa maksetaan korvaus, jonka tasoa OYL:ssä nimitetään ”käyväksi hinnaksi”. Omistaja ei voi itse määrätä sitä hintaa, jolla hän luopuu osakkeestaan, vaan hänen on hyväksyttävä lain tarkoittama käypä hinta, vaikka se olisi alempi sitä hintaa, jota hän itse pitää riittävänä korvauksena osakkeestaan luopumiselle vapaaehtoisessa kaupassa.³

Osakeyhtiölain ohella arvopaperimarkkinalaki (495/1989, jäljempänä myös AML) antaa omistajalle mahdollisuuden vaatia osakkeidensa lunastamista toiselta osakkaalta, joka on hankkinut määräysvallan pörssiyhtiössä tai muussa lain tarkoittamassa yhtiössä.⁴ Lain 6:6 §:ssä määritellään määräysvalta osuudeksi, joka tuottaa enemmän kuin kaksi kolmasosaa yhtiön osakekannan äänistä. Tällaisen osuuden hankkineen enemmistöosakkaan on tehtävä muille tarjous heidän osakkeidensa lunastamisesta ”käypään hintaan”. Silloin – toisin kuin OYL 14:19 §:n tarkoittamassa tilanteessa – kohteena olevan osakkeen omistajalla ei kuitenkaan ole lakiin perustuvaa pakkoa tarjouksen hyväksymiseen. Hän voi periaatteessa jäädä yhtiön osakkaaksi, jos hän pitää tarjottua vastiketta riittämättömänä korvauksena osakkeestaan.

³ Vaatimus käyvän hinnan mukaisesta lunastuksesta saadaan esittää myös sulautumisessa sekä jakautumisessa samoin kuin julkisen yhtiön muuttuessa yksityiseksi. Osakkeenomistajalle, joka on äänestänyt sulautumista vastaan, on annettu OYL 14:12 §:ssä mahdollisuus edellyttää yhtiöltä osakkeensa lunastamista. Jos osakas ei kannata sulautumista, hän ei voi jatkaa yhtiössä kuten aikaisemmin, sillä hänen oikeutensa sulautuvassa yhtiössä lakkaa sulautumisen seurauksena: hänellä on enää vain oikeus sulautumisvastikkeeseen. Jollei hän halua ottaa sulautumisvastiketta, hänen on tosiasiallisesti ”pakko” vaatia osakkeidensa lunastamista. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että omistaja saa osakkeestaan korvauksen, jota hän pitää riittävänä. Osakeyhtiölaki edellyttää tässäkin tilanteessa vain sitä, että lunastuksena maksetaan ”käypä hinta”. Samanlaisessa asemassa on myös julkisen osakeyhtiön osakas, jos hän ei hyväksy yhtiön jakautumista siten, että vastaanottava yhtiö on yksityinen (OYL 14a:3.5 §). Tällöinkään osakkaalla ei ole mahdollisuutta valita vaihtoehtoa, jossa hän jatkaisi ”entisessä” yhtiössä; hänen on tyydyttävä käypään hintaan osakkeestaan, jos hän ei halua hyväksyä jakautumista. Osakeyhtiölain 17:3 § puolestaan oikeuttaa julkisen yhtiön osakkaan, joka on vastustanut yhtiön muuttamista yksityiseksi, vaatimaan yhtiöltä osakkeensa lunastusta käypään hintaan. Tässä hänen päätöstilanteensa on toisenlainen kuin edellä selostetun OYL 14:12 ja 14a:3.5 §:n tarkoittamassa sulautumisessa ja jakautumisessa. Erona on se, että yhtiön muuttuessa yksityiseksi, osakkaalla on mahdollisuus jatkaa yhtiössä, joka on taloudellisessa mielessä sama kuin mitä se oli aikaisemmin julkisena; hänen osuutensa säilyy muuttumattomana samassa taloudellisessa kokonaisuudessa. Vastaava mahdollisuus on sulautumista tai julkisen yhtiön jakautumista vastustavan osakkaan ulottumattomissa. Tämän vuoksi voidaan sanoa, että vastustaessaan yhtiön muuttamista yksityiseksi osakkaalla ei ole yhtä voimakasta ”pakkoa” käyvän hinnan hyväksymiseen kuin sulautumis- tai jakautumistilanteissa.

⁴ Pörssiyhtiöiden ohella arvopaperimarkkinalain säännökset lunastustarjousvelvollisuudesta koskevat myös muuta yhtiötä, jonka osakkeella tai siihen oikeuttavalla arvopaperilla käydään AML 1:3 §:ssä tarkoitamaa julkista kauppaa.

1.2 Tavoitteet ja toteutus

Tarkastelun ensisijaisena kohteena on OYL 14:19 §:n mukainen lunastus, joka pörssiyhtiössä tavanomaisesti seuraa arvopaperimarkkinalaissa tarkoitettua julkista ostotarjousta ja lunastustarjousta (6:1 ja 6:7 §). Tämän yhteyden perusteella on muun muassa osakeyhtiölain uudistustarpeen kokonaisarviossa vuodelta 2000 ehdotettu arvopaperimarkkinalain ja osakeyhtiölain käyvän hinnan käsitteiden yhdenmukaistamista.⁵

Jäljempänä etsitään vastausta kysymykseen siitä, onko perusteltua määritellä osakeyhtiölain mukaisessa lunastuksessa osakkeesta maksettava käypä hinta poiketen siitä korvauksen määrästä, joka annettiin vastikkeena lunastusta edeltäneessä arvopaperimarkkinalain mukaisessa julkisessa ostotarjouksessa tai lunastustarjouksessa. Uudemmassa välimieskäytännössä on oltu taipuvaisia vastaamaan tähän kieltävästi.⁶

Seuraavassa hyödynnetään ensisijaisesti oikeuden taloudellisen analyysin välineitä. Tavoitteena on selvittää *de lege ferenda* -näkökulmasta, min-kälaiset edellytykset ostotarjoukselle on asetettava, jotta sitä voitaisiin pitää käypänä pohjana lunastushinnan määrittämiselle. Artikkelissa arvioidaan niitä taloudellisia näkökohtia, joita tieteellisessä tutkimuksessa on pidetty merkityksellisenä tämän kysymyksen kannalta.⁷ Niin ikään kirjoitus tarkastelee oikeusvertailun näkökulmasta, minkä painoarvon eräät muut oikeusjärjestykset asettavat julkiselle ostotarjoukselle käyvän hinnan määrittämisessä.

1.3 Määritelmät ja rajaukset

Tässä kirjoituksessa ovat mielenkiinnon kohteena periaatteelliset erot enemmistöosakkaan ja vähemmistöosakkaan asemissa. Tämän vuoksi ei ole tarpeen sitoutua yksiselitteiseen määritelmään enemmistöaseman perustavasta määräysvallasta. Jäljempänä määräysvallalla tarkoitetaan, jollei erikseen toisin todeta, sekä OYL 1:3 §:n mukaista mahdollisuutta tehdä yksinkertaista enemmistöä edellyttävät päätökset yhtiökokouksessa⁸ että enemmistö-

⁵ Oikeusministeriö 2000, s. 50.

⁶ Ks. Timonen 2001.

⁷ Kirjoituksen ulkopuolelle jää kysymys OYL 14:19 §:n lunastussäännöksen taloudellisesta merkityksestä. Tästä ks. Kaisanlahti 1995 sekä Burkart *et al.* 1998, s. 185–187.

⁸ Tältä osin määritelmä vastaa Timosen 1997, s. 240, esittämää.

osakkaan tosiasiallista, muiden osakkeiden omistuksen hajaantumiseen perustuvaa mahdollisuutta tällaisten päätösten tekemiseen. Tosiasiallisen määräysvallan käsite sisältyy AML 1:5.1 §:n 2 kohdan sanontaan ”muutoin oikeutettu nimittämään tai erottamaan” hallintoneuvoston tai hallituksen enemmistön.

Edellä esitetyn mukaisesti seuraavassa käytetään termejä ”enemmistö”, ”enemmistöosakas”, ”enemmistöomistaja” ja ”enemmistötaho” sekä ”määräysvaltaosakas” toistensa synonyymeina. Sama koskee myös käsitteitä ”vähemmistö”, ”vähemmistöosakas” ja ”vähemmistöomistaja” sekä ”piensijoittaja”.

Kirjoitus rajautuu arvopaperimarkkinalain soveltamisalan mukaan: tarkasteltavana on yhtiö, jonka osakkeet ovat pörssikaupan tai muun julkisen kaupankäynnin kohteena. Arvopaperimarkkinalain 1:4.1 §:n 2 kohdassa tarkoitettujen pörssiyhtiöiden osakkeiden ohella julkista kauppaa voidaan käydä myös muilla osakkeilla, jos ne ovat AML 1:3 §:n mukaisia markkina-arvopapereita. Edellytykset näiden saattamiseksi ns. muun julkisen kaupankäynnin (3:12.1 §) kohteeksi ovat samat kuin pörssiosakkeilla, mutta ne voidaan ottaa listalle myös ilman asianomaisen yhtiön omaa hakemusta.⁹ Lisäksi tiedonantovelvollisuus ja muut velvoitteet sijoittajia kohtaan ovat yhdenmukaiset riippumatta siitä, onko kyse pörssi- vai muusta yhtiöstä, jonka osake on julkisen kaupankäynnin kohteena. Niin ikään arvopaperimarkkinalakiin perustuvat osakkaiden velvoitteet ja oikeudet ovat samanlaiset. Tämän yhteneväisyyden vuoksi myös muita julkisen kaupankäynnin kohteena olevia osakkeita liikkeeseen laskeneita yhtiöitä nimitetään seuraavassa lyhyesti ”pörssiyhtiöiksi”.

Arvopaperimarkkinalaki säätelee yhtäältä 6:1 §:n mukaista julkista ostarjousta, joka tehdään vapaaehtoisesti osakkeiden ostamiseksi muilta sijoittajilta, ja toisaalta 6:7 §:ssä tarkoitettua lunastustarjousta, jonka yli kahden kolmasosan ääniosuutta hallinnoiva osakas on velvollinen tekemään yhtiön muille omistajille heidän osakkeistaan. Kummallekin tarjoustyypille on kuitenkin ominaista, että ne kohdistetaan yleisölle, ennalta määrittämättömälle sijoittajapiirille. Siten tämän kirjoituksen tavoitteiden kannalta ei ole tarpeen aina erotella niitä toisistaan; jäljempänä käsite ”julkinen ostarjous” sisältääkin kummankin lainkohdan tarkoittaman tarjouksen, jollei asianomaisessa kohdassa toisin mainita.

⁹ Ks Rudanko 1998, s. 32 sekä Helsingin Arvopaperipörssin I-listan, NM-listan ja Prelistan ohjesäännöt (www.hex.fi).

1.4 Kirjoituksen rakenne

Artikkelin 2 *jaksossa* esitellään aluksi (luku 2.1) analyysin perusvälineet, taloustieteelliset tehokkuuskäsitteet, ns. Pareto- ja Kaldor–Hicks-tehokkuus. Huomion kohteena on erityisesti näiden tehokkuuskäsitteiden suhde yhtiö-oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen (luku 2.2) samoin kuin siihen, mitä tehokkuuskäsitteet tarkoittavat omistaja-aseman keskeisiin tunnusmerkkeihin kuuluvan yksinomaisen päätöksentekovallan (”veto-oikeuden”) kannalta; tässä olennainen kysymys on, miksi on tarpeen, että omistaja menettää oikeutensa määrätä omistamansa osakkeen siirtymisestä toiselle sen jälkeen kun OYL 14:19 §:n mukainen omistustilanne on syntynyt yhtiössä (luku 2.3).

Kirjoituksen keskeisin sisältö on 3 *jaksossa*. Edeltävän jakson perusvälineistöä hyödynnetään julkisen ostotarjouksen ja lunastushinnan määrittelyn suhteen arvioinnissa. Jakson aloittava 3.1 luku tarkastelee esikysymyksenä sitä, missä määrin arvopaperimarkkinoilla muodostuvaan pörssikurssiin voidaan pitää käypänä hintana; mitä merkitsisi, että lunastuksessa maksettava korvaus määrättäisiin suoraviivaisesti yhdenmukaisesti sen kanssa, mikä oli asianomaisen osakkeen pörssikurssi ennen lunastustilanteen syntymistä? Toisaalta jakson luvuissa 3.3 ja 3.4 kuvataan taloustieteellistä keskustelua siitä, millaista enemmistöä – yksinkertaista vai ankaroitettua – on edellytettävä, jotta ostotarjousta voitaisiin pitää riittävänä perustana käyvän hinnan määrittelylle. Luku 3.2. sisältää näihin näkökohtiin perustuvan *de lege ferenda* -suosituksen suomalaisen lunastussäännösten kehittämiseksi.

Artikkelin 4 *jakso* täydentää edeltävää tarkastelua oikeusvertailulla. Eräiden muiden oikeusjärjestysten (*Skandinavia, Englanti, Saksa, Sveitsi ja Yhdysvallat*) avulla pyritään konkretisoimaan analyysiä mm. lunastusrajan merkityksestä; miten enemmistön ja vähemmistöomistajien suhde muuttuisi, jos lunastusraja esimerkiksi nostettaisiin voimassa olevasta 90 %:sta vielä ylemmäksi? Niin ikään selvitetään, onko julkiselle ostotarjoukselle annettu näissä oikeusjärjestyksissä erityistä painoarvoa lunastushinnan määrittymisen kannalta. Jakson tarkoituksena on edesauttaa kirjoituksessa hahmotellun *de lege ferenda* -suosituksen toteuttamiskelpoisuuden arviointia. *Jakso 5* on puolestaan yhteenveto kirjoituksen johtopäätöksistä.

2 TEHOKKUUSTAVOITE YHTIÖOIKEUDELLISESSA TUTKIMUKSESSA

2.1 Tehokkuuden mittarit – Kaldor–Hicks ja Pareto

Enemmistöosakkaan oikeutta muiden omistamien osakkeiden lunastamiseen perustellaan tavanomaisesti taloudellisella tehokkuudella.¹⁰ Esimerkkinä voidaan käyttää yhtiötä, jonka osakkeiden markkina-arvo on 100 miljoonaa euroa ja jossa enemmistöosakkaalla on osakkeista ja niiden tuottamista äänistä on 91 prosenttia, kun taas loput 9 % ovat vähemmistösijoittajien omistuksessa. Oletetaan, että yhtiön omistuksen keskittymisellä – enemmistöosakkaan hankkiessa tavalla taikka toisella muiden omistamat osakkeet – yhtiön toiminnan tehokkuutta voitaisiin lisätä, jolloin yhtiön arvo nousisi 20 % eli edellä mainitusta 100 miljoonasta 120 miljoonaan euroon.

Taloudellisessa analyysissä pidetään tehokkuuden kannalta merkityksettömänä sitä, ketkä osakkaista hyötyvät arvonnoususta. Toisin sanoen tehokkuus itsessään ei määrää, miten arvonnousun tulisi jakautua enemmistöosakkaan ja muiden osakkeenomistajien kesken; arvonnousun pitää toteutua yhteenlaskettuna kaikkien osakkeiden saamista hyödyistä ja haitoista, jotta se olisi taloudellisesti tehokas.¹¹ Arvonnousu on itsessään ilmaus tehokkuuden lisäyksestä: olennaista on ”vain” se, että taloudellinen tehokkuus yhteiskunnassa lisääntyisi omistuksen keskittymisen myötä.¹²

Edellä kuvattu tehokkuuskäsite perustuu niin sanottuun Kaldor–Hicks- testiin. Sen mukaan lainsäädännöllä tai muulla yhteiskunnan käytettävissä olevalla välineellä aikaansaattava muutos on tarkoituksenmukainen silloin, kun muutoksesta etua saavien henkilöiden yhteenlaskettu hyöty on suurempi kuin muille aiheutuva haitta yhteensä.¹³ Testin taustalla on käsitys siitä, että etua saavat voisivat periaatteessa kompensoida muutoksesta kärsiville henkilöille heidän tappionsa. Kompensaatiomahdollisuus on kuitenkin vain hypoteettinen

¹⁰ Esim. Hallituksen esitys 27/1977 vp., s. 108.

¹¹ Esim. Carney 1980, s. 118, alav. 191 toteaa tämän mukaisesti tehokkuuden toteutumisenesta fuusioissa: ”– an efficient merger is one in which there is a gain for the aggregate of shareholders, when the gain and loss of each shareholder is measured individually.”

¹² Toisaalta selvää on myös se, että mitä suurempi osa arvonnoususta kohdentuu enemmistöosakkaalle, sitä voimakkaampi kannustin hänellä on hankkia muut osakkeet omistukseensa ja siten edistää tehokkuutta.

¹³ Mercurio – Medema 1997, s. 59: ”A legal change is efficiency-enhancing if the gains to the winners exceed losses to the losers or, alternatively stated, if the wealth of society (as measured by willingness to pay) is increased.” Vastaavasti esim. Harrison 1995, s. 34, Butler 1998, s. 77–78 ja Posner 1998, s. 15.

ajatuskoe,¹⁴ sillä Kaldor–Hicks-testin mukainen tehokkuus ei edellytä kompensaaion tosiasiallista suorittamista.¹⁵ Hypoteettisuutta puolustetaan tavanomaisesti argumentilla, jonka mukaan verotus on tehokkaampi väline uudelleenjaolle kuin yhtiöoikeudelliset tai muut yksityisoikeudelliset säännökset.¹⁶ Tavoitellun vaikutuksen kohdentaminen olisi siten vaikeampaa yksityisoikeudellisin säännöksin kuin verotuksen avulla.¹⁷ Tätä ei kuitenkaan ole poikkeuksetta hyväksytty taloustieteenkään piirissä.¹⁸

Toinen – Kaldor–Hicks-testiä vaativampi – mittari tehokkuudelle on niin sanottu Pareto-testi. Sen mukaan tehokkuuden lisäys tarkoittaa vähintään yhden osapuolen hyötymistä muutoksesta ilman, että muille osapuolille aiheutuisi siitä haittaa.¹⁹ Jotta muutosta voitaisiin pitää Pareto-tehokkaana, se ei saa haitata ketään, ei yhtäkään osapuolista. Tämä edellytys on niin ankara, että Pareto-testi tavanomaisesti antaa kielteisen vastauksen kysymykseen siitä, tulisiko jokin muutos toteuttaa.²⁰

¹⁴ Esim. Feldman 1998, s. 417: "If those who gain from the switch could *in theory* compensate those who have been harmed, and remain better off, then the move is desirable --. Note that the compensation is *not necessarily paid*; it is a theoretical possibility not a fact." Samoin Coleman 1988, s. 98.

¹⁵ Tämän vuoksi Friedman 1996, s. 222, pitää Kaldor–Hicks-testiä perusteettomana: "It -- presents the pretence of avoiding interpersonal comparisons while actually recommending policies that make some people better off and others worse off." Kritiikistä ks. myös Griffin 1995.

¹⁶ Esim. Cooter – Ulen 2000, s. 111–112. Seikkaperäisemmästä analyysistä ks. Kaplow – Shavell 1994.

¹⁷ Polinsky 1989, s. 125: "Legal rules will not be able to redistribute income unless the status of the parties in a certain type of dispute corresponds closely to the groups between which redistribution is desired." Ks. myös Kaplow – Shavell 2000, s. 823–824, jonka mukaan yksityisoikeudellisin säännöksin toteutettava uudelleenjako pienentää sen maksavan tahon kannustinta yhtä lailla kuin jos uudelleenjaon välineenä käytettäisiin verotusta, mutta ensiksi mainittuun vaihtoehtoon liittyy myös toinen kustannus, sillä uudelleenjakotehtävä vähentää yksityisoikeudellisen säännöksen välitöntä tehokkuutta: "Whether it is the tax collector or the courts that take the additional 1 percent of the rich people's income and give it to the poor, the reward for work by the rich is reduced by 1 percent, so the distortion of the work effort will be the same. However, when inefficient legal rules are employed to redistribute income, there is not only a distortion of work effort; there is also the cost directly associated with the inefficiency of the legal rule (such as insufficient or excessive precaution to avoid accidents)."

¹⁸ Esim. Calabresi 1991, s. 1224, alav. 36 ja Eidenmüller 1995, s. 283–316 sekä Sanchirico 2000.

¹⁹ Feldman 1998a, s. 6: "-- it -- would make some people better off and make no one worse off." Vastaavasti myös esim. Buchanan 1985, s. 4, Coleman 1988, s. 100, Stephen 1988, s. 42, Harrison 1995, s. 32, Dnes 1996, s. 6, Lockwood 1998, s. 811, Posner 1998, s. 14 ja Cooter – Ulen 2000, s. 12.

²⁰ Seidenfeld 1996, s. "The pareto measure is biased towards the status quo." Näin myös Stephen 1988, s. 42, Harrison 1995, s. 33 ja Posner 1998, s. 14.

Jos hyödyn ja haitan arvioi kukin osapuoli omalta kannaltaan, tarkoittaa se veto-oikeutta heille jokaiselle. Muutoksen ryhtyminen edellyttäisi näin kannatusta kultakin, jota muutos koskee.²¹ Intuitiivisesti Pareto-tehokkuuden edistäminen on hyväksyttävää:²² jos muutosta kannattavat kaikki, niin sen täytyy olla tarkoituksenmukainen eli tehokas.²³ Pareto-testi vastaa näin myös vaihdannan vapauden vaatimusta.²⁴ Suostuessaan muutokseen sen täytyy olla asianomaisen henkilön kannalta tehokas valinta samalla tavalla kuin kauppa tai muu liiketoimi, johon hän ryhtyy vapaaehtoisesti.²⁵ Pareto-kriteerin avulla vältetään tarve asettaa ulkopuolinen arvioija määrittämään osapuolten hyödyt ja haitat; taloustieteen välineet tällaisen arvioinnin tekemiseen ovat käytännön soveltamiseen kannalta vajavaiset.²⁶ Pareto-testin etuna onkin, että tämän arvioinnin tekee kukin yksilö omalta osaltaan.²⁷

Kaldor–Hicks-testin tavoin Pareto-kriteeri on väline kuitenkin ”vain” muutoksen arvioinnille; se ei ota kantaa muutosta edeltävän tilanteen tarkoituksenmukaisuuteen. Esimerkiksi se, onko varallisuus jakautunut oikeudenmukaisella tavalla osapuolten kesken ennen ehdotettua muutosta, jää punnittavaksi muilla tavoin.²⁸

²¹ Coleman 1988, s. 285: ”Unanimity replicates the Pareto-superiority aspect of market exchange.” Calabresi 1991, s. 1215: ”It is a simple unanimity requirement.” Samoin esim. Seidenfeld 1996, s. 54 ja Butler 1998, s. 77.

²² Phelps 1985, s. 214: ”With some better off and none worse off, could not there be said to be a social improvement?” Näin myös Buchanan 1985, s. 10, Coleman 1988, s. 101 ja Posner 1998, s. 14.

²³ Taloustieteen nobelisti *James M. Buchanan* kärjistää tämän teesiksi, jonka mukaan hyväksyntä on tehokkuuden ainoa mittari, Buchanan 1984, s. 13: ”— agreement is the only ultimate test for efficiency —.” Toisin sanoen hyväksynnästä seuraa asianomaisen päätöksen tai toimen tehokkuus eikä päinvastoin; Van den Hauwe 1999, s. 104: ”What people consent is efficient. Efficiency follows from consent.”

²⁴ Vaihdannan vapaudesta esim. Coleman 1988, s. 284–287 ja Furubotn – Richter 1997, s. 11–12 ja 266–267.

²⁵ Seidenfeld 1996, s. 54.

²⁶ Butler 1998, s. 77: ”— the criterion of pareto efficiency prevents external observers from assessing a change in policy by comparing the gain in welfare of one individual to the loss in welfare of another.” Samoin Harrison 1995, s. 33 ja Seidenfeld 1996, s. 54.

²⁷ Tarkemmasta erittelystä ks. Buchanan 1985, s. 7–8. Vrt. kuitenkin Granqvist 1993, s. 112–133, joka kritisoi käsitystä siitä, että Pareto-kriteerin hyväksyttävyyttä seuraa suoravii-
vaisesti yksilön valintavapauden tavoitteesta.

²⁸ Feldman 1998a, s. 7: ”[Pareto test] ignores distributional fairness. In any economy there are many conceivable initial allocations of resources, some fair and some unfair, and there are many conceivable Pareto optima.” Vastaavasti esim. Buchanan 1985, s. 9, Granqvist 1993, s. 141, Seidenfeld 1996, s. 54 ja Posner 1998, s. 15. Ks. myös Kaplow – Shavell 1999, jossa oikeudenmukaisuuden (*fairness*) ja Pareto-tehokkuuden välisen ristiriidan analysoinnissa tätä pidetään lähtökohтана.

2.2 Tehokkuus ja yhtiöoikeudellinen yhdenvertaisuus

Edellä kuvattu Kaldor–Hicks-testi pelkistyy omaisuuden maksimoinnin teesiksi, joka on tavanomainen yhtiöoikeuden taloustieteellisessä analyysissä. Paljaimmillaan se näyttäytyy yhdysvaltalaisen *Frank Easterbrookin* ja *Daniel Fischelin* väitteessä, jonka mukaan ”[i]nvestors and other participants would agree unanimously to whatever rule maximizes the total value of the firm.”²⁹ Hyväksyttävistä olisivat näin kaikki sellaiset päätökset, jotka lisäävät yhtiön arvoa, vaikkei arvonnousu kohdentuisikaan kaikille osakkeille yhtäläisesti.³⁰

Kun taloudellisen tehokkuuden käsite muotoillaan Kaldor–Hicks-testin avulla, se on kuitenkin ilmeisessä ristiriidassa osakkaiden keskinäisen suhteen perustana olevan yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Ääritapauksessahan Kaldor–Hicks-tehokkuuden mukaista olisi, että tietystä toimesta hyötyisi vain yksi omistaja, mutta hyödyn arvo nousisi niin suureksi, että se periaatteessa voisi kattaa muiden omistajien tappiot.

Tämän ristiriidan vuoksi ei kuitenkaan ole tarpeen leimata taloudellista tehokkuutta yhtiöoikeudelle vieraaksi tekijäksi; tehokkuuden käsite on muokattavissa yhdenvertaisuuden huomioimista varten. Tehokkuus ymmärrettään tällöin tavoitteeksi, jossa omistajakunnan pääomasijoitukselle pyritään saamaan paras mahdollinen arvonnousu ilman, että kenellekään osakkaista – olipa hän enemmistö- vai vähemmistöomistaja – aiheutuu haittaa. Tämä olisi Pareto-testin mukainen tulema. Sen saavuttaminen edellyttää kuitenkin yhdenvertaisuutta osakkeiden keskinäisessä suhteessa: koska osakekohmainen pääomapanos on yhtäläinen, tulee myös odotetun tuoton olla yhtä suuri osaketta kohden. Näin käsitettynä tehokkuuden ja yhdenvertaisuuden välillä ei ole periaatteellista ristiriitaa.

Yhdenvertaisuuden taloudellista merkitystä voi selvittää vertauksella maksulliseen arpapeliin, kuten lottoon. Siihen osallistuvat henkilöt ymmärtävät päävoiton todennäköisyyden olevan häviävän pieni.³¹ Mutta heidän tiedossaan on myös se, että odotettu tuotto on yhtä suuri kutakin panosta kohden. Lotossa kukin panos eli oikein täytetty ja maksettu ruudukko voi voittaa ja jokainen ruudukko maksaa yhtä paljon. Toisin sanoen keskenään

²⁹ Easterbrook – Fischel 1991, s. 23. Ks. myös *ibid*, s. 15 ja 110–111 sekä Macey 1993, s. 98–101.

³⁰ Tämä ei ole täysin vieras kanta pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa; Bergström – Samuelsson 1997, s. 144: ”– vinstmaximeringsprincipen alltid skall tillmätas avgörande vikt om valet står mellan att genomföra ett beslut som inte ger alla aktieägare samma rätt men som ökar värdet av samtliga aktier i bolaget.”

³¹ Rahapeleihin osallistumisesta ks. yleisesti McCafferty 1994 ja Cohen 2000.

samanarvoisten panosten odotettu tuotto on yhtä suuri. Jollei näin olisi, se olisi omiaan vähentämään ihmisten halukkuutta osallistua peliin, sillä sitä ei pidettäisi tasapuolisena. Peli, jossa tiettyjen ”sisäpiiriin” kuuluvien osallistujien mahdollisuudet voittaa päävoitto olisi suurempi kuin muilla, vaikka kaikkien peliin osallistuvien panos olisi yhtä suuri, ei olisi erityisen kiinnostava sisäpiiriin kuulumattomille, jos he tietävät tai epäilevät sisäpiiriin olevan olemassa.³²

Sama koskee myös osakkuutta yhtiössä: mitä enemmän omistajien mahdollisuudet tuottoon eroavat toisistaan osakepanosta kohden laskettuna, sitä pienempi on muiden kuin sisäpiiriläisten valmius ryhtyä osakkaaksi. Yhdenvertaisuus turvaa siten osallistumista. Samoin kuin Pareto-testissä, lähtökohtana on yksilöiden vapaaehtoisuus osallistua toimintaan.

Periaatteessa epäilelun rahapelin houkuttelevuutta voidaan lisätä nostamalla päävoiton ja muiden voittojen rahamäärää, jolloin tuottoarvo nousee. Tämä kuitenkin antaa vihjeen pelin epäileluudesta: mitä suurempi voitto on, sitä epäileväisempiä ulkopuoliset ovat siitä, onko peli tasapuolinen. Vastaavalla tavalla yhtiön sisäpiiriläiset voivat kannustaa muiden osallistumista yhtiöön lupaamalla korkeampaa tuottoa kuin toisessa yhtiössä. Mutta kuten rahapelissäkin, tämä on omiaan herättämään ulkopuolisissa epäilyn siitä, ettei heitä kohdella tasapuolisesti. Tuottoa koskevan lupauksen korottaminen ei ole uskottavaa kuin tiettyyn rajaan asti; mitä korkeampi lupaus on verrattuna tavanomaiseen tuottotasoon verrattuna, sitä epäilyttävämpää on sen todenmukaisuus.³³ Näin yhdenvertaisuusperiaatteen avulla voidaan turvata ulkopuolisten osallistuminen yhtiöön. Jollei laki jo edellyttäisi yhdenvertaisuutta, niin yhtiö, jonka sisäpiiriläiset ovat valmiita tarjoamaan sen mukaisen suojan muille yhtiöön osakkaina osallistuville, voisi ottaa määräyksen asiasta yhtiöjärjestykseensä. Tällaisen määräyksen avulla voidaan uskottavasti sitoutua siihen, että yhtiössä kohdellaan kaikkia sijoittajia keskenään tasavertaisesti. Määräys alentaa siten ulkopuolisten sijoittajien tuottovaatimusta verrattuna yhtiöön, jossa määräystä ei ole. Jotta yhtiö saisi mahdollisimman korkean hinnan niistä osakkeista, jota se tarjoaa ul-

³² Ks. McKenzie – Tullock 1989, s. 202, ”reilun pelin” (engl. *fair game*) edellytyksistä. Easterbrookin ja Fischelin kritiikistä ks. myös Bebchuk 1985, s. 1781: ”— shareholders’ fortunes — are not determined by pure chance.”

³³ Rubin 1990, s. 75, kuvaa vastaavanlaista mekanismia vieraan pääoman rahoituksessa, lainanottajien ja lainanantajien välillä: ”Borrowers willing to offer high-interest rates reveal themselves to be self-selected as poor risks or else they would have been able to borrow at a lower rate elsewhere. Therefore, there are limits to your ability to increase your line of credit by offering a higher payment. Other methods of bonding or guaranteeing repayment might be more efficient than offering higher interest rates.”

kopuolisten – eli potentiaalisten vähemmistöosakkaiden – merkittäviksi, sisäpiiriin kuuluvien omassa intressissä on järjestää yhdenvertaisuusperiaatteen mukaiset takeet siitä, etteivät he pyri hyötymään muiden osakkaiden kustannuksella. Nämä takeet on annettavissa yhtiöjärjestysmääräyksin, jotka yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisesti rajoittavat sisäpiiriläisten toimintaa.³⁴

Yhdysvaltalaiset *Frank Easterbrook* ja *Daniel Fischel* ovat päinvastaisella kannalla. Heidän mukaansa ”[t]he *ex post* inequality under [corporate v]entures – is no more ‘unfair’ than the *ex post* inequality of a lottery, in which all players invest a certain amount but only a few collect.”³⁵ Easterbrookilta ja Fischeliltä jää kuitenkin huomiotta se, että rahapelissä kunkin panoksen odotettu tuotto on yhtä suuri. Osakeyhtiössä kullekin panokselle (*so.* osakkeelle) odotetun tuoton samansuuruisuuden takaa vain yhdenvertaisuusperiaate. Sen puuttuminen olisi omiaan korottamaan tuottovaatimusta, jota ulkopuoliset sijoittajat edellyttävät vastineeksi osallistumisestaan yhtiöön osakkaina.³⁶

2.3 Enemmistön lunastusoikeus vastuusuoja säännöksenä

Osakeyhtiölain 14:19 §:n tarkoittamassa omistustilanteessa vähemmistöosakkaan oikeus on suojattu vain ”vastuusääntöperusteisesti” (engl. *liability rule*), jolloin omistajalla on mahdollisuus saada korvaus, jonka suuruudeksi laissa on määritetty käypä hinta. Lunastusta vähemmistöomistaja ei kuitenkaan voi kieltää – toisin kuin jos hänen osakkuutensa olisi suojattu ”omistussääntöperusteisesti” (*property rule*).³⁷ Edellä esitellyllä taloustieteen väli-

³⁴ Kaisanlahti 1999, s. 90.

³⁵ Easterbrook – Fischel 1991, s. 111. Samoin Macey 1993, s. 98–101.

³⁶ Samansuuntaisesti vertaili *John Harsanyi* jo 1950-luvulla yksilön menestystä arpajaisissa yhteiskunnalliseen kilpailuun nähden (Harsanyi 1953, s. 35): ”– the disutility of being a loser in a voluntary gamble, in which everybody has had the same ‘fair’ change of winning, tends to be less than the disutility of being the loser in the social game – in which the changes have been quite unequal from the very start.” Easterbrookin ja Fischelin käsitystä kritisoi monipuolisesti myös Bechuk 1985, s. 1780–1788.

³⁷ Calabresi – Melamed 1972, s. 1092 määrittelee nämä käsitteet seuraavasti: ”An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller. [–] Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule.” Käsitteiden suomennokset perustuvat Hemmoon 1998, s. 353. Soveltamisesta yhtiöoikeudellisessa tutkimuksessa ks. Whincop 1999.

neistöllä arvioituna OYL 14:19 § ei täytä Pareto-tehokkuuden edellytyksiä, koska osakkeen siirtyminen lunastajalle ei vaadi omistajan suostumusta. Toisaalta mainittu lainkohta on ankarampi kuin Kaldor–Hicks-testissä: korvaus on suoritettava tosiasiallisesti, ei vain hypoteettisena ajatuskokeena. Voidaan kysyä, onko järjestely perusteltavissa taloudellisen analyysin näkökulmasta.

Vastauksen muotoilemisessa voidaan palata edellä hyödynnettyyn esimerkkiin. Siinä yhtiön tehokkuus lisääntyi omistuksen keskittymisen myötä, jolloin yhtiön arvo nousi 100 miljoonasta 120 miljoonaan euroon eli 20 prosenttia. Jollei kullakin piensijoittajalla olisi velvoitetta luopua osakeomistuksestaan, mahdollisuus arvonnousuun jäisi mitä todennäköisemmin kaikkien osakkaiden saavuttamattomiin. Tämä johtuu siitä, että kauppaneuvotteluissa ei ole lähtökohtaisesti poissuljettu kummaltakaan osapuolelta mahdollisuutta opportunistisiin. Enemmistöosakkaan olisi päästävä kunkin vähemmistöomistajan kanssa sopimukseen siitä hinnasta, jolla tämä on valmis luopumaan osakkeestaan. Tällöin osa piensijoittajista nostaisi hintavaatimuksensa todennäköisesti niin korkealle, että se ylittäisi heidän osakeomistuksensa laskennallisen osuuden arvonnousun jälkeisestä yhtiön uudesta arvosta.³⁸ Lisäksi erimielisyys vallitsisi arvonnousun jakamisesta yhtiöltä enemmistöosakkaan ja vähemmistön välillä ja toisaalta vähemmistöön kuuluvien omistajien kesken. Jollei OYL 14:19 §:ssä olisi asetettu vähemmistöosakkaalle velvoitetta luopua osakkeestaan, kaupat voisivat jäädä tekemättä, jolloin myöskään tehokkuuden lisäys ei realisoituisi kansantaloudessa. Tämän vuoksi mainitun lainkohdan tarkoittama veto-oikeuden kieltäminen on perusteltu niin tehokkuuden kuin osakkaiden yhdenvertaisuuden kannalta; yhdenvertaisuus turvataan kohtelemalla kaikkia osakkaita samalla tavalla heidän osakeomistuksensa mukaisessa suhteessa, jolloin kullekin osakkeelle kuuluu yhtäläinen tuotto.

³⁸ Toisaalta osa piensijoittajista laskisi hintavaatimuksensa alemmaksi kuin mikä heidän omistuksensa laskennallinen osuus olisi yhtiön uudesta arvosta. Erityisesti tätä jälkimmäistä vääritystä voitaisiin mahdollisesti lieventää ulkopuolisen arvonnäyttäjän lausunnolla yhtiön uudesta arvosta. Vähemmistöosakkaat eivät kuitenkaan olisi sidottuja asiantuntijalausannon mukaiseen arvoon: kukin heistä perustaisi hintavaatimuksen henkilökohtaiseen käsitykseensä siitä, mikä on yhtiön uusi arvo.

3 OSTOTARJOUS JA KÄYPÄ HINTA LUNASTUKSESSA

3.1 Onko pörssikurssi käypä hinta?

Taloustieteellisessä tutkimuksessa on vakuutettu arvopaperimarkkinoiden toiminnan informatiivisesta tehokkuudesta. Tämän käsityksen mukaan pörssikurssissa tiivistyy julkistetut tiedot arvopaperista ja sen liikkeeseenlaskijasta samoin kuin taloudellisen toimintaympäristöstä.³⁹ Pörssikurssi perustuu kysyntään ja tarjontaan markkinapaikalla, jossa niin myyjät kuin ostajat pyrkivät voitontavoittelussaan välttämään erehtymistä osakkeen oikeasta arvosta. Tällöin markkinahinta irtaantuu subjektiivisesta näkökulmasta; lukuisten sijoittajien kysynnän ja tarjonnan kautta syntyvä markkinahinta on näin aina objektiivisempi kuin yksittäisen sijoittajan käsitys ”oikeasta” arvosta. Taloustieteen nobelisti *Paul A. Samuelson* tiivistää osuvasti: ” – – no other estimate of intrinsic values is likely to be more accurate than what buyers and sellers agree on the market place.”⁴⁰ Kulloinenkin pörssikurssi kuvaa myös viimeksi toteutunutta Pareto-tehokasta muutosta, jossa myyjä vapaaehtoisesti siirtää osakkeensa omistuksen ostajalle hyväksymällään kauppahinnalla.

Edellä sanottua on kritisoitu. Oikeustieteen piirissä katsotaan usein, että pörssissä kaupan ovat vain osakekannan marginaalierät: vaikka pörssikurssi kävisi hinnasta, johon sijoittaja voi muuntaa yksittäisen osakkeen rahaksi, se ei kykene kuvaamaan koko yhtiön arvoa.⁴¹ Pörssikurssin asettamista

³⁹ Muun muassa yhdysvaltalainen *Eugene Fama*, joka on analysoinut arvopaperimarkkinoiden toimintaa 1960-luvulta alkaen, päätyy tähän tutkimuksia koskevassa yhteenvedossaan (Fama 1991, s. 1607): “ – – on average stock prices adjust quickly to information about investment decisions, dividend changes, changes in capital structure, and corporate control transactions.” Ks. myös Fama 1998, s. 304. Yleisemmin Lee – Verbrugge 1996, s. 9.

⁴⁰ Bernstein 1992, s. 119. Samuelson on aikaisemmin kuvannut tätä seuraavasti (Samuelson 1972, s. 60): ”If there were a bargain, which all could recognize, that fact would be ‘discounted’ in advance and acted upon. Thereby raising or lowering present price until the expected discrepancy with the future price were sensibly zero.”

⁴¹ Esim. Sillanpää 1994, s. 292: ” – – pörssikurssi voi monista tekijöistä johtuen olla epänormaalin korkea tai alhainen” ja Mähönen 2001, s. 733: ” – – arvopaperipörssissä muodostunut hinta ei kuitenkaan ainakaan suoraan osoita koko yhtiön arvoa.” Tällainen käsitys ei ole vieras kaikille taloustieteilijöillekään; klassinen esimerkki on Keynes 1951, s. 182–192. Ks. yleisesti Raines – Leathers 2000. Uudemmissa arvopaperimarkkinoiden rationaaliteetin kyseenalaistavien tutkimuksien perusteella esim. LeRoy 1989, s. 1616, lausuu, että “[t]he evidence suggests that – – large discrepancies between price and fundamental value regularly occur.” Ks. myös Shiller 1984 sekä Shleifer 2000. Eri asia kuitenkin on mahdollisten poikkeuksien pysyvyys, kuten Fama 1998, s. 304, huomauttaa. Koska todennäköisyys sille, että markkinahinta alittaa asianomaisen osakkeen ”todellisen” arvon, on yhtä suuri kuin päinvastaiselle tulemalle, ei käytännössä eroa voida hyödyntää kaupankäynnissä ainaakaan pitempiaikaisesti.

lunastushinnan pohjaksi ovat yhdysvaltalaiset *Lucien Bebchuk* ja *Marcel Kahan* arvostelleet myös toisesta näkökulmasta, jossa ei kiistetä arvopaperimarkkinoiden tehokkuutta; siinä päinvastoin pidetään juuri markkinoiden tehokkuutta syynä siihen, ettei pörssikurssi sovi käyvän arvon mittariksi. Bebchukin ja Kahanin mukaan jo mahdollisuus lunastushinnan perustamisesta edeltävään pörssikurssiin on omiaan johtamaan ”takaisinkytkentään”, jonka seurauksena kurssitaso laskee yleisesti. Siten lunastusta edeltävä pörssikurssi on olennaisesti alempi kuin jos lunastushintaa ei perustettaisi edeltävään kurssitasoon.⁴²

Tämä johtuu sijoittajien rationaalisesta toiminnasta. Heidän perusteltu odotuksensa on, että mahdollinen enemmistöosakas pyrkii toteuttamaan lunastuksen juuri silloin, kun osakkeen todellinen arvo on korkeampi kuin sen markkinahinta. Tällöin hän pystyy maksimoimaan oman tuottonsa pienisijoittajien kustannuksella. Vähemmistöomistajilla on myös syytä olettaa, että enemmistötaho tietää muita paremmin yhtiön todellisen arvon, sillä siihen vaikuttaa sängen merkittävästi se, mitkä ovat hänen omat suunnitelmansa yhtiön kehittämiseksi.⁴³ – Hänellähän ei ole velvollisuutta julkistaa omia aikomuksiaan.⁴⁴ Enemmistöosakkaan toimet kuitenkin paljastavat sijoittajille hänen käsityksensä osakkeen arvosta: jos enemmistötaho ei ole tietyllä kurssitasolla toteuttanut lunastusta, on se muille implisiittinen signaali siitä, että kurssi on korkeampi kuin osakkeen todellinen arvo. Tämän seurauksena sijoittajat alentavat odotuksiaan osakkeen tuotosta, jolloin kurssitaso laskee. Jos enemmistöosakas ei toteuta lunastusta uudella, alemmalla kurssitasolla, on se puolestaan merkki, että osake on markkinoilla edelleen ylihinnoiteltu sen todelliseen arvoon nähden, mikä taas johtaa vielä alempaan kurssitasoon. Alenevan kierteensä myötä kurssitaso voi Bebchukin ja Kahanin mukaan madaltua aina tasolle, joka kuvaa yhtiön omaisuuden osakekohtaista likvidaatioarvoa, mikä puolestaan on osakkeen hinnan alaraja vähemmistöomistajan näkökulmasta. Toisaalta kierteen katkaiseminen jo ylempälle tasolle on mahdollista oikeudellisin keinoin, jolloin tuomio-

⁴² Bebchuk – Kahan 2000, s. 250.

⁴³ Kuten Bebchukin ja Kahanin esityksestä ilmenee, heidän argumentointinsa on muunnella taloustieteen keskeiseksi tutkimuskohteeksi 1970-luvulla nousseesta informaation epäsuhtaisen jakautumisen ongelmasta, ks. Kaisanlahti 1996, s. 199–200.

⁴⁴ Kehittyneillä arvopaperimarkkinoilla tavanomaisesti lakisääteisesti asetettu julkistamisvelvollisuus kohdistuu asianomaiseen yhtiöön, sen hallituksen ja muun johdon päätöksiin toimiin, joilla voi olla olennaista vaikutusta yhtiön osakkeen kurssiin, Suomessa tätä koskeva perussäännös on AML 2:7 §, ks. Astola 1990, s. 92–99. Sitä vastoin osakaskunnan tai hallituksen aikomuksiin velvoite ei ulotu, ei ennen kuin niiden mukaiset päätökset on tehty yhtiökokouksessa tai niitä koskevat esitykset on sisällytetty yhtiökokoukseen tai muuhun kokoukseen koskevaan ennakkoinformaatioon.

istuinkäytännössä tai lainsäädännöllisesti muodostetaan kanta käyvän hinnan perustamisesta ensisijaisesti vastaisuudessa odotettavissa oleviin tuottoihin, jotka kuvaavat ”todellista” käypää arvoa, eikä lunastusvaatimuksen esittämistä edeltäneeseen pörssikurssitasoon.⁴⁵

Bebchukin ja Kahanin johtopäätös on ongelmallinen. Jos arvopaperimarkkinoilla toimittaisiin heidän mallinsa ennustamalla tavalla, johtaisi se *Paul Mahoneyn* mukaan enemmistöomistuksessa olevien yhtiöiden häviämiseen (ainakin) julkisen pörssikaupankäynnin piiristä: ”– firms with a shareholder who owns more than 50 percent but less than 100 percent of the equity could not exist.”⁴⁶ Tämä aiheutuisi siitä, että ulkopuoliset sijoittajat olisivat valmiita maksamaan tällaisen yhtiön osakkeista vain niiden likvidaatio-osuuden verran.

Toisaalta Mahoneyn oman, yhdessä *Mark Weinsteinin* kanssa tekemän amerikkalaisia arvopaperimarkkinoita koskevan empiirisen tutkimuksen tulemana on, ettei mahdollisuus lunastushinnan määrittämiseen tuomioistuimen toimesta (”appraisal remedy”) juuri vaikuta piensijoittajan odotettavissa olevaan tuottoon; jos mahdollisuus olisi merkityksellinen, tulisi Mahoneyn ja Weinsteinin tutkimushypoteesin mukaan vähemmistöomistajien saamien tuottojen olla korkeammat sellaisissa Yhdysvaltojen osavaltioissa, joissa tämä mahdollisuus on käytettävissä kuin niissä, joiden lainsäädäntö ei salli vähemmistön kääntyä tuomioistuimen puoleen lunastushinnan määrittämiseksi. Heidän laajan, 1 350 tapausta koskevan tutkimuksensa tulokset eivät kuitenkaan vahvistaneet tätä hypoteesia.⁴⁷ Lunastushinnan perustaminen lunastusvaatimusta edeltävään pörssikurssitasoon ei siten anna enemmistölle mahdollisuutta hyötyä piensijoittajien kustannuksella.

Tämä johtopäätös on yhdenmukainen myös *Clifford Holdernessin* ja *Dennis Sheehanin* aikaisempien tulosten kanssa. Heidän jo vuonna 1988 julkistettu tutkimuksensa koski kirjanpitoarvojen suhdetta markkina-arvoihin. Siinä hypoteesina oli, että markkina-arvon ja omaisuuden yhteenlasketun kirjanpitoarvon erotus on suhteellisesti pienin sellaisissa yhtiöissä, jotka ovat yhden enemmistötahon määräysvallassa. Taustalla on ajatus, jonka mukaan ulkopuoliset sijoittajat eivät olisi valmiita maksamaan enemmistöosakkaan hallinnoiman yhtiön osakkeesta korkeaa hintaa, sillä he ottavat vähentävänä seikkana huomioon hänen mahdollisuutensa pyrkiä hyötymään

⁴⁵ Bebchuck – Kahan 2000, s. 251–252 ja 255–256.

⁴⁶ Mahoney 2000, s. 260.

⁴⁷ Mahoney 1999, s. 2: ”For the entire sample – we find no evidence that appraisal has any effect, positive or negative, on target shareholder gains from takeovers.”

muiden osakkaiden kustannuksella.⁴⁸ Hypoteesi jäi kuitenkin vahvistamatta: Holderness ja Sheehan eivät löytäneet yhdysvaltalaisia yhtiöitä koskeesta aineistostaan tilastollisesti merkittävää eroa tällaisten yhtiöiden ja muiden välillä. Tulos on indisio siitä, että lainsäädäntö tai muut institutionaaliset seikat rajoittavat ainakin jossain määrin enemmistöosakkaan mahdollisuuksia opportunistisiin.

Tuoreessa tutkimuksessaan myös *Zohar Goshen* ja *Zvi Wiener* päätyvät päinvastaiselle kannalle kuin *Bebchuk* ja *Kahan*. *Goshenin* ja *Wienerin* mukaan vähemmistöosakkeiden lunastamismahdollisuudella ei ole kuin vähäinen arvo enemmistötaholle eikä arvopaperimarkkinoiden tehokkuus osakkeiden hinnoittelussa julkistetun informaation perusteella johda kurssitason alenemiskierteeseen. He kiinnittävät huomiota – toisin kuin *Bebchuk* ja *Kahan* – siihen, että enemmistöosakas voi hyödyntää lunastamismahdollisuutta vain kerran. Tämän vuoksi enemmistö pyrkii varaamaan mahdollisuuden juuri siihen tilanteeseen, jossa hänen näkemyksensä mukaisen osakkeen todellisen arvon ja markkinahinnan välinen erotus on kaikkein suurimmillaan.⁴⁹

Niin ikään *Goshen* ja *Wiener* ovat vakuuttuneita julkistettuun informaation nojautuvien sijoitusanalyttikkojen kyvykkyydestä arvottaa yhtiön vastaisia kehitysnäkymiä vähintään yhtä tehokkaasti kuin sen sisäpiiriin kuuluva enemmistöosakas. Analyttikkojen toiminnan vuoksi ”todellisen” arvon ja markkinahinnan välille ei pääsisi muodostumaan niin olennaista eroa, että enemmistötaho voisi hyötyä muiden osakkaiden kustannuksella lunastamalla heidän osakkeensa ”alihintaan”.⁵⁰

Argumentointi palautuu näin takaisin kysymykseen siitä, onko arvopaperimarkkina tehokas väline osakkeen todellisen arvon määrittämisessä. Tämän osalta voidaan tyytyä toteamaan, että *Goshen* ja *Wiener* ovat selvästi taipuvaisempia myönteiseen vastaukseen kuin *Bebchuk* ja *Kahan*. Se, kumpi näkemys on perustellumpi, riippuu kuitenkin viime kädessä yhtiökohtaisista tekijöistä.

Toisaalta niin *Mahoneyn* kuin *Goshenin* ja *Wienerin* kritiikissä jää takalalle olennainen seikka: *Bebchukin* ja *Kahanin* teoreettinen malli itse asiassa vahvistaa sen, että lainsäädännön tarjoama suoja toimii. Ellei suojaa olisi olemassa, eivät enemmistöosakkaiden hallinnoimat yhtiöt voisi menestyä. Kuitenkin niin Suomessa kuin muualla tällaiset yhtiöt kilpailevat muiden

⁴⁸ Ks. Holderness – Sheehan 1988.

⁴⁹ Goshen – Wiener 2000, s. 7.

⁵⁰ *Ibid*, s. 25.

yrittäjien kanssa tasapäisesti. Se, onko suoja järjestetty lunastusmahdollisuutena vai muulla oikeudellisella välineellä taikka näiden yhdistelmänä, on ”vain” säädäntötekninen kysymys.

3.2 Käyvän hinnan määräytyminen ostotarjouksessa *de lege ferenda*

Lainsäätäjän valintatilanne vaikuttaa edeltävän luvussa esitettyjen argumenttien valossa sangen pelkistetyltä: joko sääntely perustetaan taloustieteen valtavirran käsitykseen pörssikurssin ensisijaisuudesta osakkeen käyvän arvon kuvastajana tai siihen suhtaudutaan varauksellisimmin; Suomessa käyty oikeustieteellinen keskustelu on myös sangen tiukasti seurannut vastaavaa jakoa. Tämä ei kuitenkaan ymmärtääkseni ole ainoa vaihtoehto *de lege ferenda* -näkökulmasta. Välittävämpi kanta voidaan perustaa tehokkuustavoitteen ja yksittäisen osakkaan veto-oikeuden tasapainottamiseen, jolloin päädytään seuraavaan teesiin:

Lunastustarjouksen mukaista korvausta on pidettävä käypänä hintana, jos sen hyväksyvät osakkaat, jotka omistavat enemmistön tarjouksen kohteena olevista osakkeista. Enemmistön hyväksyminen sitoisi tällöin myös muista tarjouksen saaneista osakkaista niitä, jotka pysyvät passiivisina asiassa. Perustuslaillisesta omaisuusuojusta kuitenkin johtuu, ettei tarjoukseen tyytymättömältä osakkaalta, vaikka hän omistaisi vain yhden osakkeen, voida evätä mahdollisuutta riitauttaa lunastushintatarjousta välimiesmenettelyssä eikä oikeutta valittaa välitystuomiosta yleiseen alioikeuteen.

Tarjouksen kohteena olevista osakkeista enemmistöä edustavien sijoittajien hyväksyminen ostotarjoukselle määräisi lähtökohtaisesti myös muiden vähemmistöomistajien saatavissa olevan lunastuksen. Esimerkkinä voidaan käyttää tilannetta, jossa tarjouksen tekevällä enemmistöosakkaalla on 91 % osakkeista. Jos tällöin 5 % yhtiön osakkeista edustavat vähemmistöosakkaat hyväksyvät tarjouksen, on myös loppujen sijoittajien, jotka siis omistavat 4 % osakkeista, otettava – pysyessään passiivisina – lunastustarjouksen mukainen korvaus. Se olisi toisin sanoen ”käypä hinta” asianomaisessa tapauksessa, jolle piensijoittaja riitautta sitä välimiesmenettelyssä.⁵¹

Sitovuuden ohella olennaista on, että päätösvalta hyväksymisestä pysytetään muilla sijoittajilla kuin enemmistöosakkaalla eli tarjouksen tekijäl-

⁵¹ Samansuuntaisesti Goshen 1997.

lä.⁵² Itse asiassa hänen ei tarvitse omistaa yhtäkään kohdeyhtiön osakkeista ennen tarjousta. Tarjouksen tulee täyttää vain kaksi ehtoa: yhtäältä sen kohteena on oltava kaikki ”lopun” osakkeet eli muiden kuin tarjouksen tekijän, mukaan lukien sen kanssa yksissä tuumin toimivien tahojen ja määräysvalta-yhtiöiden, osakkeet ja toisaalta näiden osakkeiden osalta täytyy tarjouksen tulla hyväksytyksi sellaisella enemmistöllä, että lunastusvelvollisuuden laukaiseva 90 %:n raja ylittyy. Jos osake on julkisen kaupankäynnin kohteena, tarjous voi olla AML 6 luvun 1 §:n mukainen julkinen ostotarjous tai 6 §:ssä tarkoitettu lunastustarjous.

Esitetystä mallissa enemmistöosakas on poissuljettu kannanmuodostuksesta. Päätöksen tarjouksen hyväksymisestä tai hylkäämisestä tekevät vähemmistöosakkaat. He ovat halukkaita luopumaan osakkeestaan tarjouksen mukaisesta hinnasta vain, jos se vastaa heidän käsityksensä mukaan vähintään osakkeen todellista arvoa. Näin voidaan irtautua edellisessä luvussa kuvatusta kiistelystä koskien lunastustilanteen edeltävästä pörssi-kurssin kelpoisuutta lunastettavan osakkeen käyväksi hinnaksi. Harkitessaan ostotarjouksen hyväksymistä tai hylkäämistä omalta osaltaan kukin sijoittaja luonnollisesti kiinnittää huomiota vallitsevaan pörssikurssitasoon, mutta mikään ei estä häntä hylkäämästä tarjousta, jos hän pitää kurssin ylittävää preemiota riittämättömänä. Mikäli tarjouksen kohteena olevista osakkeista enemmistöä edustavat sijoittajat eivät osaltaan hyväksy tarjousta, siirtyy kysymys käyvästä hinnasta välimiesoikeuden arvioitavaksi, jos lunastusraja on kuitenkin tarjouksella tai myöhemmin muuten ylittynyt.

Joskus katsotaan, että tarjouksen kohteena olevat piensijoittajat ovat tosiasiallisesti pakotettuja lunastustarjouksen hyväksymiseen, vaikka pitävät hintaa riittämättömänä. Käsitys pakottavuudesta kuvastaa kuitenkin ensisijaisesti yhdysvaltalaista arvopaperimarkkinakäytäntöä, jossa julkisella ostotarjouksella kohdeyhtiössä enemmistöosakkuuden hankkinut toinen yhtiö voi päättää sulautumisestaan kohdeyhtiön kanssa siten, että vähemmistöosakkaille annetaan rahavastike, joka on pienempi kuin sulautumista edeltävässä ostotarjouksessa.⁵³

Pakottavuus ei kuitenkaan olisi ongelma edellä esitetystä *de lege ferenda*-mallista, kuten ei Suomen nykyisessä välimieskäytännössä, sillä edeltävän ostotarjouksen mukainen korvaus olisi joka tapauksessa lunastuskorvauksen alaraja. Toisin sanoen sellainen osakkeenomistaja, joka pitää korvausta liian alhaisena, voi päättää hylätä tarjouksen osaltaan ja jäädä odot-

⁵² Vastaavanlaisia ehdotuksia on tehty Yhdysvalloissa sikäläisen fuusiomenettelyn kehittämiseksi, esim. van den Berg 1984 sekä Bebchuk 1985, s. 1760–1761.

⁵³ Ks. Kaisanlahti 1995, s. 170–172.

tamaan ilman riskiä siitä, että välimiehet määräisivät ostotarjouksen mukaista vastiketta pienemmän lunastushinnan. Jos tällaisia vähemmistö-osakkaita on riittävän monta, se voi johtaa tilanteeseen, jossa tarjouksen tekijä ei saa tarvitsemaansa kannatusta. Jos tällöin tarjouksen myötä kuitenkin ylittyy 90 %:n lunastusraja, voivat ne jotka eivät ole hyväksyneet tarjousta, vaatia osakkeidensa lunastushinnan määrittämistä erityisessä välimiesmenettelyssä.⁵⁴

Toisaalta sellaisella vähemmistöosakkaalla, joka pitää ostotarjouksen mukaista vastiketta käypänä hintana, ei ole kannustinta käyttäytyä opportunistisesti ja jäädä odottamaan olettaen, että välimiestuomiossa osakkeen lunastushinta määriteltäisiin aikaisemman ostotarjouksen mukaista vastiketta huomattavasti korkeammaksi. Tämä johtuu siitä, että vaikka välimiesmenettelyssä ei voida määrätä lunastushintaa alemmaksi kuin mitä edeltäneessä ostotarjouksessa enemmistöosakas on ollut valmis maksamaan, niin pienomistaja menettää vaihtoehtoistuoton korvaukselle ajalta ennen välimiespäätöstä lunastushinnasta. Sijoittaja ei ole indifferentti sen suhteen, saako hän lunastuskorvauksena maksun tänään vai vasta myöhemmin lainvoimaisella päätöksellä, joka voi seurata myöhemmin, mahdollisesti vasta kuukausien tai vuosien päästä.

Perusteltuna voidaan pitää myös ajatusta siitä, että vähemmistöosakkaalle hyvittäisiin osakemarkkinoiden kurssinousu ajalta ennen lunastushinnan määräämistä, sillä hänen varansahan ovat käytännössä sidottuina lunastettavaan osakkeeseen eikä niitä ole voitu sijoittaa muualle ennen lunastushinnan suorittamista. Hyvittäminen on sitä tarpeellisempaa, mitä aikaisemmin osakkeen pörssikauppa tai muu julkinen kaupankäynti on lopetettu ennen välitystuomion antamista. Näin lunastushinnan määräämisessä otettaisiin huomioon esimerkiksi se, miten paljon on HEX-indeksin pisteluku noussut Helsingin arvopaperipörssissä: lunastusvaatimuksen esittämisen ja lunastuskorvauksen määräämisen väliseltä ajalta korvausta korotettaisiin samassa suhteessa kuin mikä oli asianomaisen osakkeen pörssikurssin herkkyyks muuttua suhteessa yleiseen, koko osakemarkkinaa koskevaan indeksinou-suun ennen lunastustilanteen syntymistä; tämä taloustieteessä beta-kertoimeksi kutsuttu suhde voitaisiin laskea esimerkiksi 12 kuukaudelta ennen lunastusvaatimuksen esittämistä.⁵⁵ Vaihtoehtona yleiselle osakemarkkina-

⁵⁴ Vastaavasti esim. Bebchuk – Hart 2001, s. 23: ”The free-rider problem arises when, in the event that the bid is going to win, shareholders prefer to hold out and receive the post-acquisition value off the company rather than tender.”

⁵⁵ Eräässä laajasti käytetyssä rahoituksen oppikirjassa kuvataan beta-kerrointa seuraavasti (Brealey – Myers 2000, s. 174): ”Stocks with betas greater than 1,0 tend to amplify the overall movements of the market. Stock with betas between 0 and 1,0 tend to move in the same di-

kehitykselle olisi mahdollista hyödyntää myös muuta indeksiä, esimerkiksi bruttokansantuotteen kehitystä. Olennaista kuitenkin on, että vähemmistölle maksettavaa korvausta korottaisi indeksin nousu siinä suhteessa kuin miten herkkä osakkeen pörssikurssi oli aikaisemmin, ennen lunastustilanteen syntymistä muuttamaan indeksiin nähden.⁵⁶

Toisaalta välimiesmenettelyn vaatiminen on piensijoittajan aktiivinen päätös, jolla hän implisiittisesti ilmaisee valmiutensa pitää varansa sidottuna juuri lunastettavaan osakkeeseen. Siten olisi johdonmukaista edellyttää edellä sanotulle käänteisesti, että lunastushinnassa otetaan huomioon myös mahdollinen kurssilasku välimiesmenettelyä koskevan vaatimuksen ja lunastushinnan määräämisen väliseltä ajalta. Tämä on tarpeen, ettei vähemmistöomistaja yksinomaan spekulatiivisessa mielessä hylkää julkiseen ostotarjoukseen osallistumista odottaen, että hän saa (ainakin) nimellisarvoltaan vähintään yhtä suuren korvauksen välimiestuomiossa. Hänen riskiään markkinakehityksen suhteen ei tule rajata alaspäin, jotta toisaalta olisi perusteltua antaa hänelle korvaus myönteisestä kurssikehityksestä. Lisäksi on huomattava, ettei välimiesoikeus automaattisesti määrää korkeampaa korvausta kuin tarjottu vastikkeeksi on annettu aikaisemmassa ostotarjouksessa. Korottamisen perustaksi ei riitä se, että välimiesmenettelyn on aloittanut tarjoukseen tyytymätön vähemmistöosakas.

Piensijoittajalla olisi kuitenkin aina oikeus saattaa asia välimiesoikeuden arvioitavaksi, vaikka tarjouksen kohteena olleista osakkeista enemmistöä edustavat omistajat olisivat hyväksyneet vastikkeen edellä kuvatulla tavalla. Kullekin osakkaalle kuuluisi itsenäinen oikeus vireillepanoon, joten välimiesmenettely sallittaisiin silloinkin, kun kaikki muut omistajat ovat hyväksyneet tarjouksen. Tämä täyttäisi perustuslaillisen vaatimuksen omaisuusluojasta. Suomen perustuslain (731/1999) 15.2 § edellyttää, että omaisuudesta on maksettava täysi korvaus, kun pakkolunastus perustuu yleiseen tarpeeseen.⁵⁷ Koska tällaiseen julkiseen etuun perustuvan lunastuksen kohteena olevan esineen tai muun oikeuden omistaja voi riitauttaa tarjotun

rection as the market, but not as far. Of course, the market is the portfolio of all stocks, so the 'average' stock has a beta of 1,0." Jos beta-kerroin on esimerkiksi 0,8, tarkoittaa se siten, että asianomaisen osakkeen odotettavissa oleva kurssinousu on keskimäärin vain 80 % yleisestä kurssitason muutoksesta. Ks. myös Niskanen – Niskanen 2000, s. 218–219.

⁵⁶ Beta-mallin kehittänyt vuoden 1990 taloustieteen nobelisti *William Sharpe* korostaa indeksin kattavuutta (Sharpe 1963, s. 339): "The index – – may be the level of the stock market as a whole, the Gross National Product, some price index or any other factor thought to be the most important single influence on the returns from securities." Yleisesti beta-mallin historiasta ks. Bernstein 1992, s. 80–84.

⁵⁷ Säännöksen perusteluista ks. HE 1/1998 vp. Omaisuusluojasta perusoikeutena ks. yleisesti Kuusiniemi – Peltomaa 1999, s. 25–29 sekä laajemmin Länsineva 1999, s. 473–509.

korvauksen tuomioistuimessa, ei tätä vähäisempää suojaimekanismia voida pitää riittävänä myöskään yksityisessä intressissä tehtävälle yhtiöoikeudelliselle lunastukselle.⁵⁸ Näin kullakin osakkaalla olisi itsenäinen mahdollisuus saada välimiesten tuomio siitä, pitääkö hänen tyytyä siihen vastikkeeseen, jonka ovat hyväksyneet enemmistöä tarjouksen kohteena olevista osakkeista edustavat omistajat. Voimassa olevan lain mukaan välimiesoikeuden päätöksestä voidaan myös valittaa yleiseen alioikeuteen (OYL 16:5.5 §). Tämä olisi edelleen mahdollista ehdotetussa mallissa.

Ehdotuksessa ei myöskään puututa prosessikustannusten jakautumiseen. Voimassa oleva OYL 16:5.3 § asettaa kuluvastuun välimiesmenettelystä pääsääntöisesti lunastajalle. Kuitenkin mainitun lainkohdan nojalla välimiehet voivat erityisestä syystä katsoa kohtuulliseksi vähemmistöosakkaan velvoittamisen vastaamaan kuluista joko kokonaan tai osittain. Esimerkkinä tällaisista syistä mainitaan lain perusteluissa tilanne, jossa vähemmistö on vaatinut ”kohtuutonta lunastushintaa.”⁵⁹ Viimeaikaisessa välimieskäytännössäkkin on näin menetelty.⁶⁰

Välimiesoikeus voisi mahdollisesti poiketa enemmistön hyväksymästä hinnasta piensijoittajien hyväksi. Tämä kuitenkin koskisi osakkaista vain niitä, jotka ovat toimineet asiassa aktiivisesti nostaten välimiesmenettelyn vireille. Kuvatussa tilanteessa, jossa enemmistöä kohteena olleista osakkeista edustavat omistajat ovat hyväksyneet vastikkeen, tarjouksen tekijällä olisi oikeus ilman välimieskäsittelyä lunastaa vastikkeen mukaisesta hinnasta osakkeet muilta kuin lunastusta aktiivisesti vastustavilta osakkailta. Kun tarjouksen tekijä on todentanut kaupparekisterille lunastusedellytysten täyttyneen, olisi hänellä rekisterimerkinnän ja sitä koskevan kuulusmenettelyn ja tiedoksiannon jälkeen oikeus saada itselleen maksua vastaan loput osakkeet niiltä, jotka eivät määrääjässä vastusta lunastusta panemalla vireille välimiesmenettelyä.⁶¹

⁵⁸ Tämä näkökohta perustuu dosentti *Pekka Timosen* kommenttiin käsikirjoituksestani. Myös lain esityöt (HE 1/1998 vp:n 15 §:n yksityiskohtaisten perusteluiden kohdalla viitattu HE 309/1998 vp., s. 62–63) kiinnittävät huomiota intressin luonteeseen: ”Mitä voimakkaammasta ja pakottavammasta yleistä edusta on kysymys, sitä pitemmälle menevästä puuttumisesta voidaan säätää tavallisella lailla.” Vaikka tämä lausuma koskee säätämisenjärjestystä, on vastaava intressipunninta merkityksellinen lainsäätäjän tehdessä valintoja lunastuksen kohteena olevan taloudellisen edun haltijan oikeusturvan saatavuudesta ja järjestämisestä.

⁵⁹ HE 27/1977 vp., s. 162.

⁶⁰ Esim. *Länsivoima Oyj* osakkeita koskeva välitystuomio 20.6.2001 (lainvoimainen).

⁶¹ Tässä yhteydessä ei ole tarpeen tehdä ehdotusta kuulus- ja muun julkistamismenettelyn tarkemmasta sisällöstä.

Ehdotus ei ole omaisuudensuojan kannalta tavanomainen, koska siinä asetetaan toimimisvelvollisuus vähemmistöosakkaalle. Pääsääntöisestihän suomalainen perusoikeusjärjestelmä suojaa myös passiivisena pysyvän omistajan oikeutta. Vaatimusta aktiivisuudesta ei kuitenkaan voida pitää ainutlaatuisena osakasaseman sääntelyssä. Esimerkiksi OYL 14:4 §:n tarkoittama mahdollisuus rahastoantiosakkeiden menettämiseen perustuu passiiviteettiin. Siinäkin on kyse yksityisessä – yhtiön ja välillisesti muun osakaskunnan – intressissä tehtävästä ”konfiskaatiosta”. Vastaavan menettelyn sallii OYL 3a:3a § myös arvo-osuusjärjestelmään siirtämättömille osakkeille.⁶² Edellä ehdotetun mallin tavoin juuri mainittujen lainkohtien tarkoittamissa tilanteissa ei siis ole asetettu yhtiölle velvollisuutta vahvistuttaa välimies- tai tuomioistuimen menettelyssä oikeutta ottaa omaisuutta passiiviselta omistajalta.

3.3 Ostotarjouksen hyväksyttävyyden edellyttämä enemmistövaatimus ja taloustieteen tehokkuusmittarit

Edellisessä luvussa hahmotellun ehdotuksen kannalta on keskeistä se, miten enemmistöä tarjouksen kohteena olevaa osakkeista edustavat sijoittajat käyttäytyvät valintatilanteessa: jos he hyväksyvät ostotarjouksen, on sen mukaista vastiketta pidettävä osakkeen käypänä hintana myös passiivisina pysyvien osakkaiden osalta. Ostotarjouksen tekijän itsensä ja hänen etuhajonsa omistamia osakkeita ei oteta tässä arvioinnissa huomioon, joten tarjouksen menestys lasketaan muiden osakkeiden tuottamista äänistä. Edellä ei ole kuitenkaan otettu kantaa siihen, millaisella enemmistöllä tarjous on hyväksyttävä. Riittääkö valtaosa osakkeiden tuottamista äänistä vai tulisiko vaatia hyväksymistä määräenemmistöllä, esimerkiksi kahdella kolmasosalla? – Tällaista kannatustahan edellytetään rahoitusrakennetta koskevissa päätöksissä muutenkin osakeyhtiölain nojalla.⁶³

Selvää on, että mitä suurempaa enemmistöä vaaditaan, sitä lähemmäksi päästään Pareto-tehokkuuden optimia.⁶⁴ Toisaalta enemmistörajan nostaminen kannustaa kohteena olevia sijoittajia olemaan hyväksymättä tarjousta

⁶² Tätä mahdollisuutta perustellaan lain esitöissä (HE 89/1996 vp., s. 67) yhtiölle aiheutuvilla kustannuksilla ja hallinnollisilla ongelmilla.

⁶³ Tyyppitapaus on OYL 4:2.2 §, jossa säädetään osakkeiden liikkeeseenlaskusta nykyisten omistajien merkintäetuoikeudesta poiketen.

⁶⁴ Tullock 1959, s. 577: ” – – the larger the majority required, the more closely would the result approach a Pareto optimum.” Vrt. Parisi – Klick 2001, s. 1, ” – – the unanimity rule will do more than fulfil the Pareto efficiency criterion. In fact, in a world where side-payments are allowable, outcomes under a unanimity rule will satisfy the Hicks-Kaldor compensation criterion of efficiency.”

siinä odotuksessa, että tarjottua vastiketta parempi korvaus saataisiin myöhemmin enemmistöosakkaalta kahdenkeskisellä kaupalla.⁶⁵ Tämä kannustin on olemassa, vaikka asianomainen sijoittaja pitäisi tarjottua vastiketta sinänsä käypänä hintana; hänhän luonnollisesti havittelee niin korkeaa korvausta kuin on mahdollista kulloisessakin tilanteessa.⁶⁶

Mitä useampi kohdeyhtiön piensijoittajista valitsee tämän toimintatavan, sitä todennäköisemmin koko osakaskunnan näkökulmasta edullinen tarjous jää kannatuksen puutteen takia hyväksymättä, mikä koituu usein myös vielä korkeampaa hintaa odottavien sijoittajien tappioksi, koska tarjouksen menestyksettömyyden myötä sen tekijä ei todennäköisesti ole valmis tavoittelemaan omistusosuutensa lisäämistä yksityisin kaupun. Taloustieteen välineistössä tällaista ilmiötä nimitetään pidättäytymisongelmaksi (*hold-out problem*).⁶⁷ Se on sitä voimakkaampi, mitä suurempaa enemmistöä odotetaan päätöksen hyväksymiseltä. Tämän vuoksi hyväksymisrajan muotoileminen ”vain” yksinkertaisen enemmistön vaatimukseksi minimoi pidättäytymisongelman.⁶⁸

Enemmistön suuruutta koskeva valinnassa on syytä ottaa huomioon se, kuinka yhdenmukaisia osakkeenomistajat ovat tavoitteiltaan asianomaisessa yhtiössä. Mitä homogeenisemmasta ryhmästä on kyse, sitä suurempi merkitys tulee asettaa pidättäytymisongelman pienentämiselle. Uusimman empiirisen taloustutkimuksen mukaan sijoittajat ovat lähtökohtaisesti epähomogeeninen joukko; tämä ilmenee mm. omien osakkeiden ostotarjouksissa, joissa kohteena olevat sijoittajat ovat valmiita luopumaan omistuksestaan hyvin erisuuruisista vastikkeista.⁶⁹

Rahoitusteoreettisesti osakkeenomistajien tavoite sidosryhmänä on kuitenkin yhtenäinen: yhtiön markkina-arvon kasvattaminen niin suureksi kuin mahdollista, mikä puolestaan maksimoi osakaskuntaan kuuluvien sijoittajien tuoton.⁷⁰ On myös huomattava, että vähemmistöasemassa olevat sijoittajat voivat saada tuottoensa vain omistuksensa edustamassa suhteessa yhtiä

⁶⁵ Cohen 1990, s. 123–124: ”The ability to acquire a simple majority – – increases the risks to prospective holdouts, effectively eliminating their incentive to engage in the effort.” Vastaavasti Goshen 1997, s. 757 ja 769

⁶⁶ Tämä on perusolettama taloudellisissa analyyseissä, esim. Buchanan – Tullock 1962, s. 29: “– – individuals will, on the average, choose ‘more’ rather than ‘less’ when confronted with the opportunity for choice – –.”

⁶⁷ Ks. Kisanlahti 1995, s. 171.

⁶⁸ Cohen 1990, s. 123–124. Yleisemmin tästä ongelmasta ks. Milgrom – Roberts 1992, s. 136–139 ja 307–308.

⁶⁹ Ks. Hodrickin 1999, s. 327–328, yhteenveto näistä tutkimuksista.

⁷⁰ Yleisesti Hart 1979. Vrt. kuitenkin Miller 1977, s. 1151: ” – – it is implausible to assume that although the future is very uncertain, and forecasts are very difficult to make, that somehow everyone makes identical estimates of the return and risk from every security.”

suurina osinkoina, mikä on omiaan lisäämään heidän yhtenäisyyttään.⁷¹ Koska kustakin heidän omistuksessaan olevasta osakkeesta odotettavissa oleva taloudellinen hyöty on yhtä suuri, eivät vähemmistöomistajien preferenssit voi merkittävästi erota. Siten ei ole syytä edellyttää hyväksymiseltä muuta kuin ”vain” yksinkertaista enemmistöä.⁷²

Määräenemmistövaatimuksen myötä keskenään samanlaisten osakkeiden painoarvo poikkeaa toisistaan. Esimerkiksi yli kahden kolmasosan enemmistöä koskevan vaatimuksen asettamisella vähemmistö eli yhtä kolmasosaa osakkeista edustavat sijoittajat voisivat estää enemmistöä saavuttamasta tavoitettaan. Kullakin yksittäisellä vähemmistöön kuuluvalla osakkeella olisi tällöin yhtä suuri merkitys päätöksenteossa kuin mikä on 1,94:llä enemmistöön kuuluvalla osakkeella.⁷³ Jotta mainittua määräenemmistövaatimusta voitaisiin pitää perusteltuna, tulisi vähemmistön preferenssien olla voimakkuudeltaan lähes kaksinkertaiset. Lunastushinnan kannalta tämä voidaan tulkita vähemmistön ja enemmistön käsitysten väliseksi eroksi osakkeen ”oikeasta” arvosta.

Näin suuri ero ei kuitenkaan vaikuta todennäköiseltä ottaen huomioon, että ostotarjouksen kohteena oleva sijoittaja – kuuluipa hän tarjouksen hyväksymiseen valmiiseen enemmistöön tai sitä vastustavaan vähemmistöön – on yleensä suomalaisilla arvopaperimarkkinoilla omistukseltaan niin vähäinen, ettei hän voi vaikuttaa päätöksentekoon. Ostotarjouksia suomalaisista yhtiöistä ovat yleensä tehneet vain tahot, joilla on jo ennen tarjousta asianomaisten yhtiöiden tosiasiallinen määräysvalta; keskenään kilpailevat ostotarjoukset ovat suomalaiselle käytännölle vieras ilmiö.⁷⁴ Siten omistus tarjouksen kohteena olevassa yhtiössä on muulle osakkaalle luonteeltaan finanssisijoitus, josta hän tavoittelee arvonnousua ja osinkoja ilman tosiasiallista päätösvaltaa.

Toisaalta määräenemmistövaatimusta on pidetty perusteltuna yhteiskunnallista äänestyskäyttäytymistä koskevassa teoreettisessa tutkimuksessa.⁷⁵

⁷¹ Barzel – Sass 1990, s. 753.

⁷² Nitzan – Paroush 1982, s. 290, toteavat matemaattisen mallintamisensa perusteella vastavasti, että ”[i]n the extreme case of identical decision-makers, simple majority rule is indeed the optimal rule.” Käänteisesti tämän esitti jo Downs 1961, s. 192: “— the equal weighting of all votes can lead to undesirable results when voters do not have equally intense preferences.”

⁷³ Tämä on mukailtu Downsista 1961, s. 192. Ks. myös Riemer 1951, s. 17 ja Rae 1969, s. 42.

⁷⁴ Kaisanlahti 1999, s. 79–80.

⁷⁵ Klassinen esimerkki on Downs 1961, s. 192–199. Aikaisemmasta tutkimuksesta ks. Heineberg 1926 ja 1932, joista ilmenee, että yhteiskunnallisessa päätöksenteossa on yksimielisyysvaatimus liudentunut ajan myötä yksinkertaista enemmistöä koskevaksi pääsäännöksi. Heineberg 1932, s. 52, toteaaakin, että ”[p]erhaps no convention of our day is more acceptable to both the political scientist and the man on the street than the employment of the simple-majority device to determine the will of a group.”

Siinä mielenkiinto kohdistuu erityisesti mahdollisuuteen pyörtää jo aikaisemmin tehty valinta uudella päätöksellä. Pyörtämiskierteeseen voidaan joutua toistuvassa päätöstilanteessa, joka koskee vähintään kahta eri kysymystä, jos äänestäjien käsitykset näiden kysymysten keskinäisestä tärkeysjärjestyksestä menevät ristiin.⁷⁶ Tällöin voi alkujaan menestynyt päätösesitys hävitä seuraavalla kerralla uudelle esitykselle, joka vetoaakin toisella tavalla muodostuvaan enemmistöön äänestäjistä.⁷⁷

Pyörtämismahdollisuus on ongelmallinen, sillä se johtaa epävakauteen yhteiskunnan toiminnassa.⁷⁸ Jos päätöksen uudistamismahdollisuutta ei ole rajoitettu, voidaan pyörtämiskierrettä hillitä määräenemmistövaatimuksella. Mitä korkeampaa enemmistöä edellytetään, sitä todennäköisempää on päätöksen pysyvyys. Tämä heijastuu muun muassa perustuslakien vaikeutettuun, määräenemmistöä vaativaan säätämisenjärjestykseen.⁷⁹ Tilanne julkisessa ostotarjouksessa on kuitenkin erilainen: siinä kukin tarjouksen kohteena oleva sijoittaja päättää, hyväksyykö vai hylkääkö hän tarjouksen omistamiensa osakkeiden osalta. Tämä päätöstilanne ei toistu. Koska kysymys on yhdestä ainutkertaisesta joko–tai–valinnasta, pyörtämiskiirteen välttäminen ei ole merkityksellinen näkökohta arvioitaessa enemmistövaatimusta yhtiöoikeudellisen lunastustilanteen kannalta.

Kun otetaan huomioon yhtäältä juuri kuvatun päätöstilanteen ainutkertaisuus ja yksiuolotteisuus sekä toisaalta ostotarjouksen kohteena olevien sijoittajien aseman yhdenmukaisuus heidän omistuksestaan odotettavien tuottojen suhteen, on yksinkertainen enemmistö päätössääntönä tarkoituksenmukainen. Jos ostotarjouksen kohteena olleista osakkeista yksinkertaista enemmistöä edustavat sijoittajat hyväksyvät tarjouksen, on sitä pidettävä riittävänä osoituksena tarjotun vastikkeen kohtuullisuudesta, jolloin se vastaa vähintään osakkeen käypää hintaa.⁸⁰ Vain siinä tapauksessa, että muiden kuin tarjouksen hyväksyneiden osakkaiden voitaisiin olettaa olevan parempia arvioimaan tarjotun vastikkeen riittävyttä, olisi määräenemmistöä, esimerkiksi kahta kolmasosaa koskeva vaatimus tarkoituksenmukainen.⁸¹

⁷⁶ Benham – Keefer 1991, s. 707. Tätä ongelmaa analysoi seikkaperäisesti Nurmi 1984, s. 12–37. Pelkistettynä kuvauksena ks. Kaisanlahti 1998, s. 89–90.

⁷⁷ Benham – Keefer 1991, s. 706.

⁷⁸ Lähemmin esim. Levmore 1999, s. 261–268 ja Müller 1991, s. 318.

⁷⁹ Rappaport – McGinnis 2000–01. Määräenemmistövaatimuksesta verrattuna päätöksentekoon kaksikamarisessa kansanedustuslaitoksessa, ks. Levmore 1992, s. 155–159.

⁸⁰ Vastaavasti Goshen 1997, s. 745: ”The majority view is preferable because it is more likely to be correct. Why assume ex ante that the minority’s opposition to a certain transaction is preferable when a majority of individuals in the group believe the transaction to be worthwhile?”

⁸¹ Gilson – Black 1995, s. 648–649.

Tämän johtopäätöksen selventämiseksi voidaan myös tarkastella tarjoukseen hyväksyneiden vähemmistöosakkaiden ja sen hylänneiden etujen välistä suhdetta Kaldor–Hicks-kriteerillä. Yhdysvaltalaiset *Ronald Gilson* ja *Bernhard Black* muotoilevat tilanteen seuraavasti: ” – if 49 % of the voters feel more strongly about an issue than the remaining 51 %, there will be a net loss in welfare as a result of the transaction if a [simple] majority rule applies.”⁸² Tämän arvioinnissa on huomattava, että Suomessa tarjouksen kohteena olevat sijoittajat käytännössä edustavat vain vähemmistöä osakekannasta. Edellä kuvatun mukaisesti heillä ei ole perusteita poiketa odotuksiltaan toisistaan. Koska vähemmistöasemassa vaikutusmahdollisuudet ovat vähäiset, heidän tuotto-odotuksensa perustuvat yhdenmukaisesti osakkeen arvonnousuun ja yhtäläiseen osinkoon.⁸³ Ostotarjouksen kohteena olevat omistajat ovat näin omistuksensa luonteen kannalta sangen yhtenäisen ryhmä. Heidän tietonsa asianomaisesta yhtiöstä myös rajoittuvat arvopaperimarkkinalain 2 luvun velvoitteiden mukaisesti ja yhtiön vapaaehtoisesti julkistamaan informaatioon, joten heillä ei lähtökohtaisesti voi olla käytössään mitään sisäpiirintietoa. Näiden seikkojen vuoksi ei ole syytä olettaa, että vähemmistöä tämän ryhmän osakkeista edustavat sijoittajat olisivat säännönmukaisesti muita parempia arvonnäärittäjiä, jolloin myös väite heidän preferenssiensä voimakkuudesta jää perustelematta.

3.4 Enemmistövaatimus ja oikeudenmukaisuusargumentti

Jos oletetaan, että vähemmistöosakkaiden preferenssit ovat voimakkuudeltaan suunnilleen yhtä suuret, voidaan nojautua myös ”rawlsilaiseen” oikeudenmukaisuusargumenttiin ja esittää, että sijoittajat olisivat valmiita hyväksymään vähemmistöosakkeista laskettavan yksinkertaisen enemmistön päätöskriteeriksi lunastukselle.⁸⁴ Teoreettisessa alkutilassa – ”tietämättömyyden verhon” takana – kukin vähemmistöosakas on valintatilanteessa, jossa hän voi omalta osaltaan vastata tarjoukseen myönteisesti tai kieltei-

⁸² *Ibid.*, s. 647.

⁸³ Samansuuntaisesti Müller 1991, s. 318: ”For those decisions where the expected loss to those on the losing side is large relative to the gain for winners, a higher majority should be required to pass an issue.” Koska piensijoittajat ovat samanlaisessa asemassa, ei ostotarjouksen hyväksyminen tai hylkääminen vaikuta heidän keskinäiseen suhteeseen, toisin sanoen sillä ei ole sellaista redistributiivista vaikutusta, jota Müller tarkoittaa.

⁸⁴ Rawlsin mallin hyödyntämisestä yhtiöoikeudessa ks. myös Kaisanlahti 1999, s. 86.

sesti. Toisaalta ostotarjous kokonaisuudessaan voi tulla joko hyväksytyksi tai hylätyksi riippumatta siitä, miten yksittäinen vähemmistöosakas on vastannut.⁸⁵

Näin kunkin vähemmistöosakkaan kannalta mahdollisia ovat seuraavat kaksi edullista tulemaa: (i) hän vastaa tarjoukseen myönteisesti samalla kun tarjous tulee hyväksytyksi ja (ii) hän vastaa kielteisesti samalla kun tarjous tulee hylätyksi kokonaisuudessaan. Vaikka molemmat tulemat ovat hänen kannaltaan hyviä, voivat niiden arvot poiketa toisistaan. Toisaalta on mahdollista, että tulema on vähemmistöosakkaalle haitallinen kahdessa tapauksessa: (iii) hän vastaa myönteisesti mutta tarjous tulee kokonaisuutena hylätyksi ja (iv) hän vastaa kielteisesti mutta tarjous hyväksytään. Nämä tulemat tuottavat hänelle tappiota, mutta eivät välttämättä yhtä suurta.⁸⁶

Kun vähemmistöosakas punnitsee mahdollisia tulemia etukäteen (*ex ante*) täydellisen tietämättömyyden verhon takana, jolloin hän ei tiedä, (a) tuleeko hän vastaamaan myönteisesti tai kielteisesti tarjoukseen ja (b) hyväksytäänkö vai hylätäänkö tarjous kokonaisuutena eikä sitä (c) mikä hänelle on kunkin tuleman täsmällinen arvo, hän luonnollisesti haluaa minimoida todennäköisyyden tappiollisille tulemille (edellä (iii) ja (iv)).⁸⁷ Tässä tarkoituksessa yksinkertainen enemmistö on hänen kannaltaan paras mahdollinen päätössääntö.⁸⁸

”Rawlsilaisen” argumentin keskeinen kohta on oletus siitä, että kukin yksilö on riskikarttaja, joka tavoittelee hänelle kielteisten tulemien minimoimista. Tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä yksinkertaisen enemmistön oikeuttamiselle. Yksinkertaisen enemmistön päätössääntöä on matemaatikko *Kenneth May* perustellut jo 1950-luvulla muotoilemalla ensiksi ne lähtö-

⁸⁵ Vastaavasti Procaccia 1996, s. 634. Alkutilan käsitettä on hyödynnetty taloustieteessä jo ennen Rawlsia (ainakin) John Harsanyiin toimesta 1950-luvulla, ks. Harsanyi 1953, s. 434–435 ja Harsanyi 1955, s. 316. Rawls itsekin viittaa tältä osin Harsanyiin, Rawls 1972, s. 137, alav. 11. Niin ikään Buchanan – Tullock 1962, s. 78, suositti vastaavanlaista ajatuskoetta perustuslaillisten valintojen tekemisessä. Myöhemmästä analyysistä ks. Roemer 2001. Jäljempänä tässä kirjoituksessa liitetään alkutilan käsite Rawlsiin, koska hän on edellä mainituista tutuin oikeustutkimuksen piirissä; toisaalta alkutila ei ole kuin yksi osa Rawlsin teorianmuodostuksen lähtökohtia, minkä vuoksi jäljempänä alkutilaan viitataan ”rawlsilaisena” käsitteenä lainausmerkein varustettuna.

⁸⁶ Näiden tulemien muotoilun perustana on Rae 1969, s. 41.

⁸⁷ Rae 1969, s. 42.

⁸⁸ Matemaattisesti tämän on todistanut Taylor 1969, s. 231: ”– the probability that any member will find himself either supporting a proposal which the committee rejects or opposing a proposal which the committee imposes is a minimum when the decision rule is majority-rule – –.”

kohdat, joita yleisesti voidaan pitää tarpeellisena äänestystilanteissa kahden vaihtoehdon välillä.⁸⁹

Mayn matemaattisen todistuksen mukaan ainoastaan yksinkertaisen enemmistön päätössääntö täyttää seuraavat neljä vaatimusta:⁹⁰ (i) äänestyksen ratkaisuvoima (*decisive*): huolimatta siitä, miten äänet jakaantuvat, äänestystulos määrää lopullisesti, kumpi vaihtoehdoista – A vai B – voittaa, jolleivät äänet jakaudu aivan tasan;⁹¹ (ii) annettavien äänten anonyymi tasaveroisuus (*egalitarian*): kaikkien äänten merkitys on yhtäläinen, jolloin ei ole tarpeen tietää, kuka kunkin äänen antoi;⁹² (iii) vaihtoehtojen neutraliteetti (*neutral*): vaihtoehtoja kohdellaan samalla tavalla, joten jos vaihtoehdon A saamat äänet muutettaisiin B:lle annetuiksi ja päinvastoin, jolloin B:n äänet olisivatkin A:lle annettuja, myös voittava vaihtoehto vaihtuisi toiseksi, olipa se alun perin kumpi tahansa eli A tai B;⁹³ ja (iv) kunkin äänen positiivisuus, jonka sisältöä voidaan kuvata tilanteella, jossa sekä A:n että B:n puolesta on alun perin annettu aivan yhtä monta ääntä: jos tällöin sallittaisiin yhden A:n puolesta annettua ääntä koskevan päätöksen muuttaminen, mikä tarkoittaisi vastakkaisen vaihtoehdon valintaa tai äänestyksestä pidättäytymistä, niin tällöin B voittaisi (*positively responsive*).⁹⁴

May osoitti, että päätössäännöistä vain yksinkertainen enemmistö täyttää edellä mainittujen lähtökohtien mukaiset rajaukset.⁹⁵ Näistä (i) ja (iv) vaikuttavat itsestään selviltä, joten ne eivät ole kiinnostavia oikeustutkimukselle. Sitä vastoin rajaukset (ii) ja (iii) kiinnittyvät selvästi yleiseen oikeudenmukaisuustavoitteeseen. Jos poiketaan Mayn (iii)-lähtökohdasta, se itse asiassa tarkoittaa, ettei vaihtoehtoja tule pitää keskenään tasaveroisina; toisin sanoen niistä nykytilanteen säilyttävä olisi aina perustellumpi. Äänestystilanteessa, jossa päätöksen tekevät subjektit ovat asemaltaan keskenään yhtäläisiä, ei kuitenkaan ole helppo löytää oikeutusta tällaiselle kannalle. Tässä kirjoituksessa tarkasteltavaan kysymykseen nähden on selvää, että jos ostotarjouksen kohteena olevien sijoittajien valinnassa ei ole merkityk-

⁸⁹ May 1952. Myöhemmästä tutkimuksesta ks. Gutmann 1998 sekä sen kritiikistä Arrow 1998, Buchanan 1998 ja Tullock 1998.

⁹⁰ Lähtökohtien muotoilu on mukailtu esityksistä Miller 1987, s. 826 ja Miller 2001.

⁹¹ May 1952, s. 681.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, s. 682.

⁹⁵ Mayn todistuksen matemaattinen muotoilu on vaikeasti seurattavissa. Oikeustutkimuksen kannalta on kuitenkin riittävää todeta, että todistuksen matemaattista moitteettomuutta ei ole kiistetty viimeksi kuluneena neljänä vuosikymmenenä ja se on edelleenkin keskeinen osa äänestysteoreettista tutkimusta.

sellistä tarjouksen tekijän itsensä kanta, turvataan valintaa tekevien subjektien keskinäinen homogeenisuus. Tämä voidaan järjestää määrittämällä tarvittava enemmistö vain muiden sijoittajien kuin tarjouksen tekijän ja sen etutahojen omistamista osakkeista, kuten edellä luvussa 3.2 on ehdotettu.

Jos taas loukattaisiin (ii)-lähtökohtaa Mayn todistuksessa, niin se yhtiöoikeudellisessa ympäristössä tarkoittaisi äänestysrajoituksen asettamista. Tällöin kukin sijoittaja saisi käyttää osakkeidensa tuottamista äänistä hyväkseen enintään tiettyä osuutta, esimerkiksi 10 % yhtiökokouksessa edustettujen osakkeiden äänistä. Rajoitukselle on kuitenkin yhtä lailla vaikea löytää pohjaa, jos enemmistö on jo poissuljettu päätöksenteosta, kuten ehdotetussa julkisen ostotarjouksen ja lunastushinnan suhdetta koskevassa mallissa.

Voidaan myös kysyä, miksi ylipäänsä tulisi rajoittaa keskenään homogeenisessä asemassa olevien subjektien päätöksentekoa. Poikkeaminen edellyttäisi uskoa siihen, että ostotarjousta vastustavat osakkaat ovat aina parempia arvioimaan tarjousta kuin ne, jotka hyväksyvät tarjouksen. Tällaisen kannan omaksuminen sisältää väitteen siitä, että ostotarjoukset olisivat rakenteellisesti vääristyneitä, jolloin palaudutaan edellisessä luvussa käsiteltyyn kysymykseen ostotarjouksen ”pakottavuudesta”.

Väite pakottavuudesta perustuu ajatukseen, jonka mukaan enemmistö ostotarjouksen kohteena olevista sijoittajista hyväksyisi tarjouksen ja sen mukaisen vastikkeen osakkeesta vastoin omaa todellista etuaan eli käsitystään siitä, että osakkeen todellinen arvo on tarjottua vastiketta korkeampi. Tällainen vaara on olemassa, jos vähemmistöosakas voi odottaa saavansa mahdollisessa myöhemmässä, ostotarjousta seuraavassa lunastusmenettelyssä vain tarjouksen mukaista vastiketta alemman korvauksen osakkeestaan. Välimieskäytännössä – samoin kuin edellä ehdotetussa mallissa – tämä vaara on eliminoitu asettamalla lunastushinnan alarajaksi ostotarjouksessa annettu vastike.

Jotta sijoittaja ei spekuloisi korkeamman lunastushinnan odotuksella, on toisaalta perusteltua edellyttää, että hän on valmis kantamaan omistukseensa liittyvän markkinariskin. Siten lunastushinnan määräämisessä olisi tarkoituksenmukaista antaa merkitystä myös osakemarkkinoiden yleiselle kurssi-
muutokselle, joka kertyy välimiestuomion antamiseen mennessä. Muutos voisi yhtä lailla korottaa kuin alentaa lunastuskorvausta verrattuna ostotarjouksessa annettuun vastikkeeseen, vaikka välimiesoikeus katsoisi, että tarjottu vastike oli osakkeen käypä hinta. Tällöin kullakin vähemmistöomistajalla olisi kuitenkin aito kannustin muodostaa oma käsityksensä osakkeen käyvästä hinnasta eikä jättäytyä perusteetta välimiesoikeuden harkinnan varaan yksinomaan spekulatiivisesti, odottaen saavansa lunastuskorvauksen,

joka ainakin nimellismäärältään on aina vähintään yhtä suuri kuin edeltävän ostotarjouksen mukainen vastike.⁹⁶

Esitetyn analyysin perusteella ei kuitenkaan tule pitää yksinkertaista enemmistöä muuna kuin tahdonvaltaisena vähimmäisvaatimuksena. Jos yhtiökokous katsoo tarkoituksenmukaiseksi korkeamman rajan ottamisen yhtiöjärjestykseen, ei taloustieteen näkökulmasta ole perustetta tätä kieltää. Päinvastoin: kunkin yhtiön ja sen osakaskunnan erityispiirteistä johtuu, ettei voida osoittaa yhtä ainoata optimiratkaisua.⁹⁷

4 HUOMIOITA OIKEUSVERTAILUSTA

Seuraavassa tehdään vertailuja vähemmistöosakkeiden lunastussäännöstöihin eräissä muissa oikeusjärjestyksissä. Kohteena on erityisesti kysymys siitä, onko julkiselle ostotarjoukselle annettu näissä säännöstoissa erityistä merkitystä lunastushinnan määräytymisen kannalta. Oikeusvertailulla pyritään myös syventämään analyysiä lunastusrajan asettamisesta.

4.1 Ruotsi, Tanska ja Norja

Samoin kuin Suomessa, Ruotsin laissa (SFS 1975:1385) on annettu yli 90 %:n omistus- ja ääniosuuden hankkineelle osakastaholle oikeus vaatia muiden omistamien osakkeiden lunastamista itselleen käypään hintaan; toisaalta myös muille omistajille taataan mahdollisuus saada lunastus omien osakkeidensa osalta tällaiselta enemmistötaholta. Ruotsin oikeusjärjestys ei kuitenkaan jätä käyvän hinnan määrittelyä yhtä avoimeksi kuin Suomessa. Sikäläisessä osakeyhtiölaissa on nimittäin otettu huomioon tilanne, jossa lunastusrajan ylittämiseen johtaneet osakkeet on hankittu julkisella ostotarjouksella. Tätä koskeva 14:9.3 § kuuluu: ”Har moderbolaget förvärvat större delen av sina aktier i dotterbolag på grund av inbjudan till en vidare krets att till moderbolaget överlåta sådana aktier mot visst vederlag, skall

⁹⁶ Ks. jakso 3.2. edellä.

⁹⁷ Esim. Nitzan – Procaccia 1986, s. 199, toteaa tahdonvaltauuden ensisijaisuudesta äänestysäännöksissä: ”An optimal voting procedure for one firm may lead another firm to the brink of disaster. This being so, the notion that voting procedures ought to be determined in mandatory legislation is put to rest, once and for all.” Yleisemmin tahdonvaltauudesta yhtiöoikeudellisessa sääntelyssä ks. Kaisanlahti 1999, s. 90–96.

lösenbeloppet motsvara vederlaget, om ej särskilda skäl föranleder annat.”

Säännös tulee sovellettavaksi, jos emoyhtiö on hankkinut valtaosan kohdeyhtiössä omistamista osakkeista muille suunnatulla julkisella ostotarjouksella. Tämän vuoksi lunastushintaa ei voida perustaa yksinomaan tarjottuun vastikkeeseen siinä tapauksessa, että tarjouksen tekijällä on ollut yli puolet kohdeyhtiön osakkeista ja niiden tuottamista äänistä jo aikaisemmin, vaikka tarjous johtaisi lunastusrajan ylittymiseen. Toisin sanoen säännöksen soveltamisalasta on poissuljettu jo olemassa oleva konsernisuhde.

Kyse on presumptiosta: julkisen ostotarjouksen mukainen vastike on pääsääntöisesti käypä hinta silloin, mutta vain silloin, kun tarjouksen hyväksyvät sijoittajat hallitsevat enemmistöä kohdeyhtiön osakkeista. Lain perustelujen mukaan tällöin ei ole syytä antaa sijoittajien spekuloida mahdollisuudella saada osakkeestaan korkeampi hinta lunastusmenettelyssä: ”Det kan – – te sig egendomligt att de aktieägare som inte accepterar erbjudandet skall ha möjlighet att i ett inlösningsförfarande få ut ett högre pris för sina aktier. Detta möjliggör nämligen ett slags utpressning gentemot det nyblivna moderbolaget.”⁹⁸

Kuten edellä luonnostellussa *de lege ferenda* -ehdotuksessa, on myös ruotsalaisen säännöksen taustalla ajatus siitä, että ostotarjouksen mukaista vastiketta voidaan pitää käypänä hintana silloin, kun tarjouksen hyväksyneillä osakkailla on enemmistö kohteena olevista osakkeista ja niiden tuottamista äänistä. Säännöksen soveltamisala on kuitenkin tiukasti rajattu vain tilanteisiin, joissa ostotarjouksen tarkoittamat osakkeet edustavat valtaosaa yhtiön kaikista osakkeista ja niiden tuottamista äänistä.

Rajauksen taloudellinen mielekkyys on kyseenalainen, ainakin siltä osin kuin sen pohjana on käsitys, jonka mukaan osakkeen pörssikurssi ei voi kuvastaa osakkeen oikeaa arvoa, jos yhtiössä käyttää määräysvaltaa enemmistöosakas jo ennen tarjouksen tekemistä. Tätä voidaan arvostella nojautuen arvopaperimarkkinoiden toiminnasta saatuihin tutkimustuloksiin. Kohteena olevien sijoittajien taloudellisen aseman kannalta ei nimittäin ole merkitystä sillä, onko tarjouksen tekijällä ennen kuin hän tekee tarjouksen määräysvalta yhtiössä vai ei. Jos enemmistöosakkuuden syntyminen olisi riski vähemmistöosakkaille, otettaisiin se huomioon tehokkailla arvopaperimark-

⁹⁸ Proposition 1975:103, s. 533. Vastaavasti on argumentoitu myös myöhemmässä lainvalmistelussa (SOU 1997:22, s. 282–283): ”Ett huvudsakligt motiv – – är att förhindra att minoritetsaktieägare som inte accepterat ett offentligt uppköpserbjudande får möjlighet att i ett inlösenförfarande uppnå ett högre lösenbelopp än det som ett stort antal andra aktieägare godtagit.” Tätä kantaa eivät kuitenkaan ole kaikki ruotsalaiset oikeustieteilijät hyväksyneet, ks. Kaisanlahti 1995, s. 169.

kinoilla jo siinä hinnassa, jonka sijoittaja on valmis ylipäänsä maksamaan ryhtyessään yhtiön osakkaaksi. Mahdollisuus enemmistöaseman väärinkäyttöön asettaisi osakkeen merkintähinnan samoin kuin pörssikurssin alemmalle tasolle kuin muuten. Toisaalta empiirisen tutkimuksen kannalta enemmistöosakkaasta muille sijoittajille aiheutuvan riskin olemassaolo tarkoittaisi, että yhtiöissä, joissa on enemmistöosakas, pörssikurssit olisivat suhteellisesti alemmat kuin niissä, joissa omistus on hajautunut.⁹⁹ Tällaista yhteyttä ei kuitenkaan pystytä näyttämään. Todennäköisyys sille, että hajautunut omistusrakenne johtaisi korkeampaan pörssikurssiin, on vastaava kuin negatiiviselle tulemalle. Toisin sanoen ei ole löytynyt tilastollisesti merkittävää eroa näiden vaihtoehtojen välillä.¹⁰⁰

Todentamatta on jäänyt myös se, että enemmistötahon vaihtuminen toiseksi määräysvaltaosakkuutta koskevalla kaupalla aikaansaisi yleensä pörssikurssin laskun ja siten tappiota vähemmistösijoittajille: kurssin nouseminen on tällaisessa tilanteessa keskimäärin yhtä todennäköinen tulema kuin kurssilasku.¹⁰¹ Koska enemmistöasema heijastuu näin pörssikurssiin, ei sijoittajien taloudelliselle asemalle ole merkitystä sillä, millaisessa omistustilanteessa ostotarjous tehdään. Tässä suhteessa on myös muistettava, että sijoituksen tekeminen asianomaiseen yhtiöön on ollut piensijoittajan oma valinta. Vähemmistöosakkuuteenhan, ainakaan pörssi-yhtiössä, ei lähtökohteisesti liity takeita yhtiön omistusrakenteen säilymisestä vastaisuudessa samana kuin se on sijoitusta tehtäessä.

Edeltävää voidaan konkretisoida esimerkillä, jossa osake on otettu julkisen kaupankäynnin kohteeksi, vaikka asianomaisella yhtiöllä on jo ennen listautumista yksi enemmistöomistaja, jonka osuus on yli puolet osakkeista ja niiden tuottamista äänistä. Näin on tilanne esimerkiksi useissa suomalaisissa valtionyhtiöissä. Tällöin kaikki muut sijoittajat tietävät jo ennen pää-

⁹⁹ Tämä kysymys on ollut jo pitkään taloustieteellisen tutkimuksen kohteena; esim. *Louis De Alessi* muotoili sen jo lähes 30 vuotta sitten seuraavasti (De Alessi 1973, s. 841): ”If a given profile of share distribution is to reflect management control, then the activities of the firm must differ in some observable way from the activities that would have occurred under an alternative profile, say one reflecting shareholders’ control.”

¹⁰⁰ Esim. *Clifford Holderness* ja *Dennis Sheehan* toteavat tuoreessa katsauksessaan empiirisistä tutkimuksista, että ”[t]here is no evidence – – that block investors have a large negative effect on firm value. In short, the evidence – – strongly suggests that large-block shareholders in public corporations are constrained and that the primary constraint is not price protection” (Holderness – Sheehan 2000, s. 144).

¹⁰¹ Tämän vahvistavista tutkimuksista ks. Kaisanlahti 1995, s. 159–160. Vrt. Sillanpää 1991, s. 690, alav. 132: ”Onhan aivan luonnollista, että osakkeen hinta markkinoilla laskee jonkun osakkaan saavutettua määräysvallan yhtiössä.” Samoin Astola 1990, s. 168–169. Jonkin verran maltillisemmin KM 1989:36, s. 224: ”[Vähemmistöön jääneiden omistajien] osakkeiden arvo varsin monessa tapauksessa laskee valtaajan saatua määräävän aseman.”

töksentekoaan, että yhtiössä on enemmistöosakas, joten he voivat ottaa sen huomioon siinä hinnassa, jonka he ovat valmiita maksamaan osakkeesta.

Oletetaan, että sijoittajat suhtautuvat tähän enemmistötahoon epäillen, joten hänen olemassaolonsa alentaa osakkeen merkintähintaa tai sen pörssi-kurssia siitä mikä se muuten olisi. Listautumisen jälkeen myöhemmin, mahdollisesti usean vuoden tai vuosikymmenen kuluttua, samaiselle enemmistö-omistajalle tulee syystä tai toisesta tarkoituksenmukaiseksi julkisen ostotarjouksen tekeminen muiden omistamista osakkeista. Tällöinkään ei voi tosiasiallisesti olla sellaisia osakkaita, jotka eivät ole tietäneet hänen olemassaolostaan. Se olisi myös heijastanut pörssikurssiin ”alennuksena” asianomaisen osakkeen listaamisesta lähtien.

Ruotsin voimassa oleva laki kuitenkin epäisi mahdollisuuden lunastushinnan johtamiseen korvauksesta julkisessa ostotarjouksessa, vaikka valtaosaa kohteena olevia osakkeita edustavat sijoittajat olisivat hyväksyneet tarjouksen ja aikaansaaneet lunastusrajan ylittymisen. Lain soveltamisen kannalta on merkitykseltä, että kustakin tarjouksen kohteena olevasta osakkeesta aikoinaan maksetussa hinnassa on ollut alennus, suurempi tai pienempi, enemmistöosakkaan vuoksi. Kun julkisen ostotarjouksen mukainen hinta pohjautuu myös pörssikurssiin, jossa kuvastuu samaisen enemmistöosakkaan olemassaolo, ei ruotsalaista rajoitusta voida pitää taloudellisesti perusteltuna.¹⁰² Hankintahinnan ja lunastuskorvauksen välinen suhteellinen ero on vähemmistöosakkaan kannalta merkitsevä, eivät niiden absoluuttiset numeroarvot. Jos kummassakin on ”alennus” enemmistöosakkaan takia, ei se vaikuta lukujen suhteeseen.

Vähemmistö-sijoittajan lähtökohta arviolle siitä, onko tarjottu lunastusvaste riittävä, on hänen osakkeesta aikoinaan maksamansa hinta. Juuri tälle hinnalle hän laskee tuottoa. Arvopaperimarkkinoilla niin osakkeen hankinta kuin sen myyminen tapahtuu kulloisenkin pörssikurssin mukaiseen markkinahintaan, jolloin tuotto muodostuu osto- ja myyntihinnan erotuksena, osakkeen hankinnan ja luovutuksen välisenä aikana mahdollisesti kertyneillä osingoilla korotettuna. Koska sijoittaja maksaa markkinahinnan hankkiessaan osakkeen, hän vastaavasti siitä luopuessaan arvioi saamaansa tuottoa ostohintaan eli hankintahetkellä vallinneeseen markkinahintaan tai, jos osake on hankittu osakeannista, silloiseen merkintähintaan nähden.

¹⁰² Uudemmassa lainvalmistelussa on esitetty tästä rajoituksesta luopumista, ks. SOU 1997:22, s. 283. Esitys perustuu sikäläisen korkeimman oikeuden ratkaisuun NJA 1996 s. 293; tästä ns. Balken-tuomiosta ks. Blumberg 1997, s. 31–34, Hager 1998, s. 73–74, Jennegren 1996, s. 59–88, Kägerman 1996, s. 119–125 tai Svensson 1996, s. 28–41.

Norjan ja Tanskan osakeyhtiölaeissa ei ole samanlaista säännöstä julkisen ostotarjouksesta kuin Ruotsissa,¹⁰³ vaikka niiden sisältö vastaa perusrakenteeltaan Ruotsin – samoin kuin Suomen – osakeyhtiölain lunastussäännöstöä: lunastuskynnys on asetettu yhdeksään kymmenesosaan.¹⁰⁴ Norjalainen yhtiölainsäädäntö kuitenkin sisältää erityisen presumption lunastushinnasta: jollei vähemmistöosakas kirjallisesti ilmoita yhtiölle pitävänsä tarjottua vastiketta riittämättömänä, hänen katsotaan hyväksyneen osakkeensa lunastamisen tähän hintaan.¹⁰⁵ Ilmoitus on tehtävä määräajassa sen jälkeen kun lunastustarjous on julkistettu virallisessa lehdessä; laki edellyttää, että yhtiö asettaa tämän määräajan vähintään kahdeksi kuukaudeksi.¹⁰⁶ Tämän menettelyn osalta norjalainen säännöstö on samansuuntainen kuin edellä jaksossa 3.2 Suomen lain muuttamisesta tehty ehdotus, jossa myös asetettiin vähemmistöosakkaalle aktiivinen toimimisvelvollisuus oikeutensa pysyttämiseksi. Toisin kuin Norjan laissa, ehdotuksen soveltamisala on kuitenkin tiukasti rajattu: toimimisvelvollisuus voisi syntyä vain tilanteessa, jossa enemmistöä kohteena olleista vähemmistöosakkeista edustavat omistajat ovat hyväksyneet tarjouksen.

Norjalainen säännöstö – päinvastoin kuin muissa pohjoismaissa – ei enää sisällä nimenomaista mainintaa siitä, että lunastus on tehtävä käypään hintaan. Vähemmistöosakas voi kuitenkin sikäläisen sopimuslain 36 §:n nojalla nostaa yleisessä tuomioistuimessa kanteen, jos pitää lunastushintaa riittämättömänä, vaikkei hän olisi reagoinut tarjoukseen edellä tarkoitettussa määräajassa. Kynnystä tuomioistuimen puoleen kääntymiselle on omiaan

¹⁰³ Norjan voimassa olevan lain valmistelussa sikäläinen elinkeinoelämän keskusjärjestö (*Næringslivets Hovedorganisasjon*) tosin ehdotti Ruotsin poikkeussäännöksen implementoimista; Norjan oikeusministeriö kuitenkin torjui ehdotuksen pitäen poikkeussäännöstä tarpeettomana, ks. Ot.prp. nr. 36 (1993–94), s. 189.

¹⁰⁴ *Norja*: Lov 13 juni 1997 nr 45 om allmenaksjeselskaper, 4–25 §; *Tanska*: Aktieselskabsloven af 1973, 20b–20d §.

¹⁰⁵ Lov om allmenaksjeselskaper 4–25 § 3 mom. kolmas virke: ”Dersom slik innsigelse ikke kommer frem til selskapet innen utløpet av fristen, anses aksjeeieren for å ha akseptert tilbudet.” Lain perustelujen mukaan säännös on tarkoitettu ensisijaisesti keventämään tuomioistuinten taakkaa lunastusasioiden käsittelyssä; Ot.prp. nr. 23 (1996–97): ”Departementet mener at det i praksis har vist seg å være et sterkt behov for å kunne gjennomføre en overtakelse av aksjene på en enklere måte enn etter gjeldende lov. Dette gjelder ikke bare for selskapene, men har også betydning for domstolenes arbeidssituasjon. I praksis har man eksempler på at flere hundre aksjeeiere ikke har svart på selskapets tilbud, slik at retten må forholde seg til en nesten uhåndterlig mengde saksøkte, mange med ukjent adresse. Etter departementets syn er det all grunn til å tro at disse aksjeeierne som regel ikke har innvendinger mot tilbudet om løsningssum. Det fremstår da som en unødvendig bruk av ressurser likevel å skulle gjennomtvinge en skjønnsforretning.”

¹⁰⁶ Norjan laissa asetetuista edellytyksistä lunastusvaatimuksen esittämiselle ks. myös *Matre* 2000, s. 9–10 sekä *Steinsvik* 2001.

alentamaan lisäksi se, että yhtiö vastaa tällaisen kanteen kustannuksista.¹⁰⁷ Kuten jaksossa 3.2 jo todettiin, myös Suomen OYL 16:5.3 §:n perustavana pääsääntönä on, ettei vähemmistöosakas korvaa vastapuolen kuluja eikä muita lunastusmenettelyn kustannuksia välimiestuomioistuimessa, vaikka hän olisi hävinnyt riidan osakkeen käyvästä hinnasta.

Tanskan oikeuskäytäntö korostaa markkinahinnan merkitystä. Ennakkotapauksen luonteen saaneessa tuomiossa H 84/1983 sikäläinen meri- ja kauppa-oikeus vahvisti enemmistöomistajan oikeuden lunastaa vähemmistöosakkeet lunastusvaatimuksen esittämistä edeltänyttä pörssikurssitasoa vastanneeseen hintaan.¹⁰⁸ Markkinahinnasta voidaan kuitenkin poiketa, jos enemmistöosakkaan toimien näytetään vaikuttaneen olennaisesti kurssitasoon.^{108a}

Norjassa kuuluu markkina-arvolle ilmeisesti vähäisempi asema kuin muualla Pohjoismaissa. *Mads Krohn* lausuu laajan selvityksensä johtopäätöksenä, että ”[o]bservert markedsverdi er ikke den avgørende målestokk etter norsk rett.”¹⁰⁹ Vaikka pörssikurssi on myös norjalaisen lunastuskäytännön lähtökohta osakkeen arvottamiselle,¹¹⁰ siitä poikkeaminen ei edellytä kovin vahvoja perusteita tilanteessa, jossa asianomaisen yhtiön määräysvalta on keskittynyt enemmistötahon käsiin.^{110a}

4.2 Englanti

Ilmeisenä esikuvana Ruotsin lunastussäännökselle on ollut Englannin osakeyhtiölaki; tämä todetaan myös lainvalmistelussa.¹¹¹ Yhdenmukaisuus ei kuitenkaan ole kattava. Jos englantilaista yhtiötä koskevaan julkiseen ostarjoukseen saadut hyväksyvät vastaukset koskevat vähintään yhdeksää

¹⁰⁷ Lov om allmenaksjeselskaper 4–25 § 4 mom. ensimmäinen ja toinen virke: ”Selv om en aksjeeier anses bundet – –, kan skjønnsretten etter påstand fra aksjeeieren sette avtalen til side etter reglene i avtaleloven § 36. Selskapet skal bære utgiftene ved saken.” Esitöissä (Ot.prp. nr. 23 (1996–97)) painotetaan, että säännöksen nojalla tuomioistuin voi puuttua myös kohtuuttoman (*urimelig*) alhaiseen lunastustarjoukseen: ”Inneberer morselskapets tilbud at vederlaget blir satt urimelig lavt, har aksjeeieren med andre ord adgang til å reise sak om at avtalen skal settes til side.”

¹⁰⁸ Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1985, s. 875–877. Tapauksen merkitystä korostavat mm. Friis Jensen 2000, s. 209, Andersen 1997, s. 550 ja Werlauff 1997, s. 843. Ks. myös UfR 1977, s. 61, jossa vahvistettiin sulautumista vastustaneelle osakkaalle pörssikurssitason mukainen lunastus eikä osakkeen laskennallista substanssiarvoa.

^{108a} Ks. UfR 1985, s. 110.

¹⁰⁹ Krohn 2000, s. 46, ks. myös s. 74.

¹¹⁰ Ks. Bråthenin 1999, s. 20–21 ja 2000, s. 119–120 selostuksia tuomioista RG 1999 s. 9 (Borgarting) ja RG 2000 s. 533 (Oslo). Ks. myös RG 2001 s. 258 (Oslo), erityisesti s. 278.

^{110a} Tuore esimerkki on 20.3.2002 (Oslo Tingsrett) annettu tuomio Aker RGI -tapauksesta (ei lainvoimainen).

¹¹¹ Esim. SOU 1997:22, s. 283.

kymmenesosaa asianomaisista osakkeista, voi tarjouksen tekijä ilmoittaa sikäläisen yhtiölain (Companies Act 1985, Sc. 429) nojalla loppujen osakkeiden omistajille vaativansa niiden lunastamista samaan hintaan kuin tarjouksessa.¹¹²

Päinvastoin kuin Ruotsissa, säännöksen soveltamista ei kuitenkaan ole rajoitettu tilanteisiin, joissa tarjouksen tekijällä on ennen ostotarjoustaan vähemmän kuin puolet kohdeyhtiön kaikista osakkeista. Englannin yhtiölaki välttää näin tekemästä edellä kyseenalaistettua presumptiota siitä, että yksittäisen osakastahon määräysvalta yhtiössä ennen tarjousta olisi omiaan vaikuttamaan alentavasti osakkeen pörssikurssiin ja siitä mahdollisesti johdettavaan tarjoushintaan.

Toisaalta brittiläisen lunastussäännöksen tarkoittama 90 %:n raja on sangen vaikeasti saavutettava. Toisin kuin Ruotsissa ja Suomessa, Englannin yhtiölaki edellyttää, että rajan ylittyminen lasketaan ”lopuista” osakkeista, jotka ovat muiden kuin tarjouksen tekijän ja hänen kanssaan yhteistoiminnassaan olevien tahojen omistuksessa ennen tarjouksen tekemistä.¹¹³ Raja on siis suhteellinen eikä absoluuttinen kuten täällä, jossa se määritetään kaikista yhtiön liikkeeseen laskemista osakkeista erottelematta tarjouksen tekijän ja sen etutahojen osakkeita muiden omistamista.¹¹⁴

Esimerkiksi tilanteessa, jossa englantilaisen kohdeyhtiön koko osakkeiden muodostavasta 100 osakkeesta on määräysvaltaosakkaalla 89 ennen tarjouksen tekemistä, olisi hänen saatava hyväksyvä vastaus tarjoukseensa 10 muun osakkeen osalta, jotta hänelle syntyisi oikeus lunastaa viimeinenkin osake itselleen. Kynnys on näin korkeampi kuin Suomessa: meillä lunastusoikeuden realisoitumiseen riittäisi ”vain” kahden lisäosakkeen hankkiminen. Taloudellisessa mielessä tämä on omiaan nostamaan ostotarjouksessa käytettävää hintaa tarjouksen kiinnostavuuden varmistamiseksi. Toisaalta korkeampi hinta tarkoittaa, että tarjouksen tekeminen ei ole yhtä kannattavaa kuin muuten, mikä puolestaan vähentää tarjouksia.

¹¹² Tämä säännös sisältyi jo vuoden 1929 lakiin (Sc. 155). Tuolloin lunastusoikeutta perusteltiin tarpeella eliminoida mahdollisuus vähemmistön opportunistiin (Report of Company Law Amendment Committee 1925–26, s. 43, kohta 84): ”— holders of a small number of shares of the company which is being taken over (either from a desire to extract better terms than their fellow shareholders are content to accept or from lack of real interest in the matter) frequently fail to come into an arrangement which commends itself to the vast majority of their fellow shareholders, with the result that the transaction fails to materialise.”

¹¹³ Lähemmin ks. Morgan 1988, s. 490 ja Wooldridge 1987, s. 301–303. Tämän ehdon kiertämisen yritysjärjestelyin on suhtauduttu kielteisesti englantilaisessa oikeuskäytännössä. Tunnetuin tapaus on *Bugle Press Ltd* -tuomio vuodelta 1961, ks. Shepherd 2000, s. 309–311.

¹¹⁴ Vrt. Sillanpää 1991, s. 687.

Englannin yhtiölaki edellyttää lisäksi, että 9/10-rajan ylittymiseen johdaneet osakkeet on hankittu julkisella ostotarjouksella, jossa kohteena ovat olleet loput muiden omistamat osakkeet ja jonka ehdot ovat olleet yhtäläiset kaikille sijoittajille. Näistä osakkeista tulee siten tarjota yhtä suuri vastike. Jos tarjouksen tekijä ostaa tarjousmenettelyn aikana joiltakin sijoittajilta heidän osakkeensa muita parempaan hintaan eli korkeammalla vastikkeella kuin tarjouksessa, ei niitä pidetä tarjouksella hankittuina, mikä osaltaan edelleen vaikeuttaa 9/10-rajan saavuttamista.¹¹⁵

Toisaalta brittiläisen yhtiön vähemmistöosakkaalla on itsenäinen oikeus vaatia lunastusta samaan tapaan kuin Suomessa ja Skandinaviassa. Hän voi lunastuttaa osakkeensa, jos julkisen ostotarjouksen päättyessä sen tekijällä on vähintään yhdeksän kymmenesosaa asianomaisista osakkeista, vaikka tarjous ei perustaisi tekijälleen oikeutta lunastaa loppuja osakkeita sen takia, että tarjouksen hyväksyneiden määrä jää vajaaksi 9/10-sääntöön nähden. Niin ikään piensijoittajalla on tämä oikeus, jos 9/10-raja on ylitetty pörssikaupoin tai yksityisin kaupoin pörssin ulkopuolella.¹¹⁶ Vähemmistönhän näkökulmasta ei voine olla merkitystä sillä tavalla, jolla enemmistötaho hankki yhdeksän kymmenesosan omistuksensa.¹¹⁷

Täytyessään suhteellinen 9/10-ehto muodostaa vahvan presumption ostotarjouksen mukaisen vastikkeen soveltuvuudesta käyväksi hinnaksi myös loppujen osakkeiden lunastuksessa. Tämän vuoksi brittiläiset tuomioistuimet hyväksyvät vain erittäin poikkeuksellisesti kanteita, joissa on riitautettu 9/10-sääntöön perustuva lunastushinta.¹¹⁸ Vähemmistöosakkaalle kuuluu kantajana todistustaakka siitä, että tällainen vastike on ollut liian pieni ja siten kohtuuton. Koska yhdeksää osaketta kymmenestä edustaneet omistajat ovat olleet valmiita hyväksymään tarjotun vastikkeen, näyttökynnys kohtuuttomuudesta on sangen korkealla.¹¹⁹

Edellä sanottu koskee tilanteita, joissa ostotarjous on hyväksytty 9/10-säännön mukaisesti. Säännös on kuitenkin arvelluttava, jos merkityksellisenä seikkana pidetään osakeyhtiön perusluonnetta pääomayhteisönä, jossa vai-

¹¹⁵ Farrar 1998, s. 607.

¹¹⁶ Ks. esim. Morgan 1988, s. 491 ja Wooldridge 1987, s. 303.

¹¹⁷ Gower 1992, s. 735: ”— what concerns the shareholder is whether he wants to remain a minority shareholder in a company of which the offeror holds 90 per cent., however that may have been acquired.”

¹¹⁸ Oikeustapauksista esim. McCormick 1997, s. 64–65, jonka mukaan poikkeusperusteena on pidetty sitä, ettei kohteena olleilla sijoittajilta ollut riittävää informaatiota tarjousta koskevista taloudellisista seikoista.

¹¹⁹ Gower 1992, s. 737, alav. 18: “The courts — seemed to regard it as scarcely believable that there could be anything wrong with a bid accepted by 90 per cent.”

kutusvalta päätöksenteossa johdetaan lähtökohtaisesti asianomaisen tahon yhteisön käyttöön asettaman pääomapanoksen suuruudesta. Tälle lähtökohdalle vastakkaisesti englantilainen 9/10-sääntö antaa lähes absoluuttisen veto-oikeuden ”vähemmistön vähemmistölle”. Vaikka julkisen ostotarjouksen tekijän ja hänen kanssaan yhteistoiminnassa olevien omistamia osakkeita ei oteta huomioon, niin muista osakkeista vain kymmenesosaa edustava taho voi periaatteessa estää tarjoajaa saavuttamasta tavoitettaan eli oikeutta loppujen osakkeiden lunastamiseen. Tämä ei välttämättä ole muiden vähemmistöosakkaidenkaan edun mukaista. Ostotarjouksessa on tavanomaisesti ehto, jonka mukaan tarjouksen tekijä edellyttää 9/10-rajan ylittymistä. Jollei näin käy, tarjous raukeaa. Tällöin tarjouksen hyväksyneetkään pienomistajat eivät voi saada osakkeistaan vastiketta, jos ”vähemmistön vähemmistö” pitää tarjousta riittämättömänä.

Tarjouksen tekijä ei myöskään välttämättä ole valmis ostamaan tarjouksen päätyttyä osakkeita erikseen niiltä, jotka olisivat hyväksyneet tarjouksen, sillä hänen kannaltaan ei juuri ole merkitystä sillä, kuinka suuri vähemmistö yhtiössä on, jos hänen tavoitteenaan oleva yksinomainen omistus ei voi toteutua. Kuten edellä jo todettiin, Englannissa ei ole mahdollista saada lunastusoikeutta muuten kuin julkisen ostotarjouksen kautta; jos enemmistöosakas ylittää 9/10-rajan ilman ostotarjousta, esimerkiksi pörssi-kaupoin, ei hän voi vaatia loppujen osakkeiden lunastamista.

Englannin 9/10-ehdosta on huomionarvoista vielä se, että – toisin kuin pohjoismaisessa säädännössä – lunastusoikeuden olemassaoloa tarkastellaan osakelajeittain. Ostotarjouksen ei siten edellytetä koskevan kaikkia kohdeyhtiön osakkeita, vaan se voidaan kohdentaa koskemaan vain yhtä tai muutamaa osakelajia.¹²⁰ Tällaisen rajoituksen olemassaolo varmentaa, ettei ostotarjouksen hyväksymistä saavuteta suosimalla tiettyyn lajiin kuuluvien osakkeiden omistajia toisten kustannuksella. Periaatteessahan tarjous voitaisiin muotoilla muita edullisemmaksi tietyn lajin osakkeille, jotta sen hyväksyminen olisi erityisen houkuttelevaa näiden osakkeiden omistajille. Mutta koska 9/10-säännön on täytyttävä kussakin osakelajissa, ei muiden lajien osakkeita voida lunastaa, vaikka tietyn lajisten osakkeiden osalta tarjouksen on hyväksynyt niin suuri enemmistö, että hyväksymiset kattaisivat vähintään 9/10 myös laskettuna kaikista tarjouksen kohteena olevista osakkeista.

¹²⁰ Osakelajia koskevista määrittelyongelmista englantilaisessa yhtiöoikeudessa ks. Ferran 1999, s. 332.

4.3 Saksa ja Sveitsi

Saksalaiseen osakeyhtiölakiin sisältyy pohjoismaista vastaava perussäännös vähemmistöosakkeiden lunastamisesta.¹²¹ Lunastusraja on kuitenkin asetettu korkeammalle, 95 %:iin koko osakekannasta laskettuna. Toisin kuin Suomessa ja Skandinaviassa, Saksan säännös ei myöskään edellytä rajan ylittymistä osakkeiden tuottamien äänien osalta; riittävää on, että vähemmistön osuus osakekannasta on laskenut alle 5 %:n. Heidän ääniosuutensa on säännöksen kannalta merkityksetön seikka. Lisäksi on huomionarvoista, että oikeus vaatia lunastusta kuuluu yksinomaan enemmistöosakkaalle. Säännöksen tarkoittamassa omistustilanteessa piensijoittajalla ei ole itseenäistä oikeutta vaatia enemmistöosakkaalta osakkeiden lunastamista.

Saksan lain mukaan lunastuksesta päätetään kohdeyhtiön yhtiökokouksessa. Enemmistöosakas voi osallistua päätöksentekoon, joten hänellä on oikeus äänestää lunastusesityksensä puolesta. Tässä suhteessa säännös eroaa edellä 3.2 luvussa hahmotellusta *de lege ferenda* -suosituksesta, jossa päätösvalta lunastuksen hyväksyttävyydestä annettaisiin muiden sijoittajien kuin määräysvaltaosakkaan käsiin.

Saksan osakeyhtiölaki pyrkii turvamaan lunastushinnan kohtuullisuuden edellyttämällä tilintarkastajan lausuntoa asiasta.¹²² Toisaalta tilintarkastajan nimeää tosiasiallisesti enemmistöosakas, joten hänen riippumattomuutensa voidaan tältä osin kyseenalaistaa. Vähemmistösijoittajalla on kuitenkin oikeus myös riitauttaa yhtiökokouksen päätös lunastuksesta osakkeista tarjotun hinnan osalta.¹²³

Saksalaisessa oikeuskäytännössä on perinteisesti suhtauduttu kielteisesti ajatukseen lunastushinnan perustamisesta pörssikurssiin.¹²⁴ Nytemmin kanta on kääntynyt täysin päinvastaiseksi: kohtuullisuus johdetaan uusimmissa oikeustapauksissa nimenomaan markkinahinnasta.¹²⁵ Kannanmuutos lienee merkityksellinen tilanteissa, joissa lunastusraja ylittyy vähintään pörssikurssin mukaiseen hintaan tehdyllä julkisella ostotarjouksella.

¹²¹ Saksalaisen osakeyhtiölain (Aktiengesetz 1965) 327a(1) §:n mukaan ”[d]ie Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft – – kann auf Verlangen eines Aktionärs, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 vom Hundert des Grundkapitals gehören (Hauptaktionär), die Übertragung der Aktien der übrigen Aktionäre (Minderheitsaktionäre) auf den Hauptaktionär gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung beschließen.“

¹²² Aktiengesetz 327c(1) § 2 kohta, toinen virke.

¹²³ Aktiengesetz 327f(1) § toinen virke.

¹²⁴ Ks. Markus Krogin tuoreessa väitöskirjassaan esittämä yhteenvedo (Krog 2000).

¹²⁵ Bungert 2000, s. 1845–1849 ja Grossfeld 2000, s. 208–211.

Tämä kehitys lähentää saksalaista oikeustilaa myös sveitsiläiseen säädäntöön. Sveitsin pörssilaki¹²⁶ nostaa rajan enemmistöosakkaan lunastusoikeudelle vieläkin korkeammalle kuin Saksassa, peräti 98 prosenttiin. Lain nimenomaisen säännöksen nojalla enemmistöosakas, jonka osuus kohdeyhtiössä nousee julkisen ostotarjouksen myötä yli edellä mainitun omistusrajan, voi lunastaa loputkin osakkeet samasta hinnasta kuin tarjouksessa. Koska hinnalta edellytetään edullisuutta kohteena olevien sijoittajien kannalta, sen tulee olla ainakin ennen tarjousta vallinnutta pörssikurssia korkeampi.¹²⁷

Enemmistöosakkaan lunastusoikeus Sveitsissä edellyttää julkisen ostotarjouksen tekemistä;¹²⁸ rajan ylittäminen pörssissä tai yksityisin kaupun pörssin ulkopuolella ei perusta tällaista oikeutta. Sveitsiläinen oikeusjärjestys – toisin kuin Englannissa ja Ruotsissa – ei kuitenkaan aseta vaatimuksia ostotarjouksen menestymiselle. Riittävää on, että lunastusraja ylitetään tarjouksen avulla. Siten tarjouksen hyväksyminen yhdenkin osakkeen osalta voi teoriassa laukaista lunastusoikeuden, jos tuo osake johtaa yli 98 prosentin osuuteen.

Toisaalta saksalaisen ja sveitsiläisen lunastusrajan korkeus on omiaan kärjistämään vähemmistön pidättäytymisongelmaa. Etenkin Sveitsissä, jossa jo hieman yli kahden prosentin omistuksella voi saada absoluuttisen veto-oikeuden, ei enemmistötaholla liene tosiasiallista mahdollisuutta lunastaa muita osakkaita muutoin kuin heidän hyväksymällä hinnalla; vaikka yhtiön vähemmistöomistajista yhdelläkään ei olisi tällaista veto-oikeutta, jo muutaman osakkaan yhteistoiminnalla, jossa sovittaisiin osapuolten myyvän osakkeensa ainoastaan yhdessä, kahden prosentin raja voitaisiin saavuttaa, jolloin enemmistöosakas ei pystyisi vastoin yhteystoimintasopimusta lunastamaan heidän osakkeitaan.

4.4 Yhdysvallat

Yhdysvalloissa ensisijaisen pohjan enemmistöomistajan lunastusoikeudelle muodostaa osavaltiokohtainen yhtiölainsäädäntö. Toisaalta määräys lunastusoikeudesta voi sisältyä myös yhtiöjärjestykseen. Sikäläinen liittovaltiösäädäntö ei määrittele lunastusoikeuden syntymistä edes pörssiyhtiöissä tai muissa sellaisissa yhtiöissä, joiden omistajakunta jakautuu useampaan osavaltioon; liittovaltiotason lainsäädäntö on kuitenkin merkityksellinen muun muassa arvioitaessa, onko lunastaja täyttänyt tiedonantovelvollisuutensa.

¹²⁶ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (24.3.1995).

¹²⁷ Köpfl 1998.

¹²⁸ Forum Europaeum Konzernrecht 2000, s. 73.

Ennen vuoden 1962 malliyhtiölainsäädäntöä (*Model Business Corporate Act*) useimmassa osavaltiossa lunastusoikeuden syntyminen yleensä edellytti kahden kolmasosan omistusoikeuden saavuttamista. Mallilain myötä useat osavaltiot ovat väljentäneet säännöstöjään ja laskeneet lunastusrajan 50 %:iin. Näin on menetelty muun muassa Delawaressa, joka on kotipaikka valtaosalle amerikkalaisista pörssiyrityksistä.¹²⁹

Yhdysvaltalainen lunastusmenettely liittyy fuusioon. Edellä todetut rajat tarkoittavat siten yhtiökokouksessa tarvittavaa kannatusta sulautumiselle. Päätös voidaan tehdä yksinkertaisella enemmistöllä kokouksessa annetuista äänistä. Sikäläinen mallilaki kuitenkin edellyttää, että sulautumisesta päättävässä yhtiökokouksessa on edustettuna vähintään puolet yhtiön liikkeeseen laskemista osakkeista. Ääritapauksessa, jos kokouksessa on juuri puolet osakkeista läsnä, fuusiopäätöksen hyväksymiseen riittää, että sitä kannattavilla osakkailla on koko osakekannan tuottamista äänistä hieman enemmän kuin yksi neljäsosa.¹³⁰

Julkisella ostotarjouksella tai muutoin enemmistön kohdeyhtiössä saavuttanut osakastaho voi Yhdysvalloissa hyödyntää lunastusoikeuttaan vain välillisesti, sulautusmenettelyn kautta. Menestyksellistä ostotarjousta seuraava fuusio saatetaan tehdä käänteisesti, jolloin tarjouksen kohteena ollut pörssinoteerattu emoyhtiö (A) sulautuu kokonaan omistamaansa tytäryhtiönsä (B) siten, että A:n enemmistöosakas saa B:n osakkeet samalla kuin A:n vähemmistöosakkailla on oikeus vain käteisvastikkeeseen. Näin enemmistöosakas eliminoi ne pörssiyritykset A:n osakkaat, jotka eivät ole hyväksyneet ostotarjousta.¹³¹ Tavanomaisesti tämä tavoite julkistetaan jo A:n osakkeista tehdyn ostotarjouksen yhteydessä. Samassa tarkoituksessa voidaan vaihtoehtoisesti hyödyntää ”kuoriyhtiömenettelyä”. Tällöin ostotarjouksen kohdeyhtiön osakkeista tehnyt taho perustaa uuden yhtiön, jonka kaikki osakkeet hän itse omistaa. Seuraavaksi enemmistötaho päättää määräysvaltansa turvin kohdeyhtiön sulautumisesta kuoriyhtiöön ehdoin, joiden mukaan kaikille muille kohdeyhtiön osakkailla kuin hänelle tarjotaan vastikkeeksi käteistä; hän luovuttaa itse itselleen kuoriyhtiön osakkeet

¹²⁹ Gomez 2001, s. 1, alav. 1. Useimmat osavaltiot, mm. New York, Ohio ja Massachusetts, kuitenkin yhä edellyttävät määräenemmistöä, Clarkson *et al.* 2001, s. 680. Niin ikään useat suuryritykset ovat nostaneet rajaa yhtiöjärjestysmääräyksiin; vuonna 1995 suurimmasta 15.000 yhtiöstä näin oli menetelty 18 %, *ibid.*

¹³⁰ Hamilton 2000, s. 633.

¹³¹ Tällaisesta sulautumisesta käytetään yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa kuvaavia nimityksiä ”cash out merger”, ”freeze out merger” ja ”squeeze out merger”, Hamilton 2000, s. 622.

vastikkeeksi omista osakkeistaan kohdeyhtiössä.¹³²

Delawaren ja useiden muiden osavaltioiden yhtiölainsäädäntö toisaalta sallii nopeutetun menettelyn tytäryhtiöfuusiolla tilanteessa, jossa emoyhtiö omistaa yli 90 % kustakin tytäryhtiön liikkeeseen laskemasta osakelajista.¹³³ Tällöin päätöksen fuusiosta ja siihen liittyvästä tytäryhtiön vähemmistöosakkeiden lunastamisesta voi tehdä emoyhtiön hallitus; niin ikään tytäryhtiössä fuusiosta päättää hallitus.¹³⁴ Tytäryhtiöfuusiossa saatetaan myös menetellä siten, että tytäryhtiön vähemmistöomistajille tarjotaan vain käteistä vastike, jolloin he eivät fuusion kautta voi päästä emoyhtiön osakkaiksi.

Yhdysvaltalainen oikeusjärjestys edustaa toista ääripäätä verrattuna edellä kuvattuihin Saksan ja Sveitsin säännöstöihin, joissa enemmistöosakkaan lunastusoikeuden edellytykseksi on asetettu 95 ja 98 %:n omistusosuus yhtiössä. Koska alimmillaan 25 %:n omistuksella voi Yhdysvalloissa saada aikaan lunastustilanteen, on selvää, että sikäläisessä yhtiökäytännössä on olemassa tarve muille välineille lunastustilanteiden kohtuullisuuden varmentamiseksi.

Vaikka sulautumismenettely antaa enemmistötaholle mahdollisuuden vähemmistöomistajien eliminoimiseen, lainsäädäntö tietyissä osavaltioissa kuitenkin edellyttää, että fuusioon on ryhdytty liiketoiminnallisesti perusteltavissa olevasta syystä eikä ainoastaan omistuksen keskittämiseksi. Delawarissa tätä ei kuitenkaan enää vaadita.¹³⁵ Toisaalta fuusion tulee olla kohtuullinen kaikille osapuolille. Tämä vaatimus koskee tavanomaisesti sekä menettelyä ("fair dealing") että tarjottua vastiketta ("fair price").¹³⁶ Delawaren uusimmassa oikeuskäytännössä kuitenkin katsotaan, että menettelyn kohtuullisuutta ei voida menestyksellisesti riitauttaa, jos fuusiotilannetta on edeltänyt julkinen ostotarjous, jonka tehneen tahon omistukseen päättyy yli 90 % kohdeyhtiön osakkeista. Tällöin fuusio on mahdollista toteuttaa nopeutetusti, vain yhtiön hallitusten päätöksin, eikä fuusiota vastustava osakas kohdeyhtiössä voi saattaa tuomioistuimen arvioitavaksi muuta kysymystä kuin tarjotun fuusiovastikkeen kohtuullisuuden.¹³⁷

¹³² Mann – Roberts 1999, s. 746–747.

¹³³ Delaware General Corporation Law, Section 253.

¹³⁴ Hamilton 2000, s. 623: "The major practical justification for the short form merger statute is that it effectuates a saving of the cost of proxy solicitations and meetings where the parent corporation is publicly held."

¹³⁵ Tämä kanta muodostettiin sikäläisessä ennakkotapauksessa vuodelta 1983, ns. Weinberger-tapaus (ks. Gilson – Black 1995, s. 1287 ja Wertheimer 1998, s. 616–617).

¹³⁶ Joissakin osavaltioissa on rajoitettu vaatimaan kohtuullisuutta vain fuusiojärjestelyltä sinänsä ("fair transaction"), Mann – Roberts 1999, s. 747.

¹³⁷ Radin 2001, s. 1 ja 9.

Niillä osakkailta, jotka eivät ole tyytyväisiä sulautumisessa tarjottuun käteisvastikkeeseen, on joissakin osavaltioissa lisäksi oikeus kääntyä tuomioistuimen puoleen ja vaatia sitä määrittelemään käypä lunastushinta.¹³⁸ Esimerkiksi Delawaren nykyinen oikeuskäytäntö sallii nojautumisen periaatteessa mihin tahansa yleiseen arvonmääritysmalliin.¹³⁹ Lainsäädännössä on tavanomaisesti asetettu tavoitteeksi lunastushinnan määrääminen ennen sulautumista vallinneen osakkeen arvon mukaisesti.¹⁴⁰ Toisaalta eräät osavaltiot poissulkevat kannemahdollisuuden sellaisten osakkeiden osalta, jotka ovat olleet julkisen kaupankäynnin kohteena.¹⁴¹ Tämä ”market exception”-sääntö kuvaa ajatusta siitä, että oikeussuojan tarve on vain sellaisilla vähemmistöomistajilla, jotka eivät ole voineet turvautua markkinoihin omistuksensa realisoinniseksi.¹⁴² Näin on myös Delawaressa; sikäläinen säädäntö kuitenkin rajaa tämän säännön soveltamisalaa merkittävästi, sillä se tulee sovellettavaksi vain tapauksiin, joissa vastikkeeksi sulautuvan yhtiön omistajille ei tarjota osakkeita vastaanottavassa tai muussa pörssiyhtiössä.¹⁴³

Tuomioistuimen toimesta tehtävää arvonmääritystä on yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa arvosteltu hankalaksi ja vähemmistöosakkaalle kalliiksi menettelyksi. Sen tarjoama suoja on kyseenalaistettu verrattuna eurooppalaiseen sääntelyyn, jossa käteisvastikkeella toteutettavassa lunastuksessa enemmistötaholta edellytetty omistusosuus on asetettu 90 %:iin tai jopa sitä korkeammalle.¹⁴⁴

¹³⁸ Tavanomaisesti osavaltiosäädäntö on asettanut arvonmäärityksen yksinomaiseksi suoja-keinoksi. Sille vaihtoehtoisesti piensijoittaja ei voi vaatia vahingonkorvausta tai sulautumispäätöksen kumoamista, ellei hän osoita enemmistöomistajan menettelleen petollisesti (*fraudent*), Hamilton 2000, s. 629. Näin on myös Delawaressa, Wertheimer 1998, s. 617.

¹³⁹ Aikaisempi oikeuskäytäntö hyödynsi ns. Delaware block” -laskentamallia, jossa huomioitiin osakkeen laskennallinen substanssi ja tuottoarvo samoin kuin markkinahinta ennen julkisen ostotarjouksen tekemistä. Kunkin mainitun komponentin painoarvo oli yhtä suuri, joten lunastushinnaksi määrättiin niiden keskiarvo. Ks. esim. Allred 1986, s. 204–210, Fischel 1983, s. 890–893 tai Clardy 1995, s. 290–298. Edellä mainitussa Weinberger-ennakkotapauksessa tuomioistuimia kuitenkin kehoitettiin omaksumaan ”[a] more liberal approach [that] must include proof of value by any techniques or methods which are generally considered acceptable in the financial community and otherwise admissible to the court” (Wertheimer 1998, s. 617).

¹⁴⁰ Letsou 1998, s. 1152.

¹⁴¹ Tällaisia osavaltioita on 24; tieto on vuodelta 1995, Siegel 1995, s. 96 ja 125.

¹⁴² Oikeuskirjallisuudessa on esitetty kritiikkiä, koska tämä poikkeus ei suojaa vähemmistöomistajaa kohtuuttomilta ostotarjouksilta, esim. Hamilton 2000, s. 631.

¹⁴³ Delaware General Corporation Law 262(2)(b) § (esim. Balotti – Finkelstein 2001, s. 246).

¹⁴⁴ Hamilton 2000, s. 630. Vastaavasti Gilson – Black 1995, s. 1266–1267. Nämä ongelmat ovat rasittaneet menettelyä jo aiemmin, ks. Carney 1980, s. 118.

Toisaalta huomionarvoista yhdysvaltalaisessa lunastuskäytännössä on, ettei siinä ole kategorisesti poissuljettu mahdollisuutta fuusiosta seuraavien synergiaetujen jakamiseen myös rahallisen korvauksen osakkeistaan saavalle vähemmistölle. Siten lunastushinta voidaan asettaa ainakin periaatteessa ennen fuusio- ja lunastustilanteen syntymistä edeltänyttä pörssikurssia samoin kuin ostotarjoushintaa korkeammalle tasolle.¹⁴⁵

5 YHTEENVETO

Osakeyhtiölain 14:19 §:n lunastussäännöksen kehittämiseksi on asetettu tässä kirjoituksessa lähtökohdaksi yhtäältä tehokkuus taloudellisessa mielessä ja toisaalta veto-oikeuden pysyttäminen mahdollisimman pitkälle ostotarjouksen kohteena olevien sijoittajien käsissä. Näistä päädytään siihen, että ostotarjouksen mukaista vastiketta tulisi pitää käypänä hintana vain, jos tarjouksen hyväksyneet sijoittajat edustavat yksinkertaista enemmistöä kohteena olleista osakkeista; muussa tapauksessa tarjottua vastiketta ei voitaisi määrittää välittömästi, ilman välimiesoikeuden harkintaa käyväksi hinnaksi.

Määräysvaltaosakkaan jo omistamat osakkeet olisi poissuljettu tämän päätöksenteon ulkopuolelle, joten tarjous ei voisi olla pakottava yksittäisen vähemmistöosakkaan näkökulmasta. Harkitessaan ostotarjouksen hyväksymistä tai hylkäämistä omalta osaltaan kukin sijoittaja luonnollisesti kiinnittää huomiota vallitsevaan pörssikurssitasoon, mutta mikään ei estä häntä hylkäämästä tarjousta, jos hän pitää kurssin ylittävää preemiota riittämättömänä. Jos näin menettelee tarjouksen kohteena olevista osakkeista valtaosaa edustavat sijoittajat, jolloin tarjous ei siis saa hyväksymistä yksinkertaiselta enemmistöltä, siirtyy kysymys käyvästä hinnasta välimiesoikeuden arvioitavaksi, jos lunastusraja on kuitenkin tarjouksella tai myöhemmin muuten ylittynyt.

Toisaalta yksittäisellä osakkaalla tulisi aina olla itsenäinen mahdollisuus oikeusprosessin vireillepanoon, jolloin ainakin välimiesoikeus arvioisi, tuleeko hänen tyytyä siihen vastikkeeseen, jonka ovat hyväksyneet enem-

¹⁴⁵ Weinberger-tapauksessa tuomioistuin lausui, että ” -- elements of future value, including the nature of enterprise, which are known or susceptible as proof as of the date of the merger and not the product of speculation, may be considered” (Gilson – Black 1995, s. 1288). Myös Coates 1999, s. 1349–1352 puolustaa synergiaedun jakamista myös piensijoittajien käteislunastuksessa. Vrt. kuitenkin Siegel 1995, s. 139–140, jossa arvostellaan tällaista kantaa: ”Minority shareholders should not be able to ‘have it both ways’: to exit the corporation through appraisal and at the same time to share in future expected gains.”

mistöä tarjouksen kohteena olevista osakkeista edustavat omistajat. Tämä mahdollisuus täyttäisi perustuslain vaatimuksen omaisuudensuojasta.

Julkisen ostotarjouksen kohteena olevat osakkaat muodostavat vähemmistön määräysvaltaosakkaaseen nähden, joten he ovat keskenään samassa asemassa. Heidän mahdollisuutensa saada osakkuudesta tuottoa ovat yhtäläiset; käytännössä se rajoittuu odotukseen pörssiturssin noususta ja mahdollisista osingoista. Koska he ovat ryhmänä homogeeninen, ei ole todennäköistä, että heidän kantansa ostotarjouksen hyväksymisen tai hylkäämisen suhteen saattaisivat voimakkuudeltaan olennaisesti poiketa toisistaan. Näin ollen ei ole perusteltua edellyttää muuta kuin yksinkertaista enemmistöä hyväksymiseltä. Määräenemmistövaatimus toisaalta lisäisi riskiä vähemmistöosakkaiden keskinäisestä opportunistista, jolloin yksittäinen sijoittaja voisi oman myönteisen kantansa hintana vaatia lisäkorvausta muilta vähemmistöasemassa olevilta sijoittajilta. Riski opportunistista olisi sitä suurempi, mitä korkeampaa enemmistöä edellytettäisiin.

LÄHDELUETTELO

- ALLRED, William S. (1986). Chipping Away at the Delaware Block: A Critique of the Delaware Block Approach to the Valuation of Dissenters' Shares in Appraisal. *Western New England Law Review*, s. 191–227.
- ANDERSEN, Paul Krüger (1997). *Studier i dansk koncernret*. Denmark.
- ARROW, Kenneth J. (1998). The External Costs of Voting Rules: A Note on Guttman, Buchanan, and Tullock. *European Journal of Political Economy*, s. 219–222.
- ASTOLA, Tiina (1990). *Arvopaperimarkkinoiden oikeussäännöt*. Jyväskylä.
- BALOTTI, R. Franklin – FINKELSTEIN, Jesse A. (Eds.) (2001). *The Delaware Law of Corporations & Business Organisations – Statutory Deskbook (2001 Ed.)* USA.
- BARZEL, Yoram – SASS, Tim R. (1990). The Allocation of Resources by Voting. *Quarterly Journal of Economics*, s. 745–771.
- BEBCHUK, Lucian (1985). Toward Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers. *Harvard Law Review*, s. 1693–1808.
- BEBCHUK, Lucian – HART, Oliver (2001). *Takeover Bids vs. Proxy Fights in Contests for Corporate Control*. (The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, No. 336.) USA.
- BEBCHUK, Lucian Arye – KAHAN, Marcel (2000). Adverse Selection and Gains to Controllers in Corporate Freezeouts. Teoksessa: MORCK, Randall K. (Ed.), *Concentrated Corporate Ownership*. USA.
- BENHAM, Lee – KEEFER, Philip (1991). Voting in Firms: The Role of Agenda Control, Size and Voter Homogeneity. *Economic Inquiry*, s. 706–719.
- Van der BERG, Kent T. (1984). Approval of Take-out Mergers by Minority Shareholders: From Substantive to Procedural Fairness. *The Yale Law Journal*, s. 1113–1126.
- BERNSTEIN, Peter (1992). *Capital Ideas*. USA.

- BLUMBERG, Gunnar (1997). Ny praxis vid tvånginlösen av aktier. *Balans* Nr. 2, s. 31–34.
- BREALEY, Richard A. – MYERS, Stewart C. (2000). *Principles of Corporate Finance* (6th Ed.). United Kingdom.
- BRÅTHEN, Tore (1999). [Oikeustapausselostus:] RG 1999 s. 9 (Borgarting). *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, s. 20–21.
- BRÅTHEN, Tore (2000). [Oikeustapausselostus:] RG 2000 s. 533 (Oslo). *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, s. 119–120.
- BUCHANAN, Allen (1985). *Ethics, Efficiency, and the Market*. USA.
- BUCHANAN, James M. (1984). Rights, Efficiency, and Exchange: The Irrelevance of Transaction Cost. Teoksessa: NEUMANN, Manfred (Ed.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*. (Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften – Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Band 140.) Germany.
- BUCHANAN, James M. (1998). Agreement and Efficiency: Response to Guttman. *European Journal of Political Economy*, s. 209–213.
- BUCHANAN, James M. – TULLOCK, Gordon (1962). *The Calculus of Consent*. USA.
- BUNGERT, Hartwin (2000). Unternehmungsbewertung nach Börswert: Zivilrechtliche Umsetzung der BverfG-Rechtsprechung. *BetriebsBerater*, s. 1845–1849.
- BURKART, Mike – GROMB, Denis – PANUNZI, Fausto (1998). Why Higher Takeover Premiums Protect Minority Shareholders. *Journal of Political Economy*, s. 172–204.
- BUTLER, Henry N. (1998). *Economic Analysis for Lawyers*. USA.
- BUXBAUM, Richard M. (1985). The Internal Division of Powers in Corporate Governance. *California Law Review*, s. 1671–1734.
- CALABRESI, Guido – MELAMED, Douglas A. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, s. 1089–1128.
- CALABRESI, Guido (1991). The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. *The Yale Law Journal*, s. 1211–1237.
- CARNEY, William J. (1980). Fundamental Corporate Changes, Minority Shareholders, and Business Purposes. *American Bar Foundation Research Journal*, s. 69–132.
- CHEFFINS, Brian R. (1997). *Company Law: Theory, Structure and Operation*. Great Britain.
- CLARDY, Don S. (1995). Valuation of Dissenters' Stock under the Appraisal Remedy – Is the Delaware Block Method Right for Tennessee? *Tennessee Law Review*, s. 285–311.
- CLARKSON, Kenneth W. – MILLER, Roger LeRoy – JENTZ, Gaylord A. – CROSS, Frank B. (2001). *West's Business Law (Eight Ed.)*. USA.
- COATES, John C. IV (1999). "Fair Value" as an Avoidable Rule of Corporate Law: Minority Discounts in Conflict Transactions. *University of Pennsylvania Law Review*, s. 1251–1359.
- COHEN, David (1985). Valuation in the Context of Share Appraisal. *Emory Law Journal*, s. 117–155.
- COHEN, Lloyd R. (1990). Why Tender Offers? The Efficient Market Hypothesis, the Supply of Stock, and Signaling. *The Journal of Legal Studies*, s. 113–143.
- COHEN, Lloyd R. (2000). *Lotteries, Liberty, and Legislatures*. [Unpublished, dated February 9th, 2000]. USA.
- COLEMAN, Jules L. (1988). *Markets, Morals and the Law*. USA.
- COMPANY LAW AMENDMENT COMMITTEE (1925–26). *Report Presented to Parliament by Command of His Majesty*. United Kingdom.
- COOTER, Robert – ULEN, Thomas (2000). *Law and Economics (Third Ed.)*. USA.
- De ALESSI, Louis (1973). Private Property and Dispersion of Ownership in Large Corporations. *28 Journal of Finance*, s. 839–851.

- DNES, Antony W. (1996). *The Economics of Law*. United Kingdom.
- DOWNES, Anthony (1961). In Defense of Majority Voting. *Journal of Political Economy*, s. 192–199.
- EASTERBROOK, Frank H. – FISCHER, Daniel R. (1991). *The Economic Structure of Corporate Law*. USA.
- EIDENMÜLLER, Horst (1995). *Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen.
- FAMA, Eugene F. (1991). Efficient Capital Markets: II. *Journal of Finance*, s. 1575–1616.
- FAMA, Eugene F. (1998). Market Efficiency, Long-term Returns, and Behavioral Finance. *Journal of Financial Economics*, s. 283–306.
- FELDMAN, Allan M. (1998). Kaldor-Hicks Compensation. Teoksessa: NEWMAN, Peter (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2. United Kingdom.
- FELDMAN, Allan M. (1998a). Pareto Optimality. Teoksessa: NEWMAN, Peter (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3. United Kingdom.
- FERRAN, Eilís (1999). *Company Law and Corporate Finance*. Great Britain.
- FISCHER, Daniel R. (1983). The Appraisal Remedy in Corporate Law. *American Bar Foundation Research Journal*, s. 875–902.
- FRIEDMAN, David (1996). *Hidden Order – the Economics of Everyday Life*. USA.
- FRIIS JENSEN, Orla (2000). Recension – Hager, Richard: Värderingsrätt – Särskilt om ersättning och värdering vid expropriation. *Juridisk Tidskrift 2000–01*, s. 206–213.
- FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT (2000). *Corporate Group Law for Europe*. Stockholm.
- GILSON, Ronald J. – BLACK, Bernhard S. (1995). *The Law and Finance of Corporate Acquisitions (Second Ed.)*. USA.
- GOMES, Armando (2001). *Takeovers, Freezeouts, and Risk Arbitrage*. (Working Paper, The Rodney L. White Center for Financial Research, The Wharton School, University of Pennsylvania.) USA.
- GOSHEN, Zohar (1997). Controlling Strategic Voting: Property Rule or Liability Rule? *Southern California Law Review*, s. 741–804.
- GOSHEN, Zohar – WIENER, Zvi (2000). *The Value of Freezeout Option*. (UC Berkeley Law and Economics Working Paper 2000–2.) USA.
- GOWER, L.C.B. (1992). *Principles of Modern Company Law (Fifth Ed.)*. London.
- GRANQVIST, Roland (1993). *Effektivitet i ekonomisk analys: Paretokriteriet – tolkningar, försvar och kritik*. Karlsham.
- GRIFFIN, Ronald C. (1995). On the Meaning of Economic Efficiency in Policy Analysis. *Land Economics*, February, s. 1–15.
- GROSSFELD, Bernhard (2000). Unternehmenswert und Rechtskultur. Teoksessa: BAUMS, Theodor – HOPT, Klaus J. – HORN, Norbert (Eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*. Great Britain.
- GUTTMAN, Joel M. (1998). Unanimity and Majority Rule: The Calculus of Consent Reconsidered. *European Journal of Political Economy*, s. 189–207.
- HAGER, Richard (1998). *Värderingsrätt – Särskilt om ersättning och värdering vid expropriation*. Stockholm.
- HAMILTON, Robert W. (2000). *The Law of Corporations in a Nutshell (Fifth Ed.)*. USA.
- HARRISON, Jeffrey L. (1995). *Law and Economics*. USA.
- HARSANYI, John C. (1953). Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking. *Journal of Political Economy*, s. 434–435.

