

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 179

Juha Pöyhönen

SOPIMUSOIKEUDEN JÄRJESTELMÄ JA SOPIMUSTEN SOVITTELU

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja n:o 179

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 179

JUHA PÖYHÖNEN

SOPIMUSOIKEUDEN JÄRJESTELMÄ JA SOPIMUSTEN SOVITTELU

With an English Summary

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SOPIMUSOIKEUDEN JÄRJESTELMÄ JA SOPIMUSTEN SOVITTELU

KIRJOITTANUT

JUHA PÖYHÖNEN

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI
VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III perjantaina kesäkuun 17 päivänä 1988 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

ISBN 951-855-102-2 Nid.
ISBN 951-855-103-0 Sid.
ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 978-951-855-646-9
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)

MOTTO

One of the curious features of legal thought is that every doctrine and every method seems to embody both truth and falsity. The prime defect of legal thought is not so much that it is wrong in constructing methods and doctrines to guide judicial decisions, but that it is knowingly or unknowingly fragmentary.

Jay M. Feinman

(Promissory Estoppel and Judicial Method)

ALKUSANAT

Tieteellinen tutkimus on puheenvuoro tiedeyhteisölle. Väitöskirjani on puheenvuoro materiaaliin tunnusmerkkeihin perustuvista yleislausekkeista käyvään keskusteluun, erityisesti silmällä pitäen kohtuuttomien oikeustoimien sovittelumahdollisuutta. Oikeuden ja oikeudellisen ajattelun yhteiskunnalliset ulottuvuudet ovat olleet kiinnostuksen kohteenani opiskeluajoista lähtien. Käsitys politiikan ja moraalin tavoista vaikuttaa oikeuteen on kuitenkin vuosien mittaan muuttunut siten, että suorien ja välittömien vaikutusten sijasta tärkeämmiltä ovat alkaneet näyttää epäsuorat ja välilliset vaikutukset. Oikeuden oma systeemiluonne on keskeisimpiä niistä tekijöistä, joiden kautta politiikka ja moraalit välittyvät oikeuteen. Vaikeasti täsmennettävää materiaalista tunnusmerkkiä, kohtuuttomuutta, edellyttävä sovittelu on haaste juuri oikeuden systemaattisuudelle. Sovittelun tarkastelu nimenomaan sopimusoikeuden järjestelmän kannalta tuntui antavan mahdollisuuden kehitellä monia muissa yhteyksissä syntyneitä ajatuksia oikeuden ja oikeudellisen ajattelun yhteiskunnallisuudesta.

Laajan aiheen käsittelyn vaikeimpia pulmia on liikojen ideoiden karsiminen. Parhaiten ovat siinä auttaneet tutkijakollegat, jotka ovat estäneet kirjoittajaa kulkemasta löytämiään sivupolkuja liian pitkään ja pakottaneet selvittämään olennaisia asioita. Suurimman kiitoksen olen tässä suhteessa velkaa professori *Thomas Wilhelmssonille*, joka sekä työn ohjaajana että esitarkastajana on kannustanut keskittymään tärkeisiin ongelmiin. Professorit *Erkki Aurejärvi* ja *Juha Tolonen* ovat esitarkastajina antaneet lukuisia hyödyllisiä — ja työläitä — huomautuksia käsikirjoituksistani. Juha Tolonen on myös ystävällisesti suostunut vastaväittäjäksi. Minulla on ollut mahdollisuus koko ajan tehdä tutkimustani läheisessä yhteistyössä professori *Aulis Aarnion* kanssa. Hänen perustellut käsityksensä oikeusteorian ja lainopin suhteista ovat oheisen tutkimuksen tärkeimpiä lähtökohtia. Aulis Aarnion kansainvälisten yhteyksien ansiosta olen saanut tukea ja täsmennystä tutkimuksen painopisteiden valinnolle professori *Robert S. Summersilta* ja professori *Robert Alexyltä*. Haluan

vielä kiittää OTL (väit.) *Markku Heliniä* ja tutkijaprofessori *Kaarlo Tuoria* — lukuisia muita unohtamatta — siitä avusta, jonka heidän kanssaan käymäni keskustelut ovat tälle tutkimukselle antaneet. Molempien tinkimättömyys ja kyky toteuttaa johdonmukaisesti loppuun saakka tietyt perusajatukset ovat hyödyttäneet työtäni suuresti.

Erilaiset keskustelupiirit ovat olleet tärkein osa tutkijankoulutustani. Aulis Aarnion johtama ”Auliksen piiri” oli kova koulu, jossa oppi tutkimuksen olevan ehdotonta rehellisyyttä ja loputonta epäilyä. ”Siviilipiiri” taas kokosi yhteen eri tavoin ajattelevia kriittisiä sivilistejä. ”Tuorin piirissä” on mietitty oikeuden kehitystä, legitimizeettiä ja rajoja.

Haluan kiittää myös Suomen Akatemiaa, jonka rahoittamissa projekteissa ”Sopimusvapaus”, ”Oikeustieteen tutkimus” ja ”Suomalaisen oikeusajattelun perusteet” minulla on ollut mahdollisuus työskennellä. Monet yksityiset säätiöt ja rahastot ovat myös tukeneet työtäni.

OTL *Pekka Timonen* on kirjapainovaiheessa ollut apunani monipuolisesti ja tehokkaasti. Suomalainen Lakimiesyhdistys on ystävällisesti hyväksynyt teokseni julkaisusarjaansa ja Vammalan Kirjapaino Oy hoitanut painotyön luotettavasti.

Tämä tutkimus, jossa kohtuus on olennaista, on kuitenkin yhdessä suhteessa ollut kohtuuton. Tutkimuksen nyt valmistuttua toivon voivani itse sovitella sen perheelleni aiheuttaman vaivan.

Porthaniassa Vapunpäivänä 1988

Juha Pöyhönen

SISÄLTÖ

Kirjallisuusluettelo	XV
Lyhenteitä	XXXI
I LUKU. JOHDANTO	1
1. Työn teema	1
2. Teoksen rakenne	7
3. Lähdepoija	8
4. Oikeusteoriaa vai sopimusoikeutta?	12
II LUKU. TUTKIMUKSEN PERUSKÄSITTEITÄ	13
1. Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet	13
1.1. Esimerkkejä oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista	15
1.1.1. Esimerkkejä oikeussäännöistä	15
1.1.2. Esimerkkejä oikeusperiaatteista	16
a. Tasajaon periaate jäämistöoikeudessa s. 16; b. Työntekijän suojeluperiaate työoikeudessa s. 16; c. Subjekttiivisen tulokinnan periaate oikeustoimipiissa s. 18; d. lojaliteettiperiaate sopimus-oikeudessa s. 19; e. joutuisuus hallinto-oikeudessa s. 19.	
1.2. Erotteluperusteiden arviointia	20
1.3. Tarkemmin Dworkinin ja Alexyn käsityksistä	23
1.4. Oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja voimassaolon kriteerit	29
1.5. Sääntöjen ja periaatteiden jännite	37
1.5.1. Alexyn ja Dworkinin kannanotot	37
1.5.2. Kehittelyä	41
1.5.3. <i>Contra legem</i> -tilanne ja sopimuksen sovittelu	46
1.5.4. Oikeusnormin voimassaolon tasot	51
1.6. Oikeusperiaatteiden päätyypit: arvoperiaatteet ja tavoiteperiaatteet	54
1.6.1. Dworkinin teesi arvoperiaatteiden ensisijaisuudesta	55
1.7. Oikeusjärjestyksen sääntöhakuinen ja periaatehakuinen tarkastelu	57
1.7.1. Tutkimus	58
1.7.2. Ratkaisutoiminta	63
1.8. Periaatteet ratkaisuaargumentaatiassa	64
1.8.1. Ratkaisunormi, ratkaisunormiin ohjaava normi ja ratkaisunor-mia täsmentävä ja täydentävä normi	64

1.8.1.1.	Periaatteet ratkaisunormeina	65
a.	Ilman sääntöjä eli kiperissä tapauksissa s. 65;	
b.	Yhdessä sääntöjen kanssa s. 67; b1. Periaatteet ratkaisunormiin ohjaavina normeina s. 67; b2. Molemmat ratkaisunormeina s. 68.	
1.8.2.	Eroja ja yhtäläisyyksiä oikeusperiaatteen ja avoimen termin sisältävän oikeussäännön välillä	69
1.8.3.	Oikeusperiaatteet ennakkopäätöksissä	71
1.8.3.1.	Prejudikaatit oikeustoimilain 36 §:n täsmentäjinä?	74
1.9.	Yhteenveto oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tarkastelusta ...	77
2.	Sopimusmallit	79
2.1.	Sopimusmallin elementit	80
2.1.1.	Peruskäsitteet	81
2.1.2.	Dogmit	82
2.1.3.	Konstruktiot	84
2.2.	Sopimusmalli ja sopimuksen konstituutio	87
2.2.1.	Sopimusvapaus ja sopimusten sitovuus	88
2.2.2.	Sopimussitovuuden syväjustifikaatio	94
2.3.	Sopimusmallin käytön tarkoitus — juridisten ongelmien ratkaisu ..	101
2.4.	Sopimusmalli sopimusoikeuden yleisten oppien osana	103
2.5.	Onko sopimusmalli välttämätön osa sopimusoikeuden yleisiä oppeja?	106
2.6.	Sopimusmallien muutoksista	113
III	LUKU. LÄNSIMAISEN YHTEISKUNNAN SOPIMUSMALLEJA	117
1.	Tahtomalli	118
1.1.	Savigny:n systeemi — vapaa tahto velvoiteoikeuden perustana	120
1.1.1.	Yleistä	120
1.1.2.	Sopimusten sitovuuden johtamisen kaksi tapaa	122
1.1.3.	Formaalin tahtomallin sopimussitovuuden syväperusta	127
1.1.4.	Erehdysoppi esimerkkinä	128
1.2.	Bähr — siirtymä pandektioikeuteen	131
1.2.1.	Muutoksen ilmenemistavat	132
1.2.2.	Bährin kolme lähtökohtaa	133
1.2.3.	Myöntämisen merkitys tahtomallin mukaan	133
1.3.	Yhteenveto tahtomallista	136
2.	Tahtomallista luottamusmalliin	139
2.1.	Muutoksen ilmenemistapoja: luottamuksen lisääminen vastuukriteeriksi tai vastuukriteerin täydentäminen luottamuksella	139
2.1.1.	Erehdystilanteet	144
2.1.2.	Passiviteettitilanteet	148
2.1.3.	Sopimusperusteinen korvausvastuu	150
2.2.	Luottamusteoreetikkoja: af Hällström ja Köndgen	151
2.2.1.	af Hällström ja luottamus	151
2.2.2.	Köndgen ja perusteltujen odotusten suoja	155
2.3.	Arviointia	159
2.3.1.	Sekamallit ja niiden vaikeudet	160

2.3.2.	Kompromissi uuden näkökulman avulla	161
3.	Yhteisöllisen käytännön malli	162
3.1.	Atiyahin erittely lupausten sitovuudesta	163
3.2.	Oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmalli — kehitte- lyä	168
4.	Oikeusperiaatteet ja sopimusmallien muutos	179
4.1.	Periaatteiden määritelmät, sisältö ja systeemi-arvo	180
4.2.	Sopimusmallit ja kohtuusperiaate — alustava huomautus	185
4.2.1.	Sääntelykohtuus ja sovittelukohtuus — kohtuuden sisäinen jän- nite	185
4.2.2.	Kohtuuden asema eri sopimusmalleissa	188
4.2.2.1.	Tahtomalli: kohtuus ei ole itsenäinen periaate ...	188
4.2.2.2.	Luottamusmalli: kohtuus poikkeuksena	190
4.2.2.3.	Yhteisöllisen käytännön malli: kohtuus pääsääntönä	191
4.2.2.4.	Yhteenvedoa ja kehittelyä	192
5.	Yhteenvedo	196
IV	LUKU. SOPIMUSMALLIT SUOMEN SOPIMUSOIKEUDESSA	199
1.	Tahtomalli Suomen sopimusoikeudessa	199
2.	Luottamusmalli Suomen sopimusoikeudessa	205
2.1.	Vilpittömän mielen suojan käyttö ratkaisevana argumenttina velvoite- oikeudessa	206
2.2.	Luottamusmalli Taxellin tarkastelussa	207
3.	Analyttisen siviilioikeusajattelun vaikutuksia	210
3.1.	Käsitys sopimuksesta prosessina	211
3.1.1.	Pistekäsitys sopimusvastuusta — alustava hahmotus	211
3.1.2.	Sopimuksen prosessiluonne tarkastelun lähtökohtana	214
3.1.2.1.	Sopimuksen prosessikäsitys verrattuna pistekäsityk- seen	215
3.1.2.2.	Aurejärven käsitys sopimuksesta prosessina	216
3.1.3.	Sopimuksen ulottuvuudet prosessikäsityksen mukaan	217
	a. Asiallinen ulottuvuus s. 217; b. Ajallinen ulottuvuus s. 220; c. Henkilöllinen ulottuvuus s. 224; c1. Sopimuksen osapuolten vastuiden itsenäinen arviointi s. 224; c2. (Sopimus)vastuu kohtaa muuta kuin sopimuskumppania s. 225.	
3.1.4.	Prosessikäsitys ja OikTL 36 §:n soveltamisala	230
3.2.	Yhteenvedo sopimuksen prosessikäsityksestä ja sopimusmalleista ..	231
4.	Yhteisöllisen käytännön mallin rakentamisen yleisiä kysymyksiä	232
4.1.	Sopimus ja demokratia	232
4.2.	Taxell ja individualistisen demokratiatulkinnan seuraamuksia sopimus- oikeuden järjestelmässä	233
4.2.1.	Oikeuden ja demokratian suhde Taxellin mukaan	233
4.2.2.	Arviointia ja tarkempaa erittelyä	236
4.3.	Wilhelmsson ja kohtuusperiaatteen sisällölliset arvot — yhteisöllinen demokratiatulkinta	238

4.4. Yhteenvetoa	241
5. Uuden sopimusmallin pääpiirteitä	243
V LUKU. SOVITTELU SUOMEN SOPIMUSOIKEUDEN JÄRJESTELMÄSSÄ	249
1. Sovitteluharkinnan ulkoinen rakenne	252
1.1. Esivaiheesta	252
1.2. Sovitteluharkinnan sisäinen rakenne — sovitteluperiaatteet ja sovitteluperusteet	255
1.3. Sovitteluperusteiden erottelu sopimuksensisäisiin ja sopimuksenulkoisiin	256
2. Sovitteluperiaatteet sovitteluharkinnan sisällöllisinä kiinnekohtina	259
2.1. Periaatekohtainen tarkastelu	261
2.1.1. Kohtuusperiaate	262
2.1.2. Sopimusvapaus	266
2.1.3. Vaihdamman intressi	270
2.1.4. Heikomman hyvittäminen	273
2.2. Sopimuksen sitovuuden justifikaatio	274
2.2.1. OikTL 36 §:n valmistelussa	275
2.2.2. SOU 1974:83:ssa esitetty kanta yleislausekkeen yhteydestä yhteiskunnan perusarvoihin ja tavoitteisiin	279
2.2.3. Pohjoismaista keskustelua oikeusturvasta	279
2.2.4. Yhteenveto	283
3. Sovitteluperusteet	286
3.1. Sopimuksensisäiset perusteet (rakennevaihe 1.)	286
3.2. Ulkoisen perusteen on oltava syynä epätasapainoon (rakennevaihe 2.)	291
3.3. Sopimuksenulkoiset sovitteluperusteet sovitteluperusteryhmittäin (rakennevaihe 3.)	295
3.3.1. Sopimuksen syntyyn liittyvät perusteet	295
3.3.2. Sopimussuhteen aikana tai sopimusta täytettäessä ilmenevät perusteet	306
3.4. Kohtuuttomuuden kokonaisarviointi (rakennevaihe 4.)	311
3.4.1. Sovitteluperiaatteiden keskinäisten kollisioiden merkitys sovitteluperusteelle	316
3.5. Kokonaisarvioinnin (kohtuuttomuusarvon) vertailu sovittelukynnykseen (rakennevaihe 5.)	320
3.6. Sovittelun oikeusvaikutuksia (rakennevaihe 6.)	322
3.6.1. Tarkoittaako ”voidaan sovittaa” samaa kuin ”pitää sovittaa”?	322
3.6.2. Sovittelun suorittaminen	324
3.7. Esimerkkejä sovitteluharkinnasta	330
3.7.1. KKO 1983 II 78	331
3.7.2. KKO 1985 II 36	333
3.7.3. KKO 1984 I 1	334
4. Sovittelusäännön soveltamisalasta	336
4.1. Kolme selitystä sovittelun ulottumattomiin jäämiselle	337
4.1.1. Systemisyys	338

4.1.2. Vertailumitan puuttuminen syynä	340
a. Huutokauppa s. 341; b. Lahja s. 342; c. Testamentti s. 343; d. Abstraktit oikeustoimet s. 344.	
4.1.3. Kohtuuden muu kontrolli syynä	346
a. Sopimussakko ennen OikTL:a s. 346; b. palkka s. 346; c. vuokra s. 348; d. ositus s. 349.	
5. Oikeustoimilain 36 §:n sovittelusääntö ja oikeustoimilain pätemättömyysperusteet	351
5.1. Onko OikTL 36 § oikeustoimen pätemättömyysperuste?	354
6. Valinta eri sovittelusääntöjen välillä	357
7. Tyypikohtuuttomien ehtojen kieltosääntö	359
7.1. Yleistä	359
7.2. Edellyttääkö tyypikohtuuttomuuden sovittelu kohtuuttomuutta <i>in casu</i> ?	361
8. Yhteenvedoa ja lopputoteamuksia	364
VI LUKU. SOPIMUSSUHTEIDEN SÄÄNTELYSTÄ	369
1. Oikeuden muodolliset ja sisällölliset vaatimukset sovittelussa	369
2. Muutokset sopimusoikeudessa	372
3. Lopuksi — materiaallisen harkinnan logiikasta	374
VII. SUMMARY	379
Henkilöhakemisto	389
Oikeustapaushakemisto	390
Asiahakemisto	392

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aarnio, Aulis*, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta. Tutkimus eräistä oikeudellisen käsitteenmuodostuksen peruspiirteistä. Vammala 1969.
- » — Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa. Forssa 1975.
 - » — Mitä 1960- ja 1970-lukujen keskustelu on opettanut oikeustieteen luonteesta? Teoksessa Oikeustieteen tila ja tulevaisuus. Helsinki 1985 s. 17—32.
 - » — Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.
 - » — Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä. Oikeustiede — Jurisprudentia 1972:1 s. 185—221.
 - » — Oikeuden legitimaatio. Teoksessa Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston juhla-akirja. Helsinki 1987 s. 9—25.
 - » — Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
 - » — Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen? LM 1987 s. 400—414.
 - » — Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.
 - » — The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.
 - » — Suomen jäämistöoikeus. 2. osa. Testamenttioikeus. Helsinki 1984. (Jäämistöoikeus II).
 - » — Testamentin tulkintasäännöistä. Tulkintaperiaatteiden ja -ohjeiden teoreettista tarkastelua. Teoksessa Juhlaulkaisu Matti Ylöstalo 1917 — 4/2 — 1987. Vammala 1987 s. 5—15.
 - » — Värdena och domarreglerna. Tankar om förhållandet mellan rätt och moral. Teoksessa Festschrift till Jan Hellner. Malmö 1984 s. 7—21. (Domarreglerna).
- Aarnio, Aulis — Alexy, Robert — Peczenik, Aleksander*, The Foundations of Legal Reasoning. Rechtstheorie 1981 s. 133—158, 257—271 ja 423—448.
- Aarnio, Aulis — Helin, Markku*, Avioliittolain muutetut säännökset. Tampere 1988.
- Aarnio, Aulis — Kangas, Urpo*, Rintaperillisen lakiosa, testamentinsaaaja ja eloonjäänyt puoliso. JFT 1985 s. 375—389.
- Aarnio, Aulis — Kangas, Urpo*, Suomen jäämistöoikeus. 1. osa. Perintöoikeus. Vantaa 1983. (Jäämistöoikeus I).
- Aarnio, Aulis — Kangas, Urpo*, Uusi lakiosadoktriini? JFT 1986 s. 29—35.
- Aarnio, Aulis — Uusitalo, Jyrki*, Paradigms in Legal Dogmatics. Towards a Theory of Change and Progress in Legal Science. Teoksessa Peczenik — Lindahl — Roermund (eds.), Theory of Legal Science. Dordrecht 1984 s. 25—38.

- Aho, Matti L.*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta. LM 1982 s. 524—540.
 — » — Oikeustoimen käsitteestä. LM 1966 s. 897—925.
 — » — Tuomioistuimen harkintavalta ja tuomarin sosiaalinen rooli. DL 1969 s. 465—479.
 — » — Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968.
- Airaksinen, Timo*, Moraalifilosofia. Porvoo 1987.
- Alanen, Aatos*, Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja -käytössä. LM 1942 s. 175—199.
- Alchourrón, Carlos — Bulygin, Eugenio*, Normative Systems. Wien 1971.
- Alexy, Robert*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. Teoksessa *MacCormick — Panou — Lombardi Vallauri* (eds.), Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought. ARSP Beiheft 25. Stuttgart 1985 s. 13—29.
 — » — Theorie der Grundrechte. Baden-Baden 1985.
 — » — Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main 1983.
- Almén, Tore*, Om auktion såsom medel att åvägabringa aftal. II. Upsala 1900.
 Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Neuwied und Darmstadt 1980.
- Andersson, Edvard*, Offentlig samfunds ansvarsbefrielse vid fall av omöjlighet som samfundet självt orsakat. JFT 1987 s. 367—376.
- André, Mathias*, Marknadsföringsansvar. Om förutsättningarna för marknadsrättsligt och civilrättsligt ansvar för marknadsföringen. Stockholm 1984.
 — » — Struktur i avtalslagen 36 §. SvJT 1986 s. 526—548.
- Apala-Arlander, Terttu*, Yleislausekkeista. Oikeussäännösten muotoamiseen ja soveltamiseen liittyviä kysymyksiä. Vammala 1972.
- Aristoteles*, Nikomakoksen etiikka. Kääntänyt ja selityksin varustanut *Simo Knuuttila*. Juva 1981.
- Arnaud, André-Jean*, Fact as Law. Teoksessa *Carzo — Jackson* (eds.), Semiotics, Law and Social Science. Rome 1985 s. 129—146.
- Arnholm, Carl Jacob*, Omkring rettshandleteorien. Tfr 1948 s. 368-431.
 — » — Privatrett I. Almindelig privatrett. Oslo 1964.
 — » — Privatrett II. Avtaler. Oslo 1964.
- Atiyah, P.S.*, Essays on Contract. Oxford 1986.
 — » — Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract. Teoksessa *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*. Oxford 1986 s. 19—44.
 — » — Promises, Morals and Law. Oxford 1981.
 — » — The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
- Atiyah, P.S. — Summers, R.S.*, Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Thinking. Oxford 1987.
- Aurejärvi, Erkki*, Irtaimen kaupan takuuehdot. Tutkimus myyjän antamasta takuusta ja virhevastuusta irtaimen kaupassa. Jyväskylä 1981.
 — » — Luotto- ja maksuvälineet. Jyväskylä 1986.
 — » — Näkökohtia KKO:sta valituslupatuomioistuinena. Oikeus 1984 s. 3—13.
 — » — Oikeustoimen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset. LM 1979 s. 725—745.
 — » — Sopimusoikeuden teoria ja jälkiteollisen yhteiskunnan sopimukset. Oikeus 1984 s. 125—129.

- » — Urakkasopimus. Työnsuoritus sopimuksia koskevan teorian arviointia. Vammala 1976.
- » — Valeoikeustoimen tunnusmerkistöä. LM 1980 s. 205—229.
- » — Velkakirja, vekseli ja shekki. Vammala 1979.
- » — Velvoiteoikeuden pääkohtia. Velvoitteiden sisältö. Perusteettoman edun palautus. Helsinki 1983.
- » — Velvoiteoikeus (ilmestyy).
- von Bar, Christian*, Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag? Juristische Schulung 1982 s. 637—645.
- Barnett, Randy E.*, Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy. Harvard Law Review 97 (1984) s. 1223—1245.
- Bayles, Michael D.*, Principles of Law. A Normative Analysis. Dordrecht 1987.
- Bernitz, Ulf*, Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § i avtalslagen. Teoksessa Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887—1987. Falköping 1987 s. 107—143. (Småföretagarskydd).
- » — Standardavtalsrätt. 3.p. Uddevalla 1979.
- » — Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. SvJT 1972 s. 401—455.
- Bjerkén, Torsten*, Anbudets bindande verkan. Om tillkomsten av regeln i avtalslagen. Teoksessa Rättshistoriska studier. Fjärde bandet. Lund 1974 s. 390—407.
- Björne, Lars*, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert. Ebelsbach 1984.
- » — Oikeusjärjestelmän kehityksestä. 2.p. Helsinki 1986.
- » — Siviilioikeuden yleiset opit. Tutkimus saksalaisen oikeuden vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden yleisiin oppeihin lähinnä vuosina 1889—1945. Turku 1977.
- Blom, Raimo*, Perusoikeustajunta ja perustuslaki. Oikeustiede — Jurisprudentia 1973 s. 83—184.
- Brusiin, Otto*, Arvostelu teoksesta Makkonen, Zur Problematik der juridischen Entscheidung. LM 1965 s. 927—930.
- » — Joustavat normit oikeudenkäytössä. DL 1938 s. 286—293.
- » — Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
- Bruun, Niklas*, Beställningsforskning i högskola. En avtalsrättslig studie. Helsingfors 1985.
- » — Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924. Vammala 1979.
- » — Työehtosopimuksen ehdon kohtuullistamisesta. LM 1983 s. 888—896.
- » — Uppfinnarrätt i anställningsförhållande. En rättsdogmatisk studie av lagen om rätt till arbetstages uppfinningar. Jyväskylä 1982.
- Bruun, Niklas — Wilhelmsson, Thomas*, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s. 701—713.
- Bucher, Eugen*, Für mehr Aktionendenken. Archiv für die civilistische Praxis 1986 s. 1—73.
- Burrows, A.S.*, Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or Not? Law Quarterly Review 1983 s. 217—267.
- Bydlinksi, Franz*, Privatautonomie und objektiven Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts. Wien — New York 1967.
- » — Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges. Archiv für die civilistische Praxis 1980 s. 1—46.

- Bygglin, Gustav*, Om franchiseavtal och upplösningsfrihet. Oikeustiede — Jurisprudentia 1978 s. 89—157.
- Bähr, Otto*, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3.p. Leipzig 1894.
- Carlson, B.C.*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. LM 1956 s. 595—600.
- Cervin, Ulf*, Om passivitet inom civilrätten. Lund 1960.
- » — Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin. Stockholm 1972.
- Collins, Hugh*, Contract and Legal Theory. Teoksessa *Twining* (ed.), Legal Theory and Common Law. Oxford 1986 s. 136—154.
- » — The Law of Contract. London 1986.
- Dalton, Clare*, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine. The Yale Law Journal 94 (1985) s. 997—1114.
- David, René — Jauffret-Spinosi, Camille*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II. Jyväskylä 1986.
- Dreier, Ralf*, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht. ARSP 1987 s. 159—178.
- » — Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz. Teoksessa Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag. Berlin 1978 s. 103—132.
- Dufour, Alfred*, Rationnel et irrationnel dans l'École du droit historique. Archives de philosophie du droit, tome 23, Paris 1978.
- Durkheim, Emile*, The Division of Labor in Society. New York 1974.
- Dworkin, Ronald*, Laws Empire. London 1986.
- » — The Matter of Principle. Cambridge (Massachusetts) 1985.
- » — The Model of Rules I and II, julkaistu teoksessa *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 14—80.
- » — Taking Rights Seriously. London 1981.
- Eckhoff, Torstein*, Rettskildelære. 2.p. Oslo 1987.
- Eckhoff, Torstein — Sundby, Nils Kristian*, Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. Oslo 1976.
- Ek, C.H.*, Utomobligatoriskt skadestandsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt. Helsingfors 1943.
- Ekelöf, Per Olof*, Teleological Construction of Statutes. Scandinavian Studies in Law 1958 s. 75—117.
- Eriksson, Lars D.*, Kansalaistottelemattomuudesta ja vaihtoehtoista tulkinnoista. Teoksessa Kansalaistottelemattomuuskoulu. Tampere 1982 s. 55—65.
- » — Om olika argumentationsmodeller. JFT 1979 s. 25—51.
- » — Om äganderättens motivering. Teoksessa Om äganderättens historia. Helsinki 1984 s. 35—48.
- » — Till teorin om den reflexiva rätten. Teoksessa Samfunn, Rett, Rettfaerdighet. Festschrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Oslo 1986 s. 281—292.
- Erma, Reino*, Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. Helsinki 1955.
- Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. Tübingen 1956.
- Ewald, François*, A Concept of Social Law. Teoksessa *Teubner* (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin — New York 1986 s. 40—75.
- Feinman, Jay M.*, Promissory Estoppel and Judicial Method. Harvard Law Review 97 (1984) s. 678—718.

- Ferguson, R.B.*, The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England. *Oxford Journal of Legal Studies* 1983:3 No 1 s. 34—58
- Fishkin, James S.*, Beyond Subjective Morality. *Ethical Reasoning and Political Philosophy*. Yale 1984.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin — Heidelberg — New York 1965. (Rechtsgeschäft).
- Frankena, William K.*, Ethics. Englewood Cliffs 1963.
- Frankenberg, Günter*, Der Ernst im Recht. *Kritische Justiz* 1987 s. 281—307.
- Fried, Charles*, Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation. Cambridge (Massachusetts) 1981.
- Friedman, Lawrence M.*, Legal Culture and Welfare State. Teoksessa *Teubner* (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin — New York 1986 s. 203—220.
- Fuller, Lon L.*, Legal Fictions. Stanford 1967.
- Godenhjelm, Berndt*, Om jämkning av skadestånd i inomkontraktuella förhållanden. *JFT* 1975 s. 400—414.
- » — Om säljarens bundenhet under förändrade förhållanden. Helsingfors 1954.
- » — Skisser i allmän avtalsrätt. *JFT* 1952 s. 181—196.
- » — Sopimusoikeuden oppikirja 1. 2. p. Porvoo 1975.
- Goodrich, Peter*, The antinomies of legal theory: An introductory survey. *Oxford Journal of Legal Studies* 1983:3 No 1 s. 1—20.
- Gould, Carol C.*, Contemporary Legal Conceptions of Property and their Implications for Democracy. *ARSP Supplementa* 1 1983 s. 583—594.
- Gronow, Pekka*, Länsimainen rationalisointiprosessi ja modernin länsimaisen kulttuurin irrationaalisuus. Teoksessa *Hietaniemi* (toim.), Aiheita Weberistä. Max Weber modernista rationaalisuudesta, uskonnosta, oikeudesta ja yhteiskuntaluokista. Jyväskylä 1987 s. 9—35.
- Grönfors, Kurt*, Begränsningar hos avtalet som styrmedel. Teoksessa *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887—1987*. Falköping 1987 s. 217—227.
- » — Ställningsfullmakt och bulvanskap. Stockholm 1961.
- Habermas, Jürgen*, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt am Main 1983.
- » — Theorie des kommunikativen Handelns 2. Frankfurt am Main 1981.
- » — Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? *Kritische Justiz* 1987 s. 1—16.
- » — Ziviler Ungehorsam — Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Teoksessa *Glötz* (Hrsg.), Frieden im Lande. Vom Recht auf Widerstand. Bergisch Gladbach 1983 s. 29—52.
- Hakulinen, Y.J.*, Abstraktisen velkasitoumuksen käsitteestä. *Juhlajulkaisu Suomalainen lakimiesyhdistys* 1898 — 22/10 — 1948. Vammala 1948 s. 554—561.
- » — Maksun oikeudellisesta luonteesta. *LM* 1931 s. 239—247.
- » — Velkakirjalaki. 2.p. Porvoo 1965.
- » — Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. 2.p. Helsinki 1965.
- Hakulinen, Y.J.* — *af Hällström, Erik*, Meningsbrytningen kring begreppet ”abstrakt skuldebrev”. *JFT* 1949 s. 188—191.
- Hakulinen, Y.J.* — *Raninen, Huugo*, Osamaksukauppa. Tampere 1968.
- Halila, Heikki*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen. *DL* 1987 s. 592—624.

- » — Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa. Vammala 1981.
- Halila, Jouko*, Sopimusten sovittelun prosessuaalisesta merkityksestä. Juhlajulkaisu Tauno Tirkkosen 70-vuotispäivänä 2.8.1968. Vammala 1968 s. 76—83.
- » — Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Vammala 1950.
- Halila, Jouko — Ylöstalo, Matti*, Saamisen lakkaamisesta. 4 p. Vammala 1980.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle kuluttajansuojalainsäädännöksi. Vp. 1977 n:o 8. (HE 8/77).
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta. Vp. 1986 n:o 62. (HE 62/86).
- Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi. Vp. 1981 n:o 247. (HE 247/81).
- Hanen, M.P.*, Theory Choice and Contract Law. Teoksessa *Peczenik — Lindahl — Roermund* (eds.), Theory of Legal Science. Dordrecht 1984 s. 441—454.
- Hart, H.L.A.*, The Concept of Law. Oxford 1961.
- Havansi, Erkki*, Luotto-oikeus. Yleiset perusteet. 2.p. Helsinki 1984.
- » — Panttioikeus osakkeeseen. Toinen osa. Vammala 1981.
- » — Tunteeko Suomen oikeus ns. reaaliosimuksia? LM 1969 s. 379—416.
- von Hayek, F.A.*, Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy. Vol. 1—3. London & Melbourne 1982.
- Heck, Philipp*, Grundriss des Schuldrechts. Tübingen 1929.
- Heinonen, Olavi*, Oikeuden ja moraalin suhteesta. Teoksessa *Kekkonen* (toim.), Studia Juridica 1981. Helsinki 1981 s. 80—83.
- Helin, Markku*, Käsitteistä päättelemisestä. Teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985 s. 82—92.
- » — Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920—1960. Vammala 1988.
- » — Oikeustapauskommentaari tapaukseen KKO 1987:37. DL 1987 s. 63—68.
- » — On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. Oikeustiede — Jurisprudentia 1983 s. 63—88.
- » — PK 3:1a ja jäämistöoikeuden järjestelmä. JFT 1986 s. 177—190.
- » — Rintaperillisen lakiosa, testamentinsaaja ja PK 3:1a. JFT 1986 s. 11—28.
- Hellner, Jan*, Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling. JFT 1979 s. 92—109.
- » — Konsumentkydd och generalklausuler. TfR 1976 s. 145—167
- » — Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning. Uppsala 1950. (Om obehörig vinst).
- » — Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Stockholm 1984.
- Hernberg, Alarik*, Gäldförhållandet. Allmänna lärar. Helsingfors 1934.
- » — Velvoittautuminen. LM 1926 s. 68—77.
- von Herten, Hannu*, Sopimusneuvottelut. Siivilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1983.
- » — Tutkimuksesta ja tutkimuksen arvostelusta: erään vastaväittäjälausunnon kritiikkiä. LM 1984 s. 38—61.
- Hietaniemi, Tapani*, Uskonto maailmanhistoriallisen rationalisointiprosessin kättilönä. Weberin uskonnonhistorian ajankohtaisuudesta. Teoksessa *Hietaniemi* (toim.), Aiheita Weberistä. Max Weberin rationaalisuudesta, uskonnosta, oikeudesta ja yhteiskuntaluokista. Jyväskylä 1987 s. 37—59.

- Historische Soziologie der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von *Erk Volkmar Heyen*. Ius Commune Sonderhefte 26. Frankfurt am Main 1986.
- Hohfeld, Wesley Newcomb*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. New Haven and London 1964.
- Hoppu, Esko*, Om huvudmannens reklamationskyldighet då fullmäktigen överskrider sin behörighet. JFT 1968 s. 51—85.
- Horn, Norbert*, Neuverhandlungspflicht. Archiv für die civilistische Praxis 1981 s. 255—288.
- Horwitz, Morton J.*, The Transformation of American Law 1780—1860. Cambridge (Massachusetts) and London 1977.
- » — The Rise of Legal Formalism. The American Journal of Legal History 1975 s. 251—264.
- Hunt, Alan*, The Sociological Movement in Law. London 1978.
- Huser, Kristian*, Avtalesensur. Bergen 1984.
- Hydén, Håkan*, Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stat-kommunberedningen. Ds C 1984:12. Stockholm 1984.
- af Hällström, Erik*, Arvostelu teoksesta Juhlajulkaisu Suomalainen Lakimiesyhdistys 1898 — 22/10 — 1948. JFT 1949 s. 104—105.
- » — Förhållandet mellan avtalslagen § 35 och SP 11 §. JFT 1934 s. 292—304.
- » — Något om rättshandlingarnas ogiltighet enligt avtalslagens 28—35 §§. Teoksessa Festschrift för professorn jur.utdr. Otto Hjalmar Granfelt. Helsingfors 1934 s. 320—339.
- » — Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931. (Om villfarelse).
- Hänninen, Sakari*, Aika, paikka ja politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista. Oulu 1981.
- von Ihering, Rudolph*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil. 6. p. Leipzig 1907.
- Israel, Joachim*, Individualism — kollektivism som samhälleligt problem. Poliitiikka 1987 s. 135—143.
- Jareborg, Nils*, Regler och riktlinjer. TfR 1979 s. 385—410.
- Jääskinen, Niilo*, Ennakkopäätösten merkityksestä yleisen lain alalla. Teoksessa *Kangas — Tuori* (toim.), Liber amicorum Carolo Makkonen deditus. Helsinki 1986 s. 36—56.
- » — Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys — tutkimus positivistisen oikeustiedekäsityksen kiteytymisestä. Helsinki 1983.
- » — Niklas Luhmann ja sosiaalisten systeemien teoria. Teoksessa *Tuori* (toim.), Teorioita oikeuden kehityksestä. Esittelyjä ja erittelyjä. Helsinki 1988 s. 91—103.
- Jørgensen, Stig*, Aftalelovens § 36 — 10 år. Juristen 1986 s. 118—120.
- » — Er der behov for en generalklausul i formueretten? JFT 1977 s. 7—18.
- » — Grotius' kontraktslaere. TfR 1967 s. 457—473.
- » — Kontraktsret. 1. bind. København 1971.
- » — Reason and Reality. Århus 1986.
- » — Traek af privatrettens udvikling og systematik. TfR 1966 s. 584—619.
- » — Vertrag und Recht. Privatrechtliche Abhandlungen. København 1968.
- Kairinen, Martti*, Perussuhdeteoriasta työoikeuden yleisten oppien osana. Vammala 1979.
- » — Työoikeuden perusteet. 4.p. Turku 1986.
- Kangas, Urpo*, Uskottu mies holhousoikeuden järjestelmässä. Jyväskylä 1987.

- Karapuu, Heikki*, Perusasioita perusoikeuksista. Oikeustiede — Jurisprudentia 1986 s. 67—124.
- » — Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet. Teoksessa *Helminen — Lång* (toim.), Kansainväliset ihmisoikeudet. Mänttä 1987 s. 83—100.
- Karlgren, Hjalmar*, Avtalsrättsliga spörmål. 2. p. Stockholm 1954.
- » — Passivitet. En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie. Stockholm 1965.
- Kartio, Leena*, Asuntoalueen vuokra. Vammala 1983.
- » — OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa. Teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 — 4/2 — 1987. Vammala 1987 s. 203—215
- » — Uudistuvan esineoikeuden haasteet. Teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985 s. 145—159.
- Kaser, Max*, Roomalainen yksityisoikeus. Porvoo 1968.
- Katzin, Jeannette*, Oskäliga avtalsvillkor inom civilrätten. En analys av svensk och dansk praxis kring 36 § avtalslagen. Lund 1984.
- Kelsen, Hans*, The General Theory of Law and State. Cambridge (Massachusetts) 1946.
- » — Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1968.
- Kennedy, Duncan*, Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review 89 (1976) s. 1685—1778
- » — The Structure of Blackstone's Commentaries. Buffalo Law Review 29 (1979) s. 205—382.
- Kessler, Friedrich*, Contracts of Adhesion — Some Thoughts About Freedom of Contract. Columbia Law Review 43 (1943) s. 629 ss.
- Kessler, Friedrich — Fine, Edith*, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. Harvard Law Review 77 (1964) s. 401—449.
- Kiefner, Hans*, Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Teoksessa *Blühdorn — Ritter* (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft. 1969 s. 8 ss.
- Kivimäki, T.M.*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
- » — Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Porvoo 1946.
- » — Suomen siviilioikeuden kodifioimisesta. DL 1950 s. 275—284.
- Kivimäki, T.M. — Ylöstalo, Matti*, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. 4.lyh.p. Juva 1981.
- Kivivuori, Antti*, Politische Rechtswissenschaft. Helsinki 1971.
- Klami, Hannu Tapani*, Die begriffliche Grundstruktur der Regelung von Verträgen. Rechtstheoretische Skizzen. Turku 1978.
- » — Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- » — Om reglering av avtal: en studie i avtalsrättsliga tänkesätt. JFT 1984 s. 196—211.
- » — Sopimustyypeistä. Kysymyksenasettelujen historiaa. LM 1968 s. 514—529.
- » — Der Vertrag als intentionales Verhalten. Beiträge zur Theorie der Regelung von Verträgen. Turku 1979.
- Kleineman, Jan*, Ren förmögenhetskada. Stockholm 1987.
- Kleinig, John*, Paternalism and Personal Integrity. Teoksessa *Arnaud — Hilpinen — Wróblewski* (Hrsg.), Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht. Rechtstheorie Beiheft 8. Berlin 1985 s. 323—331.

- Knoph, Ragnar*, Rettslige standarder, saerlig grunnlovens § 97. Oslo 1939.
- Komiteanmietintö 1957:8. Huoneenvuokralakikomitean mietintö. Helsinki 1957. (Km 8/57).
- Komiteanmietintö 1965: A3. Saantosuojakomitean mietintö. Helsinki 1965.
- Konstari, Timo*, Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. Vammala 1979.
- Koskelo, Pauliine*, Avioliittolain uudet ositussäännökset. LM 1987 s. 965—988.
- Koskenniemi, Martti*, General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law. Oikeustiede — Jurisprudentia 1985 s. 117—163.
- » — Superliberalismin oikeusteoriaa. Arvostelu teoksesta Unger, Critical Legal Studies Movement. Oikeus 1987 s. 303—307.
- Kosonen, Pekka*, Hyvinvointivaltion haasteet ja pohjoismaiset mallit. Mänttä 1987.
- Kronman, Anthony T.*, Contract Law and Distributive Justice. The Yale Law Journal 89 (1980) s. 472—511.
- » — Max Weber. London 1983.
- » — Paternalism and the Law of Contracts. The Yale Law Journal 92 (1983) s. 763—798.
- Kuhn, Thomas S.*, The Structure of Scientific Revolutions. 2.p. Chicago 1970.
- Kuusi, Pekka*, Oikeus ja ihmisen käyttäytymisprosessin ohjaaminen. Suomen lakimiesliiton XXIX lakimiespäivän pöytäkirja. Helsinki 1985 s. 16—33.
- Kuusimäki, Antti*, Oikeustoimilain 36 § ja oikeuskäytäntö vuonna 1983. Julkaisematon moniste.
- Kämäräinen, Mikko*, Ehdotus yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 4/1980. Helsinki 1980.
- » — Luonnos ehdotukseksi yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi. Julkaisematon moniste 15. 1. 1980. (Luonnos).
- Köndgen, Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln. Tübingen 1981.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Abwägung — Ein Neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus. Frankfurt am Main — New York 1984.
- Laintarkastuskunnan lausunto 2/1981. Oikeustoimen kohtuullistaminen. Helsinki 1981.
- Lainvalmistelukunnan julkaisuja. Ehdotus laiksi varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuus oikeudellisista oikeustoimista ynnä perustelut. Helsinki 1925.
- Lakatos, Imre*, The Methodology of Scientific Research Programmes. Cambridge 1978.
- Lakivaliokunnan mietintö n:o 6/82 (hallituksen esityksestä oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi).
- Lappalainen, Juha*, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.
- Lappi-Seppälä, Tapio*, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin — Göttingen — Heidelberg 1960.
- Lassen, Julius*, Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3.p. København 1917-1920. (Obligationsretten).
- » — Nogle Bemaerkninger om Definitioner i Retslitteraturen. Teoksessa Festskrift för friherre R.A.Wrede. Helsingfors 1921 s. 23—37.
- Laudan, Larry*, Progress and Its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth. London 1977.
- Lehrberg, Bert*, 36 § avtalslagen och förutsättningsläran. SvJT 1986 s. 249—261.

- Linna, Tuula*, Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Vammala 1987.
- Luhmann, Niklas*, Die Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main 1981.
- » — Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main 1984.
- Luig, Klaus*, Der Einfluss Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1979 s. 38—54
- » — Savignys Irrtumslehre. Teoksessa *Ius Commune VIII*. Vorträge zum 200. Geburtstag von F.C. von Savigny, herausgegeben von *Helmut Coing*. Frankfurt am Main 1979 s. 36—59.
- Lyytikäinen, Vesa*, Toimitusjohtajan oikeusasemasta oikeuskäytännön valossa. DL 1986 s. 269—275.
- MacCormick, Neil*, Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.
- » — Law as Institutional Fact. The Law Quarterly Review 1974 s. 102—129.
- Madsen, Palle Bo*, Om samspillet mellem aftalelovens § 36 og markedsføringslovens regler. Ugeskrift for Retsvaesen 1980B s. 117—121
- » — Privat retsstiftelse — om kontrakt og delikt. TfR 1986 s. 597—626.
- » — Vildfarelser, forudsætninger og billighed. Aftalerisikoen i historisk og komparativ belysning. Århus 1981.
- Maine, Henry Sumner*, Ancient Law, Its Connections with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas. Boston 1963. (Ancient Law).
- Makkonen, Kaarle*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Vammala 1981.
- Mattila, Heikki*, Les successions agricoles et la structure de la société. Une étude en droit comparé. Helsinki 1979.
- Merz, Hans*, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch. Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1977 s. 162—177.
- Michelman, Frank I.*, Norms and Normativity in the Economic Theory of Law. 62 Minnesota Law Review (1978) s. 1015 ss.
- Mill, J.S.*, Vapaudesta. Mikkeli 1982.
- Mincke, Wolfgang*, Die finnische Rechtstheorie unter dem Einfluss der Analytischen Philosophie. Berlin 1979.
- de Moor, Anne*, Are Contracts Promises? Teoksessa *Eekelaar — Bell* (eds.), Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series. Oxford 1987 s. 103—124.
- Muukkonen, P.J.*, Kiinteistökaupan muotovirheeseen vetoamisen kohtuuttomuudesta erään oikeustapauksen valossa. DL 1962 s. 1—14.
- » — Muutosäännökset. Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
- » — Näkökohtia markkinointijärjestelmiin liittyvistä vuokrasuhteista. Teoksessa *Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 vuotta*. Vammala 1973 s. 260—265.
- » — Osakkeen ”ylihinnan” sovittelusta OYL 3:3.2:n mukaan. DL 1987 s. 379—389.
- » — Sopimusvapauden käsitteestä. LM 1956 s. 601—612.
- Mäenpää, Olli*, Hallintolupa. Vammala 1985.
- » — Sopiva hallinto. Teoksessa *Juhlajulkaisu Olavi Rytkölä 1914 — 4/2 — 1984*. Turku 1984 s. 37—49.
- Nanz, Klaus-Peter*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert. München 1985.

- Nial, Håkan*, Från individualism till kollektivism — en utvecklingslinje i avtalsrätten under ett halvt sekel. Teoksessa Minneskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957. Stockholm 1957 s. 190—202.
- Niiniluoto, Ilkka*, Haastattelu, Helsingin sanomat, kuukausiliite marraskuu II 1987.
- » — Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu 1980.
- Norri, Matti*, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö? Oikeustiede — Jurisprudentia 1977 s. 121—187.
- Norris, Christopher*, The Contest of Faculties. Philosophy and theory after deconstruction. Cambridge 1985.
- NOU 1979:32. Formuerettslig lempningsregel. Oslo 1979.
- Nuolimaa, Risto*, Lunastuslauseke ja suostumuslauseke. Osakeyhtiöoikeudellinen tutkimus. Helsinki 1984.
- Oker-Blom, Max*, En enda riktig lösning — trots allt? Dworkin mot finländsk bakgrund. JFT 1978 s. 251—321.
- Ot.prop. 5/1982—1983. (Norjan Stortingetille annettu esitys AvtL 36 §:ksi).
- Palmgren, Gunnar*, Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal. Helsingfors 1939.
- Peczenik, Aleksander*, The Basis of Legal Justification. Lund 1983.
- » — Rätt och moral. SvJT 1982 s. 609—620.
- » — Rätten och förnuftet. Lund 1986.
- » — Rättsnormer. Stockholm 1987.
- Pekkanen, Raimo*, Sekatyypinen työsopimus. Helsinki 1966.
- » — Työeläkelakien soveltamisesta maatilataloudessa työskenteleviin perheenjäseniin. LM 1968 s. 530—544.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto 3/1982 (hallituksen esityksestä oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi).
- Petäys, Onni*, Frågor rörande skuldebrev: ogiltighetsgrunder och godtrosskydd, legitimation, vindikation. DL 1935 s. 47—59.
- Portin, Göran*, Om jämkning av oskäligen avtal. JFT 1974 s. 323—335.
- » — Om reklamation vid köp av lös egendom. JFT 1957 s. 197—210.
- » — Uppsåtlig kontraktsbrott. JFT 1971 s. 37—50.
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law. 2.p. Boston — Toronto 1977.
- » — The Economics of Justice. Cambridge (Massachusetts) — London 1981.
- Pöyhönen, Juha*, Arvostelu teoksesta Wilhelmsson, Social civilrätt. Ilmestyy JFT 1988/2.
- » — The Critical Legal Studies Movement — yhdysvaltalaisista vaihtoehtoista lainoppia. Oikeus 1984 s. 90—106.
- » — Grundproblem för historisk forskning: tre äganderättsmodeller. Teoksessa Om äganderättens historia. Helsinki 1984 s. 107—118.
- » — Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä. Helsinki 1981.
- » — Om forskning om rättsvetenskap. JFT 1976 s. 456—483.
- » — Refleksiivinen oikeus — vihreän liikkeen oikeusideologiaa? Oikeus 1985 s. 127—138.
- » — Social Conditions for Legal Doctrines. The Doctoral Dissertation in the Finnish Science of Law. Teoksessa Historische Soziologie der Rechtswissenschaft s. 283—301.
- » — Valta on tietoa. Ajatuksia lainopin yhteiskunnallisuudesta. Teoksessa *Kekkonen* (toim.), Studia juridica 1983 s. 20—36.
- » — Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi. Teoksessa *Scheinin* (toim.), Omistusoikeus. Helsinki 1983 s. 1—26.

- Raninen, Huugo*, Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. Helsinki 1937.
- Rawls, John*, A Theory of Justice. Oxford 1980.
- Regeringens proposition 1975/76:81 (Ruotsin Riksdagenille annettu esitys AvtL 36 §:ksi).
- Reich, Norbert*, Markt und Recht. Neuwied und Darmstadt 1977.
- Reifner, Udo*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung. Darmstadt 1979.
- Rekola, Aarne*, Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I—II. Vammala 1938.
- Rihto, Ahti — Kandolin, Salme — Vuorinen, Jarmo*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 1/1979. Helsinki 1979.
- Ross, Alf*, Om ret og retfærdighed. En Indførelse i den analytiske Retsfilosofi. 2.p. København 1966.
- » — Tû-Tû. Teoksessa Festschrift til professor, dr. juris Henry Ussing 5. Maj 1951. København 1951 s. 468—484.
- Routamo, Eero*, Lainsäätäjän sananvalinta ja Pavlovin koirat. LM 1979 s. 44—48.
- Rudanko, Matti*, Arvostelu teoksesta Rakentamisen ja asuntokaupan ajankohtaiskysymyksiä. LM 1987 s. 720—724.
- » — Vastuusta grynderirakentamisessa. Hämeenlinna 1982.
- Röhl, Klaus F.*, Über ausservertragliche Voraussetzungen des Vertrages. Teoksessa Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag. Berlin 1978 s. 435—480.
- Saarenpää, Ahti*, Ositus, ositussopimus ja osituksen sovittelu. DL 1988 s. 31—56.
- » — Tasajaon periaate. Tutkimus jäämistöoikeudellisen tasajaon periaatteen toteuttamisesta tuomioistuinkäytännössä. Vammala 1980.
- Saarnilehto, Ari*, Aviopuolisosta toisen puolison edustajana. Teoksessa Juhlajulkaisu P.J. Muukkonen. Turku 1987 s. 109—125.
- » — Huoneenvuokran sääntelystä. Pori 1981.
- Sarkko, Sarkko*, Työoikeus. Yleinen osa. Vammala 1980.
- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen römischen Rechts I ja III. Berlin 1840.
- Savolainen, Matti*, Kolme kommenttia. LM 1985 s. 1056—1071.
- » — Lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Vammala 1984.
- Saxén, Hans*, Skadeståndsrätt. Åbo 1975.
- Scheinin, Martin*, Itsehallinnon valvonta — valvova itsehallinto. Teoksessa *Eriksson — Heiskala — Tuori — Scheinin — Sulkunen*, Itsehallinnon oikeus. Keskustelua oikeudesta ja yhteiskunnan itsehallinnollisesta järjestäytymisestä. Helsinki 1987 s. 59—72.
- Schmidt, Folke*, Typfall, partsavsikt och partsculpa. Riktpunkter för avtalstolkning. SvJT 1959 s. 497—520.
- Serlachius, Julian*, Suomen yleisen obligatsioonioikeuden oppikirja. Helsinki 1927.
- Sevón, Leif*, Inflation och jämkning av avtal. Oikeustiede — Jurisprudentia 1978 s. 397—422.
- » — Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet? JFT 1985 s. 155—172.
- » — Muistio 26.9.1981 (julkaisematon).
- Sevón, Leif — Wilhelmsson, Thomas — Koskelo, Pauliine*, Kauppalain pääkohdat. Mänttä 1987.
- Shiner, Roger A.*, Rules versus Rights: A Paradigmatically Philosophical Dispute. Teoksessa *MacCormick — Panou — Lombardi Vallauri* (eds.), Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought. ARSP Beiheft 25. Stuttgart 1985 s. 61—67.

- Sigeman, Tore*, 36 § avtalslagen och arbetsrätten. Festschrift till Jan Hellner. Malmö 1984 s. 587—628.
- Simpson, A. W. S.*, Innovation in Nineteenth-Century Contract Law. Law Quarterly Review 1975 s. 247 ss.
- Sisula-Tulokas, Lena*, Dröjsmålsskador vid passagerartransport. Vammala 1985.
- Soisalo, Ari*, Mustasta kauppahinnasta kiinteistön kaupassa. Oikeustiede — Jurisprudentia 1979 s. 235—276.
- SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten. Stockholm 1974.
- SOU 1984:25. Ny konsumentköplag. Stockholm 1984.
- Stang, Fredrik*, Innledning till Formueretten. Oslo 1935.
- Strömholm, Stig*, Avtalsfrihetens komponenter — ett analysförsök. Teoksessa Festschrift till Sveriges Advokatsamfund 1887—1987. Falköping 1987 s. 531—549.
- » — Blad ur billighetens historia. Teoksessa Festschrift till Hans Thornstedt. Stockholm 1983 s. 645—659.
- » — Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 2.p. Lund 1984.
- Sulkunen, Pekka*, Johdatus sosiologiaan. Porvoo 1987.
- Summers, R. S.*, Toward a Better General Theory of Legal Validity. Rechtstheorie 1985 s. 65—83.
- » — Two Types of Reasons of Substance in Common Law Cases. ARSP Beiheft 11. Wiesbaden 1979 s. 217—229.
- Sundby, Nils Kristian*, Om normer. Oslo 1978.
- » — Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk. TfR 1978 s. 137—150.
- Sundell, Jan-Olof*, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870—1914. Lund 1987.
- Suomen Asianajajaliiton lausunto ehdotuksesta yleiseksi kohtuullistamissäännöksi. DL 1980 s. 487—497. (Asianajajaliiton lausunto).
- Swirydowicz, Kazimierz — Wronkowska, Slawomira — Zieliński, Maciej — Ziemiński, Zygmunt*, Niin kutsuttuihin 'salliviin normeihin' liittyvistä väärinkäsityksistä. Oikeus 1976/3 s. 127—132.
- Takki, Tapio*, Lainkäyttäjän lainsäätäjän työn jatkajana. Korkeimman oikeuden oikeutta luovasta roolista. Helsinki 1985.
- » — Sosiaalityyppinen käyttäytyminen sopimusvastuun perustana. Oikeus 1987 s. 379—381.
- Tala, Jyrki*, Muistio 8.2.1980 (julkaisematon).
- Tawaststjerna, Ilmari*, Arvostelu teoksesta af Hällström, Om villfarelse. JFT 1931 s. 394—404.
- Taxell, Lars Erik*, Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- » — Avtalsrättens prejudikat. JFT 1987 s. 251—268.
- » — Ensidig ändring av villkor i massavtalet. JFT 1980 s. 31—47.
- » — Jämkning av avtal. JFT 1984 s. 606—630.
- » — Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977 s. 148—155.
- » — Rätt och demokrati. Åbo 1976.
- » — Tankar om rättssäkerheten. JFT 1962 s. 361—369.
- Telaranta, K. A.*, Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana. Vammala 1960.
- » — Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun käsitteistä varallisuus oikeuden alalla. Juhlajulkaisu Toivo Mikael Kivimäki 1886 — 5.6. — 1956. Vammala 1956 s. 363—411.
- » — Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. Porvoo 1953.

- » — Varallisuus oikeudellisen tahdonilmaisun tulkiinnasta ja täydentämisestä. LM 1953 s. 841—874.
- » — Vekselivelallisen oikeudesta vedota tahtovirheeseen. DL 1975 s. 330—364 ja 387—401.
- » — Vielä tahdonilmaisun käsitteestä. Juhlaulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985 s. 279—289.
- Tepora, Jarno*, Arvostelu teoksesta Millqvist, Finansiell leasing. LM 1987 s. 377—380.
- » — Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus- ja hallinnoimistarkoituksessa omistuksenpidätyshdon muodossa erityisesti rakennustoiminnassa. Vammala 1984.
- Teubner, Gunther*, § 242 BGB. Teoksessa Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s. 32—91.
- » — Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. Law & Society Review 1983 s. 239—285.
- Tiitinen, Kari-Pekka*, Työoikeus. Teoksessa *Aurejärvi* (toim.), Suomen yksityisoikeus. Jyväskylä 1987 s. 285—335.
- Tikka, Kari S.*, Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- tai omaisuusverotuksesta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Helsinki 1972.
- Timonen, Pekka*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- Tirkkonen, Tauno*, Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. 5.p. Porvoo 1981.
- Tolonen, Hannu*, Korko ja raha Tuomas Akvinolaisella. Jurisprudentia Turkuensis. Helsinki 1986 s. 326—346.
- » — Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet. Julkaisematon alustus Oikeustieteen päivillä Turussa 5.9.1986.
- Tolonen, Juha*, Der allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht. Rechtsvergleichende Untersuchung. Helsinki 1974.
- » — Ikkunat auki Eurooppaan. Oikeus 1982 s. 171—175.
- » — Oikeudenmukaisuus ja legitimitetti. Teoksessa *Kekkonen* (toim.), Studia Juridica 1982. Helsinki 1982 s. 21—31.
- » — Oikeus ja demokratia. Ajatuksia L.E. Taxellin teoksen ”Rätt och demokrati” johdosta. LM 1977 s. 433—446.
- » — Oikeus ja moraali. Teoksessa *Kekkonen* (toim.), Studia Juridica 1981. Helsinki 1981 s. 73—79.
- » — Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram. JFT 1973 s. 340—364.
- » — Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi. Oikeus 1/1973 s. 11—19.
- » — Stat och rätt. En studie över lagbegreppet. Åbo 1986.
- Trubek, David M.*, Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law. Law & Society Review 1977 s. 529—569.
- Tuori, Kaarlo*, Hätätila. Esitelmä (ilmestyy).
- » — Kaksi tulkintaa oikeuden evoluutiosta. Teoksessa *Eriksson — Heiskala — Tuori — Scheinin — Sulkunen*, Itsehallinnon oikeus. Keskustelua oikeudesta ja yhteiskunnan itsehallinnollisesta järjestäytymisestä. Helsinki 1987 s. 37—57.

- » — Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkit-sijoina. Helsinki 1988.
- » — Oikeusvaltiokäsitteestä ja sen historiasta. Teoksessa Oikeusvaltio ja hyvinvointi-valtio. Helsinki 1981 s. 6—26.
- » — Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa. Teoksessa *Hietaniemi* (toim.), Aiheita Weberistä. Max Weber modernista rationaalisuudesta, uskonnosta, oikeu-desta ja yhteiskuntaluokista. Jyväskylä 1987 s. 105—126.
- » — The General Doctrines in Public Law. Scandinavian Studies in Law 1987 s. 177—197.
- » — Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta 1 ja 2. Julkisoikeudellinen tutkimus ko-miteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide. Teoreet-tinen ja historiallinen tausta. 2. nide. Positiivisoikeudelliset tarkastelut. Vammala 1983.
- Tähti, Aarre*, Relativistinen oikeusperiaatekäsitys. Teoksessa *Joutsamo — Koskinen — Tuori — Tähti*, Oikeusperiaatteet. Turku 1987 s. 73—104.
- Unger, Roberto M.*, The Critical Legal Studies Movement. Harvard Law Review 96 (1983) s. 563—675.
- Ussing, Henry*, Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3.p. København 1950.
- Utriainen, Terttu*, Syllisyys muuttuvana käsitteenä. Vammala 1984.
- Uusitalo, Jyrki*, Lainoppi, 'epistemologia' ja radikaali hermeneutiikka. Teoksessa *Helin — Kangas* (toim.), Oppilaiden kirja professori Aulis Aarniolle hänen täyttäessään vii-sikymmentä vuotta 14.5.1987. Helsinki 1987 s. 117—127.
- Vahlén, Lennart*, Avtal och tolkning. Stockholm 1960.
- Valtioneuvoston päätös 29.10.1980 n:o 1204/09/80 Oikeusministeriö.
- Vanhanen, Rauno*, Lausunnot oikeustoimilain 36 §:n muuttamisesta. Moniste.
- Vihma, Väinö*, Sopimussakko. Helsinki 1950.
- » — Suorituksen mahdottomuus varallisuus oikeudellisessa sopimussuhteessa. Vamma-la 1957.
- » — Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus vakuutus sopimuksia tehtäessä vakuu-tussopimuslain mukaan. Helsinki 1945.
- Vuorio, Jorma*, Työsuhteen ehtojen määrittäminen. Tutkimus Suomen työoikeuden normi-järjestelmästä. Helsinki 1955.
- Weber, Max*, Protestanttinen etiikka ja kapitalismin henki. Juva 1980.
- » — Wirtschaft und Gesellschaft. 5.p. Tübingen 1980.
- White, Edward G.*, The Intellectual Origins of Torts in America. The Yale Law Journal 86 (1977) s. 671—693.
- Wieacker, Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwick-lung der modernen Gesellschaft. Karlsruhe 1953.
- » — Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1967.
- Wikström, Kauko*, Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoimin-nasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta. Vammala 1979.
- Wilhelmsson, Thomas*, Avioehtosopimuksen kohtuullistamisesta. LM 1985 s. 439—450.
- » — Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran. TfR 1985 s. 181—197.
- » — Om styrning av försäkringsvillkor. En rättsvetenskaplig studie angående avtalsfri-heten vid frivillig skadeförsäkring. Vammala 1977.

- » — Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen § 33 i rättsstillämpningen. Oikeustiede — Jurisprudentia 1978 s. 35—88.
- » — The power of a court to adjust unreasonable terms in the by-laws of a corporation. Teoksessa *Roos* (ed.), *Stock Exchange Law and Corporation Law*. Lund 1984 s. 25—37.
- » — Skadeståndsrätt och samhälle. TfR 1983 s. 1—48.
- » — Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsträttens allmänna läror. Vammala 1987.
- » — Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa — ”tuottamusperiaatteen nousu ja tuho”. Oikeus 1986 s. 112—118.
- » — Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista. Vammala 1985.
- Wilhelmsson, Thomas — Sevón, Leif*, Korkolaki ja viivästyskorko. Vammala 1984.
- Wirilander, Juhani*, Käyttöoikeudesta kiinteistöön silmällä pitäen lailla sääntelemättömiä käyttöoikeuksia. Vammala 1980.
- Wrede, R.A.*, Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13 päivältä kesäkuuta 1929 sekä sen yhteydessä julkaistut lait. Helsinki 1932. (Laki oikeustoimista).
- von Wright, Georg Henrik*, Is and Ought. Teoksessa *Bulygin — Gardies — Niiniluoto* (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht 1985 s. 263—281.
- » — Norm and Action. A logical Enquiry. London 1963.
- Wróblewski, Jerzy*, Teoretiska och ideologiska problem vid kontroll av rättsliga avgöranden. JFT 1978 s. 123—146.
- » — Verification and Justification in the Legal Science. Rechtstheorie Beiheft 1. Berlin 1979 s. 195—214.
- Ylöstalo, Matti*, Formkrav och billighet. JFT 1961 s. 297—304.
- » — Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä. Teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985 s. 329—343.
- » — Siviilioikeuden kehityslinjoja. Teoksessa *Festskrift utgiven i anledning av juristklubben Codex 25-års jubileum*. Borgå 1965 s. 85—96.
- » — Testamentin tulkinnasta. Helsinki 1954.
- Yrittäjän suojan seurantaryhmän mietintö.
- Zitting, Simo*, Arvostelu teoksesta *Telaranta*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. LM 1953 s. 975—990.
- » — Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.
- » — ”Puhtaan” oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä. Teoksessa Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 29.4.1963. Porvoo 1963 s. 284—289.
- » — Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956.
- » — Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena. Teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 — 4/2 — 1987. Vammala 1987 s. 479—488.
- » — Varallisuus oikeuden järjestelmästä. Teoksessa *Pykälä ry:n 25-vuotisjuhla julkaisu 1935—1960*. Vammala 1960 s. 79—86.
- Ämmälä, Tuula*, Hovioikeuksien soveltamiskäytännöstä OikTL 36 §:n osalta. Teoksessa *Pohjonen* (toim.), Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä. Turku 1984 s. 44—59.

LYHENTEITÄ

ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
arv.	= arvostelu
AvtL	= Lag om avslutning av avtaler, om fuldmakt og ugyldige viljeserklæringer 31/5 1918 nr. 4 (Norja), Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Ruotsi) ja Aftaleloven nr. 242 af 8. maj 1917 (Tanska)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch 18.8.1896 (Saksa)
DL	= Defensor Legis
ed.,eds.	= editor, editors
ibid.	= ibidem (samassa paikassa)
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
HD	= högsta domstolen (Ruotsi)
HO	= hovioikeus
Hrsg.	= Herausgeber(n)
KKO	= korkein oikeus
LM	= Lakimies
m.kirj.	= mainittu kirjoitus
m.t.	= mainittu teos
NJA	= Nytt Juridiskt Arkiv
NOU	= Norges offentlige utredninger
OikTL	= laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929
RG	= Rettens Gang
SOU	= statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SvJT	= Svensk Juristtidning
TfR	= Tidskrift for Rettsvitenskap
toim.	= toimittaja, toimittajat
vp.	= valtiopäivät

I LUKU. JOHDANTO

1. TYÖN TEEMA

Sopimusta soviteltaessa ulkopuolinen ratkaisija puuttuu jälkikäteen kohtuusperustein sopimuspuolten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. OikTL 36 § sisältää tähän oikeuttavan yleisen sovittelusäännön: ”Jos oikeustoimen ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, ehtoa voidaan sovitella tai jättää se huomioon ottamatta.” Edelleen säädetään, että ”kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat”.¹

Sovittelu edellyttää välttämättä kohteekseen sitovaa oikeustointia eli sitovuusarviointi edeltää aina sovittelua.² Sellaista mikä ei sido, ei voi lieventää sovittelemalla. Sopimusten ja muiden oikeustoimien sitovuus harkitaan oikeudellisin perustein. Esimerkiksi lain tai hyvän tavan vastaiset välipuheet eivät ole sitovia. Välipuhe saattaa myös olla pätemätön pakon, petollisen viettelyn, kiskomisen, erehdyksen tai kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn vuoksi (OikTL 28—33 §). Sitovuusharkinnassa otetaan jossain määrin huomioon myös oikeustoimen olennaisten edellytysten muuttuminen tai raukeaminen, taloudellinen liikkavuus, jne. Uusimpana mahdollisena perusteena sitovuuden toteuttamisen estymiselle (lykkäytymiselle) on esitetty osapuolen henkilökohdaisia vaikeuksia kuten vakavaa sairautta, työttömyyttä tai vastaavia syitä (ns.

¹ Lakitekstissä edellytetään oikeustoimen *ehdon* olevan kohtuuton. Oikeustoimi, esimerkiksi sopimus, koostuu yhdestä tai useammasta ehdosta. Sovittelun tarkoittama kohtuuttomuus perustuu oikeustoimen kokonaisarvioon. Sen vuoksi sopimuksen kohtuuttomuus *merkitsee* jonkin sopimuksen ehdon tai joidenkin ehtojen kohtuuttomuutta. Vastaavasti ehdon tai ehtojen kohtuuttomuudesta seuraa sopimuksen kohtuuttomuus. Sopimuksen ja sopimusehtojen suhde sitovuusarvioinnissa on samanlainen.

² ”Förutsättning för jämkning är ett giltigt avtal”, kirjoittaa esim. *Taxell*, *Jämkning av avtal* s. 612.

sosiaalinen suorituseste).³ Jos välipuhe läpäisee nykyisen sopimusoikeutemme sisältämät monet ja monipuoliset sitovuustestit, niin miten kohtuuserustein puuttuminen sopimuksen sitovuuteen sitä sovittelemalla voi tämän jälkeen enää olla perusteltua?

Ainakin kolme erilaista vastausta näyttäisi mahdollisilta. Ensiksikin sovitteluharkinta voisi olla jotain *muuta kuin oikeudellista kohtuusharkintaa*.⁴ Sovittelu perustuisi esimerkiksi sääliin tai myötätuntoon. Sääliille, myötätunnolle ja vastaaville inhimillisille hyveille ei kuitenkaan ole annettu merkitystä sovitteluharkinnan tunnusmerkkejä osoitettaessa. Niitä ei voi sellaisenaan yhdistää sopimusten oikeudelliseen arviointiin.⁵

Toiseksi sovittelua voitaisiin pitää täysin tapauskohtaisena arviointina, kun taas sitovuusharkinta perustuisi yleisiin sääntöihin. Sopimuksen *sovittelu merkitsisi aina puhdasta in casu -ratkaisua, josta ei voi yleistää*.⁶ Täydellinen tapauskohtaisuus on kuitenkin modernin länsimaisen oikeuden peruslähtökohtien vastaista.⁷ Oikeudellisen sääntelyn keskeinen lähtökohta on yhdenvertai-

³ Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Social civilrätt 5. luku.

⁴ Kohtuusergumentista tulee oikeudellinen sillä perusteella, että vastaavaa näkökohtaa on käytetty tai voitaisiin käyttää sopimusoikeuden sääntelyssä. Esimerkki edellisestä on osapuolen heikkomuus, joka kiskomissäännöksessä (OikTL 31 §) on konkretisoitu ”pu-laksi, ymmärtämättömyydeksi, kevytmielisyydeksi tai riippuvaiseksi asemaksi”. Vaikeampi on täsmentää, millaisia näkökohtia voitaisiin käyttää sopimusoikeuden argumentaatiossa muutoin. Itse asiassa sen täsmentäminen merkitsee kannanottoa sopimusoikeuden järjestelmän perusteisiin, jotka ovat III ja IV lukujen aihepiiriä. Tässä viitattakoon vain eroon, joka on edellä kuvatun heikkomuuden ja säälin välillä. Edellinen voidaan tehdä osaksi sopimusoikeuden harkintaa, jälkimmäistä, ratkaisijan subjektiivista säälin tunnetta, ei voida.

⁵ Vrt. kuit. 10. tuomarinohjeeseen: ”Kaikkea lakia on älyllä käytettävä, sillä suurin oikeus on suurin vääräys, ja oikeudessa pitää olla armo mukana.”

⁶ *Aurejärvi*, Näkökohtia KKO:sta valituslupatuomioistuimena s. 9. Hän on tosin hiukan varauksellinen kirjoittaessaan: ”Yksittäisiä oikeustoimia koskevat ratkaisut ovat tärkeitä asianosaisille, mutta yleisempää merkitystä ratkaisuilla ei juuri ole.” (korostus JP). Yleisemmällä merkityksellä Aurejärvi viittaa juuri ratkaisun prejudikaattiarvoon. Ks. myös *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 343—344.

⁷ Ks. esim. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 397: Yksi modernin eli länsimaisen oikeuden rationaliteettiehto on, että jokainen konkreetti oikeudellinen ratkaisu on jonkin abstraktin oikeuslauseen soveltamista (Anwendung) johonkin konkreettiseen tunnusmerkistöön (Tatbestand). Ks. myös *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 110—118. Ks. vielä *Habermas*, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? s. 7, modernin oikeuden legitimaatiosta: Kaiken lainsäädännön perustana oleva yleinen idea voidaan muotoilla ”kategoriseksi imperatiiviksi” eli vaatimukseksi, että asetettu sääntö on yleinen kyseistä toimintaa koskeva sääntö. *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 97, kirjoittaa, että toisinaan kohtuuden katsotaan merkitsevän jokaisen tapauksen ratkaisemista sen erityispiirteiden mukaisesti ilman yhteyttä yleisiin sääntöihin tai periaatteisiin. Hänen

nen kohtelu. Tämän vaatimuksen toteuttaminen edellyttää välttämättä yleistämistä: on voitava ratkaista, mitkä tapaukset ovat samanlaisia, ja mitkä erilaisia kuin tietyllä tavalla ratkaistu tapaus. Vasta tuollaisen erottelun jälkeen samanlaisia tapauksia voidaan kohdella samoin ja erilaisia eri tavoin. Vastaa- vasti jokaisesta oikeudellisesta ratkaisusta voidaan yleistää, kunhan pystytään valitsemaan yleistämisen kriteerit.⁸ Sovitteluratkaisujen tapauskohtaisuuden korostaminen lieene siten oireena siitä, että niistä yleistämistä pidetään erityi- sen vaikeana. Tähän perustuva aste-ero muihin sopimusoikeuden normeihin nähden ei kuitenkaan riitä perustelemaan sovittelun *in casu* -luonnetta.

Kolmanneksi sovitteluharkinta voisi perustua *sellaisille oikeudellisille näkökohdille, joita ei ole lainkaan otettu tai onnistuttu ottamaan riittävästi huomioon sitovuusharkinnassa*. Sovittelussa olisi näin kysymys uusista, aiemmin käyttämättömistä tai liian kevyesti sivuutetuista oikeudellisista kohtuusargu- menteista, joilla perustellaan, miksei sopimus sittenkään — kokonaan tai osaksi — sido. Tässä vastauksessa sovitteluharkintaa pidetään normaalina oikeudel- lisena harkintana. Siten vältetään edellisten vastausten puutteet. Ehdotukses- sa on kuitenkin kaksi keskeistä heikkoutta.

Monet sitovuusharkinnan muodot voidaan liittää kohtuusnäkökohtiinkin. Vaikka OikTL 28—33 §:n tarkoitus on ensi sijassa turvata tahdonmuodostuk- sen asianmukaisuutta, on tosiasia, että epäasiallisia menettelytapoja käytetään

mielestään ei kuitenkaan voi olla olemassa sellaista yksittäistapauksen ratkaisussa hyvää perustetta (good reason), joka ei olisi samalla hyvä yleinen peruste vastaavan tyyppitapauksen ratkaisulle. Oikeastaan jonkin yksittäistapauksen juridisesti olennaiset piirteet ovatkin aina sen tyyppitapauksen tunnusmerkkejä, johon yksittäistapaus kuuluu. Siten MacCormickin mukaan, m. t. s. 98—99, kohtuutta ei tule käsittää joksikin tapauskohtaiseksi erotukseksi oikeudenmukaisuuden yleisyydestä: ”Equity cannot be understood, I would suggest, as something particular by contrast to the universalizability of justice. The contrast can rather and rightly be set as between law and equity, and only then in the sense that formal rules of positive law may work injustice in their application, which may justify the creation of exceptions to the law for classes of situations to which for good reason the previously declared or enacted law ought not to be applied. But as that in itself says, equity is as much a matter of what is universalizable as is justice.” Tapauskohtaisuuden sijasta kohtuuden huomioonottaminen merkitsee siten mahdollisuutta tehdä poikkeuksia positiivisen oikeu- den säännöistä. Jos tapauskohtaisuusväitteestä pidetään loppuun saakka kiinni, täytyy so- vitteluharkinnan näin ollen olla ei-oikeudellista eli päädyimme ensimmäiseen vastausehdo- tukseen. Ks. vielä *Hart, The Concept of Law* s. 121.

⁸ Yksi yleistämisen muoto juridisessa tulkinnassa on analogia. Siinä samankaltaisuus- kriteereistä on käytetty ilmausta analogia-avain, ks. esim. *Aarnio, The Rational as Reason- able* s. 103—105. Ks. myös *Ross, Om ret og retfaerdighed* s. 356 ja *Makkonen, Oikeudelli- sen ratkaisutoiminnan ongelmia* s. 156. Vrt. *André, Struktur i avtalslagen* 36 §, jonka kes- keinen kritiikki Ruotsin sovittelusäännöstä on, ettei siinä ole yleistettävyyttä.

kun tarkoituksena on hyötyä sopimuksesta. Suojatun kannalta pätemättömyyssäännöt merkitsevät tavallisesti sitä, että hän välttää omalta kannaltaan kohtuuttoman velvoitteen. Muuttuneille olosuhteille ja vastaaville perusteille annettavan merkityksen tausta-ajatuksena kohtuus on keskeisemmässä asemassa ja ne ovatkin mukautuneet osaksi sopimustasapainon kontrollia.⁹ Ja vaikka sosiaaliseen suoritusesteeseen perustuva sitomattomuus ei pohjaa suoraan kohtuuteen, heikkojen sopijapuolten *keskimääräinen* asema vahvenee tuollaisen sääntelyn seurauksena. Ajatusta kohtuusargumenttien uutuudesta tai kovin kevyestä sivuuttamisesta sitovuusharkinnassa on siten vaikea pitää yllä.

Toisena heikkoutena on se, että sovittelun oikeudellisen luonteen hyväksyminen pakottaa tekemään eron sitovuuteen sinänsä ja toteutettavuuteen, toisin sanoen erottamaan toisistaan (velkojan) oikeusaseman ja sen oikeudelliset toteuttamismahdollisuudet. Sinänsä sitovaa velvoitetta ei sovittelutilanteessa voidakaan panna täytäntöön sellaisenaan. Ei kuitenkaan ole rationaalista ylläpitää ajatusta siitä, että olisi oikeuksia, joiden toteuttaminen ei ole mahdollista. Toteutettavuuden tunnusmerkkien on siksi tultava osaksi oikeuden sisältöä; oikeuden tunnusmerkkien on oltava sopusoinnussa toteutettavuuden kanssa. Jos sopimuksia voidaan *yleisesti* sovitella juridisesti pätevällä tavalla, tavallisesti käytetyistä sovitteluperusteista pitää johdonmukaisuuden nimissä tulla ajan mittaan sitovuuden tunnusmerkkejä. Ne pitää ottaa huomioon jo sitovuutta harkittaessa eikä vasta sovittelussa. Näin vältetään itse asiassa molemmat heikkoudet, kaksinkertaisen harkinnan kritiikki ja välttämättömyys tunnistaa toteuttamiskelvottomia oikeuksia aidoiksi oikeuksiksi. Samalla saavutetaan oikeuspoliittisesti hyväksyttävä tulos, sillä miten jatkuvasti kohtuuttomiksi arvioidut sopimusvelvoitteet voisivatkaan olla sitovia oikeudenmukaisuutta ja tasapainoisia sopimussuhteita arvostavassa yhteiskunnassa.¹⁰ Sovittelu tekee näin koko ajan itseään tarpeettomaksi; sovittelu on vain sitovuusharkinnan (uusien) argumenttien sisäänajokeino.¹¹

Kuvatulla tavoin kolmannen vastauslinjan molemmat heikkoudet vältetään — mutta vain muuttamalla tarkastelun näkökulma koskemaan sovittelun ase-

⁹ Ks. esim. *Madsen*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed* s. 113—117 ja 224—234.

¹⁰ Ks. perustuslakivaliokunnan lausunto 3/82 OikTL 36 §:n taannehtivuudesta. Siinä todetaan (s. 3), ettei kohtuuttomien sopimusehtojen avulla saatu varallisuusasema nauti perustuslain suojaa.

¹¹ *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 106—107: ”Siinä määrin kuin säännös (OikTL 36 §, JP) myötävaikuttaa sellaisten sopimusten ja sopimusehtojen sitovan vaikutuksen arvioinnin uusien yleisten periaatteiden kumpuamiseen, jotka sinänsä jo sisältävät elementtina kohtuuden, myötävaikuttaa säännös kehitykseen, jonka päässä se itse vaikuttaa enemmän tai vähemmän tarpeettomalta.” Ks. myös *Ross*, *Om ret og retfaerdighed* s. 368.

maa muuttuvassa normistossa (*de lege ferenda*). Sitovuusharkinnan ja sovitteluharkinnan jännite ratkaistaan erottamalla eri aikoina voimassaolevia sopimusnormistoja ja luokittelemalla sovittelu yhdeksi muutoksen toteutumista-voista. Sovittelua on kuitenkin analysoitava juridisesti myös tietyn normiston vallitessa (*de lege lata*). Olemme uudelleen saman pulman edessä. Toisaalta sovitteluperusteiden pitäisi johdonmukaisuuden nimissä olla uusia argumentteja eli sellaisia, joita ei jo ole otettu huomioon sitovuusharkinnassa. Toisaalta sovitteluperusteet pitäisi sisällyttää sitovuusharkintaan sen vuoksi että (ja siinä määrin kuin) ne ovat oikeudellisia. Muutoin sovitteluperusteet pakottavat luopumaan sopimuksen sitovuudesta ja johtavat pulmaan toteuttamiskelvottomista oikeuksista. Tätä jännitettä ei voi loppuun saakka ratkaista *de lege lata* -tarkastelussa. Voimassaolevan oikeuden tarkastelu, johon tässäkin teoksessa pyritään, on kuitenkin välttämättä kunkinhetkisen normiston analyysia. On vastattava kysymykseen, mikä on sovittelun tunnusmerkistö ja mitkä sen oikeusvaikutukset nykyisen normiston vallitessa eikä tulevaisuudessa tai menneisyydessä.

Käsitläolevan teoksen käyttövoimana on sovittelun aiheuttama sopimusoikeuden sisäinen jännite. Teos on yritys selventää tämän jännitteen taustoja ja syitä, tapoja, joilla se on yritetty ratkaista sekä lopuksi sitä, miten sovittelua voidaan käyttää mahdollisimman rationaalisesti. Rationaalisuuden tavoittelu edellyttää, että sovitteluinstituutti on systematisoitava, tehtävä osaksi Suomen sopimusoikeuden järjestelmää. Sitä ei saa jättää järjestelmän ulkopuolelle, sillä jos sovittelua ei liitetä systeemiin, on vaarana, että sopimusoikeuden järjestelmä rikkoutuu sovittelun takia ja järjestelmän toiminta muuttuu ennalta arvaamattomaksi. Sopimusoikeudesta tulee kasuistista ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen toteuttamisaste laskee.

Ennalta arvattavuus ja yhdenvertainen kohtelu ovat kuitenkin oikeudellisen sääntelyn keskeiset *muodolliset* arvot. Kohtuuspohjaisella sovittelulla taas pyritään suoraan turvaamaan sopimussuhteiden *sisällöllistä* oikeudenmukaisuutta, sopimussuoritusten tasapainoa. Viime vuosikymmeninä lainsäätäjä on yhä selvemmin ilmaissut tasapainoisten sopimusten tavoitteen keskeisyyden sopimusoikeudessa muun muassa säätämällä erityisiä sovittelusääntöjä sekä viimein OikTL 36 §:ään yleisen sovittelusäännön.¹² Jos sovittelun systematisoinnissa korostuu yksinomaan oikeussysteemin rationaalisuus, lainsäätäjän materiaalista oikeudenmukaisuutta korostavalle tavoitteelle ei tehdä oikeutta. Sovittelu kuvastaa siten sopimusoikeudessa yhtä länsimaisen oikeuden pysyvistä

¹² Ks. esim. HE 247/81 s. 3 ja *Aurejärvi*, Oikeustoimen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 726 viite 5 sekä siinä viitattua.

ongelmista, jännitettä muodollisten (formaalisten) ja sisällöllisten (materiaalistien) piirteiden välillä.¹³

¹³ Ks. yleisesti *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 507, joka liittää tuollaiset vaatimukset yhteiskunnan erilaisiin intressiryhmiin ja niiden oikeusideologioihin: ”Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) einerseits, der Rechtsideologen andererseits, welche sich gerade gegen dies Alleingeltung solcher nur geschäftssittlicher Postulate (‘Gerechtigkeit’, ‘Menschenwürde’) verlange. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage. Denn die Anwendung von Begriffen wie ‘Ausbeutung der Notlage’ (im Wuchergesetz) oder die Versuche, Verträge wegen Unverhältnismässigkeit des Entgeltes als gegen die guten Sitten verstossend und daher nichtig zu behandeln, stehen grundsätzlich auf dem Boden von, rechtlich betrachtet, antiformalen Normen, die nicht juristischen oder konventionellen oder traditionellen, sondern rein ethischen Charakter haben: materiale Gerechtigkeit statt formaler Legalität beanspruchen.” Ks. myös *Ihering*, *Geist des römischen Rechts I* s. 48–55 sekä *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 235–236 ja 255: ”... the law is — at the same time — ‘a citizen of two different worlds.’ It is a formal tool to organize social life in a predictable way, but the legitimacy of law (or legal interpretations/decisions) is dependent on linguistic communication and mutual understanding that results in that communication.” Myös *Ross*, *Om ret og retfaerdighed* s. 366–367, kirjoittaa toisaalta yleistävän ja objektiivisiin kriteereihin suuntautuvan ja toisaalta individualisoivan ja subjektiivista harkintaa korostavan tendenssin dialektisesta vastakkaisuudesta. Sopimusoikeudessa *Taxell*, *Tankar om rättssäkerheten* s. 367, kirjoittaa oikeusvarmuudesta ja harkinnasta (prövning) oikeuden kahtena välttämättömänä puolena, *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 53–54, kirjoittaa muodollisten ja aineellisten (tai todellisuuteen suuntautuneiden) siviilioikeuden roolikäsitteiden erosta ja *Aarnio*, *Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen?* s. 406–407: ”Koko ongelman ydin on oikeusturvan kahden osatekijän (ennustettavuuden ja materiaallisen hyväksyttävyyden, JP) *yhteensovittamisessa*. ... Oikeuskäytännön keskeinen tehtävä on pyrkiä tuon balanssin löytämiseen liioittelematta sen paremmin systemaattisia näkökohtia kuin tapauskohtaista kohtuullisuutta.” Ks. myös *Helinin*, *Lainoppi ja metafysiikka* s. 375 ja 377, kuvaamaa, 1940-luvulla käytyä keskustelua. Ks. vielä *Atiyah*, *Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract*. *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 24–25, huomauttaa, että etiikan kaksi perimmäisintä kysymystä ovat kysymykset oikeasta (the right) ja hyvästä (the good). On mahdollista ajatella, että hyvä voidaan määritellä riippumatta siitä, mikä on oikeaa, ja hyvän tultua määriteltyä, oikea olisi sitä, mikä edistää hyvää. *Rawlsin* teoria kuitenkin lähtee siitä, että oikea on määriteltävä ensin, ja sen on myös oltava ensisijainen hyvään nähden. *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 87–88, tarkentaa erittelyään asettamalla rationaliteettiehdon, jonka mukaan jokaisen yksittäisen muutoksen sellaisenaan ei tarvitse täyttää oikeudenmukaisuuden ehtoa, vaan yhteiskunnan perusinstituutioiden: ”It is a mistake to focus attention on the varying relative positions of individuals and to require that every change, considered as a single transaction viewed in isolation, be in itself just. It is the arrangement of the basic structure which is to be judged, and judged from a general point of view.” *Dworkin*, *Laws Empire* s. 177, huomauttaa kriittisesti erityisesti *Rawlsia* tarkoittaen: ”Some say that justice has no meaning apart from fairness, that in politics as in roulette, whatever happens through fair procedures is just.

2. TEOKSEN RAKENNE

II luvussa määritellään sellaiset tässä teoksessa omaksutut keskeiset käsitteet, joita ei — ainakaan nyt tarkoitettussa merkityksessä — yleisesti käytetä sopimus oikeudellisessa kirjallisuudessa. Ensimmäiseksi tehdään ero kahden oikeusnormityypin, oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välillä. Oikeussääntöjen käytössä keskeistä on tunnusmerkistö-oikeusvaikutus -ongelmien ratkaiseminen. Oikeussäännöt ovat ehdoton perusta ratkaisulle; jos oikeussääntö soveltuu, ratkaisun on oltava juuri sen mukainen, jos taas säännön tunnusmerkistö ei täyty, sitä ei lainkaan voi käyttää. Oikeusperiaatteet puolestaan ovat optimointikäskyjä, joiden soveltumisala on usein laaja — se jopa lankeaa usein yhteen koko oikeudenalan kanssa. Oikeusperiaatteiden käytössä on keskeistä niiden tapauksessa saaman merkityksen (painoarvon) selvittäminen sekä oikeusperiaatteiden keskinäinen punninta. Länsimaisen hyvinvointivaltion sopimus-oikeuden keskeisimmät periaatteet ovat sopimusvapauden, vaihdannan intressin, kohtuuden ja heikomman hyvittämisen periaatteet.

Toiseksi II luvussa määritellään, mikä on sopimusmalli. Sopimusmallit ovat sopimusten oikeudellisen tarkastelun välttämätön tausta ja niiden sisältö ja sävy määräytyvät sen perusteella, miten niissä ratkaistaan *ongelma sopimusten sitovuudesta*. Sopimusten sitovuudelle on annettava oikeuskulttuurin mukainen yhteiskunnallinen justifikaatio. Samalla on siihen soveltuvasti ja voimassaolevaan oikeuteen perustuen täsmennettävä sopimusvastuun peruskriteeri(t). Sopimusmallin avulla pystytään määrittämään sopimus-oikeuden eri periaatteiden keskinäiset suhteet ja yleinen painoarvo sopimussysteemeissä (systeemi-arvo). Sopimuksia koskevista oikeussäännöistä voidaan tämän perusteella tunnistaa pääsäännöt ja poikkeukset ja näin käyttää voimassaolevan oikeuden normeja tehokkaasti juridisten ongelmien ratkaisemiseen.

III luvussa kuvataan kolme länsimaisen yhteiskunnan sopimusmallia: tahdomalli, luottamusmalli ja oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli. Tahdomallisissa sopimussitovuus perustellaan vastuulla tahdonvapauden käytöstä, luottamusmallissa perustellun luottamuksen suojalla ja yhteisöllisen käytännön mallissa siten, että osapuolet ovat yhteisön jäseninä osallistuneet oikeudenmukaiseen yhteisölliseen käytäntöön. Luvussa selvitetään mallien tarkempaa sisältöä sekä havainnollistetaan erehdysinstituuttia esimerkkinä käyt-

That is the extreme of the idea called justice as fairness.” Tämä eettisten käsitystapojen ero moraaliteoriassa vastaa muodollisen ja sisällöllisen näkökulman eroa tarkasteltaessa sovit-

telen ongelmaa oikeusajattelussa.

täen, mitä mallit tarkemmin merkitsevät sopimusoikeuden ongelmien ratkaisemisessa.

IV luvussa kuvataan pääpiirteittäin, miten mainitut mallit ovat olleet näkyvissä Suomen sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa. Erityisesti pohditaan ns. analyttisen siviilioikeuden merkitystä mallien valinnan ja keskinäisen painottamisen kannalta.

V luvussa jäsennetään OikTL 36 §:n asema Suomen sopimusoikeudessa yhteisöllisen käytännön mallin valossa. Sovitteluharkinta eritellään sovitteluperusteiden ja sovitteluperiaatteiden varassa tehtäväksi punninnaksi, jossa ensisijainen — muttei yksinomainen — merkitys on sopimustasapainoksi täsmennyellä kohtuusperiaatteella.

VI luvussa pohditaan, millaisia johtopäätöksiä esitetyn sovittelun systematisoinnin perusteella voidaan tehdä välitöntä sisällöllistä harkintaa edellyttävien normien (yleislausekkeiden) käytön kontrolloitavuudesta.

3. LÄHDEPOHJA

Tämä teos on ensisijassa tutkimus sovittelusta Suomen voimassaolevassa sopimusoikeudessa. Tältä kannalta katsottuna kansainvälinen aines on tässä työssä mukana — kuten toisessakin äskettäin julkaistussa yleisen sopimusoikeuden väitöskirjassa¹⁴ — varmaankin kysymyksiä herättävällä tavalla. Ensinnäkin sopimusoikeusajattelun perussuuntaukset, sopimusmallit, jäsennetään osaksi kansainvälisten, osaksi suomalaisten lähteiden perusteella. Suomea ei eroteta kansainvälisestä kehityksestä omaksi alueekseen, jossa kehitystä pidettäisiin olennaisissa suhteissa ainutlaatuisena. Myöskään pohdittaessa sovittelun asemaa sopimusoikeuden järjestelmässä ei tyydytä viittaamaan vain suomalaiseen aineistoon. Ulkomainen aines — jota on muiden pohjoismaiden ohella eniten Saksan liittotasavallasta, Englannista ja Yhdysvalloista — pyritään kuitenkin tässäkin teoksessa sovittamaan kotimaisen oikeuden analyysiin.¹⁵

Käytettyä ulkomaista kirjallisuutta ei ole valittu edustamaan ns. vallitsevaa kantaa. Sen sijaan on pyritty löytämään esityksiä, joissa tahtomallin sijaan tai sitä olennaisesti muuttaen on pyritty antamaan meilläkin relevantteja perusteluja sopimusoikeuden ongelmien uusille ratkaisutavoille.¹⁶

¹⁴ von Hertzen, Sopimusneuvottelut.

¹⁵ Samoin von Hertzen, Sopimusneuvottelut s. 11—17.

¹⁶ Ks. von Hertzen, Sopimusneuvottelut s. 12—13: ”Avoimen argumentoinnin näkökulmasta käsin oikeustiede lainopin merkityksessä on *dialektiikkaa*, *keskustelua yhteiskun-*

Äsken lausuttu edellyttää tarkempaa pohdintaa siitä, mikä yhdistää länsimaisia oikeuskulttuureja sopimusoikeuden alalla. *Yhtenäisyysavaimella* tarkoitetaan sellaisia seikkoja, jotka tekevät oikeusjärjestelmistä riittävän samankaltaisia tietystä näkökulmasta tehtävää yhtäikaista tarkastelua varten.¹⁷ Oikeusvertailun kielellä: oikeusjärjestelmien vertailtavissa osissa ei saa olla keskeisessä asemassa siinä määrin toisilleen ”systeemivieraita” instituutteja, että järjestelmien samankaltaisuus häviää.¹⁸ Tuon kriteerin tarkempi käyttö on tietenkin suhteellista. Se antaa kuitenkin ajatuksille oikean suunnan. Yhtenäisyysavainta on voitu hakea esimerkiksi taustalla vaikuttavasta parhaasta talousteorista¹⁹ tai olennaisissa piirteissään laajalti samanlaiseksi ymmärretystä talouskehityksestä. Tässä työssä käytetty yhtenäisyysavain ei ole sidoksissa yksinomaan talouskehitysoletukseen. Kysymys on viime kädessä periodisoinnista, jossa valitaan kuvattavalle jaksolle olennaiset piirteet.²⁰ Modernin länsimaisen sopimuskäsitteen olennaisena taustana ovat kapitalistinen talousjärjestelmä ja poliittinen demokratia.²¹

nallisista ongelmista ja niiden ratkaisemisesta. Tämän lähestymistavan mukaan oikeustieteen harjoittajan kannanotto ei ole yleispätevää oikeaksi todistamista, vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän painavien argumenttien esittämistä tietyn näkökannan puolesta tai sitä vastaan. Kannanoton arvo riippuu viime kädessä yksinomaan siitä, hyväksytäänkö vai hylätäänkö se siinä keskusteluympäristössä, auditoriossa, jossa se esitetään. Jos ja kun metodiseksi lähtökohdaksi otetaan nyt mainittu käsitys, ratkaisevaksi tekijäksi ei muodostu esitetyn kannanoton alkuperä(maa) vaan nimenomaan ja ainoastaan se, onko argumentti *asia-yhteydessä* Suomen oikeutta koskevan keskustelun kanssa, onko se siis meidän oikeutemme kannalta *relevantti* vai ei.” (korostukset alkuperäisiä).

¹⁷ Yhtenäisyysavaimen asema on eri oikeusjärjestelmien välillä sama kuin analogia-avaimen tietyn oikeusjärjestelmän sisällä. Ks. analogia-avaimesta edellä viite 8.

¹⁸ Tämän teoksen III luvussa eritellään nimenomaan länsimaisia sopimusmalleja. Tällöin havaitaan, ettei sopimusten sitovuutta ole asianomaisissa maissa perusteltu kovin monella eri tavalla. Päättävät ovat olleet liittää sopimusten sitovuus joko vastuuseen vapaan tahdon käytöstä tai toisen osapuolen perusteltujen odotusten hyvittämiseen. Myös *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 9, kirjoittaa ”länsimaiselle sopimusoikeudelliselle ajattelulle yhteisestä kieliopelista”. Yhtenäisyysavaimen ohella oikeusvertailun teoriassa on samaan ongelmaan viitattu termillä ”tertium comparationis”. Ks. yleisesti *Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 53—54.

¹⁹ *J. Tolonen*, Der allgemeine Erklärungs-hintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht esim. s. 24—27.

²⁰ Toisessa yhteydessä olen yrittänyt jäsentää ongelmaa jatkuvuudesta ja katkoksisista omistusoikeuden suhteen. Ratkaisumallini perustui periodisoinnin avulla tehtyyn kompromissiin omistusoikeuden jatkuvasti samankaltaisena pysyvän ydinsisällön ja sen täydellisen muuttuvuuden (ja muutettavuuden) välillä. Ks. tarkemmin *Pöyhönen*, Grundproblem för historisk forskning — tre äganderättsmodeller.

