

Kalle Määttä

SÄÄNTELYTEORIASTA

1 Lähtökohtia

Sääntelyteoreettiset kysymyksenasettelut voivat olla hyvin monenlaisia, kuten seuraavat esimerkit osoittavat:¹

- Onko sopimusoikeudessa tarkoituksenmukaista säätää erityisiä kohtuullistamissäännöksiä yleisen kohtuullistamissäännöksen (eli oikeustoimilain 36 §:n) rinnalle?²
- Onko ankaran vastuun alaa vahingonkorvausoikeudessa aiheellista laajentaa lainsäädäntöteitse?
- Miten hyödyllisyysmallioikeuden eli pikkupatentin optimaalisen voimassaoloajan olisi määrädyttävä?³
- Millä keinoilla omaisuusrikollisuuden kasvuun olisi kustannustehokkainta puuttua?⁴
- Tarvitaanko indeksiehtolakia, joka pääsääntöisesti kieltää indeksiehtojen käyttämisen sopimuksissa?
- Onko Suomeen tarpeen säätää ryhmäkannelainsäädäntöä?⁵
- Mitä vaihtoehtoja on olemassa päästökaupasta aiheutuvien windfall-voittojen verottamiseksi sekä mitä etuja ja haittoja sääntelyvaihtoehtoihin liittyy?

Perustavaa laatua oleva kysymys sääntelyteoriassa on, milloin markkinat pystyvät itse huolehtimaan markkinahäiriön⁶ korjaamisesta eikä julkisvallan väliintuloa eli interventiota tarvita. Toisaalta lainsäädäntötoimiin voidaan olla ryhtymättä siksikin, että sääntelystä aiheutuvat kustannukset nousevat suuremmiksi kuin sääntelyllä saavutettavat hyödyt ovat. Kaikesta huolimatta hyvin usein päädytään siihen, että sääntely on paikallaan, jolloin vastaan tulevat kysymykset siitä, miten lainsäädäntö on konstruoitava. Tämä sisältää lyhyesti potentiaalisten sääntelyvaihtoehtojen kartoituksen sekä kunkin vaihtoehdon tarkoituksenmukaisuuden analyysin. Sääntelyteorian kannalta tärkeässä asemassa ovat myös kysymykset, jotka helposti sivuutetaan. Yksi tällainen on ajoitusongelma: miten lainsäädäntöuudistuksen käyttöönotto ajoitetaan ja toteutetaanko lainsäädäntö vaiheittain vai yksivaiheisesti?

Viimeksi mainittu osoittaa, että sääntelyteoreettiset kysymykset voivat olla hyvin monivaihtoisia. Tässä voidaan nostaa esille kaksi lisäkysymystä. Ensinnäkin, pitäisikö tiettyyn asiaan ottaa kantaa lain esitöissä vai pitäisikö asia jättää oikeuskäytännössä ratkaistavaksi? Toiseksi, onko tarkoituksenmukaisempaa, että viranomaiset julkaisevat lain voimaantultua sen soveltamista ohjaavat suuntaviivat vai onko perustellumpaa

¹ Artikkelin luonteesta on kuitenkin pakko sanoa, että kysymys on vain pintaraapaisusta sääntelyteorian hyvin laajaan tutkimuskenttään. Osa keskeisistä teemoista sivuutetaan kokonaan, ja osaan teemoista tarjotaan ainoastaan pintapuolinen katsaus. Esimerkiksi tässä työssä ei puhuta deregulaatiosta tai reregulaatiosta.

² Ks. sopimusten kohtuullistamiseen liittyen erityisesti Pöyhönen (1987).

³ Ks. myös Määttä (2006c), 104-105.

⁴ Ks. yleisesti tähän tematiikkaan liittyen Pyle (1983).

⁵ Kotimaisen katsauksen tähän tarjoaa esimerkiksi Kanninen – Määttä – Rautio (1998).

⁶ Jäljempänä tarkastelemme tarkemmin markkinahäiriöitä.

jättää päätöksenteko oikeuskäytännön varaan?⁷ On selvää, ettei tutkimusekonomisista syistä tässä esityksessä voida syventyä kaikkiin näihin vivahteisiin.

Oikeustaloustieteellisesti orientoituneessa sääntelyteoriassa hyödynnetään olennaisessa määrin talusteoriaa ja taloustieteen empiirisiä tutkimustuloksia. Suomalaisissa olosuhteissa oikeustaloustiede onkin olennaisessa määrin sääntelyteoriaa. Mikään ei toisaalta estä käyttämästä hyväksi yleisemmin yhteiskuntatieteitä ja vaikkapa psykologian tutkimustuloksia. Esimerkiksi rikostaloustieteen piirissä on otettu aika ajoin vakavasti varteen kriminologiset tutkimukset ja yleisemmin taloustieteessä on viime vuosien kuluessa nähty psykologian merkitys entistä kirkkaammin⁸.

Sääntely- eli regulaatioteoria palvelee ja sen on palveltavakin tiettyjä yhteiskunnallisia tiedonintressejä joko välittömästi tai välillisesti⁹. Välittömästi sääntelyteorialla pystytään tiedonintressejä palvelemaan, jos näin voidaan kohentaa yksittäisten lainsäädännön ja samalla koko oikeusjärjestelmän laadun tasokkuutta. Välillisesti tiedonintressit tulevat tyydytetyksi silloin, kun kehitetään sääntelyteorian teoreettista pohjaa. Tästä näkökulmasta avautuu siis jaottelu *pragmaattiseen* ja *teoreettiseen sääntelyteoriaan*.¹⁰

Sääntelyteoria sisältää yhtäältä voimassa olevan lainsäädännön tarkoituksenmukaisuuden kriittistä analyysin ja toisaalta suuntauksen, jonka puitteissa tehdään suosituksia lainsäädännön kehittämiseksi. Sääntelyteoriaan voi sisältyä siis niin *de lege lata* - kuin *de lege ferenda* -tutkimukselle ominaisia elementtejä, joko erikseen tai yhdessä.

Sääntelyteoria on jaettavissa myös *normatiiviseen* ja *positiiviseen sääntelyteoriaan*, mikä onkin tärkeä jaottelu.¹¹ Normatiivista sääntelyteoriaa tarvitaan analysoitaessa sitä, minkälainen ohjauskeino tai sääntelyvaihtoehto taikka niiden yhdistelmä pitäisi ottaa käyttöön tietyn yhteiskuntapoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi, jos oikeudellinen sääntely ylipäänsä katsotaan tarpeelliseksi. Positiiviseksi sääntelyteoriaksi kutsutaan ulottuvuutta, jossa analysoidaan yhtäältä sääntelyn vaikutuksia ja toisaalta lainsäätäjän valintaan tosiasiallisesti vaikuttavia tekijöitä. Sääntelyn vaikutusten mittaamista koskevia kysymyksiä tarkastellaan lähemmin vaikutusanalyysiä koskevassa luvussa tässä teoksessa. Analysoitaessa lainsäätäjän valintaan vaikuttavia tekijöitä keskeisenä huomiona on se, että lainsäätäjällä ei suinkaan toimi aina ja kiistatta yleisen edun edistäjänä, vaan lainsäädännön sisältöön vaikuttavat olennaisesti esimerkiksi erilaisten eturyhmien ja virkamieskunnan intressit^{12, 13}. Siitä huolimatta, että lainsäädännön

⁷ Ks. myös Kaplow (2000), 512. Esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 45 korostavat, että viranomaisten suuntaviivat ovat tarkoituksenmukaisia, koska niiden avulla voidaan vähentää oikeudellista epävarmuutta sekä transaktio- ja hallintokustannuksia.

⁸ Ks. esimerkiksi Rabin (1998).

⁹Sääntelyteoriasta tärkeitä puheenvuoroja ovat Ogus (1994), Määttä (1997) ja Wienert (1997). Kokoomateos alan klassikkoartikkeleista on Ogus (ed., 2001). Suomenkielisen yleiskatsauksen asiaan muodostaa Määttä (1999b).

¹⁰Määttä (2002), 132.

¹¹ Ks. myös Ogus (2001a), x.

¹² Ks. esim. Stigler (1971), 3-22 sekä Becker (1983), 371-383. Toisaalta lobbaus ei ole pelkästään itsekkäiden intressien ajamista eteenpäin, vaan se voi olla myös keino alentaa lainsäätäjän ja viranomaisen informaatiokustannuksia, Ogus (2001a), xii.

¹³Ks. esim. Ogus (1994) ja Määttä (1997).

kehittymiseen kuuluvat kysymykset ovatkin hyvin kiinnostavia, niihin ei tässä artikkelissa voida tutkimusekonomisista syistä puuttua.¹⁴

2 Sääntelyteorian suhteesta muihin yhteiskunnallisiin tiedonintresseihin oikeustaloustieteessä

Vaikka oikeustaloustieteessä voidaan periaatteessa tehdä selkeähköltä vaikuttava erottelu erilaisista tiedonintresseistä¹⁵, ne limittyvät enemmässä tai vähemmässä määrin käytännössä toinen toistensa kanssa. Tarkastellaan asiaa eritellymmin.

Lainopissa keskitytään lain tulkintaan ja systematisointiin¹⁶. Suhde lainoppiin koskee muun muassa sitä, mihin vedetään raja sen suhteen, säädetäänkö asiasta suoraan lainsäädännöllä, vai delegoidaanko tosiasiallinen lainsäädäntövalta lainsoveltajalle. Vaikka Suomen perustuslaissa säädetäänkin siitä, että oikeuksista ja velvollisuuksista olisi säädettävä lailla, mihinkään ei päästä siitä, ettei mainittu kysymyksenasettelu joka tapauksessa ole edelleen ajankohtainen. Toisaalta on syytä panna merkille, että yksityiskohtaisiksikin tarkoitetut lainsäädännökset ovat aina epätäydellisiä, joten tuomioistuimia ja muita lakia soveltavia viranomaisia tarvitaan tulkitsemaan lakia tai täyttämään lainsäädäntöön jääneitä aukkoja. Lisäksi on otettava huomioon lainopin ja sääntelyteorian vuorovaikutteisuus toiseenkin suuntaan. Lain soveltajan omaksumat tulkintakannanotot voivat näet johtaa tarpeeseen tarkistaa lainsäädäntöä.

Vaikutusanalyysi voidaan nähdä osittain elimellisenäkin osana sääntelyteoriaa¹⁷. Esimerkiksi problematisoitaessa voimassa olevan lainsäädännön tarkoituksenmukaisuutta lain vaikutusten empiirinen analyysi puoltaa erittäin vahvasti paikkaansa. Samalla tavalla, jos analyysin kohteena on kysymys siitä, minkälaisia vaikutuksia *de lege ferenda* –tyyppisillä lainsäädäntösuosituksilla saattaa olla, vaikutusten ennustaminen on hyvinkin hyödyllistä. Lisäksi empiirinen tutkimus voi puoltaa paikkaansa pohdittaessa sitä, minkälaiset tekijät ovat vaikuttaneet tietyn lainsäädännön säätämiseen.

Oikeustaloushistorian nimellä on kutsuttu suuntausta, jossa taloustieteen tarjoamin keinoin analysoidaan sitä, minkälaiset seikat selittävät sen, miksi oikeustila kulloinkin on muotoutunut sellaiseksi kuin on muotoutunut¹⁸. Tämäkään suuntaus ei jää vaille yhtymäkohtia sääntelyteoriaan. Historiatutkimuksen avulla voidaan ensinnäkin kartoittaa niitä sääntelyvaihtoehtoja, joita tiettyjen yhteiskunnallisten ongelmien kontrolloimiseksi on olemassa, ja toiseksi sitä, minkälaisia kokemuksia kustakin sääntelyvaihtoehdosta on ollut erilaisine etuineen ja salakarikkoineen.

Resursointitutkimukselle on ominaista sen problematisointi, pystytäänkö niukat viranomaisresurssit käyttämään kustannustehokkaasti eli huokeimmalla mahdollisella tavalla yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Resursointitutkimuksella on kiinteä yhteys sääntelyteoriaan. Esimerkiksi sääntelyongelmaksi voidaan nostaa se,

¹⁴ Ks. lyhyt yhteenveto yllä mainitusta problematiikasta Baldwin – Cave (1999), 18-33.

¹⁵ Ks. oikeustaloustieteestä yhteiskunnallisten tiedonintressien valossa erityisesti Mähönen – Määttä (2002).

¹⁶ Ks. tarkemmin lainopin suhteesta oikeustaloustieteeseen Timonen (1996).

¹⁷ Vaikutusanalyysillä on ollut erityisen suuri merkitys rikostaloustieteessä.

¹⁸ Ks. esimerkiksi Määttä – Pihlajamäki (2003), jossa on analysoitu rikosoikeuden kehitystä oikeustaloustieteen tarjoamin keinoin.

onko vähäpätöisimmät jutut tuomioistuimissa ja viranomaisissa säädettävä prosessiekonomisista syistä sellaisiksi, ettei niitä tarvitse ottaa käsittelyyn¹⁹. Tällä tavalla resurssit voidaan ohjata merkittävimpien oikeusjuttujen käsittelyyn.

Vertaileva oikeustaloustiedekään ei jää irralliseksi saarekkeeksi sääntelyteoriaan nähden, ja sen kosketuskohdat ovat luonteeltaan pitkälti samanlaiset kuin oikeustalushistoriankin²⁰. Ensinnäkin muista maista voidaan löytää varteenotettavia sääntelyvaihtoja esimerkiksi kotimaassa valitulle vaihtoehdolle. Toiseksi ulkomailta saadut kokemukset ovat arvokkaita sääntelyvaihtoehtojen tarkoituksenmukaisuutta pohdittaessa, koska erilaisia sääntelyjä ei luonnollisestikaan voida testata laboratorioissa.

3 Sääntelyteorian funktioita

Sääntelyteorian funktioita voidaan hahmottaa monesta näkökulmasta²¹. Yksi näkökulma on se, että näin luodaan silta oikeusjärjestelmän ja yhteiskunnan sekä samalla oikeustieteen ja yhteiskuntatieteiden välille. Se on siis olennaisessa määrin irrottautumista ajatuksesta, että oikeusjärjestelmä ja samoin oikeustutkimus olisi jollakin tavoin irrallinen saareke yhteiskunnassa.

Toiseksi sääntelyteoria auttaa rakentamaan siltoja eri oikeudenalojen välille. Oikeustutkimus lainopillisessa mielessä on pitkälti sektorikohtaistunut eivätkä alan edustajat välttämättä läheskään aina näe yli oman oikeudenalansa rajojen. Näin tutkimatta voivat jäädä useat eri oikeudenalojen väliselle harmaalle vyöhykkeelle sijoittuvat kysymykset ja myös monioikeustieteiset kysymykset saattavat jäädä liian vähäiselle huomiolle. On tunnistettava ja tunnustettava, että eri oikeudenaloille sijoittuvat oikeusinstituutiot ovat usein toinen toistensa ”substituutteja” tai ”komplementteja”. Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa on pohdittu esimerkiksi sitä, milloin vahingonkorvaus on riittävä sanktio epätoivottavasta käyttäytymisestä, milloin taas tarvitaan rikosoikeudellisia seuraamuksia, erityisesti vankeusrangaistusta. Näkökulma on ollut paljolti se, että sanktiot on nähty toisilleen vaihtoehtoisina. Toisaalta käytännössä vahingonkorvaus ja rikosoikeudelliset seuraamukset saattavat täydentävää toisiaan.

Kolmanneksi sääntelyteoria luo parhaimmillaan edellytykset rationaaliselle oikeudelliselle sääntelylle sen sijaan, että päätöksenteko tapahtuisi hyvin lyhytnäköisten poliittisten irtopisteiden keräämisen tarkoituksessa. Toisaalta mihinkään ei päästä siitä, etteikö ideologioille jäisi edelleen päätöksenteossa sijaa. Tässä suhteessa näkemykset voidaan sääntelyteoreettisesta näkökulmasta jakaa kolmeen ryhmään:²² *Sääntelyoptimismiksi* kutsutaan näkemystä, jonka mukaan markkinat epäonnistuvat, mutta julkisvalta onnistuu sääntelyssään. *Sääntelypessimismiksi* on kutsuttavissa edelliseen nähden päinvastainen näkemys eli se, että markkinat toimivat moitteettomasti eikä epäonnista julkista valtaa tarvita sääntelemässä markkinoiden toimintoja. *Pragmatismi* on edellisten näkemysten väliin sijoittuva lähestymistapa, jossa korostetaan sitä, että niin markkinat kuin julkisvaltakin voivat epäonnistua ja että oikeudellisen sääntelyn tarkoituksenmukaisuutta on arvioitava tapauskohtaisesti. Sääntelyteorian tarpeen voi

¹⁹ Samassa yhteydessä voi muodostua lainopilliseksi ongelmaksi sen määrittäminen, minkälaiset jutut viranomaisissa katsotaan vähäpätöisiksi jutuiksi. Ks. tältä osin kilpailunrajoituslakiin liittyen esimerkiksi Määttä (2004), 292-306.

²⁰ Ks. vertailevasta oikeustaloustieteestä erityisesti Mattei (1997).

²¹ Ks. myös Määttä (1999b), 23-26.

²² Ks. esimerkiksi Kanninen – Määttä – Timonen (1996a), 60.

katsoa kumpuavan erityisesti pragmaattisesta lähestymistavasta, koska mitäpä teoretisoinneilla ja empiirisillä tutkimustuloksilla tehtäisiin, jos jo valmiiksi olisi olemassa näkemys, että sääntely on tuomittu epäonnistumaan, tai päinvastoin, että sääntely toimii aina ja kaikissa olosuhteissa moitteetta.

Lisäksi sääntelyteorian tarvetta voidaan perustella siitä näkökulmasta, että tiedeyhteisössä viljellyn teoreettisen lähestymistavan ja käytännön lainsäädäntötyön välillä vallitsee *sääntelykuilu*. Esimerkiksi taloudellisia ohjauskeinoja suosittelleet ekonomistit ovat olleet hyvin tietoisia näiden ohjauskeinojen hyvistä ominaisuuksista, kun taas lainsäätäjät ja virkamiehistö ovat törmänneet tai ainakin joutuneet huomioimaan ne käytännön hankaluudet, joita taloudellisen ohjauksen toteuttamiseen liittyy. Tästä ei ole myöskään pitkä matka väittämään, että sääntelykuilu on osaltaan hidastanut olennaisesti eräiden oikeusinstituutioiden käyttöönottoa.²³

4 Sääntelyteoriassakin lähtökohtana on Coasen teoreema

Coasen teoreeman mukaan allokatiiviseen tehokkuuteen päästään vapaaehtoisin neuvotteluin riippumatta siitä, miten laki on laadittu, kunhan korkeat transaktiokustannukset eivät estä tai vaikeuta neuvotteluja osapuolten kesken. Transaktiokustannuksilla tarkoitetaan esimerkiksi kustannuksia sopimuskumppanin etsinnästä, neuvottelujen käymisestä ja sopimuksen laatimisesta²⁴. Tehokkaan ratkaisun saavuttaminen on riippumatonta siitä, kenelle osapuolista varallisuus oikeus (esimerkiksi oikeus saastuttaa tai oikeus puhtaaseen ilmaan) on alkutilanteessa myönnetty, kunhan tällainen varallisuus oikeus on selkeästi määritelty. Toisaalta sillä, kenelle varallisuus oikeus alkutilanteessa myönnetään, voi olla huomattava vaikutus tulonjaon kannalta.²⁵

Toisaalta, kuten edellä viitattiin, transaktiokustannukset voivat nousta niin suuriksi, että neuvotteluratkaisu estyy. Miten varallisuus oikeudet on tällöin allokoitava? *Posnerin ehdotuksen* mukaan varallisuus oikeus olisi annettava osapuolista sille, joka arvostaa sitä eniten. Posnerin ehdotuksen täytäntöönpanon ongelmana on kuitenkin epäsymmetrinen informaatio: minkä perusteella lainsäätäjät tai tuomioistuimet voi tietää, kumpi osapuolista arvostaa varallisuus oikeutta enemmän? Ongelmaa pahentaa vielä se, että osapuolilla on kannustin liioitella arvostustaan, jotta he saisivat varallisuus oikeuden itselleen. Tämän problematiikan valossa onkin ymmärrettävää pyrkiä ensisijaisesti siihen, että lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö tähtäävät transaktiokustannusten minimoimiseen, jotta osapuolet voisivat keskinäisin neuvotteluin päästä optimaaliseen tulokseen.²⁶

Calabresin ehdotuksen mukaan varallisuus oikeus olisi myönnettävä osapuolista sille, jolta se on huokeammin luovutettavissa toiselle osapuolelle.²⁷ Tämä ehdotus nojaa siis

²³ Ks. erityisesti Schelling (1983), xiii.

²⁴ Ks. transaktiokustannusten käsitteestä erityisesti Kanninen – Määttä – Timonen (1996b), 26-29.