- HARSANYI, John C. (1953). Cardinal Welfare, Individual Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility. *Journal of Political Economy*, s. 309–321.
- HART, Oliver (1979). On Shareholder Unanimity in Large Stock Market Economies. *Econometrica*, s. 1057–1083.
- HE 27/1977 vp., Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.
- HE 309/1993 vp., Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 89/1996 vp., Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 1/1998 vp., Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HEINBERG, John Gilbert (1926). History of the Majority Principle. *American Political Science Review*, s. 52–68.
- HEINBERG, John Gilbert (1932). Theories of the Majority Rule. *American Political Science Review*, s. 452–469.
- HEMMO, Mika (1998). *Sopimus ja delikti – Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista*. Jyväskylä.
- HODRICK, Laurie Simon (1999). Does Stock Price Elasticity Affect Corporate Finance Decisions? *Journal of Financial Economics*, s. 225–256.
- HOLDERNESS, Clifford G. – SHEEHAN, Dennis P. (1988). The Role of Majority Shareholders in Publicly Held Corporations: An Explanatory Analysis. *Journal of Financial Economics*, s. 317.
- HOLDERNESS, Clifford G. – SHEEHAN, Dennis P. (2000). Constraints on Large-Block Shareholders. Teoksessa: MORCK, Randall K. (Ed.), *Concentrated Corporate Ownership*. USA.
- JENNEGREN, Peter (1996). Marknadspriser och teoretiska värden i tvånginlösen ärenden före och efter Balken-målet. *Juridisk Tidskrift*, Nr 1, s. 59–88.
- KAISANLAHTI, Timo (1995). Vähemmistöosakkaan oikeus lunastukseen määräysvallan siirryttyä. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXVIII*, s. 141–235.
- KAISANLAHTI, Timo (1996). Osakkeenomistajan rajoitettu vastuu. Teoksessa: KANNIAINEN, Vesa – MÄÄTTÄ, Kalle (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Tampere.
- KAISANLAHTI, Timo (1998). Osakkeen jakamattomuus ja osakkaan äänioikeuden perusta. Teoksessa: KANNIAINEN, Vesa – MÄÄTTÄ, Kalle (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2*. Helsinki.
- KAISANLAHTI, Timo (1999). *Sidosryhmät ja riski pörssiyhtiössä*. Helsinki.
- KAPLOW, Louis – SHAVELL, Steven (1994). Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies*, s. 664–681.
- KAPLOW, Louis – SHAVELL, Steven (1999). *Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle* (Working Paper – Harvard Law School and National Bureau of Economic Research). USA.
- KAPLOW, Louis – SHAVELL, Steven (2000). Should Legal Rules Favour the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and Income Tax in Redistributing Income. *Journal of Legal Studies*, s. 821–835.
- KEYNES, John Maynard (1959). *Työllisyys, korko ja raha*. Porvoo.
- KM 1989:36. *Sijoittajansuoja arvopaperimarkkinoilla – Arvopaperikaupparekomiitean II osamietintö*. Helsinki.
- KROG, Markus (2000). *Marktorientierung und gesellschaftsrechtliche Unternehmungsbewertung – Aktienkurse als Determinante von Abfindungen und Umtauschverhältnissen*. Germany.

- KROHN, Mads (2000). *Tvangsinnløsning av aksjeeiermindretall* [käsikirj.; julk. myöh.: *Tidsskrift for Forretningsjus* 1/2000, s. 20–156].
- KUUSINIEMI, Kari – PELTOMAA, Hannu (2000). *Lunastuslainsäädäntö ja korvausjärjestelmä*. Helsinki.
- KÄGERMAN, Pontus (1996). Företagsvärde eller börsvärde: Högsta domstolens dom DT 87 meddelad den 8 maj 1996 (NJA 1996 s 293). *Juridisk Tidskrift*, Nr 1, s. 119–125.
- KÖPFLI, Christian (1998). Der Ausschluß der Minderheitsaktionäre nach einem öffentlichen Übernahmeangebot. *Schweizerische Juristen-Zeitung*, s. 53–65.
- LEE, D.R. – VERBRUGGE, J.A. (1996). The Efficient Market Theory Thrives on Criticism. Teoksessa: RUTTERFORD, Janette (Ed.), *Financial Strategy*. Great Britain.
- LeROY, Stephen F. (1989). Efficient Capital Markets and Martingales. *Journal of Economic Literature*, s. 1583–1621.
- LETSOU, Peter V. (1998). The Role of Appraisal in Corporate Law. *Boston College Law Review*, s. 1121–1174.
- LEVMORE, Saul (1992). Bicameralism: When Are Two Decisions Better Than One? *International Review of Law and Economics*, s. 145–162.
- LEVMORE, Saul (1999). Voting Paradoxes and Interests Groups. *Journal of Legal Studies*, s. 259–281.
- LOCKWOOD, E. (1998). Pareto Efficiency. Teoksessa: MILGATE, Murray – EATWELL, John – NEWMAN, Peter (Eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 3*. Hong Kong.
- LÄNSINEVA, Pekka (1999). Omaisuuksensuojaja. Teoksessa: HALLBERG Pekka – KARAPUU, Heikki – Scheinin, Martin – TUORI, Kaarlo – VILJANEN, Veli-Pekka (toim.), *Perusoikeudet*. Juva.
- MACEY, Jonathan R. (1993). *Svensk aktiebolagsrätt i omavandling – en rättsekonomisk analys*. Stockholm.
- MAHONEY, Paul G. (2000). Comment. Teoksessa: MORCK, Randall K. (Ed.), *Concentrated Corporate Ownership*. USA.
- MAHONEY, Paul G. – WEINSTEIN, Mark (1999). *The Appraisal Remedy and Merger Premium*. (Olin Working Paper No. 99-5, University of Southern California Law School.) USA.
- MANN, Richard A. – ROBERTS, Barry S. (1999). *Business Law and the Regulation of Business (Sixth Ed.)*. USA.
- MATRE, Hugo P. (2000). Tvangsinnløsning av aksjer under konsesjonsbehandling. *Revisjon og Regnskap*, Nr. 1, s. 8–12.
- MAY, Stephen A. (1952). A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision. *Econometrica*, s. 680–684.
- McCAFFERTY, Edward J. (1994). Why People Play Lotteries and Why It Matters. *Wisconsin Law Review*, s. 71–122.
- McGORMACK, Gerard (1997). Compulsory Expropriation and Company Law. Teoksessa: Harris, J.W. (Ed.), *Property Problems – From Genes to Pension Funds*. Great Britain.
- McKENZIE, Richard B. – TULLOCK, Gordon (1989). *The Best of the New World of Economics (Fourth Ed.)*. USA.
- MERCURO, Nicholas – MEDEMA, Steven G. (1997). *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. USA.
- MILGROM, Paul – ROBERTS, John (1992). *Economics, Organization and Management*. USA.
- MILLER, Edward M. (1977). Risk, Uncertainty, and Divergence of Opinion. *The Journal of Finance*, s. 1151–1168.

- MILLER, Nicholas R. (1987). Voting. Teoksessa: EATWELL, John – MILGATE, Murray – NEWMAN, Peter (Eds.), *The New Palgrave – A Dictionary of Economics, Volume 4 (Q to Z)*. Hong Kong.
- MILLER, Nicholas R. (2001). *Voting to Elect a Single Candidate*. (Julkaisematon käsikirjoitus – <http://research.umbc.edu>; päivätty 10.9.2001.)
- MORGAN, M.A. (1988). Compulsory Acquisition of Shares. *The Journal of Business Law*, s. 486–494.
- MÜLLER, Dennis C. (1991). Constitutional Rights. *The Journal of Law, Economics & Organization*, s. 313–333.
- MÄHÖNEN, Jukka (2001). *Tulo ja pääoma – Kirjanpidon merkitys osakeyhtiön sääntelyssä*. Helsinki.
- NISKANEN, Jyrki – NISKANEN, Mervi (2000). *Yritysrahoitus*. Helsinki.
- NITZAN, Shmuel – PAROUSH, Jacob (1982). Optimal Decision Rules in Uncertain Dichotomous Choice Situations. *International Economic Review*, s. 289–297.
- NITZAN, Shmuel – PROCACCIA, Uriel (1986). Optimal Voting Procedures for Profit Maximizing Firms. *Public Choice*, s. 191–208.
- NURMI, Hannu (1984). *Comparing Voting Systems*. The Netherlands.
- OIKEUSMINISTERIÖ (2000). *Osakeyhtiölain uudistaminen – Tavoitteena kilpailukykyisempi yhtiöoikeus*. Helsinki.
- OT.PRP NR. 36 (1993–94). *Om lov om aksjeselskaber (aksjeloven)*. Norge.
- OT.PRP NR 23 (1996–97). *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)*. Norge.
- PARISI, Francesco – KLICK, Jonathan (2001). *The Disunity of Unanimity*. (George Mason University, School of Law, Law and Economics Working Paper Series, No. 01-28.) USA.
- POSNER, Richard A. (1998). *Economic Analysis of Law*. USA.
- PHELPS, Edmund S. (1985). *Political Economy – An Introductory Text*. USA.
- POLINSKY, A. Mitchell (1989). *An Introduction to Law and Economics (Second Ed.)*. USA.
- PROCACCIA, Uriel (1996). Crafting Corporate Code from Scratch. *Cardozo Law Review*, s. 629–645.
- RADIN, Stephen A. (2001). Delaware Supreme Court Holds That Controlling Shareholders Have No Duty to Prove Entire Fairness in Short Form Mergers. *Business & Securities Litigator*, No. 10 (October), s. 1.
- RAE, Douglas W. (1969). Decision Rules and Individual Values in Constitutional Choice. *American Political Science Review*, s. 40–56.
- RAINES, J. Patrick – LEATHERS, Charles G. (2000). *Economists and the Stock Market – Speculative Theories of Stock Market Fluctuations*. Great Britain.
- RAPPAPORT, Michael B. – MCGINNIS, John O. (2000–01). *Our Supermajoritarian Constitution*. (University of San Diego Public Law Research Paper No. 37 & Cardozo Law School Public Law Research Paper No. 42.) USA.
- RIEMER, Neal (1951). The Case for Bare Majority Rule. *Ethics – An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, s. 16–32.
- ROEMER, John E. (2001). *Egalitarianism Against the Veil of Ignorance*. (Cowles Foundation for Research in Economics, Yale University – Discussion Paper No. 1328). USA.
- RUBIN, Paul H. (1990). *Managing Business Transactions – Controlling the Cost of Coordinating, Communicating, and Decision Making*. USA.
- RUDANKO, Matti (1998). *Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus*. Jyväskylä.
- SAMUELSON, Paul A. (1972). Mathematics of Speculative Price. Teoksessa: BICKSLER, James L. (Ed.), *Methodology in Finance – Investments*. USA.

- SANCHIRICO, Chris William (2000). Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View. *Journal of Legal Studies*, s. 797–820.
- SHARPE, William F. (1963). A Simplified Model for Portfolio Analysis. Teoksessa: LORIE, James – BREALEY, Richard (Eds.; 1972), *Modern Developments in Investment Management – A Book of Readings*. USA.
- SHEPHERD, Chris (Ed.) (2000). *150 Leading Cases – Company Law*. Great Britain.
- SHILLER, Robert J. (1984). Stock Prices and Social Dynamics. *Brookings Papers on Economic Activity*, s. 457–498.
- SHLEIFER, Andrei (2000). *Inefficient Markets – An Introduction to Behavioral Finance*. USA.
- SIEGEL, Mary (1995). Back to the Future: Appraisal Rights in the Twenty-First Century. *Harvard Journal on Legislation*, s. 79–143.
- SILLANPÄÄ, Matti J. (1991). Julkisesti ostotarjouksesta I – Julkinen ostotarjous pääpiirteittäin ja katsaus muutamiiin sitä koskeviin ulkomaisiin säännöksiin. *Defensor Legis*, s. 662–699.
- SILLANPÄÄ, Matti J. (1994). *Julkisesti ostotarjouksesta – Arvopaperimarkkinaoikeudellinen tutkimus*. Jyväskylä.
- SOU 1997:22. *Aktiebolagets kapital – Delbetänkande av Aktiebolagskommittén*. Stockholm.
- STEINSVIK, Kine (2001). Tvangsinnløsning av aksjer – majoritetskravet og fremgangsmåten når innløsningskravet kommer fra en av selskapets minoritetseierne. *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, s. 197–223.
- STEPHEN, Frank H. (1988). *The Economics of the Law*. USA.
- SVENSSON, Lennart (1996). *Värderingsfrågor vid tvånginlösen av aktier – En analys med utgångspunkt från Balken-domen den 8/5 1996*. Trelleborg.
- TAYLOR, Michael (1969). Proof of Theorem of Majority Rule. *Behavioral Science*, s. 228–231.
- TIMONEN, Pekka (1997). *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*. Jyväskylä.
- TIMONEN, Pekka (2001). Lunastushinta osakeyhtiölain mukaisessa vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä. Teoksessa: KOULU, Risto – LAPPALAINEN, Juha – LOHI, Tapani (toimituskunta), *Velka, vakuus ja prosessi – Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941 – 11/7 – 2001*. Helsinki.
- TREBILCOCK, Michael J. (1993). *The Limits of Freedom of Contract*. USA.
- TULLOCK, Gordon (1959). Problems of Majority Voting. *Journal of Political Economy*, s. 571–579.
- TULLOCK, Gordon (1998). Reply to Guttman. *European Journal of Political Economy*, s. 215–218.
- Van Den HAUWE, Ludwig (1999). Constitutional Economics. Teoksessa: BACKHAUS, Jürgen G. (Ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics*. Great Britain.
- VICTORIN, Anders (1996). Värdet av minoritetsaktier vid tvånginlösen – värdering och värderingar. Teoksessa: *Festskrift till Jan Ramberg*. Stockholm.
- WERLAUFF, Erik (1997). *Selskabsret (3. udgave)*. Odder.
- WERTHEIMER, Barry M. (1998). The Shareholders' Appraisal Remedy and How Courts Determine Fair Value. *Duke Law Journal*, s. 613–715.
- WHINCOP, Michael C. (1999). Painting the Corporate Cathedral: The Protection of Entitlements in Corporate Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 19–50.
- WOOLDRIDGE, Frank (1986). Compulsory Acquisition of Shares on Takeovers. *The Journal of Business Law*, s. 300–305.

WHEN SHOULD THE APPRAISAL PRICE BE BASED ON THE COMPENSATION OFFERED IN THE PRECEDING TENDER OFFER OR MANDATORY BID?

1. Legal background. Both the Finnish Companies Act of 1978 (“FCA”) and the Finnish Securities Market Act of 1989 (“FSMA”) provide individual shareholders the opportunity to have their shares redeemed when the company ownership structure changes in a manner prescribed by law. If a majority shareholder – typically a parent company – has come to own more than 9/10 of the shares of a company and these shares give right to at least 9/10 of the total voting rights, a minority shareholder of the company has, under the FCA (Chapter 14 Section 19), the right to demand the majority owner to redeem her shares. In such case also the majority owner has the right to redeem the remaining minority shares, paying a “fair price”. The majority shareholder is liable for the costs of appraisal as well as the other expenses of the redemption process.

The right to an appraisal is not an exclusive remedy: despite the fact that a redemption is in process the shareholder may in principle demand damages or turn to other remedies if she feels that she has a cause for such an action. However, the burden of proof lies on the plaintiff; this requirement makes these remedies less tempting as alternatives to the redemption procedure.

According to the preparatory works of the FSMA, the redemption stipulation of the FCA is not sufficient to secure minority rights in a listed company. This is the motivation for including a provision in the FSMA (Chapter 6 Section 6), pursuant to which anyone whose ownership increases to over 2/3 of the voting rights of a listed company has to offer to redeem the remaining shares and the convertible bonds and warrants issued by the company. The offer price cannot be set freely as in a voluntary tender offer: one has to take into consideration the average market price of the preceding 12 months as well as the higher prices possibly paid by the acquirer off-exchange and other relevant circumstances. Moreover, minority shareholders are to be treated in all terms equally as in a voluntary tender offer.

2. Problem-setting and approach. The topic of this paper is the appraisal of a fair price pursuant to the FCA. Typically the redemption procedure of a Finnish listed company is *de facto* triggered by a preceding voluntary tender offer or mandatory bid. This connection raises the following question:

Can the redemption price be determined primarily according to the consideration offered in the voluntary tender offer or mandatory bid? In other words: what are the conditions required to accept the compensation in an offer also as the fair price in a subsequent redemption process?

The questions formulated above expose also the approach applied: this is a *de lege ferenda* study, with the central interest being in the judgement of foreseeable, average effects of regulation. The viewpoint is that of *economic analysis of law* or *law and economics*; so far, studies of Finnish company legislation as well of the Finnish jurisprudence in general have made little use of the instruments of economic analysis.

The crucial concept of this approach, efficiency *ex ante*, is used also as the benchmark in evaluating possible solutions. However, as essential as efficiency is in itself, a precondition of efficient outcomes is even more important: efficiency cannot exist in its true meaning if individuals are not allowed freely to pursue their own welfare. The choices must be made under no economic coercion *i.e.* without the possible alternatives being limited. The actual freedom of choice must be provided and guaranteed by legal arrangements in the first place.

3. Main results. The central outcome of this paper is straightforward. As sketched above, if the preceding voluntary or mandatory bid provided the offeror with at least 90 per cent of the shares and voting rights in the target company, the redemption process of the FCA can be launched. According to financial economics, continuous trading at established stock exchanges constitutes a superior measure for evaluating the economic value of shares. Therefore, to be a success the bid must provide the investors with a premium above the current market price. In such setting the compensation that has been offered by the bidder should be accepted also as the fair price to be applied in the redemption procedure but only, however, when a simple majority of the targeted shares actually has been tendered in the preceding bid.

The most crucial feature of the rule just stated is that shares owned by the offeror before the bid are excluded from the calculation determining whether a simple majority exists or not. The exclusion assures that a bid is non-coercive from an investor's (*i.e.* a minority shareholder's) point of view. While considering the bid, an investor self-evidently takes the current market price into account. An investor rejects the bid if she evaluates the compensation – even with a premium over the current market price – to be insufficient *vis à vis* the share's fair economic value. All the other minority shareholders are in the same position. Because the bidder is excluded from

the relevant group, the investors of the group (minority shareholders) are likely to be homogenous in their views. The fact that a bid is accepted by a simple majority of the targeted shares establishes an economic verification of the claim that the minority shareholders have generally found the consideration offered to be fair. Thus, an investor who does not accept such consideration as a fair redemption price would have to demonstrate the inadequacy before arbitrators appointed by the Central Chamber of Commerce.

On the other hand, if investors representing a simple majority of the targeted shares do not tender their shares, then the presumption that the compensation offered in the bid qualifies also as a fair price in redemption does not apply and the question of appraisal is to be left to arbitrators. By rejecting the bid, the investors have actually "voted" against the presumption.

Aapo Kiviniemi

KONSIGNAATIOSTA MYYJÄN VAKUUSKEINONA

Tutkimus konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona
edelleenmyyntitilanteissa erityisesti konsignaationantajan
omistusperusteisen erottamisoikeuden sivullistehokkuuden
kannalta konsignaationsaajan konkurssissa

Sisällys

1	JOHDANTO	133
1.1	Tarkastelun lähtökohdista	133
2	YLEISTÄ TUTKIMUKSEN KOHTEENA OLEVISTA OIKEUDELLISISTA ILMIÖISTÄ	136
2.1	Omistusoikeudelle rakentuvista esinevakuuksista	136
2.2	Erlaisia omistuspohjaisten vakuuskeinojen ilmenemismuotoja edelleenmyyntitilanteissa	139
2.2.1	Konsignaatio	141
2.2.2	Luottokauppa omistuksenpidätyssehdoin edelleenmyyntiä varten	145
2.2.2.1	Yleistä omistuspäätösehtoisista kaupoista	145
2.2.2.2	Normaali luottokauppa	149
2.2.2.3	Luovuttamisluvan olemassaolosta luottosuhteen aikana	151
2.2.2.4	Näkemyksiä luovuttamisluvan vaikutuksesta omistuksenpidätysmyyjän oikeuden tehokkuuteen	156
2.2.3	Myyntikomissio vaihtoehtoisena vakuusmuotona	160
2.2.3.1	Komissiosta toimeksiantomuotona	160
2.2.3.2	Näkemyksiä omistusoikeuden siirtymisestä komissiossa	162
2.2.3.3	Myyntikomissio vakuusmuotona	164
2.2.3.4	Myyntikomission tunnusmerkeistä	165
2.2.4	Yhteenvedo	168
3	KONSIGNAATIOJÄRJESTELYN JURIDINEN RAKENNE JA OIKEUSVERTAILU	170
3.1	Yleistä	170
3.2	Tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio	171
3.2.1	Yleistä	171
3.2.2	Omistuksenpidätyssehdon tehokkuuden yleiset edellytykset	173
3.2.3	Erietyiset edellytykset	174
3.2.3.1	Konsignaationsaajan jatkuva valvonta	174
3.2.3.2	Konsignaationsaajan tilitysvelvollisuus	176
3.2.3.3	Konsignaationsaajan palautusoikeus	178
3.2.3.4	Yhteenvedo	180
3.3	Ruotsalaistyyppinen konsignaatio	180
3.3.1	Yleistä	180
3.3.2	Konsignaatioesineen hallinnan perustava sopimus	181
3.3.3	Optiosopimus	183
3.3.4	Konsignaatioesineen kauppa	184
3.3.5	Yhteenvedo	185

3.4	Oikeusvertailu	186
3.4.1	Englanti	186
3.4.2	Saksa	188
3.4.3	Ranska	191
4	SEPARAATIO-OIKEUDEN TOTEUTTAMINEN KONSIGNAATIONSAAJAN KONKURSSISSA	191
4.1	Omistusoikeuteen perustuvan erottamisoikeuden yleiset edellytykset	191
4.1.1	Yksilöity kohde	194
4.1.2	Erotettavissa oleva juridisesti itsenäinen esine	196
4.1.3	Konsignaatioesine konsignaationsaaajan hallinnassa	197
5	KONSIGNAATIONANTAJAN EROTTAMIS-	198
	OIKEUDEN TEHOKKUUS KONSIGNAATION-	198
	SAAJAN VELKOJIA KOHTAAN	198
5.1	Tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio	198
5.1.1	Näkemyksiä konsignaationantajan oikeuden sivullistehokkuudesta	198
5.1.2	Oikeuskäytäntö	201
5.1.2.1	Oikeustapaus KKO 1996:44	201
5.1.2.2	Alempien oikeusasteiden ratkaisut	203
5.1.2.3	KKO:n ratkaisu	206
5.1.2.4	Tapauksen ennakkotapausarvosta ja vertailua KKO:n aiemmin esittämään kantaan	209
5.1.3	Näkemykseni konsignaationantajan oikeuden tehokkuudesta ..	212
5.2	Ruotsalaistyyppinen konsignaatio	215
5.2.1	Näkemyksiä konsignaationantajan oikeuden sivullistehokkuudesta	215
5.2.1.1	Konsignaationantajan oikeuden tehokkuuden puolesta esitettyjä seikkoja	218
5.2.1.2	Konsignaationantajan oikeuden tehottomuuden puolesta esitettyjä seikkoja	219
5.2.1.3	Oikeuskäytäntöä	221
5.3	Konsignaationantajan oikeus esineen sijaan tulleeseen surrogaattiin ..	223
6	LOPUKSI	224
	LÄHTEET	225
	OIKEUSTAPAUSSLUETTELO	229
	LYHENTEET	231
	CONSIGNMENT AS COLLATERAL	232

Konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona

Tutkimus konsignaatiosta myyjän vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa erityisesti konsignaation-antajan omistusperusteisen erottamisoikeuden sivullistehokkuuden kannalta konsignaationsaajan konkurssissa

1 JOHDANTO

1.1 Tarkastelun lähtökohdista

Tutkimus käsittelee irtaimia esineitä edelleen myytäessä käytettäviä omistus-pohjaisia vakuuskeinoja, erityisesti konsignaatiota tilanteissa, joissa sopija-puolten alkuperäinen tarkoitus on saattaa vaihdannan kohteena oleva objekti myyntiin edelleen kolmannelle ennen kuin sitä koskeva kauppahinta on tullut maksetuksi myyjälle. Pyrkimyksenä on kartoittaa myyntitilanteissa käytettäviä moderneja vakuusjärjestelyjä, joiden merkitys moniin perinteisiin vakuuskeinoihin verrattuna on suhteellisen pieni, mutta joita käytetään myytäessä markkamääräisesti huomattavan kalliita irtaimia esineitä edelleen.

Tutkimuksen voidaan katsoa jakautuvan kolmeen esineoikeudellisia ongelmia käsittelevään osaan. Ensimmäisessä osassa tarkastellaan niitä tunnusmerkillisiä piirteitä, joiden perusteella konsignaatio eroaa muista edelleenmyyntitilanteissa käytettävistä omistusvakuuksista. Oikeudellisesta ratkaisutoimintaa vaikeuttaa usein juuri se, ettei tarkastelun kohteena oleva myyjän ja ostajan välinen sopimusjärjestely aina selkeästi täsmenny omistusvakuuksien varsin teoreettisiin määritelmiin. Tässä osassa tutkimusta käydään lyhyesti läpi omistusperusteisten vakuuskeinojen varaan rakentuvia sopimustyyppisiä. Perusteen tälle antaa se, että yhteisistä tunnusomaisista piirteistä huolimatta sopimustyyppisiin liittyvät esineoikeudelliset vaikutukset ovat poikenneet KKO:n oikeuskäytännössä merkittävästi toisistaan.

Toisessa osassa keskitytään tarkastelemaan lähemmin Ruotsin ja Tanskan oikeudessa omaksuttujen, toisistaan sisällöltään poikkeavien, konsignaatiomuotojen juridista rakennetta ja sisältöä. Mielenkiinto kohdistuu tässä osassa siihen, miten Suomen voimassa olevan oikeuden kannalta on arvioitava sanottuja konsignaatiomuotoja ja miten niihin on suhtauduttu Ruotsin ja Tanskan oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä.

Kolmannessa, tutkimusteeman kannalta ehkäpä mielenkiintoisimmassa osassa tarkastellaan konsignaation käyttökelpoisuutta omistuspohjaisena vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa erityisesti konsignaationantajan näkökulmasta. Konsignaatio, erityisesti silmällä pitäen konsignaationsaajan tavaravarastoon edelleenmyytäväksi toimitettuja esineitä, voidaan tarkoituksenmukaisella tavalla nähdä vakuuskeinona. Tällöin vastaan tulevat kysymykset näiden esineiden vakuuskäytöstä ja muutoinkin niiden oikeudellisesta asemasta velkojien kesken. Kysymyksenasettelu kärjistyy konsignaationsaajan konkurssissa. Vakuuden tehokkuus merkitsee silloin sitä, että konsignaationantajalla on oikeus saada omistamansa varallisuusobjekti tai sen surrogaatti velalliseen kohdistettavan pakkotäytäntöönpanon ulkopuolelle.

Koska konsignaatioissa voidaan luovuttamisluvan ohella sopia myös siitä, että konsignaationsaaja on oikeutettu omaan lukuunsa ennen kauppahinnan maksua liittämään esineen toiseen esineeseen aineosaksi tai tarpeistoksi taikka käyttämään sitä valmistukseen, tuntuu aineosa- ja tarpeistosuhdetta koskevien sääntöjen käsitteleminen tarkoituksenmukaiselta. Näiden sääntöjen käsittely jää tässä tutkimuksessa kuitenkin varsin vähälle huomiolle, koska se rajoittaa tutkimuskohteen käsittelyä syvällisesti.

Toinen konsignaatiota edelleenmyyntitilanteissa käytettäessä käytännössä usein esille nouseva ongelma koskee ostajan luovutuksensaajan dynaamisen kollisiosuojan edellytyksiä etenevässä sivullisuhteessa. Tällöin vastaan tulevat kysymykset omistusvakuuteen vetoavan henkilön ja luovutuksensaajan välisen kollisio ratkaisuperusteista. Kollisio voittanut taho saa tilanteesta dynaamista kollisiosuojaa, joka merkitsee oikeusperusteen sitovuutta kyseessä olevassa henkilösuhteessa.

Mielenkiintoista olisikin niiden edellytysten selvittäminen, joiden vallitessa luovutuksensaaja saa dynaamista kollisiosuojaa sivullisia sitovin vaikutuksin. Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan keskitytä tarkastelemaan tätä kysymystä. Konsignaationantajan erottamisoikeutta koskevan kysymyksen täydellinen erottaminen luovutuksensaajan omistusoikeussääntöjen sitovuutta ja sen syntykriteerejä koskevasta kysymyksestä on perusteltua, koska se auttaa tarkastelemaan sopimusjärjestelyssä ilmeneviä ongelmia syvällisemmin.

Tutkimuksen tarkastelutapa on esineoikeudellinen. Tutkimuksessa luotonantajasta eli henkilöstä, joka toimittaa objektit myytäväksi edelleen, käytetään nimitystä myyjä, tavarantoimittaja tai velkoja tarkasteltavasta tilanteesta riippuen. Tällainen henkilö voi olla valmistaja, maahantuojaja tai ylipäänsä joku henkilö, joka pyrkii myymään tuotteita välihenkilön avulla. Edelleen- / jälleenmyyjästä eli henkilöstä, joka saa objektit myytäväksi kolmannelle, käytetään nimitystä ostaja tai velallinen. Tällainen henkilö voi olla niin ikään maahantuojaja, piirimyyjä tai vähittäiskauppias. Olennaista on kuitenkin se, että hän saa tuotteet myytäväksi edelleen ennen kauppahinnan maksua myyjälle. Ostajan sivullisseuraajasta käytetään nimitystä kolmas.

Sopijapuolten keskinäistä suhdetta tarkastellaan tutkimuksessa vain siltä osin kuin se välittömästi vaikuttaa konsignaation käyttökelpoisuuteen vakuusmuotona. Tutkimuksessa noudatetaan oikeustieteellisessä tutkimuksessa omaksuttua, oikeusteoreettisella perusteella suoritettua, jakoa esine- ja velvoiteoikeuteen¹. Tutkimuksessa ulkopuolelle jäävät siten velvoiteoikeudellisten kuten ostajan suoritusvirhettä ja luovutuksensaajan kuittausoikeutta koskevien kysymysten käsittely siltä osin kuin ne eivät suoraan vaikuta konsignaation käyttöön vakuutena.

Erityisen haasteen tutkimukselle asettaa sen aiheen välittömät kansainväliset yhteydet. Sekä esineoikeudet yleensä että erityisesti oikeudet edelleenmyyntitilanteissa käytettäviin irtaimen vakuuksiin on nähtävä osana kansainvälistä taloudellista toimintaa. Tätä taustaa vasten kansainvälinen lähestymistapa on enemmän kuin paikallaan.

Ruotsissa, Tanskassa ja Norjassa on yhteisen lainsäädäntöprosessin myötä syntyneet komissiolait, joiden merkitys oikeuslähteenä on Pohjoismaiden oikeusjärjestelmien läheisen yhteneväisyyden vuoksi merkittävä. Tästä syystä vertailu muihin Pohjoismaihin on käyttökelpoinen ja hedelmällinen lähtökohta. Sama koskee Saksan oikeutta. Vertailu Saksan oikeuteen on perusteltua, koska Saksassa on pitkät perinteet erisisältöisten omistusvakuuksien käytöstä, mutta siellä omaksutut vakuuksien pätevyyttä koskevat säännöt poikkeavat merkittävästi Pohjoismaissa omaksutuista. Tätä kautta ja edellä mainituilla perusteilla aihetta voidaan tutkia huomattavasti pitemmälle siten, että jo valmiit suuntaviivat johtavat syvällisiin tuloksiin.

Suomessa vakuuskeinoja edelleenmyyntijärjestelyjä koskevan mahdollisesti tulevaisuudessa säädettävän lain kannalta on hyödyllistä tarkastella, miten Euroopan taloudellisen yhdentymiskehityksen kannalta keskeisissä

¹ Esine- ja velvoiteoikeuden jaon perusteista ja muodostamistavoista Tepora 1984 s. 120–140.

maissa, Englannissa ja Ranskassa, suhtaudutaan omistusvakuuksien käyttöön edelleenmyyntitilanteissa. Varsin vahvasti vertailua ko. maihin puoltaa se, että irtaimen kaupan sujuvuuden kannalta tulee pyrkiä kaikin tavoin edistämään vakuusoikeuksien mahdollisimman samanlaista kohtelua.

Oikeusvertailun merkitystä korostaa entisestään se, että Suomessa alan systematiikka on heikko: Mitään vakiintunutta kirjallisuuden tuntemaa systematiikkaa tai lainsäädäntöä ei ole apuna. Suomessa oikeudenala on syntynyt 1980- ja 1990-luvuilla oikeuskäytännön perusteella.

Laajin kotimainen tieteellinen selvitys konsignaatiosta itsenäisenä vakuuskeinona on Jarno Teporan aihetta käsittelevä artikkeli LM 7/1992.

2 YLEISTÄ TUTKIMUKSEN KOHTEENA OLEVISTA OIKEUDELLISISTA ILMIÖISTÄ

2.1 Omistusoikeudelle rakentuvista esinevakuuksista

Kun velallinen sitoutuu suorittamaan velkojalle tai muulle suoritukseen oikeutetulle velkansa, velkoja saa ainoastaan lupauksen velan maksusta. Jotta velkoja välttyisi taloudellisilta menetyksiltä tilanteissa, joissa velallisen lupaus suorituksesta osoittautuu katteettomaksi velallisen suorituksessa ilmenneen maksukyvyttömyyden tai -haluttomuuden vuoksi, haluaa velkoja usein saada edellä mainittua paremman suojan saatavalleen. Näissä tilanteissa velkojan asemaa turvaavat erilaiset vakuudet.² Vakuuden idea on siinä, että se auttaa velkojaa varmentamaan veloitteen täyttämisen tehokkaammin kuin velallisen yleinen vastuu ulosmittauskelpoisella omaisuudella mahdollistaa. Itse pääsuoritukseen nähden vakuussitoumus on liitännäinen sopimus, johon sovelletaan OikTL:n yleisiä sopimusoikeudellisia säännöksiä.

Velan maksamisen vakuudeksi annetut vakuudet on tavattu jakaa henkilövakuuksiin ja esinevakuuksiin.³ Havansi jakaa esinevakuuksien perustyyppit

² Havansi 1992 s. 1.

³ Henkilövakuuksissa on olennaista, että vakuuden antanut henkilö sitoutuu henkilökohtaiseen eli koko ulosmittauskelpoisen varallisuutensa käsittävään maksuvastuuseen siltä varalta, ettei velallinen täytä suoritusvelvollisuuttaan. Henkilövakuuksia käyttämällä laajennetaan siten velasta vastuussa olevien henkilöiden piiriä. Velkojan asema henkilövakuuksia käytettäessä on kuitenkin altis riskeille, koska lopulta velasta vastuussa olevan tahon varallisuusasemasta pakkotäytäntöpanon asettamishetkellä riippuu, saako velkoja suoritukseen saatavalleen.

Henkilövakuuksia ovat muun muassa takaus, luottovakuutus, delcredere-sitoumus, takuu ja remboursi. Esinevakuudessa vakuutena on tietty yksilöity esine tai esineryhmä, joka saadaan realisoida rahaksi ja jakaa velkojien saatavien suorittamiseksi saatavan jäätyä suoritamatta. Ks. Havansi 1992 s. 3–4.

edelleen rasisvakuuksiin ja omistusvakuuksiin. Omistusvakuuksille on ominaista, että velkoja on esinevakuusobjektin muodollinen (nimellinen) omistaja velkasuhteen kestäessä, kun taas esineen (vakuusobjektin) käyttöhyöty ja hallinta ovat tämän ajan velallisella. Vasta velkojan saamisen tultua maksetuksi velallinen saavuttaa täyden omistusoikeuden varallisuusobjektiin. Keskeistä omistusvakuuksien käytössä on omistusoikeuden käyttö vakuustarkoituksessa. Velkojan suoja velallisen maksuhäiriöitä vastaan perustetaan hänen muodolliseen omistajan asemaan ”käyttämällä hyväksi omistusoikeus-sanan ja -käsitteen perinteisesti vahvaa juridista sisältöä”.⁴

Omistusoikeutta on tavattu pitää varallisuus oikeudellisessa järjestelmässä perusoikeutena⁵, joka nauttii vahvaa dynaamista kollisiosuojaa suhteessa eri sivullistahoihin. Tällä tarkoitetaan omistusoikeudelle lainsäädännössä myönnettyä tehokasta sivullissuojaa myyjän oikeusaseman suojaamiseksi. Lainsäädännössä ilmauksina omistusoikeuden vahvan oikeuden asemasta ovat kollisionratkaisunormit, joiden mukaan omistusoikeuteen sovelletaan vaihdannassa lähtökohtaisesti sitovuussääntöä sivullistahoja kohtaan.⁶

Keskeisiä säännöksiä omistajan suojasta ovat kauppakaaren 11:4 ja 12:4, joiden mukaan esineen omistaja on aikaprioriteettiperiaatteen mukaisesti suojattu toisen henkilön määräämistoimia vastaan tosin sillä poikkeuksella, että luovutuksensaaja voi saada vilpittömän mielen suojaa ja edukseen ekstinktion. Ostajan pakkotäytäntöönpanovelkojia vastaan esineen omistaja saa oikeussuojaa omistajansuojaa koskevien UL 4:9.1, KS 54 § ja EOA 2 § nojalla, joiden mukaan esinettä ei saa ulosmitata toisen henkilön velasta eikä esine kuulu toisen henkilön konkurssipesään.

Vakuuden käyttökelpoisuuden välttämätön edellytys on sen tehokkuus sivullistahoja kohtaan. Tuomisto on pitänyt myyjä-velkojan sivullissuojan kannalta merkittävimpänä sivullistahoina ostajan (muuta) velkojia, toisaalta hän on katsonut myyjän oikeuden sivullistehokkuuden ostajan luovutuksensaaja kohtaan ennalta ehkäisevän oikeudettomia luovutustoimia.⁷

⁴ Havansi 1992 s. 14–15 ja Tuomisto 1988 s. 1.

⁵ Perusoikeusuudistuksessa omistusoikeus säilytti asemansa kansalaisen perusoikeutena. Omaisuuden suojasta säädetään HM 6 §:ssä. Kartio 1991 s. 155 määrittelee omistusoikeuden saksalaisen perinteen pohjalta periaatteessa täydelliseksi, toiset poissulkevaksi yksinoikeudeksi esineeseen.

⁶ Tepora OTJP 1988 s. 252 ja Tepora 1984 s. 130–131. Tepora erottelee toisistaan heikon ja vahvan varallisuus oikeuden dynaamista suojaa koskevan lähtökohtaissäännön määrittämiseksi omistajanvaihdostilanteissa. Vahvaan oikeuteen sovelletaan lähtökohtaisesti sitovuussääntöä ja heikkoon oikeuteen sitomattomuussääntöä. Lähtökohtaissäännöistä voidaan tosin poiketa tiettyjen edellytysten vallitessa.

⁷ Tuomisto 1988 s. 2.

Omistusvakuudet esinevakuuksien toisesta pääryhmästä rasisitusvakuuksista erottaa niiden rakentuminen omistusoikeudelle. Rasisitusvakuudet, pantti- ja pidätysoikeudet rakentuvat omistusoikeutta rajoittavan ja rasittavan erityisen esinekohtaisen oikeuden varaan.

Havansi on erottanut vakuustyyppejä, jotka perustuvat omistusoikeuteen. Näitä ovat omistuksenpidätys, vakuusluovutus, rahoitusleasing ja käsiraha.⁸ Sanottujen vakuuskeinojen ohella myös edelleenmyyntijärjestelyissä on viime vuosina turvauttu omistusvakuuksien käyttöön. Vakuusobjektina toimii tällöin vaihdannan kohteena oleva objekti, jonka omistusoikeus muodostaa esinevakuuden myyjä-velkojalle osapuolten sopimuksen mukaisesti.

Omistusoikeuteen perustuva vahva sivullissuoja ei ole ainoa peruste omistusvakuuksien yhä laajemmalle käytölle vakuuskeinona. Edelleenmyyntitilanteissa omistusperusteisten vakuuskeinojen käyttökelpoisuuden puolesta puhuvat lisäksi niiden vaivattomuus ja helppous, koska omistusvakuuden käyttö ei edellytä sivullistehokkuuden aikaansaamiseksi panttiobjektin hallinnan säilyttämistä velkoja-panttinomistajalla tai sen hallinnan siirtoa kolmannelle velkojan lukuun säilytettäväksi. Vakuusoikeuden perustaminen ei myöskään vaadi erityisiä esineoikeudellisia toimia, sillä omistusvakuuksien käytölle edelleenmyyntijärjestelyissä ei ole tavattu asettaa vaatimusta ns. julkivarmistuksesta⁹. Sen sijaan irtaimen ja kiinteän omaisuuden panttauksessa edellytetään julkivarmistusta¹⁰.

Omistusvakuuksien käyttöön liittyvät edut ovat osaltaan vaikuttaneet siihen, että myös sellaiset tahot, jotka muuten eivät kykenisi hankkimaan kaltaista varallisuusobjekteja, voivat hankkia niitä osamaksuin luotolla. Tämä

⁸ Näistä merkitykseltään tärkein on omistuksenpidätys, jota käytetään niin irtaimen kuin kiinteän omaisuuden luottokaupassa. Vakuusluovutus, joka on inter partes sitova irtaimen kaupassa, ei kiinteistön kaupassa ole laillinen vakuusmuoto. Se, kuten rahoitusleasing ja käsiraha, jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Ks. Havansi 1992 s. 509 .

⁹ Ns. julkivarmistuksen käsitteen on ottanut ensimmäisenä käyttöön Havansi 1992 s. 61, joka on tarkoittanut käsitteellä julkisuutta luovaa toimenpidettä. Julkivarmistus on sivullisia sitovan panttausoikeustoimen yksi neljästä perusedellytyksestä.

¹⁰ Irtaimen esineiden käteispanntauksessa julkivarmistusmuotona kyseeseen tulevat hallinnan siirto, kiinnitys tai ilmoituksenvarainen hallinnan siirto eli ns. denuntiaatio. Mahdoton ajatus julkisuusnäkökohtien huomioon ottamisesta omistusvakuuksien käytön yhteydessä ei kuitenkaan ole. Tämä seikka palvelisi mitä ilmeisimmin omistusvakuuskeinon salainen vakuuskeino -luonteesta aiheutuvaa muiden, kilpailevien velkojien suojan tarvetta. Julkivarmistuksen toteuttamiskeinona kyseeseen voisi tulla omistusvakuuden rekisteröinti. Esimerkiksi Norjassa myyntipantti on rekisteröitävissä Irtaimistorekisteriin (Losoreregisteret) sellaisissa tapauksissa, joissa kohde on itse rekisteröitävissä. Ks. Falgenger TfR 1987 s. 224. Niin ikään Sveitsissä tunnetaan omistuksenpidätyssehdon kirjaaminen. Ks. myös SOU 1988:63 s. 77.

on osaltaan tehostanut vaihdantaa.¹¹ Toisaalta kirjallisuudessa on suhtauduttu jokseenkin kielteisesti omistuksenpidätysehdon ja muiden omistusvakuuksien käyttöön. Perusteen arvostelulle on antanut niihin liittyvä julki-varmistuksen puuttumisesta johtuva salainen vakuuskeino -luonne. Tämän vuoksi omistuksenpidätysehdon käyttö on rajoittunut kapealle alueelle.¹²

2.2 Erilaisia omistuspohjaisten vakuuskeinojen ilmenemismuotoja edelleenmyyntitilanteissa

Edelleenmyyntitilanteissa, joissa tavarantoimittaja toimittaa omistamiaan esineitä välihenkilölle luotolla tarkoituksin saattaa ne myytäväksi edelleen kolmannelle, turvaututaan usein erilaisten omistuspohjaisten vakuuskeinojen käyttöön. Tällaisia vakuustyyppejä ovat myyntikomissio, luottokauppa omistuksenpidätysehdoin edelleenmyyntiä varten sekä konsignaatio.¹³ Tyyppillistä näille vakuuskeinoille on että vakuusobjektina toimii vaihdannan kohteena oleva ja myyjän omistama objekti.

Yhteisistä tunnusomaisista piirteistä ja samaa tavoitetta palvelevasta käyttötarkoituksesta huolimatta mainitut vakuuskeinot poikkeavat toisistaan erityisesti niihin liittyvien esineoikeudellisten vaikutusten suhteen. Erityisesti tämä tulee ilmi tavarantoimittajan velkojasuojan kannalta tilanteissa, joissa jälleenmyyjän varallisuuteen kohdistetaan pakkotäytäntöönpanotoimia jälleenmyyjän muiden velkojien toimesta.

Vakuustyyppien tunnusmerkilliset erot ovat, osaksi oikeuskäytännön vähäisyyden ja lainsäädännöllisen perustan puuttumisen vuoksi sekä osaksi niistä johtuvan käsitteiden epämääräisyyden ja vakiintumattomuuden vuoksi, vähäiset. Erityisen ongelmallista on konsignaation ja omistuksenpidätysehdoin edelleenmyyntiä varten tehdyn luottokaupan erottaminen

¹¹ SOU 1988:63 s. 63 ja Tuomisto 1988 s. 13–15. Tuomisto on luetellut omistuksenpidätysehdon käyttökelpoisuuden puolesta puhuvia seikkoja muun muassa vakuuden järjestämisen kustannuksettomuuden, leimavero- ja muiden kulujen säästymisen sekä mahdollisuuden perustaa vakuus, vaikkei ostaja-velallisella olisikaan muuta vakuuskelpoista omaisuutta.

On kuitenkin huomattava, että omistuksenpidätyksen käyttöön vakuutena liittyy myyjälle tiettyjä riskitekijöitä. Ostajan luovutuksensaajan vilpittömän mielen suojan mahdollisuus sekä vakuusobjektin huono hoito ja vahingoittumisen vaara tuottavat tiettyä epävarmuutta myyjälle.

¹² Tepora LM 3/1992 s. 329 av. 5 ja Portin JFT 1979 s. 393–395.

¹³ Kuten jäljempänä todetaan, ovat tutkijat edelleenmyyntitilanteissa käytettäviä omistuspohjaisia vakuuskeinoja tarkastellessaan käyttäneet jossakin määrin toisistaan poikkeavia käsitteitä. Nämä käsitteet ovat nähdäkseni yleisimmin käytetyt.

toisistaan. Oikeuskäytännössä ei näitä vakuuskeinoja ole systemaattisesti erotettu toisistaan. Erilaisten oikeusvaikutusten vuoksi sopimuskäytännössä, jossa pyritään tavarantoimittajan aseman turvaamiseen, joudutaan konsignaatio erottamaan edelleenmyyntiä varten tehdystä luottokaupasta ja rajamaan sen käyttöala.¹⁴

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa konsignaatio on nykyisin erotettu omaksi vakuustyypikseen yhtäällä myyntikomissiosta ja omistuksenpidätysehdoin tehdystä luottokaupasta edelleenmyyntiä varten. Tanskalaisessa terminologiassa ns. luottokonsignaation käsite on tunnettu jo 1920-luvulta lähtien. Sillä on tarkoitettu omistuksenpidätysehdoin tehtyä luottokauppaa, jossa ostajalla on luovuttamislupa ja joka muistuttaa myyntikomissiota. Ruotsalaisessa ja suomalaisessa terminologiassa konsignaation käsitettä ei ole aiemmin tunnettu, vaan konsignaatiota tarkoittavaa vakuusjärjestelyä on verrattu lähinnä myyntikomissioon. Toisinaan konsignaation käsitettä on taas käytetty synonyyminä myyntikomissiolle.¹⁵

Suomessa myöhemmin omaksutut konsignaationmuodot muistuttavat toiminnallisesti paljon myyntikomissiota: Päämies on esineen omistaja, ja esineen omistusoikeus muodostaa hänelle esinevakuuden; Sopimusosapuolten tarkoitus on se, että konsignaation- / komissionsaaja myy esineen edelleen kolmannelle; Kauppahinnan suoritus päämiehelle tapahtuu vasta edelleen myynnin tapahduttua.

Toiminnallisesta yhtäläisyydestä huolimatta Suomessa omaksutut konsignaatiomuodot eroavat toisistaan erityisesti niiden sivullistehokkuuden suhteen, jolla seikalla onkin keskeinen merkitys arvioitaessa valitun vakuuskeinon käyttökelpoisuutta tavarantoimittajan oikeuksien suojana.

Suomessa konsignaatio ja sitä lähellä olevat vakuuskeinot, jotka ovat erityisesti autojen ja koneiden maahantuojien ja muiden tukkumyyjien suosiossa, kytkeytyvät omintakaisella tavalla omistuksenpidätysehdon käyttämiseen. Konsignaatio, myyntikomissio, luottokauppa kiinteään tiliin, sopimusosto ja muut vastaavat hyvin paljon toisiaan muistuttavat vakuuskeinot – niiden erottaminen toisistaan ja ylipäänsä systematiikka tältä osin on vie-

¹⁴ Tepora DL 1991 s. 642. Kuten jäljempänä omistuksenpidätystä käsiteltäessä käy ilmi, on KKO:n vakiintuneessa oikeuskäytännössä lähdetty siitä, ettei omistuksenpidätysehto sido ostajan velkojia, jos ostajalla on oikeus myydä esine edelleen tai muulla tavoin oikeudellisesti määrätä siitä jo luottoaikana. Tämä merkitsee sitä, ettei omistuksenpidätysehto ole myyjän kannalta käyttökelpoinen vakuuskeino edelleenmyyntitilanteissa, jos omistuksenpidätysehdon sivullistehokkuus ei ulotu ostajan pakkotäytäntöönpanovelkojiin. Juuri suoja ostajan muita velkojia kohtaan on omistuksenpidätyksen käytölle vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa erityisen tärkeä.

¹⁵ Tepora 1984 s. 291, Schmidt s. 205 ja SOU 1965:14 s. 34.

lä epäselvää ja kehitysvaiheessa – on rakennettu juuri omistuksenpidätys- ehdon ja näin ollen tukku- ja vähittäismyyjän välisen kaupan varaan. Ehto- ja vakuuskeinoja kehitetään jatkuvasti, osittain vuoropuhelussa KKO:n ja osittain kaupankäynnin käytäntöihin perustuvien syiden vuoksi.¹⁶

Edelleenmyyntitilanteissa tavarantoimittajan aseman turvaamiseksi käytettävissä olevat vakuuskeinot eivät kuitenkaan rajoitu edellä mainittujen omistusperusteisten vakuuskeinojen käyttöön. Tavarantoimittajan kannalta yhtä lailla käyttökelpoisia vakuusmuotoja ovat hypotekaariset panttioikeudet tai välihenkilön tarjoamat henkilövakuudet. Käytännössä näitä vakuusmuotoja ei kuitenkaan käytetä edelleenmyyntitilanteissa, koska ne useimmiten ovat välihenkilön muiden velkojien myöntämien pitkäaikaisten luottojen vakuutena.¹⁷ Näiden vakuuskeinojen tarkastelu jääkin tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

2.2.1 *Konsignaatio*

Konsignaation käsite on pohjoismaiseen käsitteistöön omaksuttu Saksan oikeudesta, jossa sillä on tarkoitettu tuonti- ja vientikaupassa käytettävää komissiosopimustyyppiä, jossa sopijapuolten yhteinen tarkoitus on saada esine myytyä edelleen. Se on tullut käyttöön erityisesti koneiden edelleenmyyntitilanteissa, kun tavarantoimittaja (konsignaationantaja) on toimittanut esineitä jälleenmyyjän (konsignaationsaajan) konsignaatiovarastoon esineiden omistajan lukuun myytäväksi edelleen kolmannelle. Konsignaationsaajana on toiminut joko konsignaationantajan edustaja tai toisessa maassa toimiva itsenäinen maahantuoja tms. yrittäjä.

Konsignaationantajan omistamien esineiden säilytys konsignaationsaajan tavaravarastossa on nostanut esille kysymyksen esineiden oikean omistajan (konsignaationantajan) oikeuksien turvaamisesta. Erityistä huolta tavarantoimittajien keskuudessa ovat aiheuttaneet kysymykset: Miten ulkomainen oikeus suhtautuu konsignaatioesineisiin pidätettyyn omistusoikeuteen? Millä tavoin konsignaationantajan oikeudet konsignaatiotavaraan varastonpitäjän konkurssissa tulevat suojatuiksi?¹⁸ Tässä tutkimuksessa mielenkiinto kohdistuu viimeksi mainittuun kysymykseen.

¹⁶ Niin ikään silloin, kun tarkasteltavana olevaa sopimustyyppiä arvioidaan ostajan luovutuksensaajan näkökulmasta, valitun sopimustyyppin mukaan määräytyy muun muassa kenen välille edelleen myynnin kohteena olevan irtaimen esineen kauppa syntyy tai kuka on suoritusvelvollinen suhteessa luovutuksensaajaan.

¹⁷ Tepora DL 1991 s. 623–624.

¹⁸ Fleck 1954 s. 8–9.

Komissiolain säätämisen myötä Ruotsissa otettiin käyttöön konsignaation käsite tarkoittamaan määrätynsisältöistä, tavarantoimittajan käytössä olevaa vakuusjärjestelyä.¹⁹ Täysin tuntematon konsignaation käsite ei suomalaisessakaan kirjallisuudessa enää ole, mutta sen käsittelyyn on kiinnitetty varsin vähän huomiota.²⁰ Osaksi tästä syystä ja osaksi siitä, ettei Suomessa ole konsignaatiota koskevaa erityislainsäädäntöä eikä nimenomaisesti konsignaatioksi nimettyä KKO:n ratkaisua, on konsignaation käyttöön liittynyt tiettyjä epävarmuustekijöitä. Esitetyt tulkinnot ovat perustuneet lähinnä ulkomaisissa oikeuksissa omaksuttuihin linjaratkaisuihin ja reaalisiin argumentteihin eli asiallisiin syihin.

Konsignaation on tavattu käsitellä komission yhteydessä yhtenä sen muotona tai siihen rinnastettava omistuksenpidätyskauppana. Olsson on käyttänyt myyntikomissiota muistuttavasta luottokaupasta edelleenmyyntiä varten nimitystä luottokauppa kiinteään tiliin (köp i fast räkning)²¹. Tuomisto on puhunut myyntikomissioon verrattavasta omistuksenpidätyskaupasta²².

Tepora on erottanut systemaattisesti toisistaan tanskalaistyypin ja ruotsalaistyypin konsignaation konsignaatiojärjestelyn rakenteen ja siihen liittyvien esineoikeudellisten vaikutusten perusteella. Ruotsissa ja Tanskassa konsignaation käsitteellä on vakiintunut, mutta toisistaan poikkeava merkityssisältö.²³

Konsignaatiosopimusten käyttö keskittyy erityisesti sellaisille myyntisektoreille, joissa tavarat on taloudellisesti arvokkaita. Kyseeseen tulevat lähinnä irtaimet reaalisineet. Merkittäviä konsignaatiotuotteita ovat autot, maatalous- ja kodinkoneet sekä kirjat.²⁴

Liike-elämässä esiintyvä luottokauppa kiinteään tiliin ja myynti-tilisopimus voivat merkitä tanskalaistyyppistä konsignaatiota.²⁵ Luottokaupalla kiinteään tiliin tarkoitetaan omistuksenpidätys ehdoin tehtyä luottokauppaa, jossa sopijapuolten tarkoitus ei ole estää ostajaa vastikkeellisesti luovuttamasta objektia edelleen kolmannelle ennen kuin ostaja on tehnyt kauppaan perustuvan kaupahintasuurituksen myyjälle. Osapuolten yhteinen etu on saada objekti myydiksi edelleen kolmannelle, mikä mahdollistaa kaupan nopean rahoituksen.

¹⁹ SOU 1988:63 s. 48.

²⁰ Ks. Kaisto 1997 s. 421 ja Tepora LM 7/1992 s. 1043.

²¹ Olsson JFT 1960 s. 3

²² Tuomisto 1988 s. 333–344.

²³ Tepora LM 7/1992 s. 1043. Tässä tutkimuksessa tukeudutaan konsignaatiojärjestelyn juridista rakennetta kuvattaessa ja esineoikeudellisia vaikutuksia tarkasteltaessa Teporan suorittamaan konsignaatiomuotojen erotteluun.

²⁴ Nilas Justitia 1980:5 s. 73–80.

²⁵ Tepora DL 1991 s. 642.

Poiketen omistuksenpidätys ehdoin tehdystä luottokaupasta, jossa ostajalla on luovuttamislupa, on ostajan kauppahinnan suoritusvelvollisuus kiinteään tiliin tehdyssä luottokaupassa kytketty edelleen myynnin tapahtumiseen. Sanottu luottokauppa tulee säännöllisesti kyseeseen elinkeinonharjoittajien välisessä kaupassa, jolloin myyjän ja ostajan välillä vallitsee liikesuhde. Toisaalta ei ole poissuljettu se vaihtoehto, että osapuolten välillä ei vallitse mitään liikesuhdetta.

Olsson on katsonut, että luottokauppa kiinteään tiliin muistuttaa rakenteellisesti hyvin paljon myyntikomissiota ja konsignaatiota. Molemmissa sopimustyypeissä käytetään hyväksi edelleen myytäväksi tarkoitetun objektin omistusoikeutta myyjälle turvautun vakuusaseman saavuttamiseksi.

Erotuksena myyntikomissiosta kantaa ostaja kiinteään tiliin tehdyssä luottokaupassa kaupallisen riskin edelleen myynnistä. Myyntikomissiossahan komissionäärillä on oikeus palauttaa myymättä jääneet komissiotavat ja siten kaupallisen riskin kantaa komitenti. Täysin poikkeuksetonta ei kuitenkaan ole, että kiinteään tiliin tehdyssä luottokaupassa osapuolet ovat sopineet ostajan oikeudesta palauttaa myymättä jääneet objektit takaisin myyjälle.²⁶

Myyntitilisopimuksella tarkoitetaan sopimusjärjestelyä, jonka puitteissa tavarantoimittaja toimittaa tavaroita jälleenmyyjälle myytäväksi edelleen myyntitiliehdoin. Sopimuksen mukaan tavarat pysyvät tavarantoimittajan omistuksessa siihen saakka kunnes jälleenmyyjä on saanut ne myydyksi edelleen. Tavaroiden omistusoikeus siirtyy tavarantoimittajalta jälleenmyyjän luovutuksensaajan omaisuudeksi edelleenmyynnin yhteydessä niin, etteivät tavarat ole missään vaiheessa jälleenmyyjän omaisuutta. Sopimukseen sisältyy yleensä määräyksiä tavaroiden säilyttämisestä erillään jälleenmyyjän varallisuudesta tavarantoimittajan lukuun, jälleenmyyjän oikeudesta palauttaa myymättä jääneet tavarat, liikeriskin jakautumisesta sopijapuolten kesken ja tavarantoimittajan oikeudesta ottaa tavarat takaisin hallintaansa.²⁷

Luottokaupassa kiinteään tiliin ja myyntitilisopimuksessa vakuustarkoituksessa käytetyn omistuksenpidätyksen tehokkuus ostajan velkojia kohtaan määräytyy samojen kollisionratkaisusääntöjen kuin omistuksenpidätys-ehdoissa luottokaupassa, jossa ostajalle on annettu luovuttamislupa jo luottoaikana, ellei ostajan katsota toimivan myyjän lukuun myyntikomission kaltaisessa suhteessa ja ellei sopimusjärjestelyn voida kokonaisuutena katsoa funktionaalisesti muistuttavan riittävästi myyntikomissiota. Edellytyksenä on pidetty selvää näyttöä oikeussuhteen sisällöstä.²⁸

²⁶ Olsson JFT 1960 s. 4.

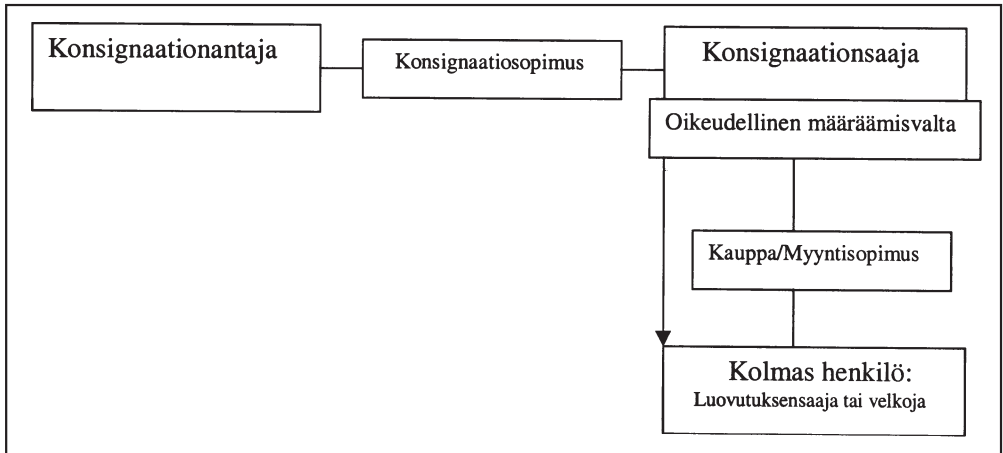
²⁷ Tiedot saatu eri aloilla toimivien elinkeinonharjoittajien käyttämistä vakiosopimuksista.

²⁸ Kaisto 1997 s. 421–422.

Vakuusmuodon juridisen rakenteen ja esineoikeudellisten vaikutusten perusteella on konsignaatiolla tarkoitettu Suomessa kahta eri tapausta. Tapauksessa yksi (1) konsignaationantaja tallettaa konsignaatio-objektin konsignaationsaajan huostaan niin, että konsignaationsaajalla on optio ostaa objekti myydessään objektin kolmannelle omaan lukuunsa. Konsignaationantajalla on erottamisoikeus talletettuihin objekteihin konsignaationsaajan varallisuuteen kohdistuvassa pakkotäytäntöönpanossa.²⁹ Tästä konsignaatiotyypistä on käytetty nimitystä ruotsalaistyyppinen konsignaatio.

Tapauksessa kaksi (2) konsignaationsaaja ostaa edelleen myytäväksi tarkoitettun objektin luottokaupalla omistuksenpidätysehdoin. Konsignaationsaajalla on konsignaatiosopimuksen mukaan oikeus omaan lukuunsa myydä edelleen konsignaatio-objekti jo luottoaikana kolmannelle. Konkreettisen edelleenmyynnin tapahduttua konsignaationsaajalla on velvollisuus välittömästi tai yleensä lyhyen ajan kuluttua suorittaa kauppahinta konsignaationantajalle. Konsignaationsaajalla on yleensä myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus.³⁰ Tästä konsignaatiotyypistä on käytetty puolestaan nimitystä tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio.

Seuraavan kuvion tarkoituksena on antaa kokonaiskuva konsignaatiossa syntyvistä soveltamistilanteista ja sitä koskevista säännöistä. Suhdetta konsignaationantaja – konsignaationsaaja kutsun konsignaatiosuhteeksi, joka syntyy konsignaatiosopimuksen solmimisella sekä suhdetta konsignaationsaaja – kolmas henkilö kauppasuhteeksi / myyntisuhteeksi oikeustoimeen sovellettavasta kollisionratkaisunormeista riippuen.



²⁹ Hästad 1994 s. 146 ja SOU 1988:63 s. 48.

³⁰ Tepora LM 7/1992 s. 1044.

2.2.2 Luottokauppa omistuksenpidätysehdoin edelleenmyyntiä varten

2.2.2.1 Yleistä omistuspäätösehtoisista kaupoista

Omistuksenpidätyksellä tarkoitetaan yleensä kauppasopimuksen määräystä, jonka mukaan omistusoikeuden siirtyminen lykkääntyy siihen asti, kunnes ostaja suorittaa kauppahinnan tai täyttää jonkin muun maksuvelvollisuutensa. Kyseessä on lykkäävä eli suspensiivinen ehto.³¹ Omistusoikeus kaupan kohteeseen pidätetään myyjällä toistaiseksi ja siirtyy ostajalle vasta kun koko kauppahinta on maksettu. Koko sopimuksen perusidea on, että omistusoikeus lopuksi siirtyy ostajalle. Kauppaobjektin hallinta ja käyttövalta luovutaan ostajalle useimmiten heti sopimuksen solmimisen yhteydessä. Tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä.³²

Omistuksenpidätysehdon teoreettinen luonnehdinta on saanut kirjallisuudessa paljon huomiota osakseen.³³ Varhaisemmassa kirjallisuudessa vakuustarkoituksessa käytettyä omistuksenpidätystä selitettiin siten, että se kytkettiin yhdeksi omistusoikeuden vaiheittaista siirtymistä koskevaksi ehdoksi. Omistuksenpidätyksen katsottiin synnyttävän lykkäävästi ehdollisen välitilailmiön omistusoikeuden keskeisen momentin, omistajan hallintaoikeuden kannalta. Katsottiin, että ostajalla oli luottoaikana sopimukseen perustuva tosiasiallinen esineen hallinta ja käyttövalta sekä oikeus maksamalla kauppahinta saada aikaan omistajan hallintaoikeuden subjektin vaihdos, kun taas myyjä säilytti kauppahinnan suorittamiseen saakka omistuksenpidätyksen perusteella omistajan hallintaoikeuden myytyyn esineeseen itsellään. Tämä selitys on myöhemmin kyseenalaistettu.

Nykyisin ehdon selitetään palvelevan vakuustarkoitusta: myyjällä on omistuksenpidätyksen johdosta ostajan maksuhäiriötilanteissa oikeus kaupan purkuun ja myydyin esineen takaisinottoon tietyin rajoituksin. Zittingin mukaan omistuksenpidätysehtoa on sen sivullisittomuuden kannalta pidettävä ostajan velkojia ja seuraajia sitovana takaisinottoehtona. Kun kauppaobjektin takaisinotto edellyttää sopimuksen purkamista, merkitsee takaisinottoehto tällöin sivullisiin vaikuttavaa purkuoikeutta, jonka perusteella myyjä saa oikeuden luovuttamansa objektin takaisinottamiseen.³⁴ Omistuksenpidätysehtoon pe-

³¹ Tuomisto 1988 s. 9.

³² Havansi 1992 s. 520.

³³ Laajasti omistuksenpidätystä koskevia käsityksiä on käsitellyt Tepora 1984 s. 35–58.

³⁴ Tuomisto 1988 s. 174–176 ja Zitting LM 1978 s. 728–729. Tuomisto toteaa, että sopimuksen sisältävä pelkkää takaisinottoehtoa on pidetty luonteeltaan velvoiteoikeudellisena, joka ei sido ostajan velkojia tai seuraajia. Sopijapuolethan voivat lähtökohtaisesti disponoida kolmannen oikeudesta vain siinä laajuudessa kuin oikeusjärjestys sen sallii, ja sopimuksen

rustuvaa takaisinotto-oikeutta käytettäessä myyjälle palautuu ostajalle kaupan kohteena olevan esineen luovutuksella siirtynyt omistajan hallintaoikeus, jolloin myyjä saa takaisin täysin kehittyneen omistajan aseman.³⁵

Ostajalle siirtyy heti sopimuksen teon jälkeen omistajan hallintaoikeus esineeseen, jonka perusteella hänellä on oikeus saada esine tosiasialliseen hallintaan ja käyttöön. Ostajan hallintaoikeus on yksinomaista ja suojattua ja tapahtuu hänen omaan lukuunsa. Ostajalle siirtynyt omistajan hallintaoikeus esineeseen on kuitenkin sillä tavoin rajoitettua, että omistajan kelpoisuusmuotojen käyttöä rajoittaa myyjän ehtoon perustuva oikeus.

Ostajalla on niin ikään oikeus vaikuttaa oikeusasemaansa maksamalla kauppahinnan tai täyttämällä jonkin muun sopimukseen liittyvän velvollisuuden, jolloin ostajalle kehittyy täysi omistajan asema.³⁶

Omistuksenpidätysehto voi koskea niin irtainta kuin kiinteää omaisuutta.³⁷ Routamon mukaan omistuksenpidätysehtoisessa irtaimen luottokaupassa myyjän voidaan katsoa toimivan kahdessa ominaisuudessa: toisaalta hän toimii kauppaojektin luovuttajana, toisaalta kauppahinnan maksuun luottoa myöntävänä luotonantajana. Luotonantajan ominaisuudessa toimiva myyjä turvaa asemansa omistuksenpidätysehdoin ostajan maksuhäiriön varalta.

Irtaimen esineen luovuttaja-myyjän purkuoikeutta tilanteissa, joissa ostaja on laiminlyönyt kauppaan perustuvan maksuvelvollisuuden, sääntelee

oikeusvaikutukset rajoittuvat sopijapuolten väliseen (inter partes) suhteeseen. Takaisinottoehto ei siten luo sivullisia sitovaa esinevakuutta, vaan sivullisia sitovan oikeuden saavuttamiseksi edellytetään, että myyjä pidättää omistusoikeuden kaupan kohteeseen.

³⁵ Omistuksenpidätysehtoon perustuvasta takaisinotto-oikeudesta tulee siis erottaa takaisinottoehto, joka on kyseessä silloin, kun omistusoikeuden sanotaan heti siirtyvän ostajalle, mutta myyjä on ostajan maksuhäiriöiden johdosta oikeutettu ottamaan esineen ostajalta takaisin itselleen. Havansi 1992 s. 523 pitää ehtoa purkavana eli resolutiivisena ehtona. Kirjallisuudessa on vahvasti puollettu omistuksenpidätysehdon ja takaisinottoehdon samantasoista tehokkuutta ostajan luovutuksensaajiin ja velkoihin nähden. Ks. Tepora 1984 s. 73 ja Tuomisto 1988 s. 179. Tätä suositusta ei kuitenkaan ole kiistatta hyväksytty oikeuskäytännössä, joten omistuksenpidätysterminologian käyttöön on edelleen syytä suojan varmistamiseksi. Asiaa koskeva KKO:n ennakkoratkaisu on KKO 1983 II 132.

Havansi 1992 s. 522 on todennut sanotun erottelun osalta, ettei se perustu rationaalisiiin syihin, mutta siihen on vallitsevan oikeustilan vallitessa syytä varautua.

Ruotsin oikeudessa myyjän oikeuden sivullistehokkuuden kannalta edellytetään vain, että selvästi sovitaan takaisinotto-oikeudesta. Ruotsin oikeudesta SOU 1988:63 s. 66 ja NJA s. 222.

³⁶ Tepora 3/1992 s. 328–329 ja Tolonen LM 1/1998 s. 839.

³⁷ Havansi 1992 s. 522. Suurin osa omistuksenpidätysehdoin myydystä omaisuudesta myydään osamaksukaupalla, jolloin tulee sovellettavaksi OsamKL:n säännökset. Organisoitun erityisrahoituksen ohella omistuksenpidätystä käytetään myös OsamKL:n ulkopuolelle jäävissä luottokaupoissa. Ehtoa voidaan käyttää myös silloin, kun koko kauppahinta on suoritettava kerralla.

KauppaL:n 54 §. Lähtökohtaisesti myyjä voi purkaa kaupan ostajan maksuviivästyksen vuoksi, jos viivästyksellä on olennainen vaikutus sopimusrikkomukseen. Jos esineen hallinta on kuitenkin jo luovutettu ostajalle, on myyjän käytettävissä oleva purkuoikeus rajoitettu. Tällöin myyjä saa purkaa kaupan vain, jos sopimukseen sisältyy pätevä pidettävä ehto takaisinotto-oikeudesta tai omistuksenpidätyksestä. Poikkeuksen muodostaa tilanne, jossa ostaja on jo hallinnan luovuttamisen hetkellä asetettu konkurssiin. Tällöin myyjällä on oikeus vaatia kauppaobjekti takaisin, ellei konkurssipesä maksa tai aseta maksusta hyväksyttävää vakuutta.³⁸

Omistuksenpidätyksen ulottuvuutta voidaan tarkastella kahdessa eri suhteessa: toisaalta myyjän ja ostajan välisenä suhteena, toisaalta myyjän suhteena ostajan velkojia ja seuraajia kohtaan, jota voidaan myös luonnehtia omistuksenpidätyksen esineoikeudelliseksi ulottuvuudeksi.

Omistuksenpidätyksen sivullistehokkuutta koskeva sääntely vaihtelee merkittävästi eri valtioissa. Esimerkiksi Saksassa on omaksuttu julkisuusnäkökohtien suhteen sivullisia sitovaa esinevakuutta perustettaessa Suomessa omaksutuista säännöistä täysin poikkeavat säännöt.

Suomessa tehokkaan panttioikeuden perustaminen edellyttää julkivarmistuksen toteuttamista. Se toteutetaan hallinnan siirrolla, ilmoituksella kolmannelle taholle eli ns. denuntiaatiolla taikka kirjaamisella.

Koska omistuksenpidätysehtoa käytettäessä vakuusobjektina toimii vaihdannan kohteena oleva objekti, jonka hallinta vielä on luovutettu ostajalle, jää julkisuutta tuottava lisätoimenpide toteuttamatta.³⁹ Ehdon käyttö ei siten ole sivullisten kannalta helposti havaittavissa ja se jää ns. salaiseksi vakuusoikeudeksi. Julkisuusvaatimuksen täyttymistä on pidetty tehokkaan esineoikeuden syntymisen pääsääntönä. Koska omistuksenpidätys on julkisuusvaatimuksen vastaisuuden vuoksi sui generis -vakuuskeino, on sen tehokkuus ilman julkivarmistusta poikkeus pääsäännöstä. Poikkeuksia on puolestaan lähtökohtaisesti tulkittava suppeasti.⁴⁰

³⁸ Routamo 1996 s. 158–161.

³⁹ MK 14:4 on mahdollistanut omistuksenpidätys- tai takaisinottoehdon kirjaamisen lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Kirjaus on mahdollinen vain jos omistuksenpidätys sisältyy alkuperäiseen sopimukseen ja kiinteistön omistaja antaa nimenomaisen suostumuksen kirjaukselle. Tämä kirjausmahdollisuus koskee ainoastaan elinkeinotoiminnassa käytettäviä kiinteistöjä. Niin ikään rekisteriin saadaan kirjata esineen myyjän omistuksenpidätys- tai takaisinottoehtoon perustuva oikeus kiinteistölle tuotuun rakennukseen, rakennelmaan, koneeseen tai laitteeseen. Kirjauksen perusteella omistuksenpidätys sitoo kiinteistön omistajan velkojia ja seuraajia. Sen sijaan kirjaus ei tee irrottamisoikeudesta sitovaa, jos se katsotaan sitomattomaksi oikeutemme mukaan inter partes. Ks. yksityiskohtaisemmin HE 120/1994 s. 96–97 ja Jokela–Kartio–Ojanen 1997 s. 307.

⁴⁰ Kaisto DL 1993 s. 92, Portin JFT 1979 s. 392–395 ja Tuomisto 1990 s. 212–213.

Omistuspäätösheitoiset luottokaupat ovat kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä jaoteltu sen perusteella, onko luovutuksensaaja-ostajalla omistuksenpidätösehdosta huolimatta jo luottoaikana ennen kauppahinnan maksua ilman luovuttaja-myyjän myötävaikutusta oikeus disponoida esineestä luovuttamalla se edelleen, panttaamalle velkojensa vakuudeksi, käyttämällä valmistukseen tai kulutukseen taikka liittämällä se toiseen esineeseen, vai ei. Ensin mainitusta tapauksesta on käytetty nimitystä luottokauppa edelleenmyyntiä varten, kun taas jälkimmäistä tapausta on nimitetty normaalisti luottokaupaksi.

Näiden lisäksi on erotettu sellaisten irtainten esineiden luottokauppa, jossa luovutettavat esineet on tarkoitettu liitettäväksi toiseen esineeseen niiden ainesosaksi tai tarpeistoksi jo luottoaikana. Tällaisesta luottokaupasta on käytetty nimitystä luottokauppa edelleenliittämistä varten. Tässä tutkimuksessa liittämisoikeus rinnastetaan ostajan luovutusoikeuteen ja mainittu luottokaupan muoto katsotaan kuuluvan alaryhmänä edelleenmyyntiä koskevan luottokaupan soveltamisalaan.⁴¹

Ostajan luottoaikaisen disponointivallan perusteella suoritettulla jaotellulla on erityistä merkitystä arvioitaessa omistuksenpidätyksen käyttökelpoisuutta vakuutena. Oikeuskäytännössä on nimittäin vakiintunut kanta, jonka mukaan omistuksenpidätösehto on vailla sivullissitovuutta, jos ostajalla on ollut oikeus ehdosta huolimatta disponoida esineestä jo luottoaikana, vaikka omistuksenpidätösehdon yleiset pätevyysedellytykset täytyisivätkin.⁴²

Tässä tutkimuksessa kiinnostus kohdistuu siis siihen, millä edellytyksillä omistuksenpidätösehdoin myyjän myymää esinettä tuleva oikeus voi sitoa ostajan muita velkojia tilanteessa, jossa ostajalla on oikeus luovutukseen jo luottoaikana. Kokonaiskuvan saamiseksi käsittelemme kuitenkin myös tilannetta, jossa ostajalle ei ole myönnetty oikeutta esineen myyntiä edelleen kauppahinnan maksua myyjälle.

⁴¹ Kirjallisuudessa esitettyjä luokitteluja Olsson JFT 1960 s. 3, Portin JFT 1960 s. 279, Tepora 1984 s. 278–279 ja Välimaa OTJP 1992 s. 360.

⁴² KKO:n kanta omistuksenpidätösehdon sivullistehokkuuteen luottokaupassa, jossa ostajalle on annettu lupa oikeudellisesti määrätä esineestä jo luottoaikana, on vakiintunut 1970-luvulla. Oikeuskäytännöstä sanotun kannan mukaisia ratkaisuja ovat muun muassa KKO 1934 II 125, KKO 1947 I 4 (ään.), KKO 1971 II 65, KKO 1971 II 102, KKO 1977 I 4, KKO 1986 I A, KKO 1990:43, KKO 1990:104 KKO 1995:128. Tuomisto 1988 s. 241 toteaa, että kanta omistuksenpidätösehdon heikkoudesta on niin vakiintunut, että sen muuttaminen edellyttäisi lainsäädäntötoimenpiteitä.

2.2.2.2 Normaali luottokauppa

Normaalilla luottokaupalla tarkoitetaan yleisesti omistuksenpidätysehtoista kauppaa, jossa kaupan kohde on tarkoitettu jäämään ostajan omaan hallintaan ja käyttöön objektin normaalin käyttötarkoituksen mukaisella tavalla.

Seuraavia piirteitä voidaan pitää tyypillisinä sanotulle oikeustoimelle: Ostajana on normaalisti kuluttaja ja myyjänä elinkeinonharjoittaja; Myyjä on esineen omistaja, ja esineen omistusoikeus muodostaa hänelle esinevakuuden; Myyjä nauttii lähtökohtaista suojaa ostajan velkojia ja seuraajia kohtaan.

Ostajan näkökulmasta omistuksenpidätys tarkoittaa rajoitusta hänen omistajan asemaansa siihen asti kunnes kauppahinta on kokonaan maksettu. Niinpä ostajalla ei ole lupaa luovuttaa esinettä edelleen sanottuna aikana siten, että myyjän omistuksenpidätysehtoon perustuvan takaisinotto-oikeuden käyttömahdollisuus tosiasiasa estyy. Käytännössä myyjän oikeus varmistetaan nimenomaisella luovutuskiellolla.

Oikeuskäytännössä on vakiintunut ostajan luottoaikaisen luovutusvallan rajoituksia tukeva kanta normaalein luovutusehdoin tehdyssä luottokaupassa.⁴³ Jos ostaja tästä huolimatta luvottomasti luovuttaa esineen kolmannelle luottoaikana, syyllistyy hän rikosoikeudellisen tunnusmerkistön täyttävään tekoon. Kavallussäännösten perusteella arvostellaan menettelyä, jossa ostaja anastaa omistuksenpidätysehdoin ostamansa esineen.⁴⁴

Oikeuskäytännössä omistuksenpidätysehdoin myydyn esineen luovutuksensaaja on tuomittu kavallusrikoksesta rangaistukseen, koska omistuksenpidätysehdoin ostajalle myytyä esinettä on pidetty toisen omaisuutena. Kavalluksen tunnusmerkistön täytyminen on edellyttänyt ensin sitä, että myyjän pidättämä esineen omistusoikeus on siirtynyt ostajalle. Tämän perusteella on sitten ratkaistu, täyttääkö ostajan toiminta kavalluksen tunnusmerkistön. Tapauksessa KKO 1997:154 mainitut seikat tulivat KKO:n arvioitavaksi.⁴⁵

⁴³ Tepora 1984 s. 280–281.

⁴⁴ Tolonen LM 1/1998 s. 838 toteaa, että ”anastamisella tarkoitetaan toisen omaisuuden oikeudetonta ottamista, pitämistä, luovuttamista tai muunlaista hyväksikäyttöä tarkoituksena saada se itselle tai toiselle sellaiseen omistukseen, joka on pysyvää ja ulkoiselta olemukseltaan vastaa omistusoikeutta”. Tolonen on katsonut, että tekijältä edellytetään tahallisuutta. Toisin sanoen tekijän tulee olla tietoinen siitä, että omaisuus kuuluu jollekin toiselle. Hän kuitenkin otaksuu, että jos kavallus kohdistuu omistuksenpidätysehdoin myytyyn omaisuuteen, on sitä pidettävä lievänä.

⁴⁵ Tepora 1984 s. 280–281. Tapauksessa KKO 1997:154 KKO otti kantaa siihen, onko myyjän edustaja syyllistynyt kavallukseen luovuttaessaan kolmannelle auton, johon rahoitusyhtiöllä oli omistuksenpidätysoikeus. KKO totesi perusteluissaan, että kavalluksen tunnusmerkistön

Normaalissa luottokaupassa myyjän ehtoon perustava oikeus on lähtökohtaisesti sivullisia sitova, vaikka omistuksenpidätyksen sivullissitovuudesta ei ole laissa säännöstä. Oikeuskäytännössä ehtoa on pidetty sivullisia sitovana. Sitovuusperusteen muodostaa yhä vallitsevan kannan mukaan myyjän omistusoikeus, johon lainsäädännössä liittyy vahva suoja.⁴⁶ Kirjallisuudessa on sen sijaan viime aikoina suhtauduttu varauksellisesti myyjän omistusoikeuden merkitykseen omistuksenpidätyksen tehokkuutta arvioitaessa. On viitattu siihen, että myyjän omistaja-asema on lähinnä vain muodollinen ja että ostajalla eikä myyjällä ole omistuksenpidätyksen aiheuttaman välitilan aikana täysin kehittynyttä omistajan asemaa: myyjä on esineen hallinnan ostajalle luovuttaessaan menettänyt keskeisiä omistusoikeuden elementtejä ostajalle.

Tuomisto on katsonut, ettei ratkaisevaa merkitystä ehdon tehokkuutta arvioitaessa tulekaan antaa sille, että myyjä on sopimuksen mukaan esineen omistaja. Omistusoikeuden sijasta huomiota tulee kiinnittää omistuksenpidätyksen käyttökelpoisuuteen vakuuskeinona. Painavimpana perusteena Tuomisto on pitänyt sitä, että omistuksenpidätys on sivulliselle suhteellisen haitaton ja myyjälle käyttökelpoinen vakuuskeino.⁴⁷

On huomautettava, että luovutusvallan rajoitukset koskevat luonnollisesti vain omistuksenpidätysesihdon synnyttämää välitilan aikana vallitse-

täytyminen edellyttää, että teko kohdistuu toisen omistamaan omaisuuteen. KKO katsoi, ettei rahoitusyhtiö ollut saanut osamaksusopimuksen siirron perusteella autoon omistusoikeutta, vaan osamaksusopimuksen siirto rahoittajalle oli merkinnyt sopimuksen siirtoa kaupan rahoituksen vakuudeksi eli vakuusjärjestelyä. Tapausta kommentoineen Tolosen LM 1/1998 s. 835–842 ja erityisesti s. 842 mukaan ”sopimuksella luotujen oikeussuhteiden sisällön perusteella voidaan perusteellisesti katsoa, että auton omistusoikeus on siirretty rahoitusyhtiölle, sillä rahoitusyhtiön tarkoituksena oikeudellisesti on ollut saavuttaa auton omistaja-asema. Tästä johtuen voidaan katsoa, että A (myyjän edustaja) on menetellyt kavallusrikossäännöksen teonkuvauksessa tarkoitetulla tavalla”. KKO:n ratkaisuja, joissa on otettu kantaa kavalluksen tunnusmerkistön täyttymiseen ovat muun muassa KKO 1927 II 502 ja KKO 1993:4.

⁴⁶ Ks. Tepora LM 3/1992 s. 328–329 ja SOU 1988:63 s. 66, jossa lausutaan omistusoikeuden käytöstä ehdon sivullistehokkuuden perustana seuraavasti: ”Ursprungligen kan denna rättsregel ha haft sin grund i förbehållet av just ”ägenderätt”. Så småningom hat rättsregel förklarats med dess praktiska betydelse i det ekonomiska livet; det möjliggör anskaffning av varor av köpare som inte kan betala kontant eller skaffa annan säkerhet, och de betänkligheter som är förknippade med panträtt till varor i köparens besittning har inte ansetts tillämpliga”.

⁴⁷ Tuomisto LM 1991 II s. 207–208. Väitöskirjassaan Tuomisto 1988 s. 33–38 ja 47 on todennut, että omistuksenpidätysmyyjän oikeutta myytyyn esineeseen ei välttämättömänä voi pitää omistusoikeutena, vaikka muodollisesti omistusoikeus ei olekaan siirtynyt. Kysymys siitä, saako myyjä lähtökohtaisesti suojaa UL 4:9, KS 45.1 §:n ja KS 54.1 §:n nojalla perustuu pitkälti siihen, voidaanko myyjää edelleen pitää omistajana. Toisaalta UL 4:9.1:n kielto tehdä ulosmittausta sivullisen vahingoksi voi ehkä tarjota suojaa myyjälle riippumatta siitä, voidaanko häntä pitää omistajana.

vaa asiointilaa, jolloin kummallakaan sopijapuolelle ei ole täysin kehittyntä omistajan oikeusasemaa. Välitilalla tarkoitetaan aikaa, jolloin kauppahinta ei vielä ole maksettu kokonaan ja myyjän oikeus faktisesti rasittaa ostajan oikeutta. Kun kauppahinta on tullut kokonaan maksetuksi, välitila päättyy ja rajoitukset poistuvat. Tepora on perustellut disponointivallan rajoituksia kahdella oikeuspoliittisesti perustellulla seikalla, myyjän taloudellisten intressien turvaamisella ja taloudellisen spekulointivallan välttämällä.

Jos ostajalla olisi disponointivallan rajoituksista vapaa oikeus taloudelliseen spekulointiin saattamalla kauppaobjekti edelleenmyyntiin ennen sopimusvelvoitteen täyttämistä, jättäisi se myyjän helposti taloudellisesti turvattomaan asemaan.⁴⁸ Sen sijaan myyjän myötävaikutuksella ostajalle omistuksenpidätyksen käytöstä aiheutuvat disponointivallan rajoitukset voidaan poistaa ja ostaja oikeuttaa käyttämään omistajan oikeuksia täysimääräisesti. Tällä on kuitenkin vaikutuksia omistuksenpidätyksen tehokkuuteen sivullisia kohtaan⁴⁹.

Normaalissa luottokaupassa käytettävä omistuksenpidätys on siis lähtökohtaisesti tehokas ostajan velkojia ja seuraajia kohtaan. Oikeuskäytännössä ehdon tehokkuutta on jouduttu rajoittamaan. Keskeiseksi tehokkuuden rajoitustekijöiksi ovat muodostuneet kaupat, joissa ostajalle on annettu tai olosuhteista on pääteltävissä, että ostajalla on luovuttamislupa tai muu vastaava lupa jo luottoaikana. Näissä tilanteissa on päädytty siihen, että omistuksenpidätysehto on tehoton, vaikkei edelleenmyynti tai -liittäminen ole vielä tapahtunut.

2.2.2.3 Luovuttamisluvan olemassaolosta luottosuhteen aikana

Luottokauppa omistuksenpidätysehdoin edelleenmyyntiä varten on siis kyseessä silloin, kun ostajalla on omistuksenpidätysehdoista huolimatta oikeus disponoida kauppaobjektista jo luottoaikana myymällä se kolmannelle. Ostajan luottoaikaisella disponointivallalla ei tässä tutkimuksessa omaksutun käsitystavan mukaan tarkoiteta ostajan reaaliuottokompetenssia eli ostajan valtaa käyttää kauppaobjektia muiden velkojensa vakuutena ennen kauppahinnan maksamista, vaan nimenomaan ostajalle myönnettyä oikeutta luovuttaa objekti edelleen kolmannelle. Luovutustapana on nimenomaan kauppa.

⁴⁸ Tepora 1984 s. 283.

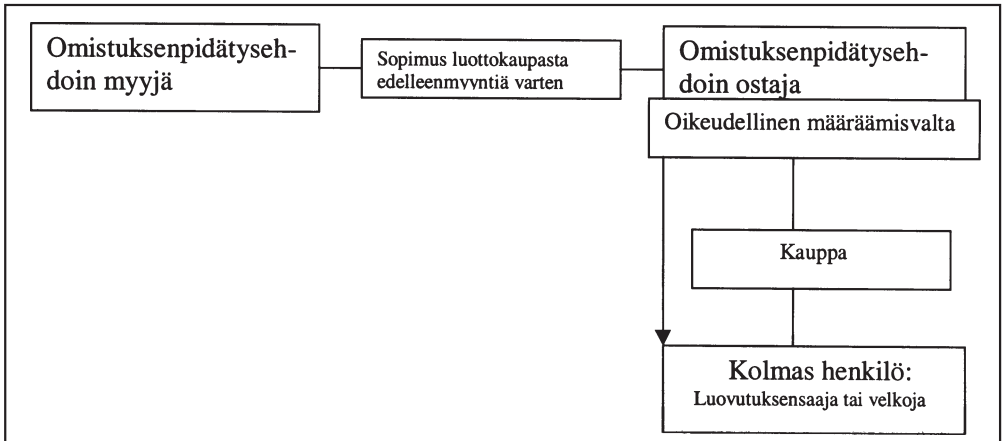
⁴⁹ Omistuksenpidätysehdon sivullistehokkuudella tarkoitan sivullisia sitovaa esineen takaisinotto-oikeutta eli nimenomaan oikeutta saada esine takaisin ostajan muiden velkojien ja seuraajien ulottuvilta.

Ostajalle omistuksenpidätys ehdoin luovutettu esine on hänen vaihtomaisuuttaan, kun taas se normaalissa luottokaupassa on ostajan käyttöomaisuutta.⁵⁰

Olennaista omistuksenpidätys ehdoin edelleenmyyntiä varten tehdyssä luottokaupassa on se, että esine luovutetaan jälleenmyyjälle, joka myy esineen edelleen omaan lukuunsa. Edelleenmyynti voi tapahtua jo luottoaikana eli ennen kuin ostaja on täyttänyt myyjän kauppahintasaatavan. Tavarankiertonopeudesta ostajan varastossa riippuu, ehtiikö sopijapuolten kauppasopimuksessa oleva ehto maksuajankohdasta täyttyä ennen objektin luovuttamista edelleen.

Konsignaatiosta omistuksenpidätys ehdoin tehty luottokauppa edelleenmyyntiä varten eroaa ennen muuta siinä, että edelleenmyyntiä varten tehdyssä luottokaupassa ostaja on velvollinen maksamaan kauppahinnan sovittun määrääjän kuluttua riippumatta siitä, onko ostaja myynyt objektin edelleen. Konsignaatiossa ostajan kauppahinnan suoritus kytkeytyy taas konkreettiseen edelleenmyyntiin. Konsignaationsaaja on normaalisti velvollinen maksamaan kauppahinnan välittömästi tai lyhyen ajan kuluttua edelleenmyynnistä myyntikomissiota muistuttavan tilitysmenettelyn mukaisesti.⁵¹

Aiemmin konsignaation yhteydessä esittämäni peruskuvio hahmottuu omistuksenpidätys ehdoin tehdyssä luottokaupassa, jossa ostajalla on luovuttamislupa, seuraavanlaiseksi:



⁵⁰ Välimaa OTJP 1992 s. 361–362 toteaa, että kirjallisuudessa esineen luovuttamistapana on yleensä käsitelty nimenomaan myyntiä eli kauppaa. Esimerkiksi autokaupan kohdalla kyseessä on usein käytännössä osaksi vaihto. Tällöin kysymys on luottokaupasta edelleen vaihtoa varten, jolloin ollaan tekemisissä saman ongelmaryhmän kanssa kuin jos olisi kyse luottokaupasta edelleen myyntiä varten.

⁵¹ SOU 1988:63 s. 48–49 ja Tepora LM 7/1992 s. 1043–1044.

Luottokaupassa edelleenmyyntiä varten on useimmiten kysymys elinkeinonharjoittajien välisestä kaupasta, jossa molempien sopijapuolten yhteinen etu on saada myytyä kauppajobjekti edelleen kolmannelle mahdollisimman nopeasti. Myymällä objekti edelleen ostajan likviditeetti paranee ja näin hän saa varoja maksaa oma kauppahintavelkansa myyjälle.

Osapuolten voidaan katsoa tarkoittaneen luottoaikaisen luovutusluvan perustamista ostajalle, jos siitä on sovittu nimenomaisesti tai konkludenttisesti eli hiljaisesti. Jos osapuolet ovat siitä nimenomaisesti sopineet, katsotaan luvan olevan voimassa ja sen johdosta myyjän omistuksenpidätykseen perustuva takaisinotto-oikeus on tehoton. Oikeudellisia ongelmia syntyy tilanteissa, joissa luovutusluvasta ei ole nimenomaisesti sovittu, vaan osapuolten voidaan katsoa sitä edellyttäneen hiljaisesti.⁵²

Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että ostajalle myönnetty luottoaikainen edelleenmyyntioikeus ei ilmene nimenomaisesti sopimuksesta, vaan se käy ilmi niistä olosuhteista, joissa luottokauppa on tehty. Jos myyjän on täytyntä esimerkiksi esineen normaali käyttötarkoitus, lukumäärä, laatu tai muut vastaavat seikat huomioon ottaen ymmärtää, että esine tulotaisin luovuttamaan edelleen, voitaneen tulkita luovutustarkoituksen olevan voimassa.⁵³

Sopijapuolten välille saattaa olla muodostunut aikaisempien vastaavalaisten sopimusten myötä käytäntö, jonka puitteissa ostajalle on nimenomaisesti myönnetty oikeus esineen myyntiin edelleen jo luottoaikana. Kun sopijapuolet ovat havainneet, että oikeuskäytäntö johtaa siihen, että omistuksenpidätysehto on vailla sivullisittovuutta sanotuissa tilanteissa, ovat sopijapuolet sopineet kuitenkin jättävänsä pois nimenomaisen maininnan luovutusluvasta tai kieltävänsä sen nimenomaisesti. Tällaisten olosuhteiden vallitessa noudatetaan lähtökohtaisesti pääsääntöä, jonka mukaan omistuksenpidätysehto sitoo eikä ostajalla ole luovuttamislupaa luottoaikana. Myyjälle luvasta hiljaisesti sopiminen on edullista, koska hän voi ostajan maksuhäiriötilanteessa vedota ehtoon.⁵⁴

⁵² Tepora 1984 s. 292–293.

⁵³ Tuomisto 1988 s. 328–331 käsittelee kysymystä siitä, milloin lupa voidaan katsoa annettuna.

⁵⁴ Välimaa OTJP 1992 s. 371–372. Yleisten todistustaakan jakoa koskevien periaatteiden mukaan pääsäännöstä poikkeavan väitteen esittäneellä osapuolella on näyttövelvollisuus. Koska omistuksenpidätysehdon sitovuus on pääsääntö ja ostajan luottoaikaisen disponointivallan aiheuttama omistuksenpidätysehdon tehottomuus poikkeus pääsäännöstä, on luovuttamislupa vetoavalla osapuolella väittämistäakka luvan olemassaolosta. Mikäli siis ostaja tai hänen seuraajansa omistuksenpidätysehdon olemassaolosta huolimatta väittää sopijapuolten tarkoittaneen, että ostajalla on oikeus luovutukseen ennen kauppahinnan maksamista, on väitteen esittäneellä osapuolella näyttövelvollisuus sopijapuolten yhteisestä tarkoituksesta myöntää ostajalle luovuttamislupa. Välimaa on katsonut, ettei riittävänä voida

Arvioitaessa luovuttamisluvan olemassaoloa tilanteissa, joissa oikeudesta ei ole nimenomaisesti sovittu, merkitystä saavat tulkinnalla selvittävän sopijapuolten hypoteettisen tahdon ohella objektiiviset ulkoiset tunnusmerkit.

Tepora on katsonut, että merkitystä tulee antaa sekä ostajan ja myyjän henkilöä että luottokaupan kohdetta koskeville seikoille. Ostajan ollessa elinkeinonharjoittaja on todennäköistä, että sopijapuolet ovat tarkoittaneet ostajalla olevan oikeus edelleen myyntiin, kun ostaja on samalla kertaa tilannut useita samanlaisia tuotteita myyjältä. Luovuttamisluvan voidaan katsoa olevan kyseessä etenkin silloin, kun kyse on pitkäaikaisesta ostajan ja myyjän välisestä liikesuhteesta ja/tai kun ostaja yleisesti pitää kaupan luottokaupan kohteena olevaa tavaraa.⁵⁵

Tepora on väitöskirjassaan huomauttanut, ettei yksinään näyttö myyjän ja ostajan liikesuhteen olemassaolosta ole kuitenkaan oikeudellisesti riittävä peruste sille, että ostajalla olisi luovuttamislupa, vaan kyseinen ulkoinen olosuhde toimii ainoastaan todennäköisyysnäyttönä oikeuden olemassaolosta.⁵⁶ Näytöksi sen sijaan riittänee se, että ostaja tai hänen seuraajansa kykenee osoittamaan myyjällä olleen oikea kuva ostajan henkilöstä ja tämän toimialasta myytyyn objektiin nähden. Näiden seikkojen perusteella voidaan päätellä, että myyjä on joko hyväksynyt hiljaisesti edelleenmyynnin tai hän on tosiasiaa edellyttänyt sitä yhdessä ostajan kanssa.⁵⁷

Sittemmin Tepora on katsonut, että luovuttamisluvan arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota olosuhteisiin kokonaisuudessaan. Hänen mukaansa luovuttamisluvan voidaan katsoa olevan voimassa, mikäli esine on ostajan välittömässä tosiasiallisessa määräämisvallassa ja ostajan normaalin liiketoiminnan mukaista on, että hän ryhtyy myymään esinettä ennen kuin kauppahinta on maksettu.⁵⁸

Välimaa on katsonut edelleenmyyntioikeuteen vetoavan todistustaakan täyttyneen, kun hän näyttää, että myyjä on tiennyt kaupan kohteen olevan ostajan vaihto-omaisuutta.⁵⁹

pitää sitä, että jompikumpi kaupan osapuolista on sitä tarkoittanut. Hän kuitenkin toteaa, ettei todistustaakka kaikissa tilanteissa ole kovin raskas. Hiljainen sopiminen tuottaa myyjälle siten prosessuaalisia etuja. Ks. Tepora 1984 s. 293 ja Tuomisto 1988 s. 330.

⁵⁵ Tepora 1984 s. 292 ja Tepora LM 3/1992 s. 334–338, jossa Tepora tarkastelee oikeuskäytännön pohjalta ostajan oikeudellisen määräämisvaltaa arvioitaessa huomioon otettavia seikkoja.

⁵⁶ Tepora LM 3/1992 s. 334.

⁵⁷ Tepora 1984 s. 296.

⁵⁸ Tepora LM 3/1992 s. 335.

⁵⁹ Välimaa OTJP 1992 s. 374.

Tuomisto on pitänyt riittävänä näyttönä, että myyjä saattoi pitää todennäköisenä, että ostaja luovuttaa kaupan kohteen edelleen. Ratkaisevaa merkitystä myyjän tarkoitusta arvioitaessa ei tulisikaan antaa luovuttamisen luvallisuudelle tai tätä koskeville sopimusmääräyksille.⁶⁰ Tulkinta voidaan johtaa niin pitkälle, että myyjän on lähes mahdotonta osoittaa, ettei tarkoitusta olisi olemassa.

Jensen on tanskalaisen oikeuskäytännön pohjalta katsonut, että kyse ei ole normaalista luottokaupasta, jos myyjä tiesi tai olisi pitänyt tietää ostajan edelleen myyvän kauppaobjektin kolmannelle jo luottoaikana omistuksenpidätyksestä huolimatta.⁶¹

Mielestäni luovuttamisluvan olemassaoloa harkittaessa tulee kiinnittää huomiota olosuhteisiin kokonaisuudessaan. Mikäli myyjällä on tieto ostajan henkilöstä myytyihin objekteihin nähden ja sen perusteella voidaan otaksua hänen ymmärtäneen, että ostajan normaalin liiketoiminnan mukaista on myydä esineet edelleen, voidaan riittävänä pidettävä näyttö katsoa saavutetun. Joissakin tilanteissa voitaisiin ehkä kuitenkin ajatella, että omistuksenpidätyksessä ei ole tarkoitannut, että ostaja on oikeutettu luovutukseen.

Mikä merkitys on sitten sillä, että kyseessä on harvemmin edelleenmyynnin kohteena oleva esine tai että myyjä on nimenomaan kieltänyt tai yrittänyt aktiivisesti estää luovutuksen?⁶²

Oleennaista omistuksenpidätysehtojen tehottomuudessa olisi siis se, että niitä käytettäessä myyjän katsotaan tarkoittaneen, että esine luovutetaan

⁶⁰ Tuomisto 1988 s. 330 on katsonut, että erityisesti sellaisten omistuksenpidätysehtojen sivullisittomuuteen, jossa kauppaakirjan sanamuodon mukaan omistusoikeus on selvästi määrätty siirtymään ostajalle heti, mutta kuitenkin purkavasti siten, että myyjä on ostajan maksuhäiriötilanteessa oikeutettu ottamaan esineen takaisin itselleen, on syytä suhtautua varauksellisesti.

⁶¹ Jensen 1970 s. 270–272. Sopijapuolet voivat niin ikään sanottujen tilanteiden varalta sopia nimenomaisesti siitä, ettei ostajalla ole luovuttamis lupaa, vaikka tosiasiallisesti osapuolten tarkoitus on saattaa esine myyntiin edelleen. Ruotsin komissiolain valmistelutöissä on suhtauduttu epäillen nimenomaisten luovuttamiskieltojen merkitykseen ehdon tehokkuutta arvioitaessa. Mikäli olosuhteista ilmenee, että sopijapuolet ovat sopineet kiellosta vain myyjän aseman parantamiseksi ja ostajalla on nimenomaisesti kiellosta huolimatta tosiasiallinen valta myydä kauppaobjekti edelleen, ei kiellolle tule antaa oikeudellista merkitystä. Ks. SOU 1988:63 s. 68–69. Tuomisto on puoltanut ajatusta, että luovuttamisen luvattomuudella ei olisi vaikutusta omistuksenpidätysehdon luvattoman liittäminen tapahduttua, vaan omistuksenpidätysehto olisi tällöin aina heikko.

⁶² Ruotsin komissionlain valmistelutöissä on esitetty vaatimus, että myyjä myös valvoo luovutuskiekkon toteutumista käytännössä. Ks. SOU 1988:63 s. 69. Välimaa OTJP 1992 s. 377 on suhtautunut varauksellisesti fyysisen valvontavelvollisuuden asettamiseen. Sen sijaan hän pitää suotavana väärinkäytösten estämiseksi sitä, että todistustaakka kiertämistarcoituksesta asetettaisiin normaalia kevyemmäksi.

edelleen kolmannelle jo luottoaikana. On kuitenkin mahdollista ajatella, että joissakin epätavallisissa tilanteissa omistuksenpidätys ehdoin myyjän oikeus voisi säilyä vahvana. Näin voisi olla esimerkiksi siinä tapauksessa, että ostajan luovutus-oikeutta on rajoitettu kaupan kohteen laillisen käytön kannalta merkittäväillä seikoilla kuten rekisteröintiasiakirjojen pidättämisellä myyjän hallinnassa. Tällöin todennäköisyys edelleen luovutukseen on ollut niin pieni, ettei myyjän tarkoitusta pysyvään luovutukseen voida mitenkään konstruoida. Omistuksenpidätysehto voisi säilyä vahvana myös silloin, kun omistuksenpidätys ehdoin myyjä on toimittanut esineet erehdyksessä ennen jonkin luovutukselle asetetun ehdon täyttymistä.⁶³

2.2.2.4 Näkemyksiä luovuttamisluvan vaikutuksesta omistuksenpidätysmyyjän oikeuden tehokkuuteen

Edellisessä jaksossa käsiteltiin luovutuksen luvattomuutta koskevaa kysymystä luvan olemassaolon kannalta omistuksenpidätyksen käytön yhteydessä. Todettiin, että luovuttamislupa aiheuttaa ehdon sivullistehottomuuden. Lisäksi todettiin, että jo tarkoitus luovuttaa esine edelleen on pitkälti sama asia kuin luovuttamisluvan olemassaolo. Seuraavassa mielenkiinto kohdistuu siihen, miten kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on perusteltu luovuttamisluvan ratkaisevuutta ehdon tehokkuutta arvioitaessa. Lisäksi tarkastellaan niitä edellytyksiä, joiden vallitessa omistuksenpidätysmyyjän oikeus saattaa nauttia sivullistehokkuutta.

Kirjallisuudessa luvan ratkaisevuutta omistuksenpidätyksen sivullistehokkuuteen on perusteltu eri tavoin. Varhaisessa pohjoismaisessa kirjallisuudessa on viitattu siihen, ettei omistuksenpidätys ole vakavassa mielessä tarkoitettu, jos ostajalla on ehdosta huolimatta luovuttamislupa.⁶⁴ Selitystä on myöhemmin kritisoitu ja sen osalta on katsottu, ettei se vastaa tapauksessa käytetyn vakuusjärjestelyn todellista luonnetta: Sopiessaan omistuksenpidätyksen käytöstä myyjän oikeuksien suojana sopijapuolet ovat tarkoittaneet myöntää myyjälle ostajan muita velkojia sitova takaisinotto-oikeus niin kauan kuin kaupan kohde on ostajan hallussa myymättä. Tämä tarkoitus myyjällä on riippumatta siitä, onko ostajalla luovuttamislupa vai ei. Seli-

⁶³ Tuomisto LM 1991 I s. 198–203 on kommentoidessaan oikeustapausta KKO 1990:43 todennut, että omistuksenpidätys ehdoin myyjän voidaan tulkita jättäneen antamalla liittämisluvan tilanteessa, jossa toimitus on tapahtunut erehdyksessä ennen sovittua toimitusajankohtaa ja myyjä on erehdyksen havaittuaan ryhtynyt tehokkaisiin toimenpiteisiin estääkseen liittämisen.

⁶⁴ SOU 1988:63 s. 82–83.

tys, jonka mukaan sopijapuolet eivät ole todellisuudessa tarkoittaneet omistuksenpidätystä siitä sopiessaan, perustuu jälkikäteen muodostettuun fiktion.⁶⁵

Uudemmassa kirjallisuudessa ehdon tehokkuus ostajan velkojia kohtaan on perustettu hyödyn ja haittojen vertailun pohjalta. Kun myyjä myöntää ostajalle luvan luovuttaa esine vapaasti edelleen, hän hyväksyy mahdollisuuden, että kaupan kohde poistuu hänen saataviltaan.⁶⁶ Tepora on todennut, että ostajan käyttäessä mahdollisuuttaan luovuttaa esine edelleen jo luottoaikana myyjän ehtoon perustuva takaisinotto-oikeuden käyttömahdollisuus samanaikaisesti lakkaa. Myyjän vakuuden säilymisen on siten riippuvainen siitä, onko ostaja luovuttanut esineen edelleen vai ei. Tämän pohjalta on katsottavissa, että on muutoin sattumanvaraista, onko esine myyjän saamisen vakuutena vai ei.⁶⁷

Luovuttamisluvan vaikutusta on perusteltu myös ostajan eri velkojien intressien punninnalla. Portin on katsonut, ettei ole syytä hyväksyä salaisia konkurssietuoikeuksia ostajan muiden velkojien kustannuksella.⁶⁸ Lausumallaan hän on nähdäkseni viitannut siihen, että omistuksenpidätyksen käyttöala on sen julkisuusnäkökohdat sivuuttavan salainen vakuuskeino – luonteen vuoksi pidettävä rajoitettuna.

Myös Olsson on puoltanut eri velkojien etujen punnintaa. Hänen mukaansa ei ole mitään asiallisia argumentteja, joiden perusteella myyjälle tulisi antaa etusija ostajan muihin velkoihin nähden.⁶⁹

⁶⁵ Kirjallisuudessa Portin JFT 1979 s. 392, Tepora 1984 s. 300–301, Tuomisto 1988 s. 326 ja Välimaa OTJP 1992 s. 166. Ruotsalaisessa kirjallisuudessa Håstad 1994 s. 152 ja Schmidt 1938 s. 197–198.

⁶⁶ SOU 1988:63 s. 83, jossa ehdon sivullistehokkuuskysymystä on tarkasteltu nimenomaan myyjän ja ostajan konkurssi- ja ulosmittausvelkojien välisenä kollisiona. Hyvänä kollisionratkaisusääntönä ei ole pidetty sitä seikkaa, onko omistuksenpidätyksen kohteena oleva esine pakkotäytäntönpänon alkaessa vielä ostajan hallinnassa vai onko se luovutettu jo edelleen. Ks. Välimaa OTJP 1992 s. 367.

⁶⁷ Omistuksenpidätysmyyjän oikeuden sivullistehottomuutta sanotuissa tilanteissa sattumanvaraisuus-kriteerillä ovat perustelleet Håstad 1994 s. 152, Kaisto DL 1993 s. 91 ja Olsson JFT 1960 s. 6. Välimaa OTJP 1992 s. 367 on suhtautunut varauksella sattumanvaraisuuskriteerin hyväksyttävyyteen. Hän on perustellut kritiikkiään sillä, ettei myyjän suoja suinkaan olisi sattumanvaraista, jos oikeusjärjestys takaisin ehdon sitovuuden myös edelleenluovutustapauksissa.

⁶⁸ Kantavana argumenttina KKO:n oikeuskäytännössä omaksutun kannan tueksi Portin JFT 1979 s. 392–395 ja erityisesti s. 392 esittää seuraavaa: ”rättspraxis stannat för synes vara dels att situationen, när köparen fritt får förfoga över köpgodset, saknar flera av de komponenter som erkännandet av en säkerhetsrätt trots avsaknaden av traditon, och dels att inte föreligger skäl att generellt göra leverantörerna till en privilegierad kategori av borgenärer”.

⁶⁹ Olsson JFT 1960 s. 6.

Välimaa katsoo luovuttamisluvan olemassaolon omistuksenpidätyksen yhteydessä olevan ristiriidassa yleisen vakuusoikeudellisen periaatteen kanssa: ”teoreettisesti ja systemaattisesti on valitettavaa, että ostajalla on rajoittamaton disponointivalta esineeseen ja myyjällä ei ole mitään tosiasiallista tai oikeudellista valvontakeinoa esineeseen, mutta kuitenkin samanaikaisesti myyjällä on vakuusoikeus tuohon esineeseen”.⁷⁰

Omistuksenpidätyksen käyttämisestä aiheutuu sivullisella haittoja, jotka puoltavat omistuksenpidätysehdoin myyjän oikeuden väistymistä kolliossa.⁷¹ Omistuksenpidätysehdoin myyjän oikeuden tehottomuutta voitaisiin siis perustella yksinkertaisesti sillä, että omistuksenpidätysehtojen tehokkuus ei ole yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaista edelleenmyyntitilanteissa. Jos kuitenkin tarkastelemme asiaa edellisessä jaksossa esitetyllä tavalla, havaitsemme, että omistuksenpidätyksen tehottomuus ei ehkä perustukaan ainoastaan oikeuspoliittisiin tarkoituksenmukaisuusargumentteihin, vaan siihen ajatukseen, että omistuksenpidätysehdon käyttö sanottujen ulkoisten seikkojen vallitessa (myyjällä tieto ostajasta myytyihin objekteihin nähden) lähes poikkeuksetta riittää näytöksi, että omistuksenpidätysehdoin ostajalla on oikeus luovutukseen jo luottoaikana ja että tämä on myös omistuksenpidätysehdoin myyjän etujen mukaista. Vaikka siis lähtökohta on, että muulla kuin esineen oikealla omistajalla on oikeus luovutukseen, on omistuksenpidätyksen käyttö siihen liittyvine oikeusvaikutuksineen riittävä näyttö siitä, ettei ole olemassa vahvaa perustetta suojata omistuksenpidätysehdoin myyjän oikeutta mainituissa tilanteissa.

Tärkeimmät perustelut myyjän oikeuden tehokkuuden puolesta liittyvät siihen, että omistuksenpidätys on myyjälle käyttökelpoinen ja sivulliselle suhteellisen haitaton vakuuskeino.

Tuomisto on katsonut, että omistuksenpidätykseen liittyvien sivullissuojakysymysten ratkaiseminen omistusoikeutta koskevien sääntöjen nojalla on ongelmallista. Tällöin hän on viitannut siihen, että myyjän oikeusasema on poikkeuksellinen, jos ostajalla on luovuttamislupa.⁷²

Myyjän oikeuden sivullistehokkuuden edellytyksinä Tuomisto on vii-

⁷⁰ Välimaa OTJP 1992 s. 369.

⁷¹ Omistuksenpidätysehtojen olemassaolosta on vaikea ottaa selvää: vaihdannan ja luotonannon etujen kannalta ei ole suotavaa, että myytäviin esineisiin kovin laajasti kohdistuu salaisia kolmatta sitovia oikeuksia.

⁷² Tuomisto LM 1991 II s. 208–209 korostaa sitä, ettei omistuksenpidätykselle tai muille vakuusoikeuksille ole myönnettävä sitovuutta, ellei kysymys ole luotettavasta ja käyttökelpoisesta vakuuskeinosta. Ratkaisua KKO 1990:43, joka koski jo luottoaikana voimassaolevaan luovuttamislupaann rinnastettavan liittämisluvan sivullistehokkuutta omistuksenpidätyskaupassa, kommentoidessaan Tuomisto LM 1991 II s. 203 on todennut, että kauppahinnan suorittamisen ajankohta sopii ratkaisevaksi ajankohdaksi, koska kauppahinnan suorittaminen tekee omistuksenpidätyksen tuottaman suojan myyjälle tarpeettomaksi. Mikäli

tannut samoihin seikkoihin, joita on pidetty komissionantajan velkojasuojan edellytyksinä myyntikommissiossa. Näiden seikkojen käsittelyyn palaan käsitellessäni jäljempänä konsignaationantajan oikeuden tehokkuutta tanskalais-tyyppisessä luottokonsignaatiassa.

Tepora on katsonut, että myyjän oikeuden tehokkuus edellyttää nimenomaista luovuttamiskieltoa (liittämis-) sopimuksessa ja esineen hallinnan pysyttämistä myyjän vallinnassa kunnes kauppahinta on maksettu tai myyjälle on annettu omistuksenpidätyksen korvaava muu myyjän hyväksyttävä vakuus. Tällöin Tepora lienee viitannut oikeuskäytännössä myyjän oikeuden tehokkuudelle asetettuihin lisäedellytyksiin.

Oikeuskäytännössä ehdon sivullistehokkuuden kannalta merkitystä on annettu kauppaobjektin hallinnan luovuttamisen ajankohdalle, jonka jälkeen myyjä menettää suoraan lakiin perustuvan pidättämis-, purku- ja pysäyttämisoikeutensa, jos lupa luovuttaa katsotaan olevan olemassa. Jotta myyjän oikeus ei olisi tehoton esineen hallinnan ostajalle luovuttamisen jälkeen, edellytetään, että sopijapuolet ovat alunperin sopineet nimenomaisesti luovuttamiskiellosta.

Tapauksessa KKO 1990:43⁷³ omistuksenpidätysehdon katsottiin sitovan ostajan velkojia kun liittäminen oli nimenomaisella lisäehdolla kielletty ennen esineen hallinnan luovuttamista ostajalle ja kun esineet oli varastoitu myyjän lukuun. Tässä tapauksessa esineiden vallinta oli siis pysytetty myyjällä kunnes kauppahinta oli maksettu.

Sen sijaan tapauksessa KKO 1986 I 2, jossa oli kyse liittämislavin tehdystä luottokaupasta, katsottiin, ettei omistuksenpidätys ollut ostajan velkojia sitova. Tapauksessa ei annettu oikeudellista merkitystä sille, että myyjä oli jälkikäteen kieltänyt liittämisen.

Tepora on myyjän kielto-oikeuden osalta katsonut, ettei sillä voi, vaikka se sinänsä olisi sopimuksen mukainen tai perusteltu, muuntaa luovuttamislavin (tai liittämis-) tehtyä luottokauppaa tavalliseksi luottokaupaksi.⁷⁴

ostajalla on liittämislupa ennen sanottua ajankohtaa, on omistuksenpidätys hänen kannaltaan epäluotettava vakuus. Mikäli myyjälle taas toimitetaan pankkitakaus, joka myyjän kannalta on luotettavuutensa puolesta käytännössä rinnastettavissa kauppahinnan maksuun, käy omistuksenpidätyksen tarjoama vakuus hänelle tarpeettomaksi jo ennen kauppahinnan suorittamista. Omistuksenpidätys voi siten olla hänelle käyttökelpoinen vakuus, vaikka ostaja saisi liittämisoikeuden heti pankkitakauksen järjestettyään.

⁷³ Tapausta on kommentoinut Tuomisto LM 1991 I s. 198–203.

⁷⁴ Ks. Tepora LM 3/1992 s. 335–338 ja erityisesti s. 335, jossa Tepora erityisesti korostaa sitä, etteivät ulkoiset olosuhteet saa olla selvästi ristiriidassa sovitun luovuttamiskielton kanssa. Hänen mukaansa riittävänä ei myöskään ole pidettävä sitä, että ostajan luovuttamisvaltaa on sopimuksin osittain rajoitettu. Lausumallaan hän käsittääkseni viittaa KKO:n ratkaisuihin KKO 1968 II 53, KKO 1971 II 65, KKO 1971 II 102 ja KKO 1977 I 4. Olennaista myyjän oikeuden tehokkuutta arvioitaessa oli Teporan mukaan se, että ostajalla oli ylipäänsä oikeus edelleen myyntiin jo luottoaikana.

Kaisto on aiemmin katsonut, että omistuksenpidätys ehdoin tehtyyn luotto-kauppaan, jossa ostajalla on luovuttamis lupa, tulee liittää joitakin ulkoisestikin merkityksellisiä tekijöitä, jotka erottavat sen normaalista luotto-kaupasta, jotta ehtoon vetoavaa suositaisiin konkurssissa yleiseen velkojatahohon nähden.⁷⁵ Väitöskirjassaan Kaisto on yhtynyt Teporan ratkaisusuositukseen.⁷⁶

2.2.3 Myyntikomissio vaihtoehtoisena vakuusmuotona

2.2.3.1 Komissiosta toimeksiantomuotona

Kirjallisuudessamme komissiolla tarkoitetaan tavaroiden ostamista tai myymistä edustajan nimissä päämiehen lukuun. Komissiossa päämiehestä, jonka lukuun kaupat päätetään, käytetään nimitystä komissionantaja tai komitentti. Asiamiehestä tai edustajasta, jonka nimissä oikeustoimet päätetään päämiehen lukuun, käytetään vastaavasti nimitystä komissionsaaja tai komissionääri. Komissio on yksi välihenkilöjärjestelyn muoto. Välihenkilöjärjestelyä, jossa edustaja tekee sopimuksen tai muun oikeustoimen omista nimistä toisen lukuun, luonnehditaan välilliseksi edustukseksi erotuksena avoimesta, välittömästä edustuksesta.⁷⁷ Useimmista Euroopan maista poiketen Suomessa ei ole komissiota koskevaa erityislainsäädäntöä.⁷⁸

Komissiossa syntyy yleensä useita eri henkilöiden välisiä oikeussuhteita. Suomessa sovellettavan lainsäädännön määräytymisen kannalta tulee erottaa kolme eri oikeussuhdetta: (1) komissiosuhde, (2) kauppasuhte ja (3) komissiotavaran omistajanvaihdokseen liittyvät eri oikeussuhteet. Tässä tutkimuksessa keskitytään tarkastelemaan viimeksi mainittua oikeussuhdetta.

Komissioon soveltuvien oikeussäännösten kannalta komissio on vakiintuneesti jaettu kahteen eri alalajiin, siviili- ja kauppakomissioon. Kauppa-

⁷⁵ Kaisto DL 1993 s. 92.

⁷⁶ Kaisto 1997 s. 418–419.

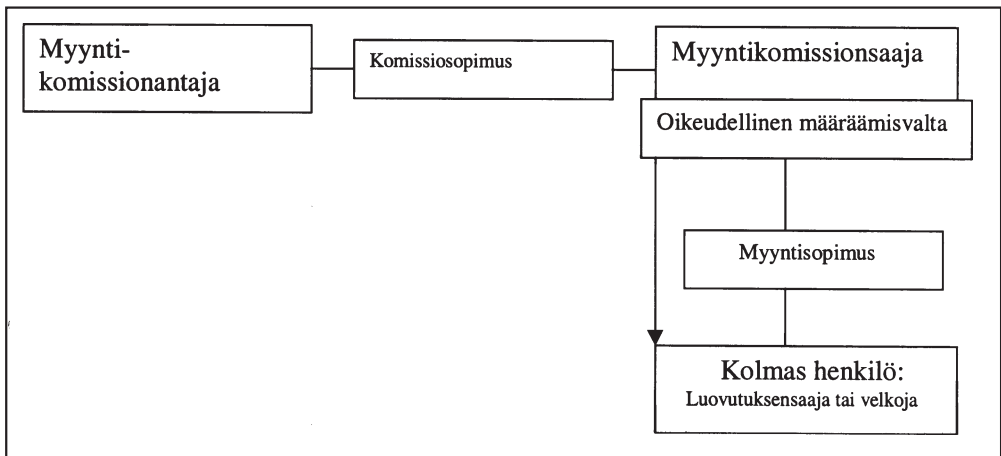
⁷⁷ Välitöntä, avointa edustusta, jossa edustaja toimii avoimesti päämiehen nimissä tämän lukuun sääntelee laki kauppaedustajista. KaupEdL 1 §:n mukaan ”kauppaedustajalla tarkoitetaan elinkeinonharjoittajaa, joka toisen, päämiehen, kanssa tekemässään edustus sopimuksessa on sitoutunut tämän lukuun jatkuvasti edistämään tavaroiden myyntiä ja ostoa hankkimalla tarjouksia päämiehelle tai päättämällä tämän nimissä myynti- tai ostosopimuksia”. Kauppaedustajan toiminnan oikeudelliset vaikutukset kohdistuvat suoraan päämieheen, joka tulee kauppaedustajan suorittamien toimenpiteiden johdosta välittömästi oikeutetuksi ja velvoitetuksi. Sen sijaan välillisen edustuksen muodot, kuten komissio ja huolinta, ovat jätetty lain soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. HE 1991/210 s. 3 ja Jokela–Kartio–Ojanen s. 3.

⁷⁸ Saksan oikeuden osalta komissiota sääntelee Handelsgesetzbuch (HGB) 383–406 § ja Ranskan oikeudessa vastaavasti Code de commerce 94–95 §.

komissiolla tarkoitetaan tapausta, jossa komissionäärinä on kauppias ja toimeksianto koskee liikkeen toimialaan kuuluvaa myyntiä tai ostoa. Muuta komissiota nimitetään siviilikomissioksi.⁷⁹

Komissiokaupassa kolmas, jonka kanssa komissionääri tekee oikeustoimen, ei välttämättä saa tietoonsa komitentin henkilöllisyyttä. Komissio tarjoaakin mahdollisuuden toimia päämiehen nimeä paljastamatta. Käytännön oikeuselämässä toimeksiannot suoritetaan niin, ettei tiedetä, kenen nimissä sopimus lopulta solmitaan.

Myyntikomission osalta aiemmin esittämäni peruskuvio on nähdäkseni seuraavanlainen:



Komissio koskee pääosin irtaimen esineiden ostoa ja myyntiä. Komissiojärjestelyn soveltuminen kiinteän omaisuuden myyntiin ja ostoon ei kuitenkaan ole poissuljettu vaihtoehto. Komissiokaupan muodot on tavattu jakaa komitentin valtuutuksen tarkoituksen perusteella osto- ja myyntikomissioon. Lisäksi on puhuttu palvelukomissiosta, jolla on tarkoitettu komissionäärin nimissä komitentin lukuun tehtäviä muita kuin osto- tai myyntitoimeksiantoja, kuten luotonantoa, kuljetus- ja vakuutussovimmusten tekemistä tai esineiden vuokrausta.⁸⁰

Ostokomissiossa komitentti valtuuttaa komissionäärin ostamaan jotakin. Useimmiten ostokomissio tulee kyseeseen hankittaessa erilaisia raaka-aineita komitentin elinkeinotoimintaa varten. Myyntikomissio tarkoittaa taas järjestelyä, jossa vaihdannan kohteena oleva esine luovutetaan komitentin lukuun komissionäärin nimissä. Myyntikomissiota käytetään erityisesti eri-

⁷⁹ Pfannenstill SvJT 1990 s. 346–347.

⁸⁰ Tepora 1984 s. 626–627 ja Zitting 1989 s. 74–75.

laisten valmistusotteiden kuten autojen, öljytuotteiden, kodinkoneiden ja päivälehtien myynnissä sekä taide- ja antiikkiesinekaupassa. Tärkein merkitys komissiolla lienee kuitenkin arvopaperikaupassa⁸¹.

Keskeisin tekijä myyntikomission käyttöön lienee se, että sopimussuhde syntyy komissionäärin ja niiden henkilöiden välille, joiden kanssa komissionääri tekee osto- tai myyntisopimuksen. Tämä merkitsee sitä, että sopimuksesta johtuvat velvollisuudet kohdistuvat komissionääriin eikä päämieheen. Osto- tai myyntisopimuksesta johtuvien oikeuksien osalta tilanne saattaa kuitenkin olla toinen. Saamisoikeus, joka syntyy komissionäärin kolmannen kanssa solmiman kauppasopimuksen johdosta, kuuluu yleensä komitentille. Komissionääri on kuitenkin toimeksiannon perusteella yleensä legitimoitu perimään sen.⁸²

2.2.3.2 Näkemyksiä omistusoikeuden siirtymisestä komissiossa

Toimitettaessa komissiotavaroita välihenkilön (komissionääri) kaupintavarastoon edelleenmyyntiä varten nousee esille kysymys siitä, miten tavarantoimittajan tulee turvata asemansa välihenkilön maksukyvyttömyyttä vastaan oikeuksiensa suojaamiseksi. Tämän kysymyksen ratkaisulla on suuri merkitys myyntikomission käyttökelpoisuudelle edelleenmyyntitilanteissa, joissa tavarantoimittaja joutuu osallistumaan rajalliset taloudelliset voimavarat omaavien jälleenmyyjien myyntivarastojen rahoituksen järjestämiseen.

Vakiintuneen komissio-oikeudellisen periaatteen mukaan komitentti ja komissionääriin välille ei tapahdu missään vaiheessa esineen kauppaa.⁸³ Omistusoikeuden katsotaan normaalisti siirtyvän komitentiltä kolmannelle välittömästi sen luovutustoimen perusteella, jonka komissionääri suorittaa. Komitentti on esineen omistaja konkreettisen edelleen myynnin tapahtumiseen asti ja esineen omistusoikeus muodostaa hänelle esinevakuuden. Tällainen periaate on omaksuttu Saksan oikeudessa (§§ 929, 185 I BGB),

⁸¹ Arvopaperien välittäjien etujen mukaista on se, että arvopaperikauppa tapahtuu komissio-kauppana, sillä tällöin he välttyvät osakkeiden kurssiriskiltä. Kurssiriski voi muodostua erittäin suureksi välittäjien toimittamien osakekauppojen suuren lukumäärän vuoksi, minkä takia komissio tarjoaa välittäjälle keinon kurssiriskien eliminoimiseksi. Toiseksi se mahdollistaa päämiehen toimia nimeään toiselle osapuolelle paljastamatta, kun kaupat tapahtuvat normaalisti välittäjien kesken ja välittäjä toimii omissa nimissään. Ks. Tepora DL 1991 s. 638–639.

⁸² Tepora DL 1991 s. 638–639.

⁸³ Tepora DL 1991 s. 638–639.

Ranskan oikeudessa (§ 95 du Code de commerce) ja Ruotsin komissiolain 53 §:ssä⁸⁴. Tepora on katsonut, että myös Suomessa kyseinen periaate on tunnustettu, vaikka sillä ei ole lainsäädännön tukea⁸⁵.

Omistusoikeuden siirtymiseen komissiotavaran luovutuksessa liittyy tärkeitä oikeusvaikutuksia. Omistusoikeus kaupan kohteeseen ei missään vaiheessa ole komissionäärillä, vaan säilyy komitentillä siihen saakka, kunnes se komissionäärin päättämän kaupan ja sitä seuraavan luovutustoimen perusteella siirtyy kolmannelle. Tästä seuraa se, että komitentti nauttii lähtökohtaisesti suojaa komissionäärin velkojia ja seuraajia vastaan.⁸⁶

Toisaalta omistusoikeuden siirtymisestä komitentiltä kolmannelle on esitetty poikkeavia käsityksiä ostokomission osalta. On esitetty, että esine tulee ensin komissionäärin omistukseen, koska kauppa on tapahtunut komissionäärin omista nimissä. Tällöin omistusoikeuden siirtyminen on nähty kaksivaiheisena tapahtumana.

Capelle on Saksan oikeuden osalta katsonut, että komissionääri tulee ostokomissiossa kolmannen suorittaman luovutuksen perusteella komissiotavaran omistajaksi. Saksan Korkein oikeus on katsonut, että sama periaate koskee myös ostomääräys (Geheisserwerbs) -tapausta⁸⁷. Komissionäärin antama ohje/määräys kolmannelle luovuttaa komissiotavara välittömästi komitentille ei johda kolmannen ja komitentin väliseen kauppasopimukseen, vaan komissionääristä tulee oston perusteelle komissiotavaran omistaja. Komissionääri on kuitenkin ostomääräyksen (valtuutuksen) perusteella velvollinen siirtämään omistusoikeuden päämiehelleen, jonka lukuun komissionääri on omista nimissään oston suorittanut.⁸⁸

Serick on katsonut, että ostokomissiossa komitentistä tulee omistaja välittömästi komissionäärin suorittaman oston tapahtumisen hetkellä. Merkitystä tällöin tulee antaa valtuutuksen olemassaololle ja komissionäärin tahdon ilmeisyydelle. Ongelmallisen tilanteen muodostaa tapaus, jossa osapuolet ovat sopineet luovutuksesta hiljaisesti komissiosopimuksen solmiessaan.⁸⁹

⁸⁴ Ruotsin oikeudesta Håstad 1994 s. 128–129 ja Pfannenstill SvJT 1990 s. 347, Ranskan oikeudesta Dumont RTDC 2000 s. 253–266 ja Saksan oikeudesta Canaris 1989 334–336.

⁸⁵ Tepora DL 1991 s. 635.

⁸⁶ Kaisto 1997 s. 420. Taustalla ovat lainkohdat UL 4:9, KS 45.1 § ja KS 54.1 §.

⁸⁷ Taustalla ovat muun muassa tapaukset BGH NJW 1973, 141, 1982, 2371, 2372.

⁸⁸ Canaris 1989 s. 334–335.

⁸⁹ Serick 1965 s. 131–133.

2.2.3.3 Myyntikomissio vakuusmuotona

Keskeinen syy myyntikomission käyttöön välittäjien suorittaman arvopaerikaupan ohella kytkeytyy siis siihen, että komissionäärin tekemästä sopimuksesta johtuvat oikeudet kuuluvat komitentille⁹⁰. Komissionääri ei sa missään vaiheessa omistusoikeutta hänen hallintaansa luovutettuun komissiotavaraan, eikä komissiotavara siten kuulu komissionäärin varallisuuteen kohdistuvassa pakkotäytäntöönpanossa täytäntöönpanokelpoiseen varallisuuteen.

Komitentin oikeuden tehokkuus aktualisoituu komissionäärin maksukyvyttömyys- tai maksuhaluttomuustapauksissa, jolloin komitentin oikeus asettuu komissionäärin muiden velkojien komissiotavaraan kohdistuvia vaatetta vastaan. Näissä tilanteissa komitentillä on komissioesineen omistajana separaatio-oikeus. Suoja komissionäärin velkojia vastaan muodostuu vallitsevan kannan mukaan KS 55.2 §:n perusteella, joka koskee toisen lukuun tapahtuvaa myyntitoimintaa.⁹¹

Tuomiston mukaan tähän viittaa ilmaisu ”myytäväksi uskottu”. Säännöksen välttämättömänä soveltamisedellytyksenä voidaan hänen mukaansa pitää välihenkilön palautusoikeutta, jolloin kaupallinen riski edelleen myynnistä on päämiehellä. Tällöin on ajateltavissa, että kyse on päämiehen lukuun tapahtuvasta myyntitoiminnasta.

Muut päämiehen nauttiman velkojasuojan kannalta välttämättömiä tunnusmerkit ovat jokseenkin epäselvinä. Kirjallisuudessa on yleensä tyydytty viittaamaan siihen, että toiminta tapahtuu päämiehen lukuun komissionsajan nimissä.⁹²

Seuraavassa rajoitun tarkastelemaan kirjallisuudessa myyntikomissiolle nimenomaan päämiehen nauttiman velkojasuojan kannalta asetettuja tun-

⁹⁰ Ruotsissa komissiolakikomitea perusteli myyntikomission käyttökelpoisuutta verrattuna omistuksenpidätys ehdoin tehtyyn luottokauppaan sillä, että se mahdollistaa myytävien tavaroiden vapaan ohjaamisen jälleenmyyjältä toiselle myös sen jälkeen kun tavara on jo jälleenmyyjällä. Toiseksi myyntikomissio auttaa välttämään tai ainakin minimoimaan kurssiriskiä. Jälleenmyyjälle myyntikomission käytöstä koituvia etuina komitea piti myytäväksi tarkoitettujen tavaroiden palautusoikeutta. Käytetyn tavaran kaupassa se taas estää ryhtymästä varastetun tavaran myyntiin, sillä komissiosopimuksen tekeminen päämiehen kanssa pakottaa tämän ilmoittamaan nimensä. Ks. SOU 1988:63 s. 45–46.

⁹¹ KS:n 55.2 §:stä ilmenee, että tavara, joka on ”myytäväksi tahi muuten...uskottu” velalliselle, on erotettava konkurssipesästä ja luovutettava omistajalle. Tuomisto 1988 s. 333 toteaa, että ainoa tapaus, johon säännöksen on yleisesti mainittu soveltuvan, näyttää olevan myyntikomissio. Hänen mukaansa säännös näyttää kuitenkin sanamuotonsa mukaan omaavan laajan soveltamisalan. Tuomisto pitääkin mahdollisena, että säännöstä voitaisiin soveltaa myös sellaisiin tapauksiin, joissa tavara on omistuksenpidätyskaupan perusteella luovutettu konkurssiin joutuneelle ostajalle tarkoituksessa myydä esineet edelleen jo luottoaikana.

⁹² Tuomisto 1988 s. 335–336.

nusmerkkejä. Lähtökohtaissääntönä päämiehen velkojansuojalle voidaan nähdäkseni pitää sitä, että komissionääri on ottanut tavarat vastaan komissiosuhteessa ja että edelleen myynti tapahtuu komitentin lukuun.

2.2.3.4 Myyntikomission tunnusmerkeistä

Håstad on Ruotsin komissiolain lainvalmistelutöissä omaksutun kannan mukaisesti katsonut, ettei sivullissuojan myöntämisen kannalta ole riittävä, että osapuolet kutsuvat oikeussuhdetta komissioksi. Tällöin hän on käsittääkseni viitannut siihen, että esineoikeudelliset säännökset ovat pakottavia, eikä niitä saa kiertää otsikoimalla välihenkilöjärjestelyä tarkoittava sopimus totuutta vastaamattomalla tavalla myyntikomissioksi. Håstadin mukaan keskeistä on antaa oikeudellista merkitystä sille, mitä oikeuksia ja velvollisuuksia välihenkilöllä on sopimuksen perusteella.⁹³

Selkeitä sääntöjä siitä, milloin edelleenmyynnin voidaan katsoa tapahtuvan komitentin lukuun, on vaikea esittää. Myyntikomission tunnusmerkkien kannalta ratkaisevaa on se, mitä oikeusjärjestys ja myyntikomissiota koskeva oikeuskäytäntö edellyttävät siltä, että kauppa tapahtuu toisen lukuun. Ruotsalaisessa oikeuskäytännössä on korostettu myyntikomissiossa komissionäärille kuuluvaa oikeutta palauttaa myymättä jääneet komissionäri tavarat takaisin komitentille ja komissionäärin tilityselvöllisyyden kytkemistä edelleen myyntiin.⁹⁴

Håstad on taas omaksunut varovaisemman kannan. Hänen mukaansa oikeuskäytännöstä ei voida varmuudella päätellä, että palautusoikeutta olisi pidettävä välttämättömänä edellytyksenä.

Håstad on korostanut sitä seikkaa, että komissionäärin myyntitoiminnan onnistumisella on komissionantajalle todellista merkitystä (”ett verkligt intresse av kommissionärens försäljningsansträngningar”). Tämä vaatimus voi täytyä sillä, että komissionäärillä on palautusoikeus tai että päämiehelle tilittävä määrä riippuu komissionäärin myyntituloksesta. Myös komissiolain valmistelutöissä on viitattu tähän vaatimukseen.⁹⁵

⁹³ Håstad 1994 s. 145–146 ja SOU 1988:63 s. 51–52.

⁹⁴ Sekä vanhemman (NJA 1909 s. 413, 1913 s. 137, 1935 s. 230, 1937 s. 591, 1940 s. 164, 1940 s. 312 ja 1945 s. 406) että uudemman ruotsalainen oikeuskäytännön (NJA 1979 s. 330) perusteella voidaan todeta, että edellytykset, joiden vallitessa myynnin voidaan katsoa tapahtua komitentin lukuun ovat jokseenkin epäselvät. Mitään selvää ratkaisuperiaatetta niistä ei ole luettavissa. Ainoa seikka, jolla voidaan todeta olleen keskeinen merkitys, on komissionsaajan palautusoikeus. Missään ratkaisussa, jossa komissiosuhteen on katsottu olevan kyseessä, ei palautusoikeus ole puuttunut. Erityisen suuri painoarvo palautusoikeudelle on annettu ratkaisussa NJA 1940 s. 164, 1940 s. 312 ja 1945 s. 406.

⁹⁵ Håstad 1994 s. 145 ja SOU 1988:63 s. 58.

Arvioidessaan sitä, tapahtuuko kauppa kolmannelle päämiehen vai komissionsaajan lukuun, Ruotsin komissiolain valmistelukomitea katsoi, että tapauksen olennaisia seikkoja tulee arvostella kokonaisvaltaisesti. Oikeudellisesti merkittävänä seikkoja ovat päämiehen myyntitulointressi ja komissionsaajan palautusoikeus, johon liittyy päämiehen kannalta todellinen palautusriski. Keskeistä tällöin on, kuka kantaa lopulta rahoitus- ja varastointikustannuksista, kenellä on vaaranvastuu esineistä ja kuka on vakuuttamisvelvollinen. Lisäksi huomioitava on se, millainen mahdollisuus päämiehellä on saada komissionsaajalle toimittamansa esineet takaisin hallintaansa.⁹⁶

Kirjallisuudessamme myyntikomissiolle tunnusomaisena piirteenä on pidetty sitä, että komitentillä on todellinen intressi komissionäärin myyntitoiminnan tuloksista. Toisin sanoen komitentillä on myyntitulointressi ja komissionäärillä myymättä jääneiden komissiotavaroiden palautusoikeus, johon liittyy komitentin kannalta todellinen palautusriski.⁹⁷

Komitentin myyntitulointressi tarkoittaa, että komissionäärin myyntitoiminnan onnistumisella on komitentille todellista merkitystä. Todellista intressiä komissionäärin myyntitoiminnan tuloksellisuudesta ensinnäkin silloin, kun komitentillä on todellinen intressi siitä, millä ehdoilla komissionääri tekee kauppasopimuksen kolmannen kanssa. Kysymys ei ole komissiossa, jos esimerkiksi komissiosopimuksen mukaan komitentti on velvollinen suorittamaan etukäteen määrätyn rahamäärän komitentille, mikä ei ole riippuvainen sitä, minkä hinnan komissionääri saa myydessään komissiotavarat edelleen kolmannelle. Näissä tilanteissa komissionäärillä on huomattava myynti-intressi ja myynnin voidaan katsoa tapahtuvan komissionäärin omaan lukuun. Käytännössä tällaiset sopimukset ovat kuitenkin hyvin tavallisia.⁹⁸ Toisaalta komitentin todellinen myyntitulointressi edellyttää, että kauppahinnan tilitys komitentille on kytketty konkreettisen edelleen myynnin tapahtumiseen.

Komissionäärin palautusoikeus tarkoittaa sitä, ettei komissionääri kanna taloudellista riskiä myyntitoiminnan tuloksellisuudesta, vaan taloudellisen riskin kantaa komitentti. Komissionäärille kuuluvaan palautusoikeuteen liittyy välittömästi komitentin kannalta haitallinen palautusriski. Komitentti kärsii palautusoikeuden realisoiduttua taloudellisia vahinkoja esimerkiksi hintatasonlasku- ja menekkivaikeustilanteissa⁹⁹.

⁹⁶ SOU 1988:63 s. 54–55. Tämä sama ajattelutapa käy ilmi Dumontin RTDC 2000 s. 253–266 analyysissä koskien Ranskan Korkeimman oikeuden antamaa ennakkotapausta Cour de cassation, Chambre commerciale, 20.10.1999.

⁹⁷ Kaisto 1997 s. 421, Tepora 1984 s. 646 ja Tuomisto 1988 s. 334–335.

⁹⁸ Håstad 1994 s. 144–145.

⁹⁹ Tuomisto 1988 s. 334.

Jotta komitentillä olisi todellinen taloudellinen riski komissionäarin myyntitoiminnan tuloksellisuudesta ja toisaalta todellinen riski myymättä jääneiden komissiotavaroiden palautumisesta, tulee komissionäarin palautusoikeuden olla todellinen. Tämä tarkoittaa sitä, ettei muodollisesti komissiosopimukseen kirjattua palauttamisoikeuden käyttöriskiä ole tehty olemattomaksi erilaisilla ehdoilla ja määräyksillä siten, että palautusoikeuden käyttö tosiasiallisesti estyy. Komissionäarin palautusoikeuden käytön kannalta ei sen sijaan ole olennaista se, saako komissionääri fyysisesti palauttaa komissiotavaran takaisin komitentille. Komissiotavaran fyysinen palauttaminen saattaa olla komitentille jopa taloudellisesti kannattamatonta, koska tavara on saattanut menettää taloudellisen merkityksen muuttuneissa oloissa.¹⁰⁰

Muodollisesti sovitun palautusoikeuden voidaan katsoa poissuljetun tilanteissa, joissa huomioon ottaen markkinatilanne ja komissionäarin maksettava tuntuva palautusmaksu, on epätodennäköistä, että palautusoikeutta tullaan hyväksikäyttämään. Näissä tilanteissa ei voida luotettavasti päätellä, onko kyse komissiosta vai ei.¹⁰¹ On huomattava, että puuttuvasta palautusoikeudesta ei sellaisenaan seuraa, että komissionäarin olisi maksettava kauppahinta myymättä jääneistä esineistä. Myyntikomissiossa konsignaation tavoin kauppahinnan suoritus komitentille tapahtuu välittömästi tai vasta jonkin ajan kuluttua esineen edelleen myynnistä.¹⁰²

Vaikka edellä mainittuja tekijöitä on pidetty normaalisti komissiolle ominaisina tunnusmerkkeinä, tulee komissiosuhteen olemassaolo ratkaista tapauksen eri tunnusmerkkien kokonaisvaltaisen punninnan pohjalta. Komitentin myyntitulointressi ja komissionäarin palautusoikeuden tosiasiallinen olemassaolo puhuvat vallitsevan kannan mukaisesti sen puolesta, että kauppa tapahtuu komitentin intressissä ja hänen lukuun. Mikäli nämä tekijät puuttuvat tai ovat voimakkaasti sopimusehdoin rajoitetut, voidaan pitää ilmeisenä, ettei komitentillä ole omistusoikeuteen perustuvaa erottamisoikeutta komissionäarin velkojia sitovasti. Näissä tilanteissa komissionääri kantaa täyden taloudellisen riskin myyntitoimintansa onnistumisesta ja sopimusjärjestelyä tulee arvioida muuna kuin myyntikomissiona.¹⁰³

Jotta komitentin oikeusasema olisi kohtuullisesti turvattu, edellytetään, että komissionäarin toiminta on tietyllä tavalla rajoitettua ja valvottua. Myyntikomissiossa komitentin asema on suhteellisen heikko, ellei komissionäarin toimintavapautta ole rajoitettu. Komitentin suojaa komissionäarin

¹⁰⁰ Tepora DL 1991 s. 647.

¹⁰¹ SOU 1988:63 s. 53–54.

¹⁰² Tepora DL 1991 s. 647.

¹⁰³ SOU 1988:63 s. 50 ja Tepora DL 1991 s. 650.

velkojia vastaan voidaankin luonnehtia sattumanvaraiseksi eduksi, jonka saamiseen komitenti ei voi luottaa.

Tuomisto on pitänyt palautusoikeutta välttämättömänä edellytyksenä. Hän on kuitenkin huomauttanut, ettei se liene ainoa kriteeri arvioitaessa päämiehen nauttiman velkojasuojan olemassaoloa. Tuomiston mielestä huomiota tuleekin kiinnittää samoihin seikkoihin kuin Ruotsin ja Tanskan oikeudessa päämiehen velkojasuojalle on asetettu.¹⁰⁴ Myös Tepora on pitänyt niitä komissiosuhteen olemassaoloa arvioitaessa huomionarvoisina tekijöinä¹⁰⁵.

Ruotsalaisessa kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota erityisesti siihen, että komissiomyynnissä kertyneet varat ovat säilytetty erillään komissionäarin varallisuudesta ja että ne ovat ilman aiheetonta viivytystä tilitetty komitentille. Komitentin on edellytetty valvovan, että komissiotavaroita pidetään erillään komitentin varallisuudesta ja että komissionääri täyttää selvitysvelvollisuuden tehdyistä oikeustoimista. Komissionäärin on lisäksi edellytetty pitävän kirjanpitoa komissiomyynnistä.¹⁰⁶

Mainittujen tunnusmerkkien lisäksi on edellytetty, että komissionsaajan väliintulo-oikeus on mahdollinen vain rajoitetusti.¹⁰⁷ Teporan mukaan nämä tekijät ole myyntikomission olemassaolon kannalta riittäviä, eivätkä myöskään välttämättömiä. Ne ovat ainoastaan aihetodisteita sen puolesta, että kysymys on myyntikomissiosta. Yksiselitteisiä johtopäätöksiä sen puolesta, että kauppa voidaan on tapahtunut komitentin lukuun, ei niiden perusteella sen sijaan voi tehdä.¹⁰⁸

2.2.4 Yhteenvedo

KKO:n vakiintuneen oikeuskäytännön pohjalta voisi ehkä olettaa, että jos konsignaatio rinnastetaan omistuksenpidätysehdoin myymiseen, tulevat

¹⁰⁴ Tuomisto 1988 s. 335–337.

¹⁰⁵ Tepora DL 1991 s. 650–651.

¹⁰⁶ Ruotsin oikeuden osalta Schmidt 1938 s. 128 ja s. 204 ss ja SOU 1988:63 s. 50. Oikeuskäytännössä ratkaisuihin NJA 1909 s. 413 on kiinnitetty sanottuihin seikkoihin huomiota. Muuten oikeuskäytännön kanta näyttää epäselvältä. Ruotsalaisessa kirjallisuudessa Håstad 1994 s.145 on omaksunut kannan, jonka mukaan sanotunlaisia vaatimuksia ei ole asetettava. Hän lausuu seuraavasti: ”Dessa omständigheter kan nog ibland ha betydelse som indicier på vad parterna avsett med sitt avtal, men omedelbart har de inte att göra med frågan, huruvida ”kommissionären” skall handla för ”kommittentens” räkning. Snarare angår de hur ”kommissionären” fullgör sina plikter. En helt annan sak är att kommittentens separationsrätt förutsätter inte bara ett vergligt kommissionavrtal utan också att det hos kommissionären går att identifiera det gods som mottagit från kommittenten”. Suomalaisessa kirjallisuudessa Tepora DL 1991 s. 651 ja Tuomisto 1988 s. 335–336.

¹⁰⁷ Tuomisto 1988 s. 337 ja erit. alaviite 12.

¹⁰⁸ Tepora DL 1991 s. 651–652.

myös luvattomuutta ja luvallisuutta koskevat säännöt sovellettaviksi myös konsignaatioon. Toisaalta taas siinä tapauksessa, että konsignaation katsotaan toiminnallisesti muistuttavan riittävästi myyntikomissiota, saattaa konsignaatio olla sivullisia sitova vakuuskeino edelleenmyyntitilanteissa. Tämä kanta on omaksuttu myös KKO:n uudemmassa oikeuskäytännössä.¹⁰⁹

Ruotsissa tällainen erottelu on saanut osakseen arvostelua. Ruotsin komissiolain valmistelukomitea on suhtautunut kielteisesti ajatukseen, että jyrkän eron tekeminen omistuksenpidätysmyyjän ja komissionantajan oikeusasemien välillä ei olisi perusteltua. Komitea on viitannut siihen, ettei sanottujen vakuustyyppien välillä käytännössä ole osoitettavissa sellaisia eroja, joiden perusteella niiden erilainen kohtelu nimenomaan niihin liittyvien esineoikeudellisten vaikutusten suhteen olisi perusteltua.¹¹⁰

Myös Tuomisto on esittänyt komissiolakikomitean esittämän kannan suuntaista argumentointia. Tähän viittaa hänen väitöskirjassaan esittämänsä lausumat myyntikomission ja luovuttamisluvin tehdyn omistuksenpidätysehtoisen luottokaupan vähäisistä eroista. Hän on katsonut, että myös omistuksenpidätysmyyjälle voidaan myöntää suojaa ostajan velkojia kohtaan, mikäli hänen esittämänsä myyntikomissiota koskevat vaatimukset täyttyvät. On kyseenalaista, voidaanko omistuksenpidätyskauppaa ja myyntikomissiota ylipäänsä selvästi erottaa toisistaan.¹¹¹

Nähdäkseni sille seikalle, hallitseeko jälleenmyyjä tavarantoimittajan omistamia esineitä omistuksenpidätysostajan tai komissionsaajan oikeudella, ei tulisi antaa erilaista oikeudellista merkitystä vakuuskeinoon esineoikeudellisten vaikutusten suhteen, mikäli ko. tahojen oikeusasemat eivät poikkea toisistaan.

On vielä painotettava sitä, että käytännössä erot ovat osittain liukuvia, mikä hankaloittaa tulkinnan tekemistä tarkasteltavan tapauksen osalta. Ratkaisun tulee kuitenkin konkreettisesti yksittäistapauksessa tehdä sopimusjärjestykseen vaikuttavien tekijöiden kokonaisvaltaisen punninnan perusteella.¹¹²

¹⁰⁹ Taustalla ovat tapaukset KKO 1994:145, KKO 1995:128 ja KKO 1996:44, joita käsittelem tarkemmin jäljempänä.

¹¹⁰ SOU 1988:63 s. 96.

¹¹¹ Tuomisto 1988 s. 333–337.

¹¹² Kirjallisuudessa Portin on niin ikään painottanut tapauksen kokonaisvaltaisen arvioinnin merkitystä ratkaistaessa sitä, mistä tarkasteltavassa oikeustoimessa tosiasiaa on kysymys. Hän lausuu artikkelissaan JFT 1/1998 s. 13–22 ja erityisesti s. 21, joka rakentuu hänen Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa pitämilleen luennoille 9.10.1997, seuraavasti. ”Det som i dylika situationer är viktigt är att stukturerat rättsreglerna. Rättssystemet är inte en jämn smet utan reglerna rör sig på olika plan och med olika räckvidd. Den främsta tolkningregeln rättsfallen lär oss är helhetsbedömningen”.

3 KONSIGNAATIOJÄRJESTELYN JURIDINEN RAKENNE JA OIKEUSVERTAILU

3.1 Yleistä

Kaupankäynti on viime vuosikymmenien aikana nopeasti kasvanut taloudellisen kasvun ja kansainvälisen kaupan esteiden ja rajoitusten poistuessa tai ainakin vähentyessä. Kehitys on asettanut uusia vaatimuksia kansainvälistä irtaimen kauppaa harjoittaville yrityksille. Yksi keskeinen ongelma on kohdistunut kaupankäynnin rahoitukseen niin, ettei rahoitus ole muodostunut kasvavan kaupan esteeksi. Sekä valtion sisäisessä kaupassa että vientikaupassa on turvauduttu yhä etenevässä määrin sellaisten irtaimen omaisuuden kohdistuvien esinevakuuksien käyttöön, jossa velkoja on muodollisesti omistaja.¹¹³

Seuraavaksi on tarkoitus tarkastella minkä sisältöiseen vakuusjärjestelyyn tavarantoimittaja turvautuu Ruotsissa ja Tanskassa käyttäessään hyväksi konsignaatioksi nimettyä oikeusinstituuttia vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa. Näissä maissa konsignaatiolla tarkoitetaan jossakin määrin toisistaan poikkeavaa oikeudellista ilmiötä.

Pohjoismaissa omaksutut konsignaationmuodot ovat saaneet suuresti vaikutteita ”suurien maiden” oikeusjärjestelmissä omaksutuista vakuuskeinoista. Esimerkiksi Tanskan oikeudessa tunnetun luottokonsignaation luomiseen ja kehittämiseen on merkittävästi vaikuttanut Saksan oikeus, jossa on luotu eri tilanteita varten erityyppisiä ja oikeusvaikutuksiltaan toisistaan poikkeavia omistuksenpidätysehtoja. Tanskalaisten saksalaisten kanssa käymä vilkas kansainvälinen irtaimen kauppa on vaikuttanut siihen, että Tanskassa Saksan naapurina on ollut paineita luoda vaikutuksiltaan sellainen omistuksenpidätysehto, joka sitoo ostajan velkojia. Tanskan oikeudessa onkin luotu edelleenmyyntitilanteissa käytettävä omistuksenpidätysehtoon perustuva vakuusmuoto, joka sitoo ostajan velkojia, vaikka ostajalla on luovuttamislupa jo luottoaikana. Sen sitovuudelle on kuitenkin asetettu Saksan oikeudesta poiketen tiettyjä lisäedellytyksiä.¹¹⁴

¹¹³ Drobniq ZfRV 1972 s. 131 ja Drobniq RabelZ 1974 s. 469. Irtaimen kaupassa käytettävien esinevakuuksien käyttökelpoisuus ja yleisyys vaihtelevat sen mukaan, minkä oikeusjärjestelmän piirissä toimintaa harjoitetaan. Käytetyimmän velkojan omistusoikeudelle rakentuvan esinevakuuden muodostaa omistuksenpidätysehto, joka tunnetaan lähes kaikkien maiden oikeusjärjestyksissä. Ks. Buure-Hägglund 1978 s. 17.

¹¹⁴ Carstensen 1984 s. 87–103, Fleck 1954 s. 40–41 ja Nilas 1980:5 s. 6–9.

3.2 Tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio

3.2.1 Yleistä

Konsignaation käsite on ensimmäisenä Pohjoismaissa otettu käyttöön Tanskan oikeudessa, jossa se on kehittynyt 1920-luvulta lähtien kirjallisuuden ja oikeuskäytännön vaikutuksesta. Aikaisemmin sitä käsiteltiin itsenäisenä sopimustyyppinä myyntikomission rinnalla. Myöhemmin konsignaation käsite on eriytynyt Tanskassa tarkoittamaan omituksenpidätysehdoin tapahtuvaa luottokauppaa, jossa ostajalla on ehdosta huolimatta valta vastiketta vastaan luovuttaa esine kolmannelle ennen kun ostaja on suorittanut kaupasta aiheutuvan sopimusvelvoitteen myyjälle. Tanskan oikeuskäytännössä myyjän omistuksenpidätysehtoon perustuvaa takaisinotto-oikeutta on pidetty ostajan velkojia ja luovutuksensaajia sitovana oikeutena tiettyjen edellytysten vallitessa. Tällöin on ollut kysymys ns. luottokonsignaatiosta (kreditkonsignation), joka eroaa myyntikomissiosta siinä, että edelleen myynti tapahtuu ostaja-konsignaationsaajan omaan lukuun. Tanskassa ei ole luottokonsignaatiota koskevaa erityislainsäädäntöä.¹¹⁵

Konsignaatiosuhde syntyy kun tavarantoimittaja (maahantuojatms.) ja jälleenmyyjä (vähittäiskauppias tms.) sopivat luottokonsignaation käytöstä tavarantoimittajan asemaa turvaavana vakuusjärjestelynä solmimalla konsignaatiosopimuksen. Sopimuksessa sovitaan omituksenpidätysehdon käytöstä myyjän kauppahintasaatavan turvaamiseksi. Sopimuksen olennaisena sisältönä on konsignaationsaajalle perustettu oikeus omaan lukuunsa myydä konsignaatioesine kolmannelle jo luottoaikana. Osapuolet voivat niin ikään sopia konsignaationsaajan oikeudesta ennen kauppahinnan maksamista omaan lukuunsa liittää konsignaatioesine edelleen toiseen esineeseen aineosaksi tai tarpeistoksi sekä oikeudesta käyttää esine valmistukseen taikka kulutukseen.

Erotuksena omituksenpidätysehdoin tehdystä luottokaupasta, jossa ostajalla on luovuttamislupa luottokonsignaatiossa konsignaationsaajan kauppahinnan suoritus myyjä-konsignaationantajalle tapahtuu sopimuksen mukaan välittömästi tai yleensä lyhyen ajan kuluttua edelleen myynnin tapahtuttua. Kauppahinnan suoritusvelvollisuus konsignaationantajalle on siten kytketty konkreettisen edelleen myynnin tapahtumiseen. Omistuksenpidätysehdoin tehdyssä luottokaupassa ostaja on taas velvollinen suorittamaan kauppahinnan sovittun määrärajan kuluttua edelleenmyynnin ajankohdasta riippumatta.

¹¹⁵ Carstensen 1984 s. 87–103, Nilas 1980:5 s. 6–9 ja Fleck 1954 s. 40–41.