²¹ Ks. *Atiyah*, The Rise and Fall of Freedom of Contract luvut 8.—16. Ks. myös We-

Sopimusinstituutin historia juridisena ja sen mukaisesti rajautuneena yhteiskunnallisena instituuttina jäsentyy jaksoiksi, joista tämän työn kannalta keskeisin alkaa feodalismin ja kapitalismin taitekohdasta. Tuossa sopimushistorian vaiheessa syntynyttä uutta peruskategoriaa voi luonnehtia *yksityisomistukselliseksi sopimustyyppiksi*.²² Sopimus on keskeinen keino hyödyntää yksityistä omistusoikeutta ja samalla laajentaa yksityisen omistusoikeuden kattavuutta ja merkittävyyttä.

Alueellisen laajuutensa puolesta kuvattu käsite viittaa Pohjois-Atlanttia ympäröivään alueeseen; toisella nimellä voi puhua *länsimaisesta sopimuskäsitteestä*. Tästä näkökulmasta Suomi on tämän alueen yksi osa ja kehitys Suomessa on osa koko alueen kehitystä. Oikeudellisen ajattelun tasolla tärkeimpiä yhdistäviä tekijöitä tälle alueelle on, että tahtopohjainen sopimusajattelu on ollut sopimusoikeuden vallitseva ajattelutapa. Yksi tuollaisen suuntauksen kehittyneimmistä ilmentymistä²³ oli *Saksan 1800-luvun lopun ns. pandektioikeus*, jolla oli

berin tapaa jäsentää tutkimuskohteensa erityisyys, jonka hän teoksessaan Protestanttinen etiikka ja kapitalismin henki s. 9—23 täsmentää ”länsimaisen kulttuurin rationalismiksi” (s. 19).

²² Haluan korostaa sitä yhteyttä, joka on omistuksen ja sopimuksen välillä. Kirjoittaessaan omistuksen tehtävänmuutoksista (Funktionswandel) *Karl Renner* pitää olennaisesti silmällä sitä korrelaattisuhdetta, joka on omistuksen ja sopimuksen välillä: sopimus voi korvata tietyissä oloissa joitakin omistuksen alkuperäisiä funktioita eli luoda esineiden järjestystä, tuotannon järjestystä tai vallan järjestystä. Samaan tapaan kannattaa pitää mielessä, että myös omistus voi korvata eräitä sopimuksen funktioita. Renneristä tarkemmin ks. *Pöyhönen*, Grundproblem för historisk forskning — tre äganderättsmodeller s. 109—113. Ks. myös *Maine*, Ancient Law, jossa hän selittää siirtymistä statuksesta sopimukseen omistusmuotojen muutoksella. Hänellä on tarkemmin kysymys Rooman valtakunnan ajanjaksoista Kahdentoista taulun lain ajasta keisarivallan aikaan. Omistuksen muutos on siirtymistä sukuomistuksesta yksityisomistukseen. *Wilhelmsson*, Skadeståndsrätt och samhälle s. 18, viittaa Suomen ja Englannin vahingonkorvausoikeuden vertailussaan siihen, että samankaltaisuus voidaan perustaa väitteeseen, jonka mukaan ”systemets inre rationalitet förutsätter likartade lösningar på detaljproblem, ifall den grundläggande utgångspunkten är densamma.” Tässä työssä ja erityisesti sen III luvussa pyritään selvittämään yksityisomistukselliseen sopimuskäsitteeseen perustuvan sopimusjärjestelmän ”sisäisiä rationaliteettisuuntia” Wilhelmssonin tarkoittamassa merkityksessä. Ks. vielä *Klami*, Ihmisen säännöt s. 362.

²³ *Rawls*, A Theory of Justice s. 5, erottelee oikeudenmukaisuuskäsitteet (the conceptions of justice) ja oikeudenmukaisuuden käsitteen (the concept of justice). Vaikka eri tarkastelijoiden käsitteet oikeudenmukaisuudesta eroavat toisistaan, voi niiden taustana silti olla yhteinen oikeudenmukaisuuden käsite. Samaan tapaan on erilaisia länsimaisia sopimuskäsitteitä, esimerkiksi pandektioikeuden mukainen sopimuskäsitys, mutta kaikkien niiden taustalla on myös länsimainen sopimuskäsite. Weber on kuvannut yleisellä tasolla tällaisen yhtenäisyyden olennaisinta piirrettä termillä formaali rationaliteetti. *Weber*, Wirtschaft und

jonkin verran vaikutuksia muiden maiden vastaavankaltaisiin oikeustieteen suuntauksiin. Yhtenäisyysväitettä ei siten pidä ymmärtää siten, että ns. pandektistinen oikeusajattelu olisi muodostanut yksityisoikeuden perustan sekä Saksassa että vaikutusyhteyksiensä kautta muuallakin Euroopassa. Sen sijaan pandektistiseen oikeusajatteluun (ns. käsitelainoppiin) tiivistyivät johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi tuolle kehitysvaiheelle laajalti ominaiset piirteet, joilla oli tärkeä merkitys yksityisoikeutta systematisoitaessa.²⁴

Pandektistiikka ei myöskään ollut mikään irrallinen ilmiö vailla omaa taustaa ja omia vuorovaikutussuhteita. Roomalainen oikeus, jolla tunnetusti on ollut keskeinen rooli koko Euroopan oikeuskehityksessä, vaikutti tietysti myös pandektistiikassa. Todennäköisesti pystyttäisiin löytämään sellaisia talouden rakennemuutokseen liittyviä tekijöitä, jotka selittäisivät pandektistiikan kehittymisen juuri Saksassa. Yhtenäisyysavainta ajatellen riittää kuitenkin jo se, että sen perusajatusten yleistettävyyden pystytään alustavasti dokumentoimaan edellä viitatulla tavalla.

Erityisesti III luvun sopimusmallien tarkastelu havainnollistaa sitä, että 1800-luvun lopun jälkeistä kehitystä ajatellen sopimusajattelussa on ollut kyse

Gesellschaft s. 466—467 ja 509, piti juuri pandektistiikkaa formaalin rationaliteetin ehtojen mukaisena oikeustieteessä.

²⁴ *Flume*, *Rechtsgeschäft* s. 30—31 korostaa erityisesti Saksassa 1800-luvulla kehittyneen opin oikeustoimesta vaikuttaneen kansainvälisesti. Pandektistiikan (käsitelainopin) vaikutuksia Suomessa on selvittänyt *Björne*, Siviilioikeuden yleiset opit ja *sama*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Ks. myös *J. Tolonen*, Ikkunat auki Eurooppaan ja *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 322—324. Ruotsin kannalta ks. *Sundell*, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870—1914. Tanskassa perustutkimusta on tehnyt Stig Jørgensen, ks. tarkemmin *Jørgensen*, *Træk af privatrettens udvikling og systematik*. Ranskan, Italian ja Espanjan osalta tämä näkökohta on tullut esiin erityistutkimuksissa, ks. tarkemmin teosta *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*. Siitä käy selkeästi ilmi tiettyjen saksalaisen oikeustieteen virtausten, erityisesti ns. pandektistiikan, ja jopa Saksan yksittäisten tutkijoiden keskeinen rooli eri maiden yksityisoikeuden muutoksissa. Myös Englannin sopimusoikeuden yhteys mannermaiseen ajatteluun on osoitettu. Ks. *Simpson*, *Innovation in Nineteenth-Century Contract Law*. Yhdysvaltojen osalta on mainittava erityisesti Morton J. Horwitzin oikeudelliseen formalismiin ja sen nousuun liittyvät tutkimukset. Vaikka niissä ei olekaan haettu suoranaisia vaikutusyhteyksiä Saksaan, ovat kehityksen yleispiirteet hämmästyttävässä määrin samankaltaisia. *Horwitz*, *The Rise of Legal Formalism* ja *sama*, *The Transformation of American Law 1780—1860*. Vrt. kuitenkin Horwitzin väitteiden kritiikkiin, jossa on kiinnitetty huomiota siihen, että ainakaan Englannissa ei vastaavaan aikaan 1800-luvulla ollut havaittavissa tuomioperusteluissa siirtymää kohti formalistisempaa perustelutapaa. Ks. tarkemmin *Ferguson*, *The Horwitz Thesis and Common Law Discourses in England*. Yhdysvaltojen osalta kriittisesti *White*, *The Intellectual Origins of Torts in America*, joka väittää vahingonkorvausoikeuden kehityksen johtuneen täysin eri syistä kuin mitä Horwitz esitti.

siitä tavasta ja tasosta, jolla erkaannutaan pandektistiikan tärkeimmästä tuloksesta sopimusoikeudessa, tahtokeskeisestä sopimussysteemistä. Siinä sopimus määritellään vapaiden tahtojen yhtymiseksi.²⁵ Tuo idea on myös keskeisin Saksan siviililain, BGB:n, säätämisessä vaikuttaneista sopimuskäsityksistä.²⁶

4. OIKEUSTEORIAA VAI SOPIMUSOIKEUTTA?

Analyyttisen siviilioikeustutkimuksen keskeisiä lähtökohtia, jossa suuntaus lisäksi jatkaa käsitelainopin perinteitä, on se, ettei pidetä mielekkäänä kysyä, missä oikeusteoria loppuu ja missä lainoppi alkaa.²⁷ Tämä teos pyrkii olemaan esitys sovittelun kannalta olennaisista asioista, jolloin korostettu rajanveto teoreettiseen ja käytännönläheiseen tutkimukseen ei ole tutkimusteeman kannalta mielekästä. Tavoitteena on ollut kirjoittaa sisällöllinen esitys OikTL 36 §:stä Suomen sopimusoikeuden yleisten oppien valossa. Tällöin on jouduttu esittelemään, erittelemään ja kehittämään sopimusoikeuden peruskäsitteitä, dogmeja ja konstruktioita. Sopimusoikeuden aineisto ja oikeusteoreettiset eritteilyt on pyritty saattamaan sopimusoikeuden analyysia hyödyttävään yhteyteen. Yksi keskeinen yhtymäkohta on löydetty juridisesta *systematisoinnista ja oikeusperiaatteiden merkityksestä siinä*. Tutkimuksen painopiste on ongelmisissa, jotka kuuluvat sopimusoikeuden yleisiin oppeihin tai — kuten tällainen tutkimustapa myös on määritelty — teoreettiseen lainoppiin.²⁸

²⁵ Yhtenäisyyttä ei luonnollisesti ole läheskään kaikissa konkreettisissa ratkaisuissa. Jo kysymys siitä, onko sopimus tahtojen vai tahdonilmaisujen yhteensulautuma, on aiheuttanut keskustelua, ks. *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 19—21. *Wilhelmsson*, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s. 193, on huomauttanut, että tuomari-ideologian erot saattavat johtaa nimenomaan yleislausekkeiden käytössä olennaisiin eroihin eri maiden välillä, vaikka itse säännös olisi samanlainen.

²⁶ Keskustelu siitä, millaista sopimusoikeudellista ajattelutapaa — tai laajemmin: sosiaalimallia — BGB edustaa, on laajaa. Ks. esim. *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft.

²⁷ Ks. esim. *Aarnio*, Mitä 1960- ja 1970-lukujen keskustelu on opettanut oikeustieteen luonteesta? s. 19—23. Ks. myös mitä *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 398—400 ja 420—422, kirjoittaa justifikatorisesta luonnepohdinnasta ja sen asemasta Zittingin tutkimuksissa.

²⁸ Ks. tästä alasta *Aarnio*, Mitä lainoppi on? s. 97—98, jossa todetaan teoreettisen lainopin olevan ”runko uudelle systematisointitavalle”. Uusi systematisointi puolestaan ”määrittää niitä ongelmanasetteluja ja niitä vastauksia, joita oikeusongelmiin saadaan” ja m.t. s. 278: ”Sen (teoreettisen lainopin, JP) piiriin lankeaa jokainen yritys jäsentää oikeussäännöksiä yleisten käsitteiden avulla.” Ks. myös *sama*, The Rational as Reasonable s. 14—15.

II LUKU. TUTKIMUKSEN PERUSKÄSITTEITÄ

1. OIKEUSSÄÄNNÖT JA OIKEUSPERIAATTEET

Erottelulla oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin on tärkeä merkitys tämän teoksen tarkastelun rakenteelle. Sen avulla esitetään myös keskeiset tulokset. Tätä erottelua on pidetty yhtenä oikeuteen liittyvistä peruserotteluista ja sitä on verrattu muun muassa erotteluun subjektiivisen ja objektiivisen oikeuden välillä tai eroon, joka on tehty yhtäältä primääri- ja sekundäärinormeihin ja toisaalta yleis- ja erityissääntöihin.¹

Seuraavassa käsitellään usein mannereurooppalaisia oikeusjärjestelmiä ja englantilaista tai yhdysvaltalaista oikeusjärjestelmää tarkastelevien tutkijoiden kannanottoja rinnakkain. Angloamerikkalaisessa² sopi-

¹ Ks. *Alexy*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* s. 14—15, jossa hän viittaa siihen, että Saksan liittotasavallassa nykykeskustelun avaus periaatteiden ja sääntöjen dikotomiasta oli *Josef Esserin* teos *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* vuonna 1956, angloamerikkalaisessa maailmassa taas *Ronald Dworkinin* vuonna 1967 ilmestynyt artikkeli *The Model of Rules*. Niiden jälkeen on keskustelua käyty vilkkaasti. Ks. siitä esim. *Alexy*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* s. 13—15 mainittua kirjallisuutta. Ks. myös *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 95—97. Pohjoismaiden keskustelusta, jossa oikeusperiaatteiden ongelma on asetettu samalla tavalla, ks. *Knoph*, *Rettslige standarder*, *Ek*, *Utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet* s. 217—229, *Sundby*, *Om normer* luvut 7—12, *Eckhoff—Sundby*, *Rettsystemer* s. 20, *Jareborg*, *Regler och riktlinjer* ja *Peczenik*, *Rättsnormer* s. 52—68 sekä erityisesti Suomessa *Oker-Blom*, *En enda riktig lösning — trots allt?*, *Konstari*, *Hallintovallan väärinkäytöstä* s. 68, *Eriksson*, *Om olika argumentationsmodeller* s. 36—39, *Aarnio*, *Oikeussäännösten tulkinnasta* s. 75—77, *Klami*, *Ihmisen säännöt* s. 237—243, *Koskenniemi*, *General Principles*, *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 159—162, *Lappi-Seppälä*, *Rangaistuksen määrittämisestä I* s. 21—29, *Tuori*, *Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa* ja *Tähti*, *Relativistinen oikeusperiaatekäsit-*

² Englannin ja Yhdysvaltojen oikeusajattelu lienevät tarkkaan ottaen monin tavoin erilaisia. Jo Iso-Britanniaa ajatellen oikeudenkäyttö on erityisesti Skotlannissa perustunut pitkään olennaisemmassa määrin säädännäiselle oikeudelle. Ks. näistä yleisesti *David—Jauffret-Spinosi*, *Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II* s. 103—163.

musoikeudessa periaatetta vastannevat — tietysti principen ohella — nimitykset policy ja standard.³ Tässä työssä valittu terminologia on Alexyn ehdotuksen mukainen.⁴

Ovatko manneureurooppalainen säädännäiseen oikeuteen perustuva oikeuskulttuuri ja angloamerikkalainen oikeuskulttuuri sitten riittävässä määrin samankaltaisia, että niiden piiristä syntyviä sääntöihin ja periaatteisiin liittyviä ideoita voidaan ilman perustavan väärinymmärryksen riskiä käyttää yhtäikaa kuten tässä teoksessa on tehty? Oikeusperiaatteita on nimenomaan tältä kannalta tarkastellut Neil MacCormick. Hänen mukaansa juridinen päättely periaatteiden avulla on olennaisesti samankaltaista perustuipa se lakiin tai oikeustapauksiin.⁵

Periaatteista ja säännöistä käytetään molemmista tässä teoksessa yhteisnimitystä normi.

Kun seuraavassa puhutaan oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, tarkoitetaan *sellaisia sääntöjä ja vastaavasti periaatteita, joissa ei enää ole tulkinnanvaraisuuksia*. Tässä suhteessa pidetään siten silmällä — ellei toisin mainita — tilanteita, joissa juridista tulkintaa on jo sovellettu. Tämä oletus on kaavaomainen, sillä tosiasiaa juridinen tulkinta on olennainen osa sopimusnormis-

³ Dworkinin käsitteistössä ”standard” on yleisnimitys sekä oikeussäännöille että periaatteille ja tavoitteisiin liittyville (policy)-jseikoille. Hänellä periaatteet liittyvät oikeuksiin ja policy’t taasen tavoitteisiin. Esimerkkinä periaatteesta hän käyttää sitä, ettei kukaan saa hyötyä tekemästään vääryydestä ja policy’sta normia liikenneonnettomuuksien vähentämisestä. Dworkin mainitsee vielä, että on olemassa muitakin standardeja kuin säännöt, periaatteet ja policy’t. *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 22–28. Kun *Feinman*, Promissory Estoppel and Judicial Method s. 710, kirjoittaa, että balancing eli eri policy’jen suhteiden arviointi tapauksittain ”... may well be one of the distinguishing features of modern legal methodology”, voidaan pätevästi tulkita hänen ajattelevan eri periaatteiden välistä punnintaa. Ajatus, että ”... the court concluded that the policy of reliance outweighed the policy of formality” tarkoittaa sitä, että luottamuksensuojan periaatetta pidettiin painavampana kuin formalismin periaatetta. m.kirj. s. 711. Myös Kennedy kirjoittaa siitä, miten ”at the opposite pole from realizable rule is standard, or principle, or policy”. *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1688. Hänen esimerkkinsä tuossa yhteydessä ovat ”good faith, due care, fairness, unconscionability, unjust enrichment, and reasonableness”.

⁴ *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 71–157 ja tässä teoksessa jäljempänä s. 23–28. Ks. myös *Ladeur*, Abwägung — Ein Neues Paradigma des Verwaltungsrechts s. 216–220.

⁵ *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 194: ”So it is false to suppose that there is any essential difference between statute and common law as to the force and function of arguments by analogy and from principle. . . .” *MacCormick* toteaa kuitenkin, että ehkä luontevin ympäristö periaatepohjaiselle argumentaatiolle on ns. johtavan tapauksen (leading case) perusteleminen. *ibid.* Vrt. siihen, että *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 510, rinnastaa Englannin tapausoikeuden ns. kadi-lainkäyttöön eli tuomarin henkilöön sitoutuvaan, materiaalis-irrationaaliseen oikeuteen.

tonkin käyttöä. Seuraavan tarkastelun kannalta, joka on luonteeltaan yleinen, ei sanotun oletuksen tekemisestä kuitenkaan liene mitään haittaa.⁶

1.1. Esimerkkejä oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista

Esitän seuraavassa muutamia alustavia esimerkkejä oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista. Niitä ei tule ymmärtää erottelun perusteella jo analysoiduiksi tapauksiksi, vaan niiden avulla on tarkoitus helpottaa sellaisen lukijan tehtävää, joka haluaa arvioida tässä luvussa myöhemmin esitettäviä väitteitä. Esimerkit on osaksi valittu sopimusoikeuden ulkopuolelta, jotta erottelun yleispätevyys tulisi selvästi esiin.

1.1.1. Esimerkkejä oikeussäännöistä

Korkolain 1.2 § sisältää oikeussäännön, jonka mukaan kuluttajalta ei saa periä 16 %:n vuotuisen koron ylittävää viivästyskorkoa. Jos ratkaistavana olevassa oikeussuhteessa on kyse elinkeinonharjoittaja-kuluttaja -suhteesta ja siinä on sovittu suuremmasta korkokannasta, on ehto ylittävältä osin tehoton kuluttajaan nähden. — Kuvattu normi on eräänlainen oikeussäännön ideaalityyppi, jolla on täsmällinen tunnusmerkistö ja selkeä oikeusvaikutus.

Perintökaaren 17 luvun 3 §:n mukaan perintöosuuden luovuttamista tarkoittava sopimus on tehtävä kirjallisesti. — Tällä esimerkillä viitataan siihen, ettei oikeussäännön tarvitse olla tunnusmerkistöltään tai oikeusvaikutuksiltaan yksitulkintainen. Vaikka kirjallisen muodon vaatimus voidaan purkaa erivahvuisten vaatimusten asteikoksi, säännön käyttö perustuu siihen, että jokin niistä katsotaan sellaiseksi oikeaksi rajaksi, jonka mukainen vaatimus joko on täytetty tai ei ole. Vastaavasti avoimeksi jätetty oikeusvaikutus on täsmennettävä voimassaolevan perintöoikeuden mukaiseksi.⁷

Alle 15-vuotiasta ei saa tuomita rangaistukseen (rikoslain 3 luvun 1 §:n 1 momentti). — Tällä esimerkillä havainnollistetaan sitä, että eri oikeudenaloilla on tärkeydeltään erilaisia sääntöjä. Myös aivan keskeisistä seikoista voidaan antaa oikeussääntö.

⁶ Juridisesta tulkinnasta ks. esim. *Aarnio*, The Rational as Reasonable luvut III ja IV. Periaateargumenttien käytöstä, erityisesti ns. avoimien termien tulkinnasta, ks. esim. *Hart*, The Concept of Law s. 128—130 ja 200—201 sekä *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 195—228.

⁷ Ks. tarkemmin *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 313—341. Ks. yleisesti *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 76 viite 25.

Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 10.1 §:n mukaan lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat asiat on ratkaistava ennen kaikkea lapsen edun mukaisesti. — Avoimen termin käyttö ei tee säännönlunonteisesta normista periaatetta. Lapsen etua ei tule ottaa huomioon ainoastaan niin pitkälle kuin mahdollista, vaan jos lapselle edullisin ratkaisu pystytään määrittämään, kyseisen säännön mukaan on päädyttävä juuri siihen.⁸

1.1.2. Esimerkkejä oikeusperiaatteista

a. *Tasajaon periaate jäämistöoikeudessa.* Tasajaon periaatteen ilmaus lain-sääädännössä on perintökaaren 23 luvun 8 §, jonka mukaan jokaiselle perilliselle on annettava osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta. Tasajaon periaatteesta on tässä työssä tarkoitettussa merkityksessä kysymys silloin, kun pohditaan, ”miten laajalti tuota periaatetta voidaan soveltaa ja miten ennakkoperintö-, lakiosa- ja avustussäännösten sisältämiä erityisratkaisuja on sen luomaa taustaa vasten arvioitava”.⁹ Keskeiseksi muodostuu tällöin sellaisten linjojen löytäminen, joiden puitteissa mainittu periaate vaikuttaa perintöoikeuden systeemisissä merkityksensä edellyttämällä tavalla. — Esimerkki osoittaa, että oikeusperiaatteen ilmauksena usein on oikeussääntö, joka kuitenkin on periaatetta suppeampi.

b. *Työntekijän suojeluperiaate työoikeudessa.* Työntekijän suojelu ei ole vain lainsäädäntöpoliittinen tavoite, vaan työoikeuden yleinen, työoikeudellisen normiston käytössä ja tulkinnassa näkyvä näkökohta.¹⁰ Työntekijän suojelu nor-

⁸ Ks. tarkemmin *Savolainen*, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus s. 91—118, erityisesti s. 118: tapaamisoikeudesta päätettäessä ei — enempää kuin päätettäessä lapsen huollosta — voida painottaa tapaamisoikeutta vaativan vanhemman etuja taikka hänen kokemaansa tarvetta tavata lasta sillä tavoin, että lapsen etu joutuisi *edes osaksi* väistymään vanhemman edun tieltä. Lapsen edun ratkaisuperusteeksi asettava normi on oikeussääntö ja syrjäyttää sen vuoksi toiseen suuntaan vaikuttavat periaatteet (mm. vanhemman edun periaatteen).

⁹ *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 14—15.

¹⁰ Ks. esim. *Bruun*, Kollektivavtal och rättsideologi s. 139 ja siinä viitattu. Bruun käyttää ao. periaatteesta luonnehdintaa ”en allmän ledstjärna för hela arbetsrätten”. Ks. erit. m.t. s. 234, jossa Bruun antaa suojeluperiaatteelle merkitystä työoikeudellisena tulkintasääntönä. Ks. tässä suhteessa myös *Kairisen*, Perussuhdeteoriasta työoikeuden yleisten oppien osana s. 232, Sarkosta esittämää: ”Työoikeuden normeja tulkittaessa niiden sosiaalinen tarkoitus tulee ottaa huomioon yksittäisratkaisuissa.” Työoikeuden ns. edullisemmuussääntö (esim. KKO 1979 II 43 ja *Tiitinen*, Työoikeus s. 334—335) voidaan selittää suojeluperiaatteen ilmaukseksi. Sen mukaanhan työ sopimuksen työehtosopimuksesta poikkeavaa sisältöä pidetään työntekijään nähden pätevänä vain silloin kun se on työntekijälle edullisempi, vaikka

matiivisena vaatimuksena liittyy monin tavoin työoikeudellisten lakien tarkoitukseen ja lainsäätäjän tavoitteisiin. Jos sitä kuitenkin pidetään yksinomaan lainsäädäntöpoliittisena periaatteena, sille ei jää normisysteemiä muodostavaa ja ylläpitävää merkitystä, vaan periaate ainoastaan selittää normiston syntyä.¹¹ Myös korkein oikeus lienee antanut työntekijän suojeleidealle merkitystä ratkaisuisaan KKO 1984 I 1 ja KKO 1986 II 50. Edellisessä KKO katsoi työntekijän olevan työsuhteen päättymisen jälkeen vähemmän suojan tarpeessa kuin työsuhteen kestäessä.¹² Jälkimmäisessä viitattiin ratkaisun yhtenä perusteena suoraan työntekijän suojeleluun.¹³ — Esimerkin valossa oikeusperiaatteilla näyt-

työehtosopimuslain 6 §:n sanamuoto on tässä suhteessa neutraali. Ks. myös *Tiitinen*, Työoikeus s. 285: ”Työoikeuden keskeisimpänä oikeuspoliittisena perusteena on alunpitäen ollut ja on edelleen työsuhteen heikomman osapuolen, *työntekijän suojele*. Tämän vuoksi tuntuva osa työoikeuden normeista on pakottavaa oikeutta, josta ei sopimuksin saa poiketa työntekijän haitaksi. Työntekijän suojeleperiaatteella on myös varsin keskeinen asema tulkintasääntönä.” Vrt. *Kairisen*, Työoikeuden perusteet s. 17—18, esitykseen, jossa ei ole otettu kantaa muuhun kuin suojeleperiaatteen lainsäädäntöpoliittiseen merkitykseen.

¹¹ Näin *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 38 viite 103, jossa hän Sipilään vedoten hyväksyy suojeleperiaatteen ainoastaan lainsäädäntöpoliittisena periaatteena. Vuorion perustelu liittyy kelseniläiseen tutkimuksen puhtauden vaatimukseen ja on samansuuntainen kannanotto, jonka Zitting esitti kirjoituksessaan ’Puhtaan’ oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä. Kelsenin taustalla taas on osaksi Weber. Ks. tältä kannalta *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 117: ”Tämän (oikeudellisen, JP) järjestelmän sisäisestä näkökulmasta yhteiskuntapoliittiset tavoitteet ovat nimittäin tietyllä tavalla vierasta ainesta: tavoitteet saattavat olla oikeusnormien asettamisen taustana ja syynä, mutta säädetty oikeusnormit ikään kuin itsenäistyvät tavoitteista ja alistuvat oikeusnormien systeemin sisäiselle, erityiselle juridiselle logiikalle.” Ks. vielä *Kairisen*, Perussuhdeteoriasista työoikeuden yleisten oppien osana s. 192—193, erittelemää Vuorion tarkastelua siviilioikeudellisen ja sosiaaioikeudellisen työläinsäädännön soveltamiskriteerien erosta. Jälkimmäisellä alueella suojelelunäkökohdasta on tehty yksi säännösten soveltamiskriteereistä.

¹² Tapaus ratkesi täysistunnossa vasta äänestyksen jälkeen. Enemmistö perusteli ratkaisua muun muassa seuraavasti: ”...työntekijä ainakaan silloin, kun sopimus tehdään ... vasta työsuhteen päättymisen jälkeen, ei ole työnantajaan sellaisessa riippuvuussuhteessa eikä muutoinkaan yhtä tehokkaan suojan tarpeessa kuin sitoutuessaan työsuhteeseen tai työsuhteen aikana tekemässään muussa sopimuksessa vastaamaan ... vahinkojen korvaamisesta.” Tästä lausumasta käy ilmi, että työntekijän suojeleperiaatteella on ollut merkitystä myös tapauksen sijoittamisessa normiympäristöön: joko työoikeudelliseksi, jolloin vahingonkorvauslain 7 luvun 1 § olisi soveltunut tai, kuten enemmistö katsoi, yleiseen varallisuusioikeuteen ja siksi OikTL 36 §:n soveltamisalaan.

¹³ Tapauksessa harkittiin työsuhteen oikeuspaikkalausekkeen pätevyyttä. Otsikko teksti kuuluu: ”Suomalainen työntekijä A oli tehnyt sveitsiläisen työnantajan kanssa kirjallisen työsuhteen, jonka mukaan yksinomaan Baselissa Sveitsissä oleva tuomioistuim oli toimivaltainen käsittelemään työsuhteen koskevat riidat. Kun Suomessa asuva A oli kuitenkin suorittanut työnsä Suomessa ja kun työntekijän suojele ja taloudelliset seikat edel-

täisi olevan läheinen yhteys oikeuspolitiikkaan ilman, että tästä välttämättä seuraa periaatteiden jääminen ”vain” poliittisiksi.

c. Subjektiiivisen tulkinnan periaate oikeustoimiopissa. Subjektiiivisen tulkinnan periaate edellyttää, että oikeustoimelle annetaan se sisältö, minkä tahdon- ilmaisun antaja tarkoitti sillä olevan. Käytännön riitatilanteissa tuota periaatetta ei tavallisesti voida noudattaa juuri ollenkaan, vaan sallittua tulkinta-aineistoa supistetaan muiden periaatteiden vuoksi. Suomessa on vallitsevana objektiivisen tulkinnan periaate. Aho kuvaa tulkintanormien soveltamisen lopputulosta laajennetuksi objektiiviseksi tulkinta-aineiston rajaukseksi.¹⁴ Tulos saavutetaan punnitsemalla yleisiä oikeustoimen tulkintaperiaatteita¹⁵, muun muassa subjektiiivisen ja objektiivisen tulkinnan periaatteita, keskenään.¹⁶ — Esimerkki osoittaa eron (yleisen) oikeusperiaatteen ja dominoivan oikeusperiaatteen välillä. Jokin normi voi olla yleinen periaate ilman että sen täytyy olla johtava, alalla ensisijainen periaate.

Testamenttioikeudessa perintökaaren 11 luvun 1 § asettaa subjektiiivisen tulkinnan vaatimuksen. Sen mukaan testamenttia on tulkittava laatijan tarkoituksen mukaisesti. Ero yleiseen oikeustoimiopilliseen periaatteeseen on selvä: aina kun testaattorin tarkoitus saadaan selville, on testamentille välttämättä annettava sen mukainen sisältö. Sen sijaan oikeustoimen tulkinnassa subjektiiivisen tulkinnan tuloksen käyttömahdollisuuksia rajoitetaan muiden periaat-

lyttivät, että A voi ajaa kannettaan Suomessa, oli Suomen tuomioistuin toimivaltainen käsittelemään jutun, jossa A vaati korvausta perusteettoman irtisanomisen johdosta.”

¹⁴ Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 143: ”yleiset tulkintaperiaatteet’ on tulkinta-aineiston laajuutta eri tilanteissa sääntelevien normien yhteisnimitys” ja 170—175: ”... luvallinen aineisto rajoitetaan enintään siihen, minkä *ilmaisun vastaanotaja* tunsu tai hänen olisi pitänyt tuntea” laajennettuna eräillä poikkeuksilla, erityisesti *falsa demonstratio non nocet* -maksimilla. Ks. yleisesti V luku Ahon teoksessa. Ks. vielä *Kivimäki—Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 281.

¹⁵ Oikeustoimen tulkinnan periaatteet ovat oikeusjärjestykseen, sopimusoikeuteen, sisältyviä normeja. Ne ovat tästä syystä eri asemassa kuin juridisen tulkinnan maksimit, joiden nojalla tulkitaan oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita.

¹⁶ Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 134: ”Kumpikin menetelmä (subjektiivi ja objektiivvi, JP) on lähinnä kehys, jonka puitteissa tulkitsijan on lähempiä tulkintanormeja tai omaa suhteellisen vapaata harkintaansa käyttäen edettävä.” Väljyydestään ja yleisluonteisuudestaan huolimatta menetelmät näyttävät Ahon mukaan ”tarjoavan käyttökelpoisen perusrungon tulkintanormien järjestelmälle”. *ibid.* Ks. myös *Ylöstalo*, Testamentin tulkinnasta s. 31: ”On ilmeistä, että oikeustoimen tulkintaa koskevat ohjeet ovat yhteydessä kutakin oikeustointa koskevien perusjärjestelyjen ja niiden takana olevien aatteiden ja arvostusten kanssa.”

teiden nojalla.¹⁷ Testamenttioikeudessa subjektiiivisen tulkinnan säätävä normi ei siten ole oikeusperiaate vaan oikeussääntö.¹⁸

d. Lojaliteettiperiaate sopimusoikeudessa. Sopimuskumppaneilla saattaa olla toisiinsa nähden sellaisia velvollisuuksia, esimerkiksi tiettyjä tiedonanto-, reklamaatio-, huolenpito- sekä yleisiä myötävaikutusvelvollisuuksia, jotka eivät suoraan perustu kirjattuihin sopimusehtoihin.¹⁹ Taxell on kirjoittanut yleisemmin sopimuskumppaneiden välisestä lojaliteetista.²⁰ Lojaliteetti merkitsee sitä, että osapuolen on tietyllä tavoin ja tietyssä määrin otettava myös sopimuskumppaninsa etu huomioon omassa toiminnassaan. Tämä periaate ei aikaansaa tarkasti rajautuvia oikeustositseikka-oikeusseuraamus -relaatioita: lojaliteettiperiaatteen mukaisen velvollisuuden (lojaliteettivelvollisuuden) rikkomiseen ei liity mitään erityisiä tai nimenomaisia, yksiselitteisiä sanktioita. Sanktioita harkittaessa on käytettävä kokonaisharkintaa. Siitä huolimatta lojaliteettiperiaate jäsentää onnistuneesti sopimusoikeuden normiston eräitä osia, erityisesti ns. sivuvelvoitteita koskevia normeja. — Esimerkki kuvastaa oikeusperiaatteen erilaisia käyttömahdollisuuksia. Sen avulla voidaan suoraan perustella ratkaisuja. Sitä voidaan myös käyttää deskriptiivisesti antamaan yleiskuva konkreettisilta sisällöiltään varsin erilaisista normeista ja niiden tavoitteista.

e. Joutuisuus hallinto-oikeudessa. Hallintotoiminnan joutuisuuden vaatimus on saanut ilmauksensa muun muassa virkamieslain 20 §:ssä: Virkamiehen on

¹⁷ Lahja on subjektiiivisen tulkinnan tuloksen ratkaisevan merkityksen kannalta samassa asemassa kuin testamentti.

¹⁸ Ks. tarkemmin *Aarnio*, Testamentin tulkintasäännöistä. Jonkinlaisena käytännön testinä sen selvittämiseksi, onko tietty normi oikeussääntö vai oikeusperiaate, voidaan käyttää välitöntä asennetta siihen, ettei sen mukaista ratkaisua annetakaan. Jos subjektiiivisen tulkinnan tulosta ei vahvisteta, testamenttioikeudessa olisimme todennäköisesti taipuvaisia sanomaan, että perintökaaren 11 luvun 1 §:ää ei ole noudatettu (on tehty virhe), kun taas sopimusoikeudessa arvelisimme muiden tekijöiden painottamisen johtaneen tuollaiseen tulokseen. — Subjektiiivisen tulkinnan maksiimin ohella toinen esimerkki normista, joka toista oikeusjärjestyksen aluetta koskiessaan on sääntö ja toista periaate, on *Knophin*, *Rettslige standarder* s. 65—66, mukaan Norjan perustuslain taannehtivuuskielto. Se on yleensä periaate mutta esimerkiksi rikosoikeudessa sääntö.

¹⁹ Ks. myös esim. kauppalaan 28, 32, 35, 50, 58, 72 ja 73 § sekä vakuutuslainsäädännön 4—10 §.

²⁰ Ks. *Taxell*, Om lojalitet i avtalsförhållanden s. 148—155 ja siinä mainittuja tapauksia. Ks. myös *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 176—177, *H. Halila*, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 42—47 ja *Rudanko*, Vastuusta grynderirakentamisessa s. 184 viite 74 sekä niissä mainittua kirjallisuutta.

suoritettava virkatehtävät asianmukaisesti ja viivytyksettä. Jo tuon säännöksen sanamuoto viittaa siihen, että joutuisuus on vaatimus, jota on pyrittävä toteuttamaan siinä määrin kuin se muut tekijät, ainakin tehtävanhoidon asianmukaisuus, huomioonottaen on mahdollista. Silti kysymys ei ole merkitykseltömästä normista.²¹ Joutuisuudesta voidaan antaa myös selvä oikeussääntö asettamalla viranomaiselle määräaika, jossa tämä on velvollinen käsittelemään asian.²² — Esimerkki osoittaa, miten suhteellisen vähäisellä lakitekstin sisällön muutoksella voidaan ratkaista normin laatu. Toisaalta esimerkki paljastaa sen, että samaa tarkoitusta voi palvella sekä tarkkarajaisempi sääntö että sitä laajempi periaate. Vaikka nimittäin joutuisuudelle asetettaisiin määräaikäsääntö, joutuisuuden periaate koskee viranomaistoimintaa tuon määräajan puitteissakin.

Jokaisessa kuvatussa oikeusperiaatteessa on tullut näkyviin mielenkiintoisia seikkoja. Olisiko mahdollista jollakin tavoin tiivistää niitä yhdistävät piirteet? Onko jotakin niille kaikille luonteenomaista? Erityisesti: Olisiko ne mahdollista erottaa oikeussäännöistä jonkin yleisen kriteerin nojalla?

1.2. Erottelperusteiden arviointia

Tavanomaisin peruste periaatteiden erottamiseksi säännöistä on ollut *yleisyysaste*. Periaatteilla olisi korkea ja säännöillä suhteellisen alhainen yleisyysaste. Alexy käyttää esimerkkinä tällaisesta ajattelutavasta yleistä elinkeinon valin-

²¹ Ks. myös *Rihto et al.*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi s. 27, jossa nopean hallintomenettelyn vaatimuksen taustaksi asetettiin kansalaiskeskeisyys ja erityisesti oikeussuojanäkökulma: ”Oikeusnormien toteutuminen hallintomenettelyssä on arvioitavissa paitsi ratkaisujen aineellisen oikeellisuuden myös menettelyn nopeuden ja halpuuden perusteella. Jotkut menettelytavat saattavat kuitenkin vaikuttaa eri lailla näiden ominaisuuksien saavuttamiseen. Esimerkiksi jonkin ratkaisun oikeellisuuteen sinänsä myönteisesti vaikuttavan menettelytavan noudattaminen voi hidastaa hallintomenettelyä ja aiheuttaa kustannuksia.” Sen vuoksi mietinnössä korostetaan eri näkökohtien samanaikaista huomioon ottamista. *ibid.* Vaikka joutuisuus siten sinänsä saattaa näyttää tekniseltä vaatimukselta verrattuna esimerkiksi työntekijän suojeluun, on joutuisuuden vaatimuksella tosiasiaassa elimellinen yhteys valtiolliseen vallankäyttöön ja sen legitimeettiin.

²² Ks. *Rihto et al.*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi s. 99: asianosaisen ns. petitio-oikeus eli oikeus saada viranomainen käsittelemään vireille panemaansa asiaa on Itävallan ja Jugoslavian hallintomenettelylaeissa säännelty asettamalla määräaika, 6 kk ja vastaavasti 1 vuosi 2 kk, ”joiden kuluessa viranomaisen on käsiteltävä asianosaisen vireillepanema asia. Jos viranomainen ei noudata määräaikaa, asianosaisella on oikeus turvautua erityisiin oikeusturvakeinoihin ratkaisun saamiseksi asiassa.” Itävallan ja Jugoslavian oikeudessa on siten voimassa mainitulta osin joutuisuussääntö.

nan oikeutta periaatteena ja apteekin perustamista koskevaa sääntelyä sääntöinä. Perusteeksi on edelleen ehdotettu *sääntelytilanteiden määrittäytapaa* tai *normin syntyätapaa* (säännöt syntyvät lainsäädännön, periaatteet käytännön kautta) tahi *arvosisällön* nimenomaisuuden astetta (periaatteet ovat suoraan arvosidonnaisia, säännöt välillisesti) taikka *suhdetta oikeuden ideaan* (periaatteet ovat suoraan yhteydessä oikeuden ideaan) tai *merkitystä oikeusjärjestyksen sisällölle* (periaatteet kuvastavat yleislinjoja, säännöt yksityiskohtia). Vielä viitataan toisinaan siihen, että säännöt ovat varsinaisia normeja mutta periaatteet vain normien perusteita. Periaatteista puhuttaessa tarkoitetaan joskus juridisen argumentaation normeja, säännöistä puhuttaessa vastaavasti käytäytymisnormeja.²³

Normien jaottelua sääntöihin ja periaatteisiin saatetaan myös pitää tarkoituksettomana, jopa mahdottomanakin. Filosofisesti tällaista kantaa voidaan puolustaa *perheyhtäläisyyden teesillä*: normit muodostavat jatkumon, jossa yhtäläisyydet lomittuvat tavalla, joka ei tee mielekkääksi sellaisten tunnusmerkien etsimistä, jotka aina ja välttämättä yhdistäisivät kaikkia normeja tai eri normityyppejä.²⁴

Toisaalta saatetaan itse erottelua pitää mahdollisena mutta vain aste- eikä laatuerona. Vain aste-eron hyväksyvää käsitystä on kutsuttu *heikoksi erotteluteesiksi*.²⁵ *Vahva erotteluteesi* puolestaan merkitsisi esitetyn laatueron hyväksymistä ja perustelemista. Yksi vahvan erotteluteesin kannattajista on *Ronald Dworkin*.

Dworkinin mukaan säännöt soveltuvat kaavalla kaikki tai ei mitään (”all-or-nothing”).²⁶ Jos säännön soveltamisen edellyttämät asiointilat ovat läsnä — eli tunnusmerkistö täyttyy — niin sääntö tulee velvoittavaksi ja säännön edellyttämät seuraamukset toteutuvat (niiden pitää toteutua). Toinen vaihtoehto on, että sääntöä ei voida soveltaa, jolloin sillä ei ole merkitystä tapauksen ratkaisussa. Säännöistä voi olla poikkeuksia, mutta tämä ei muuta säännön kaikki tai ei mitään -luonnetta, koska säännön poikkeuksetkin voidaan luetteloida ja

²³ Ks. yleisesti *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 73—75 ja siinä viitattua. Ks. myös *Koskenniemi*, *General Principles* s. 130 ss.

²⁴ Ks. *Aarnio*, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta, erit. s. 75—77, jossa äsken kuvattua ajattelutapaa sovelletaan samankaltaiseen, erityisen oikeudenalan keskeiseen kysymyksen, nimittäin testamentin tunnusmerkistöongelmaan.

²⁵ *Alexy*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* s. 15.

²⁶ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 24: ”Rules are applicable in an all-or-nothing fashion.”

ottaa huomioon sääntöä kuvattaessa.²⁷ Säännöille on tyypillistä luokittelevuus, tavallisesti kaksijakoisuus.²⁸

Sen sijaan, vaikka periaate sopisi selvästi tapaukseen, se ei määrää täydellisesti tapauksen ratkaisua, vaan antaa vain perusteita tiettyyn suuntaan tehtävälle ratkaisulle. Muut periaatteet tai säännöt voivat konkreettisessa tapauksessa sivuuttaa sen.²⁹ Dworkin kutsuu näitä seikkoja yhteisnimityksellä vastanäkökohdat (counter-instances). Niitä ei voi pitää periaatteen poikkeuksina, eivätkä ne ole, edes teoreettisesti, laskettavissa kuten säännön poikkeukset.³⁰ Nils-Kristian Sundby puolestaan kirjoittaa samasta asiasta, että säännöt ratkaisevat asian, mutta suuntaviivan soveltuminen merkitsee vain ratkaisun ai-neksien tunnistamista. Suuntaviiva ratkaisee asian vain siinä mielessä, että sen nojalla tietyille oikeustosisekoille on annettava tiettyyn ratkaisusuuntaan osoit-tava painoarvo.³¹ Periaatteet, kuten säännötkin, vahvistavat oikeustosisekka-

²⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 25, kirjoittaa: ”In theory, at least, the ex-ceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the state-ment of the rule.” Sundby kirjoittaaakin, että säännön käyttö johtaa konstruoimaan oikeus-ilan säännön ja siitä tehtävien poikkeusten avulla, Sundby, *Sondringen mellom regler og retningslinjer* — en replikk s. 147. Ks. myös Hart, *The Concept of Law* s. 124—127 (poik-keuksen olemassaolo ei aiheuta ongelmia säännön käsitteelle).

²⁸ Sundby, *Om normer* s. 244, huomauttaa, että tavallisesti ratkaisutoimintaa leimaa pyrkimys kohti kaksijakoista luokittelua, kun epämääräistä termiä yritetään täsmentää pre-judikaateilla. Ks. myös Klami, *Die begriffliche Grundstruktur der Regelung von Verträgen* s. 23, siitä, kuinka roomalaisessa oikeudessa juridiset käsitteet ymmärrettiin luokiksi.

²⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 35: ”Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Princi-ples do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail.” Myös Jareborgin erottelu dogmaattisiin sään-töihin ja peukalosääntöihin perustuu juuri siihen, että jälkimmäisissä muttei edellisissä poik-keukset ovat mahdollisia ilman, että sääntö pitää muotoilla uudelleen. Jareborg, *Regler och riktlinjer* s. 389 viite 4.

³⁰ Ks. tarkemmin Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 25—26, jossa hän huomauttaa muun muassa siitä, että emme pidä luontevana tarkentaa periaatetta siten, että tällaiset vas-tanäkökohdat otettaisiin huomioon periaatteen kuvauksessa. Tämä vastaa vain osaksi Suo-men sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa tavallista tapaa esittää sopimusvapauden käsi-te. Sitä kuvattaessa ei tosin ole tapana yrittää tyhjentävästi luetella tapauksia, joissa siitä on poikettu tai voitaisiin poiketa. Asiaan viitataan tavallisesti vain yleisluontoisesti toteaa-malla, ettei sopimusvapauden periaate ole ehdottomana voimassa. Silti sopimusvapauden rajoituksia pidetään keskeisinä itse periaatteen ymmärtämisessä. Ks. esim. Muukkonen, *Sop-imusvapauden käsitteestä ja Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor* s. 4—5.

³¹ Sundby, *Om normer* s. 195—199, 273 ja sama, *Sondringen mellom regler og ret-ningslinjer* — en replikk s. 140: ”...viss vekt i positiv eller negativ retning.” Sundbyn esi-merkkinä suuntaviivoista ovat tuossa kohdin rangaistuksen mittaamisnormit. Deonttiselta

³⁵ Jäljempänä käytetään periaatteiden vastakkaisuustilanteista termiä ”kollisio” ero-

man. Mutta vaikka näin käy yksittäistapauksessa tai tietyssä tapaustyyppissä, painoarvoltaan alhaisemmaksi jäänyt periaate ei kuitenkaan menetä tämän vuoksi voimassaoloaan ja käy kokonaan tehottomaksi. Toisenlaisessa tapauksessa tai tapaustyyppissä periaatteiden suhteet saattavat kääntyä toisinpäin.³⁶

Sääntöjen konfliktissa voittava sääntö puolestaan tekee häviävästä aina ei-voimassa olevan. Sääntöjen ristiriita voidaan ratkaista tehdä esimerkiksi *lex posterior* -maksimilla³⁷, *lex specialis* -maksimilla³⁸ taikka muulla oikeuslähdeopin maksimilla. Keskeistä on kuitenkin se, että jäädessään ristiriidan häviäväksi normiksi sääntö ei enää ole voimassa tietyllä alueella. Säännöt eivät saa painoarvoa eikä niillä ole systeemi-arvoa. Eräät säännöt ovat systeemissä varmasti keskeisempiä kuin toiset ja niiden muutos merkitsisi siten olennaisempaa muutosta systeemiin kuin vähemmän keskeisten. Sääntöjen ristiriitatilanteessa emme kuitenkaan voi käyttää painoarvoa tai systeemi-arvoa (suoraan) argumenttina sille, että sääntö syrjäyttää toisen.³⁹

Sääntöristiriidat ja periaatekollisiot ovat siten normikonflikteina erilaisia. Sääntöristiriidassa on kyse siitä, kuuluuko jokin normi oikeusjärjestykseen, (Innen-Aussen-Problem).⁴⁰ Jos sääntö jää sääntöristiriidassa väistyväksi, merkitsee se sitä, että sääntö ”sijaitsee” oikeusjärjestyksen ulkopuolella. Voittanut sääntö taas sijoittuu oikeusjärjestyksen sisälle; sääntö kuuluu oikeusjärjestykseen. Selvytyden vuoksi muistutettakoon tässä, että tavanomainen sääntöristiriidan ratkaisu saadaan tulkinnan avulla. Esitettyssä analyysissä on siten kysymys tilanteista, joissa tulkinta ei johda ristiriidan häviämiseen. Periaatekollisiot sijoittuvat oikeusjärjestyksen sisälle. Jos nimittäin voidaan esittää riittävästi argumentteja periaatteen sisällymiselle oikeusjärjestykseen, ei periaatteen jääminen väistyväksi suhteessa toiseen periaatteeseen merkitse sitä, että ne argumentit, jotka perustelivat hävinneen periaatteen oikeusjärjestykseen kuu-

tukseksi sääntöjen vastakkaisuustilanteista, joista käytetään termiä ”ristiriita.” Kollisio-termi on valittu huolimatta sen esineoikeudellisesta erityismerkityksestä. Tämä luku käsittelee kuitenkin oikeusnormien luokittelua eikä sekaannusta siten pitäisi syntyä. Lisäksi kollision idea ”oikeus oikeutta vastassa” antaa oikean mielikuvan periaatteiden jännitystilanteesta: siinäkin vastakkaiset periaatteet ovat molemmat ”oikeita”. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 77 viite 28, päätyy samantapaiseen terminologiaan kirjoittaessaan periaatekollisioista (”Prinzipienkollisionen”) ja sääntökonflikteista (”Regelkonflikte”).

³⁶ Ks. tarkemmin jäljempänä s. 29–37, jossa pohditaan oikeusnormin voimassaolon eri kriteerien merkitystä oikeusperiaatteiden kannalta.

³⁷ Uudempi säännös syrjäyttää vanhemman.

³⁸ Eryityssäännös syrjäyttää yleissäännöksen.

³⁹ Vrt. *lex specialis* -maksimiin: erityissääntö syrjäyttää yleissäännön. Yleissääntö lie-nee tavallisesti kuitenkin ao. alalla merkittävämpi kuin erityissääntö.

⁴⁰ *Alexy*, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* s. 19.

luvaksi, menettäisivät merkityksensä. Ratkaisu koski vain periaatteen suhteellista voimaa siinä tilanteessa eikä sen kuulumista oikeusjärjestykseen sinänsä.⁴¹

Alexy kehittää luovasti Dworkinin periaateanalyysia. Avainilmaisuna hänellä on *periaate optimointikäskynä* (”Prinzipien sind *Optimierungsgebote*”).⁴² Juuri tämä periaatteiden luonne on *selitys* sille, että niillä on äsken kuvatut ominaisuudet. Periaatteiden velvoittavuus on eri asteista eikä velvoittavuuden aste riipu vain oikeustositasiosta vaan myös oikeudellisista mahdollisuuksista. Oikeudellisesti mahdollisen rajaavat vastakkaisen suuntaiset periaatteet ja säännöt.⁴³ Periaatteiden välinen kollisio on tilanne, jossa vastakkaiset periaatteet rajaavat oikeudellisen sovellettavuuden kenttiään. Periaatekollisiossa periaatteiden etusijajärjestystä vastaa niiden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden etusijajärjestys.⁴⁴ Periaatekollisiossa on kuitenkin kysymys siitä, miten pitää olla (*deontologinen ongelma*) kun taas arvo- tai tavoitekollisiossa on kyse siitä, mikä on parempi (*aksiologinen ongelma*). Oikeusjärjestelmän laatiminen edellyttää kannanottoja sekä deontologisiin että aksiologisiin ongelmiin.⁴⁵ Alexy katsoo, että periaatteista voidaan laatia joko varsin mitään-

⁴¹ Samoin Sundby, Om normer s. 273.

⁴² Alexy, Theorie der Grundrechte s. 75 ja 77 viite 27, toteaa juuri tämän teesin johtavan olennaisimpaan eroon Dworkinin ideoista. Alexy käyttää termiä ”käsky” tässä yhteydessä laajassa merkityksessä niin, että se kattaa myös luvat ja kiellot. Sundby puolestaan kirjoittaa, Om normer s. 198 sekä Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk s. 142, siitä, miten suuntaviivan perusteella osoitetaan olennainen ja epäolennainen: ”Ved avgjørelsen av spørsmål X kan (skal) det legges (eventuelt stor) vekt på hensyn (moment, faktor o.s.v.) Y.” Ks. myös Sundbyn esimerkkejä m.kirj. s. 142. Periaatteeseen sisältyvä optimointikäsky voidaan muotoilla myös negatiivisesti: minimoi tietyntaisten oikeustositseikkojen seuraamukset.

⁴³ Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1690, kirjoittaa ehkä hieman toisesta näkökulmasta: ”...the application of a standard to a particular fact situation will often generate a particular rule much narrower in scope than that standard.” Kennedy kirjoittaa myös epämääräisen tapausjoukon sääntelystä yhdellä periaatteella ja lisääntyvällä erityissääntöjen joukolla. Periaatteen merkitys tällaisessa tilanteessa olisi siinä, ettei sääntelyyn jää aukkoja.

⁴⁴ Samansisältöinen on *Feinmanin*, Promissory Estoppel and Judicial Method s. 711, havainto siitä, että koko balancingin eli eri periaatteiden keskinäisen painotuksen yleisen arvioinnin idea on subjektivistisen arvoteorian vastainen. *Apala-Arlander*, Yleislauskeksista s. 88, käyttää termejä ”arvopunnitukset ja arvovalinnat.” Kun tässä työssä pidetään silmällä myös tavoitteita, käytetään sekä arvojen että tavoitteiden keskinäisen vertailun kattavaa punninta -termiä.

⁴⁵ *Rawls*, A Theory of Justice s. 24—27, erottaa mahdollisuuden määrittää ensin, mikä on hyvää ja sanoa, että on oikein tavoitella hyvää sekä toisaalta mahdollisuuden määrittää, mikä on oikein (oikeudenmukaista) siitä riippumatta, mitä pidetään hyvänä. Edellinen ratkaisu on tyypillinen muun muassa utilitarismille, Rawls itse puoltaa jälkimmäistä.

sanomaton tyyppitilanneluettelo tai sitten jonkinlainen järjestetty luettelo. Mikään vahva järjestys, jossa olisi hierarkkisesti lueteltu periaatteet vahvimmas- ta heikoimpaan, ei kuitenkaan ole mahdollinen, koska se edellyttäisi sekä pe- riaatteiden systeemiarvojen että tyyppitilannekohtaisten painoarvojen yhtäai- kaista, kaikenkattavaa tietämistä.⁴⁶

Alexy puoltaa ajatusta heikosta järjestyksestä, jossa periaatteiden suhteita luonnehtivat:

(1) punnintamaksiimi: mitä korkeampaan periaatteen P_j täyttymättömyy- teen tai estymiseen periaatteen P_k soveltaminen johtaa, sitä tärkeämpää on pe- riaatteen P_k soveltamisen oltava. Mitä enemmän sopimusehdon sovittelu joh- taisi puuttumaan sopimusvapauden vallitessa syntyneeseen seikkaan, sitä epä- tasapainoisempi on ehdon oltava sisällöltään, jotta sovitteluun olisi aihetta.⁴⁷

(2) *prima facie* -etusijat: tietty periaate asetetaan tapaustyyppissä ensisijai- seksi.⁴⁸ Tämä merkitsee tarkemmin sitä, että jollekin periaatteelle annetaan ta- sapainotilanteessa etusija muihin periaatteisiin nähden, vaikka sen toteuttaminen johtaisikin loukkaamaan jotain muuta periaatetta.⁴⁹ Jos tuollainen ensisijais-

⁴⁶ Tällaiset ehdot täyttää Dworkinin konstruoima tuomari Herkules, ks. Taking Rights Seriously s. 105—130. Dworkinin ajatus ei tässä kuitenkaan tarkoita *aktuaalista* periaattei- den järjestyksen tietämistä, vaan Herkules on ideaalimallina pyrkiessämme *tapauskohtai- sesti* ratkaisemaan periaatteiden kollisio-ongelmia rajallisten resurssien ja rajallisen tietä- myksen varassa. Näin tulkitsee Dworkinia myös esim. Aarnio, The Rational as Reasonable s. 163—164. — Toisentyypinen järjestämisen idea olisi ns. leksikaalinen järjestys, jossa edeltävän periaatteen vaatimusten olisi aina täytyttävä, ennen kuin siirrytään jälkimmäiseen. Näin saisimme periaatteiden ketjun. Ks. tarkemmin Rawls, A Theory of Justice s. 42—43.

⁴⁷ Alexy, Theorie der Grundrechte s. 146—154.

⁴⁸ Alexyn käsitteistö on tältä osin osaksi harhaanjohtava. Periaatteen soveltuminen merkitsee hänen mukaansa nimittäin yleisesti sitä, että periaate on *prima facie* (ensi katso- malta) peruste tietyille oikeusvaikutuksille (Theorie der Grundrechte s. 90—91). Samoin sään- nöllä on vastaava *prima facie* -luonne, mutta periaatetta vahvempi. Säännön sisältämät pe- rusteet ovat oikeusvaikutusten välttämätön ja riittävä peruste, ellei poikkeus tule kysymy- seen. Oikeussääntöjen *prima facie* -luonteen vahvuus vaihtelee sen mukaan, miten suuri yleinen merkitys formaalille sääntelylle annetaan; m.t. s. 89. Molempien normilajien, sääntöjen ja periaatteiden, *prima facie* -luonne seurannee itse asiassa jo voimassaolosta: kun kerran voi- massaoleva normi soveltuu tapaukseen, merkitsee se jotakin ja juuri sitä, että normin edel- lyttämät seuraamukset on otettava huomioon. Eri periaatteiden kollisiossa taas on kyse ”toisen asteen” *prima facie* -luonteesta eli siitä, että tietty periaate asetetaan tapaustyyppissä ja tasa- painotilanteessa ensisijaiseksi. Tässä teoksessa käytetään jäljempänä *prima facie* -ilmaisua viittaamaan vain jälkimmäiseen merkitykseen eli tyyppitapauskelliseen ja kollisio- tasapai- notilanteessa periaatteen ensisijaisuuteen. Näin myös Tuori, Tavoitteet ja periaatteet mo- dernissa oikeudessa s. 106—107.

⁴⁹ MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory s. 178, luonnehtii tilannetta, jota voidaan pitää toisen asteen *prima facie* -tilanteena niin, että periaate on käytännöllisesti kat-

tettu periaate on — kuten tavallista — oikeudenalan keskeisimpiä, sitä voidaan hyvällä syyllä kutsua *johtavaksi periaatteeksi*.⁵⁰ Sopimusmalleja ajatellen voidaan ennakoivasti sanoa, että sopimusvapauden periaate oli (ja on) tahdonvapauden nojaavan mallin valossa johtava periaate juuri tässä mielessä. Sopimusvapauden periaate oli ensisijaistettu sillä tavoin, että se oli etusijalla muihin periaatteisiin (mutta ei esimerkiksi mahdollisiin luottamusperusteisiin sääntöihin) nähden. Sen vuoksi tahtoa suojaavia oikeussääntöjä pidettiin pääsäännön ilmauksina. Selitykseksi sopimusvapauden *prima facie* -luonteelle esitän Alexystä poiketen, että sopimusvapauden periaatetta pidettiin systeemiarvoltaan vahvimpana sopimusoikeudessa. Johtavan periaatteen aseman järkkyminen merkitsi muun muassa mahdollisuutta tehdä luottamus pohjaisista oikeussäännöistä uuden, vaihdannan intressiin perustuvan pääsäännön ilmauksia.⁵¹

Säännöt puolestaan ovat normeja, joiden soveltuessa on tehtävä täsmälleen se, mihin ne velvoittavat. Säännön edellyttämää käyttäytymistä ei voida toteuttaa enemmän tai vähemmän. Optimointikäskyidean avulla ymmärämme sääntöjen ja periaatteiden erilaisuuden. Säännön soveltuminen *merkitsee sitä*, että tapaus on ratkaistava säännön edellyttämällä tavalla, periaatteiden soveltuessa ne vain antavat alustavan ratkaisusuunnan. Jos sääntö R_1 soveltuu eikä poikkeus tule kyseeseen, on ratkaisu säännön R_1 lukkoonlyömä.⁵²

soen hyväksytty pakottavaksi aina soveltuessaan (”... has come to be accepted as being of practically mandatory application in any relevant situation. . .”). McCormick tarkoittaa, että äsken luonnehditun kaltainen periaate voi poikkeuksellisesti syrjäytyä, jos vastaanpuhuvat syyt aivan välttämättä edellyttävät muuta. Hän ei kuitenkaan täsmennä, voiko jokin muu periaate olla tuollainen vastaanpuhuva syy. Edelleen hän huomauttaa, että johtavan periaatteen ja ankarien oikeussääntöjen välinen raja on siten häilyvä, joskaan se ei käy merkitysettömäksi. *ibid.*

⁵⁰ Taxellin esitys Avtal och rättsskydd -teoksessa havainnollistaa, millainen on esitys, joka perustuu periaatteiden sääntelemän alueen tarkasteluun ja jossa tarkastelun muotoina ovat — ilman että näitä termejä käytettäisiin — punnintalaki ja *prima facie* -etusijat. McCormick, Legal Reasoning and Legal Theory s. 178, huomauttaa, että joskus perusteena sille, että periaate syrjäyttää toisen, on se, että vahvemaksi jäävää periaatetta tukee pitkäaikainen ja auktoritatiivisesti tunnustettu soveltaminen.

⁵¹ Ks. jäljempänä s. 139—143. Ks. myös Weber, Wirtschaft und Gesellschaft s. 13: kuvatuun kiistakysymyksen ratkaisuna kumpikaan — tahto- tai luottamusteoria — ei ole välttämätön, vaan taloudellinen vaihdanta voidaan järjestää kummankin ratkaisun pohjalta tarpeen mukaan. Alexy, Theorie der Grundrechte s. 138—143, katsoo, ettei periaatteiden keskinäisiä suhteita ole mahdollista ratkaista vertailemalla niiden systeemiarvoja.

⁵² Sundby puolestaan kirjoittaa: ”Vi kan si at regler avgjør vedkommende normative problem på en logisk tvingende måde.” Sundby, Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk s. 145. Sundby täsmentää tarkoittavansa tietenkin vain sellaista tilannetta, jossa säännön tulkinnanvaraisuudet on ratkaistu — tuollainen pakottavuus liittyy siten vä-

Sellaisella henkilöllä, joka haluaa poiketa tuosta ratkaisusta säännön R_2 hyväksi, on raskas argumentaatiotaakka. Hänen ei ainoastaan ole pystyttävä osoittamaan, että toisenlainen ratkaisu olisi parempi, vaan myös, että se on *niin paljon parempi* että poikkeama auktoritatiivisesti vahvistetusta säädetystä tilasta tulee oikeutetuksi. Itse asiassa tällöin on osoitettu, että ratkaistavan tapauksen suhteen onkin voimassa R_2 eikä R_1 .⁵³ Sääntöjen sisällön vahvuus voi vaihdella. Säännöt, jotka sisältävät viittauksia hyviin tapoihin, luottamukseen ja rehtyyteen jne., ovat sisällöltään epätasällisiä ja siten sääntöinä heikkoja. Tällainen heikkous ei kuitenkaan tee säännöstä periaatetta.⁵⁴

Kun edellä lausuttua sovelletaan OikTL 36 §:ään, havaitaan, että siinä vahvistetaan ainakin yksi selväpiirteinen oikeussääntö, joka oikeuttaa tuomioistuimet sovitteluun oikeustoimien kohtuuttomia ehtoja. Tämän säännön asettama sisältö, säännön määräämien asiantilojen kiinteys, on heikko, jopa erittäin heikko, koska sen tunnusmerkistö sisältää avoimen termin ”kohtuuton” ja koska se antaa ratkaisijalle oikeuden muuttaa oikeustoimen kohtuuttoman ehdon ohella myös jotain muuta ehtoa tai oikeuden määrätä koko oikeustoimi raukeamaan, ellei muutoin saavuteta kohtuullista ratkaisua. Säännöstä ei kuitenkaan tämän vuoksi tule periaatetta, vaan sovittelunormi joko soveltuu tai ei sovellu. Sovittelusääntöä ei voi *tunnuksmerkistönäkökulmasta tai oikeusvaikutusnäkökulmasta arvioiden* soveltaa enemmän tai vähemmän. OikTL 36 §:ää on siten Alexyn termin kutsuttava *sovittelusäännöksi* eikä *sovitteluperiaatteeksi*.⁵⁵

littömästi Makkosen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 102—116, isomorfiatilanteiksi kutsumiin ratkaisutilanteisiin ja *Erikssonin*, Om olika argumentationsmodeller s. 25—28, kuvaamaan subsumtiologiseen argumentaatiomalliin.

⁵³ Vrt. kuit. jäljempänä jaksoon säännön ja periaatteen erisuuntaisuustilanteesta s. 37—54.

⁵⁴ *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien s. 21: ”Wenn etwas unvernünftig, ungerecht usw. ist, tritt ihre Rechtsfolge ein. Insofern ist entschieden worden. Die Interpretation des Entschiedenen hängt zwar in hohem Masse von Prinzipien ab; in diesem Punkt besteht aber nur ein gradueller Unterschied zu konkreteren vagen Begriffen, die überall im Rechtssystem vorkommen.” Vielä vahvemmin kirjoittaa *Sundby*, Om normer s. 202—203 sekä Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk s. 141—142: ”Hvervidt normene er formulert med et større eller mindre innslag av klarhet, presisjon, vaghet, flertydighet, sikkerhet, ubestemhet eller skjønsmessighet er aldeles irrelevant for fastleggelsen av mitt skille mellom regler og retningslinjer.”

⁵⁵ Samoin *Sundby*, Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk s. 142, Norjan Prisloven 18 §:stä, joka antaa oikeuden sovittelua kohtuuttomia hintoja: se on sääntö eikä periaate. Ks. myös jäljempänä jaksoa erosta avoimen termin sisältävän oikeussäännön ja oikeusperiaatteen välillä s. 69—71.

Millä perusteella periaate kuuluu oikeusjärjestykseen? Periaatekollisioita ajatellen tällainen oikeusjärjestykseen kuulumisen ongelma on esikysymys, jotta periaatteiden kollisio ylipäänsä olisi juridisena asiana käsittelemisen arvoinen. Kysymys johtaa ongelmaan oikeusnormin voimassaolosta.

1.4. Oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja voimassaolon kriteerit

Oikeusnormin voimassaolon kriteerit voidaan *Aarnion* tapaan tyypitellä pätevyudeksi, tehokkuudeksi ja hyväksyttävyydeksi.⁵⁶ Voimassaolo pätevyytensä on keskeisesti muodollista laatua ja merkitsee ytimeltään normin asianmukaista asettamismenettelyä.⁵⁷ Tehokkuudella tarkoitetaan normin noudattamista ja soveltamista kulloinkin relevantissa oikeusyhteisössä. Hyväksyttävyydellä taas viitataan normin suhteeseen yhteiskunnan arvo- ja tavoitejärjestelmiin, hyväksyttävyys on arvo- ja tavoiteperustaista voimassaoloa.

Nämä kriteerit painottuvat eri tavoin sääntöjen ja periaatteiden suhteen.⁵⁸ Käsitys oikeussääntöjen voimassaolosta näyttäisi olevan keskeisesti sidoksissa pätevyysperustaiseen voimassaoloon. Normaali tapa varmistautua oikeussäännön voimassaolosta on katsoa lakikirjasta. Oikeusperiaatteiden soveltamiselle ei voimassaolon pätevyyskriteeri tunnu olevan samassa määrin tärkeä, vaan sen sijaan keskeistä on periaatteen hyväksyttävyys.⁵⁹ Olisi merkillistä, jos sopimusvapauden periaatetta sovellettaisiin yhteiskunnassa, jossa ei lainkaan arvosteta sopimusvapautta.

Voimassaolo tehokkuutena jäsentyy kahdeksi muodoksi oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden suhteen. Oikeussääntöjen tehokkuus merkitsee tapauskohtaista tehokkuutta, säännön noudattamista aina sen soveltuessa. Sääntö on tehokas, kun sitä sovelletaan ja noudatetaan. Periaatteen tehokkuus puo-

⁵⁶ *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 33—46.

⁵⁷ Ks. *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 38, siitä, ettei pätevyiden täsmentäminen ole puhtaasti formaalisten seikkojen erittelyä, vaan moraalikriteerit, sosiaaliset faktat ja viimekätiset perusteet (underpinning reasons) voivat olla systeeminulkoisen, materiaalisen pätevyysarvion perusteita. Juuri tältä kannalta Saksan ns. Kolmannen valtakunnan oikeus ei (osaksi) ollut pätevää.

⁵⁸ Ks. myös *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 40—41.

⁵⁹ Ks. esim. *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 173: ”Laajennettu objektiivinen tulkintaperiaate (ks. siitä edellä s. 18) osoittaa rajat, joiden ulkopuolella olevaa aineistoa ei voida käyttää varallisuus oikeudellista oikeustointa tulkittaessa. Niistä aineellisista perusteista, joille tämän periaatteen omaksuminen pohjautuu, johtuu kuitenkin, että määrätapauksissa on paikallaan sallia vasta mainittua tulkintaperiaatetta laajemman tulkinta-aineiston käyttö.” (korostus JP).

lestaan on olennaisemmin oikeusjärjestelmä- kuin yksittäistapauskysymys.⁶⁰ Periaate on tehokas, jos sillä on merkitystä kysymyksessä olevan oikeuden alan normisysteemissä, ja sen voimassaolo on systeemivoimassaoloa.⁶¹ Periaatteiden tehokkuuden merkityksen ero sääntöjen tehokkuuteen selittyy periaatteiden luonteella optimointikäskyinä. Jos periaatteiden tehokkuus tulkittaisiin tapauskohtaisesti, jouduttaisiin tekemään ero ratkaisuihin, joissa periaatetta ei lainkaan käytetty ja ratkaisuihin, joissa sitä sovellettiin, mutta se jäi väistyväksi. Tällainen ero olisi käytännön kannalta hankala⁶² ja voimassaolon kannalta suhteellisen merkityksetön. Edes se, että oikeusperiaatetta ei koskaan ole käytetty yhdessäkään ratkaisussa, ei riitä osoittamaan, ettei se ole voimassaolevaa oikeutta. Jos sillä nimittäin on keskeinen asema oikeusjärjestelmässä, sen voimassaolo vahventuu *epäsuorasti* siinä tavassa, jolla sovellettava normisto valitaan ja sitä täsmennetään.⁶³ Tapauskohtainen vahennus saadaankin harvoin ja silloin kun se saadaan, kysymys voimassaolosta lienee kyseisen periaatteen osalta helpommin ratkaistavissa tarkastelemalla systeemiä. Esimerkiksi Dworkinin keskeinen esimerkki oikeusperiaatteesta — kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä — ei liene ollut meillä julkilausuttuna käytössä minkään yksittäisen tapauksen ratkaisun perusteluna.⁶⁴ Silti on perusteltu

⁶⁰ Samaan tapaan koko oikeusjärjestyksen voimassaolosta Kelsen, joka kirjoittaa, että oikeusjärjestyksen on oltava ylipäänsä tehokas (im Grossen und Ganzen). Ks. siitä tarkemmin *Kelsen*, Puhdas oikeusoppi s. 216. Ks. myös *Koskenniemi*, General Principles s. 156, jossa todetaan kansainvälisoikeudellisen väkivallan käytön kiellon periaatteen olevan voimassa, vaikka valtiot jatkuvasti käyvät sotia ja ryhtyvät aggressiivisiin toimiin: ”The validity of a principle prohibiting aggression seems to be relatively independent of its effectiveness.”

⁶¹ Vrt. *Wróblewski*, Verification and Justification in the Legal Science s. 207—213, joka kutsuu pätevyyttä systeemivoimassaoloksi. Hänellä systeemi viittaa kuitenkin yhteisön hyväksymään tapaan luoda oikeutta. Ks. tarkemmin *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 33—38. Tässä teoksessa tarkoitettu oikeuden systeemivoimassaolo puolestaan edellyttää, että se oikeussysteemi, jossa periaate on mukana, sinänsä on tehokas. Vrt. myös *Makko-seen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 218, joka näyttäisi ajattelevan, ettei ole tarpeen kysyä, onko jokin oikeusperiaate voimassa, vaan riittää kun todetaan, että tietyssä ratkaisussa vahvistettiin periaatteen sovellutus.

⁶² Tuomioistuimet jättävät oikeusperiaatteita käytettäessään usein mainitsematta sellaisen periaatteen, joka tosin soveltuu tapaukseen, mutta saa hyvin alhaisen painoarvon tai ei muutoin vaikuta ratkaisun lopputulokseen.

⁶³ Esimerkiksi oikeusperiaate ohjaa varsinaiseen ratkaisunormiin ohjaamalla pääsääntö-poikkeus -ratkaisuun. Ks. jäljempänä s. 67—68.

⁶⁴ Toinen asia on, että mainittu periaate voidaan aivan hyvin *lisätä* tai *konstruoida* moniinkin ratkaisuihin. Esim. KKO 1960 II 100, jossa asunto-osakkeiden ostajan ja myyjän välisessä suhteessa OikTL 33 §:ää soveltamalla päädyttiin vain osittais- eikä kokonaispäte-

katsoa sen olevan voimassa Suomenkin oikeudessa. Oikeusperiaate saaneekin suoranaisen ja yksiselitteisen vahvistuksen yksittäistapauksessa vain silloin kun ns. kiperä tapaus (hard case) ratkaistaan sen nojalla.⁶⁵ Se, että periaatteiden voimassaolo perustuu keskeisesti hyväksyttävyyteen, antaa järkevän sisällön väitteille, ettei jokin normi *ihan vielä* sisälly voimassaolevaan oikeuteen tai ettei jokin normi *enää kohta* ole voimassaolevan oikeuden mukainen. Hyväksyttävyyssuhteiden avoimuus muutoksille merkitsee nimittäin juuri sitä, että tietämällä *muutoksen suunta* tuollaiset väitteet ovat perusteltuja.⁶⁶

Voimassaolon tunnusmerkkien erilainen painottuminen johtaa myös siihen, ettei ero *de lege lata* ja *de lege ferenda* ole oikeusperiaatteista kirjoitettaessa samalla tavoin merkityksellinen kuin oikeussäännöistä kirjoitettaessa. Jos oikeusperiaatteelle on pystytty esittämään riittävästi institutionaalista tukea, jotta sitä voidaan pitää legitimiinä kyseisessä yhteiskunnassa, on johdonmukaisesti väitettävä myös, että oikeusperiaate on (jo) voimassa.⁶⁷

mättömyyteen, on ymmärrettävissä osaltaan myös sen näkökohdan varassa, että kokonaispätevämmätkin olisi merkinnyt sitä, että epäasiallisesti menetellyt taho olisi (mahdollisesti) hyötynyt, koska alkuperäisen kauppahinnan palauttamalla tämä olisi saanut myytäväkseen jo kerran myymänsä asunnot.

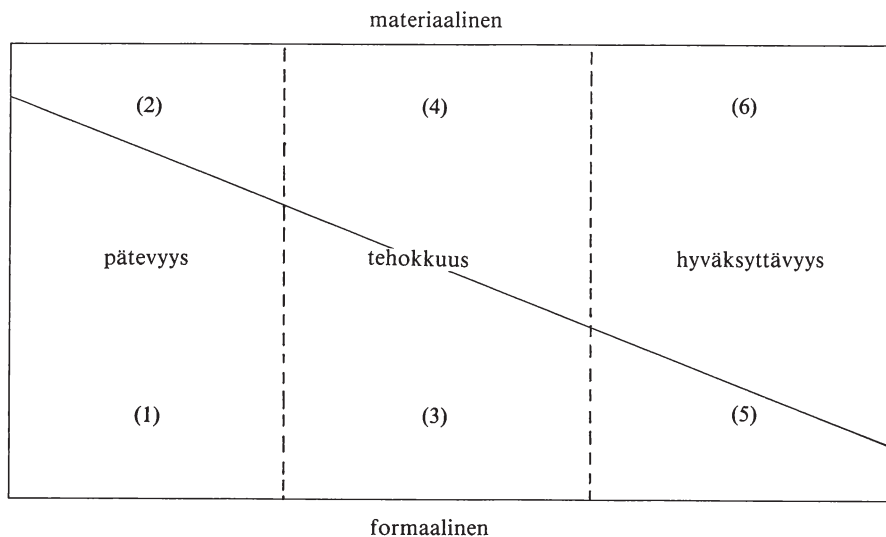
⁶⁵ Kiperä tapaus on tapaus, joka ratkaistaan yksinomaan oikeusperiaatteiden avulla. Samaa suomenkielistä ilmausta termille ”hard case” käyttää myös *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa. Ks. kiperästä tapauksesta tarkemmin jäljempänä s. 65–67. Makkosen terminologiassa kiperä tapaus tarkoittaa sääntelemätöntä tilannetta, ks. siitä *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 144–153. *Alexy* kirjoittaakin, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien s. 20, että jokaisessa aidossa aukkotapauksessa punnitaan periaatteita. *Taxell*, Tankar om rättssäkerhet s. 364, kirjoittaakin, että oikeusaukot ratkaistaan oikeusperiaatteiden avulla. Vrt. *kuit. m.kirj.* s. 365: yleiset oikeusperiaatteet eivät ole juridisesti velvoittavia.

⁶⁶ Tämä merkitsee yleisesti oikeudellisen voimassaolon purkamisesta kaksijakoisen luokittelun sijasta jatkumoksi. Vrt. *Hartin*, The Concept of Law s. 171, esittämään: oikeuden ja moraalien ero tuo havainnollisesti esiin väite, että jokin ei enää olisi *tietystä päivästä* kiellettyä. *Hartin* mukaan tuollainen väite nimittäin on paradoksi tai mieleton väite, jos se esitetään moraalinnormista; sen sijaan väite on luonteva puhuttaessa oikeudesta. Vrt. myös *Dworkinin*, Taking Rights Seriously s. 41, havaintoon: periaatteen voimassaolosta (validity) puhuminen tuntuu oudolta, koska kaksijakoinen voimassaolokäsitys ei pysty ottamaan huomioon periaatteen painon ulottuvuutta. Vrt. vielä KKO 1984 I 4 perusteluihin: ”Lainsäädännössä . . . enempää kuin muissakaan seikoissa, joiden perusteella . . . oikeusvaikutuksia oli arvioitava, ei vuoden 1963 jälkeen (aikaisemman KKO:n ratkaisun vuosi, JP) ollut tapahtunut sellaisia muutoksia, että KKO:lla olisi ollut perusteltua aihetta poiketa tuosta kannasta.” Vrt. tuota perustelua Ruotsin korkeimman oikeuden tapaan argumentoida uuden AvtL 36 §:n perusteilla ratkaistessaan tapausta, jossa oli käytettävä vanhaa, skuldebrevslagen 8 §:ää, ks. tarkemmin NJA 1979 s. 483.

⁶⁷ Vrt. myös keskusteluun siitä, oliko tuomioistuimilla ennen OikTL 36 §:n säätämis-

Voimassaolon kolmea kriteeriä, pätevyyttä, tehokkuutta ja hyväksyttävyyttä voidaan myös tarkastella formaalilta tai materiaaliselta kannalta. Kriteerien aloista saadaan tällöin seuraava kuvio:

Kuvio 1. Voimassaolon tunnusmerkkien kaksi tarkastelutapaa.



Pätevyyden formaali lukutapa (1) pelkistää ongelmaksi perustuslain säätämisen asettamisen noudattamisen. Pätevyyden materiaallinen puoli (2) liittyy siihen, mitä Aarnio on kutsunut systeeminulkoiseksi, materiaaliseksi pätevyysarvioinniksi.⁶⁸ Tehokkuuden formaali lukutapa (3) merkitsee kantaa, jonka mukaan mikä tahansa järjestys on parempi kuin kaaos.⁶⁹ Tämän vastapainoksi saatetaan korostaa tehokkuuden merkityksen liittyvän siihen, millainen on sisällöltään tehokas järjestys (4).⁷⁰ Hyväksyttävyyden formaalia puolta (5) Hart kutsuu luonnonoikeuden minimisisällöksi, kaiken (länsimai-

tä yleinen oikeus sopimusten sovitteluun, esim. *Norri*, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 128–135 ja siinä viitattu.

⁶⁸ *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 38.

⁶⁹ *Peczenik*, *Rätt och moral* s. 618–619.

⁷⁰ Ks. *Bruun—Wilhelmsson*, *Rätten, moralen och det juridiska paradigm* s. 701–713.

sen) oikeuden käsitteelliseksi ehdoiksi.⁷¹ Oikeuden voimassaolon kriteereissä hyväksyttävyyden materiaallinen puoli (6) on sitä, että oikeusnormi vastaa ihmisyhteisön perusarvoja ja keskeisiä päämääriä.⁷²

Formaalista ja materiaalista lukutapaa voidaan soveltaa kaikkiin kolmeen voimassaolon kriteeriin. Kuvioon 1 piirretty vinoviiva kuvastaa sitä, että lukutavat soveltuvat alustavasti eri tavoin eri kriteereihin. Formaali lukutapa soveltuu luonnostaan paremmin pätevyYTEEN, materiaallinen hyväksyttävyyteen.

Hyväksyttävyys on oikeusperiaatteiden voimassaolon keskeisin peruste. Dworkinin käyttämä ilmaus oikeuskulttuurin mukaisuudesta viittaa hyväksyttävyyden molempiin puoliin, sekä materiaaliseen että formaaliseen.⁷³ Periaatteen kuuluminen oikeusjärjestykseen ei tavallisesti perustu viranomaisaktiin (lain säätämiseen, tuomarin ratkaisuun), vaan juridisen ammattikunnan ja kansalaisten keskuudessa vakiintuneeseen käsitykseen periaatteen sopivuudesta.⁷⁴

⁷¹ Hart, *The Concept of Law* s. 189—195. Siitä huolimatta, että Hart kutsuu erittelemäänsä minimisisältöä — yleistä henkilöllisen koskemattomuuden suojaa, omistuksen suojaa, resurssien käytön ja jaon perussääntöjä — sisällölliseksi, näitä elementtejä voidaan hyväksyttävyyden kannalta pitää (myös) formaaleina. Ne on nimittäin välttämättä hyväksyttävä, niiden hyväksymiseen ei liity valintaa. Kyse on sellaisista käsitteellisistä ehdoista, jotka liittyvät oikeuteen ihmiselämän suhteiden sääntelijänä: itse elämän jatkuvuuden turvaaminen tulee tätä kautta oikeuden ehdoksi. Ehkä on oikeinta sanoa, että luonnonoikeuden minimisisältö sijaitsee diagonaalilla, joka jakaa hyväksyttävyyden formaalia ja materiaalista lukutapaa. Formaalitylta kannalta se on oikeuden käsitetunnusmerkkien edelleenkehittämistä, materiaalitylta kannalta sellainen kiistaton sisällöllinen lähtökohta, joka kaikella oikeudella on oltava. Ks. myös m.t. s. 176.

⁷² Monet keskeiset voimassaoloa koskevat kiistat liittyvät yrityksiin ensisijaistaa joko formaalinen tai materiaallinen lukutapa taikka yrityksiin perustella yhden kriteerin kannalta vain toisen lukutavan olevan mahdollinen. *Kelsen*, *Puhdas oikeusoppi* ja *Hart*, *The Concept of Law* pyrkivät ensisijaistamaan formaalisen lukutavan, luonnonoikeus puolestaan materiaalitylisen. Alchourrón ja Bulygin pyrkivät puhdistamaan pätevytyden kaikesta materiaalitylisestä, ks. *Normative Systems* s. 72—75.

⁷³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 40. Vrt. esim. *Makkonen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* s. 196—197, *Tuori*, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta* osa II s. 673—674, *Konstari*, *Harkintavallan väärinkäyttö* s. 7 ja *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* 3 luku, jossa osoitetaan lainsäädäntöön ja oikeustapauksiin viitaten, että Suomen velvoite-oikeuteen kuuluu heikomman hyvittämisen periaate. Kaikissa mainituissa esityksissä korotetaan sitä, että voimassaoleviksi väitetyille oikeusperiaatteille on pystyttävä osoittamaan yhteys säädöksiin tai soveltamiskäytäntöön. Niissä siis painotetaan oikeusperiaatteiden voimassaolon kriteereinä pätevytyttä ja tehokkuutta. *Makkosen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* s. 218, mukaan yleisten oikeusperiaatteiden soveltamisen varsinainen ongelma ei kuitenkaan ole siinä, vallitsevatko ne vai eivät, vaan niiden yleisyydessä. Niiden ”eksistenssiä kuvaavien oikeusnormilauseiden referenssi on tavattoman laaja”.

⁷⁴ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 40. Dworkin jatkaa: ”Their (oikeusperiaattei-

Hartin analyysi oikeudesta tiivistää voimassaolon (validity) ongelmat kysymykseksi siitä, millainen on asianomaisen oikeussysteemin tunnistamissääntö (rule of recognition). Normin voimassaolo ratkaistaan selvittämällä, täyttääkö se tunnistamissäännön asettamat edellytykset. Yksi tapa kuvata tunnistamissääntöä on sanoa, että se sisältää — osaksi oikeussysteemistä riippuen — vaihtelevan yhdistelmän pätevyydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä. Tällöin esitetty oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden voimassaoloperusteiden ero olisi siinä, että oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tunnistamissäännöt olisivat erilaisia.⁷⁵ Pohjimmaltaan ero on kuitenkin tätä olennaisempi. Juridisen ammattikunnan ja kansalaisten suhtautumisella oikeuteen on Hartin konseptiossa (vain) välillinen yhteys oikeuteen siten, että oikeusjärjestykselle on ominaista se, että mainitut ryhmät *hyväksyvät* tunnistamissäännön. Tätä Hart kutsuu sisäiseksi näkökulmaksi tunnistamissääntöön (internal point of view). Sen sijaan mainittujen ryhmien mielipiteet yksittäisistä normeista (aborttikielto, seksuaalirikokset, jne.) eivät saa merkitystä oikeusnormien voimassaolon kannalta. Jos edellä esitetty analyysi oikeusperiaatteista pitää paikkansa, se merkitsee kuitenkin sitä, että oikeusperiaatteilla on jatkuva ja välitön yhteys hyväksyntään. Siten ero ei olisi erilaisissa tunnistamissäännöissä, vaan siinä, *ettei oikeusperiaatteilla ole lainkaan* tunnistamissääntöä.⁷⁶ Tunnistamissääntö on Hartille keskeinen peruste erottaa oikeus moraalista. Moraalin normeilla ei ole tunnistamissääntöä, oikeudella on aina. Sen vuoksi esitetty oikeusperiaatteiden voimassaolokäsitys merkitsee myös sitä, ettei oikeutta voikaan erottaa moraalista (ja politiikasta) Hartin esittämällä tavalla.⁷⁷

den, JP) continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained.” *ibid.* Tämä ei merkitse sitä, etteikö periaatetta voitaisi säätää lailla. Lainsäädännön olemassaolo ei vain kelpaa *yksinomaiseksi* testiksi tarpeellisen institutionaalisen tuen tasosta tai lajista. Oikeusperiaatteen voimassaolon ratkaisemisessa sitä koskevalla lakitekstillä tai sellaisen puutteella on harvoin merkitystä. Esimerkiksi Weimarin valtiosäännön artiklan 152 mukaan ”Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Massgabe der Gesetze. . .”. *Muukkonen*, Sopimusvapaudesta s. 601, huomauttaa kuitenkin, että länsimaissa sopimusvapautta pidetään voimassaolevana lakitekstistä riippumatta. Vrt. *Aarnion*, The Rational as Reasonable s. 43—46 ja 188—193 hyväksyttävyydestä kirjoittamaan. Ks. yleisesti myös *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 86—91. Vrt. myös HE 247/81 s. 4: ”Tärkeiden sopimusoikeudellisten periaatteiden on käytävä ilmi kirjoitetusta laista. Yksi tällainen keskeinen normi on tuomioistuinten mahdollisuus kohtuullistaa sopimuksia.”

⁷⁵ Hart puolestaan edellyttää, että kulloinkin vain yksi tunnistamissääntö vallitsee (voivallita), The Concept of Law s. 97—100.

⁷⁶ Ks. myös *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 64—68.

⁷⁷ Vrt. MacCormickin yritykseen, Legal Reasoning and Legal Theory s. 240—246, ”pelastaa” oikeusperiaatteiden tunnistamissääntö siten, että oikeusperiaatteiden voimassaolo

Oikeuden ja moraalin lomittuminen näkyy myös siten, että periaatteiden johtamisen⁷⁸ perustana on voimassaolon hyväksyttävyysskriteerin ensisijaisuutta vastaavasti tietty arvo tai tavoite, joka puolestaan saattaa näkyä suoraan-kin jostain säännöksestä. Esimerkiksi oikeudenmukaisuus näkyy OikTL 36 §:ssä kohtuullisuusvaatimuksena (kohtuuttomuuskieltona). Makkonen viittaa siihen, että periaatteen yleistäminen perustuu samaan arvostukseen, joka on vaikuttanut yleistyksen perusteiksi väitettyjen oikeusnormien (tarkemmin: oikeussääntöjen) säätämiseen.⁷⁹ Makkosen mukaan periaatteiden taustalla ovat yhteiskunnassa vallitsevat perusasennoitumiset tai itse järjestelmässä vallitsevat sisäiset välttämättömyydet.⁸⁰

Periaatteiden kuuluminen oikeusjärjestykseen tekee siitä moraalin suhteen

(validity) olisi aina johdannainen oikeussäännöistä, ja jälkimmäisten voimassaolo perustuisi tunnistamissääntöön.

⁷⁸ Yleistämisen tai ns. legaalisen induktion ongelmasta ks. yleisesti esim. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 225—237 ja *Aarnio*, Mitä lainoppi on? 6. luku. Keskeinen ongelma heille on ollut induktiivisen yleistämisen perusta. Esim. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 231, kirjoittaa, että ”yksittäisistä normeista yleistäminen edellyttää kätketysti oikeusjärjestyksen tuntemuksen”. Tällöin väitetyt induktion perustana eivät ole tietyt normit vaan tuollainen tuntemus.

⁷⁹ Hän tarkoittaa siinä yhteydessä (Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 237) tapaa johtaa BGB 242 §:stä yleinen Treu und Glauben -periaate, BGB 826 §:stä yleinen hyvän tavan vastaisuuden kieltö ja BGB 226 §:stä yleinen shikaanikieltö. Vrt. myös siihen, mitä edellä s. 16—17 kirjoitettiin työntekijän suojeluperiaatteen käsittämisestä lainsäädäntöpoliittiseksi eikä oikeusjärjestykseen sisältyväksi näkökohdaksi. Ks. myös *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 154—155, joka viittaa siihen, että myös oikeusperiaatteita voidaan säätää säätämällä tietynsisältöisiä lakeja ja että oikeusperiaatteita voidaan muuttaa muuttamalla oikeussääntöjä. Samoin *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 217. Vrt. myös siihen, että oikeussääntöön saattaa sisältyä omaan yleistettävyyteensä viittaava lausuma. Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 10 §:ssä lapsen edun todetaan olevan ratkaisuperuste, jota on sovellettava ”ennen kaikkea”.

⁸⁰ *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 237—242. Mainitut kohdat ovat sitä ”oikeusjärjestystä koskevaa tietoa”, minkä Makkonen induktiosta kirjoittaessaan väittää olevan induktiivisen yleistyksen todellinen pohja. Ks. myös *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 86—87, joka kirjoittaa siitä, kuinka sama periaate voi kontekstista riippuen saada oikeudellista tai moraalista relevanssia: ”Our example of the extent to which moral principles are tied to the context shows how ambiguous the line is between law and morals, when that line is examined from the point of view of a legal decision. Already the fact that moral principles can be a source of law — in some relevant sense of the concept — shows that it is impossible categorically to draw a line.” Ks. vielä *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 126: ”yleislausekkeet merkitsevät sitä, että tiedostetut arvostukset tuodaan muovaamaan oikeusjärjestyksen sisältöä ja yhteiskuntamoraali tunkeutuu oikeusjärjestykseen.”

ns. avoimen systeemin.⁸¹ Oikeusjärjestys saa jatkuvia, sen sisäistä rakennetta muuttavia vaikutteita moraalista. Tämä moraalinen mahdollisuus vaikuttaa oikeusjärjestyksen sisältöön oikeusperiaatteiden kautta näkyy Alexyn mukaan selvimmän perustuslaista ja siihen sisältyvistä perusoikeuksista.⁸² Yhtä hyvänä esimerkkinä voidaan pitää sopimusoikeutta, sen sopimusvapauden periaatetta ja kohtuusperiaatetta. Yhteiskunnallisia hyötynäkökohtia puolestaan heijastelevat vaihdannan intressin ja heikomman hyvittämisen periaatteet. Vaikka molemmilla viimeksi mainituilla on yhteyksiä arvoihin (vapauden ja vastaavasti oikeudenmukaisuuteen), ne ovat luontevimmin ymmärrettävissä tiettyiksi yhteiskuntapoliittisiksi tavoitteiksi. Siten juuri se, että oikeuteen sisältyy periaatteita, merkitsee sitä, ettei oikeutta voida erottaa tarkkarajaisesti yhteiskunnan muista normijärjestelmistä, erityisesti moraalista ja politiikasta.⁸³

Sinänsä se, että laissa käytetään käsitettä, jonka täsmentäminen on sidoksissa moraalisiin, ei vielä välttämättä merkitse tässä tarkoitettua avoimuutta, joka on siten eri asia kuin (vain) se, että jossakin säännöksessä on käytetty moraalipitoista, moraalista(kin) arviosta sisältönsä saavaa termiä, kuten ”hyvä tapa” tai ”kohtuuton”. Tällaisessa tilanteessa oikeuden autonomisuus voi vielä säilyä siten, ettei tuollainen termi johda siihen, että sen taustalla olevalla moraaliarvolla olisi ”säteilyvaikutuksia” muihin säännöksiin. Oikeudellinen ajattelutapa voidaan edelleen pyrkiä säilyttämään täysin puhtaana moraalista. Moraalisen arvion käyttö rinnastuu joidenkin erityistieteiden tulosten käyttöön tosiasiakysymyksen selvittämisessä: onhan myös se, onko esimerkiksi laite keksinnöllinen teknisessä mielessä, selvitettävissä patenttiasiaissa ilman että juristista tulee insinööriä. Samoin vaikka esimerkiksi vilpittömän mielen instituutin taustalla on rehtiyden ja rehellisyyden arvostaminen, ei ole välttämätöntä käyttää rehellisyysnäkökohtaa laajentavasti ja soveltaa sitä esimerkiksi sopimusneuvotteluihin tai yleistää siitä lojaliteettivelvollisuutta koko sopimussuhteeseen. Tässä teoksessa oikeuden avoimuudella moraalinen ja politiikan suun-

⁸¹ Ks. esim. *Knoph*, *Rettslige standarder* s. 21—22.

⁸² Ks. tarkemmin *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 159—161.

⁸³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 40. Periaatteiden tarkemmasta erittelystä oikeusjärjestelmän osana ks. m.t. s. 90—130 (the right thesis, the soundest theory of law-ideat). Tämä on myös yksi mahdollisuus osoittaa toiminta-alue tutkimussuunnalle, jota *Kivivuori*, *Politische Rechtswissenschaft*, on kutsunut poliittiseksi oikeustieteeksi. Jos Kivivuoren esityksen termi ”oikeusteksti” muutetaan termiksi ”oikeusperiaate”, havaitaan selvästi hänen ideoidensa soveltamiskelpoisuus oikeusperiaatteisiin kohdistuvaan tutkimukseen. Kun oikeusperiaatteilla on jatkuva yhteys muuhun yhteiskuntaan, on oikeusperiaatteiden sisällön selvittäminen paljolti — joskaan ei täysin — muuta kuin perinteistä lainopillista tutkimusta.

taan tarkoitetaan kuitenkin juuri oikeusperiaatteiden itsenäistä merkitystä. Moraalin kuuluminen oikeuteen ei ole kontingentti, lainsäätäjän kulloisestakin toiminnasta johtuva seikka, vaan oikeuden välttämätön piirre. Kaikki oikeusnormit kuuluvat osana systeemiin, joka on moraalipitoinen, vaikka moraaliarvostelmat eivät olisikaan näkyvä osa kutakin yksittäistä normia. Avoimuus on oikeuden, moraalin ja politiikan *jatkuvaa* vuorovaikutusta, sitä pysyvää merkitystä, joka oikeuteen kiinnittyneillä moraalisisilla ja poliittisilla arvoilla ja tavoitteilla on oikeusnormien käytössä. Moraali ja politiikka eivät jää pelkäksi oikeuden (sisällön) selitykseksi, kuten muun muassa analyttisen siviilioikeuden tutkijat esittivät, eivätkä myöskään pelkästään oikeuden merkityksellisyyden (tavoitteellisuuden) lähteeksi, kuten Weberillä.⁸⁴

1.5. Sääntöjen ja periaatteiden jännite

1.5.1. *Alexyn ja Dworkinin kannanotot*

Avoimimpia kohtia Alexyn esityksessä on säännön ja periaatteen erisuuntaisuus tilanne. Peruserottelun, sääntö — periaate, valossa säännön ja periaatteen jännite ei voi olla varsinainen konflikti. Sääntö sivuuttaa aina vastassaan olevan periaatteen, koska säännön voimassaolo *merkitsee* juuri sen edellyttämän ratkaisun ehdottomuutta. Oikeusvaikutuksiksi tulevat täsmälleen säännön määräämät oikeusvaikutukset. Toiseen suuntaan osoittavan periaatteen optimointi tulee mahdottomaksi ja se väistyy täysin.