²⁵ Ks. erityisesti Coase (1960), 1-44. Ks. Coasen teoreemasta kotimaisessa kirjallisuudessa Kanninen - Määttä - Timonen (1996a), 46-61.

²⁶ Ks. myös Kanninen – Määttä – Timonen (1996a), 56.

²⁷ Esimerkiksi, jos ulkoisvaikutuksen toisena osapuolena on teollisuuslaitos, ja toisena osapuolena laaja joukko luonnollisia henkilöitä, olisi Calabresin ehdotuksen mukaista luovuttaa varallisuus oikeus teollisuuslaitokselle. Yhdeltä teollisuuslaitokselta olisi näet transaktiokustannusten puolesta huokeampaa luovuttaa oikeus luonnollisten henkilöiden muodostamalle ryhmälle kuin päinvastoin. Toisaalta, jos luonnolliset henkilöt organisoituisivat esimerkiksi yhdistykseksi, transaktiokustannusten epäsymmetriys ei olisi enää niin ilmeinen. Ks. myös Harrison (1995).

siihen, että transaktiokustannukset ovat epäsymmetriset eli eri osapuolille eri suuruiset. Myös Calabresin ehdotuksen kohdalla voidaan päätyä epäsymmetrisen informaation ongelmaan. Toisaalta, jos transaktiokustannukset ovat symmetriset, sitä ei voida käyttää ohjenuorana oikeuksien allokoinnissa. Lisäksi Calabresin ehdotuksesta ei ole paljoa iloa, jos transaktiokustannukset ovat joka tapauksessa prohibitiiviset riippumatta siitä, kummalle osapuolista varallisuus oikeus myönnetään²⁸.

Milloin transaktiokustannusten voidaan olettaa nousevan esteiksi neuvotteluratkaisulle? Useimmiten tällöin viitataan osapuolten suureen lukumäärään. Tässä yhteydessä voidaan puhua myös massaulkoisvaikutuksista silloin kun kysymys on nimenomaan ulkoisvaikutusten sisäistämisestä²⁹. Toisaalta tällöin neuvotteluratkaisuun pääsemistä voidaan helpottaa sillä, että osapuolet organisoituvat yhteisöksi, esimerkiksi osuuskunnaksi tai yhdistykseksi.³⁰

Toisena karikkona neuvotteluratkaisulle ja syynä suuriin transaktiokustannuksiin on mainittu se, että yksittäinen osapuoli koostuu toimijoista, jotka ovat erilaisia ja joiden intressit ovat erilaiset.³¹ Päinvastoin tilanne on tietenkin silloin, kun yksittäiset toimijat ovat samanlaisia niin intresseiltään kuin muutoinkin.

Korkeisiin transaktiokustannuksiin on monia muitakin syitä. Esimerkiksi hyödykkeen ainutlaatuisuus voi olla tällainen syy. Samoin, jos osapuolet eivät tunne toisiaan, transaktiokustannukset voivat nousta suuriksi. Lisäksi, jos osapuolten suoritukset eivät ole samanaikaisia, transaktiokustannuksilla on taipumus nousta suhteellisen suuriksi.³²

5 Oikeudellisen sääntelyn ala sääntelyteoriassa

Sääntelyteoriassa oikeudellista sääntelyä ei ole välttämättä tarkasteltu kokonaisvaltaisesti, vaan ainoastaan osa oikeusjärjestelmästä on alistettu sääntelyteoreettisen analyysin kohteeksi. Esimerkiksi *Anthony Ogus* (1994) on korostanut tässä yhteydessä kahta elementtiä. Ensinnäkin kysymyksessä olisi oltava julkisoikeudellinen sääntely, kuten vero- ja hallinto-oikeus, joten yksityisoikeus, kuten sopimus- ja vahingonkorvausoikeus, jäisi sääntelyteorian ulkopuolelle. Toiseksi hän on tähdentänyt tutkittavan lainsäädännön ohjaavaa luonnetta. Toisin sanoen, jos kysymys on puhtaasti kehyslainsäädännöstä, jolla ei välittömästi pyritä käyttäytymisen ohjaamiseen, se ei kuuluisi sääntelyteorian tutkimuskohteisiin.³³

Sääntelyteoriassa oikeudellinen sääntely on usein jaettu kahteen ryhmään: taloudelliseen sääntelyyn ja sosiaaliseen sääntelyyn. *Taloudellinen sääntely* kattaa yhtäältä rakenteellisen sääntelyn, jolla säännellään markkinoiden rakennetta, kuten markkinoille tulon ja markkinoilta poistumisen rajoituksia; ja toisaalta käyttäytymissääntelyn, joka sääntelee käyttäytymistä markkinoilla, kuten markkinointia. Tässä voidaan viitata myös

²⁸ Prohibitiivisilla transaktiokustannuksilla tarkoitetaan niin suuria kustannuksia, että ne estävät neuvotteluratkaisuun pääsemisen.

²⁹ Ulkoisvaikutuksen käsitettä täsmennetään myöhemmin tässä artikkelissa.

³⁰ Yllä mainitusta ei ole pitkä matka siihen päätelmään, että transaktiokustannusten suuruus on osaltaan viite siitä, minkälaisilla toimialoilla yritysten kartelloituminen on todennäköisintä. Ks. myös Posner (2001).

³¹ Ks. esimerkiksi Ogus (1995), 100.

³² Ks. eritellymmmin Cooter – Ulen (2004), 94.

³³ Vrt. Baldwin – Cave (1999), 2.

luonnollista monopolia koskevaan sääntelyyn.³⁴ Taloudellista sääntelyä on perusteltu tarpeella puuttua epätäydelliseen kilpailuun. *Sosiaalinen sääntely* on yleisellä tasolla määritelty oikeudelliseksi sääntelyksi, joka kohdistuu esimerkiksi työsuhteisiin, kuluttajansuojaan ja ympäristönsuojeluun.³⁵ Sosiaalisen sääntelyn tarvetta on perusteltu muilla markkinahäiriöillä kuin epätäydellisellä kilpailulla, kuten epäsymmetrisellä informaatiolla ja ulkoisvaikutuksilla.³⁶

Tässä yhteydessä sääntelyteoriaan otetaan edellä mainitusta poikkeava lähestymistapa. Ensinnäkään sääntelyteoriassa oikeudellisen sääntelyn analyysin ei pidä typistyä julkisoikeudellisiin säännöksiin³⁷. Muutoinhan jätettäisiin huomattava osa oikeudellisesta sääntelystä analyysin ulkopuolelle, vaikka se olisi julkisoikeudellista sääntelyä täydentävää tai sille vaihtoehtoja. Esimerkiksi tuotteiden turvallisuudesta säänneltäessä vahingonkorvausoikeus ja hallinnolliset määräykset toimivat toisilleen vaihtoehtoisina keinoina³⁸. Käytännössä on myös syytä panna merkille, että oikeudellisessa sääntelyssä törmätään erittäin usein sekajärjestelmiin, joissa useammanlaisia ohjauskeinoja tai oikeusinstituutioita sovelletaan täydentämässä toisiaan tavalla tai toisella. Lainsäädäntökenttä on siis otettava kokonaisuudessaan huomioon, koska toimintasuositukset voivat jäädä muutoin hyvinkin vaillinaisiksi tai jopa harhaanjohtaviksi.

Sääntelyteoreettista analyysiä ei tule rajoittaa myöskään lainsäädäntöön, joka on nimenomaan käyttäytymistä ohjaavaa³⁹. Aluksi on todettavissa, että käyttäytymistä suoranaisesti ohjaava lainsäädäntö ja käyttäytymiselle ainoastaan puitteita luova säädäntö voivat hyvinkin olla toinen toistensa vaihtoehtoja. Tässä voidaan viitata keskusteluun *coaselaista* ja *pigoulaista lähestymistavasta*. Coaselaisten lähestymistavan mukaan ”kehyslainsäädäntö” olisi riittävä, toisin sanoen varallisuus oikeudet määriteltäisiin selkeästi ja samalla huolehdittaisiin transaktiokustannusten minimoimisesta, minkä jälkeen osapuolet voisivat keskinäisin neuvotteluin sopia optimaalisesta voimavarojen kohdentamisesta. Pigoulaisten lähestymistavassa taas korostetaan julkisvallan intervention tarvetta esimerkiksi saastumisen aiheuttamien ulkoishaittojen sisäistämiseksi. Coaselaisten lähestymistapa onkin nähty kritiikkinä Pigoun suosittelemaa interventionistista ajattelua kohtaan. Molempia ajatuksia kohtaan voidaan kuitenkin suunnata kritiikkiä. Käytännössä tilanne on näet se, että pigoulainen ja coaselaisten lähestymistapa täydentävät toisiaan miltei samalla tavalla kuin yksityis- ja julkisoikeudelliset instituutiot täydentävät toisiaan. Näin ollen pitäytymällä ainoastaan ohjaavassa lainsäädännössä ajaututaan taas vaillinaisiin ja jopa harhaanjohtaviin päätelmiin. Samalla tärkeimmät kysymykset saattavat jäädä tykkäänään vastausta vaille.

Edellä mainittu edellyttää vielä täsmentämistä. Sääntelyteoriassa ei pidä tyytyä yksinomaan oikeudellisen sääntelyn analyysiin, onpa sitten kysymys laista tai sitä

³⁴ Ks. esimerkiksi Ogus (2001), ix. Luonnollisella monopolilla tarkoitetaan tilannetta, jossa markkinoille mahtuu vain yksi yritys. Tämän ilmiön taustalla on luonnollisen monopolin tuotannon alenevat yksikkökustannukset.

³⁵ Ks. esimerkiksi den Hertog (2000), 224. Sosiaalinen sääntely on syytä pitää käsitteellisesti erossa sosiaalisista normeista.

³⁶ Näin esimerkiksi Ogus (2001a), ix.

³⁷ Määttä (2001), 20-21. Vrt. Ogus (1994).

³⁸ Ks. esimerkiksi Shavell (1984), 357-374.

³⁹ Määttä (2002), 136. Vrt. Ogus (1994).

alemmista säädöksistä, vaan tarkastelu on ulotettava myös itsesääntelyyn. Oikeudellista sääntelyä kutsutaan tässä yhteydessä *julkissääntelyksi*. Sen sijaan *itsesääntelyllä* tarkoitetaan ei-oikeudellisesti velvoittavaa sääntelyä, jonka perustana ovat esimerkiksi elinkeinonharjoittajien yhdistysten suositukset eettisistä menettelytavoista hyödykkeiden markkinoinnissa.

Täydennetään edellä mainittua edelleen: oikeudellisen sääntelyn ja myös itsesääntelyn ohella on otettava huomioon yleisemminkin sosiaaliset normit, tai yleisemmin ei-oikeudelliset normit, sekä niiden välinen suhde. Psykologisessa taloustieteessä on tehty tältä osin mielenkiintoinen havainto, joka osoittaa, ettei sosiaalisia normeja ja oikeudellisia normeja voi yksinkertaisesti ”summata”, vaan että oikeudelliset normit jossain määrin ovat omiaan heikentämään sosiaalisten normien vaikuttavuutta.⁴⁰ Näin ollen esimerkiksi kuluttajansuojalainsäädännön voidaan olettaa edistäneen kuluttajan etuja tietyssä määrin, mutta samanaikaisesti on otettava huomioon, että lainsäädäntö on saattanut heikentää sosiaalisten normien vaikutusta.

”Jälkikanettina” on syytä mainita, että sääntelyteoreettista tutkimusta on harjoitettu erityisesti common law –maissa, kuten Yhdysvalloissa. Näissä maissa vedetään kuitenkin raja oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisutoiminnan välillä toisin kuin säädännäis-oikeusjärjestelmissä, kuten Suomessa ja muissa Pohjoismaissa. Koska säädännäis-oikeusjärjestelmissä lainsäätäjän rooli on merkittävämpi kuin common law –maissa, myös sääntelyteorian asema on meillä tärkeämpi. Yksinkertaistaen ja yleistäen onkin sanottavissa, että kotimaisesta näkökulmasta huomattava osa oikeustieteellisestä kirjallisuudesta on nimenomaan sääntelyteoreettiseksi luonnehdittavaa kirjallisuutta⁴¹.

6 Markkinahäiriöt syynä oikeudelliselle sääntelylle

Taloustieteellisessä tarkastelussa oikeudellisen sääntelyn syitä tarkastellaan erityisesti markkinahäiriöistä käsin.⁴² Toisin sanoen käsillä on tekijöitä, jotka markkinoilla johtavat markkinoiden epäonnistumiseen eli siihen, etteivät voimavarat kohdennut tehokkaalla tavalla. Samalla on syytä korostaa, että kyseessä ovat näkökohdat, joita esimerkiksi lainvalmistelutöissä ei suoraan ja eksplisiittisesti painoteta lainsäädännön motiiveina. Sen vuoksi myöhemmin tarkastellaan erikseen vaikkakin lyhyesti lain tavoitteita sellaisena kuin ne tulevat elävässä elämässä vastaan. Lisäksi on otettava huomioon, että yksittäinen oikeudellinen sääntely ei suinkaan aina ole perusteltavissa yhdestä vaan useammasta markkinahäiriöstä käsin. Esimerkiksi terveydenhuollon sääntelyä voidaan perustella muun muassa ulkoisvaikutuksilla ja epäsymmetrisellä informaatiolla.⁴³

Toisaalta oikeudellisen sääntelyn voimassaoloa ei suinkaan kaikilta osin ole nähty ilmentymänä markkinahäiriöiden korjaamisesta. Esimerkiksi ja erityisesti eräissä

⁴⁰Ks. tarkemmin Frey (1993). Ks. myös Panther (2000), 1018-1019 ja siinä viitatuut lähteet.

⁴¹ Keskeisenä poikkeuksena on mainittavissa kilpailuoikeus, jonka yhteydessä korostuu lainopillinen tiedonintressi myös oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta arvioiden, ks. esimerkiksi Määttä (2006c), 4 luku. Toki on myönnettävä, että muillakin oikeudenaloilla oikeustaloustieteellisestä argumentoinnista voi olla hyötyä kiperissä tulkintaongelmissa, mutta tämä ei ole kuitenkaan kovin yleistä.

⁴² Vrt. Baldwin – Cave (1999), 9-17, jotka ovat eritelleet oikeudellisen sääntelyn syitä toisin kuin esimerkiksi yllä on tehty.

⁴³ Breyer (1982), 34.

yhteyksissä on nostettu esille, että oikeudellista sääntelyä on ohjannut *paternalismi*: hieman yksinkertaistaen, tällöin tiettyjen henkilöiden ei ole katsottu olevan siinä määrin ”fiksuja”, että he osaisivat tehdä edes omalta kannaltaan mielekkäimpiä päätöksiä, minkä vuoksi tarvitaan ulkopuolinen taho, sääntelijä, päättämään heidän puolestaan tietyistä asioista. Esimerkiksi tiettyjen elinkeinojen luvanvaraisuutta on perusteltu joskus paternalismista käsin⁴⁴.

Vaikka periaatteessa on helppo sanoa, milloin käsillä on markkinahäiriö, milloin ei, oikeudellisen sääntelyn tarvetta pohdittaessa törmätään vääjäämättä ongelmiin. Yksi näistä ongelmista on kutsuttavissa *identifiointiongelma*. Esimerkiksi, mitkä osat yrityksen toiminnasta muodostavat luonnollisen monopolin, mitkä eivät; tai onko ulkoisvaikutus luonteeltaan teknologinen vai rahallinen? Toisin sanoen sääntelyn perusteeksi esitetyn markkinahäiriön olemassaolo ei ole käytännössä itsestään selvää. Toista ongelmaa voidaan kutsua *kustannus-hyötyongelma*: ylittävätkö oikeudellisesta sääntelystä aiheutuvat hyödyt siitä koituvat kustannukset? Vaikka markkinahäiriön olemassaolo olisikin selvää, sääntely ei ole tarkoituksenmukaista, jos kustannukset ylittävät sääntelyllä saavutettavat hyödyt. Kustannus-hyötyongelman ratkaisua vaikeuttaa osaltaan se, etteivät kustannukset ja hyödyt suinkaan aina ole yhteismitallisia, esimerkiksi suoraan euroina arvoitettavia.

Lisäksi edellä mainitusta riippumatta on otettava huomioon, että markkinat voivat itse korjata – ainakin aika ajoin – markkinahäiriön eikä sääntelyä siis tarvita. Esimerkiksi *Ronald H. Coase* (1960) asetti kyseenalaiseksi pigoulaisen lähestymistavan ulkoisvaikutusten oikeudellisen sääntelyn tarpeesta olosuhteissa, joissa transaktiokustannukset ovat alhaiset ja varallisuus oikeudet on määritelty selkeästi. Toisaalta, vaikka *George Akerlof* (1970) toi esille sen, että epäsymmetrinen informaatio voi johtaa negatiivisen valikoitumisen ongelmaan markkinoilla, hän samaan hengenvetoon korosti, että markkinamekanismit voivat jossain määrin tai kokonaankin korjata mainitun ongelman. Vielä voidaan viitata näkemyksiin tarpeesta puuttua monopolien käyttäytymiseen. Erityisesti itävaltalainen koulukunta on tuonut esille, ettei monopolieihin tulisi puuttua olosuhteissa, joissa uusien yritysten markkinoille tulo on helpohkoa.⁴⁵

6.1 Ulkoisvaikutukset sääntelyn taustalla

Ulkoisvaikutukset eli eksternaliteetit ovat keskeinen markkinahäiriöiden lähde. Kyseiset vaikutukset aiheutuvat nimensä mukaisesti ulkopuolisille ja kaiken lisäksi siten, etteivät he saa ulkoishaitasta kompensaatiota tai joudu maksamaan korvausta ulkoishyödyistä. Esimerkki ulkoishaitasta eli negatiivisesta ulkoisvaikutuksesta on työhuoneeni ulkopuolella pitkin päivää meteliä pitävä kompressori, joka vaikeuttaa keskittymistä käsillä olevan artikkelin kirjoittamiseen. Kun nämä haitat arvioidaan, puhutaan *ulkoiskustannuksista*. Ulkoishyötyjä voi syntyä esimerkiksi sen myötä, että tämän kirjan kirjastosta lainannut henkilö (samoin kuin hänen työnantajansa myöhemmin) hyötyy siihen sisältyvistä opeista, vaikka joutu kirjaston palveluista mitään maksaan.

⁴⁴Ks. esimerkiksi Svorny (2000), 307. Toisaalta tiettyjen elinkeinojen luvanvaraisuutta on perusteltu myös markkinahäiriöillä, erityisesti ulkoisvaikutuksilla ja epäsymmetrisellä informaatiolla.

⁴⁵ Yllä mainittua terminologiaa täsmennetään myöhemmin tässä jaksossa.

Jotta resurssit allokoituisivat tehokkaasti, talousyksiköiden päätöksenteon tulisi tapahtua *yhteiskunnallisten kustannusten* perusteella. Näillä kustannuksilla ymmärrettään yksityisten kustannusten eli talousyksiköiden markkinoilla huomioon ottamien kustannusten, ja ulkoiskustannusten summaa. Jos päätöksenteko tapahtuu ulkoiskustannukset sivuuttaen, markkinoilla tuotetaan liikaa hyödykkeitä ja liian halvalla siihen suhteutettuna, mikä olisi voimavarojen allokaation kannalta tehokasta.⁴⁶

Oikeudellisen sääntelyn tarpeen kannalta seuraavilla ulkoisvaikutusten jaotteluilla on merkitystä. *Teknologisesta ulkoisvaikutuksesta* on kysymys silloin, kun vaikutusta ei ole otettu huomioon markkinahinnoissa, mutta *rahallisen ulkoisvaikutuksen* kohdalla vaikutus on huomioitu jo markkinahinnoissa. Näin ollen rahallisten ulkoisvaikutusten sääntelyyn ei ole tarvetta; toisaalta teknologistenkin ulkoisvaikutusten sääntely on aiheellista vain, jos näin saavutettava hyöty on suurempi kuin sääntelystä aiheutuvat kustannukset.⁴⁷

Yksilöllisille ulkoisvaikutuksille on ominaista, että ne kohdistuvat suppeaan henkilöpiiriin, kun taas *massaulkoisvaikutusten* vaikutuspiiri muodostuu erittäin laajaksi. Ensin mainitussa tapauksessa sääntelyä ei useinkaan tarvita, koska ulkoisvaikutuksen osapuolet voivat neuvotella ulkoisvaikutuksen kontrolloinnista, mutta jälkimmäisessä tapauksessa ulkopuolinen sääntely voi olla enemmän kuin tarpeen. Siis: Coasen teoreeman mukainen neuvotteluratkaisu voi olla hyvinkin toimiva yksilöllisten ulkoisvaikutusten kyseessä ollessa, kun taas *pigoulainen*, julkisvallan väliintuloa painottava ratkaisu saattaa usein puoltaa paikkaansa massaulkoisvaikutusten kohdalla.⁴⁸

Ulkoisvaikutuksilla on perusteltu monenlaista sääntelyä, kuten

- tiettyjen elinkeinojen säätämistä luvanvaraiseksi, koska näiden elinkeinonharjoittamiseen liittyy ainakin uhka ulkoishaitoista⁴⁹;
- ympäristön saastuttamisen säätämistä luvanvaraiseksi taikka vero-ohjauksen tai päästökaupan kohteeksi⁵⁰;
- tupakoinnin rajoittamista työ- ja muissa tiloissa, jotta vältetään ulkopuolisten henkilöiden altistuminen tahtomattaan tupakansavulle.