Konsignaatiojärjestelyn osapuolet sopivat tavallisesti sopimuksessa konsignaationantajan omistusoikeuteen perustuvan erottamisoikeuden sivullistehokkuuden kannalta merkityksellisistä seikoista. Sopimuksessa normaalisti edellytetään, että konsignaationsaaja pitää hänen myyntivarastoonsa toimitetut konsignaatiotavarat erillään muista tavaroista tai ainakin asianmukaisesti merkittyinä. Sen toteutuessa konsignaationantajan omistamat esineet pysyvät milloin tahansa yksilöitävissä ja erotettavissa. Lisäksi sovitetaan tavallisesti konsignaationantajan oikeudesta valvoa myynnin kehitystä. Tämä toteutetaan useimmiten siten, että konsignaationsaaja sitoutuu pitämään erillistä kirjanpitoa edelleen myydyistä ja myyntivarastossa myymättä olevista esineistä.

Konsignaationantajalle perustetaan normaalisti oikeus tarkastaa, että kirjanpito konsignaatiomyynnistä pitää paikkansa ja että myynnistä kertyneet varat ovat ilman aiheetonta viivytystä tilitetty hänelle. Käytännössä tämä tarkoittaa konsignaationantajalle kuuluvaa oikeutta milloin tahansa inventoida konsignaationsaajan myyntivarastoon toimittamansa tavarat ja mahdollisuutta laskea sen perusteella, että konsignaatiotavaroiden lukumäärä vastaa tehtyjä myyntitilityksiä. Konsignaationsaajalla on yleensä niin myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus kuin palautusvelvollisuus.¹¹⁶

Koska Tanskan oikeudessa ei ole katsottu olevan aihetta hyväksyä yksipuolisesti laadittuja vakuusoikeuksia tavarahan vastaanottajan (jälleenmyyjä tms.) etuoikeudettomien velkojien kustannuksella, on sivullisia sitovalle luottokonsignaatiolle on asetettu lisävaatimuksia.¹¹⁷ Lisävaatimusten asettaminen on katsottu tarpeelliseksi vastapainoksi sille, että ostajalla on jo luottosuhteen aikana oikeus oikeudellisesti määrätä esineestä. Niiden avulla on pyritty kytkemään myyjän omistuksenpidätys luottokauppojen vakuuskeinoksi eikä vain sopimukseksi myyjän perusteettomasta konkurssietuoikeudesta.

Huomiota on kiinnitetty muun muassa seuraaviin seikkoihin: (1) miten konsignaationsaajan valvonta on järjestetty, (2) ovatko osapuolet solmineet kirjallisen konsignaatiiosopimuksen, (3) miten tilitys on järjestetty osapuolten välillä ja (4) onko konsignaationsaajalla myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus.¹¹⁸

Seuraavassa tarkastelen yksityiskohtaisemmin konsignaationantajan aseman turvaamiseksi asetettujen lisävaatimusten merkitystä kirjallisuudessa

¹¹⁶ Tepora LM 7/1992 s. 1044.

¹¹⁷ Lisävaatimusten asettaminen ilmenee muun muassa seuraavissa tapauksissa: U 1971.507, U 1980.597 ja U 1983.311.

¹¹⁸ Ks. Carstensen 1984 s. 92–98, Nilas 1980:5 s. 19–29, SOU 1988:63 s. 73 ja Tepora LM 7/1992 s. 1044–1046.

esitettyjen kantojen ja tanskalaisen oikeuskäytännön tuella. Ensiksi käyn kuitenkin lyhyesti läpi oikeuskäytännössä vakiintuneet ja kirjallisuudessa esitetyt yleiset edellytykset omistuksenpidätyssehdon sivullistehokkuudelle.

3.2.2 Omistuksenpidätyssehdon tehokkuuden yleiset edellytykset

Tanskan oikeudessa konsignaatiosopimuksessa sovitulle omistuksenpidätyssehdolle on vahvistettu yleiset perusedellytykset, joiden tulee täytyä, jotta ehto sitoisi konsignaationsaajan muita velkojia. Vastaavanlaisiin edellytyksiin silmällä pitäen ehdon sitovuutta ostajan velkojia kohtaan on päädytty Suomen, Ruotsin ja Saksan oikeudessa.

Vahvistetut yleiset edellytykset ovat:¹¹⁹

1. Omistuksenpidätyssehdosta on selvä ja nimenomainen sopimus¹²⁰
2. Ehdosta on sovittu ennen kuin myyty esine on tullut ostajan hallintaan.
3. Omistuksenpidätyksen vakuuskohteen on oltava yksilöity objekti.
4. Omistuksenpidätyssehtoa käytetään myyjän kauppahintasaatavan ja/ tai hänen kustannuksellaan tapahtuneiden myytyä esinettä koskeneiden toimien perusteella hänelle syntyneiden saatavien suorittamisen vakuudeksi, kun on kyse ostajan haltuun luovutettavan tavaran kaupasta.¹²¹

Siitä huolimatta, että konsignaatiosopimuksessa sovittu omistuksenpidätyssehto täyttää yleiset edellytykset, ei konsignaationantaja kaikissa tapauksissa saa toteutettua ehtoon perustuvaa takaisinotto-oikeutta konsignaationsaajan velkojia sitovasti. Yleisten edellytysten lisäksi on otettava huomioon joukko erityisiä edellytyksiä, joilla on merkitystä tapauskohtaisesti arvioitaessa konsignaationantajan oikeuden tehokkuutta eri henkilösuhteissa.

¹¹⁹ Suomen oikeuden osalta Tepora 1984 s. 205–244. Skandinaavisessa oikeudessa ei voida perustaa omistuksenpidätyksen tehokkuutta kauppatapaan kuten Saksan oikeudessa. Saksan oikeudesta Thamm 1977 s. 1–41.

¹²⁰ Merkittävä, mutta tässä työssä sivuun jäävä kysymys on tietyn elinkeinoalan keskusliiton yleisiin sopimusehtoihin sisältyvän omistuksenpidätyssehdon tuleminen osaksi sopimusta, mihin on kiinnitetty huomiota viimeaikaisessa oikeuskäytännössä. Tällainen oikeuskysymys on parhaillaan tutkittavana KKO:ssa.

KKO valitusluparekisteri VL 2001:27. A Ky oli myynyt sittemmin konkurssiin menneelle B Oy:lle hakeseulan, joka oli asennettu B Oy:n sahalaitokseen. B Oy:n puolesta hyväksytyssä kauppa koskevassa A Ky:n tilausvahvistuksessa oli viitattu Suomen Metalliteollisuuden Keskusliiton yleisiin sopimusehtoihin, joihin oli sisällytynyt omistuksenpidätyssehto. Kysymys siitä, oliko omistuksenpidätyssehto tullut osaksi sopimusta ja, jos näin, sitoiko ehto myös B Oy:n konkurssipesästä hakeseulan tultua liitetyksi B Oy:n sahalaitokseen.

¹²¹ Tepora 1984 s. 206.

3.2.3 Erityiset edellytykset

3.2.3.1 Konsignaationsaajan jatkuva valvonta

Keskeisenä vaatimuksena konsignaationsuhteen olemassaololle on pidetty sitä, että konsignaationsaajan toiminnan tulee olla siinä määrin rajoitettua ja valvottua, että myytäväksi tarkoitettuihin esineisiin kohdistuvat konsignaationantajan oikeudet on kohtuullisesti varmistettu. Eräänä syynä tällaisen vaatimuksen asettamiselle voidaan pitää, että konsignaationantaja säilyttää omistusoikeuden konsignaationsaajan hallintaan (tavaravarastoon) luovutettuihin esineisiin kunnes myyjän kauppahintasaatava ja/tai muut myyjän kustannuksella tapahtuneet myytyä esinettä koskevien toimien johdosta syntyneet saatavat on suoritettu konsignaationantajalle.

Tuomisto on pitänyt merkityksellisempänä syynä sitä, että konsignaationantajan asema on varsin heikko, ellei konsignaationsaajan toimintavapautta ole tarpeeksi rajoitettu. Hän on luonnehtinut myyjän (konsignaationantajan) suojaa sattumanvaraiseksi eduksi, jonka saamiseen hän ei voi luottaa.¹²²

Konsignaationsaajan jatkuva tehokas valvonta voidaan katsoa edellyttävän, että konsignaationantaja valvoo säännöllisesti sekä konsignaatioesineiden säilyttämistä erillään konsignaationsaajan varallisuudesta että konsignaationsaajan tekemiä myyntitilityksiä ja niiden säännöllisyyttä. Selkeää oikeudellista rajalinjaa siihen, kuinka säännöllisesti tai usein konsignaationantajan tulisi käyttää valvontaoikeuttaan säilyttääkseen ehtoon perustuvan oikeutensa tehokkaana sivullisiin nähden, ei ole. Uudemmassa oikeuskäytännössä on hyväksytty, että valvonta tapahtuu puolivuositain (U 67.363 SH).

Käytännössä valvonnan säännöllisyys riippuu tapauksen konkreettisista olosuhteista. Huomiota tulee kiinnittää konsignaationsopimuksen kohteena olevien esineiden vaihdantanopeuteen eli siihen, kuinka nopeasti konsignaationsaajan tavaravarastoon toimitetut esineet pysyvät varastossa ennen kuin ne myydään edelleen tai niistä muutoin disponoidaan. Jos konsignaationsopimuksen kohteena on esineitä, joiden menekki on vilkasta ja joiden osalta kauppahinta suoritetaan sopimuksen mukaan konsignaationsaajalle samantien tai lyhyen ajan kuluttua edelleen luovutuksesta, ei välttämättä tarvetta säännöllisen kontrolliin ole. Sen sijaan niissä tapauksissa, joissa konsignaatioesineitä toimitetaan konsignaationsaajan tavaravarastoon – niiden heikon kysynnän ja/tai tuotteen laadun vuoksi – harvemmin, on tarve säännölliseen kontrolliin suurempi.

¹²² Tuomisto 1988 s. 336–337 käsittelee väitöskirjassaan myyntikomissioon rinnastettavaksi omistuksenpidätyskaupaksi nimeämään luottokauppaa, joka tarkoittaa tässä tutkimuksessa esitettyä tanskalaisyppistä luottokonsignaatiota.

Viimeksi mainitussa tapauksessa konsignaationsaajan hallintaan toimitetut esineet toimivat nimenomaan konsignaationantajan kauppahintasaatavan vakuutena, ja tällöin myyjän oikeuksien kohtuullinen varmistaminen edellyttää tehokasta valvontaa.¹²³

Oikeuskäytännön linjaukset myyjän säännöllisen valvontaoikeuden käytön merkityksestä omistuksenpidätyksen sivullistehokkuuteen ovat jossain määrin poikkeavat, kun edelleen myynnin kohteena ovat olleet autot. Tällöin voidaan pitää merkittävänä, että valmistaja tai maahantuoja voi ehkäistä jälleenmyyjän toimintaa pysyttämällä vallinnassaan rekisteröintiasiakirjat¹²⁴ kauppahintasaatavansa täyttämiseen saakka.

¹²³ Nilas 1980:5 s. 20.

¹²⁴ Myös KKO:n oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota mahdollisuuden pidättää autojen rekisteröintiin tarvittavat asiakirjat myyjällä kunnes hänen saatavansa on tullut maksetuksi. Rekisteröintiin tarvittavien asiakirjojen merkitys on tullut esille erityisesti arvioitaessa ostajan luovutuksensaajan mahdollisuutta saada saantosuoja omistuksenpidätysehdoihin tehdyssä kaupassa. Tuoreimmista ratkaisuissa rekisteröintiasiakirjojen pidättämistä ei ole pidetty riittävänä myyjän oikeuden tehokkuuden kannalta.

Tapauksessa KKO 1992:13 (Ään.) oli kysymys omistuksenpidätysehdon sivullistehokkuudesta ostajan luovutuksensaajaa kohtaan. Autoliikkeen V:n myydessä autoliikkeelle K käytettyjä autoja edelleen myyntiä varten kauppasopimukseen sisältyi omistuksenpidätysehto ja kielto myydä autoja edelleen ennen kutakin autoa vastaavan kauppahinnan osan maksamista V:lle. K oli ehdosta huolimatta myynyt yhden autoista N:lle jo luottoaikana. ”N:llä, joka oli ostanut autonkäytetyn auton K:n autoliikkeestä, ei ollut velvollisuutta tarkastaa rekisteriotteen merkintää auton omistajasta eikä vaatia nähtäväkseen sellaisia luovutuskirjoja, joiden mukaan auton omistusoikeus olisi siirtynyt K:lle. N oli siten auton ostaessaan vilpittömässä mielessä eikä ollut velvollinen luovuttamaan autoa V:lle”.

Tapauksta kommentoineen Kaiston DL 1993 s. 83–92 mukaan KKO on poikennut ratkaisussaan tuntuvalta tavalla niin omasta aikaisemmasta linjastaan kuin kirjallisuudessa verrattain yksimielisesti esitetystä kannasta, jonka mukaan käytetyn auton ostajalla on velvollisuus tarkastaa rekisteriotteen merkintä auton omistajasta, jotta hän olisi saantosuojan edellyttämällä tavalla vilpittömässä mielessä. Kaisto onkin suhtautunut ratkaisuun jokseenkin varauksellisesti: ”Tapauksen myötä voidaan nimittäin katsoa, että ostajan selonottovelvollisuudesta on luovuttu lähes täysin silloin, kun auto ostetaan mistä tahansa autoliikkeestä. Ei kuitenkaan näyttäisi olevan mitään asiallisia syitä vapauttaa selonottovelvollisuudesta tahoja, jotka selkeästi ymmärtävät rekisteriotteen merkityksen ja jotka kykenevät vaivattomasti tutustumaan rekisteritietoihin”. Kaisto pitääkin ratkaisua perusteltuna vain tietyin sosiaalisen suuntauksen kannalta.

Tolonen LM 1/1998 s. 841 on ratkaisua KKO 1997:154 kommentoidessaan katsonut, ettei autorekisterimerkintä ei ratkaise sitä, ketä kulloinkin on pidettävä auton omistajana: ”Rekisteriotteen ilmoitusosa ei ole arvopaperi, sillä sen hallinta ei ilmennä mitään oikeutta autoon. Omistusoikeuden siirtyminen ei ole sidottu rekisteröintiin. Rekisteröintivelvollisuus syntyy omistusoikeuden siirtymisen jälkeen”.

Vrt. tapaus KKO 1992:181 (Ään.), jossa leasingyhtiölle ei myönnetty vilpittömän mielen suojaa auton omistuksenpidätysehdoihin piirimyyjälle luovuttanutta maahantuojaaja vastaan. ”Yhtiön, joka oli rahoittanut autokaupan luottaen piirimyyjän ilmoituksiin ja hänen toimittamiinsa asiakirjoihin, muun muassa väärennettyyn moottoriajoneuvon väliaikais-todistukseen, katsottiin laiminlyöneen siltä kohtuudella edellytettävät tarkistus- ja varoitoimenpiteet ja ottaneen liiketoiminnassaan riskin piirimyyjän väärinkäytösten seurauksista”. Ajoneuvon rekisteröintiasiakirjojen pidättämisen merkityksestä myyjän oikeutta vahventavana seikkana omistuksenpidätysehdoihin tehdyssä luottokaupassa Tepora LM 3/1992 s. 336–338 ja Välimaa OTJP 1992 s. 352–359.

Tanskan oikeudessa omistuksenpidätys on sitonut konsignaationsaajan velkojia tapauksissa U 62.597 SH ja U 58.909 H. Tapauksissa oli kysymys myyjän oikeuden sivullistehokkuudesta hänen pysyttäessään vallinannassaan rekisteröinti asiakirjat.

Konsignaationantajan valvontaoikeuden pitämisellä myyjän oikeuden tehokkuuden erityisenä edellytyksenä korostetaan käsittäkseni sitä, että konsignaationantaja säilyttää määräämisvallan konsignaationsaajan hallintaan luovutettuun esineeseen ja että konsignaationsaajan toiminta on jatkuvan valvonnan alaisista. Valvontaoikeuden merkitys konsignaationantajan oikeutta turvaavana seikkana edellyttää, että se myös käytännössä toteutuu eikä vain ”paperilla”. Tämä tarkoittaa siis sitä, että valvontaoikeutta myös tosiasiallisesti käytetään.

3.2.3.2 Konsignaationsaajan tilitysvelvollisuus

Tanskan oikeudessa on ajoittain tuottanut vaikeuksia erottaa luottokonsignaatio ja ”kiinteään tiliin” tehty luottokauppa toisistaan niiden tunnusmerkien yhteneväisyyden vuoksi¹²⁵. Molemmissa vakuusmuodoissa käytetään hyväksi myyjän omistusoikeutta suojana ostajan velkojia kohtaan. Vaikeuksia on ilmennyt, kun on jouduttu ratkaisemaan, onko kyseessä sivullisiin nähden tehokas luottokonsignaatio vai ei. Ongelmallista on ollut, onko sopimuksessa sovittu omistuksenpidätysehto sivullisia sitova. Kummankin järjestelyn olennainen piirre on, että jälleenmyyjän tarkoitetaan myynnillä hankkivan tavarantoimittajalle suoritettavat varat.

Kirjallisuudessa keskeisimpänä ”kiinteään tiliin” tehtyä luottokauppaa ja luottokonsignaatiota erottavana piirteenä on pidetty konsignaationsaajan kauppahinnan suoritusvelvollisuuden (tilitysvelvollisuuden) kytkeytymistä konkreettiseen edelleen myyntiin tai muuhun disponointiin. ”Kiinteään tiliin” tehdyssä luottokaupassa ostaja on velvollinen suorittamaan kauppahinnan myyntimahdollisuuksistaan, myyntiajankohdasta sekä saamastaan hinnasta riippumatta.¹²⁶

Tanskan oikeuskäytännössä suurin huomio myyjän oikeuden tehokkuutta arvioitaessa on kiinnitetty siihen, onko ostajan tilitysvelvollisuus kytketty konkreettiseen edelleen myyntiin vai ei. Omistuksenpidätys ehdon sivullistehokkuuden kannalta ongelmattomin vaihtoehto on se, että kauppahinta-

¹²⁵ Tanskan oikeudessa ”kiinteään tiliin” tehdyllä luottokaupalla tarkoitetaan suomalaisessa terminologiassa omistuksenpidätys ehdoin edelleen myyntiä varten kutsuttua luottokauppaa.

¹²⁶ Carstensen 1984 s. 92.

suorituksen on tapahduttava välittömästi tai viimeistään silloin, kun ostaja on saanut suorituksen omalta luovutuksensaajalta, kuten tapauksessa U 80. 547 SH. Tässä suhteessa konsignaatio muistuttaa funktionaalisesti myyntikomission tilitysmenettelyä¹²⁷.

Oikeuskäytännössä esitetty vaatimus ei ole kuitenkaan ollut ehdoton. Ongelmia on aiheuttanut erityisesti selvien ratkaisukriteerien puute. Aikaa, jonka kuluessa tilitys on suoritettava edelleen myynnin tapahduttua, on varsin vaikea määritellä riittävän täsmällisesti. Keskeinen seikka tilitysvelvollisuuden ajankohtaa määritettäessä lienee esineen laadulliset tekijät. Oikeuskäytännössä kun on hyväksytty tapauksia, joissa maksusuorituksen ajankohta ei ole kytketty edelleen myynnin tapahtumiseen.

Esimerkiksi tapauksessa SHRt 1930.313 on katsottu riittäväksi, että tilitys on tapahtunut yli 9 kuukauden kuluttua edelleen myynnistä ja vastavasti tapauksessa ULT 1934.273 on riittänyt 3 kuukautta.

Joissakin tapauksissa on edellytetty muiden erityisten edellytysten täyttyvän, jotta omistuksenpidätystä on pidetty tehokkaana tilanteissa, joissa tilitys ei ole tapahtunut välittömästi edelleenmyynnin tapahduttua, vaan lyhyen ajan päästä disponoinnista.

Tapauksessa U 56.54 H ehtoa pidettiin tehokkaana, kun suurin osa myyjän konsignaatioesineiden edelleenmyynnistä syntyneistä kauppahintasaatavista oli suoritettu sopimuksen mukaisesti välittömästi konkreettisen edelleenmyynnin tapahduttua. Maksuajankohdan lykkäytymistä kertaalleen pidettiin yksittäistapauksellisena ja sopimattomana, mutta ehdon tehokkuuteen suhteessa velkoihin se ei vaikuttanut.

Kuten edellä käsitellyistä ratkaisuista käy ilmi, ei tilitysvelvollisuuden ajankohdan määräytymisen perusteella suoritettava rajanveto konsignaation ja ”kiinteään tiliin” tehdyn luottokaupan välillä ole ongelmaton. Oikeuskäytännössä on hyväksytty tapauksia, joissa tilitysvelvollisuuden ajankohdasta on saatettu vakiintuneesti sopia tapahtuvan vain määrätyn jakson ajalta (esimerkiksi kerran vuodessa) määrätyn kerran (= kausittain tapahtuva suoritus). Esimerkiksi kirjakauppa-alalla tilitys tapahtuu vain kerran vuodessa ja tästä huolimatta konsignaationantajan oikeuden on katsottu sitovan konsignaationsaajan velkojia.¹²⁸ Tämän perusteella on syytä katsoa, että tilitysvelvollisuuden kytkeytymisestä konkreettiseen edelleenmyyntiin ei voi tehdä yksinomaan johtopäätöksiä konsignaation olemassaolon puolesta. Se toimii ainoastaan aihetodisteena konsignaation olemassaolon puolesta.

¹²⁷ Tepora LM 7/1992 s. 1044.

¹²⁸ Carstensen 1984 s. 92–95.

3.2.3.3 Konsignaationsaajan palautusoikeus

Kuten edellä kappaleessa 3.2.1. todettiin, sopivat konsignaatiosopimuksen osapuolet konsignaationsaajan oikeudesta palauttaa myymättä jääneet esineet takaisin konsignaationantajalle. Palautusoikeudesta sovitaan tavallisesti nimenomaisesti tai sen olemassaolo käy ilmi vallitsevista olosuhteista.

Palautusoikeuden puolesta puhuvat käytännön syyt. Tavarantoimittajan, joka toimittaa jälleenmyyjän tavaravarastoon esineitä, ja jälleenmyyjän yhteinen etu on saada tavaravarastoon toimitettuja tavaroita kaupaksi mahdollisimman paljon ja pikaisesti. Jotta esineiden kysyntä ei ylittäisi konsignaationsaajan hallussa olevien konsignaatioesineiden tarjontaa, tulee konsignaationantajan toimittaa tavaravarastoon esineitä riittävästi tai ainakin niin paljon etteivät ne lopu kesken. Usein kysyntä ei kuitenkaan ylitä tarjontaa ja tämän johdosta varastoon jää konsignaationantajan omistamia, myymättä jääneitä esineitä, jotka konsignaationsaaja on tarpeettomina ja toisen omistamina oikeutettu palauttamaan.

Varhaisemmassa oikeuskäytännössä luottokonsignaation olemassaololta edellytettiin, että konsignaatiosopimuksen osapuolet olivat sopineet tai olosuhteista muutoin ilmeni, että konsignaationsaajalla oli palautusoikeus, jotta konsignaationantaja nauttisi omistajaseparatistin oikeuksia konsignaationsaajan konkurssissa. Tapauksessa U 32.854 O katsottiin, ettei kysymys ollut konsignaatiosuhteesta, koska konsignaationsaajalla ei ollut palautusoikeutta. Sen sijaan tapauksessa U 33.637 H oli kysymys sivullisia sitovasta konsignaatiosuhteesta, koska konsignaationsaajalla oli muiden omistuksenpidätysehdon sivullistehokkuuden erityisten edellytysten ohella palautusoikeus. Vanhemmassa kirjallisuudessa muun muassa Kobbenhagel on edustanut kantaa, jonka mukaan konsignaationsaajalla tulee olla palautusoikeus¹²⁹.

Suhtautuminen konsignaationsaajan palautusoikeuden merkitykseen konsignaation olemassaolon kannalta on kuitenkin vuosien mittaan muuttunut. Uudemmassa oikeuskäytännössä palautusoikeus vaatimuksesta on luovuttu. Muun muassa tapauksessa U 67.200 O palautusoikeuden olemassaolon puuttumiselle ei annettu merkitystä. Myös kirjallisuudessa on esitetty uudempaa oikeuskäytäntöä tukevaa argumentointia. Palautusoikeuden puuttumista ei ole pidetty teoreettisesti ongelmallisena, koska palautusoikeus ei välittömästi vaikuta konsignaationsaajan luovutuskelpoisuuden tms. rajoituksiin. Palautusoikeus on sen sijaan nähty konsignaationsaajalle kuulu-

¹²⁹ Kobbernagel 1949 s. 107.

vana yksipuolisena oikeutena, jonka käytön aktualisoituessa konsignaatio-suhde lakkaa palautetun esineen osalta.¹³⁰

Johdonmukaista konsignaationsaajan toimintavapautta rajoittavien konsignaatio-suhteen olemassaolon erityisten edellytysten kanssa on, että konsignaationsaajalla on konsignaatioesineiden palautusvelvollisuus.¹³¹ Luotto-konsignaatioissa konsignaationantaja omistaa esineen siihen saakka, kunnes sitä ei ole myyty tai siitä ei muutoin ole oikeudellisesti määrätty. Tähän ajankohtaan saakka konsignaationantaja on oikeutettu vapaasti oikeudellisesti määräämään esineestä. Tästä seuraa puolestaan se, että konsignaation-saajalla on velvollisuus palauttaa esine takaisin omistajalle tämän sitä vaatiessa.

Käytännössä esiintyy kuitenkin sopimuksia, joissa konsignaationsaajan velvollisuus palauttaa myytäväksi saamansa esineet takaisin konsignaation-antajalle konsignaatioantajan sitä vaatiessa, on poissuljettu. Tällaisella sopimusehdolla pyritään suojaamaan konsignaationsaajan (vähittäismyyjä tms.) liikesuhteita asiakkaisiin. Palautusvelvollisuuden puuttumisesta sovitaan usein konsignaationsaajan intressissä. Palautusvelvollisuuden puuttuminen suojaa konsignaationsaajaa tilanteissa, joissa konsignaationsaajayrityksen goodwill-arvo saattaisi heikentyä, ellei yrityksessä yleisesti myytävänä olevia esineitä olisi saatavissa siitä syystä, että konsignaationsaaja on joutunut palauttamaan esineet konsignaationantajan pyynnöstä.

Herää kysymys, voiko palautusvelvollisuuden puuttumista koskeva sopimusehto merkitä sitä, että omistusoikeus katsotaan siirtyneen luovutuk-sensaajalle. Tämä kysymys on siksi mielenkiintoinen, että mikäli omistus-oikeuden katsotaan siirtyneen konsignaationsaajalle, on sopijapuolten vä-lillä tapahtunut esineen luottokauppa. Tämä puolestaan tarkoittaa sitä, että konsignaationantajalla ei ole enää sivullisia sitovaa erottamisoikeutta käy-tettävissään konsignaationsaajan konkurssissa tai tilanteessa, jossa esine on joutunut ulosmittauksen kohteeksi konsignaationsaajan velasta.

Palautusvelvollisuuden merkitystä tosiseikkana ei tule välttämättä arvioi-da tästä näkökulmasta, jos osapuolet eivät ole tarkoittaneet, ettei konsignaationantajalla ole käytettävissään esineiden erottamisoikeutta. Voidaanhan katsoa, että konsignaationsaajan kohtuullisia kaupallisia etuja palvelemaan sovittu, palautusvelvollisuuden puuttumista tarkoittava sopimusehto on pakkotäytäntöönpanotilanteissa lakannut, eikä näin ollen estettä sille, että konsignaationantaja saa esineen takaisin sivullisia sitovasti, ole.

¹³⁰ Tepora LM 7/1992 s. 1045 ja tanskalaisessa kirjallisuudessa Carstensen 1984 s. 96–97, Jensen 1970 s. 122 ja von Eyben 1983 s. 211.

¹³¹ von Eyben 1983 s. 213.

On kuitenkin huomattava, että tapauskohtaisesti palautusvelvollisuuden puuttumisella saattaa muiden konsignaatiosuhteen erityisten edellytysten ohella olla merkitystä arvioitaessa, onko kyse in concreto konsignaatiosta vai omistusoikeuden luovutuksesta.¹³²

3.2.3.4 Yhteenveto

Oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota edellä tarkasteltuihin erityisiin edellytyksiin arvioitaessa sitä, ovatko osapuolet sopineet luottokonsignaatiosta vai muun vakuusmuodon käytöstä. Esitettyjä erityisiä edellytyksiä voidaan pitää aihetodisteita konsignaatiosuhteen olemassaolon puolesta. Niiden olemassaolo on tarpeen, jotta konsignaationantajan oikeudet tulevat kohtuullisesti turvatuiksi paitsi sopijapuolta myös sivullisia kohtaan.

Erityisistä edellytyksistä sopiminen ei ole kuitenkaan konsignaatiosuhteen olemassaolon kannalta riittävää. Konsignaationantajalle ei ole perusteltua myöntää suojaa konsignaationsaajan velkojia ja seuraajia kohtaan, jos hän on ymmärtänyt tai olisi voinut ymmärtää, ettei konsignaationsaaja todennäköisestikään tule niitä noudattamaan. Keskeistä on, miten erityiset edellytykset käytännössä toteutuvat.

3.3 Ruotsalaistyyppinen konsignaatio

3.3.1 Yleistä

Ruotsin oikeudessa konsignaatio-käsitteelle on annettu jossakin määrin Tanskan oikeudesta poikkeava merkitysisältö. Sillä tarkoitetaan talletussopimusta, jonka perusteella tavarantoimittaja (konsignaationantaja) tallettaa konsignaatio-objektin sopimusosapuolelleen (konsignaationsaaja) oikeuksin ostaa (osto-optio) po. objekti itselleen siinä tapauksessa, että hän myy sen edelleen kolmannelle omaan lukuunsa. Kauppa kolmannelle tapahtuu usein ennen kuin konsignaationsaaja on täyttänyt oman kauppahintasuorituksen

¹³² Ks. Tepora DL 1991 s. 653–655. Tepora käsittelee kyseisessä artikkelissa palautusvelvollisuuden merkitystä myyntikomission olemassaolon kannalta. Tällöin ratkaisevaa on, tapahtuuko kauppa kolmannelle päämiehen vai välimiehen lukuun. Luottokonsignaation pätevyys Suomessa edellyttää, että kauppa kolmannelle tapahtuu komission kaltaisessa suhteessa, jolloin myyntikomissiota koskevat säännöt tulevat sovellettaviksi. Tepora on katsonut, että kysymyksellä komissionäärin palautusvelvollisuuden olemassaolosta ei ole oikeudellista merkitystä arvioitaessa, kumman osapuolen lukuun kauppa tapahtuu. Ks. myös SOU 1988:63 s. 56.

konsignaationantajalle.¹³³

Ruotsalaistyyppinen konsignaatio eroaa myyntikomissiosta siinä, että edelleenmyynti kolmannelle tapahtuu konsignaationsaajan omaan lukuun. Omistuksenpidätysehdoin tehdystä luottokaupasta jälleenmyyntiä varten konsignaatio eroaa puolestaan siinä, ettei luovutus konsignaationsaajalle tapahdu ennen kuin konsignaationsaaja tulee konkreettisesti myymään esineen kolmannelle omaan lukuunsa.¹³⁴

Konsignaatiosuhteen osapuolet solmivat konsignaatiosopimuksen, joka on luonteeltaan ns. puitesopimus. Puitesopimuksen tehtävänä on selventää konsignaatiojärjestelyyn sisältyvien eri sopimusten funktioita ja osapuolten vastaisia erimielisyyksiä. Puitesopimuksen solmiminen ei ole konsignaation olemassaolon kannalta välttämätöntä eikä sellaista aina solmita. Ratkaisevaa merkitystä konsignaation olemassaoloa arvioitaessa ei tulekaan antaa sille, ovatko osapuolet ovat solmineet konsignaatioksi nimetyn sopimuksen.

Konsignaatiosopimuksen keskeisen sisällön muodostaa konsignaationsaajalle perustettu oikeus omaan lukuunsa myydä edelleen hallinnassaan oleva konsignaationantajalle kuuluva esine kolmannelle.¹³⁵ Konsignaatiosuhteessa tulee erottaa toisistaan kolme erillistä oikeustointa: (1) talletussopimus tai muu vastaava konsignaatioesineen hallinnan perustava oikeustoimi, (2) optiosopimus ja (3) konsignaatioesineen kauppa.

3.3.2 *Konsignaatioesineen hallinnan perustava sopimus*

Ensimmäisessä vaiheessa konsignaationantaja luovuttaa talletussopimuksen perusteella konsignaatioesineen konsignaationsaajan hallintaan. Joissain tapauksissa talletussopimuksen voi korvata esimerkiksi irtaimen esineen vuokrasopimus.

On tärkeää huomata, että konsignaatioesineiden hallinnan luovutuksen jälkeen esineet ovat konsignaationsaajan hallinnassa talletuksen tai vuokran perusteella eivätkä omistuksenpidätysehdoin tehdyin luottokaupan perusteella. Tästä johtuu, ettei konsignaatioesineiden omistusoikeus vielä tässä vaiheessa siirry konsignaationsaajalle. Omistusoikeus siirtyy vasta kun kon-

¹³³ Håstad 1994 s. 146 ja s. 189 sekä SOU 1988:63 s. 95. Konsignaatiosopimuksessa voidaan niin ikään sopia konsignaationsaajan oikeudesta haluamanaan ajankohtana käyttää konsignaatioesineen kulutukseen tai valmistukseen taikka oikeudesta liittää esine edelleen toiseen esineeseen ainesosa- tai tarpeistosuhteeseen.

¹³⁴ SOU 1988:63 s. 95.

¹³⁵ SOU 1988:63 s. 95.

signaationsaaja ostaa tai ottaa muutoin esineet käyttöönsä luotolla haluamaan ajankohtana¹³⁶.

Keskeistä konsignaation kannalta irtaimen vuokrasopimuksella on, että sopijapuolet perustavat vuokramiehelle oikeuden käyttää ja pitää hallinnassaan vuokranantajalle kuuluvaa omaisuutta rajoitetun ajan.¹³⁷ Oikeudella käyttää konsignaatioesineitä ei kuitenkaan liene merkitystä tässä tutkimuksessa omaksutun konsignaation käyttöalan (osapuolten tarkoitus käyttää konsignaatiota väliajan vakuuskeinona esineiden edelleen myyntiin saakka) yhteydessä, ellei oikeutta esitellä ja koekäyttää asiakkailleen konsignaatioesineitä ymmärretä tällaiseksi.

Sillä seikalla, eroaako konsignaatio irtaimen esineen kaupasta, on keskeinen merkitys konsignaation käyttökelpoisuuteen vakuutena. Vuokra eroaa kaupasta siinä, että vuokramies on velvollinen palauttamaan vuokraesineen hallinnan takaisin vuokranantajalle. Käytännössä palautusvelvollisuuden olemassaololla on konsignaatioissa vähäinen merkitys.

Keskeinen syy talletus-, vuokra- ja muun hallintasopimuksen käytölle konsignaation yhteydessä on, ettei vuokramies tai muu esinettä hallussa pitävä henkilö saa sopimuksen perusteella omistusoikeutta hallinnassaan olevaan esineeseen. Tästä seuraa ensinnäkin, että konsignaationantaja säilyy koko hallintasuhteen kestäessä esineiden omistajana ja että esineet kuuluvat hänen omistuspääpiiriinsä. Toiseksi konsignaationantaja on oikeutettu saamaan konsignaatioesineet takaisin konsignaationsaajan konkurssipesästä siinä tapauksessa, että konsignaationsaaja ei ole käyttänyt osto-optiotaan (esine myyty edelleen kolmannelle) ennen konkurssiin alkua.¹³⁸

Konsignaationantajan omistusoikeus on hallintasuhteen kestäessä rajoitettu yhden omistusoikeuden peruselementin, omistajan hallinto-oikeuden osalta. Tämä merkitsee sitä, että konsignaationantaja on hallintasuhteen voimassa ollessa oikeutettu käyttämään konsignaatioesineitä reaalisesti hyväkseen vain siinä laajuudessa kuin hän ei ole luovuttanut niiden hallinta- ja käyttöoikeutta. Sopusoinnussa tämän kanssa on, että konsignaationantajalla säilyvät omistajan kelpoisuusmuodot, henkilö- kuin reaaliuottokompetenssi, esineeseen. Näin ollen konsignaatioesineet kuuluvat konsignaationantaja-omistajan pakkotäytäntöönpanon kohteena olevan, perittävän omaisuuden piiriin.¹³⁹

¹³⁶ Hästad 1994 s. 189.

¹³⁷ Takki 1982 s. 17. Irtaimen esineen vuokraa koskeva erityissäätely rajoittuu Suomen oikeudessa KK 13:1-3.

¹³⁸ Hästad 1992 s. 146 ja s. 189.

¹³⁹ Takki 1982 s. 213. Irtaimen esineen vuokraa on tavattu pitää luonteeltaan velvoiteoikeudellisena. Vuokraoikeuden on katsottu raukeavan, jos vuokraesine luovutetaan vapaaehtoisesti uudelle omistajalle ("kauppa rikkoo vuokran") tai realisoidaan pakkotäytäntöönpanossa.

Konsignaatioesineen hallinnan perustavassa sopimuksessa edellytetään tavallisesti, että konsignaationsaaja sitoutuu pitämään edelleen myytäväksi tarkoitetut esineet erillään muusta varallisuudestaan.¹⁴⁰ Konsignaatioantajalle varataan taas oikeus valvoa tavaroiden erillään säilyttämistä, joka toteutetaan sopimusehdolla konsignaationantajan oikeudesta inventoida konsignaationsaajalle (vähittäismyyjälle ym.) toimittamansa esineet.

3.3.3 *Optiosopimus*

Konsignaationantaja nauttii omistusoikeuteensa perustuvaa suojaa niin kauan kuin konsignaationsaaja ei ole käyttänyt osto-optiotaan.¹⁴¹ Osto-optiolla tarkoitetaan oikeutta saattaa tietty oikeussuhde voimaan tiettyjen edellytysten vallitessa. Optio-oikeuden käyttö on yleensä ajallisesti rajoitettu ja kytketty tiettyjen edellytysten tai olosuhteiden olemassaoloon.¹⁴²

Ruotsalaistyypisessä konsignaatioissa osto-optio tarkoittaa konsignaationsaajalle perustettua oikeutta ostaa hallinnassaan oleva objekti itselleen konsignaationantajalta. Osto-optio realisoituu siinä tapauksessa, että konsignaationsaaja tulee konkreettisesti myymään esineen kolmannelle omaan lukuunsa. Ajallisesti osto-optio realisoituu siis silloin, kun konsignaatioesineiden luovutuksensaaja eli ostaja on konsignaationsaajan tiedossa.

Osto-optiosta sovitaan osana konsignaatiosopimusta ja näin tehtynä se on inter partes sitova. Samoin kuin esisopimuksessa on optiosopimuksessa noudatettava kyseessä olevaa sopimustyyppiä koskevia muotomääräyksiä. Koska konsignaatiojärjestelyn kohteena on irtaimia reaalisineitä, on optiosopimuksen solmiminen vapaamuotoista.

Optiosopimuksella on usein samankaltaisia tavoitteita kuin esisopimuksella. Ominaista niille on, että toinen sopijapuoli voi olla sidottu sopimukseen, kun taas toisella voi olla vapaus valita, saattaako hän oikeustoimen voimaan vai ei.

Optiosopimuksella sovitaan optio-oikeudesta. Optio-oikeus voi olla niin osto- kuin myyntioptio.¹⁴³ Esisopimukselta puolestaan edellytetään, että osapuolten tulee tulevaisuudessa solmia uusi sopimus eli pääsopimus. Tällöin tarvitaan uudet tahdonilmaisut osapuolten välillä, vaikka esisopimus olisi yksipuolisesti velvoittava.¹⁴⁴

¹⁴⁰ SOU 1988:63 s. 95. Tätä edellyttää myös konsignaationantajan separaatio-oikeuden toteutus in concreto.

¹⁴¹ Håstad 1994 s. 189.

¹⁴² Ylöstalo JFT 1973 s. 316.

¹⁴³ Ylöstalo JFT 1973 s. 312.

¹⁴⁴ Ylöstalo JFT 1973 s. 313.

Optio-oikeuden merkitys konsignaation yhteydessä piilee siinä, että konsignaationsaaja on oikeutettu yksipuolisella tahdonilmaisullaan saattamaan osto-option voimaan eli ostamaan esineen luotolla itselleen. Kun sopimuksen toinen osapuoli on jo optiosopimuksen solmiessaan oikeuttanut toisen synnyttämään tahdonilmaisullaan sen sisältöinen oikeussuhde, kuin optiosopimuksessa on määrätty, ei uutta tahdonilmaisua (esimerkiksi pääsopimuksen solmimista) tarvita.

Esisopimuksella tarkoitetaan sopimusta tai sitoumusta, jolla luvataan tehdä pääsopimus. Esisopimus saattaa sisältää myynti- tai ostolupauksen. Käytännössä esisopimuksen ja optiosopimuksen ero ei liene kovinkaan suuri. Merkityksellisin ero lienee se, että esisopimuksen solminut voidaan velvoittaa solmimaan pääsopimus. Toinen sopijapuoli kun voi ajaa UL 3:4.2 mukaista muotoamiskannetta vaatiakseen toista osapuolta tekemään esisopimuksessa sovitulla ehdoilla sen oikeustoimen, johon esisopimuksella tähdätään. Muotoamiskanteen hyväksyvällä tuomiolla on sama vaikutus kuin lopullisesti tehdyllä kauppasopimuksella.

3.3.4 *Konsignaatioesineen kauppa*

Konsignaationsaajan osto-option käyttö aktualisoituu vain siinä tapauksessa, että konsignaationsaaja tulee konkreettisesti myymään esineen edelleen kolmannelle. Tähän ajankohtaan asti konsignaationsaaja hallitsee esinettä talletuksen tai muun vastaavan oikeustoimen perusteella. Juuri tällä seikalla on keskeinen merkitys konsignaation käyttökelpoisuudelle vakuuskeinona: Kun kauppa sopijapuolten kytkeytyy esineen edelleenmyyntiin kolmannelle, ei konsignaatioesineiden omistusoikeus siirry konsignaationantajan ulottumattomiin ennen ko. ajankohtaa.¹⁴⁵

Kun irtaimen kaupan kohde on jo konsignaationsaajan hallinnassa (varastossa ym.), ei osapuolten kesken tapahdu irtaimen kaupalle tyypillistä esineen hallinnan fyysistä siirtoa konsignaationsaajan hallintaan. Kauppa sen sijaan synnyttää konsignaationsaajalle oikeuden ottaa varastostaan aikaisemmin konsignaationantajan lukuun hallitsemansa esine ja luovuttaa se vastikkeellisesti kolmannelle.

Konsignaatio-suhteen osapuolten kesken tapahtuva kauppa on tavallisesti luonteelta luottokauppa, jossa ostaja suorittaa kauppahinnan myyjälle vasta sen jälkeen, kun edelleen myynti on jo tapahtunut. Tämä seikka muodostaa konsignaationantajan oikeuden sivullistehokkuutta vaarantavan tekijän ruotsalaistyyppisessä konsignaatioissa.

¹⁴⁵ SOU 1988:63 s. 96 ja Tepora LM 7/1992 s. 1047.

3.3.5 Yhteenveto

Tässä luvussa esitetty lähestymistapa arvioida konsignaationantajan asemaa ruotsalaistyyppisessä konsignaatioissa konsignaationsaajan velkojia ja luovutuksensaajia kohtaan ei ole täysin ongelmaton. Tietynlaista jännitettä aiheutuu toisaalta siitä, että esineen hallinnan perustavan oikeustoimen (vuokra tai talletus) avulla – esineoikeudellisten kollisionormien vaatimuksesta – pysytetään konsignaationantajalla täysi omistusoikeus konsignaatioesineeseen. Toisaalta taas siitä, että konsignaatiosopimus merkitsee sopijapuolten välisessä suhteessa paremmin omistuksenpidätysehdoin tehtyä luottokauppaa edelleenmyyntiä tai -liittämistä varten kuin tyypillistä esineen hallinnan perustavaa sopimusta.

Jännite on osittain näkyvissä siinä, että konsignaationsaaja saa joko nimellisen sopimusmääräyksen tai sopijapuolten välillä vallitsevan käytännön perusteella vapaasti myydä tai muutoin oikeudellisesti määrätä varastostaan hallinnan perustavan sopimuksen nojalla olevista esineistä omaan lukuunsa. Osittain taas siinä, että luovutus edelleen tai muu disponointi tapahtuu tavallisesti ennen kuin ostaja-konsignaationsaaja on suorittanut kauppahinnan myyjä-konsignaationantajalle. Tätä taustaa vasten oikeustointa voikin olla aiheellista arvioida toiselta pohjalta.

Kun konsignaatiosopimuksen avulla konsignaationsaajan oikeusasemaa muutetaan siitä, mitä se olisi normaalien irtaimen esineen talletus tai vuokraa koskevien säännösten ja periaatteiden nojalla, herää kysymys, tuleeko oikeustointa arvioida tavanomaisesta irtaimen esineen talletus- ja vuokrasopimuksesta poiketen eri sivullissuhteissa. Tämä kysymyksenasettelu on tärkeä ja kärjistyy konsignaationsaajan konkurssissa, jolloin vastaan tulevat kysymykset konsignaatioesineiden vakuuskäytöstä ja muutoinkin niiden oikeudellisesta asemasta konsignaationsaajan velkojien kesken.

Tarkasteltaessa konsignaationantajan vakuuden tehokkuutta suhteessa konsignaationsaajan velkoihin, tulee erityistä huomiota kiinnittää edellä tarkasteltuihin, konsignaation muodostaviin sopimusehtoihin, joista tässä tutkimuksessa on käytetty nimitystä konsignaation erityiset edellytykset. Konsignaation erityiset edellytykset voidaan tarkoituksenmukaisella tavalla nähdä aihetodisteita sen puolesta tai vastaan, ovatko konsignaatioesineet konsignaationsaajan välittömässä määräämisvallassa niin oikeudellisesti kuin tosiasiallisesti. Nämä seikat taas ratkaisevat vakuuden tehokkuuden eri sivullissuhteissa.

Oikeudellisella määräämisvallalla tarkoitan niiden seikkojen selvittämistä, millä edellytyksillä konsignaationsaaja saa disponoida esineestä omaan lukuunsa. Välittömällä tosiasiallisella määräämisvallan huomioon-

ottamisella tarkoitan puolestaan sen selvittämistä, kuinka vapaasti konsignaationsaaja voi saada esineen ilman konsignaationantajan myötävaikutusta määräämisvaltaansa. Tällöin on otettava huomioon muun muassa se seikka, kuinka varastointi tosiasiallisesti on toteutettu.

Konsignaationantajan erottamisoikeuden toteuttamisen kannalta välttämättömien ja riittävien edellytysten ja menettelymuotojen käsittelyyn palaan jäljempänä sitä käsittelevässä luvussa 5.2.

3.4 Oikeusvertailu

Ulkomaisesta edelleenmyyntilanteissa käytettäviä omistus pohjaisia vakuuskeinoja koskevasta oikeudesta käsittelem seuraavaksi Englannin, Saksan ja Ranskan oikeutta. Ko. maissa edelleenmyyntilanteissa käytettäviä omistus pohjaisia vakuuskeinoja koskevat säännöt osoittavat, että perusongelmat ja tapa hahmottaa nuo ongelmat ovat hyvin samanlaisia kuin Suomessa ja yleensäkin Pohjoismaissa. Omaksutut ratkaisut ovat kuitenkin josakin määrin erilaisia, joten Englannin, Saksan ja Ranskan oikeus tarjoaa antoisan ja hedelmällisen vertailukohteen Suomessa omaksutuille säännöille.

3.4.1 Englanti

Englannin oikeudessa on mahdollista sopimuksin perustaa sellainen omistuksenpidätys, jonka perusteella myyjällä on ostajan velkojia ja luovutuksensaajia sitova esineen ja surrogaattina esineestä saadun kauppahinnan takaisinotto-oikeus. Takaisinotto-oikeus on sitova huolimatta siitä, että ostajalla on oikeus myydä esine edelleen ennen kauppahinnan suorittamista myyjälle. Omistuksenpidätysehdon sivullissitovuus on vahvistettu oikeuskäytännössä Romalpa-ratkaisussa¹⁴⁶.

Ratkaisun osalta on huomioitava, että kysymys ei ollut korkeimman oikeuden ennakkoratkaisusta. Englannin oikeudessa omaksutun oikeuslähteopin mukaan korkeimman oikeuden ennakkoratkaisulla on oikeuslähteenä alempia tuomioistuimia sitova vaikutus. Tätä vaikutusta Romalpa-ratkaisulla Court of Appeal -tuomioistuimen antamana ei siten ole. Ratkaisulla on kuitenkin katsottu olevan tärkeä merkitys, koska sen antamisesta lukien Englannin oikeudessa on tunnustettu ehdon sitovuus, vaikka ostajalla on luottoaikainen luovuttamislupa.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Aluminium Industrie Vaasen B.v. Romalpa Alunimium Ltd. 16.1.1976.

¹⁴⁷ Stumpf 1980 s. 160–161.

Tilanteissa, joissa ostajalla on omistuksenpidätyksestä huolimatta oikeus jo luottoaikana liittää esine toiseen esineeseen tai käyttää sitä valmistukseen, sitoo myyjän oikeus niin kauan kuin liittäminen tai valmistaminen ei ole vielä tapahtunut. Sanotuissa tilanteissa myyjän kauppahintasaatavan vakuuskeinona käytetään yrityskiinnitystä vastaavaa charge-oikeutta, joka on rekisteröitävä.¹⁴⁸

Koska Romalpa-ratkaisun merkitys omistuksenpidätysehdon tehokkuuteen on epäselvä, turvaututaan Englannin oikeudessa edelleenmyyntitilanteissa toiseen, myytäväksi tarkoitetun objektin omistusoikeuden varaan rakentuvaan sopimusjärjestelyyn, ns. hire-purchase-sopimukseen. Hire-purchase-sopimuksella tarkoitetaan vuokraoppasopimusta, jonka perusteella vuokranantaja (valmistaja, maahantuojat tms.) vuokraa esineen sopijapuolelleen (vähittäismyyjä tms.), jolla on oikeus (osto-optio) maksamalla sopimuksessa määrätyn määrän vuokraeriä saada esine omistukseensa viimeisen vuokraerän tultua maksetuksi vuokranantajalle.

Sopimuksen keskeisenä sisältönä on vuokramiehelle perustettu oikeus myydä esine edelleen kolmannelle omaan lukuunsa. Luovuttamisluvasta vuokranantaja-myyjälle aiheutuvien riskien vähentämiseksi osapuolet usein sopivat, että ostaja-vuokramies on velvollinen suorittamaan niitä esineitä koskevan myyjän saatavan enneaikaisesti, jotka hän on myymässä edelleen.

Toiminnallisesti ja rakenteellisesti hire-purchase-sopimus muistuttaa ruotsalaistyyppistä konsignaatiota. Seuraavia piirteitä voidaan pitää molemmille vakuuskeinoille ominaisina: Jälleenmyyjä (vuokramies, konsignaationsaaja) hallitsee esinettä vuokran (tai talletuksen konsignaatiossa) perusteella eikä omistuksenpidätysehdoin tehdyn luottokaupan perusteella; Vuokranantaja pysyy kauppahintasaatavansa suorittamiseen saakka esineen omistaja, eikä vuokramiehellä ole vuokran perusteella omistusperustetta hallinnassaan olevaan esineeseen; Hire-purchase-vuokranantaja nauttii konsignaationantajan tavoin omistajaseparatistin oikeuksia velallisen varallisuuteen kohdistuvassa pakkotäytäntöönpanossa.

Konsignaatiosta hire-purchase-sopimus eroaa siinä, että vuokramies on tavanomaisen irtaimen esineen vuokramiehen tavoin velvollinen maksamaan hallitsemastaan esineestä sopimuksen mukaisin määräajoin vuokravastiketta. Maksetut vuokraerät katsotaan myyjän kokonaiskauppahintasaatavan lyhennyksiksi osamaksukaupan tavoin. Sopimustyyppissä ei kuitenkaan ole kysymys luottokaupasta, vaan esineen hallinnan perustavasta sopimuksesta. Siinä tapauksessa, että vuokramies tulee myymään esineen

¹⁴⁸ SOU 1988:88 s. 76.

edelleen, voi hän maksaa myyjän saamisen nopeutetussa järjestyksessä voidakseen välittömästi maksamisen jälkeen ryhtyä puheena oleviin toimenpiteisiin vuokrasopimuksen aiheuttamista rajoituksista vapautuneena.¹⁴⁹

3.4.2 Saksa

Saksan oikeudessa omistuksenpidätysehdon käyttö on laajasti käytetty tapa turvata myyjän kauppahintasaatava. Ehdon käyttö perustuu sekä kirjallisuudessa esitettyihin oppeihin että oikeuskäytäntöön. Ehdon lakisäänteisenä perustana on Saksan siviililakikokoelman (BGB) 455 §: ”Jos irtaimen omaisuuden myyjä on pidättänyt itsellään omistusoikeuden kunnes koko kauppahintasaatava on suoritettu, oletetaan, että tavaran luovutushetki jää riippumaan siitä, koska suoritus koko kauppahintasaatavasta saadaan ja että myyjä on oikeutettu saamaan kaupan peruutetuksi, jos ostaja laiminlyö velvoitteensa täyttämisen.”

Omistuksenpidätysmyyjällä on ostajan konkurssissa omistuksenpidätys-ehtoon perustuva takaisinotto-oikeus¹⁵⁰. Omistuksenpidätys vakuuskeinona ulottuu niin ehdon kohteena olevaan esineeseen kuin esineen sijaan tulleen surrogaattiin kuten saamisoikeuteen tai maksusuoritukseen.

Saksan oikeudessa on systemaattisesti erotettu eri tilanteita varten eri sisältöisiä omistuksenpidätysehtoja, joilla on erilaiset oikeusvaikutukset. Omistuksenpidätysehdot muotoillaan sopimuskäytännössä lausekkeiden muotoon. Tärkeimmät lauseketyppejä ovat yksinkertainen omistuksenpidätysehto (einfacher Eigentumsvorbehalt (=EV)), pidennetty omistuksenpidätysehto (verlängerter EV), laajennettu omistuksenpidätysehto (erweitener EV), konserni omistuksenpidätysehto (Konzernvorbehalt), jälkikäteinen omistuksenpidätysehto (nachgeschalteter EV) ja edelleenpysyttämisen omistuksenpidätysehto (weitergeleiteter EV).¹⁵¹

Yksinkertaista omistuksenpidätysehtoa (einfacher EV) käytetään normaalin luottokaupan yhteydessä, jolloin myyjä luovuttaa esineen ostajalle yksinomaiseen hallintaan ja käyttöön esineen tavanomaisen käyttötarkoituksen mukaisella tavalla. Ehto sitoo ostajan sivullisseuraajaa siihen saakka, kunnes esine on ostajan hallinnassa muuttumattomana. Jos ostajalla on oikeus jo luottoaikana myydä esine edelleen tai muulla tavoin disponoida siitä, edellyttää myyjän oikeuksien turvaaminen, että myyjän ja ostajan välinen

¹⁴⁹ Stumpf 1980 s. 166–167.

¹⁵⁰ Henckel 1983 s. 1. Taustalla on lainkohta § 43 KO.

¹⁵¹ Omistuksenpidätysehdon oikeusvaikutusten perusteella suoritetuista ryhmittelyistä Baur 1992 s. 643.

sopimus sisältää erityisen pidennetyin omistuksenpidätysehdon (verlängerter EV). Ehto koskee tällöin kauppahintasaatavaa kolmannelle tai muun disponoinnin kuten valmistamisen yhteydessä syntynyttä uutta tuotetta.¹⁵²

Saksan Korkein oikeus, Bundesgerichtshof, on katsonut, että pidennetty omistuksenpidätysehto menettää oikeusvaikutuksensa vasta kun alkuperäisostaja on tilittänyt myyjälle tai ostajan luovutuksensaaja on tilittänyt alkuperäisostajalle kauppahintavelvoitteensa.¹⁵³

Sopimalla ns. laajennetun omistuksenpidätysehdon (erweiterer EV, josta käytetään usein myös nimitystä Kontokorrentvorbehalt) käytöstä ulottavat sopijapuolet omistuksenpidätyksen kohteena olevan esineen muidenkin velvoitteiden kuin kauppahinnan, siihen liittyvien lisävelvoitteiden (kuten korko tms.) ja myytyyn esineeseen kohdistuvien toimenpiteiden (kuten korjaustöiden) suorittamisen vakuudeksi sivullisia sitovalla tavalla.¹⁵⁴ Omistuksenpidätyksen kohteena oleva esine toimii tällöin sopijapuolten välisessä suhteessa jo syntyneiden ja tulevaisuudessa syntyvien saatavien vakuutena. Ehto tulee kyseeseen lähinnä silloin kun ostajan ja myyjän välillä vallitsee pitkäaikainen ja jatkuva liikesuhde.

Jatkuvassa liikesuhteessa osapuolet voivat sopia ehdon käytöstä myös konkludenttisesti ns. hiljaisen omistuksenpidätysehdon muodossa (Stillschweigender EV). Sopijapuolten välisessä suhteessa ehdon käyttö parantaa myyjä-velkojan vakuustarvetta. Ehdon käyttöön liittyy kuitenkin myyjän oikeusasemaa vaarantava tekijä: ostajan velvoitteiden määrä saattaa helposti ylittää omistuksenpidätyksen kohteena olevan esineen vakuusarvon, jolloin myyjän saatavat eivät ole maksimaalisesti turvatut.¹⁵⁵

Mikäli laajennetun omistuksenpidätysehdon kohteena olevat esineet ovat tarkoitettu myytäväksi edelleen, käytetään lauseketta useimmiten pidennetyin omistuksenpidätysehdon yhteydessä.¹⁵⁶ Sopimuskäytännössä ostajan luottoaikaisen disponointivallan käyttö on useimmiten rajoitettu hänen tavanomaiseen liiketoimintaan. Tätä edellyttää myyjän oikeuksien turvaaminen. Disponointivallan käytöstä sovitaankin usein siten, että sen käyttömahdollisuus sulkeutuu pois ostajan varallisuuden joutuessa pakkotäytäntöpanon

¹⁵² Thamm 1977 s. 24–39.

¹⁵³ BGH 23.3.1971.

¹⁵⁴ Dopfer 1986 s. 225. Laajennetun omistuksenpidätysehdon käyttö on laajasti tunnustettu niin oikeuskäytännössä kuin kirjallisuudessa. Oikeuskäytännön suhtautumisesta ehdon sivullistehokkuuteen BGH 4.5.1977, WM 1977 s. 819, 821 ja 5.7.1978, WM 1978 s. 1208 ja kirjallisuudessa Baur 1992 s. 643, Henckel 1983 s. 9–14 ja Thamm 1977 s. 42

¹⁵⁵ Dopfer 1986 s. 226.

¹⁵⁶ Saksan oikeus sallii eri sisältöisten omistuksenpidätysehtojen yhdistelemisen aikaansaadakseen myyjälle maksimaalinen suoja taloudellisia tappioita vastaan.

kohteeksi.¹⁵⁷

Edelleenmyyntijärjestelyissä voidaan sopia sivullisia sitovasta vakuus-oikeudesta myös ns. jälkiehtoisen (nachgeschalteter EV) ja ns. edelleenpysyttämisen (weitergeleiteter EV) omistuksenpidätysehdon muodossa. Edelleenpysyttämisehto velvoittaa ostajan (jälleenmyyjän) myydään esine kolmannelle nimenomaisesti sellaisin ehdoin, että alkuperäisen myyjän omistuksenpidätys säilyy voimassa myyjän kauppahintasaatavan suorittamiseen saakka¹⁵⁸. Ostajan edelleen myynti tapahtuu joko ehdolla, että omistusoikeus siirtyy alkuperäisostajan luovutuksensaajalle vasta kun alkuperäisostaja on saanut maksun ja tämä on edelleen suorittanut sen alkuperäismyyjälle tai siten, että ostaja luovuttaa omistuksenpidätysehdoin tehtyyn kauppasopimukseen perustuvat oikeudet ja velvollisuudet sellaisinaan luovutuksensaajalleen. Alkuperäisellä myyjällä on omistuksenpidätysehtoon perustuvan takaisinotto-oikeuden nojalla oikeus saada esine palautumaan hallintaansa siihen saakka, kunnes hän on saanut täyden maksun alkuperäisostajalta. Siinä tapauksessa, että alkuperäisostaja ei suorita luovutuksensaajansa maksamaa kauppahintasuoritusta edelleen myyjälle, ei luovutuksensaaja saa saantoa esineeseen. Tämän vuoksi ehdon käyttöön liittyy luovutuksensaajan oikeutta vaarantava tekijä. Sopimuskäytännössä ehto tuleeikin kyseeseen varsin harvoin.

Ns. jälkiehdon käyttö perustuu myyjän ja alkuperäisostajan väliseen edelleen myytäviä esineitä koskevaan sopimukseen. Se velvoittaa alkuperäisostajan käyttämään itsenäisesti omistuksenpidätystä hänen luovuttaessaan esineitä kolmannen haltuun. Myyjän alkuperäinen omistuksenpidätysehto pysyy voimassa alkuperäisostajan käyttämästä omistuksenpidätyksestä huolimatta siihen saakka kunnes ostajan luovutuksensaaja on suorittanut kauppahinnan. Tätä kanta tosin on kirjallisuudessa asetettu riidanalaiseksi. On katsottu, että myyjä menettää omistusoikeuteen perustuvan erottamisoikeuden jo ostajan ja hänen seuraajansa välisellä sopimuksella.¹⁵⁹

Käytettäessä konserni-omistuksenpidätysehtoa (Konzernvorbehalt) ulottuu omistuksenpidätyksen vaikutus myös niihin ostajan velvoitteisiin, jotka ovat peräisin jonkin muun myyjälle tai samaan konserniin kuuluvan liikkeen toimituksista.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Dopfer 1986 s. 129.

¹⁵⁸ Ehdon käyttö perustuu osapuolten väliseen sopimukseen. Ehdon sivullistehokkuuden kannalta ei ole riittävää, että alkuperäisostaja käyttää omistuksenpidätysehtoa omalta luovutuksensaajaltaan olevan kauppahintasaatavan vakuutena. Nimenomaisesti edellytetään myyjän omistuksenpidätysehdon pysyttämistä voimassa luovuttamisluvasta huolimatta.

¹⁵⁹ Thamm 1977 s. 40–42.

¹⁶⁰ Baur 1992 s. 643 ja Thamm 1977 s. 44.

3.4.3 *Ranska*

Ranskan oikeudessa aina 1980-luvulle asti omistuksenpidätysehto oli vail- la sivullissitovuutta ostajan varallisuuteen kohdistetussa pakkotäytäntöön- panossa. Muutos tähän saakka vallitsevaan oikeustilaan tapahtui 12.5.1980 annetulla lailla¹⁶¹. Lain 65 §:ssä on vahvistettu Saksan oikeudessa omaksu- tun yksinkertaisen omistuksenpidätysehdon kaltainen vakuuskeino turvaa- maan myyjän kauppahintasaatavaa normaalissa luottokaupassa. Omistuk- senpidätysehtoon perustuvan myyjän takaisinotto-oikeuden sitovuus tilan- teissa, joissa ostaja on oikeutettu myymään esineen edelleen kolmannelle jo luottoaikana, on vahvistettu lain 66 §:ssä. Kyseinen lainkohta muistuttaa pitkälti Saksan oikeudessa omaksuttua, erityisesti edelleen myyntitapauk- sissa käytettävää pidennettyä omistuksenpidätysehtoa.¹⁶² Ranskan oikeus- käytännössä omistuksenpidätysehdon vakuuskeinona on katsottu ulottuvan myös esineen sijaan tulleeeseen surrogaattiin.¹⁶³

4. SEPARAATIO-OIKEUDEN TOTEUTTAMINEN KONSIGNAATIONSAAJAN KONKURSSISSA

4.1 Omistusoikeuteen perustuvan erottamisoikeuden yleiset edellytykset

Omistaja on lähtökohtaisesti hyvin vahvassa asemassa konkurssipesää ja velallisen ulosmittausvelkojia vastaan: hän on omistusseparatisti eli separati- sti ex jure domini. Omistajalla on ns. esinekohtainen separaatio-oikeus, jonka perusteella hän on oikeutettu ottamaan yksilöidyn esineen pakkotäy- täntöönpanon ulkopuolelle kun po. esineeseen kohdistetaan ulosmittaus ve- lallisen muusta velasta tai kun velallinen on konkurssissa.¹⁶⁴ Poikkeuksen separaatio-oikeuteen vetoavan po. oikeuden käytön edellytyksistä muodostaa KL 63.2 §, jonka mukaan kuvatonlainen velkojan vahva separatistin asema ei edellytä omistusoikeutta, mikäli kyse on maksamattomasta kauppa-

¹⁶¹ Laki Nr. 80–335, 12.5.1980.

¹⁶² Kalomiris 1992 s. 1.

¹⁶³ Ranskan oikeuskäytännöstä Cour de cassation, Chambre commerciale, 20.6.1989.

¹⁶⁴ Havansi 1992 I s. 184–185 ja Håstad 1994 s. 141–270. Omistusseparatista on erotetta- va separaatio-oikeutetut ex jure credite eli velkomusseparatistit. He ovat velkojia, joiden rahasaamisen vakuutena tai ehkä ainoana kohteena on tietty velalliselle kuuluva pantti tms. esinevakuusobjekti. Velkomusseparatista lähemmin Havansi 1992 I s. 185–186.

tavarasta, joka myyjän lähettämänä saapuu ostajan hallintaan vasta sen jälkeen kun ostaja on asetettu konkurssiin. Vaikka omistusoikeus kauppasopimuksen mukaan olisikin siirtynyt ostajalle, on myyjä oikeutettu saamaan tavaran takaisin, ellei pesä maksa kauppahintaa massavelkaisesti päältäpäin.¹⁶⁵

Konsignaationantajan separaatio-oikeuden sivullistehokkuus dynaamisessa mielessä määräytyy omistusoikeutta koskevien yleisten kollisionormien mukaan.¹⁶⁶ Erottamisoikeuden toteuttamisen edellytykset velallisen konkurssipesästä on säännelty KS 54 §:ssä ja EOA 2 §:ssä. Velallisen ulosmittausvelkojia vastaan suoja määräytyy taas UL 4:9 perusteella¹⁶⁷. KS:n ja UL:n mukaisen omistusoikeuteen perustuvan separaatio-oikeuden toteuttaminen edellyttää, että sivullisen omistusoikeus esineeseen on riidaton. Tällöin edellytetään, että erottamisoikeuteen vetoavalla on dynaamisesti suojattu omistusoikeus esineeseen vielä silloin, kun erilleenottaminen tosiasiallisesti tapahtuu.

Separaatio-oikeuden käyttäjälle voi olla tärkeää, että hän saa juuri omistamansa esineen takaisin omistajanhallintaan. Tästä syystä separaatio-oikeuden kytkeminen omistusoikeuteen on tarkoituksenmukaista. Voidaanhan ajatella, että omistusvakuuden kohde ei merkitse velkojalle pelkästään puhdasta kauppahintasaataavaa turvaavaa vakuutta, vaan esineen palautumisella saattaa olla hänelle esimerkiksi liiketaloudellista merkitystä. Esimerkiksi määrätyn automerkin yksinomaisella maahantuojalla on tavarantoimittajana tärkeää saada toimittamansa tietyllä automerkillä varustetut autot takaisin hallintaansa sanotuissa tilanteissa, koska hän voi halutessaan toimittaa palautuneet autot edelleen toiselle piirimyyjälleen tms. jälleenmyyjälle.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Rudanko LM 1991 s. 98–99.

¹⁶⁶ Laajasti omistuserusteisen erottamisoikeuden luonnetta koskevia käsityksiä on käsitellyt Dumont RTDC 2000 s. 253–266.

¹⁶⁷ UL 4:9 ilmaisee ulosotto-oikeudellisen pääsäännön, jonka mukaan sivullisen omaa ei saa ulosmitata. Poikkeuksen pääsääntöön muodostaa muun muassa OsamaksuKL 18 §.

¹⁶⁸ Edelleenmyyntitilanteissa tällä lienee varsin vähäinen merkitys. Käytännössä esiintyy tapauksia, joissa konsignaationantajan erottamisoikeuden kohteena on useita samanlaisia tavaroita, joiden edelleenmyynti tuottaa huomattavia vaikeuksia. Näin voi olla esimerkiksi silloin, kun erottamisoikeuteen vetoavalla konsignaationantajalla ei ole vieraassa maassa omaa myyntiorganisaatiota tai toisia jälleenmyyjiä. Tavarana laadulla voi niin ikään olla merkitystä silloin, kun tavara on helposti pilaantuvaa, kun tavarana edelleenmyynti on sidottu tiettyyn ajankohtaan/tapahtumaan (ns. sesonkitavara ja muutotavara; esimerkiksi vanhan vuosimallin mukainen auto taikka tietyn mallinen ja värinen asuste, jonka käyttö on tyypillistä tietyille lyhyehkölle ajanjaksoille) tai kun tavara muutoin on menettänyt taloudellisen merkityksen muuttuneissa olosuhteissa. Näissä tilanteissa omistuserusteeseen vetoavalla saattaa olla edullisempaa tyytyä etuoikeudettoman saatavan perintään konkurssissa.

Separatio-oikeuden toteuttamisen toinen edellytys on kohteen yksilöitävyys, joka puolestaan edellyttää, että esine on individuaalisesti määrätty ja yhä erotettavissa konkurssi- tai ulosmittausvelallisen muusta samanlaisesta varallisuudesta. Kolmanneksi edellytetään, että esine on konsignaation-saajan hallinnassa.

Mikäli edellä mainitut edellytykset täyttyvät, on konkurssipesähallinto velvollinen antamaan esineen omistajalleen niiden ehtojen täyttämistä vastaan, jotka katsotaan tarpeelliseksi. Siinä tapauksessa, että omistaja on jäänyt esineeseen liittyen jotakin velkaa velalliselle ja/tai konkurssipesälle, on tämä velka ensin maksettava pesähallinnolle (KS 54 § ja EOA 2.1 §).¹⁶⁹

Mikäli pesähallinto ei suosiolla tunnusta sivullisen omistajan oikeutta, on separatistin toteutettava esinekohtainen erottamisoikeutensa konkurssi-oikeudenkäynnin ulkopuolisella riita-asiain oikeudenkäynnillä pesää vastaan, ellei hän tyydy valvomaan vaatimustaan saatavan muodossa konkurssissa. Tähän oikeussuojamuotoon konsignaationantaja voi turvautua kahdessa tilanteessa. Ensinnäkin silloin, kun kyseinen omaisuus ei konkurssin alkaessa enää ole tallella tai kun omaisuutta ei enää kyetä yksilöittävästi erottamaan pesässä olevasta muusta samanlaisesta omaisuudesta. Toiseksi silloin, kun on vielä epäselvää, tuleeko kyseinen omaisuus yksilöittävästi löytymään tai kiistäkö pesähallinto perusteiltaan konsignaationantajan omistusoikeuden. Näissä tilanteissa hän voi suorittaa konkurssivalvonnan ensisijaisvaraamin.¹⁷⁰

Separatio-oikeuden toteuttamisen edellytysten täytyessä sivullisen omistama esine on jätettävä ulosmittauksen ulkopuolelle, eikä sitä saa käyttää muiden velkojien saatavien kattamiseen. Tilanteessa, jossa sivullisen omistama ei-rekisteröitävissä oleva irtain esine on velallisen hallinnassa, liittyy sivullisomistajan asemaan ulosmittauksessa vaaramomentti.

¹⁶⁹ Havansi 1992 I s. 266.

¹⁷⁰ Havansi 1992 I s. 184–185. Ensisijaisvaraamin tapahtuvassa konkurssivalvonnassa konsignaationantaja tuo valvonnassaan ilmi, että hän pitää itseään omistusseparatistina, mutta mainittujen riskitekijöiden varalta valvoo toissijaisesti tietyn rahamääräisen korvausvaateensa. Uudemman KKO:n oikeuskäytännön mukaan konkurssivalvonta ilman ensisijaisvaraamaa ei johda esinekohtaisesta erottamisoikeudesta luopumiseen rahamääräisen saamisoikeuden sijasta. Muutos sanotunlaiseen oikeustilaan ilmenee KKO:n ratkaisuissa KKO 1987:5 ja KKO 1989:16. Viimeksi mainittua tapausta on kommentoinut Tuomisto LM 1989 I s. 690–693.

Samansuuntaista argumentointia omistuksenpidätys ehdon osalta on esittänyt Portin JFT 1979 s. 395. Portinin mukaan valvonnan ei tarvitse merkitä luopumista omistuksenpidätys ehdon mukaisesta vakuusoikeudesta. Portin katsoo, että ongelmaa ei tule sivuuttaa antamatta riittävää merkitystä omistuksenpidätykselle vakuuskeinona. Aikaisemmin omistusvakuusvelkojan katsottiin luopuneen ”omistusoikeudestaan”, jos hän hakee ulos saatavansa valvomalla sen velallisen konkurssissa ehdoita.

UL 4:10:ssa on omaksuttu presumptiosääntö, jonka mukaan irtaimen esineen hallinta luo omistajaolettaman. Tämän olettan murtamiseksi ja ulosmittauksen toteuttamiseksi sivullisomistajan on reagoitava UL 4:10 sääde-tyllä tavalla.¹⁷¹

4.1.1 Yksilöity kohde

Omistusvakuuteen vetoavan erottamisoikeuden ensimmäiseksi edellytyk-
seksi on laissa asetettu vaatimus, että omistusoikeuden kohde on yksilölli-
sesti määrätty itsenäinen esine¹⁷². Tällöin edellytetään, että esine on indivi-
duaalisesti määrätty ja yhä erotettavissa.

Konsignaationantaja on oikeutettu erottamaan konsignaatioesineen it-
selleen konsignaationsaajalta sen pakkotäytäntöönpanovelkoja sitovasti vain
siinä tapauksessa, että se on riittävästi yksilöity ja säilyttänyt erotteluky-
kynsä. Yksilöintivaatimuksen merkitys korostuu konsignaatioissa sen salai-
nen vakuuskeino -luonteisuuden vuoksi. Koska konsignaatio ei täytä sitä
koskevan kirjaamisen menettelyn puuttumisen vuoksi julkisuusperiaatteen
vaatimuksia, edellyttää jälleenmyyjän (konsignaationsaajan) muiden vel-
kojen taloudellisten oikeuksien suojaaminen, että konsignaationantajan
erottamisoikeuden kohde kyetään selvästi rajaamaan.¹⁷³

Ajankohdalla, milloin yksilöintivaatimuksen tulee täytyä, on tärkeä
merkitys. Lähtökohtaisesti yksilöintivaatimus on asetettavissa samaksi kuin
käteispannauksessa. Näin ollen konsignaatiokohteen yksilöinti tulee tapah-
tua viimeistään sopimuksenteon yhteydessä, eikä sitä voi jättää täytäntöön-

¹⁷¹ Tepora OTPJ 1988 s. 295–286. Kyseisen säännöksen mukainen väite on esitettävä en-
nen huutokauppaa esineen vapauttamiseksi ulosmittauksessa. Väitteen tueksi edellytetään
täysi näyttö siitä, että sivullisella on täysin kehittynyt omistusoikeus esineeseen. Mikään
todennäköisyysnäyttö ei ole katsottu riittävän murtamaan hallinnan luomaa omistajaolettamaa.
Jos kuitenkin sivullinen esittää todennäköisiä perusteita siitä, että hän on ulosmittauksen
kohteen omistaja, tulee ulosmittausmiehen ajaa po. asiaa koskeva kanne erillisessä prosessi-
ssa.

¹⁷² Yksilöintivaatimus on yksi esineoikeuden johtavista periaatteista. Sen oikeudellisena
rationa voidaan pitää oikeusvarmuutta ja oikeuksien selvyttä. Yksilöinnin merkitys koros-
tuu kollisioissa yhtenä ratkaisuun vaikuttavana tekijänä. Jotta oikeudenhaltija saisi paitsi
sopijapuoltaan myös sivullisia kohtaan toteutettua sopimukseen perustuvan oikeutensa edel-
lytetään, että sekä itse varallisuus oikeus että oikeuden kohde ovat yksilöity riittävän täsmäl-
lisesti. Vakuuskohteen yksilöinnistä Havansi 1992 s. 100, 102–103 ja 538 sekä Tepora 1984
s. 221–229.

¹⁷³ Tepora 1984 s. 221–222. Tepora käsittelee yksilöintivaatimusta omistuspäätösehtoon
perustuvan takaisinotto-oikeuden kannalta. Hänen esittämien näkökohtien huomioon otta-
minen konsignaatioantajan erottamisoikeuden syntykriteerejä arvioitaessa on perusteltua
omistuspäätösehtoon tehdyn luottokaupan ja konsignaation yhteneväisten piirteiden vuoksi.

panovaiheeseen¹⁷⁴. Jotta ao. ehto sitoisi konsignaationsaajan muita velkojia, on yksilöinnin tapahduttava siten viimeistään konsignaatioesineitä koskevan varsinaisen kauppasopimuksen yhteydessä. Riittävää ei näin ollen ole, että yksilöinti tapahtuu vasta siinä vaiheessa kun konsignaatioesine luovutetaan konsignaationsaajan hallintaan edelleen myyntiä varten.¹⁷⁵

Vielä herää kysymys, tuleeko konsignaatioesineiden lopullisen yksilöinnin tapahtua jo siinä vaiheessa kun konsignaation käytöstä vakuuskeinona sovitaan vai riittääkö, että lopullinen yksilöinti tapahtuu yksittäistä konsignaatioesinettä koskevan kauppasopimuksen yhteydessä.

Tepora on omistuksenpidätys ehdoin tehtyä luottokauppaa käsitellessään lähtenyt siitä, että jo omistuksenpidätystä koskevan sopimuksen tulee olla niin selvä, että sen perusteella voidaan yksiselitteisesti todeta, mitä asianosaisten välistä luottokauppaa se koskee. Tällä hän on käsittääkseni tarkoittanut, että kaupan kohde ja siten myös vakuusobjekti tulee olla yksilöity luottokaupan konkretisoituessa. Eräs tätä korostava seikka on, että ehdon käytölle sui generis -tyyppisenä salaisena vakuuskeinona tulee asettaa ahtaat rajat.¹⁷⁶

Kun korostetaan konsignaationsaajan muiden velkojien etua, Teporan suosittamaa tulkintaa voidaan pitää perusteltuna. Vaatimus on mielestäni kuitenkin käytännön liike-elämän tarpeiden näkökulmasta liian kankea ja se tulee olla enemmän käytännön tarpeita vastaava. Riittävänä voidaan pitää sitä, että konsignaatiosopimuksessa erottamisoikeuden kohde yksilöidään siinä määrin, että siinä ilmaistujen seikkojen perusteella lopullinen yksilöinti voidaan asianmukaisella tavalla tapahtuneena suorittaa viimeistään varsinaisen konsignaatioesinettä koskevan kauppasopimuksen yhteydessä.¹⁷⁷

Konsignaatioissa kohteen yksilöinti tulee siis tapahtua kauppasopimuksessa. Ajoneuvojen, koneiden ja laitteiden osalta se tapahtuu usein valmiste-

¹⁷⁴ Vakuusobjektina konsignaatioesine on samojen konkurssioikeudellisten takaisinsaanti-säännösten alainen kuin muut esinevakuudet. Konsignaatioesine on siten peräytettävissä konkurssipesään, jos vakuusesineen yksilöinti on tapahtunut ns. kriittisenä aikana.

¹⁷⁵ Tämän seikan vuoksi konsignaatiota ei ole mahdollista käyttää jälleenmyyjän kulloisenkin tavaravaraston vakuuskeinona yritys kiinnityksen tavoin. Konsignaatiota koskevassa sopimuksessa yksilöidyt esineet eivät ole myöhemmin individualisoitavissa muihin edelleenmyytyjen esineiden sijaan tulleisiin uusiin esineisiin normaalin tavaravaraston vaihtumisen myötä, vaikka ne olisivatkin laadultaan ja muilta ominaisuuksiltaan samanveroisia. Omistuksenpidätys ehdon osalta Tepora 1984 s. 223.

¹⁷⁶ Tepora 1984 s. 227–228 viittaa erityisesti haittoina siihen, että omistuksenpidätysmyyjän oikeuden selville saaminen on sivulliselle vaikeaa, yksilöintivaatimuksen asettaminen myöhempään ajankohtaan aiheuttaa vaaran asianosaisten myöhemmille spekulointimahdollisuuksille ja asianosaisten kesken saattaa syntyä tällöin vaikeita omistuksenpidätys ehtoa koskevia soveltamisalariitoja.

¹⁷⁷ Tepora 1984 s. 229 on alkuperäisen kantansa käyttökelpoisuutta liike-elämän kannalta arvioidessaan päätenyt vastaavanlaiseen tulkintaan omistuksenpidätyksen osalta.

numeron avulla. Mikäli yksilöinnin kohteena oleva esine tai oikeus on rekisteröitävissä, käy yksilöinnistä rekisteritietojen merkitseminen sopimukseen. Ongelmallisimman kohteen muodostavat esineet, jotka lukumääräisyytensä ja laatusa vuoksi ovat vaikeasti merkittävässä. Näiden osalta yksilöinti voi tapahtua esineen laadusta riippuen esimerkiksi tietyllä tuotepakkauksella tai vaikkapa merkkivärillä. Pääasia on, että kohde on riittävän täsmällisesti ja selkeästi yksilöity.

4.1.2 Erotettavissa oleva juridisesti itsenäinen esine

Kauppasopimuksessa suoritettu vakuuskohteen täsmällinen yksilöinti ei ole riittävä erottamisoikeuden toteuttamiseksi de facto. Lisäksi edellytetään, että kohde säilyttää yksilöitävyytensä itsenäisenä juridisena esineenä koko sen ajan, jonka se on konsignaationsaajan hallinnassa, ja että se ei ole sinä aikana sekoittunut konsignaationsaajan muuhun samankaltaisen omaisuuteen. Mikäli nämä edellytykset eivät täyty, estyy separaatio-oikeuden käyttö, vaikka konsignaatiota muuten pidettäisiin sivullisia sitovana.¹⁷⁸

Sanotuissa tilanteissa konsignaationantajan on tyydyttävä rahamääräiseen korvaussaamiseen, joka on tavallinen etuoikeudeton konkurssissa valvottava saaminen, jos velallinen on aiheuttanut sekoittumisen ennen konkurssia¹⁷⁹. Jos sekoittuminen on taas luettavissa pesähallinnon aiheuttamaksi, on kyse ns. massavelasta, joka on konkurssipesän omaa velkaa¹⁸⁰.

Kysymys konsignaatioesineen säilymisestä itsenäisenä kokonaisuutena (juridisena) esineenä liittyy sen irtaimen omaisuuden luonteen säilymiseen eli siihen, ettei esineestä ole tullut toisen pääesineen ainesosa tai tarpeisto ja että aksessiosaannon edellytykset eivät ole täyttyneet. Konsignaation osalta erityistä huomiota tulee kiinnittää esineiden säilyttämiseen erillään ja niiden erotettavuuteen konsignaationsaajan muusta varallisuudesta. Tämä seuraa jo konsignaationsaajalle konsignaatiosopimuksessa asetetusta velvollisuudesta pitää hänen myyntivarastoonsa toimitetut konsignaatiotavarat erillään muista, hänen omistaan ja mahdollisesti muiden tavarantoimittajien toimittamista tavaroista, tai ainakin asianmukaisesti merkittyinä.¹⁸¹

¹⁷⁸ Havansi 1992 s. 538.

¹⁷⁹ Taustalla ovat lainkohdat KS 55.1 §, EOA 2.2 § ja oikeustapaus KKO 1977 II 23

¹⁸⁰ KKO:n oikeuskäytännöstä KKO 1990:43 ja 1990:104 sekä tapausten arvioinnista Tuomisto LM 1991 I ja Tuomisto LM 1991 II s. 201–209.

¹⁸¹ Kuten aiemmin totesin, on erilläänpitovelvollisuuden olemassaololla merkitystä jo konsignaatio-suhteen olemassaolon suhteen. Erilläänpitovelvollisuudelle annetusta merkityksestä myyntikomission osalta Tuomisto 1988 s. 336 av. 11 ja erilläänpitovelvollisuuden merkityksestä komitenttin oikeudelle myynissä kertyneisiin varoihin Tuomisto 1988 s. 338–341.

4.1.3 *Konsignaatioesine konsignaationsaajan hallinnassa*

Konsignaationsaajan erottamisoikeuden toteuttamisen kolmas edellytys on konsignaationsaajan esinehallinta erottamisoikeuden toteuttamishetkellä. Tällä tarkoitetaan sitä, että konsignaationsaaja ei saa olla ehtinyt myymään tai muulla tavoin disponoimaan hallitsemastaan konsignaatioesineestä ennen kuin aktualisoituneeseen (sopimuksessa määritellyt separaatio-oikeuden käytön edellytykset täyttyneet) separaatio-oikeuden käyttömahdollisuuteen on vedottu ja että esine on erotettu pakkotäytäntöönpanon ulkopuolelle.

Siinä tapauksessa, että konsignaationsaaja myy tai muulla tavoin disponoi esineestä aikana, jolloin erilleenottamista ei vielä ole toteutettu, ylittää konsignaationsaaja kelpoisuutensa. Näissä tilanteissa nousee esille kysymys konsignaationsaajan erityisseurajaan suojasta etenevän sivullisuuden kollisiona konsignaationantajaa (oikea omistaja) vastaan.

Kolmannen saantoa rasittaa disponointivallan poissulkeutumisesta johtuva kompetenssitehottomuus. Tehottomuus voi kuitenkin korjaantua, ja vilpittömässä mielessä oleva luovutuksensaaja tai pantinsaaja voi saada hyväkseen ekstinktion, jolloin konsignaationantajan separaatio-oikeuden käyttömahdollisuus estyy. Erityisseurajaan suojan edellytykset riippuvat siitä, minkä sisältöisestä konsignaatiosta on kysymys.¹⁸² Separatio-oikeuden käyttö estyy myös siinä tapauksessa, että konsignaatioesine on käytetty konsignaationsaajan varallisuuteen kohdistuneessa pakkotäytäntöönpanossa muiden velkojien saatavien kattamiseen. Tällöin konsignaationantajan on tyydyttävä rahamääräiseen korvausvaateeseen, joka on etuoikeudeton saaminen konsignaationsaajan konkurssipesässä.

¹⁸² Konsignaationsaajan erityisseurajaan suojan edellytyksistä ks. Kaisto 1997 s. 431, Tepora LM 7/1992 s. 1054–1056. Erityisseurajaan suojasta omistuksenpidätysehtoisessa luotto-kaupassa edelleenmyyntiä varten ks. Tepora LM 3/1992 s. 342–345 ja Välimaa OTJP 1992 s. 349–399, jossa käsitellään erityisseurajaan suojaa erityisesti autokaupassa.

5 KONSIGNAATIONANTAJAN EROTTAMIS- OIKEUDEN TEHOKKUUS KONSIGNAATION- SAAJAN VELKOJIA KOHTAAN

5.1 Tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio

5.1.1 Näkemyksiä konsignaationantajan oikeuden sivullistehokkuudesta

Mielenkiinto kohdistuu nyt siihen, millä edellytyksillä ja millä perusteilla sivullisuoja ja konsignaatiossa käytetyn omistuksenpidätyksen tehokkuus tarkasteltavaa konsignaatiotyyppeä käytettäessä määräytyvät.

Kirjallisuudessa Kaisto, Tepora ja Tuomisto ovat lähteneet siitä, että tanskalaistyyppisessä luottokonsignaatiossa konsignaationantajan erottamisoikeuden sivullisittavuus konsignaationsaajan velkojia kohtaan tulee olla samanlainen kuin omistuksenpidätysehdoin edelleen myyntiä varten tehdyssä luottokaupassa, ellei järjestelyn voida katsota funktionaalisesti muistuttavan riittävästi myyntikomissiota.¹⁸³

Tepora on korostanut sitä, että toiminnallisesta yhtäläisyydestä huolimatta myyntikomissio ja tanskalaistyyppinen luottokonsignaatio eroavat merkittävästi toisistaan. Myyntikomissiossa komissionäari myy komitentin omistaman esineen kolmannelle omissa nimissä komitentin lukuun komissionäarin tulematta missään vaiheessa esineen omistajaksi. Luottokonsignaatiossa konsignaationsaajasta tulee pääsääntöisesti esineen kaupalla omistaja ennen kuin jälleenmyynti kolmannelle tapahtuu.

Konsignaationantajan tehokkuutta vakuutena tulee Teporan mukaan arvioida samalla tavalla kuin myyntikomissiota vakuuskeinona käytettäessä, mikäli konsignaatioksi nimetty sopimusjärjestely täyttää tietyt komissiolta edellytettävät tunnusmerkit.¹⁸⁴

Tepora on puoltanut näkemystä, että tilityksen kytkemisellä edelleenmyynnin tapahtumiseen ja konsignaationsaajan toimintavapauden rajoittamisella tehokkaalla valvonnalla ei olisi yksin vaikutusta omistuksenpidätyksen tehokkuuteen, vaan omistuksenpidätys olisi tällöin heikko. Tepora on kuitenkin todennut, että edelleenmyynnin tapahtumiseen kytketyn tili-

¹⁸³ Kaisto 1997 s. 421, Tepora LM 7/1992 s. 1048–1049 ja Tuomisto 1988 s. 333–337.

¹⁸⁴ Tepora LM 7/1992 s. 1049 esittää komissiota koskevien sääntöjen soveltuvuutta arvioitaessa huomioon otettavina seikkoina: (1) Kumpi osapuoli vahvistaa jälleenmyyntihinnan; (2) Kumpi osapuoli kantaa taloudellisen riskin jälleenmyynnin rahoituksesta ja kaupan onnistumisesta; (3) Onko komissionsaajalla esineen palautusoikeus, johon liittyy konsignaationantajan kannalta todellinen palautusriski. Vakuuskeinona käytetyn myyntikomission tunnusmerkeistä ks. Tepora DL 1991 s. 644–656.

tyksen ja konsignaationsaajan valvonnan merkitys konsignaation tehokkuudelle on epäselvä. Oikeuskäytännössä ei voida kiistattomasti ratkaista, voiko konsignaatio olla tehokas mainituista seikoista huolimatta.

Terora näyttää sen sijaan antavan konsignaationsaajan palautusoikeudelle, mikä on myös käytännössä tärkein myyntikomission ja omistuksenpidätys ehdoin edelleenmyyntiä varten tehdyn luottokaupan erottava tekijä, merkitystä. Mikäli konsignaationsaajalla palautusoikeus ja siihen liittyy konsignaationantajan todellinen palautusriski, saattavat konkreettiset olosuhteet hänen mukaansa merkitä sitä, ettei konsignaationsaajalla ole sellaista tavanomaista ostajan oikeusasemaa, johon soveltuisivat kauppaa koskevat oikeussäännöt. Tätä tukee ennen kaikkea se, että kaupallinen riski esineiden myynnistä on yksin konsignaationantajalla.

Tepora on antanut erityistä painoarvoa sille, miten palautusoikeus käytännössä toteutuu. Hänen mukaansa oikeudellista relevanssia saa erityisesti näyttökysymys siitä, onko konsignaationantajalla todellinen palautusriski. Toisin sanoen, onko palautusoikeuden käyttömahdollisuus käytännössä aktualisoitunut jo aiemmin – ennen konkurssia.¹⁸⁵ Kirjallisuudessa Kaisto on yhtynyt Teporan esittämään ratkaisusuositukseen.¹⁸⁶

Tuomisto on kiinnittänyt huomiota palautusoikeuden olemassaoloon luovuttamisluvin tapahtuvaa omistuspäätyskauppaa tarkastellessaan. Hänen mukaansa palautusoikeutta voidaan pitää keskeisimpänä myyntikomission ja omistuksenpidätys ehdoin jälleenmyyntiä varten tehdyn luottokaupan erottava tekijänä. Palautusoikeus merkitsee sitä, ettei päämies kannan komissionsaajan myyntitoiminnasta kaupallista riskiä. Jos myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus puuttuu, on kaupallinen riski esineiden edelleenmyynnistä välihenkilöllä, eikä kyse ole päämiehen lukuun tapahtuvasta myyntitoiminnasta. Kysymys on siis lopulta siitä, kenellä on kaupallinen riski myyntitoiminnan onnistumisesta.

¹⁸⁵ Tepora LM 7/1992 s. 1049–1050.

¹⁸⁶ Kaisto 1997 s. 421 toteaa myös oikeuskäytännön vastaavan suurelta osin esitettyä kantaa. Kaisto DL 1993 s. 90–92 pitää tapausta KKO 1992:13 kommentoidessaan omistuksenpidätys ehdon sivullisittovuuden menettämistä suhteessa konkurssivelkojia kohtaan ajateltavana, mikäli esineoikeudelliselta suojalta vältytymisen mahdollisuudet suhteessa sivullisseuraajaan ovat omistuksenpidätysmyyjän kannalta niinkin heikot kuin tapauksessa KKO 1992:13. Tulkintaansa hän tukee myös sillä sattumanvaraisuudella, joka sanotun esineoikeudellisen suojan johdosta ulottuu omistuksenpidätykseen vetoavan tahon tosiasialliseen suojaan.

Palautusoikeuden merkityksen osalta Kaiston ja Teporan esittämä ratkaisusuositus eroaa Tanskan oikeudessa omaksumista kannasta, jonka mukaan oikeudellista relevanssia erottamisoikeuden sitovuutta arvioitaessa ei anneta palautusoikeuden olemassaololle. Palautusoikeuden merkitystä sitovuusperusteena luottokonsignaatiossa on käsitelty edellä jaksossa 3.2.3.3.

Tuomiston mukaan palauttamisoikeutta voidaan pitää päämiehen nautti-
man velkojansuojan välttämättömänä, mutta ei riittävänä edellytyksenä.
Tämän lisäksi on edellytettävä, että luottokauppa täyttää muut myyntiko-
mission olemassaolon tunnusmerkit, joita on tarkemmin käsitelty edellä
jaksossa 2.2.3.3.¹⁸⁷

Komissio-oikeudellisten lisäedellytysten asettaminen konsignaation te-
hokkuuden edellytykseksi on mainittu perustuvan osapuolten erityissuh-
teeseen. Päämiehen asema on varsin heikko, ellei komissionsaajan toiminta-
vapautta ole rajoitettu. Tästä syystä komissionsaajan toiminnan tulee olla
siinä määrin rajoitettua ja valvottua, että päämiehen oikeudet esineeseen ja
myynnissä kertyneisiin varoihin ovat kohtuullisesti varmistetut.

Kun on muutoin sattumanvaraista, ovatko komissionsaajan tavaravara-
stoon toimitetut, edelleenmyytäväksi tarkoitetut, esineet komissionsaajan
hallinnassa kaupan tai myyntikomission perusteella, kattavat lisäedellytykset
velkojansuojalle käyvät perustelluksi. Tilanne on tässä suhteessa paljolti
samanlainen kuin omistuksenpidätyskaupoissa, joissa ostajalle on myön-
netty rajoittamaton oikeus edelleenmyymiseen.

Komissionantajan näkökulmasta on selvää (tässä tutkimuksessa omak-
sutun käsitteistön mukaisesti konsignaationantajan), ettei komissionsaajalla
(konsignaationsaajalla) ole rajoittamatonta oikeutta ns. väliintuloon. Kun
komissionantaja on sopimuksella sitoutunut esineiden myyntiin edelleen
kolmannelle ilman että hänen toimintatapansa yksityiskohdat ovat usein-
kaan komissionantajan tiedossa, rajoitettu oikeus väliintuloon käy perus-
telluksi. Perusteltua onkin, että komissionsaajan oikeus ostaa luotolla edel-
lyttäneen tuekseen kauppatappaa tai päämiehen suostumusta. Muuten lähin-
nä sattumasta riippuu, ovatko kaupintavarastossa olevat esineet konkurssin
alkaessa välihenkilön hallinnassa komissionsaajan vai luotto-ostajan oikeu-
della, jos konsignaationsaaja voi vapaasti ostaa myytäväksi luovutetut esi-
neet itselleen luotolla. Väliintulo-oikeuden voineekin hyväksyä vain siinä
tapauksessa, että konsignaationsaaja on velvollinen tilittämään kauppahin-
nan välittömästi tai lyhyehkössä ajassa niistä tavaroista, jotka hän on
ostanut väliintulo-oikeuden nojalla.¹⁸⁸

Yhteenvetona voidaan todeta, että tutkijoiden käsitykset tanskalaisen luot-
tokonsignaation käyttökelpoisuudesta vakuuskeinona ja sen sivullistehok-

¹⁸⁷ Tuomisto 1988 s. 334–335 huomauttaa, että KS 55.2 §:n tulkintaan on kirjallisuudessa kiinnitetty varsin vähän huomiota. Ainoa tapaus, johon sen on katsottu yleisesti soveltuvan, on myyntikomissio. Tätä taustaa vasten Tuomisto onkin katsonut, ettei omistuksenpidätys-
myyjää voida suojata ostajan velkojia vastaan muuten kuin sellaisissa tilanteissa, joissa so-
pimus voidaan rinnastaa myyntikomissioon.

¹⁸⁸ Tuomisto 1988 s. 334–337.

kuuden edellytyksistä edelleenmyyntitilanteissa noudattavat varsin yhdenmukaista linjaa. Lähtökohtaisesti luottokonsignaatioon on katsottu soveltuvan omistuksenpidätysehdoin tehtyä luottokauppaa koskevat säännöt. Tästä poikkeaminen on katsottu kuitenkin mahdolliseksi silloin, kun kommissionsaajan velkojan suojaa koskevien lisäedellytysten täyttyminen sitä vahvasti puoltaa.

5.1.2 Oikeuskäytäntö

5.1.2.1 Oikeustapa KKO 1996:44

Seuraavasti otsikoitu KKO:n tuomio vastaa suurelta osin kirjallisuudessa konsignaationantajan omistuspohjaisen erottamisoikeuden sivullistehokkuudelle asetettuja vaatimuksia. Tapausta ei kuitenkaan nimenomaisesti ole otsikoitu konsignaatioksi.

KKO 1996:44: Maahantuojalla oli toimittanut piirimyyntisopimuksen ja siihen liittyvän kaupintasopimukseksi otsikoidun liitteen nojalla autoja piirimyyjälle myytäväksi. Sopimusta pidettiin kaupintasopimuksena ja myymättä jääneiden autojen vahvistettiin kuuluvan sopimuksen ehtojen nojalla maahantuojalle eikä piirimyyjän konkurssipesälle.

Maahantuojalla (M) oli piirimyyntisopimuksella ja siihen liittyvällä kaupintasopimuksella sopinut, että jälleenmyyjä (O) toimi M:n maahantuomien autojen piirimyyjänä. Piirimyyntisopimuksen mukaan M myi ja O osti sopimuksessa tarkoitettuja autoja. Autojen luovutukset tapahtuivat sopimusehtojen mukaan omistuksenpidätysehdoin niin sanottuun kaupintavarastoon. Autojen luovutuksen yhteydessä niistä laadittiin normaalin käytännön mukaisesti kaupintalaskut, joihin kaikkiin sisältyi maininta M:n omistuksenpidätysehdosta. O sai sopimusehtojen mukaan omistusoikeuden kaupintavarastoon luovutettuihin autoihin kaupintalaskut maksamalla. Autot luovutettiin O:n kaupintavarastoon rekisteröimättömänä ja M pidätti itsellään autojen rekisteröimiseen tarvittavat asiakirjat, jotka luovutettiin O:lle, kun kaupintalaskut oli maksettu.

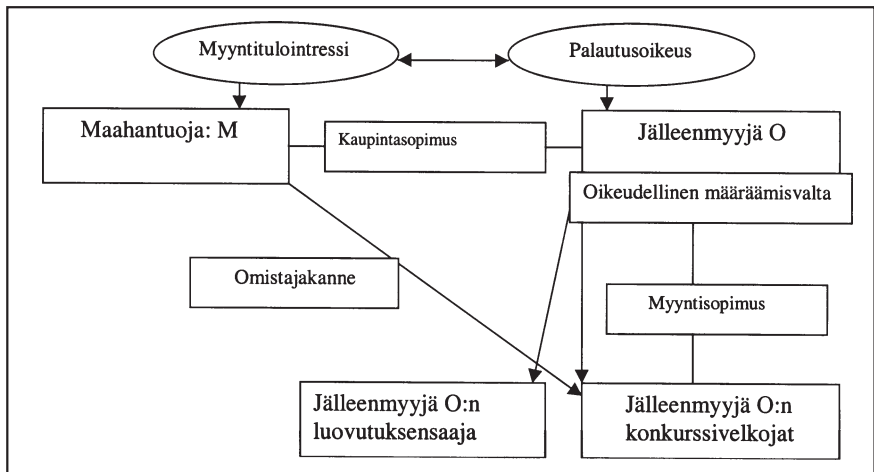
Koska O oli joutunut konkurssiin, vaati M sopimusehtoihin vedoten myymättä jääneiden autojen palauttamista konkurssipesältä. Sitten M ja O kuitenkin sopivat, että autot luovutettiin M:lle myytäväksi edelleen ja että kysymys autojen oikeasta omistajasta jätettiin tuomioistuimen ratkaistavaksi.

M nosti kanteen omistusoikeuden vahvistamiseksi ja vaati lisäksi, että kantaja oikeutetaan nostamaan, mikäli autot tai osa niistä oli jo myyty,

myynnistä saadut varat kantajan ja konkurssipesän avaamalta tililtä. O:n konkurssipesä (K) kiisti kanteen väittäen, että kysymys oli vain omistuksenpidätysehdoin tehdystä myyntisopimuksesta ja autot kuuluivat konkurssipesän omaisuuteen. RO katsoi, että yhtiöiden M ja O välillä tehdyssä sopimuksessa oli kyse myyntikomissiosopimuksesta, jolla oli sovittu M:n omistuksessa olevien autojen myymisestä O:n toimesta ja jonka mukaan autot olivat M:n omaisuutta, kunnes O oli myynyt ne edelleen. Näin ollen RO vahvisti, että komissiota koskevien periaatteiden mukaan autojen omistusoikeus kuului M:lle ja että, mikäli autot tai osa niistä oli myyty, myynnissä saadut varat myös kuuluivat M:lle. Kanne siis hyväksyttiin.

K haki RO:n päätökseen muutosta HO:sta. HO katsoi, että autot oli toimitettu O:lle omistuksenpidätysehdoin tehdyllä luottokaupalla edelleen myyntiä varten ja että O:lla oli ollut oikeus myydä ne edelleen ennen kauppahinnan maksamista, eikä osapuolten välisessä sopimussuhteessa ollut sopimuksen otsikoinnista huolimatta toteutuneet komissiokaupalle tunnusomaiset piirteet. Näin ollen HO kumosi RO:n päätöksen ja vahvisti, että ko. autojen omistusoikeus ja autojen myynnistä saatu kauppahinta kuuluivat K:n varallisuuteen. M valitti KKO:een. KKO myönsi valitusluvan ja katsoi, että osapuolet olivat sopineet M:n maahantuomien autojen toimittamisesta O:n kaupintavarastoon myytäväksi edelleen ja että kaupintavarastossa olleet autot olivat olleet M:n omaisuutta. Näin ollen KKO kumosi HO:n tuomion ja jätti jutun pääasian osalta RO:n päätöksen lopputuloksen varaan.

Kuviona tilanne on näkemykseni mukaan seuraava¹⁸⁹:



¹⁸⁹ Ratkaisu on ongelmallinen kuten kuviossa ilmenee. O ei ole ehtinyt luovuttamaan luovutuksensaajalle hallinnassaan olevia ja M:n omistamia esineitä ennen varallisuuteensa koh-

5.1.2.2 Alempien oikeusasteiden ratkaisut

RO siis katsoi, että kanteessa tarkoitettujen autojen omistusoikeus kuului M:lle ja että, mikäli autot tai osa niistä oli myyty, myynnistä saadut varat myös kuuluivat M:lle. Kun kaupintavarastoon toimitettujen autojen omistusoikeus katsottiin kuuluvan M:lle, eivät autot tai niiden myymisestä saadut varat RO:n päätöksen mukaan kuuluneet O:n konkurssipesään, eikä niitä voitu käyttää O:n konkurssivelkojen saatavien suorittamiseksi. RO siis katsoi, että piirimyyntisopimuksen 1 l. kohta ja kaupintalaskuihin sisältyvä omistuksenpidätysehto sitoi O:n velkoja. Näin ollen sen katsottiin olevan käyttökelpoinen vakuuskeino autoja myytäväksi edelleenluovutettaessa.

Olellainen on nyt RO:n käsitys siitä, miksi omistuksenpidätys sitoi K:ta, vaikka vakiintunut oikeuskäytäntömme lähtee siitä, ettei omistuksenpidätysehto sido O:n pakkotäytäntöpanovelkoja, jos ostajalla on oikeus myydä tai muulla tavoin disponoida esineestä ennen kauppahinnan maksamista.

RO:n perustelut rakentuvat M:n ja O:n välisen sopimussuhteen kokonaisvaltaiselle arvioinnille. RO pitää omistuksenpidätys ehdoin tehdyn luotto-kaupan ja myyntikomission toisistaan erillään. Tätä taustaa vasten RO on lähtenyt siitä, että sopimusjärjestelyyn on sovellettava samoja säännöksiä kuin omistuksenpidätys ehdoin tehtyyn luottokauppaan edelleenmyyntiä varten, ellei M:n ja O:n kommissiosopimukseksi (oikeastaan kaupintasopimukseksi) otsikoitu sopimus de facto katsota riittävästi muistuttavan myyntikomissiota, jolloin omistuksenpidätys saattaa sitoa K:ta¹⁹⁰.

Kaupintasopimusta ja siihen sisältyviä sopimusmääräyksiä arvioidessaan RO päätyi siihen, että oikeustoimi vastasi myyntikomissiota. Edelleen RO katsoi, ettei sopimusta ollut tehty vain näön vuoksi, vaan se vastasi asianosaisten tarkoitusta. RO ei nimenomaisesti lausunut seikkoja, joiden perusteella se katsoi myyntikomissiosuhteen olevan kyseessä. RO lausui selvite-

distuvaa konkurssin alkua. Tapauksen tosiseikastoon O:n luovutuksensaaja ei tosin kuulu, vaan se on lisätty kuvioon havainnollistamaan konsignaatiosta syntyviä oikeussuhteita. Riidan kohteena olevat esineet ovat olleet konkurssin alkaessa konkurssipesä K:n hallinnassa. M:n nostamaa omistajankannetta kuvataan K:tä kohti kohdistuvalla nuolella. M:n erottamisoikeuden edellytyksiä kuvataan konsignaatiosuhteen osapuoli-palkin yläpuolella ja oikeusvaikutuksia konsignaatio-palkin alapuolella.

¹⁹⁰ Ks. Tuomisto 1988 s. 336–337 ja erityisesti s. 337 av. 14. Tuomisto on esitellyt erilaisia tunnusmerkkejä, joiden perusteella myyntikomissio ja omistuksenpidätyskauppa eroavat toisistaan. Omistuksenpidätyskaupoissa erilaisia oikeudellisia kysymyksiä, esimerkiksi mitkä on sopimuksen purkuperusteet ja purkamisen vaikutukset ja miten ostajaa kohtaan syntyvä vastuu suoritusvirheestä jakaantuu sopijapuolten välissä suhteessa, on arvioitava kauppaa koskevien sääntöjen mukaan, kun puolestaan myyntikomissiossa lähinnä asiemiessopimuksia koskevien sääntöjen mukaan. Näistä lähtökohtaissäännöistä voidaan poiketa sopimusmääräyksin sekä omistuksenpidätyskaupoissa että myyntikomissiossa.

tyksi, että yhtiöt olivat sopineet autojen myymisestä O:n toimesta ja komissiosopimuksen mukaan autot olivat olleet M:n omaisuutta, kunnes O oli myynyt ne edelleen. Näyttönä tästä RO on todennäköisesti pitänyt osapuolten antamaa selvitystä siitä, kuinka sopimuksen määräyksiä O on soveltanut ja kuinka M on niiden soveltamista valvonut. Näiden seikkojen lähempi tarkastelu puuttuu kuitenkin RO:n ratkaisusta.

K valitti RO:n päätöksestä HO:een – eikä turhaan. Nimittäin HO päätyi RO:n päätöksen kumoavaan tuomioon, jossa se vahvisti, että puheena olevien autojen omistusoikeus ja autoista saatu kauppahinta kuuluivat K:n varallisuuteen. HO katsoi, että autot oli toimitettu O:lle luottokaupalla omistuksenpidätysehdoin jälleenmyyntiä varten ja että O:lla oli oikeus myydä ne ennen kauppahinnan maksamista sekä että M ja O eivät olleet kommissiokauppasopimukseksi otsikoidusta asiakirjasta huolimatta pätevästi sopineet kommissiokaupasta. Tästä syystä M:lla oli O:n konkurssissa vain velkojan asema eikä M suhteessa K:än voinut vedota O:n kanssa sopimaansa omistuksenpidätysehtoon.

Lopputulokseen päätyessään HO on kiinnittänyt erityistä huomiota siihen, ettei osapuolten sopimussuhteessa toteutuneet kommissiokaupalle tunnusomaiset piirteet. Olennaista M:n nauttiman omistuserusteisen erottamisoikeuden kannalta on HO:n käsitys, miksi osapuolten välisessä sopimussuhteessa eivät toteutuneet kommissiokaupan tunnusomaiset piirteet.

HO:n perustelut rakentuvat siten, että ensin on hyvin lyhyesti todettu, että piirimyyntisopimukseksi otsikoidun asiakirjan mukaan M myi ja O osti sopimuksessa tarkoitettuja autoja. Tällä lausumalla HO on nähdäkseni viitannut siihen johtavaan kommissio-oikeudelliseen periaatteeseen, jonka mukaan kommissionsaaja myy esineen päämiehen lukuun. Näyttönä tämän periaatteen toteutumattomuudesta osapuolten välisessä oikeussuhteessa HO on viitannut paitsi sopimuksen liiketoimintaa koskevaan kohtaan 5.7., jonka mukaan O ei edustanut M:a liiketoimissaan, myös sopimuksen omistusoikeutta koskevaan kohtaan 11. Viimeksi mainitun kohdan mukaan M pidätti omistusoikeuden toimittamiinsa tuotteisiin, kunnes koko kauppahinta oli maksettu.

Seuraavaksi HO:n tuomion perusteluissa on kiinnitetty huomiota oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa niin kommissiosuhteen olemassaolon kuin myyntikommissiossa nimenomaan päämiehen nauttiman velkojasuojan kannalta olennaisiin tunnusmerkkeihin.¹⁹¹ Ensimmäiseksi HO on tarkastellut

¹⁹¹ Tältä osin on vielä aihetta todeta, että myyntikommissiossa päämiehen nauttiman velkojasuojan välttämättömiä edellytyksiä ei meillä kirjallisuudessa ole juuri käsitelty. Yleensä on tyydytty viittaamaan siihen, että toiminta tapahtuu kommissionsaajan nimissä päämiehen lukuun.

komissionsajalle kuuluvaa oikeutta palauttaa myymättä jääneet tavarat takaisin päämiehelle. Sen osalta HO on viitannut sopimusehtojen 4. kohtaan. Ko. sopimuskohdan mukaan kaupintasopimukseksi otsikoidun sopimuksen liitteiden ehdot ovat osa piirimyntisopimusta. Liitteen ehtojen 9. kohdan mukaan taas O:lla ei ilman M:n suostumusta ollut oikeutta palauttaa kaupintavarastossa olevaa autoa.

Palautusoikeuden olemassaoloa koskevalla tarkastelulla HO on käsittäkseni pyrkinyt ratkaisemaan kysymyksen, kumpi osapuoli kantaa taloudellisen riskin autojen myymisestä edelleen.

Kun HO on lausunut palautusoikeuden jääneen toteutumatta, on HO mitä ilmeisemmin viitannut taloudellisen riskin edelleen myynnin onnistumisesta kuuluvan O:lle. HO ei kuitenkaan nähdäkseni katso, että pelkkä palautusoikeuden toteutumattomuus aiheuttaisi M:n oikeuden tehottomuuden. Tähän viittaa HO:n lausuma siitä, että O on sopimuksen mukaan joutunut paitsi huolehtimaan myyntivaraston aiheuttamista kustannuksista myös kantamaan vahinkoriskin varastoa kohdanneista vahingoista.

Taloudellisen riskin kuulumista O:lle on HO:n perustelujen mukaan puoltanut myös se, että osapuolten kesken oli sovittu siitä, että O:n oli suoritettava määrätty kauppahinta autoista M:lle kuuden kuukauden kuluttua sen toimittamisesta. Tilitysvelvollisuuden ajoittumista koskevalla lausumalla HO on käsittäkseni viitannut siihen, että M:lla ei ole myyntikomissiolle tyypillistä taloudellista intressiä O:n myyntituloksesta, koska kauppahinnan suoritusta ei sopimuksen mukaan ollut kytketty edelleen myynnin tapahtumiseen. Näyttönä tästä on pidetty sitä, että M, joka oli toimittanut kanteessa tarkoitetut autot loppuvuodesta 1988, oli lähettänyt niistä 30.12.1988 päivätyt laskut, jotka oli erääntyneet maksettaviksi 31.5.1989.¹⁹²

HO on perusteluissaan kiinnittänyt huomiota komissiosuhteen olemassaoloon vaikuttaviin muihin näkökohtiin. HO katsoi selvitetyn, että autoja oli säilytetty erillisessä myyntiosastossa ja ne olivat siten olleet erotettavissa O:n muusta varallisuudesta. Tällä HO on ilmeisesti pyrkinyt tutkimaan, onko erottamisoikeuden toteuttaminen tosiasiallisesti mahdollista. HO:n perusteluissa ei sen sijaan selvästi ilmene, onko HO nimenomaisesti antanut autojen erilläänpitämiselle merkitystä komission olemassaolon edellytyksenä. Nähdäkseni HO on suhtautunut mainittujen seikkojen toteutumiseen sopimussuhteessa komissiosuhteen olemassaoloa puoltavana tekijänä, sillä muuten HO lienee jättäneen ne pois perusteluistaan. HO tuntuu

¹⁹² Tätä taustaa vasten HO:n tuomion perusteluja voinee tulkita niin, ettei yksin konkreettiseen edelleenmyyntiin sidottu tilitysvelvollisuus anna perustetta arvioida komissiosuhteen olemassaoloa.

pitävän mainittuja seikkoja enemmän M:n oikeusaseman turvaamiseksi niin sopijapuolta kuin sivullisia kohtaan tarpeellisena seikkana, mutta niiden perusteella HO ei kuitenkaan ole tehnyt yksinomaisia johtopäätöksiä sen suhteen, tapahtuuko edelleenmyynti myyntikomissiota toiminnallisesti riittävästi muistuttavassa oikeussuhteessa.

Lopuksi HO on todennut, ettei osapuolten välisessä sopimussuhteessa olleet toteutuneet komissiokaupan tunnusomaiset piirteet eli komission-antajan taloudellinen riski komissiotavaran myynnistä ja komissionsaajan rajoittamaton tavaran palautusoikeus. Tällä lausumalla HO on tarkoittanut, että komissiosuhteen olemassaolon selvittämiseksi osapuolten sopimusta on arvioitava kokonaisvaltaisesti sovellettavan normiston pohjalta. Erityisen suuren merkityksen HO antaakin sille, että osapuolten oikeusasema tulisi olla tosiasiallisesti samanlainen kuin myyntikomissiossa, jotta myyntikomissiota koskevat oikeussäännöt päämiehen nauttiman omistusperusteisen erottamisoikeuden osalta tulisivat sovellettavaksi.

5.1.2.3 KKO:n ratkaisu

HO siis muutti RO:n päätöksen pääasian lopputuloksen osalta. M:lle myönnettiin valituslupa, joten asiaa käsiteltiin seuraavaksi M:n valituksen johdosta KKO:ssa. KKO katsoi, että asianosaiset olivat piirimyntisopimuksella ja siihen liittyvän kaupintasopimukseksi otsikoidun liitteen nojalla sopineet M:n maahantuomien autojen toimittamisesta O:n kaupintavarastoon. KKO piti sopimusta kaupintasopimuksena, jolla KKO tarkoitti tässä tutkimuksessa komissiosopimukseksi nimettyä oikeustointia, ja vahvisti myymättä jääneiden autojen omistusoikeuden kuuluvan M:lle. KKO siis kumosi HO:n tuomion jättäen asian RO:n päätöksen lopputuloksen varaan.

KKO:n tuomion perustelut asiassa ovat niukat, joten johtopäätösten teko niistä on vaikeaa. Seuraavassa esitän kuitenkin joitakin mahdollisia perustelujen taustalla vaikuttavia tekijöitä. KKO on ensinnäkin todennut, että osapuolten solmiman kaupintasopimuksen tulee täyttää kaupintasopimukselle yleisesti asetettavat vaatimukset, jotta komissiota koskevia säännökset tulisivat sovellettaviksi. Tällä lausumalla KKO on ilmeisesti tarkoittanut, että M:n oikeuden suojaaminen sivullisten oikeuksia vastaan on oikeuspoliittisesti tavoiteltavaa, mikäli tarkasteltava oikeustoimi täyttää myyntikomission tunnusmerkit. Kun M:lla on myyntitulointressi ja O:lla tavaran palautusoikeus, mihin sisältyy M:n kannalta palautusriski, mahdollistaa tämä elinkeinotoiminnassa tuotantotekijöiden hankkimisen toimintaan sopivalla rahoitustavalla.

KKO ei ole nimenomaisesti lausunut päämiehen erottamisoikeudelle asetetuista yleisistä edellytyksistä, mutta on kuvannut niitä kuitenkin perus-

teluissa, joten niiden lienee katsottu olleen olemassa. Päämiehen erottamisoikeuden erityisten edellytysten täyttymistä tarkastellessaan¹⁹³ KKO on kiinnittänyt huomiota sopimuksen tulkintaan oleellisesti vaikuttavien ehtojen sisältöön ja niiden toteutumiseen käytännössä. KKO:n perustelut rakentuvat siten, että ensin on selvitetty mainittujen ehtojen sisältöä ja tämän jälkeen on arvioitu niiden merkitystä M:n suojan kannalta.

Ensimmäiseksi on kiinnitetty huomiota M:lle maksettavan kauppahinnan määrää koskevaan ehtoon. Pelkästään kauppahinnan määrää koskeva ehto ei KKO:n mukaan antanut perusteita katsoa, että M:n ja O:n välille olisi muodostunut sen laatuinen oikeussuhde, jonka johdosta M:n erottamisoikeus olisi tehokas.¹⁹⁴ Tässä perustelujen osassa kiinnitetään huomiota siis siihen, tapahtuuko kauppa kolmannelle M:n lukuun, mutta epäselväksi jää, mikä merkitys kauppahinnan määrälle on annettu.¹⁹⁵ Selvää lienee kuitenkin, että kauppahinnan määrä on jollakin tavalla vaikuttanut erottamisoikeuden tehokkuutta puoltavasti.

KKO on todennut, että jälleenmyynnin kohteena ovat autot, joille yleensä määritellään käypää markkinahintaa vastaava perushinta. Tällä lausumalla KKO on nähdäkseni viitannut siihen, että se suhtautuu epäillen siihen, että kauppahinta myytäessä auto kolmannelle voisi nousta juurikaan

¹⁹³ On huomattava, että päämiehen omistamien komissiotavaroiden erottamisoikeus ei rajoitu vain tilanteisiin, joissa komissionsaaja on konkurssissa tai hänen varallisuuteensa kohdistetaan ulosmittaus hänen muiden velkojien toimesta. Päämiehellä on oikeus vapaasti ohjata esine edustajalta toiselle taikka vaatia se takaisin hallintaansa senkin jälkeen kun esine on jo edustajalla ja toimeksianto on vielä täyttämättä. Komissiosuhteen osapuolet voivat niin ikään sopia siitä, että komissionsaajalla ei ole velvollisuutta (vaikkakin oikeus) palauttaa myytäväksi tarkoitettuja esineitä. Perusteen tällaisen sopimusmääräyksen käyttöön saattaa antaa pyrkimys komissionsaajan liikesuhteiden suojaamiseen. Palautusvelvollisuuden puuttumisen merkitystä luottokonsignaation olemassaolon kannalta on käsitelty tarkemmin jaksossa 3.2.3.3.

¹⁹⁴ Kaupintasopimuksen mukaan autosta määrätty hinta tuli maksaa yhtiölle riippumatta siitä, kattoiko ostajan suorittama rahasuoritus täysin yhtiölle tulevan hinnan vai ei. Sopimusehtojen mukaan O ei ollut oikeutettu palkkiona toimeksiannon suorittamisesta muuhun korvaukseen kuin auton myyntihinnan ja hankintahinnan väliseen erotukseen, ellei siitä oltu erikseen sovittu. Viimeksi mainittu ehto merkitsee siis sitä, että O sai sovitun perushinnan (hankintahinnan) ylimenevän osan itselleen.

¹⁹⁵ Jos lähtökohtana pidetään sitä, että O saa sovitun perushinnan ylimenevän osan itselleen, on mielestäni ajateltavissa, että kauppa tapahtuu O:n intressissä. Ehdon sanamuodon mukainen tulkinta antaa mitä ilmeisemmin perusteen katsoa, että O kantoi M:lle tilittävän kauppahinnan osalta kaupallisen riskin edelleen myynnin onnistumisesta. Tapauksessahan on tosiasiallisesti jo tiedossa alunperin M:lle tuleva osuus kauppahinnasta, minkä vuoksi O:n tilitysvelvollisuus koskee ehdon mukaan vain po. osuutta eikä koko saatua kauppahintaa. Näin ollen M:lla ei ole intressiä niistä ehdoista, joilla O tekee kaupan kolmannen kanssa. Erityisesti tämä koskee saatua kauppahintaa. KKO on ratkaisussaan kuitenkin päätyntä toiselle kannalle.

yli perushinnan. Kun kauppahinta käytännössä ei nouse yli perushinnan, voinee KKO:n tulkita tarkoittaneen, että ko. ehdon käyttö ei ainakaan sellaisenaan muodostaisi estettä arvioida komissiosuhteen olemassaoloa.

Autojen omistusoikeutta koskevan ehdon osalta KKO on ensin todennut, että M oli lähettänyt autoista laskut välittömästi niiden toimituksen jälkeen, mikä puolestaan viittaa siihen, että autot oli myyty omistuksenpidätys-ehdoin. KKO ei ole kuitenkaan rajoittunut tarkastelemaan pelkästään kauppahinnan tilittämistä koskevia sopimusehtoja, vaan on kiinnittänyt niiden ohella perusteluissaan erityistä huomiota osapuolten välillä noudatettuun tilitysmenettelyyn.

KKO toteaa tulleen selvityksi, että laskut O:lle toimitetuista autoista olivat erääntyneet maksettaviksi jo 31.5.1989, mutta M ei ollut ryhtynyt perimään niitä ennen 21.11.1990 alkanutta konkurssia. Viittaamalla siihen, että maksamatta olevien laskujen erääntymisestä oli kulunut varsin pitkä aika, lähes puolitoista vuotta, on KKO käsittäkseni ilmaissut, että kauppahinnan suoritusvelvollisuus M:lle oli komissiokaupalle tunnusmaisesti kytketty konkreettiseen edelleenmyyntiin, joten myyntitulointressi-edellytys täyttyy.

KKO:n ratkaisun perustelut antavat mielestäni aiheen katsoa, että myyntitulointressi-edellytys tulee ratkaista yksin sillä perusteella, miten tilitys on sopijapuolten välillä järjestetty. Kun M:n oikeus kauppahintaan oli kytketty autojen myyntiin edelleen, oli tällä myyntitulointressi myynnin onnistumisesta. Tämä puolestaan tarkoitti sitä, että M oli sitoutunut pitkäaikaiseen rahoitusvastuuseen ja että hänellä oli tosiasiallisesti voimakas myyntitulointressi. Näin ollen M kantoi taloudellisen riskin edelleen paitsi myynnin rahoituksesta myös kaupan onnistumisesta.

Kun KKO on ensin todennut myyntitulointressin olleen M:lla, kiinnittää perusteluissa seuraavaksi huomiota O:lle kuuluvan palautusoikeuden olemassaoloon. KKO erottaa selvästi myyntitulointressi-edellytyksen ja palautusoikeus-edellytyksen toisistaan.

Palautusoikeudesta on katsottu olevan monenlaista näyttöä. KKO on todennut, että kaupintasopimuksen 9. kohdan mukaan O:lla ei ollut oikeutta palauttaa M:lle tai M:n toiselle piirimyyjälle kaupintavarastossa olevaa autoa ilman M:n antamaa suostumusta. Tämän lisäksi viitataan asiassa esitettyyn todistajanäyttöön. O:lla oli ollut oikeus palauttaa myymättä jääneet autot M:lle ja käytännössä tämä oli tapahtunut esimerkiksi siten, että myymättä jääneitä autoja oli siirretty O:lta toisille M:n jälleenmyyjille, jolloin kuljetus tapahtui O:n pihalta asianomaiselle toiselle jälleenmyyjälle.

Lopuksi KKO on todennut, että palautusoikeus voidaan käytännössä toteuttaa mainitulla tavalla ilman, että tavara kierrätetään tosiasiallisesti M:n

kautta. KKO:n voisi siis tulkita tarkoittaneen, että palautusoikeutta koskeva sopimusjärjestely on osoittautunut tarpeelliseksi, eikä siitä ole osoitettu koituneen sivullisille kohtuuttomia haittoja. Tähän viittaa mielestäni erityisesti se, että KKO on todennut M:n suostumusta koskevan sopimusehdon tarkoittaneen lähinnä käytännön järjestelyä, eikä sille ole annettu merkitystä.

KKO:n voisi siis tulkita katsoneen, että palautusoikeus-edellytys täyttyy ja palautusoikeutta voidaan pitää todellisina. Palautusoikeuden olemassaoloa koskevilla lausumilla KKO on mielestäni viitannut siihen, ettei palautusoikeuden olemassaoloa arvioitaessa tule sokeasti kiinnittää huomiota sopimusehtoihin, vaan olennainen merkitys tulee antaa sille, miten palautusoikeuden käyttäminen on tosiasiaissa mahdollista.

5.1.2.4 Tapauksen ennakkotapausarvosta ja vertailua KKO:n aiemmin esittämään kantaan

KKO:n voisi siis tulkita arvioineen M:n käyttämän omistuksenpidätysehdon tehokkuutta O:n velkojia kohtaan samalla tavalla kuin kirjallisuudessa on tarkasteltu luottokonsignaation tehokkuutta ja syntykriteerejä. Teporan esittämän kannan mukaisesti KKO tuntuu kiinnittäneen erityistä huomiota siihen, että M:lla on ollut myyntitulointressi ja O:lla palautusoikeus. Jos tämä pitää paikkansa voi oikeustapauksesta tehdä tiettyjä johtopäätöksiä omistuksenpidätyksessä myyjän oikeuden kannalta. Onhan tapauksessa katsottu omistuksenpidätyksen sivullistehokkuudelle riittävän mainittujen seikkojen olemassaolo, vaikka O:lla oli luovuttamislupa jo luottoaikana.

KKO:n lausuma kaupintasopimukselle yleisesti asetettävien ehtojen toteutumisesta sopimusjärjestelyssä viittaa nähdäkseni siihen, että KKO on erottanut myyntikomission ja luovuttamislavin tehdyn omistuksenpidätysehtoisen luottokaupan toisistaan. Luovuttamisluvan osalta on mielenkiintoista havaita, että RO ja KKO eivät perusteluissaan antaneet sille HO:n tavoin samaa merkitystä kuin omistuksenpidätysehtoisessa kaupassa on oikeuskäytännössä tavattu antaa.

Mielestäni M:n omistuksenpidätyksen tehokkuutta ei ole perustettu pelkästään hänen omistusoikeuteensa. Eräs tätä korostava seikka on se, että M ei pysty enää estämään kaikkien omistusoikeuden elementtien siirtymistä ostajalle, jos O:lla on luovutuslupa. Tämän vuoksi omistusoikeuden käyttöä ratkaisuperusteena ei ole syytä lähemmin tarkastella tässä yhteydessä.

Perusteen arvioida tilannetta toisin on käsittäökseni antanut O:n palautusoikeus, johon on liittynyt M:n kannalta todellinen palautusriski. Tästä on seurannut se, että M:n suhdetta O:n velkojiin on jouduttu arvioimaan kaup-

paa koskevien normaalien sääntöjen sijasta myyntikomissiota koskevien sääntöjen mukaan. Varsin vahvasti tätä tulkintaa on puoltanut se, että kaupallinen riski autojen edelleenmyynnistä on ollut M:llä.

Tapauksessa on eräs erityispiirre, jonka tuon esiin ja joka on käsittääkseni vaikuttanut siihen, että KKO on katsonut tapauksella olevan ennakkotapausarvoa. Sinänsä kiistatonta on, että jos ostajalla on luovuttamislupa tai jos myyjän on täytynyt esimerkiksi esineen normaali käyttötarkoitus huomioon ottaen ymmärtää, että esine tultaisiin myymään edelleen jo luottoaikana, ei omistuksenpidätys nauti sivullistehokkuutta.¹⁹⁶ Herää kuitenkin kysymys, olisiko tilanne jotenkin erilainen, jos ostajan luottoaikaista määräämisvaltaa on jollakin perusteella rajoitettu. Jos ostaja on voitu esimerkiksi velvoittaa suorittamaan kauppahinta välittömästi myyjälle luovuttaessaan esineen edelleen tai jos myyjä on oikeutettu valvomaan ostajan toimintaa ja määräämään hänen ostajan tavaravarastoon toimittamistaan esineistä, eikö myyjän asema ole paremmin turvattu? Voidaanhan ajatella, että myyjän mahdollisuudet saada toimittamansa esineet takaisin ostajan syyllistyttyä maksulaiminlyönteihin ole yhtä riippuvainen sattumasta kuin luovuttamisluvan ollessa rajoittamaton.

Arvioitaessa kerran myyjän oikeusasemaa on huomattava, että hänellä on lähtökohtaisesti oikeus saada omistuksenpidätysehdoin ostajalle toimittamansa esine takaisin ostajan syyllistyttyä sopimusrikkomukseen, eikä ostajan muut velkojat voi tätä ennen ostajan kohdalla aktualisoitunutta pakkotäytäntöönpanoa estää. Siltikin esine on myyjän, jos esineestä oikeudellisesti määrätään ennen kauppahinnan tultua maksetuksi. Kun ne edellytykset, joiden vallitessa myyjän omistama omistuksenpidätysehdoin luovutettu esine yleensäkin ottaen voidaan erottaa ostajan varallisuudesta ovat kuitenkin jossakin määrin epätasällisia, – osittain ne ovat näkyvillä, osittain ne ovat lakaistu maton alle – voi tälläkin näkökulmalla olla oma selitysarvonsa arvioitaessa myyjän oikeusasemaa ostajan tavaravarastoon toimittamiinsa esineisiin nähden ja sen myötä myyjän velkojansuojan syntyedellytyksiä.

Uudemmissa KKO:n ratkaisuissa kysymys myyjän suojan tarpeesta on tullut arvioitavaksi. Kompromissia ostajan oikeudellisen määräämisvallan ja myyjän suojan tarpeen välillä on etsitty myöntämällä ostajalle ainoas-

¹⁹⁶ Omistuksenpidätysehtojen yhteydessä käsiteltiin pitkään luovuttamisen luvattomuutta koskevaa kysymystä. Todettiin, että luovuttamislupa aiheuttaa ehdon sivullisittomuuden jo ennen kuin esine on luovutettu edelleen. Lisäksi todettiin, että jos tarkoitus luovuttaa esine edelleen jo luottoaikana on pitkälti sama asia kuin luovuttamisluvan olemassaolo, ei ostajan luovuttamisvallan rajoittamista koskeville säännöille näytä juurikaan jäävän soveltamisalaa ainakaan omistuksenpidätyskauppojen yhteydessä.

taan rajoitettu oikeus luovuttamiseen tai siihen tässä tutkimuksessa rinnastettavaan liittämiseen. Ensimmäinen KKO:n julkaistu ratkaisu, jossa KKO on perusteluissaan näkyvästi ottanut kantaa ostajan oikeudellisen määräämisvaltaa rajoittavien sopimusmääräysten merkitykseen omistuksenpidätys ehdon sivullissitovuutta arvioitaessa, on kommentoivan ratkaisun otsakkeessa mainittu oikeustapaus KKO 1994:145.

KKO 1994:145: Maahantuoja oli toimittanut jälleenmyyjälle uusia rekisteröimättömiä autoja myyntivarastoon. Autojen ei katsottu kuuluvan jälleenmyyjän konkurssipesään, kun maahantuojan ja jälleenmyyjän välisen sopimuksen ja sopimuskäytännön mukaan

- omistusoikeuden siirtymisen ja rekisteröintiasiakirjojen luovuttamisen ehtona oli jälleenmyyjän tekemä tilitys, joka edellytti joko käteissuoritusta tai sitä vastaavan vakuuden asettamista;
- maahantuojalla oli oikeus valvoa jälleenmyyjän toimintaa ja määrätä varastossa olleista autoista;
- jälleenmyyjällä oli oikeus palauttaa maahantuojalle autot, joita se ei saanut myydyksi.

Tapausta kommentoinut Kaisto on huomauttanut, että oikeuskäytännön linjaukset ovat jääneet hieman epäselvemmiksi silloin, kun jälleenmyynnin kohteena ovat olleet autot. Tällöinhän voidaan pitää merkittävänä sitä, että maahantuoja tai vastaava voi ehkäistä jälleenmyyjän toimintaa pitämällä itsellään rekisteröintiasiakirjat kauppahinnan suorittamiseen saakka. Tähän seikkaan on kiinnitetty huomiota myös kyseisessä ratkaisussa.¹⁹⁷

Tapausta KKO 1994:145 ei voine tulkita muulla tavoin kuin, että KKO on ottanut kantaa myyjän oikeusasemaa turvaavien sopimusmääräysten ja sopimuskäytännön merkitykseen omistuksenpidätys ehdon sivullistehokkuutta arvioitaessa. Ratkaisevana seikkana myyjän omistuksenpidätys ehtoon perustuvan takaisinotto-oikeuden sivullistehokkuuden kannalta on nähdäkseni pidetty sitä, että jälleenmyyjän kauppahinnan suoritusvelvollisuus oli kytketty konkreettiseen edelleenmyyntiin ja että jälleenmyyjän toimintavapaus oli sillä tavoin valvottua, että maahantuojan oikeudet edelleenmyytäväksi tarkoitettuihin autoihin ja edelleenmyynnissä kertyneisiin varoihin olivat varmistetut.

Keskeisimpänä perusteena myyjän oikeuden sivullistehokkuuden kannalta lienee kuitenkin pidetty sitä, että jälleenmyyjällä oli myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus. Tällaisen päätelmän tekemiseen antaa perusteen KKO:n vuotta myöhemmin antama ratkaisu KKO 1995:128, jossa

¹⁹⁷ Kaisto 1997 s. 422.

huomiota kiinnitettiin siihen, vastasiko omistuksenpidätysjärjestely asiallisesti myyntikomissiota.

KKO 1995: A oli toimittanut B:n liikkeeseen asusteita myyntitiliin pidättäen tavaroihin omistusoikeuden. Sopimuksen mukaan B:n oli viikoittain ilmoitettava A:lle myydyt tavarat ja A oli tämän perusteella laskuttanut B:tä, jonka oli suoritettava lasku viidessä päivässä laskutuksesta. Omistuksenpidätysehtoa ei pidetty tehokkaana B:n konkurssivelkoihin nähden, koska tavara oli toimitettu edelleen myyntiä varten, B:llä oli ollut vapaus hinnoitella tavara, palautusoikeudesta ei ollut nimenomaisesti sovittu eikä tavaraa myöskään ollut palautettu tai sellaisesta edes neuvoteltu. (Ään.)

Oikeustapauksien KKO 1994:145 ja KKO 1995:128 vertailun perusteella voi mielestäni tehdä johtopäätöksen: mikäli jälleenmyyjän toiminta ei ole ollut ensin mainitussa ratkaisussa kuvatulla tavalla rajoitettua, ei omistuksenpidätys ole tehokas konkurssivelkoja kohtaan.

Oikeustila on kuitenkin tarkasteltavan kysymyksen osalta jäänyt tapauksien KKO 1994:145 ja KKO 1995:128 antamisesta huolimatta varsin epäselväksi. Ennakkotapauksien perusteella ei nähdäkseni voi varmuudella sanoa, millä edellytyksillä ja perusteilla omistuksenpidätyksen sivullistehokkuus tarkasteltavassa tilanteessa määräytyy. Ilmeisesti tämä seikka onkin ollut perustana sille, että KKO on katsonut edellä mainittuja tapauksia paljonkin muistuttavalla tapauksella KKO 1996:44 olevan ennakkotapausarvoa. Ratkaisulla KKO 1996:44 KKO on nähdäkseni pyrkinyt selventämään kantansa omistuksenpidätyksen sivullisvaikutuksiin kun ehtoa on käytetty luottokaupassa edelleenmyyntiä varten luovuttamisluvan ollessa rajoitettu.

5.1.3 Näkemykseni konsignaationantajan oikeuden tehokkuudesta

Jos viimeksi esitetty näkemys ennakkopäätöksen KKO 1996:44 antamisen perusteista pitää paikkansa, voi ko. tapauksista oikeustapauksiin KKO 1994:145 ja 1995:128 vertailemalla tehdä tiettyjä johtopäätöksiä omistuksenpidätysmyyjän sivullissuojan kannalta välttämättömien ja riittävien edellytysten suhteen kuvatulnaisessa omistuksenpidätysehdoin tehdyssä luottokaupassa, josta tässä tutkimuksessa on käytetty nimitystä tanskalaistyypinen luotto-konsignaatio.

Tapauksia ei voine tulkita muulla tavoin kuin että KKO on pitänyt palautusoikeuden olemassaoloa yhtenä välttämättömänä edellytyksenä sille, että myyjän velkojan asema on verrattavissa komissionantajan asemaan velkojana komissiossa. Mikäli tapauksessa KKO 1995:128 ostajalla olisi

ollut palautusoikeus, olisi omistuksenpidätysehto saattanut olla tehokas konkurssivelkojia kohtaan.

Tapauksessa on kuitenkin huomionarvoista se, että palautusoikeuden puute ei sellaisenaan merkinnyt, että komissionsaajan oli suoritettava maksu myymättä jääneistä esineistä. Myyntikomissiossahan kauppahinnan suoritus tapahtuu tavallisesti vasta jonkin ajan kuluttua esineen myynnistä edelleen. Tämä seikka onkin käsittääkseni puhunut myyntikomission olemassaolon puolesta.

Tapauksen perusteella voinee tehdä myös sellaisen johtopäätöksen, että tilitysvelvollisuuden kytkeminen edelleenmyynnin tapahtumiseen ei sellaisenaan ole normaalitapauksessa riittävä omistuksenpidätysehdon tehokkuuden aikaansaamiseksi, koska tämä intressi vaihtelee tapauskohtaisesti varsin paljon¹⁹⁸. Tämä viittaa siihen, että myyntitulo-intressiedellytys ikään kuin ”elää” kauppahinnan tilitysvelvollisuuden osalta: se voi muodostua tai olla muodostumatta riippuen tapauksen erityispiirteistä.

Kuten aiemmin on todettu, antoi KKO ilmeisesti juuri tilitysvelvollisuuden kytketykselle edelleenmyyntiin erityistä painoarvoa myyjälle maksettavan kauppahinnan määrää koskevan ehdon ohella arvioidessaan myyntitulointressi-edellytyksen täyttymistä tapauksessa KKO 1996:44. Myyjälle oikean tilityksen valvomiseksi perustetun tarkastusoikeuden (maksun ja edelleenmyynnin riippuvuussuhde) ja ostajan kirjanpitovelvollisuuden merkitys jäävät tarkasteltujen ennakkotapauksien perusteella varsin epäselväksi. Tapauksessa KKO 1995:128 myyjällä oli oikeus milloin tahansa inventoida ostajan hallussa olevat ja toimittamansa myyntilitavarat, mutta KKO ei katsonut sen olevan riittävä seikka omistuksenpidätysehdon tehokkuuden myöntämiseksi. On kuitenkin huomattava, että KKO on antanut sille jonkinlaista oikeudellista merkitystä, sillä muuten se lienee jääneen pois perusteluista.

Tapauksessa KKO 1994:145 myyjän valvontaoikeutta on taas pidetty velkojasuojan nimenomaisena edellytyksenä. Tähän viittaa se, että KKO

¹⁹⁸ Tapauksessa KKO 1994:145 ostaja oli sopimusehtojen mukaan velvollinen maksamaan viiden päivän kuluessa laskun toimittamisesta. Ostaja oli velvollinen toimittamaan viikon välein ilmoituksen kunkin viikon jakson myynnistä myyjälle, joka laskutti ostajaa tämän ilmoituksen perusteella. Tilitys ei tapahtunut siten välittömästi edelleenmyynnin tapahduttua. Mielestäni sille seikalle, että tilitysvelvollisuus ajoittui lyhyehkön ajan päähän edelleenmyyntiajankohdasta, ei tule kuitenkaan antaa merkittävää painoarvoa, sillä käytännössä ero puheena olevan ja välittömän maksamisen välillä lienee kutakuinkin olematon. Kantaani perustelen aiemmin jaksossa 3.2.3.2. esitetyllä näkökohdalla, jonka mukaan aikaa, jonka kuluessa tilitys on suoritettava, on varsin vaikea määritellä riittävän täsmällisesti. Aika riippuu pitkälti tavarain laadusta.

on maininnut valvontaoikeudesta nimenomaisesti perusteluissaan ja ratkaisun otsakkeessa. Ratkaisussa KKO 1996:44 KKO ei antanut sanotulle seikalle ainakaan perusteluissaan lainkaan merkitystä. Toinen asia sitten on, onko KKO pitänyt niitä ratkaisun taustalla myyjän velkojasuojan puolesta puhuvana seikkana. Kaupintasopimuksen ehtojen 6. kohdan mukaanhan O oli velvollinen pitämään kirjaa varastossa olevista autoista, mikä kirja M:lla oli oikeus tarkistaa. Mielestäni KKO ei ole pitänyt näitä seikkoja välttämättömänä, mutta ei myöskään riittävänä edellytyksenä. Niille lieneekin annettava merkitystä vain aihetodisteina sen puolesta, että kysymys on kommissiosuhteesta.

Kun omistuksenpidätysehdon sivullistehokkuutta koskevat säännöt muodostuvat oikeuskäytännössä ja tuomioistuimet ratkaisevat vain niiden ratkaistavaksi saatettuja tapauksia, on kokonaiskuvan muodostaminen kyseisistä säännöistä vaikeaa. Edellä käsittelemieni oikeustapausten nojalla olen kuitenkin vakuuttunut siitä, että olennainen merkitys myyjän velkojasuojaa ratkaistaessa tulee antaa sille, miten taloudellinen riski esineiden edelleenmyynnistä tosiasiallisesti jakautuu sopijapuolten kesken. Taloudellisen riskin jakautuminen otetaan huomioon juuri myyjän velkojasuojan arvioinnissa ja se vaikuttaa todistustaakan jakautumiseen. Jos ostajan tilitysvelvollisuus myyjälle on kytketty esineen edelleenmyyntiin kolmannelle ja myyjällä on todellinen intressi siitä, millä ehdoilla kauppasopimus kolmannen kanssa tehdään, voidaan myyjän katsoa sitoutuneen pitkäaikaiseen rahoitusvastuuseen ja hänellä on siten vahva myyntitulointressi ostajan myyntitoiminnan tuloksista. Jos edelleenmyytävästä esineestä määrätty hinta maksetaan myyjälle riippumatta siitä, kattaako ostajan kolmannelta saama rahasuoritus täysin myyjälle suoritettavan hinnan vai ei, on myyjän myyntitulointressi näytettävä toteen. Todistustaakka on kuitenkin nähdäkseni tätäkin ankarampi: myyjän myyntitulointressin presumoidaan puuttuvan.

Toiseksi edellytetään, että ostajalla on myymättä jääneiden esineiden palautusoikeus. Kun palautusoikeus on olemassa, perustellaan omistuksenpidätysehdon sivullisittovuutta sillä, että ostaja ei joudu suorittamaan maksumaa myymättä jääneistä tavaroista ja näin ollen taloudellisen riskin kantaa myyjä. Viimeksi mainittu tietysti edellyttää, että palautusoikeus on todellinen ja siihen liittyy myyjän kannalta todellinen palautusriski.

Yleensä myyjän oikeuden sivullisittovuus siis edellyttää, että myyjä kantaa taloudellisen riskin edelleenmyynnin onnistumisesta. Olen pyrkinyt täsmentämään tätä lausumaa osoittamalla, millaisten tunnusmerkkien vallitessa taloudellisen riskin jakautuminen tulee näkyviin. Ajatus myyjän myyntitulointressistä ja ostajan palautusoikeudesta, johon liittyy myyjän todellinen palautusriski sisältää elementtejä kaikista kirjallisuudessa myyjän velkojan-

suojan sivullissitovuuden edellytysten täsmentämiseksi esitetyistä näkökulmista.

On huomattava, että sanotut elementit ovat juuri myyntikomissiosuhteelle ominaisia. Ne eivät kuitenkaan ole aina yksittäistapauksessa riittäviä eivätkä myöskään välttämättömiä perustelemaan myyjän velkojansuojan sivullissitovuutta. Onkin pidettävä mielessä, että kukin ratkaisu tulee tehdä tapauksen erityispiirteinen kokonaisvaltaisen punninnan perusteella.

Edellä käsitellyjä ennakkotapauksia ei nähdäkseni tule arvioida osoitukseksi siitä, että KKO hyväksyisi sopimusmääräykset rajoituksetta sivullisia sitovaksi. Molempien KKO:n ratkaisujen (KKO 1994:145 ja KKO 1996:44), joissa omistuksenpidätysehto on pidetty ostajalle myönnetystä luovuttamisluvasta huolimatta tehokkaana, on nähtävissä, että tehokkuus on perustettu varsin korkeisiin vaatimuksiin. Tätä kantaa myyjän oikeusasemaa turvaavien sopimusmääräysten ja niitä koskevan käytännön merkityksestä omistuksenpidätysehdon sivullissitovuutta arvioitaessa voidaan mielestäni pitää hyväksyttävänä. Yksittäisille velkojille aiheutuvia menetyksiä voidaan pitää hyväksyttävänä hintana siitä, että omistuksenpidätyksellä on vakuuskeinona edelleenmyyntitilanteissa myönteisiä vaikutuksia. On kuitenkin painotettava sitä, että omistuksenpidätyksen käyttöala tulee sen julkisuusnäkökohdat sivuuttavan salainen vakuuskeino -luonteen vuoksi pitää rajoitettuna.

5.2 Ruotsalaistyyppinen konsignaatio

5.2.1 Näkemyksiä konsignaationantajan oikeuden sivullistehokkuudesta

Kuten aiemmin jaksossa 3.3. todettiin, konsignaationantajan omistusperusteisen erottamisoikeuden kannalta on keskeistä, millä edellytyksillä konsignaationsaaja saa myydä tai muutoin disponoida tavaravarastossaan olevasta esineestä omaan lukuunsa. Seuraavassa käsitellään juuri konsignaationantajan erottamisoikeuden edellytyksiä ja oikeusvaikutuksia ruotsalaistyyppisessä konsignaatioissa. Erityisen mielenkiinnon kohteena on, mikä oikeudellinen merkitys tulee antaa sille, että edelleenmyytäväksi tarkoitettu esine on konsignaationsaajan tosiasiallisessa vallinnassa ja samanaikaisesti konsignaationantaja on antanut edelleenmyyntiin joko nimenomaisen tai hiljaisen luvan.

Ruotsin komissiolain valmistelutöissä on katsottu, että konsignaationantajalla on esineen erottamisoikeus konsignaationsaajan velkojia sitovasti, mikäli (1) konsignaationsaaja ei saa dispoinoida esineestä ennen kuin

hän on täyttänyt kauppahintasuorituksen konsignaationantajalle tai mikäli (2) konsignaationsaajan on saatava erikseen lupa jokaiseen disponointiin ennen sen tekemistä.¹⁹⁹ Huomionarvoista molemmissa tapauksissa on, että konsignaationsaajalla ei alunperin ole vapaata oikeutta oikeudellisesti määrätä esineestä, vaan hän saa sen tiettyjen edellytysten vallitessa.

Ensimmäinen vaihtoehto tarkoittaa, että konsignaatioantaja saa kauppahinnan ennen konsignaationsaajan disponointia esineestä. Konsignaatioesineen luovutus tehdään tällöin tavanomaiseen tapaan kuten irtaimen esineen kauppa. Tämä tarkoittaa puolestaan, että konsignaationantajan ja -saajan välillä tehdään käteiskauppa talletetusta tai vuokratusta esineestä juuri ennen sen myyntiä edelleen. Vaikka osapuolten välillä tehtävä irtaimen esineen kauppa olisikin luonteeltaan luottokauppa, on koko kauppahinta suoritettava ennen kuin konsignaationsaajalla on oikeus disponoida esineestä.²⁰⁰

Toinen vaihtoehto tarkoittaa taas sitä, että konsignaationantaja luopuu de facto erottamisoikeudestaan määrätyn esineen osalta antamalla konsignaationsaajalle luvan oikeudellisesti määrätä esineestä. Oikeudellista merkitystä ei ole sillä seikalla, onko konsignaationsaaja suorittanut kauppahinnan ennen disponointia konsignaationantajalle.

Kirjallisuudessa Kaisto ja Tepora ovat puoltaneet näkemystä, että sanotujen edellytysten vallitessa konsignaationantajan erottamisoikeus sitoo konsignaationsaajan velkojia. He ovat todenneet, että sivullissitovuus edellyttää luonnollisesti sitä, että edellytykset toteutuvat myös tosiasiallisesti. Tilannetta tuleekin heidän mukaansa arvioida toisin, mikäli konsignaationsaaja myy tosiasiallisesti tavaroita ennen niitä koskevan kauppahinnan maksamista tai ilman konsignaationantajan suostumusta ja mikäli konsignaationantaja on tästä käytännöstä tietoinen puuttumatta kuitenkaan siihen. Tällöin konsignaationantajan voidaan katsoa tietoisuuden ja passiivisuuden perusteella hyväksyneen konsignaationsaajan tekemät oikeustoimet.²⁰¹

Konsignaationantajan oikeuden sivullissitovuudelle kirjallisuudessa asetetut edellytykset vastaavat pitkälti niitä, mitä ns. sopimusoston sitovuudelle

¹⁹⁹ SOU 1988:63 s. 95. Myös Tanskan oikeudessa on sovellettu mainittua sääntöä omistuksenpidätyskaupassa. Ostajalle myönnetyn luovuttamis- tai liittämisluvan ei ole katsottu tekeväen omistuksenpidätystä ostajan velkojia kohtaan tehottomaksi, jos ostajan on ennen tällaisiin toimenpiteisiin ryhtymistä sopimuksen mukaan maksettava kauppahinta tai järjestettävä myyjälle jokin uusi turvaava vakuus. Ks. Carstensen 1984 s. 103–106.

²⁰⁰ Tepora LM 2/1992 s. 1051. On huomattava, että konsignaationsaaja ja kolmas voivat tehdä velvoiteoikeudellisesti sitovan sopimuksen sanotun esineen kaupasta sitä silmällä pitäen, että konsignaationsaaja ostaa ensin esineen itselleen.

²⁰¹ Kaisto 1996 s. 423 ja Tepora LM 7/1992 s. 1052.

on asetettu.²⁰² Molemmat tapaukset ovat esineoikeudellisesti verrattavissa normaaliin luottokauppaan, jossa myyjällä on omistuksenpidätysehtoon perustuva takaisinotto-oikeus ostajan velkojia sitovasti siihen saakka, kunnes kauppahinta on tullut kokonaan suoritetuksi. Erityinen oikeudellinen merkitys konsignaationantajan velkojansuojan voidaan antaa sille, ettei konsignaationsaajalla ole alunperin vapaata oikeutta luovuttaa esinettä edelleen, vaan hän saa oikeuden vasta tiettyjen edellytysten vallitessa.²⁰³ Näin kieltämättä onkin, ja tämä onkin merkityksellinen asia, koska myyjän hintasuojan tarve lakkaa tietyn esineen osalta, kun hän on saanut siitä kauppahinnan tai hän on luopunut tosiasiallisesta erottamisoikeudestaan sen osalta antamalla ostajalle dispoointivallan konkreettisesti yksittäistapauksessa.

Ongelmallisempaa voidaan pitää tilanteita, joissa konsignaationsopimuksessa konsignaationsaajalle on perustettu yleinen oikeus tehdä omaan lukuunsa osatoimituksia varastostaan kolmannelle ennen kauppahinnan maksamista tai ilman määrättyä esinettä koskevaa konsignaationantajan suostumusta. Oikeudellisesti merkittävää on tällöin, että konsignaationantaja myöntää konsignaationsaajalle luottoa kauppahinnan maksun muodossa eli kauppahinnan maksuajankohta ajoittuu myöhempää ajankohtaan kuin esineiden myynti edelleen.

Ongelmallista on tällöin se, tuleeko tavarantoimittajan erottamisoikeuden sivullisittovuutta arvioitaessa pitää ratkaisevana sitä, että tavarat ovat talletuksen tai muun vastaavan hallinnan perustavan oikeustoimen perusteella konsignaationsaajan hallinnassa vai sitä, ettei konsignaationsopimus tosiasiallisesti eroa omistuksenpidätysehdoista tehdystä luottokaupasta, jossa myyjä on antanut luvan edelleenmyynti joko nimenomaisesti tai hiljaisesti.

Selvää on, ettei konsignaationantajan velkojansuojan kannalta voida pi-

²⁰² Tepora DL 1993 s. 639 tarkastelee ns. sopimusostoa, jolla hän tarkoittaa luovuttamislavin tehtyä omistuksenpidätysehtoista luottokauppaa lähellä olevaa sopimusjärjestelyä. Siinä ostaja ja myyjä ovat tehneet luottokaupan, jossa ostajalla on oikeus luovutukseen vasta maksettuaan kauppahinnan tai annettuaan sen maksamisesta hyväksyttävän vakuuden myyjälle. Tepora pitää järjestelyä normaalina luottokauppana, mutta samaistaa sen velkojansuojan kannalta luovuttamislavin tehtyyn omistuksenpidätysehtoiseen luottokauppaan. Hän katsoo, että myyjän velkojasuoja edellyttää myytävän tavaran varastointia myyjän lukuun niin, että tosiasiallisesti varmistetaan, ettei esine ole ostajan vapaasti myytävissä luottosuhteen kestäessä ilman myyjän suostumusta.

Niin ikään Kaisto 1996 s. 419–420 on pitänyt myyjän oikeuden vahvuutta perusteltuna ratkaisua KKO 1986 I 2 tarkastellessaan. Kaisto on antanut erityistä painoarvoa sillä, ettei ostajalla ole jälleenmyyntioikeutta ennen kauppahinnan maksamista. Hänen mukaansa myyjän oikeuden vahvuus ei sen sijaan ole perusteltua, jos jälleenmyyntitoiminta poikkeaa sovitusta.

²⁰³ Tepora LM 7/1992 s. 1051–1052.

tää riittävänä, että sopijapuolet kutsuvat oikeustointa konsignaatioksi²⁰⁴. Voidaanhan ajatella, että sopijapuolet voisivat kieltää edelleenmyynnin vain muodon vuoksi ja hyväksyä sen hiljaisesti, jolloin muodon vuoksi asetettu kieltä myydä esine edelleen ennen kauppahinnan maksua saisi aikaan konsignaationantajan oikeuden pysymisen vahvana.

Yleensä omistuksenpidätysmyyjän oikeus on heikko, jos ostajalla on luovuttamislupa tai jos myyjän voidaan katsoa luovuttamisluvan olemassaoloa. Kyseinen sääntö on vahva, ja sitä voidaan pitää yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisena tilanteissa, joissa ostajalle on perustettu yleinen oikeus tehdä omaan lukuunsa osatoimituksia kolmannelle ennen kauppahinnan maksua tai ilman myyjän määrättyä esinettä koskevaa suostumusta.

5.2.1.1 Konsignaationantajan oikeuden tehokkuuden puolesta esitettyjä seikkoja

Ruotsin komissiolain valmistelutöissä on todettu, että konsignaationantajan oikeus on vahva, jos konsignaationsaajan tosiasialliset oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät talletuksen pohjalta. Jos konsignaationantajalla on merkittävä (”beaktansvärd”) palautusriski, eivät esineiden voida katsoa jääneen konsignaationsaajan hallintaan sellaisessa laajuudessa, että omistusoikeuden luovutusta koskevia sääntöä olisi perusteltua soveltaa. Kun konsignaationantajalla on todellisen palautusriski, on konsignaationsaajalla palautusoikeus, jonka käyttö tosiasiaassa on mahdollista.

Muuten konsignaationantajan oikeuden tehokkuuden osalta voidaan esittää samat näkökulmat kuin edellä arvioitaessa komissionantajan velkojan suoja myyntikomissiossa. Todettakoon kuitenkin, että erityinen merkitys konsignaationantajan oikeuden vahvuudelle on sillä, että esineet ovat myymättä konsignaationsaajan hallinnassa.²⁰⁵

Kirjallisuudessa Håstad on ratkaisusuosituksessaan tukeutunut pitkälti komissiolain valmistelutöissä omaksuttuun kantaan arvioida konsignaationantajan erottamisoikeuden tehokkuutta. Håstadin mukaan olennainen merkitys on annettava sille, millainen taloudellinen riski konsignaationantajalla on myymättä olevista esineistä. Hän toteaa, että erottamisoikeuden myön-

²⁰⁴ SOU 1988:63 s. 48 ja s. 96–97. Vedettäessä rajaa sellaisten konsignaatiosopimusten välillä, joissa konsignaationsaajan erottamisoikeus on sivullisia kohtaan tehokas tai joissa sopimus konsignaatioksi otsikoinnista huolimatta on verrattavissa luottokauppaan omistuksenpidätys ehdoin edelleenmyyntiä varten, huomiota tulee komissiolain valmistelutöiden mukaan kiinnittää niihin tunnusmerkkeihin, jotka erottavat luottokaupan ja myyntikomission toisistaan.

²⁰⁵ SOU 1988:63 s. 96–97.

täminen on perusteltua, jos konsignaationantaja kantaa taloudellisen riskin edelleenmyynnistä, sopimus muistuttaa riittävästi talletusta ja eroaa tavallisesta irtaimen kaupasta.²⁰⁶ Suomessa Teporan esittämä kanta perustana olevaan kysymykseen vastaa pitkälti Håstadin ja Ruotsin komissiolakikomitean omaksumaa kantaa.²⁰⁷

5.2.1.2 Konsignaationantajan oikeuden tehottomuuden puolesta esitettyjä seikkoja

Mikäli konsignaatiovarastoon myytäväksi toimitettujen esineiden palautusriski on merkityksetön (”obetydlig”) tai olematon (”obefintlig”), tulee sopimusjärjestelyyn komissiolain valmistelutöiden mukaan soveltaa säännöksiä omistuksenpidätys ehdoin tehdystä luottokaupasta, jossa ostajalla on luovuttamislupa. Tällainen tilanne on vastassa esimerkiksi silloin, kun konsignaationsaaja voi halutessaan vapaasti myydä varastostaan olevan esineen omaan lukuunsa ja näin ollen hän tulee varmuudella käyttämään sopimuksen mukaista osto-optiotaan.²⁰⁸

Tepora on puoltanut näkemystä, että kuvatuista olosuhteiden vallitessa sopimusjärjestelyyn tulee soveltaa säännöksiä omistuksenpidätys ehdoin luottokaupasta edelleenmyyntiä varten. Tästä lähtökohtaissäännöstä voidaan kuitenkin hänen mukaansa poiketa, jos tapauksen erityispiirteet antavat siihen aihetta. Näin voisi olla esimerkiksi siinä tapauksessa, että ”osapuolet ovat jo alunperin sopineet paitsi disponointikiellosta niin myös esineen hallinnan pysyttämistä myyjän vallinnassa siksi kunnes kauppahinta siitä on maksettu tai myyjälle on annettu omistuksenpidätyksen korvaava muu myyjän hyväksymä vakuus. Tämä merkitsee yleensä käytännössä sitä, että esine välivarastoidaan myyjän lukuun”.²⁰⁹

²⁰⁶ Håstad 1992 s. 156.