Tällainen johtopäätös lieenee kuitenkin yleisen, vaistonvaraisen juridisen käsityksen vastainen. Tunnistamme helpohkosti tilanteita, joissa sääntöä ei noudatettukaan, koska jokin periaate edellytti vahvasti toisenlaista ratkaisua. Sään-

⁸⁴ Ks. tarkemmin *Zitting*, Arv. teoksesta *Telaranta*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisuuksien s. 987—988 sekä työntekijän suojeluperiaatteen kannalta sen käsittäminen vain lainsäädäntöpoliittisena tai *myös* oikeudellisenä. Vasta jälkimmäinen merkitsee tässä teoksessa tarkoitettua avoimuutta. Vrt. siihen, mitä aiemmin (s. 17) kirjoitettiin Vuoriosta. Moraalin ja politiikan asemaa oikeuden merkityksellisyyden taustana korostaa *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 181—184 kirjoittaessaan näiden asioiden eksegeettisestä yhteydestä. Lainsäätäjä voi toimia arvorationaalisesti tai tavoiterationaalisesti. Oikeuden merkitys (Sinnhaftigkeit) liittyy (vain) oikeuden asettamiseen, ja jää Weberillä siten ulkoiseksi. Weberille oikeuden merkityksellisyys oli tärkeää sen vuoksi, että vasta tällä edellytyksellä oikeusologia oli tieteenä mahdollista; ks. tästä tarkemmin *Kronman*, *Weber* s. 56—67. Ks. vielä *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 121—122 ja *sama*, Oikeuden rationaalisuus s. 7—55.

tö sai tällöin väistyä periaatteen tieltä. Erityisen selvästi tämä pulma kohdataan muotosääntöjä käytettäessä. On esitetty, ettei muotosäännöistä tulisi pitää tiukasti kiinni, jos kohtuussyyt (kohtuusperiaate) edellyttävät muuta.⁸⁵ Muotosäännösten käytön havainnollistama ongelma voidaan yleistää kaikkiin oikeussääntöihin, joissa tunnusmerkistö perustuu muodollisiin näkökohtiin. Ehkä vielä äskeisiä tilanteita useammin tunnistamme tilanteita, joissa jännite oli juuri säännön ja periaatteen välinen, juuri niitä ”punnittiin keskenään”, vaikka päädyttiinkin siihen, ettei sääntöä voi syrjäyttää periaatteen vuoksi.⁸⁶

Jos oikeussääntöä ei todellakaan käytetä tapauksen ratkaisussa, on kysymys ns. *contra legem* -tilanteesta.⁸⁷ *Contra legem* -tilanteella tarkoitetaan si-

⁸⁵ Ks. esim. *Muukkonen*, Kiinteistönkaupan muotovirheeseen vetoamisen kohtuutto-
muudesta erään oikeustapauksen valossa s. 12—13 ja siinä viitattua sekä *sama*, Muotosään-
nökset s. 219—221. Muukkonen korostaa, että ongelma tulisi nähdä juuri muotosäännök-
sestä poikkeamisena yksittäistapauksessa eikä sitä tulisi yrittää palauttaa esimerkiksi muo-
tosäännösten tulkintaan tai eroon toisaalta oikeuden olemassaolon ja toisaalta siihen vetoa-
misoikeuden välillä. Ks. myös *Ylöstalo*, Formkrav och billighet s. 304: ”... ett formfel kunde
undantagsvis lämnas obeaktat i situationer, i vilka befrielse från avtalet skulle vara att anse
som uppenbart obilligt”. (kursiivi poistettu). Ylöstalon kirjoitus oli alustus Juridiska före-
ningens keskustelukysymykseen 10. 3. 1961. Ks. myös KKO 18. 10. 1961 N:o 3224 (ks. sii-
tä *Muukkonen*, m.kirj.), jossa muotosäännön soveltamatta jättämistä puolsivat mm. seu-
raavat tekijät: sopimusta ei edes väitetty materiaalisesti virheelliseksi (kohtuusperiaate, so-
pimusvapauden periaate), sopimuksen nojalla oli toimittu usean vuoden ajan (passiviteetti-
näkökohta vaihdannan intressin periaatteessa). Lopputulos oli tuolloin kuitenkin se, että
muotosäännösten tiukkaa ylläpitämistä edellyttävät periaatteet olivat painavampia; vrt. täl-
tä osin oikeusneuvos Osvi Lahtisen eriävään mielipiteeseen ratkaisussa ja tuon eriävän mie-
lipiteen perusteena olevaa muoto/funktio -ajattelua, joka johdonmukaisesti sovellettuuna joh-
taa siihen, että muotosäännöt ovat voimassa vain silloin, kun niiden funktiot voivat täyt-
tyä. Toisin *Ylöstalo*, m.kirj. s. 303—304, joka toteaa muotosääntöjen järjestelmästä poik-
keamisen edellyttävän hyviä perusteita eikä siis niin, että muotosäännösten *ylläpitäminen*
vaatisi hyviä perusteita. Lahtinen puolestaan katsoi edellä mainittuun ratkaisuun liittyvässä
eriävässä mielipiteessään, ettei maakaaren 1 luvun 2 § soveltunut tapaukseen, koska sen yl-
läpitämisellä ei enää voitu saavuttaa muodon tarkoitusta, joka oli toteutunut muutoinkin.
Ks. vielä *Aarnio*, Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä sekä *Helin*, Oikeusta-
pauskommentari tapaukseen KKO 1987: 37 s. 65—68. Sopimus oikeudessa yleisemmin ks.
Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1697—1701.

⁸⁶ Usein kuulee väitettävän, että jokin ratkaisu tosin on lain kirjaimen mukainen mutta
lain hengen vastainen. Epämääräisyydestään huolimatta termi ”lain henki” viittanee juuri
kyseiseen säännöstöön sisältyviin oikeusperiaatteisiin. Vrt. myös 13. tuomarinohjeeseen: ”Yh-
teisen kansan hyöty on paras laki; ja sentähden mikä havaitaan yhteiselle kansalle hyödylli-
seksi, se pidettäköön lakina, vaikka säädetyt lain sanat näyttäisivät toisin käskävän.”

⁸⁷ *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 205: ”tuomioistuin huoli-
matta vallitsevasta isomorfiasta *tietoisesti poikkeaa laista*. . .”. *Takki*, Lainkäyttäjän lain-
säättäjän työn jatkajana s. 214—217, on käyttänyt termiä *contra legem* -toiminta. Termi on-

ten tilannetta, jossa tapaus olisi voimassaolevien oikeussääntöjen mukaan ratkaistava tietyllä tavalla, mutta jossa ratkaisua tietoisesti ei annetakaan noiden sääntöjen mukaisena. Tarkemmin voidaan vielä erottaa kaksi *contra legem*-tilanteen tyyppiä, oikeudellinen ja ei-oikeudellinen. Oikeudellista *contra legem*-tilannetta voidaan luonnehtia ratkaisuksi, jossa oikeusjärjestelmän yksittäisestä elementistä poiketaan tuohon järjestelmään sisältyvien muiden elementtien perusteella. Ei-oikeudellinen *contra legem* olisi koko oikeusjärjestelmän sivuuttava ratkaisu. Jatkossa *contra legem* -ratkaisulla tarkoitetaan vain oikeudellista *contra legem* -tilannetta.

Säännön ja periaatteen erisuuntaisuuden analyysin jatkaminen ja tarkentaminen on tämän teoksen aiheen, sovittelun aseman sopimusoikeudessa, kannalta tarpeen sen vuoksi, että sopimusten sitovuus toteutuu tiettyjen oikeussääntöjen soveltumisena. Sopimusten sitovuus perustuu lakiin, muun muassa OikTL 1 §:ään. Yksi tapa asettaa sovittelua koskeva kysymys olisi siten katsoa sen aiheuttavan jännitteen kohtuusperiaatteen ja sopimuksen sitovuuden asettavien sääntöjen välillä.⁸⁸ Jos sääntö/periaate -erisuuntaisuustilanne jätetään kehittelemättä, olisi tuollaisen jännitteen ratkaisu se, että kohtuusperiaate väistyy aina sopimusten sitovuussäännön tieltä.⁸⁹

kin hyvä, koska siihen voidaan sisällyttää sekä ns. *contra legem* -tulkinta että soveltuvan oikeussäännön käyttämättä jättäminen. Tilanteille, joita tässä teoksessa on kutsuttu *contra legem* -tilanteiksi, voidaan antaa muitakin selityksiä kuin oikeussäännön käyttämättä jättäminen, ks. esim. *Larenz, Methodenlehre* s. 276–278, joka kirjoittaa oikeuden kehittämisestä. Myös saatetaan puhua ns. *desuetudosta*, siitä, että oikeussääntö lakkaa olemasta voimassa käyttämättömyytensä vuoksi.

⁸⁸ Tällainen jännite ei synny vain sovitteluratkaisun ja tarjouksen ja siihen annetun vastauksen sitovuuden säätävän OikTL 1 §:n välille, vaan myös silloin kun ei voida käyttää esimerkiksi OikTL 3 luvun pätemättömyysperustetta, vaikka tapauksessa on sen suuntaisia piirteitä. Tapaus läpäisee näin ajatellen pätemättömyyssäännön sitovuuskontrollin, ja jos tästä huolimatta OikTL 36 §:ää käytetään, loukataan itse asiassa tuota pätemättömyyssääntöä.

⁸⁹ Sovittelu kohtuusperiaatteen nojalla olisi siten oikeudellisena ratkaisuna mahdoton. Toisaalta on säädetty OikTL 36 §, joka tekee sovittelusta ratkaisijaa velvoittavan. I luvussa esitetyn mukaisesti tämä ongelma yritetään tässä teoksessa ratkaista sovittelun tarkoitusta vastaavalla tavalla vahvistamalla oikeusperiaatteiden asemaa suhteessa oikeussääntöihin. Siten vahvistetaan sisällöllisiin näkökohtiin *suoraan* pohjaavaa oikeutta suhteessa muodollisiin näkökohtiin pohjaavaan oikeuteen. Ks. myös *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 58: ”Kohtuusratkaisuhan merkitsee, että tuomari konkreettisesti tapauksessa toteaa abstraktisen oikeusnormin soveltumattomuuden (vaikka tuo normi ensi näkemältä näytti ’sopivan’). Oikeusteoriassa on havaittavissa se merkittävyys, että kohtuuden ja *contra legem* -tuomitsemisen sekä restriktiivisen tulkinnan probleemoja käsitellään kaikkia erillään, vaikka ne itse asiassa ovat sama ongelma. . . . Jos kohtuuden problemaa käsitellään erillisinä, on tavallisesti tyydyttävä aivan ylimalkaisiin fraaseihin oikeusnormien riittämättömyydestä ’elä-

Jatkokehittelyn lähtökohtana on Alexyn esittämä oikeussääntöjen voimassaolon vahvuusasteiden erottelu. Oikeussääntöjen voimassaolo saattaa hänen mukaansa olla joko tiukkaa tai syrjäytettävissä olevaa. Edellinen on *sääntötyypistä* ja jälkimmäinen *periaatetyypistä*. Sääntötyyppisten oikeussääntöjen voimassaoloa koskee sääntö R' ja periaatetyyppisten periaate P'. Voimassaolosääntöä R' ei voida sivuuttaa, jolloin sen ylläpitämä sääntö R₁ on ankara voimassa. Sääntö R₂, jota ylläpitää voimassaoloperiaate P', saatetaan sivuuttaa, jos tapaukseen soveltuva periaate P on painavampi kuin P' ja P vaatii P':n syrjäyttämistä yksittäistapauksessa.⁹⁰ Säännön voimassaolo on periaatetyypistä silloin, kun sen käyttäminen jää riippuvaiseksi sen taustana olevasta yksilöidystä pyrkimyksestä tiettyyn tavoitteeseen ja tietyn arvon edistämiseen. Esimerkiksi myyjän virhevastuuta rajoittavilla ns. *caveat emptor* -säännöillä pyritään kohottamaan ostajien tarkkaavaisuutta ja harkintaa. Muotosäännöillä pyritään edistämään oikeussuhteen molempien osapuolten harkintaa. Tällaisten sääntöjen käyttö voidaan jättää riippuvaiseksi siitä, että ratkaisija vielä (tarvittaessa) harkitsee, edistääkö ratkaisu (tyyppitapauksena) tuolaista tavoitetta. Toisinaan muodollisten tunnusmerkkien ehdottomuudesta saatetaan pitää tiukasti kiinni. Edellisessä tapauksessa muotosääntöjen voimassaolo on periaatetyypistä, jälkimmäisessä sääntötyypistä. Esitetty idea saattaa olla hyödyllinen myös säännön ja periaatteen jännitettä yleisesti arvioitaessa.

Dworkin puolestaan huomauttaa, ettei säännön ja periaatteen erisuuntaisuus ole varsinainen normikonflikti. Pikemminkin on kysymys siitä, että sääntö heijastelee toiseenkin suuntaan osoittavaa periaatetta. Tämä näkyy siten, että ilman periaatetta sääntö olisi jyrkemmin periaatteen vastainen. Nautintasäännöt eli normit, joiden mukaan pitkäaikainen käyttö aikaansaa oikeuksia, ovat vastakkaisia periaatteelle, ettei kukaan saa hyötyä tekemästään vääryydestä. Nautintasääntöjen tunnusmerkistöhän edellyttää juuri "vääryyden" tekemistä eli toisen omaisuuden luvaton käyttöä. Kun noissa säännöissä yleensä

män moninaisten muotojen hallitsemiseen', ja viitataan siihen, että tuomarit kaikkina aikoina de facto ovat kohtuusnäkökohtia noudattaneet. Mutta tieteellistä täsmällisyyttä ei mainitun kysymyksen käsittelyssä voida saavuttaa, ellei sitä nimenomaan yhdistetä restriktiivisen tulkinnan ja contra legem -tuomitsemisen edellytysten tarkkaan yksityiskohtaiseen selvittelyyn." Supistavan tulkinnan ongelmien pohtimisen sijasta tässä teoksessa yritetään tavoitella täsmällisyyttä erittelemällä pääsääntö-poikkeus -skeeman yhteyttä oikeusperiaatteisiin, muun muassa kohtuuteen. Ero Brusiinin ehdotukseen ei ole suuri, sillä säännön supistava tulkinta on perusteltavissa siten, että kyseinen sääntö on poikkeussääntö.

⁹⁰ Ks. Alexy, *Theorie der Grundrechte* s. 76 viite 24 sekä 122, joka täsmentää saman ongelman kysymykseksi siitä, milloin periaate sidonnaisuudesta perustuslain tekstiin voidaan sivuuttaa painavampien toisensuuntaisten periaatteiden vuoksi.

edellytetään käytön jatkuvan tietyn ajan, juuri tämä vaatimus on Dworkinin tarkoittama periaatteen heijastuma säännöissä. Vaadittava aika olisi huomattavasti lyhyempi ilman mainittua periaatetta.⁹¹

Myös säännön ja periaatteen erisuuntaisuustilanteissa voimme siten päätyä punnintaan. Tuo punninta ei kuitenkaan tapahdu suoraan säännön ja periaatteen painoarvojen välillä, vaan säännön ylläpitoa edellyttävien periaatteiden kokonaisuuden ja tapaukseen soveltuvien periaatteiden välillä.⁹²

1.5.2. Kehittelyä

Normeilla on oikeusjärjestyksessä erivahvuinen yhteys arvoihin ja tavoitteisiin. Lain ratio saattaa toisinaan olla varsin tekninen. Oletuksena on tällöinkin, että normistokokonaisuuteen (oikeusjärjestelmään) sijoitettuna tällaisetkin normit saavat sisällöllisen ration (ainakin) koko asianomaisen normiston yleisen ration näkökulmasta. von Wrightin terminologiaa käyttäen askelta säännön taakse voidaan kuvata siten, että oikeussäännön normatiivisuus palautetaan teknisen normin normatiivisuudeksi.⁹³ Oikeussäännöille on luonteenomaista, ettei niihin sisälly teknisen normin ehtolauseita. Oikeussäännöt ovat tästä näkökulmasta tavallisesti ehdottomia käskyjä, kieltoja, kelpuutuksia tai lupia. Oikeussääntöjen normatiivisuus on alkuperäistä, taustastaan riippumatonta, eikä palaudu säännön pohjana olevan arvon tai tavoitteen hyväksymiseen tai pätevyteen. Tietyissä tilanteissa, juuri säännön ja periaatteen joutuessa jännitykseen, joudutaan kuitenkin luopumaan riippumattomasta normatiivisuudesta. Oikeussäännön muodollista velvoittavuutta ei enää pidetä yksin ratkaisevana tekijänä. Säännön ja periaatteen jännite ei ratkea ilman, että tuosta ratkaisuudesta luovutaan. Ratkaisua varten joudutaan väliaikaisesti palauttamaan näkyviin riippumattoman normatiivisuuden tausta, muotoilemaan ehtolause.⁹⁴

⁹¹ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 77. Samoin esimerkiksi työntekijän suojeleperiaatetta vastaan puhuvat näkökohdat säilyttävät edelleenkin merkityksensä työoikeudessa, vaikka useat säännöt ovat suojeleperiaatteen mukaisia. Näiden vastaan puhuvien periaatteiden merkitys olisi Dworkinin esittämää soveltaen siinä, että kyseiset säännöt menisivät (vielä?) pitemmälle työntekijän suojeleen suuntaan ellei noita vastaan puhuvia tekijöitä olisi.

⁹² *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 77–78.

⁹³ Teknisellä normilla von Wright tarkoittaa normeja, joihin liittyy jokin ehtolause. Esimerkki teknisestä normista on ”Jos haluat virkistyä, lähde elokuviin”. Ks. esim. *von Wright*, *Norm and Action* s. 9–11.

⁹⁴ Muodollisesti palauttaminen olisi toisiaan täydentävien syllogismien muotoilua. Ensimmäinen, riippumaton syllogismi olisi S_1 : jos p (oikeustositteet) niin pitää olla q (oikeusvaikutukset). Toinen, ehdollinen syllogismi S_2 olisi LR (lain ratio): jos P (periaate) niin pitää olla S_1 .

Tuon ehtolauseen muotoilemisen tapoja on käsitelty keskustelussa, joka on koskenut sitä, onko kyseessä lainsäätäjän historiallinen vai potentiaalinen tarkoitust, onko kysymyksessä lainsäätäjän vai lain ratio jne. Tässä esillä olevan analyysin jatkamiseksi ei tarvitse ottaa kantaa siihen tarkempaan tapaan, jolla oikeussäännön normatiivisuus palautetaan tekniseksi normatiivisuudeksi. Käytän jatkossa lain ratio -termiä, joka ilmaisee oman kannanottoni edellä esitettyyn palauttamisen tapaa koskevaan erimielisyyteen.⁹⁵

Dworkinin ajatus *askeleesta säännön taakse* on siten avain sääntö/periaate -erottelun ja vaistomaisen juridisen käsityksen yhteensovittamiselle säännön ja periaatteen jännitetilanteessa. Analyysi voidaan tiivistää neljään havaintoon.

1. Säännön ja periaatteen jännite ei ole samantyyppinen kuin sääntöjen välinen ristiriita tai periaatteiden välinen kollisio. Sitä ei voi ratkaista sääntöjen ristiriitamaksiimeilla (*lex posterior* -maksimi ja vastaavat). Sääntöä ja periaatetta ei myöskään voi suoraan punnita; säännöllä ei ole suoraan vertailukelpoista painoarvoa tai systeemi-arvoa.

2. Jännitteen ratkaisu tapahtuu siirtymällä pulmalliseksi käyneen säännön voimassaoloa ylläpitäviin periaatteisiin. Säännön voimassaolon aspekteista on tässä erityistilanteessa valittava hyväksyttävyyys. Yleisellä tasolla siirtymä merkitsee lain ration selvittämistä. Lain rationa on jonkin arvon edistäminen tai johonkin tavoitteeseen pyrkiminen.

3. Dworkinin lähtökohtaa voidaan tässä täydentää Alexyn havainnolla voimassaolon kaksijakoisuudesta. Lain ratio saattaa johtaa joko vahvaan (sääntötyyppiseen) tai heikkoon (periaatetyyppiseen) säännön voimassaoloon. Vahvasti voimassaolevia oikeussääntöjä voidaan kutsua ankariksi säännöiksi. Esi-merkki ankarasta säännöstä on rikoslain rangaistavuuden vähimmäisikä eli Suomessa 15 vuoden ikä. Tuon rikoslain 3 luvun 1 §:n 1 momentissa säädetyn sään-

⁹⁵ Ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 199, siitä, kuinka tiettyjen oikeusperiaatteiden olemassaolon välttämättömyys ei ole loogista, vaan perustuu ”tuon elämänmuodon sisäisiin tekijöihin” tai ”oikeuspiirin perusarvoihin”. Makkosen esimerkki, jonka mukaan välttämättömyys olisi samanlaista kuin ”on syötävä, jotta nälkä lähtisi”, ei kuitenkaan ole hyvä. Parempi esimerkki olisi: ”On turvattava sopimusvapaus, jotta edistetään vapautta”. Ks. vielä *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 119—120. Kelsenin puhtaan oikeusopin keskeisiä lähtökohtia oli se, ettei lain ratiota saanut käyttää oikeuden normatiivisessa analyysissä. *Kelsen*, *The General Theory of Law and State* s. 53, kirjoittaa siitä, ettei rikosta saa kuvata niin, että se olisi lain rikkomista, koska silloin rikos tarkoittaisi lain tarkoituksen rikkomista. Rikos on oikeussäännön tunnusmerkistöongelma, ei ongelma lain ratiosta. Lain tarkoituksella voi olla merkitystä vain, jos se (poikkeuksellisesti) ilmaistaan normissa, m.t. s. 58. Ks. myös *sama*, Puhdas oikeusoppi s. 123—127.

nön voimassaolo on vahvaa eikä siitä voida esimerkiksi kohtuussyistä poiketa. Velvoiteoikeudessa 10 vuoden yleinen vanhentumissääntö (vanhentumisasetuksen 1 §) on ankaraa oikeutta.

4. Säännön ja periaatteen jännite ratkeaa säännön voimassaolon tyypin mukaan. Jos kyseessä on sääntötyyppinen (vahva) voimassaolo, sääntöä ei koskaan voida syrjäyttää periaatteen vuoksi; sääntö on ankara oikeussääntö. Jos säännön voimassaolo on periaatetyyppistä (heikkoa), jännite ratkeaa *punninnalla*, jossa vaakakupeissa ovat toisaalla säännön voimassaoloa edellyttävät arvot ja tavoitteet oikeusperiaatteiden painoarvoiksi muunnettuina ja toisaalla tapaukseen suoraan soveltuvat oikeusperiaatteet.⁹⁶ Kuten periaatteiden välisessä ristiriidassa yleensäkin, tällainen punninta perustuu painoarvoihin.⁹⁷

⁹⁶ Ks. myös *Takki*, Lainkäyttäjä lainsäätäjän työn jatkajana s. 216, jossa hän huomauttaa, ettei tuomioistuimen *contra legem* -toiminta ole vain lain sanamuodon vastaista tulkintaa, ”vaan ’epäoikeudenmukaisen’ säännöksen soveltamista vastoin sen selvää ratio-takin.” Hän tarkoittanee tässä kuitenkin säännöksen soveltamatta jättämistä.

⁹⁷ Säännön ja periaatteen konfliktia voidaankin kutsua kollisioksi. Ks. myös *Brusiin*, joka kirjoittaa Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 45–46, tuomarin pitävän tapausta kätkettynä aukkotapauksena ”jos aiotun ratkaisun ja vallitsevan oikeusvakaumuksen ristiriita on kyllin huutava” ja *Koskenniemi*, General Principles s. 141, jossa hän kirjoittaa siitä, miten periaatteiden avulla jokin normaali tapaus voidaan tunnistaa periaatteiden varassa ratkaistavaksi ja estää kohtuuttomat lopputulokset. Toisin KKO 1983 II 159 (ns. Kojärvi-tapaus): ”... Syytetyt ovat edelleen lausuneet toiminnallaan pyrkineensä auttamaan oikeuden toteutumista siten, että ehdittäisiin tehdä asianomaiset suojeluratkaisut ennen kuin ojitussuunnitelma pantaisiin täytäntöön. Koska he niin ollen ovat toimineet yhteiskunnalle arvokkaina pidettävien päämäärien hyväksi, heidän mielestään heidän tekonsa eivät olleet rangaistavia siinäkin tapauksessa, että ne täyttäsivät joitakin rikostunnusmerkistöjä. Näiden väitteiden johdosta KKO toteaa, että yksilöiden välisten ja yhteiskunnallisten ristiriitojen ratkaisemiseksi on inhimillistä yhteiselämää velvoittava oikeusjärjestys. Oikeusjärjestyksen tärkeän osan muodostavat oikeussäännökset, jotka määräävät miten ristiriidat ratkaistaan ja miten ratkaisut toteutetaan. Asian luonnosta johtuu, että erilaisia käsityksiä saattaa valita noiden säännösten ja niihin perustuvien ratkaisujen oikeudenmukaisuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta ja että säännökset osittain voivat olla vanhentuneita. Oikeusjärjestykseen sisältyviä säännöksiä muutetaan siten kuin perustuslaissa säädetään. Yhteiskuntarauhan kannalta ei voida puolustaa sellaista sääntöä, että yksilö tai ryhmittymä säädettävän lain kannalta ehkä yleisestikin hyväksyttävän perusteen tai päämäärän mukaisesti ryhtyisi oikeusjärjestyksen syrjäyttämällä toimimaan ikään kuin tuo peruste tai päämäärä jo olisi lainsäädännössä hyväksytty. Syytettyjen esittämä peruste ei siten poista tekojen rangaistavuutta.” KKO käyttää tässä perustelussaan oikeusjärjestystä merkityksessä *oikeussääntöjen* kokonaisuus. Sen vuoksi punninta ei tule näkyviin perusteluissa. Erityisesti jos luonnonsuojelua pidetään keskeisenä ympäristöoikeuden periaatteena, ei sen mukaisesti toimiminen voi olla koko ”oikeusjärjestyksen syrjäyttämistä”, vaan vain joidenkin oikeussääntöjen syrjäyttämistä oikeudellisin(kin) perustein.

Epäoikeudenmukaisen, kohtuuttoman lain noudattamisen puolesta puhuu kuitenkin aina muodollisen oikeusvarmuuden lisäargumentti, joka pätee keskimäärin oikeudenmukaisessa yhteiskunnassa.⁹⁸

Tällaisen ”toisen asteen” punninnan mielekkyys liittyy ajatukseen siitä, ettei lainsäätäjällä halua tarkoituksellisesti tahtoa ristiriitaisesti. Lähtökohtana on systeemin johdonmukaistaminen. Punninnalla pyritään ylläpitämään oikeusnormien koherenssia.⁹⁹

Eräillä aloilla, joilla asetetuista säännöistä poikkeaminen on ehkä koettu erityisen tarpeelliseksi, lainsäätäjän on puuttunut tuon ”toisen asteen” punninnan eli tapaukseen soveltuvan säännön voimassaoloa edellyttävien periaatteiden ja tapaukseen suoraan soveltuvien periaatteiden välisen punninnan suorittamiseen. On annettu normeja, joilla ratkaisija on saanut nimenomaisen mahdollisuuden poiketa saman lain muista oikeussäännöistä. OikTL 36 §:n lisäksi tällaisia ovat esimerkiksi vahingonkorvauslain 2:1.2, avioliittolain 103b §, verotuslain 56 §, rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentti ja rautatievastuulain 92 §. Lakeihin sisällytetyt, *contra legem* -ratkaisuihin oikeuttavat säännöt osoittavat lainsäätäjän olevan tietoinen siitä, että oikeudellinen sääntely saattaa toisinaan johtaa yksittäistapauksessa epätydyttävään lopputulokseen.¹⁰⁰ Lakiin

⁹⁸ Ks. esim. *Rawls*, A Theory of Justice s. 350—355 ja erit. 355: ”When the basic structure of society is reasonable just, as estimated by what current state of things allows, we are to recognize unjust laws as binding provided that they do not exceed certain limits of injustice.” Ks. myös *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 122 ja *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 208—209.

⁹⁹ Johdonmukaistaminen voi merkitä myös systeemin arviointia kohtuuden näkökulmasta. Vaatimus johdonmukaisuudesta saa tällöin tarkemman sisällön, jossa viitataan siihen, että koska systeemissä kohtuus on keskeisessä asemassa, ei *sen vuoksi* ole tämän kanssa koherenttia sallia systeemissä normeja, jotka johtavat kohtuuttomiin lopputuloksiin.

¹⁰⁰ Tuollaisten sääntöjen perustelu onkin liittynyt systeemin liialliseen kaavamaisuuteen. Ks. AL 103b §:n kannalta HE 62/86 s. 32: ”lähtökohtana on ollut se, että tasajaon periaatteen toteuttaminen poikkeuksettomana sääntönä saattaisi useissa, joskaan ei useimmissa tapauksissa johtaa kohtuuttomiin lopputuloksiin taikka siihen, että toinen puoliso voisi perusteettomasti saada taloudellisia etuja toiselta puolisoilta...”. Samoin *Koskelo*, Avioliittolain uudet ositussäännökset s. 968—969: ”... ositustulosta korjataan määräämällä *normaalisäännöistä poiketen* siitä, missä laajuudessa avio-oikeuteen perustuva tasajaon periaate tulee osituksessa sovellettavaksi.” (korostus JP) ja 969: mahdollisuutta sovitella ositusta tarvitaan ”yhtäältä sen vuoksi, että legaalinen aviovarallisuusjärjestelmä on varsin kaavamainen, kun taas avioliitot voivat poiketa toisistaan hyvinkin paljon...” Verotuslain 56 §:stä ks. *Tikka*, Veron minimoinnista s. 125—130, jossa verotuslain 56 §:n ympäristö kytketään formaalisen (sanatarkan tulkinnan) ja realistisen (pragmaattiset tekijät huomiioon ottavan tulkinnan) kahtiajaossa juuri realistiseen tulkintaan. Ks. myös m.t. s. 188: ”tarkasteltaessa veron kiertämistä ehkäisevän yleislausekkeen oikeudellista funktiota, voitaneen

voidaan sisällyttää maininta myös siitä, minkä periaatteen tai periaatteiden nojalla poikkeaminen on tehtävä. Usein on kysymys heikomman hyvittämisestä (esimerkiksi VahL 2:1.2).¹⁰¹ Velvoiteoikeudessa säännön soveltamatta jättämisestä on eräissä tilanteissa perusteltu vaihdannan intressilläkin.¹⁰²

Sen ohella että lainsäätäjä on toisinaan katsonut tarpeelliseksi muistuttaa ratkaisijaa mahdollisuudesta olla käyttämättä tapaukseen soveltuvia oikeussääntöjä, lainsäätäjä voi ottaa lausumillaan kantaa myös siihen, miten korkeaksi poikkeamiskynnys (sovittelukynnys) on asetettava. Näin voidaan antaa luonteva tulkinta välimiesmenettelystä annetun lain 18 §:ään sisältyvälle, välimiehiä koskevalle ilmaisulle: ”Mitä he har-

pitää lähtökohtana havaintoa, ettei lauseke muodosta sellaista itsenäistä veronormia, jonka tunnusmerkistö implikoisi tietyn veroseuraamuksen, kuten subjektin verovelvollisuuden tai laskentaerän veronalaisuuden tai vähennyskelpoisuuden. Ratkaisutilanteen lähtökohtana on aina kysymys tällaisen toisen normin soveltamisesta tai soveltamatta jättämisestä. Yleislauseke tulee ratkaisuprosessiin mukaan vasta siinä vaiheessa, kun lain soveltaja ei ole tosiseikkojen ja tuon toisen normin suhdetta koskevissa arvioinneissaan päätenyt tyydyttäväksi mieltämänsä tulokseen. Yleislausekkeen soveltaminen merkitsee itse asiassa sitä, että päätöksentekijä sen nojalla muuttaa toisen normin soveltamista koskevaa *prima facie* -arviointiaan.” sekä s. 208—214 ja 218. Tuomitsematta jättämisestä ks. Seuraamustyöryhmän mietintö 31. 10. 1986 s. 96—98, jossa todetaan, että toimenpiteistä luopumista voidaan tarkastella monelta kannalta ja että yksi peruste sille (m.t. s. 98) ”on tarve voida luopua seuraamuksesta sellaisissa tapauksissa, joissa tapaukseen liittyvän erityisen poikkeuksellisen syyn johdosta rangaistus vaikuttaisi kohtuuttomalta tai tarpeettomalta”. Vahingonkorvauksen sovittelun kannalta ks. HE 187/73 s. 13. Vrt. kaikkiin edellä mainittuihin säännöksiin BGB 242 §, jolle on pidetty ominaisena korjaavaa funktiota eli sitä, että sen nojalla voidaan yleisesti poiketa BGB:n muista normeista silloin kun ne johtaisivat kunnian ja luottamuksen vastaisiin tuloksiin. BGB 242 §:n korjaavassa käytössä on tarkemmin kuitenkin erotettava kaksi puolta: se, että sanottuun pykälään vedotaan kun poiketaan laista, ja se, mihin suuntaan lain korjaus tapahtuu. *Heck*, Grundriss des Schuldrechts s. 12—13, huomauttaa, että 242 §:llä korjaaminen perustui vilpittömän mielen suojaan. Tämän teoksen termein kysymyksessä oli BGB:n lukeminen siihen sisältyvän 242 §:n avulla vilpittömän mielen suojan dogmin kannalta.

¹⁰¹ Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 89—96 ja erit. s. 92: ”allmänt och grovt formulerat kan man säga, att SkL 2:1.2 särskilt skyddar den (i vidsträckt mening) ’fattiga gäldenären’ ”.

¹⁰² Tarkoitan tällöin välimiesoikeuksien tapaa poiketa kauppakaaren 9 luvun viivästyskorkosäännöistä ennen korkolakia. Vrt. Ylöstalon esitykseen, Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä s. 339—340, jossa hän selittää poikkeamista sillä, että ”on tuntunut kohtuuttomalta tuomita toisen pääoman käyttämisestä korvaus, joka tuntuvasti alittaa käyvän korkokannan.” Kysymyksessä oleva kohtuus lienee kuitenkin yhtä luontevasti tulkittavissa vaihdannan intressin näkökohdaksi. Tähän viittaavat Ylöstalon omatkin lausumat äskeisen sitaatin jälkeen: ”Todellisena syynä on ollut lainsäädännön yleisesti tunnettu vanhentuneisuus, jonka soveltaminen on näyttänyt *liike-elämässä vallitsevien käsitysten pohjalta* asiatomalta.” (korostus JP).

kitsevat oikeuden ja kohtuuden vaativan.” Välimiehet ovat aivan yleisten tuomioistuinten jäsenten tapaan sidottuja oikeuteen (so. oikeusnormeihin), mutta heillä on normaalia tuomioistuinta alhaisempi kynnys oikeussäännöstä poikkeamiselle.¹⁰³

1.5.3. *Contra legem* -tilanne ja sopimuksen sovittelu

Jos säännön käyttämättä jättäminen perustuu toiseen sääntöön, jopa lailla vahvistettuun, onko enää perusteltua puhua *contra legem* -tilanteesta? Ratkaisuhan perustuu oikeussääntöön. Eikö kysymyksessä ole normaali kahden oikeussäännön ristiriita, jossa toinen jää väistyväksi? Nähdäkseni tällaisiakin tilanteita pitää edelleen kutsua *contra legem* -ratkaisuiksi. Ensinnäkin edellä on perusteltu väitettä, että säännöstä poikkeaminen tapahtuu kuitenkin viime kädessä oikeusperiaatteen, ei oikeussäännön nojalla. Toiseksi se, että poikkeamiseen oikeuttavasta normista annetaan informaatiota lakitekstissä, ei välttämättä merkitse ratkaisuharkinnan argumenttien muutosta tilanteessa, jossa tuollainen informaatio palautuu muihin oikeuslähteisiin. Esimerkiksi Suomessa ei koskaan liene esitetty niin suppeaa oikeuslähteoppiä, että kirjoitettu laki olisi ainoa oikeuslähte. Jo oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 § asettaa lain rinnalle maan tavan. On siten oikeuslähteopillinen ongelma, voiko joistakin oikeussäännöistä poikkeamaan oikeuttava normi olla kirjoittamaton vai ei.¹⁰⁴

¹⁰³ Ks. mainitusta säännöksestä *Ylöstalo*, Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä s. 329–343, erit. 322–323: ”Suomen laissa omaksuttua järjestelmää on toisinaan kutsuttu keskitien järjestelmäksi, laissa kun ei ole jätetty välimiehiä yksin kohtuusseikkoja pohdiskelemaan mutta ei ole sidottu heitä myöskään lain normeja *kiinteästi* noudattamaan . . .” ja 337: ”Omasta puolestani olen lausunut, että välimiehillä on Suomessa valta ottaa *jossakin määrin laajemmalti* kuin valtion tuomioistuimella lukuun yksityistapauksen erityiset asianhaarat ja alan katsomukset ja käsitykset, joita ei ehkä voitaisi osoittaa tapanormeina vaikiintuneiksi.” (korostukset JP). Ylöstalon huomautukset merkitsivät tämän työn terminologialla ilmaistuna sitä, että välimiehillä on tavallista alhaisempi kynnys sivuuttaa tapaukseen soveltuva oikeussääntö sen vuoksi, että sen voimassaoloa edellyttävät periaatteet punnitaan yksittäistapauksessa kevyemmiksi kuin kohtuusperiaate.

¹⁰⁴ Havainnollisena esimerkkinä olkoon vertailu sopimusperusteisen vahingonkorvauksen sovittelun ja rikosoikeuden tuomitsematta jättämisen välillä. Sopimusperusteista vahingonkorvausta koskevien (osaksi kirjoittamattomien) oikeussääntöjen sovitteluun oikeuttavan säännön katsottiin olevan kirjoittamattomanakin voimassa (*Godenhjelm*, Om jämkning av skadestånd i inomkontraktuella förhållanden s. 412 ja KKO 1985 II 28, jossa sovittelua perusteltiin viittaamalla vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:stä ilmenevään oikeusohjeeseen). Sen sijaan tuomitsematta jättämisen katsottiin tulleen voimaan vasta nimenomaisella säädöksellä. (nykyisin rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentti). — Samaan tapaan kuin yleisestä oikeudesta kaikkien sopimusten sovitteluun käytiin keskustelua erityisten sovittelusääntöjen lisääntymisen myötä (ks. esim. *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit

OikTL 36 §:n valmistelussa ei erikseen käsitelty ongelmaa lain sovittelusta. Sen sijaan hallituksen esityksessä on seuraava lausuma¹⁰⁵:

”Toisaalta saattaa poikkeuksellisesti olla paikallaan sovitella lain kanssa sopusoinnussakin olevaa ehtoa. Laissa ei yleensä säännellä sopimussuhteita tyhjentävästi vaan ainoastaan tärkeimmiltä osin. Siten sopimuksessa saattaa olla laissa sääntelemättömistä kysymyksistä sellaisia ehtoja, jotka muuttavat laissa sallituksi säädetyn ehdon kohtuuttomaksi.”

Ilmaisun syntytaustana lieenee Ruotsin komiteanmietintö.¹⁰⁶ Toisin kuin Ruotsissa, lainvalmisteluaineisto ei meillä kuitenkaan sisällä perusteellisempaa pohdintaa siitä, tekeekö OikTL 36 § lain sovittelun mahdolliseksi.¹⁰⁷ Ruotsin komiteanmietinnössä asiasta on kirjoitettu seuraavasti¹⁰⁸:

”Utredningen har inte att ta ställning till frågan om jämkning bör ifrågakomma när tillämpningen av en lagregel (alltså inte ett avtalsvillkor som motsvarar en sådan regel) skulle betraktas som otillbörlig. Domstolarna torde i sådana fall vanligen begagna restriktiv tolkning som medel för att undgå tillämpning av regeln. Detta utesluter inte att jämkning också kan ifrågakomma. . . . Utredningen vill i övrigt erinra om att i tysk rätt bestämmelsen om ’Treu und Glauben’ (BGB § 242) sedan lång tid anses kunna åberopas även mot lydelsen av särskilda lagstadganden. Bestämmelsen har, såsom det uttrycks, ’eine korrektorisches Funktion’.”

Artikkelissaan vuodelta 1976 Hellner kuitenkin tulkitsee äsken siteerattua suppeasti. Hänen mielestään Ruotsin mietintö ei anna tukea ajatukselle, että

ja yrittäjien väliset sopimukset s. 726 viite 5) voidaan keskustella siitä, riittävätkö jo olemassaolevat, *contra legem* -ratkaisuihin oikeuttavat säännöt yleistävään johtopäätökseen. Onko oikeussääntöjen sovittelu yleisesti sallittua? Tässä teoksessa tärkeämpänä pidetään kuitenkin oikeussääntöjen erivahvuisen voimassaolon tunnustamista ja avointa pohdintaa siitä, mitkä eri alojen oikeussäännöt ovat ankaria ja mikä on tuollaisen ankaruuden selitys.

¹⁰⁵ Ks. HE 247/81 s. 14.

¹⁰⁶ ”Ett villkor, vilket överensstämmer med en lagregel, kan få en helt annan betydelse än lagen förutsätter när genom avtalet andra lagregler är ersatta med särskilda villkor.” SOU 1974:83 s. 141. M.t. s. 140 viitataan myös siihen, että kun Ruotsin markkinatuomioistuinin voi todeta kohtuuttomaksi ehdon, joka on Ruotsin kuluttajansuojalain pakottavien säännösten mukainen, pitää yleisellä tuomioistuimella olla siviilioikeudellisesti sama valta sopimusehdon suhteen.

¹⁰⁷ Ks. myös HE 247/81 s. 7, jossa Ruotsissa tehtyä AvtL 36 §:n muutosta selvitettyäessä kirjoitetaan virheellisesti, että säännöksen esitöissä (so. SOU 1974: 83) pidettäisiin mahdollisena sen soveltamista yhdistyslainsäädäntöön. Itse asiassa mainitussa mietinnössä s. 122—123 todetaan soveltamisen olevan mahdollista yhdistysoikeudellisiin suhteisiin, esimerkiksi yhdistyksen sääntöihin.

¹⁰⁸ SOU 1974: 83 s. 142 viite 1.

tuomioistuini voisi uuden AvtL 36 §:n yleislausekkeen nojalla sovittaa lain määrystä tai jättää sen huomiotta. Jos tuomioistuini kuitenkin joutuu tällaisen välttämättömyyden eteen — poikkeamaan lain selvästä kirjaimesta — käytössä on ollut sanamuodon vastainen (*contra legem*)-tulkinta. Hellnerin mielestä olisi parempi linja antaa tuomioistuimille oikeus sovittaa lakia kuin kiertää tulkinnalla selvä sanamuoto.¹⁰⁹ Hän huomauttaa, ettei kysymys siitä, onko tuomioistuimilla oikeus sovittaa lain säännöstä, ole ollut esillä Ruotsin oikeuskäytännössä.¹¹⁰

Eikö sopimuksen sovittelun ja lain sovittelun (eli *contra legem* -tilanteen) *rinnastaminen* ole silti perusteetonta? Puhtaan muodollisin kriteerein voidaan helposti tehdä ero sopimuksen sovittelun ja lain sovittelun välillä.¹¹¹ Kirjallisuudessa OikTL 36 § (ja sitä edeltäneet erityiset sovittelusäännöt) on kuitenkin monesti myös rinnastettu sellaisiin säännöksiin, joissa ratkaisija on oikeutettu poikkeamaan lain soveltamisesta muutoin seuraavista lopputuloksista.¹¹²

¹⁰⁹ Hellner, Konsumentskydd och generalklausuler s. 163—164. Ks. myös Bernitz, Standardavtalsrätt s. 31—34, joka puoltaa samaa ratkaisua kysymyksessä vastuuvapauslausekkeista: kohtuuttomiin lopputuloksiin pitäisi puuttua avoimesti sovittamalla eikä katketysti sopimuksen ehtojen tulkinnan kautta.

¹¹⁰ Hellner, Konsumentskydd och generalklausuler s. 164.

¹¹¹ Esim. Portin, Om jämkning av oskäligen avtal s. 332 ja siihen viitaten myös Kartio, Asuntoalueen vuokra s. 178: ”On selvää, etteivät sovittelusäännökset oikeuta sovittamaan lain säännöstä, vaikka se yksittäistapauksessa johtaisi kohtuuttomuuteen.” Kartion esimerkkinä on, ettei muuttopäivän siirtoa voi ”lisätä” maanvuokralakiin, vaikka kohtuussyyt sitä puoltaisivat. Ks. myös Aurejärvi, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 98: ”KorkoL 11 § eroaa täten (koska ei ole kysymys sopimuksen kohtuuttomuudesta, JP) OikTL 36 §:stä ja muista yleisistä sovittelunormeista ja rinnastuu parhaiten VahL 2:1.2:een sekä edunpalautusvelan kohtuullistamiseen.”

¹¹² Ks. esim. Godenhielm, joka rinnastaa VKL 8 §:n ja vahingonkorvauksen määrän sovittelun sopimussuhteessa. Godenhielm huomauttaa, että kun meillä kerran on VKL 8 §:n ja muiden säännösten sisältämät sovittelusäännöt, olisi kummallista, ellei myös sopimusperusteista korvausvastuuta voitaisi sovittaa. Om jämkning av skadestånd i inomkontraktuell förhållanden s. 406—414 ja erit. 412. Godenhielm täsmentää kantaansa siten, että sovittelu tulisi suhteellisen harvoin kyseeseen päävelvoitteen rikkomisen aikaansaaman korvausvastuun suhteen, mutta useammin sivuvelvoitteen laiminlyönnin osalta. Yhteenvetona hän huomauttaa, että olisi helpompaa sovittaa vahingonkorvausta kuin sopimusehtoa, koska jälkimmäisessä joudutaan loukkaamaan sopimusten sitovuutta. Dispositiivisen oikeuden mukaisten seuraamusten sovittelu olisi *helpompaa* kuin sopimusehtojen mukaisten; (kaavamaisen) lain sovittelun olisi oltava sopimuksen sovittelua helpompaa. Wilhelmsson ja Sevón, Korkolaki ja viivästyskorko s. 163—164, erottelevat korkolain 11 §:ään liittyen kaksi sovittelun muotoa: osapuolten tekemän sopimuksen sovittelun ja lain soveltamisen aiheuttamien kohtuuttomien lopputulosten sovittelun. Ks. myös HE 62/86 s. 33, jossa kirjoitetaan osituksen sovittelusta: ”ehdotettu avioliittolain 103a § (laissa sittemmin 103b §, JP) vastaa niitä pe-

Millä perusteella kyseessä silti olisi kaksi sovittelun muotoa sisällöllisen juridisen harkinnan kannalta?

Lain sovittelun ja sopimuksen sovittelun *sisällöllinen samankaltaisuus* näkyy sopimusoikeudessa havainnollisesti vaikeutena tehdä eroa kahden tilanteen välille. Sopimukseen saattaa sisältyä dispositiivisen oikeuden mukainen ehto, tai sopimus voi olla tuolta kohdin aukollinen. Jos tuollainen ehto on OikTL 36 §:ssä tarkoitettulla tavalla kohtuuton, sen sovittelu sopimusehtona olisi mahdollista ensinmainitussa tapauksessa, mutta jälkimmäisessä sovittelu kohdistuisi osapuolten sopiman ehdon sijasta suoraan sopimukselle lain nojalla tulleeeseen sisältöön, eli tosiasiassa itse lakiin.¹¹³ Mutta jos sovitun sopimusehdon sovittelu on mahdollista (ja tarpeellista), niin näyttäisi vaativan erityisen perustelun, jos muutoin samanlainen tilanne jätettäisiin sovittelun ulkopuolelle vain siitä (ehkä satunnaisesta) syystä, etteivät osapuolet sisällyttäneet dispositiivisen oikeuden mukaista ehtoa sopimukseensa.¹¹⁴ Reaalisten näkökohtien kannalta on sopimusosapuolten oikeusasemaa ajatellen yhdenmukaista, perustuuko sopimussuhteen kohtuuton määräys erityiseen sopimusehtoon vai seuraako se suoraan jostain oikeussäännöstä.

Sisällöllistä eroa lain sovittelun ja sopimuksen sovittelun välillä voisi ylläpitää ero *poikkeuksen luonteessa*. Sopimuksen sovittelu tarkoittaisi sovitellun ehdon osalta *pysyvää muutosta* sopimussuhteeseen. Kun sopimusta useimmiten sovitellaan tilanteessa, jossa osapuolten sopimussuhde tosiasiassa on jo la-

rusperiaatteita, joiden mukaisesti myös oikeustoimilain 36 §:n yleinen sovittelusäännös on laadittu.” Vrt. HE 62/86 s. 70, jossa todetaan, että ”osituksen sovittelua koskevien säännösten soveltaminen ei *varsinaisessa mielessä* tulisi ajankohtaiseksi” silloin kun kyseessä on sopimusositus, ”koska ositus tällöin toimitetaan siten kuin ositustahojen välillä asiasta *sovitaan*.” (korostukset JP). Ks. vielä HE 247/81 s. 9, jossa selostettaessa silloin valmisteilla olleita sovittelusäännöksiä mainitaan myös korkolain 11 § ja HE 109/81 s. 23, jossa huomautetaan erosta.

¹¹³ HE 247/81 s. 11 huomautetaan siitä, että jos sopimus täydentyy kauppatavan — eikä siis dispositiivisen oikeuden — nojalla, on siten täydentyneen kohdan sovittelu mahdollista, vaikkakaan ei tyyppikohtuuttomuuden syntyminen tällä perusteella: ”menettely, joka sellaisenaan on kohtuuton, ei voine kehittyä kauppatavaksi.”

¹¹⁴ *Knoph*, Rettslige standarder s. 148, huomauttaa perustellusti siitä, että toisinaan lain mukainen ehto saatetaan sisällyttää sopimukseen olosuhteissa, joissa osapuolet eivät tunne lakia. Sen vuoksi ehtoa ei ehkä ole pidetty yhtä olennaisena kuin pelkästään lain varaan jätettyjä seikkoja. Mutta tilanne saattaa olla päinvastainenkin kuin mitä Knoph tarkoitti. Lain mukainen ehto on erikseen mainittu juuri sen vuoksi että se on ollut osapuolelle ensiarvoisen tärkeä. Voitaisiin jopa väittää, että jos tunnustetaan erikseen sovitettu ehto ensiarvoisen tärkeäksi, niin samalla luovutaan oikeudesta vaatia tuollaisen ehdon sovittelua. Osapuoli ei kuitenkaan voi sitovasti luopua oikeudestaan vaatia sovittelua. OikTL 36 § on tässä suhteessa pakottava.

kannut tai lakkaa, ei tämä seikka tule useinkaan näkyviin. *Contra legem* -ratkaisu olisi *yksittäistapauspoikkeus* lain sitovuudesta. Oikeussääntö, jota ei ole käytetty, jäisi ratkaisun jälkeen voimaan entisen sisältöisenä. Tapaus ratkais-taisiin siihen soveltuvien oikeusperiaatteiden (tai ehkä toisen oikeussäännön) nojalla. Sivuutetun säännön sisältö ei kuitenkaan muuttuisi. Vasta jos *contra legem* -ratkaiseminen olisi laajamittaista ja yleistä, seurauksena voisi olla *desuetudo* eli se, että säännön voimassaolo lakkaa sen käyttämättömyyden ta-kia.

Ero ei kuitenkaan liene läpivietävissä mainitulla perusteella. Yhdenvertai-sen kohtelun vaatimus tarkoittaa, että *contra legem* -ratkaisun jälkeen on heti seuraavaakin oikeudellisesti relevantilla tavalla samanlaista tapausta kohdel-tava samoin. *Contra legem* -ratkaisukaan ei jää puhtaaksi *in casu* -ratkaisuk-si. Mikään oikeudellinen ratkaisu ei koskaan ole puhtaasti ja pelkästään ta-pauskohtainen ratkaisu, vaan siinä piilee aina mahdollisuus yleistettävyyteen valitun samankaltaisuusavaimen suhteen.¹¹⁵

Sopimuksen sovittelun tarkoitus on velvoittaa ratkaisija harkitsemaan vie-lä kerran vasta-argumentteja sopimuksen sitovuudelle. *Contra legem* -harkinnan tehtävä on yleisellä tasolla sama.¹¹⁶ Sen vuoksi *contra legem* -harkinnan raken-ne auttaa myös sovittelun rakenteen ymmärtämistä. Sopimusten sovittelussa sääntöjä ovat *pacta sunt servanda* -vaatimuksen vahvistavat normit, tunnus-merkistönä on sopimus ja oikeusvaikutuksena sitovuus. Lain sovittelussa sääntö on tunnusmerkistö-oikeusvaikutus -käsky¹¹⁷, *contra legem* -harkinnassa oletetaan tunnusmerkistö täyttyneeksi ja oikeusvaikutusten pitäisi siten astua voi-maan. Molemmissa sovittelun lajeissa periaatteiden punninta on ratkaise-vaa.¹¹⁸ Molemmissa on tietty peruskynnys (sovittelukynnys), jonka yli tapauk-

¹¹⁵ Jos esim. ennakkopäätöstä KKO 1979 II 89 (ns. kihlalapsitapaus) pidetään *contra legem* -ratkaisuna, on kaikkia vastaavassa asemassa olevia kihlalapsia kohdeltava samoin. Muodollinen ero lain sovittelun ja sopimuksen sovittelun välillä merkitsee kuitenkin sitä, ettei OikTL 36 §:ää voi käyttää välittömänä normiperustana sopimusoikeuden normien so-vitteluun.

¹¹⁶ Ks. esim. Tikka, Veron minimoinnista s. 305: ”Verolain säännönmukaisella tulkin-nalla on aina etusija verotuslain 56 §:n soveltamiseen nähden. Ratkaisutilanteessa on ensin tutkittava, minkälaiseen tulkintoon säännönmukaisin tulkintamenetelmin päädyttäisiin. Vasta mikäli tämä tulkinto johtaisi lain tarkoitusta loukkaavaan tulokseen, voidaan ryhtyä selvit-tämään, onko verotuslain 56 §:ään nojautuen mahdollista poistaa se jännitystila, joka val-litsee lain ration ja tällaisen prima facie -tulkinnon välillä.”

¹¹⁷ Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 24.

¹¹⁸ Vrt. Tikan, Veron minimoinnista s. 311, kirjoittamaan, jossa korostetaan lain rati-on merkitystä verotuslain 56 §:ää käytettäessä: ”tavoitellun verovuodon tulee olla lain rati-on vastainen.” Tässä teoksessa lain ratiot on liitetty oikeusperiaatteisiin.

nessä on päästävä. *Contra legem* -harkinnassa on kysymys formaalin sääntelyn arvosta¹¹⁹; pieniin kohtuuttomuuksiin ei ole tarkoituksenmukaista puuttua.¹²⁰ Sopimuksen sovittelussa erityistilanteena kynnys rakentuu sopimusten sitovuuden muodollisesta merkityksestä ennakoitavuudelle ja yhdenvertaiselle kohtelulle. Jos sovittelukynnys ylitetään, oikeusvaikutukset on molemmissa vahvistettava oikeusperiaatteiden avulla.¹²¹

1.5.4. Oikeusnormin voimassaolon tasot

Tietyn oikeusnormin voimassaolossa voidaan tehtyjen erottelujen perusteella ratkaisutilannenäkökulmasta nähdä neljä eri mahdollisuutta, jotka kuvastavat normin asemaa oikeudenalalla.

(1) Normi on voimassa ankarana oikeussääntönä, jolloin siitä voidaan sovellettaessa tehdä poikkeuksia¹²² vain oikeussääntöjen perusteella. Ankaran oikeussäännön poikkeuksia hallitaan oikeussäännöillä.

(2) Normi on voimassa tavallisena oikeussääntönä. Tällöin siitä voidaan

¹¹⁹ Ks. myös *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 43—47, jossa esitetään esimerkkejä hyväksi käyttäen syitä siihen, että oikeussäännöistä poiketaan, sekä s. 47, jossa ongelma muotoillaan seuraavasti: ”Riittävätkö oikeusideologiset perustelut kumoamaan lakisidonnaisuuden?” Hänen terminologiassaan oikeusideologiset perusteet tarkoittavat oikeusperiaatteita. Lakisidonnaisuus puolestaan viittaa olennaisesti siihen, mitä tämän teoksen termein voisi kutsua sidonnaisuudeksi oikeussääntöihin.

¹²⁰ Ks. yleisesti *Strömholm*, Avtalsfrihetens komponenter — ett analysförsök s. 539.

¹²¹ *Contra legem* -tilanteiden analyysi oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden avulla lie-nee yleistettävissä kaikkiin niihin tilanteisiin, joissa oikeussäännöksi tulkittu normin käytöstä saadaan luopua. Näin analyysi kattaisi — mainittujen erityisten lain sovittelutilanteiden ohella — rikosoikeuden hätävarjelun ja pakkotilan, valtiosääntöoikeuden ns. hätätilaoikeuden ja kansalaistottelemattomuuden. Ks. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 395, *Tuori*, Hätätila sekä kansalaistottelemattomuudesta yleisemmin *Rawls*, A Theory of Justice s. 363—391 sekä *Habermas*, Ziviler Ungehorsam s. 86—90, jotka molemmat korostavat kansalaistottelemattomuuden olevan oikeudellisesti perusteltua vaikkakin laillisesti kiellettyä eli oikeusperiaatteiden mukaista mutta oikeussääntöjen vastaista. Kansalaistottelemattomuuden oikeudellisessa justifikaatiossa on olennaista se, ettei siinä tehdä hyökkäystä koko oikeusjärjestystä vastaan, vaan sen perustana ovat tietyt yleisesti hyväksytyt oikeushanteet ja että se on ”eettisten arvojen puolustamista muodollista laillisuutta . . . vastaan”. *Eriksson*, Kansalaistottelemattomuudesta ja vaihtoehtoista tulkinnoista s. 55. Muodollinen laillisuus, formaalisuus, ei kansalaistottelemattoman kannalta siten ole merkityksellinen asia, vaan ainoastaan *vähemmän painava* kuin tilanteen suora arviointi oikeushanteiden eli oikeusperiaatteiden valossa. Toisin KKO 1983 II 159 (ns. Kojärvi-tapaus) perustelut, edellä s. 43 viite 97.

¹²² Poikkeuksella tarkoitetaan tässä ratkaisijan yksittäistapauksessa tekemää, säännön kannalta toisensuuntaista ratkaisua. Lainsäätäjä voi poiketa systeemin pääsäännöistäkin.

tehdä poikkeuksia *myös* oikeusperiaatteiden nojalla, kun yksittäistapauksessa soveltuva vastakkaisensuuntainen ja painoarvoltaan säännön ylläpitoa edellyttäviä sisällöllisiä periaatteita ja muodollisen sääntelyn arvon lisäargumenttia painavampi periaate edellyttää poikkeamista. *Contra legem* -ratkaisu on mahdollinen. Tavallisen oikeussäännön poikkeuksia hallitaan siis ainakin osaksi oikeusperiaatteilla.¹²³

(3) Normi on voimassa *prima facie* -periaatteena eli normin sisältämä periaate on johtava periaate. Tämä merkitsee muun muassa sitä, että periaate on soveltuessaan periaatteista ensisijainen tasapainotilanteessa.

(4) Normi on voimassa tavallisena periaatteena.

Silloin kun säännön taustalla on yksi periaate, (1) -tyypin säännön taustalla on (3) -tyypin periaate ja vastaavasti (2) -tyypin säännön taustalla (4) -tyypin periaate. Ankarat säännöt ja johtava periaate kuuluvat yhteen, samoin heikot säännöt ja tavalliset periaatteet.

Vahvuustasot eivät kuitenkaan suoraan kuvasta normin merkittävyyttä normistossa. Usein johtava periaate on olennaisesti tavallisia oikeussääntöjä keskeisempi. Vahvuustasojen avulla pystytään toisaalta kuvaamaan jatkuvuutta ja muutosta oikeusjärjestelmissä. Jatkuvuus liittyy samana säilyvään normatiiviseen sisältöön ja normin vahvuuden muutos on yksi muutoksen muoto. Sopimusvapaus on hyvä esimerkki normista, jonka vahvuus tuntuu viimeisten sadan vuoden aikana kulkeneen (3) -tasolta (4) -tasolle.¹²⁴ Samalla sopimusvapauteen perustuvista oikeussäännöistä on tullut ankarien sijasta tavallisia. Tarkemmat väitteet muutoksen sisällöstä ovat kuitenkin sidoksissa sopimusmalleihin eivätkä kuulu esityksen tähän vaiheeseen. Vasta sopimusmalli määrittää *prima facie* -periaatteen. Lainsäätäjä asettaa harvoin jonkin periaatteen *prima facie* -asemaan. Tavallisesti lainsäätäjä ei ratkaise eri periaatteiden välisiä ongelmia.¹²⁵

¹²³ Vrt. myöhäisroomalaisessa ns. itäisen koulun oikeudessa tehtyyn erotteluun *ius strictum* ja *ius aequum*, jolloin jälkimmäisestä voitiin kohtuusperiaatteen vuoksi poiketa. Ks. tarkemmin esim. Kaser, Roomalainen yksityisoikeus s. 22. Vrt. myös Ross, Om ret og retfaerdighed s. 366—367.

¹²⁴ Ks. myös MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory s. 156—161, erit. 159, jossa viitataan siihen, miten vahingonkorvaukseen velvollisten piiriä rajoittavan, ns. neighbour-säännön alettiin katsoa menettävän yksinkertaista rooliaan täydellisenä rajoituksena. Säännöstä tuli ankaran säännön sijasta tavallinen. MacCormick siteeraa erään tuomarin perustelua: ”...I think the time has come when we can and should say that the neighbour principle ought to apply *unless there is some justification or valid explanation for its exclusion*.” MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory s. 159 (korostus JP).

¹²⁵ Vrt. MacCormickin, Legal Reasoning and Legal Theory s. 264, esittämään yleiseen lähestymistapaan oikeusjärjestelmässä sivuuttamattomien asioiden määrittämiseksi. Ensik-

Sopimusoikeudessaakin tietyistä säännöistä poikkeaminen vastaanpuhuvien periaatteiden vuoksi on mahdollista, toisista ei. Sopimusoikeudessaakin on ankaria ja tavallisia oikeussääntöjä. Lain sovittelu -keskustelussa on toistuvasti käsitelty eroa pakottaviin ja tahdonvaltaisiin oikeusnormeihin.¹²⁶ Voidaanko pakottavat säännöt liittää ankariin ja tahdonvaltaiset tavallisiin sääntöihin? Mainituilla erotteluilla on kyllä yhteys, mutta se ei ole myöntävän vastauksen edellyttämä suoraviivainen yhteys.

Erottelujen näkökulma on nimittäin erilainen. Tahdonvaltaisen ja pakottavan oikeuden erottaminen perustuu *toimijan näkökulmaan*. Sopimuksen osapuolet joko voivat tai eivät voi sopia toisin. Ankan ja tavallisen oikeussäännön erottelu perustuu *ratkaisijan näkökulmaan*. Ratkaisija joko voi tai ei voi poiketa säännön lopputuloksesta vastakkaisten periaatteiden vuoksi. Siten erottelut eivät käy yksiin, vaan niiden mahdollinen yhteys perustuu pakottavan oikeuden ja ankan oikeussäännön *taustoilla olevien arvojen ja tavoitteiden yhteyteen*. Pakottavan oikeuden taustalla on usein systeemin keskeinen oikeusperiaate; pakottava sääntely perustuu samoille näkökohdille, jotka systeemisä ovat ensisijaisen tärkeitä.¹²⁷ Pakottava oikeus jäisi siten *tavallisesti* lain sovittelun ulottumattomiin siksi, että sen taustalla olevat näkökohdat ovat sellaisia, että niitä painavampien tapauskohtaisten näkökohtien löytäminen on epätodennäköistä. Jonkin seikan jättäminen osapuolten päätettäväksi, sen dispositiivisuus, on samaan tapaan usein, joskaan ei aina, osoitus siitä, ettei vastaavan oikeussäännön ratio ole systeemin kannalta aivan keskeisimpiä. Asian jättäminen sopimuksenvaraiseksi osoittaa, ettei ole vahvaa tarvetta rajoittaa osapuolten toimintamahdollisuuksia. Dispositiivinen sääntely saattaa silti toisinaan heijastaa lainsäätäjän oikeuspoliittisia valintoja.¹²⁸

si on selvittävä, mitkä ovat sellaisia yksilön hyviä, ettei niitä missään olosuhteissa voida sivuuttaa (basic goods for individuals). Näistä muotoillaan ihmisoikeuksien peruseriaatteet. Näiden peruseriaatteiden varaan rakennetaan oikeudenmukaisuusteoria eikä näitä perustavia ihmisoikeuksia sen vuoksi voitaisi syrjäyttää minkään muun periaatteen tai tavoitteen vuoksi. Verrattaessa MacCormickin ja Rawlsin, *A Theory of Justice* s. 24–25, lähestymistapoja yhteiskunnan perustavimpiin instituutteihin havaitaan edellisen aloittavan siitä, mikä on hyvää ja jälkimmäisen siitä, mikä on oikein (right).

¹²⁶ HE 247/81 s. 13–14 ja SOU 1974: 83 s. 134–139.

¹²⁷ Pakottavan sääntelyn taustalla voi olla erilaisia syitä. Tässä on pidetty silmällä esimerkiksi kohtuusnäkökohtien tai heikomman hyvittämisen vuoksi pakottavana annettua sääntelyä. Jos sääntely annetaan julkisen intressin vuoksi pakottavana, eivät esitetyt näkökohdat sellaisenaan sovellu. Ks. tarkemmin erilaisista motiiveista *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 62–63.

¹²⁸ Ks. myös yrityksiä määritellä ns. puolipakottavan oikeuden käsite. Sen olennainen tausta olisi juuri lainsäätäjän oikeuspoliittiseen valintaan perustuva mutta silti tahdonvaltaiseksi jätetty sääntely. Ks. esim. *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 189.

Contra legem -tilanteiden on edellä katsottu perustuvan oikeudellisille argumenteille, oikeusperiaatteiden käyttöön. *Contra legem* -harkinnan voidaan myös väittää (ainakin joskus) perustuvan ajatukseen, että ”armon annetaan käydä oikeudesta”. Jos *contra legem* -harkinta ei perustu oikeudellisiin näkökohtiin, sen juridinen, systeeminmukainen kontrolli ei ole mahdollista. Sääliä ei voi sisällyttää juridiseen järjestelmään.¹²⁹ Ei-oikeudelliseen *contra legem* -ratkaisuun liittyy myös kysymys oikeudellisen sääntelyn asemasta yhteiskunnan normistossa: millä perusteella ratkaisija sivuuttaa parlamentin antamat normit täysin ei-oikeudellisilla argumenteilla?

Ongelma lain sovittelusta on siis tarkennettava ongelmaksi oikeussäännön käyttämättä jättämisestä oikeusperiaatteiden vuoksi. Säännön formaalit kriteerit sivuutetaan periaatteiden sisältämin materiaalisin syin. Entä mitä oikeusperiaatteen ”sovittelu” voisi merkitä? Yksinkertaisesti sitä, että periaatteen ”sovitteluun” johtavat syyt vaikuttavat suoraan itse periaatteen saamaan painoarvoon. Sopimusvapauden periaatetta ei tarvitse ”sovitella”, jos osapuolten todellinen sopimusvapaus on ollut rajoitettu. Nuo tosiasialliset rajoitukset merkitsevät, että sopimusvapauden tällaisessa tapauksessa saama painoarvo ei kohoa kovin korkeaksi. Periaatteen sovittelusta puhuminen ei lisää tietoa oikeudellisen sääntelyn luonteesta. Toisaalta, kun periaatteita punnitaan keskenään, voi toinen johtaa rajoittamaan toista. Kohtuusperiaate rajoittaa usein mahdollisuuksia toteuttaa sopimusvapauden periaatetta. Tätä kuvaamaan ei kuitenkaan tarvita sopimusvapauden periaatteen ”sovittelun” käsitettä. Oikeusperiaatteen ”sovittelusta” puhuminen on siten tarpeetonta.

1.6. Oikeusperiaatteiden päätyypit: arvoperiaatteet ja tavoiteperiaatteet

Periaatteiden päätyypit ovat *arvoperiaatteet* ja *tavoiteperiaatteet*. Nimensä mukaisesti arvoperiaate on johdettu jostakin arvosta, esimerkiksi sopimusvapaus vapaudesta arvona ja kohtuus oikeudenmukaisuudesta. Tavoiteperiaate puolestaan ilmenee toimintatapana, jolla pyritään edistämään jotakin yhteisön asettamaa tavoitepäämäärää.¹³⁰ On valittava sellaisia toimintalinjoja, jotka edis-

¹²⁹ Ks. armon käsitteestä ja sen liittymisestä toisaalta säälistä velvollisuuksiaan vastaan toimivan rikostuomarin tilanteeseen ja toisaalta oikeuksistaan luopuvan sopimusvelkojan tilanteeseen *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 190–191 ja siinä viitattua.

¹³⁰ Näiden kankeahkojen termien valintaa voidaan puolustaa viittaamalla *MacCormickin*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 263, esittämään näkökohtaan, jonka mukaan ’policy’ ei samaistu siihen tavoitteeseen, jonka edistämisestä on kysymys. ”’Policy’ is . . . the complex course of actions as articulated towards the postulated goal (which we may call the ’policy goal’); but the goal is not, as per Dworkin, the policy.” *ibid.* MacCormickin

tävät jotakin taloudellista, sosiaalista, poliittista tai muuta tavoiteltavaksi arvotettua seikkaa. Esimerkkejä tavoitepäämääristä (erotukseksi tavoiteperiaatteesta, joka kuvaa tuohon päämäärään pyrkivää toimintatapaa) ovat valtion sisäinen ja ulkoinen turvallisuus, kansantalouden hyvä tila, työttömyyden ehkäiseminen ja hyvä kansanterveys.¹³¹ Tavoiteperiaatteeseen nojaavat argumentit tukevat ratkaisua osoittamalla ratkaisun edistävän ja suojelevan jotain tavoitepäämäärää koko yhteisön eduksi. Argumenttien johtaminen tavoiteperiaatteesta edellyttää ratkaistavan tapauksen arvioimista yleisenä tai tyyppitapauksena. MacCormickin mielestä tavoiteperiaatteella ei yleensä voida oikeuttaa argumenttia, jonka soveltuminen kaikkiin muihin vastaaviin tilanteisiin kiellettäisiin (*ad hoc* -argumentti vahvassa mielessä), koska tällöin loukattaisiin yhdenvertaisuuden vaatimuksia.¹³² Arvoperiaatteesta johdetut argumentit tukevat ratkaisua siten, että ne osoittavat ratkaisun kunnioittavan tai vahvistavan jotain yksilöllistä tai ryhmän oikeutta.¹³³ Jostakin periaatteesta tulee arvo- tai tavoiteperiaate kun sitä vastaava arvo tai tavoitepäämäärä on käsketty tai sallittu.¹³⁴

1.6.1. Dworkinin teesi arvoperiaatteiden ensisijaisuudesta

Kun ratkaistavana on kiperä tapaus eli tapaus, johon eivät sovellu oikeussäännöt vaan ainoastaan oikeusperiaatteet, tapauksen ratkaisu voi perustua yhtä hyvin arvoperiaatteeseen kuin tavoiteperiaatteeseen. Täl-

esimerkkinä on se, ettei valtion tavoiteperiaatteena (policy) ole 'inflaation tason laskeminen' vaan tavoiteperiaate on se, että hallitus on päättänyt pyrkiä sellaisiin toimintatapoihin, joiden katsotaan laskevan inflaatiota. MacCormick määrittelee tähän liittyen oikeudellisesti harkinnassa käytettävän tavoiteperiaatteen siten, että se on tuomioistuimen toimintalinja, jolla se pyrkii turvaamaan tietyn asiointilan tai saavuttamaan tietyn asiointilan, jota pidetään tavoittelemisen arvoisena. Esimerkiksi vaihdannan intressi olisi näin ajatellen tavoiteperiaate, jonka taustalla olisi tavoitepäämääränä yhteiskunnan taloudellinen vauraus seuraamuksineen. Tavoitepäämäärään pyrkimisen kannalta tavoiteperiaate on välttämättömän keinon asemassa. Vrt. tästä näkökulmasta erottelua arvo- ja tavoiteperiaatteisiin *Weberin*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 12, tekemään eroon arvo- ja tavoiteperiaatteiden välillä.

¹³¹ Ks. myös *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 98—99 sekä 98 viite 79 ja *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 289—290.

¹³² *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 263.

¹³³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 82—83. Kyseisessä jaksossa Dworkin pohtii varsinaisten periaatteiden ja tavoitteiden merkitystä poliittisen päätöksenteon kannalta. Hänen termsänsä ovat 'principle' ja 'policy'. Ks. myös *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons* ja *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 93—120.

¹³⁴ Tavoitteiden keskeistä roolia oikeudessa on korostanut Ekelöf, jonka mukaan henkilöllä ei ole oikeuksia *ex ante*, vaan henkilöllä olevat oikeudet syntyvät vasta kun niitä vastaava tavoite on eritely. Tämä puolestaan johtaa muun muassa ns. teleologiseen tulkintaan.

löin siviilioikeudelliset riita-asiat on Dworkinin mielestä aina ratkaistava vain oikeudellisten arvoperiaatteiden eikä tavoiteperiaatteiden nojalla. Tämän kannanoton perustelut ovat yhteiskuntafilosofian ja poliittisen filosofian piiristä. Hänen mukaansa tuomarit eivät ole poliittisessa vastuussa kansalaisille. Jos tuomari vetoaa kiperän tapauksen ratkaisussa tavoiteperiaatteisiin, hän jatkaa lainsäätäjän työtä. Mutta samalla tuomari muotoilee *taannehtivaan* lakiin rinnastuvan normin ja soveltaa sitä tapaukseensa. Näin hän ei saa menetellä, eikä menetteleäkään, jos hän soveltaa arvoperiaatetta. Yksilöllä oli arvoperiaatteen luoma oikeus jo ennen juridisen ongelman ajankohtaistumista.¹³⁵

Erottelu arvo- ja tavoiteperiaatteisiin lienee pätevää siitä riippumatta, sitoudutaanko Dworkinin teesiin arvoperiaatteiden ensisijaisuudesta kiperissä tapauksissa (ns. right thesis) vai ei. Hänen erottelunsa edellyttää nimittäin vain sitä, että voimme tehdä yleisellä tasolla eron yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten tavoitteiden välillä.¹³⁶ Arvoperiaatteiden ensisijaisuuteksi merkitsisi sen lisäksi sitoutumista individualistiseen moraalikäsitelyyn, jossa moraalin normit ovat yksilöön kohdistuvia normeja. Yhteisöön kohdistuvat normit voisivat ilmentää vain yhteisöllisiä tavoitteita.¹³⁷ Jatkossa ei sitouduta arvoperiaatteiden ensisijaisuuteen.

Ks. siitä tarkemmin *Ekelöf*, Teleological Construction of Statutes ja *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 129—139.

¹³⁵ *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 84—85. Ensimmäinen seikka eli tuomarin lainsäätäjärooli siinä mielessä, että tuomari punnitsisi erilaisia tavoiteperiaatteita päätyen tätä kautta ratkaisuun, on altis kritiikille siitä perinteisestä ajatuksesta käsin, että yleisten normien (lainsäädännön) luominen kuuluu vaaleilla valituille edustajille, joilla on ainakin poliittinen vastuu työstään. Dworkinin esityksen sävy lienee tältä osin toinen kuin Manner-Euroopassa, jossa ajatus tuomarista lainsäätäjänä on paljon luontevampi ja jopa lakiinkin kirjattu (esim. Sveitsin siviililain (ZGB) 4 §). Jälkimmäinen linja vie keskusteluun siitä, pitääkö viattoman oikeussubjektin oikeus uhrata jonkin hänelle asetetun taannehtivan ja tavoiteperiaatteeseen perustuvan velvollisuuden vuoksi.

¹³⁶ Arvon ja tavoitteen yhteydestä esim. *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 263—264, väittää, että jonkin tavoitepäämäärän asettaminen perustuu periaatteelle ja että periaatteen asettaminen merkitsee mahdollisen tavoitepäämäärän muotoilemista. *MacCormick* käyttää mainitussa kohdassa käsitteitä 'policy' ja 'principle' merkityksissä tavoiteperiaate ja arvoperiaate. Arvon voi määritellä ilman sitä vastaavaa tavoitetta; sen sijaan tavoitepäämääristä käytävä keskustelu ei ole mahdollista ilman käsitystä arvoista. *Klami*, Ihmisen säännöt s. 240, tarkoittaa jotain samantapaista kirjoittaessaan, että "säännöt, joita yleensä on kutsuttu oikeusperiaateiksi, edustavat tavallaan siirtymävaihetta, jossa teleologia muuttuu normatiivisuudeksi. Toiset periaatteet ovat lähempänä teleologiaa, toiset puolestaan lähellä oikeusnormeja."

¹³⁷ Idea kehittää *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 150—183 sekä *sama*, The Matter of Principle. Kehittelyssään hän kiinnittää huomiota muun muassa mahdollisuuksiin esittää tietyille periaatteille sekä varsinaiseen (eli arvo)periaatteeseen että tavoiteperiaatteeseen johtava tausta. Esimerkiksi sananvapaus on varsinainen periaate taustanaan yksi-

siin¹³⁸, koska oikeuksien katsotaan voivan perustua myös tavoiteperiaatteisiin.¹³⁹

1.7. Oikeusjärjestyksen sääntöhakuinen ja periaatehakuinen tarkastelu

Oikeusnormit on edellä jaettu oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin. Jokaisesta normista pystytäänkin tuon jaottelun perusteella sanomaan, onko se oikeussääntö vai oikeusperiaate. Luokittelu täyttää aidolle luokittelulle asetetun tyhjentävyyden vaatimuksen.¹⁴⁰ Oikeusjärjestykseen sisältyy kuitenkin lukuisa joukko luokittelun raja-alueella olevia normeja, joiden tyyppi ratkeaa vasta, kun niiden sisältö on tarkemmin selvitetty. Tästä syystä tarkastelijan asenteella, sen sääntöhakuisuudella tai periaatehakuisuudella, on merkitystä sille, pidetäänkö rajatapausnormia sääntönä vai periaatteena. Jos kuitenkin *koko* sopimusoikeuden käsitetään koostuvan oikeussäännöistä, tarkastelu antaa varsin epäonnistuneen, usein epärelevantin ja toisinaan huonosti käytännön ongelmiin sopivan tuloksen. Myös silloin, kun *koko* sopimusnormistoa pidetään vain periaatteina, tarkastelusta tulee samoin epäonnistunut, toisinaan epärelevantti ja usein käytännön ongelmiin huonosti soveltuva. Seuraavassa otetaan tutkimus ja ratkaisutoiminta esimerkeiksi oikeuden eri tarkastelutavoista.¹⁴¹

lön ilmaisuvapauden arvo, mutta sananvapaus voidaan ymmärtää myös yhteisön tavoitteeksi, että yhteisöllinen päätöksenteko olisi mahdollisimman edustavaa.

¹³⁸ Ks. myös *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 259—264, jossa kritisoidaan Dworkinin väitettä, että vain arvoperiaatteet liittyvät oikeuksiin. Kyseisessä luvussa MacCormick kritisoi nimenomaan Dworkinin erottelua arvoperiaatteisiin ja tavoiteperiaatteisiin eikä yleisesti ajatusta siitä, että oikeusjärjestys koostuu sekä oikeussäännöistä että oikeusperiaatteista. Myös *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 99, kritisoi Dworkinin käsitystä siitä, ettei se ole tarpeellinen lisä tai välttämätön seuraamus tämän omaksumasta oikeusperiaatteen käsitteestä. Ks. vielä *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 107—109.

¹³⁹ *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 108—109. Erottelu arvo- ja tavoiteperiaatteisiin selittyneekin ainakin osaksi angloamerikkalaiseen oikeuteen kuuluvasta kaksijakoisuudesta ”common law / statutory law”. Näistä edelliselle olisi luonteenomaista perustuminen arvoperiaatteille ja jälkimmäiselle perustuminen tavoiteperiaatteille. Mainittu oikeushistoriallinen syy merkitsee sitä, että erottelulla on sekä kulttuurinen tausta että tärkeät käytännölliset seuraamukset, esimerkiksi keskusteltaessa siitä, tuleeko säädännäistä oikeutta tulkita suppeasti jos se syrjäyttää common law -normin vahvistamia yksilöllisiä oikeuksia.

¹⁴⁰ *Niiniluoto*, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 172.

¹⁴¹ Vrt. yleisesti *Luhmannin*, Die Ausdifferenzierung des Rechts s. 140—143 ja 274—280, teoriaan, jossa eriytnyt, positivoitunut oikeus toimii ”jos — niin” tyyppisten konditionaalien pohjalta. Oikeutta ei voi hänen mukaansa käyttää tavoitteiden toteuttami-

1.7.1. Tutkimus

Sääntöhakuisella tutkimuksella tarkoitan sitä, että tarkastelijalla on käsitys, jonka mukaan oikeussäännöt ovat keskeisin osa normistosta. Oikeussääntöjä tarkasteltaessa tutkijan tehtävänä on säännön soveltamistunnusmerkistöjen ja säännöstä seuraavien oikeusvaikutusten tarkka erittely. Keskeistä on kunkin säännön tarkan paikan määrittäminen sääntöjen kokonaisuudessa. On täsmennettävä, mitkä ovat säännön erityispiirteet niin tunnusmerkistö- kuin oikeusvaikutuspuolellakin.

Periaatehakuinen tutkimus puolestaan pohjautuu ajatukseen siitä, että oikeusperiaatteet ovat normiston keskeisin osa. Tarkastelun muotona on tällöin tyyppitilanteiden avulla esitettävä periaatteiden punninta ja tämän punninnan mahdollisia ja tavallisia suuntia tai ratkaisuja koskevat väitteet. Tarkastelu johtaa lopputuloksiin, joissa ei keskeisesti ratkota (ei tarvitse ratkoa) voimassaolon ongelmia. Niiden sijasta olennaisiksi tulee sellaisten tekijöiden havainnollinen esittäminen, yksin tai eri yhdistelmissään, joilla on merkitystä harkinnassa. Tutkimuksessa ei esitetä, eikä pyritä esittämään, yksiselitteistä, ehdotonta ja tarkkarajaista väitettä johonkin yksittäiseen sopimussuhteen seikkaan tai seikastoon liittyvistä oikeusseuraamuksista.

Kuvatut kaksi tutkimustapaa ovat puhdaslinjaisina ääripäitä. Yksittäisiä esimerkkejä tutkimuksista tai tutkimuksen osista, joiden lähtökohdat johtavat lähelle noita ääripäitä on kuitenkin suhteellisen helposti löydettävissä.¹⁴² Sääntöhakuista tutkimusta edustakoon tässä Erkki Aurejärven laatutakuuta koskeva erittely, jossa hänen kysymyksenasettelunaan on sen selvittäminen, onko laatutakuulla jotain omaa tunnusmerkistöä ja vastaavasti omia erityisiä oikeusvaikutuksia. Tuloksena on, ettei kumpaankaan kysymykseen voida vastata myöntävästi ja että laatutakuu on sen vuoksi tarpeeton lisärasite irtaimen kaupan takuuehtoja koskevassa doktriinissa.¹⁴³ Aurejärven tutkimuksessa laa-

seen. Tällä tavoin finalisoitu oikeus haittaa ja häiritsee muun oikeusjärjestelmän toimintaa. Luhmannin ajatukset perustelevat sääntöhakuisuuden välttämättömyyttä ja tarpeellisuutta. Ks. myös *Collins*, *The Law of Contract* s. 12, jossa hän pitää siirtymää sääntösidonnaisesta tarkastelusta periaatehakuiseen sopimusoikeudessa välttämättömänä, jotta yhteiskunnan muutos pystytään ottamaan huomioon sopimusakajattelussa. Ks. vielä *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 14–80, jonka kaksi jaksoa on otsikoitu *The Model of Rules I* ja *II* ja *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 104–124, jossa käsitellään perusoikeustutkimuksen puhdasta periaatemallia, puhdasta sääntömallia ja kombinaatiomallia.

¹⁴² Selvytyden vuoksi sanottakoon, ettei tämä pidä paikkaansa tutkijoista, sillä toisin kuin julkaistu tutkimus, tutkija voi muuttaa ja on tavallisesti myös altis muuttamaan ja vaihtelevaan myös tutkimustapaansa.

¹⁴³ *Aurejärvi*, *Irtaimen kaupan takuuehdot II luku*. Tutkimusotteeltaan ja tuloksiltaan-

tutakuu on käsitetty oikeussäännöksi, tai paremmin: oikeusinstituutiksi, jota koskisivat tietyt oikeussäännöt. Hänen tuloksensa voitaisiin muotoilla myös niin, ettei maamme irtaimen kauppaa koskevassa oikeudessa ole voimassa erityisiä laatutakuuta koskevia oikeussääntöjä.¹⁴⁴

Analyyttinen siviilioikeus¹⁴⁵ näyttäisi olevan sääntöhakuista. Analyyttiseen suuntaukseen sisältyy *taipumus* pitää juridisesti tutkittavina nimemonaan oikeussääntöjä.¹⁴⁶ Oikeusinstituutteja pidetään oikeussääntöjen kokonaisuuksina (mutta ei vain kirjoitetun lain asettamien oikeussääntöjen). Tämä on seurausta analyttisen suuntauksen lähtökohdista, erityisesti *lainsäätäjän kunnioituksesta*.¹⁴⁷ Lainsäätäjän toimintaa on aidosti kunnioitettava; sille pitää tehdä oikeutta. Oikeusnormeihin sisältyvien systeemi-impulssien kannalta tämä merkitsee, ettei lainsäätäjän antamiin systeemi-impulsseihin saa tehdä *sisällöllisiä* lisäyksiä. Systeemi-

kin samantapainen on *Havansi*, Tunteeko Suomen oikeus ns. reaalisopimuksia? Ks. myös *Aurejärvi*, Urakkasopimus, jossa selvitetään, onko osapuolten sopimuksella (tahdonilmaisulla) ratkaiseva merkitys sille, miten työoikeudellisia lakeja sovelletaan, kuten ns. perussuhdeteoria hänen mukaansa edellyttää. Aurejärven tuloksena on, että ulkokontrahdilliset seikat tekevät työsopimuksen oikeustosiasiana ja työsuhteen syntyperusteena, eli lakeja voidaan soveltaa millaiseen työtä koskevaan sopimukseen tahansa, kunhan muut tunnusmerkit kuin tahdonilmaisuus täyttyvät. *Aurejärvi*, Urakkasopimus s. 215 ss.

¹⁴⁴ Sen sijaan Aurejärvi ei ole osoittanut että laatutakuu välttämättä pitäisi käsittää instituutiksi, joka perustuu ainoastaan oikeussääntöihin. Kysymykseen siitä, voidaanko laatutakuun katsoa liittyvän ainakin osaksi oikeusperiaatteisiin ja millaisia väitteitä kyseisestä instituutista silloin voitaisiin esittää, ei tässä ole mahdollista antaa yksityiskohtaista vastausta. Alustava käsitykseni kuitenkin on, että luettaessa laatutakuusta kirjoittaneiden henkilöiden esityksiä oikeusperiaatteenäkökulmasta, niihin ei voine kohdistaa samanlaista kritiikkiä kuin oikeussääntönäkökulmasta. Irtaimen kaupassa laatutakuun antaminen merkitsee nykyoloissa joidenkin alalla vallitsevien oikeusperiaatteiden painoarvojen kohoamista siitä johtuvine seuraamuksineen. Tällaiset muutokset harkinnan perusteissa merkitsevät mahdollisuutta siihen, että ainakin jotkin rajatapaukset saavat toisenlaisen ratkaisun kuin ilman laatutakuuta.

¹⁴⁵ Ks. suuntauksesta esim. *Aarnio*, Mitä 1960- ja 1970-lukujen keskustelu on opettanut oikeustieteen luonteesta s. 17–23. Ks. myös *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka, erit. s. 349, 379, 383 ja 411–422.

¹⁴⁶ En tarkoita, että analyttiset tutkijat olisivat ummistaneet silmänsä oikeusperiaatteilta optimointikäskyiksi ymmärrettyinä. Suomessa kaikki siviilioikeuden tutkijat ovat usein olleet ja ovat osaksi vieläkin sen ongelman edessä, ettei meillä ole lain tasoista sääntelyä ja tuollaisen sääntelyn tavallisesti merkitsemää yksityiskohtaisten oikeussääntöjen runsautta. Asia jää kirjoittamattoman oikeuden, osaksi myös periaatteiden varaan.

¹⁴⁷ Ks. *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 313, 316 ja 321 viite 23. *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 124, kiinnittää perustellusti huomiota oikeuslähdeopin — joka on analyttisen lähestymistavankin menetelmällinen muoto — ja oikeuden legitimitettiin yhteyteen. Lainsäätäjän kunnioitus onkin käsitettävä oikeuden legitimitettiinä koskeviksi väitteiksi: poliittiset, moraaliset ja yhteiskunnalliset näkökohdat saavat oikeudellisen merkityksensä (vain) lainsäätäjän toiminnan kautta.

impulssit saa, ja pitää, järjestää kokonaisuudeksi, mutta järjestämisen taustaidean pitää olla (looginen) johdonmukaisuus eikä ajatus siitä, että normit noudattavat jotain tarkastelijan antamaa yleistä ideaa. Siten voidaan tehdä johtopäätös siitä, olivatko kauppakaren 11 luvun 4 § ja 12 luvun 4 § pääsäännön ja rikoslain voimaanpanoasetuksen 11 § poikkeuksen ilmentymiä, vai päinvastoin. Lainsäätäjän täytyy olettaa olevan maksimaalisen rationaalinen ja siksi lainsäätäjän ei voi olettaa antaneen kahta ristiriitaista pääsääntöä.¹⁴⁸

Lainsäätäjän kunnioittamisen idealla on toinenkin tärkeä seuraamus. Silloin kun pohditaan sitä, mikä on pääsääntö ja mikä poikkeus, on pohdittava ja kehiteltävä lainsäätäjän tärkeiksi katsomia näkökohtia. Jos esi-neoikeudellisten kollisionormien taustalla on tärkeäksi koettu vaihdannan intressi, vaihdannan intressiä on kehitettävä niin, että se puhuu ongelmasta. Ei tule jäädä esimerkiksi lain esitöissä ilmaistulle tasolle, vaan on luvallista pohtia, onko vaihdannan intressille tärkeämpää vaihdannan varmuus vai vaihdannan sujuvuus ja joustavuus.¹⁴⁹ Tämä hämää usein analyttisen ajattelun leimallisen piirteen, käsitteelliseksi puhtaudeksi tulkitun objektiivisuusvaatimuksen, havainneita kriitikoita. Miten sama tutkimussuuntaus voi pitää sisällään suorastaan talous- ja yhteiskuntapoliittista pohdintaa vaihdannan intressistä ja siinä aivan tietyn suunnan mukaisen valinnan, jos toisaalta edellytetään puhtautta juridisilta käsitteiltä?¹⁵⁰ Ristiriita häviää, jos ymmärrämme oikein lähtökohdan lainsäätäjän kunnioittamisesta. Lainsäätäjän kunnioittaminen tekee laajan ja perusteellisen pohdinnan normien kohteena olevan todellisuuden faktuaalisista ja arvoiseikoista mahdolliseksi, ja itse asiassa välttämättömäksi, silloin, kun systeemi-impulsseja on johdonmukaistettava. Mutta pohdinnan tavoitteena ei ole *itsenäisen* johtopäätöksen tekeminen, vaan johtopäätös on *vain keino* systeemi-impulssien johdonmukaistamiseksi. Siitä ei tehdä itsenäistä systeemin osaa.¹⁵¹

Objektiviteettivaatimus eli tutkijan tai, yleisemmin, normien käyttäjän omien arvostusten minimoiminen, merkitsee juuri tarkastelijan *itsenäisyyden* kieltämistä tässä suhteessa. Hän ei saa tuoda yksilöllisiä arvostuksiaan, poliittisia, yhteiskunnallisia, taloudellisia tai vastaavia seikkoja mukaan. Lainsäätäjä on muuntanut tällaiset näkökohdat normistoksi eikä sen rinnalle saa tuoda mitään uutta. Tuon operationalisoinnin

¹⁴⁸ Vrt. Weberin ideaan siitä, että vasta oikeuden näkeminen ihmisten tietojen tekoyen, lakien säätämisen tuloksena tekee asioiden merkitykseen perustuvan tutkimuksen, muun muassa oikeustieteen, mahdolliseksi. *Kronman, Weber* s. 87.

¹⁴⁹ Keskustelua käydään hyväksymällä tavoitepäämäärä, taloudellinen varaus, ja keskittymällä keino-tehokkuus -keskusteluun. Vrt. *MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory* s. 262–263.

¹⁵⁰ *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta s. 129–139, erit. s. 129–130 ja *sama*, ”Puhtaan” oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä.

¹⁵¹ Vrt. *Kelsenin*, Puhdas oikeusoppi s. 26 ja 114–120, kielteiseen asenteeseen lain ratioihin.

tulkinta, mutta vain se, on sallittua, Ja tuollaisessa tulkinnassa pätee lainsäätäjän kunnioittamisen lähtökohta.

Kolmas tärkeä seikka, joka sekkin on yhteydessä lainsäätäjän kunnioittamiseen, on ajatus, jonka mukaan lainsäätäjän toimintakenttää eivät rajoita juridis-sisällölliset vaan ainoastaan poliittis-yhteiskunnalliset rajoitukset. Lainsäätäjä voi olla oikullinen niin tahtoessaan.¹⁵²

Neljäs piirre on analyttisen ajattelun yhteys oman aikansa logiikkaan siltä osin kuin se perustui kaksiarvologiikalle. Deonttinen logiikka pystyy käsittelemään hyvin sääntöjä mutta ei optimointikäskyiksi ymmärrettyjä periaatteita.¹⁵³

Vasta kokonaisuutena mainitut piirteet selittävät, miksi analyttisessä siviilioikeudesta tulee sääntöhakuista. Mainittujen piirteiden suhteen säännöt ovat *helpommin* käsiteltäviä kuin periaatteet. Periaatteet ovat välittömässä, lainsäätäjästään riippumattomassa yhteydessä tavoite- ja arvonäkökohtiin. Ne ovat analyttisen siviilioikeuden vaatimusten kannalta hankalia. Sen vuoksi oli johdonmukainen ratkaisu jättää ns. reaalisille argumenteille merkitystä vasta siinä argumentaatiossa, jota käytetään sääntöjä tarkemmin sovellettaessa. Reaalisille näkökohdille (materiaalisille argumenteille) jää eräänlaisen *kontrolli-instanssin* merkitys. Ne eivät (sisällöllisesti) alusta alkaen suuntaa normiston analyysia, mutta kontrolloivat, ettei soveltaminen johda kummallisuuksiin käytännön kannalta. Zitting kirjoittaa, että ”muodollista struktuuria ja täsmällistä käsitejärjestelmää tarvitaan ongelmien erittelemiseksi sellaisen kysymyksenasettelun suorittamista varten, joka tarjoaa mahdollisuuden moninaisten aineellisen-sisällöllisten näkökohtien huomioon ottamiseen oikeissa yhteyksissä. Muodollis-käsitteellinen systeemi palvelee — silloin kuin pidetään silmällä ratkaisutoimintaa — kysymyksenasettelua eikä tuota valmiita ratkaisuja.”¹⁵⁴

Systeemi-impulssien työstäminen merkitsee tosiasiaassa keskeisesti oikeusperiaatteiden täsmentämistä. Oikeusperiaatteiden täsmentäminen ei kuitenkaan ole olennaisesti niiden tunnusmerkistö- tai oikeusvaikutusongelmien pohtimista. Se on keskeisemmin sellaisten seikkojen pohtimista kuin millä tavalla määritetään tiettyjen tosiseikkojen painoarvo; onko jonkin oikeusperiaatteen systeemi-arvo suurempi kuin muiden, jolloin se olisi yleisesti merkittävämpi kuin muut periaatteet; mitkä ovat periaat-

¹⁵² Lainsäätäjän oikullisuus on periaatteiden kannalta kuitenkin juuri niiden rajoittamassa. Lainsäätäjä ei voi tehdä mitään mikä ei joutuisi periaatteiden täsmentämäksi. Tämä voisi olla yksi tulkinta sille, miten oikeusjärjestelmä on puoliavoin systeemi. Puoliavoimuus merkitsee lainsäätäjän mahdollisuutta saada aikaan muutoksia systeemissä, mutta tulosta eli oikeusjärjestelmän muutosta kontrolloi systeemin oma rakenne, tässä erityisesti oikeusperiaatteet. Systeemin kannalta lainsäätäjä voi olla vain *ehdollisesti* oikullinen.

¹⁵³ Tässä ei kuitenkaan kehitellä konkreettisempia yhteyksiä. Hohfeldin kaavat, Fundamental Legal Concepts s. 23—64, eivät kuitenkaan sellaisenaan kata oikeusperiaatteiden olennaista ominaisuutta, painon ulottuvuutta. Ks. myös von Wright, ”Is” ja ”Ought”.

¹⁵⁴ Zitting, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 491.

teiden käsitteelliset suhteet ja ovatko niiden pätevyysalat päällekkäisiä. Tällaiset johtopäätökset liittyvät periaatteiden hyväksyttävyyteen eli — saman asian kääntöpuolena — niiden legitimaatiovoimaan. Vaihdannan intressillä on sopimusvapautta korkeampi systeemi-arvo sen vuoksi, että (tai: jos) on paremmin legitimoitua, hyväksyttävämpää, selittää sopimusvastuu vastaanottajan luottamuksen suojaamisella kuin vastuulla tahdonvapauden käytöstä.

Esimerkki periaatehakuisesta tutkimuksesta on L.E. Taxellin teos *Avtal och rättsskydd*. Koko teosta sävyttää tarkastelutapa, jossa hahmotellaan tyyppitilanteita ja pohditaan seuraamuksia osapuolten oikeussuojan tarpeen ja oikeusturvan (rättssäkerhet) kannalta. Teoksessa esitettäviin väitteisiin on usein liitetty varaus, että niiden lopputulos voi muuttua, jos jokin erityinen piirre on otettava tapauksessa huomioon tavallista painokkaammin.¹⁵⁵

Kysymys siitä, kumpi tutkimustapa on parempi, saattaa vaikuttaa väärin asetetulta. Mehän tarvitsemme molempia, ja hyvän tutkijan pitää pystyä käyttämään molempia. Vaikka vaatimukset pitävätkin paikkansa, ei niistä seuraa, että näin todella olisi. Eräin osin lähes päinvastainenkin väite näyttäisi pitävän paikkansa Suomen oikeustiedettä ajatellen. Tutkimuksen kohteeksi otettua oikeudenalaa tai oikeusinstituuttia on pidetty oikeussääntöjen hallitsemana. Vaikka oikeudenaloittainen vaihtelu tutkimusaseteissa lienee ollut merkittävää, monet tutkimukset ovat suuntautuneet tavalla, jossa mahdollisimman suurta osaa normistosta on *pyritty pitämään* oikeussääntöinä.¹⁵⁶

Erityisesti yleislausekkeilla on itsenäistä merkitystä sääntöhakuisessa tutkimuksessa vain siinä määrin kuin ne palautuvat säännöiksi. Esimerkiksi OikTL 33 §:n kunnian ja luottamuksen periaatteella on merkitystä, jos siitä seuraa vaikkapa kiinteistökauppaan myyjän laajaa tiedonantovelvollisuutta koskeva sääntö.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Katson oikeusperiaatteista tässä teoksessa lausutun tarkoittavan samaa kuin Taxellilla oikeussuojan tarve siinä merkityksessä, että oikeussuojan tarve on oikeusperiaatteiden soveltumisen tulos. Ks. tarkemmin jälj. IV luvussa s. 207—209.