Tarkastellaan näistä esimerkeistä ensin mainittua hieman lähemmin, jotta oikeustaloustieteellisten perusteluiden monitahoisuus sääntelyn taustalla avautuisi edes jossain määrin. Tiettyjen elinkeinojen luvanvaraisuutta on siis perusteltu muun muassa negatiivisista ulkoisvaikutuksista käsin: näin suojellaan asiakkaita ongelmilta, jotka koituisivat heikkolaatuisten hyödykkeiden hankinnasta. Mutta perustelut eivät tyhjenny tähän. Tiettyjen elinkeinojen luvanvaraisuutta on näet perusteltu myös sillä, että näin pystytään torjumaan *sitruunaongelmaa* varsinkin sellaisilla hyödykemarkkinoilla, joilla asiakkaille on kallista hankkia informaatiota hyödykkeiden laadusta. Sitruunaongelma voi pahimmillaan johtaa siihen, että markkinoille jäävät vain huonolaatuisimmat hyödykkeet (tai hyödykkeitä ei jää lainkaan asianomaisille markkinoille)⁵¹. Toisaalta

⁴⁶ Yllä mainittu pätee ”kääntäen” myös yhteiskunnallisiin hyötyihin, jotka saadaan laskemalla yhteen yksityiset hyödyt ja ulkoishyödyt.

⁴⁷ Ks. esimerkiksi Kanninen – Määttä – Rautio (1998), 167 ryhmäkannetta silmällä pitäen.

⁴⁸ Ks. esimerkiksi Kanninen – Määttä – Timonen (1996a), 61.

⁴⁹ Ks. esimerkiksi Svorny (2002), 297.

⁵⁰ Ks. yleisesti esimerkiksi Määttä (1999a).

⁵¹ Sitruunaongelmaa täsmennetään hieman jäljempänä tässä esityksessä.

pelkästään ulkoiskustannusten tai sitruunaongelman käsillä olo ei ole riittävää, vaan sääntelyn edut on suhteutettava sen aiheuttamiin kustannuksiin, esimerkiksi siihen tosiasiaan, että elinkeinojen luvanvaraisuus on omiaan nostamaan kynnystä markkinoille tulolle ja näin ollen heikentämään kilpailua.⁵² Viime kädessä päätöksenteko nojaa siis *kustannus-hyötyanalyysiin*.⁵³

Edellä mainitun perusteella on tarpeen tarkastella elinkeinonharjoittamisen luvanvaraisuuden vaikutusta siihen, aiheuttaako luvanvaraisuus *hyvinvointitappioita*. Yksinkertaisimmillaan asiaa voidaan lähestyä ääritilanteessa, jossa kuluttajat eivät hyödy millään tavoin luvanvaraistamisesta. Tällöin jo pelkästään markkinoille tulon rajoittuminen on omiaan johtamaan hyvinvointitappioihin. Toisena hyvinvointitappioiden lähteenä voi olla niin sanottu *rent seeking* -ilmiö: tällöin potentiaaliset elinkeinonharjoittajat investoivat varoja saadakseen elinkeinoluvan, ja mitä sattumanvaraisemmin luvat myönnetään, sitä enemmän määrin *rent seeking* aiheuttaa hyvinvointitappioita⁵⁴. Lisäksi hyvinvointitappioita voi aiheutua siitä, etteivät elinkeinoluvat ole siirtokelpoisia. Siirtokelvottomuus saattaa johtaa siihen, ettei lupa päädy sellaisen elinkeinonharjoittajan haltuun, joka huokeimmalla pystyisi tuottamaan laadukkaat palvelut.⁵⁵

6.2 Julkishyödykkeet ja eräät muut hyödykkeet oikeudellisen sääntelyn legitimoijana

Julkishyödykkeille on ominaista, ettei ketään voida sulkea hyödykkeen käyttäjäpiirin ulkopuolelle (*ei-eksklusiivisuus*) ja että yhden kuluttajan käyttämä hyödykemäärä ei vähennä muiden kulutettavissa olevaa hyödykkeiden määrää (*ei-kilpailevuus*).⁵⁶ Julkishyödykkeestä on kysymys esimerkiksi informaation kohdalla⁵⁷. Toisaalta yksityisen henkilön ponnistukset julkishyödykkeen tuottamisen puolesta eivät todennäköisesti kantaisi hedelmää: hän kyllä joutuisi itse kantamaan kaikki kustannukset ponnisteluistaan, mutta hyötyjiksi pääsisivät kaikki muutkin talousyksiköt. Tästä tullaankin toiseen tapaan määritellä julkishyödykkeet: ne ovat hyödykkeitä, joiden kohdalla ajaututaan *vapaamatkustajaongelmaan*.⁵⁸ Tämä ongelma nakertaa osaltaan edellytyksiä siltä, että julkishyödykkeitä voitaisiin tuottaa yksityisillä markkinoilla, ja senpä vuoksi julkishyödykkeiden tuotanto on usein päätynyt julkisvallan tehtäväksi. Tällöin keskeisessä asemassa on se, että julkisvalta voi rahoittaa julkishyödykkeiden tuotannon *pakkoperiaatteen* mukaisesti eli kantamalla veroja ja maksuja.

Puhuminen pelkästään julkishyödykkeistä tässä yhteydessä antaa liian yksinkertaistetun kuvan oikeudellisen sääntelyn haasteista. On näet otettava huomioon, että yksittäiset

⁵²Ks. yleisemmin luvanvaraisuudesta oikeustaloustieteellisessä tarkastelussa Svorny (2000).

⁵³ Ks. kustannus-hyötyanalyysistä esimerkiksi Boardman et al (2001).

⁵⁴ Alun perin *rent seeking* -ilmiöön kiinnitti huomiota Tullock (1967). Yleisesti määritellen *rent seeking* tarkoittaa talousyksiköiden pyrkimystä taloudellisten etujen ”hamuamiseen” ilman, että se tapahtuisi varallisuutta lisäävän vaihdannan tai tuotannon kautta.

⁵⁵Ks. esimerkiksi Svorny (2000), 301.

⁵⁶ Ks. kokoava katsaus julkishyödykkeisiin esimerkiksi McNutt (2000). Samassa artikkelissa tarkastellaan myös jäljempänä käsiteltäviä klubihyödykkeitä.

⁵⁷ Toisaalta informaation julkishyödykkeen luonteisuuteen on puututtu lainsäädäntöteitse säätämällä esimerkiksi immateriaalioikeuksista, kuten patenteista ja tekijänoikeuksista.

⁵⁸ Toisaalta kokeellisen taloustieteen piirissä saavutetut tutkimustulokset viittaavat siihen, ettei vapaamatkustajaongelma olisi käytännössä aivan niin paha ongelma kuin, mitä sen teoriassa on väitetty olevan.

hyödykkeet voivat olla ei-eksklusiivisia mutta kilpailtavia, tai päinvastoin, eksklusiivisia, mutta ei-kilpailtavia. *Yhteishyödykkeille* on juuri ominaista se, että niiden käytön ulkopuolelle ei voida sulkea ketään (ei-eksklusiivisuus), mutta toisaalta yhteishyödykkeiden käyttö vähentää muiden käytössä olevaa hyödykkeiden määrää (kilpailevuus).⁵⁹ Yhteishyödykettä on usein kuvattu kaikkien käytössä olevana laidunmaana, mutta toki muitakin esimerkkejä löytyy, kuten riistokalastus olosuhteissa, joissa oikeutta kalastamiseen ei ole rajoitettu. Myös ruuhkat tieliikenteessä kuvastavat tätä hyödykettä: kaikilla on vapaa pääsy mukaan liikenteeseen, ja kaikki hidastavat osaltaan toisten autoilijoiden matkantekoa. Tästä tulemmekin *yhteishyödykkeiden tragediaan*: koska yksityiset toimijat eivät ota päätöksenteossaan huomioon muille aiheutuvia ulkoiskustannuksia, kuten muiden autoilijoiden ajan tuhlaantumista ruuhkaliikenteessä, voimavarat eivät allokoidu tehokkaasti. Sääntelykeinot esimerkiksi ruuhkahaittojen muodossa ilmenevien ulkoiskustannusten kontrolloimiseksi voivat olla monenlaisia. Julkisuuudessa paljon keskustelua herättänyt vaihtoehto ovat erilaiset ruuhkamaksut eli tietullit.

Klubihyödykkeille on puolestaan ominaista se, että niiden käytöstä voidaan kyllä sulkea ulkopuoliset pois (eksklusiivisuus), mutta yhden käyttäessä tällaista hyödykettä, se ei ole pois muiden kulutuksesta ja kulutusmahdollisuuksista (ei-kilpailevuus)⁶⁰. Esimerkkinä klubihyödykkeestä mainittakoon golf-kerhot. Vaikka klubihyödykkeet eivät vaikututa yhtä tehottomilta kansantaloudellisesti kuin yhteishyödykkeet, ei niidenkään kohdalla välttyä ongelmilta. Esimerkiksi eksklusiivisuuden turvaaminen aiheuttaa aina kustannuksia.

Päätteeksi täsmennettäköön, että hyödykkeet, jotka ovat eksklusiivisia ja kilpailtavia, ovat *yksityishyödykkeitä*. Näiden kohdalla sääntelyn tarve ei palaudu ainakaan hyödykkeen luonteeseen käsillä olevassa jaksossa käsitellyllä tavalla, mutta sen sijaan muut markkinahäiriöt voivat puhua oikeudellisen sääntelyn puolesta toki yksityishyödykkeidenkin kohdalla.⁶¹

6.3 Informaatio-ongelmat oikeudellisen sääntelyn taustalla

Epätäydellisen informaation leimaamasta tilanteesta on kysymys silloin, kun toimijoilla ei ole kannaltaan kaikkea oleellista informaatiota. Tässä yhteydessä voidaan puhua ensinnäkin *primääri-* eli *tapahtumaepävarmuudesta*, jonka mukaan tänään tehtävien päätösten tulemat ovat riippuvaisia tulevaisuuden tapahtumista, joista kuitenkin ei ole olemassa täsmällistä tietoa. Toiseksi *sekundaari-* eli *markkinaepävarmuudesta* on kysymys silloin, kun osalla, mutta vain osalla talousyksiköistä on informaatiota olemassa olevista tai tulevista päätöksentekoon vaikuttavista tekijöistä.

Tässä yhteydessä puututaan erikseen *epäsymmetrisen informaation ongelmaan*.⁶² Se on muodostanut osaltaan syyn siihen, että kuluttajasuojalainsäädäntö yleensä puolustaa paikkaansa⁶³. Koska kuluttaja tietää myytävästä hyödykkeestä yleensä vähemmän kuin

⁵⁹ Ks. kokoava katsaus yhteishyödykkeisiin esimerkiksi Ostrom (2000). Samassa artikkelissa eritellään myös jäljempänä tarkasteltaviin yksityishyödykkeisiin liittyvää problematiikkaa.

⁶⁰ Ks. erityisesti Buchanan (1963).

⁶¹ On paikallaan huomauttaa lisäksi, että erilaisten hyödykkeiden luonne ei ole suinkaan kiveen kirjoitettu, vaan se voi esimerkiksi teknologisen kehityksen myötä muuttua olennaisestikin.

⁶² Toisin sanoen huomion kohteeksi nostetaan sekundääriepävarmuudesta aiheutuva problematiikka.

⁶³ Ks. kotimaisesta keskustelusta esimerkiksi Määttä (2006b). Kansainvälisesti tärkeä puheenvuoro on

myyjänä toimiva elinkeinonharjoittaja, kuluttajan suojaaminen on perusteltua⁶⁴. Asia on ilmaistavissa myös siten, että yhdellä markkinaosapuolella on *yksityistä informaatiota*, jota hänellä ei ole kannustinta paljastaa muille talousyksiköille.

Myöskään epäsymmetrisen informaation ongelmaa ei pidä nähdä kategorisesti. Tätä havainnollistakoon erittely kolmen tyyppisiin hyödykkeisiin informaatio-ongelman suhteen. *Etsintähyödykkeitä* ovat hyödykkeet, joiden laatu on havaittavissa jo ennen hankintapäätöstä ja hyödykkeen käyttöä. Esimerkkinä olkoot kukkasat, joita ostat kukkakaupasta. *Kokemushyödykkeiden* osalta hyödykkeen laatu on havaittavissa vasta, kun kuluttaja on käyttänyt hyödykettä. Tältä osin voidaan viitata esimerkiksi kirjoihin. *Luottamushyödykkeiden* kohdalla kuluttaja ei pysty havaitsemaan hyödykkeen laatua vielä senkään jälkeen, kun hän on käyttänyt hyödykkeen. Tietyt terveydenhuolto- tai sitä lähellä olevat palvelut muodostavat esimerkin luottamushyödykkeistä.

Edellä esitetty auttaa hahmottamaan myös sitä, että esimerkiksi kuluttajansuojalainsäädännön tarve vaihtelee siitä riippuen, minkälaisista hyödykkeistä on kysymys.⁶⁵ Etsintähyödykkeiden kysymyksessä ollessa sääntelyä ei ole pidetty tarpeellisena. Tällöinhän kuluttajat voivat välittömästi havaita, vastaako hyödyke esimerkiksi markkinoinnin yhteydessä esiin tuotuja seikkoja. Toisaalta, koska elinkeinonharjoittajat ymmärtävät tämän, heillä ei ole myöskään kannustinta harhaanjohtavaan markkinointiin. Sen sijaan kokemushyödykkeiden kohdalla tilanne on kaksijakoinen. Jos tällöin on kysymys huokeista hyödykkeistä, voidaan kyseenalaistaa, onko esimerkiksi niiden markkinoinnin tiukka sääntely tarpeellista. Tällöinhän asiakkaan menetykset jäävät pieniksi, jos hyödyke ei vastaakaan hänen odotuksiaan, ja toisaalta asiakas voi vastedes suunnata hankintansa toisaalle. Sen sijaan kalleimpien kokemushyödykkeiden kohdalla sääntely voi puoltaa hyvinkin paikkaansa. Lisäksi luottamushyödykkeiden kysymyksessä ollessa sääntely on yleensä paikallaan yksinkertaisesti, koska informaatio-ongelma kärjistyy nimenomaan tällöin.⁶⁶

Oikeudellisen sääntelyn puolesta voi puhua myös negatiivisen valikoitumisen ongelma (eli sitruunaongelma), joka voi johtaa siihen, että markkinoille jäävät ainoastaan heikkolaatuisimmat hyödykkeet⁶⁷. Sitruunaongelman on todettu aktualisoituvan, jos seuraavat kolme ehtoa täyttyvät: Ensinnäkin kuluttajien on oltava kykenemättömiä arvioimaan hyödykkeen laatua ennen sen hankintaa. Toiseksi laadukkaampien tuotteiden on oltava kalliimpia kuin heikkolaatuisempien hyödykkeiden. Kolmanneksi yrityksillä ei ole keinoja varmistaa hyödykkeiden laatua. Näissä olosuhteissa markkinat eivät siis toimi toivotulla tavalla, koska yritykset eivät voi taata hyödykkeidensä hyvää laatua.⁶⁸

ollut Hadfield – Howse – Trebilcock (1998).

⁶⁴ Ks. kuitenkin Garvin (2005), joka täsmentää asiaa monipuolisesti.

⁶⁵ Ks. esimerkiksi Gomez (2003) ja Haupt (2003). Ks. myös Rubin (2000), 272 sekä 277-278.

⁶⁶ Ks. esimerkiksi Rubin (2000), 278.

⁶⁷ Ks. tarkemmin Akerlof (1970), 488-500.

⁶⁸ Ks. esimerkiksi Rubin (2000), 278.

Toisaalta *George Akerlof* (1970) on osaltaan osoittanut, että vaikka sanotut ongelmat on otettava vakavasti varteen, markkinat voivat itsekin korjata ne. Tässä voidaan viitata esimerkiksi takuun käyttämiseen hyödykkeiden vaihdannassa keinona signaloida hyödykkeen laatua ja välttää puheena olevat ongelmat. Näin ollen oikeudellista sääntelyä ajatellen ei pidä nojata pelkästään siihen, että markkinoilla on epäsymmetrisen informaation ongelma, vaan pitää lisäksi arvioida, pystyvätkö markkinat itse korjaamaan asianomaiset ongelmat.⁶⁹

Voidaan myös kysyä, kuinka paljon saatetaan luottaa siihen, että *mainekustannukset* (tai pikemminkin pelko niistä) ohjaavat elinkeinonharjoittajien käyttäytymistä siten, ettei ongelmia epäsymmetrisestä informaatiosta aiheudu⁷⁰. Mainekustannukset aiheutuvat esimerkiksi elinkeinonharjoittajan epäasianmukaisesta käyttäytymisestä asiakkaita kohtaan, ja heijastuvat vähentyneinä asiakasmäärinä ja voittojen pienenemisenä.⁷¹

Tarkastellaan nyt informaatio-ongelmia ja erityisesti informaatiokustannuksia siitä näkökulmasta, että kyseiset kustannukset jakaantuvat *informaatiohankinta-* ja *informaatioprosessointikustannuksiin*. Edellä mainittua koskien on otettava huomioon se, että asiakkaiden informaatiohankintakustannusten alentaminen voi kuitenkin olla omiaan johtamaan siihen, että asiakkaiden informaatioprosessointikustannukset kasvavat. Toisin sanoen, vaikka asiakkailla olisi käytettävissään aikaisempaa suuremman määrän informaatiota hyödykkeestä ja sen vaihdantaan liittyvistä seikoista, hän ei kuitenkaan pysty prosessoimaan kaikkea tätä informaatiota, vaan yksinkertaistetusti sanoen hän jää ”informaatiotulvan” alle⁷². Toisaalta tässä yhteydessä voidaan viitata *rationaaliseen välinpitämättömyyteen* syynä informaation puutteelliselle prosessoinnille.

Osin edelliseen liittyen oikeudellisen sääntelyn funktiona voidaan viitata myös *rajoitettuun rationaalisuuteen*.⁷³ Ensinnäkin on selvää, että ihmiset eivät pysty kalkyloimaan päätöksiään 18 desimaalin tarkkuudella vaan päätökset tehdään enemmän tai vähemmän ”näppituntumalla”. Rajoitettu rationaalisuus on olennainen koetinkivi normatiivisessa sääntelyteoriassa. Ensinnäkin, jos henkilöt eivät ota huomioon tiettyjä sääntelyn kannalta relevantteja tapahtumia, kustannuksia tai vastaavia seikkoja, sääntely ei vaikuta heidän käyttäytymiseensä, ja periaatteessa sääntelijä voi tehdä ”mitä lystää”. Toiseksi, jos henkilöt ottavat tapahtumat kyllä huomioon mutteivät täydellisessä määrin, sääntelyn tarkoituksenmukaisuuden analysointi jää lopputuloksiltaan

⁶⁹Ks. myös Rubin (2000), 279 ja siinä viitattu kirjallisuus. Samoin on otettava huomioon se, että esimerkiksi juuri negatiivisen valikoitumisen ongelma voidaan tarvittavassa määrin korjata useanlaisilla vaihtoehtoisilla oikeusinstituutioilla. Tässä voidaan viitata siihen, että tavamerkit palvelevat jossain määrin samanlaista tarkoitusta kuin kuluttajansuojalainsäädäntö.

⁷⁰Oikeustaloustieteessä onkin korostettu, että yksi keskeinen keino markkinoilla ratkaista informaatio-ongelmia, ovat juuri mainekustannukset eli elinkeinonharjoittajien pyrkimys varjella hyvää mainettaan, ks. esimerkiksi Svorny (2000), 302-303 ja siinä viitatus lähteet.

⁷¹ Ks. laajemmin yllä mainitusta asiakokonaisuudesta esimerkiksi Milgrom – Roberts (1992), 259-269.

⁷²Yli-informaation aiheuttamasta ongelmasta on varoiteltu myös kansainvälisessä kirjallisuudessa, ks. esimerkiksi Haupt (2003). Koska informaationkin rajahyöty on aleneva, ei tietojenantovelvollisuuden osalta pidä suinkaan tähdätä informaation määrän maksimointiin, vaan pyrkimyksenä oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta olisi oltava optimaalinen informaation määrä. Tällöin tietojenantovelvollisuuden laajentamisesta aiheutuvat rajakustannukset ovat yhtä suuret kuin lisäinformaatiosta saatavissa oleva rajahyöty.

