

# **Virkavelvollisuuden rikkominen automatisoidussa hallintopäätöksenteossa**

Rikosoikeus, vastuu ja vastuuseen asettaminen  
Pro gradu -tutkielma

Laatija:  
Joachim Mattfolk

14.5.2022

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu  
Turnitin OriginalityCheck -järjestelmällä.

Pro gradu -tutkielma

**Oppiaine:** Rikosoikeus, vastuu ja vastuuseen asettaminen

**Tekijä:** Joachim Mattfolk

**Otsikko:** Virkavelvollisuuden rikkominen automatisoidussa hallintopäätöksenteossa

**Ohjaaja:** Tatu Hyttinen

**Sivumäärä:** 69 sivua

**Päivämäärä:** 14.5.2022

Tutkielmassa tarkastellaan automatisoitua hallintopäätöksentekoa rikosoikeudellisesta näkökulmasta. Automatisoidussa hallintopäätöksenteossa on kyse siitä, että algoritmi tekee hallintopäätöksen ilman ihmisen osallistumista päätöksentekoon. Yhä useampi hallintopäätös tehdään joko kokonaan tai osittain automatisoidusti. Esimerkiksi Verohallinto tekee vuositasolla noin 14,5 miljoonaa automatisoitua päätöstä.

Automatisoitu päätöksenteko on kuitenkin ongelmallinen rikosoikeudellisen virkavastuun kannalta. Perustuslain 118 § edellyttää, että virkamies on voitava asettaa vastuuseen lainvastaisista toimistaan. Automatisoidussa päätöksenteossa virkamies ei kuitenkaan enää tee varsinaista hallintopäätöstä, joten vastuullinen virkamies on löydettävä muualta. Kyse on siis siitä, kuka on vastuussa automatisoidusta päätöksenteosta.

Tässä tutkielmassa tarkastellaan, miten automatisoitu päätöksenteko soveltuu virkavelvollisuuden rikkomisen ja tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistötekijöihin. Tutkielman metodi on lainopillinen. Lähteinä on käytetty kotimaista oikeuskirjallisuutta, lainsäädäntöä, lainvalmisteluaineistoa sekä aiheeseen liittyviä raportteja, muistioita ja mietintöjä.

Automatisoitu hallintopäätöksenteko on ongelmallinen useamman virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkistötekijöiden kannalta. Erityisen ongelmallisia ovat virkamieskäsite, tuottamus, tahallisuus sekä virkamiehiä koskevien säännösten ja määräysten täsmällisyys. Lisäksi virkavastuun kohdentaminen oikeaan tahoon edellyttää täsmällisesti kuvattuja vastuualueita.

Automatisoitua hallintopäätöksentekoa on tällä hetkellä tutkittu lähinnä hallinto- ja julkisoikeudellisesta näkökulmasta ja aihe vaatii selvästi rikosoikeudellista tutkimustyötä. Rikosoikeudellista osaamista tarvitaan myös automatisoitua päätöksentekoa koskevissa lainsäädäntöhankkeissa.

**Avainsanat:** Algoritmit, automaatio, hallinto-oikeus, hallintopäätökset, rikosoikeus, virkarikokset, virkavastuu.

## Sisällys

<b>Virkavelvollisuuden rikkominen automatisoidussa hallintopäätöksenteossa.....</b>	<b>I</b>
<b>Lähteet.....</b>	<b>IV</b>
<b>Lyhenteet.....</b>	<b>XI</b>
<b>1 Johdanto.....</b>	<b>1</b>
1.1 Taustaa .....	1
1.2 Kysymyksenasettelu.....	2
<b>2 Automatisoidun hallintopäätöksenteon määrittely.....</b>	<b>4</b>
2.1 Hallintopäätöksenteon lähtökohdat.....	4
2.2 Tietokoneavusteinen hallintopäätös.....	6
2.3 Täysin automatisoitu hallintopäätös.....	8
<b>3 Virkamieskäsite, säännökset ja vähäisyys automatisoidussa päätöksenteossa.....</b>	<b>12</b>
3.1 Virkamiehen käsite automatisoidussa päätöksenteossa .....	12
3.2 Säännökset ja määräykset automatisoidussa päätöksenteossa .....	23
3.3 Vähäisyyskysymys automatisoidussa päätöksenteossa .....	32
<b>4 Virkavelvollisuuden tahallinen tai tuottamuksellinen rikkominen automatisoidussa päätöksenteossa .....</b>	<b>35</b>
4.1 Tahallisuus automatisoidussa päätöksenteossa.....	35
4.2 Huolimattomuus automatisoidussa päätöksenteossa .....	45
<b>5 Vastuun osoittamistapoja automatisoidussa päätöksenteossa .....</b>	<b>55</b>
5.1 Ehdotettu vastuuratkaisu maahanmuuttohallinnossa.....	55
5.2 Verohallinnon käyttämä virkavastuumalli .....	59
5.3 Kelan käyttämä virkavastuumalli .....	60
5.4 Havaintoja vastuun osoittamisesta automatisoidussa päätöksenteossa .....	62
<b>6 Lopuksi .....</b>	<b>67</b>

## Lähteet

### Kirjallisuus

Boucht, Johan – Frände, Dan, Suomen rikosoikeus – Rikosoikeuden yleisten oppien perusteet. Poliisiammattikorkeakoulu 2019.

Dahlström, Anniina – Neuvonen, Riku, Robotit uutistoimituksessa – algoritmit ja vastuu joukkoviestinnässä, s. 104–126 teoksessa Korpisaari, Päivi (toim.), Oikeuksia, vapauksia ja rajoituksia – Viestintäoikeuden vuosikirja 2019. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2020.

Frände, Dan – Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus, Keskeiset rikokset. Edita 2018.

Gillespie, Tarleton, The Relevance of Algorithms, s. 167-194 teoksessa Gillespie, Tarleton – Boczkowski, Pablo J. – Foot, Kirsten A. (toim.), Media technologies: Essays on communication, materiality, and society. MIT Press Scholarship Online 2014.

Hakapää, Sari, Hallintoversioiden hyödyntäminen arvonnäköalaverotusmenettelyssä. Edilex 2009.

Hakkarainen, Jenni – Koulu, Riikka – Markkanen, Kalle, Läpinäkyvät algoritmit? Lähdekoodin julkisuus ja laillisuuskontrolli hallinnon digitalisaatiossa. Edita Publishing Oy 2020.

Heuru, Kauko, Hyvä hallinto. Edita Publishing Oy 2003.

Hirvonen, Hanne, Automatisoitu päätöksenteko julkisella sektorilla. Oikeus 3/2018, s. 302-310.

Jyränki, Antero, Uusi perustuslakimme. Iura Nova 2000.

Koistinen, Tatu, Näkökulmia virkarikosten tunnusmerkistöistä sekä virkarikoksia koskevasta oikeuskäytännöstä, s. 129–152 teoksessa Koponen, Pekka – Lahti, Raimo – Kallioinen Laura (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos-, prosessi- ja vahingonkorvausoikeudesta I. Helsingin hovioikeus 2021.

Korkka-Knuts, Heli – Helenius, Dan – Frände, Dan, Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy 2020.

Koskinen, Ida, Koneoppiminen ja EU:n yleisen tietosuojasetuksen vaatimus lainmukaisesta, kohtuullisesta ja läpinäkyvästä käsittelystä. Defensor Legis 2/2018, s. 240–256.

- Koskinen, Seppo – Kulla, Heikki, Virkamiesoikeuden perusteet. Alma Talent 2019.
- Koponen, Pekka, Ongelmallinen olosuhdetahallisuus meillä ja Yhdysvalloissa – Ovatko systematiikka ja yhdenvertaisuus ylläpidettävissä? Defensor Legis 1/2007, s. 37–53.
- Koulu, Riikka, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa? Lakimies 7–8/2018, s. 840–867.
- Koulu, Riikka – Mäihäniemi, Beata – Kyyrönen, Vesa – Hakkarainen, Jenni – Markkanen, Kalle, Algoritmi päätöksentekijänä? Tekoälyn hyödyntämisen mahdollisuudet ja haasteet kansallisessa sääntely-ympäristössä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2019:44. Valtioneuvoston kanslia 2019.
- Kuopus, Jorma, Hallinnon lainalaisuus ja automatisoitu verohallinto. Lakimiesliiton kustannus 1988.
- Kurki, Visa, Voiko tekoäly olla oikeussubjekti? Lakimies 7–8/2018, s. 820–839.
- Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Helenius, Dan – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka, Rikosoikeus. 4., uudistettu painos, päivittyvä versio. SanomaPro 2013. <https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/GAHBGXCTDG#piste:td>
- Makkonen, Kaarle, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia – rakenneanalyttinen tutkimus. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta, 1981.
- Mansikka, Tanja, Kuka kantaa virkavastuuta? – Virkavastuusta kunnassa ja sen ulottumisesta ulkoistettuun toimintaan sekä epäasiallisesta vaikuttamisesta päätöksentekoon. Edilex 2014.
- Minkkinen, Panu, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 2., uudistettu painos, päivittyvä versio. Alma Talent 2018. <https://fokus-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/DACBFXGTFFF#kohta:HALLINTO-OIKEUS/piste:td>
- Mäenpää, Olli, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 5., uudistettu painos. Edita Publishing 2016.
- Mäntylä, Niina – Karjalainen Ville – Korhonen, Nora – Siikavirta, Kristian – Wenander, Henrik – Annola, Vesa, Virkavastuu julkishallinnon muuttuvassa

- toimintaympäristössä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2022:14.
- Määttä, Pekka, Tuomarin rikosoikeudellinen vastuu rikosasian käsittelyn viipymisestä erityisesti silmällä pitäen eräitä rikoslain 40 luvun 9 ja 10 §:ien tunnusmerkistötekijöitä. *Defensor Legis* 3/2008, s. 372–389.
- Niemi, Kari, Automatisoidut päätösprosessit kiinteistökirjaamisen menettelyssä, s. 305–326 teoksessa Iire, Tero (toim.), *Varallisuus, vakuudet ja velkojat: juhla-julkaisu Jarmo Tuomisto 1952-9/6-2012*. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012.
- Nuutila, Ari-Matti, Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus 1997.
- Oker-Blom, Max, AI som uppfinnare/patentinnehavare? Rättsdogmatiska och rättspolitiska synpunkter. *JFT* 3/2020, s. 330–340.
- Pasquale, Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press 2015.
- Parviainen, Mervi, Kenen on vastuu? Vastuut ja seuraamukset palvelussuhteessa. Edita Publishing Oy 2010.
- Pöysti, Tuomas, Kohti digitaalisen ajan hallinto-oikeutta. *Lakimies* 7–8/2018, s. 868–903.
- Saraviita, Ilkka, *Perustuslaki*. Talentum 2011.
- Smits, Jan M., What Is Legal Doctrine? – On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research, s. 207–228 teoksessa van Gestel, Rob – Micklitz, Hans-W. – Rubin, Edward L. (toim.), *Rethinking Legal Scholarship – A Transatlantic Dialogue*. Cambridge University Press, 2017.
- Suksi, Markku, Administrative due process when using automated decision-making in public administration: some notes from a Finnish perspective. *Artificial Intelligence and Law* 1/2021, s. 87–110.
- Suksi, Markku, Rättsstatlighet, god förvaltning och ämbetsansvar vid automatiserat beslutsfattande. *JFT* 5-6/2019, s. 267-302.
- Suksi, Markku, Förvaltningsbeslut genom automatiserat beslutsfattande – statsförfattnings- och förvaltningsrättsliga frågor i en digitaliserad myndighetsmiljö. *JFT* 5/2018, s. 329–371.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu, *Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi, 3., uudistettu painos*. Alma Talent Oy 2019.

- Tapani, Jussi, Sattumaa vai ei – korkein oikeus, kieltoerehdys ja tahallisuuden kohde. *Lakimies* 3/2009, s. 470–481.
- Tiura-Virta, Helinä, Automatisoidun päätöksenteon suojakeinot poliisin passi- ja henkilökorttimenettelyiden kannalta. *Edilex* 2022.
- Tolvanen, Matti, Oikeustapauskommentti KKO 2008:90, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): *KKO:n ratkaisut kommentein II 2008*. Talentum 2009. Päivittyvä verkkojulkaisu.
- Vainio, Niklas – Hämäläinen, Kari – Jartti, Petteri – Helin, Antti, Julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskeva lainsäädäntö – Työryhmämietintö. Oikeusministeriön julkaisuja, mietintöjä ja lausuntoja 2022:7.
- Vainio, Niklas – Tarkka, Valpuri – Jaatinen, Tanja, Arviomuistio hallinnon automaattiseen päätöksentekoon liittyvistä yleislainsäädännön sääntelytarpeista. Oikeusministeriön julkaisuja, selvityksiä ja ohjeita 2020:14.
- Vihriälä, Helena, Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012.
- Viljanen, Pekka, Oikeustapauskommentti KKO 2004:132, teoksessa Timonen, Pekka (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein II 2004*. Talentum 2005.
- Voutilainen, Tomi, Chatbot-sovellus osana viranomaisten neuvontapalveluja. *Lakimies* 7–8/2018, s. 904–927.
- Voutilainen, Tomi – Kurvinen, Evgeniya, Kuntien tietohallinnon järjestäminen – Vastuut ja rajoitteet ulkoistamisessa. *Edilex* 2015.
- Voutilainen, Tomi, *Hyvä sähköinen hallinto*. Edita Publishing Oy 2006.
- Zerilli, John – Knott, Alistair – Maclaurin, James – Gavaghan, Colin. *Transparency in Algorithmic and Human Decision-Making: Is There a Double Standard?* *Philosophy & Technology*. 32/2019, s. 661–683.

## **Virallislähteet**

*Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisut:*

EOAK/3379/2018

EOAK/3393/2017

Dnro 1398/4/07

*Valiokuntamietinnöt*

HaVM 29/2002 vp – Hallituksen esitys hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain

muuttamisesta.

LaVM 28/2002 vp – Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LaVM 7/1989 vp – Lakivaliokunnan mietintö n:o 7 hallituksen esityksen johdosta virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.

#### *Hallituksen esitykset*

HE 18/2019 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 224/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

HE 77/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännöksiä muuttamisesta.

HE 58/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.

#### *Oikeusministeriön julkaisut:*

Oikeusministeriön lausuntopyyntö VN/3071/2020, 09.06.2021.

Oikeusministeriön lausuntopyyntöön VN/3071/2020 liittyvä muistio: Hallinnon automaattinen päätöksenteko – Käyttöalaa ja läpinäkyvyyttä koskevat säännösluonnokset.

#### *Perustuslakivaliokunnan lausunnot:*

PeVL 7/2019 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 62/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 35/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.

### *EU:n julkaisut*

Tietosuojaneuvoston suuntaviivat WP251rev.01.

### *Valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisut ja lausunnot*

OKV/131/70/2020

OKV/1348/21/2020

### *Valtiovarainministeriön julkaisut*

Arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:54.

### *Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan ratkaisut*

Diaari 216/2017, antopäivä 21.3.2018

### **Oikeustapaukset**

KHO 2009:24

KKO 2022:10

KKO 2020:29

KKO 2018:90

KKO 2017:92

KKO 2017:67

KKO 2016:90

KKO 2013:6

KKO 2011:40

KKO 2010:75

KKO 2009:38

KKO 2008:95

KKO 2008:90

KKO 2008:42

KKO 2004:132

KKO 2000:14

KKO 1998:41

KKO 1995:4

KKO 1992:78

## Lyhenteet

Hankintalaki	laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
Tietosuoja-asetus	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta
Viranhaltijalaki	laki kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta (304/2003)
Virkamieslaki	Valtion virkamieslaki (750/1994)

# 1 Johdanto

## 1.1 Taustaa

Automatisoidut prosessit vaikuttavat yhä enenevässä määrin ihmisten elämään. Yhä useampi hallintopäätös tehdään automatisoidusti joko osittain tai kokonaan. Automaatiota hyödynnetään esimerkiksi kuluttajaluottojen myöntämisessä, osakekaupassa, journalistiikassa, viranomaisten ja yhtiöiden palveluissa niin sanottujen chatbottien muodossa sekä erilaisissa hallintotoimenpiteissä, kuten kiinteistökirjaamisissa<sup>1</sup>. Esimerkiksi Verohallinto tekee vuosittain noin 14,5 miljoonaa automatisoitua päätöstä, Kansaneläkelaitos yli 40 miljoonaa automatisoitua päätöstä ja Liikenne- ja viestintävirasto puolestaan noin 13 miljoonaa automatisoitua päätöstä.<sup>2</sup> Automaatiota käytetään nyt jo laajasti ja automaation käyttö tulee todennäköisesti kasvamaan entisestään tulevaisuudessa.

Automaation käyttäminen hallintoprosessissa on haastavaa erityisesti rikosoikeudellisen virkavastuun kohdentamisen näkökulmasta. Perinteisesti hallintopäätös on yksittäisen virkamiehen tekemä, jolloin on ollut helppoa tietää, kuka vastaa päätöksestä. Jos päätöksen tekee virkamiehen sijaan tietokonealgoritmi, eikä virkamies osallistu lainkaan päätöksentekoon, voidaanko virkamies asettaa vastuuseen päätöksestä? Voiko olla niin, ettei kukaan ole vastuussa algoritmin tekemistä päätöksistä ja mahdollisista virheistä? Nämä kysymykset eivät ole ainoastaan teoreettisia, sillä näitä asioita on jo käsitelty käytännössä. Ylimmät laillisuusvalvojat ovat ottaneet kantaa esimerkiksi verottajan automatisoituun päätöksentekoon sekä Kelan automatisoituun päätöksentekoprosessiin<sup>3</sup>.

Mutta miksi virkavastuukysymys on ylipäänsä tärkeä? Miksi on voitava asettaa yksittäinen virkamies vastuuseen, jos kerran algoritmi tekee päätöksen – eivätkö tässä kaikki voita? Kone tekee päätöksen, asiakasta palvellaan nopeasti ja viranomaisten resurssit säästyvät, kun pärjätään vähemmällä henkilötyövuosilla. Asia ei kuitenkaan ole näin yksinkertainen. Virkavastuuta koskeva sääntely ja sen rikkomisen kriminalisointi kytkeytyvät nimittäin vahvasti yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen kulmakiveen – perustuslakiin (731/1999).

---

<sup>1</sup> Ks. yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan ratkaisu 216/2017, Dahlström – Neuvonen 2020, Voutilainen 2018, Hirvonen 2018 ja Niemi 2012.

<sup>2</sup> Vainio – Hämäläinen – Jartti – Helin 2022:7, s. 41–42.

<sup>3</sup> EOAK/3379/2018 ja OKV/131/70/2020.

Perustuslaki edellyttää, että virkamies on voitava asettaa vastuuseen lainvastaisesta menettelystään. Perustuslain 118 § 3 momentin mukaan jokaisella, joka on kärsinyt oikeudenloukkauksen tai vahinkoa virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi, on oikeus vaatia tämän tuomitsemista rangaistukseen sekä vahingonkorvausta julkisyhteisöltä taikka virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta sen mukaan kuin lailla säädetään. Jos automatisoitu päätöksenteko toteutetaan niin, ettei yksittäistä virkamiestä ole mahdollista vaatia mainitun lainkohdan mukaisesti tuomittavaksi rangaistukseen, toiminta ei ole perustuslain mukaista. Suksi on huomauttanut, että mikäli vastuussa olevaa virkamiestä ei löydy, yli puolet perustuslain 118 §:stä muuttuu tyhjäksi säädökseksi<sup>4</sup>. Viranomaisen ei voi järjestää toimintaansa niin, että perustuslailta putoaa pohja. Mikäli hallintopäätöksestä vastuussa olevaa virkamiestä ei voida osoittaa, kyse on vakavasta puutteesta viranomaisen julkisen vallan käytössä.

Samalla on muistettava virkamiesten oikeusturva. Perustuslain 8 § ja rikoslain (39/1889) 3 luvun 1 § ilmentävän rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Mikäli virkavastuun perusteet ovat epäselvät, eivät virkamiehet voi tietää minkälaista käyttäytymistä heiltä odotetaan ja he voivat pahimmassa tapauksessa syyllistyä rikokseen tietämättään.

## 1.2 Kysymyksenasettelu

Tässä tutkielmassa tarkastelen, miten automatisoitu päätöksenteko soveltuu virkavelvollisuuden rikkomisen ja tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistökäsitteisiin. Rikosoikeudellinen virkavastuu kohdentuu viime kädessä rikoslaissa olevien säädösten perusteella, joten tarkastelu on mielekästä tehdä rikoksen tunnusmerkistön kautta. Tunnusmerkistökäsitteiden lisäksi rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvat rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, tahallisuus ja tuottamus nousevat tarkastelun kohteeksi.

Tutkielman ytimeen sijoittuvat hallintopäätöksen käsite, automatisoidun päätöksenteon käsite, automatisoidun päätöksenteon prosessi ja näiden sijoittuminen rikosoikeudelliseen vastuuopin ja rikoksen tunnusmerkistön kehukseen. En rajoita tarkastelua koskemaan tietäntyyppistä

---

<sup>4</sup> Suksi 2018, s. 352.

automatisoitua hallintopäätöstä, vaan tarkastelu koskee kaikkia hallintopäätöslajeja. Vaikka hallinnonaloista on olemassa oma erityislainsäädäntönsä, niitä kaikkia ohjaa hallintolaki (434/2003) sekä hyvän hallinnon periaatteet. Katson, että tarkastelu tulee tehdä yleislakitasolla, jotta rikosoikeudellisesta tarkastelusta tulisi mahdollisimman kattava.

Tutkielmani tutkimusmetodi on lainopillinen. Lainopin tehtävä on systematisoida ja esitellä tulkintasuosituksia.<sup>5</sup> Tulen tutkielmassa asettamaan automatisoidun päätöksenteon virkavelvollisuuden rikkomisrikosten eri tunnusmerkistötekijöihin. Tämä mahdollistaa tunnusmerkistön mukaisen arvioinnin suorittamisen automatisoidusta päätöksenteosta. Näin on mahdollista havaita mahdollisia ongelmakohtia virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkistötekijöiden täyttymisessä.

Lähteinä tulen käyttämään asiaan liittyvää kotimaista lainsäädäntöä, lainvalmistelumateriaalia, kirjallisuutta sekä aiheeseen liittyviä raportteja, muistioita ja mietintöjä. Automatisoidusta päätöksenteosta on myös ollut muutamia lainsäädäntöhankkeita, jotka eivät tulleet voimaan. Hyödynnän näiden lainsäädäntöhankkeiden valmisteluaineistoa, vaikka niiden oikeuslähdeopillinen asema on heikko. Katson, että ne kuitenkin rikastuttavat keskustelua ja havainnollistavat automatisoituun päätöksentekoon liittyviä rikosoikeudellisia haasteita. Puhtaasti rikosoikeudellista tutkimustyötä ei ole vielä tehty automatisoidusta hallintopäätöksenteosta, vaan kirjallisuus on pääosin joko hallintotieteellistä tai julkisoikeudellista.

Tarkastelu aloitetaan hallintopäätöksenteon sekä tietokoneavusteisen ja automatisoidun päätöksenteon käsitteistä. Tämän jälkeen analysoin automatisoitua päätöksentekoa virkavelvollisuuden rikkomisen ja sen tuottamuksellisen rikkomisen tunnusmerkistötekijöiden valossa. Lopuksi analysoin käytössä olevia ja ehdotettuja ratkaisuja vastuutahon osoittamisesta automatisoidussa päätöksenteossa.

---

<sup>5</sup> Minkkinen 2017, s. 909. Ks. myös Smits 2017, s. 221–227.

## 2 Automatisoidun hallintopäätöksenteon määrittely

### 2.1 Hallintopäätöksenteon lähtökohdat

Hallintopäätöksistä ja hallintopäätösmenettelystä säädetään hallintolaissa. Automatisoiduista hallintopäätöksistä ei ole erikseen säädetty hallintolaissa, joten automatisoitu hallintopäätöksenteko on sidottu samoihin menettelysäännöksiin kuin muutkin hallintoasiat. Hallintolain säännökset viranomaisen selvittämisvelvollisuudesta, asianosaisen kuulemisesta sekä hallintopäätöksen muodosta ja sisällöstä ovat siis yhtä lailla sitovia automatisoidussa prosessissa. Erityislainsäädännöllä on kuitenkin voitu poiketa hallintolain menettelysäännöksistä ja tällä tavalla luopua esimerkiksi kuulemisvelvoitteesta.<sup>6</sup> Kuulemisvelvoitteesta luopuminen on vuorostaan auttanut mahdollistamaan automatisoidun päätöksenteon toteutumisen.

Viranomaisella on perustuslain 21 § mukainen velvollisuus ottaa käsittelyyn ja ratkaista sen toimivaltaan kuuluvia asioita. Tähän velvollisuuteen kuuluu myös velvollisuus ratkaista asianmukaisesti vireille tulleita asioita – eli viranomaisella on ratkaisupakko.<sup>7</sup>

Hallintopäätöksen muodosta, sisällöstä ja sen perustelemisesta säädetään hallintolain 43–46 §:ssä. Lähtökohtaisesti päätös on annettava kirjallisesti ja siitä on käytävä ilmi päätöksen tekemisen ajankohta; päätöksen tehnyt viranomainen; asianosaiset, joihin päätös välittömästi kohdistuu; päätöksen perustelut ja yksilöity tieto siitä, mihin asianosainen on oikeutettu tai velvoitettu taikka miten asia on muutoin ratkaistu sekä sen henkilön nimi ja yhteystiedot, jolta asianosainen voi pyytää tarvittaessa lisätietoja päätöksestä.

Hallintopäätöksiä tehdään joko yksittäisen virkamiehen tai monijäsenen toimielimen toimesta ja päätöksiä voidaan myös tehdä toisen virkamiehen esittelystä.<sup>8</sup> Tämän lisäksi tehdään automatisoituja hallintopäätöksiä. Näitä automatisoituja päätöksiä tehdään usein niin sanotussa massahallinnossa. Kyse on yksinkertaisista päätöstyypeistä, joihin ei sisälly

---

<sup>6</sup> Esimerkiksi kestävän metsätalouden määräaikainen rahoituslaki (34/2015) 31 § tai ennakkoperintälain (1118/1996) 10 §.

<sup>7</sup> Mäenpää 2016, s. 297–298. Hallintolaissa ei ole säädetty viranomaisille velvollisuutta tehdä päätöksiä, eikä asianosaiselle oikeutta saada asiassaan päätöstä – tämä oikeus on johdettava PL 21 §:stä.

<sup>8</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Päätöksentekotavat hallinnossa > Esittely > Esittelymenettely (27.4.2022 08:25:39) ja Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Päätöksentekotavat hallinnossa > Päätöksentekomuodot > Virkamies tai monijäseninen toimielin (27.4.2022 08:28:41).

harkintaa, vaan ne ovat muutettavissa muotoon: ”jos A, niin B”.<sup>9</sup> Tällaiset päätöstyypit ovat helposti koodattavissa ja automatisoitavissa.

Hallintopäätöksenteossa on perimmiltään kyse viranomaisen ratkaisusta, jotka vaikuttavat asianosaisten etuihin, oikeuksiin tai velvollisuuksiin. Päätös sitoo oikeudellisesti asianosaista ja määrittelee, mihin hän on oikeutettu tai mihin toimiin hänet velvoitetaan. Kyse voi esimerkiksi olla hallintoluvasta, taloudelliseen etuun oikeuttavasta tai taloudellisesti velvoittavasta päätöksestä tai jonkun asian rekisteröinnistä.<sup>10</sup> Hakapää on huomauttanut, että automatisoidun menettelyn laillinen perusta pohjautuu lain lisäksi hyvän hallinnon takeisiin ja hallinto-oikeudellisiin periaatteisiin. Vaikka menettely on automatisoitu, viranomaiset ovat edelleen velvoitettuja noudattamaan näitä periaatteita ja toimintatapoja.<sup>11</sup>

Perustuslakivaliokunta on massaluonteisen verotusmenettelyn osalta todennut, että hyvän hallinnon vaatimukset eivät saa massaluonteisessakaan toiminnassa vaarantua.<sup>12</sup> Katson, että tämä sama vaatimus koskee myös muuta hallintotoimintaa.

Kuten perinteisessä hallintoprosessissa, automatisoidussa päätöksenteossa on otettava yleinen tietosuoja-asetus huomioon (Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus [EU] 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta). Tietosuoja-asetusta sovelletaan automatisoituun päätöksentekoon ja profilointiin. Asetuksen 22 artiklan 1 kohdan mukaan rekisteröidyllä on oikeus olla joutumatta sellaisen päätöksen kohteeksi, joka perustuu pelkästään automaattiseen käsittelyyn, kuten profilointiin, ja jolla on häntä koskevia oikeusvaikutuksia tai joka vaikuttaa häneen vastaavalla tavalla merkittävästi. EU:n tietosuojaneuvosto on antanut suuntaviivoja tietosuoja-asetuksen täytäntöön panemiseksi<sup>13</sup>. Tietosuojaneuvosto on katsonut, että artiklan fraasi päätöksestä, joka *perustuu pelkästään automatisoituun päätöksentekoon*, tarkoittaa päätöksentekoprosessia, johon ei osallistu

<sup>9</sup> Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 13.

<sup>10</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 4. Hallintolain soveltamisala > Hallintolain asiallinen soveltamisala > Hallintoasiat, joiden käsittelyssä sovelletaan hallintolakia > Hallintopäätöksen tekeminen (3.4.2021 15:33:30).

<sup>11</sup> Hakapää 2009, s. 8. Hakapää puhuu automatisoidusta verotusmenettelystä, mutta hänen kantansa on hyvin sovellettavissa myös muuhun hallintomenettelyyn.

<sup>12</sup> PeVL 35/2005, s. 2.