²⁰⁷ Tepora LM 7/1992 s. 1052.

²⁰⁸ SOU 1988:63 s. 96–97. Ruotsin oikeuskäytännössä omistuksenpidätysmyyjän oikeus on vailla tehokkuutta, mikäli ostaja on oikeutettu myymään ja tai muulla tavoin disponoimaan esineestä ennen kuin on suorittanut kauppahinnan myyjälle. Taustalla ovat muun muassa tapaukset NJA 1932 s. 292, 1959 s. 590, 1960 s. 221, 1974 s. 660 ja 1978 s. 593.

²⁰⁹ Tepora LM 7/1992 s. 1053 ja Tepora LM 2/1992 s. 338–340, jossa hän toteaa, että välivarastointi tapahtuu normaalisti kolmannen toimesta esimerkiksi tulli- ja vapaavarastossa. Välivarastointi voi niin ikään tapahtua myyjän itsensä toimesta. Ostajan tiloissa myyjän lukuun tapahtuva välivarastointi on käytännön toteutuksen kannalta ongelmallinen. Mikäli välivarastoinnilla ei kyetä varmuudella estämään ostajan välitöntä määräämisvaltaa esineeseen, saattaa olla kysymyksenalaista, täyttääkö tällainen välivarastointi vaatimuksen siitä, että esine on myyjän vallinnassa.

Hallinnan merkitys sitovuusperusteena perustuu legitimaationäkökohtaan. Irtaimen esineen haltija on lähtökohtaisesti sen omistaja. Vaikka esineen haltija ei aina tosiasiaassa olekaan sen omistaja, voidaan vaihdannan ja luotonannon kannalta pitää suotavana vähentää sivullisen selonottovelvollisuutta. Onkin katsottu, että hallintasuhteen perusteella voidaan tehdä normaalilla todennäköisyydellä johtopäätöksiä omistussuhteesta.²¹⁰ On huomattava, että jos esineen hallinnalle annettaisiin sellaisenaan merkitystä sitovuusperusteena omistuksenpidätysehdon osalta, olisi omistuksenpidätysmyyjän omistamaansa esineeseen heikko ostajan luovutuksensaajia ja velkojia kohtaan. Näin ollen hallinnan luovuttamiseen kytkeytyisi omistuksenpidätysmyyjän suoja ostajan luovutuksensaajia ja velkojia kohtaan.²¹¹

Tuomisto on omistuksenpidätysehdoin myyjän asemaa sivuesineen omistajana käsitelleessään puoltanut näkemystä, ettei liittämisen luvattomuudelle olisi vaikutusta omistuksenpidätysehdon tehokkuuteen luvattaman liittämisen tapahduttua, vaan omistuksenpidätysehto olisi tällöin heikko. Hän on kuitenkin todennut, että liittämisen luvattomuuden merkitys liitosuhteen pysyvyydelle ja näin ollen ainesosa- ja tarpeistosuhteen synnylle on epäselvä. Oikeuskäytännöstä ei hänen mukaansa voida kiistattomasti ratkaista, voiko riittävä liitossuhde syntyä liitoksen luvattomuudesta huolimatta.²¹²

On selvää, että jos luovuttamisen tai liittämisen luvattomuudelle annettaisiin merkitystä sitovuusperusteena, liittyisi tähän mahdollisuus oikeuden väärinkäyttöön ostajan sivullisseuraajien kustannuksella. Voidaanhan ajatella, että luovuttaminen tai liittäminen voitaisiin kieltää vain muodon vuoksi ja hyväksyä hiljaisesti, jolloin muodon vuoksi asetettu kielto saisi aikaan ehdon pysymisen vahvana. Tästä syystä luovuttamisen tai liittämisen luvattomuudelle tuskin voidaan sellaisenaan antaa merkitystä sitovuusperusteena, mutta sillä voi olla merkitystä arvioitaessa, millainen valta-asema omistuksenpidätysehdoin myyjällä on ostajan tavaravarastoon toimitettuja esineitä koskien.

²¹⁰ Zitting 1989 s. 63.

²¹¹ Taustalla on lainkohta KauppaL 54 §, jonka mukaan myyjä menettää pidättämis-, purku- ja pysäyttämisoikeutensa sinä hetkenä, jolloin esineen hallinnan voidaan katsoa luovutetun. Tämän ajankohdan jälkeen hän ei voi vaatia ostajan velkojia tehokkaasti esinettä takaisin.

²¹² Tuomisto 1988 s. 248–249.

5.2.1.3 Oikeuskäytäntöä

Uudempia oikeustapauksia koskien omistuksenpidätysehdon sivullissitovuutta tilanteessa, jossa ostajalla oli lupa liittää (, joka tässä tutkimuksessa rinnastetaan omistuksenpidätyksen tehokkuutta silmällä pitäen luovuttamis-lupaan) luottoaikana esine toiseen esineeseen ainesosaksi tai tarpeistoksi on KKO 1990:43.

KKO 1990:43 A oli erehdyksessä ennen sovittua toimitusajankohtaa toimittanut B:n rakennustyömaalle elementtejä omistuksenpidätysehdoin. Elementtejä ei kuitenkaan ennen B:n konkurssia luovutettu B:lle, vaan ne oli työmaalla varastoitu erikseen A:n lukuun. Konkurssipesä oli ottanut elementit haltuunsa ja käyttänyt ne rakennukseen. Konkurssipesä velvoitettiin maksamaan A:lle elementtien hinta korvaukseksi perusteettomasta haltuunotosta A:lle aiheutuneesta vahingosta.

Oikeuskäytännössä omistuksenpidätysehtoa on tavattu pitää ostajan konkurssivelkojia kohtaan tehottomana jo ennen liittämistä, mikäli esineen hallinta on luovutettu ostajalle. Niin ikään myyjälle varattu oikeus kieltää liittäminen tai tällaisen kiellon antaminen ei KKO:n omaksuman kannan mukaan vaikuta ehdon tehokkuuteen sanotussa sivullisuhteessa.

Tapausta on kommentoinut Tuomisto. Hänen mukaansa KKO:n perusteissa käytetyt ilmaiset viittaavat siihen, että ostajalle erehdyksessä toimitettujen elementtien ei katsottu olleen ostajan vaan myyjän hallinnassa konkurssin alkaessa. KKO:n viittaukset myyjän hallintaan voinee hänen mukaansa ymmärtää niin, että elementtien on tarkoitettu olleen myyjän hallinnassa siinä mielessä kuin sanottujen oikeuksien käyttö tätä edellyttää. Sen sijaan esineiden hallinnalle asettamiin vaatimuksiin Tuomisto on suhtautunut varsin varauksellisesti. Tällöin hän on lähinnä viitannut vertailukohtana niihin vaatimuksiin, joita panttivelkojan hallinnalle on asetettu ja jotka eivät olisi voineet täytyä ko. tapauksessa.

Hallinnalle asetettuja vaatimuksia on pidettävä yllättävän lievinä myös myyjän pidättämis-, purku- ja pysäyttämisoikeuden käytön kannalta, sillä elementit olivat nimenomaan ostajan tosiasiallisessa määräämisvallassa, vaikka hän sopimusehtojen mukaan säilytti niitä myyjän lukuun. Tätä taustaa vasten sopimussuhde muistuttaakin enemmän käteispanntauksen yhteydessä tunnettua constitutum possessorium -järjestelyä, jota oikeuskäytännössä on pidetty riittämättömänä.

Tuomisto on katsonut, että myyjän toimenpiteitä ei voitu rinnastaa jälkikäteen annettuun liittämiskieltoon, koska ostajalla ei alkujaankaan ollut tarkoitettu olevan oikeutta liittää riidan kohteena olevia elementtejä. Hän toteaa, että olosuhteet kaiken kaikkiaan vastaavat omistuksenpidätysehdon

tehokkuudelle liittämistilanteissa asetettuja vaatimuksia, minkä vuoksi ehtoa on perusteltua pitää tehokkaana riippumatta siitä, kenen hallinnassa elementit olivat esimerkiksi myyjän pysäyttämisoikeuden kannalta.²¹³

Tepora on korostanut, että käytännössä välivarastoinnille myyjän lukuun tulee asettaa korkeat vaatimukset. Välivarastoinnilla tulee nimenomaisesti pyrkiä estämään myyjän tosiasiallinen määräämisvalta esineeseen ilman myyjän myötävaikutusta. Järjestely edellyttääkin säännöllisesti, että ostaja maksaa käteisellä tai antaa riittävän vakuuden myyjälle edelleenmyytävän esineen saamiseksi vallintaansa. Mikäli järjestely ei taas vastaa tosiasiallisesti välivarastointia, myyjän oikeus on vailla tehokkuutta.²¹⁴

Vastaavantyyppisten vaatimusten asettamisen konsignaationantajan oikeuden tehokkuuden edellytykseksi ruotsalaistyyppisessä konsignaatiossa lienee perustelua tilanteissa, joissa konsignaationantajan oikeus on muuten vailla tehokkuutta. Konsignaationsaajan toimintavapaus tulee on sillä tavoin rajoitettua ja valvottua, että konsignaationantajan edelleenmyytävään esineeseen kohdistuvat oikeudet tulevat turvatuiksi. Valvonta voi merkitä muun muassa, ettei konsignaationsaajalla ole tosiasiasa vapaata määräämisvaltaa varastossaan konsignaationantajan lukuun säilytettyihin esineisiin. Yhden käyttökelpoisen valvontakeinon näissä tilanteissa muodostaa esineiden välivarastointi konsignaationantajan lukuun.

Välivarastoinnin käyttö ei kuitenkaan liene ongelmaton, mikäli konsignaationsaajalla on tosiasiasa välitön määräämisvalta varastossaan oleviin esineisiin. Eräs tätä korostava seikka on, että konsignaationsaaja on sekä oikeutettu esittelemään ja koekäyttämään asiakkailleen konsignaatioesineitä että haluamaan hetkenä vapaasti ottamaan esineen varastostaan ja myymään sen edelleen kolmannelle.

On kuitenkin mahdollista ajatella, että konsignaationantajan oikeus voisi säilyä vahvana. Näin voisi olla esimerkiksi silloin, kun esineiden välivarastointi tapahtuu tosiasiasa konsignaationantajan lukuun, eikä konsignaationsaaja ole oikeutettu myymään esinettä edelleen ennen sitä koskevan kauppahinnan maksamista tai ennen kuin hän on saanut tietyn esineen osalta konsignaationantajan suostumuksen edelleenmyyntiin.

²¹³ Tuomisto LM 1991 oikeustapauskommentaari KKO 1990:43 s. 201–203. Tuomiston mukaan omistuksenpidätyksen tehokkuutta voidaan kyseessä olevassa tapauksessa perustella toisin nojautumatta myyjän hallintaan. Voidaan korostaa sitä, että elementit oli toimitettu erehdyksessä ostajan rakennustyömaalle. Niinpä ostajalla ei ollut missään vaiheessa oikeutta liittää riidanalaiseen toimitukseen sisältyneitä elementtejä rakennukseen. Ostaja ei voinut luulla olevansa oikeutettu liittämiseen, koska myyjä oli erehdyksen havaittuaan ryhtynyt tehokkaisiin toimenpiteisiin estääkseen liittämisen ja huolehtiakseen siitä, ettei myyty esine sekoittuisi muihin ostajan hallussa oleviin elementteihin.

²¹⁴ Tepora LM 2/1992 s. 338–340.

5.3 Konsignaationantajan oikeus esineen sijaan tulleeseen surrogaattiin

Oikeuskäytännössä myyntikomissionantajan erottamisoikeus on katsottu ulottuvan komissionmyynnistä kertyneisiin rahoihin paitsi silloin, kun ne on suoritettu konkurssin aikana, myös silloin, kun varat on suoritettu ennen konkurssin alkua tai ulosmittausta.²¹⁵

Tepora on katsonut, että komissionantajan erottamisoikeus koskee myös esineestä surrogaattina saatua kauppahintaa. Kantansa tueksi Tepora on viittannut KK 18:7, joka koskee toimeksiantotehtävään kuuluvan komissionsaajan kolmannelta saamien maksusuoritusten tilitysvelvollisuutta.²¹⁶

Ruotsissa komissionantajalla on erottamisoikeus saamisoikeuteen kolmannelta komissiolain 57 ja 61 § nojalla.²¹⁷

Tuomiston mukaan komissionantajalla lienee separatistin oikeus myös myynnissä kertyneisiin maksamattomiin saamisiin. Tällöin hän viittasi lähinnä KS 55.2 §:n. Em. lainkohdan mukaan ”myytäväksi tai muuten velalliselle uskotun tavaran omistajalla on myynnistä syntyneeseen saamiseen yhtäläinen oikeus kuin itse tavarahan”.

Komissionantajan oikeutta myynnissä kertyneisiin rahavaroihin voidaan niin ikään perustella KS 55.2 §:llä, jonka mukaan ”sillä, joka on velalliselle myyntiä varten tai muussa tarkoituksessa uskonut tavaroita, on myynnin perusteella konkurssin alkamisen jälkeen konkurssipesään tulleisiin maksuihin yhtäläinen oikeus kuin tavarihin”. Eräs tätä korostava seikka on, että komissionantajaa voidaan tietyissä tapauksissa pitää myynnissä kertyneiden rahavarojen omistajana.

Kirjallisuudessa komissionantajan oikeus myynnissä kertyneisiin varoihin on tavattu tunnustaa silloinkin, kun maksu tapahtunut ennen ulosmittausta tai konkurssin alkamista sekä myös ulosmittaustapauksissa. Ensin mainitussa tapauksessa on edellytetty, että rahat säilytetty erillään komissionsaajan varoista. Epäselvää sen sijaan on, minkälaisia vaatimuksia komissiosuhteelle on asetettava.²¹⁸

²¹⁵ Taustalla on oikeustapaus KKO 1984 II 227.

²¹⁶ Tepora DL 1991 s. 655 ja erit. s. 652, jossa hän toteaa, että komissionsaajan on pidettävä päämiehen varat erillään omista varoistaan. Tapauksessa KKO 1964 II 87 komissionsaaja tuomittiin kavalluksesta, kun hän oli käyttänyt päämiehelle kuuluvat varat omiin tarkoituksiin.

²¹⁷ Ruotsin RedovisningL:n mukaan komissionantajan erottamisoikeus on toteutettavissa, jos tilitysvelvollinen on ottanut myynnissä kertyneet varat toisen puolesta ja sitoutunut sopimuksen mukaan tilittämään ne päämiehelle sekä tilitysvelvollinen pitää tilittävät varat erillään päämiehen lukuun. Ks. Hästad 1992 s. 153–154.

²¹⁸ Tuomisto 1988 s. 338–340 on esittänyt vaatimuksen, että komissionsaajalla tai edelleenmyyntiä harjoittavalla ostajalla on ollut velvollisuus säilyttää myynnissä kertyneet varat erillään omista varoistaan, jotta erottamisoikeus tulisi kyseeseen. Kantaansa hän perustelee sillä sattumanvaraisuudella, ovatko varat ulosmittauksen tai konkurssin aikaan sillä tavoin erillään, että komissionantaja tai myyjä voisi vaatia ne itselleen, ellei tällaista velvollisuutta ole.

Esitetyillä säännöillä on tärkeä merkitys konsignaationantajan erottamis-oikeuden ulottuvuuden kannalta sekä Ruotsissa että Tanskassa omaksutun konsignaationmuodon osalta Suomen oikeudessa. Voidaanhan katsoa, että konsignaationantajalla on erottamisoikeus paitsi myynnissä saatuihin varoihin myös myynnistä syntyneisiin, maksamattomiin saamisiin samoin edellytyksin kuin komissionantajalla, mikäli oikeustoimen voidaan katsoa toiminnallisesti riittävästi muistuttavan myyntikomissiota.

6 LOPUKSI

Suomessa konsignaation tai sitä lähellä olevien vakuusjärjestelyjen, jotka ovat erityisesti autojen ja koneiden maahantuojien ja muiden tukku- ja vähittäismyyjien suosiossa, sivullistehokkuuden ratkaiseminen voimassaolevan oikeustilan vallitessa on jokseenkin epäselvä. Alan systematiikka on heikko, koska sopimustyytit ovat päällekkäisiä, erot palautuvat yksityiskohtiin ja koko ala on jatkuvassa muutostilassa. Varsin vahvasti tilanne johtuu tavasta, jolla KKO on 1970-luvulta alkaen muodostanut omistuksenpidätysehtoa koskevan doktriinin.

Konsignaatioantajan oikeuden sivullisittovuuden perustan rakentaminen KKO:n harvalukuisen oikeuskäytännön varaan ei muodosta riittävää oikeuslähdepohjaa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa suhteellisen usein esiintyneelle ongelmalle. Niin ikään ratkaisun muodostaminen KS 55 §:n varaan ei ole ongelmaton, koska KS 55 §:n soveltamiseen ja sen soveltamisalaan liittyy kokonaisuutena huonosti valmisteltujen säännösten takia ongelmia, joita ei KKO:n ennakkotapauksella ole vielä ratkaistu. Eräs tätä korostava seikka on, ettei lainkohdassa ja lain esitöissä ei ole mitään erityistä mainintaa siitä, kuinka laajan soveltamisalan lausuma ”myytäväksi tahi muuten ... uskottu” ulosmittaus- ja konkurssitapauksissa kattaa, vaan edellä mainitut oikeuslähteet jättävät useita mahdollisia tulkintoja soveltamisalan laajuutensa suhteen. Tästä syystä onkin toivottavaa, että ongelmaan saataisiin de lege ferenda ratkaisu tai että se ratkaistaisiin Ruotsin komissiolain tavoin lainsäädäntötasolla.

Tämän toteutumiseen saakka on ratkaisun perusteet löydettävä KKO:n myyntikomissiota ja luovuttamislavin tehtyä luottokauppaa koskevista ennakkotapauksista. Niistä on havaittavissa, että kollisiot on yleensä ratkaistu ostajan velkojien hyväksi omistuksenpidätysehdoin tehdyssä luottokaupassa, jossa ostajalla on luovuttamislupa jo luottoaikana. Taustalla on tällöin ollut ajatus, että omistusvakuuksien käyttöala on niiden julkivar-

mistuksen syrjäyttävän luonteen vuoksi pidettävä rajoitettuna. Tätä kantaa voitaneen pitää perusteltua, koska omistusvakuuksien käyttöalaa ei tulisi ilman lainsäädäntötoimia lisätä ostajan muiden velkojien kustannuksella.

Mahdoton ajatus julkisuusnäkökohtien huomioon ottamiselle omistusvakuuksien yhteydessä ei liene, ja sen mahdollistaminen olisikin suotavaa, sillä tarvitaanhan edelleenmyyntitilanteissa vakuuskeinoja. Tämä voisi tapahtua esimerkiksi yrityskiinnityksen tavoin kirjaamalla velkojan oikeudet julkiseen rekisteriin, johon tehdyille merkinnöillä annettaisiin hallintaa vastaavat oikeusvaikutukset. Sivullistehokkaan vakuusoikeuden perustaminen ei näin ollen edellyttäisi erityisiä varotoimia esineen hallinnan myyjälle pidättämisen suhteen tapauksissa, jossa ostajalla on luovuttamislupa jo luottoaikana. Tämän lisäksi se helpottaisi huomattavasti yrityksen vaihtomaisuuden käyttöä vakuutena. Myyjän huolehdittavaksi tällöin jäisi se, että hänen oikeutensa ilmenevät rekisteristä. Uuden edelleenmyyntitilanteissa käytettäviä omistusvakuuksia koskevan rekisterin käyttö ei liene kuitenkaan ongelmaton. Ongelmia voisi aiheutua ensinnäkin tietokonehakkeiden toimesta. Toiseksi kirjaaminen saattaisi muodostua käytännön liiketoiminnan näkökulmasta liian kankeaksi menettelyksi, koska se aiheuttaa kustannuksia ja vaivannäköä.

Edellä mainittujen syiden vuoksi lainsäädäntötasolla tulisikin ottaa huomioon myös mainitun rekisterin mahdollisesta käyttöönotosta aiheutuvat haitat.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Baur 1992

Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts. 16. Auflage. München 1992.

Buure-Hägglund 1978

Buure-Hägglund, Katariina: Irtaimiin esineihin kohdistuvat reaalivakuudet kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. Vammala 1978.

Canaris 1989

Canaris, Claus-Wilhelm – Capelle, Karl-Hermann: Handelsrecht. 21. Auflage. München 1989.

Carstensen 1984

Carstensen, Vagn: Ting og sager. 2. Løsøresaelgerens sikkerhed i salgsgenstanden. København 1984.

Cartensen – Illum 1976

Carstensen, Vagn – Illum, Knud: Dansk tingsret. 3. København 1976.

Dopfer 1986

Dopfer, Jürgen: Verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren des Vorbehaltkäufers. München 1986.

Drobnig RabelZ 1974

Drobnig, Ulrich: Mobiliarsicherung in internationalen Wirtschaftsverkehr. RabelZ 1974.

Drobnig ZfRV 1972

Drobnig, Ulrich: Typen besitzloser Sicherungsrechte an Mobilien. ZfRV 1972.

Dumont RTDC 2000

Suretés – Droit de rétention – Contrat de commission – Opposabilité du droit de rétention du commissionnaire sur les marchandises objets du contrat de commission. Cour de cassation, Chambre commerciale 26 octobre 1999. RTCD 2000 s. 253–266.

Falkanger TjR 1987

Falkanger, Thor: Fra eiendomsforbehold til salgspant. TjR 1987 s. 214–243.

Fleck 1954

Fleck, Rolf: Der Eigentumsvorbehalt im Europäischen Kaufrecht unter Berücksichtigung der Konsignation. 2. Auflage. Köln 1954.

Jensen 1970

Jensen, Torben: Afbetaling. København 1970.

Jokela – Kartio – Ojanen 1997

Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari: Maakaari. Jyväskylä 1997.

Havansi 1992

Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätysoikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus. 2. uudistettu painos. Jyväskylä 1992.

Havansi 1992 I

Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. 3. uudistettu painos. Helsinki 1992.

HE 120/1994

HE 120/1994. Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 1991/210

HE 1991/210. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kauppaedustajista ja myyntimiehistä.

Henckel 1983

Henckel, Woldram: Aktuelle Probleme der Warenlieferanten beim Kundenkonkurs. RWS-Skript 125. 1. Auflage. Köln 1983.

Håstad 1994

Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom. 5. omarbetade upplagan. Smedjebacken 1994.

Kaisto 1997

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

Kaisto DL 1993

Kaisto, Janne: KKO 1992:13. Oikeustapauskommentaari. DL 1993 s. 83–92.

Kalomiris 1992

Kalomiris, Alexander: Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Ersatzaussonderung des Weiterverkaufspreises, Sicherungs(global)zession und ihre Kollision im deutsch-französischen Warenverkehr, insbesondere im Konkurs des Käufers. München 1992.

Kartio 1991

Kartio, Leena: Esineoikeuden perusteet. Tampere 1991.

Kobbernagel 1949

Kobbernagel, Jan : Forhandlerkonsignation. København 1949.

Laki Nr. 80–335

Laki Nr. 80–335, 12.5.1980. Paris 1980.

Lambsdorff 1974

Lambsdorff, Hans Georg Graf: Handbuch des Eigentumsvorbehalts. Frankfurt am Main 1974.

Nilas Justitia 1980:5

Nilas, Claes : Konsignation – konflikten mellem leverandoren og forhandlerens kreditorer. Justitia 1980 nr 5.

Olsson JFT 1960

Olsson, Curt: Vilken verkan har ägareförbehåll då godset säljes vidare? JFT 1960 s. 3–12.

Pfannenstill SvJT 1990

Pfannenstill, Magnus: Synpunkter på slutbetänkandet. Kommission och dylikt. SvJT 1990 s. 346–366.

Portin JFT 1979

Portin, Göran: Rättsutvecklingen rörande ägareförbehåll. JFT 1979 s. 386–395.

Portin JFT 1960

Portin, Göran: Verkan av ägareförbehåll när köpgodset infogas i byggnad. JFT 1960 s. 277–298.

Portin JFT 1/1998

Portin, Göran: Några tankar om ägareförbehåll och normkollision i nyare rättspraxis. JFT 1998 s. 13–22.

Reichard 1973

Reichard, Dieter – Kühnel, Wolfgang – Wittig, Reinhard – Grebner, Rainer: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland. 3. Auflage. Spyn 1973.

Routamo 1996

Routamo, Eero: Kaupan lait I. Kotimainen ja kansainvälinen irtaimen kauppa. Helsinki 1996.

Rudanko 1982

Rudanko, Matti: Vastuusta grynderirakentamisessa. Hämeenlinna 1982.

Rudanko LM 1991

Rudanko, Matti: Arvostelu teoksesta Eero Routamo, Kaupan lait I–II. LM 1991 s. 97–99.

Schmidt 1938

Schmidt, Folke: Om ägareförbehåll och avbetalningsköp. Helsingfors 1938.

Serick 1965

Serick, Rolf : 2. Band: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Heidelberg 1965.

SOU 1965:14

SOU 1965:14. Godtrosförvärv av lösöre. Stockholm 1965.

SOU 1988:63

SOU 1988:63. Kommission und dylikt. Sakrättsliga frågor vid kommission, återtagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning, kommissionärsbolag. Göteborg 1988.

Stumpf 1980

Stumpf, Herbert: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland; Recht der Mobiliarsicherheiten im Ausland. 4. Auflage. Heidelberg 1980.

Thamm 1977

Thamm, Manfred: Eigentumsvorbehalt im deutsche Recht. 4. überarbeitete Auflage. Spyer 1977.

Takki 1982

Takki, Tapio: Irtaimen esineen vuokrasta ja leasingistä. Vammala 1980.

Tepora 1984

Tepora, Jarno: Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus ja hallinnoimistarkoituksessa erityisesti rakennustoiminnassa. Vammala 1984.

Tepora OTJP 1988

Tepora, Jarno: Leasingrahoitus ja vastuun toteuttaminen eräissä sivullisuhteissa. Oikeustiede 1988 s. 273–281.

Tepora DL 1991

Tepora, Jarno: Komissiosta vaihtoehtoisena vakuusmuotona. DL 1991 s. 623–661.

Tepora LM 3/1992

Tepora, Jarno: Luottokauppa omistuksenpidätysehdoin jälleenmyyntiä varten. LM 3/1992 s. 328–356.

Tepora LM 7/1992

Tepora, Jarno: Konsignaatiosta itsenäisenä vakuusmuotona. LM 7/1992 s. 1043–1056.

Tolonen LM 1/1998

Tolonen, Kari: KKO 1997:154. Oikeustapauskommentaari. LM 1/1998 s. 835–866.

Tuomisto 1988

Tuomisto, Jarno: Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätysehdoista ja leasing sopimuksesta tavaran toimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona. Vammala 1988.

Tuomisto 1995

Tuomisto, Jarno: Takaisinsaannista. Eryteisesti maksun ja vakuuden peräyttämistä konkurssissa. Jyväskylä 1995.

Tuomisto 1990

Tuomisto, Jarno: Omistusvakuuksien tutkimisesta. JJ Juhani Kyläkallio 1930 – 14/3 – 1990. Turun yliopisto. Turku 1990 s. 203–214.

Tuomisto LM 1989 I

Tuomisto, Jarno: KKO 1989:16. Oikeustapauskommentaari. LM 5/1989 s. 689–693.

Tuomisto LM 1989 II

Tuomisto, Jarno: KKO 1989:20. Oikeustapauskommentaari. LM 5/1989 s. 693–703.

Tuomisto LM 1991 I

Tuomisto, Jarno: KKO 1990:43. Oikeustapauskommentaari. LM 1991 s. 198–203.

Tuomisto LM 1991 II

Tuomisto, Jarno: KKO 1990:104. Oikeustapauskommentaari. LM 1991 s. 203–209.

von Eyben 1983

von Eyben, W. E.: Formuerettigheder. Indhold. Beskyttelse. Overdragelse. Syvende udgave. København 1983.

Välimaa OTJP 1992

Välimaa, Asko: Omistuksenpidätysehdon sitovuus ostajan erityisseurajia kohtaan auto-kaupassa. Oikeustiede 1992 s. 349–403.

Ylöstalo JFT 1973

Ylöstalo, Matti : Anteckningar om s.k. optionsavtal. JFT 1973 s. 311–316.

Zitting 1989

Zitting, Simo: Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa. 2. uudistettu painos. Jyväskylä 1989.

Zitting LM 1978

Zitting, Simo: Omistuksenpidätystä koskevia näkökohtia. LM 1978 s. 725–732.

Luennot*Luennot Eidenmüller*

Professor Horst Eidenmüller. Westfälische Wilhelms Universität Münster. 5.5.1999.

Luennot Portin

Oikeusneuvos Göran Portin. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta 9.10.1997.

OIKEUSTAPAUSSLUETTELO*Englantilaiset ratkaisut*

Aluminium Industrie Vaasen B.v. Romalpa Aluminium Ltd. 16.1.1976

Korkeimman oikeuden ratkaisut

KKO 1927 II 502

KKO 1931 II 294

KKO 1932 II 202

KKO 1934 II 125

KKO 1947 I 4

KKO 1964 II 87

KKO 1968 II 53

KKO 1971 II 65

KKO 1971 II 102

KKO 1977 I 4

KKO 1977 II 23

KKO 1983 II 132

KKO 1984 II 227

KKO 1986 I A

KKO 1987: 5

KKO 1989: 16

KKO 1990: 43

KKO 1990: 104

KKO 1992: 13

KKO 1992: 181

KKO 1993: 4

KKO 1994: 145

KKO 1995: 128

KKO 1996: 44

KKO 1997: 154

KKO Valitusluparekisteri VL 2001:27

Ranskalaiset ratkaisut

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20.10.1999.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20.6.1989.

Ruotsalaiset ratkaisut

NJA 1909 s. 413

NJA 1913 s. 137

NJA 1932 s. 292

NJA 1935 s. 230

NJA 1937 s. 591

NJA 1940 s. 164

NJA 1940 s. 312

NJA 1945 s. 406

NJA 1959 s. 590

NJA 1960 s. 221

NJA 1974 s. 660

NJA 1975 s. 222

NJA 1978 s. 593

NJA 1979 s. 330

Saksalaiset ratkaisut

BGH 1973, 141

BGH 1982, 2371

BHH 1982, 2372

BGH 23.3.1971

BGH 4.5.1977

WM 1977 s. 819

WM 1977 s. 821

WM 1978 s. 1208

Tanskalaiset ratkaisut

SHRt 1930.313

U 1971.507

U 1980.597

U 1983.311

U 32.854 O

U 33.637 H

U 56.54 H

U58.909 H

U 62.597 SH

U 67.200 O

U 67.363. SH

U 80.447 SH

ULT0 1934.273

LYHENTEET

A	Asetus
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Saksa
BGH	Bundesgerichtshof, Saksa
BGHZ	Entscheidung des BGHs in Zivilsachen, Saksa
DL	Defensor legis
EOA	Etuoikeusasetus 9.11.1868/32
HGB	Handelsgesetzbuch, Saksa
H	Højersteretsdomme, Tanska
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JJ	Juhlajulkaisu
KaupEdL	Laki kauppaeustajista ja myyntimiehistä 8.5. 1992/417
KauppaL	Kauppalaki 27.3.1987/355
KK	Kauppakaari
KO	Kihlakunnanoikeus/Konkursordnung, Saksa/Käräjäoikeus
KKO	Korkein oikeus
KomL	Lag om kommission, handelsagentur och handelsresande (1914:45), Ruotsi
KS	Konkurssisääntö 9.11.1868/31
L	Laki
LM	Lakimies
MK	Maakaari 12.4.1995/540
NJA	Nytt Juridisk Arkiv, Ruotsi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Saksa
OikTL	L varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	Oikeudenkäymiskaari
OsamKL	L osamaksukaupasta 18.2.1966/91
OTJP	Oikeustiede, Jurisprudentia
RedoL	Redovisninglag, Ruotsi
RO	Raastuvanoikeus
RTDC	Revue de jurisprudence commerciale, Ranska
SH	Sø- og handelsretsdomme, Tanska
SOU	Statens offentliga utredningar, Ruotsi
SvJT	Svensk Juristtidning, Ruotsi
TakSL	Laki takaisinsaannista konkurssipesään 26.4.1991/758
TfR	Tidskrift for Retsvidenskap, Norja
U	Ugeskrift for Retvaesen, del A, Tanska
UfR	Ugeskrift for for Retvaesen, del B, Tanska
UL	Ulosottolaki 30.9.1895/37
V	Vestre Landsrets domme, Tanska
YrKiinL	Yrityskiinnityslaki 24.8.1984/634
Ø	Østre Landsrets domme, Tanska

CONSIGNMENT AS COLLATERAL

If the buyer of goods has the right to dispose of them prior to the payment of the vendor's credit, a reservation of title clause is invalid as against the buyer's creditors. This simple statement says everything, but explains nothing. Under what circumstances has the vendor a right to extricate the goods from the bankruptcy estate of the buyer? Does it make any difference that the rights and obligations of the buyer are, in reality, identical to those of an agent in a contract of commission? The article is an examination of some of the legal issues arising from using a contract of consignment as collateral.

In Finland, consignment and other closely comparable collateral arrangements which are favoured especially by automobile and machinery importers and wholesalers are peculiarly linked to reservation of title clauses. Consignment, commission on sales, consignment account and other comparable, and very similar, collateral arrangements – not easy to distinguish as the systematics are still under development – are based on a reservation of title clause and thus also on the transactions between wholesalers and dealers. The terms and conditions, as well as the collateral instruments, are developed continuously, partly by way of dialogue with the Supreme Court and partly for reasons of commercial realities.

In this article, consignment is distinguished from a contract of commission and from a credit sale under a reservation of title clause. The basic structure of a consignment is that a supplier (the vendor, the consigner) deposits goods to be held by a recipient (the buyer, the consignee) for purposes of selling them on. The recipient is usually entitled to demonstrate and test run the goods to his/her customers, but he/she has no the right to dispose of the goods prior to the payment of the supplier's credit or the advance consent of the supplier.

A consignment, especially in view of the goods deposited in the consignment stock of the buyer by the vendor, can be understood as collateral. In the crucial event of the bankruptcy of the buyer, under what circumstances is the vendor then entitled, as against the creditors of the bankrupt, to collect his/her receivables from the bankrupt buyer and to trace and reclaim the goods held by the bankrupt buyer?

One of the most essential questions in the analysis of the right of reclamation of the vendor is whether or not the rules of the Sale of Goods Act can be applied. The answer is not all that clear because the goods have been assigned to the possession of the buyer under a reservation of title clause

and, even more importantly, the buyer has the right to dispose of the goods prior to payment of the vendor's credit. A contract of commission and a contract of consignment also have differences in this respect. A commission agent acts on behalf of the principal, while a consignment recipient acts on his/her own behalf.

The extension of the validity of a contract of consignment is discussed. It is assumed that the rules of credit sales under a reservation of title clause apply in so far as the rights and obligations of the buyer are, in reality, identical with those of the buyer in a relevant credit sales agreement. This assumption is lent credence by recent case-law. It has been held that a reservation of title clause is invalid as against the buyer's creditors, if the buyer has the right to dispose of the goods prior to the payment of the vendor's credit.

A rather different judicial approach will be taken if a contract of consignment is, in practice, functionally very similar to a contract of commission. In these cases, the vendor's right of reclamation should – when the buyer is bankrupt – be similar to the right of reclamation of the principal. It is finally recommended that the right of reclamation of the vendor will be decided either by the rules concerning the contract of commission or by the rules of credit sales under a reservation of title clause.

To apply the rules of a contract of commission, it is required that the buyer acts on behalf of the vendor. This is an unavoidable requirement if the vendor is to have a right of reclamation. The vendor has a right of reclamation, if the risk of the buyer returning the goods appeared real at the time of the delivery and, moreover, if the vendor has a significant interest in the conditions on which the buyer reaches a contract with the third party. In such cases the relationship between the parties should be construed as the vendor not having sold the goods to the buyer and, consequently, the goods not being accessible to the creditors of the buyer.

Pekka Koponen

**TAHALLISUUDESTA
TALOUSRIKOKSISSA**

Sisällys

1	KIRJOITUKSEN TEEMA	239
2	YLEISTÄ TAHALLISUUDESTA. SYYLLISYYS-, KONFORMITEETTI- JA LEGALITEETTIPERIAATTEET.	243
3	TAHALLISUUDEN MÄÄRITTELY	246
4	TAHALLISUUDEN RAJANVETO TUOTTAMUKSEEN	250
5	TAHALLISUUDESTA TALOUSRIKOKSISSA	252
6	TARCOITUS- JA VARMOUSTAHALLISUUS TALOUSRIKOKSISSA	254
7	KOROTETTU TAHALLISUUSVAATIMUS TUNNUSMERKISTÖISSÄ	256
8	TAHALLISUUDEN ALIN ASTE TALOUSRIKOKSISSA	262
	8.1 Todennäköisyystahallisuus	262
	8.2 Tahtotahallisuus	268
	8.3 Olosuhdetahallisuus, oikeudellinen epävarmuus ja selonottovelvollisuus	272
	8.3.1 Selonottovelvollisuuden laajuudesta	274
	8.4 Tarkoituksellinen tietämättömyys	279
	8.5 Saksalainen tahallisuusmalli	281
	8.6 Tekijän suhtautuminen: Välinpitämättömyys	283
	8.7 Kontrollioimaton seuraus	286
	8.8 Tekijän suhtautuminen: Optimismi ja perusteeton optimismi	290
9	TEON HUOLIMATTOMUUS, KIELLETTY RISKI JA VAARA	291
10	OBJEKTIIVINEN SYYKSILUKEMINEN, RISKINKOROTUS JA ARVOPUNNINTA	293
11	NORMATIIVISET TUNNUSMERKISTÖTEKIJÄT	296

12 TIETOISUUDEN AJANKOHTA	299
13 TIETOISUUDEN SUBJEKTIIVINEN TAI OBJEKTIIVINEN ARVIOINTI	302
14 NÄYTTÖKYSYMYKSET	305
15 EREHDYS	309
15.1 Tunnusmerkistöerehdys	310
15.2 Kieltoerehdys	313
15.3 Soveltamis- eli subsumptioerehdys	318
16 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	320
16.1 Tavoitteenasettelu	320
16.1 Riittääkö yksin todennäköisyystahallisuus?	321
16.2 Yksi vai kaksi tahallisuusmallia?	324
16.3 Vaihtoehtoisia ratkaisumalleja	328
LÄHTEET	332
INTENT IN ECONOMIC CRIME	341

Tahallisuudesta talousrikoksissa

”The thought of man is not triable;
the devil alone knoweth the thought of man”
(Chief Justice Brian 1477).

1 KIRJOITUKSEN TEEMA

Rikosoikeudellinen tahallisuus voi poiketa melkoisesti siitä, mitä normaallissa puhekielessä ymmärretään tahallisella taikka tietoisella menettelyllä. Tämä on ehkä vielä ilmeisempää talousrikosten kaltaisissa teoissa kuin perinteisissä rikoslakirikoksissa. Voimakkaassa päihtymystilassa tehdyn henkirikoksen syyksilukemisessa saatetaan tosin käyttää tekijän aitoa mieltämistä huonosti kuvaavaa pakottavaa päättelyä, mutta maallikkokin kokee kyseisen menettelyn selvästi tahalliseksi. Sen sijaan talousrikoksissa voidaan kiistattomia taloudellisia etuja velkojien tai verottajan kustannuksella tuotaneen ja hyvin suunnitelmalliselta vaikuttavan järjestelyn osalta päätyä tahallisuuden puuttumiseen mm. menettelyn oikeudellisen tulkinnanvaraisuuden vuoksi. Toisaalta esimerkiksi laaja selonottovelvollisuus taikka soveltamis- ja kieltoerehdyksen tehottomuus vastuuvapausperusteena saattavat johtaa tahallisen teon syyksilukemiseen tilanteessa, jossa tekijältä näyttää puuttuvan tieto tunnusmerkistönmukaisesta menettelystä.

Talousrikos on tässä kirjoituksessa laajasti ymmärrettävä käsite. Siihen voidaan sisällyttää mm. erilaiset talouselämässä tapahtuvat, yritys- ja elinkeinotoiminnan piirissä tehtävät rikokset, kohdistuvatpa niiden haittavaikutukset yksittäiseen asiakkaaseen, liikekumppaniin, julkistalouteen taikka viime kädessä koko kansantalouteen.¹ Tämän kirjoituksen teeman kan-

¹ Erilaisista talousrikosten määritelmistä ks. esim. *Lahti 1991a* s. 879–882, *Nuotio 1995* s. 950–951, *Träskman 1981* s. 13 ss., Valtioneuvoston periaatepäätös talousrikollisuuden ja harmaan talouden vähentämisestä 1.2.1996 liite 1 s. 2, *Korsell 2000* s. 934 ss.

nalta tunnusmerkistötasolla keskeisimpiä rikosnimikkeitä ovat velallisen rikokset, verorikokset, petos ja kirjanpitorikos. Yhä enemmän on merkitystä myös yritysvaloilla, yritysvalaisuuden rikkomista ja väärinkäyttöä, rahanpesua (kätkemisrikoksia), teollisoikeusrikoksia sekä arvopaperimarkkina-rikoksia koskevilla rangaistussäännöksillä. Esimerkiksi rekisterimerkintärikos, virkarikokset sekä lahjominen ja lahjuksen ottaminen elinkeino-toiminnassa voivat niinkään liittyä talousrikollisuuteen.

Taloudellinen rikollisuus on mittavien yhteiskunnallisten vaikutustensa ja sen torjuntaan kohdistettujen valtiovallan erityistoimenpiteiden² vuoksi muodostunut tietynlaiseksi painopistealueeksi myös rikosoikeudessa. Talousrikokset on myös säännönmukaisesti koettu sangen vaikeiksi tunnusmerkistöiksi lainkäyttäjän kannalta. Näitä lainkäyttäjän vaikeuksia voivat vielä usein korostaa prosessuaaliset ongelmat, kun nykyinen rikosprosessi ei välttämättä vaivattomasti toimi suurimmissa ja monimutkaisimmissa juutissa.³ Tahallisuuskysymysten käsittelyn eriytyminen näiden rikostunnusmerkistöjen soveltamistarpeiden edellyttämällä tavalla lienee sekä tarpeellista että juuri nyt erittäin ajankohtaista. Rikosoikeuden tahallisuusopin ovat tällä hetkellä erityisen mielenkiinnon kohteena vireillä olevan rikoslain yleisen osan uudistushankkeen myötä, jossa tahallisuus saisi nimenomaisen lakiin kirjatun määritelmän.

Rikoslakiprojektin ehdotus ja sitä seurannut hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi sisältävät seikkaperäiset perustelut myös tahallisuuden osalta. Ehdotus muodostaa itse asiassa samalla myös erinomaisen rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lähde-teen. Ehdotuksessa kuten oikeuskirjallisuudessa yleensäkin, on kuitenkin lähestytty tahallisuutta ensisijassa perinteisten rikoslakirikosten sekä erityisesti henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten kannalta.⁴ Tälle ydinalueelle keskittyminen on sanotussa yhteydessä sinänsä luonnollista. Yhtä ilmeistä kuitenkin on, että tarvetta esiintyy myös talousrikosten erityisten tahallisuuskysymysten yksityiskohtaisempaan käsittelyyn.

Tässä kirjoituksessa on edellä lausutun nojalla selvitettävänä mm., onko talousrikoksissa juuri niille tyypillisiä ongelmia tahallisuusarvioinnissa.

² Valtioneuvoston periaatepäätökset talousrikollisuuden ja harmaan talouden vähentämisestä 1.2.1996, 22.10.1998 ja 20.6.2001. Ks. näistä talousrikollisuuden torjuntaohjelmista myös *Alvesalo – Tombs 2001* s. 37 ss. Lisäksi median kiinnostus talousrikollisuuteen on ollut huomattavaa ja tällä voi olla merkitystä jopa kriminaalipoliittisissa arvioissa, ks. esim. *Kekkonen 2001* s. 135.

³ Samat ongelmat näyttävät esiintyvän myös rikosprosessimme esikuvamaassa Ruotsissa, ks. esim. *BRÅ-PM 1996:5* talousrikosasioita koskevat toimenpide-esitykset s. 10 ss. ja prosessikuvaus s. 73 ss.

⁴ Mm. lähes kaikki perusteluissa mainitut oikeustapaukset koskevat näitä rikostyyppisiä.

Oikeuttaisivatko mahdolliset ongelmat joihinkin yksilöllisiin juuri talousrikoksiin rätätöilyihin ratkaisuperiaatteisiin tai tulkintasuosituksiin? Onko tahallisuusarviointia tarpeen eriyttää rikostyyppi- ja tunnusmerkistökohtaiseksi, kun perustana ja lähtökohtana ovat kuitenkin samat yleiset periaatteet?⁵ Vai asettavatko talousrikoksissa esille tulevat tulkintaongelmat pikemminkin nimenomaisia edellytyksiä sovellettavaksi valittaville yleisille tahallisuusopeille?

Tarkastelussa pyritään samalla koko ajan huomioimaan myös rikosprosessuaalisten periaatteiden vaikutus rikosoikeudelliseen arviointiin ja rikosoikeuden soveltamiseen käytännössä.⁶ Rikosoikeudellisessakaan tarkastelussa ei voida sivuuttaa mm. väittämis- ja näyttötaakan sekä reaalisten näyttömahdollisuuksien vaikutusta esitettäviin tulkintaperiaatteisiin.⁷ Myös todellinen prosessuaalinen toimintaympäristö muokkaa automaattisesti rikosoikeudellisen soveltamiskäytännön merkitystä. Esimerkiksi common law -oikeusjärjestelmien (joista jatkossa keskitytään Englantiin) tahallisuustulkintojen taustalla on hyvä muistaa mm. plea-bargaining menettelyn laajan soveltamisen vaikutukset. Ison-Britannian, Yhdysvaltain lukuisten osavaltioiden ja Australian tuomioistuinikäytännössä on arvioitu 90 prosentissa tapauksista päädyttävän syytteen myöntämiseen eli suoraan rangaistuksen mitaamista koskevaan käsittelyyn.⁸

Talousrikosten tahallisuusongelmia käsiteltäessä tulisi vastausta hakea mm. seuraaviin kysymyksiin: Miten oikeudellisesti tyydyttävästi hallitaan

⁵ Tyyppitapausajattelusta yleisemmin esim. *Nuutila* 1996 s. 14 ja 160–172, *Tolonen* 2000 s. 119 ss. ja kehityksestä *Lahti* 1992 s. 37. Esim. *Lehtimaja* 1995 s. 990 toteaa olettavansa, että lainkäyttäjät mieltää tahallisuusoppinsa useimmiten rikoslajikohtaisesti. *Nuutila* 1995 s. 487–488 lausuu jo tunnusmerkistöjen erilaisuuden puoltavan sitä, että tahallisuus (ja tuottamus) arvioidaan kunkin tunnusmerkistön osalta erikseen. *Träskman* 1985 s. 58 toteaa, että tahallisuus arvioidaan käytännössä ilmeisesti eri tavoin eri rikostyypeissä. Näistä variaatioista huolimatta yleiset tahallisuusopit antavat merkittävää apua ja yhdenmukaisuutta käytännön ratkaisutoiminnalle; tätä korostaa jo *Waaben* 1957 s. 47 ss.

⁶ Mm. *Lahti* 1991 s. 269–270, *Naucke* 1991 s. 985, ks. myös *Träskman* 1989 s. 426–428 lausuttu rikosprosessioikeuden, rikosoikeuden ja muiden kriminaalitieteiden yhteydestä.

⁷ Mm. *Frände* 2001 s. 136 katsoo, että todistusteorioiden merkitys on tahallisuuteen suu-rempi kuin ehkä mihinkään muuhun rikosoikeudelliseen käsitteeseen. *Nuotio* 2000 s. 22 korostaa rikosprosessuaalisten kokemussääntöjen merkitystä tahallisuutta koskevassa käytännön ratkaisutoiminnassa.

⁸ *Wasik* 1997 johdanto. Syynä tähän on luonnollisesti, että tuomioistuimet soveltavat merkittäviä rangaistuksen lievennyksiä guilty plea -jutuissa. Em. lähteen mukaan Englannissa ”alennus” on keskimäärin neljäsosan–kolmasosan luokkaa. Perusteena menettelylle on järjestelmän toimivuudelle elintärkeä huomattava resurssiensäästö. Vaikutus tahallisuus-kysymysten asemaan rikosoikeudenhoidossa on olennainen, kun esim. niissä Yhdysvaltain osavaltioissa, joissa ei sovelleta plea-bargaining järjestelmää, saattaa guilty plea -juttujen osuus vastaavasti olla n. 35 %; ks. *Schulhofer* em. teoksessa.

se talousrikosten erityispiirre, että seuraus voi usein toteutua kaukana tulevaisuudessa ja olla merkittävässä määrin riippuvainen tekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olevista seikoista? Toisaalta tekijän menettely on yleensä vahvasti suunnitelmallista eikä hetken mieltäjohteeseen perustuvaa. Menettelyn oikeudellinen tulkinta on kuitenkin usein tekoheikkällä aidosti epävarma. Otetaanko tämän epävarmuuden rikosoikeudellinen merkitys paremmin huomioon tahallisuuden arvioinnin kautta vai erehdysoppien soveltamisen avulla? Mikä merkitys tahallisuusarvioinnissa mahdollisesti on sillä, että talousrikoksessa ratkaistavana on usein kysymys tietyn olosuhteen olemassaolon eikä seurauksen mieltämisestä? Talousrikoksia koskevissa tunnusmerkistöissä esiintyy myös huomattavan paljon normatiivisia, arvostuksia sisältäviä tunnusmerkistötekijöitä. Nämä saattavat osaltaan aiheuttaa ongelmia tulkintakäytännön muodostamisessa. Ovatko nämä kaikki tulkintaongelmat tyydyttävästi ratkaistavissa yhden tahallisuusopin avulla?

Selvää on, että talousrikoksissakin ongelmia tuottaa nimenomaan tahallisuuden alimman asteen määrittäminen. Tahallisuuden alimman asteen täytymisen tulkinnalle jää talousrikoksissa huomattava merkitys, koska tuottamukselliset teot ovat vain vähäisessä määrin rangaistavia. Edellä mainittu oikeudellinen epävarmuus lisää puolestaan potentiaalisia erehdystilanteita, minkä vuoksi kirjoituksen teemaan sisältyy myös erehdysoppien käsittely.

Ulkomaisina vertailukohteina on käytetty Ruotsin, Norjan ja Tanskan ohella Saksaa ja Englantia. Saksalaisen oikeustieteen merkitys on yhä keskeisempi varsinkin yleisten oppien kaltaisissa periaatteellisemmissä kysymyksissä. Englanti edustaa puolestaan muista poikkeavana vertailukohtana common law -oikeuskulttuurissa sovellettavia periaatteita.⁹

⁹ Tarkastelu tapahtuu jo oikeuskulttuurien merkittävien erojen vuoksi melko yleisellä tasolla ja yksityiskohtaisempaa arviointia osaltaan vaikeuttaisi se, että talousrikokset ovat englantilaisessa järjestelmässä rikosjuttuina varsin harvinaisia. Näin esim. veropetosten osalta *Elwes – Clutterbuck* 1999 s. 139–143, konkurssirikosten osalta *Williams* 1983 s. 882 ja ympäristörikosten osalta *Hawkins* teoksessa *Nelken* 1994 s. 444 ss; samoin *Alvesalo – Tombs* 2001 s. 42 talousrikostutkinnan osalta.

2 YLEISTÄ TAHALLISUUDESTA. SYYLLISYYKS-, KONFORMITEETTI- JA LEGALITEETTIPERIAATTEET.

Rikoslain yleisiä oppeja ja tahallisuutta yleisesti käsittelevää kirjallisuutta on tarjolla asiasta kiinnostuneelle erittäin runsaasti. Yleisiä tahallisuusoppeja ei kuitenkaan voida tässä sivuuttaa, koska talousrikoksia koskevien erityisongelmienkin ratkaisut pohjautuvat joka tapauksessa yleisempiin tahallisuutta koskeviin periaatteisiin ja tulkintoihin. Tämän vuoksi tässä käsitellään tahallisuutta myös yleisesti siinä määrin kuin se on tarpeen talousrikoksiin liittyvien erityiskysymysten tarkastelun pohjaksi. Kuten edellä on todettu, tahallisuuden arvioinnin taustalla vaikuttavat myös prosessuaaliset realiteetit sekä kriminaalipoliittiset tavoitteet. Rikosoikeuskin voi osaltaan toimia hyvinvointivalttiollisen yhteiskuntapolitiikan keinona ja on siten välttämättömässä vuorovaikutuksessa kriminaalipolitiikan kanssa.¹⁰ Systematisoinnissa ja tahallisuuskysymysten luokittelussa tulee ottaa huomioon nämä taustalla vaikuttavat olosuhteet ja tavoitteet.¹¹

Etsittäessä jatkossa konkreettisia tulkintasuosituksia tukeudutaan usein myös kolmeen tämän jakson otsikossa mainittuun, toisiinsa liittyvään periaatteeseen. Syyllisyysperiaate on näistä tahallisuuden arvioinnissa keskeisin. Rangaistusvastuun yleisenä perusedellytyksenä ja lähtökohtana voidaan todeta olevan, että se edellyttää jonkinlaista subjektiivista syyllisyyttä. Teko tulee olla tekijälleen syyksiluettavissa joko tahallisena tai tuottamuksellisenä. Joissakin rikosoikeudellisissa järjestelmissä esiintyvä objektiivinen vastuu on periaatteellinen poikkeus edellä lausutusta.¹² Pelkkä tunnus-

¹⁰ *Lahti 1990* s. 213–217, *Lahti 1995* s. 942–943, *Lahti 2001* s. 718–720, *Mäkelä 2001* s. 95 ss., *Nuotio 1991* s. 996–998, *Nuutila 1995* s. 489, *Nuutila 1997a* s. 64–65 ja 69, *Roxin 1989a* s. 327, *Roxin 1997* s. 174–176, *Schünemann 1991* s. 1054. Tietty jännite voidaan nähdä hyvinvointivalttiollisen ja liberalistisen rikosoikeuden kesken.

¹¹ Rikoslainopissa systematisointi on välttämätöntä riittävän yhdenmukaisuuden ja ennustettavuuden takaamiseksi, mutta toisaalta sen itseisarvostamisen ja puhtaasti systematiikasta johdettujen ratkaisujen vaaroista mm. *Nuutila 1996* s. 105–112 ja *Nuutila 1997* s. 12–17 sekä *Tolvanen 1999* s. 161–162.

¹² Strict Liability on common law-oikeusjärjestelmissä sangen laajasti käytetty vastuumuoto. Rajanveto negligence -asteen tiedostamattomaan tuottamukseen on kuitenkin hyvin tulkinanvarainen ja erottelua hämärtävät vielä erilaiset todistustaakkavariaatiot. Esim. luvattomien aseiden tai räjähdysaineiden hallussapidon tapaisissa teoissa objektiivisen vastuun soveltaminen ei johtane kohtuuttomiin lopputuloksiin, mutta kysymykseen tulevien rikosten kirjo on yllättävänkin laaja; ks. esim. *Ashworth 1999* s. 167–176, *Bloy – Parry 2000* s. 95–107. Objektiivisen vastuun soveltaminen ei toisaalta tarkoita, etteikö tekijään olisi voinut soveltaa myös syyllisyysperiaatteen mukainen syyksilukemisperuste, ks. myös mm. *Utriainen 1980* s. 194.

merkistön mukainen ulkoinen tapahtumainkulku ei vielä riitä perustamaan moraalista oikeutusta rangaistuksen käyttöön, ellei tekijä ole osoittanut tiettyä syyllisyyttä osoittavaa moitittavaa suhtautumista.¹³

Syyllisyyden sisältämä teon moitittavuus edellyttää muun ohella, että tekijällä on ollut toisintoimimisen mahdollisuus.¹⁴ Tällöin rangaistusvastuu ei aiheudu teosta tai seurauksesta, jota tekijä ei käytännössä voinut kyseisessä tilanteessa välttää. Toisintoimimisen mahdollisuuden sisältöä voidaan kuva- ta ns. konformiteettiperiaatteen avulla.¹⁵ Tämän mukaan muutoin tunnus- merkistön täyttävästä menettelystä ei aiheudu rikosoikeudellista vastuuta, jos tekijällä ei ollut kykyä taikka tilaisuutta käyttäytyä lain vaatimalla tavalla.

Syyllisyysperiaate lomittuu yhteen myös legaliteettiperiaatteen kanssa. Laillisuusperiaatteella on useita ulottuvuuksia, mutta sen voidaan katsoa olevan edellä mainittujen periaatteidenkin taustalla ja vaikuttavan myös tahallisuuden arviointiin. Ainakin analogiakielto ja epätäsmällisten rangaistus- säännösten kielto ulottavat vaikutuksensa tahallisuusarviointiin. Epätäsmälli- syyskiellon osalta on mm. kirjanpitorikoksen osalta viitattu nimenomai- sesti siihen, että hyvä kirjanpito tapa saattaa muodostaa laillisuusperiaatteen kannalta ongelmallisen epätarkan normipohjan kirjanpitorikoksena rangais- tavalle menettelylle.¹⁶

Syyllisyysperiaate voidaan kytkeä oikeusvarmuuteen myös perus- ja ih- misoikeuksien edellyttämän syyttömyysolettaman nojalla.¹⁷ Syyllisyys on löydettävissä oikeushenkilönkin rangaistusvastuun taustalla. Jopa oikeus- henkilön rangaistusvastuun perusteeksi riittävässä anonymissä syyllisyys- dessä on kysymys syyllisyysperiaatteen sovelluksesta, vaikkei syyllisyyttä tällöin pystytä yksilöimään.¹⁸

¹³ Mm. *Bratholm* 1980 s. 83, *Cross Jones and Card* 1988 s. 55–57, *Frände* 2001 s. 193–195, *Jescheck* 1992 s. 318 ss., *Koskinen* 1996 s. 38–39 ja *Koskinen* 2001 s. 59, *Lappi-Seppälä* 1987 s. 300 ss., *Lappi-Seppälä* 2000 s. 43–44, *Laukkanen* 1989 s. 248, *Nuutila* 1997 s. 69, *Ross* 1979 s. 14–17, *Waaben* 1997 s. 137–138. *Frände* 1995 s. 914 lausuu, että tahallisuusopin muotoilussa tulisi jos mahdollista välttää moitittavuuskriteeriä sen laillisuus- periaatteen vastaisen epämääräisyyden vuoksi. Laillisuusperiaatetta ei kuitenkaan loukkaa moitittavuuden putoaminen pois, jos tekijä ei voinut toimia toisin.

¹⁴ *Hart* 1965 s. 9–10, *Koskinen* 1996 s. 39, *Lappi-Seppälä* 1987 s. 138–143, *Nuutila* 1991 s. 197, 206 ja *Nuutila* 1996 s. 528–529, *Schünemann* 1991 s. 1062. Toisintoimimisen mah- dollisuutta koskeva vaatimus esiintyy meillä oikeuskirjallisuudessa jo Serlachiuksesta alka- en, *Nuutila* 1989 s. 349 ss. Vrt. *Roxin* 1997 s. 732–734.

¹⁵ *Frände* 1989 s. 203–206, *Jareborg* 1969 s. 358–361, *Jareborg* 2001 s. 303–304, *Lappi-Seppälä* 1987 s. 139–142, *Lappi-Seppälä* 1992 s. 12, *Nuutila* 1991 s. 206–207, *Nuutila* 1996 s. 528 ss., *Nuutila* 1997 s. 74–75.

¹⁶ *Asp* 1999 s. 21–25 ja 33 ss. ja *Dahlqvist – Elofsson* 2002 s. 54–55 Ruotsin nykyisen sääntelyn osalta sekä *Frände* 1989 s. 257 meillä tuolloin voimassa olleista säännöksistä.

¹⁷ *Heinonen – Koskinen* teoksessa *Rikosoikeus* 1999 s. 85.

¹⁸ *Jaatinen* 2000 s. 83–86, *HE 95/1993 vp.* s. 17.

Mikäli esimerkiksi rangaistuksen yleisestävä vaikutus yksin riittäisi perusteeksi rangaistuksen käyttöön, ei syyllisyydelle ja tekijän valintamahdollisuudelle välttämättä jäisi merkitystä.¹⁹ Toisaalta voidaan katsoa, että rangaistuksella tulisi aina olla preventiivistä merkitystä, jotta sen käyttö olisi ylipäättään perusteltua.²⁰ Jo tapahtuneen menettelyn rankaisemisella ei muutoin olisi juuri mieltä. Talousrikoksiin yleisestäävyyttä koskeva periaate soveltuu itse asiassa varsin hyvin, koska teot ovat usein rationaalisen ja riskitkin huomioon ottavan suunnittelun lopputulosta.²¹ Syyllisyysperiaate rajaa puolestaan rangaistavan menettelyn alaa vielä niissäkin tilanteissa, joissa preventiivisen vaikutuksen edellytykset täyttyisivät.

Rikoksen rakenne on vakiintuneesti kuvattu kolmijakoisena osinaan tunnusmerkistön mukaisuus, oikeudenvastaisuus ja syyllisyys.²² Se on katsottu tarkoituksen mukaiseksi malliksi mm. mielessä, että rangaistusvastuun toteutumisen edellytyksiä voidaan arvioida vaiheittain,²³ ensin menettelyn tunnusmerkistön mukaisuus, sitten mahdolliset oikeuttamisperusteet, jotka poistavat menettelyn oikeudenvastaisuuden ja lopuksi mahdolliset anteeksi-antoperusteet, joiden johdosta sinänsä oikeudenvastainen menettely ei osoita syyllisyyttä. Tässä kolmijaossa tahallisuuden on meillä perinteisesti katsottu kuuluvan syyllisyyteen. Syyllisyys sisältää syyntakeisuuden ja syyksi-luettavuuden. Teon tulee olla tekijälleen syyksi-luettavissa joko tahallisenä taikka tuottamuksellisenä.

Toisaalta tahallisuuden täytyminen joudutaan usein arvioimaan viime kädessä tunnusmerkistökohtaisesti ja tunnusmerkistö voi asettaa varsin eriasteisia vaatimuksia tekijän tahdonsuuntaukselle. Erityisesti saksalaisessa uudemmassa oikeuskirjallisuudessa tahallisuus onkin pääsääntöisesti sijo-

¹⁹ *Ashworth 1991* s. 128–129 ja 137–138. *Nuutila 1991* s. 213 ss. ja *Nuutila 1997* s. 73 korostaa syyllisyysperiaatteen merkitystä myös preventiopyrkimysten ja kriminaalipoliittisten tehokkuusvaatimusten vastapainona.

²⁰ Esim. *Hassemer 1993* s. 49, *Lahti 1990* s. 215, *Nuutila 1997* s. 36 ja 72, *Roxin 1989a* s. 327–331 ja 337, *Tolvanen 1999* s. 166–170. Ks. myös *Jääskeläinen 1997* s. 120–126 normatiivis-prosessuaalinen preventioteoria. Roxin kytkee preventiiviset tavoitteet ja syyllisyysperiaatteen tiukasti yhteen siten, että molempien tulee täytyä. Syyllisyys rajaa valtion rankaisovaltaa vielä siitä, mitä preventiotavoitteet edellyttäisivät. Toisaalta syyllisyys ei esim. vaaraa aiheuttavassa tekorikoksessa välttämättä yksin riitä, jos kriminaalipoliittisia perusteita rankaisemiseen ei ole.

²¹ Mm. *Andenaes 1990* s. 30, *Hauge 1996* s. 301, *Lahti 1987* s. 714.

²² Perusteluista ks. esim. *Lahti 1990* s. 201, *Nuutila 1997* s. 81 ss. Vrt. mm. *Schünemann 1991* s. 1054–1055 esitetty kritiikki tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden erottamisen tarpeellisuudesta.

²³ Systematiikan heuristisesta merkityksestä esim. *Nuutila 1996* s. 104 ja 184.

tettu tunnusmerkistön mukaisuuteen, subjektiiviseksi tunnusmerkistökijäksi.²⁴

Tahallisuus voi siten tulla sijoitetuksi joko rikostunnusmerkistön subjektiiviseen tai objektiiviseen puoleen. Tosin tämäkin kahtiajako on ylipääntään sängen tulkinnanvarainen, kun tunnusmerkistöt saattavat edellyttää esimerkiksi anastustahdon kaltaista nimenomaista tarkoitusta, motiivia tai tiettyä suhtautumista.²⁵

Rikoksen tunnusmerkistö kuvataan abstraktisten oikeustositseikkojen avulla rangaistussäännöksessä. Näin ollen lainsäädännössä ei voida koskaan yksityiskohtaisesti ja tyhjentävästi kuvata rangaistavia menettelyjä. Lainkäyttäjä joutuu aina sovittamaan tosielämän tapahtumat konkreettisina oikeustositseikkoina yleisempään tunnusmerkistöön ja arvioimaan niiden vastaavuutta. Vielä vaikeamman tehtävän edessä lainsoveltaja kuitenkin periaatteessa on rikoksen subjektiivisen puolen kohdalla mm. tahallisuutta arvioidessaan. Tunnusmerkistöissä rikoksen subjektiiviset edellytykset esitetään hyvin yleisluonteisilla käsitteillä, joiden sisältö on ollut oikeustieteen ja -käytännön varassa.

3 TAHALLISUUDEN MÄÄRITTELY

Yleiskielessä tahallisuus saattaa usein tarkoittaa samaa kuin positiivinen tieto tai nimenomainen tarkoitus taikka pyrkimys. Rikosoikeudellinen tahallisuus eroaa tästä erityisesti ehdollisen tahallisuuden kohdalla. Usein tahallisuus kuitenkin ilmaistaan niin, että tekijällä tulee olla tekoon liittyen sekä tieto että tahto (vett och vilja, Wissen und Wollen jne.). Tosin kysymyksessä voi ensisijaisesti olla *joko* tieto *tai* tahto siinä mielessä, että ratkaisevaa on joko toiminnan tietty tarkoitus taikka tekijän tietoisuus kielletyn seurauksen tai muiden tunnusmerkistökijöiden toteutumisen riittävän suuresta todennäköisyydestä taikka vakavasti otettavasta mahdollisuudesta.

Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan uudistuksen myötä rikoslakiin on tulossa nimenomainen määritelmä tahallisuudesta. Rikoslakiprojektin

²⁴ Ks. esim. *Herzberg 2000* s. 51–52, *Nuutila 1995* s. 487, *Ross 1979* s. 80–81, *Roxin 1997* s. 254–257, *Schönke – Schröder 1997* s. 226. Samoin *Frände 2001* s. 27 ja 194, *Tapani 2001* s. 261. *Jescheck – Weigend 1996* s. 317–319 jakoa tarkennetaan vielä toisaalta tahallisuuteen yleisenä subjektiivisena tunnusmerkistökijänä sekä toisaalta siihen kuuluvina erityisinä subjektiivisina tunnusmerkistökijöinä.

²⁵ Esim. *Nuutila 1997* s. 80, *Schünemann 1991* s. 1052.

ehdotuksessa säännös on ehdotetussa lainkohdassa rikoslain 3 luvun 6 §:ssä seuraavassa muodossa:

Tahallisuus täyttyy, milloin rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä teon hetkellä on

- 1) tarkoittanut,
- 2) pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä taikka
- 3) pitänyt varteenotettavana mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen.

Hallituksen esityksessä tahallisuussäännöksen muotoilu on puolestaan seuraavanlainen:

Teko on tahallinen, jos rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä on teon hetkellä tarkoittanut taikka pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä.

Erona säännösehdoituksissa on siten tahallisuuden alimman asteen sääntelytapa. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa mukana ollut tahtotahallisuuteen (positiiviseen tahtoteoriaan) perustuva vaihtoehtoinen tahallisuusmalli on hallituksen esityksessä jätetty pois ja ehdollisessa tahallisuudessa on jäljellä vain todennäköisyystahallisuuteen perustuva malli.²⁶

Siten myös tässä kirjoituksessa olennainen kysymys on yhden tai kahden tahallisuusmallin tarpeellisuutta koskeva argumentointi. Käsiteltävän teeman kannalta hyvin olennainen on myös erehdyksen sääntely rikoslaisissa. Ehdotettujen erehdyistä koskevien säännösten sisältöön palataan jäljempänä erehdystilanteiden käsittelyn yhteydessä. Mielenkiintoinen vertailukohta rikoslain historiallisessa kehityksessä on, että vuoden 1875 rikoslakiehdotukseen sisältyivät jo säännösesitykset tahallisuudesta, sen eri asteiden vaikutuksesta rangaistuksen mittaamiseen sekä erehdyksestä.²⁷

Ruotsin, Norjan, Tanskan ja Saksan lainsäädännössä on säännelty vain se, milloin rangaistussäännösten on katsottava edellyttävän tahallisuutta, mutta ei tahallisuuden sisältöä. Sen sijaan erehdyksestä on Saksassa ja Norjassa nimenomaiset lainsäädännökset ja Ruotsissa kieltoerehdyistä (straffrättsvillfarelse) koskeva säännös.²⁸

²⁶ Tosin jo rikoslakiprojektin ehdotuksen perusteluissa suhtauduttiin melko epäilevästi tahtotahallisuuteen. Lausuntopalautteessa sitä kritisoitiin erityisesti korkeimman oikeuden taholta.

²⁷ Ks. mm. *Matikkala 1991* s. 965, *Utriainen 1984* s. 47–49, *Vikatmaa 1970* s. 147–149. Lakiehdotuksia tahallisuuden nimenomaisesta sisällöstä on ollut muissakin pohjoismaissa, mm. Tanskassa 1917; ks. *Waaben 1997* s. 137.

²⁸ Saksassa lainkohdat ovat tunnusmerkistötekijää koskevan erehdyksen osalta StGB 16 § ja kieltoerehdyksen osalta uudempi StGB 17 §, Norjassa vastaavasti Strl. 42 § (ja sitä täydentävä 43 §) sekä 57 § sekä Ruotsissa BrB 24 kap. 9 §. Tanskassa lainsäädäntö rajoittuu oikeuserehdyistä koskevaan mittaamissäännökseen Strl. 84 §:ssä.

Tahallisuus on meillä jaettu tarkoitustahallisuuteen, varmuustahallisuuteen sekä ehdolliseen tahallisuuteen.²⁹ Tarkoitustahallisuudessa tunnusmerkistön mukainen seuraus on tekijän nimenomaisena tarkoituksena. Tahallisuus muodostuu tässä siis ensisijassa tahtoelementistä. Varmuustahallisuudessa tekijä pitää seurausta käytännössä varmana, vaikkei suoranaisesti tavoittele sitä tai se saattaa olla tekijälle jopa epämieluisa varsinaisen tavoitteen välttämätön lisäseuraus. Myös tunnusmerkistön edellyttämiin olosuhteisiin, jotka eivät suoranaisesti voi olla tarkoituksen kohteena, soveltuu varmuustahallisuus. Tahallisuus muodostuu tässä siten ensisijassa tietoisuudesta.

Ehdollisessa tahallisuudessa edellä mainitut edellytykset eivät täyty, koska sekä tahto- että tietoisuuselementti ovat rajoitettuja. Tekijältä puuttuu sekä nimenomainen tarkoitus että varma tieto. Siitä, minkä asteinen tahtomomentti taikka tietoisuuden aste tällöin on kuitenkin katsottava riittäväksi tahallisen rikoksen syyksilukemiseen, on oikeustieteessä esitetty lukuisia eri teorioita.³⁰ Keskeisimmät meillä oikeustieteessä ja -käytännössä sovelletut tahallisuusopit ovat todennäköisyystahallisuus ja positiivinen tahtoteoria. Ensin mainitussa tekijä on pitänyt tunnusmerkistön täyttymistä todennäköisenä ja jälkimmäisessä tekijä on suhtautunut tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuuteen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi. Mikäli käsitettä *dolus eventualis* käytetään suppeassa tarkoituksessaan, viitataan sillä meillä yleensä *dolus eventualis* tahallisuuden faktiseen muotoon, joka vastaa edellä mainittua hyväksyvää suhtautumista (vastaa ns. Frankin II kaavaa).

Tahallisuuden kattama tunnusmerkistötekijä voi seurauksen ohella luonnollisesti olla myös tietty olosuhde, joka ei sinänsä voi olla tekijän tarkoituksen kohteena. Tällöin on kysymys tekijän varmuudesta, mieltämisen todennäköisyysasteesta taikka hyväksyvistä (tai välinpitämättömistä) suhtautumisesta sanotun seikan olemassaolon suhteen.

Todennäköisyystahallisuuden kaltaisten tietoisuutta painottavien ns. kognitiivisten tahallisuusteorioiden keskeisimpänä etuna voidaan pitää sitä, että on realistisempaa ja helpompaa etsiä selvitystä siitä, mitä tekijä on tehnyt tiennyt kuin miten hän on suhtautunut tunnusmerkistön täyttymi-

²⁹ Mm. Nuutila 1997 s. 217 ss., OJL 5/2000 s. 83–84. Em. terminologia vastaa meillä käsitteitä *dolus determinatus*, *dolus directus* ja *dolus eventualis*. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa käytetään termejä *die Absicht*, *der direkte Vorsatz* ja *der bedingte Vorsatz* taikka 1. asteen *dolus directus*, 2. asteen *dolus directus* ja *dolus eventualis*, ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa puolestaan termejä *dolus directus*, *dolus indirectus* ja *dolus eventualis*.

³⁰ Esim. Roxin 1997 s. 372–392 erottelee saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta n. 13 erilaista ehdollista tahallisuutta koskevaa tahallisuusteoriaa.

seen.³¹ Vastaavasti tahtomomenttia korostavien ns. volitiivisten teorioiden avulla voidaan luontevammin kohdistaa tahallisen teon tuottamuksellista tekoa suurempaa moitittavuutta³² juuri siihen, missä määrin teko sisältää yhteiskuntavaarallista mielenlaatua ja tahdonsuuntausta pelkän tietoisuuden asemesta. Periaatteiden erot eivät kuitenkaan välttämättä ole käytännössä suuret, kun tietoisuuskin joudutaan usein päättelemään ulkoisista seikoista ja moitittavuutta osoittaa myös tieto seurauksen todennäköisyydestä.

Tahallisuuden soveltamisalaa rajaavana toimii myös rikosoikeudellinen teon käsite. Tahallisena syyksiluettava teko edellyttää mahdollisuutta vapaaseen tahdonmuodostukseen ja teon kontrolliin. Tahallisuuden ulkopuolelle voidaan jo tekokäsitteen avulla rajata pelkät aikomukset ja sellaiset tilanteet, joissa tekijältä selvästi puuttuu vapaa tahdonmuodostus kuten esim. tahdosta riippumattomissa refleksinomaisissa taikka ulkoisen voimankäytön avulla aikaansaaduissa liikkeissä.³³

Tahallisen rikoksen syyksilukeminen edellyttää, että tahallisuus kattaa kaikki tunnusmerkistötekijät. Tämä ns. peittämisperiaate näkyy rikoslakiprojektin ehdotuksessa mm. tunnusmerkistöerehdystä koskevassa säännöksessä. Millään tavoin peittämisperiaatteen vastaista ei ole, että tietyt rikostunnusmerkistöt edellyttävät subjektiiviselta puolelta pitemmälle menevää tarkoitusta kuin minkä toteutumista tunnusmerkistön objektiivinen puoli vaatii (ns. subjektiivista enemmyyttä edellyttävät rikokset).³⁴ Objektiivisen puolen enemmyyksi olisi sen sijaan peittämisperiaatteen vastaista.

³¹ Rikosoikeuskomitea puoli todennäköisyystahallisuutta tahallisuuden alimmaksi asteeksi lausuen, että tahallisuuden liittäminen siihen, että tekijä on ajatellut suorittavansa teon siinäkin tapauksessa, että seuraus liittyisi siihen edellyttää niin runsaasti päättelemistä ja oletamista siitä, mitä tekijä ajatteli tekohetkellä, että sen käyttäminen saattaa vaarantaa oikeusvarmuuden. Sanottu ehdollisen tahallisuuden kuvaus tosin poikkeaa positiivisesta tahtoteoriasta. Ks. *Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72* s. 110–111.

³² Ks. esim. *Jareborgin* laaja erittely mahdollisista perusteista, joiden nojalla tahallisen rikoksen rangaistusarvon voidaan katsoa olevan suurempi kuin tuottamuksellisen; *Jareborg 1988* s. 722 ss. / *Jareborg 1992* s. 173 ss.

³³ Nämä voidaan yleensä rajata rikosoikeudellisen tekokäsitteen ulkopuolelle sovellettavasta tahallisuusopista riippumatta. Yksittäistapauksissa saattaa olla vaikeaa erottaa näitä kriteerejä, esim. Ruotsin oikeuskäytännössä tapauksessa HD 1993:80 ei katsottu diabeetikon olleen autoa ajaessaan sillä tavoin tietoinen toimistaan, että rikosoikeudellinen tahallisuus olisi täytynyt. Rikosoikeudellisen teon käsitteestä esim. *Duff 1996* s. 239 ss., *Frände 2001* s. 88–90, *Jareborg 2001* s. 128–132, *Jakobs 1991* s. 123 ss., *Ross 1979* s. 12–13, *Roxin 1997* s. 185 ss., *Welzel 1969* s. 33–42. Tähän rajanvetoon ei ole olennaista merkitystä sillä, sovelletaanko arvioinnissa esim. sosiaalista tekokäsitettä tai finaalista tekokäsitettä.

³⁴ Ks. esim. *Jareborg 1969* s. 271–276 luettelo tarkoitustahallisuutta taikka muuta tahtupuolen enemmyyttä koskevista tunnusmerkistöistä.

Tahallisuuden korkeammat asteet aiheuttavat harvoin samassa määrin tulkintaongelmia kuin tahallisuuden alin aste. Erilaisten tahallisuusoppien merkittävin käyttöala koskee näin ollen tilanteita, joissa on kysymys tahallisuuden alimmasta asteesta ja joissa etsitään tahallisuuden alarajaa suhteessa tuottamukseen tai rankaisemattomaan menettelyyn. Mielenkiinto kohdistuu ensisijassa tapauksiin, joissa tekijän tietoisuus ja suhtautuminen tiettyyn seuraukseen tai olosuhteeseen ei ole yksiselitteinen.

4 TAHALLISUUDEN RAJANVETO TUOTTAMUKSEEN

Tahallisuuteen liittyvät rikosoikeudelliset tulkintaongelmat, joihin oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä on haettu vastauksia, kohdistuvat edellä lausutuvin tavoin valtaosin tahallisuuden ja tuottamuksen väliselle raja-alueelle. Tahallisuus ja tuottamus liittyvät toisiinsa siten, että myös tiedostetussa tuottamuksessa on kysymys mielletystä tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuudesta. Tekijä kuitenkin uskoo ja luottaa siihen, ettei tunnusmerkistö täyty eikä siten pidä sitä todennäköisenä taikka suhtaudu siihen hyväksyvästi.

Yhteistä lähes kaikille tahallisuusteorioille on, silloinkin jos niissä pyritään tahtomomentin minimoimiseen ja korostetaan aiheutettua riskiä, että tekijän vakaa usko tunnusmerkistön täyttymättä jäämiseen pääsääntöisesti sulkee pois vastuun tahallisesta teosta. Jareborgin kognitiivisia ja volitiivisia elementtejä yhdistelevä tahallisuuskäsitys perustuu nimenomaisesti sen käsitteen varaan, uskooko tekijä tunnusmerkistön täyttymiseen vai ei.³⁵ Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että tekijän pelkkä väite omasta tahdontilastaan riittäisi ratkaisun perusteeksi. Asiassa on pidettävä saatu selvitys huomioon ottaen uskottavana tekijän sanottua suhtautumista. Tällöin voidaan viime kädessä syyllisyysperiaatteeseen nojautuen pitää tahallisuuden pois-sulkeutumista perusteltuna.

Tahallisuuden alimman asteen ja tietoisien tuottamuksen välinen ero on usein hiuksenhieno ja tulkinnanvarainen. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa Roxin on Welzeliin viitaten todennut, että tätä rajanvetoa voidaan pitää yhtenä rikosoikeuden vaikeimmista ja kiistanalaisimmista kysymyksistä.³⁶ Tahallisuuden alimman asteen ja tietoisien tuottamuksen rajanvetoon Roxin itse esittää ratkaisuksi tahallisuuden alimmankin asteen sisältämää

³⁵ Jareborg 1969 s. 171 ss., Jareborg 2001 s. 305–307 ja 313–314, Matikkala 2002 s. 466 ss.

³⁶ Roxin 1997 s. 372. Ks. myös Agge 1970 s. 254, Schünemann 1991 s. 1058.

suunnitelmanmukaisuutta (Planverwirklichung). Tekijä on tällöin laskenut seurauksen mahdollisuuden osaksi menettelyään, erotuksena tietoisien tuottamuksen kevytmielisestä suhtautumisesta seurauksen syntymahdollisuuteen. Vain tahallisuudessa on kysymys tietoisesta valinnasta tunnusmerkistön suojaamaa oikeushyvyä vastaan.³⁷ Selvää kuitenkin lienee, että tulkinnanvaraisimmissa tapauksissa myös kyseisen periaatteen soveltamisessa törmätään edelleen rajanveto-ongelmiin.

Erottelen vaikeutta kuvaa myös se, että tietoisopin radikaaleimmissa ratkaisuisa tämä rajanveto on haluttu poistaa kokonaan. Syyksilukemiseen riittäisi tällöin yleisesti tuottamus ja erottelu jäisi tällöin tehtäväksi ainoastaan seuraamusharkintavaiheessa rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavana, erilaista moitittavuutta osoittavana seikkana.³⁸

Common law -oikeudessa sanottu rajanveto muodostuu osin erilaiseksi. Tahallisuutta vastaava tekijän subjektiivinen syyllisyys koostuu mens rea -käsitteestä, joka puolestaan kattaa syyksiluettavuuden muodot intention ja recklessness. Recklessness on kuitenkin jonkin verran civil law -järjestelmien tahallisuutta laajempi käsite sisältäen myös meillä tuottamuksen puolelle kuuluvia elementtejä. Varsinaista tuottamusta tarkoittaa negligence, joka subjektiivisen syyllisyyden puolella kuuluu laajemman fault element -käsitteen alaisuuteen.³⁹

Tuottamus itsessään jää periaatteessa kirjoituksen teeman ja tässä käsiteltävien asioiden ulkopuolelle. Talousrikokset ovat pääsääntöisesti perustekomuodoissaan rangaistavia vain tahallisina, merkittävimpänä poikkeuksena tuottamuksellinen kirjanpitorikos. Tahallisuuden ja erityisesti sen alimman asteen tulkintakysymysten merkitykseen vaikuttaa kuitenkin olennaisesti se, onko myös tuottamuksellinen menettely rangaistavaa. Tämän vuoksi tuottamus ja sen mahdollinen rangaistavuus on nähtävä tahallisuusarvioinnin taustalla vaikuttavana seikkana.

Tahallisuuden ja tuottamuksen arvioinnissa on paljon myös yhteisiä piirteitä. Tahallisuudelle ja tuottamukselle yhteistä on mm., että rikosoikeudellisen vastuun ja menettelyn tunnusmerkistön mukaisuuden edellytyksiä voidaan arvioida teon huolimattomuuden avulla. Teon huolimattomuus (Jareborgin terminologian mukaan gärningsculp) koskee myös tahallisia tekoja.⁴⁰

³⁷ *Roxin 1989a s. 326, Roxin 1997 s. 373–377.*

³⁸ *Ks. Cavallin 1999 s. 216, Frände 1994 s. 117 lausuttu.*

³⁹ *Esim. Ashworth 1991 s. 145, Bloy – Parry 2000 s. 57, Smith – Hogan 1996 s. 56.*

⁴⁰ *Frände 2001 s. 112, Jareborg 2001 s. 233, Nuutila 1996 s. 276, Nuutila 1997 s. 82 ss. ja 141 ss.*

Teon huolimattomuuden konkreettista sisältöä voidaan edelleen todeta ilmentävän sellaisen kielletyn riskin ottamisen, joka on tunnusmerkistön vahinkoseurauksen tai suojeluobjektin kannalta relevanttia. Siten myös kielletyn riskinoton periaatetta voidaan pääsääntöisesti soveltaa sekä tahallisiin että tuottamuksellisiin rikoksiin. Sekä tahallisten että tuottamuksellisten rikosten tunnusmerkistöjen objektiivisen puolen täyttymiseen kuuluu myös tekijän henkiseen suhtautumiseen liittyviä seikkoja. Suhtautumisessa kiellettyyn riskiin tahallisen ja tuottamuksellisen rikoksen ero näkyy siten, että tahallinen rikos edellyttää riskin mieltämistä, tuottamuksellisessa riittää sen huolellisuusvelvollisuuden rikkominen, että tekijällä olisi pitänyt olla käsitys riskistä.⁴¹

5 TAHALLISUUDESTA TALOUSRIKOKSISSA

Tahallisuuden tiettyä rikostyyppiokohtaisuutta voidaan jo lähtökohtaisesti perustella sillä, että rikosoikeudellinen tahallisuus on aina normatiivista. Riittävää ei välttämättä ole, että tekijä toimii yleisen puhekielen mukaan tahallisesti, vaan kysymyksessä tulee olla tietyn tunnusmerkistön edellyttämä tahallisuus. Toisaalta mm. tekijän vastuuasemaan liittyvä selonottovelvollisuus ehdollisessa tahallisuudessa saattaa ulottaa rikosoikeudellisesti merkityksellisen tahallisuuden sangen laaja-alaiseksi.

Talousrikoksissa tunnusmerkistön täyttäväksi epäilty teko on normaalisti jokin oikeustoimi eikä fyysinen hetkellinen menettely. Siten tahallisuusarvioinnista rajautuvat pois voimakkaassa tunnekuohussa taikka päihtymytilassa tehdyt hetkelliset toimet, jotka ovat aiheuttaneet oikeustieteessä ongelmia. Näissä tapauksissa ei useinkaan voida todentaa, onko tekijä todella ajatellut tai mieltänyt tunnusmerkistöön kuuluvia seikkoja. Tätä tahallisuuden (näyttö)ongelmaa on itse aiheutetun päihtymyksen osalta usein rajoitettu itsenäisin kriminalisoinnein, erityissäännöksiin taikka tulkintasäännöin. Mikäli päihtymys muodostaisi pätevän vasta-argumentin tahallisuusväitettä vastaan, johtaisi se kestäättömiin tuloksiin lainsoveltamisessa. Molemmissa tyyppitilanteissa esiintyy usein pakottavan päättelyn ”on täytynyt ymmärtää” sisältäviä perusteluja tuomioistuinratkaisuisa.⁴²

⁴¹ *Jareborg 2001* s. 207 ja 324, *Cavallin 1999* s. 519.

⁴² Vaikka sanamuodon voitaneen katsoa tarkoittavan näyttöarviointia siitä, mitä tekijä on todella mieltänyt, jää se sisällöltään näissä tilanteissa usein sangen tyhjäksi. Ks. myös *Lehtimaja 1995* s. 990, alav. 11.

Talousrikoksissa on pääsääntöisesti kysymys harkituista ja suunnitelmallisista oikeustoimista, joilla automaattisesti täytyy olla jokin tavoite ja tarkoitus. Siten tahallisuusarvioinnin voisi olettaa olevan helpommalla ja varmemmalla pohjalla näissä asioissa. Toisaalta kuitenkin talousrikoksissa teon seuraus taikka tunnusmerkistön edellyttämä teko-olosuhde usein riippuu huomattavasti monitahoisemmista ja tahallisuuden arvioinnin kannalta vaikeaselkoisemmista seikoista. Teon seuraus voi realisoitua pitkän ajan kuluessa ja riippua itse teon lisäksi lukemattomista muista oikeustoimista, yleisistä taloudellisista olosuhteista, valtiovallan toimenpiteistä tai muista tekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolisista seikoista. Nämä moninaiset olosuhteet antavat mahdollisuuden lukuisampiin huomionarvoisiin vastaargumentteihin ja syyksilukemisen edellytyksenä olevan näyttötaakan täyttäminen voi muodostua olennaisesti vaikeammaksi.

Mikäli tahallisuuden arvioinnin vaikeus johtaa normaaleista näyttöarvioinnin periaatteista poikkeamiseen kriminaalipoliittisesti tarkoitukseenmukaisen laajuuden saavuttamiseksi rangaistusvastuulle, voi rikoksesta epäiltyjen oikeusturva vaarantua. Näyttöarviointi on tavanomaista vaikeampaa mm. tilanteissa, joissa menettelyn taloudelliset vaikutukset esimerkiksi veroseurausten osalta ovat tulkinnanvaraiset ja vaikeasti ennakoitavissa. Sovelletavan rikosoikeudellisen säännösten taustalla oleva normisto voi olla erityisen vaikeaselkoista ja tulkinnanvaraista. Jos taasen tulkintavaikeudet johtavat perinteisistä rikoslakirikoksista olennaisesti poikkeavaan lievempään tulkintaan, vaarantuvat puolestaan taloudellisen rikollisuuden torjuntamahdollisuudet. Tällöin yhteiskunnan kontrollikoneisto kohtelee eri tavoin suunnitelmallisesti mittavia varallisuusarvoja hankkivia talousrikos-epäiltyjä kuin helpommin käsiteltäviin perinteisiin rikoksiin syyllistyneiksi epäiltyjä.

Tahallisuuden korkeimpien asteiden (meillä käytetyn terminologian mukaan tarkoitustahallisuus ja varmuustahallisuus taikka *dolus determinatus* ja *dolus directus*) soveltuvuutta talousrikoksissa saattaa rajoittaa tekijän tarkoituseristä saatavissa oleva näyttö. Esimerkiksi henkirikoksen taikka sellaisen yrityksen osalta esiintyy useammin kuin talousrikosasioissa havaintoja tekijän nimenomaisista lausumista, jotka koskevat hänen tarkoituksiaan. Näistä tekijän tarkoitusta ja tahtoa koskevista todistustositseikoista ja tapahtumien ulkoisesta kulusta voi tällöin yhdessä muodostua vakuuttava näyttö tarkoitustahallisuudesta.

Talousrikoksissa sen sijaan on harvoin selvitettävissä tekijän omia nimenomaisia, tunnusmerkistön täyttäviin seikkoihin liittyviä lausumia (esim. tarkoituksellisesta maksukyvyttömyyden aiheuttamisesta velkojien oikeuksia loukkaavalla teolla, väärän tiedon antamisesta veroviranomaiselle, vää-

rän tai harhaanjohtavan tiedon kirjaamisesta kirjanpitoon tms.). Siten tahallisuuden mahdollinen olemassaolo on yleensä rakennettava varsin puhtaasti ulkoisesti todettavan tapahtumainkulun nojalla.

Talousrikoksissa voi siten olla muita keskeisiä rikoslakirikoksia vaikeampaa ylipäättään erottaa minkä tahallisuuden asteen kanssa ollaan tekemisissä. Tuomioistuinten syyksilukevista päätösperusteluista on valtaosin erittäin vaikea todeta minkälaisen tahallisuuden muodon tuomioistuin on katsonut asiassa täytyvän.

6 TARKOITUS- JA VARMUUSTAHALLISUUS TALOUSRIKOKSISSA

Talousrikoksissakin tekijän tarkoitus saattaa poikkeuksellisesti olla kiistatoman selvä. Verovelvollisen nimenomaisena tarkoituksena voi olla verotujen hankkiminen vääriä tietoja veroviranomaiselle antamalla ja kirjanpito-velvollinen voi pyrkiä antamaan olennaisesti todellista paremman kuvan taloudellisesta asemastaan väärien kirjausten avulla. Tavoiteltuun seuraukseen rinnastuvat välttämättömät välietapit lopullisen tavoitteen saavuttamiseksi.

Jos tekijä on nimenomaisesti tavoitellut tunnusmerkistön mukaista seurausta, ei itse seurauksen aiheutumisen tarvitse olla todennäköinen. Rajoituksena on, ettei seurauksen syntymahdollisuus ole aivan olematon, vaan että se on oikeudellisesti merkityksellinen. Pelkän toiveen tasolla oleva tahto ei myöskään yksinään muodosta tahallisuutta, vaan tekijällä tulee tekohekellä olla käsitys jonkinlaisesta tapahtumainkulun hallinnastaan.⁴³ Oikeuskirjallisuudessa usein esitetty esimerkki tarkoitustahallisuudesta koskee tähdätyn laukauksen ampumista toista kohti niin pitkältä etäisyydeltä, että osuminen on varsin epätodennäköistä.⁴⁴ Seurauksen vähäinen todennäköisyys ei poista vastuuta henkirikoksesta tai sen yrityksestä.

⁴³ Frisch 1988 s. 61, Jareborg 2001 s. 233–234, Herzberg 2000 s. 66–70, Roxin 1997 s. 366–367, Tröndle 1997 s. 105. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa usein esiintyvä koulu-esimerkki rikkaan perintösedän lähettämisestä laivamatkalle, ukkossäähän tms. normaalielämän vaarojen piiriin kuuluvaan vaaratilanteeseen onnettomuutta toivoen ei täytä tahallisuutta. Lisäksi jää vähäpätöisestä riskin korotuksesta huolimatta puuttumaan jäljempänä käsiteltävin tavoin teon huolimattomuuden edellyttämä kielletty riski. Tunnusmerkistön mukaisuuden voidaan tällöin katsoa muutoinkin jäävän täyttyväksi.

⁴⁴ Mm. Andenaes 1997 s. 216, Bratholm – Matningsdal 1991 s. 150–151, Frände 2001 s. 139, Nuutila 1997 s. 217–218, Roxin 1997 s. 364 ja 381, Schönte – Schröder 1997 s. 239, Smith – Hogan 1996a s. 79, Strahl 1976 s. 109, vrt. osin toisin Ross 1979 s. 19–22.

Jos tekijä antaa arvopaperiin liittyviä vääriä tietoja nimenomaisena tarkoituksenaan vääristää arvopaperin hintataso ja hankkia siten hyötyä, syyllistyy hän kurssin vääristämiseen, vaikka olettaisi todellisten vaikutusmahdollisuuksiensa sanotun arvopaperin kurssikehitykseen olevan vähäiset.⁴⁵ Vastaavasti veron välttämiseksi annetut väärät tiedot täyttävät veropetoksen, vaikka tekijä itse pitäisi esimerkiksi vääriä tietoja sisältävän arvonlisäveron palautushakemuksensa johtamista tavoiteltuun rahasuoritukseen veroviranomaisilta epätodennäköisenä.

Lainsäännösten rikkominen ei kuitenkaan ole itsetarkoitus. Talousrikoksissa tavoitteena luonnollisesti on yleensä taloudellisen edun hankkiminen itselle tai läheistaholle. Haitallisen seurauksen aiheutuminen esimerkiksi velkojille velallisen maksukyvyttömyyden muodossa on tähän verrattuna täysin toissijainen ja mahdollisesti tekijän kannalta jopa epätoivottava seikka. Tämä ei poista tekijän tahallisuutta sanotun tunnusmerkistön mukaisen seurauksen aiheuttamisesta. Tapaukseen soveltuva tahallisuus on tällöin pikemminkin varmuustahallisuus. Tämä tahallisuusmuoto kattaa tavoiteltuun seuraukseen välttämättä liittyvät lisäseuraukset. Riittävää on, että oheisseuraus käytännön varmuudella liittyy tavoiteltuun seuraukseen. Tähän rinnastuu korkea todennäköisyys näiden välisestä yhteydestä, koska varmuutta ei tulevista tapahtumista ylipäättään ole.⁴⁶ Todennäköisyysvaatimus ei sen sijaan koske itse mainittujen seurausten aiheutumista.

Varmuustahallisuus kattaa siis teon välttämättömät seuraukset silloinkin, kun ne ovat tekijän kannalta ei-toivottuja.⁴⁷ Talousrikoksissa, joissa ehdollinen tahallisuus on riittävä, ei ole useimmiten tarpeen erotella toisistaan näitä korkeimpia tahallisuuden muotoja eikä esimerkiksi tuomioistuinten päätöspäätöseläisyyksissä niitä juurikaan yksilöidä. Periaatetasolla nämä tahallisuusmuodot sinänsä kyllä eroavat rikoslakiprojektin ehdotuksessa todestuin tavoin toisistaan.⁴⁸ Erityistä tarkoitusta vaativissa tunnusmerkistöissä tällä jaottelulla voi olla merkitystä.

Common law oikeusjärjestelmissä tehdään tahallisuusarvioinnissa vastaava jako, englantilaisen terminologian mukaan kysymyksessä ovat direct intention (consequence is wanted for it's own sake) ja oblique intent (consequence is foreseen but not wanted). Mieltäminen tarkoittaa tässä siis suurta

⁴⁵ *Strahlin 1976* s. 106 esittävä esimerkki.

⁴⁶ *Jakobs 1991* s. 268–269, *Jescheck – Weigend 1996* s. 299.

⁴⁷ *Andenaes 1997* s. 216, *Frände 2001* s. 141–142, *Jakobs 1991* s. 269, *Jareborg 1969* s. 261, *Roxin 1997* s. 372, *Rudolphi – Horn – Samson – Günther 2000* 15–16 § 37/72, *Strahl 1976* s. 109, *Tröndle 1997* s. 106.

⁴⁸ *OLJ 5/2000* s. 83, 98–100.

todennäköisyyttä tavoitellun ja ei-tavoitellun seurauksen aiheutumisen välillä eli että tavoitellun seurauksen yhteydessä toteutuu myös ei-tavoiteltu. Sen sijaan samanlaista todennäköisyysvaatimusta ei aseteta sille, aiheutuvatko ylipäättään sanotut seuraukset.⁴⁹ Kun kysymys on tavoiteltuun seuraukseen vääjäämättä liittyvästä (lisä)seurauksesta, ei tämän seurauksen syntyminen todennäköisyyden tarvitse olla suuri, jotta tahallisuus kattaa tämänkin.

7 KOROTETTU TAHALLISUUSVAATIMUS TUNNUSMERKISTÖISSÄ

Tietyissä tunnusmerkistöissä tahallisuuden alin aste ei ole riittävä kaikkien tunnusmerkistökijöiden osalta, vaan ne asettavat joltakin osin korotetun tahallisuusvaatimuksen ehdolliseen tahallisuuteen verrattuna. Talousrikoksissa merkittävimmät tällaiset tunnusmerkistöt ovat petos ja velallisen petos, joissa tekijällä edellytetään olevan tarkoitus oikeudettoman hyödyn hankkimiseen. Avustuspetos edellyttää myös hyötymistarkoitusta, mutta eroaa edellä mainituista rikoksista siltä osin, ettei hyödyn tarvitse olla nimenomaisesti oikeudeton ja että täytetty teko ja yritys on tunnusmerkistössä rinnastettu. Keskeinen rangaistussäännös on myös ns. passiivinen veropetos, joka edellyttää veron välttämistarkoitusta. Passiivisen veropetoksen subjektiivisten vaatimusten muotoilu eroaa jonkin verran edellä mainituista rangaistussäännöksistä ja mahdollista on, että tunnusmerkistöjä tulkitaan tältä osin hieman eri tavoin.

Hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta vaaditaan yrityssalaisuuden rikomisessa ja rekisterimerkintärikoksessakin siltä, joka käyttää hyväkseen vääriellä tiedolla rekisteriin aiheutettua virhettä.⁵⁰ Sisäpiirintiedon väärinkäyttö edellyttää niinkään taloudellista hyötymistarkoitusta. Tästä tahallisuuden lisäedellytyksestä huolimatta sama säännös sisältää poikkeuksellisesti myös törkeällä huolimattomuudella täyttyvän tekemuodon. Rikoslaki-projektin ehdotuksessa arvopaperimarkkinarikoksiksi esitettiin erillisiä säännöksiä sisäpiirintiedon väärinkäyttöön, törkeään sisäpiirintiedon väärinkäyt-

⁴⁹ *Ashworth 1991* s. 147–151, *Bloy – Parry 2000* s. 70. Tuomioistuimilla on tarkemmin ilmaisten oikeus (muttei velvollisuutta) päätellä tahallisuus seurauksen hyvin suuresta todennäköisyydestä. Ratkaisussa Woollin 1998 House of Lords -perustelut viittaavat tosin siihen, että käytännön varmuus olisi yhtä kuin tahallisuus.

⁵⁰ *HE 6/1997 vp.* s. 72.

töön ja törkeää tuottamusta edellyttävään tuottamukselliseen sisäpiirintiedon väärinkäyttöön. Tällä muotoilulla olisi vältetty nykyinen samaan säännökseen sijoitettujen menettelyn tuottamuksellisuuden ja hyötymistarkoituksen välinen ristiriita.⁵¹

Petoksessa ja velallisen petoksessa hyötymistarkoitusta voitaneen pitää tekijän tarkoitusta koskevana erillisenä edellytyksenä luokittelematta sitä välttämättä suoraan tarkoitustahallisuudeksi.⁵² Sen sijaan passiivisen veropetoksen tunnusmerkistön sanamuoto ja lain esityöt viittaavat selvemmin tarkoitustahallisuuteen.⁵³ Verorikkomuksessa on taasen lähes vastaava hyötymistarkoitusta koskeva edellytys kuin petoksessa ja velallisen petoksessa.⁵⁴

Näistä säännöksistä poikkeavia korotettuja tahallisuusedellytyksiä esiintyy lisäksi mm. rikoslain 30 luvun 4 §:ssä yritysvalvonnassa, 32 luvun 1 §:n 1 kohdan mukaisesti kätkemisrikoksena rangaistavassa rahanpesussa, 39 luvun 6 §:ssä velkojansuosinnassa ja 49 luvun 1 §:ssä tekijänoikeusrikoksessa. Ensin mainitussa tunnusmerkistössä vaaditaan nimenomaista oikeudentonta tiedon käyttötarkoitusta.⁵⁵ Rahanpesusäännöksen 1-kohta edellyttää, että tekijän tarkoituksena on peittää tai häivyttää omaisuuden laiton alkuperä tai avustaa rikoksentehtäjiä välttämään rikoksen oikeudelliset seuraukset. Lisäksi tekijän tulee tietää, että nimettyjen toimenpiteiden kohteena oleva omaisuus on rikoksella hankittua.⁵⁶ Velkojansuosintaa koskevassa

⁵¹ *OLJ 3/1993* s. 32 ja 38. Hyötymistarkoitusedellytyksen todetaan korottavan tahallisuusvaatimusta. Vrt. *HE 254/1998 vp.* s. 21 ja 23.

⁵² Esim. Roxin katsoo petoksen edellyttämän oikeudenvastaisen hyödyn hankkimistarkoituksen tällaiseksi erilliseksi tunnusmerkistön subjektiivisen puolen vaatimukseksi; *Roxin 1997* s. 256. Vrt. *Jescheck – Weigend 1996* s. 319 sekä *Schönke – Schröder 1997* s. 1874–1877, jossa viitataan tarkoitustahallisuuteen ja sen mukaiseen jakoon välitavoitteiden riittävyydestä, mutta sivuseurausten riittämättömyydestä tahallisuusvaatimuksen täyttämiseen. Ainakin anastustahto on selkeästi tällainen erillinen tekijän tahdonmuodostusta koskeva vaatimus. Ei olisi loogista edellyttää tarkoitustahallisuutta anastustahtoon; esim. *Jareborg 2001* s. 336–337. Ks. petoksen ja velallisen petoksen osalta *Nuutila* teoksessa *Rikosoikeus 1999* s. 795 ja 868, vrt. *Ståhlberg 1964* s. 237 ss.

⁵³ Näin varsinkin *LaVM 16/1997 vp.* s. 2, hieman erilaisia sanamuotoja esiintyy *HE 16/1997 vp.* s. 2, *Lahti 1991b* s. 1192, *Lehtonen 1998* s. 1318–1319, *Nuutila* teoksessa *Rikosoikeus 1999* s. 659 ja *Sahavirta 1997* s. 2, kun taas *HE 66/1988 vp.* s. 63 puhutaan puolestaan tekijän tahallisuudelle asetettavasta erityisestä vaatimuksesta.

⁵⁴ Verorikkomuksen hyötymistarkoituksesta Lehtonen toteaa, että subjektiiviseksi tunnusmerkiksi luokiteltavan hyötymistarkoituksen voi toteuttaa vain tekijän taloudellista hyötyä koskeva päämäärä; *Lehtonen 1991* s. 942. Ks. myös *LaVM 6/1990 vp.* s. 10 ja 47.

⁵⁵ *HE 66/1988 vp.* s. 84.

⁵⁶ Ks. *HE 180/92 vp.* s. 17–18, *Heikinheimo 1998* s. 106–107. Tietoisuus omaisuuden alkuperästä ei jo kriminaalipoliittisista syistä edellytä yksilöityä tietoa esirikoksesta ja sen luonteesta, mutta tahallisuusvaatimus on kuitenkin myös tältä osin korotettu verrattuna ehdolliseen tahallisuuteen; ks. myös *Frände 2001* s. 153 ja *HE 66/1988 vp.* s. 112. Rahanpesua koskeva tunnusmerkistö on parhaillaan uudistushankkeiden kohteena.

tunnusmerkistössä on korostettu velallisen tietoisuutta kyvyttömyydestään täyttää veloitteensa.⁵⁷ Tekijänoikeusrikos edellyttää puolestaan ansiotar-koitusta.⁵⁸

Sen sijaan velallisen epärehellisyiden tunnusmerkistössä velallisen taloudelliseen kriisitilaan ja teon velkojien oikeuksia vaarantavaan luonteeseen liittyvä ”tietäen” ei tuo mitään lisäedellytyksiä vaadittavalle tahallisuudelle. Nykyisen rikoslakiin sijoitettujen rangaistussäännösten kirjoitustavan mukaan tahallisuusedellytystä ei enää kirjoiteta nimenomaisesti näkyviin, koska tunnusmerkistön on katsottava edellyttävän tahallisuutta, ellei teon rangaistavuutta tuottamuksellisena ole erikseen mainittu. Säännös olisi yhtä hyvin voitu kirjoittaa muotoon, ”kun velallisella on taloudellisia vaikeuksia tai sellaisia on odotettavissa ja teko voi vahingoittaa velkojien taloudellisia oikeuksia”.

Sanotun rangaistussäännöksen 3-kohdassa tarkoitettussa tekomuodossa on puolestaan asetettu korotettu tahallisuusedellytys. Omaisuuden siirtämisen ulkomaille tulee tapahtua tarkoituksin saattaa omaisuus velkojien ulottumattomiin. Tämä pyrkimys on siis ns. subjektiivista enemmyyttä osoitava tunnusmerkistötekijä. Tekijän tarkoitukselta ja henkiseltä suhtautumiselta edellytetään tunnusmerkistön subjektiivisella puolella enemmän kuin minkä objektiivisella puolella tarvitsee välttämättä toteutua. Tekijän ei tarvitse tunnusmerkistön toteuttavassa teossa onnistua sanotussa pyrkimyksessään. Toisaalta omaisuuden siirtäminen ulkomaille muussa tarkoituksessa ei ole syyksiluettavaa, vaikka siitä lopulta aiheutuisikin omaisuuden jääminen velkojien tavoittamattomiin.

Korotetun tahallisuusvaatimuksen merkitys tulee esille tilanteissa, joissa tekijä mieltää tosin tunnusmerkistön mukaisen seurauksen todennäköiseksi, mutta toimii muussa itselleen merkityksellisemmässä tarkoituksessa. Petoksen osalta on saksalaisessa oikeuskäytännössä pääsääntöisesti katsottu, ettei liitännäisenä tai sivuseurauksena oleva taloudellinen hyöty riitä petoksen edellyttämän oikeudenvastaisen hyödyn hankkimistarkoituksen

⁵⁷ Velkojansuosinnan subjektiiviset edellytykset jäävät esitöiden nojalla epämääräisiksi, Frände katsoo tunnusmerkistön edellyttävän korkeampaa todennäköisyyttä kuin ”varsin todennäköinen”; ks. *Frände 2001* s. 153–154, *HE 66/1988 vp.* s. 167.

⁵⁸ *HE 94/1993 vp.* s. 218 todetaan nimenomaisesti, että soveltamisalan ulkopuolelle jäävät pelkästään vahingoittamis- tai haittaamistarkoituksessa tehdyt oikeudenloukkaukset ja teot, joissa tekijänoikeuden loukkauksen suhde ansioiden hankintaan on epäselvä. Ansion tosiasiallista saamista taikka tekijänoikeusrikoksen ja rikoslain 49 luvun 2 §:n teollisoikeusrikoksen tunnusmerkistöissä tarkoitettua huomattavan haitan tai vahingon / taloudellisen vahingon konkreettista aiheutumista loukatun oikeuden haltijalle ei edellytetä (”on omiaan”-rakenne).

täyttymiseen.⁵⁹ Erehdyttäminen voi myös käytännössä johtua useista muis-takin tarkoituseristä ja motiiveista kuin hyödyntavoittelusta. Tältä osin on tosin huomattava, että talousrikostorjunnan kannalta merkityksellisistä avus-tus-, pääomasijoitus- ja luottopetoksista on Saksassa säädetty omat tunnus-merkistönsä, joissa ehdollinen tahallisuus on riittävä.⁶⁰ Meillä sisäpiirin-tiedon väärinkäyttämisen osalta todetaan esitöissä nimenomaisesti, että si-säpiirintietoa saaneen henkilön tekemä hyötyä tuottanut luovutus voi ta-pahtua myös muussa tarkoituksessa.⁶¹

Velallisen rikoksissa ei muissa pohjoismaissa ole tunnusmerkistöissä korotettua tahallisuusvaatimusta. Norjassa ja Tanskassa tunnusmerkistöissä esiintyvän hyödyn hankkimispyrkimyksen ei ole, tähän viittaavasta sana-muodostaan huolimatta, katsottu välttämättä edellyttävän tarkoitustahalli-suutta tai muuta ehdollista tahallisuutta olennaisesti korkeampaa tahallisuu-den astetta.⁶² Tanskan osalta ei berigelseforsæt tosin ole rinnastettavissa suoraan ehdolliseen tahallisuuteenkaan kuten mm. ratkaisusta U. 1994 923 V ilmenee.⁶³ Velallisen rikokset ovat näissä maissa huomattavilta osin ran-gaistavia tuottamuksellisenakin.⁶⁴

Ruotsissa petosrikos ei edellytä korotettua tahallisuutta. Kun seuraus-tunnuksen tulkinta ei meillä petoksessa periaatteessa eroa ruotsalaisesta sääntelystä, voi oikeudetonta hyötymistarkoitusta koskeva vaatimus osal-taan vaikuttaa siihen, ettei meillä oikeuskäytännössä katsottane petoksen olevan syyksiluettavissa yhtä laajasti kuin Ruotsissa esimerkiksi tapauk-

⁵⁹ Tiedemann 2000 s. 561–562.

⁶⁰ StGB 264 §, 264a § ja 265b §; mm. Schönke – Schröder 1997 s. 1905, 1917, 1938 ja Tröndle 1997 s. 1391, 1399, 1410.

⁶¹ HE 254/1998 vp. s. 21 mainitaan esimerkkinä lainsäädännön asettamat velvoitteet luopua määräajassa tietyistä osakkeista.

⁶² Andenaes 1997 s. 222, Andenaes 1986 s. 135, Bratholm – Matningsdal 1995 s. 764–765, Greve – Jensen – Nielsen 1997a s. 363–364 ja 414, Waaben 1957 s. 219ss., Waaben 1997 s. 144. Sanamuodot ovat ao. maissa kylläkin jonkin verran erilaiset ja Norjassa po. tavoite tunnusmerkistöissä on katsottu vain täytetyn teon sekä yrityksen rinnastavaksi muotoiluksi ja varsinainen tarkoitustahallisuutta edellyttävä hyötymistarkoitus kuvataan toisin. Tanskassa tunnusmerkistö sisältää hyötymistarkoituksen ja mm. esitöiden perusteella sen tulisi edellyttää korotettua tahallisuutta, mutta oikeuskäytäntö kiinnittää huomiota pikemminkin seurauksen riskiin kuin korotettuun hyötymistarkoitukseen.

⁶³ Tapauksessa ei ollut näytetty, oliko yhtiön varoilla tehdyt spekulatiiviset valuuttakaupat suoritettu tarkoituksin saada niistä hyöty itselle vai yhtiölle. Tahallisuuden ei katsottu täytyvän, vaikka menettely selvästi aiheutti taloudellisen vahingon vaaran yhtiölle. Ks. Greve – Nielsen – Vestergaard 1999 s. 433 ss.

⁶⁴ Norjassa Strl. 283 §, lisäksi 283a §:n, 284 §:n ja 285 §:n tunnusmerkistöissä osaan tunnus-merkeistä riittää tuottamus; ks. Bratholm – Matningsdal 1995 s. 773, 776 ja 779–780, NOU 1999:23 s. 13–18; Tanskassa Strl. 300 §, ks. Greve – Jensen – Nielsen 1997a s. 451.

sessä NJA 1983 s. 441. Ratkaisussa katsottiin törkeän petoksen täyttyneen, vaikka vastaajalla oli tarkoitus täyttää sopimus. Vastaaja toimi kuitenkin niin riskialttiilla alalla, että hän pystyi täyttämään sopimuksen vain olosuh- teiden kehittyessä tietyllä tavalla.⁶⁵

Sen sijaan passiivisessa veropetoksessa edellyttää tunnusmerkistö myös Ruotsissa veron välttämistarkoitusta. Sikäläisissä passiivista veropetosta koskeissa lainsäädäntöselvityksissä on katsottu, että esimerkiksi tulositonaisten sosiaalietuuksien saamiseen tähtäävässä menettelyssä voisi tarkoi- tustahallisuus veron välttämiseen jäädä täyttymättä, kun se ei olisi laimin- lyönnin tarkoitus.⁶⁶ Työnantajasuoritusten osalta on myös viitattu mahdolli- siin vaihtoehtoihin intresseihin, jotka voisivat veron välttämisen lisäksi olla syynä ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiin.

Tällaiset tilanteet saattaisivat merkitä huomattavasti olennaisempaa ra- joitusta rangaistavan menettelyn alaan kuin pelkästään rikoslain passiivi- sen veropetoksen esitöissä mainitut uohdus taikka epäsosiaalinen elämän- tapa, joiden rajaamisella pois soveltamisalasta meillä erityisesti perustel- tiin säännöksen korotettua tahallisuusvaatimusta.⁶⁷ Tarkoitustahallisuutta koskeva vaatimus voisi siten ruotsalaisissa esimerkeissä esitetyn tavoin sovellettuna johtaa passiivisen veropetoksen tulkinnassa myös kriminaalipo- liittisesti epätarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin.

Englantilaisen tahallisuuskäsitteen erilaisuus (recklessness-käsitteeseen perustuvan syyksilukemisen laaja-alaisuus) tekee korotettua tahallisuusvaa- timusta koskevan vertailun mannermaiseen käytäntöön vaikeaksi. Konkurs- sirikoksissa ja petoksessa esiintyy hyötymis- ja velkojien vahingoittamis- tarkoitusta korostavia muotoiluja. Muutoin tekijän subjektiivisten tarkoi- tusten korostuminen merkitsee useimmiten lähinnä sitä, ettei recklessness- käsitteeseen sovelleta näissä rikoksissa objektivisoitua arviointia, joka muu- toin voi jäljempänä käsiteltävin tavoin tulla kysymykseen.⁶⁸

Meillä oikeuskäytännössä mm. velallisen petoksessa asetettu selonotto- velvollisuus (ks. jäljempänä mm. KKO 1995:64) ei myöskään ole vaikeuk- sitta sovitettavissa tarkoitustahallisuutta koskevaan vaatimukseen. Esitöissä

⁶⁵ Tunnusmerkistön tulkinnasta tältä osin ks. esim. *Jareborg 1992a* s. 201 ss., *Örnemark Hansen 1995* s. 53.

⁶⁶ *SOU 1995:10* s. 204–205.

⁶⁷ *HE 66/1988 vp.* s. 63.

⁶⁸ Osassa konkurssirikoksissa esiintyy tahallisuutta nimenomaisesti korostavia muotoiluja (”intent to”). Petoksessa erehdyttävästä tiedosta riittää recklessness, mutta vaatimus epärehellisistä vaikuttimista (dishonesty) edellyttää subjektiivista arviointia tekijän kannal- ta. Ks. esim. *Arlidge – Parry 1985* s. 69–70, *Bailey – Groves – Smith 1992* s. 433–434, *Crystal – Phillips 1994* s. 121–123, *Fletcher 1996* s. 653–654.

ja oikeuskirjallisuudessa esitetyissä lausumissa tahallisuudelle asetetaan passiivisessa veropetoksessa mahdollisesti suuremmat vaatimukset kuin hyötmistarkoitukselle velallisen petoksessa ja petoksessa sekä muissa vastaavissa tunnusmerkistöissä. Passiivisen veropetoksen korotetun tahallisuusvaatimuksen rajoitetut tavoitteet huomioon ottaen tätä ei kuitenkaan voida pitää perusteltuna. Viime kädessä tosin vasta oikeuskäytännössä ratkaistaan, onko näiden tunnusmerkistöjen subjektiivisen puolen lisäedellytyksillä tosiasiasta eroa. Tätä osoittavaa ylempien oikeusasteiden oikeuskäytäntöä ei liene olemassa.

Petoksen ja laiminlyönnillä tapahtuvan passiivisen veropetoksen osalta on lisäksi syytä huomauttaa, ettei hyödyn tai veron välttämisen tarvitse olla ainoa tarkoitus menettelyssä. Riittävää on sanotun motiivin toimiminen osasyynä menettelyyn.⁶⁹

Toinen kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden kannalta hankalasti säänneltävä tunnusmerkistötekijä veropetoksessa on seuraustunnusmerkki. Tunnusmerkistön täytyminen edellyttää, että menettely onnistuessaan olisi johtanut alhaisempaan verotukseen kuin säännösten mukaan toimittaessa. Tämä on objektiivinen, tekijän tahallisuudesta siinä mielessä riippumaton tunnusmerkistötekijä, että tekijän pyrkimys veron välttämiseenkin ei riitä, mikäli esimerkiksi toiminta oli niin tappiollista, ettei se joka tapauksessa olisi johtanut veron määräämiseen.⁷⁰

Seuraustunnusmerkin sanottu sääntely mahdollistaa yrityksen ja täytetyn teon rinnastamisen. Tällä saavutetaan se etu, ettei väärin tietojen paljastuminen ennen taikka jälkeen verotuksen toimittamisen eli teon täyttymispisteen vaikuta syyksilukemiseen. Näin ollen se tekijän syyllisyyden kannalta sattumanvarainen seikka, missä vaiheessa (vero)viranomaiset havaitsevat virheelliset tiedot ei vaikuta rikosvastuuseen.⁷¹ Toisaalta tämä tekee tuottamuksellisen tekemuodon sääntelyn ongelmalliseksi. Samanlainen täytetyn teon ja yrityksen rinnastaminen ei olisi tuottamuksellisessa tekemuodossa mahdollista, koska se johtaisi tuottamuksellisen yrityksen rangaistavuuteen. Mikäli myös meillä katsotaan tuottamuksellisen tekemuodon sääätä-

⁶⁹ Tälle saadaan tukea tarkoitustahallisuuden sisällöstä ja ks. myös esim. *Andenaes 1986* s. 23–25 ja 90–93 sekä *Schönke – Schröder 1997* s. 1876–1877.

⁷⁰ Poislukien tapaukset, joissa esim. vahvistettua tappiota on myöhemmin käytetty verorasituksen keventämiseen; ks. *HE 66/1988 vp.* s. 63.

⁷¹ Oma-aloitteisella vapaaehtoisella toiminnallaan verovelvollisella on mahdollisuus korjata antamansa väärät tiedot ennen verotuksen toimittamista. Vapaaehtoisuuden tulkinta on kuitenkin normatiivista eli sillä on oikeudellinen, ei välttämättä yleiseen puhekieleen kytetty merkitys; ks. esim. *OLJ 5 /2000* s. 203 ss.

minen veropetokseen tarpeelliseksi,⁷² aiheuttaisi nykyisen kaltainen seuraus-tunnusmerkki tässä suhteessa ongelmia. Veropetoksen muotoilu vaarantamisrikokseksi, jossa tunnusmerkistön täyttymiseen riittäisi vaara veron määräämättä jäämisestä taikka määräämisestä liian alhaiseksi, olisi tällöin näistä syistä perusteltua.⁷³

Myös talousrikoksissa tahallisuutta koskevat tulkintaongelmat keskittyvät kuitenkin tahallisuuden alimman asteen arviointiin. Esimerkiksi velallisen epärehellisyys tunnusmerkistö on niin monitahoinen, että tavallisesti ainakin jonkin tunnusmerkistökäsitteen osalta syntyy epävarmuutta tahallisuuden täyttymisestä. Talousrikoksissa sangen usein kiistetään nimenomaan tahallisuuden olemassaolo, vaikka seuraus olisikin jälkikäteen kiistatta todettavissa.

Päämielenkiinto tarkastelussa kohdistuu siten siihen, minkälaista tietoisuutta eri tunnusmerkistökäsitteistä syyksilukemisen on katsottava edellyttävän, jos tarkoitus- tai varmuustahallisuutta ei ole selvitetty.

8 TAHALLISUUDEN ALIN ASTE TALOUSRIKOKSISSA

8.1 Todennäköisyystahallisuus

Todennäköisyystahallisuus on meillä ylimmän asteen oikeuskäytännössä eniten sovellettu tahallisuusoppi ja myös hallituksen esityksen säännösehdotus rakentuu sen varaan. Henkirikoksia koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisuisa todennäköisyystahallisuus on nykyään lähes yksinomaisesti käytetty tahallisuusmalli, eräissä ratkaisuisa jopa selkeästi tahtotahallisuus pois rajaten. Talousrikosten osalta vastaavaa nimenomaista oikeuskäytäntöä ei kuitenkaan ilmene.

Todennäköisyystahallisuuden mukaan teko on tahallinen, mikäli tekijä on tekohetkellä mieltänyt tunnusmerkistön mukaisen seurauksen aiheutumisen tai olosuhteen olemassaolon (varsin) todennäköiseksi. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä toistuu usein todennäköisyyden lisämääreenä

⁷² Mm. *Rautakoski 1981* s. 145 esittää jo vuoden 1973 verorikostoimikunnan mietintöön viitaten tuottamuksellisen verorikoksen rangaistavuutta.

⁷³ Norjassa, Tanskassa ja Ruotsissa tunnusmerkistöt on muotoiltu tällä tavoin. Ruotsissa tältä osin tehdyn lainmuutoksen perusteista ks. *SOU 1995:10* s. 147–154 ja 196.

”varsin” todennäköinen. Tähän oikeuskäytäntöön viitaten samaa muotoilu on käytetty myös rikoslakiprojektin ehdotuksessa ja hallituksen esityksessä.⁷⁴ Lisämääre tuntuu sinänsä tarpeettomalta. Periaatetasolla johdonmukaisempaa olisi viitata säännöksessä suoraan siihen, että tekijä pitää tunnusmerkistön täyttymistä todennäköisempänä kuin sen täyttymättä jäämistä. Tällöin vaadittavan todennäköisyyden aste on teoreettisesti selväpiirteinen, toisin kuin siinä tapauksessa, että varsin todennäköinen edellyttäisi jotakin korkeampaa kuin yksinkertaista todennäköisyyttä.

Tätä myös perustelujen mukaan vaadittavalla todennäköisyyden asteella tarkoitetaan ja näin tahallisuusvaatimusta on tulkittu.⁷⁵ Riittävää siten on, että todennäköisyys ylittää 50 prosenttia. Tarkoituksena ei ole esityksen mukaan muuttaa tosiasiallisesti noudatettua oikeuskäytäntöä. Myös Norjassa ja Tanskassa, joissa todennäköisyydestahallisuus on valta-asemassa, tulkinta on nykyään samanlainen.⁷⁶

Todennäköisyydestahallisuuden eduksi on edellä todettu sen tietty realiteetti. On järkevämpää asettaa näytön kohteeksi tekijän tietoisuus kuin tekijän tahtotila. Edellisestä on ulkoisestikin todettavista seikoista saatavissa jonkin verran enemmän selvitystä kuin jälkimmäisestä. Pääsääntöisesti seurauksen syntymisen tai muun tunnusmerkistötekijän⁷⁷ täyttymisen todennäköisyys kuvastaa myös tahallisuuden edellyttämää syyllisyyttä. Tekijän varmuuden aste seurauksen syntymisestä on tällöin syyllisyysoitteen ensisijaisena perustana.⁷⁸

Todennäköisyydestahallisuuteen liittyy myös ongelmia. Niitä voidaan karvoittaa sekä tätä teoriaa vastaan esitettyjen yleisten argumenttien nojalla että konkreettisissa talousrikoksia koskevissa soveltamistilanteissa. Vastargumentteja on helpesti kerättävissä mm. ruotsalaisesta oikeuskirjallisuudesta, koska Ruotsissa ei sen enempää oikeuskäytännössä, mm. NJA 1980

⁷⁴ Muotoilu perustuu epäilyyn siitä, että sanamuodon ”varsin todennäköinen” muuttaminen pelkäsi todennäköisyydeksi tulkittaisiin oikeuskäytännössä pyrkimykseksi alentaa tahallisuuden alarajaa; *OLJ 5/2000* s. 97, *HE 44/2002 vp.* s. 89.

⁷⁵ *OLJ 5/2000* s. 101 ja *HE 44/2002 vp.* s. 90 ja 93, samoin *Matikkala 2000* s. 89.

⁷⁶ Mm. *Andenaes 1997* s. 217, *Bratholm – Matningsdal 1991* s. 152, *Greve 1988* s. 123, *Greve – Jensen – Nielsen 1997* s. 169, *Hurwitz 1971* s. 227, *Matikkala 1991* s. 964, *Matikkala 1995* s. 200 ja 214, *NOU 1992:23* s. 115, *OLJ 5/2000* s. 86–87, *Waaben 1957* s. 113–114, *Waaben 1997* s. 146.

⁷⁷ Tässä lähdetään hallituksen esityksen (ks. s. 91 ja 93) ja rikoslakiprojektin ehdotuksen mukaisesti siitä, että todennäköisyydestahallisuus soveltuu seurauksen ohella kaikkiin muihinkin tunnusmerkistötekijöihin. Tietyn olosuhteen osalta soveltaminen on tosin usein ongelmallisempaa ja *Frände 2001* s. 151–152 asettaa todennäköisyydelle näitten tunnusmerkien osalta huomattavasti alemmat vaatimukset.

⁷⁸ *Lappi-Seppälä 1987* s. 307, *HE 44/2002 vp.* s. 93.

s. 514, kuin oikeuskirjallisuudessakaan ole pääsääntöisesti hyväksytty todennäköisyystahallisuutta. Yrityksiä muiden pohjoismaiden kanssa yhdenmukaisemman (todennäköisyys)tahallisuustulkinnan luomiseen on kyllä esiintynyt.⁷⁹

Ainakin seuraavia vasta-argumentteja on esitetty:

- todennäköisyystahallisuus ei mahdollista riittävän tarkkarajaista rajanvetoa tahallisuuden ja tuottamuksen kesken
- tekijät eivät tosiasiaassa ajattele mitään todennäköisyyksiä tekohetkellä
- tuomioistuin joutuu em. syystä jälkikäteen päättelemään todennäköisyyden asteen
- todennäköisyystahallisuus voi johtaa tahallisena rangaistavan menettelyn liian laajaan soveltamiseen.⁸⁰

Ensin mainitun perusteen osalta voidaan todeta olevan mahdotonta täsmällisemmin määrittää, minkä verran yli 50 prosentin todennäköisyyttä edellytetään, mikäli katsotaan, että överbägende sannolikhet edellyttäisi jotakin enemmän kuin juuri 50 prosenttia ylittävää todennäköisyyttä. Periaate- tasolla tarkkarajainen sen sijaan on yksinkertainen enemmisyys eli onko seurauksen syntyminen todennäköisempää kuin sen syntymättä jääminen. Käytännön kannalta edellä lausutulla erolla ei tosin välttämättä ole kovin suurta merkitystä, koska on joka tapauksessa mahdotonta todentaa todennäköisyyden tarkkaa astetta.

Kaikissa tahallisuusteorioissa kamppaillaan sen perusongelman kanssa, ettei varmaa tietoa tekijän ajatusmaailmasta tekohetkellä voida saada. Tältä osin todennäköisyystahallisuus tuskin olennaisesti eroaa muista malleista ainakaan epäedukseen. Kuten edellä on huomautettu, arvioinnissa ei suinkaan tarvitse tavoitella tarkkoja numeerisia todennäköisyysarvoja, vaan sitä, onko tunnusmerkistön täytyminen vai täyttymättä jääminen ollut tekijän mielestä tekohetkellä todennäköisempää.⁸¹

Edellä mainitut epäilyt todennäköisyystahallisuuden johtamisesta laajaan rangaistavuuteen selittyvät puolestaan osaksi mm. sillä, että ruotsalaisessa oikeuskäytännössä hypoteettista dolus eventualis -tahallisuutta on

⁷⁹ Esim. mietinnössä *SOU 1996:185* s. 130 ss. Lisäksi mm. Ruotsin valtakunnansyyttäjä (RÅ) on eräissä valituslupahakemuksissa (NJA 1959 s. 63, NJA 1980 s. 514) nimenomaisesti puoltanut todennäköisyystahallisuutta, samoin kirjallisuudessa erityisesti *Strömmerstedt 1987* s. 54 ss. *Jareborg 2001* s. 315 lausutun mukaan lainsäädäntömuutoksia ei ole näköpiirissä.

⁸⁰ Ks. myös *Matikkala 2002* s. 468–470 laaja luettelo todennäköisyystahallisuutta vastaan esitetyistä argumenteista.

⁸¹ Tosin Jareborgin esittämä tekijän uskoon seurauksen syntymisestä perustuva avsiktlichetsuppsåt lienee käsitteenä käytännönläheisempi; vertailusta ks. *Matikkala 2002* s. 471.

käytetty enemmänkin tahallisuuden pois rajaavana perusteluna.⁸² Nimenomaiset tahallisuusperustelut puuttuvat usein syyksilukevista päätöksistä. Jäljempänä tarkemmin käsiteltävissä olosuhdetahallisuutta, selonottovelvollisuutta ja normatiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevissa tilanteissa todennäköisyystahallisuuden ongelmaksi voi muodostua pikemminkin suppea tahallisenä rangaistavien menettelyjen ala.

Todennäköisyystahallisuus soveltuu parhaiten perinteisiin seurausrikoksiin, joissa seurauksen todennäköisyys on luonnontieteiden yms. empiiristekin todennettavan tiedon avulla hahmotettavissa. Talousrikoksissa seuraus on harvoin yhtä selvästi luonnontieteellisessä syy- ja seuraussuhteessa tekoon kuin perinteisissä rikoslakirikoksissa. Talousrikokset eroavat tässä henkeen ja terveyteen kohdistuvista rikoksista myös seuraustunnusmerkin osalta.

Tällaista seurausta koskevan tietoisuuden selvittäminen voi olla ongelmallista. Mm. Rovaniemen hovioikeuden ratkaisussa 19.1.2001 nro 41 (julkaistu ratkaisu nro 3/2001) hovioikeus päätyi hylkäämään syytteen luottamusaseman väärinkäytöstä, koska vastaaja ei ollut aiheuttanut vahinkoa tahallisesti, kun hän ”ei ollut täysin voinut mieltää pankille aiheutuvaa vahinkoa menettelynsä varmaksi tai varsin todennäköiseksi seuraukseksi.”⁸³

Esimerkiksi velallisen epärehellisyuden tunnusmerkistö edellyttää seuraustunnusmerkkinä maksukyvyttömyyden aiheutumista tai oleellista pahentumista. Tahallisuusarviointi koskee siis ensisijassa sitä, oliko tekijällä tieto tointensa maksukyvyttömyyden aiheuttavasta tai sitä pahentavasta vaikutuksesta. Näihin tilanteisiin soveltuu todennäköisyystahallisuus seuraustahallisuutena. Mikäli teko oli maksukyvyttömyyttä pahentava, tulee todennäköisyystahallisuus olosuhdetahallisuutena kysymykseen siltä osin, oliko tekijä tietoinen vallinneesta maksukyvyttömyydestä. Lisäksi voidaan kysyä, minkälainen tietoisuus tekijällä tulee olla siitä, että maksukyvyttömyyden pahentuminen on lain tarkoittamalla tavalla ”oleellista”.

Todennäköisyystahallisuus soveltuu siis parhaiten seuraustahallisuuden arviointiin. Velallisen epärehellisyudessa maksukyvyttömyyden aiheutuminen taikka pahentuminen voi seurata välittömästi itse toimenpiteestä, myös ilman edeltävää taloudellista kriisitilaa.⁸⁴ Usein kuitenkin toimenpi-

⁸² Ks. *Cavallin 1999* s. 302 ss. laaja selvitys ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä.

⁸³ Epävarmaksi tosin jää, mitä merkitystä termillä ”täysin” tässä yhteydessä mahdollisesti on.

⁸⁴ Rangaistussäännöksen tarkoitus edellyttää myös tällaisen menettelyn rangaistavuutta eivätkä tunnusmerkistön sanamuoto taikka esitöiden lausumat tätä estä. Tulkinta ei ole ongelmallinen myöskään tahallisuuden kannalta. Ks. *Koponen 1999* s. 1278, *Tapani 2000* s. 694, *Tapani 2000a* s. 1005, *Viljanen 1998* s. 1364–1366.

teen vaikutukset näkyvät vasta pitkän ajan kuluttua, näin erityisesti kun kysymys on maksukyvyttömyyden aiheuttamisesta. Tähän liittyy tahallisuusongelmia jo sanotun aikavälin vuoksi, mutta ennen kaikkea koska seurauksen aiheutumiseen taikka aiheutumatta jäämiseen voivat vaikuttaa monet ulkoiset tekijät.

Esimerkiksi omistaja-johtajan yhtiöstään suorittamat yleisen velkojajaton kannalta vailla hyväksyttävää syytä olleet varallisuudensiirrot eivät muodostu rangaistaviksi, ellei niistä seuraa maksukyvyttömyyttä. Tähän voivat puolestaan pitemmällä aikavälillä vaikuttaa mm. yleinen taloudellinen kehitys, valtiovallan, liikekumppaneiden ja kilpailijoiden toimenpiteet, viranomaisratkaisut kuten veroviranomaisten verotuspäätökset jne. Nämä ovat seikkoja, joihin tekijällä ei ole suoranaista vaikutusmahdollisuutta. Näissä tilanteissa on sängen vaikea todentaa sen todennäköisyyden astetta, millä tekijä tekohetkellä olisi mieltänyt seurauksen aiheutumisen.⁸⁵

Tunnusmerkistön mukaisen luovutustoimen tms. täytäntöönpanotoimen suorittamisen ja seuraustunnusmerkin edellyttämän seurauksen aiheutumisen väliselle ajanjaksolle ei silti voida asettaa mitään nimenomaista aikarajaa. Tunnusmerkistön täytyminen edellyttää, että menettelyn ja seurauksen välillä on riittävä adekvaattinen syy-yhteys ja että tekijä on tekohetkellä riittävällä todennäköisyydellä mieltänyt seurauksen aiheutumismahdollisuuden taikka positiivista tahtoteoriaa sovellettaessa suhtautunut siihen hyväksyvästi.

Jos nämä vaatimukset täyttyvät, ei ole rikosoikeudellisesti perusteltua asettaa edes presumptiota esim. kolmen–kuuden kuukauden taikka kirjanpidon laskentakauden pituisesta enimmäisajasta seurauksen toteutumiseksi.⁸⁶ Sanotut aikarajat voivat toimia ohjeellisena apukeinona arvioitaessa mahdollisuuksia ennakoida taloudellista tilannetta normaalissa liiketoiminnassa. Sen sijaan talousrikoksissa ovat useimmiten kysymyksessä normaaleihin liike-taloudellisiin periaatteisiin ja olosuhteisiin verrattuna poikkeukselliset järjestytyt. Mitään tunnusmerkistöstä ilmenevää ja laillisuusperiaatteeseen palautettavissa olevaa syytä ei ole näissä tilanteissa rajoittaa rangaistusvastuuta seurauksen realisoitumista koskevalla aikarajalla. Maksukyvyttömyystila saattaa lykkääntyä esimerkiksi tekijän kokonaissuunnitelman mukaisella tavalla

⁸⁵ Oikeuskäytännössä on tavallista, että tuomioistuinten perustelulausumat koskevat enemmänkin tekohetken olosuhteita (tietoisuutta taloudellisista vaikeuksista) kuin seuraustunnusmerkkiä (maksukyvyttömyyden aiheutumista), ks. *Tapani* 1999 s. 68–73 ja *Tapani* 2000a s. 1009.

⁸⁶ Näin *Koponen* 1999 s. 1274, *Träskman – Utraiainen* 1994 s. 747, osin samoin *Tapani* 2000 s. 694, vrt. toisin *Vento* 1992 s. 33, *Vento* 1994 s. 191–192 ja *Nuutila* teoksessa *Rikosoikeus* 1999 s. 861. Ks. myös *Löfmarck* 1986 s. 117.

lisäluototuksella, joka puolestaan perustuu luotonantajalle annettuihin virheellisiin tietoihin taikka virheelliseen menettelyyn luotonannossa tms. seikkoihin. Maksukyvyttömyyden realisoitumisen lykkääntyminen sen ennakoitavuudesta huolimatta on mahdollista myös missä tahansa toiminnassa, jossa on voimakkaasti etupainotteista tai kertaluonteista tulorahoitusta.

Oikeuskäytännöstä esimerkkeinä vasta pitkän ajan kuluttua realisoituneen maksukyvyttömyyden ja uhkaavan maksukyvyttömyyden katsomisesta tunnusmerkistön täyttäväksi sekä maksukyvyttömyysarvioinnin prognoosiluonteesta ovat mm. ratkaisut Turun hovioikeus 17.1.1996 nro 291, Vaasan hovioikeus 26.1.1998 nro 68 ja Turun hovioikeus 30.3.2001 nro 753.⁸⁷ Sanotun Vaasan hovioikeuden tuomion perustelut ovat tältä osin havainnolliset. Hovioikeus totesi, ettei yli kahden vuoden aikaväli syytteessä tarkoitettujen luovutusten ja maksukyvyttömyyden realisoitumisen välillä muodostanut estettä syyksilukemiselle. Velallisyhtiö oli välttänyt maksukyvyttömyyskriisin uusien luottojen avulla ja mm. shekkitilin ylityksillä, joihin luotonantajapankki ei ollut reagoinut. Yhtiö oli silti jatkuvasti taloudellisessa kriisitilassa, mikä vastaajien oli täytynyt mieltää. Lopullisen maksukyvyttömyyden lykkääntymiseen vastaajat olivat voineet itse vaikuttaa ja se johtui ainakin merkittävältä osin yhtiön varojen luovutuksista.

Syy-yhteys vastaajan menettelyn ja maksukyvyttömyyden välillä tulee kuitenkin aina selvittää lyhyemmänkin aikavälin ollessa kysymyksessä.⁸⁸ Mm. ratkaisussa Vaasan hovioikeus 10.10.1997 nro 1470 katsottiin jääneen näyttämättä, että maksukyvyttömyys aiheutui vastaajien toimenpiteistä, kun se oli voinut johtua myös muista ennakoimattomista seikoista. Vastaajien menettely velallisyhtiön osakekannan kauppahinnan rahoittamisessa yhtiön omilla varoilla katsottiin sinänsä tässä jutussa selvästi velkojien oikeutta loukkaavaksi toimeksi. Tuomiossa Rovaniemen hovioikeus 10.2.2000 nro 82 on nimenomainen tietoisuutta maksukyvyttömyyden aiheutumisesta koskeva äänestysratkaisu. Syyksilukemiseen päätyneet enemmistö painotti velallisen epärehellisyyden luonnetta vaarantamisrikoksena, jolloin tunnusmerkistö ei edellytä, että velallisen suoranaisena tarkoituksena olisi hyötyminen velkojien kustannuksella.⁸⁹

Velallisen taloudellisen tilanteen tulevaa kehitystä voidaan ennustaa kirjanpidon tunnuslukujen avulla. Tekotilanteessa vallinnutta tietoisuutta voi-

⁸⁷ Vanhemman oikeuskäytännön osalta selvityksessä *Metsäpelto 1994* esiintyy myös useita tällaisia tapauksia.

⁸⁸ Maksukyvyttömyyden kausaalisuutta koskevan vaatimuksen aiheuttamista ongelmista ks. esim. *Koponen 2001* s. 244 ss., *Löfmarck 1986* s. 168.

⁸⁹ Ks. myös *HE 268/1993 vp.* s. 15.

daan osaltaan kartoittaa kirjanpitoaineistolla. Arvioinnissa on silti muistettava, että kirjanpito kirjaa jo tapahtunutta historiatietoa. Ulkoisen toimintaympäristön muutokset voivat lisäksi vaikeuttaa arviointia. Todennäköistä taloudellista kehitystä on silti mahdollista argumentoida tunnuslukujen nojalla ainakin silloin, kun ulkoiset tekijät eivät muodosta vastaseikkaa tunnuslukujen osoittamaan kehityssuuntaan.⁹⁰ Jälkikäteen tuomioistuini- tai syyteharkintavaiheessa tehtävässä arvioinnissa on palautettava tilanne tekohetkeen ja tekijällä tuolloin käytettävissä olleeseen tietoon. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että ratkaisuhetkellä tiedossa oleva myöhempi kehitys olisi tahallisuusarvioinnissa kiellettyä materiaalia. Mm. velallisen toimenpiteistä ja reagoinnista tapahtumien myöhemmässä vaiheessa voidaan tehdä päätelmiä myös velallisella tekohetkellä olleista tarkoituksista ja tavoitteista.

8.2 Tahtotahallisuus

Meillä on käytössä volitiivisista tahallisuusopeista lähinnä positiivinen tahtoteoria. Jos käsitettä *dolus eventualis* käytetään suppeammassa tarkoituksessaan, niin voidaan puhua myös *dolus eventualis* tahallisuudesta faktisessa muodossaan. Teko on siis tahallinen, jos tekijä on pitänyt tunnusmerkistön täyttymistä mahdollisena ja hyväksynyt tunnusmerkistön täyttymisen taikka suhtautunut siihen vähintään välinpitämättömästi.

Ruotsissa käytössä oleva *dolus eventualis* hypoteettisessä muodossaan perustuu jälkikäteen tuomioistuimen tekemään arvioon siitä, olisiko tekijä ryhtynyt tekoon, vaikka olisi tiennyt seurauksen varmaksi. Teorian lähtökohtaisekin ongelmat ovat ilmeiset. Se johtaa helposti tekijän persoonaan eikä itse tekoon perustuvaan arviointiin. Sanottu tahallisuusteoria ei ole saavuttanut jalansijaa muissa pohjoismaissa ja se sivuutetaan tässä yhteydessä.⁹¹

Positiivisen tahtoteorian mukaan riittävää voi siis olla tekijän sekä hyväksyvä että välinpitämätön suhtautuminen tunnusmerkistön täyttymiseen. Näistä tekijän hyväksyvä tahdonmuodostus on periaatetasolla helpommin erotettavissa tietoisessa tuottamuksessa tekijällä vallitsevasta uskosta tunnusmerkistön täyttymättä jäämiseen kuin välinpitämättömyys. Välinpitämättömyyttä tahallisuuden täyttävänä kriteerinä on arvosteltu, koska sen on katsottu vievän tahallisen rikoksen syyksilukemisen kynnyksen liian alas,

⁹⁰ Maksukyvyttömyyden ennustamisesta ja laskentamallista laajasti *Kähkönen 1998* s. 82 ss. ja s. 104 ss.

⁹¹ Hypoteettiseen *dolus eventualis* -käsitteeseen Ruotsissakin kohdistetusta kritiikistä ks. mm. *SOU 1996:185* s. 109–110.

osittain tuottamuksen puolelle.⁹² Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1985 II 172 on tapon yrityksen syyksilukemisessa viitattu muun ohella siihen, että teotapa osoitti välinpitämättömyyttä uhrin hengestä. Tätä voidaan perustellusti arvostella liian yleisluonteisena tuottamuksenomaisena muotoiluna.⁹³

Välinpitämättömyydelle onkin asetettu erilaisia lisäedellytyksiä, joiden muotoilusta riippuen koko teoria voi saada osin erilaisen laajuuden.⁹⁴ Ylipäätään vasta hyväksymiselle tai välinpitämättömyydelle annettava tarkempi sisältö ratkaisee periaatteen tosiasiallisen soveltamisalan. Hyväksyvän suhtautumisen on perinteisesti katsottu ilmenevän siinä, että tekijä olisi ryhtynyt tekoon, vaikka olisi tiennyt sen johtavan tunnusmerkistön täyttymiseen (olkoonpa, että menettelystä aiheutuu kielletty seuraus, ryhdyn siihen kuitenkin). Tätä rakennetta on arvosteltu mm. Norjan tuoreessa rikoslain uudistamista koskevassa mietinnössä. Siinä on kritisoitu positiiviseenkin tahtoteoriaan sisältyvää hypoteettista elementtiä sekä sen aiheuttamia huomattavia todisteluvaikeuksia ja todistusteemojen formuloinnin vaikeutta.⁹⁵

Sanottua ajatuskokeen tiettyä hypoteettisuutta koskevaa kritiikkiä⁹⁶ voidaan kuitenkin pitää painavampana vasta-argumenttia positiiviselle tahtoteorialle kuin hallituksen esityksen perusteluissa mainittua laajuusongelmaa. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan tahallisuusvastuun perustavaksi on vaikea asettaa pelkkää seurauksen hyväksymistä, jos todennäköisyys kuitenkin jää häviävän vähäiseksi, joskin vielä mahdolliseksi. Toisaalta perustelujen mukaan riittävän todennäköisenä näyttäytyvän seurauksen tulisi perustaa tahallisuusvastuu siinäkin tapauksessa, että tekijä sen mieluummin välttäisi ja jota siis ei hyväksyisi.⁹⁷

Tältä osin voidaan myös positiivisen tahtoteorian kuten todennäköisyystahallisuudenkin kohdalla viitata vakiintuneeseen tulkintatraditioon.

⁹² Mm. *Cavallin* 1999 s. 312, *Jakobs* 1991 s. 259, *OLJ* 5/2000 s. 92 sekä yleisemmin positiivisen tahtoteorian osalta *Nuutila* 1995 s. 220–222.

⁹³ *Backman* 1989 s. 567 lausuu tapauksesta, että edellytyksenä tulee olla se, että tekijä on havainnut omasta toiminnastaan aiheutuvan hengenvaaran eli kuoleman mahdollisuuden ja suhtautuu yksilöidyssä mielessä välinpitämättömästi kyseiseen mahdollisuuteen. Perustelujen muusta ongelmallisuudesta ks. *Matikkala* 2000 s. 83. Esim. ratkaisussa KKO 1986 II 70 syyksilukeminen perustuu myös välinpitämättömään suhtautumiseen seurauksen synty-mahdollisuuteen.

⁹⁴ *Matikkala* 1991 s. 963.

⁹⁵ Ks. *NOU* 2002:4 kohta 8.3.10, jossa lisäksi katsotaan positiivisen tahtoteorian olevan ylipäätään liian lähellä tietoista tuottamusta.

⁹⁶ Kritiikissä puolestaan olennaisempaa on sanottu hypoteettisuus sinänsä kuin mietinnössä esiintyvä pohdinta siitä, tulisiko ajatuskokeessa mahdollisen seurauksen varmuus alentaa sen todennäköisyydeksi.

⁹⁷ *HE* 44/2002 vp. s. 88.

Häviävän vähäistä mahdollisuutta ei ole pidetty ehdollisen tahallisuuden tahallisuusvastuussa tähänkään saakka riittävänä. Säännöstasolla tätä voidaan korostaa esimerkiksi rikoslakiprojektin ehdotuksen mukaisella edellytyksellä ”varteenotettavasta” mahdollisuudesta. Vastaavasti hyväksyminen ei terminologisesti sulje pois suhtautumista, jossa tekijä sinänsä mieluummin seurauksen välttäisi, mutta kysymyksessä olevassa tilanteessa ja olosuhteissa selvästi suhtautuu siihen hyväksyvästi.

Hyväksymisen sisältö tulisi määritellä osin toisin kuin perinteisesti positiivisessa tahtoteoriassa. Tekijän hypoteettista suhtautumista tunnusmerkistön täyttymiseen on vaikea vakuuttavasti todentaa. Huomion kohteena tulee olla tosiasiallinen tekohetken tilanne. Kysymys on tekijän subjektiivisesta hyväksyvästä tahdonmuodostuksesta, jota kuitenkin näyttöharjoittelussa voidaan arvioida objektiivisesti ulkoisesti todettavissa olevien todistustositteiden nojalla. Välinpitämättömyyden arviointikriteereihin palataan puolestaan jäljempänä vielä erikseen.

Myöhemmin käsiteltävä saksalainen tahallisuusmalli muistuttaa melko paljon (positiivista) tahtoteoriaa. Siinä keskeinen tunnusmerkistön täyttymisen vakavasti ottaminen ja ratkaisu oikeushyvän loukkauksesta sopisi useissa tapauksissa yhdeksi kuvaukseksi myös hyväksyvästä suhtautumisesta. Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa positiivisella tahtoteorialla ei ole ollut kovin merkittävää asemaa, vaikka siihen perustuvia ratkaisuja esiintyykin tuomioistuinkäytännössä, varsinkin Norjassa.⁹⁸

Merkittävin ero positiivisen tahtoteorian ja todennäköisyystahallisuuden kesken muodostuu siitä, ettei ensin mainittu edellytä tunnusmerkistön täyttymiseltä yli 50 prosentin todennäköisyyttä. Riittävää on, että todennäköisyys ei ole niin vähäinen, ettei tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuudella olisi enää olennaista merkitystä tekijän toiminnassa. Talousrikosten ulkopuolelta esimerkkinä tällaisista tilanteista oikeuskäytännössä ovat pitemmältä etäisyydeltä tapahtuneet haulikolla ampumiset. Jälkikäteen tehtyjen ampumakokeiden perusteella on ollut selvää, että tapauksissa kuoleman todennäköisyys on ollut huomattavasti pienempi kuin 50 prosenttia. Vaikkei tekijän tarkoitustahallisuutta tai käsitystä edellä mainittua korkeammasta todennäköisyydestä ollut näytetty, menettelyt on voitu syyksilukea

⁹⁸ Ks. *Andenaes 1997* s. 219, *Greve – Jensen – Nielsen 1997* s. 169–170, *NOU 1992:23* s. 117 ss., *SOU 1996:185* s. 86 ja 97. Norjassa positiivisen tahtoteorian mukaisesta tahallisuudesta on aiemmassa valmistelussa esitetty säännöstä rikoslakiin, mutta viimeisimmässä esityksessä (osamietintö VII) esitetään vain todennäköisyystahallisuutta. Ruotsissa ja Tanskassa positiivisen tahtoteorian katsotaan periaatteessa kuuluvan tahallisuuskäsitteeseen, vaikka soveltaminen tuomioistuimissa on vähäistä.

tahallisen henkirikoksen yrityksenä.⁹⁹ Osin vastaava esimerkki on myös ns. venäläinen ruletti. Todennäköisyys tiedetään vain vajaaksi 17 prosentiksi, jos ase on ladattu kuuden patruunan asemesta yhdellä patruunalla. Tällaisessa tilanteessa menettely voidaan syyksilukea tahallisena tietyin edellytyksin tahtotahallisuuden, muttei todennäköisyystahallisuuden nojalla.¹⁰⁰

Talousrikoksissa tämänkaltaiset tilanteet tulevat esille erityisesti seuraavassa jaksossa käsiteltävän selonottovelvollisuuden yhteydessä. Tuoreesta hovioikeuskäytännöstä esimerkki tahtotahallisuuteen nojaavasta perustelusta kirjanpitorikoksessa ja veropetoksessa on Rovaniemen hovioikeuden ratkaisu 31.5.2001 nro 314 (julkaistu päätöksenä nro 11/2001). Tahallisuuden osalta jutussa oli kysymys erityisesti ammatinharjoittaja A:n vastuusta hänen puolisonsa B:n laadittua varsin itsenäisesti A:n kirjanpidon ja veroilmoitukset. Hovioikeuden hyväksymissä käräjäoikeuden tuomion perusteluissa lausuttiin, että ammatinharjoittaja A:n oli täytynyt ymmärtää ja ottaa lukuun se mahdollisuus, että kirjanpito oli hoidettu kirjanpitolain vastaisesti tai jätetty hoitamatta. A:n oli katsottava suhtautuneen tähän mahdollisuuteen täysin välinpitämättömästi. Törkeän veropetoksen osalta katsottiin, että ilmoittamatta jätettyjen tulojen ja aiheettomasti vähennettyjen kulujen huomattavan suuri määrä huomioon ottaen A:n oli täytynyt olla tietoinen verottajalle annettavien tietojen virheellisyydestä tai ainakin hänen oli katsottava suhtautuneen väärin tietojen antamiseen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi.

⁹⁹ KKO 1991:171 ja Kouvolan HO 3.12.1999 nro 1864. Matikkala on ensin mainittua ratkaisua koskevassa tapauskommentaarissaan pitänyt toivottavana, että ratkaisu vähentäisi suomalaisen tahallisuusnormin perusteetonta predestinoimista todennäköisyystahallisuudeksi, arvostellen samalla sitä, ettei perusteluissa ole selvää viittausta tahtoteorioihinkaan; ks. *Matikkala 1992* s. 65–66 ja 70.

¹⁰⁰ Jos ajatellaan esim. tilanteen perustuvan kahden henkilön vedonlyöntiin siitä, uskaltaako toinen kohdistaa laukauksen kolmanteen nukkuvaan henkilöön, sulkeutuu itsensä vaarantaminen pois. Kysymys ei voi tällöin olla myöskään tarkoitus- tai varmuustahallisuudesta, koska ampuja voittaa vedon myös siinä tapauksessa, ettei vahinkoseurausta tapahdu ja tämä epäilemättä on tekijän ensisijainen tarkoitus ja toive. Todennäköisyystahallisuuden nojalla teko ei ole tahallinen, jos pidetään kiinni 50 prosenttia ylittävästä todennäköisyydestä kuten pohjoismaissa, Saksassa ei ole asetettu yhtä korkeaa todennäköisyysvaatimusta. Myöskään positiivinen tahtoteoria ei sovellu hyvin tapaukseen hyväksymisen perinteisen sisällön perusteella, pikemminkin tilannekohtaisena suhtautumisena tai välinpitämättömyytenä. Tanskassa on oikeuskäytännössä otettu kantaa tilanteeseen, jossa vastaaja sai toisen ryhtymään venäläiseen rulettiin; ks. U. 1998 427 H, *Greve – Nielsen – Vestergaard 1999* s. 695 ss.

8.3 Olosuhdetahallisuus, oikeudellinen epävarmuus ja selonottovelvollisuus

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa ja hallituksen esityksessä katsotaan, samoin kuin muissa pohjoismaissa ja Saksassa, peittämisperiaatteen mukaisesti samojen edellytysten soveltuvan kaikkiin tunnusmerkistökäyttäjöihin, myös tunnusmerkistön edellyttämiin olosuhteisiin.¹⁰¹ Englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä ei myöskään esiintyne erillisiä tulkintamalleja olosuhdetahallisuudelle.¹⁰² Olosuhde ei kuitenkaan voi olla tarkoituksen kohteena samalla tavoin kuin seuraus. Vaikka tekijä nimenomaisesti pyrki esimerkiksi sisäpiirintiedon taikka yrityssalaisuuden väärinkäyttöön ja itse pitäisi käyttämänsä tietoa tällaisena, ei tunnusmerkistö täyty, jos kysymyksessä oleva tieto ei täytä sanottua tunnusmerkistöedellytystä.

Olosuhteen olemassaolo tahallisuuden kohteena on jossain määrin ongelmallisempaa kuin seurauksen. Oikeuskäytäntö osoittaa, että tekijälle voidaan tunnusmerkistökohtaisesti asettaa tahallisuusarvioinnissa varsin pitkälle menevä huolellisuus- ja selonottovelvollisuus tietyistä seikoista.

Esimerkiksi veropetoksen osalta objektivisoitunut ja rikostyyppikohtaistunut arviointi¹⁰³ voi tarkoittaa epävarmuustilanteessa verovelvolliselle velvollisuutta varmistautua antamiensa tietojen oikeellisuudesta. Jos annetut tiedot mahdollisesti ovat väärinä, luodaan niillä riski veron välttämiseen johtavasta verotuspäätöksestä. Verovelvollisen huolellisuusvelvollisuus ei käytännössä tyhjenny oman käsityksen avoimeen esittämiseen, jonka jälkeen veroviranomaisen asiana olisi arvioida tiedot verotuksellisesti.¹⁰⁴ Tiedot esitetään yleensä pelkkinä numeroarvoina kuvaamatta niiden perustana olevia tapahtumia ja oikeustoimia.

Jos verovelvollinen on esimerkiksi käsitellyt kirjanpitoon merkittyä hankintaa välillisessä verotuksessa vähennyskelpoisena ja välittömässä verotuksessa poistoon oikeuttavana, ei oikeustoimen tarkempi luonne normaalisti käy selville ilmoitustiedoista. Veroviranomaisilla ei ole mahdollisuuksia oikeustoimen yksityiskohtaisempaan arviointiin pelkästään ilmoitus-

¹⁰¹ Esim. *Andenaes* 1997 s. 204–205, *Bratholm* 1980 s. 209–211, *Bratholm – Matningsdal* 1991 s. 149 ss., *Greve – Jensen – Nielsen* 1997 s. 172, *HE* 44/2002 vp. s. 91 ja 93, *Jescheck – Weigend* 1996 s. 299 ss., *OLJ* 5/2000 s. 82 ja 100–101, *Roxin* 1997 s. 375–376.

¹⁰² Samoihin arviointiperusteisiin viittaavat ainakin *Smith – Hogan* 1996 s. 72 ja *Williams* 1983 s. 116.

¹⁰³ *Volk* 1993 s. 621–623.

¹⁰⁴ Ks. *Volk* 1993 s. 622 verovelvollisen velvollisuudesta riskin rajoittamiseen mahdollisesti tunnusmerkistön täyttävissä tilanteissa.

tietojen nojalla. Mikäli kyseinen oikeustoimi katsotaan jälkikäteen esimerkiksi valeoikeustoimeksi, ovat annetut tiedot johtaneet veron välttämiseen.¹⁰⁵ Sama on tilanne käsiteltäessä vähennyskelpoisina esimerkiksi konsultointimenoja. Onko jokin oikeustoimi todellinen vai valeoikeustoimi tai liittyvätkö jotkin konsultointikulut liiketoimintaan vai eivät, voi olla huomattavan tulkinnanvaraista.

Tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuuden arvottaminen todennäköisyysasteikolla, veropetossäännöstä koskevien esitöidenkin viittaamalla tavalla,¹⁰⁶ on tällaisissa tilanteissa tavanomaisia seurausrikoksia ongelmallisempaa. Todennäköisyystahallisuus ei erityisen hyvin sovellu näihin tapauksiin mitatessaan tekijän näkemystä kyseisen olosuhteen olemassaolon todennäköisyydestä. Tekijällä on erityinen syy ottaa huomioon sellaisten olosuhteiden olemassaolon mahdollisuus, joihin hän ei voi suoranaisesti vaikuttaa ja periaatteellinen ero tahtoteorioihin verrattuna saattaa muodostua huomattavaksi.¹⁰⁷

Käytännössä ratkaisu tilanteeseen lienee usein se, että arviointi tietyssä määrin objektivisoituu. Esimerkiksi Tanskan oikeuskäytännössä Pedersen toteaa olevan tavallista, että alin oikeusaste ensin katsoo vastaajan menettelyn vero-oikeudellisesti luovaksi ja ettei kysymyksessä siten ole rangaistava veron välttämisen. Muutoksenhakuuomioistuin tämän jälkeen arvioi vero-oikeudellisen tulkinnan toisin ja syyksilukee menettelyn vastaajalle tahallisenä. Kun yksi oikeusaste on päättänyt samalle kannalle kuin vastaaja, ei välttämättä ole helppo yksilöidä, mistä muodostuu näyttö siitä, että vastaaja on tekohetkellä pitänyt tunnusmerkistön täyttymistä todennäköisenä.¹⁰⁸

Positiivinen tahtoteoria tai ylipäänsä tahtotahallisuus voi antaa tällaisiin tilanteisiin todennäköisyystahallisuutta luontevamman vastauksen, koska suunnitelmallisen menettelyn sisältävissä tapauksissa verovelvollinen on pääsääntöisesti käsittänyt toisenlaisen tulkinnan vartenotettavaksi mah-

¹⁰⁵ Oikeuskäytännöstä esimerkkinä Vaasan HO 28.1.1998 nro 79.

¹⁰⁶ HE 66/1988 vp. s. 63: ”Tahallisuus edellyttäisi, että rikosentekijä on pitänyt verorasituksen lainvastaista pienenemistä menettelynsä varmana tai ainakin varsin todennäköisenä seurauksena.”

¹⁰⁷ Ks. *Frände 2001* s. 152 sekä *Nuotio 1995* s. 972–974 lausuttu. Frände katsoo välinpitämättömyystahallisuuteen olosuhteiden osalta riittäväksi oletettavuuden (antaglighet), s.o. ettei olosuhde ole täysin epätodennäköinen, vaan että se on huomioon otettava mahdollisuus. Nuotio viittaa tämän näkemyksen ja todennäköisyystahallisuuden merkittäviin eroihin talousrikosasioissa.

¹⁰⁸ Ks. *Pedersen 1996* s. 56 ja siinä mainitut oikeustapaukset. Huomattavaa kuitenkin on, että Tanskassa on nimenomaan todennäköisyystahallisuudella vahva asema tietoisissa ja oikeuskäytännössä.

dollisuudeksi, vaikkei välttämättä todennäköisemmäksi kuin oman tulkintansa. Tällöin verovelvollisen voidaan katsoa hyväksyneen tunnusmerkistön täyttymisen, jos hän antaa tiedot veroviranomaiselle vain oman tulkintansa mukaisessa muodossa. Yleensä tiedot annetaan kirjanpidosta johdetussa tms. pelkistetyssä muodossa, jolloin toimenpiteen vero-oikeudellinen luonne em. tavoin ei ole avoimesti tiedoista arvioitavissa.

Velallisen epärehellisyydessä olemassaolevat taloudelliset vaikeudet on olosuhde, joka periaatteessa joko on olemassa taikka ei ole. Jos tekijä uskoo taloudellisten vaikeuksien vallitsevan, vaikka näin ei todellisuudessa ole, ei tällä hänen uskomuksellaan ole rikosoikeudellista merkitystä. Tunnusmerkistötekijä puuttuu tällöin joka tapauksessa. Tältä osin olosuhdetahallisuus poikkeaa siis tarkoitustahallisuudesta. Käytännössä taloudellisten vaikeuksien olemassaolo tai puuttuminen ei tietenkään ole tarkkarajaisesti arvioitavissa. Käsite on osin normatiivinen ja arvostuksenvarainen. Kirjanpidollisista kannattavuutta ja vakavaraisuutta koskevista tunnusluvuista saadaan kuitenkin liiketoimintaa harjoittavan velallisen kohdalla merkittävästi johtoa sanottuun arviointiin.

Odotettavissa olevat taloudelliset vaikeudet sisältää edellä lausutun lisäksi vielä ennusteen velallisen taloudellisen tilanteen tulevasta kehityksestä. Tämä muistuttaa seuraustahallisuutta siinä mielessä, että tekijän luovutustoimet tms. rikoslain 39 luvun 1 §:n 1)–4) kohdan tunnusmerkistötekijät täyttävät toimenpiteet saattavat osaltaan olla aiheuttamassa tulevat taloudelliset vaikeudet. Tällöin arviointi on itse asiassa yhdenmukaista seuraustunnusmerkin toteutumista eli maksukyvyttömyyden aiheuttamista koskevan arvioinnin kanssa.

8.3.1 Selonottovelvollisuuden laajuudesta

Selonottovelvollisuuden laajuutta arvioitaessa joudutaan palaamaan kirjoituksen alussa esitettyyn kysymykseen siitä, miten selonottovelvollisuuden laiminlyönnistä voidaan johtaa vastuu tahallisesta eikä ainoastaan tuottamuksellisesta menettelystä? Yksi vaihtoehto on tahallisuuden presumoiminen tietyissä tyyppitilanteissa.

Syyllisyysperiaatteen ja toisintoimimisen mahdollisuuden edellytykset paremmin täyttävä ratkaisu on kuitenkin selonottovelvollisuuden realisoivien seikkojen tapauskohtainen harkinta. Mikäli tekijällä on asemassaan tai menettelyssään ollut oikeudellinen velvollisuus menettelynsä oikeellisuuden varmistamiseen, muodostuu tahallisuus tämän velvollisuuden tietoisesta rikkomisesta. Ratkaisu edellyttää jonkinlaisen tahtotahallisuuden soveltamista. Sen näyttäminen, että tekijä on tekohekellä pitänyt kaikkien tunnus-

merkistötekijöiden täyttymistä todennäköisenä, voi olennaiselta osin tehdä tyhjäksi selonottovelvollisuuden sisällön.

Velallisen petoksen osalta mielenkiintoinen ja oikeuskirjallisuudessa arvioitu tahallisuutta koskeva ratkaisu on KKO 1995:64. Velallisyhtiön edustajan syyksi luettiin velallisen petos, kun hänen valalla oikeaksi vahvistamastaan pesäluettelosta puuttui yhtiön saatavia häneltä, hänen puolisoltaan ja intressiyhtiöltään yhteensä hieman yli 1 mmk. Vastaaja oli valituksessaan korkeimpaan oikeuteen vedonnut siihen, että kaikki pesäluettelosta puuttuneet saatavat ilmenivät pesänhoitajan käyttöön luovutetusta kirjanpidosta ja että hän oli luottanut siihen, että pesänhoitaja oli ammattimiehenä laatinut luettelon oikein. Korkein oikeus on ratkaisunsa perusteluissa viitaten konkurssisäännön 15 ja 18 §:ään todennut, että juuri vahvistamalla pesäluettelon oikeaksi velallinen antaa oikeudelle sellaisen ilmoituksen konkurssipesän varallisuudesta, jonka oikeellisuudesta hän vastaa. Se että luettelosta pois jätetyt pesän saamiset ilmenevät kirjanpidosta, ei perustelujen mukaan muuta sitä tosiasiaa, että velallinen on tahallaan valalla vahvistanut pesän varojen olevan todellista vähäisemmät eli salannut osan pesän varoista.

Nuotio on arvioinut ratkaisussa kehiteltävän jonkinlaista oppia siitä, että tekijän tahallisuus suhteessa jonkin tiedon virheellisyyteen on aina käsillä, milloin tekijä nimenomaan vannoo oikeudessa kyseisen tiedon oikeaksi. Tahallisuus konstruoidaan vastuuaseman ja siihen kuuluvan selonottovelvollisuuden kautta.¹⁰⁹ Tämä vaikuttaa perustellulta, koska korkein oikeus muutti hovioikeuden näyttöarvioinnin. Hovioikeus oli katsonut ilmoittamatta jätettyjen ja ilmoitettujen varojen vertailun jälkeen (1 mmk ja 1,4 mmk) olevan epäilyksen ulkopuolella, ettei velallinen olisi ollut tietoinen pesäluettelon virheellisyydestä. Ilmeisesti korkeimman oikeuden johtopäätös näytöstä oli siis toisenlainen.

Oikeuskäytännössä ei ole poikkeuksetta tulkittu pesäluettelon oikeaksi vanhojan selonottovelvollisuutta näin tiukasti. Toiseen lopputulokseen päätyneistä ratkaisuista esimerkkejä ovat Helsingin hovioikeus 28.5.1997 nro 1902 ja Vaasan hovioikeus 15.6.1998 nro 680. Ensin mainitussa tuomiossa hovioikeus totesi pesäluettelosta puuttuneen varallisuuden kaikilta osiltaan ilmenneen yhtiön kirjanpidosta ja ettei asiassa ollut esitetty selvitystä siitä, että vastaajan arvottomiksi väittämällä varoilla olisi ollut todellista varallisuusarvoa.¹¹⁰ Näillä perusteilla tahallisuuden katsottiin jääneen näyttämättä.

¹⁰⁹ Nuotio 1995 s. 959–960. Vento 1994 s. 219 ss. asettaa liiketoimintaa harjoittavalle velalliselle varsin pitkälle menevän velvollisuuden olla selvillä taloudellisesta tilanteestaan.

¹¹⁰ Pääsääntö tosin on, että varallisuus on joka tapauksessa ilmoitettava pesäluettelossa ja on konkurssipesän edustajan asia arvioida sen kuranttisuutta, ks. esim. Koponen 2001 s. 230.

Jälkimmäinen tuomio perustuu puolestaan nimenomaisesti siihen, että asiassa katsottiin varteenotettavaksi mahdollisuudeksi, etteivät vastaajat olleet havainneet saatavien puuttumista pesäluettelosta. Pesäluettelo oli poikkeuksellisen laaja käsittäen 169 sivua ja vastaajat olivat saaneet sen nähtäväkseen vain hieman ennen sen vannomista oikeaksi. Hyötymistarkoituksen puuttumiseen viitataan perusteluissa lisäksi siltä osin, ettei vastaajien ollut osoitettu pyrkineen salaamaan saatavien perusteena olleita kauppoja, joista kauppakirjat olivat pesänhoitajien käytettävissä.

Tahallisuusvastuu ei voine perustua pelkästään jälkikäteen todettuun selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin.¹¹¹ Tällöin oltaisiin pikemminkin tuottamuksen puolella ja syyllisyysperiaatteen vaatimukset tuskin täytyisivät. Tarvitaan lisäksi joitakin seikkoja, jotka realisoivat selonottovelvollisuuden merkityksen. Pesäluettelon vanhoja voidaan katsoa suhtautuneen hyväksyvästi omaisuuden puuttumiseen pesäluettelosta, kunhan hänellä on ollut tieto virheen mahdollisuudesta. Tämä väärän tiedon mahdollisuus toteutuu jo silloin, jos pesäluettelon vanhoja taikka esimerkiksi osakepääoman maksusta kaupparekisteriin vakuutuksen antava henkilö ei lainkaan tarkista mitä tietoja hän antaa. Tämä konstruointi kattaa silloin tapauksessa 1995:64 sekä sen tilanteen, ettei velallinen lainkaan tutustunut pesäluettelon tietoihin, että sen mahdollisuuden, että velallisen on pesäluetteloon tutustuttuaan täytynyt havaita sen virheellisyys.

Edellä mainituin tavoin myös rekisterimerkintärikoksen tunnusmerkistösä on kysymys väärin tietojen antamisesta viranomaiselle. Teko saattaa toteutua suunnitelmallisena osana talousrikollisuutta. Toisaalta yhtiöiden muodollisina edustajina käytetään usein henkilöitä, joilla tosiasiallisesti ei ole juurikaan tietoa yhtiön asioista. Näihin tilanteisiin soveltuu yhtiöoikeudellisen vastuuaseman luoma huolellisuus- ja selonottovelvollisuus. Jos tällainen bulvaani ei lainkaan pyri tarkistamaan tietojen oikeellisuutta, hänen voidaan katsoa suhtautuneen hyväksyvästi tai ainakin välinpitämättömästi mahdollisuuteen, että tiedot ovat vääriä. Jo bulvaanin käyttö tilanteessa, jossa siihen ei ole mitään toiminnallista syytä, viittaa tällaiseen mahdollisuuteen. Jos tällä muodollisella vastuuhenkilöllä on ollut jotain nimenomaista syytä epäillä tietojen todenmukaisuutta, on hänen vielä selvemmin katsottava hyväksyneen väärin tietojen mahdollisuuden.

Tällä tavoin vastaajien menettely on syyksiluettu esimerkiksi ratkaisussa Vaasan hovioikeus 15.2.2000 nro 160, dnro R99/405. Yhdessä rekisteri-

¹¹¹ Ks. *Vikatmaa 1970* s. 98–99 ja 134–136, jossa katsotaan selkeän selonottovelvollisuuden laiminlyönnin voivan muodostaa tahallisuuden. Kysymys onkin lähinnä siitä, milloin selonottovelvollisuus on näin korostetun selvä.

merkintärikosta koskevassa syytekohtassa oli kysymys yhtiön hallituksen ilmoituksesta, jonka mukaan 785.000 mk:n suuruisesta osakepääoman korotuksesta oli maksettu ja yhtiön hallussa 425.000 mk. Toisessa rekisterimerkintärikosta koskevassa syytekohtassa yhtiön hallitus oli ilmoittanut osakepääomasta 800.000 mk:sta suoritetun täyden maksun. Käräjäoikeus on hovioikeuden pysyttämässä perusteluissa todennut ensin mainitussa syytekohtassa, että vastaaja tietäessään yhtiön rahatilanteen ja allekirjoittaessaan hallituksen vakuutuksen osakepääoman korotuksesta selvittämättä vakuutuksen tietojen todenperäisyyttä, on hyväksynyt sen mahdollisuuden, että tiedot ovat väärät. Toisessa syytekohtassa käräjäoikeus on yhtiön asioihin kokonaan perehtymättömien vastaajien osalta päätellyt perusteluissa yksilöidystä todistustositseikoista heidän tienneen, mistä osakepääoman maksumaa koskevassa ilmoituksessa oli kysymys ja suhtautuneen välinpitämättömästi mahdollisuuteen, että he allekirjoituksellaan todistaisivat paikkansa pitämättömän seikan.

Mitä monitahoisemmista tiedoista ilmoituksessa on kysymys, sitä suurempia edellytyksiä täytyy asettaa selonottovelvollisuuden rikosoikeudellisen merkityksen realisoitumiselle. Kirjanpidon tiedoista johdetun veroilmoituksen antajalla on velvollisuus varmistua antamistaan tiedoista, mutta jonkin yksittäisen virheen osalta tekijällä tulee olla yksilöity syy epäillä tietojen oikeellisuutta, jotta tahallisuus voisi perustua selonottovelvollisuuteen. Esimerkiksi luotonantotoiminta edellyttää luottotietojen tarkistamista ja tämän selkeä laiminlyönti voi täyttää tahallisuuden, mutta selonottovelvollisuuden laajuus riippuu tapauskohtaisista olosuhteista.¹¹²

Teollisoikeuksia loukkaavan menettelyn arvioinnissa sovellettavaa selonottovelvollisuutta koskevat mm. ratkaisut Helsingin hovioikeus 10.10.1996 nro 5225 ja Helsingin hovioikeus 29.5.1997 nro 1962. Ensin mainitussa jutussa katsottiin, että maahantuojana toimineen yhtiön edustajien olisi tullut varmistautua oikeudestaan myydä kysymyksessä olleita laitteita Suomessa. Muodollisen aseman omanneen hallituksen jäsenen osalta syyte tavaramerkkioikeuden loukkauksesta kuitenkin hylättiin, kun hänen ei ollut näytetty osallistuneen maahantuontiin tai myyntiin.

Jälkimmäisessä ratkaisussa käräjäoikeus perusti tavaramerkkioikeuden loukkauksen tahallisuuden nimenomaisesti siihen, että tekijöillä oli ollut korostunut selonottovelvollisuus tavaroiden alkuperän selvittämisessä. Hovioikeus sen sijaan arvioi selonottovelvollisuuden syntymistä yksityiskoh-

¹¹² Ks. myös *Tähtivuori* 1999 s. 424 ja *Vento* 1998a s. 551 ss., joissa viitataan kriteereinä luottokohteen epävarmuuteen ja riskialttiuteen, luottosumman poikkeuksellisuuteen ja henkilökunnan vastuisiin.

taisemmin eritellen ja katsoi, ettei syytteen kiistetyltä osalta ollut esitetty selvitystä, joka osoittaisi vastaajien ao. asusteista maksamat ostohinnat olennaisesti alhaisemmiksi kuin aitojen merkkitarvikkeiden kohdalla. Asiassa ei myöskään ollut esitetty myyjätahosta tai ostotapahtumasta muuta selvitystä, joka viittaisi tuoteväarennösten myyntiin. Asusteiden eräiltä osin huomoppaavaa laatua ei voitu pitää sellaisena, että ne olisi tavanomaisessa tarkastelussa voitu havaita tuoteväarennöksiksi. Asiassa ei siten ollut esitetty seikkoja, jotka olisivat antaneet vastaajille korostuneen selonottovelvollisuuden asusteiden alkuperästä. Näyttämättä oli siten jäänyt, että vastaajat asusteita hankkiessaan ja edelleen myytäväksi tarjotessaan olisivat pitäneet varmana tai varsin todennäköisenä, että ne oli luvatta varustettu toisen tavaramerkillä.¹¹³

Yhtiöoikeudellisesti muodollisesti vastuuasemassa olevan henkilön selonottovelvollisuus yhtiön nimissä tehtävistä oikeustoimista ei ole yhtä laaja kuin yksilöidyn nimenomaisen tiedon antamisessa viranomaiselle. Korkein oikeus hylkäsi ratkaisussaan 12.11.1999 nro 3121 osakeyhtiössä muodollisessa toimitusjohtajan asemassa olleeseen vastaajaan kohdistetun syytteen velallisen epärehellisyydestä, joka perustui osallisuuteen yhtiötä tosiasiallisesti johtaneen hallituksen jäsenen yhtiöstä suorittamiin ennakkonostoihin. Lähtökohtana arvioinnissa voitiin korkeimman oikeuden mukaan pitää, että toimitusjohtaja on tietoinen näin huomattavasta varojen väärinkäytännöstä. Tässä jutussa yksilöityä näyttöä tietoisuudesta ei kuitenkaan ollut eikä ilmeisesti myöskään seikkoja, jotka olisivat realisoineet selonottovelvollisuuden. Perusteluissa on lausuttu vain toimitusjohtajan tietoisuutta koskevasta näytöstä, viittaamatta selonottovelvollisuuteen.¹¹⁴

Yhteenvetona edellä esitetystä voidaan todeta, että rikosoikeudellisesti tekijälle voidaan asettaa selonottovelvollisuus sellaisten seikkojen paikkansapitävyydestä, joiden oikeellisuudesta hänellä on tietty yksilöity velvollisuus varmistua. Selonottovelvollisuuden laajuus on ratkaistava tunnusmerkistö- ja tekokohtaisesti. Yleisemmällä tasolla selonottovelvollisuus on loogisesti paremmin perustettavissa tekijän hyväksyvään tai välinpitämättömään suhtautumiseen tunnusmerkistön täyttymiseen eli tahtotahallisuuteen

¹¹³ Ratkaisussa on siis *ensin* päädytty siihen, ettei vastaajilla ko. jutussa ollut korostunutta selonottovelvollisuutta. *Tämän jälkeen* tahallisuutta arvioitiin todennäköisyystahallisuuden avulla. Mielenkiintoinen kysymys on, miten hovioikeus olisi muotoillut tahallisuusarvioinnin siinä tapauksessa, että se olisi päätyntä selonottovelvollisuuden olemassaoloon.

¹¹⁴ Hovioikeuden tuomiossa oli lausuttu, ettei vastaaja ollut saattanut todennäköiseksi, ettei hän olisi ollut tietoinen osakaslainojen antamisesta. Korkein oikeus totesi tältä osin, ettei vastaajan tarvitse saattaa todennäköiseksi, että hän ei ollut tietoinen varojen oikeudettomasta käytöstä.

kuin todennäköisyystahallisuuteen. Mikäli vaaditaan todennäköisyystahallisuuden edellyttämää tietojen virheellisyyden todennäköisyyttä eli yli 50 prosentin virhetodennäköisyyttä, vesittyy selonottovelvollisuuden merkitys huomattavalta osin. Tällöin vaarana on, että toimimalla leväperäisesti tekijä voi välttää rikosoikeudellisen vastuun. Kysymys on nimenomaan tekijän mieltämästä todennäköisyydestä, joka saattaa vielä merkittävästi poiketa objektiivisen ulkopuolisen tarkastelijan näkemyksestä.

Tapauksessa 1995:64 tulkintaongelmana on lisäksi ollut tunnusmerkistön edellyttämä tekijän tarkoitus hyödyn hankkimiseen. Tältä osin pelkän mahdollisuuden mieltäminen ei voi täyttää tunnusmerkistöä, kun ehdollinen tahallisuus ei ole ko. korotettuun tahallisuusvaatimukseen riittävä. Eri mieltä olleen jäsenen näkemys syytteen hylkäämisestä perustui juuri tämän hyötymistarkoituksen puuttumiseen.¹¹⁵ Kun toisaalta tunnusmerkistö ei edellytä konkreettista saavutetun hyödyn selvittämistä, vähäinkin onnistumisen mahdollisuus on riittävä kuten tarkoitustahallisuuden osalta on edellä todettu. Näyttökysymys on, onko vastaajalla todella ollut sanottu tarkoitus.¹¹⁶ Jos velallisella oli tieto pesäluettelon virheellisyydestä, rationaalinen perustelu on, ettei velallisella olisi ollut mitään muuta ymmärrettävää syytä jättää puutetta korjaamatta kuin pyrkimys hyötyä virheestä. Yhtä selvää ei ole hyötymistarkoituksen täyttyminen tahallisuuden perustuessa selonottovelvollisuuteen.

8.4 Tarkoituksellinen tietämättömyys

Ainakin pesäluettelon ja kaupparekisteriin annettavan vakuutuksen kaltaisen yksilöidyn tiedon osalta noudatettavan tiukemman selonottovelvollisuuden kohdalla totaalisen passiivisuuden ja välinpitämättömyydenkin tulisi johtaa syyksilukemiseen. Muutoin erilaiset bulvaanit ja muodolliset vastuuhenkilöt voisivat välttää rikosoikeudellisen vastuun pysyttelemällä tarkoituksellisesti tietämättöminä.

Tarkoituksellinen tietämättömyys on tietyissä tapauksissa syyksiluettu tahallisuutena. Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa dolus Alexandersoniksi

¹¹⁵ Äänestyslausumassaan oikeusneuvos Taipale katsoo vastaajan luottaneen siihen, että pesänhoitaja oli laatinut luettelon oikein ja vastaajan täytyneen käsittää, ettei kirjanpitoon merkityn saatavan salaaminen onnistuisi.

¹¹⁶ Korkeimman oikeuden ratkaisuperustelut jättävät avoimeksi sen, mistä tämän tarkoituksen olemassaolo on päätelty. Nuotio on katsonut, että ilmeisesti saatavien poisjättämisen pesäluettelosta on ajateltu sinällään jo osoittavan myös hyötymistarkoituksen käsilläolon; *Nuotio 1995 s. 960.*

nimetty tahallisuusmuoto koski juuri näitä tilanteita,¹¹⁷ ja ”wilful blindness” esiintyy myös englantilaisessa käsitteistössä tahallisuusvastuun perustavana tietoisuutena. Ratkaisussa Croyalgrange Ltd 1986 lausuttiin (House of Lords perustelut): ”The defendant had deliberately shut his eyes to the obvious or refrained from inquiry because he suspected the truth but did not want to have his suspicions confirmed.” Arviointi on kuitenkin korostetun rikoslaji-kohtaista.¹¹⁸

Meillä ei liene tahallisuutta suoranaisesti perustettu tarkoitukseen välttää tiedon hankkiminen. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2001:13 tahallisuusarviointi on kirjoitettu puhtaasti todennäköisyystahallisuuden muotoon. KKO totesi tuomionsa perusteluissa tahallisuuteen vastaaja A:n osalta jutussa kuuluvan, että hän tiesi säilytettävänään olleen kassin sisältävän huumausainetta. Edelleen perusteluissa lausutaan olevan epätavallista, että puoliso antaa toiselle laukun säilytettäväksi kodin ulkopuolella ilman että syyt menettelyyn selvitetään. Se, ettei A tiedustellut kassin sisältöä viittasi siihen, että hän oli arvannut asian oikean laidan ja ettei hän itseään suojellakseen ollut halunnut sitä kuulla. KKO katsoi A:n pitäneen varsin todennäköisenä, että kassi sisälsi huumausaineita ja hänellä siten olleen huumausainerikoksen edellyttämä tahallisuus.

Perusteluihin ei sinällään ole huomauttamista, *mikäli* näyttöarviointi aidosti päätyi siihen, että kassin kyseinen sisältö oli A:n mielestä oli todennäköisempi vaihtoehto. A oli perustelujen mukaan jossain määrin tietoinen puolisonsa harjoittamasta huumausainekaupasta eikä ollut kysynyt kassin sisältöä, mikä kysymys olisi normaalisti ollut luonnollinen. Hän oli siten voinut pitää todennäköisenä, että kassi sisälsi huumausaineita. Vaikka tässä yksittäistapauksessa näin ollen katsottiin todennäköisyystahallisuuden täytyneen, ei tarkoituksellisessa tietämättömyyden pysyttelemisessä tekijä kuitenkaan suinkaan aina miellä yli 50 prosentin todennäköisyydellä tunnusmerkistön täyttymistä. Hän saattaa hyvällä syyllä pyrkiä itsensä suojelemiseen mahdolliselta rikosvastuulta välttämällä kaikkea yksilöityä tietoa.

Tämä voi talousrikosasioissa olla ilmeistä bulvaanien ja muiden selvästi muodollisessa vastuuasemassa olevien henkilöiden kohdalla. Bulvaanijärjestelyissä ja ns. ”saattohoitajien” kohdalla on usein jo lähtökohtana muodollisen vastuuaseman ottaminen, mutta tietämättömyys tosiasiallisesta toimin-

¹¹⁷ NJA 1941 s. 466 ja 1942 s. 420, ks. esim. *Jareborg 1969* s. 55–57 ja *Jareborg 2001* s. 313. Nykyään sen ei katsota yksin riittävän tahallisuusvastuuseen. Ks. myös *Andenaes 1997* s. 220–221 lausuttu ja siinä kuvattu Norjan ylimmän oikeusasteen ratkaisu.

¹¹⁸ Esim. *Smith – Hogan 1996a* s. 116, *Williams 1983* s. 125 ja 897. Huom. esim. myös *Krennitzer 1992* s. 61–62 lausutun mukaan Israelin rikoslain yleisen osan uudistusesityksessä rinnastetaan ”wilful disregard” olosuhteen olemassaolon suhteen tietoisuuteen sen olemassaolosta.

nasta. Tämä tarkoitus ei välttämättä konkretisoidu todennäköiseksi tiedoksi tunnusmerkistön täyttymisestä jonkin yksittäisen toimenpiteen osalta. Tällaisen menettelyn on joka tapauksessa katsottava olevan omiaan reaalisomaan tiukan selonottovelvollisuuden. Rikosoikeudellisen vastuun liiallista laajuutta rajaavana toimii näissäkin tilanteissa konformiteettiperiaate. Tekijällä on kuitenkin tullut olla mahdollisuus toimia toisin.

Tahallisen ”silmien ummistamisen” huomioon ottaminen on lisäksi merkityksellistä mm. osallisuusvastuussa. Verovelvollisena taikka taloudellisessa kriisitilassa velallisenä olevan yhtiön vastuuhenkilöiden tulee olla selvillä yhtiön kirjanpidon ja siihen perustuvien tietojen oikeellisuudesta sekä yhtiön taloudellisesta asemasta. Tehtävä- ja vastuujaolla tietoisuutta voidaan kuitenkin yrittää viipaloida niin, ettei kenellekään näytä muodostuvan riittävää kokonaiskuvaa. Mikäli tähän ei ole mitään liiketaloudellisia perusteita, kysymyksessä saattaa olla pelkkä pyrkimys vastuun välttämiseen. Rikosoikeudellisten tulkintojen ei tule suosia rikosvastuun välttämistä muodollisilla yhtiöoikeudellisilla vastuujärjestelyillä. Esimerkkinä tämän näkökohdan huomioon ottavasta perustelutavasta on kirjanpitorikoksen tekijäasemaa koskeva ratkaisu KKO 2001:86.¹¹⁹

Yksi vaihtoehto rikosoikeudellisen vastuun kanavoimiseen bulvaanitilanteissa on välillisen tekemisen soveltaminen, jos muodollisen vastuuhenkilön taustalla tosiasiallisesti toimii joku muu ja vastuuhenkilöltä katsotaan puuttuvan tahallisuus. Lisäksi näissä tilanteissa esiintyy myös oikeuskäytäntöä, jonka mukaan ao. henkilöt syyllistyvät rekisterimerkintärikokseen antaessaan vastuuhenkilöistä rekisteriin tosiasioita vastaamattoman tiedon. Nämä vaihtoehdot eivät kuitenkaan riitä tyydyttävästi kattamaan kaikkia tapauksia. Bulvaanina muodollisessa vastuuasemassa toimimista esiintyy käytännössä lähes ammattimaisena, talousrikollisuutta merkittävästi edistävänä toimintana.¹²⁰

8.5 Saksalainen tahallisuusmalli

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä tavallisin ehdollisen tahallisuuden muoto perustuu tunnusmerkistön täyttymisen vakavasti ottamiseen tai huomioon ottamiseen (ernstnehmen, sich abfinden). Tämä malli

¹¹⁹ Tästä esim. *Koponen 2002* s. 137 ss.

¹²⁰ Ks. myös esim. *SOU 1998:47*, jossa koko mietintö koskee bulvaaniongelmaa ja sen mahdollisia ratkaisukeinoja.

ei perustu puhtaasti tahtotahallisuuteen, vaan myös seurauksen todennäköisyydellä on olennaista merkitystä. Jotta tunnusmerkistön täyttyminen olisi vakavasti otettava mahdollisuus, täytyy sen todennäköisyys olla melko korkea. Tekijän suhtautumisessa tunnusmerkistön mukaiseen tekoon pelkkä välinpitämättömyyskin voi olla riittävä, mutta se ei rinnastu seurauksen vakavasti ottamiseen.¹²¹ Vastaavasti ei yksin pelkkä tietoisuus seurauksen mahdollisuudesta riitä.

Edellä mainitun tunnusmerkistön täyttymisen vakavasti ottamisen ohella on tahallisuuden alinta asteen toteutumista kuvattu tekijän ratkaisuksi oikeushyvää vastaan. Pääsisältö tahallisuudelle ja sen edellyttämälle syyllisyydelle muodostuu molemmissa muotoiluissa siitä, että tekijä ottaa seurauksen tai muiden tunnusmerkistötekijöiden täyttymisen mahdollisuuden huomioon ryhtyessään tekoon.¹²²

Tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyys muodostaa indision sen vakavasti ottamisesta, mutta todennäköisyys ei toimi suoraan tahallisuuden perusteena.¹²³ Toisaalta korkeakaan todennäköisyys ei välttämättä johda tahallisuuteksi tekona syyksilukemiseen. Oikeuskäytännössä BGH:n tuomio- perusteluissa on todettu, ettei seurauksen todennäköisyys yksin ole riittävä kriteeri sen mieltämisestä ja hyväksymisestä sisäisesti. Ratkaisuissa on otettu huomioon myös tekijän muut motiivit ja intressit.¹²⁴

Vaikka tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuuden vakavasti ottaminen on kielellisesti hieman vähemmän kuin sen hyväksyminen ja ehkä vähän enemmän kuin välinpitämättömyys, eivät tulkintaperiaatteet näiltä osin ilmeisesti eroa merkittävästi toisistaan. Samalla tämä malli ei kuitenkaan voi merkittävästi erota myöskään todennäköisyystahallisuudesta, kun myös tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyydelle asetetaan nimenomaisesti vaatimuksia. Toisaalta todennäköisyydelle ei Saksassa aseteta välttämättä

¹²¹ Olisi kuitenkin virheellistä yleisesti todeta, ettei välinpitämättömyys ole riittävä peruste tahallisuuden täyttymiseen. Esim. Roxin viittaa siihen, että välinpitämättömyys seurauksen suhteen on indisio siitä, että tekijä on ottanut sen mahdollisuuden vakavasti. Välinpitämättömyys tahallisuuden perusteena voi johtaa liian suppeaankin tulkintaan, jos sen puute ja pelkkä toive tunnusmerkistön täyttymättä jäämisestä poistaisi tahallisuuden. Roxin katsoo niinkään, että tekijän ollessa täysin välinpitämätön hän suhtautuu samalla tavalla sekä seurauksen syntymiseen että sen syntymättä jäämiseen, mitä voidaan jo pitää tekijän ratkaisuna oikeudenloukkauksen mahdollisuuden puolesta. Ks. *Roxin 1997 s. 376–377 ja 380.*

¹²² *Hassemer 1989 s. 295, Jescheck – Weigend 1996 s. 299–301, Roxin 1997 s. 375–377, Rudolphi – Horn – Samson – Günther 2000 15–16 §:t 43/72. Hillenkamp 1989 s. 364* esitettyssä esimerkissä em. ratkaisu oikeushyvän mahdollisen loukkauksen puolesta vastaa muodoltaan varsin pitkälle meillä käytössä olevaa positiivisen tahtoteorian kuvausta.

¹²³ *Jescheck – Weigend 1996 s. 302, Roxin 1997 s. 383.*

¹²⁴ Ks. *Herzberg 2000 s. 75–76* lausuttu ja siteerattu.

edes yksinkertaisen enemmyyden edellytystä.¹²⁵ Hieman laajempaa tahallisuuden alaa sen sijaan tarkoittaa Saksassa oikeustieteessä ja -käytännössä varsinkin aiemmin yleisesti esiintynyt ilmaus tahallisuuden muodostumisesta seurauksen ”kaupan päälle ottamisesta” (in Kauf nehmen). Uudempi oikeuskäytäntö on kuitenkin nykyään pääsääntöisesti seurauksen mahdollisuuden vakavasti ottamista tai huomioon ottamista koskevan opin kannalla.¹²⁶

8.6 Tekijän suhtautuminen: Välinpitämättömyys

Välinpitämätön suhtautuminen tunnusmerkistön täyttymiseen on jo kielellisesti soveltamisalaltaan hyväksyvää suhtautumista laajempi. Ståhlberg on petosta koskevassa väitöskirjassaan lausunut, että mikäli dolus eventualis-asteen tahallisuus katsotaan täyttyvän silloinkin, kun tekijä suhtautuu seurauksen syntymisen mahdollisuuteen vain välinpitämättömästi, on esittämänsä asianlaidan todenperäisyyteen uskovakin henkilö toiminut tahallisesti, mikäli hän on ottanut mahdollisena huomioon sen, ettei asianlaite olekaan todenmukainen.¹²⁷ Tällöin siis raja petoksen edellyttämän tahallisuuden täyttymisessä asettuu alemmaksi kuin todennäköisyystahallisuudessa.

Melko tuoreessa petosta koskevassa ratkaisussa KKO 1996:149 on perusteluissa lausuttu tekijän tietoisuudesta maksukyvyystään, että tapauksessa kysymyksessä olleissa olosuhteissa hänen oli täytynyt muiden velkojen maksuun käytettyjä luottoja ottaessaan ymmärtää niiden jäävän häneltä maksamatta ja että hän oli suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi. Samanlainen mieltämisen ja välinpitämättömän suhtautumisen yhdistävä perustelu esiintyy myös ratkaisussa KKO 1997:33, jossa lahjusrikkomuksen osalta katsottiin, että vastaajan oli tapauksessa yksilöidyissä olosuhteissa täytynyt käsittää, että hänen menettelynsä oli ollut omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen ja että hän oli suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi.

¹²⁵ *Roxin 1997* s. 378–380. Saksassa hyväksyvään suhtautumiseen perustuva ja varsinkin aiemmin oikeuskäytännössä usein esiintynyt tahallisuusmuoto on myös Billigungstheorie. Esim. Jakobs ei vaadi perustaessaan tahallisuuden tietoisuselementtiin sen suurempaa todennäköisyyttä kuin että tekijä ei ole tekohetkellä pitänyt tunnusmerkistön täyttymistä epätodennäköisenä – tällöin ei siis edellytetä yli 50 prosentin todennäköisyyttä. Ks. *Jakobs 1991* s. 270–273. Samoin todennäköisyystahallisuuden esityksessä *Hillenkamp 1999* s. 3.

¹²⁶ *Jescheck – Weigend 1996* s. 301, *Roxin 1997* s. 395–400.

¹²⁷ *Ståhlberg 1964* s. 236–237.

Se, missä määrin ”välinpitämättömyystahallisuus” eroaa seurauksen hyväksymisestä riippuu jälleen viime kädessä siitä, miten sitä prosessuaalisesti sovelletaan. Frände huomauttaa perustellusti, että tahallisuusteorioiden toimivuus riippuu todistelusta ja että jokainen teoria on testattava todistelumahdollisuuksilla.¹²⁸ Välinpitämättömyydelle voidaan asettaa lisäedellytyksiä siten, että joistakin todistustositseikoista on käytävä ilmi reaalin sisältö tälle välinpitämättömyydelle. Tekijä on voinut esimerkiksi laiminlyödä sellaiset varotoimet vahingon välttämiseksi, jotka vahinkoseuraukseen vakavasti suhtautuen olisivat ilmeisiä.

Jos vastaavasti hyväksyvältä suhtautumiselta ei edellytetä mitään tekijän nimenomaista julistusta hyväksymistahdostaan,¹²⁹ vaan arvioinnissa otetaan huomioon myös objektiivisesti havaittavissa olevat ulkoiset seikat,¹³⁰ ei ero välinpitämättömyystahallisuuteen ole välttämättä merkittävä. Objektiivisen tarkastelun mukanaolon ei tarvitse merkitä subjektiivisen syyllisyyden periaatteesta poikkeamista. Todennäköisyystahallisuudessaakin joudutaan täysin vastaavin tavoin perustamaan arviointi huomattavassa määrin siihen, mitä tekijän on ulkopuolisen tarkastelijan mielestä *täytynyt* todennäköisyydestä mieltää. Tekijän mielen sisällöstä ei saada luotettavaa näyttöä sovellettiinpa mitä tahallisuusteoriaa tahansa.

Välinpitämättömyys on varsinkin aiemmin rinnastettu myönteisenä tahdonsuuntauksena hyväksyvään suhtautumiseen, näin mm. lakivaliokunnan mietinnössä 11/1970. Kyseinen mietintö tosin koski siveellisyysrikoksia, mikä seikka rajoittaa sanotun lausuman yleistettävää merkitystä siinä mielessä, että nimenomaan ns. suojaikärajoja koskevissa kriminalisoineissa pelkkää todennäköisyystahallisuutta on pidetty ongelmallisena. Kun henkilön iästä voi olla hyvin vaikea vetää varmoja johtopäätöksiä pelkäättään ulkoisten seikkojen perusteella, voi todennäköisyystahallisuus jäädä täyttymättä tilanteissa, joissa kriminaalipoliittisesti näyttäisi rangaistusvastuu selvästi tarpeelliselta. Rangaistusvastuuta on yleisesti pyritty näissä rikoksissa laajentamaan erityisten tulkintasääntöjen taikka tunnusmerkistöön kirjoitettujen subjektiivisen puolen täyttymistä helpottavien säännösten avulla.¹³¹

¹²⁸ Frände 2001 s. 136.

¹²⁹ Vrt. OLV 5/2000 s. 101–102 ilmenevä lisäedellytys, jonka mukaan hyväksyvän suhtautumisen tulee ilmetä jotenkin muutoinkin kuin rikoksen täytäntöönpanon jatkamisena saat-taisi käytäntöä ajatellen olla liian tiukka rajaus.

¹³⁰ Objektiivisen arvioinnin merkityksestä velallisen rikosten tunnusmerkistöjen tulkinnassa Koponen 2001 s. 228 ss.

¹³¹ Ilmeisesti pisimmälle menevänä esimerkkinä pohjoismaissa tietoisuuden merkityksen rajaamisesta on Norjan Strl. 195 §.

Rikosoikeuskomitean mietinnöstä 1976 lähtien on positiivisen tahtoteorian yleensä ja välinpitämättömyystahallisuuden asema erityisesti heikentynyt ja todennäköisyystahallisuuden vahvistunut. Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen I-vaiheessa nimenomaiset tahallisuusperustelut ovat jo pääsääntöisesti todennäköisyystahallisuuden muodossa.¹³² Oikeustieteessä Frände on 1994 ja 2001 julkaistuissa rikoslain yleisten oppien esityksissään perustanut tahallisuusarvioinnin osaltaan välinpitämättömän suhtautumisen varaan.¹³³ Haettaessa Ruotsissa uutta tahallisuusmallia hypoteettisen dolus eventualis -mallin tilalle asetettiin komiteamietinnössä (kvalifioitu) todennäköisyystahallisuus välinpitämättömyystahallisuuden edelle lähinnä vain siitä syystä, että sen arvioitiin paremman takaavan nykyisin vallitsevan tulkinnan muuttumisen.¹³⁴

Välinpitämättömyyttä tahallisuuden perusteena voidaan edellä mainituin tavoin arvostella lähinnä siitä, että se jättää rajanvedon tuottamukseen liian epävarmaksi. Talousrikoksissa on silti hyvinkin ajateltavissa tilanteita, joihin edellä mainittu ”kvalifioitu” välinpitämättömyys sopii. KKO on rinnastanut hyväksyvän ja välinpitämättömän suhtautumisen talousrikosasioissa ainakin ratkaisussa 1984 II 105. Siinä avunanto törkeään veropetokseen syyksiluettiin vastaajille, joiden oli täytynyt käsittää, että kiinteistökaupan toinen osapuoli todennäköisesti tuli käyttämään hyväkseen kauppakirjaa siihen merkittyine todellista alhaisempine kauppahintoineen pidättäkseen veroa ja he olivat suhtautuneet tähän mahdollisuuteen hyväksyvästi tai ainakin välinpitämättömästi. Samanlainen perustelu esiintyy mm. edellä mainitussa kirjanpitorikosta ja törkeää veropetosta koskevassa Rovaniemen hovioikeuden ratkaisussa 31.5.2001 nro 314 sekä velallisen epärehellisyyttä koskevassa ratkaisussa Turun hovioikeus 10.9.1996 nro 2857.

¹³² Osittainen poikkeus on mm. väärennyksen osalta korostettu selonottovelvollisuus; *HE 66/1988 vp.* s. 113.

¹³³ *Frände 1994* s. 127 ss. ja *Frände 2001* s. 143 ss. Frände kylläkin näyttää asettavan yleisten oppien uudemmassa painoksessa entistä selvästi korkeammat vaatimukset tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyydelle seurausrikoksissa lähestyen todennäköisyystahallisuutta – ks. *Frände 2001* s. 147 verrattuna *Frände 1994* s. 131. *Träskman 1985* s. 60 ss. esittää välinpitämättömän suhtautumisen sisältävän positiivisen tahtotahallisuuden vielä vallitsevana oppina. *Jonkka 1991* s. 84 toteaa tahallisuuden kriteerinä pidetyn tekijän asennoitumista mieltämäänsä seurauksen mahdollisuuteen; jos hänen arvioidaan suhtautuneen siihen vähintään välinpitämättömästi, katsotaan teko tahalliseksi. Jonkka kuitenkin toteaa tuolloin, että voidaan kysyä, onko korkein oikeus siirtynyt mieltämisteorian kannalle. Yksittäisten rikostunnusmerkistöjen osalta on mm. Lehtonen veropetoksen tahallisuusarvioinnissa nojautunut välinpitämättömyyteen; ks. *Lehtonen 1981* s. 116–117 ja *Lehtonen 1986* s. 367 ss.

¹³⁴ Tämä erityisesti siitä syystä, että tuomioistuinten perusteluissa viitataan usein tekijän välinpitämättömyyteen osana tahallisuusperusteluja, näin myös hypoteettisen arvioinnin lisänä; ks. *SOU 1996:185* s. 115, 119, 122.

Myös mm. ratkaisussa Turun hovioikeus 6.3.1998 nro 609 tahallisuusarviointi on perustunut nimenomaisesti välinpitämättömyyteen, jonka ohella on otettu huomioon tietty selonottovelvollisuus. Avunannosta velallisen epärehellisyysyteen tuomitun henkilön B osalta hovioikeus lausui, että hän olisi ennen ryhtymistään syytteessä mainittuihin oikeustoimiin, joiden kokonaisvaikutuksen hän tiesi, ollut velvollinen selvittämään, aiheutuiko velallinen A:lle (B:n puoliso) henkilökohtaisia vastuita konkurssiin menneen yhtiön osalta ja mikä tuolloin oli A:n taloudellinen tilanne. Laiminlyödessään tuollaisen selvityksen hankkimisen B oli suhtautunut vähintäänkin välinpitämättömästi A:n velkojien etuun ja siihen, että velkojille saattoi aiheutua toimista vahinkoa.¹³⁵

Korkein oikeus on myös tuoreessa riita-asiaa koskevassa tuomiossaan 16.6.2000 nro 1266 käyttänyt rikokseen perustuvaa vahingonkorvausta koskevassa asiassa seuraavaa perustelua: ”Tällöin on jätetty, yhtiöveron hyvityslaskelmaan luottaen, huolehtimatta siitä, että verovelalle olisi kaikissa olosuhteissa kate. Vastaajan menettely tilanteessa, jossa osakepääoma oli menetetty, osoittaa hänessä sellaista välinpitämättömyyttä velkojien oikeuksista, että menettely voidaan lukea tahalliseksi hänen viakseen.”¹³⁶

8.7 Kontrollioimaton seuraus

Tahallisuuden soveltamisalan laajuuden määrittäminen on ongelmallisinta tietyissä erityistapauksissa. Liian laajaan soveltamisalaan saatetaan päätyä esimerkiksi edellä mainittuun selonottovelvollisuuteen liittyvissä tilanteissa, ellei syyllisyysperiaate toimi vastuun rajoituksena. Tämä tulee esille erityisesti tilanteissa, joissa ei ole selonottovelvollisuuden realisoitumista korostavia seikkoja. Selonottovelvollisuuden liian tiukka soveltaminen voi näissä tapauksissa viedä tahallisuusvastuun arveluttavan laajaksi ja osin tuottamuksen puolelle.

Liian suppeaan soveltamisalaan voidaan päätyä puolestaan mm. tapauksissa, joissa seurauksen syntymisen todennäköisyys *ex ante* on pienempi

¹³⁵ Sanottu lausuma tarkoittanee B:n tahallisuuden suhdetta A:n taloudelliseen kriisitilaan, täytäntöönpanotointen velkojien taloudellisille eduille aiheuttamaan vaaraan sekä maksukyvyttömyyden aiheutumiseen. Hyväksyttävän syyn puuttumisesta itse oikeustoimilta B:n oli katsottu olleen tietoinen.

¹³⁶ Muun ohella tähän ratkaisuun on viitattu Valtakunnansyyttäjänviraston rikoslakiprojektin ehdotukseen antamassa lausunnossa. *Tapani 2001* s. 271–273 on suhtautunut osin kriittisesti sanotusta ratkaisusta tehtyihin johtopäätöksiin ja välinpitämättömyystahallisuuteen ylipäätään.

kuin sen syntymättä jäämisen, mutta tekijällä ei ole minkäänlaista tapahtumainkulun kontrollia seurauksen aiheutumisen suhteen. Tekijällä oleva tapahtumien kontrolli voi sinänsä toimia sekä tekijän vastuuta korostavana että sitä rajoittavana tekijänä. Normaalisti voitaneen todeta tapahtumien vahvan hallinnan korostavan tekijän vastuuta sikäli, että seuraus on tällöin varmemmin yksin hänen moitittavan menettelynsä tulosta ja nimenomaan hänelle syyksiluettava.¹³⁷ Toisaalta hyvä kontrolli voi myös oikeuttaa tekijän uskon, ettei seurausta sinänsä riskialttiista toiminnasta kuitenkaan aiheudu. Tämä saattaa poissulkea vastuun tahallisesta teosta, vaikka tekijän menettelystä lopulta aiheutuukin tunnusmerkistön kieltämä seuraus.

Jos menettely on varsinaisen tekijäntoimen osalta täysin tietoista ja tapahtumien kontrolli tämän jälkeen ennen seurauksen syntymistä katkeaa, on tekijällä ollut toisintoimimisen mahdollisuus tekohetkellä. Oikeuskäytännöstä talousrikosten ulkopuolelta esimerkkeinä tällaisesta kontrollin puutteesta ovat aiemmin mainitut pitkältä etäisyydeltä tapahtuneet haulikolla ampumiset. Näissä tapauksissa seurauksen laatu ja ylipäättään sen aiheutuminen on haulien suuren hajonnan ja pienehkön tunkeutuvuuden takia hyvin sattumanvaraista eikä edes tähdätyssä laukauksessa ampujan ampumahetkellä tarkemmin ennakoitavissa tai kontrolloitavissa. Ero esimerkiksi teräaseella lyöden tehtyyn tekoon muodostuu siitä, että viimeksi mainitussa seuraus on enemmän riippuvainen yksittäistapauksessa käytetystä lyönnin voimasta ja suuntauksesta.

Talousrikoksiin sovellettuna samantyyppinen tilanne voisi olla esimerkiksi merkittävien velaksi tapahtuvien hankintojen tekeminen tai varojen nostot yhtiömuotoisen velallisen varallisuudesta tilanteessa, jossa ostajan / velallisen maksukyky on täysin riippuvainen jostakin epävarmasta myynti- tai rahoitussopimuksesta. Maksukyky voi olla riippuvainen myös mm. tekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolisesta verotuskysymyksen tai riitasian ratkaisusta. Menettely voi toteuttaa petoksen tai velallisen epärehellisyiden tunnusmerkistön, jos tahallisuuden katsotaan täytyneen.

Jos tekijä uskoi em. sopimuksen olevan todennäköinen, ei hänen maksukyvyystään nimenomaisesti tai tosiasiallisesti antamansa kuva ollut hänen kannaltaan tekohetkellä todennäköisesti erehdyttävä väärä tieto eikä myöskään tappion aiheutuminen tavarantoimittajille ollut todennäköistä. Tekijä ei myöskään ole tällöin mieltänyt velallisen varallisuusasemaa huonontavien rahanostojen velkojien oikeuksia loukkaavaa ja maksukyvyttömyyden aiheuttavaa luonnetta todennäköiseksi.

¹³⁷ *Lappi-Seppälä 1987 s. 305.* Jos tekijän toiminnan ohella muutkin olosuhteet ja seikat on mahdollista katsoa tunnusmerkistön täyttymisen syiksi, on syyksilukeminen lievempää.

Oikeuskäytännössä ei tuomioiden perusteluista ole useinkaan todettavissa tiettyyn tahallisuusteoriaan nojautumista tällaisissa tapauksissa. Ratkaisut perustuvat tietoisuuden tapauskohtaiseen arviointiin konkreettisten olosuhteiden nojalla. Mm. ratkaisussa Helsingin hovioikeus 6.7.2000 nro 1733 oli muun ohella kysymys vastaajan väitteestä käymiensä velallisyhtiön taloudellisen aseman parantamiseen tähdänneiden myynti- ja ostoneuvottelujen merkityksestä hänen tietoisuuteensa yhtiön maksukyvyttömyydestä. Hovioikeus totesi, ettei vastaaja ollut voinut perustellusti luottaa siihen, että neuvottelut johtaisivat velallisyhtiön kannalta myönteiseen taloudelliseen tulokseen eivätkä neuvottelut sinänsä osoittaneet, että yhtiö ei olisi ollut maksukyvytön.

Näissä tilanteissa seurauksen aiheutuminen tai tunnusmerkistön täyttyminen voi riippua tekijän kannalta ulkopuolisen tahon ratkaisusta. Myös piilevät verovelat¹³⁸ ja vahingonkorvausveloitteet ovat talousrikoksissa tyypillisesti sellaisia seikkoja, joiden lopullista kehittymistä voi olla vaikea ennustaa¹³⁹ ja joihin tekijä ei ehkä enää voi vaikuttaa. Oikeustieteessä on piileviä verovelkoja käsitelty lähinnä käsitteellisenä ongelmana siitä, mistä ajankohdasta lähtien kysymyksessä on velallisen rikosten tarkoittama velka. Tahallisuuden kannalta kysymys on kuitenkin myös siitä, milloin tekijän tietoisuuden on katsottava kattavan verovelan realisoitumisen mahdollisuuden. Realisoitumisen todennäköisyyden lisäksi tapauksen arviointiin tuntuisi perustellulta sisällyttää tekijän asennoituminen seurauksen mahdollisuuteen.

Ratkaisussa Kouvolan hovioikeus 23.12.1998 nro 1496 tulee havainnollisesti esille sekä velallisen maksukyvyn ratkaisevien seikkojen oikeudellinen tulkinnanvaraisuus että tekijän suoranaisen kontrollin puute näiden seikkojen suhteen. Tapauksessa oli kysymys osakeyhtiöstä tehdyistä rahanostoista tilanteessa, jossa yhtiö ei muutoin ollut taloudellisessa kriisitilassa, mutta sille oli määrätty yli 2 mmk:n kiistanalaiset verovelat. Veroseuraukset johtuivat siitä, että verotarkastuksessa oli tiettyjen työntekijöiden katsottu olleen työsuhteessa yhtiöön, kun taas yhtiö oli käsitellyt heitä yrittäjäasemassa taikka toisen työnantajan palveluksessa olevina. Käräjäoikeus katsoi hovioikeuden pysyttämässä perusteluissaan verotuskysy-

¹³⁸ Piilevästä verovelasta ks. *Koulu – Lahti 1993, Löfmarck 1986 s. 66 ss., Vento 1997 s. 701 ss., Wikström 1999 s. 26–28.*

¹³⁹ Esim. *Holmqvist – Leijonhufvud – Träskman – Wennberg 2001 s. 11:18–19* katsotaan BrB 11 luvun vuoden 1986 muutosten esitöihin viitaten, että huomioon otetaan vain sellaiset maksuvelvollisuudet, jotka selvästi voitiin ennakoida tekohetkellä. *Löfmarck 1986 s. 89* lausutaan kuitenkin normaalien ehdollisen tahallisuuden tulkintaperiaatteiden soveltuvan.

myksen tulkinnanvaraiseksi todistajanlausumaan viitaten ja sen nojalla, että lääninoikeus oli päätenyt asiassa äänestysratkaisuun. Käräjäoikeus myös totesi tuomioistuimelle jääneen näkemys, että vastaajalla oli varma ja vilpittön käsitys verotuspäätöksen virheellisyydestä. Hän oli voinut tukeutua myös neuvonantajiansa mielipiteeseen ja tämä tulkintavaihtoehto oli mahdollinen lääninoikeuden päätös huomioon ottaen. Vastaajan oli kuitenkin tullut toiminnassaan ottaa huomioon toisenlaisen tulkintavaihtoehdon toteutumismahdollisuus ja sen liiketoiminnalle muodostama riski. Yhtiö oli odotettavissa olevissa taloudellisissa vaikeuksissa vastaajan tietien ja hänen olisi tullut rangaistusvastausta välttyäkseen pidättäytyä tässä tilanteessa yhtiön varojen perusteettomasta luovuttamisesta.

Verovelvollinen saattaa harjoittaa myös esimerkiksi ilmitullessaan varmuudella veroseuraamuksiin ja edelleen todennäköisesti maksukykykriisiin johtavaa ohimyyntiä. Veropetoksen edellyttämän tahallisuuden täyttyminen on asiassa selvää eikä siihen vaikuta menettelyn paljastumisen todennäköisyys. Mutta sen sijaan mahdollisen velallisen rikoksen edellyttämän maksukyvyttömyyden aiheutuminen on syy-yhteydessä ilmitulon mukanaan tuomiin veroseuraamuksiin. Kriminaalipoliittisesti perin epätydyttävään tulokseen johtaisi velallisen epärehellisyyden täyttymisen asettaminen riippumaan siitä, kuinka todennäköiseksi tekijä olisi tekohtkellä mieltänyt esimerkiksi joutumisensa verotarkastuksen kohteeksi niin, että veroseuraamukset tulevat määrätyiksi.

Tahtotahallisuuden mukaisesti tällaisen mahdollisuuden hyväksymisen tulisi olla riittävää tunnusmerkistön täyttymiseen. Rikosoikeudellisen vastuun perustaminen todennäköisyystahallisuuteen on näissä tilanteissa ongelmallisempaa. Tekijän kannalta ei luovutustointen hetkellä välttämättä ole todennäköistä, että ne johtaisivat velallisen maksukyvyttömyyteen. Maksukyvyyn ylläpito lainvastaisellakin tavalla voi aikaansaada sen, ettei velallisen epärehellisyyden edellyttämä maksukyvyttömyys ainakaan toistaiseksi toteudu. Jo kriminaalipoliittiset syyt kuitenkin vaativat, että tällaisessa tilanteessa vallitseva uhkaava maksukyvyttömyys otetaan huomioon laajemmin kuin vain sen ollessa varsin todennäköinen. Tahallisuuden täyttyminen tarkoitus- tai varmuustahallisuutena on tosin sanotussa tapauksessa myös mahdollista.

Oikeuskäytännöstä löytyvissä tapauksissa useimmiten velkojien oikeuksia loukkaaviin luovutustoimiin on ryhdytty vasta siinä vaiheessa, kun verotarkastuksen suorittaminen on tullut velallisen edustajan tietoon. Näissä tapauksissa tahallisuuden täyttymistä on perusteltu mm. sillä, että velallisen edustajan on täytynyt ymmärtää, että verotarkastus aiheuttaa jonkinlaisia velallisen taloudelliseen asemaan vaikuttavia veroseuraamuksia. Näin

esimerkiksi ratkaisussa Turun hovioikeus 6.3.1998 nro 607. Myöskään monimutkaisempien järjestelyjen aiheuttamien veroseuraamusten, kuten esimerkiksi taseyhtiökaupasta johtuvan peitellyn osingonjaon verottamisen tms. osalta ei edellytyksenä ole, että tekijällä olisi yksityiskohtainen tieto veroseuraamusten sisällöstä.

8.8 Tekijän suhtautuminen: Optimismi ja perusteeton optimismi

Edellä mainituissa tilaussopimuksia tai luovutustoimia koskevissa tilanteissa tekijä saattaa olettaa, sinänsä ehkä jopa perustellusti, ettei tunnusmerkistön mukaista seurausta synny, koska tilanne tulee ratkeamaan hänen kannaltaan suotuisasti. Toisaalta tekijä voi ottaa tietoisesti melkoisen riskin oikeudenloukkauksesta. Sopimusosapuolen myöhemmät taloudelliset vaikeudet voivat olla sellainen vahinkoriski, joka ei ole vastapuolen tiedossa, mutta jonka tarkempi todennäköisyys tekijänkin osalta on epäselvä.¹⁴⁰ Petos tai velallisen epärehellisyys eivät ole rangaistavia tuottamuksellisina. Siten tämä tietoinen riskinotto jää rankaisemattomaksi, jos tahallisuuden ei katsota menettelyssä täyttyvän.

Tämä lopputulos voi vaikuttaa epätydyttävältä erityisesti silloin, jos tekijän optimismi on perusteetonta ja vahinkoseuraus todellisuudessa oli todennäköinen. Kuten jäljempänä tarkemmin todetaan, arvioidaan tahallisuuden täyttymistä tekijän oman näkökulman ja subjektiivisen tietoisuuden nojalla. Oikeuskäytännössä lienee tosin harvinaista, että näyttöharkinnassa päädytään siihen, että tekijällä on uskottavasti ollut olennaisesti objektiivisen tarkastelijan näkemyksestä poikkeava käsitys seurauksen todennäköisyydestä. Mikäli tekijä on ollut jonkin erityisen seikan vuoksi väärässä käsityksessä, ollaan pikemminkin tekemisissä erehdystilanteen kanssa. Jo syyllisyysperiaatteen toteutumisen kannalta on kuitenkin tärkeää, että syyksilukeminen perustuu tekijän omaan mieltämiseen.

Positiivista tahtoteoriaa on arvosteltu mm. juuri siitä, että perusteeton optimismi jää laajalti rankaisemattomaksi. Erona todennäköisyydestä tahallisuuden tekijä voi hyväuskoisesti luottaa onnistuneeseen lopputulokseen silloinkin, kun hän periaatteessa mieltää suuren vahinkoriskin. Näin ollen myös tahtotahallisuus voi joissain tilanteissa johtaa kriminaalipoliittisesti liian suppeaan tahallisuuden soveltamisalaan.

¹⁴⁰ Esim. *Waaben* 1957 s. 255.

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa esitetty positiiviseen tahtoteoriaan kohdistuva kritiikki antaa kuitenkin aihetta hyväksymiselle annettavan sisällön osalta eriaiviinkin näkemyksiin.¹⁴¹ Käytännössä prosessuaalinen todellisuus huomioon ottaen hyväksyvän suhtautumisen katsominen selvitetynsi on sen varmempaa, mitä todennäköisempi itse seuraus on. Tällöin noudatetaan yleensä päättelyketjua: mitä todennäköisempi seuraus, sitä varmemmin tekijä on sen mieltänyt, ja mitä varmemmin tekijä on mieltänyt seurauksen, sitä todennäköisemmin hän on sen myös hyväksynyt. Siten lopputulos ei tältä osin välttämättä eroa todennäköisyystahallisuusteorian antamasta.

9 TEON HUOLIMATTOMUUS, KIELLETTY RISKI JA VAARA

Teon huolimattomuus on osa tunnusmerkistön mukaisuutta ja kuuluu sen objektiiviseen puoleen. Teon huolimattomuus saa sisältönsä pääasiallisesti kielletyn riskin käsitteestä. Molemmat mainitut käsitteet soveltuvat niin tahallisiin kuin tuottamuksellisiin rikoksiin. Teon huolimattomuus ja kielletty riski toimivat arviointiperusteena parhaiten kausaalisuuhdetta edellyttävissä seurausrikoksissa, mutta ovat käyttökelpoisia myös konkreettista vaaraa edellyttävissä vaarantamisrikoksissa.¹⁴² Puhtaisiin teko-rikoksiin tai abstraktisiin vaarantamisrikoksiin kielletty riski ei sovellu. Kaikkiin keskeisiin talousrikoksiin tämä arviointiperuste on siis käytettävissä.

Kielletyn riskin olemassaoloa koskevat arviointiperusteet voivat usein olla varsin samantyyppisiä kuin tahallisuusarvioinnissa. Käytännössä saattaa olla tulkinnanvaraista, perustuuko tunnusmerkistön täyttymättä jääminen tahallisuuden vai teon huolimattomuuden edellyttämän kielletyn riskin puut-

¹⁴¹ Ks. *OLJ 5/2000* s. 95, jossa katsotaan, että tekijä ei hyväksy seurausta, jonka hän mieluiten välttäisi. Kysymys ei hyväksymisessä kuitenkaan ole pelkästään seurauksen toivottavuudesta taikka ei-toivottavuudesta.

¹⁴² *Nuutilan 1996* s. 292–294 esittämä sovellusala näyttää olevan laajempi kuin *Fränden 1994* s. 105 puoltama, koska Frände poislukee soveltamisalasta konkreettiset vaarantamisrikokset. Mutta myös Frände toteaa nimenomaisesti teon huolimattomuuden voivan olla merkityksellinen myös velallisen epärehellisyden edellyttämän maksukyvyttömyyden aiheutumisen kaltaisessa ”oikeudellisessa kausaalisuudessa”; mt. s. 85 ja 105. Myös *Cavallin 1999* s. 251 sekä *Jareborg 2001* s. 233 soveltavat teon huolimattomuutta laajasti sekä tahallisiin että tuottamuksellisiin rikoksiin, Jareborg nimenomaisestikin konkreettisiin vaarantamisrikoksiin, *Jareborg 1993* s. 245.

tumiseen. Mm. aiemmin mainittu ns. rikkaan perintösedän tapaus voidaan ratkaista molempien perusteiden nojalla.¹⁴³

Teko on katsottava kielletyksi, kun sillä aiheutetaan oikeudellisesti relevantti riski tunnusmerkistössä kielletyn seurauksen syntymisestä. Lisäedellytyksenä teon huolimattomuudelle on, että sanottu vaara realisoituu nimenomaan tunnusmerkistön mukaisessa seurauksessa. Seurauksen tulee olla tämän tunnusmerkistön suojaamaa oikeushyvää koskeva.¹⁴⁴ Talousrikoksissa tulkintaongelmia aiheuttaa rikoksella saatujen varojen asema veropetoksessa ja velallisen petoksessa sekä veropetoksen ja velallisen rikosten keskinäinen suhde.¹⁴⁵ Ratkaisussa Helsingin hovioikeus 22.11.1996 nro 6159 oli kysymys verottoman alkoholin ostamisesta valheellisin ilmoituksin sen viennistä ulkomaille. Hovioikeus katsoi, että tekijöiden erehdyttämistoimi oli kohdistunut myyjäyhtiöihin ja ettei asiassa ollut tullut ilmi seikkoja, jotka osoittaisivat heidän *erehdyttämistarkoituksensa* kohdistuneen valtiovaltaan edunsaajana niin, että he tahallaan olisivat tarkoittaneet saada myyjäyhtiöt antamaan verotuksen toimittamista varten väärän tiedon. Hovioikeus syyksiluki menettelyt vain törkeinä petoksina, ei lisäksi välillisinä tekijöinä tehtyinä törkeinä veropetoksina.¹⁴⁶

Talousrikoksissa kielletyn riskin teemaa voidaan soveltaa mm. velallisen epärehellisyys, petoksen, veropetoksen ja kirjanpitorikoksen seuraustunnuksmerkkeihin. Lisäksi esimerkiksi velallisen epärehellisyys tunnusmerkistön velkojien oikeuksien vaarantumista edellyttävä konkreettista vaaraa koskeva¹⁴⁷ tunnusmerkistötekijä sopii edellä otetun kannan mukaan kielletyn riskin käsitteen alaisuuteen. Tahallisuuden kannalta näissä on kysymys tekijän tietoisuuden tai tahdon suhteesta sanottuun vaaraan, ei seuraukseen.¹⁴⁸ Vaaran aiheuttamiseen voidaan soveltaa tahallisuusoppeja sii-

¹⁴³ Esim. *Frisch 1988* viittaa sanottuun esimerkkiin s. 45–46 sallitun ja kielletyn riskin ja s. 61 puolestaan tahallisuuden täyttymisen yhteydessä. Ks. myös esim. *Armin Kaufmann 1985* s. 268–269 ja *Jareborg 2001* s. 233–234. *Roxin 1989* s. 240–242 katsoo tapauksen ratkeavan jo tunnusmerkistön objektiivisen puolen jäädessä täyttymättä, jolloin tahallisuusarviointi on tarpeeton. *Cavallin 1999* s. 387 esittää tapaukseen vielä oman ratkaisuvaihtoehdonsa, joka perustuu käsitteeseen angreppsobjekt ja jolla Cavallin katsoo ratkaistavan myös rangaistavan ja rankaisemattoman (kelvottoman) yrityksen välisen rajanvedon.

¹⁴⁴ *Frisch 1988* s. 62–63 ja 525, *Jareborg 2001* s. 226 ss., *Jescheck 1986* s. 477, *Nuutila 1995* s. 494–495, *Nuutila 1996* s. 275 ss.

¹⁴⁵ Ks. tarkemmin *Nuutila 2001* s. 167 ss., *Salminen 1998* s. 105 ss.

¹⁴⁶ Ratkaisuun voidaan huomauttaa, että vaikka tekijöille lienee ollut yhdentekevää se, kenelle vahinko menettelystä lopulta aiheutuu, on petoksen erehdyttämis- ja vahinkoseuraustunnuksmerkkien osalta ehdollinen tahallisuus riittävä.

¹⁴⁷ Velallisen epärehellisyys vaarantamisrikoksena ks. mm. *Vento 1994* s. 142–163.

¹⁴⁸ *Hurwitz 1971* s. 226–227, *Waaben 1989* s. 145.

nä kuin seurauksiinkin, joskin myös hienojakoisempi jaottelu tahallisuuden kohteen mukaan on mahdollinen.¹⁴⁹

Sallitun riskin käsitteen nojalla voidaan sulkea pois menettelyn rangaistavuus tietyissä tilanteissa, joissa syy-yhteys ja ennalta-arvattavuus toteutuvat, mutta esimerkiksi teon sosiaalisen hyväksyttävyyden vuoksi kriminaalipoliittisia perusteita rankaisemiseen ei ole.

10 OBJEKTIIVINEN SYYKSILUKEMINEN, RISKINKOROTUS JA ARVOPUNNINTA

Kielletyn riskin käsitettä hyödyntäen on erityisesti saksalaisessa tieteisopissa pyritty luomaan erilaisia normatiivisuutta korostavia objektiivisen syyksilukemisen malleja.¹⁵⁰ Kielletty riski soveltuu teon moitittavuuden hienojakoisempaan arviointiin. Erityisesti tuottamuksellisten rikosten arviointiin soveltuvat hyvin ns. riskinkorotusteoriat. Kysymys voi olla esimerkiksi jo sinänsä vaarallisesta toiminnasta, jossa tekijän menettely vain vähäisessä määrin nostaa riskiä taikka tekijän menettely ei merkittävästi vaikuta jo muusta syystä aiheutuneeseen vaaraan. Tällöin rangaistusvastuu voidaan rajata pois sillä perusteella, ettei tekijän menettely ole juurikaan korottanut olemassaollutta riskiä ja vaara tunnusmerkistön mukaisesta seurauksesta olisi ollut yhtä suuri myös tekijän toimiessa velvollisuksiensa mukaisesti ja huolellisesti. Toisaalta syyksilukemiseen voi riittää vahinkoriskin korottaminen, vaikkei jälkikäteen olisi varmuutta siitä, olisiko seuraus aiheutunut joka tapauksessa oikeinkin toimittaessa.

Talousrikosten ulkopuolelta mainittavina esimerkkeinä ratkaisuihin KKO 1984 II 224 ja KKO 1987:3 syy-yhteyden ja sen adekvaattisuuden asemesta riskinkorotusteoria soveltuisi hyvin. Se olisi voinut ensin mainitussa tapauksessa johtaa kuolemantuottamuksen syyksilukemiseen,¹⁵¹ jälkimmäi-

¹⁴⁹ *Frände 1994* s. 141–142 katsoo, että vaadittava todennäköisyyden aste on korkeampi kuin välinpitämättömyystahallisuudessa seurauksen osalta ja että siten konkreettiseen vaaraan tulee soveltaa todennäköisyystahallisuutta. Toisaalta ”on omiaan” muotoisissa vaaratunnusmerkistöissä *Frände* katsoo tahallisuuteen riittäväksi, että tekijä pitää tekoa oletettavasti relevantilla tavalla vaarallisena. RL 39:1:n kaltainen muotoilu ”voi vahingoittaa” ei myöskään juurikaan edellytä todennäköisyysarviointia; *Frände 1990* s. 110. Uudemmas painoksessa *Frände* asettaa kuitenkin todennäköisyysvaatimuksen ylipäätään korkeammaksi, *Frände 2001* s. 154–155.

¹⁵⁰ Ks. esim. *Nuotio 1998a* s. 291 ss. laaja esitys.

¹⁵¹ Tapauksessa pidettiin sinänsä oletettavana, etteivät uittotyöntekijät olisi kuitenkaan käyttäneet pelastusliivejä, vaikka niitä olisi heille asianmukaisesti varattu. Ks. myös *Backman 1988* s. 791.

sessä puolestaan samaa tunnusmerkistöä koskeva vastuunrajoitus tapahtuu soveliaimmin teon huolimattomuuden nojalla.¹⁵² Talousrikoksissa tuottamuksellisia riskinkorotusteorian soveltamiseen soveltuvia tekemuotoja ovat mm. tuottamuksellinen kirjanpitorikos, sisäpiirintiedon väärinkäyttö ja vällisen vilpillisyys.

Käsiteltävän aiheen kannalta mielenkiintoisempi on kuitenkin kysymys, tuoko riskinkorotusperiaate ja siihen olennaisesti liittyvä arvopunninta lisäargumentteja myös tahallisten rikosten arviointiin.¹⁵³ Riski on katsottava kielletyksi sitä varmemmin, mitä vähäisemmässä määrin sosiaalisesti hyväksyttävä teko on ja mitä suurempi on lähtökohtainen vahinkoriski. Sosiaalisesti neutraalissa taikka hyväksyttävässä teossa voidaan sietää suurempi vahinkoriski ja toisaalta vähäisen riskin sisältävässä menettelyssä voidaan jättää rikosoikeudellisesti puuttumatta sosiaalisesti moitittavampaankin tekoon.

Perinteisiä rikoksia koskevana esimerkkinä ampuma-aseen käyttäminen pankkiryöstötilanteessa on sanotun sosiaalisen hyväksyttävyytensä osalta kokonaan eri asemassa kuin ampuma-aseen käyttäminen järjestetyssä ampumarajoituksessa. Jos molemmissa tapauksissa tekijä ilman tarkoitustahallisuutta ottaa tietoisien riskien vahinkoseurauksesta, voisi tahallisuudenkin arvioinnissa olla merkitystä kielletyn riskin asteella.

Talousrikosten osalta voidaan ajatella esimerkiksi luotonantotilannetta, jossa luottihakemuksessa esitetään totuudenvastaisia tietoja hakijan maksukyvyistä, luoton vakuuksista tms. luoton myöntämiseen vaikuttavista seikoista. Luottolaitoksen luotonantorutiinit voivat olla hyvin leväperäiset ja antolainauksen kasvuun keskittyneet. Miten tällöin rikosoikeudellisesti arvioidaan sitä epävarmuutta, johtivatko väärät tiedot erehdytettynä tehtyyn luottopäätökseen, vai olisiko siihen päädytty myös oikeilla tiedoilla?

Tekijä on epäilemättä ottanut ex ante arvioiden kielletyn riskin vahinkoseurauksesta väärää tietoa antaessaan. Riskinkorotusteorian periaatteiden mukaisesti saatetaan sanotussa tapauksessa kuitenkin päätyä myös siihen,

¹⁵² Kuolemantuottamuksen kannalta relevanttia riskinkorotusta ei ollut tapahtunut, kun vahinkoseuraus olisi ilmeisesti kohdannut tien yli juossutta lasta myös autoilijan toimiessa oikein eli ohittaessa pysäkillä pysähtynyttä linja-autoa vähäisemmällä nopeudella; ks. *Nuutila 1995* s. 494. Nopeusrajoituksen taikka riittävän alhaista tilannenopeutta koskevan vaatimuksen tarkoituksena ei ole viivyttää ajoneuvon saapumista ko. onnettomuuspaikalle, *Jescheck 1986* s. 478.

¹⁵³ Objektiviivien syyksilukemisen teorioissa pyritään yleensä yleiskattavaan soveltamiseen useimpiin tahallisuutta edellyttäviin tunnusmerkistöihin; ks. esim. *Nuotio 1991* s. 1008 ss., *Roxin 1989* s. 244 erityisesti riskinkorotusteorian osalta ja s. 246 yleisesti kielletyn ja sallitun riskin osalta.

etteivät väärät tiedot itse asiassa ex post tarkastellen mainittavasti vaikuttaneet riskiin seurauksesta. Riskinkorotusteorian sovellukset eroavat siltä osin, minkä tasoista todennäköisyyttä syyksilukemisessa edellytetään siltä, ettei seuraus aiheutunut myös velvollisuuksien mukaisesti toimittaessa.¹⁵⁴ Ainaakin selvästi lisääntyneen kielletyn riskin toteutuessa syyksilukeminen on perusteltua. Kriminaalipoliittisesti ei ole syytä suojata olennaisesti velvollisuuksiensa vastaisesti menetellyttä luotonhakijaa.

Edellä sanottu tunnusmerkistön täyttymisen arviointi tapahtui siis tunnusmerkistön objektiivisella puolella.¹⁵⁵ Tahallisuusedellytys voi tapauksessa täytyä ongelmitta tarkoitus- tai varmuustahallisuutena, vaikka tekijä ei olisi pitänyt menettelynsä onnistumista todennäköisenä esimerkiksi tietojen helpon tarkastettavuuden vuoksi. Sen sijaan ehdollisen tahallisuuden osalta joudutaan pulmalliseen rajanvetoon mm. selonottovelvollisuuden laajuuden ja osallisuustapausten yhteydessä. Edellä mainitussa esimerkissä luotonhakijan edustaja, tai vaikkapa mahdollista avustuspetosta koskien avustuksen hakijan edustaja, voi olla organisaatiossa sellaisessa asemassa, ettei hänellä ole suoranaista tietoa annettavien tietojen oikeellisuudesta. Mm. kirjanpidon tai asiakirjaselvityksen puutteiden yms. seikkojen nojalla hänellä saattaa silti olla syytä epäillä tietojen virheellisyyttä.

Missä määrin näihin tilanteisiin voitaisiin lainata teon huolimattomuutta koskevaa argumentointia myös tahallisuusarviointiin? Tällöin tahallisuusarviointi voisi tapahtua osaksi suhteessa teon sosiaaliseen moitittavuuteen ja riskipotentialiin. Vaikka objektiivinen syyksilukeminen pyrkii subjek-

¹⁵⁴ Esim. Frisch toteaa kannanotoissa a) edellytetyn syyksilukemiselta käytännön varmuutta siitä, ettei seuraus olisi aiheutunut oikein toimittaessa, b) katsottu syyksilukemiseen riittävän, että kielletyllä menettelyllä on ex post arvioiden enemmän tai vähemmän merkittävästi korotettu riskiä seurauksesta tai c) katsottu riittäväksi jo se, ettei ole poissuljettavissa, että riski olisi ollut vähäisempi oikein toimittaessa. Frisch kannattaa melko tiukkojen edellytysten asettamista syyksilukemiselle jo sen vuoksi, että riskierot ovat käytännössä vaikeasti todennettavissa ja vaihtoehtoisen toiminnan riski perustuu lähinnä yleisiin hypoteettisiin arvioihin eikä todelliseen riskiin konkreettisesti yksittäistapauksessa; *Frisch 1988 s. 537–551*. Riskinkorotusteoriaan kriittisesti suhtautuva Arthur Kaufmann arvostelee erityisesti sitä, että jo mahdollinen riskinkorotus riittäisi syyksilukemiseen eikä katso teorian soveltuvan kuin tuottamuksellisiin rikoksiin. Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa hän toteaa esitetyn vaadittavasta hypoteettisen kausaliteetin todennäköisyyden raja-arvosta (jolloin siis oikein toimittaessakin seuraus olisi aiheutunut) näkemyksiä mm. 20 prosentista 90 prosenttiin; *Arthur Kaufmann 1985 s. 276 ja 279–280*.

¹⁵⁵ Esim. Jareborgilla esiintyy terminologia gärningsculpa/personlig culpa. Vrt. mm. Armin Kaufmann katsoo tahallisisa rikoksissa voitavan sanotun kaltaiset tilanteet ratkaista ilman riskinkorotusteoriaa suoraan tahallisuuskysymyksinä taikka näytöstä riippuen sen nojalla, onko syy-yhteys ylipäättään toteutunut; *Armin Kaufmann 1985 s. 256–269*. Ks. toisaalta *Nuutila 1996 s. 221* lausuttu syy-yhteyden täyttymisestä petoksessa, vaikka asianomistaja olisi muutoinkin tehnyt disponoinnin.

tiivisen puolen ja samalla tahtomomentin merkityksen rajoittamiseen, edellä mainitut seikat olisivat paremmin yhdistettävissä tahto- kuin todennäköisyystahallisuuteen.

Mikäli tahallisuus ratkaistaan todennäköisyystahallisuuden nojalla, siihen eivät voi vaikuttaa toiminnan sosiaalista moitittavuutta ja riskipotentiaalia koskevat lisäelementit. Tekijän mieltämä olosuhde ja vahinkoseuraus joko todennäköisesti täyttyvät tai eivät täyty. Tahdonsuuntausta koskevassa tahallisuudessa arviointi on tässä suhteessa moniulotteisempi. Arvioitaessa tekijän hyväksyvää suhtautumista tunnusmerkistön täyttymiseen voisi olla merkitystä lisäargumentteina¹⁵⁶ myös menettelyn sosiaalista haitallisuutta sekä vahinkoriskin suuruutta koskevalla punninnalla. Hyväksyvän taikka (kvalifioidun) välinpitämättömän suhtautumisen yhteydessä mm. selonottovelvollisuuden suhteuttaminen em. seikkoihin on mahdollista, vaikka itse seurauksen aiheutumisen tai olosuhteen olemassaolon todennäköisyys jäisi alle 50 prosentin. Tällöinhän ei puolestaan todennäköisyystahallisuus tule kysymykseen. Tällä tavoin olisi mahdollista argumentoida esimerkiksi edellä mainitun ratkaisun KKO 1995:64 kaltaisissa tapauksissa, joissa selonottovelvollisuus vaikuttaa varsin tiukalta.

11 NORMATIIVISET TUNNUSMERKISTÖTEKIJÄT

Kaikkiin tunnusmerkistötekijöihin liittyy väistämättä myös normatiivista ainesta. Normatiivisuutta liittyy sellaisiin kauempana tunnusmerkistön taustalla oleviin oikeudellisiin käsitteisiin kuten omistusoikeus anastusrikoksen perusteena taikka lähemmin konkretisoitavissa oleviin käsitteisiin kuten asiakirja väärennysrikoksessa.¹⁵⁷ Asiakirjan osalta ei kuitenkaan kiistanalaiseksi yleensä käytännössä tule sen oikeudellisen luonteen arviointi sinänsä. Harkinnan kohteena on useammin se, onko tekijä tiennyt, että sitä käytetään todistuskappaleena eikä kyseessä ole muussa tarkoituksessa laadittu kirjoitus. Jos kysymys on siitä tulkinnasta, onko tekokohde esimerkiksi määritelmäsäännöksen tarkoittama merkki, leima, tms. todistuskappale,

¹⁵⁶ Siis vain lisäperusteena varsinaisen tahallisuusteorian ohella ja syyllisyysperiaate huomioon ottaen, ks. vaaran käsitteen ja syyksilukemisen liiallisen objektivisoimisen mahdollisista vaaroista *Nuotio 1991* s. 1011–1014.

¹⁵⁷ Ratkaisuperusteiden tulkinnanvaraisuutta osoittaa, että Ruotsissa on mm. hallintaoikeuden osalta katsottu tahallisuusvaatimuksen sisältö osin erilaiseksi kuin omistusoikeuden osalta; *SOU 1996:185* s. 93.

ratkaisu koskee puolestaan enemmänkin laillisuusperiaatteen ulottuvuutta kuin puhtaasti tahallisuutta.

Tahallisuuden kannalta näitä tilanteita merkittävämpiä ovat oikeudellisiin arvostuksiin perustuvat tunnusmerkistökijät, jotka eivät ole lainkaan aistillisesti havaittavissa taikka luonnontieteellisesti mitattavissa. Tällaisia puhtaasti oikeudelliseen arviointiin perustuvia tunnusmerkistökijöitä ovat esimerkiksi velallisen epärehellisyys tunteen tunnusmerkistön vaatimus luovutus-toimen tapahtumisesta ”ilman hyväksyttävää syytä” tai ”perusteettoman” velvoitteen perustamisesta.

Nimenomaan normatiivisten tunnusmerkistökijöiden voidaan myös katsoa liittävän erehdysopin kiinteästi tahallisuusarviointiin. Mitä enemmän lainsäädännössä esiintyy oikeudellisiin arvostuksiin ja esimerkiksi monitahoisiin liiketaloudellisiin käsitteisiin ja olosuhteisiin perustuvia tunnusmerkistökijöitä, sitä tulkinnanvaraisemmaksi muodostuu rajanveto tahallisuus- ja erehdystilanteiden kesken.¹⁵⁸

Normatiivisissa tunnusmerkistökijöissä on omia erityispiirteitä, mutta pelkästään niitä varten ei voitane perustaa erilaista yleisistä periaatteista poikkeavaa tahallisuusvaatimusta jo sen vuoksi, että rajanveto sen sovellusalasta muodostuisi varsin vaikeaksi. Paremminkin perusteltu olisi tahallisuusarvioinnin eriyttäminen yleisesti olosuhdetahallisuuden ja seuraustahallisuuden kesken. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa ja hallituksen esityksessä rikosoikeuden yleisten oppien uudistamiseksi kuitenkin katsotaan, että tunnusmerkistöön kuuluvia olosuhteita koskee sama tahallisuusvaatimus kuin muitakin tunnusmerkistökijöitä. Ns. peittämissperiaate tarkoittaa siis tältä osin sitä, että tahallisuuden tulee kattaa kaikki tunnusmerkistökijät niiden laadusta riippumatta.

Tunnusmerkistökijän erityisluonne voi kuitenkin olennaisesti vaikuttaa tahallisuusarvioinnin sisältöön. Ero voi näkyä mm. siten, että normatiivisia tunnusmerkistökijöitä koskevat tulkintatilanteet pyritään ratkaisemaan pikemminkin erehdystä kuin tahallisuutta koskevinä kysymyksinä. Myös mainituissa lainsäädäntöehdotuksissa normatiivisten tunnusmerkistökijöiden ongelma näyttää ratkaistavan lähinnä erehdysoppien avulla. Tällöin kieltoerehdys on vain poikkeuksellisesti vastuuvapausperuste ja tunnus-

¹⁵⁸ *Matikkala 1998* s. 1335 katsoo, että mitä normatiivisempaan suuntaan edetään, sitä vahvempaa bona fideistä edellytetään tahallisuusvastuun poistumiseksi. Vrt. *Agge 1970* s. 241 asettaa kysymyksenalaiseksi voidaanko normatiivisia ja kuvailevia tunnusmerkistökijöitä ylipäätään erotella kaikkien tunnusmerkistökijöiden sisältämän normatiivisen aineksen vuoksi. Normatiivisten tunnusmerkistökijöiden ongelmista erehdyksen kannalta ks. *Thornstedt 1956* s. 287–291, *Vikatmaa 1970* s. 103–110.

merkistöerehdyskään ei toteudu, jos tekijä on mieltänyt käsitteellisen tunnusmerkistötekijän perusteena olevat tosiseikat. Näin ollen tulkinta on todellisuudessa varsin pitkälle objektivisoitua oikeudellista arviointia.

Esimerkiksi edellä mainittujen velallisen epärehellisyyden tunnusmerkistötekijöiden osalta on Nuutila katsonut tekijän tahallisuuteen riittävän, että hän tietää tekonsa tosiasialliset olosuhteet. Oikeudellinen tulkinta jää tällöin soveltamiserehdyksenä pääsääntöisesti jokaisen omalle vastuulle.¹⁵⁹ Vento on puolestaan todennut edellytykseksi, että tekijä pitää ainakin mahdollisena, että luovutus katsotaan ilman hyväksyttävää syytä tehdyksi tai velvoite perusteettomaksi.¹⁶⁰ Tämäkin muotoilu merkitsee alempien vaatimusten asettamista tietoisuudelle kuin mitä ehdolliselta tahallisuudelta normaalisti edellytetään. Avustuspetoksessa haluttiin puolestaan hyödyn ”oikeudettomuus” jättää pois tunnusmerkistöstä sen määrittelyn ongelmallisuuden vuoksi.¹⁶¹ Hallituksen esityksessä 44/2002 on tunnusmerkistöerehdyksen yhteydessä viitattu normatiivisten arvottamista edellyttävien tunnusmerkistötekijöiden kohdalla sekä vaatimukseen käsitteen samansuuntaisesta merkityksestä tekijälle ja lainkäyttäjälle että vaihtoehtoisesti vaatimukseen arvostelman perusteena olevien tosiasiallisten olosuhteiden tuntemisesta.¹⁶²

Ruotsalaisessa tieteisopissa on esitetty edellä mainittua jonkin verran suurempia edellytyksiä normatiivisia tunnusmerkistötekijöitä koskevalle tahallisuudelle. Oikeuskäytännössä tahallisuutta on kuitenkin voitu arvioida esitettyjä suosituksia tiukemmin ja objektiivisemmin.¹⁶³ Jareborg on katsonut, että tilanteesta ja yksittäisen tunnusmerkistön analysoinnista riippuen ratkaisu voi olla erilainen.¹⁶⁴ Tosiseikkojen mieltäminen tekijän toimesta on riittävää selvästi oikeudellisessa arvioinnissa kuten kvalifointiperusteissa ja tietyissä tunnusmerkistöissä kuten lahjusrikoksissa on jo niiden luonteen nojalla katsottava, ettei tekijän tarvitse itse pitää menettelyään

¹⁵⁹ Nuutila 1998 s. 363 ja Nuutila 1999 s. 865–866, samoin Vikatmaa 1970 s. 107. Suurin piirtein vastaavasti aikaisempien tunnusmerkistöjen osalta Heinonen 1966 s. 120 ja yleisemmin mm. Honkasalo 1967 s. 105.

¹⁶⁰ Vento 1994 s. 226 ja Vento 1995 s. 973.

¹⁶¹ HE 66/1988 vp. s. 67.

¹⁶² HE 44/2002 s. 112.

¹⁶³ Holmqvist – Leijonhufvud – Träskman – Wennberg 2001 s. 11:34 lausutun mukaan esim. BrB 11:3:n tunnusmerkistö ei esitöihin viitaten täyty, vaikka kulut objektiivisesti tarkastellen ovat perusteettomia, jos velallinen on subjektiivisesti uskonut niiden olevan ainakin pitkällä tähtäyksellä (liike)taloudellisesti kannattavia. Vrt. kuitenkin Löfmarck 1986 s. 196–197 sekä mietinnössä SOU 1996:30 s. 88 oikeuskäytännöstä lausuttu ja Leijonhufvud – Wennberg 1997 s. 77 ss.

¹⁶⁴ Jareborg 2001 s. 349–351. Ks. myös Holmqvist – Leijonhufvud – Träskman – Wennberg 2001 s. 1:21–27 lausuttu.

normatiivisen käsitteen täyttävänä.¹⁶⁵ Tunnusmerkistötekijän tulkinta ei kuitenkaan pidä tulla tekijälle yllätyksenä, jotta hänellä olisi ollut perusteltu syy pidättäytyä teosta. Useissa tunnusmerkistöissä tämä voi Jareborgin mukaan edellyttää, että tekijällä on ollut pääpiirteissään oikea käsitys tunnusmerkistötekijöiden sisällöstä ja merkityksestä.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tahallisuuteen ei riitä pelkkä oikeudellisesti arvioitavan käsitteen taustalla ja perusteena olevien seikkojen tuntemus, mutta ettei myöskään tarpeen ole, että tekijä osaisi sijoittaa seikaston oikean lainsäädännön alaisuuteen.¹⁶⁶ Lainkäytön avuksi tällaisten normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden tahallisuusarviointiin on luotu käsite ”Parallelwertung in der Leiensphäre”, jonka voidaan todeta tarkoittavan lähinnä sitä, että tekijällä maallikkona on samansuuntainen käsitys tunnusmerkistötekijän oikeudellisesta ja sosiaalisesta merkityksestä kuin lainsäätäjällä ja -käyttäjällä.¹⁶⁷ Englantilaisessa common law -oikeuskulttuurissa tulkinta on pääpiirteissään sama. Erehtyminen normatiivisesta seikastosta voi poistaa tahallisuuden, mutta tätä ei sovelleta varsinaisten arvostusten (value-judgements) osalta.¹⁶⁸

12 TIETOISUUDEN AJANKOHTA

Pääsääntönä eri tahallisuusteorioissa luonnollisesti on, että rikosoikeudellisessa vastuussa arvioidaan tekijän tietoisuutta tekohetkellä. Perusteena ovat ne tiedot ja olosuhteet, jotka vallitsivat tekohetkellä. Tätä arviointia

¹⁶⁵ Jareborg viittaa mt. esimerkkinä käsitteeseen ”otillbörlig” lahjusrikoksessa (BrB 20:2) ja säännöksen esitöissä tältä osin olevaan nimenomaiseen lausumaan, ks. myös *Cars 2001* s. 36 ja 51. Samasta termistä velallisen rikosten osalta *Löfmarck 1986* s. 270–271 ja *SOU 1996:30* s. 110–111. Ks. meillä *Viljanen 1990* s. 104 ss. ja *HE 58/1988 vp.* s. 47 edun ”oikeudettomuuden” ja ”on omiaan vaikuttamaan” käsitteistä tahallisuuden ja laillisuusperiaatteen kannalta. Ruotsissa käsite ”otillbörlig” kuuluu myös arvopaperimarkkina-rikoksissa kurssin vääristämisen tunnusmerkistöön, mikä tuo arvioinnin taustalle hankalasti yksilöitävän käsityksen siitä, mikä ei ole hyväksyttyä arvopaperimarkkinoilla ja mikä heikentää yleistä luottamusta arvopaperimarkkinoihin; ks. *Kägerman 2001* s. 157–158.

¹⁶⁶ Esim. *Jakobs 1991* s. 288, *Schmidhäuser 1982* s. 208–209, *Roxin 1997* s. 407.

¹⁶⁷ *Jeschek – Weigend 1996* s. 295, *Roxin 1997* s. 407–410 ja 413, *Rudolphi – Horn – Samson – Günther 2000* 15–16 § 21/62, *Schönke – Schröder 1997* s. 231 ja 287, *Volk 2000* s. 751–752. Kun normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden ongelmaa lähestytään yleensä erehdysoppien kautta, esitetään sanottu arviointiperuste myös kielto- tai soveltamiserehdyksen anteeksiannettavuutta harkittaessa.

¹⁶⁸ *Smith – Hogan 1996* s. 86–87, *Williams 1983* s. 141.

tosin väistämättä muokkaa se, että ratkaisuhetkellä kysymyksessä on jo historiallinen tapahtuma ja tiedot tapahtumainkulusta ovat jälkikäteen täydentyneet. Tavoitteena kuitenkin on selvittää tekijällä tuolloin ollut tieto (kognitiivisissa teorioissa) taikka tekijällä tuon tiedon nojalla seurauksen aiheutumiseen ollut suhtautuminen (volitiivisissa teorioissa).

Edellä sanottu ei tarkoita, ettei ennen tekohetkeä vallinneella tietoisuudella olisi lainkaan merkitystä. Tekijän mahdollisuuksiin tekoon ryhtyessään tai siitä pidättyessään liittyy se, mitä hänen tietoisuuteensa on ennen sitä kuulunut.¹⁶⁹ Tekohetkellä tekijän ei tarvitse nimenomaisesti ajatella tunnusmerkistön täyttymiseen liittyviä seikkoja. Kun tekijä on ylipäättään ennen tekoon ryhtymistään omaksunut jonkin tiedon, on tieto periaatteessa tekijän käytettävissä myös teko hetkellä kunhan se on edelleen latenttina olemassa.¹⁷⁰ Esimerkiksi virkarikoksen täyttymistä ei poista se, ettei tekijä olisi juuri teko hetkellä tullut ajatelleeksi olevansa virkamies ja tähän asemaan liittyvän erityisiä virkavelvollisuuksia.¹⁷¹ Erityisesti ns. affektiteoissa, joissa tekijä ei teko hetkellä välttämättä ajattele mitään järkevää, tällä argumentilla voidaan rikosoikeudellisesti ja kriminaalipoliittisesti perustellusti rajata tahallisen rangaistava menettely. Periaate soveltuu kuitenkin myös talousrikosten kaltaisiin suunnitelmallisiin tekoihin. Jälkikäteen täydentyvällä tietoisuudella ei puolestaan ole vastaavaa merkitystä eikä se riitä tahallisuuden toteutumiseen.

Tietoisuuden ajankohtaa koskevaa arviointia ei ole pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa pidetty erityisen ongelmallisena. Saksalaisessa tieteissä on sen sijaan pyritty hienojakoisempaankin rajanvetoon. Potentiaalista tietoisuutta ei ole pääsääntöisesti pidetty riittävänä, mutta vaatimus tunnusmerkistötekijöiden olemisesta nimenomaisesti tietoisuuden ja ajattelun kohteena on myös todettu liialliseksi. Useista kysymyksen ratkaisuvaihtoehdoista on eniten kannatusta saanut käsite nimenomaisen ajattelun ja ainoastaan potentiaalisen tiedon väliin jäävästä tietoisuudesta (Mittbewusstsein).¹⁷² Kysymyksessä on tällöin ei-aktuaalinen tietoisuus, jota ei

¹⁶⁹ Jos tunnusmerkistötekijät ovat esim. kuuluneet tekijän tietoisuuteen hänen tehdessään päätöksen teosta, ei hänen tarvitse ajatella niitä enää täytäntöönpanotoimen suoritus hetkellä; *Frisch* 1989 s. 325.

¹⁷⁰ *Jareborg* 1969 s. 211 ss., *Matikkala* 1995 s. 202, *Strahl* 1976 s. 111 ja 114, *Vikatmaa* 1970 s. 75 ja 100.

¹⁷¹ Tässäkin tosin rikosoikeudellinen tulkinta liittyy näyttökysymyksiin, koska lienee ilmeistä, ettei tällaista väitettä pidettäisi riittävän uskottavana myöskään näytöllisesti.

¹⁷² Esim. *Frisch* 1989 s. 311 ss., *Jakobs* 1991 s. 262, *Rudolphi – Horn – Samson – Günther* 2000 15–16 §:t 24/63, *Roxin* 1997 s. 418 ss., *Schmidhäuser* 1982 s. 201, *Schönke – Schröder* 1997 s. 233, *Tröndle* 1997 s. 105. Käsitteen on katsottu kattavan hyvin mm. sellaiset tilan-

kuitenkaan tarvitse aktivoida erityisellä ajatusoperaatiolla, vaan joka on tarvittaessa heti käytettävissä.

Reaaliset selvitysmahdollisuudet täytyy kuitenkin huomioida myös rikos-oikeudellisessa arvioinnissa. Liiketoiminnassa tapahtuvissa rikoksissa on pääsääntöisesti taustalla laaja liiketaloudellisiin seikkoihin ja olosuhteisiin liittyvä tietomassa. Sitä koskevan tietoisuuden osalta voidaan tuskin päästä yksityiskohtaisempaan arviointiin kuin sen todentamiseen, mistä seikoista tekijä on ylipäättään ollut selvillä. Vaatimus tarkempien ajatusoperaatioiden selvittämisestä voisi johtaa kohtuuttomiin lopputuloksiin, kun talousrikoksissa muutoinkin tietoisuus koskee monitahoisempia seikkoja kuin esimerkiksi henkirikoksissa tietyn menettelyn lähtökohtainen hengenvaarallisuus.

Ruotsissa käytössä oleva *dolus eventualis* -tahallisuuden hypoteettinen muoto on eräänlainen poikkeus tästä tekoajankohtaa koskevasta arviointimallista. Siinä tuomioistuimien arvioi jälkikäteen, olisiko tekijä pidättynyt teon suorittamisesta, mikäli olisi ollut varma seurauksen aiheutumisesta. Tekijän oletettu ratkaisu projisoidaan kyllä tekohetkeen, mutta päättelyn korostettu hypoteettisuus tuo arviointiin tekohetkeen ja itse tekoon liittymättömiä elementtejä. Kun tuomioistuimien muodostaa näkemyksensä kaiken käytettävissä olevan aineiston perusteella, tulee arviointiin tekoon kuuluvien seikkojen lisäksi selvästi tekijäpersoonallisuuteen liittyviä seikkoja.

Veropetoksessa tahallisuuden ajankohtaa koskeva erityiskysymys muodostuu siitä, että useissa tapauksissa epäilty väärä tieto on annettu veroviranomaisille veroilmoituksessa. Veroilmoituksen antamisen ja kyseisen oikeustoimen tai liiketapahtuman tapahtumisen sekä mm. kirjanpitoon kirjaamisen välillä saattaa olla merkittävä aikaväli.¹⁷³ Lehtonen toteaa, että virheen mahdollisuus on saatettu mieltää verovuoden aikana, mutta veroilmoituksen antamisen aikoihin asia on voinut unohtua. Yleistä kirjanpidon tarkastusvelvollisuutta veroilmoituksen yhteydessä ei voida Lehtosen mukaan asettaa, mutta erityiset seikat voivat antaa aiheen tietojen tarkistamiseen.¹⁷⁴ Virheiden lukumäärä tai määrällinen suuruus on merkittävä seikka näyttöarvioinnissa ja mitä huomattavammista virheiden markka- tai lukumääräis-

teet, jotka koskevat tietoisuutta siitä, mitä parhaillaan teemme ja missä asemassa toimimme sekä mitä ominaisuuksia erilaisiin esineisiin ja asioihin kokemustemme perusteella liittyy, ilman että näitä ominaisuuksia tarvitsisi nimenomaisesti havainnoida. Frisch kuitenkin arvostelee käsitteen perusteita ja mm. rajanvetoa tuottamukseen hetkellisen ajattelemattomuuden tai huomaamattomuuden tilanteissa; ks. *Frisch 1989* s. 317–334.

¹⁷³ Näin siis välittömässä verotuksessa, joskin nykyään talousrikollisuudessa merkittävämman ongelman muodostaa välillinen verotus, jossa vastaavaa aikaviivettä ei synny.

¹⁷⁴ *Lehtonen 1986* s. 410.

tä on kysymys, sitä epäuskottavampaa on, etteivät ne olisi ilmoituksen antajan tietoisuudessa.¹⁷⁵

Tämän lisäksi voidaan viitata edellä lausuttuun siitä, että myös tekijän tietoisuuteensa aiemmin hankkimat seikat ovat usein hänen käytettävissään myöhemmässäkin vaiheessa ja palautettavissa tarkemmin mieleen.

13 TIETOISUUDEN SUBJEKTIIVINEN TAI OBJEKTIIVINEN ARVIOINTI

Rangaistavuuden edellytyksenä oleva syyllisyys on väistämättä normatiivinen käsite.¹⁷⁶ Jo peruskäsitteenä teko on sikäli normatiivinen, että se sisältää rikosoikeudellista arvostuksia siitä, minkälaista menettelyä yhteiskunta pitää niin haitallisena, että se voi tulla rikosoikeudellisesti arvioitavaksi. Syyllisyys sisältää moitteen siitä, ettei tekijä ole käyttäytynyt sillä tavoin, kuin hänen olisi tullut yhteiskunnan asettamien vaatimusten mukaan menetellä. Tästä vaatimustasosta poikkeamista arvioitaessa joudutaan puolestaan täsmentämään kenen näkökulmasta konkreettisesti määritetään sanottu tunnusmerkistöissä abstraktisilla oikeustosisekoilla kuvattu taso.

Vaatimustaso voitaisiin asettaa subjektiivisesti tekijän henkilökohtaisen edellytysten ja ominaisuuksien mukaan taikka objektiivisesti keskimääräisen ihmisen normaalitason mukaisesti. Kysymyksenasettelu on keskeinen tuottamuksen arvioinnissa, mutta myös tahallisuudessa erityisesti tahallisuuden alinta astetta määritettäessä. Vastaavasti samaan kysymykseen joudutaan hakemaan vastausta erehdystilanteita ratkaistaessa.

Riippumatta siitä, sovelletaanko tahallisuuden arvioinnissa todennäköisyystahallisuutta vai positiivista tahtoteoriaa, on arviointi lähtökohtaisesti suoritettava tekijän subjektiivisen mittapuun mukaan. Faktisessa dolus eventualis -tahallisuudessa kysymyksessä on nimenomaan tekijän hyväksyvä suhtautuminen. Myös todennäköisyystahallisuudessa edellytetään, että tekijä itse mielsi tunnusmerkistötekijän muodostavan seikan riittävän todennäköisyyden.

Kriminaalipoliittisesti olisi toki esitettävissä hyviä syitä myös objektiivisen arvosteluperusteen käyttöön. Henkilö, joka ei lainkaan miellä toimin-

¹⁷⁵ Ks. *Lehtonen 1986* s. 401–410 ja 457.

¹⁷⁶ Syyllisyyden normatiivisuudesta ja siihen johtaneesta kehityksestä esim. *Utriainen 1984* s. 118 ss., vrt. naturalistinen sosiologisen koulukunnan arvovapaa syyllisyyuskäsite, mt. s. 69 ss.

tansa todennäköisesti aiheuttamia seurauksia, aiheuttaa vaaraa siinä missä tietoinenkin riskinottaja. Kriteerit voitaisiin siten asettaa normaalin huolellisen henkilön taikka yleisen oikeustajun mukaan.¹⁷⁷

Syällisyysperiaatteen on kuitenkin katsottava edellyttävän nimenomaan tekijän mieltävän riskin todennäköisyyden, jotta tahallisuuden tuottamusta suurempi moitittavuus olisi perusteltavissa. Se, mitä tekijän olisi tullut mieltää, kuuluu tuottamuksen alaan.¹⁷⁸

Sanottu periaate on siinä määrin perustavanlaatuinen, ettei pääsäännöstä poikkeava rikostyyppikohtainen arviointi tule kysymykseen. Silti on syytä tarkastella, onko subjektiivinen arviointiperusta joltakin osin eri sisältöinen talousrikoksissa kuin esimerkiksi muissa omaisuusrikoksissa taikka väkivaltarikoksissa. Edellä on jo todettu talousrikosten erityispiirteinä normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden keskeinen merkitys tunnusmerkistöissä sekä näyttökysymyksissä tyypilliseksi tekijän subjektiivisia tarkoituksia koskevan nimenomaisen näyttömateriaalin niukkuus. Voidaan olettaa, että nämä piirteet ovat omiaan lisäämään tahallisuusarvioinnin objektivisoitumista. Samaan suuntaan vaikuttaa yleisestikin oikeudellisen arvioinnin osuuden korostuminen suoritettavassa harkinnassa.¹⁷⁹ Siltä osin kuin on kysymys sellaisista tunnusmerkistötekijöistä kuin ”luvaton”, ”oikeudeton” ja ”perusteeton” ei subjektiiviselle mieltämiselle jää paljoakaan soveltamisalaa, vaan kysymys on jo varsin objektiivisesta oikeudellisesta arvioinnista. Ero ei tällöin ole enää suuri verrattuna kvalifiointiperusteiden (kuten huomattava hyöty tai vahinko) taikka kokonaisarvostelun kaltaiseen oikeudelliseen arviointiin.¹⁸⁰

Vaarana arvioinnin liiallisessa objektivisoinnissa on luonnollisesti, että rangaistusvastuu tahallisesta teosta saattaa ulottua pikemminkin tuottamuk-

¹⁷⁷ Normaali huolellinen henkilökkin on tosin fiktio ja tarkoittaa helposti ratkaisijan omia arviointiperusteita. Yleisen oikeustajun ongelmallisuudesta ratkaisuperusteena puolestaan ks. mm. *Jääskeläinen 1997* s. 105–107, *Lappi-Seppälä 1987* s. 176 ss.

¹⁷⁸ Nimenomaisesti myös *HE 44/2002* vp. s. 93. Tuottamuksellisena rangaistavien menettelyjen osalta arviointi on siten olennaisesti erilainen. Erityisen suureksi tarkastelulähtökohtien ero muodostuu, jos syyksilukemiseen on riittävää tavallinen tuottamus; ks. esim. Norjan sisäpiirintiedon väärinkäyttöä koskevasta tällaisesta rangaistussäännöksestä *Reed 1996* s. 280 ss.

¹⁷⁹ *Pedersen 1996* s. 56 toteaa Tanskan oikeuskäytännössä verorikosten tahallisuusarvioinnin olevan objektivisoitua, toimenpiteitten ulkoisen luonteen ollessa ensisijainen arviointiperuste verovelvollisen subjektiiviseen näkemyskseen verrattuna.

¹⁸⁰ Esim. Norjassa on omaisuuden arvon ja vahingon suuruuden osalta nimenomainen säännös objektiivisesta arvioinnista Strl. 42 § 3:ssa ja eräiden vahinkoseurausten osalta syyksiluettavuuteen riittää pelkkä seurauksen mieltämisen objektiivinen mahdollisuus; ks. viimeksi mainitusta esim. *Andenaes 1997* s. 209–210.

sellisena pidettävään menettelyyn. Syyllisyysperiaatteen vaatimusten täytymisen tulee näissäkin tilanteissa muodostaa alaraja tahallisuutta syyksiluettavalle menettelylle. Esimerkiksi Saksassa konkurssirikoksen perustekomuotona oleva velkojia vahingoittava todellinen tai näennäinen varallisuudensiirto toiseen varallisuuspiiriin (beiseiteschaffen) on sisällöltään niin normatiivinen, että syyllisyysperiaatteella tulee rajoittaa arvioinnin liiallinen objektivisoituminen.¹⁸¹

Erehdyksessä arviointi on erilainen tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksessä. Tunnusmerkistöerehdyksessä lähestymistapa on subjektiivinen, tekijän kannalta tapahtuva. Kieltoerehdyksessä erehtymisen anteeksiannettavuuden käsite tuo arviointiin vahvan normatiivisen sävyn ja kysymyksessä on tältä osin lähinnä tuomioistuimen suorittama oikeudellinen arviointi.¹⁸²

Common law -järjestelmissä recklessness-asteen syyksiluettavuus poikkeaa jonkin verran mannereurooppalaisista tahallisuusopeista kuten edellä on todettu. Englannissa on recklessness-asteen täyttävän menettelyn syyksilukemisessa todettavissa mielenkiintoinen arvioinnin objektivisoituminen. Oikeuskäytännössä on poikettu tekijän subjektiiviseen arviointiin perustavasta pääsäännöstä ja sovellettu objektiivista mittapuuta tilanteissa, joissa tekijä ei ole lainkaan ajatellut tekonsa aiheuttamaa riskiä. Riittäväksi on tällöin katsottu tapauksista Caldwell ja Lawrence (1981) alkaen, että riski oli todellisuudessa objektiivisesti tarkastellen ilmeinen. Perustelut Caldwell ratkaisussa (House of Lords / lordi Diplock) viittaavat nimenomaisesti siihen, että ei-tietoinen riskinotto olisi po. tilanteissa yhtä moitittavaa kuin tietoinenkin. Oikeustieteessä tätä kehityskulkua on arvosteltu eikä sanottu tulkinta soveltu kaikkiiin recklessness-asteisena syyksiluettaviin rikoksiin.¹⁸³ Arvostelun kohteena on ollut, että sanottu lähtökohta voi johtaa kohtuuttomiin lopputuloksiin erityisesti nuorten ja vajaakykyisten kohdalla ja se, ettei mainittu peruste välttämättä ratkaise niitä tilanteita, joissa tekijä on perusteetta luullut eliminoineensa riskin.

Irtautuminen subjektiivisesta arviointiperusteesta on kuitenkin selvä ja periaatetasolla merkittävä. Samanlainen objektiivinen tulkinta on esiintynyt oikeuskäytännössä myös lähinnä varmuustahallisuutta vastaavassa ob-

¹⁸¹ Ehdollinen tahallisuus on StGB 283 §:n osalta riittävä, mutta esim. *Tiedemann 1985 s. 103–104* korostaa arvioinnin subjektiivisuutta siltä osin, että tekijällä tulee olla tarkoitus todellisesti tai näennäisesti vähentää velkojien hyväksi käytettävää varallisuutta. Ks. myös mm. *Schönke – Schröder 1997 s. 2035–2036, Tröndle 1997 s. 1486–1487.*

¹⁸² *Andenaes 1997 s. 240* katsoo kysymyksessä olevan enemmänkin tavoitetaso kuin normaalihenkilön mukainen mittapuu.

¹⁸³ *Arlidge – Parry 1985 s. 69–70, Ashworth 1991 s. 157 ss., Bloy – Parry 2000 s. 77 ss., Smith – Hogan 1996 s. 64 ss., Smith – Hogan 1996a s. 107 ss., Williams 1983 s. 97 ss.*

lique intent -käsitteen sisällössä tieteisopin kriitikoista ja lainsäädäntötoimenpiteistä huolimatta.¹⁸⁴

14 NÄYTTÖKYSYMYKSET

Edellä on jo useaan otteeseen tullut esille rikosoikeudellisen tahallisuusarvioinnin väistämätön kytkeytyminen yhteen prosessioikeudellisten periaatteiden kanssa. Tunnuksmerkistön subjektiivisen puolen ja tekijän syyllisyyden korostaminen ei saa johtaa todellisuudelle vieraaseen ja käytännön näyttömahdollisuudet ylittävään tahallisuusmalliin. Lisäksi vetoamisvelvollisuuden ja syytesidonnaisuuden rajoilla on merkitystä myös tahallisuusarvioinnille.

Toisaalta on vastaajan riittävän oikeusturvan takaamiseksi välttämätöntä, että myös rikoksen subjektiivista puolta koskevat tuomioistuimen suorittamat päätelmät perustellaan avoimesti. Verorikosten osalta Lehtonen on näytön arviointia ja näytön perustelutapaa kriittisesti arvioidessaan käyttänyt esimerkkinä juttuja, joissa eri hovioikeudet päätyivät samankaltaisessa tahallisuutta koskevassa näyttöharkinnassa täysin erilaisiin lopputuloksiin. Lehtonen korostaa intuitioon perustuvan kokonaisharkinnan vaarallisuutta vastaajan oikeusturvan kannalta.¹⁸⁵ Samanlaista kritiikkiä Lehtonen kohdistaa myös ratkaisun KKO 1984 II 129 perusteluihin veroilmoitusten laatimisesta ja yleensä perheen taloudellisista asioista pääosin vastanneen vastaajan puolisolle syyksiluetun veropetoksen osalta.¹⁸⁶ Sekä verorikosten että velallisen rikosten tahallisuuden näyttöharkintaan soveltuu hyvin tahallisuuden puolesta ja sitä vastaan puhuvien seikkojen punnintamalli.¹⁸⁷

Tapani on puolestaan arvostellut velallisen epärehellisyyttä koskevissa tuomioistuinratkaisuisissa näyttöharkintaa koskevien perustelujen selvää painottumista taloudellisen kriisitilan arviointiin maksukyvyttömyyttä koskevan arvioinnin kustannuksella.¹⁸⁸ Oikeuskäytännössä päätöspäätöseluissa

¹⁸⁴ *Bloy – Parry 2000* s. 61 ss. Criminal Justice Act 1967 säätää, ettei tuomioistuin ole sidottu ratkaisusta v. 1961 Smith alkaen esiintyneeseen perusteluun, jossa ei vaadittu tekijän subjektiivista mieltämistä, vaan riittävää oli, että ”ordinary responsible man” olisi mieltänyt seurauksen luonnolliseksi.

¹⁸⁵ *Ns. Kytäjä-lehteen* liittyvät jutut, ks. *Lehtonen 1986a* s. 191–196.

¹⁸⁶ *Lehtonen 1986a* s. 197–200.

¹⁸⁷ Esimerkkejä arvioinnissa huomioon otettavista seikoista ks. *Salminen 1998* s. 82–83.

¹⁸⁸ *Tapani 1999* s. 68–73, *Tapani 2000a* s. 1009.

on pääsääntöisesti varsin eriytymättömästi kuvattu, minkä seikkojen nojalla on katsottu tekijän aiheuttaneen maksukyvyttömyyden taikka pahentaneen sitä ja minkä seikkojen nojalla tekijän tahallisuuden kattavan tämän. Mikäli ensin mainittu teema on kiistattomasti selvitetty, voidaan tahallisuus usein melko pitkälle päätellä siitä. Vastaajan oikeusturvan voidaan kuitenkin katsoa edellyttävän selkeästi auki kirjoitettuja perusteluja myös tahallisuuskysymykseen.

Painotusero on jossain määrin luonnollinen näissä jutuissa normaalisti käytettävissä olevan oikeudenkäyntiaineiston nojalla. Tavanomaista on, että velallisen (staattisesta) taloudellisesta asemasta tekohehkellä on tilinpäätösten, suoritettujen tilinpäätösanalyysien yms. kirjanpitoon liittyvien selvitysten perusteella parempi kuva kuin taloudellisen aseman kehityksestä ja siihen vaikuttaneiden eri tekijöiden vaikutuksista.

Kritiikki on kuitenkin perusteltua siltä osin, ettei edellä sanottu saa merkitä tinkimistä normaaleista näyttövaatimuksista seuraustunnusmerkin toteutumisen osalta. Talousrikossäännösten muuttamistarvetta arvioineen työryhmän esitys taloudellista kriisitilaa koskevan edellytyksen poistamisesta velallisen epärehellisyyttä koskevasta tunnusmerkistöstä saattaisi auttaa perustelujen kohdentamista seuraustunnusmerkkiin.¹⁸⁹

Näyttöharkintaa selkiyttää maksukyvyttömyyskäsitteen sisällöllinen purkaminen osatekijöihinsä todistusteemasolla: Mitkä seikat osoittavat, ettei velallinen pysty selviytymään erääntyneistä velvoitteistaan ja mitkä, ettei tämä suorituskyyttömyys koske vain epäolennaisen pientä osa velvoitteista ja ettei tämä tila ole ainoastaan tilapäinen.¹⁹⁰ Vastaavasti tulee yksilöidä, minkä nojalla tekijän tahallisuuden on katsottava kattavan mainitut seikat. Maksukyvyttömyyttä koskevassa näyttöharkinnassa voidaan maksukyvyttömyyttä pitää oikeustosisekkakokonaisuutena ja sen osatekijöitä niinkään oikeustosisekkoina. Toinen ehkä perustellumpi vaihtoehto on, että maksukyvyttömyyttä pidetään oikeustosisekkana ja sen perustavia seikkoja todistusosiseikkoina siitä.¹⁹¹ Sanotulla valinnalla on välittömiä vaikutuksia vetoamisvelvollisuuteen ja näyttövaatimuksiin. Vain oikeustosisekoja koskee vaatimus, että niihin on nimenomaisesti rangaistusvaati-

¹⁸⁹ *Talousrikostyöryhmän mietintö 2000* s. 33–34. Tosin mahdollista on myös, että syy yhteyteen kohdistuvat näyttöongelmat samalla korostuvat, vaikka säännös seuraustunnusmerkin osalta säilyisikin ennallaan. Syy-yhteyden näytöllinen ongelmallisuus on johtanut suomalaisesta muotoilusta poikkeaviin lainsäädäntöratkaisuihin muissa pohjoismaissa ja Saksassa; ks. esim. *Koponen 2001* s. 243–245.

¹⁹⁰ Olennaisuuden ja kohtuullisen ajan arvioinnista ks. esim. *Viljanen 1998* s. 1370–1374.

¹⁹¹ Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Lindell 1987* s. 317–330 perustelee laajasti jälkimmäistä, mm. Welamsonin näkemyksistä poikkeavaa kantaansa.

muksen esittäjän vedottava ja että niiden olemassaolo on näytettävä toteen.¹⁹²

Vastaavasti mikäli tahallisuuden sisällölle esitetään yksilöity kuvaus (esimerkiksi tietyn toimenpiteen suorittaminen taikka laiminlyöminen), tulee meillä noudatettu erittäin tiukka syytesidonnaisuus koskemaan myös tätä kuvausta.¹⁹³

Luonteeltaan tahallisuuden ja ylipäätään tunnusmerkistön subjektiivisen puolen näyttöarviointi poikkeaa jossain määrin muusta näyttöharkinnasta. Tekijän subjektiivisista tarkoituksista ja mielenliikkeistä ei suoranaista näyttöä voida saada ja pääsääntöisesti arvioinnissa ollaan indisiotodistelun ja kokemussääntöjen varassa. Kokonaan omia näyttöharkintaperiaatteita ja näyttökynnystä ei subjektiivisille tunnusmerkistötekijöille silti ole järkevää rakentaa eikä tällaiseen viitata rikoslakiprojektin ehdotuksessakaan. Näyttöharkinnassa ei tule sekoittaa todistusteeman ”tahallisuus” näyttöarviointia ja itse tahallisuuskäsitteen sisältöön liittyvää arviointia. Väitetyn tietoisuuden olemassaolo tulee näyttää toteen. Jos jokin oikeustosiselikka osoittaa tahallisuuden täyttymistä, on sen olemassaolo näytettävä ilman järkevää epäilyä. Sen sijaan tahallisuuden täyttymiseen liittyvän todistustosiselikan huomioimisessa ei ole näyttökynnystä ja ehdollinen tahallisuus ei edellytä positiivista tietoa.¹⁹⁴

Tahallisuuskysymysten näyttöongelmiin voitaneen tyydyttävimmällä tavalla vastata arvioinnin tietynasteisella objektiivisoinnilla. Itse tahallisuuskäsite muodostuu yhä normatiivisemmaksi erityisesti oikeudellisesti tulkinanvaraisissa tilanteissa kuten usein talousrikoksissa. Arviointi tapahtuu konkreettisten, mutta objektiivisesti tarkasteltavien ja ulkoisesti havaittavien seikkojen avulla. Mm. rahanpesudirektiivissä 91/308 edellytetään, että tietoisuus, tahallisuus tai tarkoitus on voitava todeta objektiivisten tosiasiallisten olosuhteiden perusteella.¹⁹⁵ Ulkoisesti havaittavia seikkoja todistus-

¹⁹² Lindell 1987 s. 328–329 haluaa osin kiistää tämän kytkennän, mutta on vaikea nähdä, miten voidaan systemaattisesti perustella tällainen poikkeus.

¹⁹³ Syytesidonnaisuudesta esim. Eerola 1997 s. 333 ss., Koponen 1997 s. 274 ss. Vrt. saksalaisessa oikeuskäytännössä ei samanlaisen syytesidonnaisuustulkinnan puuttuessa ole ongelmallista katsotaanko tietty kuvaus tahallisuuden muodostaviksi oikeustosiselikoiksi vai todistustosiselikoiksi tahallisuuden olemassaolosta; Volk 2000 s. 745–748.

¹⁹⁴ Täysin poikkeukseton ei vallitseva näkemys subjektiivisen ja objektiivisen puolen yhdenmukaisesta näyttövaatimuksesta kuitenkaan ole, vrt. mm. Diesen 1993 s. 530–538 esitetty, jonka mukaan tahallisuuden osalta tulisi hyväksyä alempi näyttökynnys. Ks. myös Jonkka 1991 s. 83 lausuttu siitä, että tahallisuuden monimutkainen määrittely antaa mahdollisuuden todennäköisyyden asteiden joustavaan käyttöön ja sitä kautta voidaan ottaa huomioon näyttövaikeudet ilman että nimenomaan myönnettäisiin tuomitsemiskynnystä lasketun. Tosin kysymys voi osin olla vain erilaisista muotoiluista ja on vaikea yksilöidä missä määrin erilaista lähestymistapaa esim. Volk 2000 s. 739 tältä osin puoltaa.

¹⁹⁵ Euroopan Yhteisöjen Neuvoston direktiivi 10.6.1991 rahoitusjärjestelmän rahanpesu-tarkoituksiin käyttämisen estämisestä 1 artikla.

tosiseikkoina ja aputosiseikkoina käyttäen voidaan arvioida myös tekijän tietoisuutta ja tahdonsuuntausta.

Harkittaessa sitä, onko tekijä ollut tietoinen tietystä suoritetusta järjestelystä ja sen merkityksestä esimerkiksi kirjanpitorikoksen, veropetoksen taikka velallisen rikoksen tunnusmerkistön kannalta on syytä kiinnittää huomiota mm. menettelyn mahdolliseen poikkeuksellisuuteen ja ainutkertaisuuteen aiempaan toimintaan verrattuna, suoritettujen toimenpiteiden lukuisuuteen sekä vaativuuteen niiden edellyttämän asiantuntemuksen ja harkinnan osalta.

Toisinaan kirjoitetaan tuomioistuinratkaisujen perusteluissa näyttöharkinnan perusteet näkyviin hyvinkin seikkaperäisesti. Mm. ratkaisu Vaasan hovioikeus 28.12.1998 nro 1506 sisältää varsin yksityiskohtaisen kuvauksen tapahtuneesta kirjanpidollisesta menettelystä. Virheellisten kirjausten merkityksellisyys, niiden lukumäärä ja lukuisat korjausviennit sekä niistä seuraava lopputulos huomioon ottaen hovioikeus katsoi, että kirjaukset oli tehty tahallisesti harhaanjohtaviksi ja virheellisiksi. Kirjanpitojen epäluotettavuutta osoitti erityisesti, että tiettyä merkittävää suoritusta oli kahden intressiyhtiön kirjanpidoissa käsitelty täysin toisistaan poikkeavalla tavalla, vaikka kirjaukset oli tehty samana päivänä saman henkilön toimesta.

Tekijän menettelystä ulkoisesti havaittavat seikat muodostavat usein ainoan käytettävissä olevan tai ainakin ainoan lähtökohtaisesti luotettavan perustan myös subjektiivisen puolen arviointiin. Suoritetuille oikeustoimille on talousrikosjuttujen näyttöharkinnassa lähtökohtaisesti annettava niiden normaalia liiketaloudellista merkitystä vastaava vaikutus myös tahallisuuden osalta. Esimerkiksi Agge katsoo, että tuomioistuin voi yksittäistapauksissa soveltaa liike-elämässä muodostuneita standardeja.¹⁹⁶

Pelkkä väite toimenpiteen ulkoisesti todettavissa olevasta merkityksestä ja tarkoituksesta poikkeavasta motiivista ei ole riittävä.¹⁹⁷ Velallisen epärehellisyudessa ja veropetoksessa voi selvittämättä jääneen varainkäytön tapahtuminen velallisen tai verovelvollisen hyväksi olla osaltaan myös vastaajan velvollisuus.¹⁹⁸ Tässä puollettu ulkoisesti todettaviin seikkoihin ja tyyppitapauksiin nojautuva arviointi ei kuitenkaan saa johtaa tahallisuusvastuun presumoimiseen tyyppitilanteissakaan. Tahallisuuden presumoiminen on pohjoismaisessa tieteisopissa selkeästi torjuttu, toisin kuin englan-

¹⁹⁶ Agge 1970 s. 239.

¹⁹⁷ *Klami – Rahikainen – Sorvettula 1987* s. 94 todetaan normaalista (kokemussääntöihin perustuvasta mallista) poikkeavan mieltämis- tai motivaatioprosessin tekemisen uskottavaksi voivan olla erittäin vaikeaa, vaikka todistustaakan selitettäisiin periaatteessa kuuluvan kantajalle. Tahallisuusnäytön lähtökohtaisesta ongelmallisuudesta myös *Klami 1984* s. 149–150.

¹⁹⁸ Esimerkkejä tällaisen näytöllisen epävarmuuden arvioinnista oikeuskäytännössä mm. Itä-Suomen hovioikeus 28.10.1999 nro 1010 ja Helsingin hovioikeus 26.10.2000 nro 2914.

tilaisessa todistusharkintakäytännössä, joka ei ole tältä osin yhtä rajoittava.¹⁹⁹ Näyttöarvioinnin ei tule myöskään johtaa tietyn tunnusmerkistökäytännön päättämiseen suoraan toisen tunnusmerkistökäytännön olemassaolosta.²⁰⁰

15 EREHDYS

Mikäli tekijä ei ole ollut tietoinen rangaistussäännökseen kuuluvista olenaisista tunnusmerkistökäytännöistä tai on niistä erehtynyt, teko ei ole ollut tahallinen. Tunnusmerkistöerehdys on siten tahallisuuden poissulkeva peruste. Vastuu tuottamuksellisesta teosta saattaa silti erehdystilanteessa toteutua. Tämä on oikeustieteessä ja -käytännössä vakiintunut tulkinta, joskin aiemmin osin erilaista terminologiaa käyttäen (mm. tosiasiaerehdys).²⁰¹ Samansisältöinen on myös rikoslakiprojektin ehdotuksen ja hallituksen esityksen 44/2002 mukainen säännös tunnusmerkistöerehdyksestä. Erehtyminen voi perustua sekä väärään että puuttuvaan tietoon, mikä jo osaltaan osoittaa erehdys- ja tahallisuusoppien välisen rajanvedon vaikeaksi.

Kieltoerehdys (oikeuserehdys) on sen sijaan asetettu syyksilukemisen kannalta eri asemaan. Laintuntemattomuus ei jo käytännön syistä voi pääsääntöisesti olla tehokas vastuuvapausperuste. Yksittäistapauksissa tämän periaatteen poikkeukseton noudattaminen voisi kuitenkin johtaa selvästi syyllisyysperiaatteen vastaisiin ja lopputulokseltaan kohtuuttomiin ratkaisuihin. Tämän vuoksi kieltoerehdys ollessaan anteeksiannettava²⁰² voi muodostaa vastuuvapausperusteen. Periaatetasolla ei tällöin ole katsottu tahallisuuden, vaan rangaistavuuden edellyttämän syyllisyyden jäävän täyttymättä.²⁰³ Tuomioiden perusteluissa argumentointi tosin on horjuvaa ja usein niissä viitataan tahallisuuden puuttumiseen.²⁰⁴

¹⁹⁹ Ks. esim. *Heydon – Ockelton* 1991 s. 62–64, *Murphy* 1997 s. 94–95 ja 541 ss., *Phipson* 1990 s. 83 ss., erit. s. 94–95. Presumptiot voivat koskea osin myös tahallisuusharkintaa. Kysymys on useimmiten näyttöarvioinnin lähtökohtana olevista yleisistä kokemussäännöistä.

²⁰⁰ Ks. myös *Tapani* 2001 s. 269 ja 274–275 näyttöarvioinnin objektivisoitumisesta lausuttu.

²⁰¹ Aiemmasta terminologiasta ks. *Vikatmaa* 1970 s. 45–46.

²⁰² Vrt. saksalaisen terminologian mukaan vältettävissä oleva (vermeidbar), mutta esitettyjen tulkintasuositusten perusteella ei terminologialla ole asiallista eroa.

²⁰³ *OLJ 5/2000* s. 119–120. Saksalaisessa oikeustieteessä tämä näkemys nykyään vakiintunut, aiemmin kieltoerehdyistä arvioitiin myös tahallisuuden kautta ja syyllisyysteorian ohella tahallisuusteorialla oli laajaa kannatusta. Esim. *Jakobs* 1991 s. 548–550, *Jescheck* 1986 s. 483–484, *Roxin* 1997 s. 793 ss., *Schroth* 1993 s. 595, *Tröndle* 1997 s. 125.

²⁰⁴ Näin esim. ratkaisussa KKO 1987:132 ja jutussa KKO 2000:113 hovioikeuden tuomion perusteluissa.

Kieltoerehdyksessä ei ole vakiintuneen tulkinnan mukaan kysymys tietoisuudesta rangaistussäännöksen sisällöstä tai edes menettelyn rikosoikeudellisesta rangaistavuudesta. Riittävää on, että tekijällä on käsitys teon oikeudenvastaisuudesta, sen oikeudellisesti kielletystä luonteesta.²⁰⁵ Rikoslakiprojektin ja hallituksen esityksen kieltoerehdystä koskevissa säännösehdoituksissa puhutaan siitä, että tekijä on erehtynyt pitämään tekoaan sallittuna. Perusteluista ilmenee, että tällöin tarkoitetaan nimenomaan tietoisuutta oikeusjärjestyksen kieltämästä tai sallimasta menettelystä. Teon sosiaalisen moitittavuuden mieltäminen ei ole riittävää.²⁰⁶ Lisäksi ehdotuksissa esitetään vastuuvapauden edellytykseksi, että erehdys on ilmeisen anteeksiannettava.

Aiemmin kehittymättömämmässä yhteiskunnassa tietoisuus oikeudenvastaisuudesta voitiin paremmin asettaa syyllisyyden ja rangaistusvastuun edellytykseksi. Tuolloin oli yhteiskunnassa helpommin oletettavissa, että jokaisen kansalaisen täytyy ainakin pääpiirteissään tuntea sallitun ja kielletyn menettelyn rajat. Nyky-yhteiskunnassa nimenomaan kaikenlaisen elinkeinotoimintaan liittyvää rikosoikeudellista ja muuta sääntelyä on siinä määrin, ettei ole loogista olettaa ihmisten tosiasiaassa tuntevan kielletyn menettelyn rajoja. Yhä teknisempi ja monimutkaisempi yhteiskunta tuo mukanaan suoranaisten normitulvan, jossa normista poikkeava käyttäytyminen saatetaan säätää rangaistavaksi ilman riittävän vakuuttavia perusteita. Tämä kehitys asettaa syyllisyysperiaatteen noudattamisen koetukselle.

15.1 Tunnusmerkistöerehdys

Rajanveto tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen kesken on vaikea ja tulkinnanvarainen. Eroa voidaan kuvata siten, että tunnusmerkistöerehdyksessä tekijä erehtyy niistä olosuhteista, jotka ovat edellytyksenä teon tunnusmerkistön mukaisuudelle. Kieltoerehdyksessä tekijä erehtyy tiedossaan olevissa olosuhteissa tehdyn teon kielletystä luonteesta.²⁰⁷

²⁰⁵ *Andenaes* 1997 s. 237, *Bratholm – Matningsdal* 1991 s. 243, *Jakobs* 1991 s. 552, *Jescheck – Weigend* 1996 s. 452, *Honkasalo* 1967 s. 106–111, *Lehtonen* 1981 s. 117, *Neumann* 2000 s. 96–97, *Roxin* 1997 s. 798–799, *Tröndle* 1997 s. 125. Saksalaisessa tietoisopissa käytetään usein ”väärystietoisuuden” käsitettä.

²⁰⁶ *OLJ* 5/2000 s. 125–126, *HE* 44/2002 vp. s. 113, samoin mm. *Roxin* 1997 s. 798–799, *Thornstedt* 1956 s. 147 ss.

²⁰⁷ Kuvaava on esim. ruotsalainen oikeustapaus HD 1978:117, jossa vastaaja oli erehtynyt luulemaan, että hänellä olisi ollut oikeus luvattomaan kalastukseen käytetyn omaisuuden ”takavarikointiin”. Kun vastaaja ei ollut erehtynyt niistä olosuhteista, jotka olivat käsillä, erehtyminen lain sisällöstä ei muodostanut vastuuvapausperustetta.

Esimerkiksi aiemmin käsiteltyjen velallisen rikoksissa merkityksellisten piilevien velkojen osalta tämä tarkoittaa sitä, että tekijän tahallisuuden tulee kattaa niiden olemassaolo. Sen sijaan tekijän ei tarvitse olla tietoinen siitä, että piilevät velat otetaan huomioon velallisen taloudellisen aseman rikosoikeudellisessa arvioinnissa.²⁰⁸ Kirjanpitorikoksessa selonotto- ja valvontavelvollisuus muotoavat tietoisuudelle yksittäisistäkin kirjauksista asetettavia edellytyksiä ja erehtyminen kirjanpitosäännösten sisällöstä ei pääsääntöisesti ole vastuuvapausperuste.

Selvimmän tunnusmerkistöerehdyksen soveltamisalaan kuuluvaksi on mielleltävissä erehtyminen aistein havainnoitavissa olevista tosiseikoista, mutta myös oikeudellisia arvostuksia ja käsitteitä sisältävät tunnusmerkistötekijät kuuluvat soveltamisalan piiriin. Ruotsissa ja Tanskassa esiintyvä käsite epävarsinainen oikeuserehdys ja Norjassa esiintyvä käsite tilanne-erehdys tarkoittavat teon faktisia olosuhteita koskevia erehdyksiä, vaikkakin oikeudelliseen arviointiin perustuvia. Ne ratkaistaan myös tunnusmerkistöerehdyksinä.²⁰⁹

Oikeudellisen arvion perusteena olevista seikoista erehtyminen voi saada merkitystä tunnusmerkistöerehdyksen muodossa. Velallinen voi esimerkiksi tehdä taloudellisessa kriisitilassa perusteettoman suorituksen tietyille velkojansa esiintyvälle taholle uskoen olevansa velvollinen suorituksen tekemiseen. Jälkikäteen asiaa tarkastellen suoritus on perusteeton, mutta tekijällä ei ollut tietoa olennaisista tähän arviointiin vaikuttavista syistä.

Tämän jakson alussa mainittu tulkinnanvarainen rajanveto tahallisuuteen kuuluvan tietoisuusvaatimuksen ja tunnusmerkistötekijän muodostavasta seikasta erehtymisen kesken vaikuttaa siihen, etsitäänkö käytännön tulkintaongelmaan ratkaisua tahallisuus- vai erehdysopeista. Esimerkiksi petoksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää, että tekijä tietää antavansa erehdyttäviä tietoja. Tämän tietoisuuden puute voidaan ymmärtää tunnusmerkistön edellyttämän tahallisuuden puutteeksi taikka tietojen todenmukaisuutta koskeväksi erehdykseksi.

Onko syyksilukemisen edellyttämä näyttötaakka erilainen selvitetäessä tahallisuuden olemassaoloa kuin poissuljettaessa erehdysväitettä? Tahallisuuden täyttymiseen riittää tietyn olosuhteen osalta se, että tekijä on mieltänyt sen olemassaolon sen puuttumista todennäköisemmäksi vaihtoehdoksi (todennäköisyystahallisuus) taikka suhtautunut sen olemassaoloon hyväksyvästi tai välinpitämättömästi (positiivinen tahtoteoria). Jos käsitys tieto-

²⁰⁸ *Holmqvist – Leijonhufvud – Träskman – Wennberg 2001 s. 11:20.*

²⁰⁹ *Andenaes 1997 s. 246, Greve – Jensen – Nielsen 1997 s. 173, velallisen rikosten osalta Löfmarck 1986 s. 346.*

jen todenmukaisuudesta osoittautuu hyvin epäuskottavaksi, päädytään arvioinnissa siihen, että tekijä on varsin todennäköisesti ”tiennyt” tiedot vääriksi. Kysymyksessä on tällöin joka tapauksessa jälkikäiteiskonstruktio tekijän tietoisuudesta tekohetkellä, kun tosiasiallista varmuutta tekijän mielen sisällöstä ei käytännön oikeuselämässä voida saavuttaa.

Erehdyksen arvioinnissa työskennellään käytännössä kutakuinkin vastaavalla tavalla todennäköisyysargumenteilla. Näyttötaakka on syyttäjällä, mutta vastaaja ei voi menestyä pelkällä väitteellä erehdyksestä, jos erehdyksen olemassaolo on hyvin epäuskottava. Tällaisessa tapauksessa ei ilmeisesti ole suurta eroa, kummalla tavalla kysymystä lähestytään ja ratkaisua haetaan. Mahdolliset erehdystilanteetkin lähentyvät tunnusmerkistön mukaisen tahallisuuden arviointia. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1989:125 hylättiin syyte optikon toimen harjoittamisesta annetun lain säännösten rikkomisesta tahallisuuden puuttuessa. Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan vastaajilla oli laseista saamansa tiedon nojalla ollut perusteltua aiheutta uskoa, etteivät lasit olleet sellaisia silmälaseja, joita sanotussa laissa tarkoitetaan. Siten tapaus olisi yhtä hyvin voitu kirjoittaa erehdystilannetta koskevaksi ratkaisuksi.²¹⁰

Tulkintavaikeuksia saattaa silti joissakin tapauksissa aiheuttaa säännösehdoituksen vaatimus tekijän olemisesta selvillä kaikista tunnusmerkistön toteutumisen edellyttämistä seikoista. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan ”selvillä oleminen” rinnastetaan lähinnä tietämiseen ja sanamuotovalintaan on vaikuttanut tavoite kattaa paremmin myös normatiiviset tunnusmerkistötekijät.²¹¹ Säännös ei kuitenkaan voi edellyttää nimenomaista positiivista tietoa siten, että se olisi ristiriidassa tahallisuusarvioinnin kanssa. Useimpien tunnusmerkistötekijöiden osaltahan riittää tahallisuuden alimman asteen täytyminen, joka ei vaadi positiivista tietoa.

Vastuuvapausperusteista erehtyminen voidaan myös nähdä erillisenä erehdystilanteena. Talousrikostunnusmerkistöissä se ei kuitenkaan ole usein esille tuleva kysymys ja tässä on riittävää viitata siihen, että vastuuvapauden perustavasta seikasta erehtyminen arvioidaan pääsääntöisesti kuten tunnusmerkistöerehdys.²¹²

²¹⁰ Tapaus kuvaa samalla hyvin myös erehdysmuotojen erottelun tulkinnanvaraisuutta. Vastajaat olivat sinänsä saaneet virheellisiä tietoja tunnusmerkistötekijästä (sen arvioinnin perusteista) ja erehtyneet siitä, mutta myöskin tehneet virheellisen arvion lainsoveltamisessa ko. tapauksessa. Jälkimmäisessä tilanteessa on kysymys soveltamiserehdyksestä, jota puolestaan arvioidaan kieltoerehdyksen tavoin eli se on vastuuvapausperuste vain ollessaan anteeksiannettava.

²¹¹ HE 44/2002 vp. s. 112.

²¹² Ks. tältä osin OJL 5/2000 s. 128–131.

15.2 Kieltoerehdys

Suurimmat tulkintaongelmat ja vastaavasti merkittävien erehdysoppien käyttöala talousrikoksissa kohdistuu kuitenkin epäilemättä kieltoerehdykseen.

Kieltoerehdys on merkityksellinen vain poikkeustapauksissa. Yleensä se on katsottu tehokkaaksi vain silloin, kun erehtymiseen on ollut anteeksiannettava syy. Periaatetasolla syyllisyysperiaatteen toteuttamiseen sopisi paremmin se, että myös uskottavaksi saatettu, mutta ei-anteeksiannettava erehtyminen johtaisi vastuuvapauteen. Käytännön syistä tämä ei ole toimiva vaihtoehto, koska se johtaisi siihen, että kansalaisten kannattaisi varsinkin riskialttiissa toiminnassa pysytellä mahdollisimman tietämättöminä. Arvioitaessa kansalaisen oikeusasemaa perusoikeusmyönteisistä lähtökohdistakin, voidaan hänelle asettaa oikeuksien vastapainona myös velvollisuuksia mm. laintuntemuksen osalta.

Rangaistusvastuun edellytyksenä on kuitenkin, että tekijä on ollut tietoinen tekonsa oikeudenvastaisuudesta. Tältä osin voidaan viitata edellä normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden yhteydessä lausuttuun oikeudenvastaisuuden perusteena olevien seikkojen ja niiden merkityksen tuntemisesta sekä saksalaiseen ”Parallelwertung in der Laiensphäre”-tulkintaperiaatteeeseen. Käsitteellisten kokonaisuuksien (kuten esim. maksukyvyttömyys) osalta tarpeen ei ole oikeudellisen käsitteenmuodostuksen, vaan sen perusteena olevien seikkojen tunteminen.²¹³

Hallituksen esityksessä rikosoikeuden yleisten oppien uudistamiseksi samoin kuin rikoslakiprojektin ehdotuksessa erehtymisen mahdollisesti anteeksiannettavaksi tekevinä seikkoina mainitaan käytännössä vähämerkityksisen lain puutteellisen tai virheellisen julkistamisen lisäksi lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus ja viranomaisen virheellinen neuvo. Luettelo on kuitenkin ymmärrettävistä syistä avoin sisältäen myös muun näihin rinnastettavan seikan.

Erehdys on myös oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä katsottu anteeksiannettavaksi nimenomaan perustuessaan viranomaisen virheellisiin neuvoihin taikka uuteen ja erityisen vaikeasti tulkittavaan lainsäädäntöön, jonka sisällöstä tekijä on yrittänyt hankkia tietoa. Sanottu selonottovelvollisuus on niin pohjoismaisessa kuin saksalaisessakin oikeuskäytännössä asetettu sangen korkealle. Yleispiirteenä näyttää olevan, että oikeuskirjallisuudessa esitetään laajempaa vastuuvapauden myöntämistä kuin minkä oikeus-

²¹³ Schönke – Schröder 1997 s. 231–232.

käytäntö on hyväksynyt.²¹⁴

Meillä on oikeuskäytännössä mm. ratkaisussa KKO 1987:132 epäsiiveellisinä pidettävien filmien maahantuontia ja levittämistä koskeneessa jutussa pidetty vastaajien erehdystä anteeksiannettavana (”oikeutettuna”). Perustelujen mukaan vastaajat olivat riittävän huolellisesti pyrkineet välttämään epäsiiveellisten filmien maahantuontia ja tullitarkastuksessa ne oli hyväksytty maahantuotaviksi. Norjassa on mm. tapauksissa Rt 1978 569 ja Rt 1981 444 vedetty rajaa norveja koskevalle selonottovelvollisuudelle. Ensin mainitussa ratkaisussa tarkoitettussa tilanteessa kaikkia kansalaisia koskevan tullilain säännöksen osalta tulkinnan tuli olla tiukka, jotta säännös täyttäisi tarkoituksensa. Jälkimmäisessä ratkaisussa arvioitiin kansainvälisesti poikkeuksellista liikenneonnettomuuteen osallista koskevaa alkoholin jälkinauttimiskieltoa. Ulkomaalaiselle lain tuntemattomuus oli anteeksiannettavaa, mutta arvioinnissa otettiin huomioon kuinka kauan vastaaja oli oleskellut ja kuinka usein käynyt Norjassa, oliko hänellä erityistä norjalaisten olosuhteiden tuntemusta ja oliko hän ammattiautoilija.²¹⁵

Roxin esittää selonottovelvollisuuden laajuuden määrittämiseen pääkriteereiksi seuraavat kolme tyyppitapausta:

- a) Jos tekijällä on epäily menettelyn oikeudenvastaisuudesta, tulee hänen tarkistaa asia.
- b) Jos tekijä toimii alalla, jonka hän tietää olevan erityisen oikeudellisen sääntelyn kohteena (kuten esimerkiksi liike-elämä), tulee hänen varmistua velvolluuksiensa sisällöstä.
- c) Jos tekijä tietää menettelynsä vahingoittavan yksityistä tai yleistä tahoa, tulee hänen varmistua sen laillisuudesta.²¹⁶

Nämä lähtökohdat ovat ilmeisesti yleisesti hyväksyttävissä, mutta selonottovelvollisuuden tarkempi yksilöiminen aiheuttaa tulkintaongelmia. Erimielisyyttä esiintyy mm. sen osalta, missä määrin maallikko saa luottaa oikeudellisen asiantuntijan antamiin neuvoihin. Toisaalta voidaan katsoa, että kansalaisen tulee saada luottaa hankkimansa asiantuntijan neuvoihin, kun pääsääntöisesti häneltä puuttuu kapasiteetti niiden oikeellisuuden arviointiin. Toisaalta on välttämätöntä korostaa asiantuntijan objektiivisuuden ja

²¹⁴ Oikeuskäytännöstä ks. esim. *Andenaes 1997* s. 239–240, jossa mm. mainitaan vuosina 1956–1993 Norjan korkeimmassa oikeudessa vain 15 tapauksessa katsotun oikeuserhdys anteeksiannettavaksi, *Bratholm – Matningsdal 1991* s. 245 ss., *Greve – Jensen – Nielsen 1997* s. 361–362, *Nuutila 1997* s. 233 ss.

²¹⁵ Näistä ratkaisuista Rt 1978 569 ja Rt 1981 444 esim. *Hjelmeng – Midthjell 1998* s. 209 ss. ja 217 ss.

²¹⁶ *Roxin 1997* s. 816–817.

riippumattomuuden merkitystä. Saksalaisen oikeustieteen eri lähestymistavoissa on eroja²¹⁷ ja common law-järjestelmissä puolestaan englantilainen tulkinta viranomaisen tai asiantuntijan neuvojen merkityksestä on tiukka.²¹⁸ Pohjoismaisessa oikeuskäytännössä lienee harvoin hyväksytty minikään yksityisen tahon antamia neuvoja anteeksiannettavan erehdyksen perusteeksi.²¹⁹ Lisäksi esimerkiksi tavarantoimittajalle annetut nimenomaisetkaan ohjeet eivät vapauta maahantuoja tms. tahoa omasta selonottovelvollisuudestaan. Päinvastainen tulkinta voisi johtaa pyrkimykseen vastuun pulverisoimiseen.²²⁰

Tuoreessa ratkaisussa KKO 2000:113 oli kysymys siitä, oliko irtisanotulla työsuojeluvaltuutetulla erityistä irtisanomissuojaa. Vastaja oli vedonnut siihen, että hän oli ao. työnantajaliiton lakimieheltä varmistanut, ettei erityistä suojaa ollut. Hovioikeus katsoi vastaajan voineen luottaa samaansa ilmoitukseen ja totesi lisäksi virheellisen ilmoituksen voineen johtua oikeuskirjallisuudessa vielä tuolloin olleesta vanhentuneesta näkemyksestä. Myös korkein oikeus katsoi vastaajan voineen olla sanotussa käsityksessä. Sen sijaan korkein oikeus asetti selonottovelvollisuuden tiukemmaksi ja totesi vastaajan olleen työnantajayhtiön talousjohtaja ja työsuojelupäällikkö, jonka velvollisuutena oli ollut selvittää työsuojeluvaltuutetun työsuhteen päättämisen edellytykset. Huomioon ottaen vastaajan asema ei hänen erehtymistään sisällöltään selviin irtisanomissuojasäännöksiin perustuvan irtisanomissuojan edellytyksistä voitu pitää anteeksiannettavana. Ratkaisussa myös todetaan selkeästi, että vastaja ei tämän vuoksi vapaudu rangaistusvastuusta. Kysymys ei siten ole *tahallisuuden* puuttumisesta.²²¹

Anteeksiannettavana erehdyistä on pidetty sisällöltään samankaltaisissa ratkaisuissa KKO 1985 I 2 ja 1986 II 37. Polttoöljyn kuljetukseen olisi huoltoasemaliikkeen harjoittamisen yhteydessäkin tarvittu liikennelupa. Ratkaisuissa todettiin, että kysymys oli kuitenkin varsin tulkinnanvarainen ja

²¹⁷ Esim. *Neumann 2000* s. 105 asettaa asiantuntijan neutraliteetille selvästi suuremmat vaatimukset kuin *Roxin 1997* s. 818–819. Ks. myös *Schönke – Schröder 1997* s. 295.

²¹⁸ Ks. *Smith – Hogan 1996* s. 83–84 ja *Williams 1983* s. 456–458. Williams viittaa mm. siihen, ettei englantilaisessa tulkinnassa viranomaisenaan väärä neuvo pääsääntöisesti ole vastuuvapausperuste, toisin kuin amerikkalaisen tulkinnan mukaan.

²¹⁹ *Bratholm – Matningsdal 1991* s. 248–250, *Greve – Jensen – Nielsen 1997* s. 177, *Pedersen 1996* s. 126 ss., samoin *HE 44/2002 vp.* s. 114, vrt. periaatteelliselta kannalta *Nuutila 1997* s. 244.

²²⁰ Ks. *Hjelmeng – Midthjell 1998* s. 212 ss. kommentit ratkaisusta Rt 1984 1016, jossa todetaan lisäksi, että kielletyn ja sallitun tulkinnanvaraisella raja-alueella toimiva tekee sen omalla riskillään.

²²¹ Ks. myös kommentti *Tolvanen 2001* s. 277–279.

vastaavaa toimintaa koskevilla jutuilla oli annettu erisuuntaisia ratkaisuja. Öljy-yhtiöllä oli samanlaisia sopimuksia muidenkin alan yrittäjien kanssa ja vastaajat olivat ilmeisesti luottaneet öljy-yhtiön asiantuntemukseen. Näissä olosuhteissa virheellistä käsitystä lain sisällöstä pidettiin anteeksiannettavana erehdyksenä.

Perusteluissa on nimenomainen viittaus myös epäyhtenäiseen oikeuskäytäntöön. Tällainen argumentointi on talousrikosasioissa varsin harvinaista siitä huolimatta, että niissä usein on kysymys oikeudellisesti tulkinnanvaraisista tapauksista. Aiemman epäyhtenäisen oikeuskäytännön taikka ristiriitaisten oikeustieteen kannanottojen merkityksestä potentiaalisena erehdyksen lähteenä ei ilmeisesti yleensä ole runsaampaa oikeuskäytäntöä.²²²

Talousrikosasiaa koskevassa ratkaisussa Helsingin hovioikeus 30.3.2001 nro 818 hovioikeus toteaa erään velallisen epärehellisyyttä koskevan syytekohdan osalta, että vastaajien oli tullut tietää lain nimenomaisesta säännöksestä, jonka mukaan johdannaistilille kirjattua vakioitua optiota ei voitu luovuttaa. Tämän ja muiden perusteluissa mainittujen seikkojen nojalla vastaajat eivät voineet hovioikeuden mukaan vedota tietämättömyyteensä optiokauppaa koskevista säännöksistä.

Edellä on verorikosten yhteydessä todettu, ettei vero-oikeudellisten kysymysten tulkinnanvaraisuus oikeuta verovelvollista ilmoittamaan tosiseikastoa vain edullisimman tulkinnan mukaisessa muodossa eikä tulkintojen muuttumisenkaan välttämättä vapautta aikaisempaan vallinneeseen tulkintaan luottanutta vastuusta. Tunnusmerkistökohtaisesti tämä konkretisoituu verorikosten kohdalla yleensä siihen, onko verovelvollinen oman tulkintansa mukaisesti toimiessaan antanut tiedot veroviranomaiselle siten, etteivät tulkinnan perusteet taikka toisen vaihtoehdon mahdollisuus edes käy ilmi annetuista tiedoista. Velallisen rikoksissa taikka petoksessa kysymys on puolestaan lähinnä siitä, onko tekijä ottanut huomioon itselleen epäedullisen ja taloudelliseen kriisitilaan johtavan mahdollisuuden. Selvä pääsääntö aiemmin käsitellyn selonottovelvollisuuden vuoksi on, etteivät oikeudelliset tulkintavaikkeudet muodosta perustetta anteeksiannettavalle kieltoerehdykselle, jos menettely sittemmin katsotaan tunnusmerkistön täyttäväksi.

Esimerkiksi erikoisrikosten tekijäasemaa ja tosiasiallista toimimista koskevassa tulkinnassa on tapahtunut oikeuskäytännössä selvä rikosvastuun laajentuminen. Vaikka joitakin ratkaisuja voitaneen pitää laillisuusperiaatteen kannalta jopa rajatapauksina kuten ratkaisua KKO 2001:86, ei mah-

²²² Ks. tästä esim. *Andenaes* 1997 s. 242–243, *Neumann* 2000 s. 104, *Schönke – Schröder* 1997 s. 296.

dollinen aikaisempaan oikeuskäytäntöön luottaminen poista vastuuta tahallisuudesta. Muodollisia järjestelyjä vastuun välttämiseksi perustettaessa on otettava huomioon mahdollisuus menettelyn oikeudenvastaisuudesta.

Silti ei voida poissulkea sitä vaihtoehtoa, että nimenomainenkin lainaukkojen etsiminen voi johtaa anteeksiannettavaan erehtymiseen. Mikäli tekijä selonottovelvollisuuttaan täyttäessään on tullut hyvin perustein vakuuttuneeksi siitä, että hänen menettelynsä on sallittu, ei sen oikeudenvastaisuus ole ollut hänen kannaltaan todennäköinen tai varteenotettava mahdollisuus. Selonottovelvollisuus on kuitenkin tällöin korostetun tiukka.

Myös oikeudenvastaisuudesta vaadittavan tietoisuuden tasoon on saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa kiinnitetty myös paljon huomiota. Pääsääntönä ehdollinen tietoisuus riittää eli arvioinnissa noudatetaan samoja periaatteita kuin tahallisuuden osalta.²²³ Korostetusti on katsottu jo oikeudenvastaisuuden mahdollisuuden riittävän synnyttämään selonottovelvollisuuden menettelyn laillisuudesta. Meillä on ratkaisussa KKO 1983 II 135 eri mieltä olevan jäsenen lausunnossa katsottu, ettei vastaaja ollut konkurssi-oikeudelliseen takaisinsaantia koskevaan lainsäädäntöön perehtymättömänä saattanut ottaa huomioon edes petoksen tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuutta.²²⁴ Näin tulkittuna selonottovelvollisuus oikeudenvastaisuudesta asettaa harkinnan yhdenmukaiseksi tahtotahallisuuden kanssa, mikäli edellytykseksi ei katsota, että tekijä pitäisi oikeudenvastaisuutta todennäköisempänä vaihtoehtona, vaan vakavasti otettava mahdollisuus tästä riittää.

Toisaalta todennäköisyysarviointi on huomattava apu sellaisen erityistilanteen ratkaisussa, missä molemmat (tai kaikki) toimintavaihtoehdot ovat mahdollisesti oikeudenvastaisia. Tällainen tilanne voisi syntyä esimerkiksi silloin, kun on tulkinnanvaraista, onko asiakirja salassa pidettävä vai ei. Virkamies voi ainakin periaatetasolla syyllistyä sanotussa tapauksessa rangaistavaan menettelyyn sekä antaessaan asiakirjan sitä pyytävälle että kieltäytyessään sitä luovuttamasta.²²⁵ Sanotun kaltaisissa tilanteissa voidaan

²²³ *Jakobs 1991 s. 555, Jescheck – Weigend 1996 s. 455, Neumann 2000 s. 100, Roxin 1997 s. 806 ss., Schönke – Schröder 1997 s. 291.*

²²⁴ Lausunnossa ei kylläkään nimenomaisesti viitata erehdykseen ja enemmistö on ratkaisu asian tahallisuuskysymyksenä. Tietoisuus konkurssisäännön takaisinsaantisäännöksistä on jutussa ollut sekä menettelyn oikeudenvastaisuuden että tahallisuuden perusta.

²²⁵ Eri kysymys on, mitä muita edellytyksiä mahdollisesti asetettaisiin tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen täyttymiselle siinä tapauksessa, että virkamies olisi kieltäytynyt antamasta julkiseksi katsottavaa asiakirjaa. Myös ei-julkisen asiakirjan paljastamisen rangaistavuutta on asianmukaisesti rajoitettu kumoamalla julkisuussäännösten uudistuksen yhteydessä rikoslain 40 luvun 6 § asiakirjan luvattomasta paljastamisesta. Tältä osin ks. *HE 30/1998 vp.* perusteluissa s. 116 lausuttu.

hyvin perustein katsoa erehdys anteeksiannettavaksi. Tämä edellyttää kuitenkin vaihtoehtojen kesken tehtyä punnintaa. Mikäli vaihtoehtojen välillä on olemassa merkittäviä eroja siinä todennäköisyydessä, jolla tietty menettely on oikeudenvastainen, on tekijän otettava erot huomioon ratkaisussaan.

Oikeudenvastaisuustietoisuuden jakamattomuus taikka jaettavuus on myös antanut aihetta erilaiseen käytäntöön. Tekijä on menettelyllään voinut täyttää useamman tunnusmerkistön, muttei ole mieltänyt tekonsa oikeudenvastaisuuden kaikkia rikosoikeudellisia ulottuvuuksia. Tällöin on voitu katsoa, että tietoisuuden teon oikeudenvastaisuudesta jo yhden tunnusmerkistön perusteella olisi tullut saada tekijä pidättäytymään teosta. Toisaalta on syyllisyysperiaatteeseen vedoten katsottu, että tietoisuus oikeudenvastaisuudesta tulee täytyä kaikkiin rikosoikeudellisiin tekoihin nähden.²²⁶ Tällöin siis asetetaan tietoisuudelle oikeudenvastaisen menettelyn oikeudellisesti kielletystä luonteesta yksityiskohtaisemmat vaatimukset.