¹⁵⁶ *Klami*, Ihmisen säännöt s. 356, kirjoittaa, että ”sopimusoikeuden tutkijoiden keskuudessa esiintyy perinteisesti oikeuspositivistinen taipumus tarrautua juuri *oikeussääntöihin*.” Ks. myös m.t. s. 356—360. Tällainen taipumus ei ole ollut tyhjentävästi sidoksissa siihen, onko alalla ollut säädännäistä oikeutta vai ei. Suomessa irtaimen kaupan oikeussäännöt vastasivat ennen vuoden 1988 alusta voimaan tullutta kauppalakia sisällöltään paljolti pohjoismaiden kauppalakeja. Ks. esim. *Godenhjelm*, Sopimusoikeuden oppikirja, *passim*.

¹⁵⁷ Ks. KKO 1971 II 2 ja sen johdosta *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 210—211. Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Om tro och heder i finsk rätt s. 57—77, jossa täsmennetään niitä *sääntöjä* (tunnusmerkistönään osapuolen tietämättömyys olennaisesta seikasta tai sairauden, alkoholin taikka vanhuudenheikkouden aiheuttama erityinen tunnetila), joita oi-

Havainnollinen ero tarkasteltavien tutkimusasenteiden välillä syntyy myös silloin, kun olemassaolevaan normistoon on sijoitettava uusi normi. Jos tuota(kin) normia pidetään sääntöhakuisessa tutkimuksessa oikeussääntönä, tämä johtaa siihen, että on vaikea sanoa *yleisesti*, miten normi sopii oikeusjärjestelmään. Sen sijaan kysymykseen voidaan vastata yksittäisiä, sääntöjen välisiä soveltamistilanteita tarkastellen ja vastaus voidaan antaa jokaiseen *yksittäiskysymykseen* erikseen. Jos periaatehakuisessa tutkimuksessa tuota(kin) normia pidetään periaatteena tai periaatteiden täsmentämänä oikeussääntönä, voidaan *yleisesti* sanoa, että normin sovittaminen järjestelmään ei tuota ongelmia. Sen sijaan on hankala esittää mitään yksityiskohtaisempaa siitä, millä tavoin normin lisääminen järjestelmään muuttaa ratkaisuja *yksittäistapauksissa*.¹⁵⁸

Oikeusteoreettisesti edellä kuvatut asenteet merkitsevät erilaisia tapoja jäsentää oikeusnormien käytön ongelmia. Sääntöhakuisessa suuntauksessa ongelmien jäsentämistapa liittyy kielen tulkinnanvaraisuudesta aiheutuvaan oikeudellisten ilmaisujen epämääräisyyteen, jonka ratkaisussa paras muoto on juridinen *pro et contra* -argumentaatio.¹⁵⁹ Periaatehakuisessa suuntauksessa ongelmat jäsennetään tapauksen oikeudellisesti relevanttien näkökohtien merkittävyyksien ja niiden välisen punninnan ongelmiksi.¹⁶⁰

1.7.2. Ratkaisutoiminta

Lars D. Eriksson on kuvannut oikeudellisen ratkaisutoiminnan muutoksia eri argumentaatiomallien avulla. Hän hahmottaa kaksi argumentaatiomallia: subsumtiologisen ja tavoiterationaalisen. Ensinmainitulle on tyypillistä, että oi-

keuskäytäntö on vakiinnuttanut sopimusoikeutemme. Ks. yleisesti myös *Klami*, Ihmisen säännöt s. 242—243. Jos oikeusperiaatteisiin perustuvia velvollisuuksia yritetään selvittää sääntöhakuisista lähtökohdista, on *H. Halilan*, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 131—133, tiedonantovelvollisuutta koskevan analyysin lopputulos kuvaava: aineiston läpikäyminen ei anna mahdollisuutta esittää yleistä sääntöä asiasta. Eli ei saada selville yhtä yhtenäistä oikeustoiseikka-oikeusseuraamus -suhdetta. Tiedonantovelvollisuus perustuu kuitenkin lojaliteettiperiaatteeseen, joka on etsitty yhteinen nimittäjä. Eri asia on, että yhtenäisen periaatteen vahvuus ja soveltamistunnusmerkit vaihtelevat eri oikeustoimityypeissä. Halila, mt. s. 134, ei näytä perustavan tuloksiaan eri oikeustoimityypeissä havaitsemilleen eroille lojaliteettiperiaatteen asemassa periaatteen vahvuuden tai soveltamistunnusmerkkien muuttumisessa, vaan erolle neuvotteluvaihe / solmittu sopimus.

¹⁵⁸ Vrt. *Taxellin*, Jämknig av avtal s. 623, esitykseen, jossa hän toteaa OikTL 36 §:n hyvin sopivan sopimusoikeutemme.

¹⁵⁹ Esim. *Hart*, The Concept of Law s. 124—132.

¹⁶⁰ Ks. myös *Eriksson*, Till teorin om den reflexiva rätten s. 281. Vrt. myös Hartin ja Dworkinin eroon täsmennettäessä sitä, millä tavalla tuomarilla oleva harkinta tulisi ymmärtää, esim. *Shiner*, Rules versus Rights: A Paradigmatically Philosophical Dispute, erit. s. 63—65.

keussäännön sisältö täsmennetään tulkinnalla ja faktojen toteamisen jälkeen säännöstä johdetaan (deduktiivisesti) oikeusseuraamus. Tavoiterationaalista argumentaatiotapaa Eriksson luonnehtii avoimeksi seuraamusharkinnaksi. Oikeudellisen sääntelyn luonteen muutos yhä selvemmin tavoitteisiin ja tarpeisiin sidotuksi merkitsee oikeudellisen argumentaation muuttumista tavoiterationaaliin suuntaan.¹⁶¹

Kun yhdistetään Erikssonin esitys tämän jakson erotteluihin, havaitaan, että subsumtiologinen argumentaatiomalli on yhteydessä sääntöhakuiseen asenteeseen. Periaatehakuinen asenne taas on sidoksissa tavoiterationaaliseseen argumentaatiomalliin. Siinä määrin kuin OikTL 36 §:n varassa tehtävä harkinta perustuu oikeusperiaatteisiin, tavoiterationaalisella argumentaatiomallilla on tässä harkinnassa etusija subsumtiologiseen nähden.¹⁶²

1.8. Periaatteet ratkaisuargumentaatioissa

Ennen siirtymistä sopimusmallien tarkasteluun on vielä lausuttava jotain tarkempaa oikeusperiaatteiden merkityksestä ratkaisutilanteessa. Monet oikeusperiaatteista kirjoittaneethan ovat pitäneet tätä keskeisenä seikkana, ja sen vuoksi ratkaisutilannetta koskevia lausumia on tässä luvussa aiemminkin käytetty havainnollistamaan oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita. Oikeusperiaatteiden ratkaisutilannemerkituksen erittelemineen auttaa ymmärtämään, miksi avoimen termin sisältävän yleislausukseen, esimerkiksi OikTL 36 §:n, luokitelulla oikeussäännöksi tai oikeusperiaatteeksi on vain suhteellisen vähäinen merkitys. Sovitteluharkinnan sisältönä on painoarvojen antaminen periaatteille ja niiden keskinäinen punninta. Sovittelunormin käyttö ratkaisussa on siten pitkälti samankaltaista riippumatta siitä, onko se oikeussääntö vai oikeusperiaate. Tämä jakso on yritys perustella, miksi mainittu ero on vähäinen.

1.8.1. Ratkaisunormi, ratkaisunormiin ohjaava normi ja ratkaisunormia täsmentävä ja täydentävä normi

Sopimusoikeuden normi voi olla *ratkaisunormi, ratkaisunormiin ohjaava normi*

¹⁶¹ Om olika argumentationsmodeller s. 28—34 ja 49—51.

¹⁶² Eriksson, Om olika argumentationsmodeller s. 25—28, kutsuu subsumtiologista argumentaatiomallia taustaltaan periaatteelliseksi (”principalistisk”). Ilmaus on kuitenkin tarkoitettu erottamaan tuollainen argumentaatiotapa praktis-utilitaristisista argumentaatiovoistoista, m.kirj. s. 26. Erikssonkin liittää tavoiterationaalisien argumentaatiomallin Weberin materiaaliseen rationaliteettiin ja Dworkinin oikeusperiaatekäsitykseen. Siten tämän teok-

tai *ratkaisunormia täydentävä taikka täsmentävä normi*.¹⁶³ Oikeudellinen ratkaisunormi on joko oikeusperiaate tai oikeussääntö. Jos ratkaisunormina on ainoastaan (yksi tai useampi) oikeusperiaate, on kysymyksessä kiperä tapaus. Sopimusoikeuden yleisen osan kannalta ovat mielenkiintoisia sellaiset ratkaisut, joissa ratkaisun pohjana on joko suoraan oikeusperiaate tai sitten periaatepohjainen oikeussääntö. Tällöin oikeusperiaate joko on ohjannut oikeussääntöön tai täsmentää taikka täydentää sitä. Oikeusperiaatteet ovatkin tavallisesti joko ratkaisunormiin viittaavia normeja tai ratkaisunormia täsmentäviä tai täydentäviä normeja, eli ne ovat *ratkaisunormia heikommalla mutta kuitenkin asiaan vaikuttavalla tavalla mukana juridisessa ongelmanratkaisussa*. Tavallisesti oikeusperiaatteet kontrolloivat ja hahmottavat ratkaisuarargumentaation rakennetta, kulkua ja siirtoja.¹⁶⁴

1.8.1.1. Periaatteet ratkaisunormeina

a. *Ilman sääntöjä eli kiperissä tapauksissa*. Sopimusoikeuden kiperien juristien ongelmien ratkaisuihin otetaan tavallisesti huomioon monia oikeusperiaatteita.¹⁶⁵ Vaikka ratkaisunormiksi korotettaisiinkin vain jokin ratkaisun puolesta erityisen vahvasti puhunut periaate, tämä ei merkitse sitä, etteikö muilla periaatteilla olisi ollut keskeistä, *itsenäistäkin* merkitystä. Oikeusperiaate nostaa esiin argumentin, joka tukee ratkaistavassa ongelmassa ratkaisunormina olleen toisen oikeusperiaatteen edellyttämää ratkaisua.¹⁶⁶ Epäsuoran tuen ilmentymiksi voidaan hyvin kuvata sellaiset ratkaisut, joissa — vaikka ratkaisuuseuraamukset onkin valittu vain yhden normin mukaisina — on viitattu siihen, että samansuuntainen, joskin ehkä konkreettisilta oikeusseuraamuksiltaan toisenlainen, ratkaisu seuraisi toisen(kin) oikeusnormin soveltamisesta.¹⁶⁷

sen termi 'periaatehakuisuus' vastaa ideaa siirtymisestä kohti tavoiterationaalista argumentaatiomallia.

¹⁶³ Erottelun pohjana on ollut *Timosen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä s. 118, tekemä samankaltainen erottelu tuomionormin kannalta.

¹⁶⁴ Vrt. *Alexyn*, *Theorie der Grundrechte* s. 90—91, esitykseen, jossa erotetaan, onko normi toisen normin perusta vai ratkaisun perusta. Hänen mukaansa säännöt ja periaatteet voivat molemmat olla sekä toisen normin perusta että ratkaisun perusta.

¹⁶⁵ Jos tapaukseen soveltuu poikkeuksellisesti vain yksi oikeusperiaate, olisi ratkaisu tuon periaatteen maksimointia *Alexyn*, *Theorie der Grundrechte* s. 90—92 kuvaamalla tavalla.

¹⁶⁶ Tällainen tuki ei tietenkään tarkoita sitä, että kaikissa sellaisissa ongelmissa, joissa samat kaksi periaatetta soveltuvat, ne tukisivat aina toisiaan. Ks. tästä jäljempänä III luvun jakso 4.1.

¹⁶⁷ Vrt. esim. keskusteluun siitä, millä perusteella kiinteistönomistaja on vastuussa ka-

Tavassa jäsentää kiperät tapaukset tai oikeusaukot näkyy selkeästi ero kahden katsantotavan välillä, joita voi kutsua normatiiviseksi ja deskriptiiviseksi oikeusperiaatekäsitykseksi.¹⁶⁸ Normatiivisen käsityksen mukaisesti periaate johtaa ratkaisuun, joka *jo periaatteen soveltumisen takia* on oikeudellisesti velvoittava. Oikeusperiaatteita pidetään mahdollisina ratkaisunormeina. Deskriptiivisen käsityksen mukaan periaate (oikeastaan: suuntaviiva) antaa vain epäsuoraa tukea ratkaisulle. Suuntaviivat eivät voi olla ratkaisunormeja edellä tarkoitettussa merkityksessä.¹⁶⁹ Makkonen edustaa varsin puhtaasti deskriptiivistä linjaa ja hänen analyysinsä tuloksena oikeusperiaatteet paljastuvat pääasias- sa reaktiotapanormeiksi.¹⁷⁰

dulla liukastuneen henkilön vahingosta tilanteessa, jossa liukastuneella henkilöllä on myös sopimusliityntä väitettyyn korvausvelvolliseen. Esim. *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 181, mainitsee siitä, että tapauksessa KKO 1972 II 10 oli *lisäargumenttina* se, että henkilö liikkui sopimusasioissa. Tuollaisen lisäargumentin maininta ei kuulu ratkaisun vähimpiin mahdollisiin perusteluihin, koska sen tuki ei ollut *välttämätön* ratkaisuun päätymiselle.

¹⁶⁸ *Koskenniemi*, General Principles s. 129—156. Sama erottelu luottamusperiaattees- ta sopimusoikeudessa jo *Ussing*, Aftaler s. 22. Ks. myös *Pöyhönen*, Juridisista teorioista s. 88—90, jossa normistoperiaatteet vastaavat deskriptiivistä ja kohdeperiaatteet normatiivista oikeusperiaatekäsitystä.

¹⁶⁹ Ero selittää muun muassa Sundbyn tapaa korostaa eroaan esim. Dworkinista, jolla periaatteiden merkitys ratkaisunormeina on vielä Alexyakin korostuneempi. *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 83—84, nimittäin katsoo, että periaatteiden punninnan lopputulosta voidaan pitää oikeussääntönä, jonka tunnusmerkistönä on tapauksessa vaikuttaneiden periaatteiden keskinäinen suhde ja oikeusvaikutuksena ratkaisun oikeusvaikutukset. Tällainen mahdollisuus ei kuitenkaan nähdäkseni merkitse sitä, etteikö oikeusperiaateilla seuraavassa samankaltaisessa ratkaisussa edelleenkin olisi itsenäinen normatiivinen merkitys. Sen sijaan *Sundby*, Om normer s. 203, kirjoittaa: ”... en retningslinje (bestemmer) aldri i seg selv spørsmålet løsning, men nøyer seg med å peke på hensyn av vekt ved avgjørelsen”. Ks. *kuit. m.t.* s. 273—274, jossa tehdään ero primääriin oikeuskysymykseen ja sekundääriin oikeuskysymykseen. Suuntaviiva ratkaisee suoraan vain sekundäärisen oikeuskysymyksen, eli esimerkiksi rangaistuksen määrän rikostyyppin rangaistuslatitudin sisällä. Myös Jareborg huomauttaa omaan jaotteluunsa perustuen, että peukalosääntö on argumentaatiossa (lopputuloksen perustelemissa) tarpeeton. Peukalosääntöä tarvitaankin Jareborgin mielestä heuristisena apuvälineenä ratkaisun löytämisessä. Jareborg kritisoi Sundbytä keskeisesti siitä, ettei sääntöjen ja periaatteiden ero voi olla siinä, että sääntö antaa suoraan ratkaisun mutta periaate ei. Jareborg kysyy: ratkaisun mihin? *Jareborg*, Regler och riktlinjer s. 400. Sen sijaan Jareborgin arvostelulla ei ole relevanssia Dworkinin ja Alexyn erottelun suhteen. Heidän erottelunsahan perustuu samaan kuin Jareborgin eli siihen, että säännöt edellyttävät välttämättä tiettyä ratkaisua, kun taas periaatteita ei tarvitse hylätä, vaikkei ratkaisu olisi- kaan niiden mukainen. Jareborgin peukalosäännöiksi kutsumia maksimeita voidaankin pitää Alexyn terminologiassa (periaatteiden) *prima facie* -etusijoina tai punnintalakina. Ks. edellä s. 26—27.

¹⁷⁰ Makkonen kirjoittaa ratkaisijasta, joka poikkeaa laista: ”Hän ottaa kannan siihen,

Deskriptiiviseen oikeusperiaatekäsitukseen perustuvan käsitteiden määrittelyehdotuksen keskeinen heikkous on se, ettei sen avulla pystytä tunnistamaan oikeusperiaatteiden erilaisia rooleja ratkaisuisissa. Toisaalta, kun periaatteita pidetään oikeusnormeina eikä vain harkinnan maksimeina, suuntaviivoina, tämä merkitsee myös, että ratkaisija on täsmälleen samalla tavoin *velvollinen* soveltamaan niitä kuin käyttämään oikeussääntöjä.¹⁷¹

b. Yhdessä sääntöjen kanssa.

b.1. Periaatteet ratkaisunormiin ohjaavina normeina. Säännöt ovat ratkaisunormeja useammin ja (vain) ratkaisunormiin viittaavia normeja harvemmin kuin periaatteet. Ratkaisun teossa ei kuitenkaan pidä väheksyä sellaista normia, joka (vain) ohjaa ratkaisunormiin, sillä tällaisilla normeilla on usein vahva kytkentä systeemiin. Tähän liittyen Dworkin kirjoittaa, että ne, jotka katsovat oikeuden koostuvan yksistään säännöistä, keskustelevat siitä, soveltuuko jokin sääntö todella uuteen tapaukseen. Oikeudenkäytössä tiettyyn sääntöön viittaava argumentti (an argument for a rule) voi kuitenkin olla paljon tärkeämpi kuin tuosta säännöstä johdettu argumentti (an argument from the rule).¹⁷² Sääntöön viittaava argumentti siirtää harkinnan ”kiskoille”, joita pitkin sen on kuljettava. Juridisessa ongelmanratkaisussa juuri tämä vaihe on usein keskeinen.¹⁷³

minkä mahdollisista oikeusseuraamusten vaihtoehdoista hän asettaa *etusijalle*. Tällöin yleisten oikeusperiaatteiden reaalfunktio on tuon etusijan määräämisessä, ne toimivat *valintaperusteina*, jotka aina ovat rakenteeltaan Normi³.” Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 208. ”Verrattain harvinaista on, että yleinen oikeusperiaate on Normi², reaktionormi.” Käyttäytymisnormi eli Normi¹ on Makkosen mielestä ZGB 2 §: ”Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.” Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 217. Kokonaisuutena Makkosen normiluokittelu ja tapaustyyppittely (isomorfia-, tulkinta- ja aukkotilanteet) johtavat siihen, ettei oikeusperiaatteiden suora, välitön sisällöllinen merkitys ratkaisuisissa pääse esiin. Siksi ei ole yllättävää, että Aho, Tuomioistuimen harkintavalta ja tuomarin sosiaalinen rooli s. 475, arvioi Makkosta siitä, ettei tämän käsitys tuomarin harkintavalta ole hedelmällinen eriteltäessä Ahon harkintasäännöiksi kutsumia oikeusnormeja. Ks. myös Brusiinin vastaväittäjän lausuntoa, LM 1965 s. 927—930, jossa Brusiin huomauttaa, että teoksen ansiot ovat muualla kuin yleisten oikeusperiaatteiden käsittelyssä.

¹⁷¹ Samoin Alexy, *Theorie der Grundrechte* s. 91—92. Ks. myös *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 213, jonka mukaan tuomioistuimet ovat yleislausekkeitä käyttäessään velvollisia ratkaisun tyyppillisten seurausvaikutusten huomioon ottamiseen ja siten ”oikeuspoliittiseen, esim. kohtuullistuttamisratkaisuihin kehitystä edistävään toimintaan.”

¹⁷² Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 77—78.

¹⁷³ Mietittäköön vain sitä, millä perusteella ohjaudumme sopimusoikeudessa tahdon ja

Periaate ilmaisee myös pääsäännön ja poikkeuksen. Periaatteen mukaisista säännöistä tulee pääsäännön ilmauksia, sen vastaisista puolestaan poikkeuksia. Pääsäännön mukaiset säännöt soveltuvat ratkaisunormeiksi sellaisiinkin tilanteisiin, joita ne eivät suoraan koske.¹⁷⁴ Periaatteet ohjaavat siten myös ratkaisua siitä, tuleeko säännöstä tällaisissa tilanteissa tehdä *analogia*- vai *e contrario* -päätelmä.¹⁷⁵

b.2. Molemmat ratkaisunormeina. Tavallisessa, muun kuin kiperän tapauksen ratkaisussa voidaan hyvin joutua käyttämään sääntöä ja periaatetta rinnakkain ja toisiaan täydentäen ratkaisunormina. Esimerkiksi pahoinpitelynormistoa sovellettaessa ratkaistaan ensin pahoinpitelysääntöjen nojalla tunnusmerkistöongelmat ja päädytään rangaistusasteikon määrävän säännön soveltumiseen. Tämän jälkeen rangaistusasteikon rajoissa sovelletaan rangaistuksen mittaamisperiaatteita.¹⁷⁶

Harkittaessa sovittelua OikTL 36 §:n nojalla joudutaan tunnusmerkistöä tarkennettaessa, esimerkiksi annettaessa osapuolten asemalle painoarvo, käyt-

luottamuksen ristiriitatilanteessa käyttämään joko tahtoa tai luottamusta suojaavia oikeussääntöjä silloin kun tapaukseen ei sovellu mikään nimenomainen oikeussääntö.

¹⁷⁴ Väite pääsäännöstä perustuu kahden tai useamman erisuuntaisen periaatteen tilanteissa sääntöjen taustoilla olevien periaatteiden suhteista tehtyyn ratkaisuun. Vrt. esim. *Zittingin*, Omistajanvaihdoksesta s. 140—146, tapaan yleistää kauppakaaren 11 luvun 4 §:stä ja 12 luvun 4 §:stä yleinen vilpittömän mielen ekstinktiosääntö (eikä periaate). Yleistäminen puolestaan perustuu periaatteiden — hänen tapauksessaan vindikaation (oikeusperiaatteen: optimoi oikean omistajan suoja) ja ekstinktion (oikeusperiaatteen: optimoi vaihdannan intressi) — suhteista tehtyyn oletukseen. *Klami*, Ihmisen säännöt s. 239, suorastaan määrittelee oikeusperiaatteen siten, että ”oikeusperiaate ymmärretään pääsäännöksi”. — Jäljempänä periaatteiden välisten suhteiden määrittämistä käsitellään III ja IV luvuissa.

¹⁷⁵ McCormickin huomauttaa analogiapäätelyn ja periaatteista tehtävän päätelyn samankaltaisuudesta. Ks. tarkemmin *McCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 152—194 esimerkkeineen. Ks. myös *Helin*, Käsitteistä päättelystä s. 91, jossa hän nimittää erästä Zittingin käyttämää päättelytapaa ”systeeminsisäiseksi analogiaksi”. Samoin *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 216, rinnastaa yleislausekkeiden käytön tuomioistuinten käytössä olevaan, analogiaratkaisuissa käytettävään valtaan. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 160, huomauttaa, ettei ole mitään loogista pakkoa (välttämättömyyttä) tehdä säännöstä sen paremmin analogia- kuin *e contrario* -päätelmää. Periaatteiden tasolla tätä vastaa se, ettei ole loogista pakkoa ratkaista, mikä on kahden periaatteen systeemi-arvojen suhde, eli onko toinen toista tärkeämpi. Analogian ja ”perimmäisten oikeuslauseiden, oikeusperiaatteiden” yhteyden on havainnut myös *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 395. On kuitenkin muistettava, että Weberin tarkoittamassa merkityksessä oikeusperiaatteet eivät ole sisällöllisiä perusvalintoja, vaan kuvastavat järjestelmän muodollisia rakenteita.

¹⁷⁶ Ks. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 252—266.

tämään muun muassa heikomman hyvittämisen periaatetta eli optimoimaan heikomman hyvittäminen.¹⁷⁷ Samoin oikeusseuraamuspuolella joudutaan, jos sovitteluun päädytään, turvautumaan sovittelun sisällön määrittämisessä esimerkiksi samanveroisten suoritusten periaatteeseen eli optimoimaan sopimustasapaino suhteessa suoritus-vastasuoritus.

Moderneissa oikeusjärjestyksissä on tavallista käyttää sääntelyssä tietoisesti epämääräisiä termejä, joiden täsmentäminen jätetään oikeuskäytännön varaan.

On kuitenkin tärkeä pohtia myös eroja oikeussäännön sisältämään avoimeen termiin perustuvan sääntelyn (yleislausekkeen) ja suoraan oikeusperiaatteiden varaan jäävän sääntelyn välillä.¹⁷⁸

1.8.2. Eroja ja yhtäläisyyksiä oikeusperiaatteen ja avoimen termin sisältävän oikeussäännön välillä

Oikeusperiaatteisiin tiivistyy yhteisön oikeuskulttuurin perusteita. Tästä taustasta kumpuaa mahdollisuus kontrolloida ratkaisijan harkintaa silloinkin, kun se ei ole muodollisten tunnusmerkkien sitomaa.¹⁷⁹ MacCormick korostaakin periaatteiden merkitystä muutoin *in casu* -harkintaan jäävissä ratkaisuissa. Periaatteet asettavat rajat, joiden sisällä on legitiimiä antaa ratkaisulle seuraamusnäkökohtiin perustuva justifikaatio. Nämä seuraamusnäkökohdat ovat arvoperiaatteisiin tai tavoiteperiaatteisiin palautuvia materiaalisia argumentteja. Ilman periaatteita seuraamusnäkökohtien punninta olisi joko vain lainsäätäjän asia tai — tuomioistuimen suorittamana — luonteeltaan ei-oikeudellista.¹⁸⁰

Myös Dworkin on kiinnittänyt huomiota toiminnalliseen läheisyyteen, joka on avoimeen termiin (esimerkiksi kohtuus, hyvä tapa, tms.) perustuvan säännön ja vastaavan periaatteen muotoillun normin välillä. Jos sääntöön sisältyy avoin termi, sääntöä käytetään muodollisesti säännön mutta sisällöllisesti periaatteen tavoin.¹⁸¹ Eri näkökohdille annetut merkitykset ovat kummassa-

¹⁷⁷ Vrt. Ruotsin AvtL 36 §:ään, jossa on nimenomaan lausuttu, että on kiinnitettävä huomiota siihen, onko toinen osapuoli kuluttajaan rinnastuvassa asemassa. Meillä tuo yhteys on lausuttuna säännöksen valmisteluasiakirjoissa, esim. HE 247/81 s. 14—15.

¹⁷⁸ Tämä on tärkeää nimenomaan OikTL 36 §:n erittelyä varten.

¹⁷⁹ Oikeuskulttuurin käsitteestä ks. yleisesti *Wróblewski*, Teoretiska och ideologiska problem vid kontroll av rättsliga avgöranden ja *Friedman*, Legal Culture and Welfare State. Ks. myös *Eriksson*, Om olika argumentationsmodeller s. 36, joka katsoo oikeuskulttuurin ja oikeusideologian monesti tarkoittavan samaa, sekä erit. *Bruunin*, Kollektivavtal och rättsideologi s. 30—44, perustelee yhteiskunnallisen oikeusideologian käsitettä.

¹⁸⁰ *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 129—151.

¹⁸¹ *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 28.

kin ratkaisun keskeistä ainesta.¹⁸² Tälle työlle, jossa pyritään erottamaan (varsinainen) kohtuusperiaate sille perustuvista oikeussäännöistä, tuo Dworkinin huomautus on tärkeä. Dworkinin toteamus vaikuttaa oikeaan osuneelta. Käytännössä esimerkiksi oikeustoimen sovitteluun johtavat tilanteet saatettaisiin ymmärtää *joko* suoraan periaatteiden toiminnan kautta *tai* sitten sovittelusäännön taustalla vaikuttavien sopimusoikeuden tavoite- ja arvoperiaatteiden ja niistä ensisijaisena kohtuusperiaatteen soveltamistilanteina. OikTL 36 § olisi esimerkki säännöstä, jolla on annettu nimenomainen oikeus periaatteiden suoraan käyttöön. Toiminnallisen samankaltaisuuden kriteerinä olisi tässä sama menettelytapa: periaatteiden punninta.¹⁸³ Tarkennettaessa voidaan kuitenkin nähdä eroja siinä tavassa, jolla tuohon lopputulokseen päädytään.¹⁸⁴

Kutsukaamme periaatelinjaksi suoraan periaatteen kautta etenevää ja sääntölinjaksi toista, periaatteiden kannalta välillistä ratkaisutapaa. Sääntölinjassa on yleensä keskeistä sovitteluun oikeuttavan säännön tunnusmerkistöpuoli eli soveltamisrajat. Periaatelinjassa ei normin soveltuminen tavallisesti ole ongelma. Periaatteen tunnusmerkistö kattaa usein koko alan (esimerkiksi sopimusvapaus ja kohtuus lähes koko sopimusoikeuden). Periaatteen painoarvon määrittäminen ratkaistavassa tapauksessa on sen sijaan monesti ongelmallista.

OikTL 36 §:ssä sovittelusäännön soveltamisrajoja on yritetty täsmentää tietyn tyypillisin tunnusmerkein (osapuolten asema, oikeustoimeen johtaneet tekijät, jne). Pykälän kehoitus kokonaisharkintaan tämän lisäksi (”ja muut seikat”) viittaa siihen, ettei tunnusmerkistöllä tavoitella täydellistä listaa vaan vain

¹⁸² Tältä kannalta voi väittää *Hartin*, *The Concept of Law* s. 124–132, saavan erotelullaan käsitteen merkityssisällön ydinalueeseen, tulkinnanvaraiseen vyöhykkeeseen ja ulkopuolelle jäävään alueeseen esiin paljolti samat juridisen harkinnan ongelmat kuin Dworkin periaateskeemallaan, näin *Shiner*, *Rules versus Rights: A Paradigmatically Philosophical Dispute*. Vrt. myös *Makkosen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* s. 218, käsitykseen, jonka mukaan avoimen termin sisältävät yleislausekkeet ovat yleisten oikeusperiaatteiden ilmauksia.

¹⁸³ Toisinaan tapa asettaa juridinen ongelma periaatteiden punnintaongelmana johtaa samankaltaiseen lopputulokseen sekä periaate- että sääntöhakuisessa ajattelussa. Testamenttiin ei voida soveltaa tasapainoarviota, koska se on saajan kannalta yksipuolisesti hyödyttävä. Sen vuoksi kohtuusperiaate ei sovellu testamenttiin. Samasta syystä testamentti jää säännöksi käsitetyn sovittelunormin ulkopuolelle: sovittelusäännön epätasapainoedellytystä ei ole. Ks. tästä tarkemmin V luvussa s. 343–344.

¹⁸⁴ Avoimet termit ovat myös eri tavoin tulkinnanvaraisia. Osa täsmentyy oikeusperiaatteiden kautta, kuten esimerkiksi kohtuuttomuus. Osan täsmentäminen on juridisesti relevantin reaalityö (suoraa) jäsentämistä. Esimerkki jälkimmäisestä on lapsen etu. Ks. siitä *Savolainen*, *Lapsen huolto ja tapaamisoikeus* s. 75–112.

tyyppiluetteloa.¹⁸⁵ Tällainen menettelytapa korostaa soveltajan harkintavaltaa. Se ei kuitenkaan poista lainsäätäjän mahdollisuuksia asettaa tämän lisäksi formaalein kriteerein soveltamisrajat, joiden jommallekummalle puolelle tapaus sijoittuu. Esimerkkinä siitä, että tällaisella soveltamisrajakeskustelulla on merkitystä, olkoon vaikkapa jäljempänä pohdittava kysymys siitä, olisiko joidenkin oikeustoimityyppien sovittelu kokonaan tai joltakin keskeiseltä ehdoltaan OikTL 36 §:n soveltamisalan ulkopuolella. Tämä voisi koskea sellaista oikeustointia, jonka kohtuus kontrolloidaan muilla oikeussäännöillä.¹⁸⁶

Sovittelusääntöön voidaan myös liittää vaatimus siitä, että (sisäisen) epätasapainon on oltava seurausta ulkoisista seikoista, jotta sovittelu olisi mahdollista. Sen sijaan periaatelinjassa on vaikeampi perustella sitä, miksi epätasapainon pitäisi olla seurausta ulkoisista seikoista, ennen kuin siihen voidaan puuttua. Sovittelusäännössä voitaisiin sovittelun ehdottomaksi edellytykseksi asettaa myös sovittelua vaativan vilpitön mieli ehdon kohtuuttomuuden suhteen.¹⁸⁷

Avoimeksi jäävä vaihtoehtojen kirjo merkitsee oikeusseuraamuspuolella sitä, että sovittelusäännön (OikTL 36 §:n) asettaman sisällön vahvuus on hyvin alhainen. Näin seuraamuspuolellakin joudutaan käyttämään keskeisesti oikeusperiaatteita, jotka sekä määrittävät relevantit tekijät että ohjaavat antamaan niille tietyn painoarvon.¹⁸⁸

1.8.3. Oikeusperiaatteet ennakkopäätöksissä

Oikeusperiaatteet voivat olla monella tavalla mukana ratkaisutoiminnassa. Sen vuoksi osaksikin oikeusperiaatteisiin perustuneen tuomioistuinratkaisun juri-

¹⁸⁵ Näin myös *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 79. Luettelo huomioon otettavista olosuhteista on kuitenkin enemmän kuin vain esimerkkiluettelo, koska siihen on pyritty keräämään tavallisesti olennaiset tekijät. Luettelossa mainittuja asioita voidaan siten käyttää apuna harkittaessa esimerkiksi ns. analogia-avaimen valintaa. Analogia-avaimesta eli siitä perusteesta, jolla tapaukset tulkitaan samankaltaisiksi ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 103–105.

¹⁸⁶ Ks. jäljempänä esitystä työpalkasta ja huoneenvuokrasta s. 346–349.

¹⁸⁷ Ks. mainituista seikoista jäljempänä s. 301–303.

¹⁸⁸ Vrt. KKO 1986 II 144. Tapauksessa alennettiin veljesten väliseen työsuhteeseen perustuvaa jälkikäteistä korvausvelvollisuutta. Perusteluna viitattiin muun muassa siihen, että työehtosopimuksen jälkikäteinen soveltaminen olisi johtanut suoritusvelvollisen taloudellisiin mahdollisuuksiin nähden kohtuuttomaan tulokseen. Tapauksessa ei siis ollut suoraan kysymys *sovittelun perusteella* suoritettavan määrän alentamisesta vaan muun perusteen nojalla suoritettavan *määrän sovittelusta*. Johdonmukaisuus ja OikTL 36 §:n 2 momentin lausuma edellyttävät kuitenkin saman seikan relevanssia myös sovittelusuorituksen sitovuuden harkinnassa.

dinen ymmärtäminen ei ole yksinkertaista. Kysymys on keskeisesti tapauskohtaisen perustelun erottamisesta siitä osasta, jolla on ennakkopäätösarvoa.¹⁸⁹

Oikeustapausten merkitys tämän tutkimuksen teemalle riippuu olennaisesti siitä, minkätyyppiseen normiin ne perustuvat.¹⁹⁰ Esimerkki oikeussääntöprejudikaatista voi olla vaikkapa kannanotto siihen, mistä ajankohdasta alkaa vanhentua syyteoikeus avunannosta veropetokseen.¹⁹¹ Kysymys on tietyn oikeussäännön tunnusmerkistöongelman tai oikeusvaikutusongelman ratkaisusta. Samoin voidaan antaa prejudikaatti siitä, onko avioliitonomaisissa olosuhteissa elänyt kumppani perintökaaren 2 luvussa tarkoitettu ja siksi perintökaaren 8 luvun mukaisesti avustukseen oikeutettu henkilö.¹⁹²

Kun oikeustapauksessa on kysymys oikeusperiaatteista joko ratkaisunormina, ratkaisunormiin ohjaavana normina tai ratkaisunormia tämentävänä tai täydentävänä normina, tilanne on toisentyyppinen. Periaatteita koskevin ratkaisut ovat kannanottoja periaatteiden sisältöön, keskinäisiin käsitteellisiin

¹⁸⁹ Vrt. common law -oikeuden distinktiotekniikkaan. Ks. esim. *Timonen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä 2. luku ja siinä viitattua kirjallisuutta. — Esimerkkinä siitä, millaiselta näyttää perustelu, jossa on käytetty oikeusperiaatteita, olkoon yhden vähemmistöön jääneen jäsenen (oikeusneuvos Lindholm) mielipide tapauksessa, joka koski myyjän korvausvastuuta tuotevahingosta (KKO 1981 I 1): ”Punnitessani yhtäältä tuotteen myyjän sekä toisaalta ostajan ja kuluttajan etuja olen, ottaen huomioon viimeaikaiset lainsäädännöstä ilmenevät pyrkimykset parantaa kuluttajan asemaa sekä ne tavoitteet, jotka vahingonkorvausta koskevan lainsäädännön uudistamisen yhteydessä tämän oikeudenalan kehittämiseksi myös oikeuskäytännön kautta on asetettu, päättynyt siihen, että myyjänkin on tämän laatuissa tapauksessa tuottamuksesta riippumatta vastattava vahingosta.” Ks. myös *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 48—53.

¹⁹⁰ Ks. myös *Taxell*, *Avtalsrättens prejudikat* s. 263, jossa erotetaan välitön ja välillinen prejudikaattivaikutus. Erottelu vaikuttaa hyvin pitkälti samanlaiselta kuin tässä tehty. Välitön prejudikaattivaikutus liittyy suhteellisen selviin ja yksiselitteisesti annettuihin prejudikaatteihin, jollaisia sääntöprejudikaatit tavallisesti ovat. ”En medelbar prejudikatverkan har sin grund däri att ett domskäl framstår som uttryck för en princip eller för syften med större spännvidd än in casu eller att det utgör en typifiering av relevanta fakta . . . Prejudikatsverkningsstyrka beror på i vilken mån det ifrågavarande elementet har relevans vid sidan av eller i konkurrens med andra domskäl.” m.kirj. s. 262—263.

¹⁹¹ KKO 1985 II 6. Yleisemmin *Jääskinen*, Ennakkopäätösten merkitys yleisen lain alalla s. 49: oikeustien avaava prejudikaatti on sitova. Toinen esimerkki tyyppitilanteesta, jossa prejudikaatti sitoo, on tilanne, ”jossa KKO on todennut tietyn argumentin oikeudellisesti perusteettomaksi”. *Jääskinen*, Ennakkopäätösten merkityksestä yleisen lain alalla s. 49. Molemmissa ratkaisutilanne on tyyppillisen kaksijakoinen. Joko oikeustie on mahdollinen tai ei; argumentti joko on oikeudellisesti merkittävä tai ei.

¹⁹² Ks. KKO 19. 11. 1974/1967 ja sen selostuksesta *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 65—69.

suhteisiin ja painoarvoihin. Tällaisiin kannanottoihin sisältyy usein tärkeitä juridisia oivalluksia.¹⁹³

Oikeussääntöprejudikaatin ja oikeusperiaateprejudikaatin erolle voidaan antaa merkitys toisestakin näkökulmasta. Korkeimman oikeusasteen ratkaisuilla on — ainakin osaksi — auktoriteetilähteen asema.¹⁹⁴ Auktoriteetilähteen aseman perusta on *sisäinen näkökulma*. Oikeussääntöjen kannalta sisäinen näkökulma merkitsee tietyn oikeusjärjestyksen sääntöjen aitoa kunnioittamista niihin sidottuna. Vain kansallisella ratkaisijalla on velvollisuus ottaa sovellettavat normit ja niiden asema normistossa huomioon kansallisen oikeuslähdeopin mukaisesti. Oikeusperiaatteiden kannalta sisäistä näkökulmaa voidaan laajentaa yhden maan ohi. Länsimaisten yhteiskuntien oikeusperiaatteet ovat selvästi ylikansallisia aivan toisella tavalla kuin yksittäiset säännöset.¹⁹⁵ Oluennaisena siirrettävänä asiana on se, *kuinka periaatteille on annettu painoarvot ja kuinka periaatteet on onnistuttu asettamaan yhteismitalliseksi*.¹⁹⁶

Parhaimmillaan KKO:n ratkaisut ovat yhdistelmä auktoriteetti- ja asialähteestä. Oikeussääntöjen osalta tavallisesti¹⁹⁷ ainoastaan KKO:n ratkaisuilla on auktoriteettiasema. Auktoriteetilähteen asema merkitsee sitä, että KKO:n jatkuvasti vahventamasta linjasta tulee voimassaolevaa oikeutta.¹⁹⁸ Koska oikeus-

¹⁹³ Esimerkiksi siitä, miten vakioehtojen käyttö liittyy vaihdannan intressin periaatteen ja miten korkean yleisen painoarvon vaihdannan intressi saa vakioehtotilanteissa. Ks. myös *Taxell*, *Avtalsrättens prejudikat* s. 261.

¹⁹⁴ Erottelusta auktoriteetilähteet/asialähteet ks. tarkemmin *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 92—95 ja *Timonen*, *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä* s. 130—145.

¹⁹⁵ Vrt. tältä osin myös Kansainvälisen tuomioistuimen perussäännön 38 artiklan 1 c. -kohdan viittaukseen ”sivistyskansojen tunnustamiin yleisiin oikeusperiaatteisiin”. Käsitteäkseni myös von Hertenin tapa käyttää oikeustapauksia on tällainen. Niitä ei esitellä oikeussääntöratkaisuina, vaan ainoastaan siltä osin kuin ratkaisussa näkyy tietty yleinen ajattelutapa. Ks. *von Herten*, *Sopimusneuvottelut* s. 87—95, 122—128 ja 153—155.

¹⁹⁶ Voimme esim. hyötyä tavasta, jolla USA:ssa on perusteltu tuotevastuuta tai sopimusneuvotteluista aiheutuvaa vastuuta, vaikka katsoisimmekin, että tuossa perustelussa käytetyille argumenteille on annettava kansalliset painoarvot, jotka poikkeavat niiden USA:ssa saamista painoarvoista. Pohjoismaiden osalta ks. *Wilhelmsson*, *Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälteän* s. 186—187.

¹⁹⁷ Kansainvälinen yksityisoikeus ja yleisemmin kansainvälinen liityntä voivat tietenkin toisinaan merkitä sitä, että muunkin maan tuomioistuinratkaisut saavat auktoriteettiaseman.

¹⁹⁸ Näin esim. *Jareborg*, *Regler och riktlinjer* s. 403. Tilanne, jossa korkein oikeusaste vahvistaa sääntöjen tarkan sisällön, voidaan ja pitää silti käsitellä tilanteeksi, jossa tuomari on oikeussääntöjen sitoma. Juuri tällaista sidonnaisuutta *Hart*, *The Concept of Law* s. 86—88, kutsuu sisäiseksi näkökulmaksi (internal point of view). Sisäinen näkökulma merkitsee sitä, että henkilö hyväksyy oikeusjärjestelmän tunnustamissäännön (rule of recognition).

periaateratkaisut ovat olennaisesti sidoksissa perusteluihin, ne ovat vahvasti *asialähteitä*. Oikeusperiaatteiden voimassaolo on ennen kaikkea niiden hyväksyttävyyttä vallitsevassa oikeuskulttuurissa. Sen vuoksi oikeusperiaateprejudikaateissa auktoriteettiasema ei ole olennaista. Niissä asialliset näkökohdat ratkaisevat.¹⁹⁹

1.8.3.1. Prejudikaatit OikTL 36 §:n täsmentäjinä?

Aurejärvi on katsonut, että sovittelusta ei tiukkaan ottaen voitaisi lainkaan antaa (varsinaisia) prejudikaatteja.²⁰⁰ Madsen puolestaan huomauttaa, ettei ole minkäänlaista ristiriitaa ratkaista *in casu* ja antaa silti prejudikaatti.²⁰¹ Lausumat ovat hämmentävässä määrin erisuuntaisia. Eri pohjoismaissa sopimuslakien 36 §:ien säätämisen yhteydessä viitattiin siihen, miten tärkeäksi jää prejudikaattien rooli säännöksiä täsmentäjinä.²⁰² Siten lienee paikallaan eritel-

Sen vuoksi korkeimmankin oikeusasteen asema eroaa sellaisen henkilön tai instituutin asemasta, joka voi säännöistä riippumatta käyttää harkintaansa. Hart kuvaa eroa vertaamalla tilannetta sellaisiin peleihin, joissa käytetään erotuomaria. Vaikka erotuomarilla on harkintavaltaa, pystymme silti tekemään eron tilanteisiin, joissa edelleenkin pelataan asianomaisista pelaajista ja tilanteisiin, joissa alkuperäinen peli on vaihtunut ”erotuomarin vapaa harkintavalta” -nimiseksi peliksi sen vuoksi, että erotuomarin päätökset eivät enää vastaa alkupeleisen pelin sääntöjä; m.t. s. 138—144. *Timosen*, Ennakkopäätökset ja niiden merkitys oikeuslähteenä s. 130—148, korostama tutkijan tehtävänasettelun ja oikeuslähteopin ero tuomarin vastaavista voidaan Hartin käsittein tulkita eroksi sisäisen näkökulman voimakkuudessa tai sisällössä. Tuomarin oikeuslähteopissa korkeimman oikeusasteen ennakkopäätösten korostetumpi asema selittyisi tuomioistuinlaitoksen tehtävän edellyttämällä vahvemalla sidonnaisuudella ennakkopäätösten hyväksymiseen verrattuna oikeustutkimukseen (lainoppiin), jossa kaiken tutkimuksen kriittinen rooli sävyttää sen sisäistä näkökulmaa. Todettakoon, että Hart ei itse tee tällaisia erotteluja eikä myöskään tarkkaan täsmennä, mikä on se oikeusyhteisö, jonka sisäinen näkökulma tunnistamissääntöön on oikeuden voimassaolon perusta.

¹⁹⁹ Ks. myös *Taxell*, *Avtalsrättens prejudikat* s. 263: ”En medelbar prejudikatverkan framträder däri att domstolen beaktar det prejudicerande elementet.” Oikeusperiaateprejudikaateille on ominaista välillinen prejudikaattivaikutus.

²⁰⁰ *Aurejärvi*, Näkökohtia KKO:sta valituslupatuomioistuimena s. 9.

²⁰¹ Ks. *Madsen*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed* s. 199—200: ei ole mitään ristiriitaa ratkaista *in casu* ja tehdä silti yleistyksiä ja analogioita. Yleistyksiset ja analogiat ovat prejudikaattien tekemisen ja käyttämisen menettelytapoja. Samoin jo *Knoph*, *Rettslige standarder* s. 32 viite 1, joka tällöin tosin painottaa prejudikaattien merkitystä standardien soveltamisesimerkkeinä. Yksittäistä esimerkkiä selvästi informatiivisempia ovat prejudikaattien sarjat, joissa useassa samankaltaisessa tapauksessa (esim. saman vakioehdon kannalta) annetaan useita peräkkäisiä ratkaisuja, ks. tällaisesta prejudikaattisarjasta jäljempänä V luvussa s. 305.

²⁰² Ks. SOU 1974: 83 s. 130 ja HE 247/81 s. 12. Myös esim. Hellner kirjoittaa siitä,

lä tarkemmin sitä, millä tavoin tuomioistuinratkaisujen voidaan ymmärtää täsmentävän kohtuuttomuuden kriteerien sisältöä.

Lausumalle prejudikaateista sovittelusäännön sisällön täsmentäjinä on annettavissa ainakin kaksi hieman erityyppistä tulkintaa. Ensinnäkin voidaan katsoa sen tarkoittavan, että lainsäädännöllä ei voida määritellä etukäteen kohtuutta sillä tavoin, ettei kohtuuden sisältö tosiasiallisesti jäisi aina riippuvaiseksi yksittäistapauksiin annettavista ratkaisuista. Tässä mielessä se, että käytäntö mainitaan juuri sovittelusäännöksen esitöissä, esimerkiksi joihinkin selkeisiin säännöksiin (vanhentumisaika, viivästyskorkoprosentti) verrattuna, merkitsisi vain sen seikan tunnustamista, että säännöksen soveltaminen käytäntöön on tavanomaista tulkinnanvaraisempaa ja vahvemmin sidoksissa soveltajan harkintaan. Ei siis olisi kyse muusta kuin kaikkeen lainsäädäntöön kuuluvan tulkinnanvaraisuuden *erityisestä* korostamisesta: lainsäädännön sisältö riippuu aina soveltajasta, mutta tässä erityisen paljon.

Toiseksi voidaan ajatella lausuman tarkoittavan, että *oikeuslähdeopin kannalta* juuri tuomioistuinratkaisu kohoavat hierarkkisesti kohtuussääntelyn sisällön ensisijaisiksi lähteiksi. Tuomioistuimissa, viime kädessä KKO:ssa, keran annetut linjaratkaisut olisivat yksityiskohtaisemman *lakisääntelyn korvike* tai yhtä ehdottomasti noudatettavia kuin selvä lain pykälä. Tuomioistuinikäytännön enempään arviointiin suhteessa muihin oikeuslähteisiin, esimerkiksi lain esitöihin, oikeustieteeseen ja reaaliin argumentteihin, ei myöskään olisi perusteita.

Ensimmäinen tulkinta on varsin luonteva, mutta itse asiassa melko mitään sanomaton. Siinä ei ehkä kuitenkaan riittävästi painotu se piirre, että ratkaisija ei pelkästään määritä — omalta osaltaan — säännöksen sisältöä, vaan ratkaisuissa näkyy myös se, pidetäänkö jotain tilannetta ylipäätään kohtuusharkintaan kuuluvana vaiko jonkin muun periaatteen tai säännön nojalla ratkeavana. Tai, tässäkin työssä keskeisen sopimussidonnaisuuden ja sovittelun välisen rajankäynnin kannalta: katsotaanko jonkin ehdon ylipäätään tulleen sopimuksen osaksi, mikä puolestaan on sovittelun käytön ehdoton edellytys.

Sen sijaan toinen tulkinta on alttiimpi kritiikille. Jos tuon tulkinnan sisällön kärjistää, olisi kysymys siitä, että tuomioistuinratkaisujen auktoriteettiarvo olisi tavanomaista korkeampi juuri sovitteluratkaisuissa. Väitteen arviointi edellyttää sitä, että havaitaan sovittelusäännöstä voitavan antaa sääntöprejudikaatteja ja periaateprejudikaatteja.²⁰³ Edelliset koskevat tavalla tai toisella

miten AvtL 36 §:n säätämisen yhteydessä pyrittiin turvaamaan ennakoitavuutta virkistämällä prejudikaatinmuodostusta. *Hellner*, Konsumentkydd och generalklausuler s. 161.

²⁰³ Sama ratkaisu voi luonnollisesti sisältää aineksia molemmista tyypeistä. Vrt. myös

sovittelun muodollisia piirteitä: soveltamisrajoja, soveltamisedellytyksiä ja muita vastaavia tunnusmerkistö-oikeusvaikutus -suhteita.²⁰⁴ Periaateprejudikaatteina tuomioistuinratkaisulla on periaatteiden punnintatilanteissa kuitenkin aina (vain) se arvo, joka niiden julkilausutuilla ja niihin välttämättä sisältyvillä (julkilausumattomillakin) materiaalisilla *perusteluilla* on.²⁰⁵ KKO:n auktoriteetti-asema näkyy niissäkin, mutta vain argumentaatiotaakkana, jonka mukaan KKO:n perusteluista poikkeavan on selvitettävä, miksi niistä poiketaan.²⁰⁶ Nimenomaan joustavissa yleislausekkeissa, jollainen kohtuuspohjainen sovitte-lusääntökin on, ei ajatus siitä, että oikeusperiaateprejudikaatteja voitaisiin käyttää *suoraan* muiden tilanteiden ratkaisuun, ole hyvin perusteltu.²⁰⁷ Kysymys on paljolti siitä, miten voimakkaaksi nähdään ratkaisusta myöhemmille ratkaisuille tuleva analoginen tuki. Analogiassa taas on aina kyse analogia-avaimen valinnasta, joka on sovitteluratkaisuisia sidoksissa oikeusperiaatteiden niissä saamiin painoarvoihin. Prejudikaattien sitovuusvoima olisi kohtuus-ratkaisuisia selvästi vähäisempi kuin esimerkiksi teknisessä sääntelyssä (määräaikojen alkamishetki, määräpäiväratkaisu, jne.).²⁰⁸

Apala-Arlanderin, Yleislausekkeista s. 167, tekemään eroon kehityslinjoja viitoittaviin ”tyyppiprejudikaatteihin” ja säännöksen (OikTL 33 §:n) soveltamisalaa koskeviin ”teknilliskonstruktiviisiin” prejudikaatteihin.

²⁰⁴ KKO 1986 II 114 ja KKO 1986 II 78.

²⁰⁵ Ks. *Knoph*, Rettslige standarder s. 43.

²⁰⁶ Alexyn mukaan (*Theorie der Grundrechte* s. 505) juridisessa harkinnassa pätee yleisemmin harkintamaksiimi, jonka mukaan korkeimman oikeusasteen ratkaisu on tuotava esiin jos niillä on asiassa jotain merkitystä ja osapuolella, joka haluaa poiketa prejudikaatista, on argumentaatiotaakka. Prejudikaateissa asettuu ratkaisusääntö, josta voidaan luopua (vain), kun siihen on riittävät perusteet. Ks. myös *Timosen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä s. 139, esittämä luonnehdinta ennakkopäätösten oikeuslähdemasemasta lainopillisessa tulkinnassa.

²⁰⁷ *Knoph*, Rettslige standarder s. 44: ”selv ikke de mest høistaervedige dommene kan autoritativt foregripe morgendagens”.

²⁰⁸ *Aurejärvi*, Näkökohtia KKO:sta valituslupatuomioistuimena s. 9, siis katsoo, että ennakkopäätöksiä tiukasti ymmärrettynä ei voida lainkaan antaa sovittelujutuissa. Siltä osin kuin OikTL 36 §:stä voidaan antaa sääntöprejudikaatteja, Aurejärvi ei ole oikeassa. Siltä osin kuin väite koskee oikeusperiaateprejudikaatteja, Aurejärvi on pitkälti oikeassa yksittäisten ratkaisujen kannalta, mutta ei prejudikaattisarjojen. Aurejärven ajatusten kritiikki olisi Sundbyn (*Om normer* s. 252) termin se, että OikTL 36 §:stä annetut prejudikaatit eivät vahvista *sääntöjä* vaan *suuntaviivoja*. Sundby huomauttaa, että tavallisesti prejudikaatit on haluttu tulkita sääntöjen ilmauksiksi. Ks. yleisesti *Sundby*, *Om normer* s. 244, jossa hän huomauttaa, että epämääräiseen termiin (open texture) liittyviä prejudikaatteja halutaan tavallisesti lukea niin että niissä on annettu joko — tai -ratkaisu. Sen sijaan niitä ei haluta lukea niin, että niissä viitattaisiin seikkoihin, joille pitää antaa merkitystä termiä täsmennettäessä. Vrt. myös *Sevónin*, Kan avtal jämka på grunder som var kända vid avtals-

Periaatetyypiset prejudikaatit OikTL 36 §:n yleisestä sovittelusäännöstä ovat siten punnintaesimerkkejä.²⁰⁹ Niissä näkyy, miten eri tekijöille on ratkaisussa tapauksessa annettu yleisiä ja tapauskohtaisia painoarvoja ja miten niitä on punnittu keskenään. Jos tarkastelijalla on sääntöhakuinen asenne, hän on taipuvainen pitämään tuollaisia prejudikaatteja hyödyttöminä, ainoastaan *in casu* -ratkaisuinä. Jos tarkastelussa käsitetään periaatteet optimointikäskyiksi ja sekä tunnusmerkistö- että oikeusvaikutussuhteiden todellisten ongelmien ratkaisun katsotaan perustuvan periaatteiden punnintaan, myös periaateprejudikaateille jää tärkeä osuus.

Tarkasteltaessa periaateprejudikaattien merkitystä on seuraavassa pidetty silmällä sellaisia ratkaisuja, joissa on otettu kantaa periaatteiden sisältöön ja systeemiärvöön. Tämä on luontevaa erityisesti pohdittaessa ratkaisuja oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta. Tapauskohtaisten painoarvojen merkitys jää tässä tarkastelussa sivummalle. Kun tuomioistuimessa joudutaan ratkaisemaan sovitteluriitä, ennakkopäätöksen ilmaisemalla tapauskohtaisella painoarvolla voi olla merkittäväkin prejudisiaalinen vaikutus.

Oikeusperiaateprejudikaatit eivät korvaa oikeusjärjestyksen periaatenormeja, mutta helpoissa tapauksissa harkinnan ei tarvitse enää edetä niihin saakka. Oikeusperiaatteisiin liittyvät prejudikaatit jäävät siis avoimiksi, mutteivät merkityksettömiksi.

1.9. Yhteenveto oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tarkastelusta

Tähän saakka tehty erittely on antanut välineitä oikeusnormien ja erityisesti avoimen termin sisältävän yleislausekkeen (esimerkiksi OikTL 36 §:n) tarkas-

slutet? s. 160, esitykseen, jossa katsotaan oikeuskäytännön vahvistavan OikTL 36 §:n rajat. Soveltamisrajoja koskevat ratkaisut ovatkin prejudisiaalisesti sääntöratkaisuja. *Knoph*, Rettslige standarder s. 44, haluaisikin varata prejudikaatti -termin vain oikeussääntöihin pohjautuville korkeimman oikeuden ratkaisuille, mutta ei suuntaviivoihin pohjautuville. Ks. myös *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 183—184, jossa perustellaan periaatteita koskevien ratkaisujen analogista käyttöä käytännöllisenä ja ekonomisena menettelynä, kun ei enää tarvitse punnita uudestaan kaikkia ensimmäisessä soveltamisessa vaikuttaneita argumentteja, vaan voidaan vertailla tapauksia. Vrt. myös NJA 1982 s. 800 perusteluun vakioehtojen välityslauseketta koskeneessa sovitteluratkaisussa: aiemmissä ratkaisuiissa käytetyt argumentit ovat päteviä tässäkin tapauksessa (”skälen för dessa avgöranden gäller även i det nu förevarande fallet...”).

²⁰⁹ Ks. esim. *Jääskinen*, Ennakkopäätösten merkityksestä yleisen lain alalla s. 51: ”...esimerkkeinä hyväästä oikeudenkäytöstä vaikeissa tapauksissa selventävät juridisen arvioinnin kannalta olennaisia kriteerejä ja havainnollistavat, minkälaiset perustelut johtavat yksittäistapauksissa oikeudenmukaisiin lopputuloksiin”.

teluun. Erottelu oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin on keskeinen pohdittuun sovittelun asemaa sopimusoikeudessa.

Erottelu ei sinänsä ratkaise ongelmia, mutta se täsmentää tapoja asettaa tärkeitä ja olennaisia kysymyksiä, ja sen avulla voidaan välttää turhaa kaavamaisuutta ja vääristäviä samankaltaisuusolehtamia. Yksi hyödyllinen alue on oikeustapausanalyysi. Erottelulla tehdään oikeutta oikeudellisen harkinnan moniaineksisuudelle ja monitasoisuudelle.

Toiseksi erottelu avaa monipuolisia ulottuvuuksia oikeusjärjestyksen muutosten tunnistamiselle ja sitä kautta myös oikeusjärjestyksen hallitulle ja systeemien ohjaamalle muuttamiselle. *De lege ferenda* -pohdinnat ovat ymmärrettävästi eri asemassa jos ne esitetään oikeussäännön, kuin jos ne esitetään oikeusperiaatteen kannalta. Jos oikeusperiaatteen aseman vahventumista voidaan puoltaa asianmukaisella argumentaatiolla, esitetyt näkökohdat perustelevat periaatteen aseman vahvistumisen *de lege lata*.²¹⁰ Tämä seikka liittyy siihen, että voimassaolon kriteereistä hyväksyttävyyys on oikeusperiaatteiden kannalta keskeinen. Tilannetta voidaan tästä näkökulmasta verrata pelaajan asemaan pelaamansa pelin suhteen. Pelaaja ei hyväksy vain pelin nimenomaisia sääntöjä, vaan hän osallistuu sellaiseen yhteisölliseen toimintaan, jolla on oma hyväksyttäviin periaatteisiin perustuva luonteensa.²¹¹

Sopimusoikeuden periaatteet, joiden keskeisyyteen tehty erottelu johtaa, voidaan jäsentää ja täsmentää monella tavoin. Kun tässä teoksessa tarkastelun tasona on yleinen sopimusoikeus, keskeiset oikeusperiaatteet on pyritty valitsemaan niin, että ne ovat erottelukykyisiä kun tarkastellaan sopimusta velvoiteoikeuden yleisenä oikeusinstituuttina. Valitut periaatteet ovat sopimusvapaus, kohtuus, vaihdannan intressi ja heikomman hyvittäminen. Jos niiden sijaan tai täydennykseksi haluttaisiin esittää muita, tulisivat lähinnä kysymyk-

²¹⁰ *De lege ferenda* -pohdinnat eli muuttuvaa oikeutta koskevat havainnot on puolestaan erotettava suppeammasta, (vain) säädettävän lain kannalta tehtävistä juridisista pohdinnoista, joita kuvaa ilmaisu *de sententia ferenda*.

²¹¹ Dworkin on viitannut konkreettiseen ongelmaan siitä, onko shakissa kielletty vastustajan häiritseminen hymyilemällä. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 104–105: ”The hard case puts, we might say, a question of political theory. It asks what it is fair to suppose that the players have done in consenting to the forfeiture rule. The concept of a game’s character is a conceptual device for framing that question. It is a contested concept that internalizes the general justification of the institution so as to make it available for discriminations within the institution itself. It supposes that a player consents not simply to a set of rules, but to an enterprise that may be said to have a character of its own; so that when the question is put — To what did he consent in consenting to that? — the answer may study the enterprise as a whole and not just the rules.”

seen kunnian ja luottamuksen periaate sekä lojaliteettiperiaate.²¹² Syy siihen, etteivät mainitut lisäperiaatteet ole mukana, on se, että tapa, jolla oikeustosi-seikoille annetaan juridista merkitystä niiden perusteella, tuntuu olevan riippuvainen niiden täsmentämisestä jonkin mainitun neljän perusperiaatteen varassa. Kunnian ja luottamuksen periaatetta voidaan tulkita ja täsmentää vaihdannan intressin hengessä mutta myös kohtuusperiaatteen valossa.²¹³ Siten lojaliteettiperiaate ja kunnian ja luottamuksen periaate eivät ole samalla tavoin itsenäisiä, perimmäisiä, kuin esitetty nelikkö.

Miten muodostetaan sovittelun perustaksi johdonmukainen järjestelmä, jossa annetaan asianmukainen merkitys sekä käskylle toteuttaa mahdollisimman suuri määrä sopimusvapautta (tai kunnioittaa mahdollisimman suuressa määrin sopimusvapautta) että käskylle toteuttaa mahdollisimman suuri määrä oikeudenmukaisuutta ja otetaan samalla huomioon vaihdannan intressin ja heikomman hyvittämisen tavoitteet? Kohtuusperiaatteen korkea painoarvo nimenomaan sovittelussa pakottaa kiinnittämään korostuneempaa huomiota siihen, millaisen systeemin varassa oikeusperiaatteet saavat merkityksensä. Sovitteluratkaisujen kannalta on kysymys siitä, miten niissä merkitystä saavia reaalisia argumentteja, eli arvo- ja tavoiteargumentteja, voidaan kontrolloida sopimus-oikeuden systeemin avulla.

2. SOPIMUSMALLIT

Sopimusoikeuden normit määrittävät juridisesti merkityksellisen inhimillisen sopimuskäyttäytymisen. Näitä normeja voidaan tarkastella monesta näkökulmasta. *Sopimusmalli* voidaan alustavasti määritellä näkökulmaksi, joka omakсутaan sopimusoikeuden normiston tarkastelussa. Sopimusmalli on se tausta-

²¹² Ks. edellisestä *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 166—167, joka määrittelee kunnian ja luottamuksen periaatteen OikTL 33 §:ää hyväksikäyttäen seuraavasti: ”Se (OikTL 33 §, JP) on *periaatesääntö*, joka on ohjaamassa toteamaan sopijapuolten yhdenveroisuutta sopimustilanteessa, vastikkeiden toisiaan vastaavuutta (vrt. myös kiskomissäännökseen), jopa sopimuksen seurauksien vaikutusten vertailukelpoisuuttakin, ts. toteuttamassa *oikeudenmukaisuusajatusta* sopimusoikeudessa. Periaatesääntönä oikeusohje olisi saatettu muotoilla laajennettuna siten, että olisi kielletty sopimuskumppanin hyväksikäyttö sopimusolosuhteiden avulla.” Lojaliteettiperiaatteesta ks. edellä s. 19 ja siinä viitattua.

²¹³ Ks. BGB 242 §:ään liittyen esim. *Heck*, Grundriss des Schuldrechts s. 12—13, joka täsmentää säännöksessä asetettua kunnian ja luottamuksen vaatimusta nimenomaan vaihdannan intressin kannalta verrattuna *Teubneriin*, Alternativkommentar zum BGB § 242 kohdat 9 ja 13—17, jolla keskeinen kriteeri täsmentämisessä on kohtuus.

ajatus tai esitieto, joka sopimusnormiston tarkastelijalla aina on sopimuksesta.²¹⁴ Tässä tarkoitettussa mielessä sopimusmalli on nimenomaan oikeusjärjestyksen tarkastelutapaa kuvaava ja siihen välttämättä kuuluva käsite.²¹⁵ Sopimusmallin käyttö sekä edellyttää että lisää ja korostaa oikeuden systemaattisuutta. Systemaattisuuden korostuminen merkitsee, että sopimusmallien yhteydet tiettyihin yhteiskuntafilosofisiin järjestelmiin tai ainakin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin tulevat tärkeiksi. Juuri tällaiset yhteydet ovat systemaattisuuden lisäämisen lähteenä. Myöhempi tarkastelu rakentuukin itse asiassa oletukselle, että sopimusmallin systematisoiva voima on olennaisesti yhteydessä siihen sisältyvien arvo- ja tavoitesitoumuksien täsmällisyyteen ja vahvuuteen.²¹⁶

Tässä jaksossa tarkastellaan sopimusmalliin liittyviä yleisiä kysymyksiä, kuten mitä sopimusmalli sisältää, millainen on sen paikka ns. yleisissä opeissa, miten sopimusmallia käytetään ja onko se lopultakaan välttämätön?

2.1. Sopimusmallin elementit

Tässä työssä lähden siitä, että sopimusmalli on kokonaisuus, jossa on kolmenlaisia tyypillisiä elementtejä: (1) peruskäsitteitä, (2) dogmeja ja (3) konstruktioita.²¹⁷

²¹⁴ Positivismin jälkeisen tieteenfilosofian hengessä sopimusmallia voitaisiin myös kutsua *sopimusparadigmaksi*. Paradigman käsitteestä tieteenfilosofiassa ks. *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*. Kuhnilaisen tieteenfilosofian soveltamisesta oikeudelliseen ajatteluun ks. *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite s. 191—193, *Pöyhönen*, Om forskning om rättsvetenskap ja *Aarnio—Uusitalo*, *Paradigms in Legal Dogmatics*. Sopimusmalli tässä työssä tarkoitettussa merkityksessä kattaa olennaisen osan siitä, mitä *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättsystemets ram, kutsuu systeemi-ideaksi tai systeemi-ideoiden kokonaisuudeksi. *Koskenniemi*, *General Principles* s. 137, käyttää nimitystä taustateoria (background theory). Ks. myös *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 508—520, jolla materiaaliset perusoikeusteoriat (materiale Grundrechtstheorien) näyttävät olevan sopimusmallia vastaavassa asemassa.

²¹⁵ Väite jonkin sopimusmallin välttämättömyydestä on eri asia kuin väite tietyn sopimusmallin välttämättömyydestä. Edellinen pitää paikkansa, jälkimmäinen tavallisesti ei. Ks. myös *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 512.

²¹⁶ Vrt. Weberin eroon formaalin ja materiaalisen oikeuden rationaliteetin välillä. Tämän erottelun avulla ilmaistuna kysymys olisi materiaalisen rationaliteetin *yleistämisestä* tapauskohtaisesta samankaltaiseksi tyypisääntelyksi kuin formaalissa rationaliteetissa. Näin esim. *Teubner*, *Alternativkommentar zum BGB § 242* kohta 19.

²¹⁷ Jos halutaan käyttää termiä ”teoria”, sen roolina olisi jonkin mainitun elementin *perustelu*. Ks. *Dreier*, *Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz* s. 103—132 siitä, millaisia erilaisia teorioita yleisiin oppeihin näin ajatellen sisältyy. Esim. luottamusteoria perustele

2.1.1. Peruskäsitteet

Sopimusmallin peruskäsitteet muodostavat kehikon, jonka keskelle sopimuksen käsite sijoittuu. Siihen liittyviä muita peruskäsitteitä ovat esimerkiksi tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet. Peruskäsitteen tavoin toimivat — relevantilta osaltaan — sellaiset liitännäiset käsitteet kuten oikeustoimen tulkinta, vahingonkorvaus, (oikea) suoritus jne. Peruskäsitteitä käytetään toisaalta normiston systematisoinnin apuvälineinä, toisaalta ratkaistavien juridisten ongelmien sijoittamisessa normiympäristöönsä. Ongelmanratkaisun kannalta joudutaan peruskäsitteitä määriteltäessä usein tekemään kompromisseja, joissa otetaan huomioon *molemmat* tehtävät. Systemaattiselta kannalta parhaimman käsitteen avulla ei aina pystytä ratkomaan ongelmia ja päinvastoin.²¹⁸

Näin määriteltynä peruskäsitteellä tarkoitetaan sellaista *varsinaista oikeuskäsitettä*, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä.”²¹⁹ Tällaisiin käsitteisiin sisältyy oletuksia oikeusvaikutuksista. Sopimuksen peruskäsitteestä voidaan siten päätellä, että sen soveltuessa osapuolilla on tiettyjä velvollisuuksia ja oikeuksia; millaisia nuo oikeudet ja velvollisuudet ovat ja miten yksilöidysti ne voidaan johtaa peruskäsitteestä, riippuu tarkemmasta sopimusmallista ja sillä kuvattavasta normistosta. Näin ajatellen sitovuudesta tulee yksi sopimusikäsitteen elementeistä.²²⁰

vilpittömän mielen suojan dogmia. Siitä, millaisia sisällöllisiä argumentteja perustelut (juridiset teoriat) yleisesti sisältävät ks. *Pöyhönen*, *Juridisista teorioista* s. 63—92, jossa mainitaan normipropositioelementti, tosiasia- ja arvoelementti, oikeusperiaate-elementti sekä systematisointiperuste-elementti.

²¹⁸ Heck, *Grundriss des Schuldrechts* s. 1—2, kirjoittaa vahvemmin, että nämä tehtävät edellyttävät kahdenlaisia käsitteitä, rakennekäsitteitä ja intressikäsitteitä. Edellisillä kuvataan normistoa, jälkimmäisten avulla ratkotaan ongelmia. Heckistä poiketen pidän selvempänä hahmottaa peruskäsitteet vain yhdenlaisina, joskin kahteen tehtävään käytettävänä käsitteinä. Heckin erittely lieneekin ymmärrettävä historiallisessa yhteydessään, jossa se liittyi vähän aikaisemmin annettuun laajaan siviililakikirjaan (BGB), jonka systemaattisten ratkaisujen perustaa Heck ei hyväksynyt. Erottelullaan hän pystyi minimoimaan BGB:n systematiikan käytön juridisten ongelmien ratkaisussa. Vrt. myös esim. *von Hertzenin*, *Sopimusneuvottelut* s. 87—90, omaksumaan sopimuksen käsitteeseen, jolla on vahvoja systemiäluovia ominaisuuksia. Sen avulla ratkaisun tekeminen esimerkiksi sitovan sopimuksen ja sitomattomien neuvottelujen välillä on kuitenkin vaikeaa ja edellyttää varsin pitkälle kehitettyä pohdintaa siitä, millainen vastuu käytännön rajatilanteissa on sopimusneuvotteluja käyneillä osapuolilla, m.t. s. 95 ja 129—155.

²¹⁹ Helin, *Käsitteistä päättelemisestä* s. 82—83. Helinin artikkeli liittyy Lassenin kirjoitukseen *Nogle bemaerkninger om definitioner i retslitteraturen*.

²²⁰ Sellainen osapuolten yhteisymmärrys (välipuhe), jossa molemmat toteavat, ettei mi-

Peruskäsitteeseen pyritään kokoamaan ne yhdistävät ja tärkeät seikat, joiden katsotaan sisältyvän kaikkiin sopimuksiin. Tällaisten seikkojen kokoaminen on monin tavoin yhteydessä oikeuslähdeoppiin, jonka perusteella määrittyy se aineisto, johon kokoaminen kohdistuu. Juridinen tulkinta ja systematisointi perustuvat muun muassa oikeuslähdeopista koostuviin metodeihin, jotka voivat vaihdella ja joita noudattaen saavutettu tieto kontrolloituu niiden valossa oikeaksi. Myöhemmässä tarkastelussa on keskeistä nimenomaan peruskäsitteiden yhteys systematisointiin. Sopimuksen käsite ei tässä tarkastelussa voi olla riippumaton oikeusnormeista. Vasta oikeusnormit luovat kvaliteetin sopimus. Ei ole olemassa naturalistista, ei-juridista sopimusta.²²¹

2.1.2. Dogmit

Dogmit edellyttävät sisältönsä mukaista ratkaisua aina soveltuessaan. Oikeusperiaatteen saadessa *prima facie* -aseman siihen pohjautuvista oikeussäännöistä voi siten tulla dogmeja.²²² Dogmin tunnistaminen perustuu sopimusmallin käyttöön. Sopimusmallin kautta annetaan perusteet sille, että jokin oikeussääntö

tään velvollisuuksia ”sovitun” toteuttamiseen kuitenkin ole, ei siten voi olla sopimus. Samoin jos toinen osapuoli vapauttaa pätevästi itsensä täysin kaikesta vastuusta (mukaanlukien mahdollinen luontoissuoritusvastuu), ei kyseessä ole sopimus. Käytännön tilanteista tulee tämän määrittelyn kannalta ongelmalliseksi ainakin ns. avoin kauppa, jossa ostaja ei näyttäisi olevan millään tavoin sidottu sopimuksen perusteella. Ks. myös keskustelua siitä, voiko osapuoli tehokkaasti vapauttaa itsensä myös tahallisuuden ja törkeän tuottamuksen aiheuttamasta korvausvastuusta, *H. Halila*, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 162 viite 1 ja siinä mainittu kirjallisuus sekä KKO 1983 II 91. Ilmaisua ”välipuhe” käytetään jäljempänä viittaamaan sellaiseen osapuolten väliseen toimintaan, jota ei vielä ole arvosteltu juridisesti sen ratkaisemiseksi, onko kysymyksessä sopimus vai ei. — Ero sopimuksen ja sopimusehtojen välillä näyttäisi tekevän mahdolliseksi väittää, että sopimus voi olla sitova, vaikka *kaikki* sen ehdot eivät sidokaan. Tuollaista sitomatonta ehtoa olisi silti perusteltua kutsua (muutoin) sitovan sopimuksen ehdoksi. Siinä määrin kuin sopimus oikeutemme rakentuu tyypivapaudelle, on vaikea sanoa, mikä hyöty tuollaisesta kielenkäytöstä olisi. Jos yksikään välipuheen ehto — tai yksikin ns. essentiaaleen kuuluva ehto — ei sido, ei kyseessä ole sopimus. Jos taas osa välipuheen ehdoista sitoo ja osa ei, sopimus muodostuu sitovasta osasta ja muilta osin — ns. naturalian osalta — sopimusta voidaan tarvittaessa täydentää. Vrt. myös HE 8/77 s. 34, jossa pohditaan kuluttajansuojalain 3:1:n edellyttämää tyypikohtuuttomuutta ja todetaan: ”On mahdollista, että useat sopimusehdot yhdessä johtavat kohtuuttomaan tulokseen, minkään ehdon olematta sinänsä kohtuuton.”

²²¹ Ks. myös *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 1—9.

²²² Sen vuoksi tässä käytetyn määritelmän ja *Wilhelmssonin*, *Social civilrätt* s. 19—20, esittämän yleisten oppien määritelmän — joka sisältää käsitteet ja oikeusperiaatteet — ero ei todellisuudessa ole kovin suuri.

on ankara. Sopimusmalli osoittaa oikeussääntöjen kokonaisuuteen kuuluvat dogmit.²²³

Tästä seuraa, että vakiintuneilla dogmeilla on keskeinen merkitys systeeminmuodostuksessa. Dogmit ovat systeeminmuodostuksen kiintopisteitä, joiden avulla tehdään — viime kädessä periaatteisiin perustuvia — ratkaisuja siitä, kumpi kahdesta säännöstä on pääsääntö, kumpi poikkeus, tai siitä, millaisiin seikkoihin analogiaratkaisussa tulisi kiinnittää huomiota taikka millaiseen normiympäristöön ongelmat ensi katsomalta sijoittuvat.²²⁴

Esimerkkejä tiettyihin sopimusmalleihin sisältyvistä dogmeista ovat tahtojen konsensus tahtomallissa ja vilpittömän mielen suoja luottamusmallissa. Dogmit ovat usein yhteydessä peruskäsitteisiin siten, että niissä korostetaan jo peruskäsitteessä näkyvää seikkaa tai näkyviä seikkoja.²²⁵ Tällaisia dogmeja ovat tahtojen konsensus ja vilpittömän mielen suoja.²²⁶ Tahtomallissa sopimus nimittäin määritellään vapaiden tahtojen konsensukseksi, luottamusmallissa perusteltujen odotusten suojaksi.

Dogmit ilmaisevat sopimusmallin perusvalinnan suunnan tilanteessa, jossa sopimusta voidaan arvioida useista arvo- ja tavoitelähtökohdista (useista oikeusperiaatteista) käsin. Dogmiksi korottaminen perustuukin viime kädessä sopimusmallin sisältämään sopimussitovuuden justifikaatioon.²²⁷ Dogmiksi nos-

²²³ Dogmit näkyvät siten, että normiston pohjalta päätellään, että tietyt normit ovat ankaria oikeussääntöjä. Niistä voidaan tehdä poikkeuksia vain oikeussääntöjen — ei periaatteiden — nojalla ja tällaisten poikkeusten pitäisi olla erityisen painavasti perusteltuja. Siksi ne ovat hyvin harvinaisia. Esimerkiksi vilpittömän mielen suojan dogmista saisi luottamusajattelussa tehdä poikkeuksia tahdonvapauden suuntaan vain, jos tahdonvapauden suojan loukkaus muutoin olisi erityisen korostunut (vrt. OikTL 28 §:ää ja 29 §:ään).

²²⁴ *Koskenniemi*, General Principles s. 157—158, kirjoittaa siitä, miten yleiset periaatteet määrittävät systeemin (background theory) muodostamista.

²²⁵ Käyttämällä erottelua konstitutiivisiin, instituutin luoviin ja regulatiivisiin, instituutin alaan lankeavia tapauksia säänteleviin normeihin, on mahdollista sanoa, että dogmit muodostuvatkin usein siten, että tietyn oikeudenalan konstitutiivisista säännöistä osa korostuu. Niihin sisältyvät konstitutiiviset elementit saavat näin tällä oikeudenalalla muita vastaavia elementtejä suuremman systeemiärvon. Erottelusta konstitutiiviset / regulatiiviset säännöt ks. esim. *Helin*, On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics s. 76—78 ja 83 sekä siinä viitattua ja *Peczenik*, Rättsnormer luvut II ja III.

²²⁶ *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 31, kirjoittaa Folke Schmidtiin viitaten siitä, että tulkintatilanteissa tuomioistuimet ”asettavat postulaatin, jonka mukaan osapuolet ovat sopimuksen teon hetkellä tarkoittaneet samaa”. Konsensusdogmista laajasti, ks. *Flume*, Rechtsgeschäft s. 618—634. Ns. *fides* tai *bona fides* -idean historiasta ks. esim. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 422—423.

²²⁷ Dogmi muodostetaan siten jonkinlaisella deduktiolla — tai perustellulla, mutta ei deduktiivisella ”hypyllä”, ks. tarkemmin *Peczenik*, Rätten och förnuftet s. 86—88 — joh-

tamisen kannalta ongelmanratkaisukykyyn liittyvät näkökohdat eivät sen sijaan ole tärkeitä. Tästä osoituksena on se, että dogmeja pidetään yllä, vaikka niiden ongelmanratkaisukyky olisi alhainen. Tahtojen konsensuksen ongelmanratkaisukyky on usein puutteellinen tilanteissa, joissa toisen tai molempien osapuolten tahdon sisältöjä ei pystytä saamaan selville tai todellista tahtoa ei ole ollut. Silti tahtomallissa pidetään yllä tahtojen konsensusdogmia, koska tahdon ja luottamuksen kollisio on ratkaistu tahdon hyväksi niiden taustalla olevien oikeusperiaatteiden systeemi-arvoja vertaamalla.

Sopimusmallien käytännön erot näkyvät usein erilaisia ratkaisuja edellyttävien dogmien ristiriitana. Esimerkiksi tahtojen konsensusdogmi ja vilpittömän mielen suojan dogmi ovat ilmaisuerehdystilanteissa olennaisesti erisuuntaisia. Edellisen mukaan ilmaisijan todellinen tahto on juridisesti tärkeintä, jälkimmäisen mukaan taasen vastaanottajan (todellinen tai edellytetty) tietoisuus erehdyksestä. Ero selviää havainnollisesti pohdittaessa sellaista kysymystä, jota ei ole suoraan ratkaistu erehdyksestä koskevassa oikeussäännössä (OikTL 32 §). Jos vastaanottaja on vilpillisessä mielessä, voiko tahdonilmaisun antaja vaatia pätemättömyyden sijaan sopimuksen pysymistä voimassa sensisältöisenä kuin hänen ilmaisuerehdyksen rasittama tahdonilmaisunsa edellyttää? Tahtojen konsensusdogmin mukaisesti dissenssi on tilanteessa ylittämätön este. Sen sijaan vilpittömän mielen suoja -dogmi mahdollistaa lopputuloksen, jossa erehdyksestä tietoisin vastaanottajan passiviteetti johtaa sen sisältöiseen sopimukseen, jota vilpittömässä mielessä ollut tahdonilmaisun antaja tarkoitti.²²⁸

2.1.3. Konstruktiot

Konstruktiot ovat keinoja täyttää niitä kohtia systeemissä, jotka mallin avulla tehty normiston tarkastelu jättää avoimeksi. Esimerkkejä konstruktioista ovat hiljainen tahto, murto-osainen yhteisomistus ja perusoikeusvaikutus. Konstruktion sisältönä on perustella, että tarkasteltavaan juridiseen ongelmaan voi-

tavasta periaatteesta eikä induktiolla tietyistä voimassaolevista oikeussäännöistä. Tämä vastaa käsitystä, ettei juridista analogiaa — dogmin tärkeää käyttöaluetta — voida perustaa juridiselle induktiolle. Ks. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 225—237.

²²⁸ Ks. tarkemmin *Karlgren*, Passivit s. 196—197 ja *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 81—83. Avoimeksi jää siten edelleen tilanne, jossa vastaanottaja ei tiennyt mutta hänen olisi pitänyt tietää erehdyksestä. Ks. siitä *Karlgren*, Passivit s. 198—200. Ks. myös m.t. s. 215, jossa korostetaan, että yleistettäessä Kommissionslagen 82 §:stä (Suomessa kauppaedustajalain 37 §) — jossa sidonnaisuus syntyy päämiehen ja kauppiaan välille sellaisestakin edustajan päämiehen ilmoituksesta, joka ei vastaa edustajan aikaisemmissa neuvotteluissa esittämää — ei voida tinkiä passiviteettiin vetoavan osapuolen vilpittömän mielen vaatimuksesta.

daan soveltaa tiettyä normatiivista ratkaisumallia sellaisessakin tapauksessa, jonka ratkaisu näyttäisi välittömän arvion perusteella jäävän avoimeksi tai perustuvan systeemin kannalta satunnaisiin taikka jopa torjuttaviin seikkoihin. Ajatus hiljaisesta tahdosta tekee mahdolliseksi ulottaa tahtoperustaisen ratkaisutavan sellaisiinkin tapauksiin, joissa tahdon olemassaoloa ei voida osoittaa.²²⁹ Murto-osaisen yhteisomistuksen konstruktio merkitsee sitä, että esimerkiksi kuolinpesän osakkaiden pesäomaisuuden omistukseen sovelletaan kiinteän omaisuuden omistamista koskevia normeja tilanteessa, jossa pesään kuuluu kiinteistö.²³⁰ Perusoikeusvaikutuksen avulla voidaan perusoikeuksia koskevia normeja käyttää myös kahden yksityisen oikeussubjektin välisen suhteen oikeudelliseen arviointiin.²³¹

Konstruktioiden avulla laajennetaan sopimusmallin ja sen dogmien soveltumisalaa. Tällaisesta laajentamisesta saattaa samalla seurata, että sopimusmallia voidaan käyttää sen kannalta anomaalisen tilanteen ratkaisemiseen. *Anomalialla* tarkoitetaan tilannetta, jonka selvästi pitäisi ratketa sopimusmallin avulla kuvatulla normistolla, mutta johon ei saadakaan ratkaisua tai siihen saatu ratkaisu on ilmiselvästi epäonnistunut. Esimerkiksi tahtojen konsensusdogmin sisältämän sopimusmallin avulla pitäisi pystyä ratkaisemaan kysymys siitä, onko sopimusvastuuta silloin, kun tilanne ulkoisen arvion perusteella muistuttaa tahtojen konsensusta mutta nimenomaista konsensusta ei ole. Joutuuko toinen sopimuskumppani sidotuksi, vaikkei hän olisi lainkaan ollut tietoinen joistakin ehdoista, esimerkiksi vakiosopimusten vakioehdoista? Tällaisessa tilanteessa ei konsensusdogmin mukaisesti useinkaan voisi olla sopimusvastuuta, koska vakioehtoihin ei tavallisesti perehdytä sopimusta tehtäessä. Hiljaisen tahdon konstruktion kautta vakioehtotilanne kuitenkin palautetaan konsensusdogmin sisältävän sopimusmallin piiriin. Vaikka osapuolen nimenomainen tahto ei katkaisikaan vakioehtoja, hänen katsotaan hiljaisesti sitoutuneen myös niihin.²³²

²²⁹ Ks. esim. *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 115—117. Ks. m.t. s. 99—100 hiljaisen tahdon konstruktion käytöstä asemavaltuutuksen selittämiseen ja sen seurauksista, muun muassa siitä, voidaanko asemavaltuutuksessa tulkita oikeustointa vai sovelletaanko suoraan lain säännöstä. Hiljaisen tahdon konstruktion käytöstä Englannin ja Yhdysvaltojen sopimusoikeudessa ks. esim. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 88 ja 337—338 ja *Dalton*, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1014—1024.

²³⁰ Tästä konstruktiosta ja sen kritiikistä ks. *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 341—358.

²³¹ Perusoikeusvaikutus merkitsee perusoikeuksien vaikutusta yksityisten oikeussubjektien välisiin (sopimus)suhteisiin, ks. siitä jäljempänä s. 232 viite 107 ja siinä viitattua.

²³² Suomessa tällaista ajattelutapaa on eritellyt *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 47—59. — Toisella vastaavantyyppisellä konstruktiolla on hoidettu näyteikkunailmoitusten ja yleisemmin markkinointitietovastuun ongelmat pitämällä tuollaista informaatiota (vain) keho-

Konstruktiot parantavat näin ollen sopimusmallien ongelmanratkaisukykyä. Siksi toimivia konstruktioita pidetään yllä, vaikka ne sosisivatkin huonosti yhteen sopimusvastuun justifikaation kanssa. Hiljaisen tahdon konstruktio sopii huonosti yhteen sen kanssa, että sopimusvastuu perustetaan ihmisen tahdonvallan käyttöön. Ihmisen täytynee nimittäin yleisesti olettaa olevan tietoinen siitä, että hän käyttää tahtoaan.²³³

Konstruktiot, kuten dogmitkin, ovat juridisia fiktioita.²³⁴ Niillä näyttäisi usein olevan vastine reaali maailmassakin. Tältä kannalta konstruktio vaikuttaa kuten *presumptio*, jolla oletetaan tiettyjen oikeustositseikkojen olevan käsillä. Hiljaisen tahdon konstruktio johtaa siihen, että osapuolen tahto oletetaan hänen toimintansa perusteella. Konstruktion hylkääminen ei kuitenkaan perustu siihen, ettei se tapauskohtaisesti tai edes keskimäärin vastaa käsitystä reaali maailmasta vaan siihen, ettei se toimi hyvin systeemissä. Hiljaisen tahdon konstruktioista ei luovuta, vaikka tiedetään valtaosan vakiosopimuksia solmivista kuluttajista todella olevan joko täysin tietämättömiä vakioehtojen sisällöstä tai vailla mahdollisuuksia ymmärtää niiden merkitys.

Konstruktiot ovat myös systeemisäinen keino systeemin oman oikullisuuden vähentämiseen. Systeemin oikullisuus johtuu siitä, että oikeusnormit syntyvät oikullisen inhimillisen käytännön tuloksena.²³⁵ Kun sopimusmallia sovelletaan oikeusjärjestyksen normeihin, voi tuloksena joskus olla sopimusmallin ytimen²³⁶ vastaisia tuloksia. Esimerkiksi lainsäätäjällä onkin riidattomasti liittännyt sopimusvastuun tahdon konsensuksen sijasta toisen osapuolen vilpittömän mieleen.²³⁷ Konstruktioilla voidaan vähentää lainsäätäjän oikullisuuden merkitystä, kun oikulliset normit palautetaan systeemiin niiden avulla. Konstruktio syntyy siten usein jälkikäteen ja niillä pyritään paikkaamaan tai kor-

tuksina tarjouksen tekemiseen. Ks. tarkemmin esim. *Raninen*, Vahvistuskirje s. 31, *Kivimäki*, Siviilioikeuden yleiset opit s. 80 ja *Kivimäki—Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 267 sekä laajemmin *André*, Marknadsföringsansvar s. 205—235.

²³³ Vrt. esim. *Telarannan*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 138—145 ja 180—181, määritelmään: tahdonilmaisun tunnusmerkit ovat ilmaisutietoisuus ja toimitahto.

²³⁴ Ks. tästä fiktiivisyyden ongelmasta laajemmin *Fuller*, Legal Fictions.

²³⁵ *Makkosen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 234, tarkoittama lainsäätäjän oikullisuus on juuri tätä. Vrt. Weberin tekemään eroon legaalisen-rationaaliseen auktoriteettiin — jossa normit ovat aina *tahdon* ja sen vuoksi oikullisuudenkin asia — ja traditioliseen auktoriteettiin, jossa normit löydetään eikä luoda. Ks. *Kronman*, Weber s. 52—53.

²³⁶ Vrt. *Lakatosin*, Methodology of Scientific Research Programmes s. 132—134, taapaan luonnehtia tieteellisten teorioiden ydintä (hard core): ydin sisältää tieteellisen suuntauksen (tutkimusohjelman) keskeiset lähtökohdat.

²³⁷ Vrt. OikTL 4.2, 6.2 ja 32.2 §:iin.

jaamaan (alkuperäisen) normiston ja sopimusmallin välille syntynyt jännite. Konstruktioit suojaavat näin sopimusmallin ydintä altistumasta kritiikille.²³⁸

2.2. Sopimusmalli ja sopimuksen konstituutio

Sopimus on länsimaiden keskeisimpiä institutionaalisia faktoja.²³⁹ *Sopimusmalli määrittelee sopimuksen konstituution*, siis sen, mitkä oikeusjärjestyksen normeista muodostavat juuri sopimusinstituutin määrittävien konstitutiivisten normien joukon. Konstitutiiviset normit luovat näin juridisen kvaliteetin ”sopimus”.²⁴⁰ Tällaista konstituutiota on ehkä paras verrata prismaan, jonka läpi sekä katsotaan todellisuuteen että todellisuus siivilöityy tarkastelijalle. Se määrittää sekä sen, *mitä* ja *minkälaisena* voi nähdä että sen, *mitä ei voi nähdä*.²⁴¹

²³⁸ *Lakatos*, *Methodology of Scientific Research Programmes* s. 134—138: kovaa ydintä suojaava vyö (protective belt) toimii ns. positiivisena heuristiikkana eli sen määrittäjänä, miltä suunnalta tieteellisten pulmien ratkaisuja tulisi etsiä. Vrt. myös siihen, mitä *Kessler*, *Contracts of Adhesion — Some Thoughts About Freedom of Contract* s. 629 ja 639 kirjoittaa: ”The freedom of contract dogma is the real hero or villain in the drama . . . but it prefers to remain in the safety background if possible, leaving the actual fighting to consideration and to the host of other satellites — all of which is very often confusion to the audience which vaguely senses the unreality of the atmosphere.” (sitaatti *Dalton*, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1010 viite 26)

²³⁹ Institutionaalisella faktalla tarkoitetaan sellaista tosiseikkaa, jonka merkitys määräytyy siitä sosiaalisten sääntöjen kokonaisuudesta, instituutiosta, jonka alaan se kuuluu. Ks. esim. *Peczenik*, *Rättsnormer* s. 33—42.

²⁴⁰ *Hart*, *The Concept of Law* s. 42—43, analysoi lupausta ja lain säätämistä samalla tavalla. *Helin*, *On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics* s. 76, toteaa samoin avioliitosta: ”Without a constitutive rule that creates the quality of being married, no physical or mental facts would justify the assertion that Smith married Miss Jones.” Ks. myös *Aho*, *Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta* s. 63 ja *sama*, *Oikeustoimen käsitteestä* s. 918, jossa oikeustoimi rinnastetaan ns. performatiivisiin ilmauksiin, joissa ilmaus itsessään luo todellisuutta. Performatiivien taustana ovat institutionaaliset faktat. Tässä teoksessa on tarkoituksellisesti vältetty termiä ’konstitutiivinen sääntö’, koska kaikki konstitutiiviset normit eivät ole sääntöjä sääntö/periaate -erottelun merkityksessä. Samoin on haluttu käyttää mieluummin ilmausta konstitutiivisten normien joukko, eli kokonaisuus, osoittamaan sitä, että sopimusmallien kannalta on merkitystä normistokokonaisuudella, jota ei voida palauttaa yksittäiseksi normiksi. Toisinaan valinta nimenomaisen lain sisällä tapahtuu sen välillä, pidetäänkö normia konstitutiivisena vai regulatiivisena. Esimerkiksi vilpittömän mielen suoja OikTL:ssa voidaan tulkita konstitutiiviseksi (= luotamusmalli) tai regulatiiviseksi (= tahtomalli).

²⁴¹ Vrt. *Goodrichin*, *The antinomies of legal theory: An introductory survey* s. 10, ajatuksen, että Wittgensteinin elämänmuodon ja kielen suhteista esittämää voidaan — Hartin tapaan — soveltaa myös oikeudellisiin käsitteisiin ja oikeussysteemiin. Tällöin *oikeuskäsitteille ei voi olla muuta justifikaatiota kuin niiden paikka oikeussysteemissä*. — *Goodrich*

2.2.1. Sopimusvapaus ja sopimusten sitovuus

Kaikkien sopimusmallien perussävy määrittyy vastauksesta kysymykseen: mikä on sopimussitovuuden oikeutus eli mihin sopimusten sitovuus pohjimmiltaan perustuu? Tuon kysymyksen keskeisyys on yhteydessä systeeminmuodotukseen, sillä siinä määrin kuin sopimusmalli luo systeemiä, jota ei ole tarkoitettu puhtaaksi mielikuvitusleikiksi, siinä määrin siinä on välttämättä ylläpidettävä *pacta sunt servanda* -vaatimusta. Sekaannusten välttämiseksi on kuitenkin syytä korostaa, etteivät sopimusten sitovuus ja sopimusvapaus suinkaan merkitse samaa eivätkä edes ole saman asian kaksi puolta. Sopimusten sitovuus on sopimussysteemin ylläpitämisen mielekkyyden välttämätön ehto.²⁴² Sopimusvapaus puolestaan on useisiin sopimussysteemeihin sisältyvä arvopohjainen oikeusnormi, sopimusvapauden oikeusperiaate.²⁴³ Sopimusvapauden periaate ei kuitenkaan sinänsä, ilman lisäpremissiä, selitä, miksi valtiolla on oikeus pakkovallallaan turvata sopimusten täyttäminen.²⁴⁴

huomauttaa tässä yhteydessä aivan oikein siitä, että tällainen väite edellyttää oikeuden olevan ytimeltään systeemin. *ibid.*

²⁴² Yleisellä tasolla: oikeudellisen sääntelyn ylläpitämisen mielekkyys edellyttää sääntelyn tietynasteista tehokkuutta. Esim. *Kelsen*, Puhdas oikeusoppi s. 216—220, selittää tällä perusnorminsa voimassaolon. Tällaisen selityksen formaali justifikaatio on argumentti siitä, että mikä tahansa järjestys on parempi kuin kaaos. Ks. *Peczenik*, Rätt och moral s. 618.

²⁴³ Ero näkyy mm. silloin kun *pacta sunt servanda* -normia (esim. *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 48—52) ja vastaavasti sopimusvapautta väitetään pääsäännöiksi. Väitteet viittaavat selvästi eri asioihin; edellinen osoittaa yhteisön tunnustavan sopimuksille sitovan vaikutuksen, jälkimmäinen antaa vapaudelle keskeisen merkityksen ratkaistaessa sitä, milloin ja miten sopimus muodostuu.