⁷³ Ks. tähän liittyen erityisesti Rabin (1998), jossa tehdään katsaus psykologiseen taloustieteeseen.

avoimeksi. Käytännössä onkin todettu, että tällaisessa tilanteessa esimerkiksi kustannus-hyötyanalyysin tekeminen on epämääräisellä pohjalla.⁷⁴

Edellä mainittu on kuitenkin vain yksi hyvin yleisluonteinen puoli asiakokonaisuudesta. Erittäin relevantti tekijä ovat kuluttajan päätöksenteon taustalla olevat *riskiharhat*. Tässä voidaan viitata muun muassa *optimismiharhaan*: ihmiset ovat tutkimusten mukaan päätöksenteossaan liiallisen optimistisia. Esimerkiksi kuluttajien on todettu vähättelevän todennäköisyyttä, että kulutushyödykkeessä olisi virhe tai sitä, että elinkeinonharjoittaja ei kunnioittaisi takueehtoja.⁷⁵ Samoin voidaan viitata *status quo -harhaan*: ihmiset menettelevät toiminnoissaan aikaisemmin menettelemällään tavalla eivätkä siis priorisoi ajattelussaan sitä, miten päätöksiä voisi muuttaa. ”Rationaalisuusvaje” voi ilmetä myös siinä, että päätöksenteossa pyritään välttämään ristiriitaisuutta: esimerkiksi kuluttaja voi painottaa ostopäätöksiä tehdessään liialti tekemänsä päätöksen hyviä puolia ja ylikorostaa huonoja puolia niissä hankinnoissa, joita hän ei ole tehnyt. Lisäksi voidaan viitata *saatavuusharhaan*: ihmisillä on taipumus luottaa liikaa informaatioon, joka heillä on helposti saatavilla. Näin on siitä huolimatta, että saatavilla oleva informaatio olisi irrelevanttia esimerkiksi vahingonvaaran todennäköisyyden arvioimiseksi.⁷⁶

Epäsymmetrisellä informaatiolla on useanlainen suhde oikeudelliseen sääntelyyn. Aloitetaan ympäristönsuojelusääntelystä. Jos eläisimme täydellisen informaation maailmassa, ympäristöviranomaiset osaisivat kohdentaa päästövähennysveloitteet kustannustehokkaasti kuormittajille. Käytännössä tilanne on kuitenkin se, että viranomaiset tekevät päätöksensä epäsymmetrisen informaation olosuhteissa, eli viranomaiset eivät voi tietää, kuinka paljon päästöjen vähentämistoimet maksavat kuormittajille. Kuormittajilla ei ole myöskään kannustinta paljastaa tätä informaatiota viranomaisille vaan päinvastoin liioitella näiden kustannusten suuruutta siinä toivossa, että päästövähennysveloitteet olisivat heille lievemmat kuin muutoin.⁷⁷

Toiseksi oikeustila voi joskus olla omiaan pahentamaan epäsymmetrisen informaation ongelmaa. Otetaan esimerkki luotonannosta. Luotonantajan on normaalia huolellisuutta noudattaen pyrittävä selvittämään velallisen taloudellista asemaa. Tiedot velallisen muista veloista ja sitoumuksista ovat kuitenkin suurelta osin velallisen itsensä antaman ilmoituksen varassa. Henkilörekisterilainsäädäntö on nimittäin estänyt yksityishenkilöiden osalta tällaisten tietojen tallentamisen ja luovuttamisen esimerkiksi toiselle luottolaitokselle. Luottorekisteriin on voitu merkitä vain tietoja maksuhäiriöistä ja yleensä edellytetään, että laiminlyönti on todettu tuomioistuimen päätöksellä tai velallisen kirjallisella tunnustamisella.⁷⁸ Toisaalta epäsymmetrisen informaation ongelmaa ei pidä ylikorostaa edellä mainitussakaan tapauksessa. On näet otettava huomioon, että luotonantajat saavat merkittävää tietoa asiakkaistaan itse luottosuhteen aikana. Hyvin hoidettu vanha luotto on merkittävä positiivinen tekijä arvioitaessa uuden

⁷⁴Ks. esimerkiksi Posner (2002), 877.

⁷⁵Ks. esimerkiksi Garvin (2005).

⁷⁶Ks esimerkiksi Garvin (2005). Ks. myös Gomez (2003).

⁷⁷ Ks. esimerkiksi Määttä (1999a), 102.

⁷⁸ Ks. lähemmin HE 189/1998 vp.

luoton antamista. Tästä seuraa, että asiakkaan riskiä koskeva informaatio on merkittävä asiakasta luotonantajaan sitova tekijä.⁷⁹

6.4 Epätäydellinen kilpailu haasteena lainsäätäjälle

Monet sääntelyongelmat voitaisiin sivuuttaa, jos markkinoilla vallitsisi *täydellinen kilpailu*. Tällaisille markkinaolosuhteille ovat ominaisia seuraavat tunnusmerkit:

- markkinoilla on lukuisa joukko myyjiä ja ostajia, jotka eivät voi vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon eli ne ovat hinnantottajia;
- markkinoilla on täydellinen informaatio: osapuolet tietävät kaiken tarpeellisen vaihdannan kohteena olevista hyödykkeistä ja muistakin vaihdannan kannalta relevanteista seikoista;
- markkinoille on vapaa pääsy (*entry*) ja markkinoilta on myös vapaa poispääsy (*exit*);
- markkinoilla myytävät hyödykkeet ovat samanlaisia eli markkinat ovat homogeneiset.

Ei tarvitse olla taloustieteen tohtori huomatakseen, että täydellisen kilpailun maailma on hyvin usein kaukana reaali maailmasta. Senpä vuoksi yhdeksi perusteluksi oikeudelliselle sääntelylle voi muodostua *epätäydellinen kilpailu*. Sillä on monia muotoja. *Monopoli* on markkinamuoto, jossa markkinoilla on vain yksi myyjä. Monopoli on omiaan johtamaan siihen, että hinta on korkeampi ja tuotannon määrä on alhaisempi kuin kilpailullisilla markkinoilla. *Monopsoni* on puolestaan markkinamuoto, jossa markkinoilla on vain yksi ostaja. Jos markkinoilla myyjiä on vain yksi samoin kuin ostajia, puhutaan *bilateraalisesta monopolista*.

Erikseen kannattaa mainita *luonnollinen monopoli*, jonka kyseessä ollen keskimääräiset kustannukset eli yksikkökustannukset laskevat tuotannon kasvaessa: siis mitä enemmän yritys tuottaa hyödykettä, sitä alhaisemmat ovat sen tuottamisesta aiheutuvat kustannukset hyödykettä kohti. Tässä yhteydessä puhutaan *suurtuotannon eduista*. Tällöin markkinoille mahtuu vain yksi yritys. Sääntelyteoreettinen toimintaohje on selkeä: luonnollista monopolia ei pidä kilpailun edistämiseksi pilkkoa osiin, vaan sen hinnoittelua ja muita toimitusehtoja on säänneltävä tai luonnollinen monopoli on otettava julkisvallan haltuun.⁸⁰

Tärkeä näkökohta on hahmottaa, mitkä osat yrityksen toiminnasta muodostavat luonnollisen monopolin, mitkä taas eivät. Esimerkiksi sähkömarkkinoilla sähkönsiirtoa voi luonnehtia luonnolliseksi monopoliksi, mutta sähköntuotantoa taas ei.⁸¹ Tällä on merkitystä sen suhteen, minkälaisiin oikeudellisiin keinoihin toimintoihin puututaan. Esimerkissämme sähköntuotantoon voidaan puuttua normaalisti kilpailunrajoituslain tarjoamin keinoin, mutta sähkönsiirron kontrollointi voi edellyttää muita keinoja, kuten hintasäännöstelyä.

Oligopolilla tarkoitetaan markkinamuotoa, jossa markkinoilla on vain muutama yritys, jotka tekevät päätöksensä toinen toistaan seuraten. Kun päätöksenteko tapahtuu toinen

⁷⁹ Ks. myös Kilpailuvirasto 30.4.2003, Dnro 258/72/2003: Luottolaitoslainsäädännön kehittämisen vaihtoehdot.

⁸⁰ Ks. luonnollisen monopolin sääntelystä esimerkiksi Leppämäki (1999), 219-236. Luonnollinen monopoli ei ole vähäpätöinen asia, koska alun perin sääntelyteoreettisessa tutkimuksessa keskityttiin nimenomaan tämän markkinamuodon sääntelyyn.

⁸¹ Ogus (1994), 31.

toistaan seuraten, puhutaan strategisesta käyttäytymisestä. *Oligopsonissa* tilanne on puolestaan se, että ostajapuolella on vain muutamia talousyksiköitä, jotka käyttäytyvät strategisesti.

Lisäksi on syytä panna merkille, että markkinoilla ongelmia voi aiheuttaa myös *ylkilpailu*. Tämän taustalla voi usein olla pitkäaikainen ylikapasiteetti tietyllä toimialalla. Markkinoiden päätyminen tasapainoon voi kestää pitkäänkin, jos toimialaa leimaa vangin dilemma. Tällöin kaikkien osapuolten kannalta kokonaisuutena arvioiden olisi paras, jos ylikapasiteetti toimialalta rationalisoitaisiin. Mutta yksittäiselle elinkeinonharjoittajalle saattaa osoittautua parhaaksi odottaa, että muut yritykset leikkaavat kapasiteettiaan. Koska kaikki elinkeinonharjoittajat ajattelevat samalla tavalla, ajaututaan siihen, että toimialalla on ylikapasiteettia liian pitkään. Ylikapasiteetti saattaa johtua toki muistakin syistä, kuten siitä, että tuotantokapasiteetti on jouduttu mukauttamaan vastaamaan hetkellisiin kysynnän huippuihin. Esimerkkinä olkoot matkailupalvelut, joita koskevat investoinnit tehdään vilkkaimman turistisesongin mukaan. Lisäksi ylikilpailuun voidaan ajautua luonnollisen oligopolin olosuhteissa: tällöin toimialalle mahtuu vain muutamia myyjäyhtiöitä.⁸²

Oma ongelmansa on se, minkälaisella lainsäädännöllä tai muulla tavoin kilpailuongelmiin puututaan. Ensinnäkin kilpailunrajoituslailla säännellään yleisesti kilpailun rajoittavia sopimuksia, määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä sekä tietyssä määrin yrityskauppoja.⁸³ Erityisellä kilpailunrajoituslainsäädännöllä, kuten viestintämarkkina- ja sähkömarkkinalailla, puututaan puolestaan viestintä- ja sähkömarkkinoilla aktualisoituihin kilpailuongelmiin sen ohella, että tällöin saatetaan soveltaa myös kilpailunrajoituslakia.⁸⁴

Ongelmallisempi kysymys on sen sijaan se, voidaanko esimerkiksi kuluttajansuojalainsäädäntöä motivoida kilpailuongelmista käsin. Hieman tarkentaen: Kuluttajansuojan tarvetta on perusteltu muun muassa siitä käsin, että varsinkin suurilla yrityksillä on markkinavoimaa, jonka avulla ne pahimmillaan pystyvät alistamaan kuluttajat tahtoonsa. Elinkeinoharjoittajalla katsotaan olevan markkinavoimaa, jos hän pystyy nostamaan hyödykkeen hinnan rajakustannusten yläpuolelle tuotantoa rajoittamalla. Käsitys kuluttajansuojalainsäädännöstä keinona saada yritysten markkinavoima kuriin on kuitenkin asetettu kirjallisuudessa kyseenalaiseksi yhtäältä, koska markkinavoiman aiheuttamia ongelmia voidaan säännellä kilpailulainsäädännöllä, ja toisaalta, koska suurimmalla osalla yrityksistä ei ole markkinavoimaa sanottavassakaan määrin. Myös, käytännön kuluttajansuojaongelmat ilmenevät usein markkinoilla, joilla on useita pieniä yrityksiä, joten markkinavoimaperustelu kuluttajansuojalainsäädännölle ei saa tukeaa tästäkään näkökulmasta.⁸⁵ Lisäksi kuluttajansuojan on osoitettu olevan epätarkoituksemukainen keino markkinavoimasta aiheutuvien ongelmien korjaamiseksi⁸⁶.

⁸² den Hertog (2000), 226-227.

⁸³ Ks. esimerkiksi Määttä (2004).

⁸⁴ Vrt. Baldwin – Cave (1999), 45, jotka nähdäkseen liian suorasukaisesti tuovat esiin kilpailulainsäädännön edun siinä, että se koskee yhtä lailla kaikkia yrityksiä. Kuten yllä viitataan, lainsäädännössä on nimittäin olemassa kuitenkin toimialakohtaisia kilpailuoikeudellisia normeja.

⁸⁵ Ks. esimerkiksi Haupt (2003).

⁸⁶ Ks. viimeksi mainitusta Gomez (2003) ja hänen viittaamansa lähteet.

7 Oikeudenmukaisuustavoitteet syynä oikeudelliselle sääntelylle

Edellä on hahmotettu markkinahäiriöitä, jotka legitimoivat oikeudellisen sääntelyn. Oikeudellisella sääntelyllä voi tietenkin tehokkuuspäämäärän ohella olla myös oikeudenmukaisuuspäämääriä. Oikeudenmukaisuudella viitataan taloustieteessä yleensä kotitalouksien väliseen *tulonjakoon*. Tulonjaon tasoittamiseen voi olla useampia oikeudellisia keinoja.⁸⁷

Ensinnäkin *progressiivisella tuloverolla* voidaan tasoittaa tulonjakoa siitä, mikä se olisi vapaasti vellovassa markkinataloudessa. Tuloveron progressiivisuudella tarkoitetaan sitä, että keskimääräinen veroaste kasvaa tulojen noustessa. Keskimääräinen veroaste saadaan jakamalla tuloveron määrä tuloilla.

Toiseksi *välttämättömyyshyödykkeiden alennettu arvonlisäverokanta* palvelee puheena olevaa päämäärää. Esimerkiksi, kun yleinen arvonlisäverokanta on 22 %, elintarvikkeiden arvonlisäverokanta on 17 % (2005). Välttämättömyyshyödykkeitä ovat hyödykkeet, joiden kysynnän tulojousto on alle ykkösen. Kysynnän tulojousto saadaan jakamalla kysytyn määrän prosentuaalinen muutos tulojen prosentuaalisella muutoksella. Toisaalta *ylellisyshyödykkeiden*, kuten huvipursien, normaalia korkeammalla verolla voidaan edistää tulonjakopoliittisia päämääriä. Ylellisyshyödykkeiden kysynnän tulojousto on yli ykkösen.

Kolmanneksi *tulosidonnaisilla tulonsiirroilla*, joiden saaminen ja taso riippuvat kotitalouden tulotasosta, on merkittävä rooli tulonjakopoliittisia päämääriä edistettäessä. Tässä voidaan viitata esimerkiksi toimeentulotukeen ja asumistukeen. Toimeentulotuki edustaa *vapaasti käytettävissä olevia tulonsiirtoja*, joiden käyttö ei ole sidottu mihinkään erityistarkoitukseen, kun taas asumistuki on *käyttötarkoitussidonnainen tuki*. Taloustieteessä puolustetaan yleensä vapaasti käytettävissä olevia tukia, koska näin tuensaajalle mahdollistetaan parhaiten hyvinvointinsa maksimointi. Toisaalta on olemassa argumentteja, jotka puhuvat käyttötarkoitussidonnaisten tukien puolesta. Ensinnäkin on viitattu *hyödyke-egalitarismiin*, jonka mukaan julkisvallan on huolehdittava paitsi tietystä minimitoimeentulon turvaamisesta myös tiettyjen välttämättömien hyödykkeiden, kuten elintarvikkeiden ja asumisen, saatavuudesta kaikille kansalaisille. Toiseksi sosiaalietuuksien väärinkäyttöä on katsottu voitavan paremmin estää sillä, että tuet ovat käyttötarkoitussidonnaisia kuin jos ne olisivat vapaasti käytettävissä olevia tukia.⁸⁸

Lisäksi jakopoliittiset tavoitteet on pyritty ottamaan huomioon erilaisten *maksujen mitoituksessa*. Esimerkiksi lasten päivähoitomaksujen suuruus riippuu kotitalouden tulotasosta.⁸⁹

Edellä mainitut esimerkit ovat julkisoikeudellisia keinoja tulonjaon tasoittamiseksi. Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa onkin korostettu, että oikeudenmukaisesta tulonjaosta huolehdittaisiin erityisesti verolainsäädännöllä ja erilaisilla sosiaalisilla tulonsiirroilla. Sen sijaan yksityisoikeuden tulisi tämän näkemyksen mukaan keskittyä

⁸⁷ Tässä ei puututa kuitenkaan kaikkiin käytettävissä oleviin keinoihin, kuten perintö- ja lahjaveroon. Ks. myös Myrsky (1997), jossa eritellään laajasti progressiota verotuksessa.

⁸⁸ Ks. esimerkiksi Määttä (1999a), 117-118.

⁸⁹ Ks. lähemmin jakopoliittisesta lainsäädännöstä Määttä (1999a), 111-120.

kokonaishyvinnön maksimointiin. Tässä suhteessa voi tosin ainakin kysyä, eikö esimerkiksi kotimainen yksityisoikeudellinen lainsäädäntö aika ajoin edistä myös tulonjaon tasoittamis päämääriä. Tässä voidaan viitata oikeustointen kohtuullistamista koskeviin säännöksiin eri laeissa sekä kuluttajansuojalainsäädäntöön.

Näkemyksiä, jonka mukaan yksityisoikeudellisin keinoin pitäisi tähdätä vain tehokkuuspäämäärän toteuttamiseen, kun taas julkisoikeuden tarjoamin keinoin voidaan huolehtia tulon- ja varallisuudenjaosta, kutsutaan *eksistenssiteoreemaksi*. Perusteluna tälle teoreemalle on se, että aina on löydettävissä julkisoikeudellinen säännöstö, jota kaikki priorisoivat siihen verrattuna, että tulonjaosta huolehdittaisiin yksityisoikeudellisin keinoin. Eksistenssiteoreeman tueksi on viitattu myös siihen, että julkisoikeudellisin keinoin jakopoliittiset päämäärät voidaan ottaa huomioon kattavasti, kun taas yksityisoikeudelliset keinot palvelisivat ainoastaan niitä henkilöitä, jotka sattuvat päätyään tuomioistuimeen esimerkiksi vahingonkorvausasiassa. Lisäksi esimerkiksi sopimussuhteissa sopimuskumppanit saattavat tehdä tyhjäksi pyrkimyksen jakopoliittisten päämäärien huomioon ottamiseen yksinkertaisesti kaupan kohdetta koskevilla hinnoittelupäätöksillä.⁹⁰

Vaikka edellä puhutaan sen puolesta, että tulonjaosta tulee ensisijaisesti huolehtia julkisoikeudellisin keinoin, ei sekään ole ongelmatonta. Otetaan esimerkiksi *verotuet*, joilla tarkoitetaan verojärjestelmän kautta kanavoituja tukia verovelvollisille. Kysymys voi olla esimerkiksi tiettyjen tuloerien verovapaudesta; sellaisista vähennyksistä tuloverotuksessa, jotka eivät liity tulohankkimistoimintaan; tai arvonlisäverotuksessa sovellettavasta alennetusta arvonlisäverokannasta tietyille hyödykkeille.⁹¹

Aloitetaan progressiivisesta valtion tuloverosta ja siinä sovellettavista tulosta tehtävistä vähennyksistä tai verovapaista tuloeristä. Tällaiseen verotukseen liittyy *upside down – vaikutus*: verovelvollinen hyötyy verotuesta sitä enemmän, mitä suuremmat hänen verotettavat tulonsa ovat. Tämä johtuu nimenomaan siitä, että progressiivisessa tuloverotuksessa keskimääräinen veroaste kasvaa tulojen kasvaessa, ja siten myös vähennyksistä ja verovapaista tuloeristä koituva veroetu.

Toisena epäkohtana tuloverotuksessa tulee vastaan niin sanottu *veropoliittinen syrjäytymisvaikutus*. Tämä vaikutus perustuu siihen, että henkilön tulojen jäädessä alle veronalaisen tulojen alarajan, hän ei hyödy verovähennyksistä lainkaan, olipa sitten kysymys tulosta tai verosta tehtävästä vähennyksestä. Syrjäytymisvaikutus tulee vahvemmin esille valtion tuloverotuksessa, koska siinä veronalaisen tulo alaraja on korkeampi, kuin kunnallisverotuksessa.

Kolmanneksi voidaan kritiikin kohteeksi nostaa arvonlisäverotuksen kautta kanavoidut arvonlisäverotuet, esimerkiksi elintarvikkeiden alennettu arvonlisäverokanta. Ensinnäkin tällainen verotuki ei tee mitään eroa sen suhteen, onko elintarvikkeiden ostaja pieni- vai suurituloinen. Toiseksi esimerkiksi elintarvikkeiden arvonlisäverotuki kohdistuu sellaisiin tuotteisiin, kuten kaviaariin, joita pienituloiset kotitaloudet eivät käytännössä kuluta. Varsin yleinen näkökanta onkin, ettei elintarvikkeiden alennetulla

⁹⁰ Ks. lyhyt katsaus eksistenssiteoreemaan Määttä (2006c), jakso 2.2.7 ja siinä viitatu lähteet.