15.3 Soveltamis- eli subsumptioerehdys

Usein erehdystilanteissa on kysymys oikeudellisesta arvioinnista siinä mielessä, että tekijä tuntee kyllä tekoon liittyvät tosiasiat ja lainsäädännönkin pääpiirteissään, mutta soveltaa säännöstöä yksittäistapauksessa väärin. Rikoslain yleistä osaa koskevassa hallituksen esityksessä tästä ns. soveltamis- eli subsumptioerehdyksestä ei ehdoteta nimenomaista säännöstä. Tätä voidaan perustella sillä, että soveltamiserehdykseen on yleisesti katsottu soveltuvan kieltoerehdystä koskevien ratkaisuperiaatteiden ja niiden erottelu olisi vaikeaa. Molemmissa on kysymys erehtymisestä teon kielletystä ja oikeudenvastaisesta luonteesta, joten soveltamiserehdystä voidaan pitää kieltoerehdyksen eräänä alaluokkana. Siten vain anteeksiannettava soveltamiserehdys on syyllisyyden poistava.²²⁷

Lukuisissa rangaistussäännöksissä esiintyy arvostuksenvaraisia ja oikeudellista tulkintaa edellyttäviä käsitteitä. Normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden muodostamaa ongelmaa on edellä jo käsitelty tahallisuusarvioinnin kannalta. Mm. velallisen petoksen tunnusmerkistössä säädetään muun

²²⁶ Neumann 2000 s. 97, Roxin 1997 s. 800–801 asettuvat jälkimmäiselle kannalle.

²²⁷ Esim. Roxin 1997 s. 408 ja 803–804, Volk 2000 s. 752; vrt. Jescheck – Weigend 1996 s. 308, jossa normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden osalta katsotaan, että erehtyminen näistä voi muodostaa tahallisuuden poistavan tunnusmerkistöerehdyksen eikä pelkästään erehdyksen anteeksiannettavuutta edellyttävää kieltoerehdystä.

väärän tai harhaanjohtavan tiedon antamisesta velkojien kannalta merkityksellisestä seikasta. Erehtyminen seikasta, joka tekee tiedon vääräksi tai harhaanjohtavaksi voi poistaa tahallisuuden tunnusmerkistöerehdyksenä. Sen sijaan sen arvioiminen, onko annettu tieto katsottava vääräksi taikka harhaanjohtavaksi on ensisijassa oikeudellista harkintaa eikä voi olla riippuvainen tekijän mieltämisestä ja hänen subjektiivisista näkemyksistään. Näin vaikka tunnusmerkistö on tältä osin melko epämääräinen laillisuusperiaatteenkin kannalta. Siten tekijän tässä oikeudellisessa soveltamisessa (konkreettisten oikeustositseikkojen sovittamisessa tunnusmerkistön abstraktisiin oikeustositseikkoihin) tekemä virhe voi johtaa vastuuvapauteen vain ollessaan objektiivisesti tarkastellen anteeksiannettava. Samoin myös esimerkiksi edellä mainitussa norjalaisessa oikeustapauksessa Rt 1984 1016.²²⁸

Rangaistussäännöksen taustalla olevan aineellisen säännösten tulkitseminen ja ymmärtäminen voi olla sangen vaikeaa. Esimerkiksi verolainsäädäntö on monilta osin vaikeaselkoista. Taseyhtiöjärjestelyjen verotuksellinen arviointi voi olla vaativa tehtävä²²⁹ ja mm. EU-sisäkaupan arvonlisäverotuksen sääntely saattoi voimaan tullessaan myös aiheuttaa pienyrityksille tulkintaongelmia. Arvonlisäverovelvollista toimintaa harjoittaessaan verovelvollisella on kuitenkin edellä kuvattujen periaatteiden nojalla laaja selontotovelvollisuus toimintaansa sääntelevistä määräyksistä ja tällaisen lainsäädännön luonteeseen kuuluu aina tietty monimutkaisuus. Esimerkiksi ratkaisussa Vaasan hovioikeus 9.3.1999 nro 210 hovioikeus lausui, etteivät ao. jutussa kysymyksessä olleet EU-sisäkauppaa koskevat arvonlisäverolain säännökset olleet vaikeaselkoisia ja että vastaajan oli täytynyt tietää menettelynsä kiellettyisyydestä. Näin jopa siinä määrin, ettei hovioikeus pitänyt vastaajan väitettä viranomaisilta saamistaan harhaanjohtavista neuvoista asiaan vaikuttavana.²³⁰

Verovelvollisuuden tai kirjanpitoivelvollisuuden tarkemmasta sisällöstä erehtyminenkin voi olla anteeksiannettava,²³¹ mutta molemmat säännöt ovat tyypillisesti sellaisia, joissa selontotovelvollisuus on laaja.

Kun soveltamiserehdyksestä ei esitetä nimenomaista mainintaa lainsäädännöksiin, se ei esiinny myöskään hallituksen esityksen 44/2002 vp. pe-

²²⁸ Ks. edellä alaviite 220.

²²⁹ Tähän viittaa velallisen menettelyn tahallisuusarvioinnissa myös *Salminen 1998* s. 82.

²³⁰ Käräjäoikeudesta tästä temasta esitettiin kyllä todistelua. Huomionarvoista sinänsä on, että mm. ratkaisussa KKO 2000:113 viitataan vain uskottavana pidettyyn vastaajan ilmoitukseen saamistaan virheellisistä neuvoista. Tällaisen seikan tulisi normaalisti olla todistelun kohteena. Tanskassa katsottiin puolestaan ratkaisussa U. 1995 689 V, että vastaajan oli täytynyt ymmärtää kysymyksessä olleen omaisuuden olevan panttioikeuden alaista.

²³¹ Ks. mm. *Jareborg 2001* s. 352–354 ja *NJA 1977* s. 225.

rusteluissa toisin kuin rikoslakiprojektin ehdotuksen perusteluissa. Hieman ongelmalliselta vaikuttaa, että samalla kun erehdyksestä säädettäisiin rikoslaissa, tämä erehdysoppien käyttöön liittyvä argumentaatio jää puuttumaan perusteluista. Soveltamiserehdyksen käsitteen avulla esitettävä argumentaatio sopii sängen hyvin juuri talousrikosten kaltaisissa tunnusmerkistöissä esiintyviin potentiaalsiin erehdystilanteisiin. Käytännössä vakavasti otettavia erehdystilanteita ei ehkä tule tuomioistuimissa esille lukumääräisesti paljon, mutta toisaalta tämä voi nimenomaan ehkäistä yhdenmukaisen oikeuskäytännön syntymistä. Rajanveto erehdyksen anteeksiannettavuutta edellyttävän soveltamiserehdyksen ja normatiivista tunnusmerkistökäytännön välillä saattaa todellisuudessa olla hiuksenhieno. Vaikutus lopputulokseen syyksilukemisessa on kuitenkin pääsääntöisesti ratkaiseva.

16 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

16.1 Tavoitteenasettelu

Tässä kirjoituksessa lähtökohtana on, että talousrikollisuuden torjunnassa rikosoikeudellista järjestelmää voidaan käyttää ja tulee käyttää merkittävänä osana. Valtioneuvoston päätösten tasolle nostetut talousrikostorjuntaohjelmat ovat osa tätä lähestymistapaa. Toisena vaihtoehtona mahdollista olisi myös siirtää painopistettä yhä monimutkaisemmassa, perinteisiin rikosoikeudellisiin käsitteisiin ja rikosprosessiin vaivoin sovitettavassa talouselämän toimintatapojen kontrolloinnissa enemmänkin hallinnollisiin sanktioihin ja itsesääntelyyn.

Rikosoikeuden näkeminen viimesijaisena keinona ja kriminaalipoliitiikan ymmärtäminen rikosten torjunnan lisäksi pyrkimyksenä rikollisuudesta aiheutuvien kokonaiskärsimysten ja -haittojen minimointiin ja oikeudenmukaiseen jakamiseen²³² ei ole ristiriidassa tässä omaksutun lähtökohdan kanssa. Perinteisten rikoslakirikosten osalta ei ole odotettavissa olennaista muutosta rikosoikeuden asemaan. Tästä poikkeavaan rikosoikeuden merkitystä rajoitettavaan kehitykseen ole aihetta talousrikostenkaan osalta. Samanlaista rikosoikeuden käyttöalaa kaikessa vaikutuksiltaan merkittävämmässä rikollisuudessa edellyttää jo järjestelmän kokeminen legitimiiksi. Talousrikos-

²³² Ks. mm. *Lappi-Seppälä 1998* s. 1296–1298.

ten yhteiskunnalle aiheuttamat mittavat taloudelliset vahingot sekä tekojen luonne suunnitelmallisena toimintana voivat päinvastoin olla argumentteja rikosoikeudellista vastuuta korostavaan suuntaan.

Merkittävä peruste hallinnollisten keinojen käyttöön rikosoikeudellisten sanktioiden asemesta sinänsä on niin meillä kuin muuallakin tällaisten rikosasioiden käsittelyn kontrollikoneistolle ja tuomioistuinelaitokselle aiheuttamat suuret ongelmat. Nämä vaikeudet eivät ole ylikäymättömiä, mutta niitä ei tulisi lisätä sellaisilla rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevilla muutoksilla, jotka saattavat korostaa tiettyjä tulkintaongelmia. Käytettävissä olevien tahallisuusoppien rajaaminen vain todennäköisyystahallisuuteen saattaisi olla tällainen muutos.

16.1 Riittääkö yksin todennäköisyystahallisuus?

Todennäköisyystahallisuuden keskeinen asema korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on kiistaton, vaikkakaan ei poikkeukseton. Oikeuskirjallisuudessaakin on yhä enemmän painotettu todennäköisyystahallisuutta tahallisuusarvioinnin perusteena. Matikkalan ennustama²³³ tahallisuusarvioinnin predestinoituminen todennäköisyystahallisuudeksi näyttää toteutuvan rikoslakiprojektin ehdotuksessa ja siihen annetussa lausuntopalautteessa sekä näiden nojalla laaditussa hallituksen esityksessä.

Korkeimman oikeuden lausunnossa katsotaan, että tahtotahallisuutta koskeva rikoslakiprojektin säännösesitys jättää avoimeksi sen, missä tilanteissa vaihtoehtoista kriteeriä olisi tarkoitus soveltaa, eikä perusteluista ilmene mistä syystä poikkeusmahdollisuus on ylipäättään tarpeen. Edelleen lausunnossa pidetään ilmeisenä, että tahtotahallisuutta koskevan 3-kohdan soveltaminen tarjoaisi mahdollisuuden laskea tahallisuuden kynnystä vakiintunutta alhaisemmaksi. Korkeimman oikeuden mukaan tämä merkitsisi käytännössä merkittäviä soveltamis- ja näyttöongelmia ja olisi omiaan aiheuttamaan epäyhtenäisyyttä tuomioistuinikäytännössä.²³⁴

Todennäköisyystahallisuuden etu on, että keskimäärin on helpommin ja luotettavammin selvittävissä, mitä tekijä on tekohtekellä tiennyt kuin mitä hän on hyväksynyt taikka uskonut jäävän tapahtumatta. Valtaosaan käytännön soveltamistilanteista todennäköisyystahallisuus sopii hyvin ja sen peruseriaate on sängen selväpiirteinen. Edellä mainitun korkeimman oikeuden lausunnon mukaisesti voidaan todeta todennäköisyystahallisuuden mää-

²³³ *Matikkala 1992* s. 65 ss.

²³⁴ Korkeimman oikeuden lausunto 6.3.2001 s. 11.

ritelmän sinänsä muodostavan käytännöllisen ja tarkoituksenmukaisen ratkaisun tahallisuuden ja tuottamuksen välisen rajan määrittelyssä. Meillä eduksi on vielä katsottava todennäköisyystahallisuuden vahva asema oikeuskäytännössä, jolloin tahallisuustulkinnat ovat muodostuneen tulkintatradition ansiosta ennustettavampia.²³⁵

Todennäköisyystahallisuuden perustuminen puhtaasti kognitiiviseen elementtiin eli tekijän tietoisuuteen on edellä esitettyjen esimerkkien valossa kuitenkin myös ongelmallista, mikäli se on *ainoa* käytettävissä oleva tahallisuuden arviointiperuste. Korkeimman oikeuden lausuma tahtotahallisuuden aiheuttamista tahallisuuden kynnyksen laskemisesta sekä soveltamis- ja näyttöongelmista tuntuu liioitellulta huomioon ottaen sen, että positiivisen tahtoteorian mukainen tahallisuus on tällä hetkellä oikeuskäytännössä voimassa olevaa oikeutta. Korkeimman oikeuden omissakin perusteluissa tahtotahallisuus esiintyy jossakin muodossa esimerkiksi tuoreissa ratkaisuissa 1995:85, 1996:149 ja 1997:33. Niissä talousrikoksia koskevissa alempien oikeusasteiden ratkaisuissa, joissa ylipäätään esiintyy tahallisuuden alinta astetta koskevia perusteluja, argumentointi näyttää perustuvan ainakin yhtä usein tahtotahallisuuteen kuin todennäköisyystahallisuuteen.

Lisäksi esimerkiksi Träskmanin artikkelissa vuodelta 1985 ja Ruotsin oikeuskäytännön osalta mietinnössä SOU 1996:185 arvioidaan siirtymisen tahtotahallisuudesta todennäköisyystahallisuuteen päinvastoin merkitsevän tahallisuuskynnyksen laskua.²³⁶ Vaikka edellä tässä kirjoituksessa kuvatuissa tapauksissa tahtotahallisuus johtaa valtaosin laajempaan tahallisuuden soveltamisalaan kuin todennäköisyystahallisuus, ei näiden tapausten määrä verrattuna kokonaisuuttukantaan ole suuri. Tahtotahallisuuden tarve koskee erityisesti tahallisuusrajanvetoa tietyissä tyyppitapauksissa, joissa tahallisuusvastuun soveltaminen on kriminaalipoliittisesti perusteltua.

Tuomioiden perusteluista selvästi ilmi käyvä realiteetti sinänsä on, että valtaosassa päätöksistä ei tahallisuutta nimenomaisesti perustella millään

²³⁵ Tätä korostetaan vahvasti *HE 44/2002 vp.* s. 93. Tuomioistuinkäytännön ennakoitavuus ja laillisuusperiaate tukevat toinen toisiaan; *Eriksson 1989* s. 69 ja *Frände 1989* s. 259. Ennakoitavuus luo myös legitimeettiä koko rikosoikeudenhoidolle.

²³⁶ Perusteluna tälle näkemykselleen Träskman esittää sen, että teknisesti todennäköisyystahallisuudessa riittää näyttö pelkästään tekijän tietoisuudesta seurauksen todennäköisyydestä. Tahtotahallisuudessa näyttö joudutaan esittämään sekä tekijän tietoisuudesta että tekijän tahdonsuuntauksesta; *Träskman 1985* s. 71–72. Myös mietinnössä *SOU 1996:185* s. 122–123 arvioidaan, että yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden omaksuminen laajentaisi liikaa tahallisen rangaistavan menettelyn alaa, minkä vuoksi mietinnössä esitetään kvalifioitua todennäköisyystahallisuutta.

tahallisuusopilla, vaan se päätellään suoraan muista päätösperusteluissa mainituista todistustositseikoista. Cavallin on laajasti Ruotsin oikeuskäytäntöä väkivaltarikoksissa tarkastellen todennut pääosan tuomioiden tahallisuusarvioinneista perustuvan itse teon ulkoisesti havaittavissa olevaan toteuttamiseen.²³⁷ Vastaavasti Ingblad väittää tuomioistuinten tekevän käytännössä tahallisuusarvioinnin täysin objektiivisesti itse teon ominaisuuksien perusteella.²³⁸ Näin nimenomaan syyksilukemiseen päätyvien tuomioiden osalta, koska hypoteettiseen *dolus eventualis* -käsitteeseen nojautuvaa perustelua käytetään Ruotsissa enimmäkseen syytteen hylkäämisen päätyneissä ratkaisuissa. Tältä osin tuomioistuinkäytäntö siis Ruotsissakin kulkee osin omia teitään verrattuna tietoisopin suosituksiin.

Meilläkin esimerkiksi useimmat viimeaikaisista isompien talousrikosjuttujen tuomioista perustuvat tahallisuuden arvioinnin osalta siihen, että ratkaisuissa on hyvin seikkaperäisesti ja yksityiskohtaisesti arvioitu yksittäisiä, menettelyn luonnetta ja tavoitteita osoittavia todistustositseikkoja, joista on tämän jälkeen tehty myös subjektiivista puolta koskevat johtopäätökset.²³⁹ Näin ollen riskin oikeuskäytännön epäyhtenäisyydestä tai sen epätoivotusta muuttumisesta voi yhtä hyvin aiheuttaa yksinomaisen todennäköisyystahallisuuden soveltaminen tulevaisuudessa nykyään näin perusteltuihin tapauksiin. Ylipäätään tahtotahallisuuden poissulkeminen sovellettavien tahallisuusoppien joukosta aiheuttanee suuremman riskin nykyisen oikeuskäytännön muuttumisesta kuin nimenomaisen tahtotahallisuutta koskevan määritelmän ottaminen rikoslakiin.

Useimmissa edellä tässä kirjoituksessa esitetyissä tulkinnanvaraisissa tilanteissa vaikuttaisi tahtotahallisuus eri muodoissaan tuovan merkittäviä ja hyödyllisiä lisäargumentteja tahallisuuden arviointiin. Erityisen vaikeaa on sovittaa oikeuskäytännössä tietystä määrin jo vakiintunutta selonottovelvollisuutta todennäköisyystahallisuuteen. Myös tässä kirjoituksessa puollettu kielletyn riskin vapaampi arvottaminen teon sosiaalisen moitittavuuden ja riskipotentiaalin nojalla tahallisuusarvioinnissakin soveltuisi vain tahtotahallisuuteen. Nämä tilanteet ovat ongelmallisia ainakin edellytettäessä todennäköisyystahallisuudessa aina vähintään yksinkertaista todennäköisyyttä.

²³⁷ *Cavallin 1999 s. 304 ss.* ja laaja selvitys alioikeuskäytännöstä. Cavallinin terminogian mukaan kysymyksessä on *gärningsuppsåt* (vastaa suurin piirtein *dolus ex re*), osaksi täydennettynä välinpitämättömyystahallisuudella (*likgiltighetsuppsåt*).

²³⁸ *Ingblad 2000 s. 794.*

²³⁹ Esimerkiksi Helsingin hovioikeus 29.6.2000 nro 1668, Helsingin hovioikeus 6.7.2000 nro 1733, Helsingin hovioikeus 30.3.2001 nro 818, Turun hovioikeus 30.3.2001 nro 753 ja Helsingin hovioikeus 4.9.2001 nro 2237.

Tästä vaatimuksesta luopuminenkaan ei kuitenkaan näytä mahdolliselta, koska se aiheuttaisi puolestaan teorian periaatteellisen selkeyden menetyksen. Hallituksen esitys onkin kirjoitettu mainitun edellytyksen mukaisesti. Vaikuttaa siten olevan syytä asettaa kyseenalaiseksi se näkemys, että tahallisuusarvioinnin tulisi perustua vain yhteen ainoaan tahallisuusoppiin.

16.2 Yksi vai kaksi tahallisuusmallia?

Yhtä tahallisuusmallia eli todennäköisyystahallisuutta ovat kannattaneet mm. Lappi-Seppälä ja Nuutila. Lappi-Seppälä on korostanut volitionaalisen elementin oikeudellista käsitteellisyttä sen erotessa puhekielessä käytetystä tahdosta. Tunnusmerkistön täyttymisen hyväksymisen sisältö jää Lappi-Seppälän mukaan määritelmässä epämääräiseksi ja eroaa normaalimerkityksestään erityisesti tilanteissa, joissa tekijä on yrittänyt välttää seurauksen.²⁴⁰ Nuutila toteaa, että tahdon suuntautumisella on vaikea nähdä olevan itsenäistä merkitystä, kun seurauksen hyväksyminen näkyy juuri toiminnan jatkamisessa eikä hyväksyvistä suhtautumisesta ole juuri saatavissa muuta näyttöä. Tahtotahallisuus voi Nuutilan mukaan myös asettaa tahallisuuden täyttymiskynnyksen kriminaalipoliittisesti liian alas, jos pelkkä seurauksen mahdollisuuden hyväksyminen on riittävää.²⁴¹

Useampaa tahallisuusmallia ovat kannattaneet mm. Frände, Lahti ja Matikkala. Frände toteaa Nuutilan tahtotahallisuuteen kohdistaman kritiikin sinänsä aiheelliseksi, mutta lausuu todennäköisyystahallisuuden olevan alitis yhtä vakavalle kritiikille. Tehtäessä valintaa kahden puutteellisen mallin voi olla parasta valita molemmat vaihtoehdot.²⁴² Lahti korostaa rikollisuuden ja rikosoikeuden monimuotoisuuden huomioon ottamista sekä talousrikosoikeuden erityispiirteenä pitkälle menevää selonottovelvollisuutta. Nämä seikat ovat Lahden mukaan paremmin otettavissa huomioon kahden vaihtoehdoisen tahallisuusmuotoilun avulla kuin tukeutumalla vain todennäköisyysteoriaan.²⁴³ Matikkala pitää todennäköisyystahallisuutta jo peittämisperiaatteen toteuttamisen kannalta huomattavasti problemaattisempana ja soveltamismahdollisuuksiltaan paljon kapeampana kuin positiivista tahtoteoriaa.²⁴⁴

²⁴⁰ *Lappi-Seppälä 1992a* s. 231, erit. alaviite 40.

²⁴¹ *Nuutila 1995* s. 495 ja *Nuutila 1997* s. 220–222.

²⁴² *Frände 2001* s. 135–136 ja 146.

²⁴³ *Lahti 2001* s. 723–724.

²⁴⁴ *Matikkala 1991* s. 979 ja *Matikkala 1995* s. 215–216.

Tässä kirjoituksessa asetetaan siis sille kannalle, että jonkinlainen tahto-tahallisuuteen perustuva tahallisuuden alimman asteen malli on etenkin talousrikoksissa tarpeellinen. Tahallisuuden täyttymisen rajan tulee silti olla korkeammalla kuin pelkkä tekijän mieltämä mahdollisuus tunnusmerkistön täyttymisestä ilman mitään lisäedellytyksiä. Hyväksyvällä suhtautumisella, johon tässä kirjoituksessa rinnastetaan em. kvalifioitu välinpitämättömyys, pitää olla jokin reaalin sisältö. Käytännössä tätä tuskin voi yksilöidä tarkemmin, kuin että tuomioistuin tulee kaikkea näyttömateriaalia arvioidessaan vakuuttuneeksi siitä, että tekijä on *hyväksynyt varteenotettavana pitämänsä tunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuuden tai suhtautunut siihen ilmeisen välinpitämättömästi*. Jätettäessä tulkinta osin oikeuskäytännön varaan sitä voidaan perusteluissa yksilöidä esimerkein kuten on tehty myös todennäköisystahallisuutta koskevien perustelujen osalta.

Syyksilukevassa ratkaisussa tulee pystyä yksilöimään ne todistustositteikat, joiden nojalla tämä hyväksyminen on katsottu selvitettyksi. Tämä arviointi on tehtävä tekijän tekohetken mukaisen motivaatiotilanteen perusteella, mutta siinä on väistämättä keskeinen osuus inhimillistä käyttäytymistä koskevilla yleisillä kokemussäännöillä siitä miten ihmiset normaalisti toimivat. Perusteleva on näyttömateriaalin tosiasiallisesta niukkuudesta johtuen vaikea tehtävä, mutta ei ratkaisevasti eronne niistä vaikeuksista, jotka vastaavasti koskevat tekijän subjektiivisesti mieltämän todennäköisyyden selvittämistä. Välinpitämättömyyden osalta tulee erotukseksi tuottamuksellisesta menettelystä korostaa oikeudellista toimimisvelvollisuutta tai velvollisuutta pidättäytyä tietystä menettelystä. Tekijän välinpitämättömyys tunnusmerkistön täyttymisen suhteen voi olla ilmeistä mm., kun hän jättää ryhtymättä oikeushyvän loukkauksen estämiseksi ilmeisesti tarpeellisiin ja mahdollisiin toimenpiteisiin taikka laiminlyö kokonaan oikeudellisesti merkityksellisten antamiensa tietojen oikeellisuuden tai tietyn olosuhteen olemassaolon tarkistamisen.

Teon täytäntöönpanon jatkaminen ei voi automaattisesti toimia selvityksenä tällaisesta hyväksyvistä tai välinpitämättömästä suhtautumisesta. On kuitenkin vaikea nähdä riittäviä perusteita sen rajaamiselle nimenomaisesti tällaista hyväksymistä osoittavien perusteiden joukosta rikoslakiprojektin ehdotuksen perusteluissa lausutulla tavalla.²⁴⁵ Lisäksi on todettava, että tältä osin esitöillä on perusteltu rajoitetumpaa tahallisuustulkintaa, kuin mihin itse ehdotetun lainkohdan sanamuoto viittaisi. Sanamuodon ”menette-

²⁴⁵ Ks. *OLJ 5/2000* s. 101–102 lausuttu, jonka mukaan ”Vaadittava hyväksyminen ei niin ollen tule todistetuksi pelkästään sillä, että tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varteenotettavana mahdollisuutena, mutta siitä huolimatta jatkanut toimintaansa.”

lyn on katsottava osoittavan” pitäisi nimenomaisesti sisältää myös se vaihtoehto, että jo tekotapa voi yksittäistapauksessa sisältää sellaisia seikkoja, jotka osoittavat tekijän hyväksyvän suhtautumisen tunnusmerkistön täyttymiseen. Toisaalta muotoilua voidaan arvostella siltä osin, että se näyttää korostavan jo lähtökohtaisesti ikään kuin ulkoapäin objektiivisesti eikä tekijän kannalta subjektiivisesti tapahtuvaa arviointia.

Rikoslakiprojektin ehdotuksen perusteluissa todetaan myös, että esimerkiksi toimet, joilla pyritään torjumaan seurauksen aiheutuminen, tukevat päätelmää, ettei tekijä ole hyväksynyt tunnusmerkistön toteutumista.²⁴⁶ Tämä on perusteltu lähtökohta ja mm. saksalaisissa tahallisuusteorioissa säännönmukaisesti esitetty tahallisuuden poissulkeutumiseen viittavana seikkana.²⁴⁷ Perustelut olisivat ehkä käytännössä helpommin sovellettavasti siinä muodossa, ettei pelkästään toiminnan jatkaminen yleensä yksin osoita hyväksynnän olemassaoloa, vaan harkinta on suoritettava kokonaisuutena tapauskohtaisesti. Tämän pitemmälle meneviä tulkinoheja tuskin on tarpeen yleisellä tasolla antaa. Sinänsä tärkeä on em. rajoitussäännön taustalla ilmeisesti oleva huoli siitä, että tiettyyn seuraukseen jo johtanutta menettelyä jälkikäteen tarkasteltaessa liian helposti konstruoidaisiin seurauksesta suoraan teon syyksilukeminen tahallisenä.

Saksalaisen oikeustieteen ja -käytännön luoma tunnusmerkistön täyttymisen vakavasti taikka huomioon ottamista koskeva tahallisuuden alinta astetta koskeva ratkaisuperiaate on eräänlainen yhdistelmä tahto- ja tietoisuusteorioista, mutta selvästi sisältää tahtoelementin. Edellä esitetty tekijän hyväksyvään taikka kvalifioidusti välinpitämättömään suhtautumiseen perustuva tahallisuus olisi ilmeisesti sangen lähellä saksalaista tulkintaa. Sillä olisi mahdollista paikata pelkän todennäköisyystahallisuuden nojalla tahallisuusarviointiin jäävät ongelmalliset aukkokohtat.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty useita tahallisuusteorioita, joiden tarkoituksena on ollut tahtomomentista luopuminen tahallisuuden perustavana osana. Ne eivät kuitenkaan ole saaneet mainittavaa jalansijaa ja saksalaisessa tietoisuudessa katsotaan varsin vakiintuneesti, että tahallisuuden alimpaan asteeseen kuuluu sekä tahto- että tietoisuuselementti. Yhtä ainoaa tahallisuustunnusmerkkiä ei ole katsottu riittäväksi. Perustee-

²⁴⁶ *OLJ 5/2000* s. 101.

²⁴⁷ Äärimmillään jopa niin, että koko rajanveto tahallisuuden alimman asteen ja tuottamuksen kesken on haluttu rakentaa tällaisen tahdon olemassaolon tai puuttumisen varaan kuten Armin Kaufmannin esityksessä. Tällöin kuitenkin jouduttaisiin ilmiselviin ongelmiin mm. tilanteissa, joissa merkittävän riskin vähäinenkin alentaminen voisi sulkea tahallisuuden pois, mutta reagoimattomuus vähäiseen riskiin merkitsisi tahallisuutta; kritiikistä ks. esim. *Hassemer 1989* s. 291–292 ja *Hillenkamp 1989* s. 360.

na mainitaan muun ohella nimenomaisesti tahallisuuden ja tuottamuksen välisen moitittavuuseron tulevan tällöin paremmin huomioon otetuksi syyllisyysperiaatteen edellyttämin tavoin. Volitiivinen tunnusmerkki on pääsääntöisesti katsottu välttämättömäksi tahallisuuden alimmassa asteessa.²⁴⁸

Jescheck, Roxin ja Triffterer ovat valmisteilla ollutta Suomen rikoslain yleisten oppien alustavaa uudistusesitystä arvioidessaan suhtautuneet yhdenmukaisesti epäillen todennäköisyystahallisuuteen perustuvaan tahallisuuden määrittelyyn. Kaikki kolme suosittelevat meillekin tahdonsuuntauksen sisältävän saksalaistyyppisen tahallisuuskäsitteen omaksumista, joka johtaa todennäköisyystahallisuutta jonkin verran laajemmin menettelyn syyksilukemiseen tahallisuuna.²⁴⁹

Kaiken edellä lausutun nojalla riittäviä perusteita ei näytä löytyvän muuttaa nykyisin vallitsevaa tilannetta, jossa tahallisuusarvioinnissa ovat käytettävissä sekä todennäköisyystahallisuus että positiivinen tahtoteoria, joskin hyväksyvän ja välinpitämättömän suhtautumisen sisältöä tulisi täsmentää. Kyseisten tahallisuusmuotojen tarkempi kuvaaminen olisi riittävä haaste rikoslain yleisen osan uudistamisessa. Kumpikin tahallisuusoppi on yksin sovellettuna puutteellinen. Talousrikosten osalta niiden rikoslakiuudistuksessa merkittäväksi todettu asema²⁵⁰ ei tule tyydyttävästi huomioon otetuksi, jos yleisten oppien uudistus päinvastoin aiheuttaa uusia merkittäviä soveltamisongelmia yksinomaiseen todennäköisyystahallisuuteen siirtymisen myötä.

²⁴⁸ *Roxin 1997* s. 393–394. Roxin korostaa samalla myös sitä, että volitiivisenkin elementin arviointi tapahtuu objektiivisista lähtökohdista siten, etteivät pelkät vastaajan lausumat saa ratkaisevaa merkitystä. *Hassemer 1989* s. 296–297 katsoo, että moitittavuutta osoittaa nimenomaan tekijän ratkaisu tunnusmerkistön suojaamaa oikeushyvää vastaan ja normia vastaan. Pelkkä tietoisuus menettelyn vaarallisuudesta ei riitä siihen, että tekijä on tehnyt sanotun ratkaisun oikeushyvän loukkauksesta. *Jescheck – Weigend 1996* s. 293 ovat tällä kannalla kaikkien kolmen tahallisuusmuodon osalta ja s. 300 erityisesti ehdollista tahallisuutta koskien. *Spendel 1987* s. 171 ss. samoin tahallisuuskäsitteen jo semanttiseenkin tulkintaan vedoten. *Volk 1993* s. 622–623 toteaa nykyisen dolus eventualis tulkinnan välttämättömyydeksi talousrikollisuuden torjunnassa. Vrt. Herzbergillä tahtoelementti on vain jonkinlainen liitännäinen ensisijaisesti ratkaisevaan kognitiiviseen puoleen, mutta voi toimia myös tahallisuuden pois rajaavana kriteerinä. Hertzberg tiivistää tahtoelementin merkityksen niin, että se riittää tahallisuuden täyttymiseen, kun suhtautuminen on välinpitämättömyyttä hyväksyvämpi ja poissulkee tahallisuuden, kun tekijä toivoo seurauksen syntymättä jäämistä ja pitää tätä varsin mahdollisena; *Herzberg 2000* s. 72–81.

²⁴⁹ *Jescheck 1992* s. 325, *Roxin 1992* s. 251 ja *Triffterer 1992* s. 265–266. Jescheck ja Roxin arvostelevat mm. sitä, että esim. 50 prosentin todennäköisyys tunnusmerkistön täyttymisestä ei voisi johtaa tahallisen teon syyksilukemiseen.

²⁵⁰ Ks. esim. *Lahti 1992* s. 32 ja 38–39.

16.3 Vaihtoehtoisia ratkaisumalleja

Todennäköisyystahallisuus tarjonnee kuitenkin yksiselitteisimmän ja selkeimmän tahallisuuskriteerin mikäli kaikesta huolimatta päädytään vain yhden tahallisuusopin malliin.²⁵¹ Tällöin tästä yhdestä mallista aiheutuvien, edellä käsiteltyjen erityisesti talousrikoksissa esiintyvien tulkintaongelmien rajoittamiseksi olisi esimerkiksi ainakin seuraavat neljä mahdollisuutta:

- a) Rikoslaisissa nimenomaisesti säänneltävä tahallisuus rajoitetaan koskemaan vain seuraustahallisuutta. Tällöin oikeustiede ja -käytäntö voisivat muokata olosuhdetahallisuuden osalta noudatettavat tulkinnat tietyssä määrin erilaisiksi ja osin rikostyyppikohtaisiksi.²⁵²
- b) Laajennetaan erehdysoppien käyttöalaa, jolloin erityisesti soveltamiserehdyksen avulla voidaan ratkaista osa niistä tilanteista, joissa todennäköisyystahallisuus jättää kriminaalipoliittisesti merkityksellisiä aukkoja.²⁵³
- c) Hyväksytään tahallisuutta koskevan näytön arvioinnin melko pitkälle menevä objektivisointi tyyppitapauksittain. Tosiasiallisestihan tätä noudatetaan kiihtymys- tai päihtymystilassa tehtyihin väkivaltarikoksiin nykyäänkin.²⁵⁴
- d) Lisätään merkittävästi (törkeään) tuottamukseen perustuvia kriminalisointeja talousrikoksissa. Tällöin tahallisuuden alimman asteen ja tuottamuksen välisen rajanvedon merkitys rikosvastuun toteutumisessa merkittävästi vähenee.²⁵⁵

²⁵¹ Sen edellä kuvatut puutteet huomioon ottaen voidaan tosin kysyä, miksi tahallisuuden osalta olisi välttämätöntä poiketa muutoin yleisen osan säännöshdotuksessa periaatteena olleesta mahdollisimman suuren systeemivapauden tavoitteesta.

²⁵² Todennäköisyystahallisuus soveltuu kiistatta parhaiten normaalin seuraustahallisuuden arviointiperusteeksi. Olosuhdetahallisuuden on toisinaan esitetty jonkin verran poikkeavia tulkintaperusteita, mutta systemaattisen ja perustellun erottelun luominen on ymmärrettävästi vaikeaa. *Träskman 1985* s. 66 pitää tahtotahallisuuden keskeisimpänä ongelmana, ettei tekijän suhtautumisesta tekohetkellä vielä epävarmaan seuraukseen voida saada välitöntä näyttöä.

²⁵³ *Nuutila 1997* s. 242 ss. antaa soveltamiserehdykselle sängen laajan käyttöalan.

²⁵⁴ Osin vastaava esimerkki oikeuskäytännön kehittämisestä on todettavissa mm. vastuun kohdentamisessa yhteisöissä sekä tosiasiallisen toimimisen yhä laajemmassa hyväksymisessä tekijänvastuun perustaksi. Tästä ks. esim. *Backman 1990* s. 2 ss., *Lahti 1998* s. 1271 ss., *Nissinen 1999* *ibid.*, saksalaisen käytännön osalta mm. *Achenbach 2000* s. 600 ss., *Fuhrmann 1989* s. 143, *Schünemann 2000* s. 643–646.

²⁵⁵ *Lahti 1981* s. 56 esittää jo rikoslakia uudistettaessa harkittavaksi, onko syyksiluettavuusvaatimusta erityisesti yhteisöjen toimintapiirissä tapahtuvia rikoksia silmällä pitäen syytiä lieventää käsittämään myös (törkeä) tuottamus. *Nuotio 1998* s. 593 toteaa tuottamus- ja vaarantamiskriminalisointien lisäämiseen liittyen, että merkittävin riskipotentiali on siellä, missä myös tuotannon kyky on suurin eli organisoidussa yritystoiminnassa.

Lisäksi sovellettavasta tahallisuusopista riippumattakin tahallisuuden ja erehdyksen välinen rajanveto aiheuttaa ongelmia, joita tulisi lieventää esimerkiksi seuraavasti:

- e) Lainsäädännöllisesti tai tulkinnallisesti kavennetaan tahallisuuden poistavan tunnusmerkistöerehdyksen ja vain anteeksiannettavana merkityksellisten kielto- tai soveltamiserehdyksen jyrkkää eroa.²⁵⁶

Ensimmäiseen ratkaisuvaihtoehtoon liittyen voidaan todeta edellä katsotun rikosvastuun reaalisessa toteutumisessa talousrikosasioissa keskeiseksi tapauksittain pitkällekin viety selonottovelvollisuus. Sen yhteensovittaminen todennäköisyystahallisuuteen on pulmallista vesittämättä selonottovelvollisuuden merkitystä. Ongelmallista on ylipäättään sellaisten olosuhteiden olemassaolon todennäköisyyden asettaminen tahallisuuden perusteeksi, jotka ovat tekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella. Olosuhdetahallisuuden rajaamisella legaalimääritelmän ulkopuolelle voitaisiin osa näistä tulkintakysymyksistä jättää nykyisen vallitsevan oikeuskäytännön varaan.

Tällainen vaihtoehto ei esiinny edellä mainituissa esitöissä. Selvimpänä heikkoutena tässä ratkaisussa olisi olosuhde- ja seuraustahallisuuden kesken tehtävä tulkinnanvarainen rajanveto, joka näin ollen muodostuisi selvästi entistä merkityksellisemmäksi. Lisäksi ajallisesti kauempana tulevaisuudessa toteutuvien seuraustunnusmerkkien käsittely jäisi edelleen ongelmalliseksi. Osaksi näitä ongelmia voidaan tosin rajoittaa objektiivisten tunnusmerkistötekijöiden muotoilulla.²⁵⁷

Toinen vaihtoehto liittyy samoihin ongelmiin kuin ensimmäinenkin. Lähestymistapa on vain hieman erilainen. Niissä tilanteissa, joissa on kysymys normatiivisista käsitteistä tai oikeudellisesti tulkinnanvaraisista järjestelyistä, voidaan tekijän menettelyyn soveltaa tahallisuusteorioiden asemesta erehdysoppeja. Tällöin talousrikosoikeudessa välttämätön selonottovelvollisuus voidaan ainakin osaksi kattaa tekijän velvollisuudella selvittää normiston oikea tulkinta omaa menettelyään koskien uhalla, ettei erehtyminen menettelyn oikeudellisesta arvioinnista pääsääntöisesti ole vastuusta vapauttava peruste.²⁵⁸

²⁵⁶ Tässä on siis edellisistä poiketen kysymyksessä liian *laajan* tahallisuusvastuun rajoittaminen.

²⁵⁷ Mm. maksukyvyttömyyttä koskevaa seuraustunnusmerkkiä voitaisiin perustellusti muuttaa itse rangaistussäännöksessä. *Löfmarck 1986* s. 350–351 esittää velallisen rikosten tulkinta-ongelmien ratkaisuksi yleensäkin ennemminkin objektiivisten tunnusmerkistötekijöiden parempaa ja selvempää muotoilua kuin subjektiivisten edellytysten laskemista.

²⁵⁸ Ks. *Nuutila 1997* s. 249 ja 251–253 taloudellisen toiminnan ja talousrikosten osalta lausuttu.

Ongelmallisempaa tässä vaihtoehdossa on sen soveltaminen niihin tapauksiin, joissa kysymys on tosiasioita koskevasta selonottovelvollisuudesta tai tekijän vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olevien seikkojen huomioon ottamisesta. Tällöinhän harkinnan kohteena on enemmänkin tosiasioita koskevan virheellisen tai puuttuvan käsityksen kuin oikeudellisen virhearvioinnin mahdollisuus ja vaikutukset. Tahallisuus- ja erehdysoppien soveltamisen kesken tehtävä rajanveto on selvempi, mikäli selonottovelvollisuus pääsääntöisesti koskee vain faktoja ja erehdysoppien nojalla ratkaistaan normeista ja niiden soveltamisesta erehtyminen.

Kolmannen vaihtoehdon osalta on edellä korostettu, että talousrikosasioissa ovat usein kysymyksessä oikeudellisesti tulkinnanvaraiset ja runsaasti arvostuksia sisältävät käsitteet, joissa normatiivisen aineksen merkittävä osuus on väistämätön. Tämä puolestaan loogisesti johtaa tahallisuusarvioinnin subjektiivisista lähtökohdista huolimatta tekijän tietoisuutta tai tahdonsuuntausta koskevan arvioinnin tiettyyn objektivisointiin.²⁵⁹ Jo käytettävissä olevan ratkaisuaineiston luonne vaikuttaa olennaisesti harkintamahdollisuuksiin ja tekijän subjektiivisten mieltämisten selvittäminen on osin pelkkä fiktio. Tähän suuntaan vaikuttavien kriminaalipoliittisten tavoitteiden vastapainoksi ja tahallisuuden suoranaisten presumoimisen estämiseksi on kuitenkin tarpeen, että syyksilukemisessa noudatetaan yksilöllisesti arvioitua syyllisyysperiaatetta.

Vastaavaa oikeudellisen tulkinnan merkityksen vahvistumista on havaittavissa muissakin yksittäisissä syyksilukemiseen liittyvissä kysymyksissä, mm. kieltoerehdyksessä ja yrityksestä luopumisessa. Erehdyksen anteeksiannettavuus sekä toisaalta vapaaehtoisuuden käsite vastuusta vapauttavassa yrityksestä luopumisessa ovat varsin pitkälle jalostettuja oikeudellisia konstruktioita, joiden soveltaminen automaattisesti vähentää subjektiivisen arvioinnin osuutta.²⁶⁰

Viimeisenä vaihtoehtona esitetty tuottamuksellisten kriminalisointien lisääminen on yleensäkin ollut rikosoikeudessa vallitsevana suuntauksena. Talousrikoksissa niitä on meillä tällä hetkellä selvästi vähemmän kuin muissa pohjoismaissa. Tuottamukselliset tunnusmerkistöt ovat sikäli helppo ratkaisu, että niissä subjektiivista puolta koskevat näyttöongelmat ovat yleensä vähäisemmät. Tämä pitänee paikkansa talousrikostyyppisissä asioissa siitä huolimatta, että tuomioistuimien joutuu itse asiassa usein perustelemaan huolellisuusnormin sisällön tarkemmin kuin tahallisuuden sisällön.

²⁵⁹ Ks. myös *Lahti 2001* s. 724.

²⁶⁰ Anteeksiannettavuuden ja vapaaehtoisuuden normatiivisuudesta on lausuttu jo edellä. Yrityksessä osoittaa objektiivista tarkastelua Duffin mukaan periaatetasolla jo se, että yritys ylipäätään on lievemmin rangaistava kuin täytetty teko; *Duff 1996* s. 348–350.

Esimerkiksi sellaisessa tyyppillisessä talousrikoksessa kuin varojen nostamisessa yhtiömuotoisen, taloudellisessa kriisitilassa olevan velallisen varallisuudesta tekijän omaan varallisuuspiiriin on vaikea tarkemmin yksilöidä rangaistavan menettelyn (ala)rajaa, jos tekijä on työskennellyt velallisyhtiön hyväksi.²⁶¹ Samoin veropetoksessa väärän tiedon käsite voi olla hyvin tulkinnanvarainen ja oikeudellisestikin riidanalainen. Tahallisen rikoksen ja rankaisemattoman menettelyn jyrkkää dikotomiaa lieventäisi tuottamuksellisen teon rangaistavuus.²⁶²

Tuottamuksellisia menettelyjä koskevien kriminalisointien etuna samalla on, että niihin on tahallisuutta huomattavasti ongelmatomammin liitettävissä talousrikosasioissa tärkeä selonottovelvollisuus. Ne myös osaltaan helpottavat tulkinnanvaraista rajanvetoa tahallisuus- ja erehdystilanteiden kesken. Yleensä erehdyksen anteeksiannettavuuden arviointi vastannee pääpiirteissään menettelyn tuottamusarviointia. Lisäksi yksilöllistä rangaistusvastuuta voitaisiin muutoinkin täydentää laajentamalla oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltamisalaa ja tosiasiallista käyttöalaa.²⁶³

Haittapuolena tuottamuksellisten kriminalisointien lisäämisessä saattaa olla taipumus monimutkaisten asioiden luokitteluun automaattisesti ainakin (törkeän) tuottamuksen täyttäväksi. Talousrikosten kaltaisessa rikollisuudessa painopiste ei saisi kovin vahvasti siirtyä tuottamustunnusmerkistöihin. Tällöin rangaistusasteikoista riippuen pääpaino voi siirtyä epätarkoituksellisen selvästi lievemmin rangaistaviin mm. ehdolliseen rangaistukseen päätyviin tuottamuksellisiin tekoihin. Vaihtoehtoisesti voivat aidosti vain tuottamuksellista moitittavuutta osoittavat teot joutua liian ankaran rangaistusasteikon piiriin. Vertailuna esimerkiksi Saksaan voidaan todeta, että siellä on käytössä huomattavasti useampia rangaistusasteikkoja niin tahallisia kuin tuottamuksellisiakin rikoksia koskevissa tunnusmerkistöissä, vahingollisen seurauksen vakavuuden mukaan porrastettuina.

Tuottamukselliset kriminalisoinnit eivät myöskään sinänsä poista viimeisessä kohdassa mainittua tunnusmerkistöerehdyksen sekä toisaalta kieltoja soveltamiserehdyksen kohtuuttoman jyrkkää eroa. Oletettavaa on, että talousrikosasioissa yhä enemmän tulee esiin varsinkin soveltamiserehdyk-

²⁶¹ Tästä tarkemmin ks. mm. *Heinonen 1985* s. 282, *Vento 1998* s. 728 ss. ja *Vento 1999a* s. 260 ss. Ks. myös ratkaisun KKO 1998:56 kommentit *Nuutila 1998* s. 362–362 ja *Vento 1999* s. 196 tahallisuuden osalta.

²⁶² Tahallisena ja tuottamuksellisena rangaistavien tekojen välinen rajanveto on aina osaltaan myös kriminaalipoliittinen ratkaisu. Ruotsissa mietinnössä *SOU 1996:185* s. 94 kuvatussa laajuudessa tietämättömyyttä verovelvollisuuden sisällöstä olisi vaikeampaa pitää tahallisuuden poistavana, ellei siellä myös tuottamuksellinen menettely olisi rangaistavaa.

²⁶³ Ks. *Lahti 2002* s. 388.

seksi katsottavia tilanteita, jotka eivät kriminaalipoliittisesti merkittävästi eroa tunnusmerkistöerehdyksistä. Näissä tulisi vähintään tulkintakäytännön kautta laajentaa rangaistusvastuusta vapauttamisen tai sen alentamisen soveltamisalaa. Tämän tulisi koskea aitoja erehdystilanteita, mutta ei muodollisia vastuujärjestelyjä taikka lain aukkokohtien tarkoitushakuista etsimistä.

LÄHTEET

- Achenbach, Hans 2000*: Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 593 ss., München.
- Agge, Ivar 1970*: Straffrättens allmänna del. Andra häftet, Stockholm.
- Alvesalo, Anne – Tombs, Steve 2001*: Talousrikostorjunnan rajat. Oikeus 2001 s. 34 ss.
- Andenaes, Johs. 1986*: Formuesforbrytelsene. 4. utgave, Oslo.
- Andenaes, Johs. 1990*: Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk. Artikkelsamling, Kristiansand.
- Andenaes, Johs. 1997*: Alminnelig strafferett, 4. utgave, Oslo.
- Arlidge, Anthony J. – Parry, Jacques 1985*: Fraud, Waterlow Publishers Ltd.
- Ashworth, Andrew 1991*: Principles of Criminal Law, Clarendon Press, Oxford.
- Ashworth, Andrew 1999*: Principles of Criminal Law, Third Edition, Oxford University Press.
- Asp, Petter 1999*: Bokföringsbrott och legalitet. Svensk Juristtidning 1999 s. 16 ss.
- Backman, Eero 1988*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Ensimmäinen osa. Lakimies 1988 s. 770 ss.
- Backman, Eero 1989*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Toinen osa. Lakimies 1989 s. 561 ss.
- Backman, Eero 1990*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Kolmas osa. Lakimies 1990 s. 1 ss.
- Bailey, Edward – Groves, Hugo – Smith, Gormac 1992*: Corporate Insolvency – Law and Practice. Butterworths.
- Bloy – Parry 2000*: Mike Molan – Denis Lanser – Duncan Bloy: Bloy and Parry’s Principles of Criminal Law, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited.
- Bratholm, Anders 1980*: Strafferett og samfunn, Alminnelig del, Drammen.
- Bratholm, Anders – Matningsdal, Magnus 1991* (red.): Straffeloven med kommentarer I. Almindelige bestemmelser, Oslo.
- Bratholm, Anders – Matningsdal, Magnus 1995* (red.): Straffeloven med kommentarer. Anden del. Forbrydelser, Oslo.
- Brottsförebyggande rådet 1996:5 (BRÅ–PM 1996:5)*: Ekonomisk brottslighet – den rättsliga processen, Stockholm.
- Cars, Thorsten 2001*: Mutbrott, bestickning och korruptiv marknadsföring. 2. upplagan, Stockholm.
- Cavallin, Samuel 1999*: Skuld. Andra upplagan, Uppsala.
- Cross Jones and Card 1988*: Introduction to Criminal Law, 11th Edition, Butterworths.
- Crystal, Michael – Phillips, Mark 1994*: Butterworths Insolvency Law Handbook, 3. Ed., Butterworths.

- Dahlqvist, Anna-Lena – Elofsson, Sigurd 2002:* Bokföringsbrott och bokföringslagen, Stockholm.
- Diesen, Christian 1993:* Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål, Stockholm.
- Duff, R. A. 1996:* Criminal Attempts, Clarendon Press, Oxford.
- Eerola, Risto 1997:* Syytesidonnaisuudesta. Oikeus 1997 s. 333 ss.
- Elwes, Sylvia – Clutterbuck, Richard 1999:* Tax and Criminal Prosecutions. The Criminal Law Review 1999 s. 139 ss.
- Eriksson, Lars D. 1989:* Ex officio opponentens utlåtande till Dan Frändes avhandling Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Oikeus 1989 s. 63 ss.
- Fletcher, Ian F. 1996:* The Law of Insolvency. 2. Ed., Sweet & Maxwell.
- Frisch, Wolfgang 1988:* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges. C.F. Müller Verlag, Heidelberg.
- Frisch, Wolfgang 1989:* Vorsatz und Mitbewusstsein – Strukturen des Vorsatzes. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag s. 311 ss.
- Frände, Dan 1989:* Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs.
- Frände, Dan 1990:* Farebegreppet och strafflagsreformen. Juridiska Tidsskrift 1990 s. 95 ss.
- Frände, Dan 1994:* Allmän straffrätt. En introduktion. Helsingfors.
- Frände, Dan 1994a:* Faredeliktens allmänna läror. Oikeustiede – Jurisprudentia 1994 s. 5 ss.
- Frände, Dan 1995:* Kirja-arvostelu teoksesta Jareborg, Nils: Straffrättens ansvarslära. Lakimies 1995 s. 907 ss.
- Frände, Dan 1999:* Oikeustapauskommentaari ratkaisusta KKO 1999:2 teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 1999, Jyväskylä.
- Frände, Dan 2001:* Allmän straffrätt, Helsingfors.
- Fuhrmann, Hans 1989:* Die Bedeutung des "faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Greve, Vagn 1988:* Strafansvar. En oversigt over sanktionerne og strafbetingelserne. 3. udgave, Viborg.
- Greve, Vagn – Jensen, Asbjørn – Nielsen, Gorm Toftegaard 1997:* Kommenteret straffelov. almindelig del. 6. udgave, København.
- Greve, Vagn – Jensen, Asbjørn – Nielsen, Gorm Toftegaard 1997a:* Kommenteret straffelov. Speciel del. 6. udgave, København.
- Greve, Vagn – Nielsen, Gorm Toftegaard – Vestergaard, Jørn 1999:* Strafferetlig domssamling, 8. udgave, København.
- Hallituksen esitys 58/1988 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.
- Hallituksen esitys 66/1988 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- Hallituksen esitys 180/1992 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämisestä huumausainerikoksia koskevilla säännöksillä.
- Hallituksen esitys 94/1993 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- Hallituksen esitys 95/1993 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys 268/1993 vp.:* Hallituksen esitys Eduskunnalle kätkemisrikosta, luottamusaseman väärinkäyttöä ja velallisen epärehellisyyttä koskevien rikoslain säännöksiä muuttamisesta.

- Hallituksen esitys 6/1997 vp.*: Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- Hallituksen esitys 16/1997 vp.*: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain 29 luvun 1 §:n muuttamisesta.
- Hallituksen esitys 30/1998 vp.*: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- Hallituksen esitys 254/1998 vp.*: Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämiseksi arvopaperimarkkinarikoksia koskevilla säännöksillä.
- Hallituksen esitys 44/2002 vp.*: Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- Hart, H. L. A. 1965*: *The Morality of the Criminal Law. Two Lectures*, Oxford University Press.
- Hassemer, Winfried 1989*: *Kennzeichen des Vorsatzes. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag s. 289 ss.
- Hassemer, Winfried 1993*: *Rikosoikeustiede Saksan liittotasavallassa. Oikeustiede–Jurisprudentia 1993 s. 5 ss.*, suom. Kimmo Nuotio ja Ari-Matti Nuutila.
- Hauge, Ragnar 1996*: *Straffens begrunnelser*, Oslo.
- Heikinheimo, Sanna 1998*: *Rahanpesu erityisesti kriminalisoinnin ja konfiskaation näkökulmasta. Lisensiaatintutkimus*, Helsingin yliopisto.
- Heinonen, Olavi 1966*: *Velallisen konkurssirikoksista*, Vammala.
- Heinonen, Olavi 1985*: *Velkojia loukkaava omaisuuden ottaminen osakeyhtiöstä. Defensor Legis 1985 s. 275 ss.*
- Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lappi-Seppälä, Tapio – Majanen, Martti – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Rautio, Ilkka: Rikosoikeus 1999 (kirjoittajaviite Rikosoikeus 1999)*, Juva.
- Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka 1999*: *Rikosoikeus, I Johdanto s. 43 ss.*
- Herzberg, Rolf Dietrich 2000*: *Der Vorsatz als "Schuldform", als "aliud" zur Fahrlässigkeit und als "Wissen und Wollen"? 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 51 ss.*, München.
- Heydon, J D – Ockelton, Mark 1991*: *Evidence. Cases and Materials. Third Edition*, Butterworths.
- Hillenkamp, Thomas 1989*: *Dolus eventualis und Vermeidewille. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag s. 351 ss.*
- Hillenkamp, Thomas 1999*: *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil. Neunte Auflage*, Luchterhand.
- Hjelmeng, Erling – Midthjell, Jon Øyvind Eide 1998*: *Dommer i straffeprosess og strafferett*, Oslo.
- Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne 2001*: *Brottsbalken. En kommentar (Kap. 1–12). Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, Stockholm (jatkuvatäyd.).
- Holmqvist, Lena – Leijonhufvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne 2001a*: *Brottsbalken. En kommentar (Kap. 13–24). Brotten mot allmänheten och staten m.m.*, Stockholm (jatkuvatäyd.).
- Honkasalo, Brynolf 1967*: *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit, toinen osa, 2. painos*, Hämeenlinna.
- Hurwitz, Stephan 1971*: *Den danske kriminalret. Almindelig del. 4. udgave*, Kobenhavn.
- Ingblad, Fredrik 2000*: *Brottslig karaktär? Brottskapacitetens betydelse vid uppsåtsprövning. Juridisk Tidskrift årgång 2000–2001 s. 790 ss.*

- Jaatinen, Heikki 2000:* Oikeushenkilön rangaistusvastuu, Jyväskylä.
- Jakobs, Günther 1991:* Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin.
- Jareborg, Nils 1969:* Handling och uppsåt, Stockholm.
- Jareborg, Nils 1988:* Uppsåt och klander. Svensk Juristtidning s. 722 ss.
- Jareborg, Nils 1992:* Straffrättsideologiska fragment, Göteborg.
- Jareborg, Nils 1992a:* Brotten. Andra häftet, 2. upplagan, 3. tryckningen, Lund.
- Jareborg, Nils 1993:* Brotten. Första häftet, 2. upplagan, 3. tryckningen, Lund.
- Jareborg, Nils 2001:* Allmän kriminalrätt, Göteborg.
- Jescheck, Hans-Heinrich 1986:* Uusi rikosoppi ja sen käytännön merkitys Saksan liittotasavallassa – Neue deutsche Strafrechtslehre und ihre praktische Bedeutung. Lakimies 1986 s. 468 ss.
- Jescheck, Hans-Heinrich 1992:* Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 318 ss.
- Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas 1996:* Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin.
- Jonkka, Jaakko 1991:* Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista, Vammala.
- Jääskeläinen, Petri 1997:* Syyttäjä tuomarina, Vammala.
- Kaufmann, Armin 1985:* ”Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt? Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin s. 251 ss.
- Kaufmann, Arthur 1985:* Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie. Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin s. 273 ss.
- Kekkonen, Jukka 2001:* Suomalaisen kriminaalipolitiikan menestystarina – tarua vai totta? Velka, vakuus ja prosessi, juhlaulkaisu Erkki Havansi, Jyväskylä s. 121 ss.
- Klami, Hannu Tapani 1984:* ”Dolus eventualis?” Oikeusteoreettista analyysia. Lakimies 1984 s. 127 ss.
- Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna 1987:* Todistusharkinta ja todistustaakka, Mänttä.
- Koponen, Pekka 1997:* Syytteen muuttamisesta ja syytesidonnaisuudesta. Lakimies 1997 s. 255 ss.
- Koponen, Pekka 1999:* KKO 1998:82 – velallisen varallisuusaseman huonontaminen velallisen epärehellisyydessä. Lakimies 1999 s. 1272 ss.
- Koponen, Pekka 2001:* Todellinen ja näennäinen varallisuuden luovutus velallisen rikoksissa. Defensor Legis 2001 s. 228 ss.
- Koponen, Pekka 2002:* Oikeustapauskommentaarit ratkaisusta KKO 2001:86 teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II 2001, Jyväskylä.
- Korkeimman oikeuden lausunto 6.3.2001:* Lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi.
- Korsell, Lars Emanuelsson 2000:* Ekobrott, liksom! Svensk Juristtidning 2000 s. 932 ss.
- Koskinen, Pekka 1996:* teoksessa Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään, toim. Pekka Timonen, nide 2. Rikos- ja prosessioikeus sekä julkisoikeus, 3. p. Jyväskylä.
- Koskinen, Pekka 2001:* Johdatus rikosoikeuteen, Helsinki.
- Koulu, Risto – Lahti, Raimo 1993:* Asiantuntijalausunto 22.9.1993.
- Kremnitzer, Mordechai 1992:* The Israeli Proposal for a new General Part of a Penal Code – an Introduction. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 57 ss.
- Kähkönen, Ilpo 1998:* Velallisen epärehellisyyden mallittaminen: Ongelmina esitutkintaan valikointi ja tunnusmerkistön taloudelliset käsitteet, Helsinki.

- Kägerman, Pontus 2001*: Värdepappersmarknadens regelsystem. Lagreglering, självreglering och etik, Stockholm.
- Lahti, Raimo 1981*: Taloudelliseen rikollisuuteen liittyvät vastuunjako-ongelmat. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus, Vammala.
- Lahti, Raimo 1987*: Virallisen vastaväittäjän lausunto väitöskirjaan Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Lakimies 1987 s. 705 ss.
- Lahti, Raimo 1990*: Mitä uutta rikosoikeustieteessä ja rikosoikeuden yleisissä opeissa? Defensor Legis 1990 s. 200 ss.
- Lahti, Raimo 1991*: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, I. Lakimies 1991 s. 258 ss.
- Lahti, Raimo 1991a*: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, II. Lakimies 1991 s. 873 ss.
- Lahti, Raimo 1991b*: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, III. Lakimies 1991 s. 1168 ss.
- Lahti, Raimo 1992*: Die Gesamtreform des Finnischen Strafgesetzes: Zielsetzung und Stand der Reformarbeit bis 1991 – insbesondere im Blick auf die erste Phase der Gesamtreform. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 27 ss.
- Lahti, Raimo 1995*: Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Lakimies 1995 s. 935 ss.
- Lahti, Raimo 1998*: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. Lakimies 1998 s. 1271 ss.
- Lahti, Raimo 2001*: Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt? Lakimies 2001 s. 718 ss.
- Lahti, Raimo 2002*: Om fördelning av straffansvar i samfund och regleringen av den. Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg s. 385 ss.
- Lappi-Seppälä, Tapio 1987*: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa, Vammala.
- Lappi-Seppälä, Tapio 1992*: Penal Policy and Sentencing Theory in Finland. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo – Minkkinen, Panu: Criminal Policy and Sentencing in Transition, Helsinki s. 3 ss.
- Lappi-Seppälä 1992a*: The Doctrine of Criminal Liability and the Draft Criminal Code for Finland. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 214 ss.
- Lappi-Seppälä, Tapio 1998*: Kriminaalipolitiikka – rikosoikeuspolitiikka. Lakimies 1998 s. 1285 ss.
- Lappi-Seppälä, Tapio 2000*: Rikosten seuraamukset, Porvoo.
- Laukkanen, Vesa 1989*: Kohtuuttomuus ”Unzumutbarkeit” – syllisyyden poistava anteeksi-antoperuste? Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, Vammala.
- Lehtimaja, Lauri 1995*: Rikosoikeudellista iäisyyskyselyä – kiikarissa erityisesti yleiset opit ja Korkeimman oikeuden rooli. Lakimies 1995 s. 986 ss.
- Lehtonen, Asko 1981*: Veropetokseen ja ennakkoperintärikoksiin liittyvistä keskeisistä tulkintakysymyksistä. Teoksessa Taloudellinen Rikollisuus, Vammala.
- Lehtonen, Asko 1986*: Veropetoksesta, Jyväskylä.
- Lehtonen, Asko 1986a*: Tahallisuutta koskevasta näytön arvioinnista verorikosjutuissa. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V.
- Lehtonen, Asko 1991*: Verorikkomus. Lakimies 1991 s. 929 ss.
- Lehtonen, Asko 1991a*: Velallisen rikokset. Suomen poliisilehti 1991 s. 76 ss.
- Lehtonen, Asko 1998*: Veropetossäännöksen muutokset. Lakimies 1998 s. 1309 ss.
- Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne 1997*: Straffansvar, 5. upplagan, Stockholm.

- Lindell, Bengt 1987*: Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt, Uppsala.
- Löfmarck, Madeleine 1986*: Brotten mot borgenärer, 2. upplagan, Stockholm.
- Matikkala, Jussi 1991*: Tahallisuuden alimmasta asteesta. Lakimies 1991 s. 962 ss.
- Matikkala, Jussi 1992*: Oikeustapauskommentaari KKO 1991:171. Defensor Legis 1992 s. 57 ss.
- Matikkala, Jussi 1995*: HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu, Helsinki.
- Matikkala, Jussi 1998*: Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys. Lakimies 1998 s. 1325 ss.
- Matikkala, Jussi 2000*: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset, Jyväskylä.
- Matikkala, Jussi 2002*: Att tro p. Om avsiktlighetsuppsåt. Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg.
- Metsäpelto, Leena 1994*: RL 39 luvun 1 §:n eräitä tunnusmerkistötekijöitä koskeva tutkimus, Oikeuskanslerinvirasto.
- Murphy, Peter 1997*: Murphy on Evidence. Sixth Edition, Blackstone Press Limited.
- Mäkelä, Kaisa 2001*: Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka, Saarijärvi.
- Naucke, Wolfgang 1991*: Aukot rikosoikeuden yleisessä osassa – Lücken im Allgemeinen Teil des Strafrechts, suom. Harri Vento. Lakimies 1991 s. 981 ss.
- Nelken, David (ed.) 1994*: White-Collar Crime, Dartmouth / *Hawkins, Keith*: Compliance Strategy, Prosecution Policy and Aunt Sally s. 444 ss.
- Neumann, Ulfrid 2000*: Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 83 ss., München.
- Nissinen, Matti 1997*: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä, Helsinki.
- Norges offentlige utredninger 1999:23 (NOU 1999:23)*: Forbrydelser i gjeldsforhold, Oslo.
- Norges offentlige utredninger 2002:4 (NOU 2002:4)*: Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII.
- Nuotio, Kimmo 1991*: Rikosoikeudesta riskien hallinnan välineenä – ajatuksellista taustaa. Lakimies 1991 s. 995 ss.
- Nuotio, Kimmo 1995*: Taloudellisen rikollisuuden arviointi rikosoikeuden yleisten oppien kannalta. Lakimies 1995 s. 950 ss.
- Nuotio, Kimmo 1998*: Yhteiskunnallistuva rikosvastuu. Lakimies 1998 s. 590 ss.
- Nuotio, Kimmo 1998a*: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista, Helsinki.
- Nuotio, Kimmo 2000*: Tieto, tahto ja oikeudellinen vastuu – perustavien kysymysten äärellä. Oikeus 2000 s. 15 ss.
- Nuutila, Ari-Matti 1989*: Toisintoimimismahdollisuus Serlachiuksella ja Honkasalolla – tavoitteita ja arvoja. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, Vammala.
- Nuutila, Ari-Matti 1991*: Syyllisyydestä vastuullisuuteen? Syyllisyysteoreettinen tutkimus, Turku.
- Nuutila, Ari-Matti 1995*: Kirja-arvostelu teoksesta Frände, Dan: Allmän straffrätt. Lakimies 1995 s. 485 ss.
- Nuutila, Ari-Matti 1996*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Jyväskylä.
- Nuutila, Ari-Matti 1997*: Rikoslain yleinen osa, Jyväskylä.
- Nuutila, Ari-Matti 1997a*: Viisi teesiä rikosoikeuden yleisten oppien muutoksista. Lakimies 1997 s. 64 ss.
- Nuutila, Ari-Matti 1998*: Oikeustapauskommentaari ratkaisusta KKO 1998:56 teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 1998, Jyväskylä.

- Nuutila, Ari-Matti 1999*: Rikosoikeus; RL 29: Rikokset julkista taloutta vastaan s. 639 ss., RL 36: Petos ja muu epärehellisyys s. 781 ss., RL 39: Velallisen rikokset s. 855 ss.
- Nuutila, Ari-Matti 2001*: Saako rikoksella saadut varat salata ulosotossa ja verotuksessa? Juhlajulkaisu Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Turku.
- OLJ 5/2000*: Rikosoikeuden yleisiä ospeja koskevat säännökset, Rikoslakiprojektin ehdotus, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu.
- Pedersen, Jan 1996*: Skatte- og afgiftsstrafferet, Gylling.
- Phipson 1990*: Howard, M. N. – Crane, Peter – Hochberg, Daniel A.: Phipson on Evidence. 14th Edition, Sweet & Maxwell.
- Rautakoski, Jarmo 1981*: Verorikosten hallinnolliset ja rikosoikeudelliset seuraamukset sekä valinta niiden kesken syyttäjän näkökulmasta. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus, Vammala.
- Reed, Bjørn Gabriel 1996*: Straffbar innsidehandel. Verdipapirhandelovens bestemmelser om misbruk av fortrolig informasjon, Gyldendal.
- Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72*, Helsinki.
- Ross, Alf 1979*: Über den Vorsatz. Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung, Baden-Baden.
- Roxin, Claus 1989*: Finalität und objektive Zurechnung. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag s. 237 ss.
- Roxin, Claus 1989a*: Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä – Zur kriminalpolitischen Bedeutung der Strafrechtsdogmatik, suom. Kimmo Nuotio. Lakimies 1989 s. 319 ss.
- Roxin, Claus 1992*: Definitionen im Allgemeinen Teil – vorläufige Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Allgemeinen Lehren. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 247 ss.
- Roxin, Claus 1993*: Das Schuldprinzip im Wandel. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg s. 519 ss.
- Roxin, Claus 1997*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. 3. Auflage, München.
- Rudolphi, Hans-Joachim – Horn, Ekhard – Samson, Erich – Günther, Hans-Ludwig 2000*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, 32. Lieferung 03/2000 (jatkuvatäyd.). Neuwied und Kriftel.
- Sahavirta, Ritva 1997*: Muistio lakivaliokunnalle rikoslain 29 luvun 1 §:n muuttamisesta tehdystä esityksestä 24.3.1997.
- Salminen, Markku 1998*: Velallisen rikos, Porvoo.
- Schmidhäuser, Eberhard 1982*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Tübingen.
- Schroth, Ulrich 1993*: Die annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg s. 595 ss.
- Schünemann, Bernd 1991*: Kriminaalipoliittikka ja rikosoikeussysteemi – Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem, suom. Sirkku Herlin. Lakimies 1991 s. 1043 ss.
- Schünemann, Bernd 2000*: Unternehmenskriminalität. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 621 ss., München.
- Schönke – Schröder 1997*: Strafgesetzbuch. Kommentar. 25. Auflage von Theodor Lenckner, Albin Eser, Peter Cramer, Walter Stree. München.
- Smith, John – Hogan, Brian 1996*: Criminal Law, Eight Edition, Butterworths.
- Smith, John – Hogan, Brian 1996a*: Criminal Law. Cases and Materials. Sixth Edition, Butterworths.
- Strömmerstedt, Monica 1987*: Med vett och vilja? Uppsåtets gränser i doktrin och rättspraxis, Juristförlaget.

- Spendel, Günter 1987*: Zum Begriff des Vorsatzes. Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987.
- Strahl, Ivar 1976*: Allmän straffrätt i vad angår brotten, Lund.
- Ståhlberg, Kaarlo L. 1964*: Petoksesta, Vammala.
- Sveriges Offentliga Utredningar 1995:10 (SOU 1995:10)*: Översyn av skattebrottslagen. Delbetänkande av 1993 års skattebrottsutredning, Stockholm.
- Sveriges Offentliga Utredningar 1996:30 (SOU 1996:30)*: Borgenärsbrotten, Stockholm.
- Sveriges Offentliga Utredningar 1996:185 (SOU 1996:185)*: Straffansvarets gränser, del I överbägganden och förslag. Betänkande av straffansvarsutredningen, Malmö.
- Sveriges Offentliga Utredningar 1998:47 (SOU 1998:47)*: Bulvaner och annat. Betänkande av Bulvanutredningen, Stockholm.
- Talousrikostyöryhmän mietintö 2000*: Ehdotus rikoslain talousrikossäännösten tarkistamiseksi, oikeusministeriön työryhmän mietintö 29.9.2000.
- Tapani, Jussi 1999*: Velallisen epärehellisyys ja ketjuttamistapaukset – erityisesti tunnuserkistön suhde tahallisuuteen. Teoksessa Alvesalo, Anne – Lahti, Raimo (toim.): Kirjoituksia talousrikollisuudesta II, Helsinki.
- Tapani, Jussi 2000*: Mitä rikoslaki kieltää maksukyvyttömyyden uhatessa? Defensor Legis 2000 s. 691 ss.
- Tapani, Jussi 2000a*: Oikeustapauskommentaari KKO 2000:74. Lakimies 2000 s. 997 ss.
- Tapani, Jussi 2001*: Tietäen vai tahtoen – tahallisuudesta velallisen rikoksissa. Juhlajulkaisu Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Turku.
- Thornstedt, Hans 1956*: Om rättsvillfarelse, Stockholm.
- Tiedemann, Klaus 1985*: Konkurs-Strafrecht, Berlin.
- Tiedemann, Klaus 2000*: Das Betrugsstrafrecht in Rechtsprechung und Wissenschaft. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 551 ss., München.
- Tolonen, Kari 2000*: Talousrikossäännösten tulkinta erityisesti velallisen rikoksissa. Lisensiaatintutkimus, Helsingin yliopisto.
- Tolvanen, Matti 1999*: Tieliikennerikokset ja kriminaalipolitiikka, Jyväskylä.
- Tolvanen, Matti 2001*: Oikeustapauskommentaari teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II 2000, Jyväskylä.
- Triffterer, Otto 1992*: Einige Bemerkungen zu vorläufigen Vorschlägen der Arbeitsgruppe für die Allgemeinen Lehren. Teoksessa Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo: Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch, Tampere s. 259 ss.
- Träskman, Per-Ole 1981*: Taloudellinen rikollisuus ja yhteiskunta: Taloudellisen rikollisuuden käsite, yleisyys ja vaikutukset. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus, Vammala.
- Träskman, Per-Ole 1985*: Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och ansvar, straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, Uppsala.
- Träskman, Per-Ole 1989*: Syyttäjän ja syyteharkinta prosessioikeuden tutkimuksessa ja opeutuksessa. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, Vammala.
- Träskman, Per-Ole – Utriainen, Terttu 1994*: Virallisten vastaväittäjien lausunto Harri Venton väitöskirjasta Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Defensor Legis 1994 s. 741 ss.
- Tröndle, Herbert 1997*: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 48. Auflage, Verlag C.H. Beck, München.
- Tähtivuori, Riikka 1999*: Pankinjohtajan rikos- ja vahingonkorvausvastuu luottotappioista. Oikeustiede–Jurisprudentia 1999 s. 377 ss.
- Utriainen, Terttu 1980*: Objekttiivinen rangaistusvastuu ja syyksiluettavuus. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV, Vammala.

- Utrainen, Terttu 1984:* Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, Vammala.
- Vento, Harri 1992:* Velallisen rikokset konkurssissa, Tampere.
- Vento, Harri 1994:* Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä, Helsinki.
- Vento, Harri 1995:* Velallisen epärehellisyysrikos – tunnusmerkistön soveltaminen osakkaiden intressejä pelastettaessa – ns. Rapap Oy:n juttu. Defensor Legis 1995 s. 968 ss.
- Vento, Harri 1997:* Piilevän velan merkitys velallisen rikoksissa. Defensor Legis 1997 s. 701 ss.
- Vento, Harri 1998:* Oikeustapauskommentaari ratkaisusta KKO 1998:10. Defensor Legis 1998 s. 728 ss.
- Vento, Harri 1998a:* Kielletty ja sallittu menettely pankkitoiminnassa. Lakimies 1998 s. 539 ss.
- Vento, Harri 1999:* Oikeustapauskommentaari ratkaisusta KKO 1998:56. Defensor Legis 1999 s. 191 ss.
- Vento, Harri 1999a:* Omistaja-johtajan rahanostot kriisiyhtiöstä velallisen epärehellisyyden tunnusmerkistön valossa. Defensor Legis 1999 s. 260 ss.
- Vento, Harri 1999b:* Oikeustapauskommentaari ratkaisusta KKO 1998:110. Defensor Legis 1999 s. 389.
- Vikatmaa, Juha 1970:* Erehdyksestä, Turku.
- Viljanen, Pekka 1990:* Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset, Jyväskylä.
- Viljanen, Pekka 1998:* Näkökohtia velallisen epärehellisyydestä. Lakimies 1998 s. 1362 ss.
- Volk, Klaus 1993:* Dolus ex re. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg s. 611 ss.
- Volk, Klaus 2000:* Begriff und Beweis subjektiver Merkmale. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft s. 739 ss., München.
- Waaben, Knud 1957:* Det kriminelle forsaet, Gyldendal.
- Waaben, Knud 1997:* Strafferettens almindelige del I. 4. udgave, Kobenhavn.
- Wasik, Martin 1997 (ed.):* The Sentencing Process, Dartmouth Publishing Company Ltd.
- Welzel, Hans 1969:* Das deutsche Strafrecht. 11. Auflage, Berlin.
- Wikström, Kauko 1999:* Yleiset opit verotuksessa ja vero-oikeudessa, Turku.
- Williams, Glanville 1983:* Textbook of Criminal Law, Second Edition, Stevens & Sons.
- Örnemark Hansen, Helén 1995:* Bidragsbdrägeri, Stockholm.

INTENT IN ECONOMIC CRIME

The article deals with the concept of intent (or, partly, the more extensive *mens rea* in common law terms) as a requirement for criminal liability within economic crime or white-collar crime understood in wide sense. The most essential criminal offences in Finland in this respect are bankruptcy offences, tax fraud, accounting offences and fraud. Special attention is paid to the ongoing Finnish legislation reform concerning the General Part of the Penal Code. The existing proposal for the General Part of the Penal Code includes also a definition of intent. One issue in the proposal arousing particular interest and adversary opinions is the question if intent ought to be defined only by a cognitive element or should a volitional element also be included.

In this article the distinction between these two models of describing the mental elements needed to fulfill the requirements of intent is underlined by the features distinctive to economic crime. The substance of intent is usually defined by examples and court decisions concerning traditional criminal offences, such as homicide. The offences that are usual within economic crime may be quite different from these examples and may call for partly different solutions.

A typical feature of economic crime is that in these cases difficult judicial reasoning is needed. It can be a very hard task afterwards to determine if the defendant actually had at the moment of the act the knowledge needed for the intentional breaking of law. Besides, it is often difficult with such offences to establish the necessary causal connections owing to the long time periods between the act and the harmful consequences. One is faced with these problems especially within the lowest level of intent, which in common law terms partly corresponds also with the concept of recklessness.

One way to tackle these problems in court practice has been an interpretation according to which a person active in business has in certain situations the legal obligation to find out if certain information is correct or if some circumstance exists or not. Failure to observe this obligation may result in conviction for an intentional offence, although the defendant cannot be said to have possessed the positive knowledge of that information being false or that circumstance existing. Denying the meaning of the volitional element in intent could jeopardise this interpretation, which has proved to be valuable in the fight against economic crime. This is essential e.g. in

cases of “turning a blind eye”, where a person refrains from inquiry because he suspects some fact, but does not wish it to be confirmed. This is problematic because even deliberate turning of a blind eye has not been defined directly as intent.

If the cognitive model requires that the defendant has foreseen the realisation of a harmful outcome being more probable than the opposite, as it is required according to the proposal for the General Part of the Penal Code, it may be beyond realistic possibilities to prove intent in many complicated business arrangements.

On the other hand, when interpreting intent on the basis of the volitional element, the scope of criminal liability should be restricted as being too wide, with a strict requirement of personal guilt and of compliance with the principles of legality and conformity.

The need for difficult judicial reasoning makes it much more likely that ignorance of law or mistakes of law occur. Also, mistakes in value judgements can to some extent be compared with such situations. The traditional approach is that this kind of mistake does not affect the intentional character of the act. This could be used to limit the consequences of the potential abolition of the volitional element. But the more complicated the legislation becomes, the more obvious it is that there will be cases where misjudgements must be considered as forgivable.

Taking all these arguments into account it seems that the volitional element will also in the future still be needed for the concept and definition of intent.

Roope Lenkkeri

**TESTAMENTIN
KIELIFILOSOFISESTA
TULKINNASTA**

Sisällys

1	JOHDANTO	347
2	OIKEUSNORMI KIELELLISEN ILMAISUN MERKITYKSENÄ	350
2.1	Oikeusnormi ja oikeusnormiformulointi	350
2.1.1	Normin käsitteestä	351
2.1.2	Oikeusnormit preskriptioidina	353
2.1.3	Normiformuloinneista	355
2.2	Oikeuskielestä	356
2.2.1	Oikeuskielen ulkoinen ja sisäinen aspekti	357
2.2.2	Oikeuskieli luonnollisen kielen fragmenttina	358
2.2.3	Oikeuskielen tehtävät	359
2.3	Semanttinen tulkinta	361
2.3.1	Semantiikka ja muu kielen tutkimus	362
2.3.2	Oikeuskielen semanttisesta tulkinnasta	363
2.3.3	Semanttinen ja juridinen tulkinta	366
2.4	Semanttisen tulkinnan filosofista taustaa	369
2.4.1	Fregen semanttisesta teoriasta	370
2.4.2	Wittgensteinin myöhäisvaiheen kielifilosofiasta	375
2.4.3	Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofioiden vertailua	378
2.4.4	Frege ja Wittgensteinin suomalaisen oikeusteorian taustavaikuttajina	380
2.5	Oikeusnormi, semantiikka ja testamentin tulkinta	382
3	TESTAMENTIN TULKINNASTA	383
3.1	Testamentin erityispiirteitä oikeustoimena	383
3.2	Subjekttiivisen tulkinnan periaate	387
3.2.1	Intentionaalinen ja kirjaimellinen tulkinta	389
3.3	Argumentteja kirjaimellisen tulkinnan puolesta ja niiden intentionaalisia vasta-argumentteja	390
3.3.1	Juridisia argumentteja intentionaalisen ja kirjaimellisen tulkinnan puolesta	394
3.4	Tulkintamateriaalista	397
3.4.1	Epäsuora ja suora näyttö testaattorin intention tukena	498
3.4.2	Sanarajaperiaatteesta	400
3.4.2.1	Kielifilosofia sanarajaperiaatteen täsmentäjänä	401

4 EPILOGI: CAUSA CURIANA, JURISTIT VERSUS REETTORIT	403
LÄHDEKIRJALLISUUS	406
PHILOSOPHY OF LANGUAGE AND THE CONSTRUCTION OF WILLS	408

Testamentin kielifilosofisesta tulkinnasta

1 JOHDANTO

Oikeudellisia ilmiöitä voidaan tarkastella usealla eri tavalla ja useasta eri näkökulmasta. Tämän tutkimuksen aiheena on testamentin tulkinta eräiden kielifilosofisten ajatusten valossa. Tutkimusote on siis (kieli)filosofinen eikä lainopillinen. Tutkimuksen tulokset ovat luonnollisesti sidoksissa tutkimusmenetelmiin ja yleensä siihen tapaan, jolla tutkimusta tehdään. Tästä syystä tämän tutkimuksen tulokset ovat luonteeltaan lähinnä teoreettisia eivätkä niinkään käytännön oikeuselämään kiinnittyviä.

Kielifilosofia ei kuitenkaan ole millään tavoin vieras tapa lähestyä oikeudellisia kysymyksiä. Päinvastoin, kielifilosofia on ollut yksi keskeisimmistä suomalaisen oikeusteoreettisen tutkimuksen innoittajista 1900-luvulla. Yleisesti ottaen kaikessa analyttiseksi luonnehdittavassa oikeusteoreettisessa tutkimuksessa oikeudellisten ongelmien on katsottu olevan yhteydessä kieleen ja sen ominaisuuksiin oikeudellisten ajatusten ilmaisuvälineenä.¹ Tämän ajatustavan mukaan oikeudelliset ongelmat ovat aina myös kielellisiä ongelmia ja oikeudellinen toiminta on aina myös kielellistä toimintaa.

Juridiikka kaikkinaensa muodostaa hyvin erityislaatuisen kielenkäyttöympäristön. Tämä on tärkeä lähtökohta perusteltaessa kielifilosofian soveltamista oikeusilmiöiden tutkimukseen. Lyhyesti hahmoteltuna tämä erityislaatuisuus merkitsee seuraavanlaisia seikkoja. Ensinnäkin, oikeudellisissa yhteyksissä kieli on osa todellisuutta; oikeusjärjestelmä on olemas-

¹ Analyttinen oikeusteoria on läheisessä kosketuksessa nk. analyttiseen filosofiaan, jonka keskeisin tutkimuskohde on kieli ajatusten ilmaisuvälineenä (ks. esim. Makkonen 1959 s. 50 ss). Analyttisen oikeustieteen – esimerkiksi siinä muodossa kuin Zitting sitä edustaa – suhde kieleen ja kielifilosofiaan ei sen sijaan ole samalla tavoin välitön ja eksplisiittinen.

sa kielellisenä entiteettinä, kokoelmana kirjoitettuja tai kirjoitettavissa olevia oikeusnormeja, jotka ohjaavat ihmisten käyttäytymistä ja antavat muodon yhteiskunnallisille rakenteille. Oikeusnormi ei varsinaisesti ole kielellinen ilmaus, mutta oikeusnormia ei nykyaikaisessa mielessä voida ajatella ilman normille annettavaa kielellistä muotoilua. Toisekseen oikeudellisen sääntelyn ja yleensä kaiken oikeudellisen toiminnan erottamaton yhteys kirjoitettuun kieleen on synnyttänyt erityisen kielityypin, oikeuskielen. Oikeuskieli on kielen fragmenttina kielentutkimuksen kohde ja toisaalta oikeudellisten ajatusten havaittavana ilmaisuna väline oikeustieteen tekemiseksi ja oikeuden soveltamiseksi. Tämä oikeuskielen kaksipuolisuus tulee tässä tutkielmassa esille toistuvana dikotomiana semanttisen ja juridisen aspektin välillä. Semanttiseen aspektiin kuuluu kaikki se, mikä koskee ilmaisun merkitystä yleisesti ja juridiseen aspektiin kaikki se, mikä koskee ilmaisun käyttämistä osana juridista toimintaa.

Eron tekeminen semanttisen ja juridisen tarkastelutavan välillä on useimmiten paitsi erittäin vaikeaa myös tarpeetonta, sillä semanttinen ja juridinen näkökulma oikeuskielisiin ilmauksiin on yleensä pitkälti yhtenevä. Jos kysymme, mitä jokin oikeudellisissa yhteyksissä käytetty ilmaus merkitsee, paras tapa vastata on kertoa, mikä on kyseisen ilmauksen käyttötapa oikeudellisessa kontekstissa. Semanttiseen kysymykseen annetaan siis juridinen vastaus. Juridiikka taasen ei yleensä kaipaa puhtaasti semanttisia tarkasteluja. Kielitiede tai kielifilosofia ilmaisujen merkityksen yleisenä tutkimuksena ei voi esittää sellaisia näkemyksiä, jotka vaikuttaisivat oikeudelliseen ratkaisuun jollakin aidosti ulkojuridisella tavalla. Kielentutkijoiden toimiminen kielipoliiseina on sekin hieman arveluttavaa, mutta kielifilosofin toimiminen konkreettisia tuomioita langettavana kielituomarina on ajatuksena yksinkertaisesti mahdoton. Tämä osoittaa sitä suurta vastuuta, jota oikeustieteilijät ja lainkäyttäjät kantavat tärkeimmän työvälineensä, kielen riittävästä hallitsemisesta.

Kielifilosofialla on itsenäistä merkitystä oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta lähinnä silloin, kun juristilla ei ole välineitä ratkaisun antamiseksi. Asian ratkaisemiseksi ei löydy oikeusohjetta tai tapauksen oikeustoiseikat ovat liian epäselviä ja jäsentymättömiä. Testamentin tulkinta on tässä suhteessa hyvin erityislaatuinen oikeudellinen ongelma. Ensinnäkin testamenttiasiakirja muodostaa tulkintatapauksessa sen oikeustosisekaston, jonka pohjalta oikeudellinen ratkaisu annetaan ja samanaikaisesti se sisältää ne sitovat oikeusohjeet, joita tapauksessa on sovellettava. Tämä piirre on yhteinen kaikelle oikeustoimien tulkinnalle. Toiseksi testamentti on kielellisenä esineenä lähtökohtaisesti autonominen suhteessa oikeuskieleen. Tämä puolestaan on testamentin tulkinnan leimallinen erityispiirre. Testa-

mentin tulkinnan tarkoituksena on selvittää testamentin tekijän testamenttiasiakirjassa ilmaisema tarkoitus. Testamenttitekstin tulkitseminen siten, että ilmaisuille annetaan vakiintuneet oikeudelliset merkitykset, on tästä syystä aina erikseen perusteltava, niin kuin mikä tahansa muukin tulkintatulos. Testamenttia on tulkittava riittävän yleisen tulkintametodin avulla. Tällaisen riittävän laajasti kielellisiä merkityksiä huomioonottavan tulkintateorian tarjoaa kielen merkityksiä yleisellä tasolla tutkiva kielifilosofia. Erityisesti maallikoiden laatimia testamentteja tulkittaessa lakimiehille ominainen juridisen perusmerkityksen mukainen lukutapa saattaa aiheuttaa huomattavia väärintulkintoja.

Jo tässä vaiheessa on kuitenkin syytä huomauttaa, että kielifilosofian tarjoama kontribuutio testamentin tulkinnassa on lähinnä teoreettinen. On hyvin vaikea osoittaa erityistä käytännöllistä merkitystä kielifilosofisille pohdinnoille edes niissä sinänsä kohtalaisen yleisissä tapauksissa, joissa testamentin tekijä on käyttänyt sanoja tavanomaisesta poikkeavalla tavalla. Kielifilosofiassa ei ole tarjota mitään varmaa menetelmää merkitysten täsmentämiseksi, puhumattakaan siitä, että kielifilosofian avulla voitaisiin löytää merkitykset sellaisille ilmaisuille, joilta ne näyttävät kokonaan puuttuvan. Kielifilosofian avulla voidaan lähinnä oikeuttaa perintökaaren 11:1.1 mukainen testaattorin tarkoitusta selvittävä tulkintatapa. Tämä oikeuttaminen tapahtuu kahdella tasolla. Ensinnäkin kielifilosofia osoittaa, että kielelliset ilmaisut ovat merkitykseltään vaihtelevia. Tämä seikka voidaan toki muutenkin todentaa hyvin monentyyppisillä havainnoilla. Toisaalta kielifilosofia voi osoittaa joitakin suuntaviivoja, joiden avulla ilmaisun merkitystä voidaan etsiä yksittäisessä tulkintatilanteessa. Missään tapauksessa semanttisten teorioiden tarkastelua testamentin tulkinnan yhteydessä ei pidä ymmärtää rohkaisuksi pyrkiä etsimään ilmaisuille poikkeuksellisia ja yllättäviä merkityksiä. Testamenttiasiakirjat ovat yleensä erityisen huolellisesti ja vakavalla mielellä laadittuja kielellisiä dokumentteja. Tämä pitää ottaa huomioon myös testamentteja tulkittaessa. Semanttisten teorioiden lähtökohtana on se havainto, että sanoilla on yleensä yhdenmukaiset merkitykset ja että eri ihmiset käyttävät sanoja yleensä samalla tavalla. Semanttisen tarkastelun tarpeellisuus testamentin tulkinnan ja yleensä kaiken oikeudellisen toiminnan yhteydessä ei niinkään ilmaise kielen epäluotettavuutta ajatusten ilmaisuvälineenä, vaan niitä korkeita vaatimuksia, joita täsmällisyydelle ja yksiselitteisyydelle asetetaan oikeudellisissa yhteyksissä.

2 OIKEUSNORMI KIELELLISEN ILMAISUN MERKITYKSENÄ

2.1 Oikeusnormi ja oikeusnormiformulointi

Tämän tutkimuksen aiheena on testamentin tulkintaan liittyvien kysymysten tarkastelu eräiden kielifilosofisten ajatusten valossa. Sovellettaessa toista tieteenalaa metodologisena aputieteenä on tarpeen esittää joitakin peruste-luja ja valmistavia näkökohtia, jotka oikeuttavat kahden eri tieteenalan tu-losten ja ajattelutapojen yhdistämisen ja valaisevat yhdistämisestä koituvia hyötyjä. Lainopillisen tutkimuksen kohdalla tämäntyyppinen perustelu tar-coittaa oikeusteoreettisen tarkastelun esittämistä.

Käsillä olevan tutkimuksen kannalta tarpeellisen teoreettisen näkemyk-sen luominen merkitsee lähinnä seuraavaa. Ensinnäkin voidaan todeta, että testamentin tulkinta on jäämistöoikeuden alaan kuuluva lainopillinen tut-kimuskohde. Perintökaaren 11 luvussa on testamentin tulkintaa koskevia oikeussäännöksiä ja näitä säännöksiä on kommentoitu oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. Testamentin tulkinnan tutkimus kohdistuu muun lainopil-lisen tutkimuksen tavoin oikeuteen yhteiskunnassa vallitsevana normijär-jestelmänä.² Kielifilosofia on puolestaan nimensä mukaisesti kieleen koh-distuvaa filosofista tutkimusta. Kielifilosofisen tutkimuksen kohteena on siis kieli: puhe, tekstit, tekstikatkelmat ja yleensä ilmiöt, joita voidaan pitää kieleen ja kielen käyttämiseen kuuluvina.³ Koska lainoppi tutkii oikeus-järjestystä normijärjestelmänä ja toisaalta koska kielifilosofia tutkii kielen ominaisuuksia, oikeusteoreettinen tarkastelu on tämän tutkielman osalta kohdistettava yhtäältä oikeusnormeihin ja toisaalta oikeusnormeja ilmaise-vaan kieleen sekä erityisesti normien ja kielen väliseen relaatioon. Tätä tarkoitusta palvellakseni seuraavassa pyritään selvittämään oikeusnormin ja oikeusnormiformuloinnin eli normin kielellisen ilmaisun käsitteitä. Jä-sennys seuraa kaikilta oleellisilta osiltaan Makkosen esittämää analyysyä.⁴

Oikeusnormin käsite on epäilyksettä oikeusteoreettisen tutkimuksen eräs tärkeimmistä kohteista. Tämän tutkimuksen puitteissa ei kuitenkaan ole tarpeen luoda kovinkaan laajaa kuvaa oikeusnormin käsitteen ympärille

² Ks. esimerkiksi Kelsen s. 4. Kelsenin näkemys oikeustieteen luonteesta ja tehtävästä on kiistanalainen, mutta näkemys oikeudellisen tiedon kohdistumisesta oikeusnormeihin lie-nee yleisesti hyväksytty.

³ Tässä yhteydessä on tarpeetonta määritellä kielen käsitettä kielifilosofian tutkimuskoh-teena täsmällisemmin, koska testamenttia tulkittaessa tulkintakohde, käytännössä testamentti-asiakirjan sisältämä teksti, on poikkeuksetta riidattomasti olemassa.

⁴ Ks. Makkonen 1981 passim.

kiertyvästä problematiikasta, sillä keskityttäessä oikeudellisen ilmiön kielifilosofiseen tarkasteluun suuri osa oikeusnormitutkimuksesta leikkautuu tarkastelun ulkopuolelle. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että oikeudellisen aineiston tulkinta kielifilosofian avulla on lakitekstikeskeistä tutkimusta eikä tietyn oikeudellisen ongelman ratkaisemiseen keskittyvää ongelmakeskeistä tutkimusta.⁵ Toisin sanoen, kielifilosofinen tarkastelu ei ole menetelmä oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseksi, vaan pyrkimystä selvittää kielenkäyttöön liittyviä ongelmia ja epäselvyyksiä.⁶ Oikeudellisen ilmiön kielifilosofinen tutkimus voi alkaa vasta kun on esillä jotain kielellistä aineistoa tutkittavaksi. Kielifilosofinen tutkimus ei sen sijaan voi ottaa kantaa oikeudellisiin kysymyksiin, esimerkiksi siihen, onko tutkittava aineisto voimassa olevaa oikeutta vai ei. Kielifilosofiselle tutkimusotteelle on luonteenomaista ottaa tutkimusmateriaali suoraan lakikirjasta, oikeuden pöytäkirjasta tai esimerkiksi testamenttiasiakirjasta ja lähteä liikkeelle siitä olettamuksesta, että kyseessä on juridisesti relevantteja seikkoja ilmaiseva tekstimateriaali.⁷ Tiivistäen voidaan todeta, että oikeustieteen avulla määritellään ensin, mikä on juridisesti merkittävää tekstiaineistoa; tämän jälkeen kielifilosofian avulla voidaan kyseistä aineistoa täsmentää, ja tämän jälkeen oikeustieteen avulla ratkaistaan käsillä oleva oikeudellinen ongelma kyseistä materiaalia käyttäen ja harkiten samalla, mikä paino kielifilosofiselle tarkasteluille annetaan.

2.1.1 Normin käsitteestä

Huolimatta edellä kuvatusta lakitekstikeskeisestä tutkimusotteesta ja sen mukanaan tuomasta oikeusnormin käsitteen tarkastelun kaventumisesta, tässä tutkielmassa on otettava kantaa kysymykseen: mikä on normi ja erityisesti mikä on oikeusnormi? Suomen kielen perussanakirjan⁸ määritelmän mukaan normi on sääntö, ohje tai malli. Normi on siis jotain sellaista, joka sanoo miten asioiden pitäisi olla tai miten tulisi toimia tietyn päämää-

⁵ Jaottelun lakitekstikeskeisen ja ongelmakeskeisen tutkimusotteen välillä on esittänyt Aarnio 1982 s. 61.

⁶ Kielifilosofian selventävästä luonteesta ks. Makkonen 1959 s. 50 ss.

⁷ Jo tässä vaiheessa on syytä tähdentää sitä seikkaa, että testamentti on eräs oikeusnormilähde; testamentti luo oikeuksia ja toisaalta velvollisuuksia sietää näiden oikeuksien toteuttamista. Tässä suhteessa testamentilla on oikeussäädöksen kaltaisia piirteitä (ks. Ylöstalo 1954 s. 42) ja tästä syystä testamentin kielitieteelliseen tai kielifilosofiseen tulkintaan pätevät pitkälti samat periaatteet kuin oikeussäännösten tulkintaan yleisestikin. Tähän kysymykseen palataan lähemmin tutkielman 3 luvussa.

⁸ Kotimaisten kielten tutkimuskeskus. Helsinki 1990.

rän saavuttamiseksi. Normi ei sen sijaan ota kantaa siihen, miten asiat todellisuudessa ovat. Asian voisi ilmaista niinkin, että normi on viittaus toivotuun, käskettyyn tai muutoin tarkoitettuun asiointilaan eikä vallitsevaan todellisuuteen. Normi on viittaus erääseen mahdolliseen maailmaan, joka säädetään, käsketään tai vaikkapa kehoitetaan olemaan yhtä vallitsevien olosuhteiden eli todellisuuden kanssa. Nämä kaksi elementtiä, viittaus tiettyyn asiointilaan ja viittaus tiettyyn suhteeseen viitatun asiointilan ja todellisuuden välillä muodostavat normin olemuksellisen ytimen, joka on yhteinen erilaisille suosituksille ja ohjeille sekä eriasteisesti velvoittaville määräyksille.⁹

Ajatelkaamme esimerkin vuoksi seuraavanlaisia normeja: ”Sulje ovi!”, ”Tutkielman pituus on oltava vähintään 50 konekirjoitussivua.” ja ”Valtiolta kuuluu Suomessa kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta.” Ensimmäinen normi viittaa asiointilaan, jossa määrätty ovi on suljettu ja *käskee* tämän asiointilan toteutettavaksi.¹⁰ Toinen viittaa tietyn tyyppiseen tutkielmaan ja asettaa tämän *malliksi* tutkielman laatijoille. Kolmas puolestaan Suomen perustuslain 2 § 1 momenttina *säätää* tietyn valtiollisen instituution olemassa olevaksi ja sille tehtävän edustaa kansaa. Tässä tapauksessa viitatusta asiointilasta tulee säädösaktin kautta osa todellisuutta.

On tärkeää tehdä se havainto, että normi ei ole kielellinen ilmaus, eli jotain itse kieleen kuuluvaa, vaan tietynlainen suhde kielen ja todellisuuden välillä, jonka avulla kielellinen ilmaus saa merkityksensä. Voimme siis esittää johtopäätöksenä, että normi on tietyn tyyppisen kielellisen ilmaisun merkitys.¹¹ Tarkastelemme jäljempänä Fregen ja Wittgensteinin kielellisen ilmaisun merkityksestä esittämiä teorioita. Tässä vaiheessa voimme näitä semanttisia tarkasteluja ennakoivasti antaa normille seuraavan Aarniolta lainatun määritelmän: normi on tapa, jolla normin kielellistä ilmaisua käytetään ja toisaalta normi on normin kielellisen ilmaisun ajatussisältö.¹²

⁹ von Wright määrittelee luonteen, sisällön ja sovellutusehdon (character, content and condition of application) muodostavan normin ytimen (norm-kernel), joka on yhteinen kaikille preskriptiivisille normeille, von Wright 1963 s. 70. Tässä annettu normin ytimen määritelmä on riippumaton von Wrightin käyttämästä termistä ja sille antamastaan määritelmästä, mutta on sen kanssa lähes täysin yhtenevä.

¹⁰ Käsky ei edellä esitetyn määritelmän puitteissa varsinaisesti ole normi, mutta se on kiistatta jäljempänä käsiteltävä preskriptiivinen ilmaus ja sillä on samat semanttiset perusominaisuudet kuin normilla.

¹¹ Tässä yhteydessä jätetään avoimeksi kysymys, onko normi semanttisen viittaussuhteen kohde vai itse semanttinen viittaussuhde, johon siis kuuluu sekä kielellinen että reaalin elementti. Tämä avoimuus juontaa siitä, että itse merkityksen käsite jätetään tässä tutkielmassa avoimeksi. Normin semanttisista kysymyksistä ks. erityisesti Wróblewski s. 1–22 ja Aarnio 1977 s. 11 ss.

¹² Ks. Aarnio 1977, s. 12, josta tämä määritelmä on suoraan lainattu. Ks. myös Makkonen 1981, s. 46 ss.

2.1.2 Oikeusnormit preskriptioina

Käsitelyämme normin käsitettä yleisellä tasolla on tarpeen siirtyä pohtimaan oikeusnormin erityisluonnetta. Eräs oikeusnormia kvalifioiva piirre on se, että oikeusnormi on tietyllä tavalla asetettu (säädännäinen normi) tai muutoin otettu osaksi oikeusjärjestystä (tavanomaisoikeudellinen normi). Toinen merkittävä piirre on se, että oikeusnormit velvoittavat normiadressaatteja tietyn tyyppiseen käyttäytymiseen. Mikäli normiadressaatti ei noudata oikeusnormin ilmaisemaa määräystä häntä mahdollisesti kohtaa oikeusjärjestyksen määräämä sanktio. Oikeusnormialamaisella on siis käytännöllinen mahdollisuus toimia joko normin edellyttämällä tavalla tai normia rikkovalla tavalla. Sellaista lausetta tai muuta kielellistä ilmausta, jonka merkitys on oikeusnormi, on tapana kutsua preskriptiiviseksi, määrääväksi ilmaukseksi erotuksena deskriptiivisestä, kuvailevasta tai havainnoivasta ilmauksesta. von Wright erottaa kolme normien päätyyppiä: säännöt, määräykset eli preskriptiot ja niin kutsutut tekniset normit eli tavoitteelliset toimintaohjeet.¹³ On ilmeistä, että oikeusjärjestykseen kuuluu preskriptioiden ohella myös sääntöjä, erilaisia konstitutiivisia normeja, jotka määrittelevät esimerkiksi valtiollisten instituutioiden toimivaltasuhteita. Oikeusjärjestys sisältää myös teknisiksi normeiksi tulkittavia säännöksiä. Kaikki muotomääräykset ovat eräässä mielessä ohjeita siitä, miten on meneteltävä, jotta halutut oikeusvaikutukset saataisiin aikaiseksi. Kaikki oikeussäännökset ovat kuitenkin aina luonteeltaan määräyksiä, joko normin asettamiseen oikeuttavan viranomaisen määräyksiä tai ylimuistoisista ajoista periytyviä velvoittavia moraalisia määräyksiä. Tässä yhteydessä ei ole tarpeellista yrittää tehdä täyttä selkoa siitä, ovatko oikeusnormit poikkeuksetta aina preskriptioita vai eivät. Meille riittää se havainto, että oikeusnormit ovat tyypillisesti preskriptioita ja että niillä on tästä syystä tiettyjä semanttisia ominaisuuksia, jotka poikkeavat deskriptiivisten eli kuvailevien ilmausten tavasta viitata todellisuuteen. Selvännän preskriptiivisten ja deskriptiivisten ilmaisujen eroja seuraavassa.

Deskription keskeisin semanttinen piirre on, että se on, tai ainakin se periaatteessa voi olla, tosi tai epätosi. Toisin sanoen deskriptiivisen ilmauksen mukainen kuvaus voi olla yhtäpitävä havaitun todellisen asiaintilan kanssa tai sitten se voi olla havaitun todellisuuden vastainen.¹⁴ Pre-

¹³ von Wright 1963 s. 6 ss.

¹⁴ Tässä yhteydessä ei ole tarpeen pohtia totuuden ja epätotuuden käsitteitä vaihtoehtoisten totuusteorioiden valossa, vaan ilmaisun totuus voidaan ajatella yksinkertaisesti merkitsevän vastaavuutta eli korrespondenssia kielellisen ilmauksen ja todellisuuden välillä ja epätotuuden vastaavasti ristiritaa lausutun ja havaitun välillä.

skriptiivinen ilmaus puolestaan on sellainen, joka esimerkiksi käskee, kehottaa, tai opastaa ja joka ei sellaisenaan voi olla tosi tai epätosi. Preskriptiivisen ilmauksen avulla pyritään muuttamaan maailmaa tai esittämään, millaiseksi maailman olisi hyvä tai tarkoituksenmukaista muuttua. Lauseissa preskriptio edellytetään jotain enemmän kuin vain se, että käsky kehoitus, ohje ym. ymmärretään. Preskriptio ei ole neutraali suhteessa valitseviin asiointiloihin samalla tavoin kuin deskriptio, joka ikään kuin tyytyy siihen miten asiat ja asiointilat kulloinkin ovat.

Ajatelkaamme oikeusnormia, joka määrää, että testamentti on valvottava kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun testamentin saaja on saanut tiedon testamentin tekijän kuolemasta ja hänen hyväkseen tehdystä testamentista. Lienee selvää, että edellä esitetty ilmaus velvoittaa testamentin saajan toimimaan tietyllä tavalla ja että kyseessä on siis nimenomaan preskriptiivinen ilmaus. Entä onko kyseinen preskriptio tosi tai epätosi? Meidän ehkä tekisi mieli sanoa, että esitetty normi on epätosi, koska se ei (enää) kuulu Suomen voimassa olevaan oikeusjärjestykseen eikä se niin ollen ole oikeudellisesti velvoittava. Tai kenties mieleen tulisi sanoa, että me emme tiedä, koska meillä ei ole tietoa siitä, noudatetaanko kyseistä normia jossain erityisessä yksityistapauksessa. Tarkasteltaessa lähemmin ensimmäistä vastausta, näemme, että se on vastaus kysymykseen, kuuluuko Suomen oikeusjärjestykseen kyseinen testamentin valvontaan liittyvä normi; esittämämme normi ei kuitenkaan sano mitään kuulumisestaan Suomen oikeusjärjestykseen. Toinen vastaus taas liittyy normin noudattamiseen; kyseinen normi ei kuitenkaan väitä mitään siitä, noudatetaanko sitä vai ei.

Normi on eri asia kuin normia koskevat väitteet, eli *normilauseet*,¹⁵ joiden avulla voidaan esittää esimerkiksi sellaiset väitteet, että normi on voimassa oleva oikeusnormi tai että puheena olevaa normia on noudatettu jossain erityistapauksessa. Jos esimerkiksi professori valtiosääntöoikeuden luennolla valistaa opiskelijoita toteamalla, että Suomen perustuslain 2 § 1 momentin mukaisesti valtiolta Suomessa kuuluu kansalle, tai hän vaikkapa lukee kyseisen lainkohdan ulkomuistista, hän ei tämän kielellisen aktin avulla säädä mitään, vaan hän kertoo jotain Suomen voimassa olevan lain sisällöstä. Normilauseet ovat deskriptiivisiä ilmauksia, joiden merkitys on siinä, että ne voivat olla tosia tai epätosia. Totuus ja epätotuus ovat siis määrätynlaisia kielen ja todellisuuden välisiä suhteita. Koska normi itsessään on tietyyntyyppisen ilmaisun merkitys eli suhde kielen ja kielen ulkopuolisen todellisuuden välillä, sillä ei voi olla ominaisuutta olla tosi tai

¹⁵ Normilauseista ks. Aarnio 1982 s. 63–66.

epätosi. Ilmausta ei voida tulkita samanaikaisesti sekä preskriptioksi että deskriptioksi.

2.1.3 Normiformuloinneista

Normi on edellä määritelty tietyn tyyppisen kielellisen ilmauksen merkitykseksi. Kielellistä ilmausta, jonka merkitys on normi, kutsutaan vakiintuneesti normiformuloinniksi.¹⁶ Normiformulointi on siis normin kielellinen ilmiäisy, kirjoitettavissa ja puhuttavissa oleva kielellinen entiteetti. On huomattava, että normiformulointi ei ole sama asia kuin edellä käsitelty normilause. Normilause on normia koskeva väite, kun normiformulointi taas on normin ilmentymä kielen tasolla.

Edellä tarkasteltiin esimerkkinä oikeusnormista erästä testamentin valvontaan liittyvää normia. Tämän normin formulointi, kielellinen muotoilu löytyi aikaisemmin lakikirjasta. Tämä formulointi oli täsmällisesti ilmaistuna perintökaari 14:1.1. Normiformulointi *par excellence* on lakiteksti, sen itsenäiset osat, kuten lauseet, momentit ja pykälät. Lakikirja on kokoelma oikeusnormiformulointeja, joiden perusteella on saatavissa tietoa voimassa olevan oikeuden sisällöstä eli itse oikeusnormeista. Oikeusnormiformulointi on siis kvalifioitu preskriptiivinen ilmaus, jonka merkitys on tietty oikeusnormi. Normiformulointi on normin havaittava osa tai aspekti. Normista ei yksinkertaisesti voida puhua, puhumattakaan, että oikeusnormia voitaisiin soveltaa lainkäytössä, ellei sille anneta kielellistä muotoilua. Normiformulointi ei ole jotain vähäarvoista suhteessa itse normiin, sanahelinää tai pelkkää puhetta, vaan välttämätön edellytys normin olemassaololle tehokkaana ja todellisena oikeusnormina.

Eronteko oikeusnormin ja oikeusnormiformuloinnin välillä saattaa vaikuttaa tarpeettomalta ja jopa perusteettomalta teoretisoinnilta, sillä lähes kaikessa niin lainkäytöllisessä kuin akateemisessakin kielenkäytössä oikeusnormi samastetaan sen kielellisen ilmaisun, käytännössä siis useimmiten säädöstekstin kanssa. Oikeusnormi on kuitenkin selkeästi jotain muuta kuin pelkkä kielellinen ilmaisy. Tämä käy ilmi siitä, että oikeusnormi voidaan ilmaista kielessä usealla eri tavalla. Esimerkiksi Suomen oikeusjärjestelmä, siis lähinnä sen säädännäinen osa, voitaisiin esittää suomen kielellä lukemattomilla vaihtoehtoisilla tavoilla. Yksittäinen sana voidaan toisinaan korvata täsmälleen samaa tarkoittavalla sanalla (sellaisia sanapareja tai sanaryhmiä lienee tosin sängen vähän, jotka täyttävät juridiset vaatimukset sa-

¹⁶ Ks. Makkonen 1981, s. 34 ss.

nojen samanmerkityksisyydelle) tai lause voidaan korvata synonyymillään kirjoittamalla esimerkiksi lauseenvastike sivulauseen sijaan tai päinvastoin taikka saman asian ilmaisemiseksi voidaan käyttää jotain kokonaan toisen tyyppistä ilmaisutapaa. Mahdollisuuksia muunteluun on lukuisia, ja vaikka lähes kaikki merkitysvarianteista ovatkin enemmän tai vähemmän triviaaleja, ne kuitenkin osoittavat kiistattomasti, että normi on useimmissa tapauksissa mahdollista formuloida useammalla kuin yhdellä tavalla ja että normi näin ollen on jotain muuta kuin sille kulloinkin annettu kielellinen muotoilu.

Oikeusnormin ja oikeusnormiformuloinnin välinen distinktio on jäljempänä käsiteltävän oikeudellisen tekstin semanttisen analyysin näkökulmasta perustavan tärkeä, koska oikeudellisesti relevantin oikeusnormin tarkastelemiseksi ja ennen kaikkea oikeusnormin soveltamiseksi lainkäytössä tarvitaan menetelmä, joka liittyy oikeusnormiformuloinnin merkitsemään määrättyä oikeusnormia. Semanttinen analyysi on menetelmä, joka selvittää kielellisten ilmausten merkityssuhteita eli kielen ja todellisuuden välistä suhdetta. Oikeudellisessa kontekstissa semanttinen analyysi tarkoittaa nimenomaan oikeusnormiformuloinnin ja oikeusnormin välisen suhteen kriittistä tarkastelua.

2.2 Oikeuskielestä

Pyrkimys kirjoittaa oikeussäännökset mahdollisimman täsmällisesti ja yksiselitteisesti on johtanut erityisen säädösteksteissä käytetyn lakikielen syntymiseen. Edellä esitetyn valossa pyrkimys täsmällisyyteen ja yksiselitteisyyteen lainsäädäntötyössä tarkoittaa sitä, että oikeusnormiformuloinnit saatetaan vastaamaan mahdollisimman täsmällisesti tarkoitettuja normatiivisia vaikutuksia.

Varsinaisen lakitekstin ohella myös muu oikeudellinen kieli muistuttaa säädöskieltä. Esimerkiksi oikeustieteilijöiden tutkimukset, tuomioistuinten antamat ratkaisut perusteluineen ja jopa lakimiesten puheenparsi on esitetty lakikieltä jäljittelevällä kielellä. Yleensä kaikki oikeusnormeja koskevat lausumat esitetään kielellä, joka tyylillisesti muistuttaa säädöskieltä. Lie-nee perusteltua puhua lakikielen sijasta yleisemmin oikeuskielestä.¹⁷

¹⁷ Lakikielen sanakirjojen silmäily osoittaa, että termillä ”lakikieli” ymmärretään kaikkea sitä erikoissanastoa, jota käytetään erilaisissa oikeudellisissa yhteyksissä, riippumatta siitä, onko sanalla mitään erityistä oikeudellista luonnetta. Esimerkiksi Matti Joutsen kirjoittaa toimittamansa Lakikielen sanakirja suomi–englanti -teoksen (WSOY, 1995) ensimmäisen

Tarkastelen seuraavassa lyhyesti oikeuskielen joitakin erityispiirteitä, jotka heijastuvat oikeuskielisen tekstin tulkintaan.

2.2.1 Oikeuskielen ulkoinen ja sisäinen aspekti

Oikeuskielellä on useita erilaisia funktioita. Ensinnäkin oikeuskieli on tietyn ammattiryhmän käyttämä kieli. Samoin kuin muut ammattikielet oikeuskieli on juristien keino erottautua sosiaalisesti omaksi professiokseen. Lakimiehet käyttävät maallikolle tuntemattomia termejä ja valitsevat laatimiinsa asiakirjoihin ja puheeseensa usein mielellään teknisemmän variantin yleiskielisen sijasta. Ammatillinen jargon kertoo jokamiehelle, että vastassa on lakimies tai ainakin sellaisena esiintyvä henkilö. Tilanteesta ja henkilöistä riippuen lakimiehen käyttämä kieli herättää maallikossa usein kunnioitusta tai epäluuloa; toivoa ongelmien ratkaisemisesta tai pelkoa asioiden tarpeettomasta mutkistumisesta. Tällaista näkökulmaa voitaisiin kutsua oikeuskielen ulkoiseksi aspektiksi. Ulkoinen aspekti tarkoittaa oikeuskielen tarkastelua lakimieskunnan ulkopuolelta, maallikkokunnasta käsin. Oikeuskielen mieltäminen kapulakieleksi on eräs oikeuskielen ulkoinen ominaisuus. Ulkoista aspektia leimaa ymmärtämättömyyden ruokkima asenteellisuus, joka on sukua yleiselle enakkoluuloisuudelle kaikkia vieraita kieliä puhuvia kohtaan.

Vastaavasti oikeuskielen sisäiseksi aspektiksi voidaan kutsua lakimiesten omaa näkökulmaa ammattikieleensä. Sisäiseen aspektiin kuuluu kaikki se, mikä liittyy oikeuskielen käyttämiseen lainkäytön ja oikeustieteen väliin. Esimerkiksi tämän tutkielman pyrkimys selvittää kielen toimintaa oikeudellisen informaation välittäjänä erityisesti testamentin tulkinnan kannalta liittyy oikeuskielen sisäiseen aspektiin niin kuin yleensä kaikki lainopillinen ja oikeusteoreettinen tutkimus. Termillä oikeuskieli tarkoitetaan jalkjempänä tässä tutkielmassa yksinomaan oikeuskielen sisäiseen aspektiin liittyviä seikkoja. Oikeustieteellinen tutkimus ei ylipäätensä voi kiinnittyä oikeuskielen ulkoiseen aspektiin muutoin kuin empiirisiin menetelmin hankitun tietoaineiston kautta. Tällaista empiiristä dataa voisi olla esimerkiksi erilaisten haastattelu- tai kyselytutkimusten tuottama aineisto, jota on mahdollista analysoida esimerkiksi oikeussosiologisin menetelmin.

painoksen esipuheessa, että sanakirjan käyttökelpoisuutta silmällä pitäen oikeustieteen alaa tulkitaan laajasti ja että tästä syystä hakusanoiksi on otettu termejä, jotka varsinaisesti kuuluisivat talous- ja liike-elämän, tekniikan, valtiotieteen tai humanististen tieteiden sanakirjoihin. Ilmaisulla ”lakikieli” tarkoitetaan siis pitkälti samaa kuin tässä tutkielmassa tarkoitetaan ilmaisulla ”oikeuskieli”. Makkonen käyttää nimitystä ”juridinen kieli” otsikoidessaan tutkimuksensa ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä” (Makkonen 1959). Ks. myös hakusana *Lakikieli* teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica*, kirj. Kullervo Kempainen.

Lakimiesammatin läheinen yhteys kieleen tulee esille muun ohella siinä, että muiden perinteisten professioiden edustajat, lääkärit ja papit erotetaan rahvaasta lähinnä puheen sisällön perusteella eikä niinkään erityisen kielellisen tyylin perusteella, kun taas lakimieskunta on hyvin keskeisesti erityisen kielenkäyttötavan hallitsemiseen erikoistunut professio. Lakimiehen ammatilliseen osaamiseen kuuluu kyky argumentoida juridisesti relevantilla tavalla ja tämä osaaminen edellyttää kykyä esittää asiat oikeuskielellä. Lakimies on henkilö, jolla on koulutuksen kautta hankittu riittävä oikeuskielen taito ja joka tämän taitonsa avulla kykenee hoitamaan oikeudellisia tehtäviä.

2.2.2 Oikeuskieli luonnollisen kielen fragmenttina

Eräs oikeuskielen keskeinen ominaisuus liittyy siihen, että (suomenkielinen) oikeuskieli on suomen kieltä ja sanastonsa puolesta vieläpä sangen tavallista suomen kieltä, mutta oikeuskielellä esitettyjen asiakirjojen ja lausumien sisältö jää siitä huolimatta maallikolle usein hämäräksi.¹⁸ Oikeuskieli sisältää loppujen lopuksi vain suhteellisen vähän sanoja ja ilmauksia, joilla on pelkästään oikeudellinen merkitys. Esimerkiksi luonnontieteelliset esitykset sisältävät keskimäärin huomattavasti enemmän vierasperäisiä ilmauksia, teknisiä termejä, matemaattisia kaavoja ja muita yleiskielelle vieraita ilmauksia kuin oikeustieteelliset tutkimukset. *Saantosuoja*, *preklusio* ja *lainvoima* voisivat olla esimerkkejä erikoistermeistä, joilla on lähinnä vain juridinen merkitys. Vastaavasti esimerkiksi ilmaukset *vilpitön mieli*, *kolmansiin nähden* tai *asianosainen* ovat esimerkkejä juridis-teknisistä termeistä, jotka ovat ymmärrettäviä myös yleiskielisinä ilmauksina.¹⁹ On lähes mahdotonta edes summittaisesti luokitella oikeudellisia termejä erikoistermeiksi ja termeiksi, joilla on muiden merkitystensä ohella myös täsmällinen juridinen merkitys. Nämä vaikeudet ovat yhteydessä kielen yleisiin semanttisiin ominaisuuksiin, joita tarkastellaan jäljempänä.²⁰ Tällä jaottelulla ei sinänsä ole suurta merkitystä tämän tutkielman kannalta, mutta

¹⁸ Ks. Aarnio 1989 s. 167, jossa kirjoittaja huomauttaa, että oikeuskieli on yleisesti ottaen normaalia arkikieltä ja että oikeuskielen ansiot ja heikkoudet ovat sen vuoksi tavallisesti samat kuin yleiskielelläkin ja Makkonen 1959s. 59–60, jossa kirjoittaja toteaa varsinaisten juridisten termien olevan vähälukuisia.

¹⁹ Voimme todeta, että tällaisilla ilmauksilla on erilaiset merkitykset erilaisissa kielellisissä yhteyksissä; oikeudellisissa yhteyksissä niillä on juridis-tekninen, oikeusnormeihin kiinnittyvä merkitys ja jossain muussa yhteydessä taasen kyseisestä asiayhteydestä käsin määräytyvä merkitys. Ks. kappale 2.4.1, jossa tarkastellaan Fregen semanttista teoriaa.

²⁰ Ks. kappale 2.3.

sen sijaan on tärkeää tehdä se havainto, että oikeuskieli teknisenä erityiskielenä perustuu pitkälti yleiskielisten sanojen täsmälliselle käyttämiselle eikä niinkään oman erityisen terminologian luomiselle. Oikeudellisissa yhteyksissä joudutaan tarkastelemaan tavallistenkin sanojen merkityksiä täsmällisemmin kuin kielenkäyttötilanteissa yleensä. Tämä seikka on yhteydessä siihen, että oikeustiede havainnoi ja systematisoi jokapäiväiseen elämään liittyviä asioita eikä esimerkiksi vain laboratorio-oloissa havaittavia ilmiöitä tai tilastollisin menetelmin tarkasteltavia laajoja yhteiskunnallisia tietoaaineistoja.

Väite oikeuskielen yleiskielisyydestä pätee erityisesti säädöskieleen, jonka täsmällisyys perustuu sanonnan tarkkuuteen ja jossa vierasperäisiä termejä tarkoituksellisesti pyritään välttämään. Oikeustieteellisissä teksteissä sen sijaan esiintyy enemmän akateemista oppisanastoa. Toisin sanoen oikeusnormiformuloinnit esitetään mahdollisimman yleiskielisesti, mutta tieteelliset oikeusnormilauseet, joiden avulla oikeusnormijärjestelmää systematisoidaan ja muutoinkin arvioidaan, sisältävät runsaasti tavalliselle yleiskielelle vieraita ilmauksia.²¹

2.2.3 Oikeuskielen tehtävät

Oikeuskieli on oikeusnormiston käyttämistä varten kehittynyt kieli, jonka avulla säädetään oikeusnormeja, esitetään oikeudellisia väitteitä, perustellaan oikeudellisia ratkaisuja ja ylisummaan käytetään tai muokataan oikeusnormistoa vaihteleviin tarkoituksiin. Oikeuskieli on väline oikeusnormijärjestelmän käyttämiseksi ja tästä syystä oikeuskielellä esitettyä ilmausta arvioidaan ensisijaisesti oikeusnormivaikutusten perusteella: lakitekstiä tarkasteltaessa arvioidaan mitä vaikutuksia säädetyllä normilla on yhteiskunnassa, oikeuden istunnossa esitettyä väitettä arvioidaan jutun asianosaisten oikeudelliseen asemaan vaikuttavana kielellisenä aktina ja oikeustieteilijän lainopillisia esityksiä arvioidaan etupäässä oikeusnormijärjestelmää koskevin de lege lata tai de lege ferenda kannanottoina. Koska oikeuskieli on väline oikeusnormijärjestelmän käyttämiseksi, oikeuskielen avulla voidaan konkreettisesti vaikuttaa ihmisten elämään. Oikeuskieli ei ole pelkkää puhetta; oikeuskielellä esitetty ilmaus on tietyn henkilöpiirin jäsenten oikeus-

²¹ Oikeusnormiformuloinnit muodostavat oikeustieteellisen tutkimuksen kohteen, objektikielen ja oikeustieteen oma kieli puolestaan tutkimuksen välineen, metakielen. Objektikieli ja metakieli ovat kaksi eri kieltä, jotka on tarkoin erotettava toisistaan ja joilla voi olla toisistaan poikkeavia ominaisuuksia. Objektikieli–metakieli-erottelusta ks. Makkonen 1998 s. 56–58 ja erityisesti oikeuskielen osalta Wróblewski s. 36.

asemiin vaikuttava teko. Oikeuskieli on väline, jonka avulla oikeussubjektit toteuttavat oikeudellista kompetenssiaan.²²

Oikeuskieleen ja erityisesti säädöskieleen kohdistuu nykyään monen-
suuntaisia vaatimuksia. Yhtäältä oikeuskoneistolta odotetaan nopeaa ja var-
maa toimintaa. Tämä edellyttää normiformuloinneilta täsmällisyyttä, joka
on saavutettavissa vain teknisen ja eriytyneen säädöskielen avulla. Toisaal-
ta taas katsotaan maallikolla olevan oikeus saada luotettavaa tietoa oikeus-
normeista säädöstekstiä lukemalla. Oikeusturvan riittävän tehokas toteutu-
minen edellyttää sitä, että tieto oikeusnormeista on helposti saatavilla myös
ilman aikaa vievää ja kallista turvautumista lakimiehen palveluksiin.²³ Tämä
puolestaan edellyttää säädöskieleltä helppolukuisuutta, joka usein on vai-
keasti sovittavassa ristiriidassa täsmällisyys- ja yksiselitteisyysvaatimusten
kanssa.

Edellä todettiin oikeuskielen muistuttavan läheisesti tavallista suomen
kieltä. Suomen kieli on niin kutsuttu luonnollinen kieli, joka on kehittynyt
orgaanisesti aikojen kuluessa erään kansan käyttämäksi kieleksi. Samoin
kuin mikä tahansa eriytyneempikin ammattikieli tai jonkin tieteenalan kie-
li myös oikeuskieli on osa luonnollista kieltä. Toisin sanoen oikeuskieli ei
ole keinotekoinen formaalikieli, jolla olisi täsmällinen sanasto, kielenkäyttö-
säännöt ja sanoilla yksiselitteisen täsmälliset merkitykset. Tällaisia for-
maalikieliä ovat esimerkiksi tietokoneiden ohjelmointikieliet. Huolimatta
siitä, että oikeuskieli on luonnollista kieltä, oikeuskielellä on joitakin for-
maalikielen piirteitä. Tämä on seurausta siitä, että oikeuskielellä on poik-
keuksellisen täsmällinen tehtävä oikeusnormijärjestelmän kuvaajana ja käyt-
tökielenä. Oikeuskieleltä tästä syystä myös odotetaan samanlaista mekaa-
nista suorituskykyä kuin tietokoneiden ohjelmointikieliltä. Oikeuskielellä
esitetyn inputin odotetaan tuottavan nopeasti ja varmasti lainsoveltajan toi-
mesta (oikean) outputin. Samaan aikaan odotetaan lainkäyttöprosessin ole-
van sillä tavoin läpinäkyvää, että se on kansalaisten kontrolloitavissa ja
ymmärrettävissä. Tässä suhteessa oikeuskieleen kohdistuvat odotukset poik-
keavat ohjelmointikieleen kohdistuvista odotuksista. Tavallinen tietokoneen-
käyttäjä ei odota ymmärtävänsä sitä tapaa, jolla tietokone suorittaa käsketyt
toiminnot. Hän käyttää tietokonetta yksinkertaisen käyttöjärjestelmän avulla

²² Oikeuskielisillä ilmauksilla on performatiivisia piirteitä, toisin sanoen niiden avulla voi-
daan tehdä konkreettisia tekoja. Näiden niin kutsuttujen kielitekojen ja oikeusteorian yhtey-
ksistä ks. Helin 1990.

²³ Ks. esimerkiksi Hallituksen esitystä työlaainsäädännön uudistamiseksi HE 157/2000 s. 47
ja 52, jossa eräänä keskeisenä uudistusta ohjanneena tekijänä mainitaan se, että sääntely on
työsuhteen osapuolten saavutettavissa sekä fyysisesti että tiedollisesti.

eikä tietokoneen käyttämän tietokonekielen avulla. Analogiaa oikeuskielen ja ohjelmointikielten välillä voidaan tällä kohdin rikastaa toteamalla, että asianajolaitos vastaa tietokoneen käyttöjärjestelmää. Asianajajan – tai muun lakimiehen – kanssa maallikot keskustelevat yleiskielellä ja asianajajan tehtävänä on kääntää päämiehen yleiskielellä esittämä toimeksianto täsmälliseksi oikeuskieliseksi esitykseksi esimerkiksi haastehakemuksen muodossa. Tietokoneen käyttäjän tavoin päämies ei useinkaan ole kiinnostunut siitä oikeusprosessista, jolla haluttuun lopputulokseen on lakimiehen avustuksella päästy, mutta hänellä on joka tapauksessa huomattavasti suurempi intressi olla perillä oikeuskoneiston toiminnasta kuin tietokoneen toiminnasta. Tämä tulee esille erityisesti silloin, kun asia ratkaistaan hänen vahingokseen. Oikeusinstituutiot olisivat perin kafkamaisia koneistoja, jos ne toimisivat kaikilta osin tietokoneiden tavoin.

On selvää, että käytännössä joudutaan oikeuskielen osalta tinkimään sekä mekanistisen tehokkuuden ja ennakoitavuuden vaatimuksesta että yhtä lailla vaatimuksesta, jonka mukaan oikeuskielen on oltava ymmärrettävää kaikille niille, joita oikeuskielinen esitys koskee. Tämä dilemma heijastuu myös testamentin tulkintaan. Testamenttitekstiä ei voida tulkita mekaanisesti oikeuskielisenä koodina antamalla ilmauksille määrätty merkitykset ja jättämällä osa ilmauksista oikeudellisesti epämääräisinä kokonaan huomiotta, mutta testamenttia ei voida myöskään tulkita täysin vapaasti antamalla suojaa kaikille mahdollisille testamenttitekstin lukutavoille. Testamentin tulkinnan on luovittava Skyllan ja Kharybdiksen, mekanistisen, pelkkään sanamuotoon tukeutuvan ja testamenttia vääristelevän, liian vapaan tulkinnan välitse. Tämä on testamentin tulkinnan haasteellinen tehtävä, jonka suorittamisessa kielifilosofiolla on tulkintaratkaisua ohjaava ja perusteleva rooli.

2.3 Semanttinen tulkinta

Semantiikalla tarkoitetaan merkitysoppia, eli oppia siitä, miten kielelliset ilmaukset saavat merkityksensä ja toisaalta itse merkityksen käsitteeseen kohdistuvaa tutkimusta. Toisin sanoen semantiikka tutkii yhtäältä käsitteiden tai yleisemmin ilmausten merkityksiä ja semanttisia tehtäviä ja toisaalta itse semanttisia käsitteitä. Tämän tärkeän erottelun on esittänyt von Wright.²⁴ Hän nimittää ensin mainittua lingvistiseksi suuntaukseksi ja jälkimmäistä filosofiseksi semantiikaksi.

²⁴ von Wright 1982 s. 184–185.

Makkonen tarkastelee tätä jaottelua oikeustieteen kannalta ja toteaa, että siirtyminen filosofisesta semantiikasta lingvistiseen kielenanalyysiin²⁵ merkitsee filosofian sovellutusten kannalta syventynyttä tarkastelukulmaa.²⁶ Semanttisten käsitteiden analysointi on puhtaasti filosofista tutkimusta, kun lingvististä kielenanalyysia puolestaan voidaan soveltaa minkä tahansa kielen merkityksen tutkimiseen. Filosofinen semantiikka ei siis sellaisenaan ole väline esimerkiksi oikeuskielisen tekstin merkityksen selvittämiseksi. Tässä tutkielmassa kielifilosofiaa sovelletaan testamentin tulkinnan apuvälineenä, mikä täsmällisemmin ilmaistuna tarkoittaa lingvistisen kielenanalyysin soveltamista testamenttitekstin epäselvyyksien oikaisemiseen. Termillä ”semantiikka” tarkoitetaan tässä tutkimuksessa siis nimenomaan lingvististä kielenanalyysiä.

2.3.1 Semantiikka ja muu kielen tutkimus

Kielitieteessä erotetaan vakiintuneesti semantiikan ohella syntaksin ja pragmatiikan tutkimusalat. Syntaksi tarkoittaa kielioppia laajasti ymmärrettyinä, eli kaikkia niitä sääntöjä, jotka määräävät miten kielellisiä ilmauksia muodostetaan. Pragmatiikkaan taasen kuuluu kaikki kielen käyttämiseen liittyvä tutkimus. Tässä tutkielmassa keskitytään testamenttitekstien semanttiseen tarkasteluun. Syntaktisen näkökulman rajaaminen tarkastelun ulkopuolelle tapahtuu ongelmitta,²⁷ mutta tarkka rajankäynti semantiikan ja pragmatiikan välillä on sangen vaikeaa. Tämä vaikeus johtuu pitkälti siitä, että pragmatiikka tutkimusalana on hyvin heterogeeninen ja epämääräinen; pragmatiikkaa on kaikki se kielellisen viestinnän tutkimus, joka ei suoranaisesti koske syntaksia tai semantiikkaa. Tästä käsitteellisestä epämääräisyydestä ei kuitenkaan ole merkittävää haittaa, koska mitään tarkkaa määrittelyä semanttisen ja pragmaattisen tutkimuksen välillä ei tässä yhteydessä ole tarpeellista tehdä. Semanttisen ja pragmaattisen näkökulman sekoittuminen on ominaista oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle ja tästä syystä oikeudellisen ratkaisutoiminnan tieteellinen kuvauskaan ei voi olla puhtaasti semanttinen.²⁸ Semantiikka ymmärrettyinä lingvistisenä kielen-

²⁵ Makkosen käyttämä termi lingvistinen kielen analyysi vastaa von Wrightin käyttämää ilmausta lingvistinen suuntaus.

²⁶ Makkonen 1998 s. 63–65.

²⁷ Erityisesti testamentin tulkinnassa saattaa toki esiintyä tapauksia, joissa tulkittava teksti ei ole kieliopin mukainen. Tällöinkin tulkintatehtävä on luonteeltaan semanttinen, syntaksin oikaiseminen ainoastaan palvelee semanttisia päämääriä.

²⁸ Semanttinen tässä yhteydessä tarkoittaa suurin piirtein samaa kuin teoreettinen tai idealisoiva lähestymistapa ja pragmaattinen puolestaan samaa kuin käytännöllinen tai realisti-

analyysinä on itse asiassa pragmatiikkaa, tiettyä semanttista ajattelua tai teoriaa käytäntöön soveltavaa toimintaa.

Joudumme toteamaan, että semantiikan käsite on itsessään merkitykseltään häilyvä tai ainakin vain suurin ponnistuksin tavoitettava, niin kuin mikä tahansa muukin aktiivisen filosofisen tutkimuksen kohde. Toisaalta semantiikan tutkimus on ollut filosofiseksi tutkimukseksi poikkeuksellisen evolutiivista ja nopeasti muuttuvaa. Tästä syystä edellä esitetyt erottelut filosofisen semantiikan ja lingvistisen kielenanalyysin sekä semantiikan ja pragmatiikan välillä olisi asetettava historialliseen kontekstiinsa niiden täsmällisemmän luonteen selvittämiseksi.

2.3.2 *Oikeuskielen semanttisesta tulkinnasta*

Kaikkia tekstejä on tulkittava, jotta tekstin merkitys saataisiin selville. Tämä on semanttisen tulkinnan peruslähtökohta. Kielelliset ilmaukset ovat symboleja, jotka merkitsevät jotain viittaamalla johonkin itsensä ulkopuoliseen. Niin kuin minkä tahansa muunkin symbolin, kuten esimerkiksi erilaisten matemaattisten symbolien tai vaikkapa liikennemerkkien, myös kielellisten ilmausten merkitys on erikseen osoitettava. Symbolin luonteeseen kuuluu erottamattomasti, että sen merkitys – eli kohde, johon symboli viittaa – ei käy ilmi symbolista itsestään, vaan symbolille on annettava erikseen tulkinta. Symboli on siis erotettava sellaisesta merkistä, joka on välittömästi tulkittavissa. Ross valaisee symbolin ja välittömästi tulkittavan merkin (*tegn*) eroa muun muassa seuraavanlaisten esimerkkien avulla: maan kosteus merkitsee, että äskettäin on satanut; vauvan itku merkitsee, että vauva on kokenut jotain epämiellyttävää ja ukkosen jyrinä merkitsee, että myös salamoit.²⁹ Nämä Rossin esimerkkien mukaiset merkit on tulkittavissa yleisen elämäkokemuksen perusteella, kun symbolin tulkinta taas aina edellyttää tietoa siitä, mitä symbolin on asetettu tai sovittu merkitsevän.³⁰

Luonnollinen kieli on hyvin monimutkainen symbolijärjestelmä, jossa kirjain pääpiirteissään merkitsee tiettyä äännettä, sana tiettyä asiaa, lause tiettyä asiantilaa ja teksti tiettyä asiantilojen kokonaisuutta. Sama symboli

nen tutkimusote. Pragmaattisen tutkimuksen kohteena voi tekstin tai puheen ohella olla myös kielellinen käyttäytyminen ja yleensä mikä tahansa kielelliseen viestintään liittyvä toiminta. Hieman yleistäen voidaan todeta, että käsitelainoppi ja analyttinen oikeusteoria edustavat semanttisia koulukuntia ja erilaiset realistiset suuntaukset puolestaan pragmaattisesti orientoituneita yleisen oikeustieteen koulukuntia.

²⁹ Ross s. 132.

³⁰ Ross antaa seikkaperäisen ja havainnollisen esityksen semanttisen tulkinnan lähtökohdista ja edellytyksistä op. cit. s. 132 ss.

voi kuitenkin merkitä useita eri asioita ja esimerkiksi yksi sana voi muodostaa kokonaisen lauseen. Luonnollinen kieli on paitsi hyvin monimutkainen ja monimuotoinen myös monimerkityksinen symbolijärjestelmä. Olemme edellä todenneet, että oikeusnormi voidaan ilmaista luonnollisella kielellä usealla eri tavalla.³¹ Tämä seikka ei kuitenkaan varsinaisesti ilmennä kielen (semanttista) monimerkityksisyyttä tai monitulkintaisuutta, sillä kyseessä on tietyn asian esittäminen usealla vaihtoehtoisella, mutta mahdollisesti yksiselitteisellä tavalla. Se että ilmaisut I^1 , I^2 ja I^3 merkitsevät kaikki oikeusnormia N , ei merkitse sitä, että ilmaukset I^1 , I^2 ja I^3 olisivat monimerkityksisiä; ne saattavat kaikki viitata yksiselitteisesti normiin N . Semanttisesta monimerkityksisyydestä on kyse silloin, kun ilmaus I viittaa samanaikaisesti useaan kohteeseen, sanokaamme oikeusnormeihin N^1 ja N^2 . Semanttinen tulkinta tai semanttinen analyysi kulkee siis kielestä todellisuuteen. Matemaattisella kielellä ilmaistuna semanttinen tulkinta on funktio, jonka argumenttina on kielellinen ilmaus ja arvona jokin todellinen kohde. Luonnollisen kielen kohdalla semanttisen funktion lähtöjoukko, eli jokin luonnollinen kieli, ja erityisesti sen maalijoukko, siis todellisuus ymmärrettyinä kaikkein laajimmassa ja rajoittamattomimmassa mielessä, ovat hyvin epämääräisiä toisin kuin formaalikielissä. Semanttisen tulkinnan perusolemus on kuitenkin kaikkien kielten kohdalla sama: kielelliseen ilmaukseen liitetään semanttisen tulkinnan avulla tietty merkitys. Ilmauksen monitulkintaisuus tarkoittaa sitä, että ilmaukselle voidaan antaa useampi kuin vain yksi semanttinen tulkinta; yksittäisellä tulkinnalla on kuitenkin aina vain yksi tulos. Tämä seuraa funktion yleisistä ominaisuuksista.

Semanttisen tulkinnan tehtävänä on tulkittavan kielen merkityksen selvittäminen tulkittavan kielen ominaisuuksia kunnioittaen. Luonnollisen kielen kohdalla tämä tarkoittaa nimenomaan sitä, että pyritään löytämään kielellisten ilmausten merkitykset sellaisina kuin ne elävissä kielenkäyttötilanteissa esiintyvät.

Myös kaikkia oikeudellisia tekstejä on luonnollisesti tulkittava. Oikeuskielen kohdalla semanttisen tulkinnan tehtävänä on erityisesti ilmaisujen (oikeus)normatiivisen ulottuvuuden selvittäminen. Tämä on suora seuraus siitä edellä kosketellusta seikasta, että oikeuskielisen tekstin merkitys on sidoksissa oikeusnormijärjestelmään. Oikeudellisen tekstin tulkinta tässä kaikkein laajimmassa mielessä on merkityksen antamista kielelliselle ilmaisulle: sanalle, lauseelle tai tekstille, kuten esimerkiksi lakitekstin momentille tai pykälälle.³²

³¹ Ks. edellä kappale 2.1.3.

³² Tulkinnan käsitettä ei yleensä ole tapana ymmärtää näin laajasti osana kaikkea semanttis-

Useimmiten tekstin tai puheen semanttinen tulkinta tapahtuu huomattomasti ja täysin ongelmattomasti. Tämä pitää paikkansa yhtä hyvin oikeuskielisen kuin minkä tahansa muunkin kielellisen ilmaisun kohdalla. Arkipäiväisissä kielenkäyttötilanteissa sanoilla ja muilla kielellisillä ilmauksilla on lähes aina selkeästi ymmärrettävissä oleva vakiintunut merkitys, jota on vaikea erottaa ilmauksesta itsestään. Merkitys liittyy niin kiinteästi ilmaisuun, että sitä on vaikeaa tarkastella ilmaisusta erillään olevana seikkana. Me kiinnitämme ilmaisujen merkityksiin huomiota lähinnä silloin, kun kieli ei jostain syystä toimi moitteettomasti.

Semanttisesti yksiselitteinen ja ongelmaton tapaus lainkäyttötilanteessa on niin kutsuttu rutiinitapaus. Tällainen rutiinitapaus on esimerkiksi yksinkertainen velkomuskanne, jonka perusteena on velkakirja. Jutun summaarisen käsittelyn oikeuttava selkeys ja riidattomuus käy ilmi tuomioistuimeen toimitetusta haastehakemuksesta, jossa esiintyvät ilmaisut ovat merkitykseltään korostetun selviä: asianosaisten henkilö- ja osoitetiedot, vaatimus, joka voisi kuulua esimerkiksi: ”vastaaja on velvoitettava suorittamaan kantajalle haastehakemuksen perusteena olevasta velkakirjasta ilmenevä 10 000 markan saatava”, päivämäärä, otsikko ”haastehakemus” ja lausuma ”kantajan käsityksen mukaan saatava on riidaton” sekä oikeudenkäymiskaaren 5: 3.2 edellyttämä saatavan perusteena olevan asiakirjan lyhyt yksilöintiteksti.

Semanttinen ongelmattomuus tässä esimerkkitapauksessa tarkoittaa kielellisten ilmausten merkityksen selkeyttä ja yksiselitteisyyttä. Haastehakemus on tyypillinen juridinen asiakirja, jonka sisältämiä ilmauksia tulkitaan oikeuskielisinä ilmauksina, ja juuri tätä kautta haastehakemuksen semanttiset ominaisuudet ovat yhteydessä haastehakemuksen oikeudelliseen kvaliteettiin: haastehakemuksen ilmaisut viittaavat täsmällisesti tiettyyn oikeustosi-seikastoon (voisimme myös sanoa, että haastehakemuksen ilmaisut luovat jutun oikeustosisekaston), joka esimerkkitapauksessamme on subsumoitavissa tietyn oikeussäännösten mukaan ratkaistavaksi yksinkertaiseksi velkomusjutuksi. Rutiinitapauksessa semanttinen tulkinta tyypistyy ainoan mahdollisen tulkinnan valitsemiseksi. Mitään tietoista ja asian oikeudellisesta käsittelystä erillistä semanttista analyysia ei tarvita.

Kielelliseen viestintään liittyy todellisuudessa myös paljon sellaisia piirteitä, jotka eivät ole palautettavissa puhtaasti kielelliseen muotoon. Äänensävyt, ilmeet ja muu oheisviestintä, jolla on ratkaiseva merkitys elävässä,

ta toimintaa sen paremmin arkikielessä kuin oikeusteoreettisessa tutkimuksessakaan, ks. esimerkiksi Aarnio 1975, s. 390. Ks. kuitenkin Ross s. 139, jossa kirjoittaja määrittelee tulkinnan *fortolkning* toiminnaksi, jolla ilmaisun merkitys lähemmin määritellään. Ross tarkoittaa tulkinnalla po. yhteydessä nimenomaan semanttista tulkintaa.

suullisessa viestinnässä, ei kuulu käsillä olevan tarkastelun piiriin eikä myöskään se huomion arvoinen seikka, että kielellisellä ilmaisulla puhe-tilanteessa tai tekstiyhteydessä saattaa olla jokin muu tarkoitus kuin antaa semanttisen perusmerkityksensä mukainen informaatio. Lausahduksen pää-tarkoituksena saattaa esimerkiksi olla kuulijan huvittaminen. On eri asia ymmärtää tekstin tai suullisen kertomuksen merkitys tietyn asiointilan tai tapahtuman kuvaukseksi kuin ymmärtää se vitsinä. Puhumattakaan siitä, että motiivi huvittavaksi tarkoitettun jutun kertomiselle saattaa olla jonkin halutun reaktion tai tunnetilan synnyttäminen kuulijoissa. Kielellisen ilmauksen merkitys ymmärrettynä ilmauksen esittäjän kaikkien vaikuttimien ja tarkoitteiden summana on aivan liian pohjaton tässä yhteydessä käsiteltäväksi. Tämä ei muutenkaan ole tarpeellista, sillä muuan oikeudellisen kielenkäytön tärkeä ominaispiirre on se, että ilmaisuja tarkastellaan korostuneesti juridisen merkityksen kannalta, erityisesti ilmaisujen oikeusvaikutusten kannalta. Moderni oikeuskäsitys puolestaan edellyttää, että oikeusvaikutukset on sidottu jäännöksettä lausuttavissa tai kirjoitettavissa olevaan kieleen. Voisimme sanoa, että eleet ja ilmeet eivät voi olla oikeuskielisiä ilmauksia. Mikäli eleille tai ilmeille halutaan antaa oikeudellista merkitystä, ne on voitava esittää kirjallisesti tai suullisesti esimerkiksi syytteessä. Tässä tutkimuksessa semanttisella tulkinnalla tarkoitetaan siis merkityksen-antamisprosessia, joka tapahtuu puhtaasti kielen tasolla ja joka kytkeytyy kielen käyttämiseen juridiikan välineenä.

2.3.3 Semanttinen ja juridinen tulkinta

Aarnio erottaa kolme tulkinnan lajia, tulkinnan laajimmassa, laajassa ja suppeassa mielessä.³³ Tulkinnan laajin muoto sisältää kielen ulkoisia tulkintaperusteita, kun taas laaja ja suppea tulkinta liittyy aina kieleen. Kuten edellä todettiin, kaikki kielen ulkoiset tulkintaperusteet eli Aarnion tarkoittama tulkinnan laajin muoto, jää tämän tarkastelun ulkopuolelle. Laajan tulkinnan Aarnio määrittelee merkityksen antamiseksi määrätylle kielelliselle ilmaukselle.³⁴ Tämä vastaa semanttiselle tulkinnalle tässä tutkielmassa annettua määritelmää. Tulkinta suppeassa mielessä merkitsee Aarnion jäsennyksessä taasen tietyn tulkintavaihtoehdon valitsemista eräänlaisesta merkitysten viuhkasta.³⁵

³³ Aarnio 1989 s. 160.

³⁴ *ibid.*

³⁵ *ibid.*

Tulkintaa suppeassa mielessä kutsutaan tässä tutkielmassa juridiseksi tulkinnaksi.³⁶ Nimitys juridinen tulkinta on perusteltu siten, että tietyn tulkintavaihtoehdon valitseminen tapahtuu juridisin perustein. Semanttinen tulkinta edeltää juridista tulkintaa, sillä eri tulkintavaihtoehdot on ennen johonkin tulkintavaihtoehtoon pääytymistä selvitettävä kielelliseltä merkitykseltään. Juridisen tulkinnan avulla siis poimitaan eräs semanttisesti ongelmaton tulkintavariantti. Semanttinen tulkinta tai semanttinen analyysi on menetelmä ilmaisujen merkitysten selventämiseksi. Semanttinen analyysi vastaa kysymykseen: mitä tämä ilmaus merkitsee? Sen avulla ei sen sijaan voida eliminoida ilmausten monitulkintaisuutta. Päinvastoin, monitulkintaisuus on seikka, joka tulee esille semanttisen analyysin avulla. Semanttinen analyysi voi esimerkiksi osoittaa, että säädöstekstissä esiintyvällä ilmauksella I on (ainakin) mahdolliset tulkinnat T¹, T² ja T³. Aarnion kielikuvaa jälleen lainatakseni juridinen tulkinta on yhden tulkintavaihtoehdon, sanoikaamme vaikka T¹:n, valitsemista kolmen tulkintavaihtoehdon muodostamasta viuhkasta.

Aarnio toteaa, että oikeudellisen kielen kulloinenkin sisältö on määriteltävä täsmentävällä tulkinnalla.³⁷ Tämän tutkimuksen esitystekniikan mukaiselle terminologialle käännettynä Aarnion huomautus tarkoittaa, että yleinen semanttinen tulkinta ei vielä valmista tekstiaineistoa riittävästi, jotta oikeudellinen ratkaisu voitaisiin tehdä suoraan sen perusteella. Oikeusjuttuun kuuluvan kielellisen aineiston semanttinen analyysi on jutun oikeustosisekaston selvittämistä. Juridisen tulkinnan avulla semanttisesti tulkittu tosi-seikasto subsumoidaan tietyn oikeussäännösten alle ja asia ratkaistaan määrämällä sovellettujen oikeussäännösten mukaiset oikeusseuraamukset. Juridinen tulkinta on siis välttämätön osa oikeudellista ratkaisutoimintaa.

Nyt luonnollisesti herää kysymys, onko kaikki oikeuskielisten tekstien tulkinta oikeudellista ratkaisutoimintaa ja liittyykö oikeuskielisten tekstien tarkasteluun siten aina myös juridisen tulkinnan aines. Olisi johdonmukaista vastata tähän kysymykseen myöntävästi. Eksposition selventämiseksi tässä tutkielmassa päädytään kuitenkin paralleeliseen ratkaisuun Makkosen kanssa, joka varasi ilmaisun ”oikeudellinen ratkaisutoiminta” vain tuomioistuimien ja hallintoviranomaisten päätöksenteolle.³⁸

Semanttisen ja juridisen tulkinnan suhdetta voidaan havainnollistaa tuomarin työn kautta, sillä tuomari edustaa oikeuskielisten ilmausten suhteen

³⁶ Myös Aarnio tarkoittaa täsmentävällä tulkinnalla juridista tulkintaa, *ibid.*

³⁷ *op.cit.* s. 166.

³⁸ Ks. Makkonen 1981 s. 23, jossa esitetyt perustelut *mutatis mutandis* on omaksuttu tässä yhteydessä.

auktorisoitua, eräänlaista riippumatonta ikuisuuden näkökulmaa, joka viime kädessä määrittelee oikeuskielisten ilmausten merkityksen.³⁹ Tuomarilla on valta ja velvollisuus vahvistaa, mitä oikeusvaikutuksia jutussa esitetyillä kielellisillä ilmauksilla on. Tämän tehtävän täyttäminen edellyttää ensinnäkin juttuun liittyvän kielellisen aineiston ymmärtämistä. Tämä ymmärtäminen on siis kaikkienensa semanttista tulkintaa, jota tuomari saattaa epäselvien ilmausten kohdalla täydentää erityisellä lingvistisellä kielenanalyysillä, jonka hän mahdollisesti eksplikoii tuomionsa perusteluissa. Ilmaisun epäselvyys voi olla monimerkityksellisyyttä tai merkityksen puuttumista. Tuomari joko valitsee erään merkitysvariantin tai hän täydentää tulkittavaa aineistoa. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa semanttinen ja juridinen tulkinta kietoutuvat yhteen erottamattomalla tavalla, sillä tuomari ei tarkastele juttuun liittyvää tosiasia-aineistoa erillään oikeusjärjestyksen siihen liittämistä oikeusseuraamuksista, vaan hän päinvastoin pyrkii näkemään oikeustosiasiat tiettyssä oikeusjärjestyksen määräämässä merkityksessä. Lakimiestuomarilla on luonnollinen taipumus nähdä jutun kielellinen aineisto jo alun alkaen juridisessa valossa. Hän ei toisin sanoen tarkastele juttua missään vaiheessa maallikon silmin. Tästä seikasta on suurta prosessiekonomista hyötyä ja tuskin lainkaan haittaa ratkaisun oikeellisuuden kannalta. Toisaalta on huomattava, että rikosjutuissa, joissa oikeustosiasioiden täsmällinen ja systemaattinen havaitseminen on korostunutta, käytetään maallikoista koostuvaa lautamieskuntaa lakimiestuomarin ohella. Tämän menettelyn etuna on, että tuomarin taipumusta ylijuridisoida tosiasia-aineistoa kontrolloidaan ja se, että useampi silmä- ja korvapari yksinkertaisesti havaitsee tosiasiat varmemmin kuin vain yksi.

On vielä syytä todeta, että mikään erityinen semanttinen teoria ei sellaisenaan voi olla tuomaria sitova ja että kaikki käytännön elämässä tapahtuva semanttinen tulkinta on jo inhimillisistä rajoituksista johtuen metodeiltaan avointa. Kielifilosofiset tulokset oikeustieteen ja lainkäytön palvelijoina ovat parhaimmillaan verrattavissa sellaisiin luonnontieteellisiin selvityksiin, joiden avulla valaistaan rikos- tai vahingonkorvausjutuissa tärkeitä kausaalisia vaikutusketjuja. Jos oikein pinnistämme mielikuvitustamme, voimme ehkä kuvitella kielitieteilijän tai, mikä pahempaa, kielifilosofin kuultavana asiantuntijatodistajana oikeuden istunnossa selvittämässä juttuun liittyvien kielellisten dokumenttien merkitystä. Tämä ajatusleikki on absurdi lähinnä siitä syystä, että tuomarin katsotaan olevan asiantuntija nimenomaan mitä esitetyn aineiston kielelliseen ymmärtämiseen tulee ja tuomarin tästä syystä edellytetään tekevän tarpeelliset semanttiset tulkinnat itsenäisesti.

³⁹ Oikeudellisen ratkaisutoiminnan luonteesta ks. Makkonen 1981 s. 23 ss.

2.4 Semanttisen tulkinnan filosofista taustaa

Tässä kappaleessa tarkastelemme kielifilosofiaa Gottlob Fregen ja Ludwig Wittgensteinin töiden kautta. Fregen ja Wittgensteinin valitseminen kielifilosofisen tutkimuksen ja ajattelun edustajiksi on jossain määrin eklektinen ratkaisu. Filosofisista koulukunnista esimerkiksi yleistä tulkintaoppia ja erityisesti tekstien tulkintaa tutkinut hermeneuttinen suuntaus on tässä tutkielmassa sivuutettu täysin. Kielen semanttisia ominaisuuksia on toisaalta täsmällisimmin tutkittu (yleisen)kielitieteen tutkimusalalla. Mitään tämän-tyyppistä teknisluontoista tarkasteluakaan ei seuraavassa esitetä.

Fregen ja Wittgensteinin valitsemista kielifilosofian edusmiehiksi voidaan kuitenkin perustella useammallakin tavalla. Ensinnäkin heillä on keskeinen asema kielifilosofian historiassa. Frege oli merkittävä semanttisen tutkimuksen alullepanija ja Wittgenstein puolestaan oli tärkeä semanttisen ajattelun uudistaja. Toiseksi heillä on liittymiä suomalaiseen oikeusteoriaan joko suoraan tai välillisesti suomalaisen filosofian tutkimuksen kautta. Kolmanneksi voidaan filosofian tutkimuksen todeta olevan luonteeltaan individualistista ja vain harvoin mainittavia yleisesti hyväksytyjä oppirakennelmia tai edes käsitteiden määrittelyjä muodostavaa, joten kommentoijalla on pitkälti vapaus käyttää omaa valikoivaa makuaan filosofisia yleisesityksiä laadittaessa. Tästä vapaudesta johtuen filosofisiin yleisesityksiin on syytä aina suhtautua kriittisesti.

Keskeisin kirjallinen tuki seuraavan yleisesityksen laatimisessa on ollut Georg Henrik von Wrightin Logiikka, filosofia ja kieli. Mainittu teos on itsekin yleisesitys, eikä mitään suoria lainauksia siitä seuraavaan ole otettu. von Wrightin selkeä ja luotettava esitystapa on kuitenkin siinä määrin valaissut ja ryhdistänyt tässä tutkielmassa esitettävää Fregen ja Wittgensteinin myöhäisvaiheen ajattelujen analyysia, että se tässä yhteydessä on ehdottomasti erikseen mainittava.

On syytä näin aluksi todeta, ettei Wittgensteinin ajattelu kronologisesti myöhempanä ole suoranaisesti yhteydessä Fregen – sen paremmin kuin kenenkään muunkaan – esittämiin ajatuksiin. Wittgensteinin myöhäisvaihe muodostaa itsenäisen yrityksen hahmottaa kielen tehtäviä ja ominaispiirteitä. Myös Fregen ajattelu on hyvin itsenäistä. Tämä johtuu osin jo siitä, että filosofisen semantiikan alalla Fregen tutkimukset olivat pioneeritöitä. Molemmat ajattelijat lähtivät liikkeelle omista lähtökohdistaan ja hakivat vastauksia itse asettamiinsa kysymyksiin. Todellisille filosofisille klassikoille ominaiseen tapaan molemmat tutkimukset, Fregen *Über Sinn und Bedeutung* ja Wittgensteinin *Filosofisia tutkimuksia* ovat itsenäisiä teoksia, joita voi kaikilta oleellisilta osiltaan ymmärtää ilman sen paremmin edeltävien tut-

kijoiden kuin myöhempien kommentaattoreidenkaan esityksiä. Teokset poikkeavat tyyliinsä ja päämääriensä osalta toisistaan, mutta molemmat teokset palkitsevat kärsivällisen ja tarkkaavaisen lukijan ponnistukset. Parhaiten mainittuja tutkimuksia valaisevat tekijöidensä muut kirjoitukset. Tästä syystä tässä tutkielmassa on omaksuttu äärimmäisen ohut filosofinen lähdeaineisto. Sekä Fregen että erityisesti Wittgensteinin tuotantoa koskevaa tutkimusta on suunnaton vuo, joiden lähempi tarkastelu ei mitenkään voi olla oikeustieteellisen tai edes oikeusteoreettisen tutkimuksen tehtävänä.⁴⁰

2.4.1 Fregen semanttisesta teoriasta

Saksalainen Gottlob Frege (1848–1925) on yksi huomattavimmista modernin logiikan ja analyttisen kielifilosofian kehittäjistä. Frege oli taustaltaan matemaatikko, mutta hänen merkittävimmät teoksensa käsittelevät filosofiksi luonnehdittavia kysymyksiä, jotka liittyvät lähinnä matematiikan perusteisiin ja kielen loogiseen analyysiin. Erityisesti Fregeä voidaan pitää semanttisen tutkimuksen uranuurtajana.