²⁴⁴ Vrt. kuitenkin *Strömholmin*, Avtalsfrihetens komponenter — ett analysförsök s. 535, analyysiin, jossa katsotaan sopimusten sitovuuden kuuluvan sopimusvapauteen: ”avtalsfriheten (innefattar) i realiteten ett krav på aktiv stöd av rättsordningen: att avtals helgd upprätthålles av rättsmaskineriet.” Strömholmin väite selittyy sillä, että hän ei erittele sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden suhdetta, m.kirj. s. 532: ”Begreppet avtal måste här av framställningsekonomiska skäl tagas för givet, liksom vi måste lämna därhän den mer idéhistoriskt än praktiskt-juridiskt eller rättsteoretiskt-analytiskt betydelsefulla frågeställningen ’vad som gör ’avtal’ bindande.’” Ks. myös *Collins*, The Law of Contract luvut 5 ja 6, joissa sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden sekoittamiseen kohdistettu kritiikki toteutetaan osoittamalla tuomioistuinten arvioivan kysymykset sopimusten tunnusmerkeistä (accountability) ja vastuun toteutumisesta (responsibility) eri perustein. Ks. myös *Aho*, Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 37, viittauksin keskusteluun siitä, onko oikeustoimi tuomaria sitova suoraan vaiko vasta ns. ”judisiaalin siviilioikeuden” takia. Lisäpremissiajatus vastaa jälkimmäistä, tarkemmin: lisäpremissi antaa ration myös tuollaisen täytäntöönpanojärjestelmän normeille. Vrt. vielä *Wilhelmssonin*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 8—9, erittelemään ongelmaan siitä, miten purkamisvapaus sopimusvapauden elementtinä on sopimusten sitovuuden vastaista. Yleisesti *Weber*, Wirtschaft und

Lisäpremissit liittyvät tapaan, jolla sopimus ymmärretään. Jos sopimus perustaltaan käsitetään vapaan tahdon käytöksi, päästään sopimusvapaudesta sopimusten sitovuuteen yhdistämällä sopimusvapauteen ajatus valinnanvapauteen liittyvästä vastuusta.²⁴⁵ Jos sopimusta tarkastellaan ihmisten välisen luottamus pohjaisen toiminnan ilmenemismuotona, vastuu on seurausta toisen osapuolen (vastapuolen) intressien kunnioittamisesta. Vastapuolelle aiheutettu tai aiheutuva haitta on hyvitetävä tai estettävä. Sopimussitovuuden selitys liittyy tällöin niihin näkökohtiin, jotka voidaan esittää luottamuksensuojan tueksi.²⁴⁶ Lisäpremissit ovatkin kuhunkin sopimusmalliin liittyviä sopimussitovuuden selityksiä.

Esimerkiksi Suomessa on tavanomaista kirjoittaa — kuten Matti L. Aho ja Erkki Aurejärvi tekevät —, että sopimusten sitovuuden periaate ei enää ole poikkeuksettomana voimassa, koska sitä on joko heikomman suojelun vuoksi tai muissa tarkoituksissa rajoitettu.²⁴⁷ Tällainen puhetapa edellyttää, että ai-

Gesellschaft s. 404, kirjoittaa lupaamisesta sosiaalisena toimintana, jossa toinen osapuoli ”orientiert sein eigenes Handeln teils zweckrational (je nachdem mehr oder minder sinnhaft ’loyal’) an dieser Erwartung, teils wertrational an der ’Pflicht’, auch seinerseits die eingegangene Vereinbarung dem von ihm gemeinten Sinn gemäss zu ’halten’”.

²⁴⁵ Pidän tätä lisäpremissiä tahtomallin kannalta onnistuneempana kuin sellaista, jolla sitovuus justifioidaan vapaata tahtoaan käyttävän henkilön *tahdolla joutua sidotuksi*. Tällä tavoin luonnehtii tahtodogmia kuitenkin *Ussing*, Aftaler s. 20. Sitovuutta ajatellen pitäisi tuollaista lisäpremissiä vielä täydentää ja edellyttää, ettei tahtoa enää saa myöhemmin muuttaa, esim. silloin kun oma suoritus on tullut ajankohtaiseksi. Tällaisen lisäyksen justifikatio taas ei voine olla muu kuin vastapuolen luottamuksensuoja tai moraalinen velvollisuus pysyä sanassaan, vastuu tahdonvapauden käytöstä.

²⁴⁶ *Collins*, The Law of Contract s. 36—47. Jos tämä lisäpremissi nousee keskeiseksi intressinsuojaidean takia, jää tahdon osuus — vaikkakin olennaiseksi — kuitenkin väistyväksi. Vrt. siihen, mitä jäljempänä (s. 154) kirjoitetaan af Hällströmistä (jolloin todetaan luottamuksen olevan hänellä ensisijainen sopimusvastuun kolmesta kriteeristä, tahdosta, ilmaisusta ja luottamuksesta). Vrt. *von Hertzenin*, Sopimusneuvottelut s. 234, tapaan kirjoittaa yhteen sopimusvapauden osatekijään, päättämism vapauteen, perustuvasta neuvotteluvapauden ”luonnollisesta seurauksesta, korollarista” eli vastapuolen vahingon kattamisesta. ”Luonnollisuuden” takana, lisäpremissinä, on kuitenkin luottamuksensuoja, kuten von Hertzen, m.t. s. 236 ja 278, toteaa. Kysymys on siten toisenlaisesta lisäpremissistä kuin millä von Hertzen selittää sopimusneuvotteluista syntyvän *sopimusvastuun* tai mahdollisen neuvottelukumppaniin kohdistuvan (deliktuaalisen) *tuottamusvastuun* m.t. s. 277—278. Sen vuoksi sopimusneuvotteluista voi seurata kolmentyyppistä vastuuta: sopimusvastuuta, tuottamusvastuuta ja käyttäytymis- eli luottamusvastuuta. Sopimussitovuuden liittäminen kuvattuihin lisäpremissisiin on yksi tapa ymmärtää, miten sopimukseen liittyy julkisen vallan käyttöä ja julkisia tavoitteita, joiden takia sopimus ei ole täysin yksityisoikeudellinen instituutti. Ks. tarkemmin *Dalton*, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine s. 1013—1014.

²⁴⁷ Ks. esim. *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väli-

nakin osa lainsäätäjän toiminnasta tulkitaan sopimusten sitovuuden rajoittamiseksi. Aholla tällaisia rajoituksia ovat pätemättömyysperusteet, Aurejärvellä ilmeisesti heikompa suojaaavat säännökset. Jotta puhetapa olisi johdonmukainen, sen käyttäjällä täytyy olla tiedossaan, mitä sopimusten sitovuus merkitsee täydellisenä, rajoittamattomana. Täytyy olla jotakin, *minkä suhteen* lainsäätäjä voi toimia rajoittavasti. Usein lienee niin, että *pacta sunt servanda* -normista kirjoittavat ovat itse asiassa tarkoittaneetkin, ettei sopimusvapaus ole täydellinen.²⁴⁸ Jos tätä tarkoitetaan, puhetapa on huonosti valittu. Mutta tästä ei voi olla kysymys Ahon ja Aurejärven esityksissä; he nimittäin erottavat sopimusten sitovuuden sopimusvapaudesta, Aho tosin huomautuksin niiden läheisestä yhteydestä.²⁴⁹

Väitteellä, että sopimusten sitovuuteen on puututtu, voitaisiin tarkoittaa jotain aikaan suhteutettua muutosta. Esimerkiksi, että sellaiset oikeustositteikat, jotka vielä viime vuosisadalla tai 1920-luvulla merkitsivät sopimussitovuutta, eivät nykyisin enää johda siihen. Väitteellä voi myös olla yleisemmän tason

set sopimukset s. 725 ja Aho, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 525. Ks. myös HE 247/81 s. 3: ”Sopimusvapauteen ja sopimusten sitovuuteen voidaan puuttua myös sääntelemällä sopimusten sisältöä pakottavin säännöksin.” (korostus JP).

²⁴⁸ Esim. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft s. 399, kirjoittaa, ettei sopimusvapaus ole täydellinen, koska oikeus ei anna kaikkien sisältöjen toteuttamiselle turvaa pakkovallallaan. Weberillä sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden identiteetin taustalla on ihmisen persoonallisuuden palauttaminen tahdoksi. Vrt. m.t. s. 416, jossa todetaan, ettei sopimusvapauden rajoituksia toteutettu kieltoisäännöin, vaan ”indem es (rationaalistunut oikeus, JP) keine Vertragsschemata für sie zur Verfügung stellt und indem es die in ihren Rechtsfolgen von ihm normierten Tatbestände so gestaltet, dass diese Normen mit Vertragsabreden der vom Recht nicht gebilligten Art logisch unvereinbar sind”. Sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden eron on myös Wilhelmsson havainnut usein hämartyvän, ks. Om styrning av försäkringsvillkor s. 7, jossa hän toteaa, että pakottaville normeille säännönmukaisesti on annettu etusija sopimusvapauteen liittyviä ongelmia käsiteltäessä. Täydellinen tai osittainen pätemättömyys on nähty tärkeimpänä sopimusvapauden rajoituksiin liittyvänä seuraamuksena. Toisinaan sopimusvapauden käsite on jopa määritelty siten, että ainoastaan sanotunlaisten rajoitusten on katsottu vaikuttavan sopimusvapauden laajuuteen. ”Spörs-målet om avtalsfrihetens gränser likställs med frågan om utsträckningen av principen om avtalsbundenhet (*pacta sunt servanda*).” *ibid.* Ks. myös Karapuun, Perusasioita perusoikeuksista s. 74–83, vapauskäsitteen erittelyä.

²⁴⁹ Ks. myös Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 43, jossa kirjoitetaan yleistäen, että ”oikeustoimelle on olennaista, että sen sisällys (merkitys) on . . . ratkaiseva oikeusvaikutuksille”. Vrt. Ahon tätä ennen siteeraamaan lauseeseen, jossa todetaan vaikutusten seuraavan osapuolten tahdoista (”Die Wirkung des Rechtsgeschäftes bestimmt sich nach dem in den Äusserungen der Parteien hervorgetragenden Willen . . .”) (korostus JP).

sisältö, esimerkiksi jos Ahon mukaisesti sanotaan, että sitova oikeustoimi ei sidokaan, kun sitä rasittaa jokin OikTL 28—33 §:ssä mainittu peruste.²⁵⁰

Epätarkkuus sopimussitovuuden ja sopimusvapauden välillä ei häiritse, jos puhutaan suhteellisen yleisesti tunnetuista ja helposti havaittavista muutoksista oikeusjärjestyksessämme. Erityisesti silloin, jos sopimussitovuuden katsotaan perustuvan tahdonvapaudelle, eron ylläpitäminen saattaa vaikuttaa epätarkoituksenmukaiselta. Sopimusvapaudella ei tarkkaan ottaen kuitenkaan ole mitään etuoikeutta sopimussitovuuden sisällöksi tai selitykseksi. Sopimussitovuus voidaan, jos niin halutaan, liittää esimerkiksi luottamukseen tai vaikka pa jumalalliseen velvoitukseen.²⁵¹

Tässä teoksessa pyritään sopimussitovuus pitämään tarkasti erossa sopimusvapaudesta. Kun monin kohdin korostetaan sopimussitovuuden merkitystä ja tärkeyttä pitää se korkean asteisena, ei siis suinkaan haluta väheksyä ja sivuuttaa sopimusvapauden rajoituksia. Päinvastoin, nuo rajoitukset halutaan ottaa vakavasti sopimusoikeuden järjestelmän kannalta, joten niitä ei automaattisesti katsota miksiäkään poikkeukseksi sopimussitovuudesta. Niistä voi tulla uusi tapa, jonka avulla määritellään sopimuskäsite sopimussysteemin osana.²⁵² Sitovuus puolestaan on ominaisuus, joka on kaikilla sopimuksilla.²⁵³ Sitovuus-

²⁵⁰ Ks. myös Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 35, jossa erityisesti Vuorion (Työsuhteen ehtojen määräytyminen s. 185—187) esitykseen liittyen kirjoitetaan: ”Kompetenssinormeja (tuomioistuimen kannalta, JP) ovat mm. oikeustoimikelpoisuutta koskevat normit ja OikTL:n sisältämät pätemättömyyssäännökset. *Kompetenssinormeina on myös pidettävä sopimusvapauden rajat osoittavia normeja.*” (korostus JP) sekä m.t. s. 37 viite 3: ”Kompetenssinormeja ovat myös ns. käyttäytymisvastuun perustavat normit.” Aho sisällyttää näin sopimusvapauden sopimuksen käsitteeseen.

²⁵¹ Näin tehtiin keskiajan kanonisessa oikeudessa, jossa siitä huolimatta kehittyivät ns. modernin sopimusoikeuden monet keskeiset lähtökohdat: lupauksen sitovuus, irrottautuminen tyyppipakosta jne. Ks. tark. esim. Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert s. 46—64. Ks. myös Weber, Wirtschaft und Gesellschaft s. 422—429.

²⁵² Vrt. ns. critical legal studies -suuntaukseen ja sen sopimusoikeuden kehittämistä koskeviin vaatimuksiin, esim. Unger, The Critical Legal Studies Movement s. 620—646 ja sen johdosta Pöyhönen, The Critical Legal Studies Movement — yhdysvaltalaisista vaihtoehtoista lainoppia s. 101—106 ja Koskenniemi, Superliberalismin oikeusteoriaa. Ks. myös Wilhelmsson, Social civilrätt s. 33—43.

²⁵³ Ks. HE 247/81 s. 1: ”Sopimuksen käsitteeseen kuuluu velvollisuus noudattaa tehtyä sopimusta.” Tarjouksesta ja vastauksesta samankaltaisesti Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 252—253: ”Se, että OikTL 1 luku koskee vain sisältönsä puolesta sitovina tarjouksina ja vastauksina pidettäviä ilmaisuja, ei johdu OikTL 1 §:n 1 mom:sta, vaan 1 §:n 2 mom:sta sekä tarjouksen ja vastauksen käsitteistä sinänsä, joita käsitteitä OikTL 1 luku edellyttää.” (korostus JP). Ks. myös Norri, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 153.

den toteutuminen voi kuitenkin estyä ja juuri tällöin on syytä puhua puuttumisesta sopimusten sitovuuteen.

Jälkikäteissovittelu (OikTL 36 §) on yksi tapa puuttua sopimusten sitovuuteen ja rajoittaa sitä. Sen sijaan sellainen toiminta, jolla lainsäätävä rajoittaa sopimusvapautta pakottavin säännöksin, ei välttämättä millään tavoin liity sopimussitovuudesta vaan ainoastaan sopimusvapaudesta poikkeamiseen. Tässä työssä valitun terminologian mukaan väite ”sopimukset sitovat” on siis tautologia, joka pitää paikkansa suoraan siihen sisältyvien termien merkitysten nojalla. Sitovuus on yksi sopimuskäsitteen elementeistä, tarkemmin sopimuskäsitteen välttämätön mutta ei riittävä elementti. Väite sopimusten sitovuudesta ei kuitenkaan ole trivialiteetti esimerkiksi selvitettyä sopimusten sitovuuden astetta tietyssä oikeusjärjestelmässä tietyssä aikana ja tuon sitovuuden *eli* yhden sopimuksen käsitteen elementin muutoksia.²⁵⁴

²⁵⁴ Ks. samantapaisesta kritiikistä lakiosan käsitteen kannalta *Helin*, Rintaperillisen lakiosa, testamentinsaaja ja PK 3:1a ja *sama*, PK 3:1a ja jäämistöoikeuden järjestelmä sekä *Aarnio—Kangas*, Rintaperillisen lakiosa, testamentinsaaja sekä eloonjäänyt puoliso ja kritiikin johdosta *samat*, Uusi lakiosadoktriini. *Helin* huomauttaa (PK 3:1a ja jäämistöoikeuden järjestelmä s. 185), että Aarnion ja Kankaan puhetapa johtaa välttämättä kysymään, mikä oikeuttaa loukkaamaan lakiosaa sen sijaan, että lakiosan katsottaisiin suoraan perustuvan normien sisältöön. Vrt. eroon kysymyksillä: mikä oikeuttaa loukkaamaan sopimussitovuutta ja mikä oikeuttaa loukkaamaan sopimusvapautta? Jälkikäteissovittelun ymmärtäminen oikein systeemin kannalta edellyttää juuri mainittujen kysymysten pitämistä erillään. Samaan tapaan *Helin* esittää, että perintökaaren 3 luvun 1a §:n sijoittaminen perintöoikeuden järjestelmään edellyttää eroa kysymysten: ”mikä oikeuttaa loukkaamaan lakiosaa?” ja ”miten lakiosa lasketaan?” välillä. Ja kun *Helin* kirjoittaa, että lakiosa joudutaan Aarnion ja Kankaan linjassa laskemaan entiseen tapaan uusista lainsäädännöllisistä rajoituksista huolimatta (*Helin*, PK 3: 1a ja jäämistöoikeuden järjestelmä s. 185—190, erit. s. 190: ”Tämä (Aarnion ja Kankaan, JP) näkemys johtaa siihen, että lakiosa joudutaan laskemaan entiseen tapaan, vaikka nettojäämistöstä on jo ennen sitä leikattu palanen.”), niin sopimus-oikeudessa vastaava tapahtuu silloin kun sopimusten sitovuus samaistetaan sopimusvapauteen. Sopimusten sitovuus määritetään edelleen entiseen tapaan sopimusvapauden ensisijaisuuteen perustuvan käsitteen nojalla, vaikka sopimuskäsitettä on muutettu. Tällainen menettely merkitsee sopimusoikeuden järjestelmän kannalta muun muassa sitä, että sopimussitovuuden rajoituksiksi (virheellisesti) käsitettyjä sopimusvapautta rajoittavia normeja pidetään välttämättä poikkeuksina sopimusten sitovuuden pääsäännöstä ja niitä arvioidaan tämän mukaisesti. Tällaisen ajattelutavan angloamerikkalainen muunnos on määritelmä, jonka mukaan kaikki hyvinvointivaltiollinen sääntely on retribuutiota (tai redistribuutiota) eli sillä puututaan siihen, mihin sopimus distribuution muotona on johtanut. Tällöin on mahdollista väittää, ettei ns. sosiaalinen lainsäädäntö lainkaan muuta sopimuskäsitettä, ks. esim. *Fried*, *Contract as Promise* s. 71—73. Ks. myös *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 27: ”Yleisesti hyväksytty käsitys sopimussidonnaisuuden perusteesta on edelleen perinteinen, ja sovittelumahdollisuutta pidetään lähinnä poikkeuksena pääsäännöstä. Kohtuuttomien sopi-

Jos on oikein sanoa, että käsitelainopillinen ajattelu tuotti virheitä silloin, kun se ei ottanut huomioon lainsäädäntöä²⁵⁵, voidaan vastaavasti väittää, että ajattelu, jossa ei eroteta sopimussitovuutta (sopimuksen olemassaoloa) ja sopimusvapautta, aiheuttaa *systemivirheitä* silloin, kun siinä ei jäsennetä oikein muuttunutta normistoa (uutta lainsäädäntöä systeemi-impulsseineen). Systemivirheet johtavat siihen, että sitovuus -ominaisuus — yksi sopimuskäsittelyn elementeistä — liitetään moniin sellaisiinkin tosiseikkoihin, joihin se ei enää muuttuneen lainsäädännön vuoksi kuuluisi. Sopimusvapaudella ei sopimus oikeudessa kuitenkaan voi argumentoida sopimuksen ”yli”. Sopimusvapauden periaate ei voi saada aikaan sopimusta sellaisissa oloissa, joissa tehty välipuhe ei voi tulla sitovaksi.²⁵⁶ Tämä ero näkyy havainnollisesti eräissä sovittelusäännöissä käytetyssä ilmaisussa ”hyvän tavan vastaista tai muutoin kohtuutonta”.²⁵⁷ Sopimussysteemissä hyvän tavan vastaisuus merkitsee kuitenkin, ettei sopimusta lainkaan synny.²⁵⁸ Vastaavasti pätemättömyysperusteista kirjoitettaessa pitäisi siten kirjoittaa ongelmasta, merkitseekö tietty tosiseikasto sopimusta vai ei, tai ongelmasta, aikaansaako välipuhe sopimuksen vai ei.²⁵⁹

musten sovittelun periaatetta pidetään ensi sijassa korjauskeinona, jonka avulla voidaan vastustaa niitä kohtuuttomuuksia, joihin pääsäännön soveltaminen voi johtaa. Tällaista käsitystä kohtuuden ja sopimussidonnaisuuden suhteesta ei kuitenkaan tarvitse pitää ikuisesti annettuna.”

²⁵⁵ Näin esim. *Helin*, PK 3:1a ja jäämistöoikeuden järjestelmä s. 190.

²⁵⁶ Vrt. *Erman*, Työurakka s. 27—28, kirjoittamaan: ”Sopimusvapaus on siis olemassa vain niin laajalti kuin sopimuksen kohteena on oikeusjärjestyksen sallimat hyvän tavan mukaiset suoritukset.” Oikeusjärjestyksen tai hyvän tavan vastaisuus liittyy sopimuskäsittelyn rajoihin. Ks. myös *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* s. 405, siitä, miten sopimusvapauden ja sopimuksen samaistaminen johti 1800-luvun Englannissa siihen, ettei sopimusvapautta rajoittaneen lainsäädännön katsottu kuuluneen sopimus oikeuteen. *Atiyah (ibid.)* käyttää menettelytavasta termiä ”a semantic trick.”

²⁵⁷ Tämä ilmaus sisältyi OikTL 36 §:n muutosta edeltäneeseen, oikeudesta työntekijän tekemiin keksintöihin annetun lain 9.2 §:ään ja (nykyisen) työsopimuslain 48.3 §:ään. Ks. myös *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 525.

²⁵⁸ Vrt. myös vakioehtojen pätevyydestä käytyyn keskusteluun, jossa sama juridinen ongelma on toisinaan asetettu kysymyksenä: ”sitovatko tietyt sopimusehdot?” ja toisinaan: ”tuleeko joistakin ehdoista sopimuksen osia?” (tästä keskustelusta ks. esim. *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 47 ja 4. luku *passim*). Jälkimmäinen muotoilu ei sisällä kätkeytyä systeemioletuksia; edelliseen tapaan muotoiltu kysymys on sen sijaan perusteltu vain kun halutaan soveltaa jälkikäteissovittelua.

²⁵⁹ Sen vuoksi ei tarkkaan ottaen ole oikein sanoa, että OikTL 28—33 §:issä säädetty oikeusseuraamus on sitovan sopimuksen pätemättömyys. Sen sijaan seuraamuksena on, ettei (sitovaa) sopimusta synny (välipuhe ei ole sopimus; ”oikeustoimi” ei ole sitova). Ei siis ole niin, että ensin syntyisi sitova oikeustoimi, jolta tuo sitovuus sitten (*ex tunc*) riistettäisiin, vaan niin, ettei sitovaa oikeustointa koskaan syntynyt (pätemättömyys vaikuttaa *ex nunc*).

Itse asiassa vasta sopimusvapauden erottaminen sopimuksen käsitteestä tekee mahdolliseksi, että sopimusvapaus käsitetään oikeusperiaatteeksi, optimointikäskyksi. Sopimusvapauden ja sopimuksen käsitteellinen yhteys puolestaan johtaa — jos sopimusvapautta tarkastellaan oikeusnormina — siihen, että sopimusvapaus on ankara oikeussääntö. Näin ymmärrettynä sopimusvapauden rajat konstituoivat tällöin sopimuksen rajat ja loukkaamalla sopimusvapautta loukataan aina välttämättä myös sopimusta (ja sen sitovuutta).

Kun usein esitetään, että sovittelua tulee käyttää vain todella harvinaisissa, suorastaan patologisissa tapauksissa²⁶⁰, ”patologisuuden” arviointi on mahdollista ainoastaan sopimusmallin valossa. Kun kohtuusnäkökohdat — kohtuusperiaate — otetaan huomioon jo sopimussysteemiä konstruoidessa, ei tällaiselle patologisuudelle, esimerkiksi räikeälle kohtuuttomuudelle, juuri ole tilaa. Esimerkiksi sellaiset kulutustavaroiden kaupan vakioehdot, jotka sisältävät laajoja ja yllättäviä vastuunrajoituksia kuluttajan vahingoista, eivät juuri tuon kohtuuttomuutensa takia edes tule kuluttajaa sitoviksi.²⁶¹ Kun niistä ei tule sopimuksen osia, ne eivät sido kuluttajaa eikä niiden sovittelu ole tarpeen, vaikka alkutilanne saattoi näyttää patologiselta.

2.2.2. Sopimussitovuuden syväjustifikaatio

Voidaan tietysti ajatella, että sopimussitovuus perustuu siihen velvoittavaan oikeusnormiin.²⁶² Systeemin tarkastelun kannalta sopimussitovuuden selitys on

Tältä osin pidän siis perusteltuna sitä kantaa, jonka Stang esitti teoksessaan *Inledning til formueretten* (1935) s. 210 ja 208 viite 2. Jotta suojatun osapuolen vastapuolen sidonnaisuus *sopimuksen* nojalla pystyttäisiin perustelemaan juridisesti — OikTL 28 §:ssään sanotaan vain, ettei oikeustoimi sido *pakotettua* ja samaa kielenkäyttöä jatketaan muissa pätemättömyyssäännöissä — on luovuttava sopimuksen velvoitteiden symmetrisyyden oletuksesta IV luvussa esitettävän prosessikäsitteen mukaisesti. Systeemin laadinnan kannalta ei siten ole sisäisesti ristiriitaista käsitellä sopimusoikeudessa *myös epäonnistuneita yrityksiä saada aikaan sopimus*. Samoin *Bayles, Principles of Law* s. 192. Kielenkäyttö säilyy erotte-lukykyisenä, kun ilmaisulla ”välipuhe” viitataan sellaiseen yritykseen sopimuksen aikaan-saamiseksi, joka voi onnistua tai epäonnistua. Välipuhe on siten juridista sitovuusarviota ajatellen *ex ante* -ilmaus, kun taas sopimus on *ex post* -ilmaus.

²⁶⁰ Esim. *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 528.

²⁶¹ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 63.

²⁶² Jos lisäksi omaksutaan sellainen oikeuslähdeoppi, jossa lainsäädäntö on ensisijainen, päädytään Suomessakin toisinaan esitettyyn ajatukseen, että sopimusten sitovuus perustuu OikTL:iin, erityisesti sen 1 §:ään. Ks. esim. *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 43 ja *Raninen*, Vahvistuskirje s. 24–25. Vrt. myös Tanskan ja Norjan lakikokoelmien pykäliin 5–1–1 ja 5–1–2, joiden mukaan sopimukset sitovat ”i alle deri Ord och Puncter, saasom de indgagne er”. Ks. myös esim. *Ussing*, *Aftaler* s. 21–22. Vas-

samassa asemassa kuin perusnormi Kelsenillä koko oikeuden osalta ja valtion oikeushenkilöllisyysoletus julkisoikeudellisten normien oikeusluonteen kannalta.²⁶³ Kuten perusnormissa, on sopimussitovuudessaakin kaksi puolta: systeemisäinen ja systeeminulkoinen.²⁶⁴ Systeemisäisesti sopimussitovuus pe-

taus on luonnollisesti pätevä noin asetettujen premissien valossa, mutta se ei ole vastaus tässä jaksossa esitettyyn kysymykseen, joka koskee yhteiskunnallista eikä juridista justifikaatiota, ja siis sopimusmallia eikä tässä yhteydessä (suoraan) oikeusjärjestystä. Kysymys on sopimusoikeutta yhdistävän näkökulman perusteesta tai sopimuksen sosiaalisesta tarkoituksesta. Ks. *Collins*, *The Law of Contract* s. 1—2, joka erottaa toisistaan hyvinvointivaltion sopimusoikeudelle asettamat ja perinteiset yksilön tahdonvapautta korostavat tavoitteet. Ks. myös *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 24—25, jossa tehdään samantapainen erottelu jatkamalla sopimusten sitovuutta koskevaa pohdiskelua kysymykseen ”miksi oikeusjärjestys on katsonut voivansa vaatia tarjouksen sitovuutta?”.

²⁶³ Yksi tapa formuloida tarkemmin ongelma syväjustifikaatiosta on Kelsenin perusnormi: kun muiden oikeusnormien voimassaolo johdetaan perusnormista (selitetään perusnormilla), niin millä perusteella itse perusnormi on voimassa, miten sille annetaan syväjustifikaatio? Kelsenin vastaus on johdonmukainen jos tarkastellaan voimassaoloa formaalilta kannalta (vrt. edellä s. 32—33): oikeusjärjestyksen keskimääräisellä tehokkuudella. *Peczenik*, *The Basis of Legal Justification* s. 29, on samaa tarkoittaen erottanut justifikaation ja syväjustifikaation. Syväjustifikaatiolla on yleisemminkin merkitystä kun keskustellaan normin voimassaolosta ja oikeuden legitimitetistä. Syväjustifikaatio liittyy nimittäin Hartin ideaan siitä, että oikeuden voimassaololle on olennaista sisäinen näkökulma (internal point of view) tunnistamissääntöön (rule of recognition). Sisäinen näkökulma merkitsee sitä, että relevantti oikeusyhteisö hyväksyy tunnistamissäännön. Jos tuollaisessa hyväksymisessä erotetaan tosiasiallinen ja normatiivinen puoli, hyväksyminen empiirisenä tosiasiana ja hyväksymisen rationaalinen perustelu, syväjustifikaatio on nimenomaan jälkimmäinen, sopimussitovuuden hyväksyttävyys. Ks. tästä erottelusta *Tuori*, *Oikeuden rationaalisuus sekä Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 188—193 ja 227—228. Rakenteellisesti syväjustifikaatio on samassa asemassa kuin ns. taustaseikat (underpinning reasons) ovat koko oikeutta tarkastelevassa tutkimuksessa *MacCormickilla*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 76—77. Ks. myös *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 3—7, joka korostaa, että rationaalilla sääntöjen tulkitusjalla — tässä teoksessa systeemin laatijalla — on oltava sisällöllinen, yleistettävä arvoteoria. Valtion oikeushenkilöllisyysoletuksesta ja sen merkityksestä julkisoikeudellisten normien käsittämisessä ks. *Tuori*, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta* I s. 38—41 ja 118—126.

²⁶⁴ Ks. myös *von Hertzen*, *Tutkimuksesta ja tutkimuksen arvostelusta* s. 54—56, jossa hän huomauttaa, että ”sopimusneuvottelujen katkaisemisesta aiheutuvan vastuun perusteista puhuttaessa liikutaan itse asiassa kolmella eri argumentaatiotasolla”. Ensimmäistä tasoa, vastuun yleistä arvoperustaa, vastaa systeeminulkoinen näkökulma. Kolmatta tasoa, vastuun systeemiperustaa, vastaa systeemisäinen näkökulma. Toinen taso, vastuun aktualisoitumiskriteerit, koostuu nähdäkseni sekä systeeminulkoisen että systeemisäisen aineksen kehittelystä ja konkretisoinnista. Ks. tark. *von Hertzen*, *Sopimusneuvottelut* s. 156—157 ja eri maiden sopimusoikeutta tarkastellen s. 158—269 sekä päätelmiä s. 269—279, joissa jaksoissa tarkastelu perustuu esitetyle kolmijaolle.

rustuu oikeuslähdeopin ja juridisten menetelmien kautta analysoituun normiin. Systeeminulkoisesti sopimussitovuus on perusteltava ”ulko-oikeudellisilla” seikoilla.

Normiston systematisoinnin kannalta systeemin sisäinen vastaus on tyhjä, sillä *pacta sunt servanda* ei ole sisällöllinen kannanotto siihen, mikä sopimuksessa on tärkeää ja olennaista.²⁶⁵ Systeemin käytön, sen ongelmanratkaisukyvyn kannalta systeemin sisäinen vastaus on riittämätön. Useissa vaikeissa juridisissa ongelmissa ja erityisesti kiperissä tapauksissa sopimusoikeuden rationaalinen käyttö edellyttää tukeutumista sopimusten sitovuuden syväjulistikaatioon, jonka nojalla voidaan ratkaista oikeuseriaatteiden väliset suhteet ja tätä kautta monet oikeussääntöjen (tulkinta- ja) systematisointiongelmat.²⁶⁶

Sopimusoikeuden systeemin tarkastelun kannalta hedelmällinen perustelu edellyttää siten sitovuusväittämän ja systeemin sisäisen tautologian ”sopimukset sitovat koska ne ovat sopimuksia” purkamista ja paluuta siihen, mikä sopimuksessa on elementaarista.²⁶⁷ Tätä perustelua kutsutaan jatkossa selvyiden

²⁶⁵ Historiallisten tekijöiden vaikutuksesta *pacta sunt servanda* -vaatimus voi joskus olla sisällöllinen. Näin oli Euroopassa keskiajalla ja uuden ajan alussa, kun vain tiettytyyppiset sopimukset olivat kannekelpoisia ja erityisesti kun väiteltiin täysin vapaatyypin välipuheen (ns. *pactum nudum*) kannekelpoisuudesta. Näissä oloissa *pacta sunt servanda* -vaatimus oli vaatimus siitä, että myös tyyppivapaa *pactum nudum* piti sisällyttää sopimuksen käsitteeseen, myös sen piti olla sitova. Ks. tarkemmin Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert s. 65—134.

²⁶⁶ Tällainen perusteiden riitauttamisen mahdollisuus on yksi sellaisen praktisen diskurssin ehto, jonka keskeisyyttä Habermas painottaa kommunikatiivisen toiminnan teoriassaan. Normatiivisten käsityksien ja normien tosiasiallista vallitsevuutta ei pidetä riittävänä takeena niiden oikeellisuudesta. Tätä vastaten Habermas, Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln s. 68—72, erottaa tosiasiallisen vallitsevuuden (Geltung) normatiivisesta pätevyydestä (Gültigkeit). Vasta lähtökohtien perusteleminen, niiden oikeuttaminen (justifioiminen), tekee lähtökohdista hyväksyttäviä. Praktinen diskurssi viittaa tässä ajatuksessa sellaiseen keskusteluun, jota yhteisön jäsenet voisivat vapaina ennakkoluuloistaan ja asenteistaan sekä ulkoisista rajoituksista käydä keskenään, ks. tarkemmin oikeudelliseen ajatteluun soveltaen Alexy, Theorie der juristischen Argumentation s. 221—257. Wilhelmssonin, Social civilisrätt s. 26—27 huomautus, ettei valintaa sopimusoikeuden eri systematisointien välillä voi tehdä vain oikeuden sisäisin vaan viime kädessä poliittisin perustein, kuvastaa samaa ongelmaa. Ks. myös Koskeniemi, General Principles s. 137, joka Dworkiniin viitaten kirjoittaa siitä, miten erilliset taustateoriat ”can explain the legal order more or less adequately” (korostus JP).

²⁶⁷ Mincke, Die finnische Rechtstheorie s. 51, kirjoittaa: ”Windscheid mit seiner Willentheorie und Jhering mit seiner Interessentheorie sehen den Begriff des subjektiven Rechts gerade nicht als etwas Selbstständiges, Gegebenes an. Sie versuchen, ihn auf etwas Elementares, vor ihm liegendes zu reduzieren, der eine auf Willensmacht oder Willensherrschaft, der andere auf Interessen (Nutzen, Vorteil, Gewinn) mit dem formalen Moment der Klage.

vuoksi *sopimussitovuuden syväjustifikaatioksi* ja vastaavasti syväperusteluksi.²⁶⁸ Sopimussitovuuden syväjustifikaatiossa oikeudellinen perustellaan ei-oikeudellisella.²⁶⁹ Sen vuoksi syväjustifikaatio tarjoaa oikeudellisen sopimusjärjestelmän muodostamiselle sekä alkupisteet että jatkuvan reflektion mahdollisuuden.

Juuri sopimussitovuuden syväperustelussa valittu perustelutapa on linjaratkaisu sopimuksiin liittyvien arvo- ja tavoiteperiaatteiden yhteensovittamisessa.²⁷⁰ Jos sopimussitovuuden syväperustelu painottaa ensi sijassa tahdonvapautta, se merkitsee sopimusvapauden asettamista muiden periaatteiden edelle systeemissä. Sopimusvapauden perustuvista säännöistä tulee pääsääntöjä, muista periaatteista johdettavista, sopimusvapautta rajoittavista säännöistä poikkeuksia. Sopimusvapauden periaatteesta tulee johtava periaate, muista periaatteista tavallisia. Vastaavasti luottamuksensuojaan ja vaihdannan merkittävyyteen tukeutuva syväjustifikaatio aiheuttaa sen, että sopimusvapaus jää systeemin sisäisesti toissijaiseksi vaihdannan intressiin nähden.

Damit wäre der Begriff des subjektiven Rechts unabhängig von den einzelnen Berechtigungen, zugleich aber nur Ausdruck einer vor- oder ausserrechtlicher Kraft.”

²⁶⁸ Oikeusjärjestelmiä yleisemmin ajatellen syväjustifikaatio liittyy ilmiöön, jonka mm. *Björne*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 73—74, on havainnut ”ei-oikeudellisten” argumenttien mukaantulona. Erityisesti Savignyyn liittyen hän huomauttaa myös siitä, että Savignyllä viittaukset ”sisäiseen järjestelmään” ovat perustelu, jota käytetään ”vain silloin kun puhtaasti oikeustieteellistä perustelua ei löydy” ja ”sisäisen järjestelmän poliittinen funktio on siten selvästi havaittavissa”. *ibid.* Syväjustifikaatio kuuluukin (myös) yhteiskunnan poliittiseen sfääriin. *Klami*, Ihmisen säännöt s. 323 käyttää syväjustifikaatiosta ilmaisua sopimuksen peruslegitimaatio. *Kennedy*, The Structure of Blackstone’s Commentaries s. 216, käyttää myös syvyys-kielikuvaa kirjoittaessaan, että oikeudellisen ajattelun doktriinien ja peruskäsitteiden perustelut ovat syvään juurtuneita oikeuskulttuurissa. Ks. myös *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 126—127.

²⁶⁹ Luhmannin terminologian mukaisesti kyse on kohdasta, jossa jokin yhteiskunnan toisen osajärjestelmän elementti (moraalin, politiikan, talouden, jne) tulee oikeudellisen systeemin lähtökohdaksi. Yleisin tapa tuollaiselle muuntumiselle on lain säätäminen. Ks. *Jääskinen*, Niklas, Luhmann ja sosiaalisten systeemien yleinen teoria. Ks. myös *Arnaud*, Fact as Law s. 142 ja sen johdosta *Uusitalo*, Lainoppi, epistemologia ja radikaali hermeneutiikka s. 124. Tällaisessa muuntumisessa ei siten ole mitään mystistä. *Hartin*, The Concept of Law s. 86—88, termin kysymys on kahdesta näkökulmasta, ulkoisesta ja sisäisestä, tunnistamissääntöön. Ero Hartiin on tässä esityksessä siinä, ettei ulkoista näkökulmaa pidetä hänen tapaansa täysin deskriptiivisenä vaan osaksi normatiivisenakin. Habermasin termin (ks. edellä viite 266) ulkoisen näkökulman deskriptiivinen puoli on vallitsevuus (Geltung) ja normatiivinen puoli pätevyys (Gültigkeit).

²⁷⁰ Ks. myös *Tuori*, The General Doctrines in Public Law s. 196, joka tarkastelee oikeusperiaatteita ratkaisunäkökulman täydennykseksi myös oikeuden legitimitietin kannalta.

Syväjustifikaatiolla on niinkään keskeinen merkitys pohdittaessa kysymystä siitä, milloin periaate voi sivuuttaa säännön. Jos sääntöä ylläpitää syväjustifikaatiolle keskeinen arvo tai tavoitepäämäärä, tuollaisen säännön olisi tämän vuoksi oltava sopimussysteemissä ankara oikeussääntö. Tällöin normin sisällöstä tulisi dogmi. Sopimusmalli ei kuitenkaan välttämättä edellytä jokaisen yksittäisen säännön olevan mallissa tehdyn yleisvalinnan mukainen. Sopimusmallin kannalta hankalia ovat ainoastaan tilanteet, joita koskevat ankarat oikeussäännöt tai kiperissä tapauksissa johtavat periaatteet. Vaikka vastaan puhuvalla periaatteella olisi hyvin korkea tapaustyyppiin liittyvä painoarvo, olisi sen hyväksi tehtävä ratkaisu — periaatteen mukaisen säännön tunnistaminen systeemiin — huono systeemin kannalta, koska systeemin dogmia loukattaisiin. Systeemi pyrkii neutraloimaan säännöt, jotka nojaavat muuhun kuin sen johtavaan periaatteeseen, tekemällä niistä poikkeussääntöjä. Systeemi pyrkii näin muuntamaan yksittäiset poikkeukset *hallituiksi* poikkeuksiksi.²⁷¹ Poikkeuksen hallitseminen tarkoittaa sitä, että se voidaan selittää juridisesti systeemin valossa esimerkiksi konstruktion avulla. Täsmennän väitettä esimerkin avulla.

Olettakaamme, että systeemi-idea edellyttää sellaisia tahdonvapautta suojaavia oikeussääntöjä, jotka eivät liitä sitovuutta sellaiseen tahtoon, joka ei ollut vapaa. Olettakaamme edelleen, että oikeusjärjestykseen sisältyy yksi mutta vain yksi sääntö pakottamistilanteita varten. Tuo sääntö kuuluu: Jos henkilö on pakotettu tahtomaan²⁷², hänen tahtonsa ei ollut vapaa eikä hän joudu vastuuseen sen vuoksi (vrt. OikTL 28 ja 29 §:iin).²⁷³ Olettakaamme kuitenkin, että pakkoa käyttänyt taho ei ole henkilön sopimuskumppani, vastapuoli. Tietentyypisissä tapauksissa vastapuolen luottamuksen suojaan liittyvät näkökohdat saattavat saada huomattavan painoarvon. Vastapuolella ei ole ollut syytä olettaa pakkoa käytetyn ja hän on voinut ryhtyä moniin jatkotoimiin välipuheen pätevyyteen luottaen. Silti tahdonvapauden mallissa ei voida sallia, että pakotettu henkilö joutuisi sopimusvastuuseen. Pakottamista koskeva oikeussääntö ylläpitää tahdonvapauteen perustuvaa sopimussysteemiä; se on tärkeä konstitutiivinen sääntö ja siksi ankarasti voimassa. Säännön muuttaminen on lainsäätäjän asia. Lainsäätäjä voi antaa uudet säännöt, joissa on erotettu eri tilanteita. Tahdonvapauteen nojaavan systeemin kannalta ovat vaikeita sellaiset uudet säännöt, joissa hyväksytään tahdon-

²⁷¹ Ks. *Luhmann*, *Soziale Systeme* s. 61–66 (systeemin kyky säilyttää itsensä systeeminä).

²⁷² Ilmaisui ”pakotettu tahtomaan” ei ole ristiriitainen. Vaikka henkilölle annetaan aseella uhaten vaihtoehdot ”rahat tai henki!”, voidaan sanoa, että henkilö *tahtoi* luovuttaa rahat välttääkseen hengenmenon. Ks. tark. esim. *Airaksinen*, *Moraalifilosofia* s. 179.

²⁷³ OikTL:a edeltäneestä oikeustilasta Suomessa ks. *Wrede*, *Laki oikeustoimista* s. 9–10 ja 16–18.

vapauden vähäinenkin loukkaaminen. Tällaisen vähäisen loukkaamisen sallivan säännön soveltaminen systeemiin edellyttää tahdonvapauden suojan ehdottomuudesta luopumista ja tämä luopuminen säteilee moniin systeemin kohtiin.²⁷⁴

Syväjustifikaatio vaikuttaa myös peruskäsitteiden määritelmiin. Sopimussitovuuden syväjustifikaatiota ei olekaan mahdollista pitää täysin erillään sopimuksen määritelmästä.²⁷⁵ Syväjustifikaatio osoittaa sopimuksen käsitteelle olennaisia tunnusmerkkejä ja perustelee samalla systeemin johtavan periaatteen.²⁷⁶

Millaisin argumentein sopimussitovuudelle annetaan syväjustifikaatio? Argumenttien tyyppiä koskee Habermasin yleisellä justifioinnin tasolla asettama relevanttisuusedellytys. Argumenttien on oltava adekvaatteja sillä tavoin, että niiden avulla voidaan saada luontevasti näkyviin yhteiskunnan jäsenten ja ryhmien yhteiset tarpeet ja edut.²⁷⁷ Olen tulkinnut adekvaattisuusehdon sopimus-

²⁷⁴ Samantapainen on oikeustoimikelpoisuuden asema systeemissä. Oikeustoimikelvottomuus pitää voida selittää juridisesti sopimusmallin mukaiseksi. Jos pääosa oikeustoimikelvottomuutta koskevista oikeussäännöistä perustuisi muihin näkökohtiin kuin tahdonmuodostukseen (esim. sukupuoleen, rotuun, varallisuuteen, syntyperään tms.), niiden tyydyttävä selittäminen tahtomallin avulla olisi vaikeaa.

²⁷⁵ Samoin *de Moor*, *Are Contracts Promises?* s. 121. Ks. yleisemmin *Tuori*, *The General Doctrines in Public Law* s. 176—177, joka pitää peruskäsitteitä ja yleisiä oikeusperiaatteita yleisten oppien kahtena puolena, joita kumpaakin käytetään ongelmanratkaisussa. *Tuori* viittaa, m.t. s. 181—183, siihen, että niin peruskäsitteet kuin periaatteetkin voivat olla *a priori* suhteessaan positiiviseen oikeuteen, niiden määrittäminen voi edeltää positiivisen oikeuden tarkastelua.

²⁷⁶ Käytännön esimerkkinä siitä, miten tahdonvapaus johtaa sekä sopimusvapauden periaatteeseen että sopimuksen käsitteeseen, on *Vihman*, *Sopimussakko* s. 54—55, esittämä pohdinta siitä, onko kirjatun kirjelähetyksen katoamisen vuoksi suoritettavan maksun perusteena sopimussakkoehto vai ei: ”On seikka, joka erottaa tällaisen korvauksen tavallisista sopimussakkoista. Tuo seikka on se, ettei kirjatun lähetyksen lähettämisen kysymyksessä ollen kummallakaan sopimuksen tekijällä ole mitään mahdollisuutta vapaasti sopia tuosta korvauksesta. . . . Sen vuoksi en tahtoisi tällaista korvausta minään varsinaisena sopimussakkona pitää.” *Tuori*, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta* II s. 671, on kirjoittanut syväjustifikaation (legitimaation) ja oikeusperiaatteiden johtamisen yhteydestä valtiosääntöperiaatteiden kannalta.

²⁷⁷ Konsensuksen saavuttamisen idea on keskeinen *Habermasin*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* s. 82—83, kommunikatiivisen toiminnan teoriassa. Konsensuksen saavuttaminen — tai siihen pyrkiminen — on normatiivisten väitteiden oikeellisuuden keskeinen kriteeri, joka vastaa totuuden asemaa deskriptiivisten väitteiden suhteen. Tältä kannalta paljastuvat myös Habermasin tarkastelutavan rajoitukset. Tarkastelu soveltuu sellaisiin tilanteisiin, joissa eri osapuolten vastakkaistenkin etujen taustalla on molemmille yhteinen intressi. Praktinen diskurssi on keino tuon yhteisen intressin muotoilemiseen ja tas-

oikeudessa siten, että se merkitsee justifikaatiota vallitsevan oikeuskulttuurin hyväksymien argumentein.²⁷⁸

Voidaan myös Bydlin skin tavoin luopua ajatuksesta, että sopimussidonnaisuudella olisi vain yksi syväjustifikaatio. Bydlin ski esittää neljä kriteeriä: 1. yksityisautonomia, erityisesti sopimusvapaus; 2. luottamuksen ja vaihdannan suoja; 3. ekvivalenssi tai sopimuksen oikeudenmukaisuus suoritusten tasapainon muodossa; 4. sopimususkollisuus eli pohjimmaltaan eettinen sidonnaisuus annettuun sanaan.²⁷⁹ Tässä teoksessa on katsottu, että mahdolliset syväjustifikaation eri tavat perustelevat sopimusoikeuden järjestelmään oikeusperiaatteita, mutta että periaatteiden keskinäiset suhteet ratkeavat sen syväjustifikaation mukaisesti, joka noista mahdollisista tavoista on valittu sopimusmallin perustaksi.²⁸⁰

mentämiseen. Praktinen diskurssi ei sen sijaan ole mahdollinen tilanteessa, jossa osapuolten erityisintressit ovat sovittamattoman vastakkaiset. Tällöin keskustelun lopputulos on kompromissi, jos osapuolet ylipäänsä pääsevät yhteisymmärrykseen. Ks. tarkemmin *Tuori*, Oikeuden rationaalisuus s. 79–87 ja 150–159. Ks. myös *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 521 ja *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 228. Vrt. *Hartiin*, *The Concept of Law* s. 162–163, joka pitää yhtenä distributiivisen oikeudenmukaisuuden monimutkaisena muotona sitä, että kaikkien intressiryhmien on saatava osallistua ”yhteisen hyvän” jakamiseen.

²⁷⁸ Oikeuskulttuurin yhtenäisyyden voidaan katsoa perustuvan ainakin joillekin yhteisille rationaalisuusoletuksille ja yhteisille merkityksille. Muutoin olisi vaikea ymmärtää, miksi mikään muu kuin sattuma muodostaisi sen kokonaisuuden, joka oikeus ja oikeudellinen sääntely ovat. Siksi, vaikka *Heckin*, *Grundriss des Schuldrechts* s. 1–2, esittämä täydellinen ero lainsäädännön rakennekäsitteisiin ja ratkaisutoiminnan intressikäsitteisiin on mahdollinen, on voimakkaita ja tehokkaita palautemekanismeja, jotka liittävä t tuollaiset käsitteet toisiinsa. Toisaalta vallitsevan oikeuskulttuurin käsite yhdistää tasot, joita *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta 1 s. 74–77, on kutsunut oikeusmuodoksi ja lakimuodoksi. Siten oikeuskulttuuri — *Tuori* käyttää termiä oikeusideologia — on se erityinen, joka välittää yleistä ja yksittäistä. Sopimusta ajatellen on kysymys länsimaisen yhteiskuntamuodon sopimuskäsitteeseen ja -järjestelmään kohdistamien yleisten vaatimusten ja konkreettisen sopimusjärjestyksen normien välisestä suhteesta. Ks. myös *J. Tolonen*, *Stat och rätt* s. 3–7 ja 121–126.

²⁷⁹ Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges s. 8. Samoin *Bydlin ski*, *Privatautonomie und objektiven Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*.

²⁸⁰ Vrt. myös *Rawlsiin*, *A Theory of Justice* s. 42, joka käsittelee ongelmaa siitä, millaiset ovat oikeudenmukaisuuteen liittyvien periaatteiden keskinäiset suhteet: ”Now part of the value of the notion of choosing principles is that the reasons which underlie their adoption in the first place may also support giving them certain weights.” Tuollaisia periaatteille annettuja yleisiä painoarvoja on aiemmin kutsuttu periaatteiden systeemi arvoiksi. Omaksu maansa proseduraaliseen oikeudenmukaisuusteoriaan perustuen Rawls, *ibid.*, huomauttaa vielä, että periaatteiden järjestäminen voi myös tapahtua sellaisilla säännöillä, jotka hyväksyttäisiin samassa järjestyksessä kuin itse periaatteet.

Sopimusmalli sisältää sekä sopimusten sitovuuden syväjustifikaation että juridisten sopimusongelmien ratkaisussa tarvittavan välineistön. Sopimusmallin sisällä jompikumpi puoli saattaa painottua; mallissa voi olla hyvin kehittynyt justifikaatio- tai ongelmanratkaisupuoli. Sopimusmallien kehityksessä havaitaankin, että toisinaan malli syntyy menestyvän syväjustifioinnin ympärille siten, että syväjustifikaatiosta yritetään johtaa ratkaisuja ongelmiin (tahtomalli). Toisinaan taas käytännössä syntyneet ratkaisulinjat (jo valmiina oleva ongelmanratkaisukyky) pyritään keräämään yhteen perustelemalla ne ratkaisuja yhdistävällä syväjustifikaatiolla (luottamusmalli). *Syväjustifikaatio on systeemi-idean perustelua ulospäin, systeeminulkoisesti. Ongelmanratkaisukyky on systeemi-idean käyttöä sisäänpäin, systeemin sisäisesti.*²⁸¹

2.3. Sopimusmallin käytön tarkoitus — juridisten ongelmien ratkaisu

On makuasia, mihin varsinaisen sopimusmallin muodostamisen katsotaan päättyvän ja mistä sen *käytön seuraamusten* alkavan. Sopimusmallin ongelmanratkaisukäyttö merkitsee normiston jäsentämistä siten, että normiston avulla voidaan mahdollisimman tehokkaasti selvittää kahdentyyppisiä — normatiivisia ja tosiasiallisia — juridisia ongelmia.²⁸²

Normatiiviset ongelmat liittyvät voimassaolevaan oikeusnormistoon, sen sisäiseen johdonmukaisuuteen ja ristiriidattomuuteen. Niiden ratkaisussa sopimusmallin tuottama *alakohtainen ja alojen välinen systematiikka* on keskeisenä. Alakohtainen systematiikka tarkoittaa alan normiston sisäistä järjestymistapaa, so. sitä, missä suhteessa toisiinsa ovat sopimuksen synty, sopimusvastuun lakkaaminen, suoritusvirheiden tyypit jne. Alakohtaisen systematiikan

²⁸¹ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns 2 s. 535—540, tekee eron oikeuteen instituutiona (Recht als Institution) ja oikeuteen ohjausvälineenä, mediana (das Medium Recht). Tämän erottelun valossa syväjustifikaatio liittyy oikeuteen instituutiona ja ongelmanratkaisukyky oikeuteen mediana. Mainitut oikeuden kaksi muotoa eivät kuitenkaan tietyn oikeusinstituutin, esimerkiksi sopimusinstituutin, suhteen ole erillisiä vaan välttämättä yhteenliittyneitä. Sen vuoksi sopimusinstituutin on pystyttävä vastaamaan sekä syväjustifikaation että ongelmanratkaisukyvyn vaatimuksiin.

²⁸² Juridisten ongelmien tyypittelystä tarkemmin ks. *Pöyhönen*, Juridisista teorioista s. 41—54 ja siinä viitattua. Tieteellisten teorioiden ongelmanratkaisukyvyn kriteerin kehityksestä ks. *Laudan*, Progress and Its Problems. Hänen ajatuksensa lienevät soveltamiskelpoisia myös sopimusmallien ongelmanratkaisukyvyn arviointiin: hyvää ongelmanratkaisukykyä kuvastavat ratkaistut tärkeät ongelmat, vältetyt anomaliat jne. Myös *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 489—490, korostaa systeemin (järjestelmän) merkitystä välineenä ”moninaisten ongelmatilanteiden hallitsemiseen ja ratkaisuun”.

avulla ratkaistaan, mitkä säännöt ovat pääsääntöjä ja mitkä poikkeuksia. Alakohtainen systematiikka näkyy havainnollisesti oppikirjojen esitysjärjestyksenä ja niiden sisältämissä yleisluonnehdinnoissa. Alojen välinen systematiikka merkitsee sopimusoikeuden aseman paikantamista koko velvoiteoikeudessa ja laajemmin yksityisoikeudessa. Alojen välinen systematiikka määrittyy peruskäsitteiden varassa. Niitä kehittelemällä pystytään ratkomaan sopimusoikeuden suhde deliktuaaliseen vahingonkorvausoikeuteen ja edunpalautusinstituuttiin.²⁸³

Tosiasiallisten juridisten ongelmien taustana on todellinen tai kuviteltu tapahtumainkulku, jota arvioidaan suhteessa normistoon. Ongelman ratkaisu edellyttää tapauksen tunnusmerkkien yleistämistä: oikeudellista sääntelyä ei anneta konkreetteja yksittäistapauksia varten. Tuon yleistämisen suorittamista pa, siirtyminen ”raa’oista” tosiasioista oikeustositasioidiin, on sidoksissa sopimusmallin elementteihin, peruskäsitteisiin, dogmeihin ja konstruktioihin. Juuri niiden varassa karsitaan kussakin tapauksessa juridisesti epäolennainen juridisesti olennaisesta. Dogmeilla on tässä erityisen keskeinen osuus, sillä ne johtavat etsimään tapauksesta aivan tiettyjä piirteitä. Esimerkiksi konsensusdogmi johtaa sopimusvastuuta harkittaessa etsimään tapahtumainkulusta vaihetta tai hetkeä, jota luonnehtisi osapuolten tahtojen konsensus.²⁸⁴ Jos sellainen havaitaan (pystytään näyttämään), osapuolten välillä vallitsee siitä alkaen sopimussuhde. Ellei, heidän oikeutensa ja velvoitteensa ratkeavat muun velvoiteoikeuden instituutin kuin sopimuksen varassa. Vilpittömän mielen suoja -dogmi johtaa kysymään, oliko osapuoli vilpillisessä vai vilpittömässä mielessä merkityksellisten seikkojen suhteen. Pääsääntö on tuon dogmin mukaisesti, että *bona fide* ollut osapuoli saa oikeussuojaa sopimussidonnaisuuden muodossa, kun taas *mala fide* ollut jää ilman sitä.

Sopimusmalli on ongelmanratkaisussa ratkaisijan työväline, jonka avulla hän muodostaa sen *osan* systeemiä, jota hän ratkaisussaan tarvitsee.²⁸⁵ Kun tämä systeemin osa on kerran muodostettu, se on myöhemmin valmiina käy-

²⁸³ Alojen välisen systematiikan tasolla on esimerkiksi väite, että ns. tuotevastuu ei kuulu sopimusoikeuden alaan.

²⁸⁴ Ks. *von Hertenin*, Sopimusneuvottelut s. 79–82, erittelemä tanskalainen tapaus U 1971.50 (H).

²⁸⁵ Ks. myös *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 358–359, jossa hän huomauttaa, ettei tuomari Herkules kaikkietävinä ja täydellisen rationaalisena ideaalimallina tarkoita sitä, että jokainen ratkaisija tosiasiaa toimisi Herkuleksen tavoin vaikkakin vähemmän voimavaroin, vaan että tuomarit ”do very little bits of the same job, as and when the occasion requires, so that they produce not some general theory, but at best only pockets of a general theory, or, as is no doubt often the case, pockets of different theories”.

tettäväksi. Tämän vuoksi sopimusmallin aktuaalinen ongelmanratkaisuvoima kasvaa niin kauan kuin sitä käytetään. Mallin avulla tehtävän ratkaisun vaihtoehtona on mallin hylkääminen — sen avulla tehdyn systeemin osan rekonstruktioista luopuminen²⁸⁶ — ja sen korvaaminen uudella mallilla tai ratkaiseminen *in casu*. *In casu* -ratkaisuisissa ne perusvalinnat, joihin ratkaisussa joudutaan turvautumaan, käsitetään täysin yksilöllisiksi, sananmukaisesti tapauskohtaisiksi. Oikeudellinen sääntely perustuu kuitenkin aina yleistettävälle näkökohdille. Väitetty tapauskohtainen ratkaisu on sen vuoksi oikeusalamaisen oikeusturvaongelma. Puhdas *in casu* -ratkaisu on yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen vastainen, joten jokin sopimusmalli on välttämätön oikeudellisessa ratkaisussa.

2.4. Sopimusmalli sopimusoikeuden yleisten oppien osana

Sopimusoikeuden *yleiset opit* koostuvat sopimusmallin ohella valitusta lähestymistavasta, jonka osat ovat oikeuslähdeoppi ja (varsinaiset) juridiset menetelmät. Sopimusmallin vastineena muilla oikeudenaloilla ovat niiden vastaavat mallit. Näitä malleja on tavallisesti pidetty *erityisinä*, kullekin alalle ominaisina asioina.²⁸⁷ Sen sijaan oikeuslähdeoppia ja juridisia metodeja on pidetty *yleisinä* ja kaikkia oikeuden aloja yhdistävinä.²⁸⁸

Kun III luvussa esitellään kolme erilaista sopimusmallia eri vivahteineen, on pidettävä mielessä, *ettei* niitä ole muutamia yksittäisiä viittauksia lukuunottamatta liitetty osaksi kulloisiakin yleisiä oppeja. Tällaisesta yleisten oppien kokonaisuuden huomioon ottavasta tarkastelusta on jouduttu luopumaan yksinomaan tutkimusekonomisista syistä; tosiasia-

²⁸⁶ Esimerkiksi luopuminen mainosten ja vastaavien konstruoimisesta kehotuksiksi tarjouksen tekemiseen ja siirtyminen ns. markkinointitietovastuuseen. Ks. edellä s. 85 viite 232 ja siinä viitattua.

²⁸⁷ Eräitä keskeisiä ideoita on kuitenkin yritetty laventaa monille aloille. Esimerkiksi tahdon keskeisyyttä on velvoiteoikeudessa sopimusoikeuden ohella korostettu laajemminkin deliktuaalisessa vahingonkorvausvastuussa (tuottamus on vahingon tahtomista) ja edunpalautusopissakin (velvollisuus palauttaa etu perustuu ns. kvasisopimukseen). Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa — ”tuottamusperiaatteen nousu ja tuho” ja *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 104. — Esimerkiksi rikosoikeudessa sopimusmallia vastaa rangaistusteoria. Ks. sen merkityksestä esim. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 125—144.

²⁸⁸ *Wilhelmssonin*, Social civilrätt s. 19—20, tekemässä erossa yleisiin oppeihin ja yleisiin oppeihin sopimusmalleissa olisi kysymys enemmän yleisistä *opeista*, oikeuslähdeoppista ja metodeista taas *yleisistä* opeista.

assa yleisten oppien osat ovat jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään.²⁸⁹

Sopimusmallien vuorovaikutus *oikeuslähdeopin* kanssa on tärkeä piirre.²⁹⁰ Sopimusmallia ja sen perusideoita ei voi kirjoittaa täydellisenä lakiin, esitöihin tai tuomioistuinratkaisujen perusteluihin. Tältä osin voidaan muistaa esimerkiksi se, ettei edes ole helppo sanoa, mikä ero on lakiin kirjoitetun ja kirjoittamattoman kohtuusperiaatteen välillä. Eron pitäisi Suomessa olla dramaattinen, jos ”Kohtuuden ongelma” ratkeaisi lain säätämällä. Suomessa vallitsevan oikeuslähdeopin mukaisesti kohtuuskeskustelu on meillä paljolti joutunut kiinnittymään muihin informaatiolähteisiin kuin lakiin. Tärkeiksi ovat erilaisissa formuloinneissaan muodostuneet heikommin velvoittavat lähteet eli moraali- ja tavoiteargumentit. Koska vasta nuo lähteet täsmენტävät esimerkiksi kohtuusperiaatteen aseman sopimusoikeuden yleisissä opeissa, kohtuusperiaate on Suomen sopimusoikeuden järjestelmässä historiallisesti ollut, ja on edelleenkin, välittömässä yhteydessä moraaliin ja kulloinkin tärkeiksi asetettuihin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin.²⁹¹

Oikeuslähdenäkökulma asettaa myös tietyt muutokset oikeisiin yhteyksiinsä. Muutos tavassa tarkastella sopimusta ja kohtuutta voi nimittäin olla seurausta oikeuslähteille annetun merkityksen muuttumisesta eikä (varsinaisesta) sopimusmallin muutoksesta. Tapa, jolla sopimusoikeuden kiperiä ongelmia koskevat kannanotot esitetään ja muotoillaan, vaihtelee usein enemmän kuin ratkaisujen sisältö.²⁹²

²⁸⁹ Yleisten oppien eri osat saattavat saada erilaisen merkityksen oikeuskulttuurista ja tutkimusperinteistä riippuen. Esimerkiksi Norjassa yleisten oppien ongelmat pyritään näkemään ja niitä pyritään analysoimaan nimenomaan ja vain oikeuslähdeopin (retskildelaere) ongelmina, kun taas esimerkiksi Suomessa argumentaatioteorialla on pitkään ollut keskeinen asema. Meillä esimerkiksi kysymys systeemin merkityksestä on nähty ongelmana *argumenteista* (muun muassa tyyppiä ”käsitteistä päättelminen”). Samoja ongelmia voidaan eritellä lähtökohdasta riippumatta; esimerkiksi teoksissa *Eckhoff*, *Rettskildelaere* ja *Aarnio*, Oikeussäännösten tulkinnasta käsitellään pitkälti samoja oikeusteoreettisia kysymyksiä.

²⁹⁰ Vrt. esim. *Helinin*, Käsitteistä päättelmisestä s. 88, esitykseen, jossa käsitteistä päättelystä — eli peruskäsitteiden luonteesta — käyty keskustelu pystytään liittämään muutuneeseen oikeuslähdekäsitykseen ja oikeuslähteiden käyttösääntöjen muutokseen. Ks. myös m.kirj. s. 88—89 lakipositivismiolettaman merkityksestä käsitelainoppiin kohdistetulle väitteelle lain sivuuttamisesta. Suomen oikeuslähdeopista yleisesti ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 78—101.

²⁹¹ Kohtuusperiaatteen sisältö perustuu olennaisesti tasoon, jota Tuori on kutsunut oikeusideologiaksi. Hänen tapaansa on tässäkin ymmärretty oikeusideologiaan välittyvän tiettyjä oikeusmuototason sisällön vuoksi välttämättömäksi käyviä asioita. Ks. tarkemmin *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatio I s. 74—77, *sama*, *The General Doctrines in Public Law* s. 184—185 ja 199 sekä *Pöyhönen*, Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi s. 6—14 sekä edellä s. 100 viite 278.

²⁹² *Knoph*, *Rettslige standarder* s. 276—277, huomauttaa, että luottamusidean ja sen

Sopimusmallit saavat siten oikeuslähteistönsä kontingentisti. Ei ole mitään välttämätöntä yhteyttä formaalin tahtomallin ja lainsäädännön ensisijaistamisen välillä. Yhteisöllisen käytännön malli voidaan, kulloistakin informaatiolähteistä riippuen, toteuttaa myös viittaamalla lainsäädäntöön ensisijaisena oikeuslähteenä, esimerkiksi kohtuusperiaatteen ja heikomman hyvittämisen tavoitteen mukaisiin lainsäännöksiin.²⁹³

Juridisten menetelmien kannalta sopimusmallia käsitellään tässä työssä nimenomaan normiston systematisointikeinona. Tulkintaan liittyvät yhteydet jäävät sen sijaan satunnaisten huomautusten varaan.

Sopimusmalli saattaa myös asettaa lainkäytölle eli soveltamistoiminnalle tietynlaisia vaatimuksia. Esimerkiksi Kennedy väittää tuomarille asetetun seuraamusharkinnan kiellon olleen olennainen osa tahdonvapauteen perustuvaa sopimusoikeudellista ajattelutapaa.²⁹⁴ Vastaavasti heikomman hyvittämistä korostavassa mallissa (tai Kennedyn termin: altruismimallissa) tuomari ei saa koskaan soveltaa oikeutta katsomatta seuraamuksia.²⁹⁵ Mallien konkreettissa käytössä saattavat puhtaana pidetyt teoreettiset lähtökohdat toisinaan yhdistyä korostuneeseen pitäytymiseen yksittäistapauksen olosuhteissa ja vain niissä. Ulottuvuudella kasuistisuus/systemaattisuus mallit voivat siten saada erilaisia paikkoja kulloisestakin tarkemmasta tulkinnastaan riippuen.²⁹⁶ Sopimusmallin asema yleisissä opeissa voidaan tiivistää seuraavaksi kuvioksi.

perustana olevien eettisten ja yhteiskunnallisten normien läpimurto länsimaissa on yhteydessä oikeuslähdeopin kankeuden (styvhet) olennaiseen vähenemiseen.

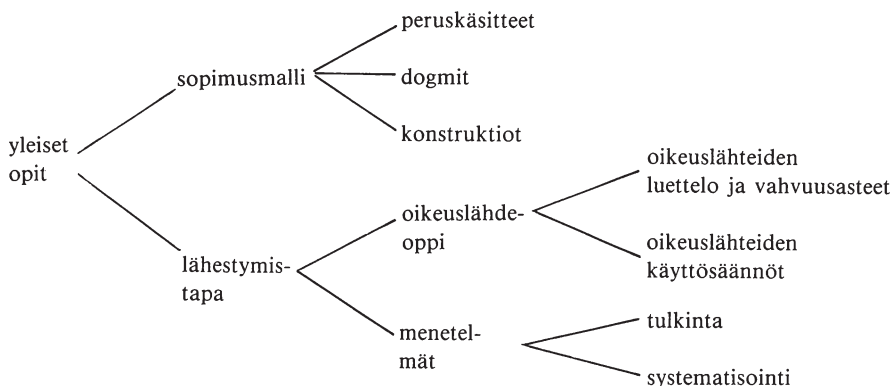
²⁹³ Oikeuslähdeopillisten ratkaisujen, erityisesti eri lähteiden käyttösääntöjen, perustelu on samalla kannanotto yhteiskunnan poliittista järjestelmää koskevaan ongelmaan. Tätä yhteyttä korostaa muun muassa *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 124. Lainsäädännön ensisijaistamista vastaa poliittisen järjestelmän tasolla lainsäätäjän ja parlamentarismin korostaminen. Juuri tuon yhteyden kautta sopimusmalli ja oikeuslähdeoppi ovat kuitenkin taustaltaan sidoksissa toisiinsa yhteiskunnan poliittisessa systeemissä. Tässä työssä ei analysoida tarkemmin tätä yhteyttä.

²⁹⁴ Ks. tarkemmin *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1761. Ks. myös *Klami*, Der Vertrag als intentionales Verhalten s. 28—35 ja *Eriksson*, Om olika argumentationsmodeller s. 44.

²⁹⁵ *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1773: ”altruism denies the judge the right to apply rules without looking over his shoulder at the results”.

²⁹⁶ Ks. Yhdysvaltojen 1800-luvun ns. klassisen mallin (classical thinkers in contract law) osalta *Feinman*, Promissory Estoppel and Judicial Method s. 681, jossa hän toteaa klassisen mallin toteutuneen juuri vahvan teoreettisuuden ja ehdottoman kasuistisuuden symbiosina.

Kuvio 2. Sopimusoikeuden yleiset opit.



2.5. Onko sopimusmalli välttämätön osa sopimusoikeuden yleisiä oppeja?

Kuuluuko sopimusoikeuden yleisiin oppeihin välttämättä sopimusmalli tässä työssä määritellyssä merkityksessä? Analyttisen siviilioikeustieteen perusvaatimukset tekevät tällaisen kysymyksen aiheelliseksi. Ne perustelevat sellaista johtopäätöstä, että vain oikeuslähdeoppi ja juridiset menetelmät ovat välttämättömiä ja hyödyllisiä. Oikeuskäsitteiden (ja laajemmin: sopimusmallin) systemaattinen rooli liittyy vain esitystapaan eikä tutkimustapaan tai ratkaisutoimintaan. Käsitteet olisivat tapa viitata monimutkaisiin oikeudellisiin suhteisiin, oikeusnormien asettamiin oikeustositseikka-oikeusseuraamus -relaatioihin.²⁹⁷

Käytän esimerkkinä Zittingin kritiikkiä Talarannan väitöskirjasta Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisus (1953). Pidän tätä esimerkkiä sekä edustavana että yleistettävänä. Vastaväittäjän lausunnossaan Zitting sijoittaa Talarannan tutkimuksen selvästi skandinaavisen realismin ja siihen liittyvän oikeusilmidiöiden empiirisen tarkastelun ulkopuolelle.²⁹⁸ Zitting huomauttaa yleisesti,

²⁹⁷ Ks. esim. Ross, Tü-tü ja Tepora, Omistuksenpidätyksestä s. 11–13 sekä Koskeniemi, General Principles s. 137 viite 75. Samaan johtaa Weberin legaal-formaalinen rationaliteetti (ks. siitä jäljempänä s. 119), jossa rationaalisuuden yhtenä merkityssisältönä on oikeuden ja muiden yhteiskunnallisten normilajien erottaminen.

²⁹⁸ Zitting, Arv. teoksesta Talaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisus s. 976.

että Telarannan ajattelutavalle on ominaista voimakas individualistinen piirre ja eettillisten arvojen korostus.²⁹⁹

Edelleen huomautetaan, että Telaranta ”ei lähde tarkastelemaan oikeus-tointa oikeudellisena tunnusmerkistönä, johon oikeusjärjestys liittää oikeus-vaikutuksia” vaan ”muotoavana, oikeuttaluovana aktina”.³⁰⁰

Keskeisenä ”metodillisena virheenä” Zitting pitää sitä, että ristiriitatilan-teiden ratkaisuongelma jäsennetään oikeudenmukaisuuskysymykseksi. Esimerk-kinä ristiriitatilanteesta on, pitääkö OikTL 29 §:n vilpillinen mieli -edellytyksestä tehdä *e contrario* -päätelmä vilpittömän mielen tapaukseen. Kun lainsäätäjä on ratkaissut lievää pakkoa koskevan sidonnaisuusongelman siten, että pakon kohteeksi joutunut henkilö ei tule sidotuksi vilpillisessä mielessä olleeseen vas-tapuoleen, onko tuo säännös ratkaisu myös siihen, tuleeko hän sidotuksi vil-pittömässä mielessä olleeseen vastapuoleen?³⁰¹ Zitting katsoo, että on selvästi erotettava, ”mitkä näkökohdat ovat olleet lainsäätäjän kannanoton perusta-na” ja ”mitä johtopäätöksiä lainsäätäjän suorittaman kannanoton perusteel-la on tehtävissä sääntelemättä jätettyihin tapauksiin”.³⁰² Tämän teoksen ter-mein Zitting kritisoi Telarantaa siitä, että tämä käyttää sopimusmallia ratkai-semaan kysymyksen siitä, onko jonkin säännön asema sellainen, että sitä tulee käyttää *ex analogia* vai sellainen, että sitä tulee käyttää *e contrario*.³⁰³

Edelleen Zitting katsoo, ettei kysymystä vilpittömän mielen suojasta eri-tyistapauksissa (mm. OikTL 29 ja 30 §) voida ratkaista ”oikeudenmukaisuus-periaatteen soveltamisella” kuten Telaranta esittää, vaan ”reaalisilla tarkoi-tuksenmukaisuusnäkökohdilla”.³⁰⁴

²⁹⁹ m.kirj. s. 976.

³⁰⁰ Zitting, Arv. teoksesta Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 976—977.

³⁰¹ Samantapaisen ongelman OikTL 34 §:n kannalta ratkaisee Aho, Varallisuus oikeu-dellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 69, *e contrario* -argumentilla siten, että *mala fide* oleva tertius ei saa vedota simuloituun oikeustoimeen. Ks. myös m.t. s. 83 viitteineen.

³⁰² Zitting, Arv. teoksesta Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 979.

³⁰³ Ks. myös Zitting, Arv. teoksesta Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmai-su s. 980—982, jossa erotetaan yksityisautonomian tarkasteleminen toisaalta oikeusteoreet-tisena, toisaalta lainsäädäntöpoliittisena kysymyksenä. Zitting katsoo ”lähinnä oikeusteo-reettisella tarkastelulla olevan merkitystä tahdonilmaisun käsitetunnusmerkkien kannalta”. Telaranta on hänen mukaansa laiminlyönyt yksityisautonomiaa koskevaa peruskysymyk-sen erittelyn: perustuvatko oikeustoimen vaikutukset yksityisten tahtoon vai oikeusjärjes-tykseen? Zittingin oma vastaus on jälkimmäinen, joskin hän näkee eräitä hyödyllisiä osia siinä tarkastelussa, joka on rinnastanut lainsäädäntöäkin ja yksityisautonomisen muotoa-misaktin toisiinsa eli pitänyt sopimusta lakina osapuolten välillä.

³⁰⁴ Zitting, Arv. teoksesta Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 987—

Vilpittömän mielen käsitteeseen ei saa sekoittaa normatiivista ainesta vaan sen täyttymiseksi riittää kun selvitetään, tiesikö osapuoli tai pitikö hänen tietää asianomaisesta seikasta. Muutoin otetaan ”taka-askel”. Vaikka vilpittömän mielen taustalla on rehellisyysnäkökohta, sitä ei enää tarvita lainsäädännöksissä esiintyvän vilpittömä mieltä koskevan vaatimuksen täyttämiseksi.³⁰⁵ Vuorio katsoo, että Telarannan menettely merkitsee ”latvasta puuhun nousemista”.³⁰⁶ Analyyttisten siviilioikeustutkijoiden Telarantaan kohdistaman kritiikin perusta voidaan tiivistää käsitteellisen puhtauden vaatimuksen sovellutukseksi. Tätä vaatimusta Telaranta loukkaa erityisen selvästi, kun hän johtaa oikeustoimen käsitetunnusmerkit yksityisautonomian eettillisestä ideasta. Vaikka hänen selvittelynsä ja erottelunsa voidaan hyväksyä siltä osin, kuin ne ovat

988. Tällöin tulee lähinnä kysymykseen »pyrkimys vaihdannan intressissä vähentää ilmaisen saajan selonottovelvollisuutta ja siten vapauttaa yrittäjä työtä ja aikaa vaativista toimenpiteistä (rationaliteettinäkökohta)». Zittingin kirjoitustapa osoittaa, että hän on pitänyt tällaista tarkoituksenmukaisuusnäkökohtaa erilaisena kuin Telarannan oikeudenmukaisuusperiaatetta. Tässä luvussa pyrittiin aiemmin (s. 54–55) osoittamaan, että arvo- ja tavoiteperiaatteet ovat oikeusperiaatteiden kaksi perustyyppiä. Molemmat tyypit, arvoperiaatteet ja tavoiteperiaatteet ovat lainsäädäntöpoliittisia Zittingin tarkoittamassa merkityksessä. Sopimusmallilla argumentointia ajatellen Telarannan ja Zittingin ero on vain siinä, että edellinen tekee sen tietoisesti yksityisautonomian ja oikeudenmukaisuuden nimissä ja jälkimmäinen kätkeytyi rationaliteetista ja tarkoituksenmukaisuudesta kirjoittaen mutta vaihdannan intressiä tarkoittaen. Myös *Tepora*, Omistuksenpidätyksestä s. 134–136 ja 419 viite 136, katsoo, että vilpittömään ja vilpilliseen mieleen liittyy moraalinen aspekti. Vrt. myös m.t. s. 418 viite 132, jossa todetaan yleisen sivullissuojasäännöksen vaatimuksen, tiesi tai piti tietää, olevan vähemmän yhteydessä moraaliseen arvosteluun kuin OikTL 33 §:n kunnianvastaaisuuden ja arvottomuuden tilanne.

³⁰⁵ *Zitting*, Arv. teoksesta *Telaranta*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 988. Myös *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 422, huomauttaa, ettei *fides* -käsite johtanut roomalaisessa oikeudessa tunteenomaisiin kannanottoihin vaan tuon käsitteen perusteella muodostettiin kokonainen sarja tarkasti toisistaan erotettuja sopimustyypejä. — Tällä tavoin luodaan dogmia: systeemisissä käytössä ei saa pitää mukana säännön ratiota eli sen yhteyttä oikeusperiaatteeseen.

³⁰⁶ *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määräytyminen s. 49 viite 8 ja 106 ss. Vuorio huomauttaa työoikeudellista rinnastusta käyttäen, että ”verrattuna Sipilän perussuhdeteoriaan se merkitsisi suunnilleen samaa kuin että Sipilä olisi ensin selvittänyt esim. työntekijän suojeluaatteen ja sitten ratkaissut sen avulla tai ainakin sen valossa kaikki yksittäiset ongelmat”, m.t. s. 49 viite 8. Oikeusperiaatehakuinen tutkimus menettelee juuri Vuorion kritisoimalla tavalla siten, että kiperät tapaukset ratkaistaan oikeusperiaatteiden avulla ja että muissa tapauksissa oikeusperiaatteet tavallisesti ohjaavat ratkaisunormeihin (mm. analogia ja *e contrario* -päätelmiä valitsemalla ja perustelemalla) tai täydentävät ja täsmäntävät oikeussääntöjen avoimia kuumeja. Periaatehakuinen tarkastelu on kuitenkin tässä mielessä pikemminkin juuresta kuin latvasta puuhun nousemista, koska tuollainen tarkastelu perustuu lain ratiioihin.

”(käsite)analyyttistä tarkastelua”³⁰⁷, alkavat ”virheet” heti, kun tuota käsitettä sovelletaan esimerkiksi vilpittömän mielen suojan ongelmiin. Lainsäädäntöpolitiikassa jopa itsestään selvää yksityisautonomian ideaa ei saa (eikä tarvitse) käyttää oikeustoimen määrittelyssä enää silloin kun ratkaistaan voimassaolevan oikeuden kantaa. Argumenteiksi on viime kädessä tuotava reaalisia tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia. Telarantaan kohdistetun analyttisen kritiikin ydin on siinä, ettei sopimusmallilla (tässä työssä määritellyn mukaisena) ole eikä sillä saa olla merkitystä ratkaistaessa juridisia ongelmia voimassaolevan oikeuden mukaan.³⁰⁸ Jos sopimusmalli muuntuu tällä tavoin esitysteknikseksi apuneuvoksi sekä oikeuslähde- ja tulkintaopiksi, ei sopimusoikeuden yleisissä opeissa enää ole systeemi-idea. Systeemi-idean puute näkyy keskeisesti heikkoutena tunnistaa ja käsitellä sopimusnormistoon kuuluvia oikeusperiaatteita.³⁰⁹ Ei liene sattuma, että oikeuskäsitteille asetetut puhtauden vaatimuk-

³⁰⁷ Ks. *Zitting*, Arv. teoksesta Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 985—986.

³⁰⁸ Erityisen selvästi tämä näkyy Vuorion huomautuksesta: ”...oikeustoimen (tahdonilmaisuuden) käsitteen kannalta vastuu merkitsee vastuuta omista asioistaan eli siitä, tuleeko sidotuksi johonkuhun nähden vai ei. Yleisesti vastuusta puhuttaneen velvollisuuksien yhteydessä. Mutta OikTL ei asettane mitään ’oikeustoimimisvelvollisuutta’. ’Vastuun’, ’tuotamuksen’, ’normatiivisen mittapuun’ ja ’ansioden mukaisen kohtelun’ korostaminen tällaisten kysymysten yhteydessä saa oikeustoimen sitovuuden näyttämään melkein pä ’sanktiolta’, jolla (em. normatiivisen mittapuun mukaan) oikeudenmukaisella tavalla rangaistaan vajeamittaista käyttäytymistä. — Luonnollisella tavalla ymmärrettynä oikeustoimen käsitteeseen liittyy kuitenkin — ei velvollisuuksia eikä vastuuta vaan — kompetenssi- ja sidonnaisuuskysymyksiä.” *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määräytyminen s. 107 viite 109. Vrt. Weberin tapaan erottaa status-sopimus ja moderni sopimus toisistaan siten, että edellisessä sopimus luo osapuolen identiteetin, kun taas jälkimmäisessä identiteetti ei muutu. Identiteetin muutos näkyy uuden statuksen mukaisina oikeuksina ja velvollisuuksina. Sen sijaan modernissa sopimusoikeudessa sopimuksen rooli on vain välillinen, tapa välittää ihmiselle velvollisuuksia ja oikeuksia hänen tahtonsa pohjalta. Weberin moderniksi määrittämässä käsityksessä sopimus on siten kompetenssin asia. Ks. tarkemmin *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 401—409. Ks. myös *J. Tolonen*, Oikeudenmukaisuus ja legitimeetti s. 23. Ks. vielä *Koskenniemi*, *General Principles* s. 155, jossa katsotaan systematisoinnin tuottavan sellaisiakin normatiivisia seuraamuksia, jotka eroavat systematisoinnin lähtökohtina olleiden normien seuraamuksista. Jos näin on, uudet normatiiviset seuraamukset eivät voine tulla muualta kuin systematisointitoiminnasta eli esimerkiksi sopimusmallista. Vrt. *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite s. 271.

³⁰⁹ Jos vain maksimoidaan ongelmanratkaisukykyä, saattaa justifikaatioulottuvuus kadota täysin, menettää täysin merkityksensä itsenäisenä seikkana. Tällainen oli itse asiassa Weberin linja: justifikaatio samaistui ongelmanratkaisukykyyn. Vrt. myös väitteisiin siitä, ettei tärkeää ole kysymys ”mikä?” vaan ”miten?”, esim. *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määräytyminen s. 54: ”Huomiota ei liioin kohdisteta ns. substanssijattelun problemeihin, mikä tai mitä jokin on, mikä on sen olemus jne. Niiden sijasta asetetaan mieluummin kysy-

set johtivat suosimaan kaksijakoisia, sääntöhakuisia luokitteluja.³¹⁰ Puhtauden seurauksena myöskään peruskäsitteille ei jäänyt lainkaan justifikaatioulottuvuutta vaan ainoastaan ongelmanratkaisuluottuvuus. Samalla katosi käsitteiden systeemiä luova ominaisuus.³¹¹ Tämä on sekä voima että heikkous: heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeussääntöjen käsittelyssä.

Sääntöjen käsittely onkin analyyttisen siviilioikeustutkimuksen vahvaa aluetta. Luopuminen systeemi-ideasta merkitsee siinä vapautta formuloida kysymykset normiston, tarkemmin sääntöhakuisesti jäsennetyn oikeusnormiston, kannalta ja systeemin rasitteista vapaana. Siten on mahdollista paljastaa uusia, aiemman systeemin kannalta mahdottomia kysymyksiä.³¹²

Menestystä oikeussääntöjen tarkastelussa vastaa kuitenkin menetys toisessa suhteessa. Suomen lainsäädäntöympäristö, erityisesti yleisen siviililain puuttuminen ja nyttemmin monet avoimet sääntelyt, yleislausekkeet ja sovittelusäännöt, tekevät oikeusperiaatteiden erittelyn keskeiseksi. Oikeusaukkoja on paljon. Analyyttiseen lähestymistapaankin on kuulunut suoraan lailla säänte-

myksiä miten jokin tapahtuu, vaikuttaa tms., mistä tekijöistä sellaisen vaikutuksen syntyminen riippuu jne. Käsitteiden suhteen niiden käyttökelpoisuus ja luonnollisesti niiden (puhdasta oikeudellista, JP) todellisuutta vastaavuus ovat etualalla.”

³¹⁰ Ks. *Zitting*, ”Puhtaan” oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä. Ks. myös *Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määräytyminen s. 52 viitteessä 16 mainittua kirjallisuutta. Tosin kaksijakaisuuteen liittynyt analyyttisen kielifilosofian idea yleiskäsitteiden hajottamisesta alakäsitteiksi merkitsi yleiskäsitteiden tasolla kaksijakaisuuden lieventämistä. Vrt. esim. ns. analyyttista pätemättömyysoppia (*Zitting*, Omistajanvaihdoksesta s. 52–54) perinteiseen mitättömyys/moitteenvaraisuus-erotteluun.

³¹¹ Vrt. tieteenteoriassa käsitykseen, että teoriaan sisältyy sellaisiakin käsitteitä, joilla ei ole suoraa vastinetta tutkimuskohteen tasolla. Ne liittyvät tutkimuskohteeseen toisten käsitteiden välittämänä. Ks. esim. *Niinielä*, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 219–228 ns. tieteen kielen kaksitasoteoriasta. Sopimusmallien ja vastaavien kannalta peruskäsitteiden justifikaatiosisältö voidaan ymmärtää tuollaiseksi asiaksi, jolla ei välttämättä ole suoraa vastinetta, nimenomaista oikeusnormia, kohteessa eli oikeusnormistossa. Esim. vahingonkorvausoikeuden järjestelmässä oikeudenvastaisuus voitaisiin ymmärtää tältä kannalta. Sitä ei ole nimenomaisesti edellytetty missään normissa, mutta systeemissä se on silti tarpeellinen selittämään korvausvastuun eroja muutoin juridisesti samankaltaisissa tilanteissa. Ks. esim. *Ek*, Utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättssnlig farlig verksamhet s. 79–97. Vrt. *Rossin*, Om Ret og Retfaerdighed s. 292–309, oikeudenvastaisen toiminnan käsitteeseen kohdistamaan kritiikkiin.

³¹² Edellä on jo viitattu eroon ns. analyyttisen ja perinteisen pätemättömyysopin välillä. Sopimusoikeudessa on havainnollista myös *Arnholmin*, Privatrett I s. 160 ss., tapa kuvata asioita termillä ”dispositiv utsagn”. Tuo termi viittaa vain oikeusvaikutuksiin eikä edellytä sitä, että ratkaistaisiin mikä on ”dispositiv utsagnin” suhde kielellisiin ilmauksiin, symboleihin, toimintaan tai laiminlyöntiin taikka tuollaisen ilmauksen tarkoitukseen saattaa antajansa sidotuksi.

lemättömien tilanteiden erittely, jotta nähtäisiin, mistä löydetään aukkoja täyttävät normit.³¹³ Välttömästi soveltuvien oikeussääntöjen puuttuessa tämä on tosiasiaa usein merkinnyt ns. reaalisten argumenttien eli arvo- ja tavoiteargumenttien käyttöä. Tästä ei kuitenkaan ole jatkettu ja katsottu, että noista argumenteista voitaisiin yleistää systeemi vaan tällainen argumentaatio on haluttu jättää tapauskohtaiseksi.³¹⁴ Systeemiksi yleistämisen on väitetty perustuvan etukäteistiedolle itse systeemistä.³¹⁵ Tuon sisänsä oikean havainnon varassa on kuitenkin tehty liian vahva johtopäätös. Systeemiä koskeva etukäteistieto, sopimusoikeudessa sopimusmalli, tarkentuu yksittäisten sääntelytilanteiden valossa. Kyse on vuorovaikutuksesta; käytetyt reaaliset argumentit heijastuvat systeemiin ja systeemi kontrolloi argumentteja. Reaalisista argumenteista on johdettavissa oikeusperiaatteita, oikeusperiaatteet taas kontrolloivat reaalisten argumenttien käyttöä. Oikeusperiaatteiden johtaminen puolestaan edellyttää systeemi-idea eli sopimusmallia.³¹⁶ Oikeusperiaatteet saavat tarkemman

³¹³ Ks. esim. *Wirilander*, Käyttöoikeudesta kiinteistöön *passim* ja *Tepora*, Omistuksenpidätyksestä, esim. s. 443—444.

³¹⁴ *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 351, huomauttaa pohjoismaisen oikeustieteen perinnön vaikutuksen olleen Suomessa kaksijakoinen. Toisaalta se johti *in casu* -harkintaa ja reaalisia näkökohtia korostavaan tutkimukseen, toisaalta uuden käsitejärjestelmän luomiseen pyrkivään, erityisesti Zittingin edustamaan, tutkimukseen. Tässä huomautuksen kohteena on edellinen tutkimustapa. Ks. myös *Cervin*, Passivitetsspösmålet i senare nordisk praxis och doktrin s. 14: ”det är likgiltigt ur passivsidans synpunkt om man väljer vägen över viljeförklaring eller om man hellre väljer att gå direkt på objektiv passivitetsverkan. Resultatet blir ju ändå ett avtalsförhållande med samma effekter, oberoende av vilken metod man valt.” ja 15: ”Att spekulera över på vilket sätt man skall komma fram till avtalsverkan synes mig . . . mindre fruktbart.” — Poikkeuksen pohjoismaisesta ajattelusta vaikutteita saaneista sopimus- ja kauppaoikeuden tutkijoista tekee tässä suhteessa ainakin *Taxell*, joka yrittää selittää oikeudellisesti relevanttien argumenttien taustan oikeussuojan tarpeen käsitteen välityksellä. Ks. *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 11—28.

³¹⁵ Vrt. ns. juridisen induktion kritiikkiin *Makkosella*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 225—237.

³¹⁶ *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 179—180, kirjoittaa kulttuurin näkymisestä systeemeissä. Vrt. tässä suhteessa Havansin reaaliosopimuksia koskevaa esitystä. Siinä perustellaan, esim. Tunteeko Suomen oikeus ns. reaaliosopimuksia? s. 398—402, miksei traditiovaatimuksen taustanäkökohta, kypsän harkinnan edistäminen, ole painavampi kuin yleinen sanassa pysymisen velvollisuus sekä eräät ”käytännön oikeuselämän realiteetit”. Havansi ei kirjoituksessaan kuitenkaan yleistä — se ei ole hänen tehtävänasettelunsa — tuota punnintaa esimerkiksi muutosäännösten suuntaan, joiden tärkeä tehtävä myös on harkinnan edistäminen. Myöskään irtaimen lahjanlupauksen sitovuutta ilman traditiota ei pidetä poikkeussääntönä eli sitä ei arvioida systeemin kannalta, vaan sitä pidetään (vain) käytännössä toisinaan vallitsevana tilana.

sisältönsä vasta sopimusmallin täsmentäminä. Oikeusperiaatteiden käyttö ongelmanratkaisussa on kontrolloimatonta ilman tarkempaa sisältöä.

MacCormick kirjoittaa tarkemmin siitä, millaista on periaatteiden pelkistäminen oikeusjärjestyksestä. Hänen mukaansa jonkin oikeusjärjestelmän periaatteiden hahmottaminen sisältää yrityksen antaa tuolle systeemille koherenssi sellaisen yleisten normien joukon avulla, jotka ilmaisevat systeemiä justifyoivia ja systeemiä selittäviä arvoja. Tämä merkitsee hänen mukaansa sitä, että on sekä yritettävä ymmärtää lainsäädäntöön ja oikeustapauksiin sisältyviä arvoja että ilmaista tarkastelijan oma käsitys siitä, mikä on oikeussääntöjen perusta. Kysymys on tehtävästä, jossa sekoittuvat jo ilmauksensa saaneet arvot ja arvot, jotka tarkastelija voi johtaa noista ilmauksista.³¹⁷ Sopimusmallin täsmentäminä oikeusperiaatteista tulee sisällöllisiä rakenneperiaatteita.³¹⁸ Sisällöllisten rakenneperiaatteiden avulla normisto systematisoituu. Mutta tällaisia oikeusperiaatteita ei käytetä muodollisessa systematisoinnissa, ne eivät ole systematisoinnin muodollislogisia apuvälineitä. Sen sijaan niiden sisältönä on arvoihin ja tavoitteisiin palautuva materiaallinen asenne.³¹⁹ Lain säätämisen yhteydessä saatetaan poikkeuksellisesti viitata jonkin periaatteen asemaan. Siten OikTL 33 §:n perustana olevan kunnian ja luottamuksen periaatteen todettiin soveltuvan analogisesti perhe- ja perintöoikeuteen.³²⁰ Kyseistä sääntöä, tarkemmin sen perustana olevaa periaatetta, voitiin siten käyttää laa-

³¹⁷ *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 153: "Working out the principles of a legal system to which one is committed involves an attempt to give coherence in terms of a set of general norms which express justifying and explanatory values of the system. This engages one both in trying to understand the values which legislation and case law rules in the intendment of legislators and judges are supposed to serve, and in imposing what oneself appears an acceptable value basis for the rules. There is a mixture of adopting received values and of adding to, extrapolating from, or modifying, them in one's own right." MacCormick ei pidä tehtävänä lainsäädännön ja oikeustapausten arvojen kopioimista vaan työstämistä. Hän ei myöskään edellytä periaatteiden olevan aktuaalisia, vaan ne voivat olla systeemissä edellytetyjä. Ks. myös *Koskenniemi*, *General Principles* s. 138–141.

³¹⁸ Ks. niistä Weberiin liittyen *Tuori*, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 117–118.

³¹⁹ Sisällöllisten rakenneperiaatteiden sisältö kontrolloituu institutionaalisesti: niiden on oltava vallitsevan oikeuskulttuurin mukaisia. Vrt. myös *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 490, jossa huomautetaan kriittisesti, että (sopimus)systemiin on kohdistettu "odotuksia siinä suhteessa, että tuon systeemin avulla täytyi voida tuottaa myös aineellis-sisällöllisessä suhteessa perusteltuja ratkaisuja". *Zittingin* mukaan muodollisista lähtökohdista ei voida tehdä sisällöllisiä ratkaisuja. Arvoihin ja tavoitteisiin kiinnittyvät rakenneperiaatteet ovat kuitenkin sisällöllisiä, joten hänen esittämänsä kritiikki ei koske niistä johdettuja ratkaisuja.

³²⁰ Ks. lainvalmistelukunnan ehdotus varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muis-

jemminkin kuin vain varsinaisessa varallisuus oikeudessa. Mainittu lausuma ei kuitenkaan vielä sano mitään kunnian ja luottamuksen periaatteen suhteista muihin periaatteisiin tai sen systeemiärvosta.

Edeltävän tarkastelun valossa oikeussysteemistä tulee kolmitasoinen, kuitenkin siten, että tasot voivat ongelmanratkaisun kannalta olla osaksi samassa asemassa. Nämä tasot ovat: oikeussäännöt, oikeusperiaatteet, sopimusmalli. Tasojen merkitys on siinä, että kunkin tason elementtien väliset suhteet ratkeavat ylemmällä tasolla.³²¹ Sääntöjen väliset pääsääntö — poikkeus -ristiriidat ratkeavat periaatteiden välisten suhteiden mukaisesti. Periaatteiden väliset yleisen tason kollisiot ratkeavat sopimusmallia käyttämällä.³²²

2.6. Sopimusmallien muutoksista

Sopimusmalleille — kuten muidenkin oikeudenalojen malleille — on luonteenomaista monenlainen sisäinen muutos ja kehitys. Saman mallin sisällä eri osien merkittävyys voi vaihdella. Mallin syntyessä peruskäsitteiden määrittely ja dogmien vakiinnuttaminen ovat tavallisesti keskeisiä. Mallin kypsässä vaiheessa keskeiseksi tulee tavanomaisen ongelmanratkaisun ohella usein yhä uusien konstruktoiden kehittäminen, jonka avulla malli sovitetaan muuttuneeseen normistoon.

Erityisen mielenkiintoisia ovat siirtymät mallista toiseen. On väitetty, että länsimaissa ollaan luopumassa, ja jo osittain luovuttu, tahdonvapaudella syväjulistoidusta sopimussitovuuden selityksestä. Väitteen perusteluiksi viitataan tavallisesti kohtuuspohjaisten yleislausekkeiden kasvaneeseen määrään ja niiden säännönmukaiseen, eikä enää vain poikkeukselliseen käyttöön sopimusoikeudessa. Myös sopimustyyppiajattelulle annettu sisältö kuvastaa materiaalisia eroja tahdonvapaudelle perustuvan abstraktin oikeussubjektimäärittelyn vastaisesti: on erotettu työsopimus, huoneenvuokra, maanvuokra jne. Alojen erotelukriteerit ovat olleet materiaalisia, eivät abstraktin oikeussubjektin käsitteen mukaisia.³²³

ta varallisuus oikeudellisista oikeustoimista s. 12—13 ja 63 sekä *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 161.

³²¹ Ks. *H. Tolonen*, Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet. Ks. myös *Unger*, *The Critical Legal Studies Movement* s. 579.

³²² Tällainen ratkaisu perustuu periaatteiden systeemiärvöjen vertailuun. Periaatteiden painoarvot joudutaan antamaan myös tapauskohtaisesti, jos niitä käytetään yksittäisen ongelman ratkaisuun.

³²³ Ks. esim. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 1—9.