<sup>13</sup> WP251rev.01. Tietosuojaneuvosto korvasi aikaisemmin perustetun EU:n tietosuojatyöryhmän. Tietosuojatyöryhmä oli riippumaton EU:n työryhmä, joka käsitteli yksilöiden suojelua henkilötietojen käsittelyssä koskevia kysymyksiä 25.5.2018 asti, jolloin sen korvasi Euroopan tietosuojaneuvosto. Euroopan tietosuojaneuvosto on perustettu yleisen tietosuoja-asetuksen 68 artiklalla ja tietosuojaneuvoston tehtävä on muun muassa antaa suuntaviivoja, suosituksia ja parhaita käytänteitä, joiden tarkoituksena on tukea yleisen tietosuoja-asetuksen johdonmukaista soveltamista. Euroopan tietosuojaneuvosto on hyväksynyt tietosuojatyöryhmän suosituksen WP251rev.01.

ihmisiä. Samalla ryhmä on todennut, että kyseinen artikla tarkoittaa automatisoidun päätöksenteon yleistä kieltoa, elleivät artiklan muissa kohdissa mainitut poikkeusehdot täyty. Poikkeusehtoja ovat muun muassa rekisteröidyn nimenomainen suostumus ja automatisoidun päätöksenteon hyväksyminen jäsenvaltion lainsäädännössä.<sup>14</sup>

Tietosuoja-asetuksessa ei oteta kantaa siihen, minkälaisessa toiminnassa automatisoitu päätöksenteko tapahtuu. Asetus koskee kaikkea automatisoitua päätöksentekoa, jolla on henkilöä koskevia oikeusvaikutuksia. Asetus koskee automatisoitua päätöksentekoa, joka vaikuttaa henkilöön vastaavalla tavalla merkittävästi. Esimerkki tällaisesta henkilöön merkittävästi vaikuttavasta päätöksestä on online-luottihakemuksen automaattinen epääminen. Tähän kategoriaan lukeutuvat myös erinäiset hallintopäätökset, jotka vaikuttavat asianosaisen etuun, oikeuteen tai velvollisuuteen. Oikeusministeriön työryhmämietinnössä julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskevasta lainsäädännöstä on todettu, että EU:n tietosuojalainsäädäntö koskee automaattisia päätöksiä siltä osin, kun ne kohdistuvat luonnollisiin henkilöihin.<sup>15</sup> Tietosuoja-asetus ja sen asettamat reunaehdot on siis otettava huomioon automatisoidussa päätöksenteossa.

## 2.2 Tietokoneavusteinen hallintopäätös

Koska automatisoidusta päätöksenteosta ei ole olemassa omaa lainsäädäntöä, automatisoidun päätöksenteon käsitettä ei ole myöskään määritelty lain tasolla. Automatisoidulle päätöksenteolle ei myöskään ole oikeuskirjallisuudessa olemassa yksiselitteistä vakiintunutta määritelmää, koska ilmiö on moniulotteinen ja jatkuvassa kehityksessä. Automaatiota voidaan lähestyä esimerkiksi tietojenkäsittelytieteen tai oikeustieteen näkökulmasta. Riippuen siitä, mistä näkökulmasta automaatiota lähestytään, voidaan päätyä täysin erilaisiin määritelmiin.

Automatisoitu hallintopäätöksenteko voidaan toteuttaa joko osittaisella automaatiolla tai täysin automatisoidusti. Osittaisessa automaatiossa on kyse tietokoneavusteisesta päätöksenteosta. Käytän tässä työssä oikeusministeriön arviomuistiossa käytettyä määritelmää tietokoneavusteisesta hallintopäätöksestä. Tietokoneavusteinen hallintopäätös on sellaista päätöksentekomenettelyä, jossa asian rekisteröinti, vireille tulo, valmistelu ja ratkaisuehdotus

---

<sup>14</sup> WP251rev.01, s. 21–22. Tukea tähän tulkintaan tulee tietosuoja-asetuksen johdannon kohdasta 71, jonka mukaan automatisoitu päätöksenteko olisi sallittava muun muassa, jos siihen annetaan nimenomainen lupa jäsenvaltion lainsäädännössä.

<sup>15</sup> Vainio – Hämäläinen – Jarti – Helin 2022:7, s. 13.

on tehty algoritmin toimesta automaattisesti.<sup>16</sup> Varsinainen päätöksenteko jää tässä tietokoneavusteisessa päätöksenteossa virkamiehen harteille. Kyse ei siis varsinaisesti ole automatisoidusta päätöksentekomenettelystä, vaan enemmänkin automatisoidusta valmistelusta ja esittelystä. Katson kuitenkin, että tässä tutkielmassa on syytä tarkastella rikosoikeudellisen virkavastuun toteutumista myös tietokoneavusteisessa prosessissa.

Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa automaatiota voidaan käyttää hallintopäätöksenteon alku-, keski- ja loppuvaiheessa. Yhteistä näissä tietokoneavusteisissa päätöksentekomuodoissa on kuitenkin se, että virkamies toimii päätöksentekijänä riippumatta siitä, missä vaiheessa päätöksentekoprosessia automaatiota käytetään. Automaatiota käytetään esimerkiksi tiedonkeräyksessä tai viimeistelemään päätöspohjaa sen jälkeen, kun virkamies on tehnyt päätöksen.<sup>17</sup> Viimeksi mainittu viimeistelytoimenpide ei ole mielestäni luettavissa päätöksenteoksi, vaan ainoastaan tekniseksi toimenpiteeksi varsinaisen päätöksenteon jälkeen. Päätös on jo tehty, mutta automaatio viimeistelee päätöslomakkeen.

Oma erityiskysymyksensä on, mihin rajanveto tietokoneavusteisen ja täysin automatisoidun päätöksenteon välillä vedetään lakitasolla. EU:n tietosuojaneuvosto on tietosuoja-asetuksen kiertämisen estämiseksi linjannut, että täysin automatisoituun päätöksentekoon lukeutuu sellainen päätöksenteko, jossa ihminen ainoastaan muodon vuoksi hyväksyy tai allekirjoittaa automaatiossa tehdyn päätöksen. Automatisoitua päätöksentekoa koskevia säännöksiä ei voida kiertää asettamalla ihmistä teennäisesti hyväksymään automaation tekemiä ratkaisuehdotuksia. Eli vaikka ihminen virallisesti tekee päätöksen, tietosuojaneuvosto katsoo, ettei ole kyse tietokoneavusteisesta päätöksenteosta vaan täysin automatisoidusta päätöksenteosta. Jotta olisi kyse tietokoneavusteisesta päätöksenteosta, ihmisellä tulee olla tosiasiallinen pätevyys ja valtuutus muuttaa algoritmin tuottamia ratkaisuja.<sup>18</sup>

Tietosuojaneuvoston esiin tuoma rajanvetoerimerkki johtaisi mielestäni kansallisella tasolla ongelmallisiin tilanteisiin rikosoikeudellisen virkavastuun toteutumisen kannalta. Virkamies on muodon vuoksi tehnyt hallintopäätöksen, vaikka päätös tosiasiallisesti on tehty algoritmin toimesta. Samalla hänellä ei ole valtuuksia muuttaa algoritmin tekemää päätöstä. Voidaanko virkamiehen silloin edes katsoa olevan vastuussa päätöksestä? Tällainen tilanne olisi erittäin

---

<sup>16</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 11 ja 18.

<sup>17</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 18–19.

<sup>18</sup> WP251rev.01, s. 22.

ongelmallinen Suomen virkavastuujärjestelmän kannalta. Puin tätä problematiikkaa tarkemmin jaksossa 5.1.

Katson, että rajanveto tietokoneavusteisen ja täysin automatisoidun päätöksenteon välillä olisi syytä määritellä lain tasolla. Vaikka tietosuojaneuvoston tehtävänä on tukea yleisen tietosuojasetuksen johdonmukaista soveltamista, kyse on suosituksesta. Lain tasolla säädetty määritelmä selkeyttäisi mielestäni rajanvetoa tietokoneavusteisen ja automatisoidun päätöksenteon välillä.

Tietosuojaneuvoston kannanoton johdosta katson, että viranomaisten tulisi järjestää tietokoneavusteinen päätöksenteko sillä tavalla, että päätöksen tekevän virkamiehen velvollisuuksiin ja tehtäviin kuuluu tarkistaa ja tarvittaessa muuttaa algoritmin tuottamat ratkaisuehdotukset. Vieroksuisin sellaista toimintatapaa suomalaisissa hallintoviranomaisissa, missä virkamiestä käytettäisiin automatisoidusti luotujen ratkaisuehdotuksien kumileimasimena antamatta hänelle tosiasiallista päätösvaltaa. En myöskään toivo, että kukaan virkamies suostuisi ryhtymään pelkäksi kumileimasimeksi.

### **2.3 Täysin automatisoitu hallintopäätös**

Tietokoneavusteisesta hallintopäätöksestä on erotettava hallintopäätös, joka on tehty täysin automaatiolla. Käytän tästä termiä automatisoitu hallintopäätös. Kyseessä on päätös, josta ihminen on poistettu kokonaan päätöksenteosta.

Oikeusministeriö on käynnistänyt säädösvalmisteluhankkeen automaattista päätöksentekoa koskevan hallinnon yleislainsäädännön valmistelusta.<sup>19</sup> Tämän yhteydessä on tehty lausuntopyyntö hallintolain muuttamisesta automatisoidun päätöksenteon osalta.

Lausuntopyynnössä automaattisen ratkaisun on määritelty olevan sellainen, jossa lopullinen hallintopäätös tehdään ilman käsittelijän osallisuutta.<sup>20</sup> Tämä määritelmä on varsin väljä, eikä vielä kerro paljon automatisoidun päätöksenteon luonteesta. Väljästi määritelty termi antaa tietenkin vapautta automaation toteuttamisen suhteen.

Myös esimerkiksi Hakkarainen, Koulu ja Markkanen ovat määritelleet automaation käsitettä varsin väljästi: ”Automaatiolla tarkoitetaan jonkin prosessin tai osaprosessin suunnittelua ja

---

<sup>19</sup> Hankenumero OM021:00/2020.

<sup>20</sup> Lausuntopyynnön VN/3071/2020 liitteenä oleva muistio, s. 3.

rakentamista sellaiseksi, että ihmisen läsnäolo ei ole välttämätöntä sen toiminnalle”.<sup>21</sup> Hakkarainen, Koulu ja Markkanen käyttävät myös termiä hallintoautomaatio, joka viittaa menettelyyn, jossa ”päästötyyppi tai päätösprosessin osa on siirretty ihmiseltä koneelle, tietoteknisen järjestelmän suoritettavaksi”.<sup>22</sup> Näistä määritelmistä on luettavissa, että automaatiossa ihminen poistetaan kokonaan tietystä prosessin osasta. Automatisoidussa päätöksenteossa on siis kyse siitä, että ihminen poistetaan vähintään hallintoprosessin viimeisestä osiosta – päätöksenteosta. Ihminen voi silti esimerkiksi laittaa asian vireille tai syöttää tarvittavaa dataa tietojärjestelmään, mutta päätöksentekoprosessi etenee päätökseksi itseksensä.

Automaatiota saavutetaan ihmisen kirjoittamilla algoritmeilla. Algoritmin määritelmä voi vaihdella suuresti. Yksinkertaisimmillaan algoritmilla voidaan tarkoittaa sääntöjoukkoa<sup>23</sup> tai tietokoneohjelmistoon koodattua laskelmakaaviota<sup>24</sup>. Gillespie määrittelee algoritmin seuraavasti: Tiettyihin laskukaavoihin perustuvia menetelmiä syötetyn datan muuttamiseksi halutuksi lopputulokseksi. Menetelmät voivat kuvata sekä ongelman ja sen ratkaisemiseksi tarvittavat välivaiheet<sup>25</sup>. Hakkarainen, Koulu ja Markkanen määrittelevät algoritmin olevan ”vaiheittaista, ohjelmointikielistä tai matemaattista kuvausta tai ohjetta siitä, kuinka järjestelmän tulee suorittaa jokin tehtävä”<sup>26</sup>. Algoritmin määritelmä voi siis olla erittäin moniulotteinen tai erittäin yksinkertainen. Katson, että tämä termi tulisi määritellä lakitasolla. Samaa mieltä on myös perustuslakivaliokunta. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa koskevasta laista todennut, että ”algoritmin julkisuuden asianmukainen toteutuminen yksityiselle ymmärrettävässä muodossa edellyttää, että laissa on tarkkarajaisesti ja täsmällisesti määritelty, mitä algoritmilla automatisoidussa päätöksenteossa tarkoitetaan”.<sup>27</sup> Perustuslakivaliokunnan kanta on varsin selvä. Algoritmin käsitettä tulee määritellä lain tasolla.

Tässä työssä tarkoitan algoritmilla ihmisen kirjoittamaa sääntöjoukkoa, joka suorittaa laskukaavoja ennalta määritellyn tuloksen saavuttamiseksi. Automaatiota voidaan toteuttaa joko sääntöpohjaista tai oppivaa algoritmia käyttäen. Sääntöpohjaisessa automaatiossa on

---

<sup>21</sup> Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 9.

<sup>22</sup> Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 9.

<sup>23</sup> Oker-Blom 2020, s. 330, ”en uppsättning av regler”.

<sup>24</sup> Pasquale 2015, s. 21–22, ”calculations coded in computer software”.

<sup>25</sup> Gillespie 2014, s. 167. ”encoded procedures for transforming input data into a desired output, based on specified calculations. The procedures name both a problem and the steps by which it should be solved”.

<sup>26</sup> Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 2.

<sup>27</sup> PeVL 7/2019 vp, s. 10.

kyse siitä, että automatisoitavat oikeussäännöt ovat muutettu binäärisiksi, eli kyllä/ei-tyyppisiksi säännöiksi.<sup>28</sup> Algoritmi noudattaa ennakolta määriteltyä logiikkaa.<sup>29</sup> Automaation toiminta on siis ennalta määriteltyä, kaavamaista päätöksentekoa, jota on mahdollista jälkikäteen todentaa.<sup>30</sup> Tämä asettaa luonnollisesti vaatimuksia automatisoinnin kohteena oleville oikeussäännöille. Niiden tulisi sisältää yksiselitteisesti arvioitavia asioita, eivätkä ne saisi sisältää avoimia käsitteitä, harkinnanvaraisuutta tai yleisiä periaatteita.<sup>31</sup> Mitä tahansa oikeussääntöä ei voida sääntöpohjaisessa automaatiossa toteuttaa, vaan sen on täytettävä edellä mainitut kriteerit. Sääntöpohjaisen algoritmin luonteesta johtuen sen tekemien päätöksien perustelut ovat kuitenkin verrattain helppoja löytää. Riittää, että seurataan algoritmin kyllä/ei-sääntöjen päättelyketjua ja saadaan tämän avulla selville, miksi ja miten algoritmi on päätenyt tiettyyn ratkaisuun.

Aivan toisenlaisella tavalla toimii vuorostaan oppiva algoritmi. Oppiva algoritmi nimensä mukaisesti oppii itse luomisensa jälkeen.<sup>32</sup> Algoritmi opetetaan ensin toimimaan harjoitusdatalla.<sup>33</sup> Tämä tapahtuu siten, että algoritmit opetetaan esimerkkien avulla itsenäisesti tunnistamaan toistuvia rakenteita suurista datamassoista ja parantamaan tuloksiaan oppimisen jatkuessa.<sup>34</sup> Tämän jälkeen algoritmi kehittyy ja oppii itse.<sup>35</sup> Algoritmi voi esimerkiksi löytää suuresta hakemusjoukosta ja hakemuksista tehdyistä päätöksistä säännönmukaisuuksia hakemusten sisällön ja päätösten välillä. Algoritmi soveltaa tätä

---

<sup>28</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 11. Ks. myös Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 13. Voidaan myös ajatella, että ohjelmoinnissa käytetään esimerkiksi jos-niin-päätelyä. Eli mikäli ennalta määritelty ehto täyttyy, johtaa se tiettyyn, ennalta määriteltyyn ratkaisuun. Tämäkin päätely on pohjaltaan binääristä.

<sup>29</sup> Koulu 2018, s. 857.

<sup>30</sup> Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 38. Hakkarainen, Koulu ja Markkanen toteavat, että ainakin teoriassa on mahdollista seurata ennakolta määritellyt sääntöpolut ja siten saada selville, miten järjestelmä on päätenyt tiettyyn ratkaisuun. Valtiovarainministeriön arviomuistiossa on kuitenkin tuotu esiin, että osa nyt käytössä olevista algoritmeista ovat niin laajoja, ettei ihmisen ole mahdollista sisäistää kaikkea niissä olevaa tietoa. Käsittelen tätä problematiikkaa myöhemmässä jaksossa. Ks. valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 42.

<sup>31</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 11–12 ja Koulu 2018, s. 857.

<sup>32</sup> Oppivasta algoritmista voidaan käyttää myös termiä koneoppiminen. Hakkarainen, Koulu ja Markkanen huomauttavat, että koneoppiminen on osa tekoälyä. Tekoälyn ominaisuuksiin kuuluu löytää ratkaisuja itse oppimalla kokemuksistaan ja tunnistamalla kaavoja. Tämän se tekee yhdistämällä erilaisia tekniikoita, muun muassa koneoppimista ja neuroverkkoja. Hakkarainen – Koulu – Markkanen 2020, s. 2. Oikeusministeriön arviomuistiossa käytetään vuorostaan termiä oppiva tekoäly, määrittäen sen seuraavalla tavalla ”tekoälyohjelmisto löytää sille annetusta suuresta aineistosta, esimerkiksi joukosta hakemuksia ja niistä tehtyjä hallintopäätöksiä, säännönmukaisuuksia hakemuksen ja päätöksen välillä. Löytämänsä tilastollista säännönmukaisuutta ohjelmisto voi soveltaa sille annettuihin uusiin hakemuksiin”, Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 12. Määrittelytavasta riippuen voidaan siis pitää algoritmin oppimista osana tekoälyä tai sitten puhua oppivasta tekoälystä. Koulu huomauttaa, että tekoäly on vielä erittäin jäsentymätön termi. Koulu 2018, s. 856. Tämäkin termi on nähdäkseni syytä määritellä lakitasolla. Tässä työssä olen päätenyt käyttämään termiä *oppiva algoritmi*.

<sup>33</sup> Koskinen 2018, s. 240.

<sup>34</sup> Koulu 2018, s. 856.

<sup>35</sup> Koskinen 2018, s. 240.

tilastollista säännönmukaisuutta uusiin hakemuksiin ja tekee niiden pohjalta päätöksen.<sup>36</sup> Oppiva algoritmi eroaa näin ollen sääntöpohjaisesta algoritmista siten, että se ei seuraa ennakoita määriteltyjä päättelypolkuja.

Oppiva algoritmi eroaa merkittäväällä tavalla sääntöpohjaisesta algoritmista, mutta niillä on myös yhtäläisyyksiä, kuten ihmisen poistaminen päätöksenteosta ja se, että ne ovat molemmat ihmisen luomia. Kun tässä tutkielmassa puhun automatisoidusta päätöksenteosta, tarkoitan sekä sääntöpohjaisella algoritmilla toteutettua että oppivalla algoritmilla toteutettua päätöksentekoa. Joissakin tapauksissa olen erikseen tuonut esiin oppivan algoritmiin liittyviä huomioita, jolloin puhun pelkästään oppivasta algoritmista.

---

<sup>36</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 12.

### 3 Virkamieskäsite, säännökset ja vähäisyys automatisoidussa päätöksenteossa

#### 3.1 Virkamiehen käsite automatisoidussa päätöksenteossa

Virkavelvollisuuden rikkomisesta ja tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta säädetään rikoslain 40 luvun 9 §:ssä ja 10 §:ssä. Virkamies voidaan tuomita virkavelvollisuuden rikkomisesta, jos hän virkaansa toimittaessaan tahallaan muulla kuin rikoslain 40 luvussa tai rikoslain 11 luvun 9 a §:n kidutuskriminalisoinnissa säädetyllä tavalla rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen. Eli, jos mikään muu rikoslain 40 luvun kriminalisoinneista ei tule sovellettavaksi tarkastetaan, tuleeko teko rangaista virkavelvollisuuden rikkomisena. Virkavelvollisuuden rikkomisen kriminalisointi toimii virkarikoksissa niin sanottuna viimeisenä sulkuporttina ja vastuun kohdentajana.

Virkamies voidaan tuomita tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta, jos hän virkaansa toimittaessaan huolimattomuudesta muulla kuin tuottamuksellisesta virkasalaisuuden rikkomisesta säädetyllä tavalla rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen. Rikoslain 40 luvun 10 § kriminalisointi tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta sisältää siis kaikki 40 luvun kriminalisoinnit, paitsi tuottamuksellinen virkasalaisuuden rikkominen.<sup>37</sup> Eli kaikki muut rikoslain 40 luvun kriminalisointien tekotavat voidaan tuottamuksellisesti tehtynä tuomita tuottamuksellisena virkavelvollisuuden rikkomisena.

Virkarikokset ovat erikoisrikoksia, joissa tekijän tulee olla tietyssä asemassa oleva henkilö – eli virkamies.<sup>38</sup> Virkavelvollisuuden rikkomisen ja sen tuottamuksellisen rikkomisen ensimmäisenä tunnusmerkistötekijänä on tekijän asema virkamiehenä. Lisäksi

---

<sup>37</sup> Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 935.

<sup>38</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Soveltamisala > Soveltamisalasäännökset (RL 40:12) > RL 40:12 > Osallisuus virkarikokseen (4.1.2022 11:02).

tunnusmerkistöt edellyttävät, että rikollinen toimi tehdään viran toimittamisen yhteydessä.<sup>39</sup> Oikeuskäytännössä on esimerkiksi katsottu, että poliisimiehen vapaa-ajallaan tekemä rikos ei ole virantoimituksen aikana tehty.<sup>40</sup> Näkisin kuitenkin, että automatisoitu päätöksenteko ei ainakaan tältä osin tule osoittautumaan ongelmalliseksi. Hallinnon virkamiehet hoitavat pääosin virkatehtäviään virka-ajalla, eikä yleensä ole epäselvää onko hallintoasiaa käsitelty osana virkamiehen virkatehtäviä tai onko hallintoasian käsittely lukeutunut vapaa-ajaksi.

Virkamiehen käsite määritellään rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 1 kohdassa. Sen mukaan virkamiehellä tarkoitetaan henkilöä, joka on virka- tai siihen rinnastettavassa palvelussuhteessa valtioon, hyvinvointialueeseen, hyvinvointiyhtymään tai kuntaan taikka kuntayhtymään tai muuhun kuntien julkisoikeudelliseen yhteistoimintaelimeen, eduskuntaan, valtion liikelaitokseen taikka evankelis-luterilaiseen kirkkoon tai ortodoksiseen kirkkoon tai sen seurakuntaan tai seurakuntien yhteistoimintaelimeen, Ahvenanmaan maakuntaan, Suomen Pankkiin, Kansaneläkelaitokseen, Työterveyslaitokseen, Kevaan, Kuntien takauskeskukseen tai Kunta- ja hyvinvointialuetyönantajat KT:hen. Valtion virkamieslain 1 § 2 mom. (750/1994, virkamieslaki) mukaan virkasuhde on julkisoikeudellinen palvelussuhde, jossa valtio on työnantajana ja virkamies työn suorittajana. Kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta annetun lain 2 §:ssä (304/2003, viranhaltijalaki) on samankaltainen säännös koskien kunnan tai hyvinvointialueen viranhaltijaa.

Virkavastuu ei kuitenkaan kohdistu ainoastaan yksittäiseen virkamieheen. Perustuslain 118 § 1 mom. mukaan virkamies on myös vastuussa sellaisesta monijäsenisen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut. Säädöksen yksityiskohtaisista perusteluista käy ilmi, että virkamies on kannattanut päätöstä, jos hän on äänestänyt sen puolesta toimielimen jäsenenä tai ollut osallisena yksimielisen päätöksen tekemisessä.<sup>41</sup> Perustuslain 118 § 2 mom. mukaan esittelijä on vastuussa siitä, mitä hänen esittelystään on päätetty, jollei hän ole jättänyt päätökseen eriävää mielipidettään. Oikeuskirjallisuudessa on

---

<sup>39</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Virkaansa toimittaessa (18.4.2022 10:47:49).

<sup>40</sup> Tapauksessa KKO 2013:6 poliisimies oli vapaa-ajallaan, yöllä, tavannut karkumatalla olevan 16-vuotiaan tytön, B:n. Hän oli ilmoittanut B:lle olevansa poliisi sekä esittänyt virkamerkkinsä hänelle. A oli tämän jälkeen suostutellut B:n tulemaan asuntoonsa, jossa hän oli tehnyt B:lle seksuaalista väkivaltaa. A:lle oli muiden rikosten ohella vaadittu rangaistusta myös virka-aseman väärinkäyttämisenä. A kuitenkin vapautettiin tästä syyteestä. Korkein oikeus katsoi, että poliisiin toimintaa koskevat säännökset eivät luoneet A:lle velvoitetta toimia, eikä A näin ollen käyttänyt julkista valtaa tilanteessa. Tämä vahvistaa mielestäni vaatimuksen siitä, että rikollinen teko on oltava yhteyksissä virkamiehen virkatoimintaan. Ks. virantoimituksesta myös ratkaisut KKO 2022:10 ja KKO 2017:67.

<sup>41</sup> HE 1/1998 vp, s. 172.

todettu, että yleisin käytössä oleva päätösmalli valtionhallinnossa on yksittäisen virkamiehen tekemä päätös, joka on mahdollisesti toisen virkamiehen esittelemä.<sup>42</sup> Tällöin päätöksestä vastaa perustuslain esitöiden mukaan ratkaisijan lisäksi myös päätöksen esitellyt virkamies, ellei hän ole jättänyt nimenomaista eriävää mielipidettä.<sup>43</sup> Lisäksi on tuotu esiin, että automatisoitu päätöksenteko ei muuta perustuslain 118 § vastuusäännöstä ja automatisoidussa päätöksenteossa tulee löytyä ihminen tai ihmisistä muodostuva toimielin, joka vastaa järjestelmän tekemistä lainvastaisuuksista.<sup>44</sup> Se, että hallintopäätös on tehty automaattisesti, ei siis muuta perustuslain asettamaa virkavastuuasetelmaa.

Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa virkavastuuasetelma on mielestäni suhteellisen selvä, ainakin virkamiehen aseman osalta, eikä tämä asetelma vaadi sen enempää pohdiskelua. Sen, joka tekee hallintopäätöksen tietokoneen tuottaman ratkaisuehdotuksen perusteella, tulee olla virkamies ja vastuu päätöksestä on näin ollen virkamiehellä. Tietokoneavusteiseen päätöksentekoon liittyy toki muita virkavastuukysymyksiä. Mitä jos esimerkiksi algoritmin tuottamassa ratkaisuehdotuksessa on virhe, jota virkamies ei huomaa? Tietokoneavusteiseen päätöksentekoon liittyvää pohdintaa käydään lisää luvuissa 3 ja 4.

Automatisoidussa päätöksenteossa asetelma on toisenlainen. Automaatio on toteutettu ja ihminen on poistettu päätöksenteosta. Kehen sitten kohdistetaan rikosoikeudellista virkavastuuta, jos kukaan virkamies ei tee varsinaista hallintopäätöstä? Suksi on huomauttanut, että hallintolaki, virkamieslaki sekä viranhaltijalaki on säädetty siitä lähtökohdasta, että ihminen tekee päätökset – joko yksin, toisen esittelystä tai osana monijäsenistä toimielintä.<sup>45</sup> Myös rikoslaki lähtee siitä, että rikoksentekijä on luonnollinen henkilö, ihminen<sup>46</sup>. Eli jostakin olisi löydettävä ihminen, joka vastaa algoritmien tekemistä päätöksistä. Mikäli sellaista ei löydetä, niin Suksin sanoin perustuslaki 118 § menettää merkityksensä siltä osin kuin virastot käyttävät automatisoitua päätöksentekoa.<sup>47</sup>

Automatisoidun päätöksenteon kannalta voidaan heti todeta, että kukaan virkamies ei ole automatisoidussa päätöksenteossa tehnyt varsinaista päätöstoimenpidettä, eikä heitä voida sen takia asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen. Päätöksen on tehnyt algoritmi. Vastuu on siis

<sup>42</sup> Koulu – Mäihäniemi – Kyrrönen – Hakkarainen – Markkanen 2019, s. 99.

<sup>43</sup> HE 1/1998 vp, s. 172.

<sup>44</sup> Koulu – Mäihäniemi – Kyrrönen – Hakkarainen – Markkanen 2019, s. 99.

<sup>45</sup> Suksi 2019, s. 279–280.

<sup>46</sup> Perustuslain 118 § 3 mom. säädetään rikosoikeudellisen vastuun kohdentamisesta henkilöihin. Tämän lisäksi rikoslain 3 luvun 4 § mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on, että tekijä on teon hetkellä täyttänyt viisitoista vuotta ja on syyntakeinen. Tekijän on siis oltava ihminen.

<sup>47</sup> Suksi 2019, s. 270.

kohdennettava toiseen virkamieheen. Koulu on puhunut järjestelmän elinkaaresta, johon sisältyy muun muassa järjestelmän tilaus, suunnittelu, testaus, käyttöönotto ja valvonta.<sup>48</sup> Myös oikeusministeriön arviomuistiossa on tuotu esiin, että yksi mahdollinen tapa osoittaa vastuuta on kohdentaa sitä järjestelmän eri vaiheisiin, esimerkiksi sen tilaamiseen, käytännön toteutukseen ja valvontaan.<sup>49</sup> Oikeuskansleri on lisäksi 28.8.2020 antamassaan lausunnossaan suhtautunut positiivisesti siihen, että lakiin säädettäisiin virkavastuusta automaattisen päätöksentekojärjestelmän eri vaiheiden osalta<sup>50</sup>. Nämä ovat varsin yksimielisiä kannanottoja siitä, että virkavastuu tulisi osoittaa muualle automatisoidun päätöksenteon prosessissa.