Frege tunnetuin filosofiseen kielentutkimukseen liittyvä tutkielma on nimeltään *Über Sinn und Bedeutung* (1892), jossa hän esittelee semanttisen teoriansa pääpiirteet. Frege ehdottomasti tunnetuin ja samalla myös keskeisin käsitteellinen jäsenyys on kielellisen ilmaisun mielen (Sinn) ja merkityksen (Bedeutung) erottaminen toisistaan.⁴¹ Frege lähtee liikkeelle oletuksesta, että kielellisillä ilmauksilla, joita hän yleistäen kutsuu merkeiksi⁴² (Zeichen), on vastineensa todellisuudessa. Tätä postulaattia voidaan pitää normaalien terveen järjen mukaisena vaatimuksena. Me yksinkertaisesti odotamme puheen ja kirjoituksen vastaavan todellisuutta siten, että ne asiat ja henkilöt, joista puhutaan ovat todella olemassa ja että se mitä asioista väitetään pitää yhtä todellisuuden kanssa. Kielellisen ilmai-

⁴⁰ Hyvän esityksen Fregen ja Wittgensteinin filosofioiden ominaislaaduista ja tärkeimmistä yhteyksistä muuhun filosofiseen tutkimukseen tarjoaa edellä mainittu von Wright 1982, erityisesti kuvat Frege ja Russell, Filosofinen semantiikka ja Wittgensteinin myöhäisvaihe. von Wrightin teos on valaiseva katsaus siihen henkiseen ilmapiiriin, jossa semantiikan tutkimus on syntynyt ja kehittynyt.

⁴¹ Frege s. 26. Suomenkieliset vastineet ”mieli” ja ”merkitys” ovat sanakirjakäännöksiä saksasta, joita mm. von Wright käyttää ja jotka ovat vakiinnuttaneet asemansa suomenkielisessä filosofisessa keskustelussa. Selkeämpää saattaisi kuitenkin olla termien mieli ja referenssi (tai vastine) käyttö vakiintunutta englanninkielistä käännöstä (sense, reference) seuraten.

⁴² Käytän jatkossa enimmäkseen nimitystä ”kielellinen ilmaus” tai ”ilmaus” ”merkin” sijasta, jotta esitykseni Fregen semanttisesta teoriasta olisi yhtenäisempi tutkielman muiden jaksojen kanssa.

sun (eli siis merkin) vastinetta todellisuudessa Frege kutsuu merkitykseksi. Esimerkiksi ilmaisulla ”Suomen tasavallan presidentti” on vastineensa todellisuudessa, nimittäin tietty henkilö. Tämä henkilö siis muodostaa ilmaisen ”Suomen tasavallan presidentti” merkityksen Fregen jäsennyksessä. Mieli on puolestaan tapa tai muoto, jolla ilmaisu viittaa merkitykseensä. Esimerkiksi ilmaisulla ”Tarja Halonen” on sama merkitys kuin ilmaisulla ”Suomen tasavallan presidentti”, mutta ilmaisut viittaavat merkitykseensä eri tavoin. Näillä ilmaisulla on siis eri mielet. Ne valottavat merkityksensä olevaa kohdetta eri tavoin, eikä näitä ilmaisuja voida käyttää kaikissa yhteyksissä toistensa substituutteina. Tämä eroavaisuus tulee esille muun muassa siten, että me saatamme tunnistaa tietyn henkilön Suomen tasavallan presidentiksi, mutta emme ehkä jostain syystä muista hänen nimeään. Voimme ilmaista tämän saman esimerkin hieman teknisemmin seuraavalla tavalla. Henkilöön A, joka tunnistaa tasavallan presidentin, mutta ei muista hänen nimeään, pätee seuraavat väitteet: ”A tietää, että televisiossa esiintyvä henkilö on Suomen tasavallan presidentti.” ja ”A ei tiedä, että televisiossa esiintyvän henkilön nimi on Tarja Halonen.” Frege toteaa, että epäsuorassa esityksessä, jollaisesta siis yllä olevissa esimerkkilauseissa on kysymys, sanoilla on epäsuora merkitys, joka on niiden tavanomainen mieli, eli siis mieli käytettäessä suoraa esitystapaa.⁴³ Voisimme sanoa, että esimerkkilauseissamme on kyse siitä, miten A mieltää maailmaa eikä siitä, millainen maailma todellisuudessa on. Kielellinen ilmaus voi siis muiden mahdollisten viittauskohteiden ohella viitata siihen tapaan, jolla jokin toinen kielellinen ilmaus viittaa todellisuuteen. Fregeä seuranneessa semanttisessa tutkimuksessa edellä kuvattua epäsuoraa kontekstia kutsuttu intensionaaliseksi kielenkäytöksi erotuksena suoraan todellisuuteen viittaavasta ekstensionaalista kielenkäyttötavasta.

Näiden esimerkkilauseiden tarkoitus on osoittaa, että voimme viitata tiettyyn todelliseen kohteeseen useilla vaihtoehtoisilla tavoilla ja että kielellisen ilmauksen mieli ja merkitys määrittyvät ilmauksen kontekstisidonnaisen funktion perusteella. Kielellisen ilmauksen kieliopillinen muoto ei ole semanttisessa analyysissä ratkaiseva, vaan ilmauksen viittaustehtävä tekstiyhteydessään. Luonnollinen kieli on hyvin joustava ja monipuolinen ilmaisuväline ja yksi osoitus kielen rikkaudesta on juuri se, että kieli voi viitata paitsi todellisiin kohteisiin⁴⁴ myös edellä kuvatulla tavalla jonkin henkilön tapaan jäsentää kielellisesti maailmaa tai vaikkapa johonkin toiseen kielel-

⁴³ Frege s. 28.

⁴⁴ Tällainen kohde on käytännössä esine esineoikeuden yleisten oppien mukaan määriteltynä.

liseen ilmaukseen.⁴⁵ Samaan kohteeseen voidaan viitata usealla eri tavalla ja toisaalta ilmauksella voi olla eri yhteyksissä eri merkitys. Ilmaukset voivat siis olla synonyymisia tai homonyymisia. Kielen selkeyden kannalta on kuitenkin tärkeää, että samalla merkillä – ainakin samassa käyttöyhteydessä – on vain yksi mieli, eli vain yksi tapa viitata todellisuuteen.

On varmastikin paikallaan esittää Fregen lyhyt määritelmä käsittekolmikon merkki-mieli-merkitys rakenteesta. ”Erisnimi⁴⁶ (sana, merkki, merkkien yhdistelmä, ilmaisu) ilmaisee mielensä, tarkoittaa tai osoittaa merkityksensä. Me ilmaisemme merkillä sen mielen ja osoitamme sen merkityksen.”⁴⁷ Merkki on kieleen kuuluva entiteetti, tyyppillisimmin kirjoitettu sana. Merkitys puolestaan on jokin selkeästi yksilöitävissä oleva (reaaliseen) todellisuuden osa, kuten henkilö tai esine esineoikeuden yleisten oppien mukaan määriteltynä. Mieli on yhdysside merkin ja merkityksen välillä ja samalla siis kielen ja todellisuuden välillä.

On helppo nähdä, että Fregen merkitysteorian suurimmat ongelmat liittyvät mielen käsitteeseen. Merkki ei yleensä ole tulkinnanvarainen, poikkeuksina voidaan mainita lähinnä epäselvä käsiala tai puhe, eikä toisaalta myöskään todellisuuden yhtäläisessä havaitsemisessa juuri esiinny ongelmia, ellei henkilö kärsi värisokeudesta tai muusta aistivammasta. Sen sijaan kielellisen ilmaisun käyttäminen yleisellä ja yhtäläisellä tavalla, eli siten, että kaikki kielenkäyttäjät ymmärtävät ilmaisun samalla tavalla, on usein vaikeaa. Ilmaisun merkitys voi olla epäselvä – jopa ilmaisun esittäjälle itselleen – tai se saattaa puuttua kokonaan. Kielelliset ilmaisut saattavat vaikuttaa mielekkäiltä, vaikka niillä ei olisi mitään viittauskohdetta todellisuudessa. Merkitykseltään selkeästi fiktiivinen ilmaus (Fregen tarkoittama erisnimi), esimerkiksi Aku Ankka tai Seitsemän veljeksien Juhani, ei yleensä aiheuta semanttisia tulkintaongelmia; me ymmärrämme kirukkaasti, ettei fiktiivisillä olennoilla tarvitsekaan olla merkitystä Fregen tarkoittamalla tavalla. Sitä vastoin kielessä käytetään runsaasti ilmaisuja, joilla on eräänlainen pseudomerkitys. Ne näyttävät viittaavan johonkin, mutta lähempi tarkastelu osoittaa niiden olevan vailla selvästi yksilöitävää vastinetta to-

⁴⁵ Selkeimmin viittaus toiseen kielelliseen ilmaisuun tapahtuu käyttämällä lainausmerkkejä viitattavan ilmaisun edessä ja jäljessä.

⁴⁶ Frege laajentaa tässä kohdin koulukielioppia kutsumalla erisnimeksi (Eigenname) kaikkia niitä ilmaisuja, joilla on merkityksensä tietty yksinkertainen kohde todellisuudessa. Esimerkimmme ”Suomen tasavallan presidentti” on siis erisnimi Fregen tarkoittamassa mielessä, se nimeää tietyn todellisen kohteen.

⁴⁷ ”Ein Eigennome (Wort, Zeichen, Zeichenverbindung, Ausdruck) drückt aus seinem Sinn, bedeutet oder bezeichnet seine Bedeutung. Wir drücken mit einem Zeichen dessen Sinn und bezeichnen mit ihm seine Bedeutung.” Frege S. 31.

dellisuudessa. Fregen esimerkki tällaisesta ilmaisusta on ”kansan tahto”, joka soveltuu erinomaisesti poliittisen demagogian tarkoituksiin, koska se ei viittaa mihinkään todelliseen kohteeseen, mutta saattaa kuitenkin antaa poliittisen puheen kuuntelijalle tunteen siitä, että johonkin tärkeään on vedottu.⁴⁸ ”Kansan tahto” on kiistatta mielekäs ilmaisu sikäli, että se on omiaan synnyttämään kuulijassa voimakkaan subjektiivisen mielteen. Kieli voi siis olla hyvin ilmaisuvoimainen, vaikka se ei olisikaan missään yhteydessä todellisuuden kanssa. Itse asiassa mielikuvituksen avulla annetut merkitykset kielellisille ilmaisuille ovat usein voimakkaampia kuin viileän järjen kautta saavutettu ymmärrys ilmaisun tarkoituksesta.

Fregen ajatusten ymmärtämisen kannalta on ratkaisevan tärkeää nähdä ero ilmaisun mielen ja subjektiivisen mielteen tai ajatusprosessin välillä.⁴⁹ Tätä eroa voidaan havainnollistaa vertailemalla kaunokirjallisen teoksen ja tieteellisen tutkimuksen tai muutoin informatiivista asiaproosaa sisältävän teoksen tulkintaa. Kaunokirjallisuuden ominaispiirteisiin kuuluu, että jokainen kokee kaunokirjalliset teokset omalla tavallaan. Lukijalla on oikeus liittää kaunokirjalliseen teokseen haluamiaan merkityksiä.⁵⁰ Kirjallisuuden teho perustuu juuri siihen, että teksti on tulkittavissa monella tavalla ja että teoksen ymmärtäminen mielekkäällä tavalla vaatii usein kyvykkyyttä ja vaivannäköä. Lukijaa saattaa myös hivellä se ajatus, että hän on kyennyt ymmärtämään teoksen oikein ja näkemään teoksen takana olevat kirjailijan ajatukset; ja koska teoksen oikeinymmärtäminen ei ole mitään objektiivisesti arvioitavaa, täytyy lukijan itse liittää tulkintaansa ominaisuus, että tulkinta on kirjailijan nimenomaan tarkoittama tulkinta (sikäli kuin lukija edes sattuu olemaan kiinnostunut tavoittamaan teoksen fiktiivistä oikeaa tulkintaa). Tämä taasen on omiaan vahvistamaan entisestään lukijan kokemusta oman tulkintansa merkityksellisyydestä. Yhtä kaikki, kaunokirjallisuuden tunnusmerkkinä on lukijalle esitetty haaste luoda vapaasti omat tulkintansa teoksen pohjalta, eikä tässä tulkintatehtävässä kirjailija voi antaa sellaisia tulkintaohjeita, joita ei edelleen voitaisi tulkita yllä kuvatulla tavalla vapaan kaunokirjallisesti. Kaunokirjallisuuden teho perustuu subjektiivisten mielteiden synnyttämiseen lukijan mielessä.

Tietokirjallisuuden ja yleensä asiatekstien kohdalla tulkintatilanne on toinen. Tulkitsijan tehtävänä on löytää kirjoittajan tarkoitus, eli se täsmällinen tapa, jolla kirjoittaja käyttää kieltä ja jolla kirjoittaja liittää ilmaisunsa

⁴⁸ Frege s. 41.

⁴⁹ op.cit. s. 29.

⁵⁰ On tarkattava, että ”merkitykset” tässä kohdin tarkoittaa jotain muuta kuin Fregen tarkoittama merkitys ilmaisun viittauskohteena todellisuudessa.

todellisuuteen. Toisin sanoen lukijan olisi kyettävä tavoittamaan kirjoittajan ilmaisuilleen antama mieli ja merkitys. Kun tekstiä luetan asiatekstinä, ilmaisut on lupa ottaa semanttisessa mielessä vakavasti. Asiatekstiä voitaisiin kutsua referentiaaliseksi kielenkäyttämiseksi, sillä asiatekstin voidaan edellyttää viittaavan todellisuuteen. Asiaproosan kirjoittajaa voidaan kritioida sillä perusteella, että teksti saattaa olla luettavaa ja ajatuksia sisältävää, mutta esitetyt ajatukset eivät pidä yhtä todellisten asiantilojen kanssa. Tekstillä on tällöin virheellinen merkitys tai tekstiltä puuttuu merkitys kokonaan. Tai sitten teksti saattaa viitata todelliseen kohteeseen, mutta tämä viittaus on epäselvä tai viitattu asiantila on jollain tavoin irrelevantti asiayhteydessään. Teksti ei tällöin ole mielekäs sanan täydessä merkityksessä, vaikka se siis sinänsä ilmaisikin tosia ajatuksia.

Fregen ajatusten keskeinen korollaari on, että kielenkäytössä on oleellisen tärkeää voida kontrolloida, ymmärtääkö toinen kielenkäyttäjä ilmaisun oikealla tavalla vai ei. Kielen luotettavuus – ja ylipäätensä toimivuus – kommunikaatiovälineenä perustuu siihen, että kielen merkkien ja niiden referenssien (Fregen tarkoittamien merkitysten) väliset suhteet ovat objektiivisesti arvioitavissa; kielen pitää olla yhteinen kielenkäyttäjille. Kielen yhteisyys ei tarkoita vain sitä, että käytetään samoja – esimerkiksi suomenkielisiä – ilmaisuja, vaan että ilmaisuille annetaan vastine todellisuudessa tavalla, joka on yhteinen saman kielen käyttäjille tai joka ainakin on toisten kielenkäyttäjien opittavissa ja sitä kautta ymmärrettävissä määritelmien ja muiden selvitysten avulla. Kielen tehtävä on välittää informaatiota todellisuudesta ja tämän tehtävän täyttämiseksi on ensiarvoisen tärkeää voida varmistua siitä, että kieli ja todellisuus kohtaavat toisensa puhujan ja kuulijan ymmärryksissä samalla tavalla. ”Kansan tahto” on Fregen esittämä esimerkki ilmaisusta, jota tuskin mitenkään voidaan ymmärtää intersubjektiivisesti, yksilökohtaisesti mutta kuitenkin yhtenevällä tavalla kielenkäyttäjien kesken (ellei po. ilmauksella sitten viitata esimerkiksi johonkin tiettyyn vaalitulokseen, jolloin ilmaisulla on kokonaan toinen mieli ja merkitys kuin Fregen esittämässä esimerkissä).

Miten ilmaisun mieli ylipäänsä voi olla jotain objektiivista? Fregen oma vastaus lähti siitä terävästä oivalluksesta, että myös mieli voidaan nimetä ja että mieli nimeämisen kautta hypostasoituna, aineellistettuna on oman nimensä merkitys. Fregen ajattelu on tällä kohdin hyvin omaperäistä ja yleistävää. Hän katsoo, että kaikki kielelliset ilmaisut, jopa lauseet ovat eräänlaisia nimiä, joilla voi olla sekä mieli että merkitys, ja että kaikissa asianmukaisissa kielenkäyttötilanteissa ilmaisulle on osoitettavissa nämä molemmat semanttiset aspektinsa. Fregen semanttinen teoria on ajattelutavaltaan sängen matemaattinen, mikä ei ensinkään vähennä sen arvoa, päinvas-

toin, mutta juuri matemaattisesta johdonmukaisuudestaan ja ankarasta täsmällisyydestään johtuen Fregen teoriaa ei voida tämän tutkielman puitteisissa tarkastella edes pääpiirteissään tekemättä vääryyttä harmoniselle kokonaisnäkemykselle.

Fregen semanttisen teorian tarjoama kontribuutio tälle tutkielmalle on lähinnä sen osoittaminen, että kielen ja todellisuuden suhde ei ole yksinkertainen ja ongelmaton, ja että toisaalta näitä ongelmia voidaan hälventää loogisen analyysin avulla.

2.4.2 Wittgensteinin myöhäisvaiheen kielifilosofiasta

Käsittelimme edellä Fregen kielifilosofiaa ja totesimme, että pintapuolinen tarkastelumme ei tehnyt oikeutta Fregen matemaattisen täsmälliselle ja harmoniselle semanttiselle ajattelulle. Sama valittelu on esitettävä myös Wittgensteinin kielifilosofian esittelymme osalta. Syyt esityksemme puutteellisuudelle ovat tosin, jos mahdollista, täysin päinvastaiset kuin Fregen kohdalla. Wittgensteinin niin kutsutun myöhäisvaiheen (kieli)filosofian⁵¹ ominaislaatuun kuuluu ensinnäkin äärimmäinen konkreettisuus, pitäytyminen todellisessa kielenkäytössä ja sen kuvaamisessa ja toisaalta esitystavan peittelemätön fragmentaarisuus, joka uhmaa kaikkia referointiyrityksiä.

Tämän tutkimuksen kannalta on lähinnä historiallinen kuriositeetti, että itävaltalainen Ludwig Wittgenstein (1889–1951) oli jonkin aikaa Fregen oppilaana. Fregen vaikutus Wittgensteinin ajatteluun näkyy lähinnä Wittgensteinin varhaisvaiheen pääteoksessa *Tractatus Logico-Philosophicus*ssa, jossa Wittgenstein pyrki luomaan kokonaisvaltaisen ja lopullisen näkemyksen kielen luonteesta. Tarkasteltavanamme oleva Wittgensteinin myöhäisvaihe on eräänlaista vastavaikutusta perinteiselle filosofoimistavalle, jota Wittgenstein itsekin edusti *Tractatus*ksessaan.

Wittgensteinin myöhäisvaiheen pääteos *Filosofisia tutkimuksia*⁵² alkaa lainauksella kirkkoisä Augustinukselta⁵³. Lainatussa katkelmassa Augustinus kuvaa kielen oppimista asioiden ja sanojen vastaavuuksien oppimisena. Sanat ovat nimiä, jotka viittaavat todellisuuteen tietyllä tavalla ja nämä viittaustavat opitaan seuraamalla kielenkäyttäjien toimintaa. Augustinuksen esittämä malli kielen oppimisesta on pääpiirteissään sama kuin Fregen semant-

⁵¹ Wittgensteinin myöhäisvaiheeksi kutsutaan Cambridgessa 1930-luvun alkupuolella alkanutta vaihetta, jonka erottaa Wittgensteinin varhaisvaiheesta useita vuosia kestänyt filosofinen hiljaiselo Wittgensteinin toimiessa kansakoulunopettajana Itävallan syrjäseuduilla.

⁵² *Philosophische Untersuchungen*, suom. Heikki Nyman WSOY. Juva 1999.

⁵³ *Confessiones* I:8.

tisen teorian taustalla oleva käsitys kielen ja todellisuuden suhteesta. Muis-
tamme, että Frege käsitteli kaikkia kielellisiä ilmaisuja eräänlaisina nimi-
nä, tosin sangen komplisoidulla ja hienovaraisella tavalla. Wittgensteinin
myöhäisfilosofia on pitkälti tämän kielinäkemyksen kritiikkiä. Wittgenstein
osoittaa, että sanojen käyttäminen asioiden niminä ja lauseiden käyttämi-
nen asiointilojen kuvauksina on vain yksi tapa käyttää kieltä, vaikkakin
eräs sangen perustavanlaatuinen tapa. Kieli ei kuitenkaan välttämättä viit-
taa todellisuuteen, eikä sen suinkaan aina tarvitsekaan viitata todellisuu-
teen ollakseen käyttökelpoista ja täysipainoista kieltä. Wittgenstein katsoo,
että Augustinuksen, Fregen ja varhaisen Wittgensteinin virhe on siinä, että
he tarkastelivat kieltä eräänlaisena substantivoituna kielenä, siis kielenä,
jossa kaikilla ilmaisuilla on tehtävänä viitata substantiivin tavoin todelli-
suuteen tai ainakin palvella tällaista viittaustehtävää.

Itse asiassa on hyvin vaikea keksiä esimerkkejä sellaisesta kielenkäytös-
tä, jossa ilmaisut saisivat merkityksensä puhtaasti viittaamalla todellisuu-
teen. Wittgenstein valaisee seuraavan yksinkertaisen esimerkin avulla kie-
len ja maailman referentiaaliseen suhteeseen perustuvan semanttisen ajat-
telun ongelmia.⁵³ Oletetaan henkilön antavan kauppiaalle lapun, jossa ovat
merkit ”viisi punaista omenaa”. Wittgenstein kuvaa nyt luonnottoman seik-
kaperäisen tavan, jolla kauppiaan voitaisiin kuvitella toimivan, jotta hän
pystyisi referentiaalisen semantiikkaan nojautuen täyttämään asiakkaan te-
kemän tilauksen. Kauppias käyttää värimalleja, nimikoituja laatikoita ja
hän lausuu ääneen luvut viiteen saakka ja poimii jokaisen lukusanan yhtey-
dessä yhden omenan. Wittgenstein kysyy: ”Mikä on sanan ”viisi” merki-
tys”? Toisin sanoen, mihin sana ”viisi” viittaa? Mitään selvää viittaussuh-
detta lukusanojen kohdalla ei yksinkertaisesti ole. Sana ”viisi” kuitenkin
toimii moitteettomasti mitä erilaisimmissa kielenkäyttötilanteissa. Wittgen-
stein pyrkii esimerkillään osoittamaan sen, että me emme voi antaa luku-
sanoille merkitystä viittaussuhteena todellisuudessa, mutta tämä seikka ei
millään muotoa vähennä lukusanojen käyttökelpoisuutta.

On huomionarvoinen yhteensattuma, että nimenomaan Frege sattui ke-
hittämään lukujen ontologista teoriaa, eli oppia siitä, mitä kokonaisluvut
tosiasiallisesti ovat. Teoksessaan *Die Grundlagen der Arithmetik* (1884)
Frege esitti kokonaislukujen olevan tietyllä tavalla loogisesti konstruoitujen
luokkien luokkia, jotka ontologiselta statukseltaan ovat eräänlaisia olioita
(Gegenstand). Fregen matemaattis-filosofisilla tuloksilla ei kuitenkaan ole
mitään yhteyttä torikauppiaiden aritmetiikkaan niin kuin ei millään muu-
lakaan korkeamman matematiikan tuloksella: miten esimerkiksi torikaup-

⁵³ Wittgenstein § 1.

piaan kesäapulaisena työskentelevä eteväkään matematiikan opiskelija olisi itse kauppiasta parempi omenoiden laskija? (Tässä en nyt viittaa torikaupalle luonteenomaiseen suurpiirteisyyteen.) Laskettaessa omenoita ei yksinkertaisesti tarvita erityistä määritelmää luvulle viisi tai mitään muutaakaan sellaista tietoa, joka valaisee luvun viisi olemusta.

Fregen suorittama kokonaislukujen määrittely ei Wittgensteinin ajatusten valossa kuitenkaan ole hyödytöntä tai peräti harhaista toimintaa, vaan osoitus siitä, miten monin eri tavoin kieltä voidaan käyttää erilaisia tarkoituksia varten erilaisissa tilanteissa ja asiayhteyksissä. Fregen tulokset liittyvät hyvin spesifiseen tieteelliseen asiayhteyteen, jossa lukua viisi tarkastellaan täysin eri tavoin kuin jokapäiväisissä laskentatilanteissa. Wittgenstein ottaa havaintonsa erilaisista kielenkäyttötilanteista koko kielifiilosofisen ajattelunsa pohjaksi. Hän toteaa, että kieli ei ole mikään yhtenäinen ja yksimuotoinen kokonaisuus, vaan se koostuu useista erilaisista *kielipeleistä*,⁵⁴ joita pelataan eri tavoin. Kaikissa kielenkäyttötilanteissa – eli Wittgensteinin tarkoittamissa kielipeleissä – ei ole oleellista tietää mitä sanat täsmälleen ottaen edustavat. Tervehtiminen, kiittäminen ja kiroileminen ovat Wittgensteinin mainitsemia esimerkkejä kielipeleistä, joissa sanat eivät varsinaisesti edusta mitään. Tervehtimisen kuvaamisessa tai tervehtimään opeteltaessa ei ole tärkeää perehtyä tervehdysten referensseihin (sikäli kuin niitä ylipäätänensä on olemassakaan). Osata tervehtiä merkitsee kykyä käyttää tervehdyksiä.

Yleisesti sanat ja muut kielelliset ilmaisut saavat merkityksensä niiden käyttämisen kautta. Tämä on Wittgensteinin keskeisin semanttinen teesi. Wittgenstein siis toteaa, että kielellisen ilmaisun merkitys ei palaudu viittaussuhteeseen kielen ja todellisuuden välillä, vaan sanojen käyttämiseen, ja että sanojen käyttö on aidosti monimuotoista, toisin kuin yksimuotoiseksi mielletty viittaussuhde kielen ja todellisuuden välillä. Kielen sanat ovat kuin työkalut työkalupakissa, joita käytetään lukuisiin erilaisiin tarkoituksiin. Wittgenstein kehottaa ajattelemaan vasaraa, sahaa, pihtejä, viivoitinta ja nautoja, jotta me näkisimme miten erilaisia työkalujen tehtävät ovat ja miten erilaisia ovat myös työkalut itse⁵⁵. On tarpeetonta yrittää määrittellä työkalun käsitettä, jotta voisimme luokitella esineet työkaluihin ja muihin esineisiin ja jotta tietäisimme mitä sana ”työkalu” merkitsee. Sellainen määritelmä – esimerkiksi Wittgensteinin ehdottama ”kaikkia työkaluja käy-

⁵⁴ Ks. kielipelin käsitteestä Aarnio 1990 s. 106 ss. Aarnion mainittu artikkeli valaisee myös muita keskeisiä Wittgensteinin ajatteluun kuuluvia käsitteitä, kuten esimerkiksi elämäntyylin, säännön seuraamisen, perheyhtäläisyyden ja yksityisen kielen (kritiikin) käsitteitä, joiden tarkastelu on välttämätöntä, jotta Wittgensteinin ajatukset tulisivat paremmin ymmärretyksi.

⁵⁵ Wittgenstein § 11.

tetään jonkin muotoilemiseen”⁵⁶ – ei loppujen lopuksi hyödytä meitä millään tavalla, me emme saavuta mitään sellaisen määritelmän avulla. Näin lopuksi lienee paikallaan palata kokoavasti ja tarkentavasti Wittgensteinin esittämään perinteisen referenssin käsitteelle perustuvan semantiikan kritiikkiin. Jos tarkastelemme Wittgensteinin esimerkkinä käyttämää ilmaisu ”viisi punaista omenaa”, voimme todeta, että sillä meidän mielestämme on vastineensa todellisuudessa. Me tiedämme kyllä milloin torikauppias ojentaa meille viisi punaista omenaa. Wittgensteinin kritiikin kärki ei kohdistu tämän tyyppisten vastaavuuksien kieltämiseen, päinvastoin, kieli omenoita ostettaessa toimii osin kielen ja todellisuuden välisten vastaavuussuhteiden varassa. On vain väärin ajatella, että ilmaisu ”viisi punaista omenaa” saisi merkityksensä tyhjentävästi ja yksinomaan kielen ja todellisuuden välisten vastaavuussuhteiden kautta. Voisimme sanoa, että kielen ja todellisuuden yhtäpitävyys on tärkeä osa torikauppaan liittyvää kielipeliä.

Kieli on Wittgensteinin mukaan yhteisöllinen ilmiö. Ajatus puhtaasti yksityisestä kielestä on käsitteellisesti ristiriitainen. Saman tyyppinen ajatus esiintyy myös Fregellä, kun hän korosti ilmaisun mielen olevan objektiivisen havainnoinnin kohde. Kielipeliä pelataan yhteisön sisällä ja pelin sääntöjen täytyy olla kaikkien pelaajien hallittavissa. Kielellisellä ilmaisulla on merkitys, jos ilmaisu voidaan tulkita mielekkääksi siirroksi jossain kielipelissä.⁵⁷

2.4.3 Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofioiden vertailua

Fregen ja Wittgensteinin sangen erilaisten ajattelutapojen keskinäiset yhteydet vaativat lyhyttä tarkastelua. Tämä on tarpeen myös Fregen ja Wittgensteinin ajatusten soveltamiseksi myöhemmin testamentin tulkintaan liittyvissä kysymyksissä.

Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofioita on valaisevaa tarkastella edellä esitetyn filosofinen semantiikka – lingvistinen kielenanalyysi -erottelun⁵⁸ avulla. Fregen tutkimuksista on todettava, että ne kuuluvat lähinnä filosofisen semantiikan alaan. Fregen merkittävimmät ansiot liittyvät semanttisten peruskäsitteiden tarkastelemiseen ja semanttisen teorian luomiseen jäsen-

⁵⁶ op.cit. § 14.

⁵⁷ Lukija huomaa miten holtittomasti tässä kohdin joudutaan käyttämään sellaisia ilmaisuja kuin ”merkitys”, ”merkityksellinen”, ”mielekäs” ja ”mieli”. Wittgenstein toteaakin, että erityisesti filosofoitaessa sanojen käyttötapana ei näy meille selvästi (Wittgenstein § 11) ja että tästä syystä filosofointi on aiheuttanut paljon sekaannusta muun ohella semantiikan alalla.

⁵⁸ Ks. luku 2.3.

tämällä näiden peruselementtien keskinäistä käsitteellistä rakennetta. Tämän jäsenyyksen ydin on edellä kuvattu merkki–mieli–merkitys-konstruktio. Lingvistinen kielenanalyysi tutkimussuuntauksena taasen juontaa juurensa nimenomaan Wittgensteinin myöhäisvaiheen kielifilosofiaan. Wittgenstein on juuri se ajattelija, joka sai aikaan kopernikaanisen muutoksen semantiikassa ottamalla luonnollisen kielen ja sen aktuaaliset semanttiset toiminnot tarkastelun lähtökohdaksi. Wittgensteinin ei voida sanoa itse soveltaneen lingvististä kielenanalyysia käytännössä, muutoinkin kuin siinä hyvin erityislaatuisessa suhteessa, että hän katsoi sen lieventävän hänen omaa filosofista pääonvaivaansa tuomalla selkeyttä sekaviin filosofisiin pohdiskeluihin. On toki huomautettava, että myös Wittgensteinin kielifilosofialla on filosofisen semantiikan piirteitä, sillä hän Filosofisia tutkimuksia -teoksessaan etsii vastauksia merkityksen ongelmaan yleensä eikä vain yksittäisten sanojen tai käsitteiden merkityksiä. Samoin voimme todeta, että Fregen ajattelulla on lingvististä kielenanalyysia palvelevia ominaisuuksia, sillä Fregen teoria tarjoaa selkeän kehikon käytännön semanttisen analyysin suorittamiseksi. Eräs osoitus Fregen semanttisen ajattelun hedelmällisyydestä ja kauaskantoisuudesta on se, että Fregeen viitataan yhä viimeaikaisissakin semanttisissa tutkimuksissa. Erityisesti ohjelmointikielien edellyttämän täsmällisen semantiikan vaatimuksista Fregen matemaattisen tarkka semanttinen tutkimusote on tullut uudelleen ajankohtaiseksi. Jopa luonnollisen kielen semantiikkaa on viime aikoina jäsennetty Fregen semanttista ajattelua ja peruslähtökohtia soveltaen.⁵⁹

Edellä on ollut puhetta erottelusta semantiikan ja pragmatiikan välillä. Tämä erottelu on pitkälti saman sisältöinen kuin filosofisen semantiikan ja lingvistisen kielenanalyysin välinen distinktio. Semanttista kielentutkimusta luonnehdittiin teoreettiseksi ja pragmaattista taasen nimensä mukaisesti käytännöllisesti suuntautuneeksi kielentutkimukseksi. Tämän karkean ja osin ehkä vääristelevänkin erottelun avulla voimme todeta Fregen kielifilosofisen ajattelun olevan luonteeltaan (puhtaasti) semanttista. Fregen pyrkimyksenä oli luoda täsmällistä semanttista teoriaa. Wittgenstein puolestaan lähti liikkeelle elävän kielenkäytön tarkastelusta ja pyrki säilyttämään todellisen kielenkäytön moninaisuuden rikkomattomana myös kielifilosofian tasolla. Wittgensteinin filosofia on siis leimallisesti pragmaattista. Frege oli taustaltaan ja ajattelutavaltaan matemaatikko ja loogikko ja hänen pyrkimyksensä oli ensi sijassa kielen täsmentäminen matematiikan tarpeisiin. Wittgenstein taasen oli temperamentiltaan arkkifilosofi, 1900-luvun Sok-

⁵⁹ Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita niin kutsutun konstruktiivisen tyyppiteorian soveltaminen luonnollisen kielen tutkimuksessa. Ks. Ranta 1994 s. 1.

rates, joka ajattelullaan loi kokonaista tapaa tehdä filosofiaa ja hahmottaa filosofian luonnetta ja mahdollisuuksia. Wittgenstein oli ajattelijapersoonallisuus, jonka esittämiä ajatuksia on tapana tarkastella hänen henkilönsä luomaa taustaa vasten. Fregen henkilöhistoria taasen ei millään tavalla ole esillä filosofian historiassa. Frege ja Wittgenstein ovat siis ajattelijoina hyvin erityyppisiä.

Fregen ja Wittgensteinin ajatukset eivät sen sijaan poikkea toisistaan niin paljoa kuin prima facie näyttää. Itse asiassa ne lähinnä täydentävät toisiaan. Oikeudelliseen praksikseen yleisesti sovellettuna Wittgensteinin pragmaattinen filosofia on epäilemättä käyttökelpoisempi lähestymistapa kuin Fregen teoreettinen ajattelu. Erityisesti testamentin tulkintaa tarkasteltaessa Fregen ajattelulla on kuitenkin huomattavaa relevanssia. Tämä johtuu siitä, että testamenttimääräykset ovat semanttiselta luonteeltaan selkeän referentiaalisia. Testamentissa määrätään tyypillisesti jollekin henkilölle jotakin jäämistöön kuuluvaa esineistöä tai varallisuutta tai tietty määräosa jäämistöstä. Testamenttitekstin epämääräisyys paikantuu usein testamentin saajan henkilön tai testamentatun omaisuuden laadun ja kohteen epäselvyydeksi. Testamentin tulkintaongelmissa on tästä syystä lähes poikkeuksetta kyse yksittäisen sanan tai muutamasta sanasta koostuvan ilmauksen referenssin määrittämisestä. Voisimme sanoa, että Frege kuvaa kielifilosofiassaan erään mahdollisen kielipelin. Tämä kielipeli sattuu olemaan sellainen, että sen sääntöjen avulla voidaan pitkälti pelata testamentin laatimiseen ja tulkintaan liittyviä kielipelejä.

Olisi houkuttelevaa esittää väite, että Fregen semanttinen teoria sisältyy eräänä erityistapauksena Wittgensteinin kielifilosofiaan ja että Wittgensteinin kielifilosofia on eräänlainen Fregen semantiikan liberaali versio, jossa on luovuttu siitä vaatimuksesta, että ilmauksella on oltava referenssi todellisuudessa. Ilmaisua, jolla on jokin käyttötapa, vastaa Fregen terminologiassa ilmaisu, jolla on mieli. Esimerkiksi ilmaisu ”kansan tahto” on käyttökelpoinen ja mielekäs ilmaisu hyvin monessa yhteydessä. Fregen *Über Sinn und Bedeutung*ä lukiessa ei voi olla kiinnittämättä huomiota siihen herkkyyteen, jolla Frege havainnoi kielen ilmiöitä. Tämä herkkyys on verrattavissa Wittgensteinin kielifilosofialle luonteenomaiseen kielen vivahteiden tarkkaan havainnointiin.

2.4.4 Frege ja Wittgenstein suomalaisen oikeusteorian taustavaikuttajina

Kuten edellä mainittiin Fregen ja Wittgensteinin valintaa kielifilosofisen tutkimuksen edustajiksi oikeuttaa osaltaan se seikka, että sekä Frege että

Wittgenstein ovat vaikuttaneet suomalaisen oikeusteorian taustalla keskeisinä filosofisina lähteinä. Teen seuraavassa hieman tarkempaa selkoa näistä vaikutteista.

Suomalainen oikeusteoria on ollut läheisessä kosketuksessa suomalaisen filosofian tutkimuksen kanssa⁶⁰, jossa eräänä valtavirtauksena on ollut loogis-analyyttiseksi luonnehdittava suuntaus. Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofiat on luettavissa tämän suuntauksen piiriin.⁶¹ Varsinaiseen oikeusteoreettiseen tutkimukseen Frege on vaikuttanut lähinnä epäsuorasti loogis-analyyttisen suuntauksen eräänä klassisena kulmakivenä, kun Wittgensteinin vaikutus on ollut suurempaa ja eksplikoidumpaa ja ehkä jopa keskeisempää kuin suorat viittaukset antavat ymmärtää. Fregeen viittaa suoraan lähinnä Makkonen väitöskirjassaan⁶². Eräänä Fregen epäsuoran vaikutuksen hedelmänä voitaneen lisäksi mainita Osvi Lahtisen suorittama oikeushenkilön käsitteen semanttinen analyysi, jossa Lahtinen sovelsi symbolin ja sen sisällön välistä erontekoa eräiden oikeushenkilön käsitteeseen liittyvien epäselvyyksien ratkaisemiseen.⁶³ Tämän semanttisen peruserottelun eräs kantamuoto on Fregen esittämä distinktio merkin ja sen osoittaman merkityksen välillä.

Wittgensteiniin on viitattu Fregeä lukuisammin. Erityisesti Aarnio on tukeutunut paljolti Wittgensteinin myöhäisvaiheeseen oikeusteoreettisessa tutkimustyössään, mutta myös luonteeltaan lainopillisissa tutkimuksissaan.⁶⁴ Aarnio tekee eksplisiittisesti selkoa Wittgensteinilta saamistaan vaikutteista artikkelissaan Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen. Näkökulmia Wittgensteinin myöhäisvaiheen filosofiaan.⁶⁵ Harvinaisella tavalla sekä Makkosen että Aarnion suhdetta Wittgensteinin myöhäisvaiheeseen valaisee Aarnion laatima Kaarle Makkosen muistokirjoitus Lakimies-lehdessä.⁶⁶

⁶⁰ Yhteydestä suomalaisen filosofian tutkimuksen ja oikeusteorian välillä ks. Aarnio 1977 s. 15 ss.

⁶¹ Loogis-analyyttisen filosofian ja analyyttisen oikeustieteen yhteydet eivät liene mitenkään yksiselitteisesti ja yksinkertaisesti kuvattavissa. Paremminkin kuin sisällöllisestä yhteydestä kyse on siitä tosiasista, että suomalaiset oikeusteorian tutkijat ovat saaneet filosofisia vaikutteita lähinnä juuri loogis-analyyttisen filosofian tutkimuksesta.

⁶² Makkonen 1981.

⁶³ Lahtinen 1977, ks. myös Makkosen laatima johdatus Lahtisen artikkeliin, jossa Makkonen selvittää Lahtisen soveltamia kielifilosofian tuloksia, Makkonen 1977.

⁶⁴ Ks. esimerkiksi Aarnio 1967 s. 23 ss, jossa tutkimuksen kielifilosofiset lähtökohdat on kuvattu läpikotaisin wittgensteinilaisessa hengessä.

⁶⁵ Aarnio 1990.

⁶⁶ Aarnio 2000.

2.5 Oikeusnormi, semantiikka ja testamentin tulkinta

Ennen kuin siirrymme tarkastelemaan kielifilosofian soveltamista testamentin tulkinnan erityiskysymyksiin, on paikallaan luoda kokoava silmäys edellä esitettyyn teoreettiseen jäsennykseen. Samalla tarjoutuu tilaisuus sitoa esitys lähemmin testamentin tulkintaan.

Testamentti on ensinnäkin normatiivisia määräyksiä (preskriptioita) sisältävä asiakirja. Tästä syystä testamenttia tulkittaessa ja toimeenpantaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, miten normeja ilmaistaan kielellisesti ja mikä on yleisellä tasolla kielen ja normin välinen suhde.

Toiseksi testamentin sisältämät normit ovat oikeusnormeja – tai täsmällisemmin ilmaistuna – normeja, jotka nauttivat oikeusjärjestelmän tarjoamaa suojaa. Tämän seikan vaikutus on kahtalainen: oikeusnormi on oikeusjärjestelmän osana erityisen vahvasti velvoittava ja tehokas normi ja toiseksi oikeusnormi on oikeuskielellä esitetty normi. Näistä seikoista jälkimmäisellä on keskeinen merkitys tämän tutkielman kannalta. Siitä huolimatta, että testamentin sisällön ja tyylin suhteen ei Suomen oikeusjärjestelmässä ole säädetty mitään rajoituksia ja että testamenttimääräykset ovat tästä syystä varsin kirjavia ja usein korostetun henkilökohtaisia, testamentti on oikeusinstituutio ja testamenttia on tulkittava yhteydessä muuhun oikeudelliseen sääntelyyn. Testamentti ei ole kaunokirjallinen tuotos eikä se myöskään ole toivomuksia sisältävä kirjelmä, vaan oikeudellisesti tulkittavia ja siis oikeusjärjestelmään sovitettavia määräyksiä sisältävä juridinen asiakirja. Riippumatta siitä, onko testamentin laatinut lakimies vai maallikko, testamentin tulkinta pyrkii testamentin oikeudellisen sisällön määrittämiseen. Tämä seikka ei voi olla vaikuttamatta testamentin tulkintaan.

Kolmanneksi testamentti on kielellinen esine. Testamentin tulkinta ei voi lähteä liikkeelle mistään muusta kuin testamentissa käytettyjen kielellisten ilmauksien tulkinnasta. Testamentin oikeudellinen tulkinta ei ole mahdollinen ennen kuin testamenttitekstin merkitys on selvitetty, eli toisin sanoen on suoritettu testamenttitekstin semanttinen analyysi. Testamenttiteksti on semanttisesti analysoitu, kun sille voidaan esittää kielellisiä variantteja, joilla on sama semanttinen merkitys kuin analysoitavalla tekstillä ja jotka siis muodostavat keskenään identtisen tosiasiapohjan juridisen tulkinnan suorittamiseksi. Semanttinen analyysi tarkoittaa aina eräänlaista käännettä: analysoitava teksti esitetään sellaisessa muodossa, joka on tulkitsijan kannalta parhaiten ymmärrettävissä muodossa.⁶⁷ Juridinen tulkinta merkit-

⁶⁷ Ylöstalo 1954 s. 22.

see puolestaan tosiasioiden subsumoimista oikeussääntöjen alle, eli tiettyjen oikeussääntöjen valitsemista sovellettavaksi tiettyssä tapauksessa esiintulleisiin (oikeus)tosiseikkoihin.

Testamentin tulkinnalla tarkoitetaan lähinnä testamenttitekstin semanttista tulkintaa, eikä niinkään testamentin pohjalta tehtävää juridista tulkintaa. Semanttinen tulkinta palvelee testamentin tulkinnassa yhtäältä oikeustosiseikaston muodostamista niin kuin muussakin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, mutta myös oikeusnormiston eli oikeuslähteiden selvittämistä, sillä testamentti itsessään sisältää keskeisimmät testamenttia toimeenpantaessa sovellettavat normit. Testamentin tulkinta ei siis tarkoita perintökaaren 11 luvun testamentin tulkintaa koskevien säännösten tulkittamista, vaan käsillä olevan testamenttitekstin tulkintaa. Perintökaaren 11 luku on kokonaisuudessaan laadittu siten, että se määrää 1 §:ssä testamentin tulkinnan tapahtumaan testamentin tekijän tahdon mukaisesti, ja vasta mikäli testamentista ilmenevästä testamentin tekijän tahdosta ei muuta johdu, sovelletaan perintökaaren 11:2–9 sisältämiä tulkintaohjeita. Samoin perintökaaren 12 luku on kokonaisuudessaan väistytvä suhteessa testamenttimääräyksiin. Testamentin tulkinta merkitsee testamentin sisällön selvittämistä.⁶⁸ Varsinainen juridinen tulkinta supistuu testamentin tulkinnan kohdalla lähinnä sen selvittämiseksi, tulevatko perintökaaren 11:2–9 tai 12 luvun oikeusohjeet sovellettaviksi. Juridinen tulkinta voi esimerkiksi osoittaa, että testamentissa on määrätty käyttöoikeudesta, jolloin perintökaaren 12 luku tulee sovellettavaksi.

3 TESTAMENTIN TULKINNASTA

3.1 Testamentin erityispiirteitä oikeustoimena

Testamentin tulkinta poikkeaa merkittävällä tavalla oikeussäännösten yleisestä tulkinnasta. Ensinnäkin testamenttitekstin tulkinta on huomattavasti useammin tarpeen kuin esimerkiksi lakitekstin tulkinta. Tämä johtuu luonnollisesti siitä, että testamentin laadinta ei siihen liittyvästä harkinnasta huolimatta ole verrattavissa lainsäädäntötyön kaltaiseen pitkään ja mahdollisimman laajan ammatillisen osaamisen hyödyntävään prosessiin. Testamenttitekstiä ei myöskään laadita välttämättä sellaiseksi, että se avautuisi kenelle

⁶⁸ Ks. Aarnio – Kangas s. 64–65 ja Ylöstalo 1954 s. 22–23.

tahansa kielenkäyttäjälle. Testamentin asettamien normien adressaatteina on aina vain rajattu ihmisjoukko. Toiseksi testamentin tulkinnassa noudatetaan täysin erilaisia tulkintaperiaatteita kuin oikeussäännösten tulkinnassa yleensä. Tällä seikalla on ratkaisevan tärkeä merkitys testamentin tulkinnassa sekä yleisesti että erityisesti käsillä olevan tutkimuksen aiheen kannalta. Testamentti on oikeustoimi *sui generis*, ja testamentin erityislaatu oikeustoimena on perusteena testamentin tulkinnan erityislaatuisuudelle. Testamentin tulkinnassa ei anneta suojaa testamentinsaajien tai muidenkaan jäämistöintressenttien käsityksille tai odotuksille. Tässä suhteessa testamentti poikkeaa olennaisesti sopimuksesta, jota usean henkilön välisenä oikeustoimena on tulkittava osapuolten oikeutettuja odotuksia ja käsityksiä suojaten.

Vaikka tärkein testamentin tulkinnassa sovellettava periaate, niin kutsuttu subjektiivisen tulkinnan periaate, on ilmaistu selkeästi Suomen perintökaaren 11:1.1:ssä ja se niin muodoin on otettava annettuna lähtökohtana kaikessa testamentin tulkinnassa, on paikallaan esittää lyhyt katsaus testamentin erityispiirteisiin oikeustoimena ennen varsinasta tulkintaperiaatteiden tarkastelua, jotta testamentin ominaispiirteiden ja testamentin tulkinnan ominaislaadun välinen kiinteä yhteys tulisi perustelluksi.

Seuraava seitsemänkohtainen esitys testamentin erityispiirteistä on jäsennetty Ylöstalon⁶⁹ suorittamaa analyysiä seuraten.⁷⁰ On huomattava, että seuraavassa esitetyt erityispiirteet ovat suurelta osin päällekkäisiä ja vain voin toisistaan erotettavia. Erityisen vaikeaa ja toisaalta myös tarpeetonta ja jopa harhaanjohtavaa olisi asettaa erityispiirteet keskinäiseen tärkeysjärjestykseen. Ylöstalo itse toteaa kysymyksessä olevan joukko huomautuksia koskien testamenttioikeuden perusjärjestelyjen ja tulkintaperiaatteiden välistä yhteyttä.

(1) Testamentti on luonteeltaan *kuolemanvaraistoimi*, jonka vaikutukset ilmenevät vasta tekijän kuoleman jälkeen. Tämä on eräässä mielessä yleisluontoinen seikka, joka luo varjon muiden testamentin erityispiirteiden ylle kahdella tavalla. Ensimmäkin testamentin tekijä ei ole läsnä testamenttia toimeenpantaessa eikä siis erityisesti antamassa neuvoja siitä, miten hänen testamenttitekstistä ilmenevää tahtoaan olisi tulkittava. Toisaalta hänen kuolemansa synnyttää yleisen säädyllyisyyden vaatimuksesta erityislaatuisen kunnioituksen hänen muistoaan kohtaan. Tämä pieteettinäkökohta ei rasita esimerkiksi lakitekstin tulkintaa. Kunnioitus lakia kohtaan ei edellytä sellaista harrasta kunnioitusta, joka on jotain enemmän kuin vain tarkkaa ja vakavaa lainkirjaimen ja lain tarkoituksen huomioonottamista.

⁶⁹ Ylöstalo 1954, s. 31–43.

⁷⁰ Aarnio ja Kangas s. 65 ss esittää pääpiirteissään saman jäsentelyn kuin Ylöstalokin.

(2) Testamentti on *yksipuolinen* oikeustoimi.⁷¹ Testamentti on oikeustoimena täysin valmis heti kun testamentti on muotomääräyksiä noudattaen tehty. Testamentin yksipuolisuuteen liittyen on merkityksetöntä, saavatko intressentit tietoa testamentista jo perittävän eläessä.

(3) Testamentti on *monitahoinen* oikeustoimi, jolla on vaikutuksia hyvin monen henkilötahon intresseihin. Ylöstalo erottaa peräti 11 eri intressitahoa, joilla voi olla etuja valvottavanaan jäämistöstä.⁷² Testamentilla on jäämistöä koskevana määräyksenä periaatteessa samat intressentit. On ehkä vielä lisättävä, että toisin kuin sopimuksen tai lahjanlupauksen kohdalla, testamentin osalta ei voida puhua sopimuspuolista eikä ongelmatomasti edes asianosaistahoista suhteesta kolmansiin henkilöihin.

(4) Testamentin ankara *määrämuotoisuus* oikeustoimena rajaa riidattoman tulkintakohteen: vain määrämuotoisesti ilmaistu testamenttitahto on riidattomasti huomioon otettavaa. Kaikki muu ulkopuolelle jäävä aineisto on tulkintamateriaalia, jolla ei ole itsenäistä merkitystä tulkinnassa.⁷³ Tämä selväpiirteisyys tulkinnan kohteen ja tulkintamateriaalin erottamisessa on antanut edellytykset erityisen *sanarajaperiaatteen* soveltamiseen testamentin tulkinnassa.⁷⁴ Testamentin tulkinnan kohteen rajat määräytyvät määrämuotoisen⁷⁵ testamentin sisältämien kielellisten ilmaistusten mukaan. Vain testamenttitekstiä tulkitaan ja tulkintatuloksen on jollain mielekkäällä tavalla ankkuroiduttava testamentissa käytettyihin sanoihin.

(5) Testamentti on korostetusti *henkilökohtainen* oikeustoimi.⁷⁶ Testamentti tehdään henkilökohtaisista syistä henkilökohtaisen tahdon toteuttamiseksi. Tästä syystä on perusteltua, että testamentti on oikeustoimena tehtävä henkilökohtaisesti ilman edustusta tai edes toisen henkilön ”kelvoittavaa” myötävaikutusta. Ylöstalo vertaa testamentin tekemistä avioliiton solmimiseen ja avioehtosopimuksen tekemiseen, joiden aikaan saamiseksi vajaavaltaiseksi julistettu tarvitsee holhoojansa suostumuksen (avioliittolaki 5 ja 42 §). Vajaavaltaiseksi julistaminen ei kuitenkaan poista kelpoisuutta tehdä testamenttia. Testamentin moiteprosessissa kantajan on kyettävä osoittamaan, että vajaavaltaiseksi julistamisen peruste on todella vaikuttanut testamentin tekemiseen.⁷⁷ Oikeutta määrätä omaisuus-

⁷¹ Ylöstalo toteaa testamentin olevan *täydellisesti yksipuolinen* oikeustoimi. Testamentin tekijän ei tarvitse ryhtyä mihinkään erityiseen toimenpiteeseen oikeustoimensa saattamiseksi niiden tietoon, joiden oikeusasemaan se vaikuttaa (Ylöstalo 1954 s. 34).

⁷² Ylöstalo 1953 s. 47–48.

⁷³ Ylöstalo 1954 s. 38–39.

⁷⁴ *ibid.*, ks. sanarajaperiaatteesta kappale 3.4.2.

⁷⁵ Täsmällisesti ottaen tulkinnan kohde määräytyy perintökaaren 14 luvun oikeussääntöjen mukaan hyväksytyin, toisin sanoen, lainvoimaisen testamentin sisältämien kielellisten ilmausten mukaan.

⁷⁶ Ylöstalo 1954 s. 40.

⁷⁷ Aarnio ja Kangas s. 188–189.

destaan testamentilla on varsin pitkälle suojattu aikuiselle ihmiselle kuuluvana perustavanlaatuisena henkilökohtaisena oikeutena. Tämä periaatteellinen seikka on otettava huomioon myös testamenttia tulkittaessa.

(6) Testamentti on *vastikkeeton* oikeustoimi. Vastikkeettomuuden osalta Ylöstalo toteaa, että testamentin tekijän tarkoitukselle on annettava suurempi merkitys kuin edunsaajan käsityksille.⁷⁸ Tähän lienee täsmällisesti todettava, että edunsaajan käsityksille voidaan antaa merkitystä vain sikäli, kuin ne luotettavasti selventävät testamentin tekijän tarkoitusta. Kuten edellä todettiin, edunsaajien käsityksille ei sinällään anneta mitään merkitystä testamentin tulkinnassa. Testamentti on aidosti yksipuolinen oikeustoimi, ei epäsymmetrinen bi- tai multilateraalinen oikeustoimi, niin kuin muut vastikkeettomat disponoinnit. Tästä syystä testamenttia on tulkittava oleellisesti eri tavalla kuin esimerkiksi lahjakirjaa. Testamenttia ei ole tulkittava ainoastaan testaattorin kannalta suopeasti (*benigna interpretatio*), vaan hänen tahtoaan yksinomaisesti selvittäen.

(7) Testamentin tekijältä *puuttuu omavastuisuus* laatimansa testamentintekstin suhteen. Testamentin tekijä ei ole enää vastaamassa toimistaan, eikä ketään hänen seuraajistaan ole syytä panna vastuuseen hänen sijastaan. Testaattori ei ole oikeussuhteen osapuoli, jonka laatimaa tai hyväksymää tulkinnanvaraista sopimustekstiä olisi tulkittava *ambiguitas contra stipulatorum est* -periaatteen mukaisesti hänen vahingokseen tai muutoin hänen tarkoituksensa vastaisesti.

Omavastuisuuden puuttuminen testamentin osalta on kokoava ominaispiirre, joka johtaa yhtäältä testamentin suosimisen periaatteeseen (*favor testamenti*) ja toisaalta testamentin mieltämiseen asetetun normin kaltaiseksi oikeussäännöksi. Testamentti on sekä tekijänsä viimeisenä henkilökohtaisena tahtona erityisen suojelun kohteena oleva tahdonilmaus ja toisaalta se on suvereeni disponointi, jota sovelletaan velvoittavana – joskin osin väistyvänä – normina jäämistöintressenttien välisissä oikeussuhteissa.

Aarnio ja Kangas nimeävät vielä testamentin tulkintaan vaikuttavina *aikatekijän*: testamentin laatimisen ja toimeenpanemisen välillä on usein pitkäikäisy, keskimäärin lähes kymmenen vuoden aikajänne ja tulkintaperusteiden *epävarmuuden*: tulkinta joudutaan aina rakentamaan aihetodisteiden varaan, koska paras tulkinnan lähde, testamentintekijä itse, on tulkintahetkellä poissa.⁷⁹ Aikatekijä ja epävarmuus ovat keskeisiä testamentin tulkintaan vaikuttavia realiteetteja.

Jotta testamentin oikeudellisten erityispiirteiden yhteys testamentin tulkinnan erityispiirteisiin tulisi ymmärrettäväksi, on tarpeen viitata testamentin

⁷⁸ Ylöstalo 1954 s. 41.

⁷⁹ Aarnio ja Kangas s. 67–68.

oikeuspoliittisiin perusteisiin, eli niihin tekijöihin, jotka ovat muovanneet testamentti-instituutiota. Koska tämä kappale on lähes kokonaan Ylöstalon jäsenyyksen referointia, lienee paikallaan lainata loppuun hänen näkemyksensä testamentti-instituution päätehtävistä.

Testamenttisäännösten päätehtävänä on täydentää ja tasoittaa perintöoikeuden välttämättä kaavamaisia säännöksiä ja niistä johtuvia oikeusseuraamuksia sekä tarjotessaan yksilölle soveliaan keinon määrällillä varallisuuseduista kuoleman varalta, osaltaan ylläpitää ja kirvoittaa yksilön varallisuutta luovia ja säilyttäviä voimia.⁸⁰

Testamentin tehtävänä on siis tehdä mahdolliseksi sellaisia varallisuusjärjestelyjä, jotka ovat yleiseltä kannalta kannustamisen arvoisia ja jotka jäämistöön kohdistuvina oikeustoimina ovat sellaisen henkilön tekemiä, jolla on epäilemättä paras oikeus määrätä jäämistön käytöstä ja kohtalosta.

3.2 Subjektiivisen tulkinnan periaate

Kuten edellä jo mainittiin, testamentin tulkinnan johtava periaate on perintökaari 11:1.1:n määräämä subjektiivisen tulkinnan periaate.⁸¹ Mainittu lainkohta ansaitsee tulla tähän erikseen kirjatuksi.

Testamentti on niin tulkittava, että tulkinnan voidaan otaksua vastaavan testamentin tekijän tahtoa. Sen vuoksi on tämän luvun säännöksiä noudatettava vain, mikäli ei testamentin määräyksestä, sen tarkoitukseen ja muihin olosuhteisiin nähden, ole katsottava muuta johtuvan.

Perintökaari 11:1.1

Tämän periaatteen mukaisesti testamenttia on tulkittava niin, että tulkinta noudattaa sitä merkitystä, joka vastaa tai jonka voidaan lähinnä katsoa vastaavan testamentin tekijän tahtoa.⁸² Nimitys viittaa siihen, että testamenttia ei ole tulkittava objektiivisesti, eli irrallaan testamentin tekijän tarkoituksista, vaan nimenomaan testamentin tekijän (subjektiivista) tarkoitusta selvittäen ja sitä kunnioittaen. Ylöstalo toteaa, että subjektiivista tulkintatapaa nou-

⁸⁰ Tämä kiteytys esiintyy lähes samanasaisena Ylöstalon molemmissa testamenttioikeutta käsittelevissä monografioidessa. Ylöstalo 1953 s. 186 ja Ylöstalo 1954 s. 43.

⁸¹ Subjektiivisen tulkinnan periaate on kirjattu lakiin muissa Pohjoismaissa Suomen ohella Norjassa ja Ruotsissa. Tanskassa subjektiivisen tulkinnan periaatteen katsotaan olevan velvoittava oikeustieteen ja oikeuskäytännön kautta. Ks. Vesterdorf s. 175.

⁸² Ylöstalo 1954 s. 17.

dattamalla torjutaan ensinnäkin testamentinsaajien, perillisten ja muiden jäämistöintressenttien käsitysten tulkinnallinen merkitys ja toisaalta ulko-kohtainen, objektiivinen tulkintametsodi.⁸³ Sekä jäämistöintressenttien omat käsitykset että abstraktin, yleisen ja persoonattoman tulkintatavan soveltaminen ovat omiaan aiheuttamaan mielivaltaisia vääristymiä testamentin tulkinnassa. Testamentti on sananmukaisesti jälkisäädös, eli testamentin tekijän jälkeheneläviä sitova jäämistöään koskeva määräys. Tästä seikasta seuraa suoraan vaatimus testaattorin oman subjektiivisen tahdon selvittämisestä; kaikki muunlainen tulkinta tarkastelisi testamenttia jonakin muuna kuin testaattorin omana jäämistöään koskevana tahtona.

Nimitykset subjektiivinen ja objektiivinen tulkinta ovat omiaan aiheuttamaan väärinkäsityksiä. Subjektiivinen tulkinta ei ole jonkin yksittäisen subjektin esittämä tulkinta, vaan testamentin tekijän subjektiivista tahtoa mahdollisimman objektiivisesti selvittävä tulkintatapa. Toisaalta objektiivinen tulkinta ei ole subjektiivista tulkintaa objektiivisempi siinä mielessä, että se pystyisi selvittämään jollain oleellisesti luotettavammalla ja tulkit-sijan persoonasta vähemmän riippuvaisella tavalla tulkittavan kohteen sisällön kuin subjektiivinen tulkinta. Objektiivisessa tulkinnassa on kyse oikeussäännöksen, sopimustekstin tai muun oikeudellisen tekstin tulkinnasta tekstin laatijan tahdosta ja tarkoituksista riippumattomalla tavalla. Objektiivista tulkintaa sovelletaan silloin, kun on annettava arvoa useiden henkilöiden tai abstraktin, yleisen henkilötahon tarkoituksille ja käsityksille. Objektiivisessa tulkinnassa tulkinnan kohteena on kielellinen entiteetti, jonka esimerkiksi sopimuspuolet tai lainsäätäjät ovat hyväksyneet tarkoittustaan ilmaisevaksi manifestaatioksi, jonka sitovaan tulkintaan heillä ei ole parempaa oikeutta kuin muilla sopimuspuolilla tai säädöksen soveltajilla. Subjektiivisen tulkinnan kohteena on tekstin laatijan kielellisille ilmauksille antama merkitys. Objektiivinen tulkinnan kohteena on itse teksti, jolle objektiivinen tulkinta luo tarkoituksen. Subjektiivinen tulkinta merkitsee kielellisen ilmaisun esittäjän asemaan asettumista. Englantilaisessa kirjallisuudessa tästä asennoitumisesta on käytetty nimitystä nojatuoliperiaate (arm-chair principle).⁸⁴ Subjektiivinen tulkinta on kielellisen ilmauksen tarkastelemista ilmauksen esittäjän näkökulmasta ja objektiivinen vastaavasti ilmauksen vastaanottajan näkökulmasta. Mitä täsmällisempi tulkittava kieli on, sitä paremmin subjektiivinen ja objektiivinen tulkinta vastaavat toisiaan.⁸⁵

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ks. Aarnio ja Kangas s. 72–73.

⁸⁵ Eräs tapa selittää ja perustella erityisen oikeuskielen kehittymistä on todeta oikeuskielen olevan tulos pyrkimyksestä luoda sellainen kieli, joka on yhtäläisesti ilmaisun esittäjän ja vastaanottajan ymmärrettävissä, ja joka siitä syystä on luotettava informaation välittäjä.

Nimitykset subjektiivinen ja objektiivinen tulkinta viittaavat siis tulkinnan kohteeseen ja tulkinnan kohteen edellyttämään tulkintamettiin eivätkä tulkitsijaan tai tulkitsijasta riippuvaiseen tulkintatapaan.⁸⁶ Kaikessa juridisessa ja kielitieteellisessä tulkinnassa pyritään mahdollisimman suureen objektiivisuuteen. Subjektiivisesta tulkintatavasta voidaan positiivisessa mielessä puhua esimerkiksi pianistin tulkitsessa Beethovenin Hammerklavier-sonaattia. Tällöin sanalla ”tulkinta” on kuitenkin täysin eri merkitys kuin puheena olevassa oikeudellisessä kontekstissa. Oikeudellinen tulkinta on aina voitava perustella objektiivisesti. Objektiivisuusvaatimus johtuu ensinnäkin siitä, että oikeudellinen tulkinta on aina voitava oikeustieteellisesti perustella ja tieteellisen tiedon hankinnan ja argumentaation yleisiin kriteereihin kuuluu objektiivisuus, ja lisäksi toisaalta ja aivan erityisesti siitä, että keskeiset oikeushyvät, kuten oikeusturva ja oikeusvarmuus, edellyttävät toteutuakseen oikeudelliselta ratkaisutoiminnalta objektiivisuutta.

3.2.1 *Intentionaalinen ja kirjaimellinen tulkinta*

Koska termit subjektiivinen ja objektiivinen ovat testamentin tulkinnan yhteydessä alttiita väärinymmärtämiselle, korvaan ne termeillä intentionaalinen ja kirjaimellinen tulkinta, jotka kuvaavat osuvasti tulkinnan kohdetta. Intentionaalinen tulkinta viittaa testamentin tekijän tekstilleen antamaan tulkintukseen eli intentioniin ja kirjaimellinen tulkinta pelkästään testamentin kirjaimeen tai sanamuotoon tukeutuvaan tulkintaan, joka ei ota huomioon ilmauksille mahdollisesti annettuja erityismerkityksiä.⁸⁷

Sekä intentionaalinen että kirjaimellinen tulkinta ovat yhtäläillä sidoksissa kieleen oikeusnormien – ja yleensä ajatusten – ilmaisuvälineenä. Edellä jaksossa 2 käsitellyt semanttiset tarkastelut koskevat niin intentionaalista kuin kirjaimellistakin tulkintaa. Tämä kielellinen tai kielifilosofinen yhteys intentionaalisen ja kieliopillisen tulkinnan välillä on ratkaisevan keskeinen. Riippumatta siitä, tulkitaanko tekstiä tekstin laatijan tarkoituksen mukaisesti vai laatijan tarkoituksesta riippumattomalla tavalla, tulkinnan on kiinnityttävä itse tekstiin jollain objektiivisella tavalla. Tulkinnan on aina oltava perusteltavissa samalla tavoin kuin mikä tahansa oikeudellisen ratkaisun elementti muutoinkin. Kielifilosofian avulla voidaan pyrkiä selvittämään tulkinnan perusteita ja tulkintaprosessia ja tätä kautta justifioida

⁸⁶ Objektiivisen ja subjektiivisen tulkinnan eroista erityisesti testamentin tulkinnan kannalta ks. Borum s. 203 ss.

⁸⁷ Termejä intentionaalinen (intentional) ja kirjaimellinen (literal) käyttävät muun muassa jäljempänä paljon siteeratut Kerridge ja Rivers.

esitettyjä tulkintoja. Tässä kohdin on jälleen pidettävä erillään juridinen ja semanttinen tarkastelukulma: intentionaalisen tai kirjaimellisen tulkinnan valitseminen testamentin tulkinnan tulkintametodiksi tapahtuu juridisin perustein, lähinnä testamentin oikeuspoliittista tarkoitusta ja tästä johtuvia oikeudellisia erityispiirteitä seuraten, kun taas itse tulkitsemistoiminta kieleen kohdistuvana tarkasteluna tapahtuu semanttisten periaatteiden ja teorioiden mukaisesti. Vaikka intentionaalinen ja kirjaimellinen tulkinta sisältävät periaatteessa yhtäläisesti semanttisen elementin, on selvää, että nimen omaan intentionaalinen tulkinta joudutaan perustelevaan semanttisesti. Intentionaalinen tulkinta perustuu siihen mahdollisuuteen, että ilmauksilla saattaa olla tapauskohtaisesti määrittyviä erityismerkityksiä, ja on luonnollista, että poikkeukselliseen tulkintaan vetoavan osalle sälytetään todistus- taakka. Intentionaaliseen tulkintaan vetoavan on pystyttävä osoittamaan ensinnäkin, että sanoilla ja muilla kielellisillä ilmaisuilla voi yleisellä tasolla olla tapauskohtaisesti määrittyviä merkityksiä, ja toiseksi, tavanomaisesta tai vakiintuneesta tulkinnasta poikkeavaan tulokseen johtaessaan ne tapauskohtaiset erityiset perusteet, joiden nojalla vakiintunut tulkinta vaaditaan syrjäytettäväksi.

3.3 Argumentteja kirjaimellisen tulkinnan puolesta ja niiden intentionaalisia vasta-argumentteja

On aiheellista esittää joitakin argumentteja testamentin kirjaimellisen tulkinnan puolesta vastapainoksi edellä testamentin oikeudellisen luonteen avulla perustellulle subjektiiviselle tulkinnalle. Esitän samalla intentionalistisia vasta-argumentteja literalistien perusteluille Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofioiden mukaisilla kannanotoilla vahvennettuna. Testamentin kirjaimellinen tulkinta on ominaista englantilaiselle testamenttioikeudelle. Tästä syystä jäljempänä tullaan paljolti viittaamaan englantilaisen testamenttioikeuden piirteisiin.⁸⁸

Kerridge ja Rivers toteavat, että testamentin kirjaimellinen tulkinta näyttää lakimiehen silmin houkuttevalta, koska sillä on intentionaaliseen tulkintaan nähden ainakin seuraavat kolme etua.⁸⁹

⁸⁸ Englantilaisen keskustelun referointi perustuu tässä tutkielmassa lähes yksinomaan Roger Kerridgen ja Julian Riversin artikkeliin *The Construction of Wills*, jossa kirjoittajat pyrkivät perustelevaan intentionaalista tulkintatapaa osin Fregen kielifilosofiaan tukeutuen. Tarkoituksena ei ole antaa kattavaa tai edes kovin luotettavaa kuvaa englantilaisesta testamentin tulkinnan todellisuudesta, vaan nostaa esiin eräitä näkökohtia, joita Kerridgen ja Riversin artikkeli valaisee erinomaisesti.

⁸⁹ Kerridge ja Rivers s. 289.

(1) Kirjaimellinen tulkinta estää tulkitsijaa spekuloidasta sillä, mitä testaattori olisi mahdollisesti sanonut sellaisistakin asioista, joista hänellä todellisuudessa ei ollut aikomustakaan lausua mitään.

(2) Kirjaimellinen tulkinta on lain mukainen.

(3) Literalismin kannattajat katsovat, että aina kun tietty sana esiintyy testamentissa, niin se merkitsee samaa asiaa. Tästä seikasta on puolestaan se ilmeinen hyöty, että testamentin laatiminen ja tulkinta on varmaa ja selkeää.

Mitä ensimmäiseen väitteeseen tulee, niin toisin kuin literalistit (usein) ajattelevat, intentionaalinen tulkinta ei lisää tekstiin mitään, vaan tulkitsee itse tekstiä sanarajaperiaatteen⁹⁰ mukaisesti. Kerridge ja Rivers esittävät tämän seikan iskevästi. Linaan heiltä suoraan seuraavan katkelman.

Se mitä [testamentin] kirjoittaja aikoi sanoa, mutta jätti sanomatta, on tutkimukselle vierasta – tämä pitää paikkansa yhtä hyvin intentionalistin kuin literalistinkin mielestä. Intentionalistin kysymys ei ole: ”mitä nämä sanat merkitsevät?” eikä myöskään: ”mitä testaattori tarkoitti?” hänen kysymyksensä on: ”mitä testaattori pyrki saavuttamaan näiden sanojen avulla?”⁹¹

Kerridgen ja Riversin esitystapa poikkeaa jossain määrin tässä tutkielmassa omaksutusta tavasta, ja siitä syystä he toteavat, ettei intentionalisti kysy: ”mitä nämä sanat merkitsevät?” He tarkoittavat tällä sitä, ettei tarkastelun kohteena ole testamentissa käytettyjen sanojen merkitys irrotettuna käyttöyhteydestään ja asetettuna esimerkiksi johonkin erityiseen juridiseen kontekstiin, jossa sanoilla on vakiintunut juridinen merkityksensä. Tässä tutkielmassa omaksutun terminologian valossa on johdonmukaista ajatella, että kaiken (semanttisen) tulkinnan tarkoituksena on selvittää käytettyjen sanojen ja muiden kielellisten ilmausten merkitys. Saman tyyppisen huomautuksen voisi esittää toisenkin kysymyksen, ”mitä testaattori tarkoitti?” osalta. Toki juuri hänen tarkoitustaan ollaan selvittämässä, mutta intentionaalisen tulkinnan luonnetta kokonaisvaltaisesti ja vähiten väärinkäsityksille ja suoranaishelle vääristelylle altistaen kysymys on asetettavissa juuri niin kuin Kerridge ja Rivers sen muotoilevat: ”Mitä testaattori pyrki saavuttamaan [testamentin] sanojen avulla?”

Jos pidämme mielessä Fregen antamat määritelmät käsitteille merkki, mieli ja merkitys, voimme todeta intentionalistien tarkoittavan sitä, että

⁹⁰ Sanarajaperiaatteesta lähemmin kappaleessa 3.4.2.

⁹¹ Kerridge ja Rivers s. 290.

testamentin ilmaisuille on annettava se mieli, jonka testaattori on itse niille antanut ja edelleen se merkitys, jonka hänen ilmauksilleen antama mieli osoittaa. Wittgensteinin kielifilosofian mukainen kanta on sisällöltään täsmälleen sama kuin Fregen, ainoastaan terminologia on erilainen. Wittgensteinia seuraten voimme todeta, että testamenttia on tulkittava sen kielipeilin sääntöjen ja konventioiden mukaan, jossa testamentti on laadittu. Paitsi että testamentin tulkitseminen on perusteltua intentionalistien mukaan suorittaa yllä kuvatulla tavalla tekijän intentioita jäljittäen, se on Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofioiden mukaan a fortiori mahdollista. Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofiat osoittavat yleisellä tasolla, että intentionaalinen tulkinta on ylipäänsä mahdollinen. Ilmaisuihin ei ole kiinteää ja muuttumattomaa mieltä tai käyttötappaa, ja vaikka olisikin, niin tällaiset sanojen vakiintuneet käyttötavat voidaan aina esimerkiksi ymmärtää väärin tai muutoin vain toimia kielen tavanomaisten sääntöjen vastaisesti. Oleellista on se, että myös tavanomaisesta poikkeava sanojen käyttötapa voi olla semanttisen analyysin tavoitettavissa. Ajatelkaamme seuraavaa karrikoitua esimerkkiä. Oletetaan tuomarin esittävän lausuma: ”ymmärrän selvästi testaattorin tarkoittaneen testamentissaan ilmauksella ”rahani” muun ohella omistamaansa kiinteistöä, mutta testamentissa tämän ilmauksen ei voida katsoa merkitsevän kiinteistöä.” Tämä lausuma on absurdi, mikäli pidämme testamentin tulkinnan peruseriaatteena tahtoteoriaa⁹² ja jos hyväksymme Fregen ja Wittgensteinin semanttiset teoriat pääpiirteissään, sillä ”selvä ymmärtäminen” tarkoittaa tässä yhteydessä sitä, että tuomari on kypsässä ja rationaalisessa tuomarin harkinnassaan selvästi havainnut testaattorin antaneen ilmaisulleen tavallisuudesta poikkeavan mielen (tai käyttänyt sanaa tavanomaisesta poikkeavalla tavalla), jolloin myös testamentissa esiintyvä sana ”rahani” saa tätä mieltä vastaavan merkityksen eikä sanan tavanomaista merkitystä. Tuomarin lausumassa ilmaisun mieli ja merkitys ovat ristiriidassa keskenään tavalla, jota ei Fregen tai Wittgensteinin kielifilosofian puitteissa voida hyväksyä. On huomattava, että tuomarin testaattorin poikkeavan kielenkäytön ymmärtäminen on luonteeltaan objektiivista. Käytännössä tämä tarkoittaa lähinnä sitä, että hän voisi tuoda ymmärryksensä perusteet esille tuomionsa perusteluissa.

Mitä toiseen väitteeseen tulee, niin se on selvästi Suomen lain vastainen. Englannin Wills Act – joka siis muodostaa Kerridgen ja Riversin artikkelin säädännäisen taustan – on tässä suhteessa neutraali. Se määrää ainoastaan, että testamentti on laadittava kirjallisesti. Toisaalta myös suomalainen juristi-

⁹² Ks. Ylöstalon oppinut kommentti tahtoteorian soveltamisesta Englannin oikeudessa, Ylöstalo 1954 s. 19.

kunta on varmastikin taipuvaista ajattelemaan, että kirjallisuusvaatimus edellyttää vakavaa oikeudellista suhtautumista testamenttimääräyksiin, mikä käytännössä tarkoittaa kirjaimellisen tulkinnan soveltamista mahdollisimman pitkälle juridisen varmuuden ja selvyyden saavuttamiseksi.

Juristien pyrkimyksestä varmuuteen ja selkeyteen päästään suoraan kolmanteen väitteeseen. Testamentin kirjaimellinen tulkinta pitää sisällään ajatuksen, jonka mukaan sanoilla ja muilla kielellisillä ilmauksilla on täsmällinen ja ensisijainen merkitys ja mieli (strict and primary acceptance and sense)⁹³ ja jonka mukaan ainakin oikeudellisissa yhteyksissä kielellisiä ilmauksia on voitava tarkastella tästä ehdottomasta lähtökohdasta käsin. Sanoilla ei kuitenkaan ole merkityksiä, jotka olisivat niiden tosiasiallisesta käytöstä irrallaan. Kerridge ja Rivers toteavat osuvasti, että sanat eivät saa merkityksiään sanakirjasta, vaan sanakirjat päinvastoin kirjaavat ne merkitykset, jotka sanoille muodostuvat niitä käytettäessä.⁹⁴ Sanojen merkityksen tai käytön (usage) muuttumiseen liittyen Kerridge ja Rivers tekevät nokkelan huomautuksen. He toteavat, että eräs vaikutusvaltainen literalismin puolestapuhuja James Wigram käyttää eräässä kirjoituksessaan sanaa ”insensible” merkityksessä *not making sense* eikä nykyisessä merkityksessä *unconscious*. Tämä on esimerkki siitä, miten sanojen merkitys muuttuu yleiskielen tasolla ajallisesti. Paikallisesta muuttumisesta paraatiesimerkin tarjoavat murteet. Samalla tavoin yksilötasolla sanojen merkitykset vaihtelevat yksittäisen kielenkäyttäjän mukaan. Wittgensteinin kielifiilosofian käytännön merkityksestä voidaan perustellusti olla useampaa mieltä, mutta hänen havaintonsa kielen aidosta monimuotoisuudesta ja merkitysten amorfisuudesta ovat vastaansanomattomia. Voidaan myös todeta, että Frege kehitti semanttista teoriaa osana pyrkimystään esittää loogis-filosofisia ajatuksiaan mahdollisimman täsmällisen kielen avulla, sillä tavanomainen luonnollinen kieli on semanttisesti toivottoman epämääräinen. Kerridge ja Rivers huomauttavat, että useat kirjaimellisen tulkinnan kannattajat ovat olleet matemaatikkoja, mainittu Wigram mukaan lukien. Tämä tekee ymmärrettäväksi sen, että he pyrkivät tarkastelemaan kieltä ja erityisesti oikeuskieltä matemaattisen kalkyylin omaisena merkkijärjestelmänä. Näin he tulevat yliarvioineeksi oikeuskielen semanttisia ominaisuuksia. Vastaavasti taas tunnettu intentionalisti, F. V. Hawkins oli taustaltaan klassisten kielten tutkija, mikä selittää hänen toleranssiaan kielen monitulkintaisuuden suhteen.⁹⁵ Valinta kahden tulkintatavan välillä on pitkälti kiinni tulkitsijan temperamentista.

⁹³ Kerridge ja Rivers s. 293.

⁹⁴ op.cit. s. 291. Tämä on aidon wittgensteinilainen huomautus. On mahdollista, että Kerridge ja Rivers olisivat saaneet wittgensteinilaisia vaikutteita joko Cambridgestä tai Oxfordista.

⁹⁵ op.cit s. 301.

3.3.1 *Juridisia argumentteja intentionaalisen ja kirjaimellisen tulkinnan puolesta*

Eräs huomion arvoinen seikka vertailtaessa argumentteja intentionaalisen ja kirjaimellisen tulkinnan puolesta on se, että kirjaimellinen tulkintatapa mahdollistaa sitovien oikeusohjeiden soveltamisen testamentin tulkinnassa. Tällä seikalla on merkitystä erityisesti englantilaisessa common law -järjestelmässä, jossa oikeuskäytännössä sitoviksi muotoutuneet oikeusohjeet ovat kaiken lainkäytön perusta. Oikeusohje on oikeuskielinen lause, jolla on täsmällinen juridis-tekninen funktio. Oikeusohje on osa sitä juridis-teknistä koneistoa, jonka tehtävänä on tuottaa oikeudellisia ratkaisuja ja muita oikeudellisia arvostelmia. Oikeusohje on oikeudellisen argumentaation toiminnallinen osa.

Englantilainen oikeuskieli on tässä mielessä pidemmälle kehittyneenä kuin esimerkiksi suomalainen oikeuskieli. Suomen oikeusjärjestelmä edustaa roomalaisoikeudellista perinnettä, jossa säädännäisillä lakikoonnoksilla on ratkaiseva merkitys. Suomen oikeusjärjestelmässä oikeutta toteutetaan lainkirjainta noudattamalla eikä niinkään sitoviksi oikeusohjeiksi kiteytyneitä lain tulkintoja soveltamalla. Suomalaisessa oikeusperinteessä on suhteellisen helppoa hyväksyä vapaa, intentionaalinen testamentin tulkintatapa, koska Suomessa ei edellytetä lainkäytön yleensäkin tapahtuvan puhtaaksi viljeltyjä ja täsmällisiä oikeusohjeita soveltaen, vaan oikeusvarmuus ja lainsoveltamisen kaikkinaisen objektiivisuus kytkeytyy oikeussubjekteille yhteisen lainkirjaimen tunnontarkkaan tulkitsemiseen. Tuomari on kelpoinen tulkitsemaan suoraan lakia ja tarvittaessa tulkitsemaan sitä ilman auktorisoitujen tulkintamallien soveltamista.⁹⁶

Common law -oikeutta soveltavissa maissa kirjaimellisen tulkinnan on katsottu eliminoivan vieraan tahdon vaikutusta testamentin tulkinnassa.⁹⁷ Tämä pitää varmasti paikkansa. Mahdollisimman tarkka pitäytyminen kielellisten ilmausten vakiintuneissa – ja mikäli mahdollista, vakiintuneissa juridisissa – merkityksissä estää vieraan subjektiivisen tahdon vaikutuksen testamentin tulkinnassa. Jäämistöintressenteillä on luonnollisesti pyrkimys tulkita testamenttia oman etunsa mukaisesti ja jopa suoranaisesti vääristellä testamenttia. Ilmaisujen objektiivisesti määrittävät merkitykset ovat neutraaleja yhtäläillä testamentin tekijän kuin testamenttia tulkitsevien mui-

⁹⁶ Usein lainattu Olaus Petrin tuomarinohje numero 8 ilmaisee ajatuksen, jonka mukaan hyvä tuomari on enemmän kuin vain hyvä oikeusohjeiden soveltaja. ”Hyvä ja älykäs tuomari on parempi kuin hyvä laki, sillä hän voipi asetella kaiken kohtuuden mukaan.”

⁹⁷ Ks. Aarnio ja Kangas s. 70–72.

denkin henkilöiden testamentin ilmauksille antamien subjektiivisten merkitysten suhteen. Valitsemalla testamentin kirjaimellinen tulkintatapa otetaan eräänlainen hallittu riski: testaattorin tarkoitusta mahdollisesti vääristellään, mutta kuitenkin sellaisella tavalla, joka ei suosi mitään intressitahoa toisten kustannuksella. Tämä riski oikeutetaan sillä perusteella, että näin vältetään se vakavampi riski, että jokin intressiryhmä vääristelee testamenttia oman etunsa mukaisesti. Tämä käytännöllisesti järkevän tuntainen ratkaisu on periaatteelliselta kannalta kestävämpö. Tulkitsija ikään kuin ohjaa purtensa suoraan Skyllan kitaan ja luopuu suosiolla tavoitteestaan päästä perille testamentin tekijän todellisesta tahdosta, mikä onnistuisi katkomalla kaikki intressitahojen Kharybdiksen lohikäärmeenkaulat sinnikkään tulkintatyön avulla. Sitä paitsi testamentin tekijän täysin legitiiminä tarkoituksena on jonkin henkilön tai henkilötahon erityinen suosiminen; testamentti kaikkienensa on oikeudellinen instrumentti jonkin tahon suosimiseksi tai jonkin tarkoituksen toteuttamiseksi yli sen mitä lakimääräinen perimys osoittaa eikä testamenttia tästä syystä pidä nulliteerata latistavalla sanamuodon mukaisella tulkinnalla.

Sanamuodon mukaisen tulkinnan periaatteellisen ongelmallisuuden voi ilmaista juridisesti painavammin ja ilman mitään retorista paisuttelua vetoamalla Ylöstalon esittämään omavastuisuuden puuttumiseen testamentin eräänä keskeisenä ominaispiirteenä.⁹⁸ Sanamuodon mukainen tulkinta asettaa testaattorin ensi sijaiseen vastuuseen sanoistaan eikä tarkoituksestaan. Tämä tarkoittaa nimen omaan sitä, että testaattori on samanlaisessa vastuussa tekevästään testamenttausoikeustoimesta kuin sopijapuolet keskinäisessä suhteessaan. Sanamuodon mukainen tulkinta ikään kuin luo testaattorille fiktiivisen sopimusoikeudellisen vastapuolen, jolla on legitiimi oikeus tarttua testamentin ilmauksiin tarkoituksenaan horjuttaa testaattorin oikeudellista asemaa. Sanamuodon mukaisen tulkinnan taustalla on taipumus juridisoida ihmisten käyttäytymistä. Tällainen juridisoiminen tai juristeria ilmenee tapana tarkastella kaikkia oikeustoimia sopimusoikeudellisten periaatteiden ja oikeussäätöjen valossa, jotka siis asetetaan kaiken oikeudenkäytön mittapuiksi. Sanamuodon mukainen tulkinta ei ole herkkä testamentin erityispiirteille ja siitä syystä se viime kädessä vaarantaa testamentti-instituution oikeuspoliittisia perusteita.

Lähes välitön käytännöllinen seuraamus testamentin tekijän asettamisesta vastuuseen omista sanoistaan on se, että testamentit laaditaan lakimiesten avustuksella. Englantilainen oikeustodellisuus vastaa tässä suhteessa pitkälti Rooman klassisen ajan oikeuselämää, jossa monimutkainen testa-

⁹⁸ Ks. Ylöstalo 1954 s. 42.

menttioikeus käytännössä pakotti lakimiesten palveluksiin turvautumiseen, jotta testamentin tekijä voisi olla varma siitä, että testamenttiperimys tapahtuu hänen tarkoituksensa mukaisesti.⁹⁹

Käytännössä tosin – ja tämä on tietysti eräässä mielessä valitettavaa – mitään vahinkoa testamentin suoraviivaisesta sanamuodon mukaisesta tulkimisesta ei juurikaan synny, koska testamentit on yleensä laadittu lakimiehen myötävaikutuksella sillä tavoin huolellisesti, että testamenttitekstillä annettava sanamuodon mukainen tulkinta vastaa täysin testamentin tekijän tarkoitusta.

Tulkintaongelmia syntyy lähinnä oikeuskieltä hallitsemattomien maallikoiden laatimien testamenttien kohdalla. Kotitekoiset testamentit (*home-made-wills*) ovat testamentin tulkintametodin varsinaisia koetinkiviä.¹⁰⁰ Hieman liioitellen voidaan sanoa, että maallikon laatima testamentti vastaa tilannetta, jossa testamentti on laadittu vieraalla kielellä. Tällöin olettaa, jonka mukaan sanat tulkitaan niiden juridisen perusmerkityksen mukaisesti, ei luonnollisestikaan voida soveltaa. Toisaalta testamentin tekijän ja erityisesti testamentin edunsaajien oikeusturva edellyttää, ettei myöskään lakimiehen laatimaa testamenttia tulkita täysin yksioikoisesti kirjaimellisen tulkinnan periaatteiden mukaan. Myös lakimiehen laatimaa testamenttia on perustellusta syystä voitava tulkita ilmaisujen vakiintunesta oikeudellisesta merkityksestä poikkeavasti. On toki selvää, että tällainen tulkinta tulee vain äärimmäisen harvoin kysymykseen. Allekirjoittaessaan lakimiehen laatiman testamenttiasiakirjan testamentin tekijä sitoutuu siihen, että käytännössä testamenttia tulkitaan vakiintuneiden oikeudellisten termien osalta niin kuin testamentti olisi lakimiehen itsensä tekemä, sillä on lähes mahdotonta esittää näyttöä siitä, että testamentin tekijä olisi ensinnäkin käyttänyt testamentissa käytettyjä oikeudellisiä termejä tavanomaisesta poikkeavalla tavalla ja toiseksi, että näitä termejä olisi myös testamentissa käytetty poikkeavalla tavalla. Riippumatta siitä, tulkitaanko testamenttia kirjaimellisesti vai intentionaalisesti, lakimiehen ammattitaidon ja ammattietiikan varaan jää pitkälti se, miten hyvin päämies on selvillä tekemänsä testamentin normatiivisesta sisällöstä.

⁹⁹ Ks. Schulz s. 246, jossa esitellään eräs valaiseva esimerkki roomalaisesta oikeudesta.

¹⁰⁰ Vrt. Kerridge ja Rivers s. 316–317, jossa kirjoittajat esittävät päätelmänään, että intentionaalinen tulkintatapa on omaksuttava ainoastaan siitä syystä, että maallikoiden laatimat testamentit ovat päteviä. Heidän kantansa heijastelee edellä kuvattua englantilaista *commom law* -perinnettä ja on suomalaisen oikeuskulttuuriin sovellettuna liian voimakkaasti lakimiehiin ja oikeuskieleen luottava.

3.4 Tulkintamateriaalista

Englantilaisessa oikeuskulttuurissa kysymys testamentin tulkintaperiaatteista on edelleen pitkälti avoin ja siellä on tästä syystä käyty vilkasta keskustelua intentionaalisen ja kirjaimellisen tulkinnan eduista ja haitoista. Tämä keskustelu on kohdistunut erityisesti tulkinnassa sallitun aineiston eli tulkintamateriaalin määrittämiseen. Suomalaisesta ja pohjoismaisesta kirjallisuudesta tällainen keskustelu puuttuu lähes kokonaan, sillä oikeusoppineet ovat poikkeuksellisen yksimielisiä siitä, että kaikki testamentin laatijan tahtoa selvittävä aineisto on sallittu otettavaksi näytönä huomioon testamenttitekstin merkitystä selvitettyä ja tarkennettaessa.¹⁰¹ Tästä syystä on havainnollista lyhyesti tarkastella englantilaisen keskustelun päälinjoja.¹⁰²

Toisin kuin Suomessa, jossa intentionaalinen tulkinta on vakiintunut ja lain tasolla säädetty noudatettavaksi, englantilaisessa juridiikassa on ollut varsin vahva testamentin kirjaimellisen tulkinnan traditio. Tämän tulkintasuuntauksen yksi keskeisimmistä edustajista on jo pitkälti toista sataa vuotta ollut, aikaisemmin tässä tutkielmassa jo mainittu James Wigram, joka on nauttinut arvostusta erityisesti käytännön lakimiesten keskuudessa. Wigram on laatinut seitsemän tulkintasääntöä (*propositions*), joita seuraamalla testamentin tulkintaa on englantilaisessa traditiossa pidetty kirjaimellisen tulkinnan uralla. Kerridge ja Rivers käyvät taisteluaan tätä perinteistä wigramilaista valtavirtaa vastaan intentionaalisen tulkinnan lipun alla. Kerridgen ja Riversin kritiikin kohteena on yhtäältä se, että kirjaimellinen (literal) tulkinta on vallitseva eikä heidän propagoimansa intentionaalinen tulkinta, mutta toisaalta ja aivan erityisesti se, että juristit ja oikeusoppineet eivät näytä olevan tietoisia kahden toisensa poissulkevan lähestymistavan olemassa olost, vaan soveltavat näitä menetelmiä surutta sekaisin aloittaen usein jäykän kirjaimellisesta tulkinnasta päätyen kuitenkin lopulta spekulimaan testaattorin todellisesta tarkoituksesta jopa ilman testamentin tekstin suoranaista tukea.¹⁰³ Kerridge ja Rivers eivät ehkä ensisijaisesti pyrikään saamaan aikaan suunnanmuutosta käytännön juridiikan tasolla, vaan lähinnä kehittämään juristien itseymmärrystä testamentin tulkintaan liittyvien ongelmien osalta. Tässä suhteessa heidän artikkelissaan on vahva filosofinen leima: he korostavat kurinalaisen ja johdonmukaisen ajattelun merkitystä, eivätkä niinkään puhu yhden oppisuunnan puolustusasianajajina kilpailevaa näkemystä vastaan.

¹⁰¹ Ks. Ylöstalo 1954 s. 45.

¹⁰² Ks. edellä alaviite 88.

¹⁰³ Kerridge ja Rivers s. 287.

3.4.1 Epäsuora ja suora näyttö testaattorin intention tukena

Kerridge ja Rivers käsittelevät laajasti kysymystä, minkälaista todistusaineistoa tai tulkintamateriaalia testamentin tulkinnassa on lupa ottaa huomioon. Tämä kysymys on ollut erittäin keskeinen englantilaisessa keskustelussa. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että kirjaimellisen tulkinnan peruslähtökohtana on se, ettei mitään testamentin ulkoista tulkintamateriaalia tarvita, koska testamentti sisältää ilmauksia, joille on annettavissa täsmällinen ja ensisijainen merkitys. Kaikki ulkoisen tulkintamateriaalin käyttäminen on siis kirjaimelliselle tulkinnalle lähtökohtaisesti vierasta.

Joitakin poikkeuksia on kuitenkin literalistienkin tehtävä, jotta testamentin raukeaminen vältettäisiin. Tällaisena tilanteena on erityisesti mainittava testamentissa käytetyn ilmaisun viittaaminen riidattomasti kahteen tai useampaan kohteeseen (equivocation). Kerridge ja Rivers analysoivat mielenkiintoisella tavalla ekvivokaation synnyttämää tulkintaongelmaa. He toteavat, että ekvivokaatio tarkoittaa, että ilmaisulla on kaksi tai useampia merkityksiä Fregen semanttisen teorian mukaisesti ymmärrettyinä.^{103a} Ilmaisulla on siis riidattomasti useampia viittauskohteita todellisuudessa, ja koska tuomioistuimien on ratkaisupakkonsa nojalla pakotettu tekemään valinnan näiden vaihtoehtojen välillä, sen on turvauduttava testamentin ulkoisiin todistusmenetelmiin perusteltuun ja oikeudenmukaiseen ratkaisuun päästäkseen.

Ekvivokaatio on niin ilmeinen ambiguiteettitilanne, että sen kohdalla perinteisen englantilaisen tulkintaopin mukaan on sallittua turvautua vapaasti kaikkeen mahdolliseen testamentin tekijän tarkoitusvalaiseen materiaaliin. Silloin taas kun testamentti on epäselvä tai monimielinen, ainoastaan testaattoria ympäröivistä fyysisistä tekijöistä on sallittua esittää näyttöä (*circumstantial extrinsic evidence*).¹⁰⁴ Toisin sanoen, näyttöä ei saa esittää suoraan siitä, mitä testaattori on tarkoittanut (*direct extrinsic evidence*), vaan ainoastaan epäsuorasti, sellaisista objektiivisesti havaittavista fyysisistä tosiasioista, jotka ovat vallinneet testamentin tekohetkellä ja joilla voi olla merkitystä ratkaistaessa tulkintaongelmaa. Kuten Kerridge ja Rivers osoittavat, erottelu epäsuoran ja suoran todistusaineiston välillä vastaa Fregen tekemää erottelua mielen ja merkityksen välillä. Epäsuoran todistusaineiston avulla on mahdollista valottaa testaattorin testamentissaan tarkoittamia merkityksiä ja valita eri merkitysvaihtoehdoista se, joka todennäköisimmin vastaa testaattorin tarkoitusvaltaa. Sen avulla ei sen sijaan voida sanoa mitään testamentin tekijän intentionista, eli siitä, mikä on hänen ilmaisuilleen

^{103a} op. cit. s. 294 ss.

¹⁰⁴ Ks. englantilaisesta terminologiasta tältä osin Kerridge ja Rivers s. 295 ss.

antama mieli. Nimen omaan suora vetoaminen testamentin tekijän intentioniin on haluttu sulkea pois. Englantilaisessa literalistisessa traditiossa ei siis yleensä ole sallittua esittää näyttöä siitä, miten testamentin tekijä on käyttänyt kieltä, eli siitä, mitä hän yleensä on tarkoittanut niillä sanoilla, joita hän on testamentissaan käyttänyt. Voisimme sanoa, että englantilaisessa traditiossa ei ole sallittua käyttää semanttisia argumentteja; argumentteja, jotka koskevat todellista ja aitoa kielenkäyttämistä. Kirjaimellisen tulkinnan avulla tulkinta pyritään pitämään mahdollisimman juridisena, selvästi havaittaviin tosiseikkoihin kiinnittyvänä, jolloin tosiseikaston subsumoiminen oikeussääntöjen alle tapahtuu mahdollisimman luotettavasti.

Äärimmäisen esimerkin kirjaimellisesta tulkintatavasta tarjoaa N.S.P.C.C. v. Scottish N.S.P.C.C.¹⁰⁵ Testamentin tekijä oli skotlantilainen, joka oli asunut koko ikänsä Skotlannissa. Hän testamentissaan määräsi muun ohella legaatin hyväntekeväisyysjärjestölle nimeltä National Society for the Prevention of Cruelty to Children. Tulkintakysymys koski sitä, kuuluiko legaatti tämän nimiselle englantilaiselle järjestölle vai skotlantilaiselle Scottish National Society for the Prevention of Cruelty to Children -järjestölle. Ylähuone ratkaisi kiistan yksimielisesti englantilaisen järjestön hyväksi. On huomattava, että tässä kohdin ylähuone oli paavillisempi kuin itse paavi Wigram. Ylähuone katsoi, ettei tapauksessa ollut kyse ekvivokaatiosta, toisin sanoen siis siitä, että testamenttimääräys viittaa kahteen eri järjestöön, jolloin jo epäsuora, asianhaaroja valaiseva ulkoinen todistusaineisto olisi epäilemättä osoittanut skotlantilaisen järjestön legaatin saajaksi, puhumattakaan mahdollisesta suorasta, testaattorin intentionia tukevasta näytöstä.

Erot englantilaisen ja pohjoismaisen testamentin tulkinnan välillä on nähtävissä osana yleisempää todisteluun liittyvää oikeuskulttuurien eroa. Pohjoismaissa on laajasti hyväksytty vapaa todisteiden harkinta, kun Englannissa taas todistelua ja todistelun vastaanottamista on pyritty yhdenmukaistamaan erityisten todistussääntöjen avulla (*rules of evidence*). Englantilainen ajattelu on sikäli linjakasta, että se pyrkii rajoittamaan testamentin tulkintaa niin kuin mitä tahansa muutakin oikeusnormeja sisältävien aineistojen tulkintaa. Kysymys testamentin tulkintaperusteista voidaan näin aseteltuna nähdä oikeuslähdeopin alaan kuuluvana kysymyksenä. Pohjoismaisessa traditiossa omaksuttu vapaa tulkintamateriaalin käyttäminen on oikeuslähdeopin näkökulmasta hyvää perustelua vaativa ratkaisu. Intentionaalisessa tulkinnassa tähän perusteluvaatimukseen on vastattu niin kutsutun sanarajaperiaatteen avulla.

¹⁰⁵op.cit. s. 301.

3.4.2 Sanarajaperiaatteesta

Sanarajaperiaatteella tarkoitetaan testamentin tulkinnan sitomista testamentissa käytettyihin sanoihin. Vain testamentissa esiintyviä sanoja tulkitaan ja tulkinnan apuna voidaan käyttää vain sellaista materiaalia, joka selventää testamentissa käytettyjen sanojen merkitystä.¹⁰⁶ On siis huomattava, että testamentin tulkinnan kohteena ei ole testaattorin tahto sinänsä, vaan testamentiasiakirjasta ilmenevä testamentin tekijän tarkoitus. Sillä mitä testaattori on eläessään tahtonut ja tarkoittanut ei ole merkitystä, ellei tämä tahto ole nimenomaan ilmaistu testamentissa; ei edes siinä tapauksessa, että testaattori on todistettavasti muuttanut tahtoaan testamentin tekemisen jälkeen.¹⁰⁷ Sanarajaperiaate ei määritä varsinaisesti tulkintakohtetta, vaan tulkinnassa käytettävää materiaalia. Aarnio ja Kangas muotoilevat sanarajaperiaatteen seuraavasti:

Tulkitsijalla on lupa käyttää hyväkseen kaikki sellainen liite- ja tulkinta-aineisto, joka täsmentää tai täydentää testamenttitahtoa testamentin tekijän käyttämän kielen sisällä.¹⁰⁸

Sanarajaperiaatteen ja testamentin muotomääräysten suhteesta oli jo edellä puhetta. Testamentin ankarat muotomääräykset mahdollistavat itse testamenttitekstin täsmällisten rajojen määrittämisen ja näin ollen myös tulkintakohteen erottamisen tulkintamateriaalista. Varsinaisen tulkintakohteen määrittäminen on ensimmäinen askel testamentin tulkinnassa. Tämän jälkeen testamenttitekstistä on oikaistava selkeät kirjoitusvirheet. Perintökaari 11:1.2 tarkoittaman kirjoitusvirheen oikaisu ei kuulu varsinaisen testamentin (semanttisen) tulkinnan alaan. Kirjoitusvirheet ovat harvoin sellaisia, että ne antavat tekstille tarkoitettua poikkeavan, järkevästi tulkittavan merkityksen. Tällöin niiden oikaiseminen ei luonnollisestikaan voi tapahtua ilman vetoamista testamentin tekijän tahtoon, ja ollaan aidon tulkintatilanteen edessä.

¹⁰⁶ Sanarajaperiaate mainitaan säännönmukaisesti kaikissa pohjoismaisissa testamenttioikeuden yleisesityksissä, mutta vain harvoissa sitä on tarkasteltu lähemmin. Aarnio ja Kangas tarjoaa seikkaperäisen ja laajan esityksen sanarajaperiaatteesta ja siihen läheisesti liittyvistä testamentin täydentämisen ongelmista. Aarnio ja Kangas s. 82–86. Selkeä ja oppinut johdatus sanarajaperiaatteeseen on Borum s. 202 ss.

¹⁰⁷ Poikkeuksena tästä voidaan mainita perintökaari 11:8:n tulkintaolettama, jonka mukaan puolisolle tai kihlakumppanille tehty testamentti katsotaan peruutetuksi, jos kihlaus tai avioliitto purkautuu muusta syystä kuin puolison kuoleman johdosta. Perintökaari 11:2–9:n erityiset tulkintaohjeet koskevat testamenttimääräysten tehokkuutta ja muita puhtaasti juridisia ominaisuuksia, joita ei voida ratkaista testamenttitekstin semanttisen analyysin avulla.

¹⁰⁸ Aarnio ja Kangas s. 82.

Sanarajaperiaate astuu kuvaan mukaan siirryttäessä suorittamaan varsinaista tulkintatehtävää. Esitettäessä näyttöä testamentin tekijän tahdosta, on erotettava toisistaan sellainen aineisto, joka kertoo testamentin tekijän tahdosta yleisluontoisesti ja aineisto, joka täsmentää nimenomaan testamentista ilmenevää tahtoa. Kysymys ei ole näytön luotettavuudesta sinänsä, vaan siitä, mitä näytöllä halutaan osoittaa. Näytön todistusteemana on oltava testamentin tekijän testamentissa käyttämän kielen selventäminen.

Edellä todettiin, että tiettyyn tulkintatapaan vetoavan on voitava osoittaa ensinnäkin yleisellä tasolla, että sovellettava tulkintametsodi on menetelmän hyväksyttävä kielellisten merkitysten selventämiseksi ja toisaalta se, että käsillä olevassa tapauksessa sovellettava metsodi todella tuottaa luotettavan ja oikeaksi katsottavan tuloksen. Sanarajaperiaate ohjaa nimenomaan tapauskohtaisesti esitettävää selvitystä kielellisten ilmaisuuden merkityksestä.

3.4.2.1 Kielifilosofia sanarajaperiaatteen täsmentäjänä

Sanarajaperiaatetta voidaan täsmentää kielifilosofian avulla. Testamenttia tulkittaessa voidaan tehdä eräänlainen Fregen testi: kysytään, mikä on testaattorin ilmaukselleen antama mieli ja tämän mielen osoittama merkitys? Vastaava Wittgensteinin testi kuuluu: mikä on ilmauksen käyttötapsa, mihin kielipeliin testamenttiteksti kuuluu ja miten kyseistä kielipeliä pelataan? Sekä Fregen että Wittgensteinin testi suoritetaan tarkastelemalla tapauksessa esitettyä tulkinta-aineistoa. Tuomari, pesänselvittäjä tai kuka tahansa henkilö, joka tulkitsee testamenttia voi käyttää mainittuja testejä kontrolloidakseen tulkinta-aineiston soveltuvuutta testamentin tulkintaan. On selvää, että kyse ei ole mistään algoritmeista, joiden avulla testamentin oikea tulkinta saataisiin mekaanisesti suoritettua, vaan lähinnä sellaisista kriteereistä, joiden muotoileminen on välttämätöntä intentionaalisen tulkintatavan oikeuttamiseksi. Fregen ja Wittgensteinin testien avulla voidaan analysoida askeleen pidemmälle kysymystä, mitä ilmaisuus I merkitsee? Fregen kysymys: mikä on ilmaisuuden I mieli? ja Wittgensteinin kysymys: mikä on ilmaisuuden I käyttö? suuntaavat tarkastelun ilmaisuuden funktionaaliseen luonteeseen. Fregen kohdalla funktionaalisuus on lähes matemaattisesti esitettävissä siten, että merkitys on merkin funktio ja mieli on tämän funktion laki, eli se nimenomainen tapa, jolla merkki on liittynyt merkitykseensä. Me siis voimme etsiä merkitystä liittämällä merkkiin sen tavan, jolla se viittaa todellisuuteen (eli Fregen tarkoittaman mielen) ja katsoa sitten, mihin todelliseen kohteeseen se viittaa. Miten tämä sitten tapahtuu? Tähän voimme vastata Wittgensteinin kysymyksen avulla. Merkin tapa viitata todellisuuteen ilmenee siinä tavassa, jolla merkkiä käytetään. Kuten edellä jo totesimme,

Fregen semantiikan mielen käsite on yhtenevä Wittgensteinin kielifilosofiassa sanan käyttämiseen annettun tehtävän kanssa. Molempien tehtävänä (funktiona) on viitata ilmaisun merkitykseen, ja osoittaa se, mitä ilmaisulla halutaan ilmaista.

Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofiset tarkastelut osoittavat ensinnäkin sen, että sanoilla ei ole täsmällisesti määriteltyjä merkityksiä. Kieli ei ole nomenklatuura, sanasto, jonka sanat on yksityksisesti määritelty vastamaan todellisuutta. Sanoilla on erilaisia funktioita (sanan yleiskielisessä merkityksessä, eli siis tehtäviä), joiden avulla merkitykset määrittyvät. Testamentin tulkinnan kannalta tämä tarkoittaa lähinnä sitä, että tulkinnassa on mahdollista ottaa lähtökohdaksi sanojen vaihtelevat tehtävät. Intentionaalinen tulkinta ilmaisujen tapauskohtaiseen merkityksen määrittämiseen pyrkivänä tulkintametodina on siis yleisellä tasolla mahdollinen. Toisaalta Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofiat kiinnostavat tulkitsijan huomion sanan tai muun ilmaisun tehtävään kielessä ilmaisun merkityksen osoittajana. Sanarajaperiaate ilmaisun merkityksen selvittämistä ohjaavana semanttisena periaatteena voidaan ilmaista seuraavasti:

Testamentin semanttisessa tulkinnassa on lupa ottaa huomioon ja käyttää hyväkseen kaikki se liite- ja tulkinta-aineisto, joka selvittää tai täsmentää testamentin tekijän ilmaisuilleen antamia semanttisia funktioita.

On huomattava, että testamentin täydentäminen ei ole puhtaasti semanttisen analyysin avulla suoritettava testamenttitahdon selvittämistehtävä. Täydentäminen on konstruktivistista toimintaa, joka tapahtuu synteessin eikä analyysin keinoin.

Voimme tarkastella Fregen ja Wittgensteinin testien toimintaa seuraavaan saksalaisessa kirjallisuudessa käytettyyn standardiesimerkin avulla.

A:lla oli huomattava viinikokoelma, jota hän kutsui kirjastokseen. A määräsi testamentissaan ”kirjastonsa” X:lle. Testamenttimääräyksen tulkittiin tarkoittavan A:n viinikokoelmaa.¹⁰⁹

Tämä esimerkki on tosin sikäli triviaali, että se on paitsi äärimmäisen pelkistetty myös jo valmiiksi tulkittu. Esimerkissä oletetaan annetuksi sellainen tulkintamateriaali, joka osoittaa sanalle ”kirjasto” erään tavallisesta kielenkäytöstä poikkeavan, mutta samalla täysin selkeän merkityksen ja käyttötavan. Sana ”kirjasto” viittaa esimerkkitapauksessa viinikokoelmaan, mikä siis on Fregen testin tulos. Toisaalta myös sanan ”kirjasto” käyttö on

¹⁰⁹ Ks. Arnholm s. 202 ja Aarnio – Kangas s. 85.

sellainen, että sen avulla ilmaistaan viinikokoelmaan liittyviä arvostelmia ja määräyksiä, joten sanan ”kirjasto” merkitys myös Wittgensteinin testin mukaan on mainittu viinikokoelma. Fregen ja Wittgensteinin testien avulla voidaan usein implisiittiseksi jääviä semanttisia prosesseja ilmaista jäsenne-
tysti. Tämä voi merkitä joissakin testamentin tulkintatilanteissa argumen-
taation ratkaisevaa vahvistumista.

Fregen ja Wittgensteinin testit antavat täysin samat tulokset sovellettaessa niitä edellä kuvatun kaltaiseen yksinkertaiseen referentiaaliseen kielipeliin. Tämä on luonnollinen ja kaikin tavoin suotuista lopputulos. Olisi onnetonta, jos Fregen ja Wittgensteinin kielifilosofiat johtaisivat toisistaan poikkeaviin lopputuloksiin ja antaisivat keskenään erilaiset tulkintasuositukset; tällöin ainakin toinen tuloksista välttämättä eroaisi suomalaisessa oikeus-
tieteessä omaksutusta vakiintuneesta kannasta testamentin tulkintaan.

4 EPILOGI: CAUSA CURIANA, JURISTIT VERSUS REETTORIT

Mahdollisimman klassinen¹¹⁰ oikeustapaus, jossa jännite sanojen juridiseen merkitykseen sidotun ja testamentin tekijän tahtoa vapaasti määrittävän tulkinnan välillä tulee esille, on *causa Curiana* vuodelta 93 eKr.¹¹¹

Tapauksessa oli kyse siitä, että lapseton, avioliitossa elävä *pater familias*, joka halusi yhden (tai useamman) pojan, asetti tälle syntymättömälle pojalleen testamentissaan sijaisperillisen. Testamenttimääräyksen mukaan tulisi Curius-nimisestä henkilöstä pojan sijaisperillinen, mikäli poika kuolisi ennen täysi-ikäisyyttä. Testamentin tekijä kuoli lapsettomana. Tulkintariita käytiin *pater familiaksen* laillisen, *ab intestato* -perillisen M. Coponiuksen ja Curiuksen välillä.

Tapaukseen liittyvä oikeudellinen kysymys koski sijaisperillisen määräämisen sisältöä. Menemättä tässä yhteydessä lähemmin varhaisen roomalaisen testamenttioikeuden yksityiskohtiin, voimme todeta, että testamentin tekijä oli määrännyt itselleen *pupillaarisubstituutin*, eli sijaisperillisen, joka perii testamentin tekijän mikäli hänen laillinen perillisensä kuolee joko ennen perittävää tai ennen täysi-ikäisyyden saavuttamista. *Causa Curianan* kohdalla

¹¹⁰ Olkoonkin, että *causa Curiana* -prosessi käytiin roomalaisen oikeuden esiklassisena kautena.

¹¹¹ Ks. *causa Curianasta* lähemmin erityisesti Wieling s. 9 ss. Tarkkapiirtoisen yleiskuvan tapauksesta esittää Ylöstalo 1954 s. 11.

tilanne oli se, että mitään perillistä ei koskaan syntynytkään. Juridinen tulkinta tässä tilanteessa oli se, että testamentti oli rauennut edellytysten puuttuessa. Tätä kantaa puolusti Coponiuksen avustaja Q. Mucius Scaevola, jolla on roomalaisen oikeuden historiassa maine varhaisena systemaattikkona, oikeuskäsitteiden selventäjänä ja luokittelijana.¹¹² Curiuksen avustajana puolestaan toimi tunnettu puhuja Licinius Crassus. Centumvir-oikeus¹¹³ ratkaisi riidan Curiuksen hyväksi.

Causa Curiana ei kiinnosta meitä tässä yhteydessä niinkään intentionaalista tulkintaa tukevana varhaisena ennakkoratkaisuna. Sellaisena sen merkitys on kaikkienensa sangen kiistanalainen.¹¹⁴ Causa Curiana kiinnostaa meitä kuvauksena kamppailusta kahden toisilleen vieraan tarkasteltavan, juridisen ja retorisen asennoitumisen välillä. Wieling jäsentää tätä eroa juridisen ja retorisen topoksen¹¹⁵ käsitteiden avulla.¹¹⁶ Juridisen topoksen luonteeseen Wielingin mukaan kuuluu, että se ei suostuttele ja vakuuttele, vaan pyrkii osoittamaan asiassa ne materiaaliset näkökohdat, joille juristi voi antaa oikeudellista arvoa. Wieling toteaa, että juridinen topos on materiaallinen ja normatiivinen tulkintakriteeri, joka juontaa roomalaisten juristien sosiaalisesta ja yhteiskunnallisesta havainnoinnista. Retoriselle topokselle puolestaan kaikki sellainen on huomionarvoista, joka voi vaikuttaa tuomarin ratkaisuun asiassa. Reettorin silmämääränä on yksinomaan suotuisa ratkaisu, kun juristin pyrkimyksenä on tuoda esiin jutussa relevantit seikat ja osoittaa oikea juridinen ratkaisu asiassa. Juristin pyrkimyksenä on saavuttaa episteemisesti perusteltu ratkaisu. Juridinen topos edustaa (ideaalisen) tuomarin näkökulmaa, kun retorinen topos taas edustaa intressentin näkökulmaa oikeuskysymyksiin.

Olisi aivan liian kaavamaisista rinnastaa juridinen topos testamentin kirjaimelliseen tulkintaan ja retorinen topos vastaavasti intentionaaliseen tulkintaan, vaikka tämä analogia onkin jossain mitassa perusteltavissa. Causa Curianassa testamenttimääräys oli määräys sijaisperillisestä, joka annettiin

¹¹²Sohm piirtää elävän kuvan Q. Mucius Scaevolasta juristina, Sohm s. 103.

¹¹³Centumvir oli vanha ja kunnianarvoisa sadasta tuomarista koostuva oikeus, jota käytettiin vain riita-asioissa julkisen edun ollessa suuri, etenkin perintöriidoissa. Centumvir-oikeudesta ks. Kaser s. 338.

¹¹⁴Ylöstalo toteaa, ettei causa Curianan merkitystä tule liioitella myöhemmän roomalaisessa oikeudessa harjoitetun testamentin tulkinnan ohjaajana. Ks. Ylöstalo 1954 s. 11–12 ja siinä esitetyt perustelut.

¹¹⁵Topos on kreikkaa ja merkitsee muun ohella päättelysääntöä tai argumentaatioperiaatetta, joka lienee sanan tarkin käännös (merkitys) tässä yhteydessä. Ks. Aristoteles 1358a 12–14 ja Perelman s. 37.

¹¹⁶Wieling s. 22.

määrätyn kaavan muodossa. Kyse ei siis ollut testamentista, jonka sisällöstä testamentin laatija olisi voinut itse määrätä vapaasti ja jonka perusteella oltaisiin testamentin kielellisiin ilmauksiin tukeutuen voitu esittää väitteitä testamentin tekijän tarkoituksesta. Tästä syystä juridisen topoksen mukaisen tulkinnan syrjäyttämistä ei *causa Curianan* kohdalla voida pitää erityisenä voittona intentionaalille tulkintatavalle. On huomautettava, että intentionaalinen tulkintatapa ei missään tapauksessa muutoinkaan vastaa retorisen topoksen mukaista asennoitumista testamentin tulkintaan. Intentionaalinen tulkinta on normatiivista, eli sitoviin oikeusnormeihin perustuvaa tulkintaa, eikä kaikesta juridisesta sääntelystä vapaata oikeuden manipulointia. Intentionaalinen tulkinta ei tarkoita oikeussääntöjen tulkittamista testamentin tekijän käsitysten tai varsinkaan intressien mukaisesti, vaan juridisten sääntöjen mukaan tehtävää, ja siis evidenssiin perustuvaa, testamentin tekijän tahdon selvittämistä. Intentionaalinen tulkinta on aidon juridisen topoksen ja eetoksen mukaisesti pyrkimystä tiedollisesti perusteltuun näkemykseen testamentin tekijän todellisesta tarkoituksesta.

Intentionaalista tulkintaa edellä hahmoteltua retorista toposta paremmin kuvaa Aristoteleen Retoriikassaan määrittelemä puhetaito. Oikea puhetaidon harrastaja ei Aristoteleen mukaan vetoa sellaisiin seikkoihin, jotka eivät pidä yhtä todellisten asiaintilojen kanssa. ”Ei näet pidä harhauttaa tuomaria saattamalla hänet tuntemaan vihaa, kateutta tai sääliä. Tämä olisi samaa kuin väärentäisi mitan, jota aikoo käyttää.”¹¹⁷ Intentionaalinen tulkinta on sukua Aristoteleen ajattelusta ideoitaan ammentaneelle, uusretoriikan nimellä kulkevalle argumentaatioteorian suuntaukselle, joka katsoo todellisuudessa esitettävien päättelyiden olevan ainakin siinä mielessä retorisia, etteivät ne jäännöksittä täytä muodollisen logiikan vaatimuksia.¹¹⁸ Argumentin tehtävä on vakuuttaa kuulija, ja useimmiten vakuuttaminen tapahtuu sitovaa deduktiivista päättelyä heikompien todistusmenetelmien avulla. Eräs tärkeä vakuuttamisen tilanne käytännössä on oikeudellisen argumentaation esittäminen, ja testamentin intentionaalinen tulkinta on eräs sellainen juridisen argumentaation muoto, jota elävän kielen semanttisiin ominaisuuksiin kohdistuvana ei voida edes periaatteessa viedä läpi yksin omaan sellaisten perusteluiden avulla, jotka rationaalisen ja älyllisesti rehellisen henkilön olisi välttämättä hyväksyttävä.

¹¹⁷ Aristoteles 1354a 24–26.

¹¹⁸ Uusretoriikan peruslähtökohdista ja tavoitteista ks. Perelman.

LÄHDEKIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis

- Kaarle Makkonen in memoriam. *Lakimies* 6/2000 s. 1032–1034.
- Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen. Näkökulma Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan. Teoksessa *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Toim. *Ari Hirvonen* ja *Kaarlo Tuori*. Helsinki 1990.
- Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.
- On Legal Reasoning. Turku 1977. (Aarnio 1977a)
- Suomalaisesta oikeusteoriasta 1900–luvulla. Teoksessa *Suomalaista oikeusteoriaa* osa I. Toim. *Juha Pöyhönen*. Helsinki 1977. (Aarnio 1977b)
- Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.

Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo

- Suomen jäämistöoikeus II. Testamenttioikeus. Helsinki 2000.

Aristoteles

- Retoriikka. Tampere 1997. Suom. *Paavo Hohti* ja *Päivi Myllykoski*.

Arnholm, Carl Jacob

- Arveretten. Oslo 1974.

Borum, O. A.

- Arveretten. København 1950.

Frege, Gottlob

- Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*. 100. 1892, s. 25–50.

Helin, Markku

- Kielitekojen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan. Teoksessa *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Toim. *Ari Hirvonen* ja *Kaarlo Tuori*. Helsinki 1990.

Kaser, Max

- Roomalainen yksityisoikeus. Suomeksi toimittanut *Hannu Tapani Klami*. Porvoo 1968.

Kelsen, Hans

- *Reine Rechtslehre*. Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien 1960.

Kempinen, Kullervo

- Hakusana Lakikieli. Teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica VII*. Helsinki 1999.

Kerridge, Roger – Rivers, Julian

- The Construction of Wills. *The Law Quarterly Review*. Vol. 116, April 2000, s. 287–317.

Lahtinen, Osvi

- Oikeushenkilöopista. Teoksessa *Suomalaista oikeusteoriaa I*. Toim. *Juha Pöyhönen*. Helsinki 1977.

Makkonen, Kaarle

- Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä. *Lakimies* 1959 s. 49–72.
- Johdatusta Osvi Lahtisen kirjoitukseen. *Suomalaista oikeusteoriaa I*. Toim. *Juha Pöyhönen*. Helsinki 1977.
- Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Kolmas laitos. Helsinki 1998.
- Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Helsinki 1981.

Perelman, Chaïm

- Retoriikan valtakunta. Suom. *Leevi Lehto*. Tampere 1996.

Ranta, Aarne

- *Type-Theoretical Grammar*. Oxford 1994.

Ross, Alf

- Om ret og retfærdighed. København 1953.

Schulz, Fritz

- Classical Roman Law. Oxford 1961.

Sohm, Rudolph

- Institutiot. Roomalaisen yksityisoikeuden historia ja järjestelmä. Porvoo 1924. Suom. *Arvo Haveri*.

Vesterdorf, Peter

- Testamenters fortolkning. Teoksessa *Irene Nørgaard, Jørgen Nørgaard et Peter Vesterdorf* Arveret. 3. udgave. København 1998.

Wieling, Hans Josef

- Testamentsauslegung im römischen Recht. Münchener Beiträge zur Papyrysforschung und Antiken Rechtsgesichte. München 1972.

Wittgenstein, Ludvig

- Filosofisia tutkimuksia. Suom. *Heikki Nyman*. Juva 1999.

von Wright, Georg Henrik

- Logiikka, filosofia ja kieli. Suom. *Jaakko Hintikka ja Tauno Nyberg*. Helsinki 1982.
- Norm and Action. London 1963.

Wróblewski, Jerzy

- Meaning and Truth in Judicial Decision. Helsinki 1979.

Ylöstalo, Matti

- Testamentin moitteesta. Helsinki 1953.
- Testamentin tulkinnasta. Helsinki 1954.

PHILOSOPHY OF LANGUAGE AND THE CONSTRUCTION OF WILLS

A will is a document which contains normative rules concerning the testator's estate. For this reason, the construction of wills has something in common with the interpretation of legal norms in general. However, there are remarkable differences. According to the Finnish law of inheritance, a will is to be construed in a way that pays attention to testator's intent. This legal rule gives a form to the principle of subjective interpretation. This principle presupposes that the expressions used in a will are not interpreted automatically, i.e., by giving them an established juridical meaning. That is to say, a will is to be construed according to general semantic principles instead of specific juridical rules of interpretation.

In the article, semantic theories are approached on the basis of the thinking of two philosophers, Gottlob Frege and Ludwig Wittgenstein. Both of them, and especially Wittgenstein, have had a lot of influence in Finnish legal theory.

Owing to the general semantic point of view, a will is to be construed in the light of essentially more material than is the case with the proper rules of law whose interpretation is strictly bound to the permitted sources of law. In the Finnish legal system, the interpretation material relating to the construction of wills is limited by the principle of "word boundary". The principle states that all the material that clarifies that testator's intentions within the language he has actually used can be taken into account. The application of the principle of word boundary is based on the general semantic properties of language. Therefore, by way of the philosophy of language, the function of the principle of word boundary and, even more generally, the demands that subjective interpretation sets to the construction of wills can be rendered more accurate.

Olli Rekola

**VAHINGONKORVAUSVASTUU
SIEMENTAVARAN KAUPASSA**

Sisällys

1	JOHDANTO	413
2	VAHINGONKORVAUSSÄÄNNÖSTEN ALKUPERÄ JA PERUSTEET	415
2.1	Suomi	415
2.2	Ruotsi	420
2.3	Ranska	422
2.4	Tiivistelmä	424
3	LAADUNVARMENTAMISEN VAATIMUS	425
3.1	Siementavaramarkkinoiden muuttuminen	425
3.2	Laadunvarmentamisen vaatimus ja vuoden 1975 laki	425
3.3	Siemenmarkkinasäännökset Euroopan yhteisössä	428
3.4	Virheistä ja vahingoista	429
3.5	Laadunvarmentajan vastuu	431
3.6	Tiivistelmä	433
4	KORVAUSVASTUU SUOMESSA JA ERÄISSÄ MUISSA EU-MAISSA	434
4.1	Suomi	434
4.2	Ruotsi	436
4.3	Ranska	437
4.4	Englanti	438
4.5	Saksa	440
4.6	Tiivistelmä	440
5	KORVAUSVASTUU SIEMENPERUNAN KAUPASSA	442
5.1	Kasvitautien leviämisen estäminen ja sitä koskevat säännökset	442
5.2	Vahingonkorvaussäännösten soveltaminen kasvitautitapauksiin	444
5.3	Vahingonkorvausvastuun tulkinnasta	445
5.4	Sertifiointimenetelmän pätevydestä	446
5.5	Tiivistelmä	448

6	VAHINGONKORVAUSSÄÄNNÖT KANSAINVÄLISESSÄ SIEMENTAVARAN KAUPASSA	449
6.1	Kylvösiemenen kauppaa koskevat kansainväliset kauppatavat ja säännöt	449
6.2	Siemenperunakaupan eurooppalaiset kauppatavat ja säännöt	452
6.3	Eräistä siemenperunakauppaa koskevista ulkomaisista sopimusehdoista	455
6.4	Tiivistelmä	457
7	VAHINGONKORVAUSOIKEUDESTA YLEENSÄ	458
7.1	Vahingonkorvausvastuun perusteista	459
7.1.1	Irtaimen kauppaa koskevat säännökset	459
7.1.2	Tuotevastuuta koskevista säännöksistä	461
7.1.3	Takuusta	462
7.2	Korvausvastuun rajoittamisesta	465
8	JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	466
8.1	Takuuopin soveltuminen siemenkauppaan	466
8.2	Vastuun rajoittamisesta kansainvälisessä siementavaran kaupassa	468
8.3	Erimielisyyksien ratkaisemisesta	468
	LÄHDEKIRJALLISUUS	470
	ON LIABILITY IN SEED TRADE	473

Vahingonkorvausvastuu siementavaran kaupassa

1 JOHDANTO

Kirjoituksessa pyritään selvittämään kahta asiaa: 1. siemenkauppalaian vahingonkorvaussäännösten kehittymistä ja sitä missä määrin nämä säännökset nykyisin poikkeavat muiden Euroopan maiden vastaavista säännöksistä ja 2. miten piilevät taudit siemenperunassa vaikuttavat vahingonkorvausvastuuseen.

Ensimmäiset siemenkauppaa koskevat säännökset annettiin Suomessa jo sata vuotta sitten. Niihin sisältyi rangaistussäännökseen liittyvä myyjän vahingonkorvausvastuuta koskeva säännös. Myöhemmin useaan kertaan uudistettuun lainsäädäntöön on sisältynyt itsenäinen, ankaraksi luonnehdittu vahingonkorvaussäännös. Muissa kirjoituksessa selostetuissa EU-maissa ei ole vastaavanlaista, nimenomaista vahingonkorvaussäännöstä.

Suomen liittyessä Euroopan yhteisöön jouduttiin siemenkauppalaainsäädäntöä muuttamaan EY direktiivien mukaisesti. Vahingonkorvaussäännös otettiin uuteen lainsäädäntöön pääosin sellaisena kuin se oli aikaisemmassa laissa.¹ Siemenkauppiaiden Yhdistys esitti vuonna 1999, että Suomen ankara vahingonkorvaussäännös poikkeaa muiden EU-maiden vahingonkorvaussääntelystä ja esitti, että lakia tai sen tulkintaa muutettaisiin vastaamaan eurooppalaista lainsäädäntöä. Siemenkaupalla Suomessa on ollut sellainen käsitys, että siementavaran toimittajan korvausvelvollisuus rajoituisi siemenkaupan kansainvälisten sopimusmääräysten mukaisesti enintään toimitetun tavarän arvoon.²

¹ Direktiivit eivät sisällä vahingonkorvausta koskevaa sitovaa ohjetta.

² Siemenkauppiaiden Yhdistys ry:n kirje maa- ja metsätalousministeriölle ym. 29.8.1999. Kirjeessä esitetään, että ”ennen EU-aikaa ankara vastuu voitiin siirtää ulkomaiselle siemenen tuottajalle. Kaupan ja maahantuojan vastuu koski ainoastaan kaupan tuottamuksesta toiminnasta johtuva virheestä. Siemenen liittyvästä virheestä vastasi siemenen tuottaja. EU:ssa siemenen markkinoija vastaa vain kaupallisesta virheestä. Korvausvelvollisuus rajoittuu vain siemenen hintaan, ei siemenellä tuotettuun satoon kuten Suomessa”.

Vahingonkorvausvastuun luonnehtiminen ankaraksi näyttää ratkaisevasti vaikuttaneen äskettäin siemenperunan kaupassa tehtyihin vahingonkorvausvastuun tulkintoihin. Näissä tapauksissa siemenperunan toimittajaa pidettiin korvausvelvollisena siitä, että kauppaa seuranneena kasvukautena viljelyksellä todettiin taudin saastunutta. Siemenperunan markkinoiden kehittymisen ja toimintaedellytysten kannalta olisi tärkeä selvittää, miten pitkälle toimittajan vastuu ulottuu siemenperunan piilevien, latenttien kasvitautilien aiheuttamasta vahingosta.

Kirjoituksessa selvitetään aluksi luvussa 2 siemenkauppalainsäädännön syntyä ja vahingonkorvausta koskevan sääntelyjen alkuperää ja perusteita. Luvussa 3 selostetaan kansainvälistä siementavaramarkkinoiden ja siemenkaupan lainsäädännön kehittymistä viime vuosisadan puolivälissä; se johti siementavaran laadunvarmentamisen vaatimukseen. Luvussa 4 selostetaan nykyisin voimassa olevia Suomen ja eräiden muiden EU-maiden siemenkaupan lainsäädäntöjen vahingonkorvausta koskevia säännöksiä. Luvussa 5 selvitetään kasvitaudeista aiheutuvaa vahingonkorvausvelvollisuutta siemenperunan kaupassa, erityisesti tyvimädästä johdosta tehtyjen reklamatioiden käsittelyä. Luvussa 6 selvitetään kansainvälisessä kaupassa noudatettavia vahingonkorvaussäännöksiä: Kansainvälisen siemenkauppiaiden liiton sopimusmääräyksiä ja Euroopan perunakaupassa noudatettavia kauppatapoja ja sääntöjä. Luvussa 7 käsitellään siviilioikeuden yleisiä vahingonkorvaussäännöksiä. Sen johdosta, että useissa maissa siementavaran vahingonkorvaukset perustuvat yleisiin siviilioikeuden säännöksiin, pyritään selvittämään, miten nämä säännökset ovat Suomessa kehittyneet, ja johtaisiko siviilioikeuden säännösten ja periaatteiden soveltaminen nykyään Suomessa myös 'ankaraan vastuuseen' siemenkaupan vahingonkorvaustapauksissa. Tämän selvityksen perusteella pyritään lopuksi luvussa 8 vastaamaan kysymykseen, voitaisiinko vakuustodistuksen antamiseen liittää vahingonkorvausvastuuta tarkoittava merkitys niin kuin eräissä muissa EU maissa, ja miten vastuunrajoitusta koskevia kansainvälisiä sopimusehtoja tulkitaan sekä esitetään eräitä riitojen ratkaisua koskevia suosituksia, erityisesti siemenperunan vahingonkorvaustapausten käsittelyn järjestämisestä.

2 VAHINGONKORVAUSSÄÄNNÖSTEN ALKUPERÄ JA PERUSTEET

2.1 Suomi

Ensimmäinen siementavaran kauppaa koskeva laki säädettiin Suomessa yli sata vuotta sitten. Vuonna 1899 annettiin valtiosäädäyille ehdotus asetukseksi keinotekoisten lannoitusaineitten ja valmistettujen rehuvarain ja siementavara- in kaupasta.³ Esityksessä todettiin, että lainsäädännön tarve näyttää käyvän yhä pakottavammaksi sen johdosta, että ulkomailla on ruvettu sää- tämään lakeja mainitunlaisten väärennettyjen aineitten kaupan estämisek- si. Esityksessä kerrotaan, että lakeja asiasta on annettu Belgiassa 1887, Rans- kassa 1888, Englannissa 1893 ja Tanskassa 1898, ja että Saksassa sekä Ruot- sissa on tehty ehdotuksia tällaisesta lainsäädännöstä.

Esityksessä selostetaan, miten maanviljelyshallituksen toimesta oli maan eri osissa jo vuonna 1894 otettu apilan- ja heinäsiemennäytteitä ja että niiden tutkimisen perusteella voitiin todeta siementavara- in kaupassa myy- tävän huomattavassa määrin ala-arvoista tavaraa. Suomessa löytyi mainit- tuna vuonna ”suunnattomasti suuria määriä semmoisia ulkomaan apilan ja timotein siemeniä, jotka eivät turvanneet ostajia turhilta tappioilta.” Nämä ja vastaavat selvitykset lannoitusaineiden ja rehuvarain kaupan epäkohdis- ta osoittivat semmoisen lainsäädännön tarvetta, ”jonka kautta saadaan ai- kaan keinotekoisten lannoitusaineitten ja valmistettujen rehuvarain sekä siementavara- inkaupan tarkastus.”

Siementavara- in kysynnän nopeasti kasvaessa ja kun oman maan tuotan- to ei kyennyt kysyntää tyydyttämään, alkoi Suomeen ”tulvia ala-arvoista ja väärennettyä siementavaraa, jota ei oltu saatu kaupaksi niissä maissa, mis- sä oli ryhdytty suojelutoimenpiteisiin tällaisen tavaran kauppaa vastaan”;⁴ yleisen rikoslain petoksesta annettuja säännöksiä ei voitu sovelluttaa mui- hin kuin törkeimpiin väärinkäyttöihin.

Valtiosäätäjien vastauksessa⁴ sanotaan ”että tämän lainsäädännön pää- perusteena on että itse kukin, joka ammattinaan harjoittaa puheenalaisten tavarain kauppaa, on velvollinen *antamaan vakuutta tavarain laadusta*, ol- len kuitenkin ostaja oikeutettu luopumaan vakuudesta, josta semmoisessa tapauksessa kirjallinen välipuhe on tehtävä kauppaa päätettäessä.”

³ Keisarillisen Majesteetin Armollinen esitys Suomenmaan Valtiosäädäyille.

⁴ Suomen Valtiosäätäjien alainen vastaus s. 3.

Valtiosäätäjien vastauksessa selitettiin, että kysymys on oikeastaan kuluttajansuojasta: ”(t)osin voisi, siihen nähden että ehdotetut säännökset oikeastaan tarkoittavat suojelusta kuluttajille, maanviljelijöille, panna arvelun alaiseksi eikä sitä ylempänä mainittujen tavarain kauppaa, joka tapahtuu kauppiasten tahi heidän asiamiestensä sekä valmistajain ja jälleenmyyjäin välillä, olisi erotettava siitä tarkastusvelvollisuudesta, mikä mainittuihin säännösten kautta toimeenpannaan, mutta kun yhteinen kansa pääasiallisesti maakauppiasten kautta hankkii mitä se puheena olevia tavaroita tarvitsee ja nämä eivät kykenisi antamaan tarkoitettua vakuutta tavarain laadusta, elleivät he tavaraa ostaessaan saisi sellaista, on näyttänyt tarpeelliselta että myöskin kauppiasten tahi heidän asiamiestensä välinen kauppa tulisi ehdotettujen säännösten alaiseksi”.⁵

Asetuksessa säädettiin, että se, joka ammatintapaisesti myy keinotekoisia lannoitusaineita tahi valmistettuja rehuvaroja tahi siementavaroita taikka välittää niiden myyntiä, oli velvollinen, ellei toisin ole kirjallisesti sovittu, antamaan ostajalle *nimikirjoituksellaan varustamansa todistuksen*, joka sisältää semmoiset tiedot tavarasta kuin asetuksessa tarkemmin mainitaan; ja on tavara katsottava myydyksi sillä vakuudella, että nämä tiedot ovat oikeat. Tästä todistuksesta käytetään nimitystä *vakuustodistus*.

Joka ei antanut säädettyä todistusta, oli asetuksen mukaan tuomittava enintään sadan markan sakkoon. Jos myyjä antoi todistuksen, joka oli ostajan haitaksi väärä tai tavarain nimitykseen nähden erehdyttävä ja jos myyjä harkittiin siihen vikapääksi, oli rangaistus enintään kaksisataa markkaa sakkoa. Jos myyjä tiesi tuon todistuksen vääräksi, oli rangaistus enintään viisisataa markkaa sakkoa, jollei rikollinen ollut tehnyt itseään vikapääksi rangaistukseen petoksesta. Rangaistussäännökseen liittyi myös vahingonkorvaussäännös (8 § 4 mom): ”Myyjä korvataan myös vahingon, joka ostajalle on sattunut sen kautta, että myyty tavara ei asianmukaisesti ole yhtäpitävä vakuustodistuksessa olevain ilmoitusten kanssa.”

Ostajan, joka tahtoi saada selville, oliko tavara ilmoitettua laatua, oli annettava, jollei toisin ollut sovittu, ottaa siitä näyte tarkastuslaitoksen tutkittavaksi. Jos ostaja ei sitä tehnyt, menetti puhevallan kauppaan, ei kuitenkaan, jos myyjä tiesi ilmoituksen vääräksi.

Yhä jatkuvat lukuisat petokset ”aiheuttivat Suomen maatalousseurojen keskusliiton jo vuonna 1907 anomaan”, että Hallitus antaisi 1909 valtiopäiville esityksen puheenaolevan asetuksen muuttamisesta. Tämän johdosta

⁵ Tämä selitys näyttää jo sisältävän tuotevastuun ajatuksen: vaikka myyjä vastaa ostajalle aiheutuneista vahingoista, jäänee vahinko viime kädessä sen korvattavaksi, joka tarkastuttaa tavarain ja laskee sen ensimmäisenä liikkeeseen.

silloinen Suomen Senaatti asetti vuonna 1909 komitean laatimaan tarpeelliseksi havaittuja muutosehdotuksia asiasta. Komitean ehdotukset eivät kuitenkaan johtaneet lain muuttamiseen: ”Komitean vuonna 1911 antamassa mietinnössä tehtyjä ehdotuksia ei kuitenkaan voida pitää onnistuneina, komitea kun on lähtenyt siitä väärästä periaatteesta, että siemenkaupan säännöstelyssä edelleenkin pääpaino olisi pantava vakuustodistukseen ja jälkitarkastukseen, sekä tällä pohjalla ryhtynyt laatimaan parannuksia ja lisäyksiä voimassa oleviin säännöksiin, vaikka kokemus on kyllin selvästi osoittanut että jälkitarkastus ei kykene suojelemaan väärinkäyttöiltä, vaan ainoastaan sellaisia paljastamaan”.⁶

Maassa tarvittiin siemenkauppaolojen uudelleen järjestämistä. ”Tämä näkyi siitä, etteivät erinäiset siemenkauppiat Suomessa anna vakuustodistusta ostajalle, vaikka jo voimassa oleva asetus heitä siihen nimenomaan velvoittaa, kun taas esimerkiksi Ruotsissa ja Tanskassa vakuustodistus on yleisesti käytännössä lain siihen nimenomaan velvoittamatta”.

Asetuksen tarkoituksena oli ollut antaa yksityiselle siemenostajalle tilaisuus saattaa myyjä edesvastuuseen silloin, kun ostaja jo on kärsinyt vahinkoa tapahtuneen väärinkäytön kautta; syytteen nostamista sekä korvauksen saantia varten on säädetty virallinen näytteenotto jälkitarkastuksineen. Viimeksi mainitut toimenpiteet olivat kuitenkin tehottomia, eikä jälkitarkastus pääsytäkään käytäntöön maanviljelijäin keskuudessa. Asetuksen mukaan myyjä oli velvollinen korvaamaan ostajalle koituneen vahingon ainoastaan, jos myyty tavara ei ole yhtäpitävä vakuustodistuksen kanssa, joten niissä lukuisissa tapauksissa, milloin vakuustodistusta ei ole annettu, myyjä pääsee ainoastaan sakoilla, vaikkakin tavara todistettaisiin olevan muuta kuin miksi se suullisesti on ilmoitettu.⁷

Se että asetuksella ei ollut tavoiteltua vaikutusta johtui myös siitä, että kukaan ei ollut velvollinen valvomaan asetuksen noudattamista, ja siitä, ”ettei sanottu asetus estä tai edes rajoita ala-arvoisen siemenen maahan tuontia, vaan sivuuttaa sen tarkoituksensa, jota varten siemenkauppaa koskeva lainsäädäntö alkuaan katsottiin tarpeelliseksi.”

Hallitus antoi vuoden 1919 valtiopäiville esityksen siementavaran maahan tuontia ja kauppaa koskevaksi laiksi. Perusteluissa todettiin, että aikaisempi asetus, ”jota laadittaessa maanviljelyksen ja kaupan ristiriitaiset edut olivat toisiansa vastassa ja jossa jälkimmäiset pääsivät voitolle, ei ole, vaikkakin se oli aiottu suojaksi ala-arvoisten maanviljelijästarvikkeiden myyntiä

⁶ HE 43/1919 vp. s. 3.

⁷ Sama s. 2.

ja huonoja kauppatapoja vastaan, käytännössä näyttäytynyt tehokkaaksi ainakin siemenkauppaan nähden, vaan vielä toistakymmentä vuotta ase-
tuksen voimaan astumisen jälkeen olivat väärinkäytöt maamme siemen-
kaupoissa yleiset.”

Lakiesityksen perusteluissa esitettiin, että väärinkäyttäjien estämiseksi siemenkaupassa olisi pantava pääpaino suoje-
lus- ja ehkäisytoimenpiteille eikä jo tapahtuneiden väärinkäyttäjien rankaisemiselle ja niistä aiheutuneen vahingon korvaamiselle. Siemenkaupan säännöstely on sen vuoksi, että sil-
lä on aivan perustava merkitys maanviljelys- ja puutarhatuotannolle, ver-
rattava ravintoaineiden kaupan silmälläpitoon,⁸ mitä yhteiskunnan puolel-
ta pyritään järjestämään, mikäli mahdollista jo ennen tavaran myyntiä, joi-
ten yksityisen kansalaisen tehtävä samassa määrin supistuu ja rankaisutoi-
menpiteet samoin kuin korvausvaatimuksetkin jäävät poikkeustapauksiksi.

Tällainen siemenkaupan järjestely edellytti kuitenkin siementarkastuksen keskittämistä yhteen ainoaan, kernaimmin valtion siementarkastuslaitok-
seen, joka on velvollinen pitämään silmällä siemenkauppaa harjoittavien lii-
kkeiden siemenvarastoja, omasta aloitteestaan toimittamaan sellaisissa varastoissa tarkastuksia ja myytyjen siementen jälkitarkastuksia sekä ilmoittamaan väärinkäyttöihin syylliset syytteeseen pantaviksi, minkä ohessa tarkastuslaitoksen olisi saamiensa tietojen perusteella julkaistava ajoit-
taisia yleiskatsauksia kaupassa olevan kylvösiemenen laadusta ja omien tutkimuksiensa tuloksista.

Laki siementavarain maahantuonnista ja kaupasta annettiin vuonna 1919.⁹ Sen mukaan siementavarain maahantuonti ja kauppa säädettiin maatalous-
hallituksen valvonnan alaiseksi. Valtion siementarkastuslaitoksen tehtävä oli huolehtia tarpeellisesta virallisesta siementarkastuksesta. Maatalousmi-
nisteriön asiana oli maataloushallituksen esityksestä kieltää sellaisen siemen-
tavarain maahantuonti, josta on syytä pelätä, ettei se ”alkuperänsä vuoksi Suomessa menesty, taikka että se levittää vaarallisia kasvitaukeja tai viljelyk-
selle erikoisesti vahingollisia loisia.”

Maataloushallituksen tuli kutakin myyntikautta varten siementarkastus-
laitoksen esityksestä määrätä tärkeimmille siementavaroille ne laatuvaati-
mukset, jotka siemenen puhtaus- ja itävyysprosenttiin sekä rikkaruoho-
pitoisuuteen nähden on sinä myyntikautena myytäväksi aiotulle siemenelle asetettava. Kun siementavaraa myydään säkkiin tai muuhun suljettuun pääl-

⁸ Ranskassa maataloustarvikkeiden ja -tuotteiden sekä elintarvikkeiden kaupan petosten ehkäisemistä koskevat säännökset otettiin samaan lakiin; kts jäljempänä Ranskaa koskeva selostus.

⁹ Laki siementavarain maahantuonnista ja kaupasta (150/1919).

lykseen pantuna, on jokainen päällys varustettava selvällä todistuksella, josta kävi ilmi laissa säädetyt tiedot.

Lakiin sisältyi edelleen rangaistussäännös, mutta vahingonkorvaussäännös oli itsenäisenä säännöksenä: ”Vahinko, joka ostajalle aiheutuu siitä, että siemen on tuotu maahan tai myyty vasten tämän lain määräyksiä tai ei ole yhtäpitävä vakuustodistuksessa olevien ilmoitusten kanssa, on vahinkoon syyppään korvattava. Vahingon suuruutta tutkittaessa harkitkoon oikeus vapaasti, huomioonottamalla kaikki asiaan vaikuttavat asianhaarat, minkä verran korvausta on suoritettava.”

Vuoden 1919 laki ei kuitenkaan sekään saanut siemenkaupassa aikaan riittävästi parannusta. Niinpä hallitus antoi vuoden 1936 valtiopäiville esityksen uudeksi siemenkauppalaiksi.¹⁰ Perusteluissa todetaan, että vuoden 1919 laki on osoittautunut eräissä kohdin siksi puutteelliseksi, että sen uudistaminen on tarpeen. Esityksen perusteluissa todetaan, että varsinkin tilapäisten myyjien antamat todistukset ovat usein epäluotettavia, aiheuttaen tämä ostajille hyvinkin tuntevia tappioita sekä sekaannuksia ja riitaisuuksia. Tämän katsottiin johtuvan siitä, että siemenkauppalaki ei velvoittanut myyjää antamaan ostajalle *viralliseen* tarkastukseen perustavaa vakuustodistusta. Sen vuoksi uudessa laissa¹¹ säädettiin, että myyjän oli annettava valtion siementarkastuslaitoksen suorittamaan tarkastukseen perustuvat tavarankäyttöarvoa osoittavat tiedot. Vuoden 1937 laissa vahingonkorvaussäännös oli samansisältöinen kuin vuoden 1919 laissa.

Puutteena vuoden 1919 laissa pidettiin myös sitä, ettei laki lainkaan säännöstele siementen ulkomaille vientiä, mikä seikka on omiaan vaarantamaan suomalaisen siementavaran ulkomaista mainetta ja aiheuttamaan kotimassa siementavaran puutetta. Hallitus esitti, että siemenkaupan valvonnan helpottamiseksi olisi tarpeen, että siemenkaupan harjoittajat olisivat velvollisia ennen toimintansa aloittamista tekemään tästä ilmoituksen maataloushallitukselle sekä pitämään siemenkaupastaan kirjaa.

Vuonna 1937 annettiin myös *asetus*,¹² jonka mukaan virallisella lyijykeellä saatiin sulkea vain siemenenä, joka oli kasvilajia tai -laatua, jonka maataloushallitus, maatalouden koetoiminnan keskusvaliokuntaa kuultuaan oli julistanut arvokkaaksi maassamme viljeltäväksi tai maasta vietäväksi. Lyijytettävän siementavaran tarkastuksen sai suorittaa valtion siementarkastuslaitos tavarankäytön omistajan pyynnöstä. Laitos antoi myös siementava-

¹⁰ HE 56/1936 vp.

¹¹ Laki siementavaran maahan tuonnista, maasta viennistä ja kaupasta (148/1937).

¹² Asetus siementavaran varustamisesta virallisella todistuksella ja lyijykeellä (371/1937).

ran viljelemistä ja käsittelyä koskevat määräykset. Vuonna 1949 annettiin vastaavansisältöinen *asetus*¹³.

Näissä asetuksissa säädettiin, että virallisesti lyijytettävän siementavaran kaupasta oli 'soveltuvin' osin voimassa, mitä laissa säädetään. Säännöksistä ei selviä, soveltuiko vahingonkorvaussäännös lyijytetyn siementavaran kauppaan. Jäljempänä Ruotsin lainsäädäntöä koskevassa selostuksessa todetaan, että Ruotsissa vuoden 1928 kylvösiemenlaki ei koskenut lainkaan viranomaisen varmentamaa siementavaraa. (Kts. alaviite 17)

2.2 Ruotsi

Ruotsissa hallitus antoi maataloushallitukselle vuonna 1921 tehtäväksi laatia ehdotus toimenpiteiksi huonolaatuisen kylvösiemenen leviämisen torjumiseksi.¹⁴ Maataloushallitus totesi ehdotuksessaan lähtökohtaisesti, että yhdessä tai useammassa suhteessa ala-arvoisen kylvösiemen käyttämisestä aiheutui vaaraa maan maataloudelle. Riittävästi kokemusta oli siitä, että heikosti itävän kylvösiemenen käyttämisestä saattoi aiheutua heikko sato tai jopa kato. Mutta myös kylvösiemenen muut heikot ominaisuudet saattavat niin vahvasti vaikuttaa tuotantokykyyn, että sellaisen käyttäminen voi tuottaa onnettomuutta viljelijälle. Tietyt siemenet, jotka voivat olla sopivia maan eteläosissa, voivat puutteellisen kestävyuden vuoksi tuottaa heikon sadon tai kadon maan keski- ja pohjoisosissa. Tästä huolimatta myytiin julkisesti kaupassa suuria määriä kylvösiementä, joiden mainittuja ominaisuuksia ei ollut lainkaan tutkittu; niitä tarjottiin usein väärällä alkuperä- ja lajikenimellä. Suurta vahinkoa aiheuttivat myös tarttuvat (kasvi)taudit, joista monet leviävät vain kylvösiemenen mukana.

Maataloushallituksen selvityksen mukaan rikkakasvien maataloudelle aiheuttamat vahingot olivat huomattavat ja aiheuttivat vuosittain suuria menetyksiä. Ne vahingot ja menetykset, joita ala-arvoisen kylvösiemenen käyttäminen aiheutti eivät kohdistuneet vain yksittäisiin viljelijöihin, vaan koskivat koko yhteiskuntaa. Maataloushallitus piti tämän vuoksi välttämättömän tarpeellisen toimenpiteitä näiden epäkohtien korjaamiseksi ”eikä epäröinyt ehdottaa lainsäädännöllisiä toimia, niin kuin monissa muissa maissa oli tehty”.

Vuonna 1927 annetusta hallituksen esityksestä¹⁵ selviää, että Ruotsissa oli jo vuonna 1902 harkittu kylvösiemenlain säätämistä, mutta siitä oli tuol-

¹³ Asetus valio- ja laatusiemenen vaatimuksista (892/1949).

¹⁴ Kungl. Maj:ts proposition nr 77/1927.

¹⁵ Sama.

loin luovuttu lähinnä sen vuoksi, että virallista siementarkastustoimintaa ei ollut järjestetty ja epäilyjä oli kohdistunut myös tarkastusmenetelmiin. Esityksessä todettiin nyt, että sen jälkeen kun valtion keskussiementarkastuslaitos on aloittanut toimintansa ja kun myös siementarkastuslaitosten käyttämät tarkastusmenetelmät ovat huomattavasti parantuneet, ei näitä esteitä lain säätämiseksi enää ollut olemassa.

Esitystä perusteltiin myös sillä, että Tanskassa, ”olosuhteet ovat antaneet aiheen siemenkaupan lainsäädäntöä koskevan selvityksen käynnistämiseen, luonnollisesti siinä tarkoituksessa, että vähemmän huolelliset siemenkauppiat saataisiin tarkastusten piiriin. Vapaaehtoinen omaehtoisesti toimiva tanskalainen tarkastusjärjestelmä auttaa pitämään kehittyneemmän siemenkaupan korkealla tasolla, mutta ei suojaa maatalouden harjoittajia niiltä riskeiltä, joita muu siemenkauppa aiheuttaa.”

Kylvösiemenlaissa¹⁶ säädetään, että myyjä on velvollinen, viimeistään silloin kun tavara luovutetaan, ilmoittamaan kirjallisesti tavaran laatua koskevat tiedot.¹⁷ Jos myyjä ei kaupan yhteydessä suullisesti tai kirjallisesti ole antanut ostajalle määrättyjä tietoja siemenen puhtausasteesta, rikkakasvi-pitoisuudesta tai itävyydestä, jotka lain mukaan on annettava viimeistään silloin kun tavara luovutetaan, *on hänen katsottava vakuuttaneen*, että siemen luovutettaessa vastaa voimassa olevia, kysymyksessä olevan lajin normaaliarvoja; mikäli normaaliarvot puuttuvat, kohtuullisia hyvälle siementavarakalle asetettavia vaatimuksia. Maataloushallitus vahvistaa tarpeelliseksi katsomassaan laajuudessa normaaliarvot kunkin vuoden sadolle.

Esityksen perusteluissa selitetään, että tietojen antaminen, johon tulee liittyä *vakuutus*, että kylvösiemen on sellaista kuin tiedoista ilmenee, perustaa yksityisoikeudellisia velvoitteita. Niitä, sikäli kuin laista ei muuta seuraa, *on arvioitava yleisten voimassa olevan siviilioikeuden säännösten mukaan*. Kauppaa koskeviin säännöksiin aiheutuu muutoksia vain siinä määrin kuin niistä tässä laissa annetaan erityisiä määräyksiä. Perusteluissa sanotaan, että lain tavoitteet huomioon ottaen, ei ole sopivaa sallia sopimusvapauden vallita tapauksissa, joista on pidetty tarpeellisena tässä kylvösiemenlaissa antaa erityisiä, sisällöltään siviilioikeudellisia säännöksiä. Näidenkin säännösten tulee siten olla luonteeltaan pakottavia. Vahingon-

¹⁶ Utsädeslag SFS 289/1927.

¹⁷ Tämä velvollisuus ei koskenut: (1) sitä, joka oli tuottanut siemenen ja myy sen tekemättä julkista tarjousta ja myy sen jollekin, joka ei itse käytä sitä kylvösiemeneksi; (2) kun kauppa tehdään kauppiaiden kesken liikekauppana eikä (3) kun siementavara on pakattu päällykseen, joka on varustettu siementavaran virallista lyijyttämistä koskevien säännösten mukaisesti ehjällä lyijykkeellä ja lyijytystodistuksen voimassaoloaika ei ole päättynyt tavaraa luovutettaessa.

korvausvastuuta voitiin rajoittaa vain, jos siitä oli kirjallisesti ja selvästi sovittu.

Jos kaupan yhteydessä on sovittu myyjän korvausvelvollisuuden rajoittamisesta siltä varalta, että tavarassa on virhe, ei myyjä voi tällaiseen sopimukseen vedota, ellei sitä ole sovittu kauppaa koskevassa kirjallisessa sopimuksessa tai muulla tavalla kuin vain viittaamalla hintaluetteloon tai siihen rinnastettavaan ilmoitukseen. Jos myyjä ei täytä säädettyä ilmoitusvelvollisuutta, rangaistaan sakoilla. Jos todetaan, että myyjän antamat tiedot eivät ole oikein, rangaistaan päiväsakolla; ei kuitenkaan, jos myyjä ei tieninyt taikka hänen ei pitänyt tietää virheellisyydestä.

2.3 Ranska

Ranskassa kylvösiemenen ja muidenkin maataloustarvikkeiden ja -tuotteiden sekä elintarvikkeiden kaupan säännökset perustuvat vuonna 1905 annettuun lakiin petosten torjumisesta.¹⁸ Tätä lainsäädäntöä ja siihen perustuva hallinnollista järjestelmää kuvataan vuonna 1959 julkaistussa kirjassa *Les Fraudes*.¹⁹ Kirjan alussa on historiallinen kuvaus petosten vastustamisen syistä ja alkuperästä. Tiivistettynä kuvaus on seuraavanlainen.

Petoksia on tehty kaikkina aikoina. Ihmiset eivät ole syntyjään lojaaleja ja kunniallisia. He ovat aina tienneet, että toimittamalla laadultaan huonompaa tai määrältään vähemmän kuin normaalisti pitäisi, he voivat ansaita huomattavasti. Vaikka jokaisen yksittäisen petoksen vaikutukset yleensä ovat rajalliset, niillä on yhteen laskettuna tuhoisa vaikutus. Petosten pitkän ajan vaikutukset ovat paitsi aineellisesti myös psykologisesti kaikille haitallisia. (s. 8)

Petokset, väärennökset ja väärinkäytökset vahingoittavat sekä tuottajien että kauppiaiden yhteisön mainetta. Kuluttajat, jotka ostavat elintarviketta, joka esitellään tavanomaisen, mutta joka on arvoltaan ja määrältään vähäisempi, eivät useimmiten esitä valitusta, koska se vaatisi toimenpiteitä, aikaa ja usein kuluja. Mutta eivät he unohda asiaa; he puhuvat ja heillä on taipumus laajentaa kielteinen mielipiteensä kaikkiin niihin, jotka tuottavat ja myyvät samoja tuotteita. (s.9)

Monissa väärinkäytöksissä: tavallisissa varkauksissa, petoksissa, väkivaltaisuuksissa jne. voidaan ajatella, että uhrit valittavat osakseen tulleesta

¹⁸ Loi sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et de produits agricoles, du 1er Août 1905.

¹⁹ Vivez, J.

vääryydestä. Kaupallisissa petoksissa se on kuitenkin aika harvinaista. Uhrit, jotka ovat yleensä kuluttajia, epäröivät hukata aikaansa, todistamisen vaikeuksia ja kuluja. Niinpä he usein vain vaihtavat toimittajaa tai suhtautuvat vain välinpitämättömästi. Näistä syistä kaikki maat kaikkina aikoina ovat pyrkinet ehkäisemään, paljastamaan ja torjumaan välittömästi petoksia, odottamatta uhrien reagoimista, jota ei ehkä koskaan tapahdu. (s.11)

Kaupallisia petoksia, väärennöksiä ja väärinkäytöksiä koskeva lainsäädäntö ja hallinto perustuu vuoden 1905 lakiin. Senaatille vuonna 1898 annetussa lakiesityksessä pyrittiin luomaan yleinen petoksia koskeva lakiteksti. Siitä saatiin vaivalloisen valmistelun ja monien neuvottelujen jälkeen hyvin merkittävä laki, joka yhdessä monien täydennysten ja seurannaisten lakien kanssa muodostaa ”ainutlaatuisen välineen” petosten ehkäisemiseksi ja rankaisemiseksi.