Muutoksen tunnistaminenkin on kuitenkin olennaisesti sidoksissa sopimusmalliin. Siten esimerkiksi tahdonvapauteen perustuvan sopimusmallin näkökulmasta ei erilaisten autonomisten sovitteluelinten synty ja lisääntyvä käyttö ole sopimusoikeudellisesti lainkaan relevanttia.³²⁴ Samoin eri sopimusmallien näkökulmasta voidaan antaa eri merkitys OikTL 36 §:n muuttamiselle vuoden 1983 alusta. Tahtomallin näkökulmasta voidaan korostaa säännöksen yhteyttä yksittäistapausten sovitteluun ja katsoa sen olevan vain tapauskohtaiseen sovitteluun oikeuttava sääntö. Puhe siitä, että jokin uusi oikeusnormi rikkoo systeemiä, on siten ”mallisidonnaista”.³²⁵ Tässä rinnastus yleisiin tieteellisiin järjestelmiin tai teorioihin on valaiseva. Niissäkin malli on suojattu rikkomiseltaan monin tavoin.³²⁶ Itse asiassa jo se, että jostakin oudosta asiasta edes tulee systeemiä rikkova systeemin sisäinen anomalia³²⁷, edellyttää systeemin asettamien testien läpäisyä.³²⁸

Sopimusmalleja ei voi sijoittaa yksinkertaiseksi evoluutioketjuksi. Dynamiikka jää tällöin kaavamaiseksi ja harhaanjohtavaksi. Eri mallit ovat ajattelutapoina usein samanaikaisia sopimusoikeudellisen sääntelyn (idealisoituja) taustoja.³²⁹ Siten muutokset — jopa samat muutostapahtumat — saattavat tukea tahtomallin muuntelua tai täydentämistä ja luottamusmallin muodostumista. Sopimusnormiston syntytausta on tavallisesti sidoksissa eriaikaisiin sopimusmalleihin.³³⁰

Mallien avulla tapahtuva tarkastelu onkin historiallista tavanomaisesta poik-

³²⁴ Esim. Yrittäjien Sopimuslautakunta, ks. siitä *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 116—117.

³²⁵ ”Mallisidonnaisuus” on oikeustieteen vastine havaintojen teoriapitoisuudelle, joka tarkoittaa tieteenteoriassa väitettä, että havaintojen tekijällä oleva käsitys, teoria havaintojen kohteesta, vaikuttaa siihen, millaisia seikkoja saadaan selville. Ks. esim. *Niiniluoto*, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 223—225.

³²⁶ Ks. *Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions ja *Lakatos*, The Development of Scientific Research Programmes.

³²⁷ Anomalian käsitteestä ks. edellä s. 85.

³²⁸ Myös käsitys muutoksen syistä on sidoksissa sopimusmalliin. Tahtomallia sen modernisoidussa muodossa kannattava Fried katsookin tahdon aseman ja merkityksen muutoksen selittyvän sillä, että uudessa sopimusoikeudellisessa ajattelussa ovat taustana todemat moraaliargumentit eli moraalifilosofisesti perustellumpi käsitys vapaudesta. Ks. tarkemmin *Fried*, Contract as Promise s. 1—6.

³²⁹ *Hellner*, Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling s. 95, korostaa sitä, että tahtomalli oli hallitseva viime vuosisadan vaihteen Pohjolassa samaan aikaan kun pohjoismaisissa sopimuslaeissakin näkyvä luottamusajattelu muotoutui.

³³⁰ Ks. myös *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta II s. 675, valtiosääntönormien kannalta.

keavassa merkityksessä. Kysymys on nykyisyyden historiasta.³³¹ Tarkoitus on löytää nykypäivää koskevan — osaksi varmaan intuitiivisen³³² — käsityksen pohjalta juuria (muun muassa käsitteellisiä ehtoja) tietyille nykyisen sopimus-oikeuden piirteille. Menneisyyttä tarkastellaan nykyisyyden ehdoin eikä menneisyydestä esitetä väitteitä, joiden tarkoitus olisi kuvata olennaisinta historiallista muutosta ja sen syitä jonakin aikana.³³³ Wilhelmsson on, tahtomalliksi luonnehdittavaa mallia olennaisesti tarkoittaen, kirjoittanut liberalistisesta sopimusopista.³³⁴ Tässä tutkimuksessa omaksutun käsitteistön avulla pitäisi sanoa, että kyse on tahtomallille annetusta tarkemmasta tulkinnasta, jossa tahdonvapauden konkretisoinnissa määräävinä ovat olleet liberalistiset arvot ja tavoitteet.³³⁵ Reaalihistorian kannalta tällainen puhetapa on tietenkin osaksi ylianalyytinen. Länsimaiden historiaa ajatellen ei ole luontevaa erottaa liberalistista sopimusoppia ja tahtomallia toisistaan sillä tavoin, että ensinmainitusta tulisi (vain) yksi jälkimmäisen mahdollinen täsmennys.³³⁶ Tämän tutkimuksen sopimusmallin käsite ei kuitenkaan ole historiallinen merkityksessä ”menneisyyttä kuvaava” vaan merkityksessä ”menneisyyteen katsova”.³³⁷ Menneisyyteen katsotaan sopimusmallin linssin läpi, jolloin on paikallaan sanoa liberalistisen sopimusopin olevan todella vain yksi mahdollinen tulkinta muiden mahdollisten, muttei vallitsevaan asemaan päässeiden tai jopa (aika-

³³¹ Ks. esim. *Hietaniemi*, Uskonto maailmanhistoriallisen rationalisointiprosessin käsitteenä. Weberin uskonnonhistorian ajankohtaisuudesta s. 43.

³³² Vaistonvaraisen käsityksen merkitys voidaan täsmentää pohdintatasapainon (reflective equilibrium) idean avulla. On selvää, että kysymys on tämän teoksen tekijän vaistonvaraisesta käsityksestä. Silti sen jatkuva vertaaminen esitettyihin sopimusjärjestelmää koskeviin ideoihin on merkityksellistä. *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 50, käyttää vertausta kieleen. Saamme selville monia asioita kielen rakenteesta, jos pystymme pohdintatasapainon avulla kuvaamaan yhdenkin henkilön kielikorvaa (sense of grammar).

³³³ Juridisten ajattelutapojen muutoksen yhteiskunnallisten syiden hahmotelmasta ks. *Pöyhönen*, *Social Conditions of Legal Doctrines* ja *sama*, *Valta on tietoa*.

³³⁴ *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 13–16. Samoin *Muukkonen*, *Sopimusvapauden käsitteestä* s. 609 viite 61, liittää sopimusvapauden ideologiselta taustaltaan liberalismiin.

³³⁵ Ks. tällaisesta esim. *Telarannan*, *Tahdonilmaisu* s. 27–29, yksityisautonomian välttämättömyyttä selittävää argumentaatiota.

³³⁶ Tuollaisen erottelun tekee kuitenkin myös esim. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 121.

³³⁷ Menneisyyden kuvaukseen pätesi hyvin esim. *Kennedyn*, *The Structure of Blackstone's Commentaries* s. 217, esittämä huomautus siitä, että länsimaiden oikeuskulttuurille on luonteenomaista kehittää liberaalia ajattelutapaa oikeuteen omine abstraktioineen ja yleistyksineen. Vrt. Weberin tekemään eroon kausaalisen ja eksegeettisen selittämisen välillä, jota esim. *Kronman*, *Weber* s. 4–5 luonnehtii seuraavasti: ”Exegesis seeks to establish the relationships of meaning — as distinct from the causal connections — that link different events, practices, institutions and forms of thought.

naan) muotoilematta jääneiden joukossa.³³⁸ Historiaa ei tutkita muutosten selittämisen vuoksi, vaan jotta menneisyydestä löydetäisiin nykyisen sopimus-oikeuden systeemiongelmien ratkaisussa hyödyllistä aineistoa.

Toiseksi, ja osaksi edelliseen liittyen, haetaan mallinrakennukseen kulttuurisista syistä välttämättä liittyviä ulottuvuuksia. Jaotteluina, jotka samanaikaisesti ovat yleisemminkin leimallisia länsimaiselle ajattelulle, voidaan luetella muun muassa seuraavat: vapaus/pakko, vapaa tahto / determinismi, vapaus/välttämättömyys, vapaus/oikeudenmukaisuus, yksilö/yhteisö, vaihdannan intressi / heikomman hyvittäminen. Nämä perusulottuvuudet suuntaavat (mutta eivät tyhjentävästi määrää) sopimussitovuuden selittämistä ja syväjustificatiota. Muutokset sopimussitovuuden perusteissa ovat siirtymiä noilla ulottuvuuksilla.³³⁹ Ongelmanratkaisukäytössä välttämättömien kriteeriensä, mallien kehittelyn lopputuloksena saatujen systeeminsisäisten sopimusvastuukriteereiden, osalta tahtomalli ja luottamusmalli havainnollistavat ulottuvuuden yksilöllinen tahto / yksilöllinen toiminta ääripäitä. Sen vuoksi seuraavassa luvussa ulottuvuus vapaa tahto/toiminta on keskeisessä asemassa. Tuo ulottuvuus määrittelee ne perustaltaan yhteiskuntafilosofiset kannanotot, jotka omakсутaan toisaalta vapaasta tahdosta, toisaalta toiminnasta. Tuokin ulottuvuus on hahmotettu nykypäivän tarpeista. Siirryttäessä yhteisöllisen käytännön mallin tarkasteluun havaitaan, että vapaan tahdon ja toiminnan käsitteiden juridinen kehittäminen näyttäisi edellyttävän linjavalintaa myös sen suhteen, missä määrin mainittuja käsitteitä pidetään puhtaan yksilöllisinä ja missä määrin myös yhteisöllisinä.

³³⁸ Samoin *Kennedy*, *The Structure of Blackstone's Commentaries* s. 210–214.

³³⁹ Tätä ideaa ulottuvuuksista voidaan kehittää oikeustutkimuksen apuvälineeksi ns. dekonstruktivisen analyysin avulla. Ks. esim. *Dalton*, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, joka käsittelee erityisesti dikotomioita julkinen/yksityinen, objektiivinen/subjektiivinen ja muoto/sisältö. Daltonin oletus, m.kirj. s. 1000, on, että sopimus-oikeuden doktriini aina suosii dikotomian toista puolta.

III LUKU. LÄNSIMAISEN YHTEISKUNNAN SOPIMUSMALLEJA

Tässä luvussa otetaan lähemmän tarkastelun kohteeksi kolme sopimusmallia: *tahtomalli* (1. jakso), *luottamusmalli* (2. jakso) ja *yhteisöllisen käytännön malli* (3. jakso). Sopimusmallit voidaan hahmottaa eri tavoin. Tämä ei kuitenkaan voi tapahtua mielivaltaisesti, vaan ottamalla huomioon oikeusjärjestyksen normeihin sisältyvät systeemi-impulssit. Esimerkiksi Suomen sopimusoikeuden normisto antaa kolmen edellämainitun mallin ohella aineksia moneen muuhunkin. Mallien kehittely on *juridiseen mielikuvitukseen* liittyvä asia. Juridinen mielikuvitus ei kuitenkaan merkitse täydellistä vapautta, vaan sitä rajoittavat pätevät oikeuslähdeoppi ja hyväksyttävä tapa käyttää juridisia menetelmiä. Sopimusmallin laadintaa kontrolloivat siten oikeusjärjestyksen normien ohella myös sopimusoikeuden yleisten oppien muut osat.

Tahtomallin ja muiden sopimusmallien tarkastelu kohdistuu seuraavassa siihen sopimussysteemin kohtaan, jossa sopimussitovuuden systeeminulkoinen syväjustifikaatio muuntuu sopimusvastuun systeemin sisäiseksi kriteeriksi.¹ Tämän vuoksi on — toiston uhallakin — pyrittävä pitämään tarkasti erossa se, kummasta sopimussysteemin osasta kulloinkin on kysymys. Termejä sopimussitovuus ja syväjustifikaatio toisaalta sekä sopimusvastuu ja vastuukriteeri toisaalta käytetään tässä tarkoituksessa. Edellinen käsitepari viittaa systeeminulkoiseen, jälkimmäinen systeemin sisäiseen näkökulmaan. Kun tässä luvussa tarkastellaan sopimusmalleja yleisesti, keskitytään nimenomaan syväjustifikaation tarkempaan erittelyyn.

Tarkkaan ottaen syväjustifikaatio oikeuttaa sopimussitovuuden selityksen

¹ II luvussa esitetyn mukaisesti syväjustifikaatio on osa systeemin sisäisen vastuukriteerin perustelua. Sen lisäksi syväjustifikaation nojalla päätellään johtava periaate ja sopimuksen peruskäsite (*Aho*, Oikeustoimen käsitteestä s. 912, kirjoittaa perustunnusmerkistöstä). Syväjustifikaatio on siksi oikeudellista kontekstinsa vuoksi, vaikka se ei olisikaan juridista merkityksessä oikeuslähdeoppiin tukeutuva. Ks. myös *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 86—87.

— tai ainakin yhden sopimussitovuuden mahdollisista oikeudellisista selityksistä. Sopimussitovuuden oikeudellinen selittäminen on siten ensimmäinen askel systeeminulkoiseen suuntaan. Systeemin sisäinen sopimusvastuun tarkentuminen puolestaan riippuu kulloisestakin oikeusnormistosta. Sen vuoksi systeemin sisäisiä seikkoja käytetään vain havainnollistamaan mainittua muunnosta mutta niitä ei pyritä jäsentämään itsenäiseksi kokonaisuudeksi.²

II luvussa esitetty periaatteiden tyypitys arvoperiaatteisiin ja tavoiteperiaatteisiin on yhteydessä systeemin perustan oikeuttamiseen arvojen tai vastaa-vasti tavoitepäämäärien avulla. Tyypittelyn taustahan oli se, että periaatteiden johtamisen lähtökohtana voi olla toisaalta jokin arvo, toisaalta tavoitepäämäärä. Molemmista lähtökohdista voidaan päätyä normatiiviseen, oikeusperiaatteita koskeva johtopäätökseen. Tätä peruslähtökohtaa kehitetään tässä edelleen väittämällä, että sopimussitovuus — jokaisen sopimusoikeuden järjestelmän välttämätön perusta — on oikeutettavissa vetoamalla juuri johonkin yhteiskunnan perusarvoon tai perustavaan tavoitepäämäärään.³ II luvussa viitattiin edelleen siihen, että sopimusoikeuteen sisältyy useita oikeusperiaatteita. Systeeminmuodostuksessa yksi näistä oikeusperiaatteista kohotetaan *prima facie*-asemaan.⁴ Samalla tuon oikeusperiaatteen voimassaolon, joka on keskeisesti sen hyväksyttävyyttä, perustelusta tulee (koko) sopimussitovuuden syväjus- tifiointi.

1. TAHTOMALLI

Tahtomallin, jota voidaan kutsua myös formaalin juridisen rationaliteetin⁵ ja vapausarvon hallitsemaksi sopimusmalliksi, ydinkohtia ovat (1) syväjusi- fikaatio, joka perustuu tahdon keskeiseen merkitykseen, ja (2) sen mukainen sopi- musvastuun kriteeri.

² Tarkastelu ei siten edes pyri olemaan tyhjentävä kuvaus eri sopimusmalleista.

³ Myös *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta II s. 670—671, liittää oikeus- periaatteen taustan ja julkisen vallan käytön legitimaation toisiinsa. Ks. myös *J. Tolonen*, Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi s. 15: vain historiallisessa koulussa viimeiseksi raken- netun systeemin avulla voidaan keskustella yksityisoikeuden normien järkevyydestä ja vält- tämättömyydestä.

⁴ Kohottamisen perusteet liittyvät relevanssietoon (adekvaattisuusehtoon), ks. siitä edellä s. 99—100.

⁵ Oikeuden eri rationaliteettityypeistä ks. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 468—482. Legaalis-formaalisen rationaliteetin yhteydestä inhimillisen tahdon keskeiseen ase- maan Weberin ajattelussa yleisesti ks. *Kronman*, *Weber* s. 84—87.

Suomen sopimusoikeutta ajatellen ei liene yllättävää, että lähemmän tarkastelun kohteeksi on seuraavassa aluksi valittu kaksi saksalaista 1800-luvun tutkijaa.⁶ Nimitys *formaali tahtomalli* sopii erityisen hyvin juuri 1800-luvun lopun Saksassa kehittyneeseen tarkastelutapaan.⁷ Tuori tiivistää Weberin tar koittaman formaalin rationaliteetin mukaisen oikeuskäsityksen seuraavasti:

”1. Jokainen konkreettinen oikeudellinen ratkaisu on abstraktin oikeuslauseen soveltamista konkreettiseen asiantilaan. 2. Jokaiseen konkreettiseen asiantilaan on löydettävissä ratkaisu voimassaolevista oikeussäännöistä oikeuslogiikan avulla. 3. Voimassaoleva objektiivinen oikeus näyttäytyy oikeuslauseiden aukottomana systeeminä tai sisältää piilevästi tällaisen systeemin taikka siihen tulee ainakin oikeudenkäytön tavoitteita silmällä pitäen suhtautua ikään kuin se olisi tällainen järjestelmä. 4. Se, mitä ei voida oikeudellisesti rationaalisti konstruoida, ei ole myöskään oikeudellisesti merkityksellistä. 5. Mikä tahansa ihmisten sosiaalinen toiminta voidaan tulkita oikeuslauseiden soveltamiseksi, noudattamiseksi tai rikkomiseksi.”⁸

Kun käytetään termiä *tahtomalli*, ei ole haluttu väittää, että yksityisomistukseen ja sopimusvapauden hallitsevaan asemaan perustuvan sopimussysteemin taustana oleva yksityisoikeusnormisto olisi yksinomaan suojannut oikeussubjektien tahtoa. Länsimaissa voimassaolleisiin ja voimassaoleviin oikeusnormistoihin on koko ajan kuulunut ja kuuluu edelleenkin oikeusperiaatteita ja oikeussääntöjäkin, jotka ovat suoraan — tehtyjen tai tekemättä jätettyjen toimien oikeasta tarkoituksesta (osapuolten tahdosta) riippumatta — asettaneet oikeussubjekteille sopimusperusteisia velvollisuuksia. Tunnetuimpia tällaisista säännöistä lienevät meillä pohjoismaisten sopimuslakien vilpítőntä mieltä suojaavat säännökset, Suomessa OikTL 4.2, 6.2, 19, 28.2 ja 32.2 §.

⁶ Tällaiseen valintaan johtavista syistä ks. *Björne*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 111—116.

⁷ Tahdon asemasta ks. myös *Ussing*, Aftaler s. 20, jossa erotetaan tahtoteoria laajasassa ja suppeassa mielessä. Mainituilla termeillä ilmaisten tahtomalli tarkoittaa edellistä, kun taas jälkimmäinen koskee (vain) tahdon ja tahdonilmaisun vastaamattomuustilanteiden ratkaisua. Ks. vielä *Arnholm*, Privatrekt I s. 215—216 ja 221—224.

⁸ *Tuori*, Oikeuden rationaalisuus s. 24; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 394—397. Rationaalisuusvaatimuksen kannalta vrt. *Makkosen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 182-184, kuvaamiin ajatuksiin oikeudesta suljettuna systeeminä ja oikeudellisesta päätöksenteosta sidottuna ratkaisuna. Weberin asetetun oikeuden (gesetztes Recht) tunnusmerkeistä ks. tarkemmin *Tuori*, m.t. s. 21—35. Ks. myös mitä *J. Tolonen*, Oikeudenmukaisuus ja legitimitetti s. 29—30, kirjoittaa kansan tahdon käsitteen käyttöön liittyvistä kulttuurisista ehdoista.

Tahtokeskeinen lähestymistapa oli 1800-luvun lopussa tyypillinen muillakin oikeudenaloilla.⁹ Tarkoitin muun muassa rikosoikeutta ja valtio-oikeutta. Rikosoikeudessa vapaan tahdon pulmat liittyvät tunnetusti muun muassa syyllisyyden ja rangaistuksen justifikaatioon sekä rangaistustason määrittelyyn.¹⁰ Valtio-oikeudessa valtion tahtoon kiinnittyvään tarkasteluun puolestaan päästään valtion oikeushenkilöllisyysoletuksen kautta. Valtion oikeushenkilöllisyysideaa on pidetty ns. positivistisen valtio-oikeusajattelun perustavimpana seikkana.¹¹ Vasta oikeushenkilöllä voi olla juridisesti merkittävä tahto. Velvoiteoikeudessaakin tahtojattelu laajentui sopimusoikeuden lisäksi vahingonkorvausoikeuteen¹² ja edunpalautusoppiinkin.¹³

1.1. Savignyn systeemi — vapaa tahto velvoiteoikeuden perustana

1.1.1. Yleistä

Friedrich Carl von Savigny (1779—1861) tuotantoa eritellään tässä ennen kaikkea siksi, että hän on siinä pystynyt rakentamaan sopimusoikeuden — ja laajemmin velvoiteoikeuden¹⁴ — systeemin, jonka syväjustifikaatio ja vastuukriteeri yhdistyvät vapaan tahdon käsitteessä. Savignyn järjestelmässä vapaus merkityksessä ”tahdonvapaus” antaa syväjustifikaationa perustan yleisten oppien kokonaisuudelle. Sopimusoikeuden yleisten oppien elementit järjestetään kokonaisuudeksi tahto-käsitteen hallitsevuuden edellyttämällä tavalla. Tahdon hallitsevuus ei kuitenkaan merkitse, ettei esimerkiksi luottamuksen suojalla olisi lainkaan merkitystä Savignyn sopimusvastuun järjestelmässä, vaan että luottamuksen suojan asema ja vaikutukset määräytyvät vapaan tahdon hallitsevan systeemaseman edellyttämällä tavalla.

Savignyn systeemin keskeinen merkitys on siinä, että sekä arvo- että tavoiteperiaatteet ovat hänen järjestelmänsä osia ilman että niitä olisi redusoitu keskenään. Sen vuoksi sopimusten sitovuuden oikeuttamiseen voitaisiin käyttää

⁹ Yhteiskuntaa koskeissa tarkasteluissa tahtokeskeisyys oli yleistä muissakin tieteissä kuin oikeustieteessä. Esim. *Kronman*, Weber s. 144, luonnehtii Weberin ihmiskäsitystä ”the conception of the person as a will”.

¹⁰ Ks. yleisesti esim. *Utriainen*, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä s. 9—14.

¹¹ Ks. esim. *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatio I s. 118—126. Ks. myös *Mäenpää*, Hallintolupa s. 28—34, erit. Robert Hermansonista esitettyä.

¹² Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa — ”tuottamusperiaatteen nousu ja tuho”.

¹³ Tarkoitin ns. kvasikontrahti-ideaa edunpalautuksen juridisena selityksenä. Ks. siitä tarkemmin *Aurejärvi*, Velvoiteoikeus s. 104.

¹⁴ Ks. esim. *Björne*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 63—75.

joko arvoperiaatteeseen tai tavoiteperiaatteeseen tukeutuvaa perustelua. Tarkemmin määriteltynä Savignyn ratkaisu systeeminulkoiseen justifikaatioon on kompromissi, jossa vapauteen palautuva perustelu on ensisijainen. Vastaavasti systeemin sisäinen sopimusvastuun kriteeri perustui hänellä tahdonvapauteen, mutta sen käytössä näkyy yhteisölliseksi välttämättömyydeksi käsitetty vaihdannan intressi. Systeemin sisäinen kompromissi toteutetaan osaksi *määrittellemällä* vapaa tahto siten, ettei siihen sisälly motiiveja, osaksi antamalla painoa merkkien luotettavuuden vaatimukselle.¹⁵ Tahdon käsitteen systeemin sisäiselle juridiselle merkitykselle on keskeistä, ettei ilmaisija saa vedota motiiveihinsa. Savigny katkaisee motiivien merkityksen sanomalla, että ne ovat niin yksilöllisiä, ettei systeemi voisi toimia, jos ne otettaisiin mukaan (ongelmanratkaisukyvyyn argumentti). Kun tahdon käsitteestä rajataan motiivit pois, tulee mahdolliseksi puoltaa tahdolle annettavaa keskeistä merkitystä sopimusvastuun kriteerinä paljon pitemmälle kuin silloin, jos motiivit ovat mukana tahdon käsitteessä. Samalla voidaan osoittaa vaihdannan intressille (luottamuskohdille) oma merkityksensä näin rajatussa kentässä. Luottamusargumentti saa välittömän juridisen sovellutuksensa ilmaisuerhdystilanteissa, joita käsitellään tarkemmin jäljempänä jaksossa 1.1.4.

Eräiden kriitikoiden mukaan synnä Savignyn kompromissiin eivät olleet vain puhtaan teoreettiset seikat. Toisinaan äsken kuvattu, ja muut tahdon ehdottomasta merkityksestä tinkimiset selitetäänkin sellaisiksi poikkeuksiksi teoreettisesta johdonmukaisuudesta, jotka johtuivat siitä, että Savigny joutui ottamaan huomioon silloin voimistuvan kauppiasporvariston intressejä, vaikka itse olikin restauraation ja feodaalis-tyyppisen järjestelmän kannattaja. Esimerkiksi Björne huomauttaa, että Savignyn ”sisäisen järjestelmän siveellisen luonteen takia oli mahdollista kohdistaa maailmankatsomuksellista kritiikkiä jokaista järjestelmää vastaan. Sisäisen järjestelmän poliittinen funktio on siten selvästi havaittavissa.”¹⁶ Kun sisäinen järjestelmä perustuu tämän teoksen käsittein syväjustifikaatiolle, ei sen ”poliittinen funktio” ole yllättävä vaan välttämätön piirre.¹⁷

¹⁵ Ks. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* III s. 113. Motiivin erottamista teosta tarvitaan myös rikosoikeudessa, ks. Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I s. 382—391 viitteineen.

¹⁶ Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 74.

¹⁷ Adekvaattisuusehdon (edellä s. 99—100) kannalta voi jälleen todeta, että Savignyn tarkastelutapa sisälsi aineksia sekä aikansa edistyksellisen porvariston tärkeimmästä arvosta, vapaudesta, että konservatiivien tärkeimmäksi nousseesta arvosta, traditiosta. Sen vuoksi juuri hänen ajattelullaan oli hyvät edellytykset päästä keskustelun kohteeksi, se täytti monipuolisesti relevanssin vaatimukset.

Seuraavassa kuvataan ensin Savignyn kaksi tapaa johtaa sopimusoikeuden periaatteita. Nämä johtamistavat ovat samalla mahdollisia perusteluja sopimusten sitovuudelle. Sen jälkeen esitetään hänen valintansa sopimussitovuuden syväjustifikaatioksi.¹⁸

1.1.2. Sopimusten sitovuuden johtamisen kaksi tapaa

Savigny aloittaa yleisestä käsitteestä ja pyrkii paljastamaan, mitä se sisältää.¹⁹ Voidaan myös sanoa, että hän työstää näkyviin yleiseen abstraktiin käsitteeseen sisältyvät merkitykset. Tällaisen menettelytavan keskeinen lähtöoletus on se, että *vapaus — ja vastaavasti kansanhenki — jo sisältää kaiken sen, minkä johtaminen vain tuo näkyville.*²⁰ Johtamisessa pelkistetään tietyn käsitteen käyttöehtoja tai taustayhteyksiä. Johtamisen luonteen ymmärtäminen on tärkeää, koska se on — syväjustifikaation tuottamisen ohella — yleinen menettelytapa voimassaolevan oikeuden normien, oikeusperiaatteiden, tunnistamiseksi. Johtamistavan tärkein muutos Savignyn ajoista on se, että nykyään johtaminen on vähemmän formaalia ja siinä käytetään välittömämmin sisällöllisiä argumentteja. Sen vuoksi nykyään periaatteiden johtaminen muistuttaa ulkoisilta muodoiltaan sopimussitovuuden syväjustifikaatiota.

Savignyllä johtamisvaiheilla on erilainen sisältö arvoista tai tavoitepäämääristä johdettaessa. Silloin kun on kyse arvoperiaatteen johtamisesta arvosta, johtamisen askeleet ovat hänellä *loogisen (käsitteellisen) välttämättömyyden* ilmaisua. Esimerkiksi vapaus merkitsee välttämättä sitä, että yksilöllä on valinnan mahdollisuus; puheella vapaudesta ei olisi mieltä, ellei vapaus sisältäisi tällaista seikkaa. Kun taas tavoitepäämääristä johdetaan tavoiteperiaatteita, askeleita luonnehtii *luonnonvälttämättömyys*. Kysymys on asioiden luonnos-

¹⁸ On pidettävä tarkoin mielessä, että nyt on kysymyksessä Savignyn ajattelulle antamani tulkinta. Savigny itse ei pidä ainakaan kovin 'helppoa ja mukavaa' deduktiota mahdollisena, koska perimmäiset totuudet ovat peittyneitä väärien tai puolitosien käsitteiden ja mielipiteiden taakse: "Unser geistiges Leben wäre leicht und bequem, wenn wir lediglich die klare, einfache Wahrheit ausschliesslich auf uns einwirken lassen und so zu immer neuer Erkenntnis ungestört fortschreiten könnten. Allein uns umgibt und hemmt von allen Seiten der Schutt falscher oder halbwahrer Beriffe und Meynungen, durch die wir uns Bahn machen müssen." Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. xxxii.

¹⁹ Kuvaava saksan kielen termi on 'entfalten', jonka merkitys on päästää poimuista, osoittaa, selittää, kehittää.

²⁰ Savignyn analyysissa perustavat käsitedikotomiat tahto/toiminta ja vapaus/determinismi sekä konstituivat sopimuksen että ovat sopimuksen tiedollisen haltuunoton käsitteitä. Tästä kaksoisluonteesta johtuu hetken päästä tarkasteltava *syväjustifikaation kehäluonne*.

ta kumpuavista, asioille välttämättä tulevista sisällöistä. Kansan (eli objektii-
vinen) oikeus kumpuaa kansanhengestä samalla välttämättömyydellä kuin kan-
san kielikin.²¹

Jos kysytään perustelua jollekin johtamisen yksittäiselle vaiheelle, on vas-
taus arvoperiaatteiden johtamisen osalta siten tässä se, että vaihe (jäljempänä
olevassa kuviossa 3 eri vaiheita merkitään symbolilla nuoli) on loogisesti vält-
tämätön ja vastaavasti tavoiteperiaatteen osalta se, että kyseessä on luonnon-
välttämättömyyden kaltaisen seikan (nykyisin: tavoitepäämäärän) ilmaisemi-
nen. Arvoista johtamisen kritiikki puolestaan merkitsisi sitä, että kriitikko si-
toutuisi erilaiseen kulttuuriseen ”esitietoon” keskeisistä käsitteistä. Kriitikol-
la saattaa esimerkiksi olla erilainen käsitys siitä, onko johtamisen lähtöarvos-
ta, eli vapaudesta, välttämättä pääteltävä sellainen sopimusvapauden periaa-
te, jonka ydinsisältönä on tahdonvapaus. Tavoitepäämääristä johtamisen ar-
vostelijalla voi puolestaan olla poikkeava käsitys luonnonvälttämättömyyksistä,
esimerkiksi siitä, mitä kansanhenki tai — nykykeskustelua ajatellen — talou-
delliset välttämättömyydet, muun muassa taloudellinen vauraus, edellyttävät.

a. *Arvoista johtaminen.* Savignyn ajattelussa oikeuden johtaminen arvoista
etenee vapauden, siveellisyiden ja valinnanvapauden käsitteiden kautta. Nii-
den perustana on Kantin ajatus ihmisestä kahden maailman jäsenenä, yhtääl-
tä luonnonvälttämättömyyksien alaisena, toisaalta inhimillisenä, tahtovana
olentona. Vaikka on syytä korostaa, ettei 1800-luvun saksalainen oikeustiede
suinkaan yksioikoisesti omaksunut koko Kantin praktista filosofiaa²², näky-
vät yllämainittujen ajatusten jäljet selvästi ketjuna vapauden ja siveellisuuden
käsitteistä vapaan tahdon ja valinnan mahdollisuuden olettamiseen. Siveelli-
syys (moraalisuus) on käsitteellisessä (intensionaalisessa) yhteydessä vapau-
teen.²³ Vapauden elementteinä taas ovat valinnan mahdollisuus ja vapaa tah-

²¹ Kansanhengen (Volksgeist) ja luonnonvälttämättömyyksien samaistaminen on täs-
sä työssä omaksuttu tulkinta Savignyn ajatuksille ja niiden taustalle. Tältä osin ajatus kui-
tenkin palautuu myös romantismille yleiseen organismianalogiaan ja tietyn idean pohjalta
jäsentyvän kasvun ajatuksiin. Jälkimmäisen mukaan järjen avulla voidaan koota empiiri-
nen tieto yhtenäiseksi kokonaisuudeksi ideoiden, esimerkiksi kansanhengen, mukaisena. Ks.
niistä esim. *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 20—25 ja teoksen lähteis-
tä erityisesti *Dufour*, Rationnel et irrationnel dans l'École du droit historique. — Myöhem-
pi oikeusajattelu ja erityisesti ns. hyvinvointivaltioajattelu on lisännyt tähän luokkaan aja-
tuksen tavoiteperiaatteista — ei pelkästään välttämättömyyksinä vaan myös — *intressikomp-
romisseina*.

²² Ks. tästä omaksumisesta *Kiefner*, Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des
Zivilrechts im 19. Jahrhundert ja *Dreier*, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht s. 163—169
ja 174—178.

²³ Jääskinen tiivistää: ”Kantin mukaan siveellisyttä ei voi ajatella, ilman että ihmi-

to, joka tekee valinnan. Oikeudellisen sääntelyn perussolun, oikeussuhteen, kannalta tuo ketju johtaa oikeussuhteen muodolliseen puoleen, joka näkyy myös subjektiivisen oikeuden määrittelyssä yksilön tahdonvallan alueeksi.²⁴ ”Kyky vapauteen tekee ihmisen oikeussubjektiksi”, kirjoittaa Jääskinen.²⁵ Kehä kiertyy umpeen kun toteamme subjektiivisten oikeuksien olevan vapautta konstituoivia²⁶, vapauden käsitteellisesti synnyttäviä asioita.

Savignyn ajattelulle on luonteenomaista pyrkiminen orgaanisiin kokonaisuuksiin. Sen vuoksi ei ole riskitöntä purkaa tuossa tarkoituksessa tehtyä kuvausta oheiseen tapaan elementteihinsä.²⁷ Lisäksi kuvion 3 perustana oleva erottelu oikeussuhteen muodollisen ja sisällöllisen puolen avulla voidaan riitauttaa väittämällä, että Kantille juuri oikeus oli (vain) ulkoista ja moraali (siveellisyys) sisäistä. Todettakoon sen vuoksi, etteivät muodollinen ja sisäinen sekä toisaalta sisällöllinen ja ulkoinen ole toistensa vastakohtia käyttämässäni, Savignyn ajatuksia tarkentavassa käsitteistössä.

Sopimussitovuuden oikeudellisen selityksen kannalta Savigny edustaa arvoista johtamisen kehällä liikkueensa selvästi ”vastuu vapaasta valinnasta” -linjaa sopimusvastuuta perustellessaan. Sopimukset sitovat koska ne on tehty vapaasti valiten, mutta vain siihen asti, kuin ne on tehty vapaasti valiten.²⁸

sen tahto on vapaa, eikä tahdonvapautta ilman että ihminen on henkisenä olentona vapaa luonnonmaailman kausaalilaeista”. *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 33. Oikeuden ja vapauden samaistamisesta historiallisessa koulussa ja käsitelainopissa ks. myös *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram s. 344—348. Vrt. myös Weberin lähtökohtaan siitä, että ihmisellä on tahtons kautta kyky luoda merkityksiä, asettaa tavoitteita. Tämä kyky merkitsee siirtymää status-sopimuksista, jolla ihminen otetaan jäseneksi johonkin yhteisöön, moderniin sopimuskäsitteeseen, jonka tahtojen yhtymiseen perustuvat velvoitteet eivät vaikuta osapuolten identiteettiin. *Kronman*, Weber s. 96—117, erit. 104.

²⁴ Sopimusoikeudellisenä sovellutuksena tästä on luonnollisesti oikeustoimen käsitteen määrittely.

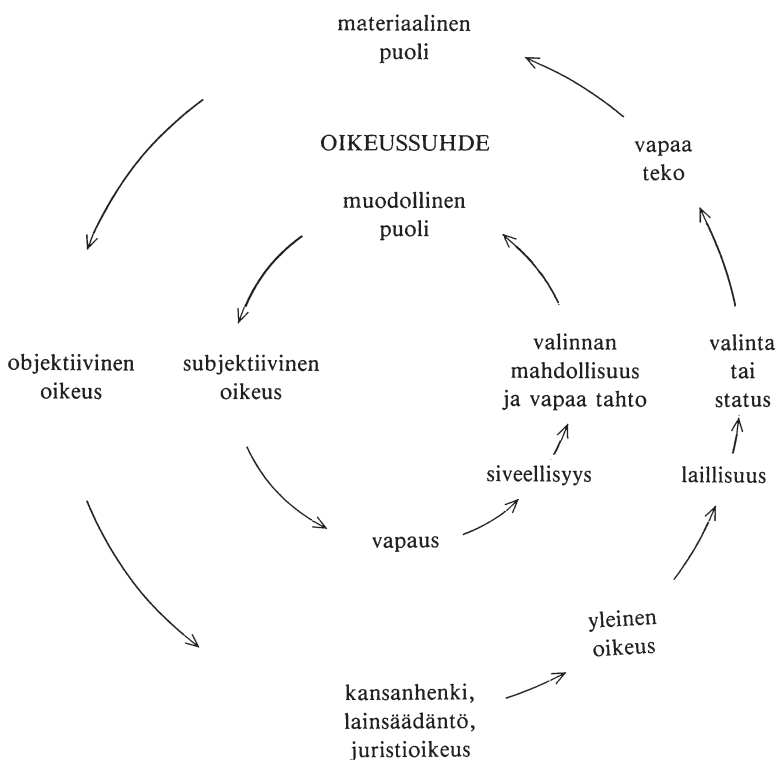
²⁵ m.t. s. 34.

²⁶ *Savignyn*, System des heutigen Römischen Rechts I s. 332, mukaan oikeus toisaalta asettaa vapaan tilan rajat ja toisaalta tukee siveellisyyttä: ”Das Recht (tässä siis merkityksessä subjektiivinen oikeus, JP) dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert”.

²⁷ Savigny itse kuitenkin viittaa tuollaisen purkamisen välttämättömyyteen oikeussuhteita koskevassa esityksessä: ”In der reichen, lebendigen Wirklichkeit bilden alle Rechtsverhältnisse Ein organisches Ganze, wir aber sind genöthigt, ihre Bestandtheile zu vereinzeln, um sie successiv in unser Bewusstseyn aufzunehmen und Anderen mitzutheilen”. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I s. xxxvii.

²⁸ Ks. myös *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 34.

Kuvio 3. Savignyn arvoista ja tavoitepäämääristä johtamisen kehät.



b. Tavoitepäämääristä johtaminen. Tavoitepäämääristä johtamisen kehä alkaa kansanhengestä, lainsäädännöstä ja juristioikeudesta oikeuden syntyilähteinä. Nämä tuottavat oikeuden, tarkkaan ottaen yleisen oikeuden (das allgemeine Recht).²⁹ Se on laillisuuden (Legalität) perusta, laillisuuden, jonka kautta tietyille ihmisen toimille asettuu oikeudellisesti merkityksellisen valinnan tai statuksen luonne. Vasta tuolta pohjalta voidaan sanoa ihmisen toimivan va-

²⁹ Siitä tavasta, jolla tämä "tuottaminen" tapahtuu Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. 19, esittää vertauksen kieleen. Ihmiset ovat sellaisen kulttuuriyhteisön jäseniä, jonka oikeus luo ja jota se ylläpitää samaan tapaan kuin yhteinen kieli. Hän jatkaa: "Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That, und eine gemeinschaftliche That." m.t. s. 21.

paasti, tekevän *vapaan teon*. Tällainen ihmisen teko on oikeussuhteen materiaalin puoli, jonka taustana on objektiivinen oikeus. Tavoitepäämääristä johtamisen kehän osien väliset suhteet ovat välttämättömiä, eivät kuitenkaan arvoista johtamisen kehällä vallitsevalla loogisella välttämättömyydellä vaan (juridisen tarkastelun kannalta) luonnonvälttämättömyyksien merkityksessä.

Vapauden keskeistä merkitystä kuvastaa jo se, että vapaus esiintyy molemmilla erilaisen johtamisen kehillä. Tavoitepäämääristä johtamisen kehällä luonnonvälttämättömyys toteutuu vain vapauden ehdollistamana: vapaus on kansanhengen luonnollisesti välttämättömien ominaisuuksien toteutumisen ehto, ja myös toiminnan ehto. Siten ei myöskään ole yllättävää, että Savigny tarcoitti lainsäädännöstä puhuessaan Corpus Iuris Civilistä eikä oman aikansa saksalaisten valtioiden säännöstöjä. Corpus Iuris oli roomalaisen kansanhengen häiriintymättömän — siis vapaan — kehityksen tulos.³⁰

Tähän kuvioon ei ole sijoitettu oikeusinstituuttia. Sen asianmukainen sijoittaminen edellyttäisi piirrokseen kolmatta ulottuvuutta, sillä oikeusinstituutin oikea paikka olisi oikeussuhteen yläpuolella. Juuri oikeusinstituutit muodostavat sen systeemin, joka on Savignyn teossarjan nimessäkin.³¹ Jos edellä esitetty käsitys Savignyn tavasta johtaa sopimusvastuu pitää paikkansa, se merkitsee samalla sitä, että hänen tarkoittamansa oikeusinstituutit, muun muassa sopimus, koostuvat keskeisesti oikeusperiaatteista. Oikeussääntöjen asemaa vastaisivat hänen terminologiassaan oikeuslauseet. Näin tulee ymmärrettävämmäksi Björnen havaitsema epäjohdonmukaisuus siinä, että oikeusinstituutit ovat Savignylle toisaalta sosiaalisia instituutteja ja toisaalta juridisia ajatusvälineitä.³² Sama taustan kaksinaisuus on ominaista myös oikeusperiaatteille, jotka ovat hyväksyttävyyysvaatimuksensa kautta yhteydessä yhteiskunnallisiin instituutteihin. Kun arvoista ja tavoitepäämääristä johtamisen kehissä on tässä lisäksi kyse ennen kaikkea tiedostamisen, tai tiedon johtamisen, tavasta, sopii myös muistaa Savignyn oma huomautus, että koko kansakunnan positiivisen oikeuden systeemin ja yksittäisen oikeussuhteen ero on vain ulottuvuudessa (Dimension), mutta sen menettelyn henki, jolla kummastakin saavutetaan tietoa, on olennaisesti sama.³³

³⁰ Vrt. myöhemmin s. 232—233 käsiteltävään rinnastukseen, jossa vapauden (liberty) poliittisessa toiminnassa katsotaan merkitsevän sopimusvapautta (freedom of contract) sopimusoikeudessa.

³¹ Oikeusinstituuttien asemasta erilaisissa siviilioikeuden systematisoinneissa Saksassa 1800-luvulla ks. *Björne*, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert ja *sama*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 60—101.

³² Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 66—68.

³³ System des heutigen Römischen Rechts I s. 11.

1.1.3. Formaalin tahtomallin sopimussitovuuden syväperusta

Molemmat kehät yhdessä ovat siten osoitus tavasta, jolla Savigny johtaa sopimus oikeuden oikeusperiaatteet yleisistä lähtökohdista. Pandektistiikassa ja sen formaalissa tahtomallissa vedotaan hänen ajatuksiinsa, kun vapaa tahto kohotetaan ensisijaiseksi sopimussitovuuden syväjustifikaatiossa.³⁴ Sitovuus justrifioituu ja vastuu syntyy sellaisesta toiminnasta, jossa ”minun vapauspiirini leikkaa sinun vapauspiirisi”. Piirien leikkauskohta on sopimus. Tuo leikkaus on samansisältöinen kummallekin ja sitova molemmille. Piirien sisällä merkityksellistä toimintaa on vain vapaalle tahdolle perustuva toiminta. Sopimussidonnaisuuden ongelmana on ongelma itsensä velvoittamisesta (Selbstbindung). Sitovuuden selitys on se, että omaan vapauspiiriin sisältyvä toiminta on alueella, joka leikkaa toisen vapauspiiriä. Tarkastelun alkupiste on *henkilö, jolla on velvollisuus* eikä henkilö, joka on oikeutettu suoritukseen. Koska piirit ovat nimenomaan vapauspiirejä, tämä merkitsee, että sopimuksen sitovuus (ja sisältö) perustuu vapaiden tahtojen konsensukselle. Siirtymä vapauspiirien leikkauksesta tahtojen konsensukseen on samalla siirtymä systeeminulkoisesta justifikaatiosta systeemin sisäiseen vastuukriteeriin.

Sopimusvastuun kriteerinkin perusta on siten vapaa tahto. Sopimusvastuun kriteeriksi täsmentyy tahtojen konsensus. Konsensuksen olemassaolo on ratkaistava nimenomaan todellisen tahdon nojalla. Toiminta vapauspiirin sisällä on *määritelmällisesti sidottu todelliseen tahtoon*. Tahdonilmaisu on kriteerin systeemin sisäinen konkretisoituma, jossa keskeisenä on muutoin yksilön sisäiseksi jäävän *tahdon* julkituonti.³⁵

³⁴ Näin myös Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III s. 258, jossa yksilön tahtoa pidetään sopimusvelvoitteiden kannalta ainoana tärkeänä ja merkittävänä seikkana (”das einzig Wichtige und Wirksame”). Ks. myös Flume, Rechtsgeschäft s. 50—51, jossa korostetaan, ettei Savigny erottanut tahtoa ja tahdonilmaisuja toisistaan eikä siten antanut jälkimmäiselle itsenäistä merkitystä.

³⁵ Saksassa tuollainen ajattelutapa näkyy esim. Windscheidin massiivisissa ja vaikutusvaltaisissa oppikirjoissa. Ks. yleisesti Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s. 446—447 ja Björne, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 82—84. Suomen siviilioikeuden tahtosidonnaisuutta on huolellisesti eritellyt af Hällström, Villfarelse s. 124—137, jossa käsitellään Montgomerya, J.Serlachiusta, Ekströmiä, Wredeä, A.Serlachiusta ja Chydeniusta. af Hällströmin arvio, m.t. s. 137, on tyrmäävä: ”Våra rättslärde utgå mangrant från den på traditioner och lysande namn rika viljeteorien i tro att den tål vilka påfrestningar som helst. För att tillfredsställa tidens krav låta de locka sig allt längre från utgångspunkten, så långt, att vägen tillbaka icke mer står att finna.” Suomen siviilioikeus sitoutui tämän vuosisadan alussa tahtoteoriaan, mutta teki siihen niin paljon korjauksia, ettei se enää af Hällströmin mielestä ollut uskollinen lähtökohdilleen.

Näin ajatellen oikeuden systemaattisuus liittyy subjektiivisen ja objektiivisen oikeuden käsitteisiin.³⁶ Subjektiivisen oikeuden määrittely on välttämättä systeemiä luovaa siinä määrin kuin subjektiivinen oikeus määritellään itsenäisesti, objektiivisesta oikeudesta riippumatta. Esimerkki tällaisesta määritelmästä on subjektiivisen oikeuden pitäminen yksilön tahdonvallan alueena. Objektiivisen oikeuden kautta systeemi syntyy vain siltä osin kuin vallitsevan oikeuslähdeopin mukaisesti määrittynyt oikeusjärjestyksen normisto sisältää systeemi-impulsseja.³⁷ Systeeminmuodotuksessa voidaan siten joutua tekemään kompromisseja — ottamaan systeemissä huomioon *sekä* subjektiivisen *että* objektiivisen oikeuden käsitteistä kumpuavat ainekset. Jos oikeus kuitenkin käsitetään vahvan lakipositivistisen oikeuslähdeopillisen oletaman mukaisesti vain lainsäätäjän tahdonvallan asiaksi, ja jos lisäksi lainsäätäjä välttää kannanottoja teoreettisiin eli systeemiasioihin, on selvää, että systemaattiselle lähestymistavalle ja erityisesti subjektiivisen oikeuden käsitteeseen perustuvalle tarkastelulle jää vain väistyvä osa.

1.1.4. Erehdysoppi esimerkkinä

Selvitettäessä sopimussitovuuden syväjustifikaatiota — eikä systeemin sisäistä sopimusvastuuta omana kokonaisuutenaan — sellaiset juridiset ongelmat ovat kiinnostavia, joissa tuon syväjustifikaation vaikutus näkyy suoraan esimerkiksi dogmeina tai periaatteiden määrittelynä. Savignyllä tällainen on erehdystilanne ja esitetyn sopimussitovuuden syväperustan ja sen mukaisen sopimussysteemin käyttö havainnollistuu Savignyn erehdysopissa.³⁸ Erehdysopin pulmana on ratkaisu sen välillä, pitääkö antaa tahdonilmaisun antajan vedota erehdykseensä tahdonvapauden ja sen suojan nimissä vaiko jättää erehdys huomiotta vaihdannan intressin vuoksi.³⁹ Ratkaisun ytimenä on kahden oikeusperiaatteen, sopimusvapauden ja vaihdannan intressin, systeemiärvöjen ver-

³⁶ Samoin *J. Tolonen*, Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi s. 12, joka määrittelee yksityisoikeuden yleiset opit niin, että niihin kuuluu käsitteiden ohella oppi yksityisoikeudesta sen objektiivisessa ja subjektiivisessa merkityksessä.

³⁷ Näin esim. rationalistinen luonnonoikeus ja historiallinen koulu loivat systeemiä myös oman oikeuslähdekäsityksensä rajaamaan objektiivisen oikeuden kautta. Ks. *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 497—499. Esim. Hugo Grotiuksella luonnonoikeudelliset periaatteet (oikeusjärjestyksessä) eivät olleet satunnaisessa vaan aivan tietyssä *järjestyksessä*. Historiallisessa koulussa taas kansanhengen kautta — kieltämättä vaikeaselkoisella tavalla — välittyvä välttämättömyyksen (tavoitepäämäärien) tarkastelu loi samalla systeemiä.

³⁸ Ks. Savignyn erehdysopista yleisesti esim. *Flume*, *Rechtsgeschäft* s. 440—446 ja *Luig*, *Savignys Irrtumslehre* s. 36—59.

³⁹ *Luig*, *Savignys Irrtumslehre* s. 36—37. Roomalaisen oikeuden erehdyskäsitteestä ja sen jälkeisestä kehityksestä ks. esim. *Jørgensen*, *Grotius kontraktslaere* s. 462—467.

taaminen. Systeemiarvoltaan painavampi periaate on *prima facie* -asemassa ja tuollaisen aseman merkitys on siinä, kenellä on argumentaatiotaakka. Onko perusteltava se, miksi suojataan luottamusta vai se, miksi suojataan tahdonvapautta. Oikeusjärjestykseen mahdollisesti sisältyvien erehdystilannetta koskevien normien kannalta tuollainen ratkaisu vaikuttaa siihen, onko tahtoa vai vastaavasti luottamusta suojaavia normeja pidettävä ilmauksina pääsäännöstä vaiko poikkeuksesta.

Erehdys katkaisee tahdon ja toiminnan — sopimusoikeudellisesti merkityksellisenä toimintana on tahdonilmaisun antaminen — välisen tavanomaisen yhteyden; ilmaisulla ei olekaan taustanaan sitä vastaavaa tahtoa. Tällöin sellaiset tapaukset ovat pulmallisia, joissa erehdyksessä annettu ilmaisu johtaa dissensusukseen, konsensuksen puutteeseen. Näissä tilanteissa ei ole tahtomallin edellyttämää sopimusvastuun systeemin sisäistä kriteeriä, tahtojen konsensusta. Ongelmana on, miten toisen henkilön käyttäytyminen voisi johtaa velvoitteen syntymiseen ilmaisun antajalle; jos nimittäin ilmaisun antaja on erehtynyt, velvoitteen perustana olisi yksin vastaanottajan eikä enää molempien vapaa tahto. Vastaanottajan vapauden kunnioittaminen johtaisi ilmaisijan alistamiseen vastaanottajan tahtoon.⁴⁰ Johdonmukaisin mahdollinen tahtojen konsensus perustuva systemi poistaisi sopimusvastuun kaikista muista tilanteista paitsi niistä, joissa molemmat erehtyivät mutta päätyivät kuitenkin erehdyksissään samaan sisältöön, jolloin sisällöstä siis on konsensus (*falsa demonstratio non nocet*). Myöskään motiivierehdys ei johtaisi sopimusvastuusta vapautumiseen, koska se ei ole erehdys *per definitionem*.

Savigny tarkentaa ja täsmentää tuota linjaa. Hän rajoittaa erehdyksen vaikutuksia muun muassa vain sellaisiin tilanteisiin, joissa erehdys *sopimuksen kohteesta* oli olennainen. Yleinen lähtökohta on siten yllättäen käänteinen äsken kuvatulle, tahtoa äärimmilleen kunnioittavalle käsitykselle. Erehdys ei yleensä vaikuta lainkaan vastuuseen eikä oikeussubjektia siis suojata erehdyksen takia syntyvältä haitalta.⁴¹ Olennaisuuden taasen ratkaisee erehdyksen kohteen asema todellisessa vaihdossa. Esimerkiksi esineen ominaisuudesta ereh-

⁴⁰ Ks. *Luig*, Savignys Irrtumslehre s. 58: "Der Irrtum gehört zum Kreis der Fragen, wie Herrschaft über Handlungen anderer, ein Schuldverhältnis, begründet werden kann." Savignyhan määrittelee velvoitteen, Obligation, seuraavasti: "...die Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir *Obligation*." *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I s. 339.

⁴¹ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III s. 341. Roomalaisen oikeuden lausuma '*errantis voluntas nulla est*' onkin nyt vain erityisratkaisun perustelu, ei yleinen sääntö. Vrt. toisin Savignyn käsityksestä *Flume*, Rechtsgeschäft s. 59: Savignyn mukaan tahdon virheellinen ilmaus oli "Erklärung ohne Willen" ja sen vuoksi mitätön. Ks. *kuit. m.t. s.*

tyminen on olennaista, jos esine sen johdosta olisi todellisessa vaihdannassa vallitsevien käsitysten mukaan laadultaan toinen kuin millainen se todellisuudessa on.⁴² Savignyn mukaan jos joku esimerkiksi osti naisorjan miesorjana, oli erehdys olennainen, ei siksi, että sukupuolten ero ylipäänsä aina olisi olennainen (ei esimerkiksi työhevosta ostettaessa), vaan siksi, että miesorjia ja naisorjia yleensä ostettiin eri töitä varten.⁴³ Sen sijaan olennainen ei ollut erehdys hyvän ja huonon viinin tai uusien ja vanhojen vaatteiden välillä eikä myöskään se, että talousvälineiden kuviteltiin olleen eri puulajia tai messinkisen mutta kullatun esineen kuviteltiin olleen täyskultaa.⁴⁴ Sopimuksen kohteen olennaisesta ominaisuudesta erehtymisen ohella erehdys on aina olennainen ja poistaa siten tahdon, jos se koskee oikeustoimen luonnetta (esimerkiksi: lahja vai laina?) tai oikeustoimen toista osapuolta.⁴⁵

Tahtonäkökulman ensisijaisuus Savignyllä näkyy selkeästi myös erilaisen ehdollisten oikeustoimien käsittelyssä. Jos ehto on yhteydessä velvoitesuhteen oikeutetun osapuolen tahtoon, ongelmia ei ole, koska velvoitetta ei voi syntyä ilman tätä tahtoa. Jos velvoitesuhteen täyttäminen sen sijaan jää riippumaan velvoitetun tahdosta, ei Savignyn mukaan kyseessä ole ollenkaan oikeussuhde. Tahtonäkökulman vallitsevuus merkitsee sitä, että *pulmallisiksi tulevat ne tilanteet, joissa velvoitetun vapaa toiminta pelkistyy tahtomiseksi*. Tahtomalli edellyttää jyrkkää eroa siinä, koskeeko ehto vapaata tahtoa vai (vapaata) toimintaa: jos ehto koskee edellistä, tämä johtaa yleensä siihen, ettei oikeussuhdetta synny tai että se ei ole pätevä, jälkimmäistä tyyppiä olevat ehdot ovat taas tavallisesti päteviä. *Ongelmia syntyy siis täsmälleen silloin kun ehto on identtinen sopimusvastuun systeemin sisäisen kriteerin kanssa*.⁴⁶

440—446, jossa todetaan useita tärkeitä poikkeuksia tuosta mitättömyysdogmista (Nichtigkeitsdogma).

⁴² Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III s. 283.

⁴³ Tässä yhteydessä voi ohimennen huomauttaa, että vaikka lainsäädäntö merkitsi Savignylle Corpus Iurista siinä muodossa kuin sen esittivät ns. Bolognan koulun edustajat, hän ei kuitenkaan katsonut orjuus-instituutin enää olevan materiaalisista syistä sovellettavissa. Ks. tarkemmin Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. 67—69, jossa hän toteaa tuollaisten sisällöllisten rajoitusten olevan seurausta muiden oikeuslähteiden, siis tapaoikeuden ja tieteen, käytöstä. Kyse ei ole mistään vähäisestä poikkeamisesta Corpus Iurisin järjestelmästä, sillä vapaus/orjuus oli tuon systeemin oman todistuksen mukaan (*Digesta* 1,5,3) tärkein ihmisiä koskeva ero.

⁴⁴ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III s. 281 ja 294—295. Erehdysten sijasta tuollaisia tilanteita on ratkottava mahdollisina suoritusvirheinä.

⁴⁵ Ks. tarkemmin Luig, Savignys Irrtumslehre s. 49—50.

⁴⁶ Savigny kirjoittaa System des heutigen Römischen Rechts III s. 102: ”Mit den speculativen Schwierigkeiten des Freyheitsbegriffs haben wir im Rechtsgebiet Nichts zu schaffen;

Kuvatut esimerkit viittaavat siihen, että Savignyllä tahdosta tulee samalla tavalla syntyprosessistaan itsenäiseksi irtaantunut oikeustositiasia kuin tahdon- ilmaisusta myöhemmässä sopimusajattelussa.⁴⁷ Sen vuoksi erehdys joistakin tahdonmuodostukseen vaikuttaneista olosuhteista ei tee tahdosta epätahtoa. Erehdyksen seurauksena virheellinen tahto ei ole hänelle mikään epätahto.⁴⁸

Savignyn tavassa työstää erehdysongelmaa näkyy selvästi se systeemin- säinen jännite, joka on tahdonvapaudeksi kehitellyn vapauden ja ”merkkien luotettavuutta” edellyttävän — ihmisyhteisöjen kehityksestä seuraavan luon- nonvälttämättömyyden — vaihdannan, välillä. Kuten edellä kuvatusta käy il- mi, Savignyn ratkaisun ainesosat ovat monipuolisemmat kuin myöhemmän si- viilioikeusajattelun valitseman, yksipuolisemmin tahtoa korostavan linjan. Sa- vignyllä tavoitepäämäärillä on merkitystä, vaikkakin niiden merkitys välittyy tahto-käsitteen kautta. Kun kansanhengen tilalle asettuu lainsäätävä, kysymys tavoitepäämäärien välttämättömyydestä muuttuu kysymykseksi lainsäätäjän vallan rajoista. Vahvan lakipositivistisen kannan mukaan tällaisia rajoja ei ole. Sen vuoksi sopimussitovuuden syväjustifikaatio on mahdollinen vain arvoista johtamisen kehän mukaisesti. Vasta intressilainoppi palautti sopimussitovuutta koskevaan keskusteluun tavoitepäämäärät lainsäätäjänkin mahdollisuuksia ra- joittavina tekijöinä. Lainsäätävä voi tosin valita, mutta vain yhteiskunnassa tunnustetuista intresseistä. Tuollainen ajattelutapa kehittyi luottamusmallik- si, jota käsitellään vasta hieman myöhemmin.⁴⁹

1.2. Bähr — siirtymä pandektioikeuteen

Otto Bährin kannanotot olivat osa yleistä suuntausta, jossa korostetusti kan- natettiin ajatusta siitä, että vain tahdon on oltava sopimusvastuun peruste. Eri- tyisen tärkeällä tavalla tämä muutos näkyi siinä, että sopimusvastuu irrotetaan lopullisesti kausastaan. Jo Savigny oli esittänyt, ettei ole oikein ajatella velvoi-

uns berührt bloss die Freyheit in der Erscheinung, das heisst die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen.

⁴⁷ *Luig*, Savignys Irrtumslehre s. 58. Savignyn mukaan erehdyksen merkitys selviää ”... auf der scharfen Unterscheidung des Willens selbst, von Demjenigen was ihm in der Seele des Willenden vorherging; das Wollen ist eine selbstständige Thatsache, die allein für die Bildung der Rechtsverhältnisse von Wichtigkeit ist, und es ist ganz willkürlich und grundlos, wenn wir mit dieser Thatsache jenen vorbereitenden Prozess so verbinden, als ob derselbe ein Bestandtheil ihres Wesens wäre.” *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III s. 113.

⁴⁸ Ks. myös *Madsen*, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 22—27.

⁴⁹ Ks. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III s. 129—134.

teoikeuden olevan vain keino saavuttaa esineoikeuksia.⁵⁰ Nyt tuosta ajatuksesta otettiin askel pidemmälle: pelkästä velan tahtomisesta tuli riittävä vastuuperuste. Velvoiteoikeudessa ei tarvinnut lainkaan pitää silmällä sopimusta erilaisten — juridisesti esineoikeuksina näkyvien — tavoitteiden saavuttamisen keinoina.

1.2.1. Muutoksen ilmenemistavat

Kun muutosta jäsennetään tarkemmin sen erittelyn pohjalta, jonka mukaisesti Savignyn ajattelutapa esitettiin, muutos voi näkyä sekä systeeminulkoisesti että systeemin sisäisesti. Systeeminulkoisesti arvoihin tai tavoitepäämääriin palautuvalle syväperustelulle saatetaan antaa *uusi sisältö*. Kun muistetaan, että toisaalta oli kysymys länsimaisen yhteiskunnan yhden perusarvon, vapauden, sisällöstä ja toisaalta perustavasta, välttämättömäksi käsitetystä yhteiskunnallisesta tavoitepäämäärästä, vaihdannan intressistä, käy selväksi, että muutokset ovat monin säikein sidoksissa yhteiskunnan kokonaisuutokseen taloudessa, politiikassa, ideologiassa ja kulttuurissa. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole tarpeen kerrata tuohon ulottuvuuteen liittyviä kannanottoja.⁵¹ Syväperustelun muututtua on sopimusvastuun systeemin sisäistä kriteeriä muutettava vastaavasti. Muutospaineet saattavat kuitenkin merkitä vain sitä, että vanhan sopimusmallin täydennykseksi luodaan uusia konstruktioita. 1800-luvun paraati-esimerkki tästä on Rudolph von Iheringin 1880-luvulla kehittänyt ”dogmaattinen innovaatio” eli tämän teoksen termein *konstruktio, culpa in contrahendo* -vastuu. Tuo uusi vastuutyyppi paikkasi tiukan tahtojen konsensusdogmin aikaansaamaa ”vastuuaukkoa” sopimusoikeudessa antamalla erehdystilanteessa vilpittömässä mielessä olleelle vastaanottajalle mahdollisuuden vaatia ilmaisen antajalta ns. negatiivista sopimusetua (esimerkiksi korvausta neuvottelukuluistaan).⁵² Koko velvoiteoikeutta ajatellen siirtymät näkyvätkin käytännön tasolla usein vastuuperusteiden keskinäisten suhteiden muutoksina (ulkokontrahdillisen) vahingonkorvausvastuun tai edunpalautusvastuun suhteen. Jos sopimusvastuun kriteerit tiukkenevat, velvoiteoikeudellinen vastuu syntyy toisen perusteen nojalla.

⁵⁰ Ks. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. 374. Vrt. J. Tolonen, Siiviilioikeuden yleisten oppien kriisi s. 17—19.

⁵¹ Ks. esim. BGB:n sosiaalista taustaa koskevasta kirjoittelusta erityisen paljon saksalaisella kielialueella käytetty Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Ks. myös Pöyhönen, Social Conditions for Legal Doctrines.

⁵² Ks. esim. Arnholm, Privatrecht I s. 215—216.

1.2.2. *Bährin kolme lähtökohtaa*

Saksan 1800-luvun jälkipuolen siviilioikeusajattelussa oli pyrkimyksenä korostaa ja selventää vapauteen perustuvaa syväjustifikaatiota siinä muodossa kuin Savigny toteutti sen arvoista johtamisen kehällä. Yksi näistä tutkijoista oli Bähr, jonka keskeistä tutkimusta, vuonna 1855 ensimmäisenä painoksena julkaistua teosta *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, leimaa varaukseton tahdon ensisijaisuuden (*Willensprinzip*) hyväksyminen: jos tahdonvapaus on velvoiteoikeuden peruseriaate, vapaan tahdon avulla täytyy voida tehdä juridisesti pätevästi mitä vain.

Tarkastelun kohteena olevaa muutosta ajatellen tästä lähtökohdasta voidaan tiivistää kaksi systeemin sisäistä seurausta. Ensinnäkin vapauden käytön ja oikeuden alueet peittävät täydelleen toisensa.⁵³ Tällä on systeemin sisäisesti tärkeä merkitys, koska se on suppein mahdollinen raja — itse asiassa rajauksen tekemättä jättäminen — tahdonvapauden käytön tuloksena syntyvien sitoumusten ja täytäntöön pantavissa olevien sitoumusten välillä.⁵⁴ Toiseksi, ja edelliseen perustuen, tahdonvallan alue laajeni kattamaan myös myöntämisen (oikeudenkäynnissä) eli oikeussuhteen materiaalin perusta irrotettiin velvoitteen sitovuudesta. Bährin teoksen käytännön lähestymistapaa koskevana seikkana voidaan lisäksi mainita, että itse asiassa on kysymys vain siitä, miten ja millä perusteella vekseli oikeusinstituuttina rinnastetaan tai sisällytetään olennaiseksi osaksi sopimusinstituuttia ja miten juuri vekselin suhteen kehittyneitä normeja voidaan ja pitää soveltaa koko sopimusoikeudessa. Vekseliä koskevat normit ovat kaikkia velvoitteita koskevien pääsääntöjen eivätkä poikkeuksien ilmauksia.

1.2.3. *Myöntämisen merkitys tahtomallin mukaan*

Bährin teoksen julkaisuaikana vallitseva kanta Saksassa oli, että velkakirja ja velan myöntäminen⁵⁵ ovat vain todistuskeinoja velan materiaaliselle perusteel-

⁵³ Ks. myös *Mäenpään*, Hallintolupa s. 31, esittämää luonnehdintaa Robert Hermansonista: ”vapaus muodostuu miltei oikeuden synonyymiksi”.

⁵⁴ Osa niistä juridisten ongelmien ratkaisuksista, joita voidaan pitää tahtojen konsensusdogmin ilmauksena, oli kehittynyt jo 1700-luvun oikeuskäytännössä ja -ajattelussa. Ks. tarkemmin *Luig*, *Der Einfluss des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert* s. 38—54 (sopimukset kolmannen hyväksi) sekä *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, jossa tarkastellaan muun muassa käsityksiä tyyppistään ja siten kausastaankin irrotetun *pactum nudum*’in kannekelpoisuudesta.

⁵⁵ Myöntämisestä yleisesti ks. *J. Halila*, Tunnustamisesta s. 118—160. Halilan oma kanta myöntämisen luonteesta materiaalisena oikeustoimena poikkeaa kuitenkin Bährin tu-

le.⁵⁶ Pelkällä velkakirjalla tai myöntämällä velka ei voitu saada aikaan oikeutta.⁵⁷ Bähr sen sijaan väitti velkakirjan ja velan myöntämisen olevan itsenäisiä (abstrakteja) sopimuksia, joiden merkitys prosessissa riippui vain niiden aitoudesta. Niiden on oltava itsenäisiä kanneperusteita eikä väite, että kannekelpoisella sopimuksella on oltava kausa, pidä paikkaansa abstraktien sitoumusten suhteen.⁵⁸

Väite, että kannekelpoisella sopimuksella pitää olla kausa, on Bährin mukaan monitulkintainen. Jos väitetään, että lupaus on *subjektiivisesti* yhteydessä oikeusperustaansa (Rechtsgrund), sanotaan jotain yhtä itsestään selvää kuin että kulmalla on kaksi sivua; jos *materiaalisista sopimuksista* sanotaan että lupauksella on sitovuutta vain yhteydessä oikeusperustaansa, tämäkin on oikein, mutta ei ole oikein tehdä identifikaatioita, joissa lupaus samastetaan sopimukseen ja oikeusperusta kausaan. Jos sen sijaan puhutaan *abstrakteista sitoumuksista*, sanotaan jotain hyvin vähän oikeaa. Kausa on niiden kannalta vain psykologinen välttämättömyys. Oikeustoimikelpoisen henkilön käyttäytymisellä

loksista, ks. tarkemmin m.t. s. 147—148: ”Ulkonaiselta olemukseltaan myöntäminen on yleensä tunnustamisen kaltainen lausuma siitä, mitä on olemassa. *Lausuman takana olevaan tahtoon* ei kiinnitetä huomiota sen enempää kuin tosiseikkaakaan tunnustettaessa.” (korostus JP). Halila tarkentaa vielä viitteessä: ”Tosin on, myöntämisen yleensä suurempaa vaikutusta silmällä pitäen, edellytettävä asianosaisen myöntäessään olevan tietoisien lausumansa vaikutuksesta, mutta myöntämisen pätevyysedellytys tällainen tietoisuus ei kuitenkaan ole.” m.t. s. 147 viite 104. Ks. myös *Lappalainen*, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa s. 75, jossa todetaan, ettei ”myönnetty korvausvaatimus perustu itse myöntämiseen eikä varsinaisesti jutussa esitettyyn todelliseen selvitykseen.” Ks. vielä esim. *J. Serlachius*, Obligationioikeus s. 13 viite 1. Myöntämisen roolia yleisen sopimusoikeuden kannalta pohtii myös *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 103—104.

⁵⁶ Vrt. *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet esim. s. 22—23: ”Velkakirja on *saamistodiste*, jonka velkoja saa helposti muunnetuksi viranomaispakolla täytäntöön pantavaksi ulosottoperusteeksi.” (korostus JP), 23—24: ”Velkakirjavelallisen lähtökohtaista väiteoikeutta ei ole laissa rajoitettu millään yleissäännöksellä.” ja 34: ”Velkomus voidaan hylätä joko kokonaan tai osaksi velallisen velkasitoumuksen antamisperusteeseen tukeutuvan väitteen ... johdosta.” sekä erit. vekselistä samoin 137—138. Ks. myös Hakulisen käsitystä, Velvoiteoikeus I s. 135—140 ja esim. 137: abstraktinen sitoumus ei ole pelkkä todistusväline vaan omasta voimastaan velvoittava. Käytännön merkitystä kannanotolla on esim. juokseviin velkakirjoihin tehtyjen merkintöjen tulkinnessa enuntiaatiivisiksi, m.t. s. 137. Se johtaa myös pohtimaan abstraktisen ja kausasitoumuksen suhteita esim. konkurssissa (m.t. s. 138—140) ja johtaa Hakulisen muodostamaan ns. ontuvan juoksevan velkakirjan käsitteen (m.t. s. 139). Ks. myös *Hernberg*, *Gäldförhållandet* s. 133—136, jossa korostetaan abstraktisuuden merkitsevän vain sitä, että kausa ei vaikuta sopimuspuolten ulkopuolelle eli vilpittömässä mielessä olevaan siirronsaajaan.

⁵⁷ Ks. *Bähr*, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* s. 191.

⁵⁸ *Bähr*, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* s. 127, 191 ja 198.

on aina subjektiiviset syynsä, koska niiden puuttuessa koko toimenpide kävisi velvoiteoikeudellisesti merkityksettömäksi. Toimintaosapuolet nimittäin tietävät, että esimerkiksi omaisuuden siirron tarkoitus voidaan saavuttaa vain jos siitä vallitsee yksimielisyyttä, ja omaisuuden siirtoa voidaan tahtoa vain jos tahdon taustana on oletus tuollaisesta yksimielisyydestä.⁵⁹ Näin ajatellen esimerkiksi velkakirjaan sisältyy aina hiljainen maksulupaus, jolla on jokin kausa (omaisuuden siirto tai vastaava), mutta tuollainen kausa ei ole velkasuhteen pätevyys ehto.

Velvoitteen rooli velvoiteoikeuden alalla rinnastuu hallinnan rooliin esineoikeudessa. Vastaavasti myöntämisen taustalla on oikeellisuuden fiktio aivan kuten lainvoimaisen tuomion ja valan. Vekseliä on aina käsitelty tuon lähtökohdan mukaisesti. Vekselissä yksinkertainen lupaus on tunnustettu itsenäiseksi sopimukseksi.⁶⁰ Tällaiset sopimukset ovat aitoja sopimuksia, joita Bähr luonnehtii muodollisiksi sopimuksiksi, koska ne eivät edellytä yhteyttä siihen ainekseen, joka on niiden aineellinen sisältö. Koska tahdonvapaus on velvoiteoikeuden perusperiaate, on tahtojen voitava tehdä sellainenkin lupaus, joka sitoo ilman yhteyttä kausaansa. Jos kaksi oikeustieteilijää, jotka ovat täysin selvillä (roomalaiseen oikeuteen sisältyneen) stipulaation ominaisuuksista, tekevät sellaisen, tehty sopimus sitoo eli sille on annettava oikeussuojaa.⁶¹ Yhteys tahtojen konsensusdogmiin saavutetaan olettamalla, että myöntämiseen kätkeytyy juuri tuollainen konsensus. Samoin kuin roomalaisessa oikeudessa myöntäminen kätkeytyy sopimusmuotojen taakse, tahtojen yhtyminen jää nyt puolestaan myöntämisen varjoon.⁶²

⁵⁹ Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund s. 8.

⁶⁰ Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund s. 134, 136, 233—236 ja erit. 234. Vekselin ohella Bähr viittaa muihinkin sopimuksiin, joilla on vekselin kaltainen merkitys prosessissa ja mainitsee seuraavat: ”Abrechnungsgeschäft, Anerkennungs-Erklärung, Gutschriften, Saldoziehung, und Contocorrentstellung, Schuldschein, Quittung.” m.t. s. 126. Vrt. myös Weberin, Wirtschaft und Gesellschaft s. 407—409, käsitykseen juuri tällaisten sitoumusten olennaisesta merkityksestä kehittyneelle, puhtaan taloudelliselle taloudelle.

⁶¹ Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund s. 124—125. Esim. Savigny väittää, että nimenomaan stipulaatiota — orjuuden ohella — ei sisälly voimassaolevaan roomalaiseen oikeuteen. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I s. 69. Stipulaatiohan oli roomalaisessa oikeudessa kausastaan irrotettu maksulupaus, jota pidettiin sitovana, jos se oli tehty tietyin muodoin. Ks. stipulaatiosta esim. Kaser, Roomalainen yksityisoikeus s. 40—41. Perusteettoman edun palautus oli keino, jolla abstraktinkin sitoumuksen aikaansaamaan perusteettomaan varallisuudensiirtymään voitiin puuttua. Flume, Rechtsgeschäft s. 156—157. Roomalaisessa oikeudessa vastaavassa asemassa oli kannettyyppi *exceptio doli*, m.t. s. 160.

⁶² Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund s. 132. Ks. kehityksestä aiemmin

1.3. Yhteen veto tahtomallista

Tahtomallissa sopimussitovuuden syväjustifikaatio annetaan tahdonvapaudella ja yksityisautonomialla. Yksityisautonomian taustalle ei konstruoida enää uusia perusteita, vaan se on itsessään riittävä.⁶³ Sopimussitovuus selitetään vastuulla tahdonvapauden käytöstä. Tahtomallin vastaus kysymykseen sopimusvastuun systeemin sisäisestä kriteeristä oli (siinä muodossa kuin tuota mallia kannatettiin pandektistiikan aikana): vapaiden tahtojen konsensus, eli vapaiden samansisältöisten tahtojen sisältöjen yhtyminen. Tämä vastaus ei merkinnyt sitä, ettei vastaanottajan luottamustakin olisi voitu nimenomaisin oikeussäännöin suojata liittämällä sopimusvastuu eräisiin sellaisiin ilmaisun antajan käyttäytymisen piirteisiin, joilla ilmaisija ei halunnut sitoutua. Sopimusnormistoon mahdollisesti sisältyvät, luottamusta suojaavat normit luokiteltiin kuitenkin poikkeussäännöiksi.

Konsensusperiaate ei kuitenkaan ole välttämätön seuraamus tahdon ensisijaisuuden hyväksymisestä.⁶⁴ Esimerkiksi kiista ns. sopimus- (tai tahto-) ja lupausteorioiden välillä eli konkretisoituna kiista muun muassa siitä, sitooko jo tarjous vai vasta hyväksytty tarjous eli sopimus, ei ratkea sen perusteella, mitä sopimusmallia käytetään. Sekä sopimus- että lupausteoria voidaan tahtomallissa perustella systeemin sisäisesti ilman ristiriitaa sopimussitovuuden syväjustifikaation kanssa. Esimerkiksi skandinaavisia sopimuslakeja valmisteltaessa puollettiin sekä sopimus- että lupausteoriaa vastaanottajan luottamuksensuojan, ilmaisijan vastuun, moraalin ja kohtuuden vuoksi. Päälinjana kuitenkin oli, että tahtodogmia kannattavat puolsivat konsensusedellytystä, kun taas luottamuksensuojaa painottavat puolsivat lupausteoriaa.⁶⁵ Eron vähäisyyttä kuvastaa myös se, että lupausteoriassakin sitova tarjous on aina oikeustoimi, joka on suunnattu adressaatille hyväksyttäväksi. Tahtomallin kannalta tärkeää ei olekaan konsensusidea sinänsä vaan se tapa, jolla konsensusesta tehtiin sopimusvastuun kriteerin välttämätön osa.

Systeemin sisäisen vastuukriteerin kehittämisessä joudutaan lisäksi ratkaisemaan, onko konsensus tahtojen vai tahdonilmaisujen välinen.⁶⁶ So-

myös *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert ja keskustelusta Suomessa esim. *Hernberg*, Velvoittautuminen s. 75 ja *Rekola*, Saamisoi-
keuden vanhentuminen s. 88 ja 318.

⁶³ Vrt. *Kivimäen — Ylöstalon*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 56, esitykseen, jossa viitataan yksityisautonomian perusteeksi kansalaisten aloitekykyyn, joustavuuteen ja viihtyvyyteen.

⁶⁴ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 158 viite 16.

⁶⁵ *Bjerkén*, Anbundets bindande verkan s. 394, 399, 400 ja 405. Ks. myös *Vahlén*, Av-
tal och tolkning s. 120.

⁶⁶ Ks. tästä *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 18—21 ja 30—34 Ranskan Code Civil'iä ja Saksan BGB:tä vertaillen.

pimussitovuuden syväperustaa selvitetessä olennainen lähtökohta on nimenomaan tahto eikä tahdonilmaisu. Kun sopimusvastuun systeemin sisäistä kriteeriä kehitetään, tahtojen konsensukseen voidaan kuitenkin liittää muita määreitä tai täsmentää tahtojen konsensus tahdonilmaisujen konsensukseksi. Olennaista on, että vastuukriteerin käytössä syntyvät ongelmat ratkaistaan siten, että perustana on ajatus tahdon välttämättömyydestä.

Kun pohditaan tahtomallin merkitystä sopimusoikeuden ajattelutapojen kehityksessä, on muistettava, että sopimusvastuu näyttäisi olevan mahdollista liittää kahteen käytännön soveltuvuudeltaan (ongelmanratkaisukyvyltään) samanarvoiseen kriteeriin: tahtoon tai toimintaan. Nämä perusteet tuntuvat sijoittuvan myös sopimussitovuuden selitysvaihtoehtoja kuvaavalle jatkumolle, jonka toisessa päässä on täydellinen tahdon hallinta ja toisessa täydellinen toiminnan hallinta. Siirtyminen *poispäin* jommastakummasta perusteesta olisi samalla siirtymistä *kohti* toista. Muutokset selityksessä välittyvät systeemin sisäiseen vastuukriteeriin. Luottamusta suojaavan normiston systeemi-impulssit saatiin tosin mukautettua vapaiden tahtojen konsensusdogmin hallitsemaan sopimusmalliin, mutta vain siten, että luottamusta suojaavia sääntöjä pidettiin poikkeuksina, eikä minkään muun, sopimusvapauden periaatteen (tahdon vapauden) kanssa johtavan periaatteen asemasta kilpailevan periaatteen ilmauksina. Luottamusta suojaavia sääntöjä pidettiin *poikkeussääntöinä* systeemin normaalitilasta. Siten niistä oli tehtävä *e contrario* -päätelmiä. Sopimussitovuuden syväjustifikaatiossa tätä vastaa yksityisautonomiaan palautuvan justifikaation yksinomaisuus.

Yksi solmukohta sopimusvastuun kriteerin konstruoinnissa näyttäisi olevan tahdon ja toiminnan kiistattoman, käsitteellisenkin yhteyden ongelman ratkaiseminen. Erityisen korostuneesti vaikeudet näkyvät tilanteissa, joissa sopimusosapuolen tahto on(kin) toisensuuntainen kuin mihin hänen toimintansa osoittaa. Savignyllä käsitteellinen ratkaisu tapahtui toisaalta motiivien yksilöllisyys -teen, sisällöllinen ratkaisu muun muassa merkkien luotettavuus -teen perusteella. Siirtyminen pois päin ehdottomasta tahtojen konsensuksesta sopimusvastuukriteerinä merkitsee osapuolten motiivien ottamista huomioon tavalla tai toisella.⁶⁷

⁶⁷ Yleisemminkin voi sanoa tahto/toiminta -ulottuvuuden paljastavan helposti teoreettiselta kannalta vaikeimpia ongelmatilanteita, joissa joko on tahto mutta ei toimintaa tai toimintaa mutta ei tahtoa. Ensinmainitun tilanteen ongelma on mm. se, voiko tuollaista sopimusta rikkoa, ja jos voi, niin millainen on korvausvastuu; ks. tästä *Atiyah*, *The Rise and*

Tahtomalli ei luonnollisestikaan ole pysynyt muuttumattomana viimeisen sadan vuoden aikana. Sen ydinideat yksityisautonomiasta ja sopimussitovuudesta vastuuna tahdonvapauden käytöstä ovat pysyneet jatkuvasti ajankohtaisina. Yhtenä käytännön syynä tähän on se, että tahtomallin syväjustifikaatio ja siihen liittyvä, tahtojen konsensusdogmin mukainen vastuukriteeri, ovat olleet lainsäädännön ja oikeuskäytännön taustana monin eri tavoin ja monenlaisina. Tahtomallin ongelmanratkaisukykyä on kohotettu huomattavasti sen pelastamiseksi kehitellyillä konstruktiolla, esimerkiksi hiljaisen tahdon(ilmaisun) käsitteellä ja erottelulla formaalisiin ja materiaalsiin määritelmiin. Tahtomallilla on ollut, ja on edelleen, *toiminnallista menestystä*.

Kuten II luvussa esitettiin, tahtomallin tarkempi sisältö on yhteydessä myös sopimuksen ja sitä kautta oikeustoimen käsitteen määrittelyihin. Kiinnostava ja yhä ajankohtainen lähtökohta on erottelu oikeustoimen muodolliseen ja aineelliseen puoleen, josta Aho kirjoittaa:

”... tosin oikeuspoliittisesti on tahdonilmaisun (aineellisessa merkityksessä, JP) sitovuuden pohjimmaisena perustana ilmaisijan (käyttäytyjän) todellinen tahto saada aikaan tietty oikeudellinen tai taloudellinen muutos, mutta oikeusteknisesti ja käsitteellisesti ratkaiseva on ulkomaailman perusteltu käsitys, oikea tai väärä, tuon tahdon olemassaolosta ja lähemmästä sisällöstä yksityistapauksessa.”⁶⁸

Ahon esittämässä määritelmässä sopimusvastuu on liitetty sekä tahdonvapauden käyttämisen että vastapuolen intressien suojaamisen lähtökohtaan. Kysymyksessä on kompromissi, mutta Aho ei anna tarkempia vihjeitä siitä, miten tuo kompromissi olisi perusteltavissa. Tuollaisen kompromissin perustelu on näkyvissä Savignyn edellä kuvatussa tavassa hahmottaa sopimusvastuun perusta. Hänellä on (vielä) kyse yhdistelmästä, jossa ovat mukana niin tahdonvapauteen kuin ulkomaailman välttämättömiin tavoitepäämääriinkin viittaavat perustelut. Perustunnusmerkistö seuraa suoraan systeemistä (ja sen mukaisesta normistosta) ja liitännäistunnusmerkistö systeemistä poikkeavista oikeusnormeista. Formaalisissa tahtomallisissa luovuttiin tavoitepäämääriin perustuvasta justifikaatiosta, luottamusmallissa varjoon jäi arvoihin perustuva oikeuttaminen.

Fall of Freedom of Contract s. 455—505. Jälkimmäisestä ovat esimerkkeinä ns. käyttäytymisvastuutilanteet, joiden keskeisenä tunnusmerkkinä on juuri (ainakin tiedostetun) velvoitautumistahdon puuttuminen; ks. niistä *Telaranta*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisun s. 200—225.

⁶⁸ Oikeustoimen käsitteestä s. 912.

2. TAHTOMALLISTA LUOTTAMUSMALLIIN

Tahtomallin pulmat, erityisesti luottamuksensuojaa koskevat, tekivät uudenlaisen sopimusmallin rakentamisen perustelluksi. Siinä otettiin sopimussitovuuden selitykseksi osapuolen perusteltu luottamus, jolla on justifikaation perimmäisimpänä lenkkinä vapauden (yksityisautonomian) sijasta taloudellinen vau-raus ja vastaavana oikeusperiaatteena vaihdannan intressi, erityisesti vaihdan-nan varmuus ja sujuvuus.

2.1. Muutoksen ilmenemistapoja: luottamuksen lisääminen vastuukriteeriksi tai vastuukriteerin täydentäminen luottamuksella

Tahtomallin muunteluyritysten keskeinen yhteinen nimittäjä onkin ollut juuri luottamus. Käytännön syynä luottamuksen merkityksen lisäämiseen on (alun-perinkin) yksinkertaisesti se, että tahtomallin ongelmanratkaisukyky on alhai-nen sellaisessa tapauksessa, jossa henkilön käyttäytymisen ulkoinen ja sisäi-nen arviointi (tahdon suhteen) ovat ristiriidassa ja tietoisesta vapaasta tahdos-ta puhuminen on huonosti perusteltavissa.⁶⁹

Tahtomallin ongelmanratkaisukyvyn alhaisuuden syynä on se, että tällai-sia tilanteita koskevista, luottamuksensuojanäkökohdille perustuvista oikeus-normeista ei ole sen mukaan lupa yleistää.⁷⁰ Sopimusmallin kannalta luotta-muksesta tulee tärkeä tekijä silloin kun sitä aletaan pitää keskeisenä, kun luot-tamus asetetaan itsenäiseksi systeemin sisäiseksi vastuukriteeriksi. Ero Savig-nyn käsityksiin on selvä. Hän yritti ottaa luottamuskäsitteet huomioon tah-don käsitteen määritelmässä. Luottamusmallissa valitaan toisenlainen perus-ratkaisu: luottamus *itsenäistyy* tahdosta.

Luottamuksen kohottamista itsenäiseksi voidaan kuitenkin myös arvostel-la väittämällä, että luottamuksen syntyy *perustuu* juuri *pacta sunt servanda* -mak-

⁶⁹ Useiden oikeusjärjestysten normit antavatkin näissä tilanteissa oikeussuojaa ulkoi-sen arvion perusteella, esimerkiksi angloamerikkalaisen sopimusoikeuden ns. promissory es-toppel -instituutti eli lyhyesti lupauksen antajan vastuu muun kuin perinteisen sopimusvas-tuun kriteerit täyttävän lupauksen aiheuttamasta vastapuolen luottamus pohjaisen toimin-nan kuluista. Ks. esim. *Feinman*, Promissory Estoppel and Judicial Method, *Collins*, The Law of Contract s. 214 viittamia muita kirjoituksia ja *von Herten*, Sopimusneuvottelut s. 28–29 ja siinä viitattua.

⁷⁰ Vrt. *Burrowsin*, Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or Not? s. 258–259, väitteeseen, että laaja oletetun sisällön käyttö vastuuperusteena ei soveltunut ihmisten oma-aloitteista toimintaa korostaneeseen ns. laissez-faire -yhteiskuntaideaaliin, mutta sopii hyvin 1900-luvun 'holhousyhteiskuntaan'.

siimiin eikä suinkaan ole sopimussitovuuden selitys.⁷¹ Luottamus sopimusten sitovuuteen perustuisi tällöin sille, että tiedetään vallitsevan normin, jonka mukaan sopimukset sitovat. Esitettyä vastaväitettä voidaan arvioida kysymällä sitä näkökulmaa, josta se on esitetty. Tämä näkökulma on oikeusalamaisten psykologinen taso. Sopimussitovuuden juridisessa selvittämisessä ei tarvitse vedota sosiaalipsykologisiin seikkoihin. Vastaväite perustuu toisaalta käsitykseen oikeudesta ihmisten välisissä suhteissa vaikuttavana sääntelyjärjestelmänä. Selittämisen ja justifikaation näkökulmat puolestaan edellyttävät instituuttien arvioimista osana yhteiskunnan kaikkia instituutteja. Tällaisen selittämisen ja oikeuttamisen kannalta relevantti argumentti ei ole, mitä samankaltaisissa tapauksissa aikaisemmin on tapahtunut, eli siis se, että aikaisemmat sopimukset on pantu täytäntöön. *Olennaista on selvittää instituutin hyväksyttävyyden perustelut.*⁷²

Tahtomallin kritiikkiin voidaan yhdistää paljon sellaista, jota oikeuskehitys viimeisten sadan vuoden aikana ilmentää sopimusoikeudessa. Tällainen useiden muutosilmiöiden yhdistäminen yhdeksi uudeksi asiaksi on ominaista esimerkiksi Collinsin esitykselle The Law of Contract -teoksessa. Siinä muutokset yhdistetään uudeksi velvollisuudeksi solmia sopimuksia vilpittömin mielin (duty to bargain in good faith). Vastaavasti Collinsin syväperustelu luottamusmallille on yhdistelmä vaihdannan intressistä ja siihen hyvinvointivaltiossa liittyvistä oikeudenmukaisuudesta ja paternalismista.⁷³ Tällöin luottamuksen aseman vahvistumiseen voidaan yhdistää kohtuusajattelun ja heikomman hyvittämisen vahvistumistrendit. Etuna kritiikissä on tällöin se, että tahtomallin epäadekvaattisuus näkyy selvemmin, haittana taas se, että keskenään erisuuntaisia muutostrendejä joudutaan pitämään koherentteina. Esimerkiksi jopa kohtuus sopimustasapainona on ristiriidassa heikomman hyvittämisen kanssa silloin, kun vastiketasapainosta poiketaan heikomman hyväksi. Tässä teoksessa halutaan pitää eri muutostavat erillään; jokainen (olenainen) muutossuunta ilmenee jonkin oikeusperiaatteen sisällön tai systeemi-arvon muutoksena.⁷⁴

⁷¹ Ks. *Bayles*, Principles of Law s. 150, esitellessään sopimussitovuuden liittämistä perusteltuihin odotuksiin: ”... the argument might be circular: the law should be such and such because that complies what people expect, but they expect that because the law is such and such.” Ks. myös *Arnholm*, Privatrett I s. 219.

⁷² Ks. myös *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 67–79.

⁷³ Ks. tarkemmin m.t. s. 95–103.

⁷⁴ Samoin *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta II s. 688–689, valtiosääntöoikeuden johtavien periaatteiden toisaalta polarisoivasta ja toisaalta ristiriidat häivyttävästä tarkastelusta. Yhdenmukaistaminen tulee tärkeäksi siirryttäessä kohti käytännön lainoppia. Tätä kuvastaa V luvun sovitteluperiaatteita koskeva jakso s. 261–274.

Jos luottamusta suojaavista normeista aletaan yleistää, se merkitsee, että luottamus — tai tarkemmin luottamuksen suoja — korotetaan tahtojen konsensusen *sijaan tai rinnalle* sopimusvastuun todelliseksi tausta-ajatukseksi.⁷⁵ Se merkitsee samalla sitä, että (myös) luottamukseen perustuvalla sopimusvastuulle on pystyttävä antamaan syväjustifikaatio, joka on tällöin vaihdannan intressin mukainen.⁷⁶ Vaihdannan intressi kohotetaan johtavaksi oikeusperiaatteeksi; vaihdannan intressin periaatteen perustelu on samalla sopimussitovuuden syväjustifikaatio.⁷⁷

Luottamuksen lisääminen tahtomalliin voi tarkemmin tapahtua kahdessa muodossa. Tahtomallin syväjustifikaatiota täydennetään vaihdannan intressiin johtavalla argumentilla. Uutta argumenttia käytetään paikkaamaan tahdonvapaudelle rakentuvaa syväjustifikaatiota. Tällainen paikattu justifikaatio johtaa vaikeuksiin perustelulinjojen keskinäisissä suhteissa.⁷⁸ Jos molempia pidetään itsenäisinä, se merkitsee systeeminsisäisesti kaksiluokkaista sopimuskäsitystä, toista tahtomallin ja toista luottamusmallin mukaista. Jos luottamusargumenttia puolestaan pidetään syväjustifioinnissa ensisijaisena, on jo siirrytty luottamusmalliin.⁷⁹

⁷⁵ Perinteisen skandinaavisen tahtoajatteluun liittyvän terminologian (edellä s. 119 viite 7) mukaisesti voitaisiin puhua luottamusteoriasta suppeassa ja laajassa merkityksessä, jolloin luottamusmalli viittaisi jälkimmäiseen. Myös termi ”luottamusdogmi” olisi ”tahtodogmin” tapaan mahdollinen luottamusmallin nimitys. Tässä teoksessa käytetään selvyiden vuoksi luottamusmalli -termiä.

⁷⁶ Samoin *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 82, luottamusajattelun perustasta: ”There must be a community or court judgment not merely as to the ‘reasonableness’ of the reliance, as it is often put, but as to the *justifiability of the reliance so as to shift the risk of ill consequences away from the party relying*.” (korostus alkuperäinen).

⁷⁷ Tämä ei kuitenkaan vielä ilmaise sitä, *kuinka paljon* sopimusvapautta tärkeämpi vaihdannan intressi on. Konkreetisti tuo suhde joudutaan ratkaisemaan esim. pohdittaessa pakon merkitystä sopimusvastuulle. Ks. esim. OikTL 28 ja 29 § ja yleisesti *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 518.

⁷⁸ Ks. esim. *Jørgensen*, *Vertrag und Recht* s. 46.

⁷⁹ Luottamuksen ensisijaisuus voidaan argumentoida siten, ettei vapaudella ole itsenäistä merkitystä, vaan vapaus vaihdannassa on yksi edellytys taloudellisen hyvinvoinnin saavuttamiselle. Tätä korostaa esim. *Ussing*, *Aftaler* s. 25, kirjoittaessaan sopimusten sitovuuden perustelusta yksityisautonomian avulla: ”De private Autonomi kan ikke betragtes som Maalet for Samfundets Politik, men kun som et Middel til en heldig Udvikling af det Økonomiske Liv.” Ks. myös *Jørgensen*, *Vertrag und Recht* s. 33–46, jossa yritetään säilyttää yhtenäisyys painottamalla objektiivisia tekijöitä subjektiivisten sijaan eli käytännössä luottamusta tahdon sijasta. *Collins*, *The Law of Contract* s. 137–143, rinnastaakin tässä työssä tahtomalliksi ja luottamusmalliksi kutsutut ajattelutavat tarkastelemalla niitä taloudellisen toiminnan (markkinoiden eli vaihdannan) malleina, ideaaleina.

Sillä, että sopimussitovuuden selitys muuttuu vastuusta tahdonvapauden käytöstä toisen osapuolen intressien hyvittämiseen, on kahdenlainen merkitys sopimusvapauden ja vaihdannan intressin periaatteiden keskinäisiin suhteisiin. *Ensinnäkin* kun sopimusvastuulle ei enää anneta sellaista systeemisistä tulokintaa, joka välttämättä johtaisi etsimään vapaiden tahtojen konsensusta, tahtojen konsensusdogmista voidaan luopua. Luopumisen syynä on, ettei sopimussitovuutta enää palauteta systeeminulkoisesti (yksinomaan) vapauspiireihin vaan vastapuolen intressien suojaan. Subjektiivisen oikeuden käsitteen määritelmässä siirtymä vastaa muutosta tahdonvallan alueesta oikeudellisesti suojatuksi intressiksi. *Toiseksi* sopimusvapauden ja vaihdannan intressin välisen suhteen muutos vaikuttaa sopimusoikeusjärjestelmän tasolla tapaan hahmottaa tilanteita, joissa sopimus joko ei ole sellainen kuin toinen osapuoli (ehkä molemmatkin) odotti tai joissa sopimus ei toteudu ennakoidulla tavalla. Periaatteiden käyttö ongelmanratkaisussa merkitsee näissä tilanteissa juridisen harkinnan suuntaamista tietyllä tavalla. Tällainen suuntaaminen perustuu käsitteellisten ja sisällöllisten ratkaisujen ohella periaatteen systeemiärvään. Systeemiärvoltaan korkeinta (vahvinta) periaatetta pidetään *prima facie* -periaatteena ja siihen perustuvia oikeussääntöjä pidetään ankarina. Periaatteeseen pohjautuvia sääntöjä on syytä käyttää analogisesti; niistä ei pitäisi tehdä *e contra* -päätelmiä. Selvästi tämä näkyy erehdystilanteissa, kuten jäljempänä jaksossa 2.1.1. selvitetään.