⁹¹ Ks. erityisesti Surrey (1973). Ks. myös Määttä (1998b), 245-267.

arvonlisäverokannalla ole ollut sanottavassakaan määrin suotuisaa vaikutusta köyhimpien kotitalouksien kannalta⁹².

8 Tavoitteita ei pidä ottaa annettuna

Sääntelyteoriassa korostuu oikeuden *instrumentaalinen* luonne. Oikeutta käytetään tiettyjen yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden edistämiseksi. Tavoitteet voivat olla kvalitatiivisia tai kvantitatiivisia, taikka tavoitteet voivat koostua osatavoitteista tai ne voivat olla luonteeltaan kertaluonteisia. Ovatpa nämä tavoitteet minkä luonteisia tahansa, niitä ei kriittisessä sääntelyteoreettisessa analyysissä pidä ottaa annettuna, vaan niitäkin kohtaan on voitava osoittaa kritiikkiä.

Tinbergenin säännön mukaan, jotta tavoitteiden saavuttamiseen olisi olemassa realistiset mahdollisuudet, keinoja olisi oltava (vähintään) yhtä paljon kuin on tavoitteitakin. Esimerkkinä monitavoitteisuuden luomasta problematiikasta on mainittavissa energiaverolainsäädäntö⁹³. Toisaalta ongelmia saattaa kummuta siitä, jos instrumentteja on enemmän kuin on tavoitteita. Tällöin voidaan näet törmätä *ylisääntelyongelmaan*, jolla tarkoitetaan muun ohella sitä, että saman ongelman sääntelemiseksi sovelletaan tarpeettoman monia ohjauskeinoja; vähäisemmälläkin määrällä instrumentteja pystyttäisiin siis turvaamaan asetettujen päämäärien saavuttaminen. Ylisääntely aiheuttaa luonnollisesti ylimääräisiä hallinnollisia kustannuksia ja saattaa muutoinkin heikentää ohjauksen laatua.

Huomionarvoinen seikka on myös se, että lainsäädännön tavoitteet voivat lainesitöissä, kuten hallituksen esityksissä, jäädä hämäräksi, jos niitä eksplikoidaan ylipäänsä lainkaan. Toisaalta on syytä tähdentää lainsäädännön tavoitteiden selkeän auki lausumisen tarvetta: näin voidaan ainakin luoda paremmat edellytykset rationaaliselle keskustelulle lain tarkoituksenmukaisuudesta.

Joissakin tapauksissa lain tavoitteet voivat olla hyvinkin selkeät lain esitöiden mukaan (*eksplisiittiset tavoitteet*), mutta ne eivät vastaa sitä, mitkä ovat lain *tosiasialliset tavoitteet*. Tällöin eksplisiittisillä tavoitteilla voidaan pyrkiä myymään lainsäädäntö suurelle yleisölle, ja samalla hämärtämään vaikeammin hyväksyttävissä olevat tosiasialliset päämäärät. Tällaisesta tavoiteristiriidasta voidaan käyttää nimitystä *lainsäädäntöilluusio*.⁹⁴

Lisäksi voidaan kysyä, olisiko tavoitteet mahdollista asettaa toisin kuin lainesitöissä on tehty. Esimerkiksi, onko aina tarkoituksenmukaista ankkuroida tavoitteet tietyn yhteiskuntapoliittisen päämäärän saavuttamiseen? Eikö parempi olisi puhua päämääristä siten, että yhteiskuntapoliittisten päämäärien saavuttaminen saa maksaa enimmillään tietyn euromäärän? Tällöinhän olisi periaatteessa mahdollista kohdentaa lainsäädäntö-ohjaus yhteiskunnallisesti tehokkaammalla tavalla kuin se yleensä nykymuotoisesti tapahtuu.

9 Lait ovat aina epätäydellisiä

⁹² Ks. esimerkiksi Cnossen (2002).

⁹³ Ks. lähemmin Määttä (2000).

⁹⁴ Ks. esimerkiksi Määttä (1997), 9-11.

Täydellistä lakia ei ole, eli lakia, joka pystyisi ottamaan huomioon kaikki mahdolliset maailmantilat.⁹⁵ Maailmantila on yleisnimike mille tahansa tulevaisuuden tapahtumalle. Syyt lakien epätäydellisyyteen ovat moninaisia. Ensinnäkään kaikkia maailmantiloja ei voi ennakoida. Tämä pätee varsinkin nykyisessä, hyvin dynaamisessa maailmassa. Toiseksi, vaikka tietyt maailmantilat eivät olisi ennakoimattomia, niitä koskevien määräysten sisällyttäminen lainsäädäntöön ei ole aiheellista sen vuoksi, että kyseisten maailmantilojen toteutuminen on hyvin epätodennäköistä. Kolmantena syynä lakien epätäydellisyydelle on se, että lakien sanamuoto jää aina väijäämättä epämääräiseksi.

Toisaalta, mitkä tekijät vaikuttavat lakien täydellisyyteen, tai hieman toisin ilmaisten, täsmällisyyteen ja yksityiskohtaisuuteen? Esimerkiksi, mitä dynaamisemmasta oikeudenalasta on kysymys, sitä suuremmalla syyllä saatetaan joutua turvautumaan hyvinkin joustaviin normeihin, jotka jättävät huomattavan harkintavallan lakia soveltaville tuomioistuimille ja viranomaisille. Toinen seikka, joka puoltaa joustavien normien säätämistä, on yksilöllisten erityisolosuhteiden runsaus. Kolmanneksi epätäydellinen lainsäädäntö saattaa puoltaa paikkaansa olosuhteissa, joissa torjutaan kuluttajien ja yritysten opportunistista käyttäytymistä, erityisesti lain kiertämiseen tähtäviä järjestelyjä. Näin ollen oikeuskohtelun ennakoitavuus ei ole suinkaan aina tavoiteltavaa oikeudellisessa sääntelyssä.

Edellä esitetty valaisee myös lainsäätäjän ja lain soveltajan välistä työnjakoa. Koska lait ovat aina epätäydellisiä, lain soveltajaa tarvitaan “paikkaamaan” lain tulkinnanvaraisuuksia ja muita epätäydellisyyksiä. Toisaalta lainsäätäjä voi tosiasiallisesti delegoida lainsäädäntövaltaa lain soveltajille. Lisäksi on hyvä panna merkkille se, että lainsäätäjä aika ajoin kodifioi lakiin oikeuskäytännössä omaksutut kannanotot. Toisin sanoen lainsäätäjän ja lain soveltajan välinen yhteys ei ole yksisuuntainen vaan kaksisuuntainen tie.

10 Sääntelystandardeista

Normatiivisessa sääntelyteoriassa on usein pidetty lähtökohtana sääntelystandardien eli -kriteereiden esittämistä.⁹⁶ Ne tarjoavat “mittatikut” olemassa olevan tai potentiaalisen sääntelyn tarkoituksenmukaisuuden analysoinnissa⁹⁷. Sääntelystandardit parantavat joka tapauksessa edellytyksiä rationaaliselle keskustelulle sääntelyvaihtoehtoista. Tosin sääntelystandarditkaan eivät ole täydellisiä. Ensinnäkään kaikki sääntelystandardit eivät yleensä puolla samanlaista sääntelyvaihtoehtoa, ja koska sääntelystandardit eivät ole yhteismitallistettavissa, niiden perusteella ei ole tehtävissä läheskään aina yksiselitteisiä toimintasuosituksia. Toiseksi on ylivoimaista ottaa huomioon kaikki mahdolliset sääntelystandardit. Lisäksi sääntelyvaihtoehtojen paremmuudesta on vaarallista mennä tekemään sanottujen standardien perusteella liian pitkälle meneviä etukäteispäätelmiä. Loppujen lopuksi “optioiden” tarkoituksenmukaisuus ratkeaa vasta jälkikäteen, kun sääntelyä sovelletaan käytännössä. Tästä tullaan puolestaan siihen, kuinka tärkeässä asemassa lainsäädännön vaikutusten jälkiseuranta on⁹⁸.

⁹⁵ Tätä näkökohtaa on korostettu tavallisesti myös sopimusten kohdalla, toisin sanoen sopimukset ovat aina epätäydellisiä.

⁹⁶ Tässä yhteydessä voidaan käyttää myös käsitettä regulaatiostandardi.

⁹⁷ Ks. erityisesti Määttä (1997), 15-19.

⁹⁸ Ks. myös Keinänen (2004).

Yksinkertaisimmillaan voidaan lähteä siitä, että sääntelyn olisi oltava *tehokasta*. Hieman konkreettisemmin tämä tavoite tarkoittaisi muun muassa sitä, että

- vahinkoja yhteiskunnassa olisi vähennettävä, kunnes rajakustannukset vahinkojen torjunnasta olisivat yhtä suuret kuin vahinkojen välttämistä koituvat rajahyödyt (ei siis enempää tai vähempää);
- rikoksia yhteiskunnassa olisi vähennettävä samoin siihen määrään saakka, jossa rajakustannukset rikosentorjunnasta olisivat yhtä suuret kuin rikosten määrän vähentämisestä koituvat rajahyödyt⁹⁹; ja
- ympäristön saastumista olisi torjuttava, kunnes saastumisen rajoittamisen rajakustannukset ovat yhtä suuret kuin saastumisen leikkaamisesta koituva rajahyöty.

Käytännössä oikeudellinen sääntely ei kuitenkaan nojaa niinkään tehokkuuteen kuin *kustannustehokkuuteen*, jos sääntely ylipäänsä nojautuu suoranaisesti johonkin tehokkuusominaisuuteen. Tämä palautuu siihen, että poliittisella tasolla lyödään tietyt yhteiskunnalliset tavoitteet kiinni, eikä tämä tavoitetaso välttämättä vastaa lainkaan sitä, mikä johtaisi tehokkaaseen voimavarojen allokaatioon. Niinpä usein tärkeässä asemassa onkin analysoida sitä, pystytäänkö sääntelyllä vähentämään epätoivottavaa käyttäytymistä huokeimmalla mahdollisella tavalla. Esimerkiksi, jos on yksi ja sama, kuka toiminnanharjoittajista vähentää epätoivottavaa käyttäytymistä, kustannustehokkuus edellyttää, että toimintojen vähentämisen rajakustannukset ovat kaikilla toiminnanharjoittajilla yhtä suuret. Näin ollen, jos (ja käytännössä kun) rajakustannukset vaihtelevat toiminnanharjoittajasta toiseen, vaihtelee myös epätoivottavan käyttäytymisen vähentämismäärä toiminnanharjoittajasta toiseen kustannustehokkuuteen tähdittäessä. Asian kääntöpuolena on luonnollisesti se, että samanlaisten velvoitteiden asettaminen kaikille toiminnanharjoittajille on omiaan johtamaan kustannustehottomuuteen.

Tässä yhteydessä on myös hyvä panna merkille *kustannus-hyötyanalyysi*. Hyvin yksinkertaisesti muotoillen kustannus-hyötyanalyysin ideana on se, että sääntelyn uudistaminen puoltaa paikkaansa, jos uudistuksesta aiheutuvat kustannukset jäävät pienemmiksi kuin uudistuksesta koituvat hyödyt ovat. *Johan den Hertog* (2000) on ryhmitellyt sääntelystä aiheutuvat kustannukset seuraavasti:

- sääntelyn muotoilusta ja toimeenpanosta aiheutuvat kustannukset,
- sääntelyn ylläpitämisestä aiheutuvat kustannukset,
- teollisuudelle aiheutuvat kustannukset sääntelyn noudattamisesta, sekä
- edellä mainittuihin kustannuseriin liittyvät hyvinvointitappiot.

Tehokkuushyödyt ovat luonteeltaan joko staattisia tai dynaamisia. *Staattinen tehokkuus* sisältää yhtäältä tuotannollisen tehokkuuden, jonka mukaan tuotanto tapahtuu minimikustannuksin, ja allokatiivisen tehokkuuden, jonka mukaan tuotetaan oikeanlaisia hyödykkeitä. *Dynaamisella tehokkuudella* viitataan tuleviin parannuksiin niukkojen voimavarojen hyödyntämisessä. Organisatoriset ja teknologiset innovaatiot mahdollistavat sen, että vastaisuudessa tarvitaan vähemmän resursseja tietyn tuotantomäärän tuottamiseen^{100 101}.

⁹⁹ Yllä mainittu tarkoittaisi pääsääntöisesti sitä, että rikoksia olisi siedettävä yhteiskunnassa jossain määrin.

¹⁰⁰ Dynaaminen tehokkuus voi käytännössä saada hyvinkin monia ilmenemismuotoja, joihin tässä yhteydessä ei puututa kuitenkaan kattavasti.

¹⁰¹ den Hertog (2000), 225.

Entä, jos sääntelyteoria kytkettäisiin tiukasti *paretotehokkuuteen*? Tällöin sääntelyteoreettisessa analyysissä ei päästäisi kovinkaan pitkälle, koska oikeudelliselle sääntelylle on usein ominaista se, että jonkun osapuolen hyvinvointi heikkenee sääntelyn myötä¹⁰². Tässä valossa Kaldor – Hicks –kriteeri eli kompensatiokriteeri vaikuttaa paljon lupaavammalta kriteeriltä¹⁰³. Tällöin on riittävää se, että ne, joiden hyvinvointi on parantunut, pystyisivät suorittamaan ”häviäjille” sellaisen kompensaaation, ettei kenenkään hyvinvointi olisi heikentynyt. Tässä yhteydessä on syytä tähdentää, ettei kompensatiokriteeri edellytä kompensaaation tosiasiallista suorittamista, vaan pelkkä potentiaalinen kompensatio riittää. Samalla on syytä korostaa, ettei Kaldor – Hicks – kriteeristä ole pitkä matka kustannus-hyötyanalyysiin.

Sääntelystandardeihin nojattaessa sääntelyn tarkoituksenmukaisuuden analyysin lähtökohtana on *vaikuttavuus*: pystytäänkö lainsäädännöllä saavuttamaan asetetut tavoitteet toivotussa aikataulussa? Analyysiin kuuluu tältä osin tietenkin myös sääntelyn erinäisten sivuvaikutusten selvittäminen, ovatpa ne sitten haitallisia tai hyödyllisiä.

Edellä jo mainittu *kustannustehokkuus* on toinen keskeinen sääntelystandardi varsinkin olosuhteissa, joissa yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden kunnianhimoisuus kasvaa¹⁰⁴. Tällöinhän näet rajakustannukset tavoitteiden saavuttamisesta kasvavat kasvamistaan, ja tulee entistä tärkeämmäksi saavuttaa asetetut tavoitteet mahdollisimman huokeasti eli kustannustehokkaasti. Rajakustannuksilla tarkoitetaan sitä kustannusten lisäystä, joka aiheutuu esimerkiksi tuottaessa hyödykkeitä yksi yksikkö enemmän tai vähennettäessä epäpuhtauspäästöjä yksi yksikkö enemmän. Saman tien on otettava huomioon se, että yhteiskuntapoliittiset tavoitteet pystytään ”naulaamaan” sitä kunnianhimoisemmiksi, mitä kustannustehokkaammin ne pystytään saavuttamaan.

Kolmanneksi varsinkin uuden talouden¹⁰⁵ myötä sääntelyn *dynaaminen tehokkuus* on alistettava erillisen tarkastelun kohteeksi. Tällä tarkoitetaan muun muassa sen selvittämistä, miten oikeudellisella sääntelyllä vaikutetaan innovaatioiden syntyyn ja leviämiseen yhteiskunnassa. Lainsäädännöllähän saatetaan aika ajoin suorastaan kannustaa innovaatioihin, joissakin tapauksissa lainsäädäntö tähtää taas otollisten puitteiden luomiselle innovatiivista toimintaa varten. Myös dynaaminen tehokkuus ja vaikuttavuus kulkevat käsi kädessä: mitä paremmin lainsäädäntö kannustaa uusiin innovaatioihin, sitä paremmat edellytykset useinkin luodaan yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden saavuttamiseksi.

Minkälaisiin näkökohtiin voidaan kiinnittää huomiota arvioitaessa sitä kannustaako lainsäädäntö uusien innovaatioiden kehittämiseen ja käyttöönottoon. Huomiota voidaan tässä suhteessa kiinnittää useisiin seikkoihin, joiden implikaatiot eivät perustu empiiriseen tutkimukseen vaan ovat enemmän tai vähemmän spekulatiivisia. Ensinnä-

¹⁰² Näin myös Ogus (2001a), xii.

¹⁰³ Myös Richard A. Posner (1998), 14 on korostanut kompensatiokriteerin olevan oikeustaloustieteellisissä tarkasteluissa hyvin tärkeä kriteeri.

¹⁰⁴ Kustannustehokkuutta on korostettu muun muassa ympäristönsuojelulainsäädännön tarkoituksenmukaisuuden analyysissä, ks. esimerkiksi Tietenberg (1990), 17-33.

¹⁰⁵ Ks. erityisesti Määttä (2001). Uudella taloudella viitataan usein sellaisiin aloihin kuin informaatioteknologia ja biotekniikka, pari esimerkkiä mainitakseni. Täsmällistä määritelmää uudesta taloudesta ei ole esitettävissä.

kin, mitä suuremmassa määrin toiminnanharjoittaja palkitaan innovaatioista ja sen käyttöönotosta, sitä suurempi kannustin hänellä on innovointiin. Toisaalta innovaatioiden käyttöönotto voi pahimmillaan johtaa viranomaismääräysten kiristymiseen eli lisäkustannuksiin toiminnanharjoittajalle, jolloin tämän kannustin innovaatioiden käyttöönottoon murenee. Toiseksi, mitä suuremmat kustannukset tietty lainsäädäntö aiheuttaa toiminnanharjoittajalle, sitä vähäisemmässä määrin tälle jää varoja innovaatioiden kehittämiseen ja käyttöönottoon. Kolmanneksi innovaatioiden kehittämisessä ja käyttöönotossa ongelmaksi saattaa muodostua oikeustilan epämääräisyys, kuten lainsäädännön jatkuvat muutokset. Lisäksi lainsäädännön operationaalinen joustavuus on kriittisessä asemassa ajatellen kannustinta innovatiiviseen toimintaan

Tehokkuudesta voidaan vielä puhua *hallinnollisessa* mielessä: mitä vähäisemmässä määrin oikeudellinen sääntely aiheuttaa hallinnollisia kustannuksia niin julkisvallan edustajille kuin yksityisille talousyksiköillekin, sitä hallinnollisesti tehokkaammasta lainsäädännöstä on kysymys¹⁰⁶. Vaikka hallinnollista tehokkuutta tarkastellaankin usein erillisenä sääntelystandardina, sen elimellinen kytkentä kustannustehokkuuteen on hyvä panna merkille: hallinnolliset kustannukset ovat yksi kustannusterä tehtäessä arviota sääntelyn kustannustehokkuudesta.

Aivan viime aikoina on kansainvälisesti kiinnitetty huomiota oikeudellisen sääntelyn aiheuttamiin hallintokustannuksiin. Erityisesti on pantu merkille sääntelyn yritystoiminnalle aiheuttamat hallintokustannukset, erityisesti raportoinnista ja muusta tietojenantovelvollisuudesta aiheuttamat kustannukset yrityksille. Näiden hallintokustannusten merkitys ei ole vähäinen, koska eräissä kansainvälisissä tutkimuksissa niiden on arvioitu muodostavan noin kaksi prosenttia bruttokansantuotteesta.¹⁰⁷

Sääntelystandardeista erillisen kokonaisuuden muodostaa *joustavuus*. Tätä käsitettä käytetään kansainvälisessäkin kirjallisuudessa, mutta harvoin kuitenkaan yksilöiden, mitä sillä tarkemmin ottaen tarkoitetaan. Tässä yhteydessä joustavuus jaetaan kolmeen osaan¹⁰⁸.

Ulkoisen joustavuuden avulla tarkastellaan sitä, sopeutuuko oikeudellinen sääntely automaattisesti ulkoisissa olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin, kuten inflaatioon ja teknologian kehitykseen. Ulkoinen joustavuus on tärkeä standardi siksi, että lainsäädännön muuttaminen on usein aikaa vievä ja lopputuloksiltaan epävarma prosessi. Esimerkiksi päästökauppa on inflaatio-olosuhteissa ulkoisesti joustava ohjauskeino, koska päästöoikeuden hinta sopeutuu automaattisesti yleiseen hintatason kehitykseen, eikä lainsäädäntötoimia tilanteen korjaamiseksi siis tarvita. Sen sijaan tavanomaisen ympäristöveron kohdalla tilanne on toisin: sen reaalitaso ei sopeudu automaattisesti yleisen hintatason nousuun, vaan ympäristöveron tasoa on lainsäädäntötoimin nostettava inflaation myötä.