Tämä kuuluisa ’vuoden 1905 laki’ antaa mahdollisuuden rangaista ankarasti erehdyttämisestä, väärennöksistä ja muista petoksista sekä ehkäistä niitä hallinnollisilla määräyksillä (s 21–22). On olemassa kaksi järjestelmää ehkäistä markkinoilla esiintyviä haitallisia käytäntöjä tai epärehellisiä toimia: ensinnäkin määritellä ja antaa säännöksiä tuotteista, ja sitten tarkastaa niitä sen toteamiseksi, että vaatimuksia on noudatettu. Lain 11 artiklan nojalla voidaan antaa hallinnollisia määräyksiä, jotka koskevat: (1) kaikkea tuotteiden myyntiä, ostettavaksi tarjoamista, esittelyä ja varastointia; (2) merkintöjä ja merkkejä, joita voidaan vaatia laskuihin, tavarana päällyksiin tai itse tuotteisiin ostajan eduksi *myyjän puolesta annettuna vakuutena*, välttämättömänä tapana luotettavuuden varmistamiseksi tavarana myynnissä tai kaupanpitämisessä.

Kuten kaikissa rikoksissa, niin myös väärennöksissä, jos syylliseksi epäilty on tehnyt teon erehdyksestä tai huomaamattaan, häntä ei rangaista. Rikollista tarkoitusta ei oleteta, mutta se voidaan todistaa ’millä keinolla hyvänsä’. On kuitenkin edellytettävä, että valmistaja ja tuottaja tuntee sen, mitä tuottaa ja että hänen ammattitaitonsa on riittävä sen tuntemiseen, mitä tarjoaa markkinoille. Sen sijaan, jos myydään toiselta saatu väärennetty tuote, vaikka kysymyksessä olisi ammattimainen kauppias, on varmistuttava siitä, tunsiko myyjä tilanteen. (s.35)

Eräiden erityislakien lisäksi erityisesti julkisen hallinnon asetuksilla, annetaan määräyksiä tuotteiden tai tuoteryhmien vaatimuksista. (s.58) Petosten ehkäisemiseksi järjestetään tuotteiden valvonta, joka vaikuttaa monella eri tavalla tuotannon ja kaupan toimintaan. Tiettyjen tuotteiden, kuten kasvien ja siementen – erityisesti siemenperunan – kaikki viljelykset tarkastetaan ja lyijykkeellä varustettujen säkeissä pitää olla vakuustodistus. (s.70)

2.4 Tiivistelmä

Siementavaran markkinat alkoivat kehittyä Euroopassa runsaat sata vuotta sitten. Kun kysyntä kasvoi, mutta ostajan oli vaikea arvioida kaupan olevan tavaran laatua, seurasi siemenkaupassa ennen pitkää huomattavia epäkoh-
tia; myytiin paljon ala-arvoista kylvösiementä. Huonon kylvösiemenen käytöstä kasvinviljelyssä aiheutuu suuria menetyksiä maataloudessa. Kun maataloudella oli tuon ajan yhteiskunnassa suuri taloudellinen merkitys, on ymmärrettävää, että monissa maissa ryhdyttiin toimiin siemenkaupan epäkoh-
tien poistamiseksi säättämällä erityiset siementavaran kauppaa koskevat lait. Lainsäädäntö on sisältänyt pääasiassa sen, että myyjän on annettava osta-
jalle tiedot ja takuu tavaran laadusta. Lainsäädännön toimeenpanoa varten valtiot perustivat siementarkastuslaitoksia ja viranomaisen tuli valvoa sie-
mentavaran kauppaa ja markkinoita.

Suomessa ensimmäiset säännökset annettiin vuonna 1900. Lainsäädän-
töä on uusittu useita kertoja. Suomen lainsäädännössä on vakuustodistuksen
antamista koskevan säännöksen lisäksi vahingonkorvaussäännös, jonka
mukaan myyjän on korvattava vahinko, joka aiheutuu siitä, että annetut
tiedot eivät pidä paikkaansa. Lain esitöistä selviää, että tuolloin ajateltiin,
että vakuustodistuksen antamiseen liittyi vahingonkorvausvastuu.

Ruotsissa ensimmäinen siemenkauppalaki annettiin vasta vuonna 1928.
Siihen ei otettu erillistä myyjän vahingonkorvausvastuuta koskevaa sään-
nöstä, vaan korvauskysymys jätettiin siviilioikeuden säännösten varaan. Vas-
tuu seurasi siitä, että myyjä joutuu antamaan nimenomaisen takuun tieto-
jen oikeellisuudesta. Jos tietoja ei ollut annettu on hänen katsottava vakuut-
taneen, että siemen vastaa hyvälle siementavaralle asetettavia vaatimuksia.
Siementuotanto ja -markkinat olivat Ruotsissa tuolloin jo varsin kehitty-
neet ja virallinen siementarkastustoiminta järjestetty.

Ranskassa ei säädetty erityistä siemenkauppalakia, vaan siemenkauppa
on säännelty hallinnollisin asetuksin, jotka perustuvat petosten torjunnasta
vuonna 1905 annettuun lakiin. Myyjän vahingonkorvausvastuu seuraa sii-
tä, että myyjän on annettava takuu antamistaan tiedoista.

Viime vuosisadan puolivälin jälkeen, kasvinjalostuksen kehittyessä ja
markkinoille tulevien kasvilajikkeiden määrän lisääntyessä, kylvösiemen-
tuotanto ja -markkinat alkoivat kehittyä niin, että kaupassa ei esiintynyt
enää sellaisia epäkohtia, joiden torjumiseksi lainsäädäntö oli aikanaan luo-
tu. Lainsäädännöllä oli nyt tarpeen varmentaa, että ostaja saa oikein nimet-
tyä kylvösiementä; sillä oli näin ollen edelleen maataloustuotannon edelly-
tysten turvaamisen tarkoitus.

3 LAADUNVARMENTAMISEN VAATIMUS

3.1 Siementavaramarkkinoiden muuttuminen

Siementavaramarkkinat alkoivat muuttua oleellisesti sen jälkeen kun markkinoille, kasvinjalostuksen edistyessä tuli uusia, entistä parempia viljelysaineistoja, kasvilajikkeita. Kysyntä markkinoilla kohdistui entistä enemmän jalostettujen lajikkeiden siementavaraan. Samoihin aikoihin alettiin, kasvinjalostajien järjestöjen vaatimuksesta eräissä maissa tunnustaa jalostajalle yksioikeus kehittämänsä lajikkeen hyödyntämiseen. Kasvinjalostajan oikeuden tunnustaminen sisälsi sen, että jalostajan tuli saada jalostamansa lajikkeen siementavaran myynnistä, lajikkeen hyväksikäytöstä pieni korvaus. Käytännössä suojatun lajikkeen siementä ei saa markkinoida ilman lajikkeenomistajan suostumusta. Vuonna 1961 perustettiin liitto kasvinjalostajanoikeuksien suojaamiseksi (UPOV) ja Kansainvälinen sopimus kasvinjalostajanoikeudesta.²⁰

Lajikkeiden määrän lisääntyessä tuli entistä tärkeämmäksi, että kaupan pidetty siementavara oli lajikkeeltaan oikein nimettyä ja lajikepuhdasta. Tämä edellytti siementavaran lajikkeen varmentamisesta. Sitä varten siementuotanto oli järjestettävä niin, että tuotanto perustui kasvinjalostajan tuottaman lajikeaineiston lisäysviljelyyn. Siemenkaupan lainsäädännöllä vahvistettiin näin myös kasvinjalostajan asemaa markkinoilla. Tästä on vähitellen seurannut, että siemen/lajikemarkkinat ovat alkaneet keskittyä ja siirtyä kasvinjalostusyritysten haltuun. Tällä markkinoiden muutoksella on ollut merkitystä myös siinä suhteessa, että lajikkeen omistajalla tai lisenssinhaltijalla, tavarantoimittajalla on intressi ottaa vastuu lajikkeen kylvösiemenestä markkinoinnista eri tavalla kuin siementavaran myyjällä aikaisemmin.

3.2 Laadunvarmentamisen vaatimus ja vuoden 1975 laki

Kansainvälisten siemenmarkkinoiden toimivuus edellytti kansainvälisesti hyväksytyjen menetelmien käyttämistä siementavaran lajikkeellisuuden varmentamiseen. Taloudellisen yhteistyön kehittämissijajärjestön (OECD) toi-

²⁰ Union pour la Protection des Obtentions Vegetales; International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, December 2, 1961. Liittoon voivat liittyä maat, jotka lainsäädännössään tunnustavat kasvinjalostajanoikeuden. Se on patenttiin rinnastettava immateriaalinen oikeus. Oikeuden vähimmäisvaatimukset määrittellään konventiossa. Suomi liittyi UPOV:iin vuonna 1993.

mesta laadittiin vuonna 1958 kansainvälinen järjestelmä kylvösiementen lajikkeellisuuden varmentamiseksi.²¹ OECD:n järjestelmä ei koske siemenperunaa. Siemenperunan kansainvälisen kaupan turvaamiseksi Yhdistyneiden kansakuntien Euroopan talouskomissio (YK/ECE) laati suosituksen siemenperunan kauppalaadun sertifiointin standardista.²² Se sisältää siemenperunan tuottamiselle asetettavia vaatimuksia, joiden tarkoitus on varmistaa paitsi lajikkeellisuus, myös ja erityisesti, että kaupan pidettävä siemenperuna on tuotettu niin, että siinä ei esiinny haitallisten kasvitautien aiheuttajia.

Kansainvälisen kaupan kehityksen seurauksena tuli ajankohtaiseksi myös Suomessa muuttaa siemenkaupan lainsäädäntöä. Lainsäädännön uudistamista koskeva esitys annettiin eduskunnalle vuonna 1975.²³ Siementavaran kaupasta samana vuonna annetun lain mukaan maa- ja metsätalousministeriö voi päättää, mitä siementavaroita saa vähittäiskaupassa pitää kaupan vain luvan nojalla vähittäismyyntipäällykseen pakattuna tai valtion siementarkastuslaitoksen valvonnassa tuotettuna ja pakattuna. Lain soveltamisalaa laajennettiin niin, että siihen tuli kuulumaan siemenperuna.²⁴

Maatilahallituksen oli pidettävä luetteloa niiden tärkeimpien kasvilajien kasvilajikkeista, joiden viljely oli osoittautunut tarkoituksenmukaiseksi.²⁵ Luetteloon merkityistä lajikkeista sai pitää kaupan vain lajikkeen jalostajan lajikeaineistosta tai valtion siementarkastuslaitoksen hyväksymästä aineistosta laatuluokkajärjestelmän mukaisesti tuotettua siementavaraa.

Laatuluokkajärjestelmä sisälsi sen, että lajikkeen jalostajan tuottamasta lajikkeen lisäysaineistosta polveutuvaa siemenestä sai tuottaa valtion siementarkastuslaitoksen valvonnassa periaatteessa niin kauan kuin tuotanto täytti lajikepuhtaudelle asetetut vaatimukset, käytännössä kolmessa–neljässä polvessa. Siementarkastuslaitoksen oli tarkistettava polveutuminen, tarkastettava siemenviljelykset ja valvottava tavaran varustaminen *vakuustodistuksella*.

²¹ OECD Varietal Certification of Seeds.

²² UN/ECE Standard concerning the certification and commercial quality control of Seed Potatoes moving in international trade between and to UN/ECE member countries.

²³ Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi siementavaran kaupasta. HE 7/1975 vp.

²⁴ Laki siementavaran kaupasta (669/75).

²⁵ Se että tavaraerä on lajikkeeltaan oikein nimettyä ja täyttää tekniset kylvöarvolle asetetut vaatimukset itävyydestä, puhtaudesta ja rikkakasvien enimmäismäärästä ei vielä takaa, että lajike soveltuu viljeltäväksi sillä alueella, missä sitä markkinoidaan. Kun yhteiskunnalla oli intressi suojata maataloutta maamme kasvuoloihin soveltumattoman kylvösiemenen käyttämiseltä, säädettiin, että lajikkeiden viljelyarvo on selvittävä lajikekokeissa. Kaupan sai pitää vain lajikeaineistoa, jonka oli todettu soveltuvan maamme kasvuoloihin.

Myyjän oli lain mukaan annettava ostajalle vakuustodistus. Sen tuli sisältää tiedot tavarán laadusta ja siitä, että siementarkastuslaitos oli laadun varmistanut. Lain mukaan vakuustodistuksen tietojen on perustuttava valtion siementarkastuslaitoksen suorittamaan tarkastukseen, joka on suoritettava, jollei laitos toisin määrää, laitoksen valtuuttaman henkilön tavarasta ottamaan näytteeseen. Vakuustodistuksen suhdetta siihen, että viranomaisen varmentaa laadun ei lakiesityksen perusteluissa selvitetty.²⁶

Hallituksen esityksessä ehdotettiin, että vahingonkorvaussäännös otettaisiin uuteen lakiin sellaisena kuin se oli voimassa olleessa laissa: ”vahinko, joka siementavaran käyttäjälle aiheutuu siitä, että siementavara ei ole siitä annettujen tietojen mukaista oli myyjän korvattava.” Kun laissa säänneltiin varsin yksityiskohtaisesti siementavaran tuottamista ja kun viranomaisen oli varmennettava tavarán laatu, ei vahingonkorvaussäännöksen tarkoitus enää liittynyt petosten torjumiseen, vaan kysymys oli enemmän siitä, kenen tuli kantaa vastuu, jos tavarassa on virhe. Eduskunnan mielestä myyjän korvausvastuu olisi liian ankara varsinkin sellaista vähittäiskauppiasta kohtaan, jonka toimenpiteisiin ei sisälly moitittavuutta. Vahingonkorvaussäännös sai eduskunnassa seuraavan sanamuodon ”Vahinko, joka siementavaran käyttäjälle aiheutuu siitä, että siementavara ei ole siitä annettujen tietojen mukaista, on tavarán kunnostajan ja pakkaajan korvattava. Sama vastuu on myyjällä, jos hän huolimattomuudellaan on aiheuttanut vahingon”.²⁷

Vuoden 1975 lakiin otettiin edelleen myös rangaistussäännös sen varalta, että myydään siementavaraa, joka ei täytä vähimpiä laatuvaatimuksia. Kun viranomaisen varmentaa tavarán laadun, täytynevät rangaistavuuden subjektiiviset edellytykset enää harvoin. Ruotsin laissa onkin rangaistavaksi säädetty vain virheellisten tietojen antaminen sertifiointiviranomaiselle.²⁸

Vuonna 1985 lakiin lisättiin siementavaran ennakkovakuustodistuksella myymistä koskeva säännös (327/1985); sen mukaan vahingonkorvausvastuu tällaisessa myynnissä perustuu nimenomaan sitoumuksen antamiseen: sie-

²⁶ Vakuustodistuksen antamista koskevan säännökseen ei ole liitetty mitään juridista merkitystä, vaikka tuossa vaiheessa, kun siementavaran tuottamista ja markkinointia koskevat säännökset oleellisesti muuttuivat, olisi ollut tilaisuus kehittää vakuustodistuksen tulkintaa. Esitystä maataloushallituksessa valmisteltaessa keskusteltiin kyllä siitä, voitaisiinko korvausvastuu säätää tavarán kunnostajalle ja pakkaajalle, mutta juristien mukaan vastuu tavarán kaupassa saattoi olla vain myyjällä; myyjällä oli (regressi) oikeus korvaukseen siltä joka oli virheellisen tavarán toimittanut alun perin; ostajan kannalta oli ”helpompi” vaatia korvaus myyjältä. (henkilökohtainen tieto).

²⁷ Laki siementavaran kaupasta (669/75).

²⁸ Lag om ändring i utsädeslagen (1976/298, 7§).

mentavara saadaan myydä siementarkastuslaitoksen luvalla ennakkovakuustodistuksella, edellyttäen, *että myyjä sitoutuu* 1) toimittamaan laitokselle näytteen myytäväksi tarkoitetusta tavarasta; 2) toimittamaan ostajalle laitoksen tarkastuksen tulokset, ja 3) mikäli myyty tavara ei täytä ilmoitetulle laatuluokalle asetettuja vaatimuksia, *antamaan hinnanalennusta ja korvaamaan mahdolliset vahingot* maataloustuottajain keskusjärjestöjen ja siemenkauppioiden järjestön kesken sovittavien korvauserusteiden mukaisesti.

3.3 Siemenmarkkinasäännökset Euroopan yhteisössä

Euroopan yhteisössä annettiin 1960-luvun lopulla joukko maataloustuotannossa käytettävän siementavaran tuotantoa ja markkinointia jäsenvaltioissa koskevat harmonisointidirektiivejä. Harmonisointi on tarpeen tavaroiden vapaan liikkuvuuden turvaamiseksi yhteisön alueella. Markkinoida saa vain sertifioitua siementä, joko lajikkeen jalostajan tuottamaa perussiementä tai siitä yhdessä, enintään kahdessa sukupolvessa polveutuvaa sertifioitua siementä. Yhteisössä saa sertifioida ja markkinoida vain yhteisön yhteiseen kasvilajikeluetteloon merkittyjen lajikkeiden siementavaraa.

Jäsenvaltioiden on valvottava, että markkinoilla oleva tavara täyttää säädetyt vaatimukset. Direktiiveissä säädetään tavarain pakkauksesta ja merkitsemisestä *virallisella etiketillä* (sertifikaatilla). Sertifioimisen edellytyksenä suoritettavista tarkastuksista säädetään, että ne on tehtävä kansainvälisesti hyväksytyjen menetelmien mukaan. Virallisena pidetään valvontatoimia, kun ne suorittaa valtion viranomaisen tai juridinen henkilö, joka toimii valtion valtuuttamana. EY säännösten mukaan virallinen etiketti ei ole vakuustodistus eikä anna takuuta tavarasta. Se on osoitus siitä, että tavara on tuotettu laadunvarmennusmenetelmän mukaisesti.²⁹ Siihen ei merkitä kunnostajan eikä pakkaajan nimeä. Direktiivin perusteluissa selitetään, että merkintä on tehtävä erän tunnistettavuuden varmentamiseksi ja niistä on käytävä ilmi, että varmentaminen on tehty yhteisön järjestelmän mukaisesti.

Direktiivissä määrätään, että se ”ei vaikuta jäsenvaltion oikeuteen vaatia, että niiden alueella tuotettujen tai niiden alueelle tuotujen perussiementen tai kaikenlaisten varmennettujen siementen pakkaukset on varustettava *toimittajan etiketillä*, niiden alueella tapahtuvaa markkinointia varten.” Direktiivi sallii eräissä tapauksissa sertifioida myös siementavaraa, joka ei täytä

²⁹ Neuvoston direktiivin (66/402/EY) artikla 10.

säädettyä itävyyksivaatimusta. Näissä tapauksissa ”on varmistettava, että toimittaja *takaa* määrätyn itävyyden, joka myytäessä on ilmoitettava erityisessä nimilapussa, jossa on hänen nimensä ja osoitteensa ja siemenen numero”. On oletettava – direktiivissä asiaa ei selitetä – että tavarahan varustaminen toimittajan etiketillä tarkoittaa, että toimittaja antaa takuun tavarasta.³⁰

Johdannossa mainittu Siemenkauppiain Yhdistyksen kirjoitus sisältää ajatuksen, että EU:ssa tulisi olla yhtenäiset säädökset siementavaran myyjän vahingonkorvausvastuusta. Yhdistyksellä näyttää olevan käsitys, että muissa EU maissa myyjällä, tavarahan toimittajalla ei ole ankaraa vastuuta, eikä sitä tästä syystä pitäisi asettaa siementavaran maahantuojalle.

Direktiivin harmonisointivaatimus ei koske hallinto-oikeudellista sääntelyä, ei siis myöskään vahingonkorvausvastuuta.³¹ Voitaisiin ajatella, niin kuin Siemenkauppiain yhdistys ehdottaa, että yritysten tasavertaisten toimintaedellytysten luomisesta yhteisössä edellyttäisi myös yhtäläisiä tehosteita lainsäädännön noudattamiseksi. Oikeusministeriö on eduskunnan maaja metsätalousvaliokunnalle antamassaan lausunnossa³² kiinnittänyt huomiota siihen, että ”ehdotettu maahantuojan vastuu on laajempi kuin esimerkiksi tuotevastuulla. Tuotevastuulain mukainen maahantuojan vastuu on sillä, joka tuo tuotteen Euroopan talousalueelle siellä liikkeeseen laskettavaksi. Ehdotetun lain mukaan vastuu olisi sillä, joka tuo siemenen Suomeen. Vastuuseen ei siis vaikuttaisi, tuodaanko siemenä Euroopan talousalueelta vai sen ulkopuolelta.”

3.4 Virheistä ja vahingoista

Siementavaran virheitä käsiteltäessä on syytä eritellä siementavaran käsitettä toteamalla, että siementavaralla tarkoitetaan sekä varsinaista kylvösiementä (jyviä ja siemeniä) että siemenperunaa. Kylvösiemenestä annettavat

³⁰ Sama, artikla 11.

³¹ HE 268/1992 vp. Lakiesityksen perusteluissa selitetään, että lainsäädännön harmonisointi koskee ainoastaan markkinoimista koskevia säännöksiä. Lain toimeenpanemista, noudattamisen valvontaa ja säännösten rikkomisesta aiheutuvia julkisoikeudellisia seuraamuksia koskeva sekä kauppaan liittyvistä yksityisoikeudellisista suhteista säättäminen on jätetty jäsenvaltioiden toimivaltaan. Suomen siemenkauppalainsäädäntöä direktiivien edellyttämällä tavalla uudistettaessa korvaussäännökset otettiin aikaisemmasta laista pääosin sellaisenaan uuteen lakiin. Siemenkauppalakiin otettiin ”yleisen kauppalaian periaatteista poikkeava ankaran vahingonkorvausvastuun säännös niiden tapausten varalta, joissa siementavara ei ole siitä annettujen tietojen mukaista ja siitä aiheutuu ostajalle vahinkoa”.

³² Oikeusministeriön lausunto eduskunnan maaja metsätalousvaliokunnalle 6.5.1997.

tiedot koskevat lajikkeellisuutta (perinnöllinen ominaisuus) ja niin sanottuja teknisiä laatuominaisuuksia, itävyyttä, erän puhtautta ja rikkakasvien siemeniä ja niiden määrää. Siemenperunalle asetetut vaatimukset koskevat lajikkeellisuutta ja kasvinterveyttä. Kylvösiemenen ja siemenperunan eroista tuotteina ja kaupan kohteena johtuen niiden laadunvarmentamisessa on erilaiset kansainväliset järjestelmät ja niiden kansainvälisessä kaupassa erilaiset säännöt ja kauppatavat.³³

Vuoden 1975 lain tarkoituksen oli taata erityisesti sientavaran lajikkeita koskevan tiedon oikeellisuus. Väärällä lajikenimellä varustetun siementavaran käytöstä voi aiheutua huomattava taloudellinen vahinko; lajikkeiden käyttötarkoitukset ja -arvot voivat huomattavasti poiketa toisistaan. Kun siementavara oli oikein nimetty, ostaja saattoi päätellä kylvösiemenen soveltuvuutta viljelyksellään; myyjän, toimittajan asia ei yleensä ole ottaa kantaa siihen, onko lajike sellainen, että se soveltuu ostajan tarkoitukseen.

Alhainen itävyys alentaa siementavaran kylvöarvoa: tätä 'virhettä' voidaan jossain määrin korjata kylvämällä suurempi määrä siemeniä, mutta tuloksena on yleensä huono sato. Jos myydyssä erässä on haitallisen rikkakasvien siementä, ostajalle voi aiheutua huomattava vahinko. Jos erässä on esimerkiksi hukkakauran (*Avena fatua*) siemeniä, ostajalle aiheutuu todennäköisesti suuri vahinko, sillä kiinteistön omistaja on velvollinen hävittämään hukkakauran kiinteistöltä.³⁴

Kylvösiemenen 'tekniset' laatuvaatimukset, itävyys, puhtaus ja rikkakasvien enimmäismäärä, voidaan yleensä määrätä niin, että asetetut vaatimukset täyttävä tavara on käyttötarkoitukseensa sopivaa, 'kauppakelpoista', tuottaa hyvän ja kelvollisen sadon. Tavarahan virhe on näin ollen helppo määrittää ja tarkastuksessa myös suhteellisen helppo todeta. Sen sijaan siemenperunalle asetettu kasvitautien enimmäismäärää koskevan ehdon täyttyminen on vaikeammin selvitettävä asia; kysymystä siemenperunan taudeista käsitellään erikseen jäljempänä luvussa 5: 'Korvausvastuu siemenperunan kaupassa'. Tähän kylvösiemenen ja siemenperunan laadun arvioimisen eroon ei kiinnitetty huomiota vuoden 1975 lain vahingonkorvausvastuuta säädettäessä.

³³ Edellä mainitut OECD:n ja ECE:n laadunvarmennusjärjestelmät ja jäljempänä esiteltävät FIS:n ja RUCIP:n kauppasäännöt.

³⁴ Laki hukkakauran torjunnasta (178/1976).

3.5 Laadunvarmentajan vastuu

Vaikka sertifikaatti, johon tavarahan kauppa perustuu, ei ole takuu eikä laadunvarmentaja suoranaisesti vastaa tavarahan virheettömyydestä, on kuitenkin syytä kiinnittää huomiota siihen, mikä oikein on laadunvarmentajan vastuu. Markkinoiden kannalta on tärkeitä, että sertifiointiin voidaan luottaa. Niinpä siemenmarkkinadirektiiveihin on otettu säännös, jonka mukaan komissio voi järjestää yhteisön vertailevia kokeita, joilla pyritään valvomaan, että jäsenvaltioissa sertifioidut siemenet täyttävät säädetyt laatuvaatimukset.

Komissiossa on ollut vireillä kysymys siitä, olisiko sertifiointijärjestelmästä siirryttävä akkreditoitijärjestelmään. Tällainen järjestelmä on omakuttu EY:n uudemmassa kasvituotannon lisäysaineistojen, taimiaineistojen markkinointia koskevassa säädöstämisessä.³⁵ Akkreditointi tarkoittaa järjestelyä, jossa viranomaisen valtuuttaa toimijan tuottamaan siementavaraa markkinoille; luvan saamiseksi toimijan olisi järjestettävä tuotantonsa sääntösten mukaisesti ja viranomaisen olisi valvottava, että nämä vaatimukset täytetään. Toistaiseksi enemmistö jäsenmaista on kannattanut sertifiointijärjestelmän säilyttämistä siementavaran markkinoinnissa.

Komission edustaja on taimiaineiston laadunvarmentamiseen liittyvästä vastuusta todennut,³⁶ että viranomaisella on taimiaineiston toimittajan kanssa yhteinen vastuu taimiaineiston laadusta; viranomaisen vastuu perustuu siihen, että se on valtuuttanut toimittajan toimittamaan tuotteitaan markkinoille. Kun viranomaisen yksin varmentaa siementavaran laadun olisi sen vastuuta pidettävä suurempana. Tämä vastuu lienee käytännössä kuitenkin lähinnä moraalista; taloudellinen vastuu jää tavarahan toimittajalle; direktiivien mukaan toimittaja kun voidaan velvoittaa antamaan takuu tavarasta.

Sertifiointiviranomaisen vastuuta arvioidaan Suomessa sen perusteella, mitä julkisen vallan käyttöön liittyvästä vastuusta vahingonkorvauslain 3 luvussa säädetään. Julkisen vallan käyttöön tai julkisen tehtävän hoitoon liittyvä vastuu on tuottamisperusteista, mutta tämän lisäksi korvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:n 2 mo-

³⁵ Taimiaineistolaisissa (1205/1994), joka perustuu EY:n taimiaineistojen markkinointia koskevaan direktiiviin, säädetään, että kaupan pidettävien taimiaineistojen laadun varmentaminen perustuu siihen, että taimiaineistoa saa tuottaa ja markkinoida vain viranomaisen hyväksymä, *akkreditoitu toimija*, joka on sitoutunut noudattamaan tuotannossa ja markkinoinnissa viranomaisen vahvistamien menetelmiä ja vaatimuksia.

³⁶ Vuonna 1992 pidetyssä taimiaineistodirektiivin vaikutuksia selvittävässä kollokviassa komission edustaja selitti, että viranomaisella ja akkreditoitulla toimijalla on yhteinen vastuu, *co-responsabilité* tuotannon laadusta.

mentin mukaan sitä, että ”toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu.” Tämän ’standardisäännökseksi’ nimetyn normin merkitys on herättänyt tiettyä epäselvyyttä. Standardisäännöksen on ajateltu lieventävän tuottamusarviointia. Nytemmin on katsottu, että julkisen vallan käyttöön liittyviä vastuun lievennyksiä on enää vaikea perustella pätevillä reaalilla syillä; on vahvistumassa käsitys, jonka mukaan julkisen vallan käyttöön liittyvän vastuun ei tulisi olla ainakaan normaalin tuottamusvastuun tasoa lievempi.³⁷

Viranomaisen vahingonkorvausvastuu syntyy siis, jos viranomaistehtävää suoritettaessa on menetelty huolimattomasti tai virheellisesti ja siitä aiheutuu vahinkoa. Sertifiointiviranomaisen toiminnalle on asetettava se vähimmäisvaatimus, että toiminta on asianmukaisesti järjestetty.

Tutkielmassaan ’Sertifiointielinten vastuu myöntämistään laatusertifikaateista’ Niinistö toteaa, että yritysten laatujärjestelmien sertifiointi on tuonut esiin uusia oikeudellisia ongelmia.³⁸ Tärkeimpänä ongelmana pidetään sertifiointielinten vastuuta myöntämistään sertifikaateista. Tutkielmassa on käytetty tärkeimpänä lähteinä sertifiointia koskevia standardeja ja vahingonkorvauksen yleisiä oppeja käsitteleviä teoksia. Siinä todetaan, että sertifiointia käsitteleviä oikeustapauksia tai oikeuskirjallisuutta ei ole olemassa.

Niinistö toteaa, että jos sertifiointilaitos huolimattomuuttaan on sertifiointi sellaisen yrityksen laatujärjestelmän, joka ei täytäkään standardeissa asetettuja vaatimuksia, saattaa sertifiointielin joutua korvaamaan sertifioidun yrityksen asiakkaalle virheellisistä tuotteista aiheutuneet vahingot. Sertifiointielimen vastuu tulee korostetusti esille silloin, kun kolmas osapuoli on ollut tietoinen myönnetyistä sertifikaateista ja on ehkä jopa asettanut laatusertifikaatin olemassaolon hankintapäätöksensä edellytykseksi. Sertifiointielimen lakisääteinen vastuu on katsottava ainakin teoriassa mahdolliseksi; syy-yhteyden osoittaminen voi käytännössä osoittautua mahdottomaksi; myös sertifiointisopimuksissa käytettävät vastuunrajoituslausekkeet vaikeuttavat vastuun kohdistamista sertifiointilaitokseen.

Se mitä edellä sanotaan sertifiointilaitoksen vastuusta, soveltunee periaatteessa myös siementavaran sertifiointiviranomaiseen. Jäljempänä kohdasta 5.5 selviää, että USA:ssa tuomioistuimien tutki myös sertifiointiviranomaisen toiminnan tapauksessa, jossa vahingonkorvausta vaadittiin siemenperunan myyjältä.

³⁷ Hemmo, M. (2001) s.516 – 519.

³⁸ Niinistö, J. Tutkielman yhteenvedossa.

3.6 Tiivistelmä

Siementavaramarkkinoiden luonne muuttuu viime vuosisadan puolivälin jälkeen, kun markkinoille alkaa tulla runsaasti viljely- ja käyttöominaisuuksiltaan erilaisia lajikkeita. Kansainvälisillä markkinoilla edellytetään kylvösiemenen lajikkeellisuuden varmentamista; siemenperunakaupassa edellytetään lisäksi sen varmentamista, että siemenperunassa ei esiinny haitallisten kasvitautien aiheuttajia. Siemenkauppalaan soveltamisala laajennetaan Suomessa tässä vaiheessa koskemaan myös siemenperunaa.

Laadunvarmentamisen tarkoituksessa lakiin otetaan nyt myös siementavaran tuottamista koskevia säännöksiä. Laissa tai sen nojalla annetaan viralliset säännökset siitä, mitä tietoja ostajalle tavarasta on annettava. Tiedot on myös uuden lain mukaan annettava vakuustodistuksessa. Käsitteeseen vakuustodistus ei uudessa laissa kuitenkaan liitetty juridista merkitystä. Se, että vakuustodistuksen merkitystä ei enemmälti kehitelty, saattoi johtua osaksi siitäkin, ettei 'takuuopilla' Suomessa tuohon aikaan ollut kannatusta. Lakiin otettiin edelleen niin kuin aikaisempiin lakeihin nimenomainen vahingonkorvausvastuuta koskeva säännös. Mutta vahingonkorvausvastuu siirrettiin myyjältä siementavaran toimittajalle.

EY säännösten mukaan kaupan pidettävä tavara on varustettava sertifikaatilla; se ei ole vakuustodistus, vaan todistus siitä, että tavara on tuotettu tuottamista koskevien säännösten mukaan viranomaisen valvonnassa. Sertifikaattiin ei liity juridista vastuuta; jäsenvaltiolla on sen sijaan direktiivien mukaan oikeus vaatia, että tavara varustetaan lisäksi toimittajan etiketillä. Seuraavassa luvussa selvitetään, miten korvausvaatimus nykyisin Suomessa ja eräissä muissa EU maissa on säännelty.

Siementavaran virheistä ja vahingoista puhuttaessa on tarpeen kiinnittää huomiota siihen, että siementavaralla tarkoitetaan sekä varsinaista kylvösiementä että siemenperunaa. Kylvösiemenen virheet ja niistä aiheutuneet vahingot on helpompi määrittää ja arvioida kuin siemenperunan virheet ja vahingot, joita voi aiheutua piilevistä taudinaiheuttajista.

Siemenmarkkinoiden kehittyminen riippuu entistä enemmän siitä, että viranomaisen suorittamaan laadunvarmentamiseen, sertifiointiin voidaan luottaa. Tämän vuoksi on tarpeen kiinnittää huomiota myös sertifiointiviranomaisen vastuuseen sertifiointitoiminnan pätevyydestä.

4 KORVAUSVASTUU SUOMESSA JA ERÄISSÄ MUISSA EU-MAISSA

4.1 Suomi

Kun Suomi vuonna 1993 liittyi Euroopan talousalueeseen (ETA), oli siemenkauppalainsäädäntö muutettava EY:n direktiivien mukaiseksi; annettiin uusi siemenkauppalaki.³⁹ Siementavaran tuottamista ja markkinoimista koskevaa säännöstöä ei ollut tarpeen oleellisesti muuttaa, sillä vuonna 1975 säädetty laatuluokkajärjestelmä vastasi jo pääosin direktiivin vaatimuksia. Lain mukaan ”asianomainen ministeriö päättää, sen mukaan kuin kylvösiemenen tuottamista ja markkinoimista koskevat Euroopan yhteisön säännökset edellyttävät, mitä kylvösiementä saa markkinoida ainoastaan virallisesti varmennettuna (sertifioitu kylvösiemen). Ministeriö päättää tarkemmin myös kylvösiemenen sertifioimisesta ja muussa maassa sertifioidun kylvösiemenen markkinoimisesta Suomessa. Maa- ja metsätalousministeriö antaa tarkemmat määräykset sertifioitua kylvösiementä ja sen tuottamista, käsittelyä ja varastointia koskevista vaatimuksista.”

Korvaussäännökset otettiin uuteen lakiin vuoden 1975 laista pääosin sellaisenaan: ”Kylvösiemenen kunnostajan ja pakkaajan sekä sen, joka on tuonut siemenen Suomeen, on korvattava siemenen käyttäjälle vahinko, joka aiheutuu siitä, että kylvösiemen ei ole siitä annettujen tietojen mukaista tai siinä on *muu virhe*. Korvausvelvollisuutta ei kuitenkaan ole, jos se, jolta vaaditaan korvausta, saattaa todennäköiseksi, ettei siemenessä ollut vahingon aiheuttanutta virhettä silloin, kun kylvösiemen toimitettiin markkinoille. Kylvösiemenen muun markkinoille toimittajan vastuusta on voimassa, mitä kauppalaissa (355/1987) säädetään.”

Lakiesityksen perusteluista selviää, että ilmaisu ’muu virhe’ lisättiin vahingonkorvaussäännökseen sen johdosta, että vahingonkorvausvastuu haluttiin ulottaa myös niihin tapauksiin, joissa kylvösiemenessä on hukkakauran siementä. Siementavarassa ei hukkakauraa saa esiintyä eikä vakuustodistuksessa hukkakauraa koskevaa tietoa tietenkään ole. Ilmeisesti parempi ilmaisu olisi: ’vahinko, joka aiheutuu siitä, että kylvösiemen ei ole siitä annettujen tietojen mukaista tai se muutoin ei ole säädettyjen vaatimusten mukainen.’ Ilmaisu ’muu virhe’ on siemenperunakaupan reklamatiotapauksissa osoittautunut ongelmalliseksi. Näitä tapauksia selostetaan jäljempänä kohdassa 5.2.

³⁹ Hallituksen esitys eduskunnalle siemenkauppalaiksi. HE 268/1992 vp. Siemenkauppalaki (233/1993).

Vuonna 1997 lakiin lisättiin siementavaran *maahantuojan* korvausvastuuta koskeva säännös.⁴⁰ Lakiesityksen perusteluissa selitetään, että siemenkauppalakiin on otettu ”yleisen kauppalain periaatteista poikkeava ankaran vahingonkorvausvastuun säännös niiden tapausten varalta, joissa siementavara ei ole siitä annettujen tietojen mukaista ja siitä aiheutuu ostajalle vahinkoa.⁴¹ Esityksessä selitetään, että ”ankaran vahingonkorvausvelvollisuuden säilyttämistä siementavaran kunnostajalla ja pakkaajalla on pidettävä perusteltuna sen vuoksi, että tämän on katsottava paremmin pystyvän kantamaan riskin virheellisestä tuoteselosteesta aiheutuneesta vahingosta. Virheellisestä tuoteselosteesta aiheutuva vahinko voi olla moninkertainen siementavaraerän arvoon verrattuna ja kohtuuton viljelijän kannettavaksi. Liikeyrityksillä on yleensä vakuutukset, jotka kattavat liiketoiminnasta aiheutuvat vahingonkorvaukset.⁴² On syytä huomata, että rehulaissa (234/1993) säädetty myyjän vahingonkorvausvastuu on myös ankaraa korvausvastuuta, sitä on perusteltu vastaavanlaisilla oikeuspoliittisilla näkökohdilla.”

Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston hallituksen esityksestä eduskunnan maa- ja metsätalousvaliokunnalle antamassa lausunnossa todetaan, että esitykseen sisältyy siemenkaupan osapuolten kannalta merkittäviä muutoksia.⁴³

Lakia on viimeksi uudistettu kokonaisuudessaan vuonna 2000 sen jälkeen kun EY teki joukon muutoksia siemendirektiiveihin. Voimassa olevan lain 10 §:ssä säädetään, että kylvösiemenen ostajalle on pakkauksessa tai

⁴⁰ Laki siemenkauppalain 9 §:n muuttamisesta (576/1997).

⁴¹ HE 39/1997 vp. kohta: ”Ankaran vahingonkorvausvelvollisuuden säilyttäminen laissa”.

⁴² Nytemmin siemenkauppa toteaa, että vakuutusyhtiöt eivät ole valmiita antamaan vakuutuksia, jotka kattaisivat välillisten vahinkojen korvausvastuun.

⁴³ Oikeusministeriön lausunto eduskunnan maa- ja metsätalousvaliokunnalle (muistio 6.5.197) Oikeusministeriön mielestä olisi tärkeää, että valiokunta mietinnössään selvittäisi tarkemmin ehdotettujen säännösten merkitystä, sisältöä ja soveltamista kiinnittämällä huomiota esimerkiksi seuraavaan. *Ehdotetuista muutoksista merkittävin koskee maahantuojan vastuuta.* Ehdotetun säännöksen mukaan ulkomaisen siemenen maahantuojalla on samanlainen ankara vastuu kuin kunnostajalla ja pakkaajalla. (Jäljempänä esitetystä selviää, että Ruotsin laissa on säännös, jonka mukaan tuoteselosteessa pitää olla tiedot pakkaajasta tai maahantuojasta.)

Lausunnossa sanotaan edelleen, että ”9 §:n mukainen kunnostajan ja pakkaajan vastuu koskee myös ulkomaisia tahoja eikä vain Suomessa toimivia. Ehdotetulla muutoksella voidaan varmistaa se, että vahinkotilanteissa on aina joku korvausvelvollinen Suomessa. Ehdotettu maahantuojan vastuu on laajempi kuin esimerkiksi tuotevastuulaissa. Tuotevastuulain mukainen maahantuojan vastuu on sillä, joka tuo tuotteen Euroopan talousalueelle siellä liikkeeseen laskettavaksi. Ehdotetun lain mukaan vastuu olisi sillä, joka tuo siemenen Suomeen. Vastuuseen ei siis vaikuttaisi, tuodaanko siemenenä Euroopan talousalueelta vai sen ulkopuolelta.”

tavaraa seuraavissa asiakirjoissa annettava tarpeelliset tiedot kylvösiemenestä.⁴⁴ Maa- ja metsätalousministeriön asetuksella annetaan määräykset pakkausten ja kylvösiemenerien merkitsemisestä sekä ostajalle annettavista tiedoista. Maa- ja metsätalousministeriön asetuksen mukaan tiedot merkitään kiinnittämällä pakkaukseen tiedot sisältävä *vakuustodistus*.⁴⁵ Vahingonkorvaussäännöstä ei muutettu

4.2 Ruotsi

Ruotsissa voimassa oleva kylvösiemenlaki on annettu vuonna 1976.⁴⁶ Sen mukaan hallitus tai hallituksen määräämä viranomainen saa määrätä, että määrättyjen kasvilajien siementä saa luovuttaa toiselle tai viedä maasta *vain, jos se on virallisesti lyijytetty*. Hallitus tai hallituksen määräämä viranomainen saa määrätä lyijyttämässä noudatettavista vaatimuksista. Laissa ei ole vahingonkorvaussäännöksiä. Näin ollen siementavaran markkinoinnissa sovellettava vahingonkorvausvastuu on edelleen siviilioikeuden (kauppalain) säännösten varassa; niin kuin vuoden 1928 lakiesityksen perustelussa selostetaan.⁴⁷ Väärien tietojen antamisesta siementarkastuslaitokselle tai muulle, joka suorittaa lyijyttämisen, on säädetty rangaistus.

Vuonna 1992 tehtiin vuoden 1976 siemenkauppalakiin tarpeelliset muutokset siemenkaupan säännösten harmonisoimiseksi EY:n direktiivien edellyttämällä tavalla.⁴⁸ Muutokset sisältävät pääasiassa sen, että hallitus tai sen määräämä viranomainen saa määrätä, että määrättyjen kasvilajien siementä saa markkinoida *vain, jos tavara on sertifioitu* ja siementavara, jota ei tarvitse sertifioida on varustettava laatuselvityksellä.

⁴⁴ Siemenkauppalaki (728/2000).

⁴⁵ Voimassa olevan maa- ja metsätalousministeriön asetuksen (109/00) 11 §:n 1 momentin mukaan ”kylvösiemenen pakkauksen ulkopuolelle on virallisen valvonnan alaisena kiinnitettävä käyttämätön *vakuustodistus*, joka sisältää liitteessä 4 mainitut tiedot vähintään suomenkielillä” (lähinnä tiedot, jotka direktiivin mukaan on merkittävät viralliseen etikettiin); ja lisäksi tavaran ’teknistä’ laatua osoittavat tiedot, ne on ”ilmoitettava joko virallisessa vakuustodistuksessa tai toimittajan vakuustodistuksessa”, virallisessa vakuustodistuksessa ei esitetä pakkaajan nimeä. 11 §:n 4 momentin mukaan toisessa EU-jäsenvaltiossa sertifioidun erän maahantuoja voi painaa itse suomenkielisen *toimittajan vakuustodistuksen* pakkaukseen.

⁴⁶ Utsädeslag: SFS 1976: 298.

⁴⁷ kts sivu 11. Huomattakoon lisäksi, että vuoden 1928 laissa virallisesti lyijytetty siementavara oli suljettu siemenkauppalain soveltamisalan ulkopuolelle; virallisesti lyijytetty siementavara vastaa sertifioitua siementä siinä suhteessa, että se oli viranomaisen varmentamaa.

⁴⁸ Lag om ändring i utsädeslagen SFS 1992: 1682.

Siementavaran tuottamista ja markkinointia koskevat direktiivien edellyttämät säännökset on annettu hallituksen antamalla asetuksella.⁴⁹ Asetuksessa säädetään, että asetuksen liitteessä lueteltujen maatalouskasvilajien kylvösiementä saa markkinoida ainoastaan sertifioituna; sertifioida saa ainoastaan lajikeluettelon merkittyjen lajikkeiden siementavaraa. Sertifioitavan siementavaran tulee täyttää määrätyt maatalousviraston vahvistamat (direktiiveissä säädetty) laatuvaatimukset.

Laatuvaatimukset saavat asetuksen mukaan koskea siemenviljelyksen kantasiementä, siemenviljelyksen sijaintia ja kasvukauden aikaista kuntoa, siementavaran lajikeaitoutta siementavaran terveyttä, elinvoimaa ja varastointikelpoisuutta, siementavaran puhtautta, ja siemenperunalla myös varastointiolosuhteita, mukulan laatua sekä viljelyssä ja käsittelyssä käytettäviä koneita ja varusteita. Maatalousvirasto saa antaa siementavaran sertifioimista koskevia määräyksiä, jotka koskevat sertifioitavan tavaran näytteenottoa, tarkastamista, siementavaraerän suuruutta, merkitsemistä ja sinetöimistä.

Asetuksen mukaan siementavaraa saa sertifioida valtion siementarkastuslaitos tai, kun on kysymys muusta kuin siemenperunasta, myös sellainen siementarkastuslaitos, jonka maatalousvirasto on hyväksynyt suorittamaan sertifioimista. Hyväksyminen voidaan antaa, jos laitoksella on tehtävään soveltuva huoneisto ja varustus ja joka sitoutuu noudattamaan maatalousviraston antamia laitoksen toimintaa koskevia määräyksiä, soveltamaan valtion siementarkastuslaitoksen vahvistamaa sertifioimista koskevaa taksaa sekä suostuu maatalousviraston määräämään valvontaan.

Asetuksessa säädetään, että kylvösiemenlaissa tarkoitettussa siementavaran laatuselvityksessä (*kvalitetsdeklaration*) pitää olla maatalousviraston määräämät tiedot pakkaajasta tai maahantuojasta, kasvilajista, itävyydestä, ja puhtaudesta. Pakkaaja tai maahantuojat vastaa siitä, että tiedot annetaan.

4.3 Ranska

Siemenkauppa koskevat säännökset on annettu petosten torjunnasta vuonna 1905 säädetyn lain nojalla. Voimassa olevat säännökset ovat vuonna 1968 annetussa asetuksessa.⁵⁰ Asetuksen mukaan sertifioitujen siementen tai serti-

⁴⁹ Utsädesförordning, SFS 1993:1375.

⁵⁰ Décret no 68–955 du 29 octobre 1968 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi 1 aout 1905 sur la repression des fraudes en ce qui concerne le commerce des semences et plants.

fioitujen kasvien tulee kaikissa markkinoinnin vaiheissa täyttää seuraavat vaatimukset: 1) niiden tulee polveutua lajista ja lajikkeesta tai tyypistä, joka on merkitty viljelykasvien laji- ja lajikeluetteloon tai maatalousministeriön vahvistamaan luetteloon; 2) niiden tulee olla sertifioitu virallisesti niiden teknisten menettelytapojen mukaan, joista maatalousministeriö määrää; 3) niiden tulee olla varustettu *virallisella sertifikaatilla*. Sertifikaatissa olevat tiedot eivät saa olla parempia kuin analyysitulokset, jotka ilmoitettu petostentorjunta- ja laadunvalvontavirastolle, ennen kuin se on ottanut näytteen tavarasta.

Myyntiä varten kuljetettavien, myytäväksi asetettujen tai päällyksessä myytävien tulee olla varustettu maatalousministeriön määräysten mukaisella *etiketillä*, jossa on oltava erityisesti seuraavat tiedot: 1) myyjän nimi (tai yhtiön nimi tai liikemerkki) ja osoite, 2) lajin nimi ja kun kysymys on lajikkeesta: sen nimi sellaisena kuin se esiintyy virallisessa lajien ja lajikkeiden luettelossa; 3) tuotantomaan ja määrättyssä tapauksessa alueen nimi; 4) nettopaino, bruttopaino tai lukumäärä ja 5) siemenerän käsittely. Tätä etikettiä on siis pidettävä myyjän puolesta annettuna vakuutena.⁵¹ Asetuksessa kielletään käyttämästä tunnusmerkkejä, joiden tarkoitus on synnyttää ostajassa mielessä epätietoisuutta tavarantoiminnan laadusta, alkuperästä, määrästä, luokasta, olennaisista laatuominaisuuksista tai erilaisista ominaisuuksista.

4.4 Englanti

Englannissa siemenkauppaa koskevat säännökset perustuvat vuonna 1964 annettuun lakiin kasvilajikkeista ja kylvösiemenistä.⁵² Se sisältää paitsi siementavaran markkinointia myös kasvinjalostajanoikeuksia koskevat säännökset.

Lain mukaan ministeriö voi, neuvoteltuaan asiasta niiden osapuolten kanssa, joita asia koskee, antaa asetuksella (statutory instrument) säännöksiä, joiden tarkoitus on:

⁵¹ Vuoden 1905 lain 11 artiklan nojalla voidaan antaa hallinnollisia määräyksiä, jotka koskevat muun muassa merkintöjä ja merkkejä, joita voidaan vaatia laskuihin, tavarantoiminnan päällyksiin tai itse tuotteisiin ostajan eduksi *myyjän puolesta annettuna vakuutena*. Kts. myös.Tourneau: ”La plus célèbre aggravation de la responsabilité résulte de l’obligation contractuelle de garantie. Mais, de son côté, la loi impose une garantie dans certains contrats, un de ces cas les plus connus étant précisément la vente. Nous allons donc envisager successivement les garanties conventionnelles et les garanties légales (s. 65).

⁵² Plant Varieties and Seeds Act 1964, Part II Seeds and Seed Potatoes.

- a. varmistaa myytävien tai kaupan pidettävien siementen lajia ja kuntoa ja laatua koskeva luotettava ja riittävä informaatio;
- b. estää vahingollisen siementavaran myynti ja estää sellaisen siementavaran myynti, jonka puhtautta ja itävyyttä ei ole tarkastettu tai joka on lajiketta, jonka viljelyominaisuuksia ei ole kokeiltu;
- c. estää kasvitautien leviäminen siemenen myynnin yhteydessä, ja
- d. säännöstää kuvauksia, joita käytetään myydessä siementä.

Lain nojalla annettavissa säännöksissä voidaan erityisesti:

- *vaatia*, että tiedot siementavarasta annetaan määrättyssä muodossa ja erityisesti vaatia minkä hyvänsä siemenen *myyjää antamaan ostajalle vakuutus*, joka sisältää määrätyt yksityiskohtaiset tiedot;
- *vaatia*, että, minkä hyvänsä vakuustodistuksessa ilmoitettavan tiedon tulee olla siementarkastuksella varmistettu;
- *kieltää* henkilöitä käyttämästä myydyistä, ostettavaksi tarjotuista tai kaupan pidettävistä siemenistä määrättyä nimeä tai merkintää tai kuvausta, paitsi milloin siemen on viljelty tai valittu määräysten mukaisissa oloissa;
- *vaatia* henkilöitä, jotka käyvät kauppaa siemenillä ja henkilöitä, jotka paitsi myyvät myös tuottavat siementä, toimittamaan ministeriölle ja pitämään kirjaa, laissa säädetyistä valvonnassa tarvittavista tiedoista;
- *antaa* määräyksiä siementarkastuksessa noudatettavasta menetelmästä ja tarkastuksista; siemensäännöksissä annetaan määräyksiä sitä, miten näytteet lain tai siemensäännösten tarkoittamissa tapauksissa on otettava, ja oikeuttaa ministeriö hyväksymään muita kuin virallisia siementarkastuslaitoksia.

Kylvösiemensäännöksiä sisältävä asetus on kumottava, jos Parlamentin ala-huone tai ylähuone niin päättää.

Kylvösiemenen myyjän yksityisoikeudellinen vastuu. Jos ja sikäli kuin siemensäännökset määräävät, että säädetyt tavaraselosteen tulee olla laissa tarkoitettu virallinen tuoteselostus, säädetyllä ilmoituksella on, kun ostaja ottaa sen vastaan, päinvastaisista sopimuksista tai ilmoituksista huolimatta, *sama vaikutus kuin myyjän kirjallisella vakuutuksella*, että säädetyssä tuoteselosteessa esitetyt tiedot ovat oikeat.

Virallisen tuoteselosteen pätevyys. Virallisessa tuoteselosteessa olevia tietoja tulee myyntisopimusta koskevissa oikeudenkäynneissä pitää tosina, paitsi jos virallisessa tuoteselosteessa on virhe, joka ylittää sallitun vaihtelun. Tuoteselosteessa olevia tietoja on pidettävä oikeina, jollei virallisessa siementarkastuslaitoksessa suoritetuissa tarkastuksissa, jotka on tehty siemensäännöksissä määrättyllä tavalla ja määrättyssä ajassa otetuissa näytteissä todeta, että tiedot olivat.

4.5 Saksa

Vuoden 1968 siemenkauppalaki sisältää seuraavia korvausvastuuta määrittäviä säännöksiä.⁵³ Lain 34 § sisältää säännökset tavaran merkitsemisestä ja sulkemisesta: 1) Siementavaraa saa markkinoida ainoastaan pakkauksessa tai säiliössä, joka on määräysten mukaisesti merkitty ja suljettu; 2) Päälylyksessä tai säiliössä on oltava tiedot: lajista, lajikkeesta, siementavaran laatu-luokasta, pakkauksen tai säiliön sulkemispäivästä, ja erän hyväksymismerkintä, sekä 3) Pakkaukset tai säiliöt on niin suljettava, ettei sulkemislaitetta voi avaamisen jälkeen käyttää uudelleen.

Lain 37 § sisältää harhaanjohtamisen kiellon. Siementavaraa ei saa markkinoida harhaanjohtavalla merkinnällä ja tiedolla. Sato, jota lain määräysten mukaan ei saa siementavarana myydä, ei saa sellaisilla merkinnöillä, tiedoilla markkinoida. Lain 38 §:ssä kielletään markkinoimasta siementavaraa, joka ei täytä tai ei enää täytä vaatimuksia.

Lain 39 § sisältää seuraavat *takuuta* (gewährleistung) koskevat säännökset. Kun siementavara myydään, pidetään lajikeaitoutta ja lajiaitoutta samoin kuin siementavaran luokkaa ja lain nojalla määrättyjä vaatimuksia täytettyinä. Takuuseen perustuvia vaatimuksia voidaan rajoittaa vain yleisillä kauppaehtoilla, mikäli ostajan oikeutettuja etuja ei kohtuuttomasti loukata. Sopimukset takuuvaatimuksista, jotka koskevat puuttuvaa lajikeaitoutta tai lajiaitoutta, eivät ole päteviä. Oikeus voi laissa säädetyin edellytyksin rajoittaa virheestä johtuvaa myyjän vahingonkorvausvastuuta, niin ettei siitä tule kohtuuton; ottaen kuitenkin huomioon ostajan oikeutetut edut.

4.6 Tiivistelmä

Suomessa on säädetty, että siementavaraerä on varustettava virallisella vakuustodistuksella. Siinä on oltava direktiivissä säädetyt tiedot ja lisäksi tavaran teknistä laatua osoittavat analyysitiedot. Viralliseen vakuustodistukseen ei kuitenkaan merkitä toimittajan nimeä, sen sijaan siinä pitää olla varmentavan viranomaisen nimi. Maa- ja metsätalousministeriön asetuksen mukaan tavara voidaan varustaa myös toimittajan vakuustodistuksella. Näiden todistusten antamiseen ei ole liitetty vahingonkorvausvastuuta; siitä säädetään laissa erikseen.

Englannin siemenlaissa säädetään, että ministeriö voi *vaatia*, että tiedot siementavarasta annetaan määrättyssä muodossa ja erityisesti vaatia minkä

⁵³ Gesetz über den Verkehr mit Saatgut.

hyvänsä siemenen myyjää antamaan ostajalle vakuutus, joka sisältää määrättyt yksityiskohtaiset tiedot; ilmoituksella on, kun ostaja ottaa sen vastaan, päinvastaisista sopimuksista tai ilmoituksista huolimatta, *sama vaikutus kuin myyjän kirjallisella vakuutuksella*, että säädettyssä tuoteselosteessa esitetyt tiedot ovat oikeat.

Ranskassa siementavaran tulee olla sertifioitu virallisesti niiden teknisten menettelytapojen mukaan, joista maatalousministeriö määrää; niiden tulee olla varustettu *virallisella sertifikaatilla*. Myytävän siementavaran tulee lisäksi olla varustettu maatalousministeriön määräysten mukaisella *etiketillä*, jossa on oltava muun muassa myyjää koskevat tiedot. Tätä etikettiä on siis pidettävä *myyjän puolesta annettuna vakuutena*.

Ruotsin voimassa olevassa kylvösiemenlaissa ei ole otettu kantaa vahingonkorvausvastuuseen.⁵⁴ Lain mukaan markkinoida saa pääsääntöisesti vain viranomaisen sertifioimaa siementavaraa. Asetuksen mukaan siementavaraa saa sertifioida valtion siementarkastuslaitos tai, kun on kysymys muusta kuin siemenperunasta, myös sellainen siementarkastuslaitos, jonka maatalousvirasto on hyväksynyt suorittamaan sertifioimista. Hyväksyminen voidaan antaa, jos laitoksella on tehtävään soveltuva huoneisto ja varustus ja joka sitoutuu noudattamaan maatalousviraston antamia laitoksen toimintaa koskevia määräyksiä, soveltamaan valtion siementarkastuslaitoksen vahvistamaa sertifioimista koskevaa taksaa sekä suostuu maatalousviraston määräämään valvontaan.

Saksan lain mukaan niitä siementavaran ominaisuuksia, joille on säädetty vaatimukset, pidetään täytettyinä. Tästä seuraavaa vastuuta voidaan rajoittaa vain yleisillä kauppaeidoilla. Oikeus voi myös laissa säädettyin edellytyksin rajoittaa virheestä johtuvaa myyjän vahingonkorvausvastuuta. Myyjää ei velvoiteta antamaan nimenomaista takuuta, vastuu säädetään laissa. Lain mukaan rangaistavana tekona pidetään sellaisen siementavaran myymistä, joka ei täyty säädettyjä vaatimuksia.

Mainittujen maiden siementavaran kauppaa koskevien säännösten vertailu osoittaa, että mainituissa EU-maissa, paitsi Ruotsissa, siementavaran toimittajalla on, toisin kuin Siemenkauppiaiden Yhdistyksen kirjelmässä⁵⁵ esitetään, lakisääteinen vastuu siementavaran virheestä. Se on myös sillä

⁵⁴ Aikaisemman vuoden 1928 kylvösiemenlain esitöissä selitettiin, että siemenkaupan vahingonkorvauskysymys ratkaistaan yleisten yksityisoikeudellisten säännösten perusteella; myyjän vahingonkorvausvastuuta ei voida rajoittaa, jollei siitä ollut selvästi ja kirjallisesti sovitettu. Tästä lienee pääteltävä, että myyjällä on edelleen ankara vahingonkorvausvastuu. Tuo laki ei kuitenkaan koskenut viranomaisen varmentamaa kylvösiementä.

⁵⁵ Katso alaviite 1.

tavalla pakottavaa lainsäädäntöä, että korvausvastuuta ei voida yksipuolisin sopimusmääräyksin vähentää. Englannissa ja Ranskassa vastuu perustuu lakisääteiseen vakuuden antamiseen; Saksassa vahingonkorvausvastuu on säädetty siemenkauppalaissa, niin kuin Suomessa. Mutta toisin kuin Suomessa, vastuuta Saksassa voidaan rajoittaa yleisillä kauppaehtoilla ja tuomioistuin voi myös sitä rajoittaa. Ruotsin kylvösiemenlaissa ei ole vahingonkorvausvastuuta koskevaa säännöstä.

5 KORVAUSVASTUU SIEMENPERUNAN KAUPASSA

5.1 Kasvitautilien leviämisen estäminen ja sitä koskevat säännökset

Sen johdosta, että siemenperunan mukana helposti kulkeutuu haitallisia perunatautien aiheuttajia on kasvinterveyttä koskevilla säännöksillä suuri merkitys siemenperunan tuottamista ja kauppaa koskevissa säännöksissä. Haitallisina pidetään kasvitauteja, jotka voivat huomattavasti vahingoittaa viljelyksiä tai varastoituja kasveja ja kasvituotteita. Kasvinsuojelulaissa säädetään, mihin toimiin saadaan ja pitää ryhtyä tällaisten haitallisten kasvitautilien torjumiseksi.⁵⁶

Yhdistyneiden Kansakuntien maatalous- ja elintarvikevirastossa (FAO) vuonna 1951 tehdyn *Kasvinsuojelun kansainvälisen yleissopimuksen* mukaan jokaisen sopimukseen liittyvän valtion tulee perustaa kasvinsuojelun organisaatio, jonka tehtävä on seurata haitallisten kasvitautilien esiintymistä alueellaan, tarkastaa maahan tuotavia sellaisia kasvituotteita, joiden mukana helposti saattaa kulkea kasvituotantoa vahingoittavia kasvitauteja ja kasvituholaisia (karanteenituhoojia), tarkastaa niistä lähetysmaan antamia kasvinterveystodistuksia sekä vastaavasti tarkastaa maasta vietäviä kasvituotteita ja antaa niille terveystodistukset.⁵⁷ Yleissopimuksen jäsenvaltiot kuuluvat alueellisiin kasvinsuojelujärjestöihin. Suomi ja muut EU jäsenvaltiot kuuluvat Euroopan ja Välimerenmaiden alueelliseen kasvinsuojelujärjestöön. Alueellinen järjestö päättää alueellaan haitallisena pidettävistä kasvitaudeista ja -tuholaisista.

⁵⁶ Kasvinsuojelulaki (1203/1994). Kasvinsuojelulainsäädäntö on sukua eläintautien leviämisen ehkäisemisestä säädetylle lainsäädännölle.

⁵⁷ International Plant Protection Convention.

Euroopan yhteisössä on annettu Neuvoston direktiivi kasvien ja kasvituotteiden haitallisten organismien jäsenvaltioihin kulkeutumisen estämiseen liittyvistä suojatoimenpiteistä. Se on viimeksi uudistettu vuonna 2000.⁵⁸ EU:ssa noudatetun tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen vuoksi tavaroita ei yhteisön sisärajoilla tarkasteta. Tämän vuoksi sisämarkkinoille tarkoitettujen kasvituotteiden tarkastus tehdään tuotantopaikalla. Tuotantopaikalla suoritettavat tarkastukset ovat pakollisia ja ne koskevat kaikkia kasveja ja kasvituotteita, joita viljellään, sekä tuotantopaikalla käytettäviä kasvualustoja. Viime vuosikymmenen lopulla direktiiviin otettiin säännökset, joiden mukaan jäsenvaltioon, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa huolehtia direktiivissä säädetyistä kasvinsuojelusta, voidaan kohdistaa taloudellisia sanktioita.⁵⁹

Tarkastusjärjestelmän tehokasta toimintaa varten on kaikki kasvituotteita markkinoille toimittavat tuottajat virallisesti rekisteröitävä. Jos tarkastusten tulokset ovat moitteettomat, on yhteisön markkinoille toimitettaviin tuotteisiin kiinnitettävä tuotetyyppiin soveltuva hyväksymismerkintä, *kasvipassi*, jolla varmistetaan tuotteiden vapaa liikkuminen koko yhteisön alueella.

Siemenperuna kuuluu ryhmään *helposti pilaantuvat tuotteet*, jollaisten kansainvälisen kaupan edellytysten turvaamiseksi Euroopan talouskomissio (ECE) on tehnyt laadunvarmennusjärjestelmiä. Näihin kuuluu siemenperunan kauppalaadun sertifiointia koskeva suositus.⁶⁰ EY:n siemenperunoiden kauppaa koskeva direktiivi⁶¹ on laadittu tämän suosituksen perusteella. Siemenperuna sertifiointissa varmennetaan sekä siemenperunaerän oikea lajikenimi että kasvinterveys; lajikkeellisuuden varmentaminen perustuu, niin kuin kylvösiemenelläkin jalostajan tuottaman lajikeaineiston lisäystuotantoon. Siemenperuna on siis varustettava siemenmarkkinasäännösten mukaisella *virallisella etiketillä* ja kasvinsuojelusäännösten mukaisella *kasvipassilla*.

Siemenperunan markkinoimisesta annetun Neuvoston direktiivin johdanto-osassa esitetään, että ”yhteisössä saavutetaan perunanviljelyssä parempi tuottavuus, jos jäsenvaltiot soveltavat erityisesti terveyteen nähden yhdenmukaisia ja mahdollisimman tiukkoja sääntöjä kaupan pidettäviksi hyväksytyjen lajikkeiden valikoinnissa.” Toisin kuin kylvösiementen markkinointia koskevissa direktiiveissä, jäsenvaltiot voivat siemenperunan markkinoin-

⁵⁸ Neuvoston direktiivi 2000/29/EY.

⁵⁹ Sama, artikkelit 23 ja 24.

⁶⁰ UN/ECE Standard concerning the certification and commercial quality control of Seed Potatoes moving in international trade between and to UN/ECE member countries.

⁶¹ Neuvoston direktiivi 66/403/ETY.

tia koskevan direktiivin mukaan tietyin edellytyksin kokonaan tai osittain kieltää toisessa jäsenvaltiossa korjattujen siemenperunoiden pitämisen kaupan.⁶²

Haitallisten perunatautien leviämisen estämiseksi on säädetty, että siemenperunaviljelyksellä (viljelyksellä, jolla siemenperuna tuotetaan) ei saa esiintyä perunan karanteenituhoojia, peruna-ankeroista, perunasyöpää eikä perunan rengasmätää. Perunan tyvimädän, joka ei ole karanteenitauti, esiintymiselle on säädetty sallittu enimmäismäärä. Sertifiointiviranomaisen on todettava mainittujen ehtojen täyttyminen kasvukauden aikana suoritettavassa tarkastuksessa. Kauppakunnostetussa siemenperunaerässä ei saa olla edellä mainittuja karanteenitauteja; tyvimädän esiintymistä koskevaa määräystä ei ole asetettu kunnostetulle erälle.

Siemenperuna ei Suomessa kuulunut siemenkauppalaan soveltamisalaan ennen vuotta 1975. Siemenperunan markkinat maassamme olivat tuolloin kehittämättömät ja perunantuotannon taso melko alhainen.⁶³ Perunaviljelyn kehittämiseksi alettiin 1970-luvulla tuoda maahan, eräinä vuosina suuriakin määriä siemenperunaa; runsaan tuonnin seurauksena maahan kulkeutui haitallisia perunantauteja. Syntyi tarve ryhtyä järjestämään kotimaista siemenperunan tuotantoa ja markkinoita. Valtion ja peruna-alan järjestöjen kesken tehtiin sopimus Siemenperunakeskuksen perustamisesta tuottamaan valtakunnan tarpeisiin tervettä ja korkealaatuista siemenperunaa. Keskukseen tuotantoalue on tunnustettu EU:ssa korkealaatuisten siemenperunan tuotantoalueeksi.

5.2 Vahingonkorvaussäännösten soveltaminen kasvitautitapauksiin

Siemenperunan kauppaa koskevat samat vahingonkorvaussäännökset kuin kylvösiemenen kauppaa. Siemenperunan tuottajalla ja pakkaajalla on siis vastuu vahingosta, joka johtuu siitä, ”että kylvösiemen (!) ei ole siitä annettujen tietojen mukaista tai siinä on muu virhe.” Kasvitaudeista johtuen vahingot ja vastuukysymykset saattavat siemenperunan kaupassa olla vaikeasti ratkaistavia; vastuusäännöstä kirjoitettaessa, ei kiinnitetty huomiota siihen, että siemenperunalla ’virhe’ yleensä on toisenlainen kuin kylvösiemenellä

⁶² Sama, artikla 14.

⁶³ Niinpä esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaistavaksi tuli vuonna 1955 tapaus (KKO 1955 II 147) jossa valtion kasvinviljelyslaitos oli myynyt perunansiementä; kuuden vuoden kuluttua osoittautui, että myyty siemen ei ollut sitä lajiketta, jona se oli myyty.

eikä sitä, että eräissä tapauksissa korvausta maksetaan myös valtion varoista.

Kasvinsuojelulain mukaan valtion varoista on maksettava korvauksia viljelijöille torjuntatoimien aiheuttamista vahingoista ja menetyksistä. Karanteenitautien torjunnasta aiheutuvat kustannukset kokonaan, eräiden muiden haitallisten kasvitautien kustannuksista puolet. Kasvinsuojelulain mukaan maksettava korvaus ei ole harkinnanvarainen. Jos valtion varoista maksetaan kokonaan, ei myyjälle jää korvattavaa; jos vain puolet, ostajalla on oikeus saada loput siemenperunan toimittajalta. Näin on myös maahan tuodun siemenperunan tapauksissa.

Eräät perunan taudit aiheuttavat lähinnä laadullisia ja määrällisiä vahinkoja, sellaisia, joiden torjuntaan kasvinsuojelulain nojalla ei ryhdytä, mutta joiden esiintymiselle siemenperunassa asetetaan kuitenkin enimmäismäärä. Tällaisten tautien aiheuttajia, esimerkiksi bakteereja esiintyy latenteina usein siemenperunassa, mutta niiden kehittyminen tautia aiheuttavaksi riippuu monista tekijöistä, varsinkin kasvu- ja sääoloista; tautien kehittymistaipeus on myös lajikeominaisuus. Tyvimätä on eräs tällainen, erityisesti siemenperunan tuotannossa haitallinen perunan tauti; jos siemenperunakasvustossa todetaan enemmän tyvimätäisiä yksilöitä kuin tuotantovaatimuksissa sallitaan, ei satoa hyväksytä siemenperunaksi.

5.3 Vahingonkorvausvastuun tulkinnasta

Tyvimätää koskevia reklamaatioita on esitetty erityisesti siemenperunakeskukselle. Reklamaatioita ei ole käsitelty tuomioistuimessa. Siementarkastuslaitoksen osuutta tavarana laadun varmentamisessa ei näissä reklamaatio tapauksissa ole selvitetty. Siemenperunakeskus on usein maksanut korvauksia Kun Siemenperunakeskukselle esitettiin keväällä 2000 useita tyvimätäreklamaatioita, keskuksen johtokunta asetti työryhmän selvittämään korvauskysymystä. Sen tehtävänä oli selvittää myös kansainvälistä menettelyä vastaavissa tilanteissa. Työryhmän selvityksessä⁶⁴ käsitellään yhteensä

⁶⁴ Työryhmä toteaa: ”Hallituksen esityksestä ilmenee voimakas pyrkimys suojata heikomaksi osapuoleksi katsottua viljelijää heidän vaikutuspiirinsä ulkopuolisilta taloudellisilta vahingoilta. Siemenkauppalaan 9 §:n mukaan kunnostaja tai pakkaaja voi vapautua korvausvastuusta, jos hän saattaa todennäköiseksi, ettei siemenessä ollut vahingon aiheuttanutta virhettä silloin, kun hän laski sen liikkeeseen. *Kansainvälinen tilanne: Kansainvälisessä siemenperunakaupassa on tapana noudattaa kauppatappaa, jolla tyvimätää koskevat ns. Erwinia-ongelmat suljetaan korvausvastuun ulkopuolelle. Vastaavanlaisen menettelyn käytönotto Suomessa on kuitenkin mahdotonta ilman lain muutosta, sillä siemenkauppalaan*

24 reklamaatiotapausta. Johtokunnassa asiasta keskusteltaessa⁶⁵ ”todettiin muun muassa, että SPK:n korvausvelvollisuudesta koskien kasvustossa ilmenevää tyvimätää on kaksi päinvastaista tulkintaa: ”Vanhan tulkinnan mukaan siemenen pakkaajalla ei ole korvausvelvollisuutta toimitetun siemenen kasvustossa kasvukauden aikana esiintyvän tyvimädän johdosta. Uuden tulkinnan mukaan SPK:lla on kuitenkin korvausvastuu, mikäli SPK ei pysty täysin pitävästi esittämään, että sen toimittamassa siemenessä ei ole ollut liiallista tyvimätäisyyttä. Liiallisessa tyvimätäisyydellä on tarkoitettu myös ns. piilevää eli latenttia tyvimätää, jolle ei ole olemassa raja-arvoa ja jota ei pystytä luotettavasti tarkastaman tai testaamaan.”

5.4 Sertifiointimenetelmän pätevyydestä

Vuonna 1984 pidetyn kansainvälisen perunan tyvimätäkonferenssin julkaisun perusteella on pääteltävissä, että tyvimädästä aiheutuvia erimielisyyksiä ei juurikaan ole käsitelty Euroopan tuomioistuimissa. Konferenssissa esitettiin oikeustapauksia USA:sta.⁶⁶ Konferenssissa selostettiin Washingtonin osavaltion tuomioistuimessa käsiteltyä tyvimätätapausta. Vastaajana oli myyjän lisäksi sekä sertifiointiviranomainen että osavaltio sertifiointijärjestelmän asianmukaisuudesta vastaavana. Tuomioistuin kiinnitti huomion siihen, että osavaltio oli oikein asettanut siementuotantoa koskevat ohjeet ja määräykset ja että siementuotannossa oli noudatettu tuotantoa koskevia vaatimuksia. Tuomioistuin päätyi toteamaan, että siementuottaja, siemenkauppias, tarkastaja ja osavaltio eivät olleet laiminlyönyt huolellisuusvelvollisuuttaan.

Johansen toteaa, että jotkut tuomioistuimet USA:ssa eivät ole pitäneet satoa ja terveyttä koskevaa takuuta (implied warranty) kauppatapaan kuuluvana; kun taas toiset tuomioistuimet ovat pitäneet tällaista takuuta ja sii-

on pakottavaa lainsäädäntöä (kursivointi kirjoittajan). Tämä tarkoittaa sitä, että sopimus-kumppanit eivät voi kauppasuhteessaan sopia siemenkauppalaista viljelijän haitaksi poikkeavista ehdoista. Lain pakottavuuden vuoksi myöskään kauppatavat eivät voi syrjäyttää laissa viljelijälle säädettyjä oikeuksia. *Reklamaatioiden arviointi*: Työryhmä on käsitellyt jokaisen sille toimitetun riittävästi perustellun reklamaation yksityiskohtaisesti. Työryhmän jäsenet ovat hankkineet, kukin edustamansa tahon osalta, lisäselvitystä kesän 2000 tapahtumakuluista. Kannanottoja on pyydetty myös muutamalta ulkopuoliselta asiantuntijalta. Saadun aineiston perusteella työryhmä on kunkin reklamaation kohdalla ottanut kantaa siihen, onko todennäköistä, että kyseisessä erässä on ollut virhe jo luovutushetkellä, vai onko virhe syntynyt vasta erän ollessa ostajan hallinnassa.”

⁶⁵ Siemenperunakeskuksen johtokunnan pöytäkirja 22.2.2001.

⁶⁶ Johansen, G. s. 81–82.

hen perustuvia vaatimuksia kauppatapaan kuuluvana. Johansen päätyy toteamaan, että siemenkaupassa muodostuu hyvin vaikeaksi kysymys asianmukaisesti rajoittaa tyvimätää tai mitään muutakaan tyypillisesti latenttina esiintyvää tautia koskevaa vastuuta, jos tarkastusmenettelyssä ei voida järkevästi ja kohtuudella todeta tautia. Säännöksissä on tehtävä tämä varaus ja markkinat on informoitava näistä rajoituksista.⁶⁷

”Tautien valvonnan säännöstäminen tilanteessa, jossa ei ole keinoja toteuttaa valvontaa, voi olla kaikille haitaksi. Mutta on olemassa keinoja, joilla joitakin ongelmia voitaisiin välttää. Tiedämme, että siemenperunan ostaja odottaa siemenperunan itävän ja tuottavan jotakuinkin terveen kasvuston. Myyjät ovat perinteisesti rajoittaneet vastuutaan kaupassa ottamalla myyntisopimukseen ja ’vakuustodistukseen’ lausuman, jonka mukaan tavara on sellaista kuin ’vakuustodistus’ osoittaa ja jossa kaikki muu, nimenomainen tai hiljainen vastuu torjutaan.⁶⁸ Niissä asetetaan myös rajoituksia reklamaation aikaan ja tapaan. Johansen toteaa lopuksi, että siemenperuna-kaupan kannalta muodostuu tärkeäksi kysymys, miten asianmukaisesti esittää tyvimätää tai muitakin tyypillisesti latentteina esiintyviä tauteja koskevat varaukset. Jos tautia ei voida järkevin keinoin todeta virallisissa tarkastuksissa, on siitä säännöksissä tehtävä varaus ja elinkeinolle ja kaupalle on ilmoitettava näistä tarkastuksen rajoituksista.⁶⁹

⁶⁷ Hemmo (2000) s.36 tiedonantovelvollisuudesta sopimussuhteissa. ”Sopimuspuolelta voidaan tietyissä tapauksissa vaatia sopimuskumppanin etujen huomioon ottamista. Se saattaa esimerkiksi perustaa velvollisuuden huolehtia sopimuskumppanin riittävästä tietotasosta ja esittää varoituksia silloin kun sopimuskumppanin huomataan olevan väärässä käsityksessä jonkin olennaisen seikan suhteen. *Tiedonantovelvollisuutta koskevien kysymysten merkitys sopimusoikeudessa on ollut vahvassa kasvussa.* (kursivointi kirjoittajan) Se perustuu samalle henkiselle ajattelulle kuin lojaliteettiperiaate – asetetaan tietty velvollisuus toisen intressien turvaamisesta.

⁶⁸ Johansen selittää, että nimenomainen takuu (express warranty) on sellainen lipuke tai tuoteselostus, jonka myyjä kiinnittää siemenperunaerän pakkausten päällyksiin; siinä vakuutetaan, että siemen on nimettyä lajiketta ja täyttää sertifiointiohjelman standardit. Muut vakuudet, vastuut myyjä tai agentti voi torjua. Kuitenkaan ei voida rajoittaa mitään järkeviä vaatimuksia. Vakuuden antamisesta tulee oikeudellinen kysymys USA:n tuomioistuimessa, jossa tuomioistuin antaa päätöksen. Vastuun rajoitus on selvästi ja näkyvästi esitettävä. Sellaista vastuuta, josta on säädetty osavaltion tai liittovaltion laissa ei voi kuitenkaan rajoittaa”.

Hiljainen takuu (implied warranty) ”koskee vakuutusta tavaran sopivuudesta tarkoitukseensa ja kauppakelpoisuudesta. Toisin sanoen vakuutta siitä, että siemenperunan on siinä kunnossa, että se kasvaa ja tuottaa terveen sadon. Kauppakelpoisuutta koskeva takuu tarkoittaa lähinnä, että siemenperunat ovat kuvauksensa mukaista kohtuullisen hyvää laatua ja soveltuvat tarkoitukseensa.”

⁶⁹ Vuoden 1991 taimiaineistolaisissa (663/1991 8§, kohta 7) säädettiin, että taimiaineisto oli yleisten laatuvaatimusten mukaista, jos se *normaalioloissa oikein istutettuna ja asianmukaisesti hoidettuna* juurtuu ja alkaa kasvaa (kursivointi kirjoittajan).

Konferenssi totesi johtopäätöksissään muun ohella, että mikään sertifiointijärjestelmä ei voi antaa varmuutta siitä, että jälkeläiskasvuston tyvimätäesiintymä ei ylitä vanhempaiskasvustossa todettua tyvimätäesiintymää.

5.5 Tiivistelmä

Siemenperunan kauppaa koskevissa säännöksissä keskeisenä tavoitteena on perunan tautien leviämisen estäminen. Kansainvälisen kasvinsuojelun yleissopimuksen mukaisesti valtioiden perustamat kasvinsuojelun organisaatiot valvovat kasvitautien esiintymistä ja tarkastavat kasviuotantoa ja kasvituotteiden kauppaa. EU:n sisämarkkinoilla kasvintuhoojien leviäminen perustuu tuotantopaikalla tapahtuvaan valvontaan. EU:ssa markkinoitavalla siemenperunalla tulee olla siemenmarkkinasäännösten mukaisen sertifiikaatin lisäksi kasvinsuojelun vaatimusten mukainen kasvipassi.

Siemenperunan kaupassa sovelletaan samoja vahingonkorvaussäännöksiä kuin kylvösiemenen kaupassa. Kasvintuhoojien torjuntatoimien aiheuttamista vahingoista ja menetyksistä maksetaan viljelijöille valtion varoista kasvinsuojelulain nojalla korvauksia. Toisaalta siemenperunaerän toimittaja on siemenkauppalain nojalla vastuussa tavarassa olevan virheen aiheuttamasta vahingosta. Kasvitaudeista johtuen 'virhe' siemenperunassa kasvitaudeista yleensä on toisenlainen kuin kylvösiemenessä. Kasvitaudeista johtuen vahingot ja vastuukysymykset saattavat siemenperunan kaupassa olla vaikeasti ratkaistavia. Tyvimätää koskevia reklamaatioita on esitetty erityisesti Siemenperunakeskukselle. Maa- ja metsätalousministeriön hyväksymän tulkinnan mukaan keskuksella on korvausvastuu, ”mikäli se ei pysty täysin pitävästi esittämään, että sen toimittamassa siemenessä ei ole ollut liiallista tyvimätäisyttä.”

Eräiden arvioiden mukaan mikään sertifiointijärjestelmä ei voi antaa varmuutta siitä, että jälkeläiskasvuston tyvimätäesiintymä ei ylitä vanhempaiskasvustossa todettua tyvimätäesiintymää, taudin esiintyminen kun riippuu suurella määrällä paitsi siemenperunan laadusta ja kunnosta, myös kasvukaudesta ja viljelyn tasosta. Tämän vuoksi olisi tarpeen sopia, miten asianmukaisesti esittää tyvimätää ja muitakin tyypillisesti latentteina esiintyviä tauteja koskevat varaukset. Jos tautia ei voida järkevin keinoin todeta virallisissa tarkastuksissa, olisi siitä säännöksissä tehtävä varaus ja elinkeinolle ja kaupalle on ilmoitettava näistä tarkastuksen rajoituksista.

6 VAHINGONKORVAUSSÄÄNNÖT KANSAINVÄLISESSÄ SIEMENTAVARAN KAUPASSA

Edellä on todettu, että siemenperuna kuuluu helposti pilaantuviin tuotteisiin; varsinaiset kylvösiemenet, jyvät ja siemenet, eivät ole sellaisia. Tästä erilaisuudesta johtuen niiden kansainvälistä kauppaa koskevat sopimusjärjestelyt ovat erilaiset. Kylvösiementen kansainvälisessä kaupassa noudatetaan yleisesti Kansainvälisen siemenkaupan federaation (FIS) sääntöjä ja kauppatapoja; erimielisyyksien ratkaisemisessa järjestön hyväksymiä menettelytapasääntöjä.⁷⁰ Siemenperunan eurooppalaisessa kaupassa noudetaan Euroopan tukkuperunakaupan, perunatuottajien ja perunateollisuuden järjestöjen vahvistamia RUCIP sääntöjä ja kauppatapoja sekä tavaran laadun tarkastamista koskevia menettelysääntöjä ja välimiesmenettelyä koskevia sääntöjä.⁷¹

Kun suomalaiset siemenkauppiat ostavat siementavaraa ulkomailta, tehdään sopimukset yleensä mainittujen kansainvälisten sopimusehtojen mukaisesti. Suomen siemenkauppiat ovat äskettäin liittyneet (uudelleen) FISin jäseneksi. Suomen peruna-alan järjestöt ei ole RUCIP-järjestön jäsen. Lie nee syytä huomata, että kansainvälisen siementavarakaupan sopimusehdot koskevat liikekauppoja. Kansallisissa siemenkauppalaieissa säädetyt tavaran vaatimukset on kuitenkin otettava huomioon kaupoista sovittaessa, myös vahingonkorvaussäännökset, siltä osin kuin niissä säädetään tavaran toimittajan vastuusta tai vakuuden antamisen velvollisuudesta. Kansainvälisessä kaupassa esiintyvien erimielisyyksien ratkaiseminen riippuu usein siitä, mikä maan lakia sopimukseen sovelletaan.⁷²

6.1 Kylvösiemenen kauppaa koskevat kansainväliset kauppatavat ja säännöt

FIS on, selventääkseen ja yhdenmukaistaakseen myyjän ja ostajan välisiä sopimussuhteita kansainvälisellä tasolla, julkaissut kylvötarkoitukseen myytävien siementen kauppaa varten 'Säännöt ja kauppatavat'. Näitä sääntöjä täydentävät erimielisyyksien ratkaisemisessa noudatettavat menettelytapasäännöt. FISin säännöissä, johdantoluvun 3. kohdassa, määrätään, että

⁷⁰ F.I.S.-rules.

⁷¹ RUCIP 2000.

⁷² Barrington, L. s.77 "The outcome of a dispute can often depend on the solution offered by the law which applies to the contract".

”jos kansallisten lakien soveltaminen johtaa siihen, että joku tai jotkut sääntömääräykset eivät päde, se ei vaikuta muiden sääntömääräysten pätevyyteen”. Tarkoitus on jäljempänä selvittää, mitä näissä säännöissä määrätään virheiden ja vahinkojen toteamisesta sekä vahinkojen korvaamisesta.

Laatua koskevat määräykset. Myyjän on ilmoitettava siemenen laatu sellaisena kuin se on tavaraa lähetettäessä. Jos sopimus ei muuta määrittele, ilmoitus voidaan tehdä jollakin seuraavista tavoista: a) esittämällä virallinen siementarkastustodistus⁷³; b) esittämällä valtion tai yksityisen laboratorion antama muu kuin virallinen siementarkastustodistus, tai c) pelkällä ilmoituksella. Jos sopimuksessa määrätään, minkälainen todistus on esitettävä, todistuksen tulee vastata tätä määrittelyä.

Sopimus toimituksesta ilman virallista siementarkastustodistusta. Sääntöjen mukaan on suotavaa, että myyjä tavaraa lähetettäessä antaa ottaa ja sinetöidä valtion tai asianmukaisesti akkreditoitun näyteenottajan toimesta näytteen. Suojatakseen etunsa ostaja voi vastaavasti antaa ottaa näytteen kun tavara saapuu. Tämä näyte on pätevä todistus, jos tavarasta ei ole ennen lähettämistä otettu virallista näytettä. Jos ostajan toimesta teetetyn siementarkastuksen tulos osoittaa eroa, josta ei voida yhteisymmärryksessä sopia, on otettava uusi näyte, jonka tarkastustulosta on pidettävä pätevänä; tarkastus on suoritettava osapuolten sopimassa, muualla kuin myyjän ja ostajan maassa sijaitsevassa laboratoriossa. Jos ostaja ja myyjä eivät voi sopia lopullisen tarkastuksen suorittavasta tarkastuslaitoksesta, FISin pääsihteeristö nimeää laitoksen. Sen tarkastustodistus on lopullinen. Jos tarkastuksen tulokset poikkeavat myyjän esittämistä arvoista enemmän kuin liikkumavarat sallivat, niitä on pidettävä lopullisina. Muussa tapauksissa myyjän antamaa tarkastustodistusta on pidettävä vahvistettuna.

Sopimus toimituksesta virallisella tarkastustodistuksella. Jos tavara sopimuksen mukaan on varustettava virallisella tarkastustodistuksella, voi ostaja tehdä tavarasta huomautuksia vain harvoissa, säännöissä määrätyissä selvissä tapauksissa. Näissä tapauksissa on tavarasta otettava näyte tarkastettavaksi siementarkastuslaitoksessa, josta osapuolet sopivat tai jos eivät voi sopia, laitoksessa, jonka FISin pääsihteeristö määrää. Sen päätös on lopullinen. Jos tarkastuksen tulos poikkeaa sovellettavista liikkumavaroista

⁷³ ”Virallinen siementarkastustodistus” tarkoittaa valtion laboratorion tai siementarkastuslaitosten kansainvälisten järjestöjen taikka OECD:n Kansallisen Valtuutetun Viranomaisen akkreditoiman yksityisen laboratorion antamaa tarkastustodistusta.

enemmän kuin säännöissä sallitaan, ostajalla on oikeus vaatia hyvitystä tai vahingonkorvausta. Virallisen todistuksen katsotaan siis olevan todistus tavaran teknisestä laadusta.

Lajikeaitouden tarkistaminen. Jos käytettävissä ei ole virallista, kiistatonta näyttöä, ostaja voi otattaa näytteen virallisella tai akkreditoidulla näyttö-ottajalla kansainvälisten siementarkastussääntöjen mukaan siemenerästä, joka on varustettu *myyjän sinetillä* ja ehjällä sulkemislaitteella. Kaikki vaatimukset, jotka liittyvät lajikeaitouden tai lajikepuhtauden virheisiin, on tehtävä ostajan maassa ja alueella tavanomaiseen kylvämiseen ja tarkastukseen kuluvan ajan puitteissa, viimeistään vuoden kuluessa siitä kun ostaja on vastaanottanut siementavaran. Jos ostaja ja myyjä eivät pääse yhteisymmärrykseen siitä, minkä laitoksen tulisi tehdä jälkitarkastus, FIS'in pääsihteeristö määrää laitoksen. Sen päätös on lopullinen. Jos laitos toteaa puutetta ilmoitetun lajikkeen aitoudessa tai lajikepuhtaudessa, ostajalla on oikeus muotoilla vaatimus myyjälle. Sääntöjen mukaan *myyjän on taattava lajikkeen alkuperä* ja tarvittaessa lajikepuhtaus.⁷⁴

Vahinkojen korvaamista koskevat säännöt. FIS'in säännöissä on kasvilajiryhmittäin (vilja-, nurmi- öljy-, kuitu- ja vihanneskasvit) esitetty säännöt tavaran virheestä aiheutuneiden vahinkojen suuruuden määrittämiseksi. Viljakasvien siemeniä koskevat säännöt sisältävät pääosin sen, että jos laatu on huonompi kuin sopimuksessa on sovittu, sovelletaan säännöissä annettuja laskukaavoja siementavaran ”teknisen laadun” ala-arvoisuuden arvioimiseen, hinnanalennuksen määrittämiseen. Esimerkiksi, jos itävyys alittaa sopimuksessa määrätyn itävyyden, myyjän on annettava 1 % alennusta sovitusta hinnasta jokaiselta alittavalta prosenttiyksiköltä.

Jos toimitus ei muilta osin vastaa sopimusta eikä asiaa voida sopia yhteisymmärryksessä, vahingon suuruudesta on päätettävä *välimiesmenettelyssä*. Jos ostaja käyttää oikeuttaan kieltäytyä hyväksymästä ei-sopimuksen mukaisen toimituksen, se tarkoittaa, että myyjä ei ole täyttänyt sopimusta. Jokaisessa *ala-arvoista tavaraa* koskevassa tapauksessa kärsitty vahinko tai virhe itsessään on *ostajan* arvioitava todisteiden perusteella. Tämän arvioon perusteella *myyjällä* on oikeus vaatia, että välimiesoikeus vahvistaa vahingon määrän.

Kysymys siitä, onko vahinkoa syntynyt ja kuinka paljon, on ratkaistava välimiesoikeudessa, jollei sitä voida ratkaista yhteisymmärryksessä. Korvausmäärä ei voi ylittää laskun arvoa ja oikeutettuja, välittömiä ja osoitettuja

⁷⁴ Sääntöjen kohta 27.

kustannuksia, jollei tämä välimiesoikeuden mielestä ole kohtuuttoman pieni korvaus.

Välimiesmenettelystä. Eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta kaikki osapuolten väliset erimielisyydet, jotka johtuvat liiketoimista, jotka on aloitettu tai päätetty FISin sääntöjen perusteella ja joita ei voida sopia hyvässä yhteisymmärryksessä tai välittäjän ja sovittelijan avulla FISin riitojenratkaisun menettelytapasääntöjen mukaisesti, on ne, jollei muusta nimenomaisesti ole kirjallisesti sovittu, ratkaistava sitovalla välimiesmenettelyllä. Jäsenyhdistysten tulee järjestää edellytykset välimieskäsittelyä varten FISin sääntöjen mukaisesti.⁷⁵ Kussakin maassa välimieskäsittelyn tulee tapahtua asianmukaisen FISin jäsenyhdistyksen valvonnassa. Kansallinen yhdistys voi antaa tehtävän välimiestoimistolle (Arbitration Chamber) tai järjestää ne itse.

Jokaisen jäsenyhdistyksen tulee laatia luettelo hyväksymistään välimiehistä. Heidän tulee nauttia täysin kansalaisoikeuksista ja heillä tulee olla virallisen edustajan asema yhtiössä tai järjestössä, jossa ovat toimessa tai tehtävissä, jotka antavat heille ammattikunnan arvonantoa. Luettelon tulee osoittaa kustakin välimiehestä, missä kylvösiemenlajissa tämä on pätevä toimimaan välimiehenä. Jos välimiesoikeutta ei ole ehditty järjestää siihen mennessä kun välimieskäsittelyä koskeva hakemus tehdään, on hakemus osoitettava FISin pääsihteerille. Tämän on valittava kolmas maa, jonka kansallinen yhdistys on FISin jäsen, jossa välimieskäsittely järjestetään, jos mahdollista läheltä myyjän maata. Välimiesoikeuden järjestämiseen tulee saada tuon yhdistyksen suostumus.

6.2 Siemenperunakaupan eurooppalaiset kauppatavat ja säännöt

RUCIP organisaatio⁷⁶ on peruna-alan järjestöjen laatima ruoka, teollisuus- ja siemenperunoiden Euroopan sisäistä kauppaa koskevien (1) sääntöjen ja kauppatapojen, (2) arviointisääntöjen ja (3) välimiesmenettelyä koskevien sääntöjen muodostama kokonaisuus. Säännöissä todetaan, että ”jos RUCIPin sääntöjä sovelletaan, mitään kansainvälisiä kauppakonventioita tai -sopimuksia ei silloin voida soveltaa.”

⁷⁵ Saadun tiedon mukaan Suomessa ei toistaiseksi ole järjestetty FISin ’välimieskäsittelyn edellytyksiä’.

⁷⁶ RUCIP 2000.

Laadun reklamaatiota koskevat määräykset. Tavaraa vastaanotettaessa ja ennen purkamista ostajan on tavanomaisen tarkistuksen jälkeen ilmoitettava viat myyjälle määrättyjen aikojen kuluessa kirjallisella tietoliikenneviestillä. Viat, jotka ilmenevät vasta ajoneuvosta tai aluksesta purkamisen aikana, on ilmoitettava kirjallisella tietoliikenneviestillä heti kun ne on todettu ja kun loput tavarasta on vielä kuljetusvälineessä. Kaikki purkamisen jälkeen tehdyt vastaanottajan reklamaatiot ovat pätemättömiä, paitsi jos reklamaatio koskee kasvitauteja seuraavissa tapauksissa: (i) jos siemenperunassa esiintyy pahenevia sairauksia: kuivamätää ja Phomamätää, on reklamaatio tehtävä kolmen viikon kuluessa, (ii) jos kysymyksessä on karanteenisairaus, on sopimuspuolten jätettävä asia voimassa olevan asiaa koskevan eurooppalaisen lainsäädännön varaan.

Jos sopimuksessa erityisesti mainitaan ”hyväksytyt lähdön yhteydessä” myyjän on asetettava peruna ostajan tai tämän edustajan käytettäväksi lastaus- tai lähetyspaikassa. Ostajalle on oikeaan aikaan ilmoitettava tästä, jotta ostaja voisi tulla paikalle tai käyttää edustajaa. Ostajan tai tämän edustajan on silloin ilmoitettava ne viat, jotka voi todeta. Peruna, joka on näin luovutettu ilman, että siitä on aiheutunut varauksia, katsotaan hyväksytyksi. Peruna katsotaan hyväksytyksi myös silloin, kun ostaja ei ole tullut paikalle tai käyttänyt edustajaa lastaus- tai lähetyspaikalla. Jos lähdön yhteydessä on suoritettu sopimuksessa määrätty arviointi tai *jos on annettu sopimuksessa määrätty laaduntarkastustodistus*, määränpäässä tehtävän reklamaation tueksi on tehtävä *varmentava arviointi*.

Kukin asianosainen voi asetettujen määräaikojen kuluessa pyytää varmentavaa arviointia kansalliselta asiamieheltä, joka välittömästi nimeää varmentavan asiantuntijan ja ilmoittaa siitä asianosaisille. Jos on kysymyksessä Euroopan sisäisen kaupan arviointi, asiamiehen nimeämällä asiantuntijalla on oltava sen maan kansalaisuus, jota arviointia vaativa asianosainen mahdollisesti on edellyttänyt. Arviointitoimisto järjestää varmentavan arvioinnin ja tarpeen vaatiessa kahden asiantuntijan kokouksen. Jos he ovat eri mieltä, toimiston on nimettävä kolmas asiantuntija. Jos joku asianosaisista niin haluaa, toimiston on valittava henkilö, jolla on muu kansalaisuus kuin asianosaisilla. Kolmas asiantuntija laatii ratkaisevan raportin.

Säännöissä sanotaan, että arviointi on syytä tehdä aina silloin kun toinen sopimuspuolista joko nimenomaan tai jättämällä vastaamatta määräaikojen kuluessa ei hyväksy toisen sopimuspuolen reklamaatioita tai on eri mieltä pilaantumishyvityksen määrästä. Arviointi koskee vain kiistettyjä vikoja, paitsi jos on kysymyksessä lähdön yhteydessä tehtävä arviointi tai hyväksyminen lähdön yhteydessä. Jos sopimuksessa on määrätty, että lähdön yhteydessä on tehtävä arviointi, myyjän on pyydettävä sitä siltä kansalliselta

toimistolta, joka on tavaran sijaintipaikan osalta toimivaltainen. Lähdön yhteydessä tehtävä arviointi koskee kaikkia niitä vikoja, jotka voidaan todeta.

Arvioinnin suorittamista koskevat määräykset. Arvioinnin voivat suorittaa vain ne asiantuntijat, jotka on mainittu Euroopan komitean ja/tai Euroopan asiamiehen ja kansallisten komiteoiden ja/tai niiden jäsenjärjestöjen laattimissa luetteloissa. Kansalliset komiteat ja niiden jäsenjärjestöt nimittävät ne asiantuntijat, joiden tehtävänä on toimia kansallisella tasolla. Euroopan komitea ja/tai Euroopan asiamies nimittävät kansallisten komiteoiden ja/tai niiden jäsenjärjestöjen ehdotuksesta ne asiantuntijat, joiden tehtävänä on toimia kansainvälisellä tasolla. He ovat ilman erityistä ilmoitusta kansallisia asiantuntijoita. Kumpikin sopimuspuoli voi pyytää varmentavaa arviointia. Pyyntö on lähetettävä sen maan kansalliselle arviointitoimistolle, jossa arviointimenettelyyn on ryhdytty. Arviointi ja varmentava arviointi on tehtävä RUCIPin arviointisääntöjen mukaan.

Pilaantumishyvitys tai kieltäytyminen tavaran vastaanottamisesta. Ostaja voi pyytää pilaantumishyvitystä tai kieltäytyä kyseisen erän vastaanottamisesta sen mukaan, miten merkittävä arvioinnissa todettu painoon perustuva arvon aleneminen on. Jos painonmukainen arvon aleneminen siemenperunalla ei ylitä 6 prosenttia, ostaja on oikeutettu vaatimaan vain pilaantumishyvitystä.

Vahingonkorvauksen suuruus. Ostajan on ilmoitettava viimeistään 15 päivän kuluessa vaaditun vahingonkorvauksen määrä. Jos sopimuspuolet eivät pääse asiasta sopimukseen, vahingonkorvausta voidaan myöntää vain välimiesmenettelyssä. ”Vahingonkorvauksen määrä ei voi ylittää kunkin toimituksen sopimuksenmukaista arvoa.”⁷⁷

Välimiesmenettelyä koskeva ehto. Kaikkia sopimuspuolten välisiä sopimuksia, joissa viitataan näihin RUCIPin sääntöihin ja kauppatapoihin, koskevat riitakysymykset ratkaistaan lopullisesti välimiesmenettelyssä ehdoin, jotka on vahvistettu Euroopan komitean välimiesmenettelyä koskevissa sään-

⁷⁷ Tätä vastuun rajoittamista koskevaa määräystä arvioitaessa on huomattava, että välitystuomion tulee perustua lakiin. Siemenperunaa koskevissa RUCIP-kaupoissa välimiesten on otettava huomioon, estävätkö siemenkauppalaan säännökset (esimerkiksi vaatimus, että tavara on varustettava toimittajan vakuudella) tällaisen vastuun rajoittamisen. Välimiehillä ei ole oikeutta perustaa ratkaisuaan pelkästään kohtuuteen, paitsi milloin asianosaiset ovat siitä sopineet. Lopputulokseen vaikuttaa siis myös se, minkä maan lakia kauppaan sovelletaan.

Katso myös Haydock s. 13 ”Arbitration rules may and can require arbitrators to follow the law, holding them to the same standard as a judicial judge”.

nöissä. Jokainen kansallinen komitea ja/tai sen jäsenjärjestöt muodostaa RUCIPin kansallisen välimiessihteeristön. Kansallinen komitea ja/tai sen jäsenjärjestöt laatii luettelon RUCIPin välimiehistä. Luetteloon merkittyjen välimiesten on oltava tai oltava ollut kaupallisessa tehtävässä peruna-alalla. Välimiehet eivät ole asianosaisten edustajia ja heidän on toimittava täysin riippumattomina.

Välimiesmenettely Euroopan komiteaan liittymättömien maiden kansalaisten kanssa. Jos RUCIP-sääntöihin viittaavan sopimuksen tehneistä asianosaisista jonkun kotipaikka on maassa, jossa ei ole kansallista komiteaa, välimiesmenettelyä koskeva pyyntö on tehtävä sellaisesta maasta olevan asianosaisten kansalliselle asiamiehelle, jossa on kansallinen komitea. Jos kummankin asianosaisten kotipaikka on maassa, jossa ei ole kansallista komiteaa, välimiesmenettelyä koskeva pyyntö on lähetettävä Euroopan asiamiehelle, joka nimeää kansallisen asiamiehen, joka on toimivaltainen tässä välimiesmenettelyssä.

6.3 Eräistä siemenperunakauppaa koskevista ulkomaisista sopimusehdoista

Englannilla ja Hollannilla on vahva asema kansainvälisessä siemenperunakaupassa. Jäljempänä selostetaan Englannin siemenperunakauppioiden yhdistyksen ja erään hollantilaisen siemenperunayrityksen sopimusehtoja.⁷⁸ Suomessa siemenperunakauppa ei ole niin järjestäytyneenä, että yritykset olisivat määritelleet (yhteisiä) sopimusehtoja; kansainväliset kaupat tehtäneen yleensä RUCIP-ehdoilla.

Englannin siemenperunakauppioiden sopimusehdot Englantilaisten siemenperunakauppioiden yhdistyksen kauppaehdoissa ei ole viittausta RUCIPin sääntöihin. Sopimus sisältää tavaran määrittelyä, toimittamista, vaaranvastuun ja omistusoikeuden siirtymistä ja myyjän vastuun rajoittamista koskevia määräyksiä. Kaikki sopimusta koskevat erimielisyydet on ratkaistava välimiesmenettelyssä yhdistyksen välimiessäntöjen mukaisesti, ja Englannin lain mukaan.

Myyntiehtojen mukaan luokiteltu siemenperuna tarkoittaa siemenperunakerää, joka on peräisin siemenperunaviljelyksestä, josta on annettu tuotantomaan maatalousministeriön tai virallisen sertifiointilaitoksen antama sertifiikaatti tai raportti. Myyjä nimenomaisesti vakuuttaa, että sertifiikaatti tai

⁷⁸ Kauppasopimusten liitteenä olevia sopimusehtoja.

raportti on annettu sellaisena kuin se esitetään. Sertifikaatti tai raportti on kiistaton todistus siemenperunan (lajike)puhtaudesta ja terveydestä. (sääntö 4)

Sen johdosta, että on mahdotonta varmistua siemenperunan itävyydestä ja satotuloksesta ennen siemenperunan myyntiä, myyjä ei ole vastuussa siemenperunan epäonnistuneesta (täydellisestä tai osittaisesta) itämisestä tai sadosta. (sääntö 10)

Vastuu näkyvistä virheistä. Myyjä vapautuu kaikesta vastuusta eikä ostajalla ole mitään vaatimuksia näkyvistä virheistä, jollei ilmoitusta hylkäämisestä, vaatimuksesta tai valitusta tehdä myyjälle viipymättä kun ne on havaittu, ilmoittamalla myyjälle hylkäämisen, vaatimuksen tai valituksen perusteita ja joka tapauksessa neljäntoista päivän kuluessa siitä kun siemenperuna saapui määräpaikkaan, ja myyjälle anneta mahdollisuutta tarkastaa siemenperuna. Tätä ehtoa sovelletaan kaikkiin tauteihin, tuholaisiin, vahinkoihin ja vikoihin, jotka voidaan havaita järkevässä tarkastuksessa siemenperunan saapuessa määräpaikkaan tai pian sen jälkeen. Edellä sanotun estämättä ostajalla ei ole oikeutta hylätä, vaatia tai valittaa millään perusteella, jollei siemenperunoita ole asianmukaisesti varastoitu niiden saavuttua määräpaikkaansa ja jollei siemenperunoita voida tunnistaa. (sääntö 11)

Piilevät virheet. Näitä ehtoja sovelletaan kaikkiin tauteihin ja tuholaisiin, vahinkoihin ja virheisiin, joita ei todeta järkevällä tarkastuksella silloin kun siemenperuna saapuu määräpaikkaansa tai edellä mainitun neljäntoista päivän kuluessa. Erityisesti: a) myyjä vakuuttaa nimenomaisesti, että sertifikaatti tai raportti on ilmoituksen mukainen b) myyjä on sopimusta tehdessään luottanut tähän sertifikaattiin tai raporttiin, ja c) sopimus perustuu tällaiseen sertifikaattiin tai raporttiin ja vastaavaan valvonta- tai luokittelujärjestelmään ja myyjän hintaa määrättäessä on otettu huomioon mm. tämän sopimuksen sisältämä vastuunrajoitus. Erityisesti on edellytetty ja sovittu, että myyjä ei missään tapauksessa vastaa piilevistä virheistä. (sääntö 12)

Korvaus ja vahinko. On nimenomaisesti edellytetty ja sovittu, että tähän sopimukseen perustuvasta vaatimuksesta tai vaatimuksista maksettavan korvauksen ja vahingonkorvauksen yhteismäärä ei missään olosuhteissa saa yhteensä ylittää vaatimuksen tai vaatimusten perusteena olevien siemenperunoiden kauppahintaa.

Edellä sanotun estämättä myyjä ei ole millään tavalla vastuussa minikäänlaisista seurannaisista menetyksistä, vahingoista, jotka saattavat liittyä siemenperunoiden myyntiin. (sääntö 14)

Hollantilaisen perunaliikkeen yleiset sopimusehdot
Siemenperunan kauppaehtoista: Jos sopijaosapuoli asuu tai hänellä on liike-

paikka muualla kuin Alankomaissa, noudatetaan RUCIPin sääntöjä, välimiesmenettelylausekkein. Kaikkia liiketoimia koskevat lisäksi Hollannin laki. Kansainvälisen kauppalain, Wienin Sopimuksen määräykset ovat pois suljetut.

Tarjottujen siemenperunoiden on katsottava täyttävän sovitut vaatimukset, jos niillä on myydylle erälle annettu asianmukainen kasvintarkastuspalvelun antama sertifiikaatti ja tai kasvipassi ja lisäksi, jos kysymyksessä on myynti vientitarkoitukseen, vaadittava kasvinterveyssertifiikaatti.

Koska peruna on pilaantuva tuote ja sen säilyvyys riippuu luovutuksen jälkeen pääasiallisesti säilytystavasta, jota yhtiö ei voi valvoa, ostajan pitäisi tarkastaa perunat, kun ne on luovutettu varmistuakseen, että ne hänen mielestään vastaavat sovittuja vaatimuksia. Varsinaisella toimittamisella tarkoitetaan toimittamista tai asettamista ostajan käytettäväksi ostajan ilmoittamassa osoitteessa. Vaatimuksia voidaan tämän vuoksi esittää vain todellisen toimittamisen aikana. Hyväksymällä toimituksen ostaja tunnustaa hyväksyvänsä perunat ehdoista ja luopuu oikeuksistaan esittää vaatimuksia.

Siinä tapauksessa, että vaatimus, joka on esitetty ajoissa, osoittautuu perustelluksi yhtiöllä on oikeus, mutta ei velvollisuus suorittaa korvaava toimitus kohtuullisessa ajassa. Jos myyjä päättää olla suorittamatta korvaavaa toimitusta, sen velvollisuus suorittaa korvausta ei koskaan ylitä toimitetun kasvimateriaalin tai tuotteesta velotettua hintaa tai hintaa, joka olisi voitu velkoa perunoista, joiden osalta vaatimukset todettiin perustelluiksi. Kaikki vastuu seurannaisista menetyksistä ja vahingoista, menetetyistä kau-poista ja immateriaalisista menetyksistä ovat pois suljetut. Yhtiö ei ole vastuussa menetyksistä ja vahingoista, jotka aiheutuvat vioista, joista se ei ollut tietoinen tai joita sen ei tavanomaista huolellisuutta noudattaen voida olettaa voivan tietävän.

6.4 Tiivistelmä

Siemenperuna kuuluu helposti pilaantuviin tuotteisiin; varsinaiset kylvösiemenet, jyvät ja siemenet, eivät ole sellaisia. Tästä erilaisuudesta johtuen kylvösiemenen ja siemenperunan kansainvälistä kauppaa koskevat sopimusjärjestelyt ovat erilaiset. Kylvösiemenen kansainvälisessä kaupassa noudatetaan Kansainvälisen siemenkauppiain liiton, FISin sääntöjä. Eurooppalaisessa siemenperunan kaupassa noudatetaan Euroopan peruna-alan järjestöjen tekemiä RUCIP sääntöjä. Niitä tosin ei ole tehty nimenomaisesti siemenperunan kauppaa varten, vaan perunan kauppaa varten yleensä.

FISin sääntöjen mukaan jokaisessa ala-arvoista tavaraa koskevassa tapauksessa virhe selvitetään virallisen siementarkastuslaitoksen suorittaman tarkastuksen perusteella. Ostajan on arvioitava kärsitty vahinko tai virhe itsessään näiden todisteiden perusteella ja myyjällä on oikeus vaatia, että välimiesoikeus vahvistaa vahingon määrän. Korvaus ei voi ylittää kauppahinnan määrää, ellei välimiesoikeus pidä tällaista korvausta kohtuuttoman pienenä. FIS-sääntöjen mukaan myyjän on *taattava*, että kylvösiemenerä on lajikkeeltaan oikein nimetty. RUCIPin sääntöjen mukaan siemenperunan vahinko on arvioitava kansallisten asiantuntijoiden suorittamassa varmentavassa arvioinnissa, vahingonkorvauksen määrä on enintään kauppahinnan suuruinen. Jos erimielisyyttä ei voida sopia, riita on se ratkaistava välimiesmenettelyssä.

FISin sopimusehtojen määräys väistyy siltä osin kuin kauppaan sovellettava kansallinen lainsäädäntö sitä edellyttää. RUCIPin säännöissä tällaista määräystä ei ole, mutta samaan tulokseen tultaneen sen johdosta, että välimiehet joutuvat ratkaisua tehdessään noudattamaan lakia; siemenkauppalainsäädäntö kun yleensä on pakottavaa lainsäädäntönä.⁷⁹ Vastuun rajoittamista koskevia määräykset ovat tällaisissa tapauksissa pätemättömiä.

7 VAHINGONKORVAUSOIKEUDESTA YLEENSÄ

Suomen siemenkauppalaissa säädetään, että siementavara on varustettava vakuustodistuksella. Tähän vakuustodistuksen antamiseen ei ole liitetty vahingonkorvausvastuun merkitystä, vahingonkorvausvastuusta säädetään nimitäin erikseen: kotimaisella tuottajalla ja pakkaajalla sekä maahantuojalla on ankara vahingonkorvausvastuu vahingosta, joka aiheutuu siitä, että tavara ei ole siitä annettujen tietojen mukaista tai siinä on muu virhe. EY:n siemenmarkkinadirektiiveissä säädetään, että direktiivi ei vaikuta jäsenvaltion oikeuteen vaatia, että niiden alueella tuotettujen tai niiden alueelle tuotujen perussiementen tai kaikenlaisten varmennettujen siementen pakkaukset on varustettava toimittajan etiketillä, niiden alueella tapahtuvaa markkinointia varten. Tämän tulkitsen tarkoittavan, että jäsenvaltiot voivat

⁷⁹ Erään hollantilaisen perunanyhtiön siemenperunan toimittamista koskevassa sopimuksessa on kohta, jonka mukaan korvaus ei saa ylittää toimitetun kasvimateriaalin tai tuotteen kauppahintaa. *Siinä tapauksessa, että tällainen vahingonkorvausvastuun rajoitus ei osoittaudu lailliseksi* (kursivointi kirjoittajan), vahingonkorvaus ei saata – sopimuksessa määrätyn edellytyksen – olla korkeampi kuin yhtiön ottaman järkevä vakuutuksen määrä (enimmäishinta mainitaan).

säättää, että siementavarantoimittajan on annettava tuotevastuutakuu toimittamastaan siementavarasta. Eräissä kirjoituksessa esitetyissä EU-maissa siemenkaupan vahingonkorvausvastuu perustuu tällaiseen tuotevastuutakuun antamiseen; lain mukaan siementavara on varustettava vakuustodistus; erityistä vahingonkorvaussäännöstä ei näiden maiden siemenkauppalakeihin ole otettu.

Näin ollen ja sen vuoksi, että Siemenkauppiaiden Yhdistys on, niin kuin johdannossa esitetään, ehdottanut, että siemenkauppalakia tai sen tulkintaa muutettaisiin vastaamaan eurooppalaista lainsäädäntöä, näyttäisi olevan aihetta selvittää, voitaisiinko myös Suomessa siemenkauppalain vahingonkorvausvastuu jättää vakuustodistuksen antamista koskevan säännöksen varaan, jos vakuustodistukselle annetaan se juridinen merkitys, että tavaran varustaminen vakuustodistuksella tarkoittaisi sitoumusta korvata vahingot, joita aiheutuu siitä, että siementavara ei olisi vakuustodistuksen mukaista. Tästä seuraisi muun ohella, että siementavaran ulkomainen toimittaja joutuisi maahantuojan sijasta vastuuseen, mikä olisi EY direktiivien mukaista.

Tässä tarkoituksessa yleisiä siviilioikeuden säännöksiä arvioitaessa on tarkasteltava: 1. kauppalain säännöksiä tavaran virheestä johtuvasta vahingonkorvausvelvollisuudesta; 2. tuotevastuuta koskevia säännöksiä, ja 3. erityisesti takuita koskevia säännöksiä ja niiden tulkintaa Suomessa.

7.1 Vahingonkorvausvastuun perusteista

7.1.1 Irtaimen kauppaa koskevat säännökset

Irtaimen kauppaan sisältyvän virhevastuun pääperiaatteena on pidetty käännettyyn todistustaakkaan perustuvaa tuottamsvastuuta; ankaran vastuun peruste on ollut poikkeus.⁸⁰ Sopimusoikeudessa erityisesti vastuuperusteet ovat kuitenkin kokeneet muutoksia 1980- ja 1990-lukujen sopimusoikeudellisessa lainsäädännössä. Myös kysymys takuun juridisesta merkityksestä on samalla myös tullut uudelleen ajankohtaiseksi. Hemmo toteaa, että ”kauppalain 40.3 §:n mukainen ’erityisesti sitoutunut’ tunnusmerkistö välillisten vahinkojen korvausperusteena avaakin uudelleen tien laatutakuukeskustelulle”.⁸¹

Vuoden 1987 kauppalain kommentaarissa⁸² selitetään, että kauppalain 40.3 § koskee tilanteita, joissa tavara kaupantekohetkellä poikkeaa siitä, mihin myyjä on erityisesti sitoutunut niin, että poikkeukset erityisesti vakuu-

⁸⁰ Aurejärvi, E. – Hemmo, M. s. 134.

⁸¹ Hemmo, M. (1999) s. 40.

⁸² Routamo, E. – Ramberg, J. s. 292.

tetusta ominaisuudesta tuottaa oikeuden korvaukseen kaikesta vahingosta. Jotta sitoumus kuuluisi viimeksi mainittuun ryhmään vaaditaan, että ostajalle on erityisen merkityksellistä se, ettei korvausvastuuta rajoiteta pelkästään välittömiin vahinkoihin. ”Lainkohdan nojalla tehtävä tärkein ero on sellaisten ominaisuuksien välillä, joita tavaralla yleensä on oltava, ja sellaisten erityisten ominaisuuksien, jotka ovat niin tärkeitä ostajalle, että ne varmistettava täydellä vahingonkorvausvastuulla.”

Kauppalain esitöistä ilmenee, että *tuotevahinkojen* korvaaminen irtaimen kauppaa koskevien vahingonkorvausnormien perusteella on tarkoitettu harvinaiseksi. Kauppalain 67 §:n mukaan välillisenä vahinkona korvataan kuitenkin vahinko, ”joka johtuu muun omaisuuden kuin myydyin tavaran vahingoittumisesta.” Tämän säännöksen soveltamista voidaan esityksen mukaan pitää tarkoituksenmukaisena silloin, kun kysymys on sellaisista tavaran virheistä johtuvista vahingoista, ”jotka tosin kohdistuvat muuhun omaisuuteen kuin myytyyn tavarahan, mutta jotka läheisesti ja ennalta arvattavasti liittyvät myydyin tavaran käyttötarkoitukseen”.⁸³

Tämän perusteella ja ottaen huomioon, mitä edellä tässä kirjoituksessa on esitetty ankaran vastuuperusteen tarpeellisuudesta siemenkaupassa, on todettava, että kauppalain 40,3 pykälä voisi soveltua siementavaran vahingonkorvaussäännökseksi. On kuitenkin otettava huomioon, että kauppalaisissa säädetään nimenomaisesti myyjän vastuusta, ei tavaran toimittajan vastuusta. Siementavaran kaupassa vastuun tulee kuitenkin viime kädessä olla tavaran toimittajalla, sillä joka on varustanut tavaran vakuustodistuksella.

Saxén toteaa, että meillä erityisesti oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu siitä, missä määrin myyjän tuotevastuun tulee olla sama kuin hänen vastuunsa myydyssä tavarassa olevasta virheestä. On oltu varsin yksimielisiä siitä, että pohjoismaisten kauppalakien ei ole ollut tarkoitus säännellä tätä kysymystä; samalla kannalla on ollut myös korkein oikeus. Saxén toteaa, että ankara vastuu voisi yksittäistapauksissa johtaa myyjän kannalta kohuttoman raskaaseen vastuuseen.⁸⁴

On myös pohdittu sitä, miten raja tavarassa olevan virheestä aiheutuvan varsinaisen kauppaoikeudellisen vahingonkorvausvastuun ja tuotevastuun välillä oikeastaan tulisi vetää. Dufwa toteaa, että voi tuntua yhdentekevältä keneen vastuusubjektiin vastuu lähtökohtaisesti asetetaan mutta, että niin ei kuitenkaan ole asia. Tuottaja, ei kukaan muu, on myyntiketjussa keskeinen vastuusubjekti tuotevahingosta tavaraa myydessä.⁸⁵

⁸³ Hemmo M. (1998) s. 319–320.

⁸⁴ Saxén s. 160.

⁸⁵ Dufwa s. 199.

7.1.2 Tuotevastuuta koskevista säännöksistä

Pulkkinen sanoo, että tuotevastuun asema rikkomus- ja sopimusvastuu-kategoriassa on hyvin epäselvä. Hän selvittää kysymystä esimerkin avulla: ostaja voisi kääntyä vahinkotapauksessa myyjän puoleen; tällöin tuotevastuulla ymmärretään ainoastaan myyjän vastuuta puutteellisesta turvallisuudesta ja kysymyksessä on selvä sopimusvastuuta käsittelevä tapaus. Regressioikeuttaan käyttäen myyjä saa sopimuksen perusteella maahantuo- jalta maksamansa korvauksen. Mutta on olemassa myös toinen mahdolli- suus: ostaja kääntyy korvausvaatimuksineen suoraan maahantuojan puo- leen. Tässä tapauksessa puhutaan selvästi rikkomusvastuun piiriin kuulu- vista kysymyksistä. Pulkkinen toteaa, että tuotevastuun asettaminen rikko- musvastuun tai sopimusvastuun piiriin voi tuntua teennäiseltä. Tuotevas- tuulla on selvästi omat erityispiirteensä ja siksi se tarvitsee omat sääntönsä.⁸⁶

Pulkkinen toteaa, että *oikeuskirjallisuudessamme* on suhtauduttu myö- tämielisesti myyjän ankaraan vastuuseen tuotevahinkotapauksessa. Viime aikaista kehitystä *oikeustapausten valossa* tarkasteltaessa on kuitenkin jou- duttu toteamaan, että myyjän vastuu perustuu tuottamuvastuulle. Maam- me oikeuskäytäntö on tosin varsin epäyhtenäinen käsitellessään myyjän vastuuta tuotevahinkotapauksessa.⁸⁷

Myös Saxén on sitä mieltä, että tuotevastuun tulisi kuulua valmistajalle, edellyttäen tietysti, että tavaram- oli vahinkoa aiheuttanut ominaisuus, kun valmistaja luovutti tavaran; ”jo sana tuotevastuu viittaa tuottajaan”. Jos pää- paino pannaan valmistaja vastuuseen, jolloin sovelletaan ulkosopimuksellisia sääntöjä, seuraisi siitä luontevasti, että myös myyjän vastuuseen olisi sovel- lettava ulkosopimuksellisia sääntöjä; olisi nimittäin tuskin sopivaa, että myy- jä voisi sopimus oikeudellisten sääntöjen mukaan vastuuvapauslausekkein

⁸⁶ Pulkkinen s. 15–16.

⁸⁷ Sama s. 23. Pulkkinen selostaa (s.27) muun muassa KKO:n käsittelemää tapausta, jossa minkin rehuksi myyty teurasjäte sisälsi bakteereja, jonka johdosta ostajalle kuuluvia minkkejä kuoli; korvausvaatimus hylättiin (KKO 1967 II 1) Pulkkinen toteaa, että rehu- ja lannoitelaki on tuotevastuun kannalta varsin mielenkiintoinen, koska tässä vahingonaiheuttaja on korvaus- velvollinen tuottamuksestaan riippumatta. Korvausvelvollisuus on selvästi objektiivinen. Pulkkinen toteaa, että ”nähdäkseni rehu- ja lannoitelaki on siinä määrin erityislaki, ettei näistä säännöksistä voida johtaa tuotevastuuta koskevia yleisiä periaatteita. Pulkkinen mainitsee, että Routamo – Hoppu toteavat mainitusta tapauksesta: ”oikeudellisen virheen yhteydessä säädetty ankara vastuu on vanhaa historiallista perua ja vastaa pohjoismaista ajattelutapaa. Sen sijaan rehu- ja lannoitelain määräys on oloissamme poikkeuksellinen” Tämän tapausselostuksen johdosta on syytä mainita, että teurasjätteen kauppa ei kuulunut tuolloin voimassa olleen rehu- ja lannoitelainsoveltamisalaa; (oli kysymys helposti pilaantuvasta tuotteesta).

vapautua vastuusta, tämä vältettäisiin jos vastuuseen selitettäisiin sovelletta-
van sopimuksenulkoisia sääntöjä

Hellner selittää, että Ruotsissa ja muissa pohjoismaissa on tapana ym-
märtää tuotevastuulla vastuuta tuotteen vahinkoa aiheuttavista ominaisuuksista
siitä riippumatta, kuka joutuu vastuuseen. Niitä sääntöjä, joita oli kehitetty
myyjän ja ostajan suhteeseen, on ruvettu vähitellen soveltamaan myös
ostajan ja valmistajan suhteeseen. Muualla Euroopassa pidetään tuote-
vastuuta vain sopimuksen ulkoisena vastuuna, joka lankeaa valmistajalle ja
vastaavalle; myyjän vastuu ratkaistaan sopimusosoikeuden sääntöjen mu-
kaan.⁸⁸

7.1.3 Takuusta

Aurejärvi on sanoo, että takuun voimassaoloa ei voida päätellä sanasta ”ga-
rantia” tai muusta vastaavasta termistä. Takuusitoumus ei vaadi määräsanaa
eikä määräsana toisaalta tee laatuilmoituksesta välttämättä takuuta. Hän
katsoo, että juuri se, ettei nimenomaisen takuutermin käyttäminen täytä
aina laatutakuun kriteeriä, tekee määräsanan käyttämisen kelvottomaksi
takuun tunnusmerkiksi.⁸⁹ Vielä epämääräisempi on olemukseltaan hiljai-
nen eli konkludenttinen takuu. Tällainen garania on syntynyt silloin ”myyjän
on katsottava” taanseen kauppaobjektin tietyt ominaisuudet; takuu ilme-
nee kauppaan liittyvistä olosuhteista; kauppasopimuksessa siitä ei ole mai-
nintaa.

Pulkkinen selittää, että takuun käsitettä ei ole määritelty Suomen ylei-
sissä irtaimenkauppaa koskevissa lainsäädännöksissä. Oikeuskirjallisuudessa
laatutakuuta on yleisesti katsottu merkitsevän sitä, että esim. myyjä takaa
kaupan kohteella olevan tietyt ominaisuudet, tai sitä että kohde soveltuu
tiettyyn tarkoitukseen. Takuu koskee täten sitä, että millainen kaupan koh-
teen on oltava kulloinkin kysymyksessä olevan sopimuksen mukaan. Täten
esimerkiksi myyjä vastaa tavarasta takuun perusteella, ja ostaja voi nojata
vaatimuksensa suoraan sille tarvitsematta hakea muita perusteita.⁹⁰

Takuun voi antaa myyjän lisäksi esimerkiksi valmistaja tai maahantuojja.
Myyjän ja ostajan välisissä suhteissa kolmannen antamaa takuuta arvostel-
laan yleensä samoin kuin varsinaista myyjän takuuta. Takuu voidaan kat-
soa annetuksi myyjän lukuun. Takuun edellytyksenä on siis sitoutuminen.
Myyjän ja esimerkiksi valmistajan on nimenomaan sitouduttava vastaamaan

⁸⁸ Hellner J. – Johansson, S. s. 311–312.

⁸⁹ Aurejärvi s. 691–692.

⁹⁰ Pulkkinen s. 31.

jostakin tavarän ominaisuuksia koskevistä seikoista. Nimenomaisuusvaatimusta voidaan kuitenkin lieventää, mutta sitoutumistarkoituksen on käytävä ilmi.⁹¹

Nybergh sanoo, että Suomessa takuita on perinteisesti pidetty osana sopimusoikeutta.⁹² Ne ovat olleet varsin tavallisia irtaimen kaupassa. On olemassa kahdenlaisia takuita: korjaustakuut ja laatutakuut. Korjaustakuut ovat olleet varsin tavallisia ja ne liittyvät sopimusoikeudellisiin virhetilanteisiin. Tuotevastuussa vain laatutakuilla on merkitystä. Aikaisemmin katsottiin sekä siviilioikeuden maissa että common law -maissa, että vastuosapuoli vastasi tuotevahingosta vain sopimussuhteessa. Tämä kanta alkoi muuttua ensin USA:ssa, jossa tuomita vahingonvastuuseen vaikka huolimaton käytöstä ei ollut todettu. Turvaututtiin takuuselitykseen, mikä sittemmin johti yleiseen ankaraan vahingonkorvausvastuuseen tuotevastuutapauksissa. Nybergh toteaa, että Pohjoismaissa ei samalla tavalla ole kehitetty takuuseen perustuvaa vastuuta; oikeuskäytäntö Pohjoismaissa on epäyhtenäinen. Hänen mielestään näyttää siltä kuin haluttaisiin luopua takuuajattelusta ja ruvettaisiin mieluummin käyttämään rikosperusteista tuotevastuuta. Nybergh päätyy kirjoituksessaan siihen, että maassamme tuskin on syytä operoida tuotevastuutakuilla.

Pulkinen toteaa, että Pohjoismaissa on oikeuskirjallisuudessa yleensä hyväksytty käsitys, että takuun perusteella myyjä tai valmistaja voi joutua tuotevastuuseen. Jos valmistaja kääntyy suoraan ostajan puoleen lähettämällä tälle mainoksia tavaraselosteita, käyttöohjeita tai muuta positiivista tietoa tavarän ominaisuuksista, voidaan katsoa eräänlaisen sopimussuhteen syntyneen heidän välilleen.⁹³

André sanoo,⁹⁴ että takuu on eräs tuotevastuun perusteista. Takuun käsite on tuttu yleisestä sopimusoikeudesta ja tämä seikka on ollut omiaan hämärtämään sanan sisältöä tuotevastuualueella. Nyt käsiteltävät takuu ovat nimittäin erityinen tapaus siinä mielessä, että se synnyttää antajalleen vastuun tuotevahingosta, selvyuden vuoksi André käyttää niistä nimitystä tuotevastuutakuu. Ottaen huomioon, mitä tuotevastuutakuut ovat, voisi tuntua että ne voisi antaa yhtä hyvin valmistaja kuin myyjäkin. Näin on usein ul-

⁹¹ Sama s.32 Pulkinen selittää, että laatutakuu voidaan jakaa kahteen ryhmään: nimenomaisella takuulla (express warranty) tarkoitetaan myyjän tai esimerkiksi valmistajan joko suullista tai kirjallisesti lausumaa vakuutusta kaupan kohteen tietyistä ominaisuuksista; hiljainen takuu (implied warranty) sitä vastoin ilmenee epäsuorasti olosuhteista; se on kauppasineen laatua koskeva vakuutus, jonka myyjän on katsottava taanneen.

⁹² Nybergh, F. s. 475–.

⁹³ Pulkinen, K. s.41.

⁹⁴ André s. 510.

komailta. André toteaa, että oikeuskirjallisuudessa on yleisesti oltu sitä mieltä, että näin olisi myös meillä (Ruotsissa), mutta että korkein oikeus ”omituista kyllä” näyttää ottaneen päinvastaisen kannan.⁹⁵

Tuotevastuutakuuta koskeva perustavanlaatuinen ongelma Andrén mukaan on, että sekä tuomioistuimissa että oikeuskirjallisuudessa on monesti ollut vaikea ajatella niitä muuna kuin takuun antajan selityksinä, että hän hyväksyy tietynlaisen tuotevastuun. Tuotevastuu on siis tämän mukaan varsinaisesti lupaus maksaa korvausta tietyistä vahingoista, joita tarjotun tuotteen voidaan ajatella aiheuttavan. Voi tietysti esiintyä tapauksia, joissa myyjä antaisi tämän sisältöisiä lupauksia. Ne ovat kuitenkin hyvin harvinaisia eikä niitä ole käsitelty Ruotsin korkeimmassa oikeudessa.⁹⁶

Dufwa selittää, että on luonnollisesti helpointa operoida takuuajatuksella alueella, jossa osapuolet ovat sopimussuhteessa, kuten myyjä ja ostaja. Takuuajattelu ei kuitenkaan ole poissuljettua sopimuksenulkoisissa suhteissa: valmistajan oletetaan esimerkiksi takaavan kuluttajalle, että tuotteessa ei ole haitallisia ominaisuuksia, vaikka ei ole koskaan ollut tähän yhteydessä. Kokemukset muista maista, joissa tuomioistuimet ovat tässä huomanneet mahdollisuuden asettaa valmistajalle ankara tuotevastuu, antavat tästä selviä todisteita.

Työskentelemällä – sopimussuhteissa tai ulkosopimuksellisissa suhteissa – enemmän tai vähemmän pitkälle viedyllä takuukonstruktiolla voidaan käytännössä saada aikaan ankaran tuotevastuu. Mutta takuun käyttäminen, kun pääperiaatteen pitäisi olla ulkosopimuksellisten sääntöjen soveltaminen, on kaukaa etsittyä. Lakitekniikan näkökulmasta on tarvetta säilyttää pääsääntö niin pitkälle kuin mahdollista. Ankaraa tuotevastuuta takuusta riippumatta on pidettävä parempana ratkaisuna.⁹⁷

Oikeuskirjallisuudessa on tulkittu eräitä korkeimman oikeuden ratkaisuja siten, että vastuu maataloustuotekaupassa on syntynyt sen perusteella, että tavarasta on annettu vakuustodistus.⁹⁸ Tällaisten tuotteiden kaupasta todettiin jo 1930 luvulla, että *myyjä* vastaa myytyjen tavaroiden laadusta takuun perusteella.⁹⁹ Toisessa tapauksessa oli kysymys liitujauhosta, joka

⁹⁵ Sama s. 512.

⁹⁶ Sama s. 513–514.

⁹⁷ Dufwa, B.W. s.194.

⁹⁸ Nybergh, F. s. 478.

⁹⁹ Rehujen ja lannoitteiden valmistuksesta ja maahantuonnista annetussa lainsäädännössä on ollut paitsi takuun antamista koskeva säännös lisäksi samanlainen vahingonkorvaussäännös kuin siemenkauppalainsäädännössäkin; vastuun on pitänyt perustua siihen. (Kirjoittajan huomautus)

oli tullut lyijypitoiseksi ja syötetty lehmille. Toisessa tapauksessa pilaantuneesta maapähkinäjauhosta, joka aiheutti lehmien kuoleman. Ratkaisua selitetään siten, että silloin voimassa olleen, vuonna 1929 rehujen ja lannoitteiden valmistuksesta ja maahantuonnista annetun lain mukaan myyjän oli annettava ostajalle vakuustodistus, josta piti selvittää tavarankuostumus ja laatu. Selostuksessa todetaan, että vastuu voi olla perusteltu, jos myyjä rikkoo määräyksiä, joita on annettu laissa, joka sääntelee tiettyjen tavaroiden kauppaa.¹⁰⁰

7.2 Korvausvastuun rajoittamisesta

Vahingonkorvaukseen vaikuttavat käytännössä usein sopimukseen otetut *vastuunrajoitusehdot*. Niissä on voitu supistaa velallisen vastuuta siitä, mikä se lain tai yleisten periaatteiden mukaan olisi. Vastuunrajoitusehdoissa saatetaan esimerkiksi sopia siitä, että tietyt yllättävät tapaukset vapauttavat velallisen vastuusta tai että velallisen korvausvastuulla on markkamääräinen yläraja. Hyvin tavallinen on lisäksi ehto siitä, että korvausvastuu ei käsitä välillisiä vahinkoja.

Yleisten sopimusehtojen määräystä, joka asiakkaan vahingoksi poikkeaa lain tahdonvaltaisesta säännöksestä, on tulkittava suppeasti. Näin on myös silloin, kun myyjä on vapauttanut itsensä kaupan vastuusta tai rajoittanut tätä vastuuta. Jos korvausvastuusta on säädetty pakottavin lainsäädännöksiin, vastuun rajoittaminen sopimusteitse (ja yksipuolisesti) ei ole mahdollinen.¹⁰¹

Sopimusehtojen ohella korvausvastuu voi yleisten oppien mukaan muodostua velkojalle aiheutunutta kokonaisvahinkoa pienemmäksi muistakin syistä. Korvauskelpoiselle vahingolle asetetaan ensinnäkin *ennakoitavuuden vaatimus*, jonka vuoksi velallinen ei ole vastuussa sellaisista vahingoista, joiden aiheutumista hän ei ole voinut ennakoida sopimusta tehtäessä. Velkojalla on *velvollisuus rajoittaa* kärsimäänsä vahinkoa, ja tämän rajoittamisvelvollisuuden laiminlyönti voi supistaa velallisen vastuuta. Mahdollista on myös *sovitella* korvausvastuuta kohtuusperusteella. Tähän keinoon voidaan turvautua silloin, jos täysimääräinen korvausvelvollisuus olisi velallisen taloudelliset olosuhteet, sopimusrikkomuksen laatu ym. seikat huomioon ottaen kohtuuton.¹⁰²

¹⁰⁰ Tämän selityksen johdosta on syytä huomauttaa, että korvausvastuu perustui kaiketi mainitussa laissa olleeseen nimenomaiseen vahingonkorvaussäännökseen.

¹⁰¹ Hemmo (2000) s. 74.

¹⁰² Katso Saksan siemenkauppalaki 39 §.

Edellä luvusta 6 selviää, että siemenkaupan kansainvälisten sopimus-
ehtojen mukaan vahingonkorvaus voi olla enintään tavaran arvon suurui-
nen. Siemenkauppalaan mukaan vastuunrajoitus ei Suomessa ole mahdolli-
nen, sillä laki on pakottavaa oikeutta, josta ei voida sopimuksin poiketa.
Vastuun rajoittaminen yksipuolisesti ei liene mahdollinen niissäkään mais-
sa, joissa tavaran tuottaja lain mukaan on velvollinen antamaan vakuuden
siitä, että tavara täyttää säädetyt laatuvaatimukset; tällaista lainsäädäntöä
kun on pidettävä luonteeltaan pakottavana.

8 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Tässä kirjoituksessa on ollut tarkoitus selvittää kysymyksiä siitä, soveltu-
isivatko yleiset vahingonkorvausoikeuden opit Suomessa nykyisin myös sie-
menkauppaan, ja miten siemenkaupan kansainvälisissä yleissopimuksissa
olevia vahingonkorvausvastuuta rajoittavia määräyksiä tulisi tulkita. Kir-
joituksessa selostetut siemenperunakaupassa esiintyneet vahingonkorvaus-
tapaukset huomioon ottaen, esitetään eräitä ehdotuksia siemenkaupassa
esiintyvien erimielisyyksien ratkaisukäytännön kehittämisestä.

8.1 Takuuopin soveltuminen siemenkauppaan

Voimassa oleva siementavaran kauppaa koskeva lainsäädännön perusrat-
kaisut ovat samat kuin jo vuoden 1975 laissa. Sitä ennen säännökset koski-
vat vain tavaran kauppaa koskevia säännöksiä. Myyjän oli annettava tiedot
tavaran laadusta; tiedot oli annettava vakuustodistuksessa. Nykyisin sään-
nökset sisältävät paitsi siementavaran kauppaa myös siementavaran tuotta-
mista ja laadunvarmentamista koskevia säännöksiä. Siementavaran kun-
nostajan ja pakkaajan on annettava vakuustodistus toimittamastaan tava-
rasta. Vakuustodistuksen antaminen ei kuitenkaan ole tarkoittanut tuote-
vastuutakuun antamista; lakiin on nimittäin otettu lisäksi ankaraa vahingon-
korvausvastuuta koskeva säännös.

Lakiesitystä vuonna 1975 valmisteltaessa ei vahingonkorvausvastuun sää-
döstämistä enemmälti pohdittu. Eduskunnassa hallituksen ehdottamaa sää-
döstä, jonka mukaan ankara vastuu olisi ollut myyjällä, muutettiin niin,
että tämä vastuu on tavaran kunnostajalle ja pakkaajalle. Myyjälle tuli vain
kauppalaan mukainen tuottamukseen perustuva vastuu. Vakuustodistuksen
antamiselle olisi tuolloin ollut luontevaa antaa myös vahingonkorvaus-

vastuuta koskeva juridinen merkitys. Se, että niin ei kuitenkaan tehty, saattoi johtua siitäkin, että Suomessa 'takuuopilla' ei tuohon aikaan ollut kannatusta, oikeuskirjallisuudessa suhtauduttiin pidättyvästi tuotevastuutakuuosiin.

Vertailu EU:n ja eräiden EU-maiden siemenmarkkinasäännöksiin sekä siemenperunakaupassa viime aikoina esiintyneet vastuun selvittämistilanteet osoittavat, että Suomessakin olisi syytä harkita, olisiko vakuustodistuksen antamiseen liitettävä vahingonkorvausvelvollisuutta tarkoittava merkitys. Tähän voisi olla sopiva aika nyt kun oikeuskirjallisuudessa on viime aikoina esitetty ajatuksia takuuopin 'henkiin herättämisestä'.

Edellisessä luvussa esitetyn perusteella tulisi nykyisin voimassa oleva vahingonkorvausvastuu siemenkaupassa tulkita *tuotevahinkovastuuksi*. Jotta lain mukaan annettavalla vakuustodistuksella saataisiin syntymään tällainen vahingonkorvausvastuu, näyttäisi tarpeelliselta selvyyden vuoksi ottaa lakiin säännös, jonka mukaan tavaran varustaminen vakuustodistuksella tarkoittaa sitoumuksen antamista siitä, että tavaran toimittaja vastaa vahingoista, jotka aiheutuvat siitä, että tavara ei täytä säädettyjä vaatimuksia.

Selvyyden vuoksi olisi kaiketi, yhdenmukaisesti EY direktiivin säännöksen kanssa, säädettävä, että maassa tuotettu ja maahan tuotu siementavara on varustettava vakuustodistuksella. Tästä seuraisi, että myös ulkomainen tavaran toimittaja tulisi lain nojalla korvausvelvolliseksi. Toinen asia on, että ostajalla saattaisi olla vaikeuksia ryhtyä perimään korvausta ulkomaiselta toimittajalta. Tämän vuoksi olisi tarpeen järjestää asia niin, että ostajalla olisi oikeus vaatia korvaus vaihtoehtoisesti myyjältä tai maahantuojalta.

Kun vahingonkorvausvastuu perustuisi tuotevastuutakuun antamiseen, voitaisiin ja olisi tarpeen keskustella myös siitä, minkälaisia vastuun rajoituksia voidaan sallia siemenperunan toimittajalle latenttien kasvitautien aiheuttamista vahingoista. Kylvösiemen kaupassa voisi olla kysymys nimenomaista takuusta, siitä että tavara on tuotettu säädettyjen vaatimusten mukaisesti. Kun näiden vaatimusten noudattamista valvoo ja todistuksen vaatimusten mukaisuudesta antaa valtion siementarkastuslaitos, näyttäisi asianmukaiselta, että virhetapauksissa olisi selvitettävä myös laitoksen osuus virheen syntymiseen.

Siemenperunan markkinoiden kannalta ei ole hyvä, jos tavaran toimittaja joutuu kantamaan riskiä, jonka syntymiseen ei voi vaikuttaa. Siemenperunan toimittaja joutuu helposti myös vastuuseen ostajan satotuloksesta. Siemenperunan toimittajan toimintaedellytykset ovat tällöin epävarmat, myös markkinoiden kehitys, muun muassa hintakehitys olisi epävarma; se ei olisi ostajankaan etujen mukaista. Vakuustodistuksen oikeusvaikutuksia

koskevaan säännökseen voitaisiin kaiketi ottaa määräys siitä, että yleisillä (maataloustuottajain ja siemenkaupan) sopimusehdoilla voitaisiin sopia salituista vastuunrajoituslausekkeista.

8.2 Vastuun rajoittamisesta kansainvälisessä siementavaran kaupassa

Siementavarakaupan kansainvälisiin kauppaehtoihin sisältyy myyjän vahingonkorvausvelvollisuutta rajoittavia sopimusmääräyksiä; siemenperunan-kaupassa enemmän kuin kylvösiemenen kaupassa. Vastuuta rajoitetaan usein niin, että se on enimmillään toimitetun tavaran arvon suuruinen. Kylvösiemenen kansainvälisen kaupan sääntöjen mukaan kauppaan sovellettavan maan laki voi kuitenkin sivuuttaa sopimusmääräykset. Niin voi olla myös siemenperunan kansainvälisessä kaupassa, vaikka sitä tarkoittavaa määräystä ei ole otettu kansainvälisen kaupan sopimussääntöihin. Siemenkaupan lainsäädäntö on pakottavaa Suomessa ja muissakin kirjoituksessa selostetuissa maissa. Vastuu on ankaraa vastuuta, olipa siitä säädetty nimenomaisesti, niin kuin Suomessa tai olipa se vakuuden antamiseen perustuvaa, niin kuin useissa muissa maissa. Jos siis kansainvälistä kauppaa koskevan sopimukseen sovelletaan sellaisen maan lakia, joka sisältää toimittajan ankaran vastuun säännöksen, myyjä ei voi yksipuolisesti rajoittaa vahingonkorvausvastuutaan.

8.3 Erimielisyyksien ratkaisemisesta

Kansainvälisessä siementavarakaupassa erimielisyyksien ratkaisemisessa keskeinen merkitys virheitä koskevien erimielisyyksien käsittelyssä on tavaran laadun varmentavalla tarkastamisella ja välimiesmenettelyllä. Niin on myös niissä maissa, joissa on kehittyneet siementavaramarkkinat. Suomessa ei ole luotu tällaista kansainvälisessä kaupassa käytettävää järjestelyjä erimielisyyksien ratkaisemiseksi. Tämä puute tulee tuntuvammaksi, kun kaupan käynti lisääntyy ja kansainvälistyy.

Siemenperunan kansainvälisen kaupan juridiikka koskevassa selvityksessäni¹⁰³ esitin, että siemenperunan markkinat ja markkinointi ovat maas-

¹⁰³ Olli Rekola: Kansainvälisen siemenperunakaupan 'juridiikka', projektiselvitys, tammi-kuu 2001.

Selvityksen johtopäätöksissä esitin seuraavaa: 1. Siemenperunan vientikaupan harjoitta-

samme varsin heikosti kehittyneitä; markkinoinnin kehittämiseksi pitäisi kiinnittää huomiota edellytysten luomiseen erimielisyyksien ratkaisemiseksi sekä kotimaan ja vientikaupan pelisääntöjen tuntemuksen parantamiseen. Näyttäisi aiheelliselta arvioida myös sertifiointiviranomaisen suorittaman laadunvarmennuksen juridinen merkitys. Kotimaisen siemenperunan tuotannon ja markkinoinnin kehittymisen edellytykset on luotava elinkeinon kehittymisestä vastaavan ministeriön, tuottajajärjestön ja siemenalan yhteistyöllä.

Tässä yhteydessä kiinnitän huomiota vielä siihen, mitä Hemmo esittää sopimusoikeudellisista riidanratkaisusta.¹⁰⁴ Jos osapuolille syntyy kiista sopimuksen syntymisestä, suorituksen virheellisyydestä, velkojan käytössä olevista oikeuskeinoista tms. sellaisista kysymyksistä, käytännössä tavallisin menettelytapa on yhteinen pyrkimys *neuvotteluratkaisuun*. Tuomioistuimenmenettelyyn liittyvät kustannukset ja prosessiriski luovat yleensä osapuolille tarpeen etsiä vaihtoehtoisia menettelymuotoja. Etenkin kuluttajasopimuksia varten on katsottu tarpeelliseksi kehittää *suositusluontoisia ratkaisuja* tuottavia *lautakuntia*. Käytännössä suositusten noudattamisprosentti on jatkuvasti pysynyt korkeana. Suomessa on hiljattain pyritty käynnistämään *sovintomenettelyä*. Siinä osapuolet valitsevat yhdessä sovittelijan, joka keskustelee syntyneestä tilanteesta ja pyrkii löytämään molempia tyydyttävän ratkaisuvaihtoehdon.

minen Euroopassa edellyttää riittävää perehtymistä paitsi RUCIP-sääntöihin myös siihen, miten niitä käytännössä sovelletaan. Tässä tarkoituksessa olisi tarpeen selvittää suomalaisten peruna-alan järjestöjen, perunakaupan, tuottajien ja perunateollisuuden kiinnostus RUCIP-järjestön jäsenyyteen. 2. RUCIP-sääntöihin kuuluu erimielisyyksien ratkaisumenettely säännöissä määrättyllä tavalla. Tarvittavien asiantuntija-arvioiden suorittamista ja välimiesmenettelyä varten pitäisi olla kansalliset toimielimet. 3. Riippumatta siitä, miten RUCIP-sääntöjen soveltamiseen suhtaudutaan, näyttää tarpeelliselta, että siemenperunakaupan yritykset yhdessä pohtivat, minkälaisia yleisiä sopimusehtoja perunakaupassa tulisi noudattaa. 4. Sen vuoksi, että siemenperunakaupan riita-asioiden käsittely tuomioistuimessa ei aina ole tarkoituksenmukaista ja kun siementavarassa olevasta virheestä aiheutuneita vahinkoja on usein vaikea arvioida, olisi harkittava lautakuntatyypin toimielimen perustamista, joka ottaisi kantaa korvausten perusteisiin. 5. Ottaen huomioon sertifiointiviranomaisen keskeisen osuuden ja vastuun siemenperunan laadunvarmentamisesta siementarkastuslaitoksen pitäisi aktiivisesti osallistua kansainväliseen sertifiointiviranomaisten yhteistyöhön.

Kotimaisen siemenperunan tuotannon ja markkinoinnin kehittymisen edellytykset on luotava elinkeinon kehittymisestä vastaavan ministeriön, tuottajajärjestön ja tuottajien yhteistyöllä.

¹⁰⁴ Hemmo, M. (2000) s. 85.

LÄHDEKIRJALLISUUS

I Virallislähteet

- Asetus siementavaran varustamisesta virallisella todistuksella ja lyijykkeellä (371/1937).
Asetus valio- ja laatusiemenen vaatimuksista (892/1949).
Décret no 68–955 du 29 octobre 1968 portant régleme nt d’administration publique pour l’application de la loi 1 aout 1905 sur la repression des fraudes en ce qui concerne le commerce des semences et plants.
Gesetz über den Verkehr mit Saatgut, vom 20. Mai 1968, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1968, Teil I.
Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi siementavaran maahantuonnista ja kaupasta. HE 43/1919 vp.
Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi siementavaran maahan tuonnista, maasta viennistä ja kaupasta. HE 56/1936 vp.
Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi siementavaran kaupasta. HE 7/1975 vp.
Hallituksen esitys eduskunnalle siemenkauppalaiksi. HE 268/1992 vp.
Hallituksen esitys eduskunnalle siemenkauppalain 9 §:n muuttamisesta. HE 39/1997 vp.
Kasvinsuojelulaki. (1203/1994).
Keisarillisen Majesteetin Armollinen esitys Suomenmaan Valtiosäädylle ehdotuksen kansa asetukseksi, joka koskee keinokekoisten lannoitusaineitten ja valmistettujen rehuvarain ja siementavaran kauppa (N:o 2) Armossa hyväksytty Pietarhovissa, 31 p:nä Toukokuuta 1899.
KK 5 febr. 1909 ang. införsel av samt handel med vissa slag av utländskt frö (SFS nr 8). Kungl. Maj:ts proposition nr 77/1927.
Lag 13 juni 1928 ang. handel med utsädesvaror (nr 289).
Lag om ändring i utsädeslagen SFS 1992:1982.
Laki hukkakauran torjunnasta (178/1976).
Laki siemenkauppalain 9§:n muuttamisesta (576/1997).
Laki Siemenperunakeskuksesta (1405/1995).
Laki siementavaran maahantuonnista ja kaupasta (150/1919).
Laki siementavaran maahantuonnista, maastaviennistä ja kaupasta (148/1937).
Laki siementavaran kaupasta (669/1975).
Loi sur la répression des fraudes dans le vente des marchandises et des falsifications des dendrées alimentaires et de produits agricoles, du 1er Aoüt 1905, No 46197.
Maa- ja metsätalousministeriön päätös siemenperunan markkinoimisesta (24/1994).
Neuvoston direktiivi 66/402/EY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1966, viljansiementen pitämisestä kaupan. Virallinen lehti nro 125, 11/07/1966, s. 2309–2319.
Neuvoston direktiivi 66/403/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1966, siemenperunoiden pitämisestä kaupan. Virallinen lehti nro 125, 11/07/1966, s. 2320–2326
Neuvoston direktiivi 2000/29/EY, annettu 8 päivänä 2000, kasvien ja kasvituotteiden haitallisten organismien jäsenvaltioihin kulkeutumisen estämiseen liittyvistä suojatoimenpiteistä. Virallinen lehti nro 169/10/10/2000, s. 0001–0022
Plant Varieties and Seeds Act 1964; Part II Seeds and Seed Potatoes
Siemenkauppalaki (233/1993)

Suomen valtiosäätyjen alamainen vastaus Keisarillisen Majesteetin armolliseen esitykseen, joka sisältää ehdotuksen asetukseksi keinotekoisien lannoitusaineitten ja valmistettujen rehuvarain sekä siementavarain kaupasta, 30 p:nä Huhtikuuta 1900.

Taimiaineistolaki (663/1991)

Utsädesförordning, SFS 1993:1375

Utsädeslag, Svensk författningssamling (SFS) 1976:298, ändring SFS 1992:1682

II Kirjallisuus

André, Mathias: Marknadsföringsansvar. Lund 1984.

Aurejärvi, Erkki: Oppi kauppaesineen laadun takaamisesta, Lakimies 1983.

Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika: Velvoiteoikeuden oppikirja, Gummerus 1998.

Barrington, Louise: Law to Be Applied in International Arbitration; julkaisussa The Arbitration Process. The Comparative Law Yearbook of International Business; Special Issue 2001, Center for International Legal Studies, Kluwer Law International 2002.

Dufwa Bill W.: Festskrift till Jan Hellner, Produktansvarets reformering.

Haydock, Roger S.: Mediation and Arbitration for Now and the Future; julkaisussa The Arbitration Process, The Comparative Law Yearbook of International Business; Special Issue 2001, Center for International Legal Studies, Kluwer Law International 2002.

Hellner, Jan – Johansson Svante och Norstedts Juridik 2000: Skadeståndsrätt; Upplaga 6.

Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti; Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista; Lakimiesliiton Kustannus 1998.

Hemmo, Mika: Vahinkojen korvaaminen. Oikeuden perusteokset IV luku, WSOY lakitieto 2001.

Hemmo, Mika: Vuoden 2000 ongelma ja siviilioikeus; Oikeustiede–Jurisprudentia, Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1999.

Hemmo, Mika – Kaisto, Janne: Varallisuusosoikeuden alkeet, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut, Helsinki 2000.

Hoppu, Esko Vahingonkorvauksen kehityslinjoja, Lakimies 6–7/1998.

Häyhä, Juha: Ankara vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä. Oikeustiede–Jurisprudentia, Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1999.

Johansen, G.: Legal implications of the blackleg problem – domestic and international. Report of the International Conference on Potato Blackleg Disease held at the Royal Society of Edinburgh 26–29 June 1984.

Niinistö, Juha: Sertifiointielinten vastuu myöntämistään laatusertifikaateista. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksitysoikeuden julkaisusarja B:30. Turku 1996.

Nybergh, Frey: Informationens betydelse för produktansvaret, JFT 1987

Pöyhönen, Juha: Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1999.

Routamo, Eero – Ramberg, Jan: Kauppalaian kommentaari, Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton Kustannus 1997.

Saxén Hans: Ansvar för läkemedels skadebringande egenskaper, JFT 1962.

Taxell, Lars Erik: Takuuopista, Lakimies 1984.

Le Tourneau, Philippe: La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz 1997.

Vivez, Jacques: Les fraud, Presses Universitaires de France 1959.

III Muut

Union pour la Protection Obtentions Vegetales;(UPOV) International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, December 2, 1961. www.upov.org

International Seed Trade Federation (F.I.S.) Procedure rules for dispute settlement for the trade in seeds for sowing purposes and for management of intellectual property Mediation, conciliation, arbitration 2000 Edition. www.worldseed.org/trade-rules

International seed trade federation (f.i.s.) rules and usages for the trade in seeds for sowing purposes 2000 Edition, www.worldseed.org/trade-rules

KKO 1955 II 147.

OECD Varietal Certification of Seeds. www.org/agr/code/seeds

Oikeusministeriön lausunto eduskunnan maa- ja metsätalousvaliokunnalle 6.5.1997.

Olli Rekola: Kansainvälisen siemenperunakaupan 'juridiikka', projektiselvitys, tammikuu 2001.

Revised working procedures of the working party on standardization of perishable produce and quality development and its subsidiary specialized sections (as agreed by the Working Party at its 53rd session, 12–14 November 1997). www.unece.org/leginstr/cover

RUCIP 2000; www.unece.org/trade/agr

Siemenkauppiain Yhdistyksen kirje 29.8.1999 maa- ja metsätalousministeriölle ym.

Siemenperunakeskuksen johtokunnan pöytäkirja 22.2.2000.

Tyvimätäongelmien käsittelytyöryhmän selvitys. 30.01.2000.

UN/ECE Standard concerning the certification and commercial quality control of Seed Potatoes moving in international trade between and to UN/ECE member countries, www.unece.org/leginstr/cover

ON LIABILITY IN SEED TRADE

The article first describes the origins and purpose of seed legislation. Inferior seed was commonly sold a hundred years ago, when the seed market first emerged; it caused considerable damage to agriculture and the society, heavily dependent on agriculture at that time. Many countries in Europe introduced strict legislation in order to deal with frauds of this kind. The seller was obliged to attach a label on the seed package, giving information on the quality of the seed. The seller was strictly liable for damage resulting from false information. The label, although called a warranty label, did not constitute a warranty in Finland; instead, a separate liability clause was included in the law.

Varietal certification of seeds became imperative in the seed trade in the middle of the previous century, when numerous new varieties began to appear on the market as a result of plant breeding. Official certification of seed production and seeds was introduced. Strict liability was imposed on the supplier of the seed. The aim of the legislation had thus changed, from preventing frauds to providing for product liability. The (warranty) certificate did not represent a warranty in the new Finnish legislation, either. The notion of warranty was not recognised in Finnish legal doctrine of the time.

The EU Directives and the present legislation in Finland, Sweden, France, England and Germany are described in the article. The Directives do not prevent Member States from requiring that the seed supplier attach a supplier's label on seed that has been officially certified. It is concluded that strict liability, based either on a warranty or on an express provision in seed law, is common in the seed trade in EU countries, contrary to what is commonly assumed in the Finnish seed trade. A short review of the Finnish doctrine on liability in trade is presented in the article. It is suggested that a requirement to attach warranty labels could be sufficient; however, it does seem advisable that a provision be included in the law to the effect that a warranty label carries an obligation to cover for damage in case the seed does not meet official requirements (express warranty). The responsibility of the certifying authority is discussed.

The article deals also with the limitation of liability clauses in the rules and practice of the international seed trade, e.g.: "The amount of compensation cannot exceed the invoice value of the consignment", possibly with an addition: "unless such compensation is unreasonable in the opinion of the arbitration committee". It is concluded that such limitation clauses may not be valid, owing to the strict liability provided in seed legislation and the compulsory nature of that legislation.

Latent plant diseases pose problem in dealing with liability in seed potato trade because they cannot always be detected by inspectors and because damage in potato cultivation may also be a result of the buyer mishandling the seed potatoes or of adverse cultivation conditions. It is suggested that discussion and agreement should be sought to determine to what extent reasonable disclaimer and limitation clauses should be allowed in the trade in seed potatoes.