Automatisoidun päätöksenteon toteutuminen voi olla pitkä prosessi, joten vastuussa olevan virkamiehen löytäminen on hankalaa. Koska moni virkamies on osa tätä prosessia, vastuutahojen henkilöpiiri on laaja. Tarkastelu mutkistuu entisestään, kun otetaan huomioon rikoslain vastuusäännösten mukaiset vastuutahot. Rikoslain 40 luvun 12 § 1 mom. mukaan virkamiestä koskevia säännöksiä sovelletaan myös julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön ja julkista valtaa käyttävään henkilöön.

Nämä henkilöryhmät määritellään rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 2. ja 5. kohdassa. Toisen kohdan mukaan julkista luottamustehtävää hoitavalla henkilöllä tarkoitetaan aluevaltuutettua, kunnanvaltuutettua ja muuta yleisillä vaaleilla valittua 1 kohdassa tarkoitetun julkisyhteisön edustajiston jäsentä kuin kansanedustajaa edustajantoimessaan sekä 1 kohdassa tarkoitetun julkisyhteisön tai laitoksen toimielimen, kuten valtioneuvoston, aluehallituksen, kunnanhallituksen, lautakunnan, johtokunnan, komitean, toimikunnan ja neuvottelukunnan, jäsentä sekä muuta 1 kohdassa tarkoitetun julkisyhteisön tai laitoksen luottamushenkilöä. Pidän epätodennäköisenä, että moni edellä mainittuihin henkilöpiireihin kuuluva osallistuisi tietokoneavusteiseen taikka automatisoituun hallintopäätöksentekoon. On toki mahdollista, että luottamustehtävää hoitava henkilö osallistuu esimerkiksi automatisoitua päätöksentekojärjestelmää koskevaan hankintaan liittyvään päätöksentekoon. Tämän kautta hän voisi asemansa puolesta kuulua virkarikossäädösten piiriin.

Rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5. kohdan a-alakohdan mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan sitä, jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain

---

<sup>48</sup> Koulu 2018, s. 861.

<sup>49</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 50–53.

<sup>50</sup> OKV/1348/21/2020, s. 4.

tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen. Huomionarvoista on, että toisessa ja viidennessä kohdassa määriteltyjen henkilöiden ei tarvitse olla virkaan nimitettyjä, mutta heitä koskevat yhtä lailla virkamiehiä velvoittavat säännöt. Lisäksi kyseisten henkilöiden julkisen vallan käytöstä tulee olla lain tai asetuksen nojalla säädetty. Virkarikossäädösten piiriin kuuluvien henkilöiden määrittämiseksi on siten myös määriteltävä julkisen vallan käyttöä.

Julkisen vallan käytön käsite on laaja. Parviainen huomauttaa, että laissa tai kirjallisuudessa ei ole olemassa yhtenäistä määritelmää julkisen vallan käytölle, vaan termin sisältö voi hieman poiketa asiayhteydestä riippuen.<sup>51</sup> Julkisen vallan käytön ydinalue määritellään yksipuolisesti tehtyinä norminkäyttö-, lainkäyttö- ja hallintopäätöksinä, jotka vaikuttavat yksityisiin oikeussubjekteihin.<sup>52</sup> Julkista valtaa käyttää siis se, joka lain tai asetuksen nojalla päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka näiden nojalla antaa toista velvoittavan määräyksen. Myös tosiasiallinen puuttuminen toisen etuun tai oikeuteen lain tai asetuksen nojalla on julkisen vallan käyttöä.<sup>53</sup>

Heuru toteaa, että julkisen vallan käyttö on luonteeltaan sekä velvoittava että oikeuttava.<sup>54</sup> Sen lisäksi, että julkisen vallan käyttäjän tulee olla oikeutettu käyttämään julkista valtaa, voi hän myös olla velvoitettu ryhtyä julkista valtaa sisältävään toimeen.<sup>55</sup> Julkisen vallan käytön ulkopuolelle jää kuitenkin esimerkiksi neuvon antaminen tai jokamiehen kiinniotto-oikeuden käyttäminen.<sup>56</sup> Mäenpää tuo esiin, että julkisen vallan käyttö toteutuu hallinnollisena sääntelynä ja valvontana. Hallintotoimia on myös pidettävä valtatoimina. Yksilön oikeuksiin tai velvollisuuksiin ulottuvien hallintopäätöksien tekeminen on siten julkisen vallan käyttämistä.<sup>57</sup> Automatisoitu hallintopäätös, joka vaikuttaa henkilön oikeuksiin tai

---

<sup>51</sup> Parviainen 2010, s. 20. Ks. myös HE 1/1998 vp, s. 74, jossa todetaan, että julkisen vallan alaa ei voida määritellä tyhjentävästi, vaan sitä on mahdollista perustuslain rajoissa supistaa tai laajentaa.

<sup>52</sup> HE 1/1998 vp, s. 74.

<sup>53</sup> HE 77/2001 vp, s. 55.

<sup>54</sup> Heuru 2003, s. 66.

<sup>55</sup> HE 77/2001 vp, s. 55.

<sup>56</sup> KHO 2009:24, Koskinen – Kulla 2019 s. 345–346 ja HE 77/2001 vp, s. 55. Ks. myös Voutilainen 2018, s. 915. Voutilaisen mukaan ”jos yksityisen toimijan neuvonta yksittäistapauksessa on niin yksityiskohtaista, että se vaikuttaa suoraan hallinnon asiakkaan etuihin, oikeuksiin tai velvollisuuksiin, voi neuvonta olla julkisen vallan käyttöäkin ja siten rikosoikeudellisen virkavastuun piirissä”.

<sup>57</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > I HALLINTO-OIKEUS OIKEUDENALANA > 3. Julkishallinnon muutosvaiheita > Oikeusvaltion hallinto > Hallinto julkisen vallan käyttönä (3.4.2021 15:39:42) sekä Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > II YLEINEN HALLINTO-OIKEUS > 3. Hallintotoiminnan arvot ja periaatteet > Hallinnon lainalaisuus ja lakisidonnaisuus > Hallinnon lainalaisuusperiaate > Julkisen vallan käyttäminen (3.4.2021 15:41:19).

velvollisuuksiin, on nähdäkseni julkisen vallan käyttöä, vaikka kukaan virkamies ei ole tehnyt varsinaista päätöstä.

Edellä mainittujen henkilöiden lisäksi virkamiehiä koskevia säännöksiä sovelletaan rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5. kohdan b-alakohdan henkilöryhmään. Kyseisessä säädöksessä julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan sitä, jonka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. viidennen kohdan a-alakohdassa tarkoitettun päätöksen valmisteluun tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla. Virkavastuuta voidaan siis tietyissä olosuhteissa kohdistaa henkilöön, joka osallistuu päätöksentekoon, mutta ei itse tee päätöstä tai tosiasiallisesti käytä julkista valtaa. Tämä henkilöryhmä on kuitenkin hieman ongelmallisempi automatisoidun päätöksenteon kannalta.

Voidaan mielestäni perustellusti kysyä, onko päätöksentekoa tekevien algoritmien ohjelmoija julkista valtaa käyttävä henkilö? Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa algoritmin voisi lähinnä kuvitella saavan esittelijän tai valmistelijan roolin. Koska rikosvastuun tulee kohdistua ihmiseen, niin tämä rooli on lähinnä kuvainnollinen. Mutta edellä mainittu kysymys on mielestäni keskeinen – voidaanko ohjelmoija lukea rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5 b-kohdan mukaiseksi päätöksen valmisteluun osallistuvaksi henkilöksi?

Ensinnäkin sekä rikoslain 40:11 1 mom. 5 a- että b-kohdassa todetaan, että henkilön on suoritettava tehtävänsä lain tai asetuksen nojalla taikka lakiin tai asetukseen perustuvan toimeksiannon perusteella. Tämä vaatimus liittyy perustuslain 124 §:n vaatimukseen siitä, että julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle ainoastaan lailla tai lain nojalla. Perustelut tälle vaatimukselle on avattu tarkemmin virkarikosuudistuksen ja perustuslain lainsäädäntömateriaalissa.<sup>58</sup> Koska julkinen hallintotehtävä voidaan antaa yksityiselle ainoastaan lain ja asetuksen nojalla, tämä on luonnollisesti edellytys rangaistusvastuulle. Ilman lakia, asetusta tai niiden nojalla saatua toimeksiantoa henkilö ei saa suorittaa julkista hallintotehtävää tai käyttää julkista valtaa, eikä häneen voida kohdistaa rikosoikeudellista virkavastuuta. Mansikka on myös todennut 5 b-kohdassa mainituista

---

<sup>58</sup> HE 77/2001 vp, s. 54–56. Hallituksen esityksessä tuodaan esiin, että julkisen vallan käyttö tapahtuu yhä useammin muiden kuin viranomaisten toimesta. Esimerkkeinä mainitaan erinäiset tarkastus- tai valmistelutoimet. Koska yksittäinen ihminen voi toimia julkista valtaa käyttävänä henkilönä toimiessaan yksityisen sektorin työntekijänä, pidettiin tärkeänä, että virkavastuuta voidaan kohdentaa henkilöön, joka käyttää julkista valtaa. Ks. myös perustuslakiuudistusta koskevan hallituksen esityksen perustelut, HE 1/1998 vp, s. 178–179.

valmistelutehtävistä, ettei toimeksiantosopimus riitä, vaan valmistelutehtävien on perustuttava lakiin tai asetukseen.<sup>59</sup>

Argumentoinnin voisi lopettaa tähän toteamalla, että ellei lakiin perustuvaa toimivaltaa tai lain nojalla annettua toimeksiantoa ole olemassa, niin päätöksentekoa tekevien algoritmien ohjelmoija ei ole julkista valtaa käyttävä henkilö. Vien kuitenkin asian käsittelyn astetta pidemmälle. Kuuluisiko algoritmien ohjelmoijaa lukea julkista valtaa käyttäväksi henkilöksi tehtäviensä puolesta? Eli onko hallintopäätöksentekoalgoritmien koodaaminen sellainen tehtävä, mitä tarkoitetaan rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5a- ja 5b-kohtien teonkuvauksissa? Mielestäni tämä kysymys on perusteltu, sillä sekä tietokoneavusteinen että automatisoitu päätöksenteko nojaavat algoritmeihin, joilla automaatio toteutetaan.<sup>60</sup> Eli algoritmit toimivat ratkaisunesittäjänä tai päätöksentekijänä, mutta algoritmit ovat ihmisen rakentamia, ihmisen koodaamia. Tuleeko tämä ihminen voida asettaa virkavastuuseen, eli onko tämä ihminen luettava virkamieheksi tai julkista valtaa käyttäväksi henkilöksi?

On sinänsä mahdollista, että virasto tekee omiin tarpeisiinsa aina omat päätöksentekoalgoritminsa, jolloin algoritmit ovat tehty alusta loppuun virkatyönä, eikä edellä mainittua kysymystä ole edes tarpeen esittää. En itse pidä tätä vaihtoehtoa todennäköisenä, sillä harvalla virastolla on mahdollisuus pitää suurta ohjelmoijajoukkoa virkasuhteessa pelkästään ohjelmointia varten. Todennäköisempää on, että algoritmit luodaan julkisella hankintamenettelyllä, jolloin yksityinen taho toteuttaa ohjelmoinnin.<sup>61</sup> Algoritmit tilaa todennäköisesti virkamies, ja projektityön johtaa todennäköisesti myös virkamies, mutta itse ohjelmoinnin tekee yksityisen yrityksen työntekijä. Koska automatisoitu päätös perustuu ohjelmoituihin algoritmeihin, niin vastuuasetelmaa on mielestäni perusteltua miettiä tästä näkökulmasta.<sup>62</sup> Tämä pohdinta on perusteltua myös siitä syystä, että automatisoitu päätöksentekomenettely todennäköisesti tulisi käyttöön massahallinnossa, jossa päätökset vaikuttavat suureen ihmismäärään. Yhden tai muutaman ohjelmoijan tekemät ratkaisut voivat siis saada aikaan oikeusvaikutuksia, jotka vaikuttavat monen ihmisen elämään.

---

<sup>59</sup> Mansikka 2014, s. 6.

<sup>60</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistiossa on esitetty vielä pidemmälle menevä näkökanta. Kaikki kehittämis-, käyttöönotto- ja käyttötoimet automatisoituun päätöksentekojärjestelmään liittyen tulisi muistion mukaan määritellä julkisen vallan käytöksi. Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 57.

<sup>61</sup> En tässä ulota tarkastelua koskemaan julkisia hankintoja, niiden toteutuksia tai näiden virkavastuuasetelmia.

<sup>62</sup> Myös tietokoneavusteisen päätöksenteon ratkaisuehdotus on tehty ohjelmoijan tekemien toimenpiteiden seurauksena, mutta tässä päätöksentekomuodossa viimeisenä vastuunkantajana löytyy kuitenkin päätöksen tehnyt virkamies. Tähän päätöksentekomuotoon liittyy problematiikkaa, johon palaan myöhemmissä jaksoissa.

Rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5 a-kohdassa määritellään julkista valtaa käyttäväksi henkilöksi sellainen, joka tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen. En näe, että tätä voidaan soveltaa ohjelmoijaan. Lain esitöissä katsottiin, että tämä kohta tulisi sovellettavaksi, kun tosiasiallisesti puututaan toisen etuun tai oikeuteen, eli kyse olisi tosiasiallisesta julkisen vallan käytöstä. Esimerkkinä mainittiin kalastuksenvälvojan toimenpiteet, kun hän ottaa saaliin ja pyydysvälineet haltuun.<sup>63</sup> Ohjelmoija ei itse henkilökohtaisesti puutu kenenkään etuihin tai oikeuksiin, eli tätä kohtaa ei voida soveltaa ohjelmoijaan. Hän ei ole tietoinen minkään hallintoasian päätökseen vaikuttavista tosiseikoista, eikä hän muutenkaan ole tekemisissä varsinaisen hallintopäätöksen kanssa. Hän ohjelmoi algoritmien käyttämät päättelymallit tuleville päätöksille, mutta ei tosiasiallisesti itse puutu kenenkään etuun, oikeuteen tai velvollisuuteen.

Rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5 b-kohdassa vuorostaan tarkoitetaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä sitä, jonka tehtäviin kuuluu osallistua a-kohdassa tarkoitetun päätöksen valmisteluun tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla. Eli se, jonka kuuluu osallistua toista velvoittavan päätöksen tai määräyksen valmisteluun, on julkista valtaa käyttävä henkilö. Valmistelutoimi voidaan tehdä usealla eri tavalla. Valmistelutoimi voi olla päätösesityksen tai päätösehdotuksen tekeminen. Tätä tekotapaa ei voida soveltaa tietokoneavusteisessa tai automatisoidussa päätöksenteossa. Ohjelmoija luo algoritmien käyttämän päättelymallin, mutta hän ei itse tee päätösesitystä tai -ehdotusta. Selvityksen tai suunnitelman laatiminen ja näytteen ottaminen tai tarkastuksen suorittaminen ei myöskään tule kyseeseen, sillä sellaisia ei tehdä tietokoneavusteisessa tai automatisoidussa päätöksenteossa. Jäljelle jää muu vastaava tapa.

Tätä muuta vastaavaa tapaa tarkasteltaessa on nojattava sekä lakitekstiin että lain esitöihin. Ensisijainen tulkintavaihtoehto on haettava lakitekstistä. Säädöksessä mainittu muu vastaava tapa on siis luettava säädöksessä mainittujen teko tapojen kontekstissa. Kun ottaa huomioon muut säädöksessä mainitut tekotavat, niin en näe, että muuhun vastaavaan tapaan voisi lukeutua päätöksenteko-ohjelman ohjelmointi. Tämä tulkinta saa myös tukea hallituksen esityksestä. Siinä mainitaan valtuutettujen tarkastajien ja näytteenottajien toimet sekä lausunnon antaminen onnettomuuksien tutkinnassa. Muita vastaavia toimia voisivat olla kemiallisiin analyyseihin verrattavat teot, mutta ainoastaan, jos toimeksianto on saatu lain tai

---

<sup>63</sup> HE 77/2001 vp, s. 54–56.

asetuksen nojalla.<sup>64</sup> Edellä mainitut toimet ovat varsin konkreettisia valmistelevia toimia. Kun näitä verrataan säädöksen tekstiin, niin on luettavissa, ettei lainsäätäjällä ole tarkoitettu ohjelmoinnin lukeutuvan virkavastuun perustavaksi teoksi.

Toisaalta hallituksen esitystä lukiessa voidaan todeta, että b-kohdan kriminalisoinnin tavoitteena oli ulottaa rikosoikeudellinen vastuu sellaisen julkisen vallan käytön valmisteluun, jossa tosiasiallisesti ”vaikutetaan sen [julkisen vallan käyttöä sisältävän päätöksen] muotoutumiseen”.<sup>65</sup> Tätä tarkoitusta lukiessa voidaan mielestäni vetää johtopäätös siitä, että b-kohta voisi ainakin tarkoituksen osalta soveltua ohjelmoijaan, joka koodaa päätöksentekoa algoritmit automatisoitua päätöksentekoa varten tai joka ohjelmoi päätösluonnosalgoritmit tietokoneavusteista päätöksentekoa varten. Päätös, tai päätösesitys, perustuu algoritmiin, joten ohjelmoija on tosiasiallisesti vaikuttanut päätöksen muotoutumiseen ja päätöksen syntyyn, vaikka ohjelmoija ei ole ollut millään tavalla tekemisissä varsinaisen hallintoasian kanssa. Hallituksen esityksen sanamuoto on siis ainakin tavoitteen osalta laajempi kuin lain sanamuoto. Tulkinnassa on kuitenkin otettava huomioon, että tämä esitys on tehty noin 20 vuotta sitten. Silloin ei välttämättä tultu ajatelleeksi automatisoitua päätöksentekoa ja siihen liittyviä haasteita tai automatisoidun päätöksenteon mahdollisia vaikutuksia virkavastuun toteutumisen osalta. Tarkoituksen sanamuodosta on kuitenkin mahdollista tehdä se johtopäätös, että ohjelmoija voisi olla virkavastuussa toimistaan.

Voutilainen ja Kurvinen ovat tarkastelleet tätä kysymystä kuntien tietohallinnon järjestämisen näkökulmasta ja erityisesti perustuslain 124 §:n silmällä pitäen.<sup>66</sup> He eivät ole tarkastelleet asiaa virkavastuun kysymyksen kannalta, mutta heidän tarkastelunsa on relevantti myös tätä kysymystä pohtiessa. Koska rikoslain 40 luvun 11 §:n 1 momentin 5-kohdan mukaan rikosoikeudellinen vastuu perustuu siihen, että henkilön on suoritettava tehtävänsä lain tai asetuksen nojalla tai niihin perustuvan toimeksiannon perusteella, niin perustuslain 124 §:n tulkinta ja määritelmä julkisesta hallintotehtävästä on tärkeä. Voutilainen ja Kurvinen ovat todenneet, että ohjelmiston toimittaminen ei ole julkinen hallintotehtävä, joka kuuluu perustuslain 124 §:n piiriin, ellei siitä ole erikseen säädetty laissa.<sup>67</sup> Samalla he ovat todenneet,

---

<sup>64</sup> HE 77/2001 vp, s. 56.

<sup>65</sup> HE 77/2001 vp, s. 55.

<sup>66</sup> Voutilainen – Kurvinen 2015, s. 1–3.

<sup>67</sup> Voutilainen – Kurvinen 2015, s. 24. Ks. myös Koulu – Mäihäniemi – Kyyrönen – Hakkarainen – Markkanen 2019, s. 74, jossa on todettu, että tietojärjestelmän hankkiminen ei yksistään ole hallintotehtävän ulkoistaminen PL 124 §:n tarkoittamalla tavalla.

ettei projektitoiminta ole julkinen hallintotehtävä, ellei siihen liity itsenäistä päätöksentekovaltaa. Projektissa virkamies edustaa projektipäällikkönä viranomaisia ja hänellä on päätösvaltaa projektin suhteen.<sup>68</sup> Ottaen huomioon, että algoritmit usein tehdään julkisena hankintana, projektitoimintana, myös tämä puhuu sen puolesta, että päätöksentekoa algoritmiin ohjelmoija ei olisi julkista valtaa käyttävä henkilö. Projektipäällikkönä toimiva virkamies vuorostaan lukeutuu rikoslain 40 luvun 11 § 1 momentin 1 kohdan virkamiesmääritelmään ja on mielestäni selvää, että häneen voi kohdistua rikosoikeudellista virkavastuuta, mikäli muut rikoksen tunnusmerkistön mukaiset edellytykset täyttyvät.

Pohdinta saa kuitenkin mielenkiintoisen käänteeseen, jos algoritmien ohjelmoinnista, eli toimittamisesta, säädetäänkin lailla. Perustuslakiuudistuksessa edellytettiin, että mikäli julkisia tehtäviä annetaan muille kuin viranomaisille myös näiden yksityisten tahojen tulee kuulua rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin.<sup>69</sup> Voutilainen on todennut viranomaisen chatbotin ohjelmoinnista, että yksityisen yhtiön työntekijä voi olla virkavastuussa chatbotin toiminnasta nimenomaan rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5-kohdan perusteella. Tähän vastuuseen liittyy kuitenkin Voutilaisen mukaan useita ehtoja. Ensinnäkin koodaamisen on oltava ulkoistettu yksityiselle lainsäädännön perusteella. Toiseksi tulee ottaa huomioon tahallisuus- ja tuottamuskysymykset – eli se ovatko chatbotin antamat tiedot johdettavissa ohjelmoijan tahalliseen tai tuottamukselliseen toimintaan. Kolmantena Voutilainen mainitsee chatbotin neuvoa-antavan toiminnan – jos yksittäisen virkamiehen antama neuvo on niin yksityiskohtainen, että se vaikuttaa asiakkaan etuun, oikeuteen tai velvollisuuteen, tämä neuvonta voi lukeutua julkisen vallan käytöksi.<sup>70</sup> Eli monikin muuttuja olisi täytyttävä ennen kuin rikosoikeudellinen vastuu tulee aiheelliseksi. Mutta onko tämä sopusoinnussa äsken tekemiini tulkintoihin?

Perustuslakiuudistuksen ja virkarikosuudistuksen tarkoituksista voidaan vetää se johtopäätös, että ohjelmoijan tulisi olla vastuussa, jos tästä tehtävästä on säädetty lailla. Tahtotila on perustuslakiuudistuksessa ollut selvä – jos ulkoistetusta toiminnasta on säädetty lailla, niin siihen tulee liittyä rikosoikeudellista virkavastuuta. Samaten rikoslain 40 luvun 11 § 1 mom. 5 b- kohdan tarkoituksesta ja tahtotilasta käy ilmi, että ohjelmoija voisi kuulua vastuuhenkilöiden piiriin. Mutta 5 b- kohdan teonkuvauksen sanamuoto ja sen täsmennykset

---

<sup>68</sup> Voutilainen – Kurvinen 2015, s.18.

<sup>69</sup> HE 1/1998 vp, s. 178.

<sup>70</sup> Voutilainen, 2018, s. 914–615. Ks. myös Voutilainen – Kurvinen 2015, s. 5–6.

hallituksen esitystä tarkasteltaessa päädytään mielestäni toiseen lopputulokseen. Lain sanamuoto ja sanamuotojen täsmennykset eivät mielestäni tue tulkintaa, jonka mukaan ohjelman ohjelmointi olisi säädetty rangaistavaksi puhtaasti siitä syystä, että ohjelmointi ei tee ohjelmoijasta julkista valtaa käyttävää henkilöä. Eli hän ei toimintansa puolesta lukeudu vastuun piiriin kuuluviin henkilöihin. Ne tekemuodot, jotka rikoslain säädöksessä tekisivät ohjelmoijasta julkista valtaa käyttävän henkilön, eivät sisällä tietokoneavusteisen tai automatisoidun päätöksentekojärjestelmän ohjelmointia. Tässä on mielestäni olemassa mielenkiintoinen jännite lainsäädännön tarkoituksen ja toteutuksen välillä. Tämä jännite purkautuu kuitenkin, kun ottaa huomioon rikoslain 40 luvun 12 § 5 momentin, jonka mukaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta eräissä tapauksissa säädetään erikseen lailla.

Voutilainen ja Kurvinen ovat tuoneet esiin, että myös avustavien ja täydentävien tehtävien on tietyissä tapauksissa katsottu olevan perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuja julkisia hallintotehtäviä, joista on säädetty erikseen lailla. Esimerkkeinä mainitaan viisumihakemuksia varten tehtävä tiedonkeruu ja biometristen tunnisteiden kerääminen. Näiden tehtävien antamisesta muille kuin viranomaisille on säädetty erikseen lailla.<sup>71</sup> Näiden avustavien tehtävien rikosoikeudellisen virkavastuun soveltamisesta on siis säädetty siinä laissa, missä tehtävä on siirretty pois viranomaisilta. Esimerkkeinä samankaltaisista säädöksistä voidaan mainita verohallinnosta annetun lain (503/2010) 2 b § 2 momentti ja passilain (671/2006) 35 § 5 momentti, joissa säädetään, että avustavissa tehtävissä olevat toimivat rikosoikeudellisella virkavastuulla, kun he hoitavat viranomaisilta siirrettyjä tehtäviä. Näitä tehtäviä hoitavat eivät siis ole virkamiehiä, julkista luottamustehtävää hoitavia henkilöitä tai julkista valtaa käyttäviä henkilöitä, mutta heihin voidaan silti kohdistaa rikosoikeudellista virkavastuuta. Virkarikosuudistuksen esitöissä mainitaankin, että rikoslaissa ei näytä olevan mahdollista tyhjentävästi säätää virkarikossäädösten soveltamisesta.<sup>72</sup> Ottaen huomioon avustavien tehtävien määrä ja kirjo tämä vaikuttaakin pitävän paikkansa.

On siis mahdollista, että päätöksenteko-algoritmien ohjelmoijaan voitaisiin erityislain tai erityissäädöksen kautta kohdistaa rikosoikeudellista virkavastuuta rikoslain 40 luvun 12 § 1 momentin perusteella siitä huolimatta, että hän ei ole virkamies tai rinnasteta sellaiseen.

---

<sup>71</sup> Voutilainen – Kurvinen 2015, s. 5–6.

<sup>72</sup> HE 77/2001 vp, s. 58.

Oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, että rikosoikeudellinen vastuu ulkoistustilanteissa on parhaiten toteutettavissa erityissääntelyn kautta. Tämä toisi toimijoille laajempaa rikosoikeudellista vastuuta.<sup>73</sup> Tämä voisi olla varteenotettava toimi, sillä valtiovarainministeriön arviomuistiossa on tuotu esiin, että tietojärjestelmien kehittämislle ominainen projektiluontoinen ja ryhmätyöskentelyyn perustuva työ on omiaan hämärtämään toimijoiden vastuukuvioita.<sup>74</sup> Virkavastuussa olevien henkilöiden tulisi olla selkeästi määriteltyjä, ei vain rikosvastuun kohdentamisen takia, mutta myös työtä tekevien ihmisten oikeusturvan kannalta. Heidänkin kuuluu tietää mitä heiltä odotetaan ja että heihin kohdistuu muita ankarampaa rikosvastuuta.

### 3.2 Säännökset ja määräykset automatisoidussa päätöksenteossa

Virkatoiminnassa noudatettavaan säännöksiin tai määräyksiin perustuva virkavelvollisuuden rikkominen on yksi keskeisimmistä tunnusmerkistökiteijöistä virkavelvollisuuden rikkomisessa ja sen tuottamuksellisessa rikkomisessa. Virkamiehillä on virkavelvollisuus, joka perustuu säännöksiin tai määräyksiin. Virkavelvollisuuden rikkomisen rangaistavuus tulee perustua nimenomaan säännöksiin tai määräyksiin. Ellei virkavelvollisuus käy ilmi säännöksistä tai määräyksistä, teko ei ole rangaistava.<sup>75</sup>

Automatisoitu ja muukin hallintopäätöksenteko saa siis reunaehdonsa säännöksistä ja määräyksistä. Niissä määritellään, minkälainen toiminta on hyväksyttävää tai minkälaista toimintaa virkamieheltä vaaditaan. Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin sääntelyn tärkeyttä erityisesti toimintavelvollisuuksien määrittelijänä sekä sääntelyn roolia vastuun kohdentamisessa.<sup>76</sup> Säännökset ja määräykset muodostavat näin ollen rangaistavuuden rajapinnat. Niiden tulee osoittaa, kuka kantaa vastuun tietystä toimenpiteestä. Näkisin, että sääntöjen ja määräysten rooli vastuun osoittamisessa oikealle virkamiehelle tulee korostumaan entisestään. Automatisoitu päätöksenteko on monipolvinen prosessi, johon liittyy useampi eri toimija, joten on tärkeä tietää, kuka vastaa mistäkin.

<sup>73</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 144.

<sup>74</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 42.

<sup>75</sup> Vuoden 1990 virkarikoslainsäädäntöuudistuksessa katsottiin, että voimassa olevat virkarikosta koskevat tunnusmerkistöt olivat liian väljät. Uudistetut säädökset rajattiin siten, että rangaistavaa olisi vain säännöksiin tai määräyksiin perustuva virkavelvollisuuden rikkominen. Kriminalisoinnin ulkopuolelle rajattiin tilanteet, joissa virkavelvollisuuden sisältö olisi pelkästään johdettavissa esimerkiksi hyvästä hallintotavasta tai tehtävän asianmukaisesta hoitamisesta. Virkarikoslainsäädännön tuoreimmassa uudistuksessa ei katsottu aiheelliseksi muuttaa tätä linjaa. Ks. HE 58/1988 vp, s. 64–65 ja HE 77/2001 vp, s. 14.