Normatiivisella joustavuudella viitataan siihen, kuinka helppoa oikeudellista sääntelyä on muuttaa esimerkiksi, kun yhteiskuntapoliittisia tavoitteita kiristetään. Normatiivista

¹⁰⁶Ks. esimerkiksi kokonaisesitys verojärjestelmän aiheuttamista hallinnollisista kustannuksista Sandford - Godwin - Hardwick (1989).

¹⁰⁷ Ks. esimerkiksi Commission of the European Communities (2005).

¹⁰⁸Ks. lähemmin Määttä (1997), 16-17.

joustavuutta on mahdollista tarkastella muun muassa *sääntelyviiveiden* avulla: kokonaissääntelyviiveellä tarkoitetaan aikaväliä, joka kuuluu sääntelyä vaativasta tapahtumasta siihen, kunnes julkisvallan interventiolla on pystytty muuttamaan tilanne toivotun kaltaiseksi. Kokonaissääntelyviive on jaettavissa seuraaviin neljään viiveeseen:

- havaintoviiveellä tarkoitetaan aikaväliä, joka kuuluu sääntelyä tai sen muutosta vaativasta tapahtumasta tapahtuman havaitsemiseen;
- päätösviiveellä tarkoitetaan aikaväliä, joka kuuluu tapahtuman havaitsemisesta päätöksentekoon, esimerkiksi lain muuttamiseen eduskunnassa;
- voimaantulo- eli täytäntöönpanoviive on aikaväli päätöksen tekemisestä päätöksen voimaantulon;
- vaikutusviive on aikaväli päätöksen voimaantulosta siihen, kun päätöksen tavoitellut vaikutukset ilmenevät.

Operationaalisen joustavuuden valossa analysoidaan sitä, kuinka vapaasti toiminnanharjoittaja eli sääntelyn kohderyhmä voi valita ne tekniset ja muut keinot, joilla tämä pyrkii toteuttamaan lainsäädännön mukaiset velvollisuutensa¹⁰⁹. Kysymys voi olla esimerkiksi säännöksistä, joilla rajoitetaan toiminnanharjoittajan mahdollisuudet vain tiettyihin teknisiin toimiin, jolloin voimme puhua operationaalisesti joustamattomasta sääntelystä. Sen sijaan nykyisin on pyrkimyksenä ollut mahdollistaa toiminnanharjoittajille mahdollisimman suuri toimintavapaus teknisten ja muiden toimien valinnassa eli operationaalisesti joustavat menettelytavat. Käsillä olevalla sääntelykriteerillä on suora yhteys kustannustehokkuuteen: miten olisi mahdollista päätyä kustannustehokkaaseen sääntelyyn, ellei sääntelyn kohderyhmällä ole mahdollisuutta itsekään tahollaan valita keinoja, jotka olisivat huokeimmat tavoitteisiin pääsemiseksi?

Tasapuolisuus muodostaa sääntelystandardeista oman kokonaisuutensa. Esimerkiksi elinkeinonharjoittajia koskevaa sääntelyä koskien on lähdettävä siitä, että elinkeinonharjoittajat ovat neutraalilla tavalla sääntelyn kohteena. Tässä yhteydessä puhutaankin *neutraliteettiperiaatteesta*. Yrityksiä on siis kohdeltava lähtökohtaisesti samalla tavalla riippumatta esimerkiksi siitä, ovatko ne

- pieniä ja keskisuuria yrityksiä tai suuryrityksiä (yrityskokoneutraliteetti),
- olemassa olevia yrityksiä tai vasta markkinoille tulossa olevia yrityksiä,
- eri toimialoilla toimivia, (toimialaneutraliteetti),
- oikeudellisesti eri muotoisia yrityksiä (yritysmuotoneutraliteetti) sekä
- yksityisiä yrityksiä tai julkisvallan pääosin omistamia yrityksiä (omistuspuhjaneutraliteetti).

Käytännössä lakikirjaa seläilemällä voi kuitenkin havaita, että poikkeuksia neutraliteettiperiaatteesta on varsin paljon. Esimerkiksi pienyrityksillä on tiettyjä helpotuksia lainsäädännön asettamista velvollisuuksista; tietty lainsäädäntö saattaa suosia luonteeltaan olemassa olevia yrityksiä; elinkeinotoiminnan luvanvaraisuus koskee vain tiettyjä toimialoja; jne. Joka tapauksessa poikkeamille neutraliteettiperiaatteesta on oltava vahvat perustelut, jotta ne puoltavat paikkaansa.

11 Eräitä sääntelykeinoja ja niiden alustavaa vertailua

11.1 Velvoite- vai kannustinsääntely?

¹⁰⁹ Tässä yhteydessä on käytetty myös käsitettä teknologinen joustavuus.

Velvoite- ja kannustinsäätelyn jaottelun vieminen läpi ei välttämättä käytännössä ole helppoa. Tätä voidaan valaista ympäristön kuormituksen säätelyä koskevalla esimerkillä. Yhtäältä on mahdollista, että lainsäätäjät kriminalisoi toimet, joilla ympäristöä kuormitetaan, ja säätää seuraamukseksi sakkorangaistuksen (tai vankeusrangaistuksen)¹¹⁰; toisaalta lainsäätäjät voi päätyä siihen, että ympäristön kuormitusta pyritään rajoittamaan säätämällä saastuttamiselle ympäristövero.¹¹¹ Ensin mainitussa tapauksessa toiminta on kielletty rangaistuksen uhalla (velvoitesäätely)¹¹², kun taas jälkimmäisessä tapauksessa samaista toimintaa pyritään rajoittamaan kannustinsäätelyllä.¹¹³ Tässä yhteydessä puhutaan myös hallinnollisesta ohjauksesta (velvoitesäätely) ja taloudellisesta ohjauksesta (kannustinsäätely).¹¹⁴

Ero velvoite- ja kannustinsäätelyn välillä ei ole siis järin suuri: molemmissa tapauksissa voidaan hyödyntää taloudellisia seuraamuksia ja toiminnanharjoittaja voi tehdä laskelman toimenpiteen kannattavuudesta lopulta hyvinkin samalla tavalla. Taustalla on yksinkertaisesti se, ettei velvoitesäätelykään tarkoita sitä, että lainsäädännön mukaisia velvoitteita käytännössä noudatettaisiin. Käytännössä toki lainsäädäntövaihtoehtojen välillä voi olla eroja. Yhtenä tällaisena mainittakoon se, että Suomessa elinkeinonharjoittajalla on oikeus vähentää elinkeinotulon verotuksessa maksamansa ympäristövero, mutta tätä vähennysoikeutta hänellä ei ole sakkorangaistuksesta, joka hänelle on tuomittu ympäristörikoksen johdosta.

Vertaillaan lähemmin toinen toisiinsa hallinnollista rikkidioksidipäästöjen vähentämisen ohjausta (eli velvoitesäätelyä) ja hintaohjausta eli rikkiveroa, jolla tähdätään rikkidioksidipäästöjen vähentämiseen (eli kannustinsäätelyä). Vaikuttavuuden näkökulmasta päätelmä on ollut varsin yksiselitteinen: velvoitesäätely johtaa varmemmin tavoiteltuun ympäristön tilatavoitteeseen kuin kannustinsäätely. Toisaalta asia ei ole käytännössä läheskään näin yksinkertainen. Esimerkiksi hallinnollisiakin määräyksiä rikotaan, mikä on omiaan rapauttamaan vaikuttavuutta. Toiseksi hallinnolliset määräykset eivät välttämättä kata kaikkia toiminnanharjoittajia ja toimintoja, mikä myös heikentää vaikuttavuutta. Kolmanneksi, jos velvoitesäätely on luonteeltaan kustannustehottomampaa kuin kannustinsäätely, hallinnollisia määräyksiä ei voida säätää niin kunnianhimoisiin tavoitteisiin yltäviksi kuin esimerkiksi vero-ohjaus voidaan säätää. Lisäksi velvoitesäätelyssä lainsäätäjät ja viranomaiset ovat riippuvaisia toiminnanharjoittajilta saatavasta informaatiosta, mikä voi heijastua siihen, että säätelyssä korostuvat toiminnanharjoittajien yksityiset intressit.¹¹⁵

Toisaalta on myönnettävä ne ongelmat, jotka vero-ohjaukseen liittyvät vaikuttavuuden näkökulmasta. Lainsäätäjän olisi näet tiedettävä toiminnanharjoittajien rajakustannukset varsin täsmällisesti osatakseen asettaa veroasteen sellaiselle tasolle, että toivottuun tavoitetilään päästäisiin. Tämä on kuitenkin lähinnä hurskas toive. Niinpä kirjallisuus-

¹¹⁰ Velvoitesäätelyllä voidaan tietty toiminto joko kieltää kokonaan tai rajoittaa sitä jossain määrin.

¹¹¹ Ks. ympäristöveroja koskeva eritelty katsaus Määttä (2006a).

¹¹² Näin myös Baldwin – Cave (1999), 35.

¹¹³ Vero-ohjaukselle on toisaalta ominaista se, että toiminnanharjoittaja saa itse päättää, missä määrin se vähentää haitallista toimintaa. Tämän päätöksen sanelee se, mikä toiminnanharjoittajalle on kannattavin.

¹¹⁴ Esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 34-62 puhuvat ohjauskeinojen yhteydessä sääntelystrategioista (regulatory strategies). He ovat käsitelleet myös varsin erilaisia ohjauskeinoja, kuin mitä tässä yhteydessä eritellään.

¹¹⁵ Ks. esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 36-37.

nessa on esitetty sääntelyvaihtoehdoksi tässä yhteydessä iteratiivista menettelyä eli sitä, että veroastetta korjattaisiin alaspäin ja ylöspäin, kunnes oikea veroaste on löytynyt. Tämä on luonnollisesti suuri ongelma ajatellen esimerkiksi sitä, että vero-ohjauksen toimivuuden kannalta verokohtelun ennakoitavuus on avainasemassa. Niinpä käytännössä ei olekaan yllätys, ettei esimerkiksi ympäristöverotuksessa ole sovellettu iteratiivista vaan muita menetelmiä oikean veroasteen löytämiseksi.

Jatketaan sääntelykeinojen vaikuttavuudella. Kannustinsääntelyä on pidetty ongelmallisenä siihen sisältyvän pitkän *sääntelyviiveen* vuoksi¹¹⁶. Asia ei ole kuitenkaan aivan näin yksinkertainen. Ensinnäkin havaintoviive lienee niin kannustin- kuin velvoitesääntelyn kohdalla sama. Sen sijaan yksiselitteistä ei ole se, mikä on päätös- ja voimaantuloviiveen pituus eri sääntelykeinoissa. Esimerkiksi, jos velvoitesääntelyssä on kysymys lain säätämistä vaativasta toimesta, päätös- ja voimaantuloviiveet ovat periaatteessa yhtä pitkät kuin vero-ohjauksessa¹¹⁷. Näissä olosuhteissa ratkaisevaksi nouseekin siis vaikutusviiveen pituus. Tällöinkään ei ole automaattista, että esimerkiksi vero-ohjauksen vaikutusviive olisi pidempi kuin velvoitesääntely. Ensinnäkin toiminnanharjoittajat voivat ottaa jo ennakkoon huomioon päätöksissään tulevan verolainsäädännön. Toiseksi, jos velvoitesääntely on erittäin kunnianhimoista, sitä ei voida säätää voimaantulevaksi nopeasti, vaan ennen uuden lainsäädännön voimaantuloa voidaan soveltaa vero-ohjausta (tai taloudellisia tukia) ikään kuin valmistavina toimenpiteinä¹¹⁸.

Jos hallinnollisessa ohjauksessa lähdetään siitä, että kaikille toiminnanharjoittajille asetetaan tasapuolisesti velvollisuudet vähentää haitallista toimintaa esimerkiksi samalla prosentuaalisella osuudella, ajaudutaan kustannustehottomaan vähennystoimien allokointiin, mikäli rajakustannukset haitallisen toiminnan vähentämisestä poikkeavat toiminnanharjoittajasta toiseen. Kustannustehokkuus kuitenkin edellyttäisi, että haitallisten toimintojen vähentämisen allokoinnissa otettaisiin huomioon kunkin toiminnanharjoittajan rajakustannukset. Kustannustehokas velvoitteiden allokointi hallinnollisessa ohjauksessa on käytännössä lähinnä ideaali epäsymmetrisen informaation ongelmasta johtuen. Toisin sanoen julkisvallan edustajana toimivalla viranomaisella ei ole tarvittavaa informaatiota toiminnanharjoittajien rajakustannuksista, jotta se voisi jakaa velvoitteet kustannustehokkaasti. Toisaalta hallinnollisessa ohjauksessa toiminnanharjoittajilla ei ole kannustinta paljastaa rajakustannuksiaan vaan pikemminkin liioitella niitä mahdollisimman lievien velvoitteiden varmistamiseksi itselleen.

Vero-ohjauksessa toiminnanharjoittajilla on kannustin vähentää haitallisia toimintoja, kunnes veroaste on sama kuin haitallisten toimintojen vähentämisestä aiheutuvat rajakustannukset ovat. Jos veroaste on kaikilla toiminnanharjoittajilla yhtä suuri, myös rajakustannukset toiminnanharjoittajien kesken ovat yhtä suuret, mikä johtaa siis määritelmällisesti kustannustehokkaaseen haitallisten toimintojen vähentämiseen. Käytännössä vero-ohjaus ei välttämättä ole kovinkaan kustannustehokasta muun muassa siitä johtuen, että matala veroaste ei ohjaa kuormittajien käyttäytymistä; läheskään kaikki toiminnanharjoittajat ja toiminnot eivät kuulu vero-ohjauksen soveltamisalaan; ja koska vero-ohjaus voi olla tempoilevaa eli verolait muuttuvat liian usein¹¹⁹.

¹¹⁶ Ks. esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 43.

¹¹⁷ Sen sijaan, jos velvoitesääntelyssä voidaan edetä viranomaispäätöksin (ja siis ilman lainsäädäntötoimia), velvoitesääntelyn voidaan olettaa olevan nopeampi keino puuttua yhteiskunnallisiin ongelmiin.

¹¹⁸ Valmistavista sääntelykeinoista keskustellaan myöhemmin sekajärjestelmiä eriteltäessä.

¹¹⁹ Ks. esimerkiksi Määttä (1997), 152.

Velvoitesääntelyn ei yleensä katsota kannustavan uuden teknologian kehittämiseen ja käyttöönottoon, koska nämä toimet ovat omiaan johtamaan hallinnollisten normien kiristämiseen. Toisin sanoen velvoitesääntelyssä ei palkita vaan ”rangaistaan” esimerkiksi uuden teknologian käyttöönotosta. Sen sijaan kannustinsäätelyn on todettu olevan tässä suhteessa paljon tarkoituksenmukaisempi ohjauskeino, koska esimerkiksi vero-ohjauksessa toiminnanharjoittajat joutuvat suorittamaan sitä vähemmän veroja, mitä enemmän he investoivat haitallisen toiminnan vähentämiseen vaikkapa uuteen teknologiaan investoimalla.

Edellä mainittua ei pidä kuitenkaan ”purematta niellä”. Huomiota on kiinnitetty ensinnäkin siihen, että asteittain kiristyvää velvoitesääntelyä saattaa parantaa kannustinta innovatiiviseen toimintaan¹²⁰. Toiseksi velvoitesääntelyn on katsottu olevan vero-ohjausta parempi sääntelykeino sen vuoksi, ettei se kuluta niin paljon toiminnanharjoittajien taloudellisia voimavaroja kuin vero-ohjaus. Viimeksi mainitussa tapauksessahan toiminnanharjoittajat joutuvat (yleensä) suorittamaan paitsi kustannukset haitallisen toiminnan vähentämisestä myös veron jäljelle jääneen haitan osalta. Näin ollen velvoitesääntely voisi tästä näkökulmasta mahdollistaa paremmin panostamisen innovatiiviseen toimintaan¹²¹.

Kannustinsäätelyn etuna on usein pidetty sitä, ettei siihen sisälly viranomaisharkintaa ja näin ollen se ei olisi altis *sääntelyloukulle*.¹²² Tähän nähden on kuitenkin syytä tehdä pari reunahuomautusta. Edellä mainittu pitää pitkälti paikkansa vero-ohjauksen kohdalla, muttei niinkään taloudellisten tukien kysymyksessä ollessa. Tukien myöntäminen saattaa näet riippua useinkin viranomaisharkinnasta, joten tässä yhteydessä sääntelyloukun mahdollisuus on otettava vakavasti varteen. Toiseksi, vaikka verojen soveltamisessa viranomaisilla ei ole sanottavastikaan harkinnanvaraa, voivat etujärjestöt vaikuttaa periaatteessa olennaisestikin verolainsäädännön sisältöön lainsäädäntövaiheessa.

Miksi velvoitesääntely on altis sääntelyloukulle eli sille, että viranomaiset tekevät päätöksensä pikemminkin toiminnanharjoittajien intresseistä kuin yleisestä edusta käsin? Tässä yhteydessä voi nousta helposti mieleen viranomaisten korruptoituneisuus, mutta siitä ei ole kysymys välttämättä lainkaan. Valaistaan asiaa esimerkillä. Olet nuorena juristina päässyt viranomaisen palvelukseen. Joudut tässä virassa tekemään päätöksiä, joilla on olennaisia vaikutuksia paikkakunnalla sijaitsevan suuryrityksen kannalta. Tehdessäsi päätöksiä mietit tykönäsi tulevaa uraasi, koska haluat ennen pitkää matalapalkkaisesta virasta paljon parempipalkkaiseen tehtävään yksityiselle sektorille. Niinpä tätä taustaa vasten ei ole ihmeteltävää, että viranomaispäätökset voivat värittyä yksityisiä intressejä painottaviksi.

Kannustinsäätely ei tyhjenny hintaohjaukseen vaan se voidaan toteuttaa myös *määräohjauksena*. Taloudellisen määräohjauksen konkreettisina muotoina voivat tulla kysymykseen esimerkiksi päästökauppa, kalastuskiintiöiden kauppa tai maitokiintiöiden kauppa. Samalla on erittäin tärkeä panna merkille, että taloudellisen määräohjauksen ja hintaohjauksen vahvuudet ja heikkoudet voivat vaihdella olennaisesti. Näin ollen pelkästään sillä perusteella, että kysymys on kannustinsäätelystä eli taloudellisesta

¹²⁰ Yllä mainitulta osin ei tosin liene empiiristä evidenssiä.

¹²¹ Myöskään yllä mainitulta osin ei liene olemassa empiiristä evidenssiä.

¹²² Ks. esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 42.

ohjauksesta, ei pidä mennä tekemään liian pitkälle meneviä ja kategorisia päätelmiä kannustinsäätelyn tarkoituksenmukaisuudesta.

Esimerkiksi taloudellista määräohjausta on pidetty vaikuttavuudeltaan parempana vaihtoehtona kuin taloudellista hintaohjausta. Toisaalta tässäkin yhteydessä ongelmia voi aiheutua esimerkiksi siitä, ettei taloudellinen määräohjaus kata läheskään kaikkia niistä epätoivottavista toiminnoista, joita sääntelyllä pyritään vähentämään.

Niin taloudellinen hintaohjaus kuin määräohjauskin ovat omiaan johtamaan kustannustehokkaaseen voimavarojen allokaatioon. Tosin tässä suhteessa paljon riippuu siitä, millä tavalla ohjauskeino kulloinkin toteutetaan.

Taloudellisen määräohjauksen etuna voidaan pitää monissa tapauksissa sen ulkoista joustavuutta, joskus myös taloudelliseen hintaohjaukseen verrattuna. Esimerkiksi taloudellinen määräohjaus sopeutuu myös paremmin taloudelliseen kasvuun kuin taloudellinen hintaohjaus. Tämä johtuu siitä, että muun muassa päästökaupassa markkinoille tulevien uusien yritysten on ostettava tarvitsemansa päästöoikeudet jo markkinoilla olevilta toiminnanharjoittajilta. Näin ollen tällä turvataan se, että uudet yritykset eivät aiheuta ympäristöongelmien pahenemista.¹²³

11.2 Itsesääntely vai julkissääntely?

Itsesääntely sisältää sen, että markkinoilla olevat toimijat, esimerkiksi elinkeinonharjoittajat ja heidän yhdistyksensä, huolehtivat tiettyjen yhteisten asioiden sääntelystä. Tällöin ei siis turvauduta varsinaiseen oikeudelliseen sääntelyyn, jossa on kysymys julkisvallan interventioista esimerkiksi elinkeinonharjoittajien toimintaan. Koska kysymys on julkisvallan interventioista, tästä sääntelyvaihtoehdosta käytetään nimitystä julkissääntely.

Itsesääntely voi olla luonteeltaan monimuotoista, mikä tarkoittaa, ettei sen tarkoituksenmukaisuudesta tulisi lähteä tekemään liian kategorisia päätelmiä.¹²⁴ Toisaalta itsesääntelyn heterogeenisuus johtaa siihen, ettei raja sen ja julkissääntelyn välillä ole aina kristallinkirkas. Itsesääntelystä voi näet olla kysymys esimerkiksi siitä, että yksityinen sektori kyllä panee liikkeelle sääntelyn, mutta kuitenkin siten, että julkis sektorilla toimivat viranomaiset hyväksyvät erikseen asianomaisen sääntelyn¹²⁵.