Se, että sääntö on johtavan periaatteen mukainen, on siten vahva argumentti säännön analogisen käytön puolesta, mutta ei välttämättä tee muun periaatteen kuin johtavan periaatteen mukaisen säännön analogista käyttöä mahdolliseksi. Sen sijaan tilanteissa, joissa muun periaatteen mukaisuus on samalla johtavan periaatteen vastaisuutta (luottamusta suojaava sääntö saattaa olla sopimusvapauden periaatteen vastainen), täytyy olla erityisiä syitä, jotka silti perustelevat analogian. Olettakaamme, että tietyssä yhteisössä on voimassa normi, joka kieltää viemästä koiria myymälöihin. Kysymyksemme on, kieltäkö tuollainen sääntö myös kettujen viemisen myymälöihin. Koirien myymälään viennin kiellon analogisen soveltamisen perustelu on eri asemassa, jos kysymyksessä on eläinystävällinen yhteisö, jossa pääsääntö olisi sallia eläimen vieminen kauppaan. Tällöin ketun kauppiaanvientikielto olisi argumentoitava tuota pääsääntöä vastaan. Jos koirien kieltosääntö vallitsee hygienisyyttä korostavassa yhteisössä, se on pääsääntö ja kettujen kieltäminen vain toinen pääsäännön (kirjoittamaton) ilmaus. Todellisena esimerkkinä Suomessa oli rautatievastuulain objektiivisen korvausvastuun säännön analoginen soveltaminen raitiotieliikenteen aiheuttamiin vahinkoihin, vaikka vallitsevana pääsääntönä oli tuottamustavastuu. Tuo laajennus oli pääsäännön

vastaista, mutta analogia oli silti mahdollista sillä erityisellä perusteella, että vahingonkärsijän aseman turvaaminen oli tärkeää.⁸⁰

Luottamusmallissa sopimusvapaus menettää tahtomallin sille antaman johtavan oikeusperiaatteen aseman ja sen paikalle nostetaan vaihdannan intressin periaate. Uudeksi dogmiksi tahtojen konsensuksen tilalle tulee vilpittömän mielen suoja. Tahtomallin ja luottamusmallin jännite näkyykin selvimmin dogmien yhteentörmäyksenä: kumpi ratkaisee sopimusvastuun esimerkiksi erehdystilanteessa, tahtojen konsensus vaiko vilpittömän mielen suoja? *Systeemisäisestihän* dogmit ovat sopimusvastuun (viimekätisiä) perusteita. Seuraavassa jaksossa tehtävä erittely on tarkoitettu sen täsmennykseksi, millainen *asenne* sopimusmallista seuraa, eikä väitteeksi, että asianomainen sopimusmalli tuottaisi aina kuvatun tuloksen *normistosta riippumatta*. Myös J.Tolonen on käsitelainopin perusteita eritellessään korostanut sitä, ettei siinä esitettyjä kannanottoja pidä tulkita oikeusjärjestyksen kuvauksiksi, vaan systeemiä (systemaattisia välttämättömyyksiä) koskeviksi väitteiksi.⁸¹ Ongelmana ei siten ole tahtojen konsensuksen tai vastaavasti vilpittömän mielen jääminen joskus vaille sopimusvastuuta, sillä dogmistakin voidaan tehdä poikkeuksia oikeussäännöillä. Sen sijaan pulmana on yleistettävyyys. Ristiriitaisten dogmien törmäyksessä on samalla kysymys niiden yleistettävyydestä. Tämän törmäyksen ratkaisutasona on sopimusmallin taso ja siksi ratkaisu on välttämättä myös systeeminulkoisten justifikaatioiden välinen.⁸²

Korostettakoon siis, ettei sopimusoikeuteen luoda uusia periaatteita muutoksessa tahtomallista luottamusmalliin, vaan periaatteille annetaan uudenlaisen asema ja tulkinta. Erityisen selvästi muuttuva sopimusmalli näkyy tavassa lukea yleislausekkeita. Esimerkiksi kunnian ja luottamuksen vaatimuksen (OikTL 33 §) tarkoituksena (rationa) voidaan yksilön tahdonvapauden suojan sijasta pitää vaihdannan intressiä ja sen tarvitsemaan ennustettavuuteen liittyvää luottamusta.⁸³

⁸⁰ Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 147—148.

⁸¹ Ks. J. Tolonen, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemet ram s. 340—364.

⁸² Klamín, Om reglering av avtal s. 198, väite, että on käynyt epäselväksi, onko sopimusvapaus edelleen vahva heuristinen periaate, tarkoittanee samaa kuin että sopimusvapauden periaatteen *prima facie* -asema on järkkynyt — tai ehkä tarkemmin: heuristisen aseman horjuminen on yksi tunnusmerkki tai seuraus *prima facie* -aseman järkkymisestä.

⁸³ Ks. esim. Raninen, Vahvistuskirje s. 94, nimenomaan vahvistuskirjeiden juridista merkitystä arvioitaessa: ”Mikäli on kysymys vahvistuskirjeistä, on kutakuinkin yhdenentekevää, käytetäänkö kunnian ja hyvän luottamuksen vastaisuuden vaiko yhteiskunta- ja liikeint-

2.1.1. Erehdystilanteet

Jos sopimusvapauden periaatteella on systeemissä *prima facie* -asema, se merkitsee, että esimerkiksi erehdystä, motiivien peittämistä ja muuttuneita olosuhteita koskevan normiston systematisoinnissa on lähtökohtana osapuolten yksityisautonomia ja sen puitteissa tehtyjen tahdonilmaisujen yhtyminen. Juridinen ongelma täsmennetään ja kohdennetaan tahtojen konsensuksen kautta ymmärretyksi kysymykseksi sopimuksen syntytilanteesta. Vaihdannan intressi saattaa kyllä tulla huomioonotetuksi, mutta vasta siinä argumentaatiotilassa, joka jää jäljelle sopimusvapauden periaatteen rajaamasta ”oikeudellisesti mahdollisen kentästä”.⁸⁴ Jos ratkaisu loukkaa sopimusvapauden johtavaa asemaa, se ei enää kuulu tilanteen mahdollisten ratkaisujen joukkoon.

Tunnetulla tavalla tahtomallin piirissä syntyi erilaisia teorioita — muun muassa tahto- ja luottamusteoria — siitä, miten tuollaisissa tilanteissa on meneteltävä.⁸⁵ Teorioiden varsinainen ero paljastuu vasta kun sopimusvapauden periaate tarkennetaan. Yhteisesti hyväksyttynä lähtökohtana oli ilmaisu- ja motiivierehdyksien erottaminen. Tämä perustui — sinänsä mielivaltaisesti tehtyyn — tahdonmuodostusprosessin katkaisemiseen vaiheessa, jossa motiivit olivat jo kypsyneet sellaisen tahtomisen asteelle, joka sai näkyvän ilmaisun.⁸⁶ Sopimusvapauden tulkittiin merkitsevän näkyvän tahdon suojaa, ei motiivien suojaa.

Tahtomallin kannalta tässä myös joko tarkennetaan tahtokäsitettä tai pelastetaan systeemin mukaisiksi tietyt välttämättömiltä näyttävät seuraamukset. Samaan suuntaan johtaa itse asiassa tahdonilmaisun juridinen käsite: konsensuksen ei voida ajatella muodostuvan molempien sisäiseksi jäävien tahtojen perusteella, vaikka nuo tahdot kuinka olisivat samansisältöiset; ”telepatiasopimus” on mahdottomuus.

Vasta tahtojen konsensuksen kunnioittamisen ja motiivien juridisen merkityksellömyyden rajaama tila johtaa keskustelun ratkaisuvaihtoehtoihin, jotka

ressin vastaisuuden käsitteitä, sillä kun asiaa objektiivisesti tarkastetaan, päädytään siihen, että kunnian ja hyvän luottamuksen vastainen menettely on yleensä yhteiskunnan vastaista sekä liiketoiminnassa liikeintressin ja hyvän liikemoraalin vastaista.”

⁸⁴ Ks. tästä käsitteestä ja sen hyödyntämisestä juridisen ajattelun hahmottamisessa *Wikström*, Oikeuskäytännön tulkinnasta s. 214—215. Ks. myös *Wilhelmsson*, Social civil rätt s. 31—32.

⁸⁵ Tahto- ja luottamusteorioiden hyvä analyysi on *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram. Ks. myös esim. *Telaranta*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 120—136, *Zitting*, Varallisuus oikeuden järjestelmästä ja *Arnholm*, Privatrekt I s. 212—224.

⁸⁶ Ks. aiemmin s. 121 Savignysta esitettyä.

ovat jääneet oikeustieteen historiaan tahto- ja luottamusteorioiden nimillä. Edellä on osoitettu, että motiivien poisrajauksen perustelu oli mahdollista yhdistää sopimusvastuun syväjulistikaatioon yksityisautonomialla ja sopimussitovuuden selittämiseen vastuulla vapaaseen tahtoon perustuvasta toiminnasta (vapauspiirien leikkauksesta). Vaikka siten on aivan oikein sanoa luottamuksen ja perusteltujen odotusten juridisen merkityksen korostuvan ns. luottamusteoriassa, tuolle teorialle tehdään vääryyttä (tai annetaan liikaa oikeutta) antamalla sen kannattajien aikanaan esittämille argumenteille suurempi kantavuus kuin niillä oli ja irrottamalla nuo argumentit siitä tahtojen konsensusdogmin hallitsemasta ympäristöstään, johon ne välttämättä kuuluvat yhtenä monista perusteluketjuista.⁸⁷

Tahto- ja luottamusteorian olennainen ero paljastuu luottamustilanteiden juridisessa jäsentämisessä. Luottamustilanteiksi kutsutaan jäljempänä tilanteita, joissa ilmaisija ei olekaan todella tahtonut sitä, mitä vastaanottaja on perustellusti käsittänyt hänen tarkoittaneen. Normiston kuvauksen kannalta tätä tilannetta koskevien oikeussääntöjen sijoittaminen systeemiin on suhteellisen helppo asia. Jopa tahdon merkitystä korostavassa ajattelussa voidaan todeta mahdollisen, tuollaisessa tilanteessa vastaanottajan luottamusta suojaavan säännön olevan poikkeussäännön tahdonvapauden pääsäännöstä, ja että sellaisena sitä on esimerkiksi tulkittava suppeasti. Samalla oletetaan ainakin katketysti, ettei luottamusta suojaavasta oikeussäännöstä ole yleistettävissä alalle (uutta) johtavaa periaatetta. Sen sijaan silloin kun väitetään, että luottamusta suojaavista säännöistä voidaan yleistää tai että säännöt ilmentävät vaihdannan intressiä oikeusperiaatteena, sanotaan jotakin systeemin kannalta paljon merkityksellisempää. Luottamuksensuojaan liittyvän oikeusperiaatteen asema tahdomallissa on hankala.

Systeemin johdonmukaisuuden säilyttämiseksi on nyt pohdittava sopimusvapauden periaatteen ja luottamuksensuojaan liittyvän periaatteen (vaihdannan intressin) suhdetta. Juuri tälle suhteelle tahto- ja luottamusteorioiden antavat luottamustilanteissa kaksi erilaista tulkintaa. *Kummatkin* ovat kuitenkin mahdollisia tulkintoja tahdomallin puitteissa ja ne rakentuvat pitkälle samoille yleisille lähtökohdille. Erityisen tärkeää on havaita, että luottamusteoriankin vastuuperusteeksi voidaan määritellä tahto, nyt vain muodossa ”vastaanottajan käsitys ilmaisijan todellisesta tahdosta”.⁸⁸ Teorioiden antamien vastausten ero

⁸⁷ *Flume*, Rechtsgeschäft s. 55, huomauttaa, että vaikka Bähr esitti sopimusvastuun ratkeavan ilmaisun eikä todellisen tahdon mukaan, Bähr perusteli tätä vastuuta sillä tahdolla, joka voitiin konstruoida ilmaisun taakse.

⁸⁸ Samoin *Schmidt*, Typfall, partsavsikt och partsculpa s. 500, huomauttaessaan, et-

— se, että toisessa säilytetään sopimusvapaus ensisijaisena vaihdannan intressiin nähden vielä luottamustilanteissakin (ao. tyypitapauksessa) mutta toisessa ei⁸⁹ — tulee näkyviin vasta varsin eriytyneisiin kysymyksiin annettujen vastausten osalta. Erot näkyvät konkreetisti ratkaisuna siihen, onko luottamustilanteessa sopimusvapaudella vai vaihdannan intressillä suurempi tyypitapaukskohtainen painoarvo. Erilaiset ratkaisut tässä suhteessa merkitsevät painotuseroa joko tahdonilmaisun antajan tai ilmaisun vastaanottajan suojan suuntaan.

Luottamusteoria oli siten varsinaisen luottamusmallin edelläkävijä siinä mielessä, että luottamusmallin mukaisiin tuloksiin luottamustilanteissa päädytään myös luottamusteorian mukaan, mutta luottamusmallissa tarvittavat askeleet vähentyvät ja niiden perustelu yksinkertaistuu, koska sopimusvastuun kriteerin määrittely vaihdetaan. Luottamusteoriassa luottamus on perusteltua vain kun sen on saanut aikaan yksityisautonominen toimi. Luottamusmallissa luovutaan tuosta ehdosta.⁹⁰ Kun uusi määrittely liittyy sopimussitovuuden selittämiseen toiselle osapuolelle aiheutetun tai aiheutuvan haitan hyvittämisellä, vastuu on luottamustilanteissa suoraan ilmaisijalla.⁹¹

tei ero tahto- ja luottamusteorioiden välillä ole perustavanlaatuisen: ”Tillitsteorin står på samma grundval som viljeteorin, nämligen att som *huvudregel* viljan har rättsstiftande förmåga.” (korostus JP). Toisin *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram s. 353, joka korostaa, että vain tahtoteorian oikeustoimen käsite on välttämätön seuraus klassisesta, siis tahdonvapauden keskeisyyteen nojaavasta, systeemistä.

⁸⁹ Luottamusteoria pystyi säilyttämään tahtojen konsensusdogminkin. Konsensuksen käsitettiin syntyvän kahden tahdon yhtymisenä, vastaanottajan tahdon ja sen tahdon, jonka vastaanottaja käsitti ilmaisijalla olevan. Näin vielä osaksi *af Hällström*, Om villfarelse s. 70—72. Jos konsensusdogmin sijaan asetetaan vilpittömän mielen suojan dogmi, ei vastuuta enää tarvitse perustaa tuolla tavoin konstruoituun konsensukseen. Jos konsensusdogmista kuitenkin luovutaan vilpittömän mielen suojan dogmin hyväksi, luovutaan samalla tahtomallista luottamusmallin hyväksi.

⁹⁰ Ks. myös *Atiyah*, Essays on Contract s. 87: Sopimusvapauden valta-aikana luottamusta pidettiin justifioituna vain jos se perustui toisen osapuolen antamaan lupaukseen. ”Today, with the waning of the private autonomy principle, ‘reasonableness’ appears to be a more basic community judgment, drawing its sustenance less from private autonomy and more from collective moral ideas and even customary practices and redistributive ideologies. Private autonomy must now accommodate itself to reasonableness, rather than the other way round.” Ks. myös *von Herten*, Sopimusneuvottelut s. 95 viite 102, jossa hän erottaa mahdollisuudet pitää luottamuksensuojan ”viimekätisenä perusteena” joko vaihdannan intressiä (esim. *af Hällström* ja *Zitting*) tai oikeudenmukaisuutta ja kohtuutta (Telaranta).

⁹¹ *af Hällström*, Om villfarelse s. 52, korostaa myös sitä, ettei sopimusvastuuta enää luottamusmallissa liitetä vastapuolen subjektiiviseen arviointiin, vaan yleiseen arviointiin: ”Det är ett samhällskrav, ett självständigt omsättningsintresse, att omotsvarighetsproblemet (luottamustilanne, JP) löses på detta sätt. Principiellt är det icke den ena parten, som segnar över den andra; i själva verket äro adressatens subjektiva föreställningar om förklaringen

J. Tolonen korostaa, ettei luottamustilanteen aikaansaamia systemaattisia ongelmia voida ratkaista lainsäädännöllä. Vaikka näin olisikin — jos ”ratkaista” käsitetään samaksi kuin tehdä lopullinen ja pitävä ratkaisu — on kuitenkin huomattava, että lainsäädännön asettamien oikeussääntöjen aiheuttamat systeemi-impulssit ja niiden vahvistamat tai heikentämät oikeusperiaatteet sopivat eri tavoin eri systeemeihin. Vaikka siten Skandinavian maissa, ja Suomessakin, tahto- ja luottamusteorian välisessä kiistassa on oikein sanoa, ettei tuota kiistaa ole tyhjentävästi ratkaistu pohjoismaiden sopimuslaeilla, sopimuslakien oikeussäännöt on helpompi yhdistää luottamus- kuin tahtoteoriaan.⁹² Historiallista kehitystä ajatellen luottamusteoria tarjosi tahtoteoriaa paremmat mahdollisuudet pitää edelleen kiinni tahtomallista; luottamusteoria oli tässä mielessä tahtomallin onnistunutta revisiota.⁹³

On erotettava mahdollisuus yleistää koko alan kattava yleinen normi eli oikeusperiaate ja mahdollisuus tehdä oikeusperiaatteesta johtava periaate. Johtavan periaatteen asemasta voivat kilpailla vain alan yleiset normit eli oikeusperiaatteet. Luottamusteorian merkitys oli juuri tuon välttämättömän väliaskeleen, yleistettävyyden, osoittaminen, vaikka vaihdannan intressin periaatteelle ei esitettykään johtavaa asemaa. Luottamusmallissa yleistetään luottamusteorian mainitussa erityiskysymyksessä, luottamustilanteissa, omaksuma kanta. Luottamusmallissa sopimusvapauden periaatteella ei ole, eikä sille enää anneta, yleistä *prima facie* -asemaa.⁹⁴ Sopimussitovuuden selitys, toisen osapuolen

lika irrelevantta som den förklarandes. Det är det allmänna, som gör gällande emot det enskilda.”

⁹² *Arnholm*, Privatrekt I s. 224, korostaa pohjoismaisten sopimuslakien erehdyspykälän (32 §) merkitystä tässä suhteessa. Ks. myös *af Hällström*, Något om rättshandlingarnas ogiltighet enligt avtalslagens 28—35 §§.

⁹³ Vrt. *Kelsen*, General Theory of Law and State s. 141, jossa todetaan, ettei oikeusteoria voi ratkaista luottamuksensuojatilannetta: ”This question can be solved only by legislator or law-applying organ.” Tämä mahdollisuus perustuu sille, että kysymyksen teoreettinen ratkaiseminen tapahtuisi selvittämällä oikeusperiaatteita eli lain ratioita itsenäisesti, mitä ei Kelsenin mukaan saa tehdä, ellei lainsäätäjä ole poikkeuksellisesti edellyttänyt sitä. Kelsenin kanta tässä erityistapauksessa on täysin sama, jota Weber perusteli yleisesti sillä, ettei formaalisen rationaliteetin järjestelmäideaan voi sitä rikkomatta yhdistää materiaalisia (eettisiä) lähtökohtia. Ks. tarkemmin *Gronow*, Länsimainen rationalisointiprosessi ja modernin länsimaisen kulttuurin irrationaalisuus s. 16—18.

⁹⁴ Ks. myös *Klami*, Ihmisen säännöt s. 329, roomalaisen oikeuden kehittymisestä: ”Markkinaolosuhteissa tyypilliset vaihdantasuhteet legitimoituvat sopimusrakenteiksi, joiden perusnormina on *sopimusvapaus* yhtyneenä konfliktien ratkaisun perusideologiaan, jota voidaan ilmaista käsitteillä *bona fides* ja *id quod interest*.” Sopimusvapaus ei siten enää ole konfliktinratkaisun yksinomainen tausta.

luottamukseen perustuvan intressin hyvittäminen, suuntaa mallinrakennustavalla, jossa sopimusvapauden yleisestä etusijasta kiinni pitäminen on perusteltavissa hankalammin kuin vaihdannan intressin periaatteen *prima facie*-asema. Kun sopimusvapaus ei luottamusmallissa enää ole *prima facie*-asemassa, myös niiden tilanteiden juridinen hahmottaminen muuntuu, joille on leimallista erehdys, edellytysten pettäminen tai vastaava olosuhde. Peruskysymykseksi tulee, mikä useista soveltuvista oikeusperiaatteista edustaa sopimusvastuun peruslinjaa. Juridisesti ensisijaisen merkittävät tunnusmerkit, eli oikeustosiasiat, voidaan pyrkiä valitsemaan samasta tapauksesta eri periaatteiden mukaisesti siten, että osapuolen vastuu sijoittuu joko tahtojen konsensusvastuuksi (sopimusvapaus) tai luottamusvastuuksi (vaihdannan intressi) tai muuksi vastuumuodoksi. Olennaista on tällöin, että ne instituutit, jotka on välttämättä määriteltävä tahdon kautta — esimerkiksi erehdys — menettävät soveltumisalansa, ellei sopimusvastuun kriteerinä ole tahto. Velvoitetun erehdys ei ole lainkaan relevanttia luottamukseen perustuvan sopimusvastuun kannalta, koska luottamusvastuu merkitsee juuri suhteen kokonaisarvion mukaan konstruoitua vastuuta.⁹⁵ Kyse on sopimusvastuun tahtokriteerin kannalta ei-formaalista vastuuperusteesta, jossa on ikään kuin sisäänrakennettuna sellainen yleinen vastuukriteeri (luottamus), joka vain saa yhden sovellutuksensa erehdystilanteissa. Se että erehdystilanteissa juuri vilpittömän mielen yleisen olennaisuuden kanssa.

2.1.2. Passiviteettitilanteet

Mallien erojen käytännön merkityksen kannalta myös passiviteetin käsittely on havainnollinen.⁹⁶ Tahtomallissa passiviteettia on luontevaa pitää tahdonilmaisuna, tarkemmin sanoen hiljaisena tahdonilmaisuna.⁹⁷ Passiviteettia pide-

⁹⁵ Samaan tapaan: jos tahtomallissa käytetään hiljaisen tahdon konstruktia, ei käytön tuloksena saatava tahto voi koskaan olla puutteellinen mallin määrittelemässä muodossa eli sitä eivät voi rasittaa esimerkiksi yleiset pätemättömyysperusteet. Konstruktion toteuttaminen sisältää tuollaisten yleisten lähtökohtien kontrollin. Esimerkiksi täysin oikeustoi-mikelvottomalla ei voi olla juridisesti relevanttia hiljaista tahtoa.

⁹⁶ Pohjoismaisen passiviteettikeskustelun esittelee esim. Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 107—111. Passiviteetin havainnollisuus vähenee, jos *Karlgrenin*, Passivitet s. 10, väite, että tuomioistuimet ovat taipuvaisia vesittämään rajan ”mellan de fall där passivitetens verkar som viljeförklaring och de fall där den utgör objektiv eller legal effekt” pitää paikkansa. Hänen mukaansa tuomioistuinta on varmempaa ”tulkita” asiat tahdonilmaisiksi kuin käyttää objektiivista passiviteettivaikutusta.

⁹⁷ Ks. esim. Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 104 ja siellä viitattu sekä *Telaranta*, Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun käsitteistä varallisuus oikeuden alalla s. 371. *Cervin*, Om passivitet inom civilrätten s. 188, kirjoittaa tahtometodista

tään yhtenä todisteena muiden joukossa siitä, että passiivisella henkilöllä on ollut tietty tahdonsuunta. Luottamusmallissa passiviteetista tulee tahdonilmaisusta itsenäistynyt, aktiivipuolen luottamuksen suojaan kytkeytyvä sopimusvastuun peruste.⁹⁸ Jälkimmäisessä tapauksessa vastuun sisältöön ei vaikuta se, että henkilö on ikään kuin erehdyksessä ollut passiivinen, koska erehdyksellä ei ole kohteenaan mitään (muuta) vastuuperustetta (tahtoa).⁹⁹ Tahtomallin varassa (passiivisuus)erehdystä ja sen vaikutusta vastuuseen on sen sijaan johdonmukaista arvioida täysin tahdonilmaisupohjaisesti.¹⁰⁰ Ero näkyy myös siinä, katsotaanko oikeussääntöjä, joissa passiviteetti merkitsee sopimusvastuun syntymistä, voitavan käyttää analogisesti.¹⁰¹

ja objektiivisesta metodista: ”... avtalsverkan kan — givetvis i viss mån oberoende på må-
lens uppläggning — uttryckas på två sätt, antingen med anlitande av viljeuttryck eller med
användande av objektiva uttryck av typen att en rätt till invändning är försutten eller att
en angivelse blir gällande eller bindande. ... att ur teoretisk synpunkt hinder icke torde möta
att använda den ena eller den andra utvägen”.

⁹⁸ *Karlgren*, Passivitet s. 9—11. Ks. myös *Portin*, Om reklamation vid köp av lös egen-
dom s. 198, jossa reklamaatiovelvollisuuden taustana pidetään mm. vaihdannan intressiä.
Cervin, Om passivitet inom civilrätten s. 188, kirjoittaa Karlgreniin viitaten siitä, että pas-
siivisuudella on kaksoisluonne: toisaalta osapuolen tahdonilmaisun muoto ja toisaalta tah-
dosta riippumaton oikeustositiasia.

⁹⁹ Näin esim. OikTL 4.2, 6.2 (*Karlgren*, Passivitet s. 42 huomauttaa passiviteetin ja
erehdyksen yhteydestä: AvtL 6.2 §:ssä vastaanottajalla on eräänlainen ”*error in motivis*”,
epätosi edellytys), 19, 28.2 ja 32.2 §. Juuri tästä syystä Telaranta, m.t. s. 373, katsoo, ettei
mainittujen lainkohtien aikaansaama vastuu perustu oikeustoimeen. Ks. myös *Telaranta*,
Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana s. 299—300. Ks. vielä *Karlgren*, Passivitet s. 11:
silloinkin kun passiviteettia pidetään tahdonilmaisuna, vaikutus syntyy tosiasiasa vasta kun
passiviteetti liitetään johonkin positiiviseen tekijään. Kysymys on siitä, onko esimerkiksi
OikTL 6.2 §:n vastuu *sopimus*vastuuta vai ei. *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen
tulkinnasta s. 254: OikTL 6 §:n 2 mom.:n soveltamisesta seuraa tilanne ”ikään kuin ...
sopimus olisi syntynyt.” Luottamusmallin mukaan kysymyksessä on tavallinen sopimusvastuu.
Ahokin, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 30 viite 18, kirjoittaa, että ”oi-
keustoimen *korvaa* eräissä tapauksissa muu oikeustositio, esim. vaitiolo...” (korostus JP),
vaikka hän muutoin edellyttää sopimuksen konstruomista aina oikeustointen pohjalle.

¹⁰⁰ Ks. tarkemmin *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 129—132. Samoin sen suhteen,
onko passiviteettia tulkittava oikeustoimen tapaan vai ei, *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oi-
keustoimen tulkinnasta s. 104. *von Hertzen*, m.t. s. 158—163, osoittaa myös, miten *culpa*
in contrahendo -vastuuta voidaan pitää joko vastapuolen luottamuksensuojaan perustuva-
na tai ”yksityisautonomisen muotoamismahdollisuuden korrelaattina”. Edellinen on luot-
tamusmallin mukaista, jälkimmäinen tahtomallin. Ks. myös *sama*, Tutkimuksesta ja tutki-
muksen arvostelusta s. 48—51, ns. muotovaraumasta ja erit. 51 siihen liittyvän passiviteetin
tulkinnasta joko tahdonilmaisuksi tai itsenäiseksi vastuuperusteeksi.

¹⁰¹ Ks. tästä *Karlgren*, Passivitet s. 187—240 AvtL 6.2 §:n ja Ruotsin kauppapedusta-
jista annetun lain (Kommissionslagen) 82 §:n kannalta.

Passiviteettia voidaan myös pitää sopimusvastuusta erillisenä, itsenäisenä velvoiteoikeudellisenä vastuuperusteena. Tällainen objektiivinen passiviteetti-vaikutus rinnastuisi sopimusvastuuseen, rikkomusperusteiseen vahingonkorvausvastuuseen ja edunpalautusvastuuseen. Tällaisen uuden vastuumuodon perusteleminen edellyttäisi, ettei passiviteetti-vaikutusta voida muutoin selittää juridisesti. Selittämismahdollisuudet ovat kuitenkin sidoksissa sopimusmallin valintaan. Edeltävä tarkastelu osoittaa, että luottamusmalli kykenee selittämään passiviteettitilanteet sopimusvastuuksi paljon laajemmin kuin tahtomalli, niin laajasti, että uuden vastuumuodon omaksuminen on heikosti perusteltua.

2.1.3. *Sopimusperusteinen korvausvastuu*

Tahto- ja luottamusmallien vastakkaisuus konkretisoituu systeeminsisäisesti paitsi luottamus- ja passiviteettitilanteissa, myös sopimusperusteisen korvausvastuun laskemistapojen eroksi. Luottamusmallissa on systeemin mukaista laskea vahinko ns. luottamusintressin eikä ns. odotusintressin mukaisesti. Korvattavaksi ei ilman muuta tulekaan saamatta jäänyt voitto, jos sopimussuhde on kestänyt lyhyen aikaa ja/tai sen varaan ei ole rakennettu omaa toimintaa. Tuollaisen korvausvastuun laskutavan välttämättä edellyttämän sopimussitovuuden selityksen takia luottamusideasta tulee tältä osin vastakkainen liberalismille ja sen tahdonvapaudeksi tulkitsemalle sopimusvapaudelle. Toisen osapuolen haitan ehkäiseminen ei välttämättä edellytäkään hänen odotustensa täysimääräistä hyvittämistä. Tällainen selitys oikeutetaan jollakin yhteiskuntaa koskevalla teorialla, jonka avulla lyödään lukkoon keskeisin tavoitepäämäärä (taloudellinen vauraus).

Korvausvastuun laajuutta ajatellen ratkaisevaksi osaksi sopimussitovuuden selitystä muodostuu nyt se, onko rajoittamaton odotusten korvaaminen perusteltua tuon päämäärän kannalta; miten määritelty korvaus on tehokkain keino tuon päämäärän saavuttamiseksi. Uudessa syväjustifikaatiossa ei lähdetä liikkeelle muiden vapauden kunnioittamisesta. Korvauksen laskutapojen ero johtuu siten viime kädessä erilaisista täsmennyksistä distributiiviselle (jakavalle) oikeudenmukaisuudelle ja erilaisista käsityksistä hyödykemarkkinoiden tehokkaimmasta järjestyksestä. Tahtomalli painottaa vapauden merkitystä itsenäisenä korvausvastuun perusteena. Vastuu vapauden käytöstä ulottuu myös toisen osapuolen saamatta jääneeseen voittoon. Luottamusmalli pyrkii kohdentamaan monimutkaisessa taloudellisessa vaihdannassa syntyvät tappiot tavalta, jossa kehittyneen työnjaon ylläpitämisen vaihdannan omia rakenteita ei rikota rajattomalla korvausvastuulla.¹⁰²

¹⁰² Collins, Contract and Legal Theory s. 150, on tulkinnut myös tahtomallin käsityk-

Esitetystä selviää, että luottamusmallissa sopimussitovuuden selitys annetaan suoritukseen oikeutetun näkökulmasta. Syväperustelu on kirjoitettu oikeuttamaan vaatimusta, että *suoritukseen oikeutetun* (velkojan) *ei pidä kärsiä haittaa* sopimuksen täyttämättä jättämisestä.

2.2. Luottamusteoreetikkoja: af Hällström ja Köndgen

Seuraavassa käsittelen tarkemmin kahta luottamusteoreetikkoa, *Erik af Hällströmiä* ja *Johannes Köndgeniä*. Korostan jo tässä, että luen heidän tuotantoaan nimenomaan siltä osin kuin siinä on yritetty kehittää tahtomallista poikkeava sopimusmalli enkä pyri tutkijapersoonallisuuksien kokonaishahmotukseen. af Hällström eroaa Köndgenistä muun muassa siinä, että hän pyrkii omien sanojensa mukaan *täydentämään* (systeeminsisäistä) vastuukriteeriä luottamuksella, kun taas Köndgen yrittää asettaa perusteltujen odotusten suojan uudeksi vastuukriteeriksi tahtojen konsensuksen *rinnalle*.¹⁰³ Luottamukseen perustuvan vastuun sijoittaminen tahdonvapauden käyttöön perustuvan vastuun rinnalle ei kuitenkaan voi jättää jälkimmäistä vastuutyyppejä koskemattomaksi.¹⁰⁴ Eroistaan huolimatta mainitut tutkijat havainnollistavat pyrkimystä kehittää sopimusvastuulle uudenlainen systeeminsisäinen kriteeristö täydentämään tahtojen konsensusta. Normiston ”lukutavan” eli oikeusjärjestyksen normien systeemi-impulssien jäsentämisen kannalta luottamusmalli merkitsee siten mahdollisten vapaiden tahtojen konsensusta edellyttävien normien lukemista vähintään poikkeukset salliviksi säännöiksi (Köndgen) tai jopa poikkeussäännöiksi vilpittömän mielen suojan pääsäännöstä (af Hällström).

2.2.1. af Hällström ja luottamus

af Hällströmin väitöskirjan *Om villfarelse* (1931) keskeinen väite on, että tah-

seksi hyödykemarkkinoiden tehokkaimmasta järjestelytavasta. Tällainen tulkinta merkitsee kuitenkin luopumista vapauden itsenäisestä asemasta sopimussitovuuden syväjustifikaationa eikä sen vuoksi ole tässä luonteva oletus. Ks. myös jäljempänä esitystä oikeusperiaatteiden välisen reduktion eli toisiinsa palauttamisen ongelmista s. 182–184.

¹⁰³ af Hällström, *Om villfarelse* s. 90–91, Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag* s. 4 ja 421. Telarannan väite siitä, että hänen käyttäytymisvastuun kategoriansa vastaa af Hällströmin tahdonilmaisun käsitettä suojellessaan liike-elämässä herätettyä luottamusta, ei olekaan yllättävä, kun pidetään mielessä af Hällströmin äskenmainittu tavoite. Ks. *Telaranta*, *Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun* käsitteistä varallisuus oikeuden alalla s. 379.

¹⁰⁴ Näin myös Barnett, *Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy* s. 1241. Vrt. *Telaranta*, *Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisuus* s. 227, jolle käyttäytymis- tai luottamusvastuun kehittämisen yksi keskeisiä tavoitteita oli tahdonilmaisuperusteisen vastuun säilyttäminen ”puhtaana”.

toajattelu on liiaksi hallinnut Suomen sopimusoikeutta eikä luottamuksen merkitystä ole siksi pystytty ottamaan huomioon asianmukaisella tavalla. Tutkiesaan (silloin uuden) OikTL:n erehdyssääntelyä af Hällström joutuukin ottamaan yleisemmin kantaa siihen, onko, ja miten, luottamuksella itsenäinen, oikeutta luova vaikutus.¹⁰⁵ af Hällström soveltaa luottamusta korostavaa systeemi-ideaansa teoksensa erityisteemaan, erehdykseen. Aiheenvalinta on kiinnostava sopimusmallien tarkastelun kannalta, koska juuri erehdys on yksi kosketuskohta sopimusoikeuden syvien pohjavirtojen ja pintakäytännön välillä. Erehdysongelman käsittelystä on suoraan luettavissa systeemiä koskevia perusideoita, kuten edellä on osoitettu. af Hällströmin mielestä erehdyssäännös ilmaisee soveltamisalaltaan yhtä yleisen periaatteen kuin oikeustoimen käsite.¹⁰⁶

Muotoillun luottamusmallin kannalta vastuukriteerin, luottamuksen, yleistäminen saa perustelunsa vaihdannan intressin ensisijaisuudesta. af Hällströmin esityksessä sopimusten sitovuuden perusteluketjun viimeinen lenkki on vaihdannan intressi: hänen väitöskirjaansa sisältyy varsin tunnepitoinenkin vaihdannan ylistys, jolla justifioidaan keskeistä johtopäätöstä luottamuksen tärkeydestä vastuuperusteena. Vaihdannasta on hänen mukaansa tullut modernin yhteiskunnan välttämätön tekijä. Vaihdannan merkitystä ei voi yliarvioida silloin, kun tuotetaan ihmiselämälle tai kansalaisten hyvinvoinnille tarpeellisia hyödykkeitä. Jos vaihdanta ei ole kunnossa, horjuvat yhteiskunnalliset siteet. af Hällströmin voidaan myös tulkita korostavan ilmaisuillaan vaihdannan intressin tavoiteperiaatteen taustana olevan tavoitepäämäärän, taloudellisen vaurauden, merkitystä.¹⁰⁷ Juuri tällä tavoin perustellulle vaihdannan intressille vahingolliseksi hän näki oman aikansa tahtoteorian.¹⁰⁸

¹⁰⁵ af Hällström, Om villfarelse s. 4.

¹⁰⁶ Ks. s. 144–148. Vrt. myös Tawaststjernan vastaväittäjän lausuntoon af Hällströmin teoksesta (JFT 1931 s. 394–395), jossa Tawaststjerna ei hyväksy af Hällströmin väitettä siitä, että OikTL 32 § ilmaisisi yleisen, koko oikeustoimioppiin soveltuvan periaatteen. Tawaststjerna ei siis hyväksy yleistämistä eikä siten (epäsuorasti) af Hällströmin sopimusmalliaan. Kun yleistämistä ei hyväksytä, on tarkastelu aina sijoitettavissa toisensisältöiseen sopimusmalliin (tahtomalliin) poikkeussäännön tai poikkeustilanteen tarkasteluna.

¹⁰⁷ ”I ett modernt samhälle är det ekonomiska livet behärskat av en allt överväldigande uppgift: att tillfredsställa de mänskliga behoven. Det gäller att frambringa och tillgodogöra sig de nyttigheter, som äro nödvändiga för det mänskliga livets uppehållande och samhällets välfärd och framåtskridande. Omsättningen av dessa nyttigheter spelar härvid en roll, som icke kan överskattas. De myllrande människomassorna äro varje stund beroende av regelbunden, ostörd tillförsel av vad som kräves för livets nödortf. En snabb och trygg omsättning är ett livsvillkor icke blott för den enskilde medborgaren, utan för samhället som

Argumenttina luottamuksen oikeutta luovalle voimalle af Hällström viittaa myös kysymykseen siitä, perustuuko sopimusten sitovuus viime kädessä valtion asettamaan oikeusjärjestykseen vaiko osapuolten oikeustoimiin.¹⁰⁹ Hänen vastauksensa on, että oikeusjärjestyksen suvereenisuus on tässä suhteessa itsestään selvä.¹¹⁰ Luottamus on oikeusjärjestyksen määräämä, varsinainen ja viimekätinen sopimusvastuun perusta. Luottamus vaihdannan intressistä seuranneena perusteena ei kuitenkaan merkitse mitä tahansa luottamusta vaan vain perusteltua luottamusta.¹¹¹ Luottamuksen ratkaiseva merkitys näkyy af Hällströmin mielestä konkreetisti siinä, että vasta ilmoittajan lähettämä ja vastaanottajan tietoon tullut tahdonilmaisu saa aikaan oikeusvaikutuksia. Oikeusvaikutukset syntyvät vain, jos ilmaisijan tahdonilmaisun välittämä tahto saa vastaanottajassa järkevänä henkilönä aikaan käsityksen tuosta tahdosta.¹¹²

Luottamuksen merkityksen korostaminen ei johdakaan af Hällströmiä poistamaan tahtoa oikeutta luovista tekijöistä. Ilman tahtoa ei mikään oikeusvaikutus astu voimaan, vika on ollut vain tahtoteorian edustamassa virheellisessä

sådant. Klickar omsättningen, upplöses samhällsbanden.” af Hällström, Om villfarelse s. 49—50. Luottamuksensuojan oikeusperuste on af Hällströmin, Om villfarelse s. 56, mukaan juuri vaihdannan intressi eikä kohtuus: ”Det är omsättningens, icke billighetens krav, som utgör rättsgrunden till adressatens rättsskydd.” Vrt. tältä kannalta passiviteettitilanteiden ja hiljaisen tahdonilmaisun tilanteiden jäsentämiseroon (m.t. s. 195—197) esim. Ahoon, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 107 ja 116, jossa passiviteettitilanteissa sitovuuden taustana ovat sopimussuhteen ”toisen osapuolen kohtuullinen huomioon ottaminen” (korostus JP).

¹⁰⁸ af Hällström, Om villfarelse s. 51. af Hällström pitää ”mustana huumorina” sitä, että jotkut tahtoteoreetikot katsovat oman teorian edistävän vaihdantaa suojaamalla ilmaisijan sisäistä tahtoa adressaatin vilpittömän mielen sijasta, ks. m.t. s. 51 viitteen 125 loppuosaa.

¹⁰⁹ Tahtomallin johdonmukaisin vastaus perustui yksityisautonomian ensisijaisuuteen lainsäädäntöön nähden. Telarannan kehittämässä muodossa ensisijaisuuden tilalle tuli yksityisautonomian välttämättömyys länsimaaisessa yhteiskunnassa. Ks. jäljempänä s. 202—204. Perustelumahdollisuuksien ero vastaa Savignyn sopimussitovuuden kahta selitystä ja niihin liittyvää sopimusvastuun justifioimista joko subjektiivisen oikeuden tai objektiivisen oikeuden kautta.

¹¹⁰ af Hällström, Om villfarelse s. 73. Hän viittaa myös vastakkaiseen käsitykseen, jonka mukaan oikeusjärjestys ei luo vaan vain ilmaisee yksityisautonomisen muotoamisvallan ja jota mm. Stang puolisi. af Hällström toteaa tuollaisen käsityksen olevan hämmästyttävän, m.t. s. 73 viite 173. Oikeusjärjestys asettaa af Hällströmin mukaan sen tunnusmerkistön, jonka vallitessa kysymys on sitovasta sopimuksesta. *ibid.*

¹¹¹ Ks. af Hällström, Om villfarelse s. 141, jossa korostetaan sitä, että vaihdannan intressi vaatii vain *perustellun* luottamuksen suojaamista.

¹¹² af Hällström, Om villfarelse s. 90.

tahtokäsitteessä.¹¹³ Luottamus ei voi syntyä ilman tahdonilmaisua. Dogmina oleva vilpittömän mielen suoja edellyttää rekvisiitakseen jonkin seikan, tahdonilmaisun, *jonka suhteen* voidaan olla *bona fide*. Sen vuoksi oikeusvaikutusten perustana (vastuukriteerinä) onkin yhden tekijän — tahdon — sijasta kolmiyhteys: tahto, ilmaisu ja luottamus.¹¹⁴ Tahtokäsite on kuitenkin tässä kolmiyhteydessä työstettävä psykologisesta tahdosta toimintatahdoksi juridisessa merkityksessä. Ilmaisijan pitää ryhtyä tarkoitukselliseen, johonkin päämäärään suuntautuneeseen toimintaan. Päämäärän ei kuitenkaan tarvitse olla oikeudellinen.¹¹⁵ Siten tahtomallissa paljon käsitelty ”puistonpenkkiongelman” eli kysymys siitä, syntyykö miehelle maksuvelvollisuus kun hän istuu ulkomailla puistonpenkille kuuntelemaan musiikkia tietämättä että kuuntelu on maksullista, ratkeaa muiden perusteiden kuin puuttuvan maksutahdon (sitoutumistahdon) nojalla; af Hällströmin mielestä tahto — musiikin kuunteleminen — on ilmiselvää eikä siinä ole mitään vikaa.¹¹⁶ Tuossa kriteerikolmikossa luottamus on kuitenkin tahtoon nähden hallitseva siinä mielessä, että jos (todellinen) tahto ja luottamus ovat erisuuntaisia, oikeusvaikutukset ovat luottamuksen mukaisia.¹¹⁷

Näin af Hällström kehittää tahtomallin vastuukriteeriä toiminnan suuntaan. Ilmaisijan tahtokäsite pitää määritellä tavoitteellisesta, mutta ei välttämättä juridiseen tavoitteeseen suuntautuneesta, toiminnasta käsin. Vastaanottajan kannalta juridisesti merkittäväksi kohoaa perusteltu luottamus, ei tällä ollut tahto. Siten tahtojen konsensusidea menettää täysin merkityksensä. Jos konsensukselle ylipäänsä halutaan antaa merkitystä, kyse on *luottamusten kon-*

¹¹³ af Hällström, Om villfarelse s. 90—91.

¹¹⁴ Ks. tarkemmin af Hällström, Om villfarelse s. 92—197.

¹¹⁵ af Hällström, Om villfarelse s. 142. Tässä huomataan havainnollisesti, kuinka mahdollisia sopimusvastuun kriteereitä on huomattavan vähän: af Hällström joutuu jäsentämään tahdon nimenomaan toiminnan näkökulmasta; *vain sellaisella tahdolla on merkitystä, joka liittyy ja sisältyy johonkin tavoitteelliseen toimintaan.*

¹¹⁶ af Hällström, Om villfarelse s. 144—145. — Mainittakoon, että hänen mielestään maksu on tuollaisessa tapauksessa tietenkin suoritettava. Vrt. *Telarannan*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 224—225, analyysiin, jonka tuloksena maksuvelvollisuuden katsotaan voivan perustua vain ns. käyttäytymisvastuuseen eikä varsinaiseen sopimusvastuuseen. Ks. myös *Takki*, Sosiaalityyppinen käyttäytyminen sopimusvastuun perustana s. 380.

¹¹⁷ af Hällström, Om villfarelse s. 198: ”... tilliten är en av rättshandlingens rättsstiftande faktorer, förutan vilken rättseffekten aldrig inträder, och som gör rättshandlingen giltig, ehuru den förklarande saknar den rättshandlingsvilja förklaringen går ut på” (korostus JP). Tämä lausuma osoittaa, että af Hällströmin systeemissä luottamus on kohonnut (todellisen) tahdon ohittavaksi vastuukriteeriksi.

sensuksesta: ilmaisijan vastaanottajassa herättämä luottamus vastaa sitä luottamusta, jonka hyväksyminen herättää ilmaisijassa.¹¹⁸

Todellisen tahdon väistyvyyttä ei välttämättä tarvitse tulkita tahdon merkityksettömyydeksi. Luottamuksen ensisijaisuus voidaan konstruoida myös niin, että tahtoa luetaan luottamuksen kannalta. Tällöin on aivan ymmärrettävää väittää, että sopimusvastuu perustuu tahtojen konsensukseen sellaisessakin tilanteessa, jossa sopimus ei ole ilmaisijan todellisen tahdon mukainen. Sopimusvastuun kannalta ratkaisevaksi ilmaisijan tahdoksi voidaan asettaa tahto, jonka vastaanottaja perustellun luottamuksen pohjalta päätteli ilmaisijalla olevan.¹¹⁹ Myös B.C. Carlsonin tahdonilmaisun määritelmää voidaan tulkita tältä kannalta. Siinä tosin esiintyy termi 'tahdonilmaisu', mutta vastaanottajan käsitys tahdon todellisuudesta saa ratkaisevan merkityksen: "Varallisuus oikeudellinen oikeustoimi on oikeudellista vaikutusta tarkoittavan tahdon tahallinen tai tuottamuksellinen ilmaisu, tahdon tuottamuksellinen ilmaisu kuitenkin vain, jos se aikaansaa ilmaisun vastaanottajassa uskon, että tahto on todellinen."¹²⁰

2.2.2. *Köndgen ja perusteltujen odotusten suoja*

Köndgenin ajattelutapaa tarkastellaan seuraavassa erityisesti sen vuoksi, että hän on kehittänyt hyvinvointivaltioon sopivaa käsitystä siitä, mitä luottamus juridisesti tarkennettuna oikeastaan merkitsee ja mihin luottamuksen merkitys perustuu. af Hällströmillähän tämä jäi vielä paljolti käsitteen "järkevä henkilö" (en förständig man) varaan.

Köndgen esittää habilitaatioväitöskirjassaan Selbstbindung ohne Vertrag (1979) sopimusvastuun kriteerin, jonka keskeiset seikat ovat itsensä velvoittaminen (Selbstbindung) ja vastavuoroisuus (Reziprozität). Itsensä velvoittaminen on ymmärrettävä perinteisen lupauskäsitteen laajennukseksi, joka ilmaisee, miten osa velvoitteista syntyy. Vastavuoroisuus tuo kaikkiin sopimussuhteisiin sisällöllisen kohtuuskontrollin, sen perusteella harkitaan, onko itsensä velvoittaminen tai lupauksen tarkoittama toimi sellainen oikeudellinen velvollisuus, johon pakottaminen on legitiimiä.

¹¹⁸ af Hällström, Om villfarelse s. 202. af Hällströmin käsityksellä on seurauksensa muun muassa siihen, miten ratkaistaan sopimuksen syntyhetki. af Hällström puoltaa (Lausunto keskustelukysymykseen: "Ingripes i formkravet vid fastighetsköp, att säljare och köpare samtidigt skola vara närvarande hos offentligt köpvittne?" s. 273) sitä ajankohtaa, jolloin vastaanottaja on ottanut hyväksyvistä vastauksesta selon. Vasta tällöinhän syntyy (perusteltu) luottamus. Vrt. esim. *Ranisen*, Vahvistuskirje s. 61–62 ja siinä viitattuun, perusteluihin toisensisältöiselle ratkaisulle (silloin kun hyväksyminen on saapunut).

¹¹⁹ Ks. edellä s. 146 viite 89.

¹²⁰ *Carlson*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu s. 600.

Jokaisen luottamukselle merkitystä antavan ajattelutavan keskeisenä pulmana on, miten erottaa sellainen luottamus, joka saa (sopimus)suojaa, sellaisesta, joka ei sitä saa. Köndgenin ratkaisuehdotus perustuu keskeisesti sosiaaliseen rooliin tuon käsitteen sosiologisessa tutkimuksessa yleisesti käytetyssä merkityksessä.¹²¹ Toiminta jossakin roolissa luo vastapuolelle legitiimejä odotuksia. Sosiaalinen rooli on tahdosta itsenäistynyt lupauksen juridisen arvioinnin näkökulma. Juuri rooliodotusten suoja on itsensä velvoittamisen peruspiirre. Osapuoli käyttäytyy tiettyjä vakiintuneita muotoja vastaavasti (habitualisiertes Verfahren) tai omaksuu tietyn roolin (Rollenübernahme), joka herättää vastapuolella normatiivisia käyttäytymisodotuksia.¹²² Roolipohjaista erittelyä täytyy Köndgenin mielestä täsmentää pitemmälle. Oikeustoimiin perustuvan käyttäytymisen toimintaympäristöjä (Systemreferenzen) ovat sosiaaliset roolit ja markkinat. Sosiaalinen rooli liittyy sopijapuolen kulloiseenkin sosiaaliseen tilanteeseen. On kuitenkin liian karkeaa tehdä erilaisten roolien perusteella jyrkkä erottelu toisaalta markkinoilla syntyviin ja oikeustoimiin perustuviin suhteisiin, toisaalta muilla elämänalueilla syntyviin velvollisuuksiin. Erottelulla pitää olla monivaihteinen tausta, jossa otetaan huomioon työ-, tuotanto- ja vaihdantaroolien lisäksi niitä täydentävät roolit. Oikeussuhteeseen vaikuttavat myös osapuolten toiminnan arvolähtökohdat ja toiminnan pelisäännöt. Yksilö pysyy jättäytymään sosiaalisten sidonnaisuuksien ulkopuolelle vain ilmoittamalla tästä nimenomaisesti. Jatkuvasti toistettuna tällainen menettely johtaa pitkällä aikavälillä siihen, että yhteisöllinen vuorovaikutus katkeaa. Elinkeinonharjoittaja ei esimerkiksi voi tehokkaasti välttää vastuutaan väittämällä olleensa tietämätön paikallisesta kauppatavasta.

Toimintaympäristön huomioonottaminen johtaa siihen, että samanlainenkin ydintapahtuma saattaa johtaa erisisältöiseen vastuuseen. Köndgen viittaa siihen eroon, mikä välttämättä on, jos luottotieto samojen osapuolten välillä

¹²¹ Ks. esim. *Sulkunen*, Johdatus sosiologiaan s. 142–157. Roolikäsitettä käyttävän oikeudellisten velvollisuuksien tarkastelun yleisiä ongelmia ovat normin ja roolin käsitteelliset ja kausaaliset yhteydet. Roolin määrittäykset pohjautuvat usein normatiivisiin käyttäytymisodotuksiin; toisaalta voimassaolevien normien tarkoitus on usein aikaansaada uusia tai muuttaa aikaisempia sosiaalisia rooleja. Köndgenin tarkastelussa nämä lähtökohdat ovat päinvastaiset. Normatiiviset käyttäytymisodotukset perustuvat rooleihin, ja sosiaaliset roolit saavat aikaan normeja.

¹²² *Köndgen* esittelee, m.t. s. 229–233, erilaisia instituutteja, joiden toimintaan liittyy suurempia odotuksia kuin tavallisesti. Tällainen on esim. liittovaltion perustama säätiö, joka antaa tietoja tavarosta. Köndgenin mukaan ero tavallisiin laitoksiin ei tässä johdu erotelusta yksityisoikeudellinen/julkisoikeudellinen, vaan oletetusta ammattitaitoerosta, joka aikaansaa suuremman luottamuksen.

annetaankin cocktail-juhlilla eikä jommankumman osapuolen toimipaikassa.¹²³ Keskeinen johtopäätös on, että sopimustodellisuuden erilaiset toimintaympäristöt saavat aikaan erilaisia sopimukseen perustuvia odotuksia, vaikka niiden sisältämä tapahtumainkuvaus (”raa’at tosiseikat”) olisi muodollisesti samanlainen.¹²⁴ Esimerkiksi se, että liikkeessä nimenomaisesti sopimusta työskennellyt henkilö on aviopuoliso, antaa juridiselle arvioinnille erityisvärityksen. Perinteisen sopimusajattelun tärkein toimintaympäristö on kuitenkin ollut, ja on, markkinat, joilla oletetaan vallitsevan korostettu roolien samankaltaisuus.¹²⁵

Köndgen koettelee malliaan kvasisopimuksiksi tai käyttäytymisvastuuksi kutsuttujen uudentyyppisten velvoitesuhdetilanteiden analyysiin.¹²⁶ Hän haluaa kuitenkin jättää perinteisen sopimusvastuun ydinalueen koskemattomaksi. Juridisesti säännellyn itsensä velvoittamisen esikuva on Köndgenille yhä vielä velvoiteoikeudellinen sopimus tahtojen konsensusena.¹²⁷ Oikeuskäytännössä on kuitenkin, vaikkakin epäsystemaattisesti ja epäjärjestyneesti, hänen mielestään näkyvissä muutos, jonka suunta on selvä: itsensä velvoittaminen voi tapahtua myös ilman (perinteisesti käsiteltyä) sopimusta tai tahdonilmaisua.¹²⁸ Juuri tämä käytännössä muotoutunut uusi suuntaus pakottaa tinkimään perinteisen tahtojen konsensusdogmin metafysiikasta (oikeammin: yhteiskuntafilosofisesta syväjustifikaatiosta) ja etsimään tilalle sosiologiaa (oikeammin: sosiologista syväjustifikaatiota). Oikeudellisen sitoutumisen sosiologisia elementtejä on painotettava.¹²⁹

¹²³ Ks. samantapaisesta esimerkistä myös *Kivimäki*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 138, jossa vastuuongelmat kuitenkin ratkaistaan katsomalla, ettei neuvon antajan ”voida olettaa *tahtoneen* sitoutua mihinkään velvoitukseen” (korostus alkuperäinen). Ratkaisevaa on *animus obligandi*.

¹²⁴ ”Verschiedene Systemreferenzen vertraglichen Handelns generieren, auch bei nominal gleichen Leistungsinhalten, verschiedene Vertragserwartungen.” *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 281.

¹²⁵ Ks. tämän kappaleen ideoista tarkemmin *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 272—275. Ks. myös *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 51—65. — Tässä kohdassa, kuten muuallakin, termiä ”markkinat” käytetään sen tavanomaisessa kansantaloustieteellisessä merkityksessä tarkoittamaan kokonaisvaihdantaa.

¹²⁶ Hänen työhypotesinsa tässä suhteessa on, että sosiaalisessa kanssakäymisessä normatiivisilla käyttäytymisodotuksilla on taipumus saada aikaan sopimusvastuu. *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 164—165.

¹²⁷ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 4.

¹²⁸ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 4. Ks. myös esim. *Klami*, Om reglering av avtal.

¹²⁹ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 8 ja 171—178.

Perinteisen sopimusopin tiukka pitäytyminen tahdonilmaisujen välttämättömyyteen velvoitteita synnyttävänä tekijöinä on Köndgenin mukaan estänyt sopimusoikeudellista ajattelua ulottamasta piiriään mainittuihin uusiin vastuutilanteisiin. Liioiteltu pitäytyminen konsensusdogmissa johti jopa siihen ”virhesystematisointiin”, että alettiin luoda uusia erityisiä vastuumuotoja sopimusvastuun ja tyypillisen deliktivastuun väliin.¹³⁰ Kun kvasikontrahdillisia tapauksia on ollut helpompi sijoittaa deliktuaalisiksi, useat niistä ovat vastuutilanteina saaneet deliktuaalisen kohtelun. Puhutaan ”kvasidelikteistä” kuten ammatinharjoittajan vastuusta ja tuotevastuusta. Köndgenin mielestä on perustetonta rakentaa uutta luottamusvastuuperustetta sopimuksen ja deliktin väliin. Pikemminkin on kyse siitä, että sopimus ja delikti ovat jatkumon ääripäitä. Deliktioikeudessa lähellä sopimusvastuuta ovat hänen mukaansa kvasideliktit, jotka tosin muodollisesti perustuvat toisen henkilön integriteetin loukkaukseen mutta tosiasiallisesti antavat merkitystä suoritukseen velvollisen veloitautumiselle tai kätketyille vaihdon rakenteille. Sopimusoikeuden puolella rajaa ovat sellaiset suhteet, joihin liittyy suoritusodotuksia, mutta joita ei ole saatu aikaan yksityisautonomian käytöllä.¹³¹ Tässä erityistilanteiden jatkumossa yksityisautonominen sopimus menettää hallitsevan asemansa ja siitä tulee vain erityistapaus tilanteista, joita voidaan kutsua nimillä ”luontaisveloitteet” (civil obligation), ”suhde” (relation) tai ”sopimuksen sopimuksenukkoiset edellytykset”.¹³²

Erot tahtomalliin näkyvät erityisen selvästi hiljaisiin tahdonilmaisuihin liittyvien tilanteiden systeemisissä käsittelyssä. Tahtomallin kannalta tahdon konkludenttisuusoletusta tarvitaan konstruktiona siksi ja vain siksi, että voitaisiin säilyttää (yhtynyt) tahto sopimussidonnaisuuden perustana. Köndgenin legitiimien odotusten suoja johtaa kysymään suoraan sitä, millaisia ovat osapuolten odotukset ja mitkä niistä ovat legitiimejä, esimerkiksi suhteen kannalta tyypillisiä tai suhteeseen jatkuvasti liittyneitä. Käytännön tilanteiden ratkaisuisa ero ei liene kovin suuri etenkin silloin, jos konkludenttisuus jotenkin perustellaan ratkaisussa. Selvin ero on ehkä tilanteissa, joissa toinen osapuoli on nimenomaan kieltänyt sen että hänen tahtonsa suuntautuisi siihen mitä toinen legitiimisti odottaa. Esimerkki tällaisesta tilanteesta on, että vastiketta vastaan annetaan luottotieto ”sitoumuksetta” mutta kuitenkin tietoisena sii-

¹³⁰ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 420. Vrt. myös siihen, mitä aiemmin (s. 150) kirjoitettiin ns. objektiivisesta passiviteettivaikutuksesta.

¹³¹ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 420.

¹³² *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 420–421.

tä, mihin kysyjä tuota tietoa käyttää.¹³³ Tällöin on helpompi käydä pohtimaan suoraan sitä, onko odotus tiedon paikkansapitävyydestä tuollaisessakin tilanteessa vielä perusteltua kuin pohtia tahtomallin edellyttämänä ”esikysymyksenä” sitä, voiko konkludenttinen tahto kuitenkin kattaa asian, josta on annettu nimenomainen toisensisältöinen tahdonilmaisu.¹³⁴

2.3. Arviointia

Köndgenin hahmottelemassa luottamusmallissa yhteiskunnalliselle sopimustodellisuudelle annetaan korostettu asema mallin rakentamisen kontrollina. Sopimusmallia on entistä vahvemmin kontrolloitava käytäntöön. Tahtomallin ydin jää kuitenkin koskemattomaksi: yksityisautonomian, vapauspiirien leikkauksen, avulla annetusta syväjustifikaatiosta johtuvaan tahdon ensisijaiseen systeminsisäiseen merkitykseen sinänsä ei puututa, vaan vain sille annettuun ja ehdottomana vastuukriteerinä epäonnistuneeseen operationalisointiin, tahdonilmaisuun ja siihen liittyvään konsensusdogmiin.¹³⁵

Köndgeninkin luottamusmallissa vaihdannan intressin systeemi-arvo kohoaa. Hänellä tämä merkitsee tarkemmin sitä, että se viitetiede, johon todellisuuden tarkemmalla analyysillä on läheisimmät yhteydet, on taloustiede, ennen kaik-

¹³³ Vrt. KKO 1968 II 41: ”Pankin tiedusteltua toisesta pankista, oliko shekkien asettajan tilillä viimeksi mainitussa pankissa numerolta ilmoitettujen shekkien lunastamista varten katetta, tiedusteluun oli annettu myöntävä vastaus. Tämän vastauksen katsottiin pankkien välisessä shekkiliikenteessä noudatetun käytännön mukaisesti sisältävän sitoumuksen varata kate noiden shekkien lunastamista varten. Pankkien konttorin virkailijalla oli sellainen asema, että siihen pankkitavan mukaan liittyi kelpoisuus pankin puolesta antaa sitä sitova vastaus konttorissa olevan shekkitilin katetta koskevaan toisen pankin tiedusteluun.” Tapauksessa jouduttiin pohtimaan sekä pankkivirkailijalla ollutta edustuskompetenssia että katetiedusteluun annetun myöntävän vastauksen juridista merkitystä. Tässä yhteydessä vain jälkimmäinen on kiinnostavaa. Aurejärven mukaan tapauksessa katsottiin katetiedusteluun annetun positiivisen vastauksen olevan itsenäinen sitoumus varata kysytty rahasumma maksua varten; *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 198—199. Otsikkotekstin ilmauksen ”katsottiin... sisältävän sitoumuksen” voisi myös tulkita viittaavan hiljaiseen tahtoon ratkaisuperusteena. Ks. vielä *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 180—181 ja 278, OikTL 9 §:n ja erityisesti skandinaavisten sopimuslakien 9.2 §:n ja *H. Halila*, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 40—41, rakennusurakan kannalta.

¹³⁴ Vrt. *Kleinemanin*, Ren förmögenhetskada s. 466—468, tapaan jäsentää juridisesti tällaiset tilanteet deliktuaalisen luottamusvastuun käsitteen avulla.

¹³⁵ *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 420. Ks. myös siitä, missä määrin tahdonilmaisu on pohjoismaisissa sopimuslaeissa (mukaanlukien OikTL) välttämättömässä yhteydessä oikeustoimen käsitteeseen *Arnholm*, Omkring rettshandleorien ja *Aho*, Oikeustoimen käsitteestä.

kea ns. mikrotaloustiede ja siihen liittyvä sosiaalisia rooleja erittelevä sosiologia.

Köndgenin tapaa muodostaa sopimusmalli voidaan yleiseltä kannalta arvostella siitä, että on ongelmallista siirtää ei-oikeudellisen viitetieteen tulokset sellaisenaan sopimusmalliin (oikeudelliseksi asiaksi). Esimerkiksi sopimusmalliin sisältyvää sopimuksen peruskäsitettä ei voida ottaa suoraan taloustieteestä. Sopimuksen peruskäsite ei ole tarkoitettu taloudellisen todellisuuden *kuvaukseksi* vaan sen *ideaaliksi*. Sopimuskäsite on *tässä mielessä* aina fiktiivinen. Se on aina myös arvosidonnainen fiktio, joka on sidoksissa sopimusten sitovuuden justifikaatioon. Kun sopimuksen peruskäsite on lyöty lukkoon, on samalla lyöty lukkoon tietyt ”justifikaatioulottuvuudet” ja päinvastoin. Kun sopimuskäsite määrittyy perustellun luottamuksen suojana, justifioitava seikasto suuntautuu esimerkiksi Köndgenillä yhteiskunnan taloudellisiin arvoihin kytkeytyvään toiminnan tarkempaan jäsentämiseen, tuon toiminnan reunaehtoihin ja siinä oleviin rooleihin.

2.3.1. Sekamallit ja niiden vaikeudet

Sopimusoikeudellinen normisto voi — kuten sanottu — sisältää usean eri sopimusmallin ”valta-aikaan” palautuvaa sääntelyä. Tahtomallin perustalta parhaiten ymmärrettävän sääntelyn ohella on saatettu antaa puhtaasti luottamuskensuojanäkökohtia kunnioittavia normeja tai kohtuuspohjaista sääntelyä. Eikö tällöin pitäisi olla *useita* sopimusmalleja, joita kutakin käytetään silloin kun se parhaiten soveltuu? Vai pitäisikö sen sijaan laatia yksi sopimusmalli, johon integroidaan kaikki muut mallit?

Kahden tai useamman rinnakkaisen sopimusmallin varassa on hankala ratkaista ongelmia. Kun tällaisessa tilanteessa tarkastellaan normatiivisia tai tosiasiallisia juridisia ongelmia¹³⁶, on toistuvasti asetettava vaikeasti ratkaistava lisäkysymys: minkä mallin mukaista normisto kulloinkin on? Oikeusjärjestyksen normit sisältävät hyvin harvoin niin vahvoja systeemi-impulsseja, että ne voitaisiin sisällyttää vain yhteen sopimusmalliin. Jos sama normi voidaan jäsentää usean mallin avulla, mutta toisen avulla pääsäännön ja toisen avulla poikkeuksen ilmaukseksi, joudumme kuitenkin valitsemaan. Tällainen valinta on parhaiten perusteltu mallien välisenä yleisen tason valintana, jolloin palaudumme yhden mallin järjestelmään.

Jonkinlainen kompromissiajatus tuntuu houkuttelevammalta. Jos kerran normistossa on eri näkökohtia mukana, paras mahdollinen normiston kuvaus

¹³⁶ Ks. näistä termeistä edellä s. 101—102.

edellyttää niiden kaikkien asianmukaista huomioonottamista.¹³⁷ Historiallisesti ajatellen sekamallit on tavallisesti konstruoitu *rinnakkaisen sisällyttämisen* mukaisesti. On katsottu, että sopimusoikeuden yleisiä tausta-ajatuksia ovat sekä tahdonvapaus että luottamuksensuoja. Toisinaan sovelletaan toista, toisinaan toista.

Tämä jaottelu myös tyypittää malleja yksikriteerisiin ja monikriteerisiin siitä riippuen, hyväksytäänkö yksi vai useampia kriteerejä sopimusvastuun systeemisäiseksi kriteeriksi. Yksikriteeristen mallien osalta ehdoton kaksijakoisuus johtaa ehtymättömään pääsääntö/poikkeus-dikotomian käyttöön mallin pelastamiseksi uudemman normiston poiketessa mallin perusulottuvuuksista. Esimerkiksi kun heikompa osapuolta aletaan suosia lainsäädäntötoimenpitein, on tahtomalli helppo pelastaa selettämällä tuollaiset puuttumiset poikkeuksiksi sopimusvapauden pääsäännöstä. Jo Savignyn sääntöjen ristiriitatilanteita varten antamat tulkintaohjeet ovat paljastavia. Eri oikeuslähteiden ristiriidat tuli poistaa systemaattisella tulkinnalla, jossa (1) jaetaan sääntö kahtia, tai (2) toisesta tehdään sääntö, toisesta poikkeus taikka (3) toisen katsotaan täydentävän tai rajoittavan toista.¹³⁸

Usean kriteerin aritmeettinen kompromissi sisältää saman vaikeuden kuin kahden rinnakkaisen sopimusmallin tilanne. Tilanne johtaa välttämättä rajoitussyönteihin ja valintakäsymykseen siitä, mitä perustetta kulloinkin on käytettävä. Mikä enää kontrolloi juridisen ongelman lähtökohtaista, välitöntä sijoittamista tahdonvapauden tai luottamuksensuojan piiriin? Tarvitaan muunlaista kompromissia.

2.3.2. Kompromissi uuden näkökulman avulla

Zitting kirjoittaa yleisesti siitä, kuinka tietyn dikotomiseksi muotoutuneen tarkastelun suhteen on yritettävä asettua sen taakse ja näin löytää näkökulma, josta molemmat tarkastelut ovat ymmärrettävissä.¹³⁹ Mikä voisi olla tuollainen yhtenäinen näkökulma formaaliin tahtomalliin ja luottamusmalliin?

¹³⁷ Ks. esim. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektiven Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts s. 122—174 ja *Bayles*, Principles of Law s. 146—152.

¹³⁸ Ks. tarkemmin *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I s. 274—280. Ristiriita saatettiin poistaa myös historiallisella tulkinnalla katsomalla toinen lähde vain historialliseksi materiaaliksi. Historiallinen tulkinta oli kuitenkin Savignyllä toissijainen keino systemaattiseen verrattuna. — Ks. myös edellä s. 51—52 oikeussäännöistä kirjoitettua.

¹³⁹ Ks. *Zittingin*, Omistajanvaihdoksesta s. 75, esittämää esine- ja velvoiteoikeuden romaanisen ja germaanisien erottelun uudelleenarviointia. Rakenteeltaan samanlainen on *Alexyn*, Theorie der Grundrechte s. 75, ratkaisu sääntöjen ja periaatteiden erotteluperusteiden mo-

Kompromissin on perustuttava aiempiin systeemi-ideoihin, se ei voi rakentua tyhjästä. Uusi systeemi on enemmän vanhojen käsityksien uusi jäsenitys kuin aidosti uusia ideoita. Sen vuoksi uuden mallin kehittämisen lähtökohta valikoituu usein jostain vanhemman mallin keskeisestä piirteestä. Seuraavassa jaksossa hahmoteltavassa uudessa sopimusmallissa tuollainen yhdistävä lenkki on luottamukselle annettu keskeinen merkitys, mutta se *tapa*, jolla luottamus saa sopimusoikeudellista merkitystä, muuttuu. Kun af Hällströmillä ja vielä Köndgenilläkin luottamukseen omaksuttiin *yksilöperustainen* lähestymistapa, jota täydennettiin yhteisöön liittyvällä määreellä (af Hällströmillä termi ”en förständig man”¹⁴⁰, Köndgenillä toimintaympäristöjen ja sosiaalisten roolien avulla¹⁴¹), niin uudessa mallissa on kysymys *yhteisöön* perustuvasta lähestymistavasta, jota täydennetään yksilöiden toimintaan liittyvillä määreillä.

3. YHTEISÖLLISEN KÄYTÄNNÖN MALLI

Siirtymällä yhteisön suuntaan yksilö-yhteisö -ulottuvuudella on tärkeä seuraamus myös siihen tapaan, jolla uusi sopimusmalli voi jäsentää tahdonvapauden. Luottamusmallissa tahdonvapauden suojalla oli sellainen asema systeemissä, että tahdonvapauden ja luottamuksen ollessa vastakkaisia, tahdonvapaus sai väistyä. Mallin rakentamisen kannalta tämä merkitsi systeemin sisäisesti sopimusvastuun kriteeriä, jossa luottamus oli ensisijainen (af Hällström) tai sitten kahta rinnakkaista, mutta ei keskenään yhteensovitettua kriteeriä (toinen tahtojen konsensus, toinen luottamus) (Köndgen). Muutos tarkastelutavassa yhteisön suuntaan merkitsee sitä, että uusi sopimusmalli sisältää sellaisen sopimussitovuuden syväjulistikaation, jonka avulla voidaan sovittaa yhteen sekä tahdonvapauden käyttö että luottamus sopimusvastuun tärkeinä systeemin sisäisinä tekijöinä. Ne eivät kuitenkaan enää ole vastuun välittömiä ja ratkaisevia kriteereitä, vaan vain osoitus tai viite varsinaisesta vastuukriteeristä, joka on oikeudenmukainen yhteisöllinen käytäntö.

ninaisuuden ongelmaan. Hän etsii kriteerin, joka selittää useimmat esitetyt erotteluperusteet. Ks. edellä s. 25.

¹⁴⁰ Tämä termi on sisällöltään nimenomaan yhteisöllinen. Sillä kuvataan yhteisön kannalta keskimääräiseksi määriteltä yksilöä. Järkevyyden kriteerit ovat siten yhteisöllisiä eivätkä yksilöllisiä, seikka, jota myös af Hällström, Om villfarelse s. 52 ja 56, korosti.

¹⁴¹ Hänen käsitteistöstään rooliodotukset määräytyvät sen perusteella, mitä yksilöt keskimäärin ajattelevat.

Jos luottamusmallissa taloustiede tuli etsimättä viitetieteeksi¹⁴², niin yleisen sopimusmallitarkastelun viimeisessä mallissa, yhteisöllisen käytännön mallissa, tuollainen viitetiede on (jälleen) yhteiskuntafilosofia.¹⁴³ Englannissa ja Yhdysvalloissa sopimusoikeuden yleisiin lähtökohtiin liittyvällä tarkastelulla on perinteisesti ollut läheinen yhteys yhteiskuntafilosofiaan. Tähän perinteesen liittyy myös seuraavaksi esiteltävä Cambridgen yliopiston professorin *P.S. Atiyahin* analyysi sopimusten sitovuudesta.

3.1. Atiyahin erittely lupausten sitovuudesta

Tässä keskitytään niihin Atiyahin kirjoituksiin, joissa kysymys sopimussitovuuden syväjustifikaatiosta on näkyvimmin esillä. Samalla sopimusvastuun systematisäiset ongelmat (muun muassa vastuukriteerit) jäävät enemmän takalalle.¹⁴⁴

Atiyahin lähtökohtana ovat ne vaikeudet, joihin lupausten sitovuuden utilitaristiset perusteluyritykset (syväjustifikaatiot) ovat johtaneet. Utilitarisminla viitataan tällöin moraalifilosofiseen ajattelutapaan, jossa pidetään arvokkaana yhteisön jäsenille tietyllä aikavälillä tulevan hyödyn — tai perimmäistään suurimman mahdollisen rationaalisten tarpeiden tyydytyksen — maksimointia. Atiyahin mielestä utilitarismi jättää avoimeksi kaksi asiaa. *Ensinnäkin* lupausten sitovuus liitetään — yleisen arvoperustelun sijasta — lupauksen synnyttämien odotusten ja luottamuksen merkitykseen yhteistoimintaan perustuvassa ihmisyhteisössä. Kuitenkin odotusten ja luottamuksen tarkempi erittely jää avoimeksi. *Toiseksi* sen paremmin sääntö- kuin tekoutilitarismikaan¹⁴⁵

¹⁴² Korostettakoon, ettei tässä oleteta taloustieteen olevan mikään puhtaan deskriptiivinen tiede. Sen tutkimus perustuu myös normatiivisille lähtökohdille. Ks. tästä oikeustieteen suuntaan sovellettuna *J. Tolonen*, *Der allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht* s. 39—45.

¹⁴³ Vrt. myös Weberin korostamaan seikkaan, että oikeustieteen looginen rakenne on sama kuin sosiaalifilosofian sen vuoksi, että kummassakin on kysymys merkityksiin perustuvien seikkojen analyysistä. Ks. edellä s. 37 viite 84.

¹⁴⁴ Sen vuoksi Atiyahin tuloksen luonnehtiminen siten (esim. *André*, *Marknadsföringsansvar* s. 525—526), että hänellä lupaus jää vain todistuskeinoksi, pelkistää hänen tarkasteluaan yksipuolisesti. Atiyahin tutkimuksen keskeiset seuraamukset kohdistuvat oikeusperiaatteisiin, uuteen tapaan jäsentää niiden keskinäiset suhteet ja muuttuneeseen käsitykseen periaatteiden systeemi-arvoista. Myös hänen väitteensä lupauksen merkityksestä todistuskeinona perustuu siihen, ettei lupaus voi olla *suoraan* juridinen, systematisäinen vastuukriteeri, koska se ei ole yhteensovitettavissa lupauksen sitovuudelle asetettuun systeeminulkoiheen justifikaatioon. Ks. jäljempänä s. 168—169.

¹⁴⁵ Erottelusta sääntöutilitarismi/tekoutilitarismi ks. esim. *Frankena*, *Ethics* s. 30—34.

ei anna vastausta siihen, miksi lupaus jää sitovaksi, vaikka kokonaisvaltaisesti arvioiden olisi parasta rikkoo sopimus.¹⁴⁶ Jos vain lasketaan hyöty, olennaista ei ole, kuka sen saa. Lupauksensaaja ei ole etusijalla vaikka hänen pitäisi olla. Jos nimittäin kolmannelle voidaan tehdä moninkertaisesti hyvää, ylijäävällä hyvällä voidaan kompensoida myös lupauksensaajan pettymys — näinhän on asianlaita usein taloudellisissa suhteissa. Atiyah käyttää seuraavaa yksinkertaista esimerkkiä. A omistaa laitteen, jonka hän on sopinut myyvänsä B:lle 12.000 markalla. B odottaa hyötyvänsä laitetta käyttämällä 2.000 markkaa. C haluaisi ostaa laitteen A:lta 17.000 markalla. Jos A nyt rikkoo B:n kanssa tekemänsä sopimuksen myymällä laitteen C:lle, ja maksaa B:lle 2.000, on kaikilla lopussa enemmän hyvää, myös B:llä, sillä hän saa odotustensa sijaan varmuuden. Tätä lopputulosta on kuitenkin vaikea yhdistää lupausten sitovuuden lähtökohtaan.¹⁴⁷

Lupausten sitovuutta voidaan yrittää selittää myös ns. performatiivien avulla. Performatismi on yleinen käytännöllisen filosofian suuntaus, jossa eritellään puhetekojen merkitystä yhteisöllisinä tekoina. Keskeinen analyysi kohdistuu siihen, miten puhujan lausumista tulee (vasta) tietyn yhteisön merkitysverkoston kautta tekoja, jotka aikaansaavat myös teoille ominaisia seuraamuksia. Toisin kuin utilitaristit, performatistit väittävät, että jos sanon 'lupaan', en väitä mitään vaan *teen* jotakin eli asetan itseni velvoitteen alaiseksi. Utilitaristillehan lupaus oli väite lupaaajan tulevasta käyttäytymisestä. Juuri tuo odotus ja luottamus on utilitaristille se lupauksen ohella tarvittava lisä, joka vasta saa aikaan velvollisuuden. Performatismi ei tarvitse tuota lisäosaa, mutta ei myöskään selitä, miten ja miksi formula 'lupaan' todella luo velvollisuuden.¹⁴⁸ Vaikka performatiivien avulla jäsennetty käsitys tuo siten ratkaisun lähemmäksi, se ei kuitenkaan vielä riitä.

Jatkokehittelyssään Atiyah joutuu valitsemaan kahden moraaliin liittyvän

Tekoutilitaristit vetoavat suoraan yksittäisen toiminnan ja hyödyn suhteeseen, kun taas sääntöutilitaristit yrittävät löytää sellaisia sääntöjä, joita noudattamalla saavutetaan suurin mahdollinen hyöty.

¹⁴⁶ Ks. tarkemmin *Atiyah*, *Promises, Morals and Law* s. 30–86.

¹⁴⁷ *Atiyah*, *Promises, Morals and Law* s. 71–72. Vastaavan esimerkin kritiikistä ns. law and economics -suuntauksen lähtökohtien valossa ks. *Posner*, *The Economics of Justice* s. 60–64.

¹⁴⁸ *Atiyah*, *Promises, Morals and Law* s. 99–102. Saman kritiikin esittää *Norris*, *The Contest of Faculties* s. 188, siten, että performatiivien avulla tehtävässä tarkastelussa erotetaan performatiivit eli sellaiset ilmaukset, jotka saavat aikaan jotakin, sellaisista muista ilmauksista, joilla ei luoda mitään. Performatiivisin käsittein ei kuitenkaan hänen mukaansa voida selittää, mistä puheteko voi saada taustansa ylittävän (oikeudellisen) vaikutuksen.

lähestymistavan välillä: internaalisen ja eksternaalisen. Internaalin linja katsoo, että moraalin tehtävänä on auttaa yksilöä toimimaan oikein. Eksternaalinen näkökanta painottaa kysymyksiä siitä, miksi ihmiset yleensä noudattavat moraalinormeja ja miksi on toivottavaa tai välttämätöntä, että on moraalinormeja ja että niitä kunnoitetaan. Internalistille yksittäistapausten käsittely on tärkeämpää kuin moraalisäännön yleinen soveltaminen; moraalisäännöillä ei näin ajatellen ole mitään ensisijaisia yhteisöllisiä tavoitteita. Eksternalisti puolestaan pitää moraaliala kontrollin muotona ja sellaisena hyvin samankaltaisena kuin oikeutta; lisäksi moraaliala on taloudellisesti edullista eli moraalialalla on tietty yhteisöllinen tarkoitus.¹⁴⁹ Atiyah valitsee eksternaalisen lähestymistavan, koska hänen mielestään sen avulla voidaan keskustella ongelmista rationaalisesti.¹⁵⁰ Atiyahilla esimerkkinä internalistisesta tarkastelusta on muun muassa intuitionismi, jossa moraaliarvioinnit liittyvät yksilön vaistonvaraisiin käsityksiin. Keskustelu yksilöiden vaistonvaraisista käsityksistä ei enää voi olla rationaalista. On syytä huomauttaa siitä, ettei intuitionismi ole ainoa internalismin muoto.¹⁵¹

Moraaliset velvoitteet ovat Atiyahin mukaan olemassa nimenomaan ryhmän jäsenen velvollisuuksina toisia jäseniä kohtaan. Sen vuoksi juuri eksternaalinen näkökulma antaa rationaalisen selityksen lupausten moraalille sitovuudelle. Tuollainen moraalisen sitovuuden selitys on jo ”melkein” vastaus juridiseenkin sitovuuteen, sillä eksternalistille sekä moraaliala että oikeuden taustalla on jokin sosiaalinen tarkoitus tai tarkoituksia, joita moraaliala ja oikeuden normit edistävät.¹⁵² Siten saavutetaan ydintulos. Se, että lupaukset saavat yleisesti aikaan sitovia velvoitteita, merkitsee sitä, että on olemassa yhteisö, jonka arviointi ratkaisee perustavan kysymyksen siitä, milloin toiminnalla (esimerkiksi lupaamisella) on kyky saada aikaan velvoitteita.¹⁵³ Siten on virheel-

¹⁴⁹ Atiyahin jaottelu (Promises, Morals and Law s. 123—126) internaaliseen ja eksternaaliseen vastaa näkökulmana pitkälti sitä, mitä edellä on kirjoitettu sopimusvastuun systeemin sisäisestä (internaalisesta) perustelusta ja systeemin ulkoisesta (eksternaalisesta) (syvä)justifikaatiosta.

¹⁵⁰ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 126—128.

¹⁵¹ Oikeudellisen argumentaation internalistisia näkökohtia pyrkivät kokoamaan esimerkiksi Aarnio, Alexy ja Peczenik, The Foundations of Legal Reasoning, muista kuin intuitionistisista lähtökohdista. Tuolloin rationaalisen keskustelun alue ei supistu olemattomiin.

¹⁵² Atiyah, Promises, Morals and Law s. 126.

¹⁵³ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 129: ”... that promises do in general create binding obligations entails (if one rules out of account divine morality) a social group whose judgment determines the initial question of entitlement.”

listä nähdä lupaamisessa yksilön autonomisen vallan käytön muoto, jolla ei primääristi olisi lainkaan merkitystä tai vain hyvin vähäinen merkitys yhteiskunnalle.

Atiyahin puoltama vaihtoehto on samankaltainen kuin Hartin käsitys lupaamisesta tosiasiana, jonka taustalla ovat sosiaaliset ja institutionaaliset faktat.¹⁵⁴ Ihminen ei voi lopettaa lupauksiensa pitämistä eli asettua lupausinstituutin ulkopuolelle, koska hän kuuluu jäsenenä ryhmään, jossa lupauksen sitovuutta edellyttävät normit ovat voimassa ja jonka toiminnassa lupausten sitovuus uusiutuu jatkuvasti. Yksilön yksilöllisellä hyväksymisellä ei ole merkitystä instituutin pätevyyden kannalta.¹⁵⁵ Lupauksen sitovuuden todellinen viimekätinen perusta (syväjustifikaatio) on siinä moraalis-juridisesti hyväksytys- ja yhteisön tärkeitä tavoitteita toteuttavassa sosiaalisessa praksiksessa, joka liittyy muun muassa saadun hyödyn korvaamiseen, aiheuttajan vastuuseen aikaansaamastaan luottamus pohjaisesta toiminnasta ja vastuuseen jatkuvasta yhteistoiminnasta.¹⁵⁶ Juuri näitä varten lainsäätäjä on puolestaan pyrkinyt antamaan optimaalisen sääntelyn, jossa on käytetty hyväksi lupauksen evidentaarista merkitystä. Näin ajatellen ymmärrämme helposti muutamat arkisen käytännön tilanteet, jotka ovat olleet tahtomallille lähes ylitysepäsemättömiä. Ymmärrämme helposti, miksi henkilö joutuu velvoitetuksi sellaisissakin tilanteissa, joissa hänellä ei ole ollut tahtoa tai hän on suorastaan tahtonut olla joutumatta velvoitetuksi. Ymmärrämme, miksi matkaliputta matkustaneelta peritään (positiivisen sopimusedun mukainen) lipun hinta silloinkin kun vaikuttaa selvältä, että hän on yrittänyt matkustaa aikomattakaan suorittaa maksua. Osallistuminen julkisen liikenteen yhteisölliseen käytäntöön saa aikaan sopi-

¹⁵⁴ Ks. myös *MacCormick*, Law as Institutional Fact, jossa samaa ajattelutapaa sovelletaan oikeuteen. Ks. vielä *Helin*, On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics s. 76—78 ja *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 213—229, erit. s. 220 tämentäessään omaa maltillista arvorelativismiaan: ”The purpose is not to argue that any value system whatsoever is as relevant socially as from the point of view of the ideology of legal certainty. On the contrary, those values which can generally be accepted in society are significant from this point of view.”

¹⁵⁵ *Atiyah*, Promises, Morals and Law s. 113: ”It is the existence of a just practice of promising together with the principle of fairness which creates the obligation.” Kennedyn tavoin voi sanoa, että tuollaisen yhteisön perussolu on yhteiskunnan jäsen eikä yksilö (”a person-in-society rather than an individual”); *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1773 (tosin alunperin vain tuomarista altruismimallissa). Ks. myös *Collins*, The Law of Contract s. 45—46.

¹⁵⁶ Ks. myös *Atiyah*, The Rise and Fall of Freedom of Contract s. 778—779.

musvastuun, jonka juridisena esteenä ei ole tahdon puuttuminen tai päinvastainenkaan tahto.¹⁵⁷

Kun siirrytään painottamaan sopimussitovuuden yhteisöllistä taustaa, ei ole sattuma, että lopputulos muistuttaa läheisesti Durkheimin tapaa jäsentää sopimus. Sopimusta ei enää voida käsittää vain kahden sopimuspuolen suhteeksi, vaan kolmitahoiseksi, jossa valtio kolmantena vahvistaa sallitun sopimustoiminnan rajat. Tätä ulottuvuutta on tapana nimittää sopimuksen ei-sopimukselliseksi elementiksi.¹⁵⁸

Samantapaiseen yhteisöllisyyteen johtaa myös Rawlsin käyttämä, yhteiskuntasopimukseen perustuva lähestymistapa. Sen sisältämä oikeudenmukaisuusvaatimus tarkentaa ne (yleisemmän tason) puitteet, joiden valitessa ihmiset voivat pyrkiä tavoitteisiinsa.¹⁵⁹

Atiyahilla on myös kunnianhimoisempi, koko velvoiteoikeutta koskeva ajatus siitä, että velvoiteoikeuden kolmijako — sopimus, vahingonkorvaus, edunpalautus — voitaisiin palauttaa niille yhteisiin tausta-ajatuksiin ja nostaa nämä vaatimukset, saadun hyödyn korvaaminen, perustellun luottamus pohjaisen toiminnan suojaaminen ja oikeuksien ja velvollisuuksien perustaminen ja kumoaminen tahdon nojalla, *suoraan* vastuuperusteiksi.¹⁶⁰ Atiyahin mainitsemat näkökohdat on tässä teoksessa kuitenkin jäsennetty sopimusoikeuden periaatteiksi, joista esitettyjä taustaideoita vastaavat samassa järjestyksessä koh-

¹⁵⁷ Myös *Madsen*, Privat retsstiftelse — om kontrakt og delikt s. 611—612, päättyy samaan lopputulokseen analysoidessaan myymälävarkauden yrityksestä kiinnijääneen henkilön sopimusoikeudellista velvollisuutta maksaa tavarain hinta liikkeen sitä vaatiessa. Ks. myös *Takki*, Sosiaalityyppinen käyttäytyminen sopimusvastuun perustana s. 381.

¹⁵⁸ Durkheim kirjoittaa teoksessaan *The Division of Labor in Society* s. 215: "A contract is not sufficient unto itself, but is possible only thanks to a regulation of the contract which is originally social. . . . If, in principle, society lends it an obligatory force, it is because, in general, the accord of particular wills suffices to assure, with the preceding reservations, the harmonious coming together of diffuse social function." Ks. myös *Röhl*, Die ausservertragliche Voraussetzungen des Vertrages s. 435 ss. ja *Klami*, Ihmisen säännöt s. 363: "sopimuskäyttäytyminen merkitsee perimmältään osallistumista tuotannollisen ja vaihdannallisen toiminnan instituutioihin, joihin ei voi vaikuttaa konflikteja sääntelemällä, eikä vain sääntelemällä sopimuksia. Kysymys on siitä, halutaanko tiedostaa *makrosääntelyn* tarve, joka on ilmeinen, ja *josta yksilöt eivät voi sopia*." (alkuperäinen korostus poistettu, korostus lisätty, JP).

¹⁵⁹ *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 31. Hänen tarkastelussaan oikeuksien (rights) käsite edeltää hyvän (good) käsitettä eikä päinvastoin kuten esimerkiksi utilitarismissa.

¹⁶⁰ Ks. tarkemmin *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* s. 4, 768 ja 778—779. Tätä ehdotusta on kommentoinut laajasti mm. *Burrows*, *Contract, Tort and Restitution — A Satisfactory Division or Not?* s. 217—267. Säännösten taustatekijät, sen funktiot, kohottaa suoraan juridisen arvion keinoiksi myös Lahtinen *muoto-funktio -analyysil*aan, ks. siitä esim. *Aarnio*, *Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä*.

tuus, vaihdannan intressi ja sopimusvapaus. Kuten Atiyahkin huomauttaa, useat ongelmat voidaan tarkentaa niiden keskinäisiksi erisuuntaisuuksiksi eli sopimus oikeuden periaatteiden väliseksi jännitteiksi.¹⁶¹

Sosiaalisen praksiksen mallin ideaa voi luonnollisesti soveltaa myös omistukseen. Tällaista uutta omistuskäsitettä on hahmotellut esim. Carol C. Gould. Hänen tarkastelunsa perustuu ajatukseen siitä, että ihminen on sekä yksilöllinen että yhteisöllinen agentti. Tätä vastaa kaksi omistusmuotoa: henkilökohtainen omistus ja sosiaalinen omistus. Jälkimmäiseen jokaisella toimintaan osallistuvalla on yhtäläinen oikeus. Omistuksen osatekijöistä saavat siinä juridista merkitystä erityisesti hallinta, käyttö ja hallinto.¹⁶²

3.2. Oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmalli — kehittäjä

Atiyahin tarkasteluihin perustuva malli, jonka tässä jaksossa kehiteltävää muotoa kutsun *yhteisöllisen käytännön malliksi*¹⁶³, merkitsee askelta eteenpäin niin tahtomallista kuin luottamusmallistakin. Atiyah pitää silmällä ongelmaa *lupausten* sitovuudesta. Tätä ajattelutapaa voidaan laajentaa, erityisesti kun havaitaan sopimustodellisuuden muuttuneen tavalla, jossa aidolle lupaamiselle jää — sekä lukumääräisesti että merkitykseltään — yhä vähäisempi osuus.¹⁶⁴ Ei ole enää syytä ottaa ”lisäaskelta” ja pohtia asiaa lupaamisen kannalta, vaan voidaan kysyä suoraan kulloisenkin yhteisöllisen käytännön oikeudenmukai-

¹⁶¹ Ks. *Atiyahin*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* s. 779 ja *Essays on Contract* s. 47, selostamaa keskustelua.

¹⁶² Ks. tarkemmin *Gould*, *Contemporary Legal Conceptions of Property and their Implications for Democracy* s. 583—594. Ks. myös *Eriksson*, *Om äganderättens motivering*. Ks. vielä *Ungerin*, *The Critical Legal Studies Movement* s. 698—699, esittämää ajatusta yhteiskunnan eri ryhmien käyttöön määrääjäksi asetettavasta, julkisesti valvotusta pääomasta.

¹⁶³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* s. 48, kirjoittaa Hartin käsityksestä (the social rule theory): ”It argues, in its strongest form, that no rights and duties of any sort can exist except by virtue of a uniform social practice recognizing these rights and duties.” Myös *Dworkin*, m.t. s. 57, katsoo tarpeelliseksi täydentää tuollaista lähtökohtaa käytännölle asetettavalla sisällöllisellä vaatimuksella. Tällöin yhteisöllisen käytännön justifioiva merkitys korostuu sen sääntöjä konstituoiavan merkityksen sijasta. Myös *Helin*, *On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics* s. 78—82, antaa keskeisen merkityksen yhteisölliselle käytännölle. Sopimusoikeuteen on vastaavaa ajattelutapaa sovellettu erityisesti Tanskassa, ks. siitä *Madsen*, *Privat retsstiftelse — om kontrakt og delikt* 609—613 ja siinä viitattua keskustelua sosiaaliadekvanssista.

¹⁶⁴ Ks. *Aurejärvi*, *Sopimusoikeuden teoria ja jälkiteollisen yhteiskunnan sopimukset*. Ks. myös *de Moor*, *Are Contracts Promises?*

suutta. Juuri tällöin toisaalta lupaamiselle ja yleisemmin oikeussubjektin tahdonilmaisulle, toisaalta luottamukselle jää systeemisäisäisesti — sinänsä hyvin keskeinen — evidentaarinen merkitys. Sen sijaan niille ei enää jää systeeminkoaisesti yksityisautonomiaan palautuvaa sopimussitovuuden, tai vastavasti vaihdannan intressin kautta taloudelliseen vaurauteen palautuvaa rationaalisen perustelun (syväjustifikaation) merkitystä. Päämerkityksen sopimussitovuuden selityksessä saavat yksilön sijasta yhteisö ja sen ylläpitämät oikeudenmukaiset instituutit. Vain tuollaisten instituuttien kriteerit täyttävä toiminta voi aikaansaada sitovia velvoitteita.¹⁶⁵

Stig Jørgensen luonnehtii mainittua muutosta kolmivaiheisena ja osana laajempaa kokonaisuutta. (1) Primitiiviset valtio- ja tuomioistuinorganisaatiot perustuvat vahvoin statussuhteisiin ja heikosti kehittyneeseen sopimusoikeuteen. Omistus- ja perintöoikeus ovat yhteisöllisesti ja objektiivisesti painottuneita. (2) Kaupungistumisen ja kaupankäynnin vilkastumisen takia individualismi tulee tyypilliseksi oikeussääntöjen kokonaisuudelle. Yksilön tahtoon perustuva sopimus ja yksilön yksilöllisten ominaisuuksien perusteella määritetty vastuu kehittyvät yksityisen omistusoikeuden ja tahtoon perustuvan perinnön siirtymisen (testamenttausvapaus) kanssa. Subjekttiivinen oikeus määritellään tahdonvallan alueeksi. (3) Muutos käsityöläisten ja talonpoikien muodostamasta yhteisöstä teollisuusyhteiskunnaksi ja liberalismista markkinataloudeksi aikaansaa suuntauksen poispäin vapaudesta ja kohti sosiaalista oikeudenmukaisuutta.¹⁶⁶

Sosiaalisen praksiksen malli on yritys hahmottaa normiston tarkastelua varten uusi sopimusmalli siitä perusmateriaalista (oikeusnormeista systeemi-impulsseineen), joka jää jäljelle, kun formaalin tahtomallin ja luottamusmallin dikotomiat puretaan jatkumoiksi. Tuollaisten jatkumoiden pohjalta on pystyttävä tekemään uudelleen perustavin kaksijakoluokitus sopimus / ei sopimus. On pystyttävä tunnistamaan ne tilanteet, joihin liittyy sopimusvastuu. Nämä on pidettävä erillään tilanteista, joissa osapuolten välillä ei ole sopimussuhdetta. Sopimuksen uuden peruskäsitteen on avattava lupaavia syväjustifi-

¹⁶⁵ Samoin *de Moor*, *Are Contracts Promises?* s. 104: "A fresh approach would seek to ground contractual liability in the value for individuals to be able to create 'special bonds' between themselves and others, capable of grounding special obligations and corresponding rights. It would radically abandon the notion of promise: special bonds may take various institutional forms the justification of which need not necessarily be related to the moral force of promises."

¹⁶⁶ *Jørgensen*, *Vertrag und Recht* s. 138. Ks. myös *Nial*, *Från individualism till kollektivism*.

kaationäkymiä ja sillä on oltava ongelmanratkaisukykyä. Kuten nimestäkin näkyy, uuden systeemi-idean ydin on yhteisöllinen käytäntö, ei kuitenkaan millainen käytäntö tahansa, vaan ainoastaan *oikeudenmukainen* käytäntö. Juuri oikeudenmukaisuus on vedenjakaja yhteisöllisten käytäntöjen välillä. Joko instituutti (käytäntö) läpäisee testin tai sitten ei. Testin tulos ei ole mikään enemmän tai vähemmän -ratkaisu, vaikka sen käytössä tietenkin on rajatapauksia. Oikeudenmukainen yhteisöllinen käytäntö on ongelmanratkaisukyvyn kannalta samassa asemassa kuin vapaiden tahtojen konsensus tai perusteltu luottamus. Kohtuusperiaate välittää sopimussitovuuden syväperustaa koskevan kannanoton sopimussysteemiin. Uuden justifikaation seurauksena oikeusperiaatteet jäsentyvät ja järjestyvät yleisellä tasolla uudessa mallissa uudella tavalla.¹⁶⁷

Miksi sitten vastuun perustaa on uudessa mallissa täsmennetty oikeudenmukaisuuden vaatimuksella? Miksei sitovuutta ole liitetty kaikkiin sosiaalisen praksiksen muotoihin? Tai miksei ole pitäydytty ”välilliseen kontrolliin” testaamalla vain yleisesti lupausinstituutin oikeudenmukaisuutta? Vastaukseksi on jo ehditty viitata sopimusmalliin sisältyvän vastuukriteerin yhteyteen syväjustifikaatioon. Jos vastuukriteerillä ei ole syväjustifikaatioulottuvuutta, jos vastuukriteeri on puhtaan deskriptiivinen eli vain systeemin sisäisin ehdoin määriteltä, ei systeemi-idealla ole minkäänlaista normiston systeemi-impulsseja (ja muodollisen logiikan) ylittävää systematisoivaa merkitystä. Käytännön seurauksena tästä on se, ettei sopimusoikeuden oikeusperiaatteille pystytä antamaan niille kuuluvaa merkitystä oikeussysteemissä ja sitä kautta ratkaisutoiminnassa. Vastaavasti kannanotot siitä, mitkä ovat pääsääntöjä ja mitkä poikkeuksia, jäävät määrältään vähäisemmiksi eivätkä ole kontrolloitavissa systeemin suhteen.