<sup>76</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 33–34.

Virkavelvollisuuden rikkomisrikokset ovat kriminalisoitu blankettirangaistustekniikalla. Tämä tarkoittaa, että rangaistusuhka ja rangaistavan menettelyn kuvaus erotetaan toisistaan. Rangaistusuhasta säädetään lailla, mutta rangaistava käyttäytyminen määritellään toisessa laissa tai lakia alemmanasteisella normilla, niin sanotulla *blankettinormilla*.<sup>77</sup>

Virkavelvollisuuteen liittyvät käyttäytymisnormit löytyvät siis muualta kuin rikoslain 40 luvun 9:ssä tai 10 §:ssä. Hallintopäätöksenteon osalta nämä käyttäytymisnormit löytyvät esimerkiksi hallintolaista, virkamieslaista tai viranhaltijalaista. Hallintopäätöksentekoa koskevia säännöksiä voi löytyä myös erityislaista, esimerkiksi ajokorttilaista (386/2011) tai opintotukilaista (65/1994). Lisäksi eri viranomaisilla voi olla virkamiehiä koskevia sisäisiä määräyksiä.

Blankettinormit ovat haasteellisia rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kannalta. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on määritelty perustuslain 8 §:ssä, jonka mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Tämä periaate ilmenee myös rikoslain 3 luvun 1 §:ssä, jonka mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa säädetty rangaistavaksi.

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen yhtenä osana on *praeter legem* -kielto, eli kirjoitetun lain vaatimus. Tämä kielto tarkoittaa sitä, että rangaistukseen tuomitseminen edellyttää, että teko täyttää tietyn rikossäännöksen tunnusmerkistön. Rangaistusvastuuta ei saa perustaa tekoon, joka ei sisälly lakitekstiin.<sup>78</sup> Tämä vuorostaan asettaa vaatimuksia sille, miten kielletty menettely ilmaistaan tunnusmerkistössä.<sup>79</sup> Koska virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkistöihin kuuluu, että virkamies rikkoo säännöksiä tai määräyksiä, tulee virkavelvollisuutta koskeviin määräyksiin ja säännöksiin kohdistaa samanlaista vaatimusta kuin muihin rikossäännöksiin. Saman on todennut Saraviita blankettirangaistustekniikan käyttämisestä – ne aineelliset säännökset, jotka ilmaisevat rangaistavuuden edellytykset, on kirjoitettava rikosoikeussäännöksiltä vaaditulla tarkkuudella. Lisäksi säännösten tulee sisältää asianmukainen kuvaus kriminalisoitavaksi tarkoitettusta teosta.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 122–123 sekä Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 54. Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 50.

<sup>78</sup> Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 46–47.

<sup>79</sup> Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 117.

<sup>80</sup> Saraviita 2011, s. 167–168.

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että blankettirangaistustekniikka on haasteellinen paitsi *praeter legem* -kiellon osalta, myös epätäsmällisyyskieltoon liittyen. Epätäsmällisyyskielto on yksi osa rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatetta<sup>81</sup>, joka on johdettavissa perustuslain 8 §:stä ja rikoslain 3 luvun 1 §:stä. Epätäsmällisyyskielto edellyttää, ettei lainsäätäjät säädä liian epätäsmällisiä tai laajoja rangaistussäännöksiä. Oikeuskirjallisuudessa on huomautettu, että tämä kielto liittyy tiiviisti kirjoitetun lain vaatimukseen, sillä se asettaa kielellisiä vaatimuksia tunnusmerkistössä käytetylle kirjoitusasulle.<sup>82</sup> Tämän takana oleva ajatus on se, että jokainen voisi etukäteen tietää, minkälaista menettelyä pidetään lainvastaisena ja sitä mukaa rangaistavana. Tai käänteisesti, virkamiehen on tiedettävä, minkälaista käyttäytymistä häneltä odotetaan.<sup>83</sup> Myös automatisoidussa päätöksenteossa virkamiehen on tiedettävä, mitä häneltä vaaditaan ja edellytetään sekä mitä hänen vastuulleen kuuluu. Tämä tarkoittaa, että säännökset ja määräykset on kirjoitettava niin, että virkamiehen vastuut ja velvollisuudet käyvät selvästi ilmi.

Hyttinen on kuitenkin tuonut esiin, että täsmällisyysvaatimuksessa on oltava joustoa. Mikäli vaadittaisiin täysin aukottomia kriminalisointeja, riskinä on, että rikosten tunnusmerkistöt olisivat kielellisesti pitkiä, monimutkaisia ja kasuistisia.<sup>84</sup> Tämän voi ilmaista niin, ettei voida myöskään odottaa täysin aukottomia käyttäytymisvelvoitteita *blankettinormeilta*, eli hallintotoiminnan säännöksiltä. Oikeuskirjallisuudessa on lisäksi huomautettu, että oikeaa täsmällisyystasoa ei voida etukäteen määrittää, vaan arvio siitä, onko säännös ollut riittävän täsmällinen, on tehtävä tapauskohtaisesti.<sup>85</sup> Automatisoitua päätöksentekoa koskevien säännöksiä tulee samalla olla riittävän tarkat, että niistä käy ilmi virkamiehen vastuut ja

---

<sup>81</sup> Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 54–58 ja Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 123.

<sup>82</sup> Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 131.

<sup>83</sup> Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 56–58. Korkka-Knuts, Helenius ja Frände huomauttavat lisäksi, että normien tulee olla saavutettavia, viitaten ministeriöiden ja valtion muiden viranomaisten määräyskokoelmista annettuun lakiin (189/2000) sekä Suomen säädöskokoelmasta annettuun lakiin (188/2000). En tässä tutkielmassa pureudu sen syvemmälle lakien, ohjeiden tai määräyksien julkaisuun, vaan tyydyn toteamaan, että tämä liittyy edellä lausuttuun – virkamiehen on tiedettävä, minkälaista käyttäytymistä häneltä odotetaan ja minkälainen käytös on rangaistavaa. Tapauksessa KKO 1995:4 todettiin, että laillisuusperiaate edellyttää, että avoimessa säännöksessä rangaistavaksi tarkoitettu menettely ilmenee tyhjentävästi asianomaisen viranomaisen antamasta, kansalaisten saatavissa olevasta oikeussäännöksestä tai yleismääräyksestä. Kyseisessä tapauksessa oli kyse siitä, voitiinko perustaa rangaistusvastuuta avoimella viittauksella kansainväliseen sääntöön. Korkein oikeus totesi, että kuljetussäännösten määräysten rikkomisesta voitaisiin tuomita rangaistus vain, jos Ilmailuhallitus on nimenomaisesti määrännyt, että tiettyä kuljetussäännöstä on noudatettava Suomessa, ja säännöstö on asianmukaisesti julkaistu. Lyhyesti voidaan todeta, että automatisoitua päätöksentekoa koskevat säännökset ja määräykset tulee olla virkamiesten saatavilla.

<sup>84</sup> Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 132.

<sup>85</sup> Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 51–52.

velvoitteet, mutta niitä ei kuitenkaan käytännössä voida kirjoittaa täysin aukottomiksi. Voi olla, että täsmällisyys selviää vasta oikeuskäytännössä.

Hyttinen on tuonut esiin, että perustuslakivaliokunta on pääsääntöisesti ollut kriittinen avoimia tekotapauskuvauksia kohtaan. Poikkeuksena on pidetty esimerkiksi vainoamista, joka luonteeltaan on sellaista toimintaa, että avoin tekotapakuvaus on yksinkertaisesti hyväksyttävä.<sup>86</sup> Yleensä perustuslakivaliokunta etukäteistarkastaa rikoslakiin päätyvät tunnusmerkit.<sup>87</sup> Viranomaisten tai ministeriöiden laatimat määräykset ja ohjeet eivät käy läpi samankaltaista tarkastusta.<sup>88</sup> Samalla nämäkin asettavat käyttäytymisvelvoitteita virkamiehille, mikä voi olla ongelmallista erityisesti epätasällisyyskiellon kannalta.

Ongelmaa havainnollistaa virkamieslain 14 §, jonka mukaan virkamiehen on suoritettava tehtävänsä asianmukaisesti ja viivytyksettä. Hänen on noudatettava työnjohto- ja valvontamääräyksiä. Lisäksi hänen on käyttäydyttävä asemansa ja tehtäviensä edellyttämällä tavalla.<sup>89</sup> Tämä säännös on osittain ongelmallinen epätasällisyyskiellon kannalta. Rautio on tuonut esiin, että oikeuskäytännöstä on luettavissa suhteellisen tiukat vaatimukset virkavelvollisuutta määrittävien säännösten ja määräyksien täsmällisyydelle ja hän onkin katsonut kyseisen virkamieslain säännöksen olevan väljä.<sup>90</sup> Viljanen on katsonut lainsäätäjän tarkoittaneen, että virkamieslain 14 § on virkavelvollisuutta perustava säännös. Viljanen kuitenkin jatkaa todeten, että virkavelvollisuuden ei tarvitse ilmetä suoraan säädöksestä, vaan riittää, että se perustuu siihen.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> Hyttinen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 133.

<sup>87</sup> Boucht – Frände 2019, s. 26.

<sup>88</sup> Saraviita 2011, s. 689 ja 693.

<sup>89</sup> Samankaltainen säädös löytyy voimassa olevasta viranhaltijalain 17 § 1–2 mom. mukaan viranhaltijan on suoritettava virkasuhteeseen kuuluvat tehtävät asianmukaisesti ja viivytyksettä noudattaen asianomaisia säännöksiä ja määräyksiä sekä työnantajan työnjohto- ja valvontamääräyksiä. Lisäksi viranhaltijan on toimittava tehtävässään tasapuolisesti ja käyttäydyttävä asemansa ja tehtävänsä edellyttämällä tavalla.

<sup>90</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Täsmällisyysvaatimus (6.10.2021 15:46:34) sekä Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Virkavelvollisuus (6.10.2021 15:46:34).

<sup>91</sup> Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 917–918. Ks. lisäksi Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 935–939. Myös yleisiä rikoksia, esim. pahoimpitely, voidaan rangaista virkavelvollisuuden rikkomisena. Tätä varten tarvitaan kuitenkin vielä välittävä normi, joka osoittaa, että yleisen rikoksen tekeminen on virkavelvollisuuden vastaista. Esimerkkinä on mainittu virkamieslain 14 §, vaikka ongelmana on nimenomaan tämän säädöksen avoimuus. Viljanen toteaa, että ”mitä selvempää virkamiehen menettelyn virheellisyys on, sitä helpommin VVirkamL 14 §:n ja kunnallisen viranhaltijalain 17 §:n kaltaiset säännökset riittävät ’välittäväksi normiksi’”. Ks. myös ratkaisu KKO 2020:29, jossa korkein oikeus katsoi, että poliisimiehen menettely oli rikkonut valtion virkamieslain 14 §:n 2 momenttia, poliisilain 1 luvun 6 §:n 1 momenttia (872/2011) ja poliisihallinnosta annetun lain 15 f §:ää (100/1992) ja hänet tuomittiin virkavelvollisuuden rikkomisesta. Kyse oli poliisimiehen

Korkein oikeus on tapauksessa KKO 2008:42 todennut, että ”*virallisen vastuu- tai käyttäytymisnormin tapauskohtainen sisältö saattaa säännösten tasolla jäädä harkinnanvaraiseksi, mutta tästä sääntelyn avoimuudesta ei vielä seuraa, että normia olisi pidettävä luonteeltaan vain ohjeellisena tai ettei sen noudattamatta jättämiseen voisi liittyä rikosoikeudellista vastuuta*”.<sup>92</sup> Myös yleisellä tavalla kirjoitetut säännökset voivat siis luoda rangaistavan käyttäytymisen raamit. Hallintopäätöksenteossa virkamiehen toimintaa ohjaa montakin eri normia, esimerkiksi laissa olevat säännökset sekä viraston sisäiset määräykset ja ohjeet. Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa on usein kyse massahallinnossa tehdyistä päätöksistä, mutta näitäkin päätöksiä tehtäessä virkamiehen on noudatettava yleisiä käyttäytymisnormeja. Esimerkiksi asian viivytyksetön käsittely voi hyvin tulla kyseeseen tietokoneavusteisessa päätöksenteossa ja automatisoidussa päätöksenteossa.

Kaikki avoimet normit eivät kuitenkaan sovellu rikosvastuun pohjaksi. Ratkaisussa KKO 1998:41 todettiin, että kunnanjohtajan virkavelvollisuuksia koskevat normit olivat liian epätasomaisia. Ratkaisussa oli kyse siitä, oliko kunnanjohtaja syyllistynyt tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen, kun hän ei ollut tilusvaihdon valmistelussa selvittänyt kunnalle hankittaviin kiinteistöihin kohdistuneita rasituksia. Korkein oikeus totesi, että kunnanhallituksen johtosääntö ja kunnan virkasääntö olivat siinä määrin avoimet ja yleisluontoiset, etteivät ne tarkasti määritelleet kunnanjohtajan virkavelvollisuuden sisältöä. Säännöistä ei voitu johtaa kunnanjohtajalle velvollisuutta selvittää kunnalle hankittavien kiinteistöjen rasitusta. Näin ollen kunnanjohtaja ei ollut syyllistynyt asiassa rikokseen.

Automatisoitua päätöksentekoa koskevia säännöksiä tai määräyksiä tulisi säätää riittävällä tarkkuudella. Tarkkarajaiset ja selvät säännökset riittävät toisaalta varsin hyvin muodostamaan virkavelvollisuutta, kuten käy ilmi ratkaisusta KKO 2008:95. Ratkaisusta ilmenee, että lautamiehenä toiminut A oli osana näytön arviointia rikkonut oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 11 luvun 2 §:ssä pykälässä mainittua välittömyysperiaatetta ottamalla huomioon omia havaintojaan vastaajasta, jotka hän oli tehnyt ennen varsinaista istuntoa. A tuomittiin virkavelvollisuuden rikkomisesta sakkoon. Kyseisen säännöksen rikkominen oli selvästi lautamiehen säännökseen perustuvan virkavelvollisuuden vastaista.

---

epäasiallisesta käyttäytymisestä ja hän oli rikkonut yleistä käyttäytymisvelvoitetta, joka vahvistettiin myös poliisilaissa ja poliisin hallinnosta annetussa laissa. Kyseistä käyttäytymistä ei ollut suoraan mainittu missään säädöksessä, mutta korkein oikeus katsoi, että poliisimiehen menettely oli käyttäytymisvelvoitteen vastaista.

<sup>92</sup> KKO 2008:42, kohta 7.

Kun virkamies esimerkiksi tietokoneavusteisessa päätöksenteossa tekee päätöksiä algoritmin tekemän päätösehdotuksen perusteella, hänen on noudatettava olemassa olevia lakeja ja asetuksia sekä hänen toimialaansa koskevia säännöksiä ja määräyksiä. Sama koskee luonnollisesti myös päätöksiä automatisoituun päätöksentekoon liittyen, esimerkiksi valvontasäännöksiä hyväksymispäätöstä. Vähimmäisvaatimuksena on, että virkamieheltä vaadittava käyttäytyminen on johdettavissa säännöksistä tai määräyksistä.

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että automatisoituun päätöksentekoon liittyen myös virkamiehen tehtävät tulee määritellä laillisuusperiaatteen vaatimalla tavalla. Pelkkä rooli ei välttämättä riitä rikosvastuun perustamiseksi, vaan lisäksi hänen tehtävät tulisi määritellä riittävällä tarkkuudella.<sup>93</sup> Pidän tätä ehdotusta hyvin varteenotettavana. Ei mielestäni riitä, että säännöksistä tai määräyksistä käy ilmi mitä pitäisi tehdä, ellei jostain ilmene kenen tulisi tätä tehdä.

Säännösten ja määräysten kontekstissa on tuotava esiin ohjeisiin liittyvä seikka. Koistinen huomauttaa, että ohjetasolla olevat asiakirjat eivät itsessään perusta rikosoikeudellista virkavastuuta. Sen sijaan ohjeista voi saada tulkinta-apua siihen, miten säännöstä tai määräystä tulisi rikosoikeudellisesti arvioida.<sup>94</sup> Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin tuotu esiin, että ohjekirjeiden, oppaiden, suunnitelmien ja ohjelmien velvoittavuus voi tapauskohtaisesti vaihdella.<sup>95</sup> Ohjeiden osalta tulee ottaa huomioon, että ne eivät välttämättä luo virkarikosvastuuta. Varmempi tapa velvoitettavuuden luomiseksi on säätää virkavelvollisuuksista oikealla tasolla. Tämä on luonnollisesti otettava huomioon automatisoidun päätöksenteon osalta.

Säännökset, määräykset ja ohjeet luovat raamit virkamiehen toiminnalle, mutta kuten totesin, säännöksiä ei voida myöskään säätää liian yksityiskohtaisesti. Tällöin virkamiehen oma harkinta oikeasta toimintatavasta nousee keskiöön.

Hallintotoiminnan perustana on harkinnanvapaus.<sup>96</sup> Virkamiehillä on näin ollen päätöksiä tehdessään jonkinasteinen harkintavalta. Hallinto-oikeudessa harkintavalta ei ole täysin vapaata, eikä myöskään täysin sidottua ja on yleensä jaettu kahteen eri lajiin, oikeusharkintaan ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan. Oikeusharkinta on lain soveltamiseen

---

<sup>93</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 61.

<sup>94</sup> Koistinen 2021, s. 134.

<sup>95</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 16.

<sup>96</sup> Makkonen 1981, s. 166.

sidottua harkintaa, jossa pyritään löytämään yhtä oikeaa, säännösten osoittamaa ratkaisua. Tarkoituksenmukaisuusharkinta on vapaampaa harkintaa, joka voi johtaa moneen eri lopputulokseen. Heuru kuitenkin huomauttaa, että tiukkaa jakoa näiden kahden harkintalajien välillä ei ole mahdollista tehdä.<sup>97</sup> Mäenpää on todennut, että harkintavalta hallintopäätöksissä on luontevinta jäsentää suppeaan ja laajaan harkintavaltaan, sekä niiden välimaastossa olevien joustavien oikeusnormien soveltamiseen.<sup>98</sup> Oikeusharkinta on suppeampaa kuin tarkoituksenmukaisuusharkinta.

Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa on kyse sellaisesta päätöksenteosta, jossa tietokonejärjestelmä pystyy valmistelemaan päätöstä kokonaan tai avustamaan keräämällä taustatietoja päätöksenteon tueksi. Nähdäkseni tämä tarkoittaa lähtökohtaisesti sellaista päätöksentekoa, jossa käytetään suppeaa harkintavaltaa. Mutta koska tietokoneavusteisessa päätöksenteossa on mahdollista käyttää automaatiota taustatietojen keräämiseen tai muuhun valmistelutoimintaan, niin on otettava myös muut harkintavallan muodot huomioon.<sup>99</sup>

Mikäli laki tietyssä tilanteessa edellyttää tietynsisältöisen päätöksen tekemistä, harkintavallan katsotaan olevan suppea.<sup>100</sup> Joissakin tilanteissa voi olla, ettei harkintavaltaa ole lainkaan. Esimerkiksi opintotukilain (65/1994) 23 § 2 momentin mukaan opintotuki myönnetään aikaisintaan sen kuukauden alusta, jona hakemus on jätetty. Kyseinen säännös ei jätä yhtään harkintavaltaa taikka tulkintavaraa ajankohdasta, mistä kuukaudesta alkaen opintotukea voidaan myöntää. Tämänkaltaiset ratkaisut soveltuvat erittäin hyvin täysin automatisoidulle päätöksenteolle, mutta myös tietokoneavusteiselle päätöksenteolle, jossa automaatio valmistelee ratkaisuehdotuksen ja virkamies tekee lopullisen päätöksen. Toinen esimerkki suppeasta harkinnasta on ympäristönsuojelulain (527/2014) 48 §, jonka 2 momentin mukaan ympäristölupa on myönnettävä, jos toiminta täyttää ympäristönsuojelulain ja jätelain sekä niiden nojalla annettujen säännösten vaatimukset. Luvan myöntäminen vaatii kuitenkin jonkin verran enemmän harkintaa ja tarkastelua. Virkamiehen on tutustuttava toimintaan ja tehtävä

<sup>97</sup> Heuru 2003, s. 156–157. Ks. myös Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Viranomaisen harkintavalta päätöksenteossa (17.10.2021 15:02:37).

<sup>98</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Viranomaisen harkintavalta päätöksenteossa > Viranomaisen harkintavallan laajuus modernissa hallinnossa > Harkintavallan aste-erot (18.10.2021 10:43:10).

<sup>99</sup> Täysin automatisoidussa päätöksenteossa on taas lähtökohtaisesti kyse sidotusta harkinnasta. Ks. Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 15.

<sup>100</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Viranomaisen harkintavalta päätöksenteossa > Harkintavallan laajuus vaihtelee > Suppea harkintavalta (18.10.2021 10:43:10).

ratkaisu toiminnan lainmukaisuudesta. Tässä tapauksessa on kyse suppeasta harkinnasta, sillä lupa on myönnettävä, mikäli lupaehdot täyttyvät. Tästä huolimatta tämänkaltainen päätöksenteko ei samalla tavalla sovellu ainakaan täysin automatisoitavaksi. Molemmissa esimerkeissä on kuitenkin kyse suppeasta harkinnasta.

Harkintavallan käyttö on vuorostaan laajimmillaan, kun normit ja säännökset ovat niin väljät, että lopputulos riippuu suurimmilta osin viranomaisen harkinnasta.<sup>101</sup> Laajan harkintavallan mahdollistavat säännökset ovat esimerkiksi sellaiset, joiden mukaan viranomainen *voi* myöntää luvan tai *saa* ryhtyä johonkin. Esimerkki laajan harkintavallan säännöksestä voidaan ottaa julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetusta laista (1397/2016, hankintalaki). Hankintalain 100 §:n mukaan hankintayksikön on noudatettava hankinnan kilpailuttamisessa sellaista menettelyä, joka on 3 §:n 1 momentissa tarkoitettujen periaatteiden mukainen. Kyseinen säännös antaa erittäin laajan harkintavallan hankintayksikölle kilpailutuksen toteuttamistavasta. Tämänkaltainen päätöksenteko on nähdäkseni erittäin vaikeasti automatisoitavissa, mutta voi silti tulla ajankohtaiseksi esimerkiksi automatisoidun päätöksentekojärjestelmän tilauksen yhteydessä.

Virkamies saa siis harkintavaltansa rajoissa tehdä ratkaisuja. Tämä vaikuttaa luonnollisesti rikosoikeudelliseen arviointiin. Mikäli virkamies on päätöksiä tehdessään pysynyt hänelle suodun harkintavallan rajoissa, ei häntä voida tuomita rikoksesta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:14 oli kyse tuomareiden harkintavallan käytöstä todistelua arvioidessaan sekä siitä, voiko harkintavallan käyttö perustaa rikosoikeudellista virkavastuuta. Korkein oikeus totesi, että raastuvanoikeus oli tehnyt kyseenalaistavan ratkaisun, mutta se ei oikeuta päättelemään, että raastuvanoikeuden jäsenet olisivat syyllistyneet varomattomuuteen tai huolimattomuuteen. Korkein oikeus totesi, että näytön arviointi ja sen pohjalta tehty oikeudellinen arviointi tulisi olla ilmeisen virheellinen, jotta menettelyn voitaisiin katsoa olevan rikoslaissa tarkoitettulla tavalla huolimatonta tai varomatonta.

Harkintavallan käytöstä oli myös kyse tapauksessa KKO 2010:75, jossa ratkaistiin, olivatko Suomen rauhanturvajoukon osastonjohtaja ja rauhanturvajoukon kurinpitoesimiehenä toiminut komentaja syyllistyneet rikokseen, kun he eivät ryhtyneet toimenpiteisiin tai aloittaneet esitutkintaa, kun joukon päätulkkia epäiltiin lahjuksen ottamisesta. Korkein oikeus

---

<sup>101</sup> Mäenpää 2018, Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Viranomaisen harkintavalta päätöksenteossa > Harkintavallan laajuus vaihtelee > Laaja harkintavalta (18.10.2021 10:43:10).

totesi, että osastonjohtajalla ja komentajalla on ollut harkintavaltaa toimenpiteisiin ryhtymisestä ja ottaen huomioon tulkin menettelystä olemassa olevat tiedot, komentaja ja osastonjohtaja eivät olleet syyllistyneet rikokseen.

Korkeimman oikeuden ratkaisulinjasta on vedettävissä johtopäätös, että harkintavallan väärinkäyttö on oltava selvä, sekä myös ilmeisen virheellinen, jotta sen perusteella voidaan kohdistaa rikosoikeudellista virkavastuuta.<sup>102</sup> Harkinnanvallan rajojen punninnassa on lopulta aina kyse tapauskohtaisesta arvioinnista. Tällä on merkitystä myös automatisoidussa ja tietokoneavusteisessa päätöksenteossa.

Kuten aiemmin totesin, niin tietosuojaneuvosto on todennut, että tietokoneavusteisen päätöksenteon määritelmään kuuluu, että päätöksentekijällä tulee olla tosiasiallista päätösvaltaa ja pätevyyttä muuttaa automaation antamia ratkaisuehdotuksia.<sup>103</sup> Vaikka on todennäköistä, että tietokoneavusteinen päätöksenteko tapahtuu suurelta osin suppean harkintavallan alueella, niin päätöksen tekevällä virkamiehellä tulee olla harkintavaltaa tehdessään päätöksiä algoritmien antamien ratkaisuehdotuksien perusteella. Mikäli tietyn hallintopäätöksen säädösperusta ei anna yhtään harkinnanvaraa, niin virkamiehellä on silti vastuu tarkistaa, että algoritmin antama ehdotus täyttää laissa mainitut ehdot päätökselle.

Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty, että esimerkiksi automatisoidun päätöksentekojärjestelmän käyttöönotosta tai olennaisesta muutoksesta tulisi tehdä päätös. Tällä tavalla olisi mahdollista kohdistaa vastuuta käyttöönotto- tai muutospäätöksen tehneeseen virkamieheen tai toimielimen jäseniin.<sup>104</sup> Oikeusministeriön arviomuistiossa on tuotu esiin samankaltaisia huomioita päätöksenteosta esimerkiksi järjestelmän tilaamisesta ja sen toimintasääntöjen määrittelemisestä.<sup>105</sup> Katson, että näissä tilanteissa päätökset tehneellä virkamiehellä tai virkamiehillä on oikeus harkintavallan käyttöön, sillä edellä esitetyt esimerkit eivät kuulu suppean harkintavallan piiriin. Rikosoikeudellisen vastuun osalta pitää näin ollen tehdä tapauskohtaista punnintaa, missä tämänkaltaisten päätösten harkintavallan rajat sijaitsevat sekä siitä, ovatko harkintavallan rajat selvästi ylitetty.

---

<sup>102</sup> Myös oikeusasiamies on ottanut kantaa viranomaisten harkintavallan käytön asianmukaisuuteen. Oikeusasiamies ei kuitenkaan voi puuttua viranomaisten harkintavallan käyttöön, ellei harkintavaltaa ole käytetty väärin tai sen rajoja on ylitetty. Ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisu, diaari 1398/4/07.

<sup>103</sup> WP251rev.01, s. 22.

<sup>104</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 122.

<sup>105</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 52.

Säännökset ja määräykset muodostavat siis pohjan virkavastuun rikkomisrikosten kriminalisoinnille. Ellei toiminnasta ole säädetty tai säädös on ristiriitainen tai liian ylimalkainen, niin virkamiestä ei voida myöskään tuomita rikoksesta. Virkamiehen oikeusturvaa ja rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta huomioon ottaen, niin näin kuuluu myös olla. Ellei virkamiestä ole ohjeistettu toimimaan tietyllä tavalla, ei häntä voida tuomita rangaistukseen – hänhän ei ole rikkonut mitään velvoitetta. Samalla virkamiehellä on säännöksistä riippuen myös harkintavalta, jota hänellä on oikeus käyttää automatisoidussa hallintopäätöksenteossa.

### 3.3 Vähäisyyskysymys automatisoidussa päätöksenteossa

Virkavelvollisuuden rikkomiseen ja sen tuottamukselliseen rikkomiseen liittyy vielä vähäisyyskynnys, joka on ylitettävä. Virkavelvollisuuden rikkomisrikokset eivät ole vähäisinä rangaistavia. Virkarikossääntelyn uudistuksessa lainsäätäjä katsoi, ettei ole tarvetta eikä myöskään suotavaa saattaa vähäisiä virkavelvollisuuden rikkomisia tuomioistuimeen. Tarkkaa vähäisyysmääritelmää ei ole mahdollista tehdä säädösten tasolla, vaan ratkaisu tulisi tehdä tapauskohtaisesti. Lainsäätäjä katsoi kuitenkin aiheelliseksi lisätä virkavelvollisuuden rikkomissäädöksiin kokonaisarvosteluperusteisen vähäisyysarvioinnin, jossa otetaan huomioon teon vahingollisuus, sen haitallisuus, sekä muut tekoon liittyvät seikat.<sup>106</sup> Viljanen on katsonut, että vähäisyysarviointiin voi vaikuttaa muun muassa vahingon syntymättä jääminen ja esimerkiksi virheellisen menettelyn ilmentämä välinpitämätön suhtautuminen.<sup>107</sup>

Korkein oikeus on tehnyt useita ratkaisuja, joissa on otettu kantaa virkavelvollisuuden rikkomisen vähäisyyteen. Ratkaisussa KKO 2016:90 todettiin, että virkaan kuuluvien tehtävien tekemättä jättäminen ei ollut vähäistä. Käräjätuomari oli laiminlyönyt velvollisuuttaan antaa kansliatuomioita sekä kirjallisia ratkaisuja pääkäsitellyssä julistetuista tuomioista. Voidaan todeta, että ratkaisujen tekemättä jättäminen, mikä on itsestään omiaan rikkomaan luottamusta lainkäytön asianmukaisuuteen, ei ole pidettävä vähäisenä virkavelvollisuuden rikkomisena. Tästä voidaan mielestäni helposti vetää yhtäläisyyksiä hallintopäätöksien tekemiseen – tai pikemminkin tekemättä jättämiseen. Mikäli virkamies jättäisi tekemättä ratkaisuja algoritmien antamista ehdotuksista, hänet voitaisiin hyvin tuomita

---

<sup>106</sup> HE 58/1988 vp, s. 65. Ks. lakivaliokunnan mietintö, LaVM 7/1989, s. 2. Lakivaliokunta katsoi ainakin tuottamuksellisten virkarikosten osalta, ”ettei rangaistavuutta enää ulotettaisi vähäisiin, lähinnä määrättyä menettelytapaa koskevien säännösten rikkomuksiin”. Lakivaliokunta katsoi myös, että viranomaisten tulee tarkoin harkita tuomioistuinmenettelyä tuottamuksellisissa virkavelvollisuuden rikkomisissa.