Itsesääntelyllä ja (julkissääntelyllä) on omat hyvät ja huonot puolensa. Esimerkiksi itsesääntelyllä voidaan pyrkiä estämään epätoivottava käyttäytyminen, jota ei ole kuitenkaan säädetty rangaistavaksi tai vahingonkorvausvelvollisuuden aiheuttavaksi. Esimerkiksi urheilun piirissä voi ilmetä tällaisia tilanteita. Toisaalta itsesääntelystä on tälläkin alalla asteittain siirrytty julkissääntelyyn.

Muutoin itsesääntelyllä on nähty olevan seuraavanlaisia etuja julkissääntelyyn verrattuna. Ensinnäkin informaatiokustannukset itsesääntelyn laadinnasta ja tulkinnasta lienevät alhaisemmat, koska itsesääntelystä vastaavalla taholla on hyvä asiantuntemus

¹²³ Toisaalta yllä mainittua menettelyä voidaan pitää ongelmallisena sen vuoksi, että siinä uudet ja vanhat yritykset asetetaan epätasapuoliseen asemaan.

¹²⁴ Ogus (1995), 99-100.

¹²⁵ Viimeksi mainitun yhteydessä puhutaan vahvistetusta (enforced) itsesääntelystä, ks. esimerkiksi Baldwin – Cave (1999), 40.

sääntelyn suhteen. Toiseksi monitorointi- ja täytäntöönpanokustannuksia on pidetty myös alhaisempina. Kolmanneksi itsesääntelyn on katsottu olevan helpompaa muuttaa ja tästä näkökulmasta kustannustehokkaampaa.¹²⁶

Itsesääntely voi aiheuttaa ongelmia siitä näkökulmasta, että tällainen sääntely osoittautuu luonteeltaan kilpailua rajoittavaksi¹²⁷. Kysymys voi olla esimerkiksi elinkeinonharjoittajien yhdistyksen sopimista suosituksista tai vastaavista päätöksistä, joilla estetään uusien kilpailijoiden markkinoille tulo tai uusien liiketoimintamuotojen esiinmarssi. Luonnollisesti tällöin kilpailuviranomaisilla on mahdollisuus puuttua asiaan erityisesti kilpailua rajoittavia sopimuksia koskevan kieltoperiaatteen nojalla, koska kysymys on yksityisestä kilpailunrajoituksesta. Tällöin sanotunlaiset yhdistyksen päätökset ovat lähtökohtaisesti kiellettyjä, jos ne on tarkoitettu rajoittamaan kilpailua tai jos niiden vaikutuksesta kilpailu rajoittuu¹²⁸. Toisaalta on syytä ottaa huomioon, että julkissääntelykin voi johtaa kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin. Tällöin puhutaan julkisista kilpailunrajoituksista¹²⁹. Kilpailuviranomaiset eivät voi kuitenkaan puuttua niihin kilpailunrajoituslain nojalla. Kilpailuviranomaiset voivat tosin tehdä esityksiä julkissääntelyn muuttamiseksi, mutta ne ovat vain esityksiä.

12 Konkreettisia kysymyksenasetteluja

12.1 Tarvitaanko kaikenlaista lainsäädäntöä?

Analysoidaan otsikon kysymystä konkreettisella lainsäädäntöesimerkillä¹³⁰. Suomessa noudatetaan rahasaamia koskevissa sopimuksissa pääsääntöisesti *nimellisarvoperiaatetta*, jolloin rahan arvon muutoksia velvoitteen syntymishetken ja täyttämisaikajankohdan välillä ei oteta huomioon. Voimassa olevan indeksiehdon käytön rajoittamisesta annetun lain eli *indeksiehtolain* mukaan indeksiehdon tai muun siihen verrattavan sidonnaisuuden ottaminen sopimukseen on pääsääntöisesti kielletty, jollei lailla toisin säädetä.¹³¹

Indeksiehdon käytön kieltämisestä on säädetty lukuisa joukko poikkeuksia indeksiehtolain 2 §:ssä. Lain 3 §:n mukaan valtioneuvosto voi asetuksella sallia hyväksymänsä indeksiehdon ottamisen tietyin edellytyksin rakennusurakkasopimukseen. Valtioneuvosto voi indeksiehtolain 4.1 §:n mukaan sallia asetuksella indeksiehdon ottamisen muuhunkin kuin rakennusurakkasopimukseen. Lisäksi valtiovarainministeriö voi lain 4.2 §:n mukaan hakemuksesta myöntää luvan indeksiehdon käyttöön, jos siihen on perusteltua syytä. Erityisesti mainitsemisen arvoinen poikkeus on laki indeksiehdon

¹²⁶ Ks. tarkemmin Ogus (1995).

¹²⁷ Pitofsky (1998).

¹²⁸ Poikkeuksen muodostaa lähinnä se, jos kilpailua rajoittava sopimus, päätös tai muu menettelytapa täyttää tehokkuuspuolustussäännössä asetetut edellytykset. Tehokkuuspuolustussäännöstä säädetään Suomessa kilpailunrajoituslain 5 §:ssä ja EU-tasolla Euroopan perustamissopimuksen 81(3) artiklassa. Sanotut säännökset ovat käytännössä samansisältöiset.

¹²⁹ Ks. esimerkiksi Määttä (2004), 25-26.

¹³⁰ Eritellymmän käsillä oleva asiakokonaisuus on käyty läpi artikkelissa Määttä (2003), 72-77.

¹³¹ Ks. esimerkiksi HE 109/2003 vp. Indeksiehtolain vastainen toiminta ei ole rangaistavaa. Toisaalta indeksiehto, joka on lain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten vastainen, on mitätön. Jos indeksiehdon mitättömyys johtaisi kuitenkin kohtuuttomuuteen, ehto voidaan osaksi tai kokonaan ottaa huomioon tai sopimusta muulla tavoin sovitella oikeustoimilain 36 §:n osoittamalla tavalla (indeksiehtolain 5 §).

käytöstä vuosia 2005 ja 2006 koskevissa työ- ja virkaehtosopimuksissa. Vastaavalla tavalla indeksiehto on hyväksytty aikaisemminkin työ- ja virkaehtosopimuksissa.

Indeksiehton käytöllä voidaan suoritusvelvollisuutta tarkistaa rahan arvon vaihtelun mukaisesti. Tällaisten sopimusehtojen käyttö oli tavallista maassamme 1920-luvun lopulta aina vuonna 1968 annettuun vakauttamislakiin saakka. Tuolloin indeksisidonnaisuusjärjestelmä purettiin, koska pelättiin järjestelmän johtavan uuteen inflaatiokautteen. Indeksisidonnaisuuden sääntelyä on sittemmin jatkettu useilla määräaikaisilla laeilla.

Jopa lainvalmistelutöissä on indeksiehtolainsäädännön tarve *inflaation hidastamiskeinona* asetettu jossain määrin kyseenalaiseksi. Tällöin on viitattu kahteen seikkaan. Ensinnäkin inflaatiovahdin on todettu hidastuneen tasolle, jossa sopimusten indeksisidonnaisuudella ei juuri katsota olevan merkitystä. Toiseksi on myönnetty, että indeksiehtolain ja inflaation välillä ei ole voitu osoittaa selvää yhteyttä. Viimeksi mainitun argumentin tekee mielenkiintoiseksi se, että samaan aikaan lainvalmistelutöissä kuitenkin tuodaan esille, että indeksiehtolakeja tarvitaan kansantaloudessa inflaation torjuntakeinona.

Indeksiehtokielto on asetettavissa edellä mainitun lisäksi kyseenalaiseksi monestakin syystä. Ensinnäkin lainsäädännössä lähdetään siitä, etteivät sopimuskumppanit ottaisi millään tavoin tulevaa inflaatiokehitystä huomioon sopiessaan tavaroiden ja palvelujen hinnoista. Näin ei tietenkään ole! Inflaation huomioon ottaminen voi tapahtua alkuperäisessä sopimuksessa tai siten, että osapuolet neuvottelevat inflaatiotarkistuksista suoritusvelvollisuuden kuluessa. Lisäksi on mahdollista, että sopimuskumppanit tyytyvät tekemään lyhytaikaisia sopimuksia, jolloin aina uudesta sopimuksesta neuvoteltaessa varmistetaan myös inflaation huomioon ottaminen sopimushinnassa. Inflaatio tulee siis tavalla tai toisella huomioon otetuksi sopimussuhteessa. Tästä näkökulmasta indeksiehtolaki ei siis patoa inflaatiopaineita, vaan ainoastaan vaikuttaa niihin keinoihin, joilla inflaatio otetaan sopimusehdoissa huomioon. Toisaalta, jos sopimuskumppanit yliarvioivat tulevan inflaatiovahdin, indeksiehtokielto voi olla paremminkin inflaation kiihdyttäjä eikä suinkaan sen torjuja.

Indeksiehtolain kritiikkiä voidaan jatkaa. Edellä esitetystä voi jo rivien välistä lukea, että indeksiehtokielto on omiaan nostamaan *transaktiokustannuksia*, esimerkiksi sopimusneuvotteluista aiheutuvia kustannuksia. Indeksiehtokielto on myös omiaan lisäämään *hallintokustannuksia* monellakin tavalla. Ensinnäkin jo pelkästään indeksiehtolain säätäminen ja tarkistaminen määrärajoin aiheuttaa näitä kustannuksia. Toiseksi hallintokustannuksia aiheutuu asetuksista, joilla säädetään eräistä poikkeuksista indeksiehtolakiin. Kolmanneksi indeksiehtolaista voidaan poiketa erillisin laein, kuten työ- ja virkaehtosopimusten osalta on tapahtunut, mikä tietenkin heijastuu myös lisääntyneinä hallintokustannuksina. Lainsäädäntökustannusten ohella on otettava lisäksi huomioon lain soveltamiseen liittyvät kustannukset, joita aiheutuu muun muassa indeksiehtolain 2 §:stä, kun joudutaan tulkitsemaan, mitä sopimuksia poikkeukset indeksiehtolaista lopulta käytännössä koskevat. Eräänlaisena kustannuseränä on toki otettava huomioon sekin, että sopimuskumppanit voivat indeksiehtokiellon vallitessa priorisoida lyhytkestoisia sopimuksia pitkäkestoisiin sopimuksiin verrattuna.

Indeksiehtokielto on asetettavissa kyseenalaiseksi myös sen omista lähtökohdista käsin siksi, ettei indeksiehtolaki ole lähellekään kattava. On epäjohdonmukaistakin, että

indeksiehtokieltoa sovelletaan kansantaloudellisesti vähäpätöisiin yksittäisiin sopimuksiin, mutta kun kysymys on yli miljoonaa palkansaajaa koskevasta sopimuksesta, indeksiehto sallitaan. Indeksiehtokiellon kattavuutta eriteltäessä on toki vielä otettava huomioon, että se koskee vain sopimuksia. Näin ollen indeksiehton ottaminen on sallittua esimerkiksi yhtiöjärjestyksiin ja tuomioistuinten päätöksiin. Lisäksi on syytä panna merkille, että lainsäädännössä säädetään paljon rahamääräisistä suorituksista. Näissä yhteyksissä puolestaan tähdennetään usein sitä, että esimerkiksi valtioneuvoston asetuksella tai suoraan lailla tehdään tarvittavat muutokset suorituksiin tulevia rahanarvon muutoksia vastaavasti. Lainsäätäjät sallii siis itselleen inflaation huomioon ottamisen muttei yksityisille sopimuskumppaneille.

Päätelmänä on todettavissa, että mikään laki tai sen yksittäinen säännös ei ole itseisarvo. Yleisesti onkin kriittisesti arvioitava yksittäisten lakien tarvetta ja tarkoituksenmukaisuutta tässä ja nyt. Esimerkiksi tietty sääntely on saattanut olla hyvinkin legitimoitu tietyn kansantaloudellisen häiriön torjunnassa, mutta myöhemmin sillä ei enää ole painoarvoa, vaan sääntely voi pikemminkin kääntyä alkuperäistä hyvää tarkoitustaan vastaan. Indeksiehtolaki nostaa esille eräitä muitakin periaatteellisesti tärkeitä kysymyksiä. Yksi tällainen on *lainsäädännön vaikutusten analysointi*. Tätä puolta lainsäädännön valmistelussa on kritisoitu jo vuosia: vaikutusanalyysit tehdään puolivillaisesti lain valmistelun yhteydessä, ja lain voimaantulon jälkeinen vaikutusten jälkiseuranta on lähinnä sattumanvaraista. Kyseenalaiseksi on asetettavissa myös se, kuinka tarkoituksenmukaista on rakentaa lainsäädäntö erilaisten poikkeuslistojen muotoon. Eikö juuri tällainen lainsäädäntö ole omiaan houkuttelemaan etujärjestöjä taisteluun omiensa puolesta? Ja tällaisessa taistelussa useinkin vahvat syövät heikot. Näin päädytäänkin siihen nurinkuriseen tilanteeseen, että indeksiehtokiellolla säännellään vähäpätöisiä sopimuksia, kun taas periaatteessa inflaation torjunnan kannalta merkittävimmät sopimukset jäävät kiellon ulkopuolelle.

12.2 Lainsäädäntövallan delegointi

Sääntelyteoria ja *lainoppi* (eli lain tulkinta ja systematisointi) eivät ole toisiinsa nähden irrallisia, vaan ne on nähtävä sääntelyteorianakin näkökulmasta vuorovaikutteisina osaluueina. Erityisesti puhuttaessa *joustavista* ja *yksityiskohtaisista normeista* voidaan samalla puhua siitä, pitääkö lainsäätäjät kiinni yksinoikeudestaan lakien säätämässä vai delegoiko se lainsäädäntövaltaa tuomioistuimille tai muille lakia soveltaville viranomaisille.¹³² Keskeinen sääntelyteoreettinen kysymys onkin, onko tarkoituksenmukaisempaa pitää oikeudellinen sääntely lainsäätäjän käsissä vai delegoida lainsäädäntövalta tosiasiallisesti lakia soveltaville viranomaisille. Tämän kysymyksen analysointiin on oikeustutkimuksessa uhrattu voimavaroja yllättävänkin vähän, vaikka sillä on olennainen kytkentä lakimiehille tuttuun lain tulkintaan.¹³³

¹³²Ks. lähemmin Määttä (2002), 138-139. Yksityiskohtaisten normien yhteydessä voidaan puhua myös kaavamaisista normeista.

¹³³Käytännössä on toki mahdollista soveltaa yllä mainittujen sääntelytekniikoiden välimuotoakin eli eräänlaista *puoliavointia sääntelyä*. Tällöin voi olla kysymys esimerkiksi siitä, että tietynlaiset tekemiset säädetään lainvastaisiksi yksityiskohtaisin normein, mutta tähän listaan lisätään vielä joustava säännös, jonka mukaan myös muu vastaavanlainen käyttäytyminen voidaan katsoa lainvastaiseksi.

Isaac Ehrlichin ja Richard A. Posnerin (1974) mukaan oikeusnormeilla on optimaalinen joustavuuden/yksityiskohtaisuuden aste. Yksityiskohtaisten normien etuna on heidän mukaansa oikeuskohtelun ennustettavuus eli näin pystytään säästämään informaatiokustannuksia. Toisaalta yksityiskohtaisten normien ongelmana on niiden huono osumatarkkuus: tällainen normi voi osoittautua ylikattavaksi eli se koskee turhan laaja-alaisesti erilaisia tapauksia tai normi voi olla alikattava eli sen soveltamisalaan eivät kuulu kaikki ne tapaukset, jotka sen piiriin on tarkoitettu kuuluviksi. Lyhyesti: kysymys yksityiskohtaisten ja joustavien välisestä valintaongelmasta on puntarointia ennustettavuuden ja kattavuusongelman välillä.

Yleisellä tasolla on todettavissa, että lainsäädäntövallan delegointi voi johtaa epätarkoituksenmukaiseen lopputulokseen, koska lakia soveltavan viranomaisen argumentointi on sidotumpaa kuin lainsäätäjän argumentointi. Toisin sanoen tuomioistuimet ovat sidottuja oikeuslähdeoppiin, kun taas lainsäätäjä voi toimia pitkälti tarkoituksenmukaisuusharkinnan puitteissa. Mutta tämä on ainoastaan yksi puoli asiaa.

Oikeusnormien joustavuuden taustalla on nähdäkseni yleensä kolmenlaisia tekijöitä. Ensinnäkin joissakin tapauksissa sääntelykohdetta leimaavat siinä määrin *yksilölliset erityisolosuhteet*, että yksityiskohtaisin normein ei tällaista käyttäytymistä pystytä sääntelemään. Toiseksi eräitä aloja leimaa vahva *dynaaminen luonne*. Esimerkiksi innovaatiot voivat nopeaan tahtiin muuttaa säänneltävän kohteen luonnetta ja ylipäänsä tarvetta säännellä. Kolmanneksi joustavien normin käyttämistä puoltaa se, jos muutoin on vaarana normien kohderyhmän epäasianmukainen käyttäytyminen, käytännössä *lain kiertäminen* muodossa tai toisessa¹³⁴. Esimerkiksi, vaikka vero-oikeudessa korostetaan laillisuusperiaatteen keskeistä asemaa, on alalla päädytty säättämään joustavin normein veron kiertämisestä¹³⁵. Tällaista sääntelyä voi toki kritisoida erityisesti siitä, että verokohtelun ennakoitavuus heikkenee, mutta toisaalta verokohtelun ennakoimattomuus juuri toimii keinona ehkäistä epäasianmukaisia verontorjuntatoimia.

Konkretisoidaan lainsäädäntövallan delegointia yksityisoikeudellisen puolelta otetulla esimerkillä. Oikeustoimilain 3.1 §:ssä säädetään suullisesta tarjouksesta: siihen on annettava vastaus heti, ellei vastauksen antamiseen ole varattu aikaa. Kirjalliseen tarjoukseen vastaus on annettava kohtuullisessa ajassa. Mitä edellä mainitulla *“kohtuullisella ajalla”* tarkoitetaan? Yksiselitteisen vastauksen antaminen tähän kysymykseen on mahdotonta. Yleensäkin on todettavissa, että puhuttaessa kohtuullisuudesta huomiota kiinnitetään lukuisaan joukkoon tapauskohtaisia näkökohtia. Kohtuullista vastausaikaa arvioitaessa voidaankin tuoda esille seuraavanlaisia näkökohtia. Ensinnäkin kriittisessä asemassa on se, kelle tarjous on tehty. Tämä näkökohta on perusteltu, koska kuluttajille informaation hankinta ja prosessointi voi viedä huomattavasti enemmän aikaa kuin elinkeinonharjoittajille. Toiseksi huomiota on kiinnitettävä hyödykkeen luonteeseen. Jos kysymys on teknisesti monimutkaisesta hyödykkeestä, on ostajalle syytä varata pidempi aika vastauksen antamiseen, koska todennäköisyys virheellisestä päätöksestä on suurempi kuin teknisesti tai muutoin yksinkertaisen hyödykkeen kohdalla. Kolmanneksi kriittisessä asemassa on hyödykkeen arvo: harkitsemattoman päätöksen kustannukset ovat sitä suuremmat, mitä arvokkaammasta sopimuksen kohteesta on kysymys.

¹³⁴ Ks. myös Kaplow (2000), 514.

¹³⁵ Ks. yllä mainitusta problematiikasta erityisesti Tikka (1972), 147-214.

Kohtuullista vastausaikaa on tarkasteltava myös tarjouksentekijän näkökulmasta. Oma lukunsa ovatkin ne menetykset, joita vastausajan pitkittyminen aiheuttaa. Yksi näkökohta tässä on *vedätysongelma*: jos tarjouksentekijä on pitkään sidottu tarjoukseen, ostajalle voi muodostua mahdollisuus vedättää tarjouksentekijää¹³⁶. Lähinnä tämä tarkoittaa sitä, että tarjouksentekijä menettää houkuttelevampia vastauksia, ja joutuu tyytymään alhaisempaan kauppahintaan tai muutoin heikompiin tarjousehtoihin. Kokonaisuutena arvioiden kohtuullista vastausaikaa määritettäessä onkin kysymys etujen ja haittojen punninnasta. Etuja ja haittoja voidaan pyrkiä kvantifioimaan, mutta sillä ei nähdäkseni tule mainitussa tapauksessa hullua hurskaammaksi. Näin ollen päätöksenteon on nojattava käytännössä edellä luodattujen peukalosääntöihin kaltaisiin tulkintaohjeisiin.

Siirrytään problematisoimaan kysymystä, miten voidaan säännellä käyttäytymistä olosuhteissa, joissa sananmukaisesti ei oikeastaan tiedetä, mitä säännellään. Tämä ongelma on tullut vastaan erityisesti uudessa taloudessa, kuten biotekniikassa. Taustalla on ollut se, että uudessa taloudessa innovaatiot muuttavat toimintaympäristöä tavantakaa.