<sup>107</sup> Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 946.

rikoksesta rangaistukseen. Tai mikäli virkamies kokonaan kieltäytyy tekemästä mitään virkaansa kuuluvia toimenpiteitä niin tätäkään ei ole pidettävä vähäisenä.

Tapauksessa KKO 2011:40 korkein oikeus totesi, että kärjätuomarin selvien menettelysäännösten rikkomista ei ollut pidettävä vähäisenä. Tapauksessa KKO 1992:78 todettiin vuorostaan, että kihlakunnanoikeuden puheenjohtajan menettely ei ollut vähäinen, kun hän oli saman oikeudenkäynnin aikana tehnyt useita virheitä – hän oli muun muassa tuominnut syytetyn säädettyä vähimmäisrangaistusta lyhyempään rangaistukseen sekä ilman perusteluja hylännyt asianomistajan vahingonkorvausvaatimuksen. Tästä voidaan vetää johtopäätös, että vahinkoa aiheuttavia selkeitä virheitä niin prosessisäädöksiä kuin aineellisten säädöksiä osalta, ei ole pidettävä vähäisenä.

Viljanen on myös todennut, että mikäli virkavirheestä on syntynyt merkittävä riski huomattavan vahingon syntymiseen, virheellistä menettelyä ei välttämättä pidetä vähäisenä.<sup>108</sup> Tämä on mielenkiintoinen kysymys erityisesti automatisoidun päätöksenteon kannalta. Automaatiota käytetään usein niin kutsutussa massahallinnossa, jossa rutiiniluontoisia päätöksiä tehdään suurella volyymillä. Tämä tarkoittaa sitä, että pienikin virhe voi kertaantua tuhatkertaisesti ennen kuin virhettä edes huomataan. Tämä vaikuttaa luonnollisesti teon vahingollisuus- ja haitallisuusarviointiin.

Näin on jo päässyt tapahtumaan automatisoidussa päätöksenteossa. Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisusta EOAK/3393/2017 käy ilmi, että Verohallinto oli automaatiossa virheellisesti lähettänyt kirjeen 11 000 alkutuottajalle, jossa jokaista uhattiin 5 000 euron arvonnisäveron maksuunpanolla.<sup>109</sup> Virhe Verohallinnon päässä johti siihen, että 11 000 asiakasta sai aiheettoman uhkauskirjeen. Mikäli virkamies tekisi samankaltaisen virheen esimerkiksi automatisoidun päätöksentekoa algoritmin ohjelmoinnin yhteydessä, niin olisiko teko ollut vähäinen? Virhe itsessään on voinut olla vähäinen, mutta kyseinen virhe on voinut vaikuttaa tuhansien asiakkaiden oikeusturvaan. Kyse on yhdestä virheestä, joka on järjestelmän luonteen takia kertaantunut monta tuhatta kertaa. Onko automatisoidun päätöksentekojärjestelmän luonne sellainen seikka, joka voidaan laskea virkamiehen vahingoksi? Tämänkaltaisissa tapauksissa on selvää, että on olemassa riski huomattavankin vahingon syntymiseen, vaikka on kyse virkamiehen tekemästä yksittäisestä virheestä.

---

<sup>108</sup> Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 946.

<sup>109</sup> EOAK/3393/2017, s. 1 ja 4. Virhe johtui Verohallinnon mukaan asiakastietojen puutteellisuudesta.

Voidaanko virhettä arvioida eri tavalla vain järjestelmän luonteen takia? Oikeuskäytännöstä tai oikeuskirjallisuudesta ei löydy yksiselitteistä vastausta tähän kysymykseen.

Oikeuskirjallisuudessa on lisäksi tuotu esiin, että tiedonkulku ja vastuunjako automatisoidussa päätöksenteossa voivat vaikuttaa vähäisyysarviointiin. Jos tarvittava tieto on organisaation sisällä toisella virkamiehellä, se voi vaikuttaa toisen virkamiehen teon vähäisyysarviointiin.<sup>110</sup> Esimerkiksi tapauksessa KKO 2004:132 katsottiin, että vankilanjohtajan ja ylivartijan laiminlyönti oli ollut vähäistä. Tapauksessa todettiin, että ensisijainen valvontavastuu oli ollut osaston esimiehillä, eikä tieto määräystenvastaisesta menettelystä ollut myöskään saavuttanut vankilanjohtajaa tai ylivartijaa.<sup>111</sup> Automatisoidun päätöksenteon toteutuminen on monivaiheinen prosessi, johon osallistuu useita tahoja ja prosessi kattaa kaiken hankinnasta käyttöön. Tähän väliin mahtuu monta virkamiestä, joiden virkatehtävät ja vastuut vaihtelevat. Selkeä tiedonkulku ja vastuunjako vaikuttaisi olevan tarpeen rikosoikeudellisen vähäisyysarvion kannalta.

Vähäisyysarviointi on lopuksi aina tapauskohtaista harkintaa, eikä ole mahdollista tuottaa selkeää ratkaisumallia vähäisyydestä automatisoidussa päätöksenteossa. Mielestäni on joka tapauksessa selvää, että automatisoitu päätöksenteko luo uuden ajattelumallin myös vähäisyyskynnyksestä.

---

<sup>110</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 133.

<sup>111</sup> Vähäisyyskysymys ei tässä tapauksessa ollut kuitenkaan yksimielinen. Tapaus ratkaistiin äänin 3-2 ja eriävä mielipide koski teon vähäisyysarviointia. Eriävän mielipiteen antaneet katsoivat, että teko ei kokonaisuutena arvostellen ollut vähäinen. Tapaus havainnollistaa kuitenkin hyvin vähäisyysarvioinnossa huomioon otettavia seikkoja.

## 4 Virkavelvollisuuden tahallinen tai tuottamuksellinen rikkominen automatisoidussa päätöksenteossa

### 4.1 Tahallisuus automatisoidussa päätöksenteossa

Virkavelvollisuuden rikkomisrikosten merkittäviin tunnusmerkistötekijöihin lukeutuvat myös tahallisuus ja tuottamus, varsinkin automatisoidun päätöksenteon osalta. Automatisoituun päätöksentekoon liittyy useita ongelmakohtia tahallisuuden ja tuottamuksen osalta. Varsinkin kun ottaa huomioon, että virkamies ei enää tee varsinaista hallintopäätöstä, vaan mahdollinen tahallisenä tai tuottamuksellisenä rangaistava teko on löydettävä ennen tai jälkeen varsinaista hallintopäätöksentekoa.

Rikoslain 3 luvun 6 §:ssä, säädetään tahallisuudesta. Tekijän katsotaan aiheuttaneen tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä. Seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä. Rikoslaisissa tahallisuus jaetaan edellä olevan säädöksen mukaan perinteisesti tarkoitustahallisuuteen, todennäköisyystahallisuuteen ja varmuustahallisuuteen.

Virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkistöissä puhutaan kuitenkin säännöksien ja määräyksien rikkomisesta. Tunnusmerkistön täytyminen ei näin ollen edellytä tiettyä seurausta. Virkavelvollisuuden rikkominen ei siis suoraan ole seurausrikos, enkä tutkielmassani näin ollen keskity näihin tahallisuusmuotoihin.

Edellä mainittujen tahallisuusmuotojen rinnalla on erikseen olemassa vielä neljäs tahallisuusmuoto, olosuhdetahallisuus, josta ei ole nimenomaista säädöstä rikoslaisissa. Rikoslain yleisiä oppeja koskevasta lainsäädäntömateriaalista käy ilmi, että olosuhdetahallisuudesta oli ehdotettu säädettäväksi rikoslakiin, mutta sitä pidettiin ongelmallisena talousrikosten tahallisuuskynnyksen osalta. Olosuhdetahallisuudesta ei tämän takia säädetty rikoslaisissa vaan olosuhdetahallisuus päätettiin jättää oikeuskäytännön arvioitavaksi.<sup>112</sup> Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että olosuhdetahallisuuden osalta tahallisuuden tulee kohdistua niihin seikkoihin, jotka toteuttavat rikoksen tunnusmerkistön. Olosuhdetahallisuuden määritelmää on pidetty ongelmallisena, koska yritetään määritellä minkälainen tietoisuus tekijällä oli rikoksen tunnusmerkistön toteuttavista tosiseikoista.

---

<sup>112</sup> LaVM 28/2002 vp, s. 9–10, Tapani / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 289–290 ja HE 44/2002, s. 73–74.

Tahallisuuden kohteina ovat se asiantila tai ne tosiseikat, jotka toteuttavat rikoksen tunnusmerkistön.<sup>113</sup>

Virkavelvollisuuden rikkomisessa tahallisuuden kohteena on tämän mukaan säännösten ja määräysten rikkomista täyttävät tosiseikat – eli se asiantila, joka aiheuttaa säännösten ja määräysten rikkomisen. Kyse on näin ollen siitä, onko virkamies ollut tietoinen niistä tosiseikoista, tai siitä asiantilasta, joka rikkoo säännöksiä tai määräyksiä. Tulee kuitenkin muistaa, että olosuhdetahallisuus on nimenomaan olosuhteisiin, asiantilaan ja tosiseikkoihin liittyvää arviointia. Tämä arviointi on luonteeltaan jo tapauskohtaista.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:90 on otettu kantaa tuomarin tahallisuuteen virkavelvollisuuden rikkomisen osalta. Tapauksessa oli kyse siitä, että käräjätuomari oli riita-asiassa, vastoin oikeudenkäymiskaaren säännöksiä, tilannut ja tuomion perusteluissa käyttänyt vastaajan rikosrekisteriotetta. Korkein oikeus totesi, että rikotut normit olivat keskeisiä normeja, jotka tuomarin tulee tietää. Tästä huolimatta korkein oikeus totesi, että tuomari ei ollut menetellyt tahallisesti. Ainoastaan se seikka, että tuomari oli yksittäisessä asiassa toiminut vastoin säännöksiä, ei osoittanut tahallisuutta. Tahallisuus edellyttäisi, ”*että tuomari on arvioitavana olevassa tilanteessa tarkoittanut menetellä lain vastaisesti tai että hänen on ainakin täytynyt mieltää menettelevänsä lain vastaisesti*”<sup>114</sup>. Tuomari ei siis korkeimman oikeuden mukaan tietoisesti tai tarkoituksellisesti rikkonut lakia. Tapausta ratkaistiin ainoastaan tahallisuuden osalta, sillä rangaistusta ei oltu vaadittu tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta.

Rautio toteaa, että tämä ratkaisu osoittaa tuomareiden ja muiden virkamiesten muistivirheiden ja huolimattomuudesta tehtyjen virheiden todellisen luonteen ja noudattaa jo vakiintunutta linjaa virkarikosten osalta. Muistivirheiden ja huolimattomuusvirheiden luonnehtiminen tahallisiksi rikoksiksi ei Raution mukaan vastaa tekojen oikeaa luonnetta.<sup>115</sup> Olen samaa mieltä Raution kanssa tästä. Yleensä rikosoikeudessa ei voida välttää rikosoikeudellista vastuuta väittämällä, että ei tuntenut lakia tai säännöksiä. Tuomarit, ja myös hallintopäätöksiä tekevät virkamiehet, toimivat joka päivä lakien ja säännöksiänsä kanssa ja heidän tulisi todellakin tuntea niitä ja osata soveltaa niitä. Olisi mielestäni kuitenkin kohtuutonta vaatia,

<sup>113</sup> Tapani / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 285–286. Ks. myös HE 44/2002, s. 72.

<sup>114</sup> KKO 2008:90, kohta 7.

<sup>115</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Tahallinen/tuottamuksellinen (26.3.2022 11:37:4).

että jokainen tekee työnsä aina täysin virheettömästi. Tässä tapauksessa kärjätuomari oli ilmeisesti unohtanut, että kyseisessä riita-asiassa olisi tullut pyytää lupaa käyttää rikosrekisteriotetta, toisin kuin rikosasioissa.

Vihriälä on todennut ratkaisusta KKO 2008:90, että mikäli tahallisuuden kohteeksi asetettaisiin ainoastaan tapauksen tosiseikat, eli se, että tuomari on asianosaisilta kysymättä tilannut rikosrekisteriotteen ja käyttänyt sitä tuomion perusteluissa, teko katsottaisiin tahalliseksi. Tuomarin on pitänyt tuntea oikeudenkäymiskaaren säännöksiä ja silti hän on toiminut edellä kerrotulla tavalla. Tällöin ei kuitenkaan jäisi yhtään tilaa tuottamukselle.<sup>116</sup> Vihriälän kannanotto on melko samanlainen kuin Raution. Tahallisuuden arviointi tuomarin päätöksentekoon liittyen vaikuttaa siis osittain eroavan muusta tahallisuusarviointista. Vaikka tämä ratkaisu koskee tuomarin toimintaa, niin katson, että tämän ratkaisun perustelut ovat sovellettavissa myös muuhun hallintopäätöksentekoon ja sitä kautta automatisoituun päätöksentekoon.

Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2008:90 on mielestäni luettavissa, että tahallisuuden kohde on juuri tietoisuus siitä, että asiantila rikkoo säännöksiä tai määräyksiä. Korkein oikeus totesi ratkaisussa, että tahallisuus edellyttäisi tarkoitusta toimia lainvastaisesti tai vähintään sen mieltämistä. Tahallisuus kohdistuu siis tietoisuuteen siitä, että asiantila tai tosiseikat rikkovat säännöksiä. Tämä eroaa oikeuskirjallisuudessa esille tuodusta tietoisuuden kohteesta. Siinä on painotettu, minkälainen tietoisuus tekijällä oli rikoksen tunnusmerkistön toteuttavista tosiseikoista.<sup>117</sup> Oikeuskirjallisuuden mukaan kyse on siitä, onko tekijä ollut tietoinen tosiseikkojen olemassaolosta ja jos on, niin millä tasolla. Mikäli tahallisuusarviointi olisi tehty tällä tavalla tapauksessa KKO 2008:90, niin olisi tullut arvioitavaksi minkälainen tietoisuus tuomarilla oli hänen omasta toiminnastaan, eli tiesikö hän tilanneensa rikosrekisteriotetta ja käyttäneensä sitä tuomionsa perusteluissa.

Viljanen on todennut, että se toiminta, jolla virkavelvollisuus rikotaan on usein itsessään tahallista, mutta olisi oikeudentajun vastaista luokitella KKO 2008:90 -tapauksen kaltaisia tapahtumia tahallisiksi rikoksiksi.<sup>118</sup> Ei voida väittää, etteikö tuomari olisi tahallisesti tilannut ja käyttänyt rikosrekisteriotetta tuomionsa perusteluissa, toiminta on selvästi siinä mielessä tietoista ja tahallista. Rikosoikeudellinen tahallisuusarviointi ei kuitenkaan nähdäkseni

---

<sup>116</sup> Vihriälä 2012, s. 282–284.

<sup>117</sup> Tapani / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 285–286. Ks. myös HE 44/2002, s. 72.

<sup>118</sup> Viljanen / Keskeiset rikokset 2018, s. 941.

kohdistu tuomarin toimintaan. Sen sijaan tahallisuusarviointi koskee sitä, tiesikö tai mielsikö tuomari, että hän tällä teolla rikkoi oikeudenkäymiskaaren säännöksiä. Eli tahallisuus kohdistui tuomarin tietoisuuteen asiantilan virkavelvollisuutta rikkovasta vaikutuksesta.

Tämä ratkaisu on oikeuskirjallisuudessa saanut osakseen myös kritiikkiä. Tapani on kyseenalaistanut, miten tuomarin toimintaa ei voida pitää tietoisena ja tästä johtuvana tietoisena sääntöjen rikkomisena. Tapani huomauttaa, että eri asia olisi, jos virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistössä ilmenisi tiukempi tahallisuusvaatimus, mutta näin ei kuitenkaan ole.<sup>119</sup> Kritiikki kohdistuu nähdäkseni siihen, että tietoisuuden kohde on asetettu muualle kuin tosiseikkoihin, eli muualle kuin asiantilaan. Tapani on katsonut, että rikosrekisteriotteen tilaaminen ja käyttäminen tuomion perusteluissa ilman lupaa on ollut tahallista<sup>120</sup>. Tästä voin osittain olla samaa mieltä. Ei voida väittää, että tuomari olisi vahingossa tai huolimattomuuttaan tilannut ja käyttänyt kyseistä asiakirjaa. Mutta ristiriita kohdistuu nähdäkseni siihen, muistiko tuomari tätä toimintaa kieltävät säännökset vai ei. Jos katsotaan tapauksen tosiseikkoja, eli rikosrekisteriotteen tilaaminen ja käyttäminen, niin kyse on tahallisesta teosta, sillä juuri se toiminta onkin laissa ollut kielletty. Mutta korkein oikeus on mielestäni kohdistanut tahallisuusvaatimuksen nimenomaan tuomarin tietoisuuteen siitä, että hänen toimintansa on ollut säännösten vastaista.

Tolvanen on vuorostaan todennut, että kyseinen ratkaisu hämärtää rikosvastuun rakennetta. Tolvanen pitää ongelmallisena sitä, että tahallinen teko edellyttäisi, että tuomari olisi toiminut tietoisesti lainvastaisella tavalla. Hän kuitenkin huomauttaa, että kyseessä on yksittäistapauksessa tehty tulkintaratkaisu.<sup>121</sup> Tapanin ja Tolvasen kritiikki on mielestäni aiheellinen, sillä korkeimman oikeuden ratkaisu eroaa merkittävästi tahallisuuden kohteen osalta ja osittain nostaa tahallisuusvaatimuksen virkavelvollisuuden rikkomisen osalta. Tahallisuus ei siis vaikuta olevan täysin yksinkertaista virkavelvollisuuden rikkomisen, ja siten myös automatisoidun päätöksenteon, osalta. Korkein oikeus on kuitenkin käyttänyt samankaltaista argumentointia myös myöhemmässä ratkaisussa.

---

<sup>119</sup> Tapani 2009, s.480–481.

<sup>120</sup> Tapani 2009, s.480–481.

<sup>121</sup> Tolvanen 2009, KKO:n ratkaisut kommentein > KKO:N RATKAISUT KOMMENTEIN 2008:II > KKO 2008:90 Tahallisuus virkarikoksessa > Mitä ratkaisusta seuraa? (27.3.2022 20:25:4). Ks. myös Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 446. Tahallisuuden ja kieltoerehdyksen kontekstissa Tolvanen toteaa, että korkein oikeus ei ole yleisellä tasolla ottanut kantaa kieltoerehdyksen ja tahallisuuden välisestä suhteesta, vaan kyse on yksittäistapauksessa tehdystä tulkinnasta. Olen samaa mieltä kieltoerehdyskritiikistä. Ei voida väittää, että oikeudenkäymiskaaren säännökset, jotka tuomari tapauksessa KKO 2008:90 rikkoi, olisivat olleet epäselvät.

Ratkaisussa KKO 2017:92 korkein oikeus totesi, että lainkäytön yhteydessä tapahtuneiden yksittäisten selvien säännösrikkomusten on usein katsottu johtuneen huolimattomuudesta, ellei ole esiintynyt aihetta pitää menettelyä tahallisena toimintana.<sup>122</sup> Tapauksessa oli kyse siitä, että valtakunnansyyttäjänä toimiva A oli esteellisenä osallistunut koulutushankinta-asioiden käsittelyyn ja niihin liittyvään päätöksentekoon, vaikka hänen lähisukulaisensa oli töissä koulutuksia tarjoavassa yhtiössä. Koska A:lle oli huomautettu tästä esteellisyydestä ensimmäisen päätöksen yhteydessä, ja hän sen jälkeen vielä osallistui kyseisten hankinta-asioiden käsittelyyn, korkein oikeus totesi, että A oli menetellyt tahallisesti.

Tahallisuusarviointiin vaikutti myös se, että A:n esteellisyydestä ei ollut epäselvyyttä.

Korkein oikeus totesikin, että A on tiennyt tai ainakin pitänyt varsin todennäköisenä, että hänen sukulaisensa on esteellisyysperusteen täyttävässä asemassa koulutusta tarjoavassa yhtiössä. Tässä ratkaisussa korkein oikeus on mielestäni tarkentanut tietoisuuden vaatimusta asiantilan säännöksenvastaisuudesta. A:n on täytynyt pitää vähintään varsin todennäköisenä, että esteellisyysperusteet täyttyvät. Samalla taas kerran tahallisuuden kohde näyttää olevan tietoisuus siitä, että oma toiminta (asiantila) on säännöksiä vastainen. Tätä tapausta voidaan mielestäni soveltaa muuhun hankintatoimintaan ja sitä kautta automatisoitua päätöksentekoa koskeviin hankintoihin. On erittäin todennäköistä, että automatisoidut päätöksentekoa toteuttavat algoritmit hankitaan julkisen hankinnan kautta.

Korkeimman oikeuden ratkaisut KKO 2008:90 ja KKO 2017:92 vaikuttavat siis tuovan lisäyksen oikeuskirjallisuudessa esitettyyn, että olosuhdetahallisuudessa on kyse siitä, minkälainen tietoisuus vastaajalla on ollut asiantilan olemassaolosta. Uskallan väittää, että tahallisuuden kohde (hallinnollisessa) ratkaisutoiminnassa ja hallintoasioiden käsittelyssä näyttäisi olevan tietoisuus oman toiminnan säännöksiä rikkovasta luonteesta asiantilan olemassaolon sijaan. Ainakin yksittäisten selvien huolimattomuudesta johtuvien säännösrikkomuksien osalta vaikuttaa olevan niin. Automatisoidusta päätöksenteosta ei kuitenkaan ole olemassa korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä, joten jää nähtäväksi, mikä korkeimman oikeuden linja tulee olemaan tulevaisuudessa.

---

<sup>122</sup> Ks. KKO 2017:92 kohta 62. Esimerkkinä aikaisemmasta oikeuskäytännöstä mainitaan muun muassa KKO 1992:78, jossa kihlakunnanoikeuden puheenjohtaja oli muun muassa tuominnut vastaajan rikoksesta laissa säädettyä vähimmäisrangaistusta lyhyempään vankeusrangaistukseen, hylännyt perusteluitta asianomistajan vahingonkorvausvaatimuksen ja virallisen syyttäjän vaatimuksen lääkärintodistuksen lunastusmaksun korvaamisesta valtiolle. Korkein oikeus tuomitsi puheenjohtajan tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Ratkaisussa ei kuitenkaan ilmene tahallisuutta koskevaa pohdintaa.

On aiheellista kysyä, aiheuttavatko ratkaisut KKO 2008:90 ja KKO 2017:92 sen, että säännöksiä ja määräyksiä vähenee virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistön täyttymisessä? Eli jos säännöksiä ja määräyksiä voi tahalliseksi katsottavalla teolla rikkoa ilman, että siitä tuomitaan tahallisesta teosta, niin johtaako tämä siihen, että säännökset ja määräykset mielletään enemmän suosituksina kuin vahvoina sääntöinä? Edellä esitettyssä tapauksessa KKO 2008:90 virkamies on tosiseikkojen näkökulmasta tarkasteltuna tahallisella teolla toiminut säännösten ja määräysten vastaisesti. Tästä huolimatta häntä ei tuomittu tahallisesta teosta. Itse näen, että virkamiehelle tulee suoda oikeus tehdä huolimattomuudesta johtuvia virheitä tai huolimattomuuttaan unohtaa oikeusohjeita ilman, että hänet automaattisesti tuomittaisiin tahallisesta teosta. Tämänkaltaisen teko voitaisiin mielestäni hyvin katsoa tuottamukselliseksi, vaikka tapahtuman tosiseikat puhuisivat tahallisen teon puolesta. Tässä vaikuttaa tahallisuusopissa löytyvän lisää tutkimusta kaipaava aukko, ainakin virkarikosten osalta ja erityisesti päätöksentekoon ja hallintotoimintaan liittyen.

Edellä mainitut ratkaisut herättävät myös mielenkiintoisen kysymyksen automatisoidun päätöksenteon kannalta. Jos tahallinen rikos hallintotoiminnassa edellyttää tietoisuutta siitä, että rikkoo säännöksiä tai määräyksiä, niin miten tämä vaikuttaa tahallisuusarviointiin automatisoidussa hallintopäätöksenteossa? Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa virkamies tekee edelleen hallintopäätöksen. Silloin tahallisuusarviointi tehdään kuten muussakin hallintotoiminnassa ja päätöksenteossa. Eli nähdäkseni on mahdollista, että virkamiehen huolimattomuudesta tehty säädösuohdus katsotaan tuottamuksellisesti tehdyksi, vaikka hänen olisi pitänyt olla tietoinen säännöksestä. Otetaan esimerkkinä tapaus, jossa virkamies ei huomaa automaation tekemässä ratkaisuehdotuksessa olevaa selvää virhettä ja tekee sen perusteella lainvastaisen päätöksen. Tosiseikkoja tarkastellen virkamies on tahallaan tehnyt väärän, eli säännösten vastaisen ratkaisun. Hän on siis tahallaan rikkonut virkavelvollisuuttaan. Mutta jos tahallisuus arvioidaan toiminnan tietoisuuden näkökulmasta, virkamies on huolimattomuuttaan tehnyt tämän ratkaisun, jolloin teko olisi tuottamuksellisena tuomittava. Jää nähtäväksi, miten tämänkaltaisia tapauksia ratkaistaan oikeuskäytännössä.

Täysin automatisoidussa päätöksenteossa vastuutaho on vuorostaan etsittävä joko päätöksentekoa edeltävistä virkamiehistä tai päätöksenteon jälkeisistä virkamiehistä. Mikäli järjestelmän toimintaa valvova virkamies esimerkiksi tietoisesti laiminlyö tehtävänsä

kuuluvaa valvontavelvollisuutta, niin kyseessä on tahallinen teko.<sup>123</sup> Kurki on lisäksi tuonut esiin, että ihmisen on mahdollista ohjelmoida tekoälylle hyvinkin tarkkoja toimintaohjeita. Mikäli ohjeet ovat lainvastaisia, olisi luonnollista pitää tätä ihmistä vastuussa.<sup>124</sup> Olen samaa mieltä Kurjen kanssa. Mikäli virkamies tietoisesti ohjelmoi päätöksentekoa algoritmia tekemään lainvastaisia toimenpiteitä, kyseistä toimintaa olisi mielestäni pidettävä tahallisenä.

Toisena esimerkkinä tahallisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta voidaan ottaa käyttöönottestaaja, joka havaitsee järjestelmässä kriittisen virheen, mutta jättää siitä ilmoittamatta – tai jos käyttöönotosta päättävä virkamies hyväksyy järjestelmän käyttöönoton siitä huolimatta, että tiesi kriittisen virheen olemassaolosta. Silloin virkamiehen voidaan katsoa toimineen tahallisesti. Toisaalta, jos tällainen virhe jää huomaamatta, niin tulisiko tahallisuutta arvioida tosiseikkojen taikka tietoisuuden tason näkökulmasta? Eli onko kyse ollut siitä, ettei virkamies ollut tietoinen kriittisestä virheestä tai ettei hän ollut tietoinen siitä, että järjestelmän hyväksyminen kriittisestä virheestä huolimatta oli säännösten vastaista? Vastaus tähän kysymykseen riippuu myös virheen laadusta sekä säännösten ja määräysten kirjoitusasusta. Kaikkien virkatehtävien osalta tahallinen virkavelvollisuuden rikkominen on sidoksissa säännöksiin ja määräyksiin ja niiden luomiin velvollisuuksiin. Myös virkamiehen tietoisuus ja tapauksen tosiseikat nousevat keskiöön.<sup>125</sup> Selkeät ja tarkat tehtävät ja velvollisuudet ovat siis tärkeitä tahallisuusarvioinnin takia.

Kurjen esimerkki tuo myös tarpeen tarkastella tahallisuutta automatisoidussa hallintopäätöksenteossa tunnusmerkistöerehdyksen kautta. Rikoslain 4 luvun 1 § mukaan, jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta, teko ei ole tahallinen. Vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta voi kuitenkin tulla kysymykseen tuottamuksen rangaistavuutta koskevien säännösten mukaan. Tunnusmerkistöerehdys poistaa siis tahallisuuden, mutta ei tuottamusta. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että

---

<sup>123</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Virkaansa toimittaessa (1.4.2022 11:02:1) sekä Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus > II RIKOSLAJIT > 28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset > Virkavelvollisuuden rikkominen > Virkavelvollisuuden rikkominen (RL 40:9) > Tekotavat (1.4.2022 11:12:18). Katson, että myös muut tietoiset tehtävien tekemättä jättäminen tulisi lähtökohtaisesti katsoa tahallisiksi teoiksi.

<sup>124</sup> Kurki 2018, s. 832.

<sup>125</sup> Säännöksien ja määräyksien tehtävä virkavelvollisuuden määrittelijänä mielestäni jopa korostuu automatisoidussa päätöksenteossa. Tämä voi tarkoittaa, että automatisoidusta päätöksenteosta tulee ainakin ohjeistukseltaan ja käyttöönotoltaan kankea. Mielestäni on kuitenkin tärkeää, että eri virkamiesten vastuut ja sitä mukaa vastuutahot ovat aina selvillä.

olosuhdetahallisuuden alaraja määrittää myös tunnusmerkistöerehdyksen selvillä oloa koskevan rajan.<sup>126</sup> Koponen on kuitenkin tahallisuuden ja erehdysopin välisestä rajanvedosta todennut, että tietoisuuteen liittyvät kysymykset tulisi ensisijaisesti ratkaista tahallisuuden kautta ja vain poikkeustapauksessa erehdysoppien kautta.<sup>127</sup> Katson kuitenkin, että rajanvetoa automatisoidussa päätöksenteossa on syytä tarkastella myös tunnusmerkistöerehdyistä silmällä pitäen.

Virkavelvollisuuden rikkomisen osalta tämä voidaan mielestäni kääntää siten, että tekijä ei teon hetkellä ole tietoinen kaikista olosuhteista, jotka toteuttavat säännöksessä määrätyn virkavelvollisuuden rikkomisen. Jos tietoisuuden alaraja otetaan tapauksesta KKO 2017:92, niin tekijän on tullut pitää varsin todennäköisenä, että hän rikkoi säännöksiä ja määräyksiä. Automatisoidussa päätöksenteon prosesseissa voi kuitenkin tulla vastaan muita tunnusmerkistöerehdyspohdintoja. Jos esimerkiksi virkamies tekee päätöksen automatisoidun päätöksentekoalgoritmien tietystä toiminnallisuudesta, joka aiheuttaa suuriakin ongelmia algoritmin toiminnassa ja sitä kautta hallinnon asiakkaille, niin minkälaiset tietoisuuden vaatimukset tulee tälle virkamiehelle asettaa?

Tämä kysymys nousee erittäin ajankohtaiseksi oppivan algoritmin suorittaman automaation osalta, mutta myös muun automaation kannalta. Oppiva algoritmi on hallintopäätösten osalta ongelmallinen monesta eri syystä. Koskinen huomauttaa, että koneoppimisalgoritmit kuvataan usein käsitteellä ”*black box*”. Tämä viittaa siihen, että ei täysin tiedetä, miten oppiva algoritmi päättyy tiettyyn tulokseen. Järjestelmään syötetty tieto on tiedossa, kuin myös järjestelmän tuottama päätös (tulos). Tiedossa on lisäksi järjestelmän lähdekoodi, mutta sen oppivuudesta johtuen ei ole ilmeistä, mihin algoritmin tuottama päätös perustuu.<sup>128</sup> Tiedetään kyllä mitkä seikat ja selvitykset on algoritmilta annettu, mutta ei välttämättä tiedetä, miten algoritmi on punninnut näitä seikkoja päätöstä tehdessään. On huomautettu, että oppivan algoritmin lainsoveltamisessa ei ole kyse oikeudellisesta arviosta, vaan todennäköisyyksiin perustuvasta ennusteesta.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Tapani / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 306.

<sup>127</sup> Koponen 2007, s. 45.

<sup>128</sup> Koskinen 2018, s. 240 ja Koulu 2018, s. 857.

<sup>129</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 12. Arviomuistiossa todetaan, että oppivalle algoritmilta voi olla käyttönsä, mutta siihen liittyvien ongelmakohtien takia oppiva algoritmi voisi soveltua paremmin esimerkiksi analyysitoimintaan kuin hallintopäätöksentekoon. Oikeusministeriön työryhmämietinnössä on vuorostaan todettu, että ”todennäköisyysajatteluun perustuvissa tekoälytekniikoissa lainmukaisuuden toteutuminen jokaisen yksittäisen päätöksen kohdalla voi olla vaikeammin toteutettavissa kuin ihmisen laatimiin päättelysääntöihin perustuvassa automaatiassa”, Vainio – Hämäläinen – Jartti – Helin 2022:7, s. 29.

Oppivat algoritmit ovat hallintopäätöksenteossa ongelmallisia päätösten perusteluiden mahdollisten puutteellisuuksien myös algoritmien oppimisen takia. Koska algoritmi oppii aiemmista päätöksistä, on mahdollista, että se opettaa itselleen ei toivottuja toimintatapoja. Pasquale tuo esiin, että algoritmi on ihmisen tekemä ja ohjelmoijan arvot näkyvät ohjelmoinnissa. Samalla algoritmi oppii olemassa olevasta datasta, jossa voi esiintyä syrjiviä käytänteitä.<sup>130</sup> Oppiva algoritmi oppii siis toistamaan olemassa olevia rakenteita, jotka voivat itsessään olla syrjiviä. Tästä on olemassa sekä kansainvälistä että kansallista kokemusta. Yhdysvalloissa käytettiin tuomioistuimissa Compas-algoritmia arvioimaan rikoksesta syytetyn rikoksenteon uusimistodennäköisyyttä. Algoritmin havaittiin arvioivan tummaihoisille vastaajille korkeamman riskiarvion kuin valkoisille, myös silloin kun valkoisilla oli merkittävä rikostausta. Algoritmi ei hyödyntänyt laskelmissaan vastaajien etnistä taustaa, mutta se toisti yhteiskunnan vallitsevat rasistiset rakenteet.<sup>131</sup>

Kotimaasta on olemassa samankaltainen tapaus, ja vaikka ratkaisusta ei käy ilmi, että olisi ollut kyse oppivasta algoritmista, niin tapaus nostaa esiin tilastollisten menetelmien käyttämisen ongelman – johon siis oppiva algoritmi perustaa oppinsa.

Tapauksessa 216/2017 yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta totesi luottolaitosyhtiön käyttämän pisteytysjärjestelmän syrjineen luotonhakijaa. Luottolaitosyhtiö oli käyttänyt ulkoisen palveluntuottajan antamaa luokitusarviointia, joka perustui pelkästään tilastollisiin laskelmiin. Samalla luottolaitosyhtiö ei ottanut lainkaan huomioon hakijan omaa luottokäyttäytymistä tai luottokelpoisuutta. Tilastollisessa arvioinnissa annettiin enemmän pisteitä naisille kuin miehille, ruotsinkieliset saivat enemmän pisteitä kuin suomenkieliset ja haja-asutusalueilla asuvat saivat vähemmän pisteitä kuin taajama-alueiden asukkaat. Myös ikä vaikutti pistesaldoon. Luotonhakija ei näillä kriteereillä arvioituna saanut tarpeeksi pisteitä, eikä hänelle tämän takia myönnetty luottoa. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta totesi, että käytäntö oli syrjivä ja kielsi luottolaitosta soveltamasta kyseistä menettelyä.<sup>132</sup>

Tämä tapaus havainnollistaa hyvin tilastollisen päätöksenteon riskit. Ratkaisussa mainittiin, että luotonhakijan yksilöllisiä seikkoja huomioon ottaen, hänelle olisi tullut myöntää haettua luottoa. Luottolaitosyhtiön päätöksessä oli kuitenkin ainoastaan otettu huomioon tilastolliset seikat.

Yllä olevista esimerkeistä huomataan, että algoritmin tekemä tilastopohjainen arviointi voi johtaa siihen, että päätökset tehdään syrjivin perustein. Algoritmi itsessään ei osaa syrjiä,

---

<sup>130</sup> Pasquale 2015, s. 38. Ks. myös Zerilli – Knott – Maclaurin – Gavaghan 2019, s. 673–674, jossa huomautetaan, että algoritmien kehittäminen ei ikinä ole täysin objektiivista. Siihen vaikuttaa liuta sosiaalisia normeja, laitokohtaisia käytänteitä sekä asenteita. Tämä voi johtaa siihen, että algoritmiin rakennetaan syrjintää alusta asti.

<sup>131</sup> Koulu 2018, s. 858.

<sup>132</sup> Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan ratkaisu, diaari 216/2017.

mutta se ei tarkoita, että se on syrjinnästä vapaa.<sup>133</sup> Algoritmi ei ole ajatteleva olento, mutta se voi tilastojen kautta periä yhteiskunnan sosiaalisissa rakenteissa olemassa olevaa syrjintää. Syrjintää voi tapahtua esimerkiksi siitä syystä, että oppivan algoritmin käyttämä data ei edusta riittävän laajaa ihmisjoukkoa. Mikäli esimerkiksi kasvotunnistusalgoritmi oppii tunnistamaan kasvoja käyttäen pääasiallisesti tiettyä etnistä ryhmää edustavia ihmisiä oppimateriaalina, niin tämä voi johtaa siihen, että algoritmi ei osaa tunnistaa muihin etnisiin ryhmiin kuuluvia ihmisiä yhtä hyvin. Oppimateriaalina käytetty data on jollakin tavalla ollut vinoutunut, mikä johtaa siihen, että myös tulokset vinoutuvat.<sup>134</sup> Myös ohjelmoijien asettamat kriteerit päätöksenteolle voivat tahtomatta johtaa syrjivään lopputulokseen. Oppiva algoritmi punnitsee erilaista tietoa ja antaa eri painoarvoa eri kriteereille. Kuten yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan päätöksestä käy ilmi, niin painoarvon antaminen sukupuolelle, iälle, äidinkielelle ja asuinpaikkakunnalle voi johtaa syrjivään lopputulokseen. Tietenkin myös ihmisen tekemä ratkaisu voi olla syrjivä, mutta silloin vastuutaho on selvä.

Jos virkamies on tehnyt yllä mainitun päätöksen käyttäen tiettyä opetusdataa, jonka perusteella oppiva algoritmi oppii syrjiväksi, niin keskiöön nousee hänen tietoisuutensa datan luonteesta. Liikutaan siis tahallisuuden ja tunnusmerkistöerehdyksen välisessä maastossa. Oliko virkamies tietoinen, tai olisiko hänen pitänyt olla tietoinen, opetusdatan luonteesta käyttöpäätöstä tehdessään? Samankaltainen kysymys voidaan esittää ohjelmoijan tekemästä ratkaisusta, joka myöhemmin osoittautuu virheelliseksi. Minkälaista tietoisuutta teon hetkellä käsillä olevista olosuhteista häneltä vaaditaan? Tahallisuuden ylittävä tietoisuus tulisi edellä esitetyn mukaisesti olla tasolla *varsin todennäköinen*. Tunnusmerkistöerehdyksen raja kulkee tämän tason alapuolella, mutta voi olla hedelmällisempää käsitellä tämänkaltainen arviointitilanne pelkästään tahallisuuspohdinnan kautta. Tunnusmerkistöerehdystä ei kuitenkaan kannata unohtaa tahallisuusarviointia tehdessä.

Valtiovarainministeriön arviomuistiossa tuodaan esiin, että monet nyt käytössä olevat sääntöpohjaiset algoritmit ovat läpinäkymättömiä. Ei siksi, etteikö olisi mahdollista seurata niiden päättelypolkua, vaan siksi, että algoritmi sisältää niin suuren määrän dataa, että ihmisen on kognitiivisesti mahdotonta sisäistää kaikkea algoritmista tapahtuvaa.<sup>135</sup> Tämä vaikuttaa luonnollisesti tahallisuusarviointiin ja tunnusmerkistöerehdyksen arviointiin. Jos ihmisen ei

---

<sup>133</sup> Pasquale 2015, s. 38.

<sup>134</sup> Zerilli – Knott – Maclaurin – Gavaghan 2019 s. 672–673.

<sup>135</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 42.

ole kognitiivisesti mahdollista edes sisäistää kaikkea algoritmissa tapahtuvaa, niin hänen tietoisuuden tasonsa ei voi mielestäni ylittää tahallisuuden asteelle, eli *varsin todennäköinen* -tasolle.

Virkavelvollisuuden tahallinen rikkominen näyttäisi vaativan tietoisuutta säännöksiä ja määräyksiä rikkovasta asiantilasta. Vaihtoehtoisesti vaaditaan *varsin todennäköinen* tietoisuus siitä, että oma toiminta rikkoo säännöksiä ja määräyksiä. Jos virkamies tietoisesti rikkoo virkavelvollisuuttaan tai pitää tätä *varsin todennäköisenä*, että hän toiminnallaan niin tekee, niin hän on tahallaan rikkonut virkavelvollisuutta. Tämä asettaa vaatimuksia säännösten ja määräysten muotoilulle. Tulee ottaa huomioon, että seikkaperäisiä ohjeita on vaikeaa tehdä luovalle toiminnalle kuten esimerkiksi tietojärjestelmän ohjelmoinnille. Tämä tietoisuuden taso nousee myös keskiöön esimerkiksi laajojen algoritmien tuntemuksessa tai esimerkiksi oppivan algoritmin koulutusdatan valinnassa.

## 4.2 Huolimattomuus automatisoidussa päätöksenteossa

Rikoslain 40 luvun 10 § mukaan tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen on tapahduttava huolimattomuudesta. Rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta säädetään rikoslain 3 luvun 7 § 1 momentissa, jonka mukaan tekijän menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (tuottamus).<sup>136</sup>

Tuottamus, eli huolimattomuus, on jaettu kahteen osaan – objektiiviseen ja subjektiiviseen. Objektiivinen huolimattomuus koskee säännösten ja määräysten asettamaa huolellisuusvelvoitetta.<sup>137</sup> Virkarikosten osalta tämä huolellisuusvelvoite koskee virkatoiminnassa noudatettavien säännösten ja määräysten noudattamista.<sup>138</sup> Kyse on siis siitä, mitä virkamiehen tulisi lakien, asetusten ja määräysten mukaan tehdä tai jättää tekemättä – eli onko jokin teko kielletty, sallittu tai jopa vaadittu. Huolimattomuus, eli säännöksiä ja määräyksiä vastainen menettely, voi ilmetä monella eri tavalla – esimerkiksi määräaika-

---

<sup>136</sup> Jätän törkeän huolimattomuuden tarkastelun ulkopuolelle. Tässä tutkielmassa näen tärkeämpänä tarkastella tuottamuksen mahdollista alarajaa, eikä tuottamuksen törkeysarviointiin ole sen takia tähdellistä paneutua tässä yhteydessä. En myöskään näe, että automatisoidun hallintopäätöksenteon tuottamusarvioinnissa on suurta tarvetta tarkastella, onko teko pikemminkin ollut tapaturmainen kuin tuottamuksellinen. Siitä syystä jätän rikoslain 3 luku 7 § 3 momentti tarkastelun ulkopuolelle.

<sup>137</sup> HE 44/2002 vp, s. 95.

<sup>138</sup> Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 319.

noudattamatta jättämisenä tai tehtävien kokonaan tekemättä jättämisenä, aiheettomana viivytelynä tai väärän lain soveltamisena.<sup>139</sup>

Subjektiiivisessa huolimattomuudessa on vuorostaan kyse siitä, onko virkamieheltä voitu vaatia, että hän noudattaa objektiivista huolellisuusvelvoitetta ja onko hänellä ollut kyky noudattaa tätä velvoitetta.<sup>140</sup> Virkarikosten osalta kysytään näin ollen, onko virkamieheltä voitu vaatia, että hän noudattaa määräyksiä ja säännöksiä sekä lisäksi, onko virkamiehellä ollut kyky noudattaa niitä. Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisen lainsäädäntömateriaalissa subjektiivinen huolimattomuus on jaettu tietoiseen ja tiedostamattomaan tuottamukseen.<sup>141</sup> Tietoisesta riskinoton, eli tietoisesta tuottamuksesta, osalta todetaan, että tekijällä on ollut sekä kyky että tilaisuus toimia huolellisuusvelvoitteen mukaisesti.<sup>142</sup> Tekijä on jollain tasolla tiennyt huolellisuusvelvoitteestaan, mutta ottanut tietoisesta riskin kyseisen velvoitteen suhteen. Tekijä toimii tietäen tai vähintäänkin aavistaen, että teko on huolellisuusvelvoitteen vastaista. Tässä tulee lähinnä kysymykseen, olisiko tekijältä voitu vaatia suurempaa huolellisuutta<sup>143</sup>.

Virkarikosten osalta näkisin, että tämä voisi lähinnä tulla kyseeseen tilanteessa, jossa virkamiehen tietoisuus säännöksistä tai määräyksistä ei yllä *varsin todennäköinen* -tasolle, eli tahallisuuden tasolle, mutta jonkinasteinen tietoisuus on olemassa. Nuutila esimerkiksi puhuu siitä, että tekijä mieltää tunnusmerkistön toteutumisen mahdolliseksi.<sup>144</sup> Automatisoidun tai tietokoneavusteisen päätöksenteon kontekstissa tämä voisi näyttäytyä siten, että virkamies aavistaa toimivansa säännöksiä tai määräyksiä vastaan, mutta hän ei myöskään tee mitään toimenpiteitä varmistuakseen säännösten sisällöstä tai tekonsa luonteesta. Nuutila käyttää

---

<sup>139</sup> Rautio / Rikosoikeus 2013. Rikosoikeus>II RIKOSLAJIT>28. RL 40: Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset>Virka-velvollisuuden rikkominen>Tuottamuksellinen virka-velvollisuuden rikkominen (RL 40:10)>RL 40:10 (7.4.2022 10:26:14). Ks. myös Määttä 2008, s. 385. Määttä toteaa, että tuomari, joka viivyttelee rikosasian käsittelyssä voi syyllistyä joko tahalliseen tai tuottamukselliseen virka-velvollisuuden rikkomiseen. Katson, että tärkein kysymys tahallisuuden ja tuottamuksen välisessä rajavedossa tämänkaltaisessa tapauksessa on, mikäli tuomari on huolimattomuuttaan laiminlyönyt asian joutuisan käsittelyn vaatimuksen tai onko tuomari tietoisesti päättänyt jättää asian käsittelemättä.

<sup>140</sup> Määttä 2008, s. 383, HE 44/2002 vp, s. 97 ja Mansikka 2014, s. 8.

<sup>141</sup> HE 44/2002 vp, s. 96. Lakitasolla tietoisesta ja tiedostamattomasta tuottamuksesta ei ole säädetty erikseen. Sillä ei katsottu olevan käytännön merkitystä soveltamisen osalta, vaan molemmat tuottamuslajit ovat rangaistavia.

<sup>142</sup> HE 44/2002 vp, s. 96.

<sup>143</sup> HE 44/2002 vp, s. 96.

<sup>144</sup> Nuutila 1997, s. 266.

termiä ”*jään kepillä koettaminen*”<sup>145</sup>, mikä mielestäni hyvin kuvaa tietoista tuottamusta virkarikosten osalta.

Tiedostamattomassa tuottamuksessa tekijä ei lainkaan huomaa toimivansa vastoin huolellisuusvelvoitettaan.<sup>146</sup> Hän ei välttämättä ole tullut koko asiaa ajatelleeksi tai edes mieltänyt rikoksen tunnusmerkistön toteutumista mahdollisena.<sup>147</sup> Tiedostamaton tuottamus on kuvattu ilmaisuilla ”*olisi kohtuudella pitänyt mieltää*” tai ”*olisi tullut ymmärtää*”<sup>148</sup>. Kyse on siitä, mitä tekijän olisi tullut tietää tai ymmärtää – onko virkamiehen tullut ymmärtää, että hänen tekonsa oli säännösten ja määräysten vastainen. Se, onko virkarikoksissa tekijän tullut ymmärtää tai kohtuudella pitänyt mieltää toimivansa säännösten vastaisesti, riippuu muun muassa säännösten selkeydestä. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2009:38 korkein oikeus päätyi siihen, että tuomari ei ollut menetellyt huolimattomasti, sillä toimivaltaisen tuomioistuimen valintaa koskevat säännökset olivat olleet tulkinnanvaraisia.

Rikoslain yleisten oppien esitöissä on tuotu esiin kaksivaiheinen arviointi tiedostamattoman tuottamuksen osalta. Ensiksi on kysyttävä, ”*mitä tekijän olisi pitänyt tehdä, jotta hän olisi mieltänyt toimintansa riskit*”<sup>149</sup> ja toiseksi kysytään ”*olisiko tekijä voinut tai olisiko hänen edes pitänyt ryhtyä niihin toimenpiteisiin, joita toiminnan riskitekijöiden mieltäminen olisi välttämättä edellyttänyt*”<sup>150</sup>. Virkarikoksissa voidaan todeta, että esimerkiksi virkamiehen olisi tullut ymmärtää, että tietty toiminta on selvien säännösten ja määräysten vastainen. Virkamiehen oletetaan olevan tietoinen häntä koskevista säännöksistä ja määräyksistä sekä toimivan niiden mukaisesti. Tämä on johdettavissa jo perustuslain 2 § 3 momentista, jonka mukaan julkisen vallan käyttö tulee perustua lakiin. Virkamies olisi myös voinut ja hänen olisi pitänyt ryhtyä selvittelemään häntä koskevia säännöksiä ja määräyksiä. On kuitenkin eri asia, kuuluuko virkamiehen olla täysin selvillä tapahtuman muista tosiseikoista. Voidaan mielestäni hyvin vaatia, että virkamies on selvillä säännöksistä tai määräyksistä, mutta ei voitane vaatia, että hän olisi kaikkietävä myös kaikista muista tapaukseen liittyvistä seikoista. Luonnollisesti virkamiehen tulee jollakin tasolla olla perillä virkatehtävänsä asiasisällöstä.

---

<sup>145</sup> Nuutila 1997, s. 266.

<sup>146</sup> Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 331.

<sup>147</sup> HE 44/2002 vp, s. 90.

<sup>148</sup> HE 44/2002 vp, s. 90. Ks. myös Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 331–332. Huolimaton asenne voi olla tiedostamatonta tuottamusta, eli niin sanottu *hällä väliä* -asenne velvollisuuksia kohtaan voi olla tiedostamatonta tuottamusta.

<sup>149</sup> HE 44/2002 vp, s. 96.

<sup>150</sup> HE 44/2002 vp, s. 96.

Oikeuskirjallisuudessa on tietoisuuteen liittyen pohdittu erityistietämyksen tai erityisosaamisen vaikutusta huolellisuuteen ja huolellisuusvaatimukseen. Erityistietämyksellä tarkoitetaan yleensä tiettyä tapausta koskevaa tietoa, esimerkiksi tapauksen olosuhteita koskevaa tietoa. Tällainen tieto on yleensä katsottu olevan ankaroitettava tekijä.<sup>151</sup> Tämä on mielestäni osaltaan luonnollista. Jos virkamiehellä on tiettyä tapausta koskevaa erityistietämystä ja tästä tiedosta huolimatta toimii säännöksiä tai määräyksiä vastaan, niin hänen toimensa on ollut vähintäänkin huolimatonta.

Erityisosaamisella voidaan vuorostaan tarkoittaa tiettyä koulutustasoa tai osaamista, esimerkiksi tietoteknisiä taitoja. Erityisosaamisen vaikutus vastuuseen on haasteellisempi, sillä ei voida vaatia, että erityisen osaava ihminen pystyisi koko ajan suoriutumaan huipputasolla. Mutta tasoaan vastaavaa keskivertaista suoritusta voidaan kyllä vaatia.<sup>152</sup> Tekijällä voi siis olla joko tapaukseen liittyvää erityistietämystä tai sitten jotain muuta erityisosaamista, joka vaikuttaa hänen huolellisuusvelvollisuuteensa. Automatisoidussa päätöksenteossa voidaan esimerkiksi kuvitella, että algoritmin tuottavalla virkamiehellä on jonkinlainen tietotekninen koulutus tai että algoritmin ominaisuuksista päättävällä virkamiehellä on erityisosaamista sen tulevaan käyttöön liittyen.

Tuottamusarviointi edellyttää vielä, että selvitetään, olisiko virkamies voinut toimia toisin. Jotta huolimattomuudesta voidaan asettaa ketään vastuuseen, tekijällä on tullut olla tosiasiallinen tilaisuus toimia toisella tavalla. Ihmiseltä ei vaadita mahdottomia suorituksia.<sup>153</sup> On kyse siitä, onko tekijällä ollut kyky ja tilaisuus toimia huolellisesti. Tapauksessa KKO 2018:90 pohdittiin rakennustarkastajan toisintoimimismahdollisuutta. Kunnan rakennustarkastaja A tuomittiin tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta, sillä hän ei ollut ryhtynyt toimenpiteisiin kunnassa olevien urheilu- ja ratsastushallien tarkastamiseksi ilmoitetun sortumisvaaran takia. Korkeimman oikeuden perusteluista käy ilmi, että kunnan rakennusvalvonnalla oli ollut kyky, aika sekä mahdollisuus etsiä kunnassa sijaitsevia rakennustyyppisiä, joita sortumisvaara koski. Korkein oikeus totesi, että A olisi voinut noudattaa häneltä vaadittua huolellisuusvelvoitetta. Tästä voidaan mielestäni vetää johtopäätöksiä myös automatisoidun päätöksenteon osalta. Mikäli virkamies saa tietää tietojärjestelmää mahdollisesti uhkaavasta vaarasta, eikä hän ryhdy toimenpiteisiin vaaran

---

<sup>151</sup> Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 335–337.

<sup>152</sup> Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 335–337.

<sup>153</sup> HE 44/2002 vp, s. 96.

estämiseksi, vaikka tämä kuuluisi hänen virkavelvollisuuksiin, on hyvin mahdollista, että hänen toimensa katsottaisiin vähintäänkin tuottamuksellisiksi.

Näkisin, että automatisoidussa päätöksenteossa tuottamukseen liittyvät ongelmatilanteet koskevat joko tietoisuuden tasoa tai toisintoimimisen mahdollisuutta tai näiden yhdistelmää. Tietoisuuden taso on sekä tahallisuuden että tuottamuksen osalta keskeinen. Tahallisuus edellyttää tietoisuuden olevan *varsin todennäköinen* -tasolla, tietoisessa tuottamuksessa tietoisuus tunnusmerkistön toteutumisesta tulee olla *mahdollinen*. Tiedostamattomassa tuottamuksessa ei vuorostaan vaadita tietoisuutta, mutta silloin virkamiehen *olisi tullut ymmärtää*, että hänen tekonsa oli huolellisuusvelvoitteen vastainen ja lisäksi virkamiehellä olisi pitänyt olla tilaisuus ja mahdollisuus toimia toisin. Tuottamusharkinta riippuu tapauskohtaisista tiedoista, eli virkamiehen tehtävästä sekä niistä ohjaavista säännöksistä ja määräyksistä, teko-olosuhteista ja virkamiehen toiminnasta kyseisessä tapauksessa. Tässä tutkielmassa ei ole mahdollista luoda tiukkaa linjausta tuottamuksen suhteen, mutta on mahdollista havainnollistaa ongelmakohtia tuottamusharkinnan suhteen.

Tietokoneavusteisessa päätöksenteossa virkamies tekee päätöksen algoritmin tuottaman päätösehdotuksen perusteella. Päätöksentekijä on edelleen virkamies ja hän on vastuussa päätöksestä ja sen oikeellisuudesta. Jos virkamies toimii tässä huolimattomasti ja esimerkiksi tekee lainvastaisen päätöksen, hän on päätöksentekijänä vastuussa tekemästään päätöksestä. Mutta kuinka pitkälle tämä huolellisuusvelvollisuus ulottuu? Jos virkamies tietoisesti tekee lainvastaisen päätöksen algoritmin tuottaman ratkaisun perusteella, kyse on tahallisuudesta. Jos hän on mieltänyt, että päätös saattaa olla lainvastainen, mutta tekee päätöksen asiaa sen enempää selvittelemättä, kyse on (tietoisesta) tuottamuksesta.

Mutta onko kyse tuottamuksesta, jos algoritmi tuottaa virheellisen ratkaisuehdotuksen, joka päällisin puolin tarkasteltuna vaikuttaa oikealta ja virheen havaitseminen vaatisi asiaan liittyvien asiakirjojen perinpohjaista tarkastusta. Mahdollisesti. Virkamiehellä olisi ollut tilaisuus toimia toisin ja tarkastaa asiaan liittyvät asiakirjat.<sup>154</sup> Mutta olisiko hänen tullut ryhtyä tähän toimenpiteeseen? Virkamiehen velvollisuus tehdä tällainen tarkastus on riippuvainen säännöksistä ja määräyksistä – eli siitä kuinka suuri selvittämisvelvollisuus

---

<sup>154</sup> Tulee ottaa huomioon, että sellainen virhe, joka päällisin puolin tarkasteltuna näyttää oikealta ratkaisulta, voi olla niin vähäinen, ettei teko sen osalta edes täytä rikoksen tunnusmerkistöä. Vähäisyysargumentti vaikeutuu kuitenkin, jos algoritmi on tuottanut satoja tai tuhansia samankaltaisia virheitä ennen kuin virheet huomataan. Yksittäistapauksina virheet voivat edelleen olla vähäisiä, mutta kokonaisuutena arvostellen ne eivät välttämättä ole vähäisiä.

hänelle on määrätty. Tietokoneavusteisen päätöksenteon yhtenä tarkoituksena on tehokkuus. Jos ohjeistetaan, että virkamiehen on tarkistettava joka asia uudelleen, niin tämä tehokkuus häviää. Samalla ei voida myöskään käyttää virkamiestä kumileimasimena ja sen turvin todeta, ettei virkamies ole syyllistynyt mihinkään rikokseen, koska hänelle ei ole määrätty minkäänlaista selvittämisvelvollisuutta. Tämä asettaisi koko viraston toiminnan kyseenalaiseksi, sillä tämänkaltaisella järjestelyllä olisi nimenomaan yritetty kiertää vastuunkantoa, eli perustuslain 118 §.