Sääntelyvaihtoehtoja on arvatenkin karkeasti kaksi: yksityiskohtaiseen tai joustavaan sääntelyyn turvautuminen. Yksityiskohtaista sääntelyä puolletaan usein sillä, että tällä tavoin parannetaan oikeuskohtelun ennustettavuutta verrattuna joustavaan sääntelyyn. Tämä ei voi kuitenkaan puheena olevassa tapauksessa olla ratkaisevin sääntelykriteeri. Yksityiskohtaisen sääntelyn ongelma on näet, että se vanhenee ennen aikojaan, ja joskus jopa ennen kuin se ehditään saattamaan voimaan. Tämän taustalla ovat puolestaan sääntelyviiveet. Ensinnäkin kestää tovi ennen kuin ylipäänsä havaitaan sääntelyä tai sen tarkistamista vaativa yhteiskunnallinen ongelma (havaintoviive); toiseksi kuluu aikaa ennen kuin ehditään tekemään päätös lainsäädännön muuttamisesta eduskunnassa (päättösviive); kolmanneksi lain muutosta ei voida suinkaan säätää voimaan tulevaisuuden käden käänteessä, vaan voimaantuloonkin kuluu aikaa (voimaantulo-viive); lisäksi tapauksesta toiseen vaihtelee se, miten nopeasti uudella lainsäädännöllä pystytään vaikuttamaan tavoitellulla tavalla käyttäytymiseen (vaikutusviive). Kaiken lisäksi voi käydä niinkin, ettei ensimmäisellä lainsäädännön tarkistuksella pystytä saavuttamaan toivottuja tuloksia, joten edellä mainittu prosessi joudutaan aloittamaan alusta, ja kokonaissääntelyviive venyy venymistään.¹³⁷

Viimeksi mainitun valossa yksityiskohtaisen sääntelyn sijasta joustava sääntely näyttäisi puoltavan paikkansa. Lain soveltajathan voivat todennäköisesti lainsäätäjää nopeammin reagoida ulkoisissa olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin, ja siten pitää oikeustilan ajan tasalla. Toisaalta joustavakaan sääntely ei ole ongelmatonta. Esimerkiksi esille voi nousta kysymys vallan kolmijako-opista: onko *vallan kolmijako-opin* mukaista, jos tuomioistuimille ja muille lain soveltajille siirtyy huomattavassa määrin sitä valtaa, joka perinteisesti on ollut lainsäätäjällä? Tämän opin mureneminen ei ole toisaalta uusi ilmiö. Voidaan näet osoittaa lukuisia oikeudenaloja, joilla sääntely on joustavaa, ja lainsäädäntövalta on siis tavallaan delegoitu lain soveltajille. Ongelmalli-

¹³⁶Ks. vedätysongelmasta sopimustoiminnassa esimerkiksi Määttä (1998a), 64.

¹³⁷Sääntelyviiveistä Määttä (1999b), 36-38.

nen ja osin edelliseen liittyvä piirre joustavassa sääntelyssä on se, ettei sitä voida pitää laillisuusperiaatteen mukaisena sääntelytapana¹³⁸.

Joustavalla sääntelyllä on mielenkiintoisia implikaatioita lainsoveltamistasolla. Tällaisen sääntelyn vallitessahan oikeudellisia ratkaisuja ei voida nojata lain sanamuotoon (joka ei käytännössä kerro mitään) ja lainvalmistelutyötkin käytännössä useimmiten vaikenivat siitä, miten lakia pitäisi tulkita. Päädytäänkö vääjäämättä siihen, että *reaaliset argumentit* saavat lain tulkinnassa huomattavan painoarvon? Oikeudellinen ratkaisu rakennetaan siis sen varaan, minkälaisiin (hypoteettisiin) vaikutuksiin erilaiset tulkintavaihtoehdot johtavat. Ja valinta vaihtoehtojen välillä tehdään sen mukaan, mikä niistä kulloinkin koetaan tarkoituksenmukaisimpiin vaikutuksiin johtavaksi. Päätely on siis hyvinkin samanlaista kuin, mitä sen voi kuvitella olevan lainsäätäjällä.

Toisaalta pystytäänkö reaalisia argumentteja aidosti hyödyntämään tuomioistuimissa? Tämä on ongelma erityisesti olosuhteissa, joissa tarvitaan esimerkiksi taloudellista, teknistä ja luonnontieteellistä erityisosaamista. Sääntelyteoreettisella tasolla tarvitaan eri alojen edustajien vuoropuhelua, ja nyt näyttää siis siltä, että vastaavanlainen vuoropuhelu on tarpeen myös lainsoveltamistasolla. Miten vuoropuhelu on tällä tasolla organisoitavissa? Ensinnäkin kysymykseen voi tulla se, että lain soveltamista ei jätetä enää perinteisten tuomioistuinten huoleksi, vaan tehtävä annetaan *erityisviranomaisille*. Tällainen kehityssuunta onkin ollut havaittavissa niin maassamme kuin kansainvälisesti. Tässä voidaan viitata kilpailu- ja ympäristöoikeudellisiin asioihin. Toiseksi lain soveltaminen voidaan periaatteessa jättää tuomioistuintenkin huoleksi, mutta niiden rinnalle saatetaan perustaa esimerkiksi erilaisia *neuvottelukuntia* ja *lautakuntia*. Kyseiset organit voivat siis tarvittaessa antaa asiantuntijalausuntoja kiperissä lain tulkintaongelmissa.

12.3 Sekajärjestelmien hyödyntäminen lainsäädännössä

Hyvin usein lähdetään siitä premissistä, että oikeudellisessa sääntelyssä on kysymys joko tai -tyyppisestä valinnasta, vaikka yhtä hyvin kysymys voi olla sekä -tyyppisestä asetelmasta. Toisin sanoen oikeudellisia ohjauskeinoja käytetään täydentämässä toinen toisiaan eikä suinkaan vaihtoehtoina toisilleen. Tätä taustaa vasten on kritisoitavissa esimerkiksi ympäristönsuojelun taloudellista ohjausta¹³⁹ koskeva tutkimus, koska siinä varsin pitkään on lähdetty siitä, että taloudelliset ohjauskeinot ovat vaihtoehtoisia perinteisille hallinnollisille ohjauskeinoille¹⁴⁰, kun kuitenkin näitä keinoja on usein käytännön ympäristöpolitiikassa käytetty samanaikaisesti.

Valaistaan asiaa *kannustintyyppisillä ympäristöveroilla* (eli vero-ohjauksella) suhteessa hallinnolliseen ohjaukseen. Kannustintyyppisen ympäristöveron ensisijaisena tavoitteena on ympäristön tilan kohentaminen ja vasta tämän jälkeen, jos sittenkään, verolla tavoitellaan verotuloja. Suomessa kannustintyyppisiä ympäristöveroja ovat esimerkiksi

¹³⁸Nähdäkseni yllä mainittu problematiikka korostuu esimerkiksi rikosoikeudessa säänneltäessä talousrikosten kriminalisoinnista.

¹³⁹Taloudellisilla ohjauskeinoilla viitataan tavallisesti ympäristöveroihin ja -tukiin sekä päästökauppaan.

¹⁴⁰Hallinnolliselle ohjaukselle on ominaista esimerkiksi typenoksidimäärän enimmäismäärän asettaminen kuormittajille tiettyä ajanjaksona tai tiettyjen tuotteiden haitta-ainepitoisuuksien enimmäismäärien asettaminen.

jätevero ja hiilidioksidivero. Vaikka tässä tarkastellaankin sellaisia kannustintyyppisiä ympäristöveroja, joiden funktiona on täydentää hallinnollista ohjausta, on toki voimassa sellaistaakin vero-ohjausta joka on luonteeltaan itsenäistä. Viimeksi mainitussa tapauksessa ympäristöpoliittinen ohjaus rakentuu yksinomaan tai ainakin pääasiallisesti vero-ohjauksen varaan.

Täydentävät kannustintyyppiset ympäristöverot on jaettavissa luonteeltaan *vahvistaviin* ja *valmistaviin* veroihin. Vahvistavilla ympäristöveroilla kuormittajia kannustetaan kuormituksen vähentämiseen yli sen, mihin hallinnolliset määräykset velvoittavat. Kysymys voi olla vaikkapa rikkiverosta, jonka avulla kuormittajia ohjataan käyttämään polttoaineita, jotka sisältävät vähemmän rikkiä kuin hallinnollisissa määräyksissä säädetyt enimmäismäärät edellyttävät. Tämä nostaa kuitenkin saman tien esille vahvistavan vero-ohjauksen problemaattisuuden: Mihin hallinnollisia määräyksiä tarvitaan, jos vero-ohjauksella pystytään vähentämään esimerkiksi polttoaineiden rikkipitoisuutta enemmän kuin mihin hallinnolliset määräykset velvoittavat? Tai, eikö vero-ohjaus jää luonteeltaan pelkästään fiskaaliseksi¹⁴¹, jos sillä ei pystytä parantamaan ympäristön tilaa hallinnollisesti määrittelystä? Toisin sanoen vahvistavan vero-ohjauksen yhteydessä vaarana on *ylisääntely*: ohjauskeinoista toinen on tarpeeton ympäristöpoliittisten tavoitteiden saavuttamisessa.

Valmistavilla ympäristöveroilla pyritään vauhdittamaan hallinnollisten määräysten mukaisten ympäristönsuojelutoimenpiteiden toteuttamista. Esimerkiksi Suomessa säädettiin taannoin autoverotuksessa tehtävästä katalyysaattorivähennyksestä jo hyvissä ajoin ennen kuin kolmitoimikatalyysaattorit säädettiin uusissa henkilöautoissa pakollisiksi. Tällä tavoin kannustettiin katalyysaattorihankintoihin jo ennen kuin katalyysaattori oli pakollinen. Samalla estettiin näiden investointien ruuhkautuminen siihen ajankohtaan, jolloin hallinnolliset määräykset olisivat olleet tulossa voimaan. Valmistavalle vero-ohjaukselle sopivista olosuhteista on kysymys esimerkiksi silloin, kun säädetään tiettyjen tuotteiden tai haitta-aineiden kieltämisestä. Kieltoja on vaikea säätää voimaan tuleviksi kovinkaan nopeasti, joten valmistava ohjaus vaikkapa juuri ympäristöveron muodossa on omiaan vähentämään tuotteiden tai haitta-aineiden käyttöä jo ennen kiellon voimaantuloa.

Kannustintyyppisen ympäristöveron ja hallinnollisen ohjauksen muodostamaa sekajärjestelmää voidaan tarvita muutoinkin kuin edellä mainituissa tarkoituksissa. Vero-ohjauksen ongelmana on näet se, miten löydetään oikea veron taso ympäristöpoliittisiin tavoitteisiin pääsemiseksi. Ongelman ratkaisemiseksi yksi mahdollisuus on soveltaa sekajärjestelmää eräänlaisena siirtymäkauden järjestelynä. Ideana on se, että hallinnollista ohjausta sovelletaan niin kauan, kunnes kannustintyyppinen ympäristövero on pystytty säätämään tasolle, joka ohjaa kuormittajien käyttäytymistä toivotulla tavalla. Hallinnollinen ohjaus turvaa näin ympäristön tilan säilymisen hyväksyttävällä tasolla sinä aikana, jona ympäristövero ajetaan sisään. Toisaalta, kun ympäristövero on ajettu sisään, hallinnollista ohjausta ei enää tarvita.

Edellä esitetty antaa jo viitteitä siitä, että sekajärjestelmän tarkoituksenmukaisuutta on tarkasteltava ikään kuin kysymys olisi yhdestä yksittäisestä ohjauskeinosta ja sen analysoinnista. Toisin sanoen analyysiä ei voida tehdä "summaamalla" sekajärjestel-

¹⁴¹Fiskaalinen päämäärä tarkoittaa verotulojen kerryttämistavoitetta.

mään kuuluvien yksittäisten keinojen etuja ja haittoja yhteen. Näin ollen sekajärjestelmä saattaa heikoimmillaan tuhota yksittäisen keinon parhaat ominaisuudet, mutta toisaalta sekajärjestelmä voi parhaimmillaan luoda kokonaisuuden, joka on parempi kuin yksittäinen ohjauskeino olisi.

Lähteet:

Akerlof, George (1970): The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 488-500.

Baldwin, Robert – Cave, Martin (1999): *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press.

Becker, Gary S. (1983): A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence. *Quarterly Journal of Economics*, 371-383.

Boardman, Anthony E. – Greenberg, David H. – Vining, Aidan R. – Weimer, David L. (2001): *Cost-Benefit Analysis. Concepts and Practice*. Second Edition. Prentice Hall, Inc.

Breyer, S (1982): *Regulation and its Reform*. Cambridge, Mass.

Buchanan, J.M. (1963): An economic theory of clubs. *Economica*, 1-14.

Cnossen, Sijbren (2002): *Tax Policy in the European Union. A Review of Issues and Options*. Research Memoranda 023: METEOR, Maastricht Research School of Economics of Technology and Organization.

Coase, R.H. (1960): The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 1-44.

Commission of the European Communities (2005): *Commission Staff Working Document. Annex to the Communication on Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union. Minimising administrative costs imposed by legislation. Detailed outline of a possible EU Net Administrative Cost Model*. Brussels, 16.3.2005, SEC (2005) 175.

Cooter, Robert – Ulen, Thomas (2004): *Law & Economics*. International Edition. Fourth Edition. Pearson Education, Inc.

Ehrlich, Isaac – Posner, Richard A. (1974): An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *Journal of Legal Studies*, 257-286.

Frey, Bruno S. (1993): Motivation as a Limit to Pricing. *Journal of Economic Psychology*, 635-664.

Garvin, Larry T. (2005): Small Business and the False Dichotomies of Contract Law. *Wake Forest Law Review*, 295-388.

Gomez, Fernando (2003): *EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics perspective*. Working Paper N:o 113. Barcelona.

Hadfield, Gillian K. - Howse, Robert - Trebilcock, Michael J. (1998): Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy. *Journal of Consumer Policy*.

Harrison, Jeffrey L. (1995): *Law and Economics in a nutshell*. St. Pal, Minn.

Haupt, Stefan (2003): An Economic Analysis of Consumer Protection Law. *German Law Journal*.

den Hertog, Johan (2000): General Theories of Regulation. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*. Cheltenham, Edward Elgar, 223-247.

HE 189/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle takausta ja vierasvelkapanttausta koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 109/2003 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi indeksiehdon käytön rajoittamisesta annetun lain 3 ja 7 §:n, asuinhuoneiston vuokrauksesta annetun lain 27 §:n ja liikehuoneiston vuokrauksesta annetun lain 24 §:n muuttamisesta.

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle – Rautio, Jaakko (1998): Ryhmäkanne: oikeustaloustieteellinen näkökulma. Teoksessa Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2*. Helsinki, 159-182.

Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle - Timonen, Pekka (1996a): Coasen teoreema: esittely ja arviointi. Teoksessa Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Tampere, 46-61.

Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle - Timonen, Pekka (1996b): Oikeustaloustiede. Johdantoa lähestymistapoihin ja käsitteisiin. Teoksessa Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Tampere, 11-45.

Kaplow, Louis (2000): General Characteristics of Rules. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. Economics of Crime and Litigation*. Cheltenham, Edward Elgar, 502-528.

Keinänen, Anssi (2004): Tilastollinen analyysi rikostaloustieteessä: teoria ja käytäntö. Joensuu.

Leppämäki, Mikko (1999): Luonnollisen monopolin sääntely. Teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.): *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3*. Helsinki, 219-236.

Mattei, Ugo (1997): *Comparative Law and Economics*. The University of Michigan Press. Ann Arbor.

McNutt, Patric (2000): Public Goods and Club Goods. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 927-951.

Milgrom, Paul & Roberts, John (1992): *Economics, Organization & Management*. New Jersey.

Myrsky, Matti (1997): *Progressiosta verotuksessa*. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä.

Mähönen, Jukka – Määttä, Kalle (2002): *Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Teoksessa *Ervasti, Kaijus – Mincke, Nina (toim.): Oikeuden tuolla puolen*. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus. Saarijärvi, 181-204.

Määttä, Kalle (1997): *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*. Jyväskylä.

Määttä, Kalle (1998a): *Epätäydellinen sopimus*. Teoksessa *Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2*. Helsinki, 53-79.

Määttä, Kalle (1998b): *Verotuet: täsmätukia vai verotulojen tuhlausta?* Teoksessa *Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2*. Helsinki, 245-267.

Määttä, Kalle (1999a): *Oikeustaloustieteen aakkoset*. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki.

Määttä, Kalle (1999b): *Regulaatioteorian perusteita*. Teoksessa *Kanniainen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3*. Helsinki, 21-42.

Määttä, Kalle (2000): *Energiaveropoliitiikka. Tutkimus sähköverosta ja lämmön tuotantopanosten verotuksesta Suomessa*. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä.

Määttä, Kalle (2001): *Regulatory reform and innovations: Whether to trust the invisible hand or use the visible one?* Sitra Reports series 10. Helsinki.

Määttä, Kalle (2002), *Oikeudellisen sääntelyn tutkimus - lastuja sääntelyteoriasta*. *Oikeus* 2002:2, 132-142.

Määttä, Kalle (2003): *Mihin indeksiehtolakia tarvitaan?* *Kansantaloudellinen aikakauskirja*, 72-77.

Määttä, Kalle (2004): *Uusi kilpailunrajoituslaki*. Edita Publishing Oy. Helsinki.

Määttä, Kalle (2006a): *Environmental Taxes – An Introductory Analysis*. Edward Elgar. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA.

Määttä, Kalle (2006b): *Kuluttajansuoja Suomessa 1985-2005 – kuluttajien etujen ajajasta sisämarkkinoiden vahvistajaksi*. Teoksessa *Valtioneuvoston julkaisu* 2006, 117-150.

Määttä, Kalle (2006c): *Oikeustaloustieteen perusteet*. Edita, Helsinki.

Määttä, Kalle – Pihlajamäki, Heikki (2003): Rikoksen hinta. Taloustieteellinen näkökulma rikosoikeushistoriaan. Saarijärvi.

Ogus, Anthony (1994): Regulation: Legal form and economic theory. Oxford.

Ogus, Anthony (1995): Rethinking Self-regulation. Oxford Journal of Legal Studies, 97-108.

Ogus, Anthony I. (2001a): Introduction. Teoksessa Ogus, Anthony I. (ed., 2001): Regulation, Economics and the Law. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA, ix-xviii.

Ogus, Anthony I. (ed., 2001): Regulation, Economics and the Law. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA.

Ostrom, Elinor (2000): Private and Common Property Rights. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics. Cheltenham, Edward Elgar, 332-379.

Panther, Stephan (2000): Non-legal Sanctions. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. General Works, History and Methodology. Cheltenham, Edward Elgar, 999-1028.

Pitofsky, Robert (1998): Self Regulation and Antitrust. D.C Bar Association Symposium. Washington D.C.

Posner, Eric A. (2002): Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure? The Yale Law Journal, 829-880.

Posner, Richard A. (1998): Economic Analysis of Law. Fifth Edition. United States of America.

Posner, Richard A. (2001): Antitrust Law. Second Edition. The University of Chicago Press. Chicago and London.

Pyle, D.J. (1983): The Economics of Crime and Law Enforcement. Macmillan, London.

Pöyhönen, Juha (1987): Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala.

Rabin, Matthew (1998): Psychology and Economics. Journal of Economic Literature, 11-46.

Rubin, Paul H. (2000): Information Regulation (Including Regulation of Advertising). Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts. Cheltenham, Edward Elgar, 271-295.

Sandford, Cedric - Godwin, Michael - Hardwick, Peter (1989): Administrative and Compliance Costs of Taxation. Fersfield, Perrymead: Fiscal Publications.

Schelling, Thomas C. (1983): Preface. In Schelling, Thomas C. (ed.): Incentives for Environmental Protection. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, ix-xix.

Shavell, S. (1984): Liability for harm versus regulation of safety. *Journal of Legal Studies*, 357-374.

Stigler, Georg J. (1971): The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 3-22.

Surrey, Stanley S. (1973): *Pathways to Tax Reform*. Harvard University Press.

Svorny, Shirley (2000): Licensing, Market Entry Regulation. Teoksessa Bouckaert, Boudewijn - De Geest, Gerrit (eds.): *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*. Cheltenham, Edward Elgar, 296-328.

Tietenberg, T.H. (1990): Economic Instruments for Environmental Protection. *Oxford Review of Economic Policy*, 17-33.

Tikka, Kari S. (1972): Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- tai omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Helsinki.

Timonen, Pekka (1996): Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa. Teoksessa Kanninen, Vesa - Määttä, Kalle (toim.): *Näkökulmia oikeustaloustieteen*. Tampere, 129-159.

Tullock, Gordon (1967): The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. *Western Economic Journal*, 224-232.

Wienert, H. (1997): *Regulation and industrial competitiveness: A perspective from regulatory reform*. Paris.