Pohjimmiltaan on kyse siitä, onko tietokoneavusteisessa päätöksenteossa virkamiehen pystyttävä luottamaan algoritmin tuottamaan ratkaisuehdotukseen ja miten tämä asia ohjeistetaan. Jos virkamiehen yksittäistapauksessa tekemä virheellinen ratkaisu on linjassa muiden samankaltaisten oikeiden ratkaisujen kanssa, eikä virhettä ole mahdollista havaita päällisin puolin tarkasteltuna, niin mielestäni on vaikea todeta virkamiehen toimineen huolimattomasti. Edellä mainitut seikat on joka tapauksessa otettava huomioon tuottamusarvioinnissa. Tietokoneavusteinen päätöksenteko ei tuo virkamiehelle ankaraa vastuuta päätöksenteossa tapahtuvista virheistä, kuten ei mikään muukaan päätöksentekomuoto.<sup>155</sup>

Tästä syystä tulee myös huomioida tuottamusvastuu algoritmissa olevien virheiden osalta.<sup>156</sup> Koodaustyö tehdään useasti julkisena hankintana ja koodauksen tekee ulkopuolinen yritys. Lähtökohtaisesti on kyse muista kuin virkamiehistä, ellei heitä ole säädöksellä tuotu rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin.<sup>157</sup> Näkisin itse, että koodaustyö on sellaista työtä, jota ei voida liian tiukasti ohjeistaa säännöksillä tai määräyksillä. Kyse on luovien ratkaisujen löytämisestä, algoritmin rakentamisen yhteydessä. Voidaan luonnollisesti määritellä, millä tavalla halutaan algoritmin toimivan sekä yleisiä periaatteita ja ohjeita algoritmin luonnista. Tämä toiminta on tuottamuksen huolellisuusvelvoitteen osalta haasteellinen. Säännösten ja määräysten luominen varsinaista koodaustyötä varten tulisi laatia myös rikosoikeudellista vastuuta mielessä pitäen.

Tästä päästään täysin automatisoituun hallintopäätöksentekoon. Vastuutaho on silloin löydettävä muualta. Esimerkiksi virkamies, joka valvoo algoritmin toimintaa sen käyttöönoton jälkeen. Automaattinen päätöksentekoalgoritmi voi tuottaa jopa miljoonia

---

<sup>155</sup> Tolvanen / Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi 2019, s. 339–340.

<sup>156</sup> Mikäli joku tahallaan istuttaa virheen algoritmiin aiheuttaakseen vahinkoa, kyse on nähdäkseni tahallisesta teosta.

<sup>157</sup> Ks. tästä tarkemmin jakso 3.1.

ratkaisuja vuodessa. Tämä tekee ennakkovalvonnan, ellei mahdottomaksi, niin ainakin erittäin haasteelliseksi. Tiura-Virta on kuitenkin todennut, että jälkikäteinen valvonta ja muutoksenhaku automatisoidusti tehdyistä päätöksistä siirtävät hallinnon asiakkaan oikeusturvan toteutumisen asiakkaan oma-aloitteisuuden varaan. Muutoksenhaku ja asian käsittely viranomaisissa sekä tuomioistuimissa voi viedä paljonkin aikaa riippumatta siitä käsitelläänkö asia kiireellisenä tai ei. Tänä aikana erinäisiä haittavaikutuksia on voinut aiheutua asiakkaalle.<sup>158</sup> Olen samaa mieltä siitä, että jälkikäteisessä valvonnassa on useitakin ongelmia, varsinkin virhetilanteissa. Virheellinen hallintopäätös on siinä kohtaa jo tehty ja se pitäisi joko peruuttaa viranomaisen itseoikaisuna tai asiakkaan valituksesta. Molemmat prosessit vievät aikaa ja jos kyse on kertautuvasta, useammalle asiakkaalle tapahtuvasta virheestä, haittavaikutukset voivat olla erittäin suuret.

Ennakkovalvonta ja käytettävien algoritmien laadun ja toimivuuden varmistaminen ovat näin ollen erittäin keskeiset automatisoidun päätöksenteon kannalta. Ei voida täysin nojata jälkivalvontaan, vaan algoritmin tuotantoon ja laadunvarmistukseen on panostettava. Mutta ei ole myöskään järkevä asettaa virkamiehelle tehtäväksi tarkastaa jokaista automatisoitua päätöstä ennakkoon, silloinhan olisi nähdäkseni kyse tietokoneavusteisesta päätöksenteosta.

Teoriassa voidaan ajatella, että virkamiehen tehtävä olisi jälkikäteen valvoa automatisoidun järjestelmän toimintaa ja ratkaisujen oikeellisuutta. Jos järjestelmä tuottaa miljoonia ratkaisuja vuodessa, on kuitenkin erittäin haastavaa kohdistaa valvontaa kaikkiin ratkaisuihin niitä lukemalla – tätä varten pitäisi pahimmillaan palkata satoja, ellei tuhansia, virkamiehiä. Jo prosessiekonomisista syistä tämä ei luonnollisesti olisi järkevää, kun yksi automatisoidun päätöksenteon tavoitteista on resurssien säästäminen.<sup>159</sup> Eri tietoteknisin menetelmin voidaan toki automaattisesti valvoa päätösaunomaatiota, mutta sekään tapa ei ole aukoton.

Virkamiehen tekemä satunnaisotanta voi olla toinen valvontamekanismi, eli virkamies satunnaisesti tarkastaa joitakin järjestelmän tuottamia ratkaisuja. Viimeisenä vaihtoehtona näkisän, että virasto odottaa asiakkaiden valituksia, minkä jälkeen selvitetään mahdollisia virheitä ja korjataan mahdollisia puutteita. Valvonta voi myös koostua näiden yhdistelmästä.

---

<sup>158</sup> Tiura-Virta 2022, s. 9.

<sup>159</sup> Esimerkiksi Verohallinto tekee arviolta 14,5 miljoonaa automatisoitua päätöstä vuodessa, Vainio – Hämäläinen – Jartti – Helin 2022:7, s. 41–42. Tästä laskien, niin esimerkiksi vuonna 2022 on noin 250 työpäivää. Tämä tarkoittaa, että Verohallinto tekee arviolta 58 000 päätöstä joka työpäivä. Tämänkaltaisen päätösvolyymin täysin aukoton valvonta on ihmisvoimin miltei mahdotonta. Mutta jos halutaan aukotonta valvontaa, niin olisi syytä miettiä, olisiko kustannustehokkaampaa, että valvojat sen sijaan tekisivät kaikki edellä mainitut päätökset käsin.

Nämä eri ratkaisut ovat automaattisen päätöksentekojärjestelmän käyttäjävirastojen päätettävissä ja ohjeistettavissa. Mutta jos virkamies ei esimerkiksi satunnaisotannassa havaitse virheitä, niin voidaanko silloin katsoa hänen toimineen huolimattomasti? Eli virhe on ollut huomattavissa, mutta hän ei ole sitä huomannut päätösten suuren lukumäärän takia. Onko hänellä tällöin ollut toisintoimimismahdollisuutta ja olisiko hänen pitänyt ryhtyä toimenpiteisiin virheen havaitsemiseksi? Mikäli virkamies on toiminut valvontaa ohjaavien säännösten ja määräysten mukaan, niin en näe, että hän olisi tällaisessa tapauksessa toiminut huolimattomasti. Automaattisten päätöksentekoalgoritmien käyttäjien on siis syytä miettiä tarkkaan, millä tavalla järjestelmää valvotaan ja miten valvontaa tekeviä virkamiehiä ohjeistetaan. Tätä on syytä miettiä myös ennakkovalvonnan osalta – eli miten tuotetaan järjestelmä, joka tuottaa oikeanlaisia ratkaisuja.

Suuri tietomäärä voi olla toisellakin tapaa tuottamuvastuun kannalta haasteellinen. Kuten edellisessä jaksossa toin esiin, niin nyt jo käytössä olevat algoritmit voivat olla niin laajoja, ettei ihmisen ole mahdollista sisäistää kaikkea niissä olevaa tietoa.<sup>160</sup> Tämä vaikuttaa luonnollisesti virkamiehen tuottamukseen. Jos hänen ei ole edes mahdollista sisäistää algoritmin toimintaa, voidaanko virkamieheltä vaatia täyden sisäistämisen vaativia toimia? Voidaanko katsoa, että virkamies on toiminut huolimattomasti, jos hänen ei ole edes ollut mahdollista ymmärtää algoritmin toimintaa? Tämänkaltainen tilanne olisi haastava toisintoimimismahdollisuuden kannalta. Jos ihmisen ei kerta kaikkiaan ole mahdollista sisäistää kaikkea vaadittavaa tietoa, niin en näe, että hänen olisi sen perusteella pystyttävä toimimaan. On lisäksi tuotu esiin, että sääntöpohjaisessa automaatiossa virkamiehen pitäisi olla mahdollista tutustua järjestelmän toimintaan, päätöspolkuihin ja päätöksen perusteluihin. Tämäkin voi kuitenkin olla ongelmallista päätöspolkujen tai muuttujien lukumäärästä riippuen. Tällöin järjestelmän kokonaistuntemus voi olla vaikea saavuttaa.<sup>161</sup> Vaikeaselkoisuus ei välttämättä koske kaikkia algoritmeja, mutta sisäistettävän tiedon määrä voi olla liian suuri tai järjestelmä voi olla liian mutkikas yhdelle ihmiselle ymmärrettäväksi.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 42.

<sup>161</sup> Koulu – Mäihäniemi – Kyyrönen – Hakkarainen – Markkanen 2019, s. 101.

<sup>162</sup> Suksi on ehdottanut, että yksi tapa järjestää vastuuta automatisoidussa päätöksentekojärjestelmässä on *algoritminlukijan* virka. Kyseinen virkamies olisi juridisesti osaava ja ymmärtäisi sekä koodausta että algoritmia ja osaisi myös kääntää automatisoitavan normin algoritmin muotoon. Hän vastaisi muun muassa koodissa olevien virheiden korjaamisesta. Ks. Suksi 2018, s. 370. Kuten edellä kuitenkin esitin, niin algoritmin kokonaisvaltainen tuntemus voi olla vaikeaa, ellei jopa mahdotonta, yhdelle ihmiselle. Sinällään asiantuntijaviroille on varmasti tarvetta automatisoidussa päätöksenteossa.

Jälkivalvonta oppivan algoritmin osalta voi olla vielä vaikeampaa. Jos virkamies satunnaisotannassa tarkistaa päätöksen, niin hänen ei välttämättä ole edes mahdollista tietää, miten kyseiseen ratkaisuun on päädytty. Tällöin hänen voi olla vaikea sanoa, onko algoritmin tekemä päättely väärä tai oikea. Voutilainen on oppivan tekoälyn osalta tuonut esiin, että virkamies harvoin pystyy henkilökohtaisesti varmistamaan tietojärjestelmän oikeellisuutta vaan tämä tapahtuu tyypillisesti tuotantovaiheessa testaamalla.<sup>163</sup> Eli vaikka järjestelmä ei toimisikaan oikein, virkamies ei välttämättä pääse käsiksi tähän tietoon. Oppivan algoritmin *black box* -luonne voi jo itsessään tehdä tällaisen tarkastelun mahdottomaksi. Riippuen virkamiehen tehtävästä ja algoritmista on mahdollista, että virkamiehellä ei ole edes mahdollisuutta ryhtyä toimenpiteisiin saadakseen tietoa algoritmin toiminnallisuuksista. Hän ei näin ollen voi toimia toisin eikä hänen ole välttämättä edes mahdollista ymmärtää tietojärjestelmässä olevaa tietoa, vaikka hän olisi päässyt siihen käsiksi.

Toinen tuottamuksen kannalta ongelmallinen seikka oppivan algoritmin osalta on koulutusdatan valinta. Kuten olen tuonut esiin, niin vääränlainen koulutusdata voi opettaa algoritmin toimimaan syrjivästi. Koulutusdatan valinnassa on oltava huolellinen ja lähdän siitä, että koulutusdatan valinta on virkamiehen tekemä. Koulutusdatan osalta on todennäköisesti kyse suurista datamassoista, joten voidaanko vaatia, että valinnan tehnyt virkamies on ollut tietoinen, tai edes voinut olla tietoinen, koulutusdatan syrjivästä luonteesta? Ongelmallisin kysymys on taas tiedostamattomassa tuottamuksessa ja toisintoimimismahdollisuudessa.<sup>164</sup> Varsinkin jos data toisintaa pinnan alla piilevää yhteiskunnan rakenteellista syrjintää, en näe, että virkamiehen olisi pitänyt ryhtyä toimenpiteisiin tämän ongelman huomaamiseksi. Tämä sama kysymys koskee lisäksi muita oppivan algoritmin ohjelmoinnin yhteydessä tehtyjä toimenpiteitä. Onko virkamies voinut tietää, että ohjelmointivaiheessa tehty ratkaisu johtaa syrjintään tai muuhun toiminnalliseen virheeseen, jos virhe on algoritmin itse myöhemmin oppima?

Tämä johtaa meidät vielä isompaan ongelmaan oppivan algoritmin osalta. Oppiva algoritmi oppii nimensä mukaisesti itse – ensin koulutusdatan avulla, mutta sen jälkeen tosielämän tapauksista. Algoritmi etsii yhtäläisyyksiä ja vetää niistä johtopäätöksiä ratkaisujensa malliksi. Mikäli algoritmi oppii ja toisintaa yhteiskunnan piilevää rakenteellista syrjintää, voidaanko silloin katsoa, että kukaan virkamies olisi toiminut tuottamuksellisesti tai

---

<sup>163</sup> Voutilainen 2018, s. 916.

<sup>164</sup> Mikäli virkamies on tiennyt, että valittu data luo syrjivän ohjelman, niin kyse on tahallisesta teosta. Mikäli virkamies vuorostaan pitää tätä mahdollisena, mutta ei selvitä asiaa, niin kyse on nähdäkseni tietoinen tuottamus.

tahallisesti? Järjestelmä on toisintanut yhteiskunnan rakenteita, mutta kukaan virkamies ei ole tähän tähdännyt vaan asia selviää sen jälkeen, kun algoritmi on jo oppinut ja toiminut syrjivästi. Voidaanko silloin katsoa, että kenelläkään virkamiehellä olisi ollut tietoisuutta tästä tai että hän olisi voinut toimia toisin? Tuskin.

Oikeuskirjallisuudessa on lisäksi huomautettu, että tekoälyohjelmien osalta on olemassa riski, että virheellinen toimi tippuu vastuurajojen välimaastoon. Eli mikäli virkamiehet keskittyvät vain omaan vastuualueeseensa, eikä tieto liiku eri toimijoiden välillä, niin on olemassa riski, että vastuutahoa ei löydy.<sup>165</sup> Tämä ongelma ei nähdäkseni koske ainoastaan oppivia algoritmeja vaan kaikkia algoritmeja. Jos tarvittava tieto ei liiku automatisoidun päätöksentekoa algoritmin ohjelmointivaiheen virkamiehiltä käyttövaiheen virkamiehille niin voi olla, ettei käyttövaiheen virkamies ole voinut tietää olemassa olevasta virheestä, eikä hänen ole edes ollut mahdollista selvittää kyseisen virheen olemassaoloa. Varsinkin jos ottaa huomioon, että tietojärjestelmät voivat olla erittäin suuria, niin toisintoimimismahdollisuus on voinut puuttua.

Kuten olen tuonut esiin, tuottamusvastuun osalta löytyy useita kipukohtia tietokoneavusteisen ja automatisoidun päätöksenteon kannalta sekä varsinkin oppivan algoritmin tekemän päätöksenteon kannalta. Tuottamusvastuun pohjalla oleva huolellisuusvelvoite riippuu täysin säännöksistä ja määräyksistä, joten niitä luodessa on pidettävä vastuukuviot ja vastuiden rajapinnat selkeinä. Koska automatisoidussa päätöksenteossa liikutaan pois perinteisestä virkamiespätöksentekomallista, on tarkoin mietittävä, miten nämä uudet vastuurakenteet luodaan. Varsinkin oppivan algoritmin osalta vastuukuviot voivat muuttua varsin ongelmallisiksi juuri itseoppivuuden takia. Suksi onkin tuonut esiin, että oppivan algoritmin käyttö tulisi kokonaan rajata pois automatisoidusta päätöksenteosta, kunnes siihen liittyvät oikeusturvaongelmat on ratkottu.<sup>166</sup> Pidän tätä ehdotusta järkevänä, sillä oppiva algoritmi on vastuurakenteiden kannalta nähdäkseni erittäin ongelmallinen.

---

<sup>165</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 145.

<sup>166</sup> Suksi 2021, s. 106.

## 5 Vastuun osoittamistapoja automatisoidussa päätöksenteossa

### 5.1 Ehdotettu vastuuratkaisu maahanmuuttohallinnossa

Tunnusmerkistökijöiden lisäksi vastuussa olevan tahon määrittely nousee keskeiseksi automatisoidussa päätöksenteossa. Rikosoikeudellisen virkavastuun toteutuminen edellyttää, että vastuullinen taho on löydettävissä. Mikäli automatisoitu päätöksenteko toteutetaan siten, ettei ole mahdollista osoittaa tietystä päätöksestä tai toimenpiteestä vastuussa olevaa henkilöä, ei ole myöskään mahdollista arvioida, ovatko rikoksen tunnusmerkit täyttyneet.

Lainsäätäjä yritti ratkaista vastuuongelman Maahanmuuttoviraston automatisoitujen päätösten osalta, mutta lakiehdotus ei tältä osin tullut voimaan. Hallituksen esityksessä laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa yritettiin osoittaa vastuuta automatisoidusta päätöksenteosta ehdottamalla säädettäväksi, että Maahanmuuttoviraston ylijohtaja vastaisi automaattisen päätöksenteon menettelystä ja automaatioissa tehtävistä yksittäispäätöksistä.<sup>167</sup> Hallituksen esityksessä ehdotettiin eräänlaista yleisvastuuta – ylijohtaja vastaisi kaikista päätöksistä ja tällä tavalla rikosoikeudellinen vastuu saataisiin sidottua henkilöön. Perustuslakivaliokunta piti perustellusti tätä ongelmallisena useastakin syystä, minkä vuoksi lakiesityksen vastuumalli ei tullut voimaan.

Ensinnäkin ylijohtajan asemaan perustuva vastuu tekisi vastuun kohdistamisen muihin kuin ylijohtajaan mahdottomaksi. Perustuslakivaliokunta huomautti, että tämä vastuumalli on perustuslain 118 § vastainen. Perustuslain 118 § mukaan virkamies vastaa itse oman toimintansa lainmukaisuudesta. Sääöksessä säädetään lisäksi esittelijänvastuusta ja virkamiehen vastuusta monijäsenisen toimielimen jäsenenä. Valiokunta huomautti tämän johdosta, ettei automatisoitu päätöksenteko saa johtaa siihen, että perustuslain säännökset menettäisivät merkityksensä.<sup>168</sup> Eli vaikka joku muu ihminen olisikin voitu asettaa vastuuseen oman toimintansa johdosta, niin ylijohtajan lakiin säädetty yleisvastuu olisi tehnyt siitä mahdottoman, koska kukaan muu ei lain mukaan olisi edes voinut olla vastuussa. Tämä tekisi vuorostaan osan perustuslain 118 §:stä merkityksettömäksi, koska vastuu ei silloin kohdentuisi ylijohtajaan hänen oman toimintansa johdosta, eikä myöskään esittelijänvastuusta taikka hänen monijäsenisen toimielimen jäsenyydestään johtuen.

---

<sup>167</sup> HE 18/2019 vp, s. 52, 102, 120 ja 131.

<sup>168</sup> PeVL 7/2019 vp, s. 10–11.

Toinen perustuslakivaliokunnan esiin nostama ongelmakohta oli se, että lakiehdotuksesta jäi epäselväksi, mitkä ne tosiasialliset virkatoimet ovat, joista ylijohtaja vastaisi sekä mistä virkatoimista hän olisi vastuuseen saatettavissa. Päätöksethän tehtäisiin automaatiossa ilman suoraa ja välitöntä inhimillistä toimintaa.<sup>169</sup> Hallituksen esityksessä tuotiin esiin, että ”Maahanmuuttovirastosta annetun valtioneuvoston asetuksen 1 §:n mukaan Maahanmuuttoviraston toimintaa johtaa, valvoo ja kehittää ylijohtaja”.<sup>170</sup> Lisäksi huomautettiin, että ylijohtajalla on viimekätinen vastuu viraston toiminnan lainmukaisuudesta.<sup>171</sup> Esityksessä oltiin niin sanotusti vedetty mutkat suoriksi. Koska vastuutahoa on oltava olemassa ja ylijohtaja muutoinkin vastaa ylimpänä virkamiehenä viraston toiminnan lainmukaisuudesta, niin katsottiin, että hän voisi ottaa vastattavakseen myös kaikki automatisoidut päätökset.

Perustuslakivaliokunta katsoi tämän ratkaisun olevan näennäinen ja keinotekoinen.<sup>172</sup> Tähän näkökantaan on helppo yhtyä. Ylijohtajan tehtävät huomioon ottaen, hänellä tuskin olisi päivittäistä kosketuspintaa automaatiossa tehtyihin päätöksiin, vaan hän toimisi ikään kuin ukkosenjohtimena siinä tapauksessa, että rikosoikeudellinen virkavastuu tulisi ajankohtaiseksi. Vastuu ei siis perustuisi mihinkään muuhun kuin virka-asemaan. Ottaen huomioon, että virkavelvollisuuden rikkomisrikokset vaativat säännösten tai määräysten rikkomista, en näe, että vastuu voitaisiin kohdentaa virkamieheen pelkästään hänen asemansa perusteella. Rikosoikeudellisen virkavastuun tulisi perustua johonkin tosiasialliseen virkatehtävään, ei pelkkään asemavastuuseen.

Lakiehdotuksen sanamuoto siitä, että ylijohtaja asemansa perusteella vastaisi automatisoiduista päätöksistä, johtaisi mielestäni myös toisenlaiseen ongelmaan. Esitetyssä mallissa ylijohtaja vastaisi päätöksistä pelkällä olemassaolollaan. Lakiehdotuksen mukaan häneltä ei edellytetty mitään toimenpiteitä. Myöskään muiden ohjeistuksien mukaan häneltä ei ilmeisesti edellytetty varsinaisia virkatoimia automatisoituihin päätöksiin liittyen. On mielestäni kyseenalaista, onko määritelmä ”vastaa päätöksistä” riittävän täsmällinen perustaakseen virkavelvollisuutta. Säädös on siis ongelmallinen epätäsmällisyyskiellon näkökulmasta. Ilman toimimisvelvollisuutta pitää esittää kysymys, olisiko ylijohtajaa edes mahdollista tuomita rikoksesta, kun virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkitöt

---

<sup>169</sup> PeVL 7/2019 vp, s. 11.

<sup>170</sup> HE 18/2019 vp, s. 120.

<sup>171</sup> HE 18/2019 vp, s. 120.

<sup>172</sup> PeVL 7/2019 vp, s. 11.

edellyttävät säännösten tai määräysten rikkomista joko tahallaan tai huolimattomuudesta? Miten ihminen voi laiminlyödä jotain pelkällä olemassaolollaan? Ja halutaanko edes luoda sellaista tilannetta, että ihmisen pelkkä olemassaolo riittää perusteluksi tuomita häntä rikoksesta.

Vastuun osoittaminen ylijohdajaan on näin ollen ongelmallinen tahallisuuden ja tuottamuksen osalta. Jos ylijohdajalle ei ole määritelty mitään muita velvollisuuksia automaattisten päätösten osalta kuin niistä vastaaminen, niin minkä tahallisen tai tuottamuksellisen teon tai laiminlyönnin hän on niiden osalta tehnyt? Olisi suorastaan huolestuttavaa, jos Maahanmuuttoviraston ylijohdaja pelkällä olemassaolollaan voisi syyllistyä tahalliseen tai tuottamukselliseen rikokseen. Rikosoikeudellisesta näkökulmasta katsottuna tämä lainsäädäntöhanke oli varsin epäonnistunut.

Voidaan todeta, että kaiken vastuun osoittaminen ylöspäin viraston hierarkiassa ei ole toimiva idea – ei ainakaan ilman tosiasiallisia säännöksiin tai määräyksiin perustuvia virkatehtäviä. Esimerkki epäonnistuneesta vastuun kohdentamisesta ylöspäin viraston hierarkiassa voidaan käyttää korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2004:132. Tapauksessa oli kyse siitä, olivatko vankilanjohtaja A ja ylivartija B laiminlyöneet valvontavelvollisuuttaan. Korkein oikeus totesi, että valvontavastuu oli ensisijaisesti osaston esimiehillä, mutta vastaajien tehtäviin kuului valvoa osaston esimiehien toimia. Ratkaisusta ilmenevin perustein korkein oikeus päätyi siihen, että kokonaisarvostelun perusteella teko oli vähäinen, eikä se siten ollut rangaistava. Mielenkiintoista on, ettei osaston esimiehiä vastaan nostettu syytteitä. Viljanen on katsonut, että tapauksessa kyse oli välillisestä valvontavastuusta. Eli A:lla ja B:llä ei ollut suoraa velvollisuutta valvoa vankeja, mutta heidän velvollisuuksiin kuului valvoa, että muut täyttivät velvollisuutensa.<sup>173</sup> Tällaiseen konstruktion olisi mielestäni hyvin mahdollista perustaa myös ylijohdajan vastuu automatisoidusta päätöksenteosta. Johtaja valvoo, että alaiset suorittavat heille määrättyjä virkatehtäviä. Huonommin vastuu voidaan perustaa pelkästään virkasuhteen olemassaoloon.

Edellä mainittu oli jo toinen yritys säätää henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa. Vuotta aiemmassa hallituksen esityksessä HE 224/2018 vp laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ehdotettiin automatisoitujen päätösten vastuusta, että: ”*Asiantuntijat, jotka päättävät automaattisen päätöksen käsittelyn säännöistä*

---

<sup>173</sup> Viljanen 2005, s. 457.

*ja joilla on tosiasiallinen valta ja kompetenssi muuttaa tiettyyn päätökseen johtanutta sääntöä, toimivat viranomaisessa virkavastuulla”<sup>174</sup>. Perustuslakivaliokunta totesi, että kyseinen virkavastuu tehdystä päätöksestä on välillinen, ja että se ei ole riittävä perustuslain 118 § huomioon ottaen.<sup>175</sup>*

Tässä aikaisemmin tehdyssä esityksessä oli käsitykseni mukaan kyse samankaltaisesta vastuukonstruktioista, jossa asiantuntijalla olisi yleisvastuu järjestelmän tuottamista päätöksistä oman asiantuntijaroolinsa perusteella. Perustuslakivaliokunta on ottanut vahvan kannan siitä, että virkavastuuta tulisi osoittaa virkamiehiin heidän varsinaisten toimien ja virkatehtävien perusteella, ei asemansa perusteella. Automatisoidussa päätöksenteossa virkamiesten todelliset virkatehtävät tulisi näin ollen olla tarkasti määriteltyjä. Tarkasti määritellyn tehtävän lisäksi on kuitenkin otettava tehtävän todellinen luonne huomioon.

EU:n tietosuojaneuvoston esittämä rajanveto automatisoidun ja tietokoneavusteisen päätöksenteon välillä on ongelmallinen juuri tässä luvussa esitetyistä syistä.

Tietosuojaneuvosto katsoi, että mikäli ihminen ainoastaan muodon vuoksi tekee päätöksiä, jotka ovat tosiasiallisesti algoritmin tekemiä, kyse on automatisoidusta päätöksenteosta eikä tietokoneavusteisesta päätöksenteosta.<sup>176</sup> Mutta mitä jos virkamies asetettaisiin tähän tilanteeseen – voiko hän olla vastuussa päätöksestä? Jos tämänkaltainen järjestely otettaisiin käyttöön suomalaisessa hallintoviranomaisessa, kyse olisi mielestäni samankaltainen asemavastuu, jota olen tässä luvussa käsitellyt. Samat ongelmat nousevat pintaan. Virkamies olisi tehtävänsä perusteella muodollisesti vastuussa. Tekemällä varsinaisen päätöksen algoritmin sijaan hän ottaisi vastuun automaation päätöksestä, mutta samalla hänellä ei ole tosiasiallista valtaa vaikuttaa päätökseen. Toisaalta virkamiehen tehtävä on tarkasti määritelty – tee varsinainen päätös ja vastaa algoritmin tekemästä päätöksestä riippumatta siitä, mitä päätöksessä lukee. Tällainen konstruktio olisi mielestäni näennäinen ja keinotekoinen. On mielestäni yhdentekevää, yritetäänkö asemavastuu perustaa pelkän virkasuhteen olemassaoloon tai virkamiehen muodon vuoksi tehtyyn päätökseen.

Tietosuojaneuvoston esittämä linjaus rajanvedosta johtaisi myös mahdottomaan asetelmaan virkamiehen osalta. Eli virkamiehen virkavelvollisuuteen kuuluu muodollisesti tehdä päätös ja vastata kaikista algoritmin tekemistä päätöksistä ilman muokkaus- tai muutosoikeutta. Jos hän

---

<sup>174</sup> HE 224/2018 vp, s. 74.

<sup>175</sup> PeVL 62/2018 vp, s. 8.

<sup>176</sup> WP251rev.01, s. 22.

ei tee tätä, hän laiminlyö virkavelvollisuuttaan. Mutta jos hän tekee lainvastaisen päätöksen, hän rikkoo virkavelvollisuuttaan tekemällä lainvastaisen päätöksen. Jos virkamies vuorostaan jättää lainvastaisen päätöksen kokonaan tekemättä, hän niin ikään rikkoo virkavelvollisuuttaan. Tilanne on jo lähtökohtaisesti mahdoton ja on vaikea nähdä, että tämänkaltainen tilanne syntyisi Suomessa. Tästä huolimatta, niin tarkasti määriteltyjen tehtävien lisäksi tulee lisäksi kiinnittää huomiota virkatehtävien tosiasialliseen luonteeseen.

## 5.2 Verohallinnon käyttämä virkavastuumalli

Apulaisoikeusasiamies on kritisoinut Verohallinnon automatisoidussa päätöksenteossa käyttämää virkavastuumallia. Apulaisoikeusasiamies päätti asiassa EOAK/3379/2018 omaaloitteisesti ottaa Verohallinnon automatisoidun päätöksenteon tarkastelun kohteeksi. Hän oli ratkaissut kaksi aiempaa kanteluasiaa Verohallinnon automatisoituun päätöksentekoon liittyen ja siitä huolimatta, että aiempien kantelujen kohteena olevat ongelmat korjaantuivat, apulaisoikeusasiamies katsoi Verohallinnon automatisoidun päätöksenmenettelyn olevan ongelmallinen. Apulaisoikeusasiamies päätyikin ratkaisussa ilmenevin perustein katsomaan, että Verohallinnon automatisoitu verotus- ja päätöksentekomenettely oli lainvastainen.<sup>177</sup>

Verohallinnon automatisoitua päätöksentekoa kritisoitiin muun muassa virkavastuun osalta. Apulaisoikeusasiamiehen selvityksessä ilmeni, että verotuspäätöksiä virkavastuusta määrättiin Verohallinnon työjärjestyksessä. Työjärjestyksen mukaan on olemassa prosessinomistaja, joka päättää valikointiehdoista sekä muista työmenettelyohjeista, jonka pohjalta päätetään, siirretäänkö verotusasia automaation käsiteltäväksi vai ohjataan asia virkamiehen käsiteltäväksi.<sup>178</sup> Verohallinto viittasi vastineessaan Verokantoyksikön 20.12.2018 annettuun työjärjestyksen 18 § 1 momenttiin, jonka mukaan "*Prosessinomistaja ratkaisee asiat, jotka koskevat valtakunnallisen työmenettelyohjeen antamista sekä prosessin työnjakoa, suunnittelua, kehittämistä, menettelyohjeistusta, viestintää ja seuranta*"<sup>179</sup>.

Apulaisoikeusasiamies piti tätä virkavastuujärjestelyä välillisenä, sillä työjärjestyksestä ei ollut johdettavissa täsmällistä virkavastuuta automatisoidun päätöksenteon suhteen. Virkavastuun sisältö tai laajuus ei myöskään käynyt ilmi työjärjestyksen määräyksestä. Apulaisoikeusasiamies totesi lisäksi, ettei prosessinomistajan virka-asemaan perustuva

---

<sup>177</sup> EOAK/3379/2018, s. 1.

<sup>178</sup> EOAK/3379/2018, s. 35.

<sup>179</sup> EOAK/3379/2018, s. 17.

virkevastuu ole riittävä perustuslain 8 § laillisuusperiaatteen kannalta.<sup>180</sup> Tähän näkökantaan on helppo yhtyä. Virkamiehen virkatehtävät, jotka määritellään työjärjestyksessä, ja niihin perustuva virkevastuu, olivat tässä tapauksessa liian etäällä automatisoidusta päätöksenteosta.

Työjärjestyksen mukaan virkamiehen tehtäviin kuuluu ratkaista työjärjestyksessä luetellut asiat. Työjärjestys on vähintäänkin epäselvä laillisuusperiaatteeseen kuuluvan epätäsmällisyyskiellon takia. Ei ole selvää mitä *ratkaisemisella* tarkoitetaan, eikä työjärjestyksessä myöskään ilmaista, että virkamies vastaa päätöksistä. Mikäli niin olisi ilmaistu, se olisi taas ollut ongelmallinen edellisessä luvussa mainituista syistä, eli puhtaasti asemavastuun luomiseen liittyvien ongelmien takia. Myös prosessinomistajan ratkaistavat asiat eivät vaikuta liittyvän ainakaan suoranaisesti automatisoituihin päätöksiin ja niissä tehtäviin ratkaisuihin. On mahdollista, että prosessin seurannan voitaisiin tulkita sisältävän automatisoidun päätöksentekojärjestelmän toiminnan valvontaa. Työjärjestys on kuitenkin mielestäni erittäin monitulkintainen, varsinkin kun ottaa huomioon, että sen mukaan prosessinomistajan tehtäviin kuuluu ratkaista prosessin seuranta koskevia asioita. Tämä ei suoranaisesti velvoita vastaamaan järjestelmän valvonnasta vaan vaikuttaa enemmänkin siltä, että prosessinomistaja ratkaisee, miten järjestelmää valvotaan. Tästä syystä palataankin siihen, että työjärjestyksestä ei ole johdettavissa täsmällistä virkevastuuta prosessinomistajaa kohtaan.

Verohallinnolla on siis käytössä automatisoitu päätöksentekoprosessi, jossa ei ole selvää, kuka vastaa automatisoidusta päätöksenteosta. Apulaisoikeusasiamies on oikeutetusti kiinnittänyt huomiota tähän ja tämä on hyvä esimerkki siitä, että vastuiden ja virkatehtävien tarkka määrittely nousee automatisoidussa päätöksenteossa keskiöön.

### **5.3 Kelan käyttämä virkevastuumalli**

Oikeuskansleri on vuorostaan ottanut oma-aloitteisesti Kelan automatisoidun päätöksenteon tarkasteluun ja antanut asiasta ratkaisun OKV/131/70/2020. Oikeuskanslerille oli aiemman kanteluasian ratkaisun yhteydessä selvinnyt, että Kelan toiminta on osittain automatisoitu. Aiemman kanteluasian yhteydessä saadut tiedot herättivät huolen muun muassa automatisoidun päätöksenteon virkevastuun toteutumisen osalta. Tämän takia oikeuskansleri

---

<sup>180</sup> EOAK/3379/2018, s. 36.

päätti aloittaa asiasta oma-aloitteisen selvityksen. Oikeuskansleri totesi ratkaisussaan muun muassa, että Kelan automatisoitu päätöksenteko tehdään ilman riittävää säädöspohjaa.<sup>181</sup>

Virkavastuuseen liittyvä kritiikki tuo mielestäni esiin mielenkiintoisen ongelman. Kelan oikeuskanslerille toimittamasta selvityksestä käy ilmi, että virkavastuun määrittämiseksi automatisoidussa päätöksenteossa käytetään niin sanottua systeemyömenetelmää.

Vastineessa todetaan, että:

”Vastuussa olevat henkilöt voidaan kuitenkin määrittää tietojärjestelmien vaiheittaisen etenemisen ja sitä koskevien dokumenttien sekä etenemistä koskevien asiakirjojen avulla aina järjestelmän tai sen muutoksen käyttöönottoa koskevaan päätökseen saakka.

[---]

Virheestä vastuussa oleva yksikkö ja viime kädessä vastuussa oleva toimihenkilö ovat aina määritettävissä työnjakoa, toimivaltaa ja toimintamalleja koskevien määrittelyjen perusteella. [...] Moniportaisessa linjaorganisaatiossa vastuullisia toimihenkilöitä voi olla useita [...] Vastuu voi kohdentua ja jakautua myös virheen laadun perusteella. Kohdentumista ohjaa se, minkä tulosityksikön vastuualueelle virhe kohdentuu.

[---]

Vastuu on aina siellä, missä virhe on tehty.”<sup>182</sup>

Oikeuskansleri katsoi edellä kuvatun vastuunmäärittämissä mallin voivan johtaa siihen, että vastuun kohdentamisen onnistuminen ei ole mahdollista tai on ainakin epätodennäköistä. Ongelma Kelan mallissa on, että teon ja seurauksen syy-seuraussuhde voi olla niin monipolvisen ketjun takana tai olla niin hienovireinen, ettei rikosoikeudellista vastuuta voida kohdentaa.

Pahimmassa tapauksessa virkavastuu muuttuu välilliseksi ja näennäiseksi.<sup>183</sup> Kelan systeemyömenetelmä tarkoittaa, että jäljitetään virhe sen lähteelle koko järjestelmän läpi. Näin olisi ainakin teoriassa mahdollista löytää virheestä vastuussa oleva henkilö. Tämä on myös linjassa niin sanotun elinkaarimallin kanssa – kohdennetaan vastuu siihen osaan prosessia, missä virhe on käynyt.

Oikeuskanslerin esiin nostamat huomiot ongelmakohtista pitävät kuitenkin hyvin paikkansa – tietojärjestelmän kehittäminen, muokkaaminen, ylläpitäminen ja käyttäminen ovat

<sup>181</sup> OKV/131/70/2020, s. 1–2 ja 29–30.

<sup>182</sup> OKV/131/70/2020, s. 7.

<sup>183</sup> OKV/131/70/2020, s. 30. Jorma Kuopus on yli 30 vuotta sitten esittänyt samankaltaista kritiikkiä tietojärjestelmän luomien verotuspäätöksien osalta. Hän totesi verotuspäätöksien allekirjoituksista, että se virkamies, joka allekirjoittaa tietojärjestelmän tuottaman päätöksen ei kuitenkaan ole vastuussa päätöksessä vastuun pulverisoinnin ja työsuhteisten palvelussuhteiden takia. Hän silloin jo esitti, että vastuukuviot tietojärjestelmien luomien ratkaisujen osalta voivat osoittautua niin vaikeaselkoisiksi, ettei vastuullista virkamiestä ole välttämättä mahdollista löytää. Kuopus 1988, s 526.

monivaiheinen prosessi ja on olemassa riski, että vastuussa olevan virkamiehen löytäminen on vaikeaa tai mahdotonta. Herää kysymys siitä mitä tapahtuu, jos vastuullinen taho voidaan osoittaa? Kelan vastineesta ei käy ilmi, miten varmistutaan siitä, että virheen tehnyt ihminen tosiasiallisesti saadaan asetettua vastuuseen. Tämä tuo meidät useamman ongelmakohtaan eteen. Onko virheestä vastuussa oleva ihminen virkamies? Onko hän rikkonut säännökseen tai määräykseen perustuvan virkavelvollisuutensa ja onko tämä virkavelvollisuus määritelty tavalla, joka täyttää perustuslain 8 §:n laillisuusperiaatteen? Ylittääkö hänen tekonsa tai laiminlyöntinsä tahallisuuden tai tuottamuksen rajat? Onko esimerkiksi päätöksentekoprosessin elinkaaren alkupäässä olevan virkamiehen tullut mieltää, että tietty toimenpide johtaa myöhemmässä vaiheessa virheen syntymiseen ja olisiko hänen tullut ryhtyä toimenpiteisiin tämän tiedon hankkimiseksi – eli olisiko tällä virkamiehellä ollut tosiasiallista mahdollisuutta toimia toisin? Tietojärjestelmän pitkä elinkaari, eli luontiprosessi ja käyttö, voi siis johtaa siihen, ettei elinkaaren jossain osassa toimivan virkamiehen voida katsoa toimineen tuottamuksellisesti tai tahallisesti.

Kelan käyttämä systeemityömenetelmä vaikuttaa toimivan niin, että virheet saadaan paikannettua ja sen jälkeen vastuussa oleva ihminen on mahdollista löytää. Heidän selvityksestään ei kuitenkaan käy ilmi minkälaisilla säännöksillä tai määräyksillä heidän toimintaansa ohjataan tai miten ihmisten vastuualueet on määritelty. Näiden on oltava rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen asettamat vaatimukset täyttääkseen riittävän täsmälliset.

#### **5.4 Havaintoja vastuun osoittamisesta automatisoidussa päätöksenteossa**

Tällä hetkellä automatisoidusta päätöksenteosta ei ole säädetty missään yleislaissa, vaan sitä on mahdollistettu hallintoalakohtaisesti erityislaeissa. Automatisoitua päätöksentekoa koskee tällä hetkellä yleislakina hallintolaki ja sitä ohjataan tarkemmin sitä käyttävien virastojen sisäisissä määräyksissä. Oikeusministeriön arviomuistiossa on kuitenkin tuotu esiin tarve yleislainsäädännölle ja oikeusministeriöllä on meneillään lainsäädäntöhanke, jonka tavoitteena on valmistella hallinnon yleislainsäädäntöön tarvittavat säännökset muun muassa virkavastuun toteutumiseksi automatisoidussa päätöksenteossa. Tavoitteena on, että laki tulisi

voimaan 1.1.2023.<sup>184</sup> Lainsäädännön tarve on huomattu ja sitä ollaan tällä hetkellä toteuttamassa.

Edellä on käsitelty yksi ehdotettu tapa sekä kaksi käytössä olevaa tapaa löytää automatisoidusta päätöksenteosta vastuussa olevaa virkamiestä. Tavat ovat joko puutteellisia tai sen verran vaikeaselkoisia, ettei vastuussa olevaa virkamiestä ole välttämättä helposti löydettävissä. Vastuun kohdentaminen virkamieheen automatisoidussa hallintopäätöksenteossa on selvästi haastava kysymys, sillä se rikkoo perinteisen hallintopäätösvastuumallin. Perinteisesti hallintopäätösvastuu on ollut päätöksen tehneellä virkamiehellä, esittelijällä tai monijäsenisen toimielimen jäsenillä. Vastuullisen virkamiehen löytäminen automatisoidussa päätöksenteossa on kuitenkin haastavampaa. Hallintolain mukaan hallintopäätöksestä on ainoastaan käytävä ilmi, mikä viranomainen on tehnyt päätöksen sekä lisätietoja antavan henkilön nimi ja yhteystiedot.<sup>185</sup> Niin sanotussa perinteisessä hallintopäätöksenteossa lisätietoja antava henkilö on yleensä ollut hallintopäätöksen tehnyt virkamies. Automatisoidussa päätöksenteossa näin ei ole, sillä kukaan virkamies ei ole kyseistä päätöstä tehnyt. Vastuussa oleva virkamies on löydettävä toisaalta, sillä varsinainen hallintopäätös ei ole virkamiehen tekemä.

On tuotu esiin, että vastuuta voisi osoittaa järjestelmän eri vaiheisiin – eli käyttöönottoon, käyttöön ja valvontaan. Näissä vaiheissa eri ihmisillä olisi eri tehtävät, liittyen esimerkiksi järjestelmän tilaamiseen, koodaamiseen, testaamiseen ja valvontaan. Osa näistä tehtävistä olisi virkamiesten tekemiä ja osa yksityisten yritysten työntekijöiden tekemiä. Vastuuta tulisi kohdentaa näille eri toimijoille tehtäväkohtaisesti lakitasolla.<sup>186</sup> On mielestäni selvää, että automatisoitu hallintopäätöksenteko ja vastuun kohdentaminen edellyttävät uudenlaista ajattelua. Tähän asti vastuutaho on ollut suhteellisen helposti osoitettavissa. Mutta ottaen huomioon automatisoidun hallintopäätöksenteon monimutkaiset vaiheet hankintapäätöksestä käyttöönottoon, niin on selvää, että vastuutahojen on oltava selvemmin määriteltyjä. Lakitasolla tehty vastuunmäärittely voi kuitenkin olla haastava toteuttaa. Eri virastoilla on käytössä erilaiset järjestelmät ja menettelyt ja kaiken kattava vastuumalli voi olla vaikeasti toteutettavissa. Jää kuitenkin nähtäväksi, mihin toimiin ryhdytään vastuun osoittamiseksi eri virkamiehille.

---

<sup>184</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 63 ja automaattista päätöksentekoa koskevan hallinnon yleislainsäädännön valmistelu, hankenumero OM021:00/2020.

<sup>185</sup> Ks. tästä tarkemmin HaVM 29/2002, s. 9.

<sup>186</sup> Vainio – Tarkka – Jaatinen 2020:14, s. 52 sekä valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 53 ja 56.

Oikeuskirjallisuudessa on nostettu esiin tarve säätää eri vaiheiden välisestä tiedottamisvelvollisuudesta. Koska automatisoidun päätöksentekojärjestelmän elinkaari koostuu monesta eri vaiheesta, aikaisempi vaihe voi vaikuttaa seuraavan vaiheen virheisiin. Samalla on tuotu esiin, että viranomaisille tulisi säätää velvollisuus huolehtia riittävästä asiantuntemuksesta.<sup>187</sup> Monivaiheisessa viranomaisprosessissa on aina olemassa riski, että tieto häviää matkan varrella. Tiedonhallinta ja tiedonvälitys ovat mielestäni tärkeä osa onnistuneessa automaatiassa. Ohjelmoitavat algoritmit voivat olla erittäin laajoja, jolloin tiedonvälityksen merkitys korostuu. Osa tätä tiedonvälitystä on tiedon ymmärtäminen, jota varten tarvitaan asiaan perehtyneitä asiantuntijoita.

On mielestäni selvää, että vastuun kohdentamisen tulee tapahtua säännöksillä ja määräyksillä niin lainsäädäntötasolla kuin viranomaisten sisäisillä määräyksillä ja ohjeilla.

Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin tuotu esiin, että sisäiset ohjeet ovat oikeuslähdeopillisessa mielessä ongelmallisia ja lisäksi sisäiset ohjeet voivat luoda eroavia käytäntöjä valtiohallinnon sisällä.<sup>188</sup> Näkisin, että raamit automatisoidulle päätöksenteolle tulisi säätää lailla, mutta sisäiset ohjeet voivat toimia virastokohtaisten erojen huomioon ottamiseksi.

On lisäksi esitetty, että kaikki kehittämis-, käyttöönotto- ja käyttötoimet automatisoituun päätöksentekojärjestelmään liittyen tulisi määritellä julkisen vallan käytöksi. Tämä takaisi sen, että oikeudellinen perusta vastuulle olisi aina löydettävissä.<sup>189</sup> Tämä on varteenotettava vaihtoehto. Vastuutahon on oltava löydettävissä joka prosessin vaiheessa ja vastuista on säädettävä riittävällä tarkkuudella. Ei saa käydä niin, ettei olisi selvää, kuka on vastuussa tietystä virkatoimesta. Tämänkaltainen lainsäädäntötyö voi kuitenkin olla raskas tapa toteuttaa virkavastuuta. Mikäli vastuuta halutaan kohdentaa jokaiseen työvaiheeseen hankinnan ja käytön valvonnan väliin, yksi automaatioprojekti vaatisi paljonkin lainsäädäntöä sen toteuttamiseksi. Selvää kuitenkin on, että vastuutaho on jollain tavalla löydettävä.

Kun tämä vastuutaho löytyy, on luonnollisesti erikseen harkittava rangaistusvastuun täyttämistä koskevia edellytyksiä. Oikeuskirjallisuudessa on lisäksi huomautettu, että

---

<sup>187</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 144–145. Asiantuntemuksen hankkimisesta ks. myös Voutilainen 2018, s. 912, jossa hän puhuu asiantuntijoista bottikuiskaajina sekä Suksi 2018, s. 370, jossa hän puhuu asiantuntijoista algoritminlukijoina. Automaation osaville asiantuntijoille on selvästi esiin nostettu tarve.

<sup>188</sup> Koulu – Mäihäniemi – Kyyrönen – Hakkarainen – Markkanen 2019, s. 79.

<sup>189</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 57.

virkarikosten osalta vastuun kohdentuminen tapahtuu oikeuskäytännössä.<sup>190</sup> Näkisin, ettei vastuun kohdentumista voida jättää kokonaan oikeuskäytännön varaan. Automatisoitu päätöksenteko vaatii selvät raamit ja vastuunmääritykset, sillä kyse on hallintopäätöksenteon uudesta muodosta. Täysin aukottoman järjestelmän tulee tietenkin olla tavoite, mutta varmasti osa vastuiden kohdentamisista jää oikeuskäytännön varaan. Ei edelleenkään ole nähdäkseen tarkoitus tuoda ankaraa vastuuta automatisoituun hallintopäätöksentekoon.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että henkilökohtaisen virkavastuun rinnalla osoitettaisiin vastuuta myös automaatiota käyttävälle julkisyhteisölle yhteisösakon muodossa.<sup>191</sup> Rikoslain 9 luvun 1 § 2 momentin mukaan rikoslain yhteisösakkosäädöksiä ei sovelleta julkisen vallan käytössä tehtyyn rikokseen. Yhteisösakon tuomitsemista viranomaiselle automatisoidusta hallintopäätöksestä ei ole tällä hetkellä mahdollista. Tämä voisi olla yksi vaihtoehto vastuun kohdentamisen kannalta. Mikäli viranomaisen laissa säädettyjä velvollisuuksia on rikottu automatisoidussa päätöksenteossa, mutta vastuullista virkamiestä ei löydetä, niin tuntuisi nurinkuriselta, että viranomainen voisi vain todeta, ettei tällä kertaa kukaan ollut vastuussa.

Tulee ottaa huomioon, että rikosvastuu edellyttää joko tahallisuutta tai tuottamusta ja jos virkamiestä ei ole mahdollista saattaa vastuuseen niin on pohdittava, ovatko rikosvastuun edellytykset ylipäättään täyttyneet. Yhteisösakkoehdotus vaatii kuitenkin syvällisempää pohdintaa, sillä tämä muuttaisi olemassa olevaa vastuurakennetta perustavanlaatuisella tavalla. Pitäisi esimerkiksi miettiä, koskisiko tämä vastuu kaikkia julkisen vallan käytössä tehtyjä rikoksia vai pelkästään automaatiossa tehtyjä. Olisi myös pohdittava, olisiko tämä vastuu ensisijainen, toissijainen tai rinnakkainen virkamiehen vastuuseen nähden. Lisäksi tulisi ottaa huomioon virkarikossjärjestelmän yleisestäävyys. Jos rikosoikeudellisen virkavastuun yhtenä tarkoituksena on toimia pelotteena ja taata virkatehtävien huolellinen hoitaminen, on syytä pohtia, johtaisiko yhteisösakko siihen, että tämä pelotevaikutus osittain menettäisi merkityksensä yksittäisen virkamiehen osalta.

Virkavastuun osoittaminen oikealle taholle on moniosainen prosessi. Virkamiesten tehtävien ja vastualueiden tulee olla tarkasti määriteltyjä, eikä vastuuta voida osoittaa virkamiehelle pelkästään hänen asemansa perusteella. Samalla virkamiehen toiminnan raamien, eli säännösten ja määräysten tulee olla riittävän täsmällisiä. Päätöksentekoprosessin siirtäminen algoritmien hoidettavaksi on selvästi paljon työtä ja ajattelua vaativa prosessi. Vaikuttaa siltä,

---

<sup>190</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 27.

<sup>191</sup> Mäntylä – Karjalainen – Korhonen – Siikavirta – Wenander – Annola 2022, s. 34–38 ja 128.

että tähän prosessiin on lähdetty miettimättä ainakaan virkavastuun toteutumiseen liittyviä seikkoja sillä huolellisuustasolla, jota olisi vaadittu.

## 6 Lopuksi

Virkavastuun toteutuminen automatisoidussa hallintopäätöksenteossa on ensiarvoisen tärkeää perustuslain 118 §:n mukaisten vaatimusten vuoksi. Kyseinen säädös edellyttää, että virkamies on voitava asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen hänen lainvastaisen toimintansa johdosta. Tämä asettaa vaatimuksia automatisoidulle päätöksenteolle ja virkavastuun toteutumiselle sen yhteydessä. Ylimpien laillisuusvalvojen ratkaisuksista käy ilmi, että Verohallinnon ja Kelan käyttämät automatisoidut päätöksentekojärjestelmät ovat ongelmallisia virkavastuun toteutumisen osalta.<sup>192</sup>

Virkavelvollisuuden rikkomisen näkökulmasta tarkasteltuna automatisoitu päätöksenteko eroaa merkittäväällä tavalla perinteisestä hallintopäätöksenteosta. Virkamies tai monijäseninen toimielin ei enää tee varsinaista hallintopäätöstä, eikä virkamies myöskään hallintopäätöstä esittele – päätösesittelyn ja päätöksen tekee algoritmi. Rikosoikeudellisen virkavastuun toteutuminen edellyttää, että vastuussa oleva taho löydetään muualta automatisoidun päätöksenteon prosessista. Tähän prosessiin liittyy useita eri tehtäviä, jotka suoritetaan joko virkamiehen tai yksityisen yrityksen työntekijän toimesta. Tämä johtaa erilaisiin ongelmakohtiin virkavelvollisuuden rikkomisrikosten tunnusmerkistökäytäntöjen osalta.

Ensimmäisenä tunnusmerkistökäytännönä on virkamieskäsite. Virkarikosvastuuta voidaan kohdistaa vain virkamieheen tai häneen laissa rinnastettavaan henkilöön. Automatisoitu päätöksenteko tulee siis toteuttaa virkamiesjohtoisesti. Tästä huolimatta on todennäköistä, että automatisoidun päätöksenteon algoritmit tullaan toteuttamaan julkisina hankintoina, jolloin algoritmit luodaan yksityisten yritysten työntekijöiden tekemällä työllä. Tällöin tulee tarkoin miettiä, mitkä tehtävät halutaan saattaa rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin ja missä laajuudessa käytetään virkamiehiä ja yksityisiä toimijoita. On myös esitetty, että kaikki avustava hallintotoiminta automatisoituun päätöksentekoon liittyen tulisi tuoda virkarikossäädösten piiriin.<sup>193</sup> Tämä laajentaisi osaltaan virkavelvollisuuden rikkomisrikosten soveltamisalaa koskemaan sellaisia henkilöitä, jotka tähän asti eivät ole toimineet virkavastuulla. Miten ikinä vastuupiirin määrittely toteutetaan, siinä on otettava huomioon koko automatisoitua päätöksentekoa koskeva prosessi.

---

<sup>192</sup> EOAK/3379/2018 ja OKV/131/70/2020.

<sup>193</sup> Valtiovarainministeriön arviomuistio julkisen hallinnon tietojärjestelmien sääntelyn nykytilasta ja kehittämistarpeista 2021:54, s. 57.

Virkamiesten toimintavelvollisuudet ovat riippuvaisia säännöksistä ja määräyksistä. Samalla nämä säännökset ja määräykset määrittelevät rangaistavan käytöksen raamit. Tämä tarkoittaa, että automatisoidusta päätöksenteosta tulee säätää riittävällä tarkkuudella sekä hallinto-oikeudellisesta että rikosoikeudellisesta näkökulmasta katsottuna. Mikäli säännökset ja määräykset ovat liian epämääräisiä, rikosoikeudellinen vastuu ei välttämättä toteudu. Myös virkamiesten vastuualueet ja tehtävät on oltava tarpeeksi selvät ja tarkkarajaiset. Ilman tarkkoja tehtäväkuvauksia ei ole mahdollista löytää vastuussa olevaa tahoa. Varsinkin kun ottaa huomioon, että vastuutaho on löydettävä monipolvisen prosessin seasta, selvien vastuunmääritysten tärkeys korostuu.

Automatisoitu päätöksenteko tuo myös uusia haasteita tahallisuuden ja tuottamuksen arviointiin. Automatisoidun päätöksenteon suuret tietojärjestelmät pakottavat meidät kysymään, mihin rajat vedetään virkamiehiin kohdistuvien tietoisuusvaatimuksien osalta sekä missä kulkee virkamiehen toisintoimimismahdollisuuden rajat? Varsinkin oppivat algoritmit ovat ongelmallisia tuottamuksen ja tahallisuuden osalta ja oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, että automatisoitu päätöksenteko rajattaisiin koskemaan ainoastaan sääntöpohjaisen algoritmin toteuttamaa automaatiota.<sup>194</sup> Pidän tätä esitystä erittäin hyvänä. Sääntöpohjainen automaatio luo jo itsessään lukusia rikosoikeudellisia jännitteitä, joten olisi järkevä ratkaista ensisijaisesti niitä.

Automatisoitu päätöksenteko tarvitsee selkeästi myös rikosoikeudellista tutkimustyötä. Suuri osa automatisoitua päätöksentekoa koskevasta tutkimuksesta on tehty hallinto- tai julkisoikeudellisesta näkökulmasta. Näkisin kuitenkin itse, että automatisoitu päätöksenteko tuo niin suuren muutoksen virkavastuuasetelmiin, että se vaatii rikosoikeudellista tutkimustyötä sekä rikosoikeudellista osaamista lainsäädäntöhankkeissa.

Maahanmuuttoviraston ylijohhtajan vastuuta koskeva lakiehdotus on esimerkki epäonnistuneesta lainsäädäntöehdotuksesta. Tämä lakiehdotus olisi selvästi tarvinnut rikosoikeudellista asiantuntemusta, sillä rikosoikeudellisesti tarkasteltuna kyseinen lainsäädäntöesitys on ongelmallinen monesta eri kohdasta.

Automatisoidussa päätöksenteossa on lähtökohtaisesti kyse hallinto-oikeudellisesta asiakokonaisuudesta ja automatisoitu päätöksenteko on tarkoitettu tehostamaan eri hallintoviranomaisten toimintaa. Hallinnon tarpeet asettuvat näin ollen etusijalle.

---

<sup>194</sup> Suksi 2021, s. 106.

Automatisoidulla päätöksenteolla on kuitenkin myös rikosoikeudellinen aspekti, jota ei kannata eikä saa unohtaa. Katson, että rikosoikeudelliset seikat olisi syytä ottaa huomioon jo automatisoitua päätöksentekoa koskevassa lainsäädäntö- ja toteutusvaiheessa, sillä on kyse virkavastuuasetelman suuresta murroksesta. Automatisoitua päätöksentekoa ei saa järjestää niin, ettei perustuslain 118 § edellyttämä rikosoikeudellinen vastuu toteudu. Tämä johtaisi kestävämpään tilanteeseen paitsi päätöksen kohteena olevan asianosaisen myös suomalaisen hallinnon uskottavuuden kannalta.