Edellä kuvatussa lupausten sitovuuden perustelussaan Atiyah käyttää tärkeällä tavalla hyväkseen Rawlsin tapaa määritellä oikeudenmukaisuus. Sen mukaan lupausinstituutti on oikeudenmukainen, mikäli yhteisön jäsenet sisällyttäisivät yhteiskuntasopimukseensa sitovat lupaukset yhdeksi yhteiskunnan instituutiksi. Lupausten sitovuus ei siten ole yhteisön jäsenen luonnollinen velvollisuus — kuten esimerkiksi ihmiselämän kunnioittaminen — vaan yhteisössä tehtyyn valintaan perustuva velvoite. Rawls perustelee tuota valintaa viittamalla siihen, että jos olisi valittava lupausten sitovuuden ja niiden merkityk-

¹⁶⁷ Ks. myös *Collinsin*, *The Law of Contract* s. 143, hyvinvointivaltion sopimuskäsitteen määrittelyä: ”The modern law purposes a new theory of legitimacy for contract which necessarily involves a test of fairness. The modern law insists that contracts are legitimate only when they satisfy goals of distributive justice consistent with the ambitions of the Welfare State. Consequently, the criterion of fairness becomes central to the modern law.”

settömyyden välillä, valittaisiin edellinen vaihtoehto. Vaikka lupauksen sitovuus valittaisiin sillä perusteella, että se on hyödyllisempi yhteisölle kuin päinvastainen lähtökohta, ihmistä ei kuitenkaan vapauta sopimusvelvoitteesta (pelkästään) se, ettei hän *in concreto* saanut hyötyä lupauksestaan. Tähän johtaa ns. reiluuden periaate: jokaisen yhteiskunnan jäsenen yksilöllisenä velvollisuutena on hyväksyä reilusti myös henkilökohtaiset menetyksensä edellyttäen, että instituutti täyttää edellä sanotun oikeudenmukaisuuden vaatimuksen.¹⁶⁸

Instituutille asetettua oikeudenmukaisuuden vaatimusta on mahdollista tarkentaa eri tavoin. Rawlsin edustaman ns. proseduraalisen oikeudenmukaisuuskäsityksen nojalla vaatimus on täytetty, jos instituutti kuuluu osana sellaiseen yhteiskuntasopimukseen, jonka kaikki ihmiset voisivat periaatteessa hyväksyä, jos he eivät tietäisi omaan asemaansa liittyviä erityisintressejä. Sisällöllinen oikeudenmukaisuuskäsitys taas edellyttää instituutin (välitöntä) vertaamista oikeudenmukaisuuden materiaaliin tunnusmerkkeihin. Kysymys oikeudenmukaisuuden kontrolloitumisesta sisällöllisin mittarein on kulttuurista koskeva kysymys. Tällöin *kulttuuriperintöön sisältyvillä lähtökohdilla* on painavampi merkitys kuin loppuun saakka kaikkien hyväksymillä tuloksilla (johtopäätöksillä).¹⁶⁹

Suomalaisessa elämänmuodossa hyvä esimerkki tästä on se, että vaikka yh-

¹⁶⁸ Rawls, A Theory of Justice s. 111—112.

¹⁶⁹ Ks. myös Dworkin, Taking Rights Seriously s. 125—126, jossa tuomari Herkules päätyy käsitykseensä kansalaisten oikeuksista ottamalla jo huomioon yhteisön moraaliperinteen: ”When Hercules fixes legal rights he has already taken the community’s moral traditions into account, at least as these are captured in the whole institutional record that it is his office to interpret.” Tämä kuvastaa myös eroa positiivisen ja kriittisen moraalien välillä. Yhteiset lähtökohdat ovat se tausta, johon esitettyjä moraalikäsitteitä on verrattava ja täsmennettävä. *Kriittisellä moraalilla* tarkoitetaan tietyssä yhteisössä tietyssä aikana parhaiten perusteltua tai perusteltavissa olevaa moraalijärjestelmää. Se on pidettävä erossa ns. *positiivisesta moraalista*, joka on kansalaisten keskuudessa vallitsevien moraalikäsitteiden kokonaisuus. Nämä kaksi moraalien tyyppiä ovat luonnollisesti jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään. Vrt. tältä osin keskenään kirjoituksia J. Tolonen, Oikeus ja moraalit s. 73—79 sekä Heinonen, Oikeuden ja moraalien suhteesta s. 80—83, joista Tolonen tarkastelee moraalitieteellistä kulttuuri-ilmiötä ja Heinonen kansalaisten moraalikäsitteitä. Ks. myös Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I s. 62—67. — Myös Rawlsin oma ehdotus siitä, millaiseen sisällölliseen oikeudenmukaisuuden käsitteeseen päädyttäisiin, jos sen muodostamisessa noudatettaisiin menetelmällisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksia, on yksi yritys täsmennää tuollaisia yhteisiä lähtökohtia. Hän tarkentaa ne oikeudenmukaisuuden kahdeksi periaatteeksi. Ensimmäisen mukaan kaikille kansalaisille on turvattava yhtäläinen perusvapaus. Toiseksi eriarvoisuuksien on perustuttava asemiin, jotka ovat avoimia kaikille ja niiden on tuotettava mahdollisimman paljon hyötyä kaikille, erityisesti yhteisön huono-osaisille. Ks. tarkemmin Rawls, A Theory of Justice s. 60—75.

teiskunnallista oikeudenmukaisuutta pyritään edistämään monen erilaisen toimintaohjelman mukaisesti, kaiken käsitteellisen häilyvyyden takana tuntuu olevan tietty yhdistävä ydin sekä vapauden että oikeudenmukaisuuden käsittämisessä.¹⁷⁰

Jos sopimusinstituutin sitovuuden (ja sopimuksen määritelmän) arvosidonnaisuus¹⁷¹ tunnustetaan — sitähan ei ole pakko tunnustaa¹⁷² — niin kuin tässä työssä on tehty, tulee tärkeäksi pohtia oikeudenmukaisuusvaatimuksen sisältöä. Tällaisten arvopitoisten lähtökohtien ja niistä muodostuvan justifikaation täytyy ensinnäkin täyttää *relevanssin vaatimus*.¹⁷³ Arvolähtökoh-tien täytyy olla sellaisia, jotka ovat olleet merkittäviä oikeudelliseen sääntelyynkin palautuvalla tavalla. Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus on selvästi yhteiskuntamme keskeisiä arvoja. Juuri sen vuoksi uusi sopimusmalli ei vältä — kuten eivät edeltäjänsäkään — yhteiskunnallisen keskustelun vaikutuksia. Oman ajan yhteiskunnallinen keskustelu määrittää syväjustifikaation argumenttien sisällöt ja siirrot, lyhyesti justifikaation perussävy.

Arvosidonnaisuus ei kuitenkaan yksin ole *riittävää*. Samaan tapaan kuin sopimusvapaus ei ilman lisäoletusta voi selittää sopimusten sitovuutta, ei oikeudenmukaisuuskaan voi selittää sopimusten sitovuutta ilman lisäoletusta. Tahtomallisissa lisäoletus, juridinen selitys, oli vastuu vapauden käytöstä, luotamusmallissa toisen intresseille aiheutetun haitan hyvittäminen ja tässä sosiaalisen praksiksen mallissa *sopimussuoritusten tasapaino*. Kaksi viimeksimäinnittua selitystä perustuu sopimuksen tarkasteluun sosiaalisen distribuution keino-na.¹⁷⁴

Sopimusinstituutin oikeudenmukaisuusvaatimusta tasapainon merkityksessä voidaan perustella myös sillä muodollisella tavalla, jota Rawls käyttää yleisen oikeudenmukaisuuden määrittelyyn. Perusteluna voidaan nimittäin viitata siihen valintaan, jonka ihmiset tekisivät, jos he eivät tietäisi, kumpana sopimuspuolena he myöhemmin olisivat. Tällöin olisi rationaalista hyväksyä ainoastaan sellaiset sopimustyytit, jotka eivät merkitse ihmisten yhdenvertaisuuden loukkausta hyödyttämällä tyypillisesti vain toista sopimuspuolta.

¹⁷⁰ Ks. myös jäljempänä jaksoa Sopimus ja demokratia s. 232—233.

¹⁷¹ Juuri arvosidonnaisuuden vuoksi sopimussitovuuden syväjustifikaatio on *samalla* jonkin oikeusperiaatteen johtaminen (hyväksyttäväksi osoittaminen) sopimusoikeuden järjestelmään.

¹⁷² Vrt. esim. *Zitting*, ”Puhtaan” oikeudellisen ajattelun vaatimuksesta käytännössä.

¹⁷³ Ks. edellä s. 99—100 adekvaattisuusehdosta kirjoitettua.

¹⁷⁴ Ks. esim. *Kronman*, Contract Law and Distributive Justice ja *Collins*, The Law of Contract, *passim*, erit. s. 137—143.

Tällaiselle perustelulle on utilitaristisen moraalifilosofian mukainen selkeä vastaväite: vedotaan siihen hyötyyn, joka epäoikeudenmukaisista sopimustyypeistä kuitenkin koituu koko yhteisölle ja joka on suurempi kuin se haitta, joka aiheutuu epätasapainoisten sopimusten vuoksi menetyksiä kärsiville sopimuspuolille. Tämän vasta-argumentin vaikeudet ovat utilitarismin yleisiä ongelmia. Siinä joudutaan muun muassa lähtemään siitä, että käsitys hyvästä edeltää käsitystä oikeasta. Käsitys hyvästä antaa mittapuun sille, millaista oikeuden tulisi olla. Oikeuden arviointi muuttuu instrumentaaliseksi ja oikeuden (muodollista) tavoiterationaalisuutta korostavaksi.¹⁷⁵

Kehittyneempiä vastaväitteitä olisivat vetoaminen vapauteen tai heikompien aseman parantamiseen. Niiden ongelma sopimusinstituuttiin sovellettuna on siinä, että ne näyttävät johtavan yleisellä tasolla täysin vastakkaisiin lopuarviointeihin, jolloin ratkaisu perustuisi yksinomaan niiden merkittävyyksien vertailuun. Tilanteessa, jossa ne ovat vahvuudeltaan hyvin lähellä toisiaan, on rationaalista olla käyttämättä sopimusinstituutin ongelman ratkaisuun kumpakaan niistä. Sen sijaan kehitetään eräänlainen niistä johdettava välillinen tunnusmerkki, tasapaino. Tasapainoisuuden tyyppivaatimus yhdistää vapauden kunnioittamisen ja heikomman hyvittämisen vaatimukset tilanteessa, jossa yhteiskunnassa vallitsee sopijapuolten tosiasiallinen erivahvuisuus. Tällaisissa oloissa sallitun vapauden käyttö johtaa nimittäin siihen, että vahvempi saavuttaa itselleen edullisempia tuloksia käyttämällä keskimäärin epäoikeudenmukaisia sopimustyyppejä.¹⁷⁶ Toisaalta heikomman suosiminen merkitsee tuon asiantilan korjaamista heikomman osapuolen hyväksi. Sitä tulosta, jota tuollainen arviointiprosessi approksimoi, voidaan luonnehtia instituuttia koskevaksi tasapaino -vaatimukseksi. Molemmat vaatimukset voidaan *instituuttiarviossa* yhdistää *välittömäksi* etukäteiseksi ehdoksi instituutin keskimääräisestä oikeudenmukaisuudesta. Johtopäätös, että on rationaalisempaa valita mieluummin sopimusinstituutti, jossa on vaatimus tasapainosta kuin lähtökohdaltaan vain joko vapaudelle tai heikomman hyvittämiselle perustuva järjestelmä, on seurausta siitä, että otetaan huomioon instituutin käytön sekä jo ajan-

¹⁷⁵ Ks. Rawls, A Theory of Justice s. 161—178 ja Tuori, Oikeuden rationaalisuus s. 14—18.

¹⁷⁶ Ks. voimassaolevan järjestelmän sisäisestä näkökulmasta Wilhelmsson, Vakiosopimus s. 121—122, jonka mukaan sopimus on vallankäytön ilmaus: ”Tilanteessa, jossa osapuolten välillä vallitsee epätasapainoinen voimasuhde, sisältää tosin jo itse sopimuksen tekeminen aina (hyväksytyn) vallankäytön elementin.” Ks. vielä Weber, Wirtschaft und Gesellschaft s. 439—440 siitä, miten sopimusvapauden alan kasvu epätasavertaisten markkinasuhteiden oloissa on välttämättä myös vallankäytön muoto, eikä sopimusvapauden lisäys siten tuollaisissa oloissa merkitse yhteisöllisen autonomian ja riippumattomuuden lisäystä.

kohtaistuneet että ennalta päätellyt seuraamukset. On kuitenkin tärkeää, etteivät vapaus ja heikomman hyvittäminen käy näin ajatellen merkityksettömiksi sopimusjärjestelmän arvioinnissa. Ne säilyvät edelleen itsenäisinä arviointiperusteina muille ongelmille kuin sille, onko sopimustyyppi sallittu.

Oikeudenmukaisuuden vaatimus ei siten tarkoita sitä, että kunkin sopimustyyppin käytön tulisi johtaa jokaisessa yksittäistapauksessa oikeudenmukaiseen (tasapainoiseen) lopputulokseen. Kaikki inhimillinen on puuttellista. Paras ja keskimäärin tasapainoisiin suhteisiin johtava käytäntökin saattaa johtaa epäoikeudenmukaiseen lopputulokseen yksittäistapauksessa. Jos kuitenkin jo instituutti sinänsä perustuu epäoikeudenmukaisuuteen (esimerkiksi prostituutio, lapsikauppa jne), eivät siihen kuuluvat suhteet voi saada sopimussitovuuden leimaa — vaikka esimerkiksi vahingonkorvausvastuu saattaa hyvinkin tulla kyseeseen. Tahtomallissa samassa toiminnallisessa asemassa oli hyvän tavan vastaisuus. Hyvän tavan vastaisia välipuheita ei pidetty sitovina.¹⁷⁷ Tärkeä ero tahtomallin hyvän tavan vastaisuuden ja uuden sopimusmallin oikeudenmukaisuuden välillä on perusteessa, siinä, *miksi* tietty keskimääräisarvio johtaa välipuheen sitomattomuuteen. Yhteisöllisen käytännön mallissa kysymys on instituutin epäoikeudenmukaisuudesta.

Myös tapa selittää juridisesti oikeustoimikelpoisuuden rajat on erilainen eri malleissa. Tahtomalli liittää esimerkiksi alaikäisyyden aiheuttaman oikeustoimikelvottomuuden siihen, ettei henkilöllä vielä ole vapaata tahtoa, luottamusmalli siihen, ettei alaikäisen henkilön käyttäytymisen mahdollisesti herättämä luottamus kuitenkaan ole perusteltua ja yhteisöllisen käytännön malli siihen, ettei alaikäisten kanssa tapahtuva sopimuskäytäntö ole instituuttina oikeudenmukainen.

Yhteisöllisen käytännön mallissa sopimusvastuussa on edelleenkin kysymys yksittäisten oikeussubjektien välisistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Yhteisöllisyys ei siten tarkoita mitään ”yhteisövastuuta”. Kyse on siitä, että yksittäisen oikeussubjektin, yksilön, tahdolle tai käyttäymiselle edelleen annetaan oikeuksia ja velvollisuuksia luova merkitys. Kun tahdolle jää merkitystä sopimusvastuun kannalta, yhteisöllinen piirre ei tässä myöskään tarkoita yhteistahtoa vaan yksilön tahtoa *jonkin yhteisöllisen käytännön puitteissa*. Vastaa- vasti, kun luottamuksen aikaansaavalla toiminnalla on merkitystä, kyse ei ole

¹⁷⁷ Myös OikTL 28—31 ja 33 §:ssä mainittuja tilanteita ja erehdystilannettakin silloin, kun vastapuoli oli erehdyksestä tietoinen, voidaan tahtovirheiden esimerkkiluettelon ohella pitää osoituksena siitä, millainen (potentiaalinen) yhteisöllinen käytäntö sopimussasioissa ei ole (ei olisi) oikeudenmukaista.

ryhmätoiminnasta vaan yksilön toiminnasta, joka kuuluu ryhmän ylläpitämän instituutin alaan.¹⁷⁸

Äsken mainittu instituutin yhteisöllinen ylläpito konkretisoituu normaalisti laeissa. Siten legaalisten sopimustyyppien keskimääräisen oikeudenmukaisuuden kontrolli on tavallisesti helppoa.¹⁷⁹ Niillä on taustanaan vallitsevan oikeuskulttuurin keskeisen instituutin, kansanedustuslaitoksen, tunnustama ja jopa nimenomaan vahvistama yhteisöllinen käytäntö. Käytäntö ei siten merkitse mitään lukumäärään perustuvaa käsitettä. Jos sopimustyyppiä ei ole säännelty lailla, voidaan turvautua välittäviin kriteereihin, vapaaseen tahtoon tai perusteltuun luottamukseen, ja vasta jos ne argumentoidaan väistyyviksi, pohdita tilannetta suoraan itse oikeudenmukaisuuden kannalta.¹⁸⁰

Yhteiskunnan instituuttien kokonaisuuden keskimääräinen oikeudenmukaisuus on kuitenkin eri asemassa. Yhteisöllisen käytännön mallin käyttö perustuu välttämättä oletukselle, että normaalisti yhteiskunnan keskeiset instituutit ovat oikeudenmukaisia.¹⁸¹ Tuollaisen keskimääräisarvion yhtenä muotona voi pitää yhteiskunnan legitimiisyyden astetta.¹⁸² Yhteisöllisen käytännön mallilla on sitä paremmat näkymät niin syväjustifikaationsa kuin ongelmanratkaisukykynsä kannalta, mitä yhtenäisempi yhteiskunta on ja mitä legitimiimpi kansalaisiin kohdistuva vallankäyttö. Legitiimisyysarvion tarkempaan muotona sopimusoikeudessa on se, millaiseen yhteisen hyvän jakoon (sosiaaliseen distributioon) sopimus instituuttina johtaa. Näin ajatellen syväjustifikaatiota kontrolloi sopimuskäsitteen fiktiivisyys, se, että sopimus on yhteisöllinen myytti. Fiktioit ja myytit eivät nimittäin (enää) ole ”epätosia” silloin, kun niiden varaan rakentuvat monet institutionaaliset faktat. Ei siten ole kummallista, että yksi yhteiskuntamme keskeisistä instituuteista, sopimus, rakentuu fiktion va-

¹⁷⁸ Vrt. *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag s. 195—206. Samaan suuntaan *Wilhelmsson*, Social civilrätt 2. luku, roolikäsitteen avulla. Ks. myös *Atiyah*, Essays on Contract s. 43.

¹⁷⁹ On kuitenkin otettava huomioon lain ikä, syntyolot, muuttuneet yhteiskunnalliset suhteet jne.

¹⁸⁰ Näin joudutaan tekemään esimerkiksi ns. kohdunvuokravälipuheiden sopimusoikeudellista sitovuutta arvioitaessa. Ratkaisevaa on, pidämmekö toimintaa, jossa nainen vastiketta vastaan odottaa ja synnyttää lapsen ulkopuoliselle toimeksiantajalle — tai pitäisimmekö tuollaista toimintaa jos se yleistyisi — oikeudenmukaisena.

¹⁸¹ *Rawls*, A Theory of Justice s. 351—355, käyttää samanlaisesta oletuksesta ilmausta oikeudenmukaisuutta lähellä oleva tila.

¹⁸² Legitimitietin käsitteestä oikeuden suuntaan soveltaen ks. esim. *Habermas*, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich? ja *Luhmann* Gerechtigkeits in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft. Ks. myös *Aarnio*, Oikeuden legitimaatio ja *sama*, The Rational as Reasonable s. 233—235.

raan. Kysymyksen ydin ei ole fiktiivisyydessä vaan siinä, *millaisesta* fiktiivisyydestä on kysymys.¹⁸³ Fiktioiden kautta oikeuteen tulee ideaalisuutta. On tärkeä ideaali, että yhteisön instituutit ovat keskimäärin oikeudenmukaisia. Siten vastuuperusteen liittämisellä oikeudenmukaisuuteen pidetään yllä tärkeää fiktiota — samassa mielessä kuin formaali tahtomalli piti yllä fiktiota tahdonvapaudesta omana aikanaan ja luottamusmalli fiktiota vaihdannan intressin edistämisen hyödyllisyydestä omanaan.¹⁸⁴

Sosiaalisen praksiksen malli on myös uusi tapa tarkastella tahdon ja toiminnan välistä jännitettä. Kyse ei ole vain ”välittävästä” kannasta tai yhteenlaskevasta kombinaatiosta, vaan yhdistäminen on tapahtunut uudesta näkökulmasta. Tahto ja luottamus muuttuvat sopimusvastuun välittömistä kriteereistä välillisiksi kriteereiksi sille, että vastuun pohjana oleva käytäntö on oikeudenmukaista. Tahto tai luottamus muuttuvat sopimusvastuun kriteereistä sopimusvastuun kriteerin presumtioiksi.¹⁸⁵ Tahtoa ja luottamusta ei enää pidetä konstitutiivisina sopimukselle. Tämä merkitsee keskeisesti mahdollisuut-

¹⁸³ Ks. myös *Hanen*, *Theory Choice and Contract Law* ja *Kennedy*, *The Structure of Blackstone’s Commentaries* s. 215.

¹⁸⁴ Ks. HE 247/81 s. 11: ”Menettely, joka on sellaisenaan kohtuuton, ei voine kehittyä kauppataivaksi.” Vrt. yleisesti Kelsenin ”in Grossen und Ganzen” tehokkuus perusnormin pätevyyden yhteydessä. Ero Kelsenin on tässä se, että tehokkuutta luetaan materiaaliselta kannalta, ks. aiemmin II luvussa s. 32. *Durkheim*, *The Division of Labor in Society* s. 216: ”The role of society is not, then, in any case, simply to see passively that contracts are carried out. It is also to determine under what conditions they are executable, and if it is necessary, to restore them to their normal form. The agreement of parties cannot render a clause just which by itself is unjust, and there are rules of justice whose violation social justice prevents, even if it has been consented to by the interested parties.” *Hunt*, *The Sociological Movement in Law* s. 88, tiivistääkin Durkheimin käsityksen sopimuksesta siten, että vapaata tahtoa korostava sopimuskäsitys on hänen ihmisten väliseen yhteistoimintaan perustuvan ihanneyhteiskuntansa mallin vastainen. Tällainen ihanneyhteiskunta pitää kyllä voimassa sopimusten sitovuutta, mutta vain sellaisten sopimusten, jotka ovat läpäisseet niiden sosiaalista oikeudenmukaisuutta koskevan testin. — Normiteoreettiselta kannalta oikeudenmukaisuusvaatimus merkitsee sitä, että sopimusinstituutin normit eivät ole pelkästään kompetenssinormeja, vaan myös käyttäytymisnormeja tai — Hartin terminologialla (*The Concept of Law* s. 91–96), mutta toisin kuin hän olettaa — sopimusnormit ovat myös primäärisääntöjä eivätkä vain sekundäärisiä muutossääntöjä (rules of change).

¹⁸⁵ Vrt. *Karlsgrenin*, *Passivitets* s. 235, huomautukseen siitä, kuinka passiviteetti voi olla toisinaan konstitutiivista sopimukselle ja toisinaan todistuskeino. Vrt. myös työoikeudessa muutokseen tavassa ymmärtää ns. perussuhdeteorian välittömät (ja välttämättömät) kriteerit, sopimustunnusmerkki, työntekemistunnusmerkki ja direktiotunnusmerkki, vain välillisiksi (ja presumtiivisiksi) ns. sosiaalisen työntekijäaseman olemassaolosta; esim. *Kairinen*, *Perussuhdeteoriasta* s. 263 ss. ja *Sarkko*, *Työoikeus* s. 29–30, joka tosin pitää mahdollisena koota eri näkökohdat kokonaisarvosteluksi direktiotunnusmerkin välityksellä.

ta poiketa sopimusvastuusta, vaikka toinen tai molemmat välilliset kriteerit olisivatkin täyttyneet, jos instituutti ei läpäise oikeudenmukaisuuskontrollia (välillön kriteeri) eli esimerkiksi ei ole oikeudenmukaisuussyihin perustuvien oikeussääntöjen mukainen, loukkaa perustavia ihmisoikeuksia, jne. Jos instituuttia ei pidetä keskimäärin oikeudenmukaisena, siinä ei voi syntyä *sopimusvastuutilanteita*.¹⁸⁶

Sen vuoksi ei ole ristiriitaista jäsentää yhteisöllisen käytännön mallin avulla sellaista sopimusoikeudellista normistoa, jossa kunnioitetaan sopimusvapauden periaatetta. *Sopimusvapauden periaate optimointikäskynä on toteutettavissa vasta sen jälkeen kun tilanne on hahmotettu sopimussuhteeksi*. Sopimusvapauden periaatteella ei voi argumentoida sopimuksen ”yli”. Kysymys siitä, mikä on sopimus, ei ratkea yhteisöllisen käytännön mallissa — toisin kuin tah-

¹⁸⁶ Vrt. toisin hyvän tavan vastaisuuden kannalta OikTL 36 §:ää edeltänyt oikeudesta työntekijän tekemisiin keksintöihin annetun lain 9.2 §:n ja voimassaolevan työsopimuslain 48.3 §:n sovittelusäännöt, joissa sovitteluperuste ilmaistaan lausumalla ”hyvän tavan vastaista tai muutoin kohtuutonta”. Kun sovittelu edellyttää sitovaa oikeustointia, olisi hyvän tavan vastaista sopimusta tai sopimusehtoa siten pidetty sitovana. Esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 392, toteavat kuitenkin selvästi, että hyvän tavan vastainen oikeustoimi on pätemätön. Säännösten tarkoitus lieene kuitenkin ollut täsmentää, että jos jokin välipuhe on *melkein* hyvän tavan vastainen, sovitteluun on hyviä perusteita. Vrt. kuitenkin myös *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 525: ”Tarkoitin sillä (kohtuullistamisella, JP) sitä, että oikeustoimella, yhdellä tai useammalla, aikaansaatu oikeussuhde, jota tuomioistuin tai — eräissä tapauksissa — muu viranomainen pitää *hyvän tavan vastaisena* tai muutoin kohtuuttomana, tuomioistuimen tai muun viranomaisen päätöksellä määrätään saatettavaksi voimaan sisällöltään siten tarkistettuna, että oikeussuhteelle vahvistettu uusi sisältö on hyvän tavan mukainen ja kohtuullinen tai ainakin kohtuullisempi kuin alunperin perustettu oikeussuhde.” (korostus JP). Ks. tarkemmin V luku s. 293—294. Huomattakoon myös, että tavallisesti erityisissä sovittelusäännöissä oli täsmennetty hyvä tapa jollakin alalla vallitsevaksi, esim. osamaksukauppain 7.1 §, velkakirjalain 8 §, teki-jänoikeuslain 29 §, vanhan huoneenvuokralain 48 § ja maanvuokralain 4.2, 7.2., 29 ja 56 §. Samoin *Aho*, m.kirj. s. 527. — Suomen velvoiteoikeudessa ei liene systemaattisesti selvitetty hyvän tavan vastaisuuden juridisia ongelmia, vaan hyvän tavan vastaisuutta on käsitelty erityisten ongelmien yhteydessä. Ks. esim. *Vihma*, Sopimussakko s. 37 viite 22, s. 99, 125, 160—163 ja 173, *Wrede*, Laki oikeustoimista s. 109 ja *Kivimäki*, Siviilioikeuden yleiset opit s. 124—132. Ks. myös *Flume*, Rechtsgeschäft s. 22 siitä, miten BGB 138 §:n hyvän tavan vastaisuuden kieltoa käytetään silloin kun sopimus rajoittaa perusoikeutta. Ks. vielä *Klami*, Om reglering av avtal s. 207—208: ei ole pakko hyväksyä varauksitta niitä erivahvaisia taloudellisia ja muita voimasuhteita, joiden ilmaus sopimus on: ”Om avtalen beror på marknadsförhållanden som vi i princip inte kan acceptera, bör vi undvika att ta avtalen till utgångspunkt för en reglering av transaktioner människor emellan.” Muistettakoon kuitenkin, että Klami kirjoittaa yleisellä tasolla siitä kysymyksestä, miten ihmisten (sopimus)käytäytymistä voitaisiin säännellä.

tomallissa — sopimusvapauden periaatteen vastinparina olevan tahdonvapauden käytön nojalla, vaan sopimusvapauden kuten muidenkin sopimusoikeuden periaatteiden, vaihdannan intressin ja heikomman hyvittämisen, soveltuminen edellyttää, että tilanne on tunnistettu sopimukseksi.

Kun vastuuperusteena on osallistuminen sosiaalisen käytännön luomaan ja ylläpitämään instituuttiin, *yksilöllisellä* erehdyksellä ei ole merkitystä. Henkilöä, joka toimii erehdyksessä esimerkiksi myyjän tavoin, ei kuitenkaan (keskimäärin arvioiden) kohtaa mikään kohtuuton (epätasapainoinen) seuraamus. Seuraamusten laji ja sisältö riippuu suoraan henkilön sosiaalisesta toiminnasta, jossa hänelle presumoituu tietty tavoitteiden ja motiivien rakenne. Vaikka hänen yksilölliset tavoitteensa poikkeaisivat niistä tietoisestikin (esimerkiksi hän haluaa matkustaa ilmaiseksi noustessaan kulkuvälineeseen), hän joutuu normaaliin sopimusvastuuseen (matkalipun hinnasta) osallistuessaan julkisen liikenteen yhteisölliseen käytäntöön.¹⁸⁷

Kriittiseen siviilioikeustieteeseen luettavat tutkijat ovat monissa länsimaissa esittäneet, että sopimusvapauden ja kohtuuden suhde pitää muuttaa siitä mikä se on perinteisessä sopimusajattelussa. Kohtuudesta pitää tehdä pääsääntö sopimusvapauden sijaan ja sopimusvapaudesta poikkeus.¹⁸⁸ Jos äsken esitetystä vaatimuksessa säännöllä tarkoitettaisiin oikeussääntöä tämän teoksen II luvussa täsmennetyssä merkityksessä, vaatimus olisi mahdollinen vain pitämällä sopimusoikeutta pitkälti oikeussääntönä. Jos sopimusnormiston olennainen osa on periaatteita, mikään ”nurinkääntämisen” vaatimus ei kuitenkaan ole riittävän täsmällinen. Sopimussysteemi ei ole niin ohut että se sisältäisi vain kannanoton tuohon pääsääntö-poikkeus -ongelmaan. Kriittisen siviilioikeustieteen vaatimuksille ei tehdäkään oikeutta, jos ne tulkitaan noin suppeasti. On erotettava yleisyys ja pääsääntöisyys. Jokin periaate voi olla yleinen periaate ilman, että sen täytyisi samalla olla pääsäännön perusteleva johtava periaate. Uusi pääsääntö-poikkeus -vaatimus olisi *lähtökohta* systeemin muutokselle. Tuollainen poikkeuksien muuttaminen pääsäännöiksi olisi yksi — mutta vain yksi — muutoksen muoto jos sopimusvastuu perustetaan oikeudenmukaiselle yhteisölliselle käytännölle. Tämän teoksen termin vaatimuksena olisi se, että kohtuusperiaate pitää nostaa systeemissä *prima facie* -asemaan sopi-

¹⁸⁷ Vrt. tältä osin *Köndgenin*, *Selbsbindung ohne Vertrag* s. 233—271, pyrkimykseen yhdistää sopimustasapaino luottamuskäsitteen erittelyyn juristien roolien avulla.

¹⁸⁸ Ks. esim. *Reifner*, *Alternatives Wirtschaftsrecht* s. 76—94 ja Unger, *The Critical Legal Studies Movement* s. 625—647. Ks. myös *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 23—27 ja 141—142.

musvapauden tilalle.¹⁸⁹ Jos kohtuudesta tulee johtava periaate, sen mukaisia sääntöjä olisi syytä pitää pääsäännön ilmauksina ja sen vastaisia poikkeuksina. Jos sopimusvapauden periaatetta ja kohtuusperiaatetta ei pidetä täysin vastakkaisina, tuollainen muutos ei myöskään merkitse täydellistä muutosta pääsääntö-poikeus -luokittelussa, vaan osa entisistä pääsäännöistä voi jäädä edelleen pääsäännöiksi. Kaikkia entisiä pääsääntöjä ei myöskään tarvitse tehdä poikkeuksiksi, vaan ne voivat jäädä ”tavallisiksi” säännöiksi.

Yhteisöllisen käytännön mallin tarkempi sisältö tulee näkyviin niissä muutoksissa, joita sopimusoikeuden oikeusperiaatteiden sisällössä ja keskinäisissä suhteissa tapahtuu. Tässä III luvussa käsitellään yleislinjoja länsimaissa, IV ja V luvuissa erityisesti Suomessa.

4. OIKEUSPERIAATTEET JA SOPIMUSMALLIEN MUUTOS

Sopimusoikeuden järjestelmässä periaatteiden keskinäisiä suhteita voidaan alustavasti havainnollistaa periaateympyröillä.¹⁹⁰ Jos ympyrät leikkaavat toisiaan, periaatteet ovat osaksi päällekkäisiä. Ympyröiden leikkauskohtia on usein vaikeaa — ja tarpeetontakin — sijoittaa riidattomasti vain toisen periaatteen alueelle. Periaatteiden päällekkäisyys saattaa johtua kahdesta eri tekijästä. Ensiksikin periaatteet on voitu määritellä sopimusmallin avulla tavalla, joka tekee niiden intensioista, merkityssisällöistä, kokonaan tai osaksi päällekkäisiä. Esimerkiksi sopimusvapautta voidaan pitää kohtuuden välttämättömänä ja riittäväenä tunnusmerkkinä. Toiseksi päällekkäisyys saattaa olla seurausta siitä, että sopimusmallin taustana on sellainen sisällöllinen, arvoja ja tavoitteita koskeva normatiivinen oppi, jonka soveltaminen merkitsee sitä, että samat näkökohdat saavat samanlaisen merkityksen kummassakin periaatteessa. Periaatteiden soveltumisala, niiden ekstensio on sama. Esimerkiksi tahtomalli voi sisältää sellaisen normatiivisen yhteiskuntakäsityksen, jonka valossa osapuolten mahdollisimman suuri yksityisautonomia on *sekä* sopimusvapauden periaatteen *että* vaihdannan intressin periaatteen edellyttämä.

¹⁸⁹ II luvun normien vahvuusluokituksen perusteella voidaan myös huomauttaa, että merkittävää on jo tietyn normin, esimerkiksi sopimusvapauden, johtavan periaatteen aseman horjuminen. Uuden johtavan periaatteen perusteleminen on tältä kannalta vahvempi siirto, jota motivoi muutoin alhaiseksi jäävä ongelmanratkaisukyky.

¹⁹⁰ Ks. myös *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 190, joka havainnollistaa sovittelun ja sosiaalisen suoritusasteen suhteita ympyröillä, joiden alat menevät osaksi päällekkäin.

4.1. Periaatteiden määritelmät, sisältö ja systeemi-arvo

Oikeusperiaatteiden keskinäiset suhteet perustuvat tarkemmin kolmenlaisiin ratkaisuihin. Ensinnäkin on täsmennettävä periaatteiden käsitteelliset erot ja yhtäläisyydet. Tätä voidaan kutsua *käsitteelliseksi tai analyttiseksi vaiheeksi* ja se voidaan toteuttaa monilla tavoin. Esimerkiksi Muukkosella ajatus sopimusvapauden analyysistä merkitsee sopimusvapauden hajottamista elementteihin ja hän perustelee tätä tarkoituksenmukaisuussyllä.¹⁹¹ Sopimusmallitason tarkastelussa tuollainen analyttisyys ei kuitenkaan ole keskeistä. Tarkastelu voi perustua tarkalta sisällöltään suhteellisen täsmennyttömään sopimusvapauden — tai vastaavasti yksityisautonomian taikka tahdonvapauden — käsitteeseen. Sen sijaan on tarpeellista täsmentää sopimusvapauden yhteyksiä yhteiskunnan perusarvoihin ja -tavoitteisiin. Tarkastelutapojen eron taustana on erilainen näkökulma. Hajottava (horisontaalinen) analyttisyys on tarpeen selvitetessä oikeusjärjestyksen tarkkaa sisältöä, vertikaalinen eli sopimusvapauden taustaan tai justifikaatioon palautuva analyttisyys taas sopimusmallia eli tarkastelun lähtökohtia pohdittaessa.¹⁹²

Toiseksi, kun periaatteille annetaan jokin sisältö, periaatteiden taustaksi on valittava jokin *normatiivinen oppi*, joka liittyy periaatteen yhteiskuntaan, sen moraaliin ja politiikkaan. Tällainen normatiivinen oppi sisältää ne syyt, joiden vuoksi periaate joko on tai ei ole hyväksyttävissä. Sen vuoksi tuollainen oppi on samalla oikeusperiaatteen voimassaolon ratkaisemisen välttämättömän tausta.

Kolmannessa vaiheessa on ratkaistava, mikä on periaatteen systeemi-arvo. Tätä voi nimittää *yleisen tason painotusongelmaksi*. Systeemi-arvojen määrittäminen ei välttämättä merkitse sitä, että voisimme sijoittaa periaatteet täydelliseksi hierarkiaksi. Monesti lopputulos on se, etteivät kahden tai useamman periaatteen systeemi-arvot poikkea toisistaan.

Analyttisen, normatiivisen ja painotusongelman ratkaisut ovat usein tietyssä keskinäisessä suhteessa. Jos esimerkiksi kohtuus määrittää sopimusvapauden avulla, kohtuudelle ei jää lainkaan itsenäistä systeemi-arvoa. Sopimusmallin avulla ratkaistaan kaikki kolme kysymysryhmää. Niiden ratkaisu on sidoksissa sopimusmallin sopimussitovuuden selitykseen ja sen syväjustifikaatioon. Sidoksissa oleminen ei tarkoita sitä, että periaatteiden suhteita kos-

¹⁹¹ Sopimusvapauden käsitteestä s. 606—607.

¹⁹² Vrt. myös *Muukoksen*, Sopimusvapauden käsitteestä s. 609, tapaan erottaa toisistaan ideologisen taustan tarkastelu ja lainopillinen tarkastelu.

kevat ratkaisut voitaisiin dedusoida tuosta perusvalinnasta, vaan sitä, että perusvalinnan takia ratkaisut suuntautuvat tietyllä tavalla.

Tämän työn kannalta keskeisin kahden sopimusoikeuden periaatteen välistä suhteista on sopimusvapauden ja kohtuusperiaatteen suhde. On tärkeää havaita, että myös sitä voidaan — jos omaksutut määritelmälliset lähtökohdat johtavat siihen — kuvata kahdella toisiaan leikkaavalla ympyrällä. Sopimusvapaus ja kohtuus eivät välttämättä ole määritelmällisesti *täysin vastakkaisia*, mikä merkitsee sitä, että käsitteistö voidaan valita tavalla, joka tekee sopimusvapaudesta ja kohtuudesta osittain tai jopa kokonaan päällekkäisiä. Sen sijaan sisällöllisessä suhteessa, normatiivisen opin kannalta, on nähdäkseen vastaansanomattomia yhteiskunnallisia faktoja, joiden takia sellainen normatiivinen teoria, jossa tehdään identiteettiolettama, on huonosti perusteltavissa. Ympyrät eivät ole *täysin* päällekkäisiä.

Länsimaiden nykyisiä sopimusnormistoja hyvin kuvaavan sopimusmallin kehittämisen kannalta on tärkeää ottaa huomioon niin arvoperiaatteet kuin tavoiteperiaatteetkin. Siten oma merkityksensä on annettava sopimusvapauden ja kohtuuden periaatteille, jotka ovat arvoperiaatteita ja joiden tausta-arvot ovat vapaus ja oikeudenmukaisuus. Lisäksi on otettava huomioon vaihdannan intressi ja heikomman hyvittäminen keskeisinä yhteisöllisinä tavoiteperiaatteina. Niiden taustalla olevat tavoitepäämäärät ovat taloudellinen vauraus ja vastaavasti sosiaalinen ja taloudellinen (minimi)turvallisuus. Näiden neljän perustavan periaatteen *yhteensovittaminen* on jokaisen nykyisiä sopimusjärjestelmiä koskevan sopimusmallin keskeinen tehtävä. Vasta perusteltu ja yhteensovitettu kokonaisuus tekee mahdolliseksi palauttaa sopimusjärjestelmälle se systeemiluonne, joka siltä erilaisten systeemiä tietoisesti loukkaavien sääntöjen, ennen kaikkea jälkikäteissovitteluun oikeuttavien oikeussääntöjen, vaikutuksesta on katoamassa.

Uuden oikeusperiaatteen ilmeneminen on sidoksissa oikeuskulttuurin kontrolloimiin käsitemäärittelyihin ja käsitteen soveltamiseen eli niiden olosuhteiden määrittämiseen, joihin käsite soveltuu. Uutuus on usein vanhan käsitteellisen yhteyden purkamista, kuten sopimusvapauden ja kohtuuden identtisydestä luopumista. Vasta kun kohtuuden justifikaatio pystytään eriyttämään itsenäiseksi sopimusvapauden justifikaatiosta, kohtuus voidaan johtaa itsenäiseksi sopimusoikeuden periaatteeksi. Siten se institutionaalinen tuki (muun muassa periaatteen mukaisten sääntöjen systeemi-impulssit), joka periaatteen uudelle hahmotustavalle voidaan esittää, on jo olemassa. Periaatteen normiperustaa ei luoda vaan löydetään. Systeeminmuutos ei ole koskaan täydellisesti uuden systeemin syntyä, vaan vanhasta systeemistä pyritään säilyttämään

kaikki se mikä voidaan säilyttää. Näin menetellen voidaan käyttää hyödyksi se usein vaativa työ, jolla vanhaan systeemiin on sovitettu voimassaolevan normiston systeemi-impulsseja.

Atiyahin erittely ns. hiljaisen lupauksen aikaansaamasta luottamusvastuusta angloamerikkalaisessa oikeudessa on esimerkki eri sopimusmallien sisältämien näkökohtien yhdistämisestä tietänyttyppisen juridisen ongelman pohdinnassa. Hän toteaa, että kun ”lupaus” on hiljainen, luottamuksen täytyy olla aktuaalista eli ”lupauksen” saajan täytyy toimia luottaen ”lupaukseen”.¹⁹³ Tässä formaalin tahtomallin systeemissä kehiteltyä konstruktiota käytetään täsmentämään luottamusmallin ongelmanratkaisutoimintaa.

Yksi mahdollisuus periaatteiden suhteita koskevien ongelmien ratkaisuksi olisi se, että erityyppisistä periaatteista tehtäisiin samantyyppisiä, esimerkiksi muuntamalla sopimusvapaus tavoiteperiaatteeksi tai vaihdannan intressi arvoperiaatteeksi.¹⁹⁴ Analyttisesti tämä on mahdollista ja tällainen *reduktionistinen ajattelutapa* lienee myös jossain määrin toteutettavissa tietyn normatiivisen opin avulla. Sopimusvapautta voidaan pitää yhteisön menestymisen kannalta tarpeellisena. Sopimusvapaus olisi keinon asemassa jonkin tavoitepäämäärän, esimerkiksi taloudellisen hyvinvoinnin, kannalta.¹⁹⁵ Vastaavasti vaihdannan intressi, eli tavoite hahmottaa oikeusnormit mahdollisimman pitkälle vaihdantaa edistäviksi ja turvaaviksi, voidaan nähdä seurauksena utilitaristisista arvolähtökohdista. Turvaamalla vaihdantaa saavutetaan tulos, joka pit-

¹⁹³ Atiyah, Promises, Morals and Law s. 40.

¹⁹⁴ Ks. Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 209. Vrt. Weberin, Wirtschaft und Gesellschaft s. 13, käsitykseen siitä, miten tavoiterationaalisuus voidaan palauttaa arvorationaalisuuteen. Weber (*ibid.*) huomauttaa kuitenkin, että vain hyvin harvoin sosiaalinen toiminta on vain joko arvo- tai tavoiterationaalista.

¹⁹⁵ Vrt. Kivimäki—Ylöstalo, Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 56: ”Kansalaisten aloitevoiman ylläpitämiseksi ja viihtyisyyden ja joustavuuden takaamiseksi on yksityishenkilöille suotu valta järjestää asiansa periaatteessa etujensa vaatimalla tavalla. Tällaista itsemääräämisoikeutta on kutsuttu yksityisautonomiaksi. Velvoiteoikeuden alalla se ilmenee sopimusvapautena.” (korostukset poistettu). Kansalaisten aloitevoiman ylläpitäminen lienee selkeä yhteisöllinen tavoite, samoin joustavuus. Viihtyisyyttäkin voidaan pikemmin pitää yhteisöllisenä määreenä kuin jokaisella yksilöllä olevana oikeutena. Vrt. esim. Flume, Rechtsgeschäft s. 10: ”... die Privatautonomie (hat) ihre Rechtfertigung nur darin, dass die Selbstbestimmung als Wert anerkannt ist.” Ks. myös Taxell, Rätt och demokrati s. 450: ”Denna (avtals)frihet, som överensstämmer med individens ställning i demokratin, är en nödvändig bas för det på marknadsekonomi grundade system som råder hos oss. Avtalsfriheten som princip behöver inte någon ytterligare motivering.” Ks. vielä Klami, Ihmisen säännöt s. 328—329.

källä aikavälillä tuottaa suurimman mahdollisen hyödyn suurimmalle mahdolliselle määrälle yhteisön jäseniä.¹⁹⁶

Vahvimmassa muodossaan reduktio merkitsisi kaikkien punnittavien periaatteiden kääntämistä toisikseen. Sopimusvapaus olisikin keino edistää vaihdannan intressiä tai vaihdannan intressin edistäminen keino luoda sopimusvapautta. Periaatteiden suhteita koskeva keskustelu voidaan käydä loppuun tällaisin ehdoin. Joko lopputuloksena on yksimielisyys periaatteen sisällöstä, jolloin jäljelle jää sen oikeudellinen konkretisointi normianalyysin välineeksi¹⁹⁷, tai sitten jäädään erimielisiksi *käsitteellisellä* tasolla eikä päästä yksimielisyyteen siitä, mikä oikeastaan on vaihdannan intressi. Esimerkkinä jälkimmäisestä tilanteesta on edellä ollut af Hällströmin esitys suomalaisten tahtoteoreetikkojen käsityksestä, että juuri heidän tarkastelutapansa edistää parhaiten vaihdannan intressiä. Ero luottamusteoreetikoihin oli käsitteellisellä tasolla, vaihdannan intressi ymmärrettiin eri tavoin. Tämä selittää af Hällströmin kritiikin sävyn: hänen mielestään kyse ei ollut mielipide-erosta (erilaisista yhteiskunnallisista perusarvoista ja tavoitteista; erilaisesta normatiivisesta opista) vaan ymmärtämiserosta. Tahtoteoreetikot ymmärsivät väärin kaikkien tärkeänä pitämän vaihdannan intressin. Zitting puolestaan katsoo af Hällströmin konkretisoineen vaihdannan intressin väärin (vain) vaihdannan varmuudeksi eikä vaihdannan sujuvuuden edistämiseksi ja helpottamiseksi esimerkiksi vapauttamalla liiallisesta selonottovelvollisuudesta.¹⁹⁸ Law and economics -suuntauksen voi sanoa edustavan vielä yhtä tapaa jäsentää vaihdannan intressi.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ks. *Bayles*, *Principles of Law* s. 148: ”On this economic view (ns. law and economics -suuntaus, JP), freedom is subordinated to encreasing wealth. Freedom of parties is not important for its own sake but because value is determined by the free preferences of persons.” Hyödykkeiden arvoa (value) tarvitaan ko. suuntauksen esittämässä sopimuksen ideassa, joka on vaihtotapahtuma, jossa molemmat osapuolet hyöttyvät eli lisäävät arvoaan. Ks. myös *Telaranta*, *Varallisuus oikeuden tahdonilmaisuu* s. 181–187, jossa luottamuskensuojaa pidetään oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden edellyttämänä.

¹⁹⁷ *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 262–263, havainnollistaa tavoiteperiaatteista käytävän keskustelun kolme muotoa: a. keino-tehokkuus argumentit eli saavutetaanko y näissä olosuhteissa tekemällä x; b. keino-sallittavuus argumentit eli vaikka x olisikin tehokas, onko x:n tekeminen muista syistä vältettävä; c. tavoite-haluttavuus argumentit eli onko y:n aikaansaaminen millään keinolla tavoittelemisen arvoista. Reduktion vaikutuksesta vain a. -tyypin kysymykset pitäisi vielä ratkaista. Ks. myös m.t. s. 173–174 mainittuja esimerkkejä siitä, millaisia erilaisia tulkintoja samalle tavoiteperiaatteelle, siinä tapauksessa korvauksen oikeutetulle asetettuun velvollisuuteen minimoida vahingot, voidaan esittää erilaisissa tilanteissa.

¹⁹⁸ *Zitting*, *Omistajanvaihdoksesta* s. 130 viite 27.

¹⁹⁹ Ks. *Posner*, *Economic Analysis of Law*. Suuntauksen mukaanhan oikeussäännöt eivät saisi estää taloudelliselta kannalta perustelluinta hyödykkeiden käyttöä. Tällöin oikeu-

Reduktionistisen suunnan heikkoutena on kuitenkin hankaluus muotoilla useita yhteisöllisiä tavoitteita luontevasti ja jännöksettä yksilön oikeuksia koskeviksi lauseiksi.²⁰⁰ Esimerkiksi yhteisön intressiä puhtaaseen luontoon ei ole perusteltua osittaa tai jakaa siten, että kullakin yksilöllä olisi oikeus tiettyyn osaan luonnosta. Samoin tuntuu vaikealta antaa jokaiselle yksilön oikeudelle yhteisön tavoitteisiin palautuva merkitys. Jos yritetään muuntaa esimerkiksi yksilön oikeus henkilölliseen koskemattomuuteen yhteisön tavoitteeksi, joudutaan viime kädessä viittamaan suorastaan siihen, että yksilöiden, tai tarkemmin yksilökollektiivin, fyysinen olemassaolo on välttämätöntä yhteisönkin jatkuvuuden kannalta.

Reduktionismin kritiikki osoittanee, että sen täydellinen toteuttaminen perustuu vaikeasti puolustettaviin moraalifilosofisiin lähtökohtiin. Reduktion tarpeellisuuskin perustuu sellaiseen ajatukseen jommankumman periaatetyypin ensisijaisuudesta, johon ei edellä II luvussa esitetyn mukaisesti tarvitse ottaa kantaa.²⁰¹ Reduktion sijasta koherenssia voidaan tavoitella yrittämällä lisätä periaatteiden päällekkäisyyttä ja vähentää erisuuntaisuutta. Aiemmin tarkasteltujen teoreetikkojen kannanotot sisälsivät tämäntapaista ainesta. Vaikka Bährillä tahto hallitsi, luottamus oli mukana tahdon määritelmässä; vaikka af Hällströmillä luottamus hallitsi, tahto oli vielä mukana vastuukriteerissä. Köndgenillä luottamuksen täydennyksenä oli tasapaino ja Atiyahilla tasapainon välittämänä saatiin luottamus ja tahto mukaan tarkasteluun.

Nimitystä *kompleksinen* periaate voidaan käyttää periaatteesta, joka sisältää aineksia sekä arvo- että tavoiteperiaatteista. Monet yksityiskohtaisemmat oikeusperiaatteet lienevät tässä mielessä kompleksisia. Esimerkiksi lojaliteettiperiaate on toisaalta yhteydessä vaihdannan intressiin luottamuksen ja vilpittömän mielen suojan kautta, mutta toisaalta myös yhteydessä sopimuskumppanin eduista huolehtimiseen ja siten muun muassa sopimustasapainoon ja kohtuuteen. Tällainen taustatekijöiden päällekkäisyys selittää osan periaateympyröiden leikkaus -ilmiöstä.

Jotta väite periaatteiden täsmentymisestä sopimusmallin avulla²⁰² tulisi selvempään valoon, on syytä pohtia tarkemmin sitä, miten sopimusvapauden pe-

dellinen sääntely ei saa estää sitä, että hyödykkeet siirtyvät niille, jotka arvostavat niitä eniten.

²⁰⁰ Alexyn terminologiaa käyttäen reduktio ei ole analyttinen vaan normatiivinen ongelma. Reduktion pulmat eivät liity kieleen, joka on riittävän taipuisa, vaan niihin sisällöllisiin oletuksiin, joita reduktiossa on tehtävä. Ks. tarkemmin *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 98 viite 79.

²⁰¹ Ks. s. 55—57.

²⁰² Ks. myös *Koskeniemi*, *General Principles* s. 142, joka korostaa toisensuuntaista vaikutusta: oikeusperiaatteet sääntelevät taustateorian — tässä sopimusmallin — muodos-

riaatteen ja kohtuusperiaatteen suhde yleisellä tasolla hahmotettiin tahtomallissa, luottamusmallissa ja yhteisöllisen käytännön mallissa. Kohtuusperiaatteen olennaisin vastinpari sopimusoikeuden periaatteistossa on sopimusvapauden periaate. Samalla tarkastelu havainnollistaa sitä, miten periaatteen aseman muutos näkyy sopimusoikeuden järjestelmässä.

4.2. Sopimusmallit ja kohtuusperiaate — alustava huomautus

Käsillä olevan työn yksi perusväite on, että *kohtuusperiaate* — kuten muutkin oikeusperiaatteet — *saa juridisen sisältönsä asemastaan sopimussysteemissä ja sen vuoksi suhteestaan kulloiseenkin sopimusmalliin*. Kohtuusperiaatteen tarkastelun on siten aina oltava — ainakin osaksi — synkronista, sen suhteuttamista muihin periaatteisiin eikä diakronista, palauttamista vain sen omaan historiaan ja sisältöön. Sopimusmalli jäsentää sen normatiivisen kokonaisuuden, sopimusoikeuden, jonka osa kohtuusperiaate on. Sopimusmallierittely on siksi edeltänyt kohtuuden roolin tarkastelua sopimusoikeudessa.

4.2.1. Sääntelykohtuus ja sovittelukohtuus — kohtuuden sisäinen jännite

Sopimusmallin kannalta kohtuus on oikeusjärjestykseen kuuluva, oikeudenmukaisuudesta johdettu (ja sen valossa justifioituva) *oikeusperiaate* ja tähän periaatteeseen perustuvia *oikeussääntöjä*. Sopimussysteemissä (systeemin sisäisesti) kohtuus jäsentyy tarkemmin sääntelykohtuudeksi ja sovittelukohtuudeksi.²⁰³

tamista: ”They (oikeusperiaatteet, JP) set, as it were, limiting conditions for the construction of the background theory.”

²⁰³ Tämä erottelu on — sisällöltään hieman vaihdellen — yleinen kohtuuden ja laajemmin oikeudenmukaisuutta pohtivassa kirjallisuudessa. Ks. *Aristoteles*, Nikomakoksen etiikka s. 74—75 (jakava ja korjaava oikeudenmukaisuus). Ks. myös esim. *Strömholm*, *Blad ur billighetens historia* s. 653, joka määrittelee sovittelukohtuuden kohtuus-termin ensisijaiseksi käytöksi: ”termen (billighet, equity, JP) föreslås använd för att beteckna ’korrektiv’ av eljest påbudna lösningar.” Sääntelykohtuuden Strömholm siirtää — Aristoteleeseen vedoten — lainsäätäjän ongelmaksi, m.t. s. 654—657. *Kennedy*, *Form and Substance in Private Law Adjudication* s. 1736 muotoilee erottelun seuraavasti: ”Direct policing of the substantive fairness of bargains, whether by direct price fixing or quality specification, by setting maxima or minima, or by announcing a standard such as reasonableness or unconscionability.” — Suomalaisessa keskustelussa kohtuudesta jaottelu on jo selvästi esillä esim. Alasen artikkelissa vuodelta 1942 (Kohtuuskäsitteiden merkitys lainsäädännössä ja -käytössä s. 175): ”Kun yleisessä oikeusteoriassa korostetaan sitä näkökohtaa, että lainkäytössä annettavien ratkai-

Sääntelykohtuus tarkoittaa kohtuuden tausta-arvon eli oikeudenmukaisuuden (ja usein samanaikaisesti siihen liittyvien yhteiskunnallisten tavoitteiden, esimerkiksi tasa-arvon ja heikomman hyvittämisen), toteuttamista oikeussysteemiin liitettävien sääntöjen ja oikeussysteemissä olevan kohtuusperiaatteen aseman vahvistamisen yhteisvaikutuksena. Oikeussäännöt sääntelykohtuuden toteuttamiskeinoina merkitsevät sellaisten alueiden rajausta sääntöjen tunnusmerkkien avulla, joilla kohtuudelle pitää antaa keskeinen merkitys. Kohtuusperiaatteen aseman vahventaminen liittyy puolestaan sen suhteeseen muihin periaatteisiin.²⁰⁴

Sovittelukohtuus merkitsee kohtuuden toteuttamista kussakin yksittäisessä sopimussuhteessa sopimusoikeuden järjestelmään liitettävän, sopimuksen sisällön kohtuullistamiseen oikeuttavan säännön (ja sitä täydentävien periaatteiden) avulla.

Klassisin termin ilmaisten on kyse oikeudenmukaisuudelle annetusta ja-kavasta ja korjaavasta tehtävästä. Sääntelykohtuus merkitsee etukäteen har-kittua (tietenkin vasta aktuaalisina sopimus- ym. suorituksina toteutuvaa) yhteiskunnallisen hyvän jakoa (distribuutio), sovittelukohtuus korjaavaa puut-tumista oikeudenmukaisuuden kannalta vinoutuneisiin suhteisiin (uudelleen-jako, retribuutio). Molempien taustana on oikeudenmukaisuus tasapuolisuus-tena. *Kohtuus merkitsee siten tämän sisäisen jännitteen kuulumista sopimus-oikeuteen*. Yksi keskeinen kysymys on, saako sovittelukohtuuden nimissä lou-kata sääntelykohtuutta?²⁰⁵

sujen on oltava sopusoinnussa kohtuullisuuden vaatimusten kanssa, niin tarkoitetaan tällä sitä, että oikeudellisen ratkaisun tulee vastata asianomaisen yksityistapauksen luonnetta ja siinä ilmeneviä erikoisia asianhaaroja ja että se sitä paitsi on sopusoinnussa lainkäyttäjän ja kansan yleisen oikeusvakaumuksen kanssa. Kohtuuskäsitteen voi näin ollen määritellä myöskin siten, että se merkitsee in concreto oikeata ratkaisua.” Edellä lausuttu on sovitte-lukohtuuden määritelmä; sääntelykohtuuden tilalla Alanen käyttää termiä ’oikeellisuus’: ”... millaisiksi oikeussäännökset olisi luotava, jotta kohtuuden vaatimus saataisiin niiden avulla mahdollisimman suuressa määrin huomioonotetuksi ja toteutetuksi.” Ks. vielä selkeästi *Hell-ner*, Om obehörig vinst s. 218: ”Om man vill skilja rättvisa och billighet åt, bör termen billighet reserveras för vad som stöder sig ... på önskan att mildra regler, som i och för sig uppfattas som samhällsnyttiga eller rättvisa.” Rättvisa normer ovat sääntelykohtuus, billighet sovittelukohtuus. Vrt. *Lappi-Seppälän*, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 188—189 ja siinä viitattu, tekemään eroon yleinen oikeudenmukaisuus — yksittäinen oikeudenmu-kaisuus. Ks. vielä *Taxell*, Rätt och demokrati s. 57—59.

²⁰⁴ Ellei osaa oikeusjärjestykseen sisältyvistä normeista pidetä periaatteina, ei puheel-la tällaisesta vahvistamisesta eli systeemi-arvon lisäämisestä ole juridista merkitystä.

²⁰⁵ Ks. I lukua ja II luvussa *contra legem* -tilanteista kirjoitettua. Vrt. 8. tuomarinoh-jeeseen: ”Hyvä ja älykäs tuomari on parempi kuin hyvä laki, sillä hän voipi asetella kaikki kohtuuden mukaan.” Mainitussa tuomarinohjeessa sovittelukohtuus on asetettu etusijalle.

Kohtuus ei suinkaan ole ensimmäinen tällä tavoin sisäisesti jännitteinen periaate sopimusoikeudessa, sillä jo sopimusvapaus on tehnyt sisäisen jännityksen mahdolliseksi: saavatko kaksi oikeussubjektia sopia vapaasti sellaisista rajoituksista, jotka loukkaavat muiden sopimusvapautta? Konkreettimmin: saavatko myyjät rajoittaa myyntikartellin ostajien vapautta valita sopimuskumppani ja vapautta päättää sopimuksen sisällöstä? Juuri tämän sisäisen jännitteen vuoksi sopimus*pakkoa* voidaan perustella sopimus*vapaudella*. Monopoliyrityksen sopimuspakko, sen sopimusvapauden (päättäntä- ja sisältövapauden) loukkaus on välttämätön muiden sopimusvapauden ylläpitämiseksi.²⁰⁶ Tahtomalliin sisältyneellä hyvän tavan vastaisuuteen viittaavalla argumentilla rajattiin sopimusvastuun ulkopuolelle myös sellaisia tilanteita, joissa toisen osapuolen henkilökohtaista vapautta rajoitettiin liiaksi. Myös vaihdannan intressin periaatteella on omat sisäiset jännitteensä. Vaihdannan varmuuden, vaihdannan intressin yhden riidattoman osatekijän, maksimoiminen (esimerkiksi luovutusmuodollisuuksia tiukentamalla) heikentää vaihdannan sujuvuutta.²⁰⁷ Tai modernimmin: vaihdannan korostaminen molemminpuolisena hyötymisenä voi olla ristiriidassa sekä vaihdannan varmuuden että vaihdannan sujuvuuden kanssa.

Äsken perusteltiin jännitteen *mahdollisuutta*. Tuollaista jännitettä ei kuitenkaan läheskään aina ole — eikä tarvitsekaan olla — silloin, kun kohtuusnäkökohtiin perustuvaa oikeudellista sääntelyä annetaan ja käytetään. Tavallisesti yksittäistapaussovittelu *täydentää* olennaisesti etukäteissääntelyä: jälkikäteiskontrollia tarvitaan, kun etukäteissääntely ei onnistu tai sitä ei saada kattavaksi. Se, että kohtuuden eri muotojen samansuuntaisuus on tavallista, ei kuitenkaan ole peruste sille, etteikö jännitettä voisi esiintyä. Harmonisen oikeudellisen sääntelysystemin ideaali on kiehtonut ihmisten mieliä siinä määrin, että tuollaiset jännitteet on usein koetettu unohtaa ja pitää kohtuuden erisuuntaisia täsmennyksiä hyvin yhteensopivina. Jännitteet on myös yritetty poistaa selittämällä, esimerkiksi leimaamalla sellaiset tilanteet poikkeuksiksi, *sui generis* -tapauksiksi, muuhun oikeudenalaan kuin sopimusoikeuteen kuuluviksi jne.²⁰⁸

Ks. myös *Saarenpään*, Tasajaon periaate s. 68—69, analyysia perintöoikeudessa muodollisen ja materiaalisen oikeudenmukaisuuden välillä. Kysymys on tämän teoksen termin sääntelykohtuuden ja sovittelukohtuuden välisestä erisuuntaisuudesta. Saarenpää ratkaisee jännitteen tarkastelemissaan erityistilanteessa sääntelykohtuuden hyväksi: avioliitonomaisissa olosuhteissa eläneen kumppanin puuttuvan perillisaseman korjaaminen on lainsäätäjän eikä lainkäyttäjän asia.

²⁰⁶ *Flume*, *Rechtsgeschäft* s. 613.

²⁰⁷ Ks. tarkemmin *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta s. 130 viite 27.

²⁰⁸ Yritykset pelastaa oikeusnormiston harmonian ihanne ovatkin usein paras tapa saada selville tietyn sopimusmallin peruspiirteet.

Sovittelukohtuudella — toisin kuin sääntelykohtuudella — on sopimusoi-
keuden järjestelmässä myös erityinen merkityksensä, joka on riippumaton so-
pimusmallista. Sovittelukohtuus on nimittäin kaikkia systeemejä (osaksi) rik-
kova instituutti, jonka olemassaolon syynä on pitkä inhimillinen kokemus sii-
tä, ettei täydellistä sääntelysysteemiä pystytä luomaan: *summum ius summa
iniuria*. Sitä toteutetaan kohtuuspohjaisella, *contra legem* -toimintaan rinnas-
tuvalla menettelytavalla.²⁰⁹ Sääntelykohtuus merkitsee normatiiviseen oppiin
nojaavan kriittisen moraalin²¹⁰ mukaista, usein formaaleiksi kriteereiksi täs-
mennettyä, systeemiin liitettyä keinoa saavuttaa oikeudenmukaisuus.

4.2.2. Kohtuuden asema eri sopimusmalleissa

Seuraavaksi selvitetään tarkemmin, millä tavoin eri sopimusmalleissa jäsenne-
tään kohtuuden kaksi muotoa, sääntelykohtuus ja sovittelukohtuus. Tällainen
tarkastelu antaa jo viitteitä siitä, millä eri tavoilla voidaan suhtautua oikeus-
sääntöön, joka sisältää yleisen sopimusten sovitteluoikeuden.

4.2.2.1. Tahtomalli: Kohtuus ei ole itsenäinen periaate.

Tahtomallissa sääntelykohtuudelle ei jää lainkaan itsenäistä asemaa. Tämä voi-
daan ilmaista myös toisin: kohtuudella on tahtomallin sopimussitovuuden sy-
väjustifikaation osoittama *määritelmällinen yhteys mallin johtavaan arvoon,
vapauteen*.²¹¹ Sen vuoksi sääntelykohtuutta ei voida lainkaan toteuttaa itsenäi-
senä arvona tai tavoitteena, vaan kohtuuteen päädytään (välttämättä ja vain)

²⁰⁹ Ks. edellä s. 46–51.

²¹⁰ Ks. edellä s. 171 viite 169.

²¹¹ Ks. myös *Collins*, *The Law of Contract* s. 138: klassisessa sopimusajattelussa — tä-
män työn termin tahtomallissa — ei suinkaan torjuttu kohtuusvaatimusta (fairness), vaan
kysymys oli tietynlaiseen taloudellisen vaihdon ideaaliin sitoutumisesta. *Atiyah*, *Essays on
Contract* s. 329, kuvaa tilanteen liittämällä sen kysymykseksi siitä, onko harkinnan (”con-
sideration”) adekvaattisuudella merkitystä sopimussitovuutta ratkaistaessa: ”It has for many
years, even centuries, been part of the traditional dogma of contract law that the adequacy
of the consideration is immaterial to the validity of a contract. . . . If the contract is conclud-
ed then it must be assumed that each party is content with his bargain, or he would not
have made it. There is simply no room for any inquiry into the fairness of the exchange.”
Eri mielipiteissä on siten kysymys siitä, että erotetaan toisistaan menetelmän kohtuus ja lop-
putuloksen kohtuus. Klassisessa sopimusajattelussa määritelmän mukaan vapauden turvaavan
menetelmän lopputulos oli kohtuullinen. Tästä syystä lopputuloksen kohtuusarvioon perus-
tuneita equity -instituutteja (koronkiskontakielto jne.) pidettiin oudoksuttavina. m.t. s.
330–331. Ks. vielä *Ewald*, *A Concept of Social Law* s. 49: ”He who says contractual, says
just.”

toteuttamalla vapaus sopimusjärjestelmän keskeisenä arvona. Sääntelykohtuus ei siten epäitsenäisyydestään huolimatta suinkaan ole merkityksetön tahtomallissa; kysymyksessä ei ole mikään sosiaalisesti sokea ajattelutapa. Jakava oikeudenmukaisuus toteutuu, kun yhteisön jäsenet saavat järjestää keskinäiset suhteensa vapaasti, jolloin ”jokainen on oman onnensa seppä”.²¹² Ainoa peruste sille, että jonkun oikeussubjektin vapautta rajoitetaan, on, että näin turvataan jonkun muun oikeussubjektin vapaus. Vapauden rajoittamisen synnä ei kuitenkaan ole kohtuuden saavuttaminen, vaan vapauden turvaaminen.

Äsken esitetyn kohtuuden ja vapauden käsitteellisen yhteyden takia sovittelukohtuus puolestaan tulee tahtomallin kannalta mahdottomaksi: ei ole mitään osapuolten tahtojen konsensuksesta riippumatonta arviointimittapuuta, jota käyttäen osapuolten oikeussuhteen kohtuullisuus voitaisiin määrittää.²¹³ Konsensuksen puute taas ei ole sovitteluun johtava peruste, vaan se murtaa suoraan sopimuksen sitovuuden. Tiivistäen: jos sopimusoikeuden instituutit on onnistuttu muodostamaan tahtomallin kannalta adekvaatisti vapauden pohjalta, noiden instituuttien konstitutiiviset säännöt tekevät sovittelun mahdottomaksi.²¹⁴

Tahtomallin kannalta esimerkkinä siitä, millaiset konkreettiset oikeussäännöt johtavat välttämättä kohtuulliseen hintaan mallin ehdoilla, on vapaaehtoinen huutokauppa. Tahtomallin kannalta rikotaan huutokauppainstituutin keskeistä lähtökohtaa (eli tuon instituutin yhtä konstitutiivista sääntöä), jos huutokauppahintaa sovittelaa jälkeensä. Huutokaupan tilanne on pyritty korostetusti muodostamaan sellaisten institutionaalisten normien varaan, joiden vallitessa esineiden arvo määräytyy vapaasti.²¹⁵

²¹² Kyse on itse asiassa hyvin vahvasta moraalifilosofisesta väitteestä: vapaan vaihdannan tuloksena saavutettu epätasa-arvo ei kaipaa muuta yhteiskuntafilosofista justifikaatiota. Ks. tästä *Kronman*, *Contract Law and Distributive Justice* viitteen 51 kohdalla.

²¹³ *Flume*, *Rechtsgeschäft* s. 8: ”... soweit die Privatautonomie wirkt, gibt es gerade keine rechtliche Norm, an welcher die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse gemessen werden könnte.” Vrt. siihen Suomessakin esiintyneeseen torjuvaan asenteeseen, että kauppasopimuksen tärkeimpään ehtoon, hintaehtoon, puututtaisiin edes virheen johdosta (*actio quanti minoris*). Ks. keskustelusta jäljempänä s. 302–303.

²¹⁴ Ks. myös V luvun jaksoa sovittelun ulkopuolelle jäävistä asioista.

²¹⁵ Ks. jäljempänä V luvussa s. 341–342. Selvyyden vuoksi sanottakoon, ettei tästä näkökulmasta ole lainkaan samalla tavalla periaatteellisesti ongelmallista soveltaa OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteita myös huutokauppatilanteessa tehtyihin oikeustoimiin. Huutokaupan konstitutiivisiin sääntöihin ei toisin sanoen kuulu yleistä oikeutta hyötyä toisen osapuolen kustannuksella.

4.2.2.2. *Luottamusmalli: kohtuus poikkeuksena.*

Äsken kuvattu tahtomallin mukainen ajattelutapa merkitsi sitä, että sopimusvapauden vallitessa tapahtunutta toimintaa ei voi, eikä siksi edes pidä yrittää, arvioida jälkikäteen lopputuloksesta käsin. Tuollaisen käsitteellisen perustelun sijasta tälle johtopäätökselle voidaan esittää normatiivinen perustelu. Oikeuttaminen tulee kuitenkin tarpeelliseksi vasta, jos sopimusvapauden ja kohtuuden käsitteellinen sidos puretaan, kuten luottamusmallissa tehdään (voidaan tehdä). Sopimusvapauden oikeutus voidaan luottamusmallissa nimittäin liittää myös sopimusvapauden tehokkuuteen keinona vaihdannan edistämiseksi. Sopimusvapauden käytön seurauksena aiheutuva epäoikeudenmukaisuus on tällöin hyväksyttävä siinä määrin kuin keinon tehokkuus välttämättä edellyttää sitä. Tällainen perustelutapa on luonteenomainen utilitarismille, joka on tältä kannalta yksi tapa justifioida moraalifilosofisin argumentein se, että yhteiskunta on epäoikeudenmukainen.

Utilitarismin mukaan, vaikka sopimussuhde on yksittäistapauksessa epäoikeudenmukainen (kohtuuton) toisen osapuolen kannalta, tuollaisia tilanteita tulee sietää, jos epätasapaino hyödyttää muita yksilöitä enemmän eli lisää kokonaisuutena rationaalisten tarpeiden tyydytyksen mahdollisuuksia. Pitemmän aikavälin näkökulmasta voivat kaikki silloin paremmin eli sopimusvapaus hyödyttää yhteisöä enemmän kuin sen kielteiset vaikutukset haittaavat. Sopimusvapaudesta voidaan kuitenkin luopua kohtuuden hyväksi sellaisissa tilanteissa, joissa kohtuudella on erityisen tärkeä merkitys eikä sopimusvapauteen puuttuminen heikennä liikaa taloudellisen vaurauden karttumista. Konkreettisemmin tämä tarkoittaa esimerkiksi mahdollisuutta eri sopimustyyppien erillaiseen arviointiin sen mukaan, mikä on niiden merkitys yhteiskunnan taloudellisen vaurauden karttumisen kannalta. Muun muassa vuokrien sääntely ja minimipalkkajärjestelmä voidaan oikeuttaa tällaisella argumentaatiolla. Keskeistä on kuitenkin se, että tällaiset sääntelykohtuuteen perustuvat järjestelyt pyritään selittämään erityistapauksiksi; kohtuullisen lopputuloksen ja vapauden käytön välinen yhteys pyritään edelleen säilyttämään, mutta sen pätevyysala supistuu luottamusmallin taustana olevan normatiivisen opin mukaisesti. Kohtuusperiaatteelle ei näin tule keskeistä asemaa systeemissä ja kohtuusperiaatteen mukainen sääntö on kaikissa tapauksissa poikkeus vaihdannan intressin (ja sen keinoksi tulkittun sopimusvapauden) ilmaisemasta pääsäännöstä.²¹⁶

²¹⁶ BGB:ssäkin sääntelykohtuus merkitsi vain epäoikeudenmukaista systeemiä voitelevia sosiaalisen öljyn pisaroita (”Tropfen sozialen Öls”), kuten *Otto von Gierke* BGB:n säätämisen yhteydessä kriittisesti totesi.

Sovittelukohtuudellakin on vaikutusta, tosin vain silloin kun normistossa on siihen erikseen oikeuttava säännös. Näin sen vuoksi, että sovittelu on poikkeuksellinen mahdollisuus syrjäyttää perusteltu luottamus (sopimusvastuun kriteeri). Siitä, että sovittelu on voimassa tietyssä sopimustyyppissä, ei saa yleistää muihin sopimustyypeihin. Sovittelukohtuustilanteita pyritään välttämään muodostamalla uudentyyppisiä, luottamukseen perustuvia vastuukategorioita²¹⁷ sekä vähentämällä sopimusvastuun alaa suhteessa vahingonkorvausvastuuseen ja edunpalautukseen.

4.2.2.3. Yhteisöllisen käytännön malli: kohtuus pääsääntönä.

Sosiaalisen praksiksen sopimusmalli edellä kehitellyssä muodossaan merkitsee ratkaisua, jossa sopimusvelvoitteen perustana on (oltava) oikeudenmukainen käytäntö. Tämä merkitsee tosiasiaassa kohtuusperiaatteen asettamista systeemisissä ensisijaiseen asemaan sopimusvapauteen ja vaihdannan intressiin verrattuna.²¹⁸

Yhteisöllisen käytännön mallin soveltaminen sopimusnormiston analyysiin ei sen sijaan poista sovittelukohtuuteen liittyviä ongelmia. Ongelmanasettelu kuitenkin muuttuu siitä, mikä se on luottamusmallin tapauksissa, joissa vastakkain sijoittuivat toisaalta vastapuolen perusteltu luottamus ja toisaalta toisen sopijapuolen kannalta silmiinpistävän tasapainoton lopputulos. Väite siitä, että sovittelua tulisi käyttää mahdollisimman harvoin, on tosiasiaassa eri sisältöinen siitä riippuen, missä määrin sopimussysteemissä on otettu huomioon kohtuusnäkökohdat. Jos systeemi rakennetaan luottamusmallin varaan, voidaan sanoa, että vaatimuksella sovitteluratkaisujen määrän minimoinnista on selvä oikeuspoliittinen sisältö. Kohtuuden käyttö tulee minimoida. Jos sen sijaan kohtuusperiaate on systeemisissä asetettu johtavaan asemaan, systeemin lopputuloksista poikkeaminen ei (keskimäärin) voi enää selittyä sillä, ettei kohtuusnäkökohtia (sääntelykohtuutta) ole otettu huomioon systeemin mukaista

²¹⁷ Ks. esim. Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 64: ”Jos käyttäytyminen tulkitaan pelkäksi sielullisen määrätilan merkiksi voimatta osoittaa käyttäytymisen oikeustoimiin kuuluvalla tavalla antaneen sen mukaista ilmaisua, ei kysymys ole oikeustoimen tulkinnasta (sen vuoksi ettei kysymys ole oikeustoimesta, JP), vaan, jos käyttäytyminen katsotaan relevantiksi, lähinnä *vastapuolen intressejä palvelevalla kohtuusharkinnalla perustuvasta luottamusteoreettisesta ratkaisusta.*” (korostus JP).

²¹⁸ Ks. esim. Michelman, Norms and Normativity in the Economic Theory of Law s. 1015, 1016—1037, jossa hän perustelee sitä, että vuokrasopimusten sääntelyä voidaan pitää justifioituna retributiivisena keinona *riippumatta* siitä, onko sen taloudellinen tehokkuus (eli sen aikaansaama lopputulos) selvitetty.

ratkaisua tehtäessä. Sopimussysteemin mahdollisimman rationaalinen käyttö näyttäisi edellyttävän, että poikkeuksia tehdään mahdollisimman vähän.

Edellisen perusteella sääntely- ja sovittelukohtuuden väliselle jännitykselle voidaan antaa ymmärrettävä selitys juuri yhteisöllisen käytännön mallissa. Kysymys on siitä, että *saman* perustelun nojalla, joka on merkinnyt kohtuusperiaatteen keskeisyyttä systeemissä, systeemin lopputuloksesta poiketaan jälkikäteen yksittäistapauksessa. Tilanne on tältä osin toinen kuin luottamusmallissa. Siinä kohtuusnäkökohdat olivat ylipäänsä poikkeuksellisia ja sen vuoksi poikkeaminen sopimussysteemin pääsäännöstä oli aina poikkeamista myös systeemin keskeisestä lähtökohdasta, vaihdannan intressin ensisijaisuudesta. Sen sijaan yhteisöllisen käytännön mallissa on kysymys juuri systeemin keskeisen lähtökohdan varassa tehtävästä poikkeamisesta. Tällaisen poikkeamisen kielteinen seuraamus on systeemin rationaalisuuden, johdonmukaisuuden, vähentymisen. Rawls on antanut tälle havainnolle yleisen tason perustelun väittämällä, että perusteisiin, joilla oikeutamme tietyn sosiaalisten sääntöjen järjestelmän valintaa, ei ole rationaalista vedota perusteeksi sille, että tuosta järjestelmästä poiketaan sen jälkeen kun se on vahvistettu.²¹⁹ Sovittelukohtuuden olemassaolo sopimusoikeudessa on siten välttämättä irrationalinen tekijä tältä kannalta.²²⁰ Rawls kuitenkin tarkentaa väitettään pohtiessaan kansalaistottelemattomuutta. Tällöin tietyn rajan ylittävän kohtuuttomuuden vastustaminen voi edelleen olla rationaalista ja jopa olennaisen tärkeää yhteiskunnan vakauden kannalta.²²¹

4.2.2.4. Yhteenvedoa ja kehittelyä

Uudessa mallissa sopimusvastuun kriteerin ongelmanratkaisukyky on sidok-

²¹⁹ Ks. Kronmanin tiivistystä, *Contract Law and Distributive Justice* s. 501 viite 64. Kronman itse formuloi seikan seuraavasti: "It is one thing to evaluate individual transactions from a distributive perspective; it is another to evaluate the rules governing transactions from the same point of view." Nämä kaksi erilaista arviointitapaa vastaavat ymmärtääkseni erottelua sääntelykohtuuteen ja sovittelukohtuuteen. Sääntö- ja tekoutilitarismin ero perustuu myös samaan seikkaan, ks. esim. *Frankena*, *Ethics* s. 30—32.

²²⁰ Weber tarkoitti ilmeisesti olennaisesti samaa tilannetta kirjoittaessaan "empiirisestä oikeudenmukaisuudesta" ja siitä miten se on substantiivista irrationalisuutta. *Hunt*, *The Sociological Movement in Law* s. 123, tiivistää Weberin mielipiteen konkretisoituna Englannin ennakkopäätösten sitovuudelle perustuvaan järjestelmään: "'formal judgments' rendered, not by subsumption under rational concepts, but by drawing on 'analogies' and depending on and 'interpreting' concrete 'precedents'." Weberin mukaan, *ibid.*, ratkaisulle ei tällöin ole rationaalista perustetta.

²²¹ Ks. tarkemmin *Rawls*, *A Theory of Justice* s. 382—391. Ks. myös edellä *contra legem* -tilanteiden analyysia s. 37—46.

sisä siihen, millaiset keskinäiset suhteet ja systeemiärvot se määrittää alan tärkeille periaatteille. Kaikki sopimusmallit ovat tässä mielessä periaatehakuisia. II luvussa erotettujen oikeudellisen tutkimuksen kahden tyyppin — sääntöhakuisen ja periaatehakuisen tutkimuksen — kannalta tämä merkitsee myös sitä, että voimakkaasti sopimusmalliin sidoksissa olevassa tutkimuksessa sopimusnormit pyritään mahdollisimman pitkälle tulkitsemaan periaatteiksi. Tai varovaisemmin: todennäköisyys sille, että rajatapauksissa normi katsotaan mieluummin periaatteeksi kuin säännöksi, kasvaa sitä mukaa kuin sidonnaisuus sopimusmalliin lisääntyy. Sopimusoikeuden yleisiin oppeihin saattaa kuitenkin sisältyä oletuksia, jotka tekevät niistä *samanaikaisesti* sääntöhakuisiakin, esimerkiksi oletus juridisen ajattelun välttämättömästä luokittelevuudesta.

Periaatteiden järjestäminen merkitsee esimerkiksi jonkin periaatteen mukaisen dogmin sisällyttämistä systeemiin. Tämä voidaan toteuttaa osoittamalla periaatteeseen pohjautuva oikeussääntö ankaraksi oikeussäännöksi. Silloin poikkeukset tunnustetaan vain, jos ne on tehty (toisilla) oikeussäännöillä. Siten yhteisöllisen käytännön mallissa pidetään kohtuuspohjaisia sääntöjä ankarina, mikä näkyy esimerkiksi siinä, ettei OikTL 36 §:n tyyppikohtuuttomuuskiellon tehottomuutta saa jättää määräämättä *contra legem* -argumentein.²²²

Sopimussitovuuden syväjustifikaationsa mukaisesti uusi malli merkitsee kohtuusperiaatteen nostamista *prima facie* -asemaan. Tämä ei kuitenkaan ole välittömästi niin olennainen muutos kuin voisi kuvitella. Kohtuus *prima facie* -periaatteena merkitsee systeemin kannalta kahta asiaa. Ensinnäkin, jos periaatteet ovat punninnassa tasapainossa, ratkaisulle on valittava se suunta, jota kohtuusperiaate edellyttää. Toiseksi, jos kohtuusperiaate soveltuu tapaukseen tai tapaustyyppiin, on sen osoittamasta ratkaisusuunnasta poikkeamiselle pystyttävä esittämään argumentit. Argumentaatio voi olla muodollista, jolloin vain esitetään vastakkaista ratkaisua edellyttävä oikeussääntö. Ellei sääntöä voida esittää, on käytettävä sisällöllisiä, muista periaatteista johdettuja argumentteja. Jos tuollaisia argumentteja ei esitetä, ratkaisu jää kohtuusperiaatteen varaan. Jos mitään periaatetta ei nostettaisi *prima facie* -asemaan, systeemin ongelmanratkaisukyky heikkenisi olennaisesti.²²³

Esimerkki tarkastelusta, joka voidaan ymmärtää myös tältä kannalta, on

²²² Ks. tarkemmin jäljempänä s. 363—364.

²²³ Vaikka tästä yleisratkaisusta eli kohtuusperiaatteen kohoamisesta *prima facie* -asemaan oltaisiin eri mieltä yleisen sopimussysteemin kannalta, on nimenomaan OikTL 36 §:ää tarkasteltaessa erikseen perusteltavissa, että sitä sovellettaessa oikeusperiaatteille tulee antaa *lähtökohtaisesti* sellaiset painoarvoasteikot, joissa kohtuusperiaate on muita korostuneempi. Ks. tarkemmin V luvun alkua.

Wilhelmssonin pohdinta vakioehtojen sitovuuskysymyksestä. Hän esittää johdopäätöksensä argumentaatiotaakkaa koskevana suosituksena. Sen mukaan, jos vakioehdoilla poiketaan kuluttajan vahingoksi oikeuspoliittisen valinnan sisältävästä dispositiivisesta oikeudesta, vakioehtoja käyttävän osapuolen on pystyttävä esittämään asiallisia syitä poikkeamisen sitovuuden tueksi. Poikkeaminen dispositiivisesta oikeudesta merkitsee sitä, että kohtuusperiaate soveltuu ja saa poikkeamisen tehokkuutta vastaan puhuvan painoarvon. Vakioehtoja käyttävän osapuolen asialliset syyt puolestaan lienevät sellaisia näkökohtia, jotka perustuvat sopimusoikeuden muihin periaatteisiin, esimerkiksi vaihdannan intressiin tai sopimusvapauteen.

Kohtuusperiaatteen *prima facie* -asema yhteisöllisen käytännön mallissa näkyy myös yrityksenä lukea muita periaatteita kohtuuden kannalta eli laajentaa kohtuusperiaatteen ja muiden periaatteiden ympyröiden leikkausalueita, ekstensioiden päällekkäisyyttä. Kohtuuden korostuvaa asemaa tukevat siten rinnakkaiset muutokset muiden oikeusperiaatteiden määritelmissä. Sopimusvapaus käsitetään kvalifioiduksi vapaudeksi, jolloin sen taustalla oleva sisällöllinen arvoteoria merkitsee yhteisön näkemyksiin perustuvia käsitteellisiä rajoituksia sille, millainen tahtoon perustuva yksilön käyttäytyminen on hänen vapautensa käyttöä.

Toisen hyväksikäyttö epätasapainoisin välipuhein ei ole aitoa vapauden käyttöä. Vapauden käsitteelle annetaan positiivinen eikä negatiivinen tulkinta: vapaus on korostetummin vapautta johonkin kuin vapautta jostakin. Vaihdamman intressi puolestaan tulkitaan molemminpuolista hyötyä edellyttäväksi vuoroaikutusmaksimiksi. Sen vuoksi vaihdannan intressikään ei puolla hyvin epätasapainoisin välipuheen eli sellaisen välipuheen, jossa toinen hyöttyy ja toinen olennaisesti häviää, sitovuutta. Luottamus ei enää merkitse alistumista vaatimukseen ”joka leikkiin ryhtyy, se leikin kestäköön”. Luottamus ei enää ole luottamusta anonyymiin toimijaan markkinoilla, vaan luottamus on luottamuksesta sopimuskumppanin haluan pyrkiä molempien osapuolten yhteistä etua parhaiten edistäviin ratkaisuihin. Heikomman hyvittäminen liittyy kohtuuteen sopimustasapainona siten, että heikkommuuden yksi osoitus on se, että on solminut epätasapainoisin sopimuksen. Tällainen näkökulma täydentää sopimusvapauden kvalifioimista.²²⁴

Systeemisistä tunnistetaan uusi vastuukriteeri, jolla on tahtomallin tahtoon tai tahdonilmaisuu verrattuna erilainen *objektiivinen ja subjektiivinen tunnusmerkistö*. Objektiivinen tunnusmerkistö perustuu enemmän sellaisiin

²²⁴ Kaikista esitetyistä kohdista Suomen sopimusoikeuden kannalta ks. tarkemmin jäljempänä s. 266–274.

seikkoihin, jotka eivät sisällä mitään konkreettista lupaus jostakin nimenomaisesta mutta luovat kuitenkin oikeudellisen toiminnan raamiehtoja. Hyviä esimerkkejä tällaisesta toiminnasta ovat markkinointi ja mainonta kulu- tuskaupassa sekä asiantuntijan asema. Sitovuuselementtien tausta koostuu, kuten Köndgen kirjoittaa, mosaiikkimaisesti pienistä velvoittautumissisällöistä.²²⁵ Subjektiivisen tunnusmerkistön puolella on olennaista se, että sitoutuminen jää ikään kuin lepääväksi ja tulee näkyviin vasta jonkin teon herättämänä (esimerkiksi mainostetun esineen ostaminen). Sitoutuminen tehdään tulevia sopimus- suhteita varten. Käyttäytyminen ei ole suorastaan (perinteinen) oikeustoimi, mutta se on ”sopimussuuntautunutta”.²²⁶ Tämän ajattelutavan kannalta (varsinainen) sopimislupaus on vain rajatapaus; peukalosääntönä on, että mitä konkreettisempi velvoittautumisen sisältö on ja mitä sopimusmaisempi sitou- tuminen on, sitä vahvempi on lupausluonne ja sitä samanlaisempia ovat sitou- tuminen ja oikeustoimi. Esimerkiksi mainonnassa toisena ääripäänä on ns. sym- patiamainonta ja toisena yksilölliset laatutiedot, jotka ovat jo lähellä myyjän antamaa ”laatutakuuta”.²²⁷

Havaittujen erojen selityksenä — tai toisenlaisena ilmaisutapana — on, et- tä *sopimuksen merkitys ihmisyyhteisössä käsitetään eri malleissa eri tavoin*. So- pimus voidaan käsittää yksilön itsemääräämisoikeudelle rakentuvaksi instituutioksi, jonka toimivuus (ainakin pitkällä aikavälillä) riippuu juuri siitä, että osa- puolten käsiä ei sidota liikaa. Tällainen käsitys on ominainen sekä tahto- että luottamusmallille. Niiden jälkeisessä ajattelussa puolestaan korostuu ajatus siitä, että sopimus on vain tiettyjen suhteiden välttämätön muoto, joka välttämät- tömyys on seurausta historiallis-yhteiskunnallisista syistä.

Sopimusoikeuden neljästä keskeisimmästä periaatteesta, sopimusvapaudes- ta, vaihdannan intressistä, kohtuudesta ja heikomman hyvittämisestä, on kol- me ensinmainittua saanut *prima facie* -aseman tietyssä sopimusmallissa. Tah- tomalli asetti tuohon asemaan sopimusvapauden, luottamusmalli vaihdannan intressin ja yhteisöllisen käytännön malli kohtuusperiaatteen. Heikomman hy- vittäminen on siten jäänyt ”omaa” sopimusmalliaan paitsi. Tuollaisen *yhteis- vastuumallin* kehittäminen, jossa heikomman hyvittämisen periaatteella olisi *pri- ma facie* -asema, jää tämän työn ulkopuolelle. Vihjeenä siitä, minkälaisiin seik- koihin jouduttaisiin kiinnittämään huomiota, voi viitata Wilhelmssonin poh- dintoihin sosiaalisesta siviilioikeudesta.²²⁸ Selvää kuitenkin on, että yhteisöl-

²²⁵ Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag s. 187.

²²⁶ Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag s. 188—189.

²²⁷ Koko kappaleen ideoista ks. lähemmin Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag s. 187—190.

²²⁸ Wilhelmsson, Social civilrätt.

lisen käytännön malli on varsin erilainen kuin tuollainen solidaarisuusmalli. Kohtuusperiaatteen ydinsisältönä on sopimustasapaino, mikä merkitsee vastavuoroisten suoritusten yhtälaista suuruutta. Heikomman hyvittäminen olisi yhteisvastuumallin mukaan heikomman *suosimista*, josta muotoilusta näkyy selvästi yhteys sopimuksen uudenväliseen toimintaan yhteiskunnallisen retributioon keinona. Heikomman hyvittäminen on jotain muuta (enemmän) kuin sopimustasapaino.²²⁹

Yleisellä tasolla solidaarisuusmallin lähtökohtana voisi olla Rawlsin oikeudenmukaisuuden kahden maksiimin, vapauksien turvaamisen ja ns. eroperiaatteen eli yhteiskunnallisten eriarvoisuuksien tasoittamisen, keskinäisen (leksikaalisen) järjestyksen kääntäminen toisinpäin kuin Rawlsilla itsellään. Hänen mukaansa vapaudet on aina turvattava ennen heikompien hyvittämistä. Solidaarisuusmallissa ajatus olisi se, että heikompia on hyvitetävä, jotta vapaudet voisivat toteutua.²³⁰

5. YHTEENVETO

Jaksoissa 1., 2. ja 3. selvitettiin lähemmin kolmen sopimusmallin sisältöä, nimittäin (formaalin) tahtomallin, luottamusmallin ja yhteisöllisen käytännön mallin. Tahtomallissa sopimusvastuu selitettiin vastuulla tahdonvapauden käytöstä, luottamusmallissa toisen sopijapuolen haitan välttämisenä ja yhteisöllisen käytännön mallissa osapuolten osallistumisella oikeudenmukaiseen yhteisölliseen käytäntöön. Selitysten oikeuttaminen, syväjulistointi, johti yhteiskunnan perustaviin arvoihin ja tavoitteisiin, tahtomallissa vapauteen, luottamusmallissa taloudelliseen vaurauteen ja yhteisöllisen käytännön mallissa oikeudenmukaisuuteen. Jaksossa 4. kehiteltiin yhteisöllisen käytännön sopimusmallin ongelmanratkaisukykyä tahto- ja luottamusmallien kompromissina. Tuo kompromissi oli samalla yritys uudistaa sopimusmallia tilanteessa, jossa heikomman hyvittämisen periaate ja kohtuusperiaate ovat saaneet oikeuskulttuurissa yleisesti, ja lainsäätäjän toiminnassa erityisen näkyvästi, yhä korostuneeman merkityksen. II luvussa väitettiin oikeusperiaatteiden sisällön olevan keskeisesti yhteydessä sopimusmalleihin. III luvun päätösjaksossa tuota väitettä tarkennettiin. Erityisesti selvitettiin sopimusvapauden ja kohtuusperiaatteen si-

²²⁹ Näin myös *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 46–47: sosiaalisessa siviilioikeudessa ei ainoastaan kompensoida menetyksiä eli tasata, vaan siinä on kysymys hyvinvoinnin jakamisesta antamalla enemmän sille, joka on suuremmassa tarpeessa.

²³⁰ *Ks. Rawls*, *A Theory of Justice* s. 42–44.

sällön muuttumista eri sopimusmalleissa.²³¹ Mallien muutos merkitsee uutta tapaa hahmottaa alan oikeusperiaatteet ja tätä kautta uutta tapaa *systematisoida* alan oikeusnormit.

Kohtuusperiaatteen täsmentämistaustan (analyttinen vaihe, normatiivinen vaihe ja systeemi-arvon määrittäminen) ohella II ja III lukujen sopimusmallijaksojen hyödyllisen aineiston etsiminen liittyi yritykseen muodostaa Suomen nykyistä sopimusnormistoa parhaiten kuvaava sopimusmalli *kompromissina* aikaisemmista yrityksistä kansainvälisellä ja kansallisella tasolla. Tällöin kahdenlainen tieto on hyödyllistä.

Ensinnä selvitettiin, miten mallin rakentaminen ylipäänsä tapahtuu, millaisia kiinnekohtia ja siirtymiä siinä on. Erityisesti yritettiin paikantaa sitä, *millä tavoin* sopimuksen sitovuuden syväjulistikaatio muuntuu peruskäsitteiksi ja dogmeiksi sekä millä tavoin mallin ongelmanratkaisukykyä kohotetaan konstruktioilla.²³² Keskeiseksi osoittautui myös oikeusperiaatteiden uustulkinta eli lukeminen mahdollisimman pitkälle malliin sopiviksi.

III luvun keskeisiä ideoita oli toiseksi ajatus siitä, että sopimusvastuun kriteeri sijoittuu välttämättä ulottuvuudelle vapaa tahto — toiminta. Formaalisessa tahtomallissa korostuu vapaa tahto, luottamusmallissa toiminta. Systeemisäisinä sopimusvastuun kriteereinä ne ovat toisilleen toisinaan (joskaan eivät usein) vastakkaisia. Uusi näkökulma liittyi siihen, että siinä keskustelussa, jota tahtomallin ja luottamusmallin välillä on käyty, on annettu korostetun yksilöllinen tulkinta sekä tahdolle että luottamukselle. Kompromissin lähtökoh- ta oli, että molemmille annetaan yhteisöllisempi tulkinta ja kompromissin keskeisideana oli pitää sopimusta institutionaalisena faktana, jota ylläpitää tietyt sisällölliset kriteerit täyttävä yhteisöllinen käytäntö.

Suomessakin on tapahtunut yleinen länsimainen siirtymä oikeusvaltiosta sosiaalivaltioon.²³³ Sopimusoikeudessa tämä merkitsee sitä, että sopimusoikeuden periaatteiksi tulevat täydellisesti itsenäistyneinä ja systeemi-arvoiltaan ko- honneina kohtuus ja heikomman hyvittäminen.²³⁴ Tämän lisäyksen yhteiskun-

²³¹ Tämän jakson tarkastelu lieene ollut pitkälti sitä, mihin *Björne*, Oikeusjärjestelmän kehityksestä s. 18—19, viittaa kirjoittamalla siitä, kuinka koko yksityisoikeudellisen järjestelmän yleistarkastelun ohella voi olla yksityiskohtaisempia tarkasteluja, joissa pyritään tarkemmin selvittämään systeemin rakentumista. Hänen mukaansa tuollainen tarkastelu on välttämättä lähempänä oikeusdogmatiikkaa.

²³² *von Hertenin*, Tutkimuksesta ja tutkimuksen arvostelusta s. 54—56, termein tutkimuksen kohteena oli sopimusvastuun yleinen arvoperusta.

²³³ Ks. esim. *Kosonen*, Hyvinvointivaltion haasteet ja pohjoismaiset mallit s. 20—32, 140—145 ja erit. 183—186. Ks. myös *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 33—35.

²³⁴ Sosiaalivaltiolla heikomman hyvittämisen periaate on ehkä vielä tunnusomaisempi

nallisena taustana ovat sosiaaliset olot, joissa kohtuus ja heikomman osapuolen turvallisuus eivät toteutuneet sillä tavoin kuin tahtomallin vapauden ja oikeudenmukaisuuden identiteettiväite edellytti. Ihmisistä ei tullutkaan oman onnensa vaan usein epäonnensa seppiä. Paternalistinen, holhoava asenne tuli länsimaissa tärkeäksi.²³⁵ Tahtomalli ja luottamusmalli ovat olleet ns. *oikeusvaltion* sopimusmalleja. Yhteisöllisen käytännön malli on yritys hahmottaa niiden tilalle yksi mahdollinen *hyvinvointivaltion* sopimusmalli.²³⁶

Hyvinvointivaltion sopimusmallin keskeinen merkitys on sopimusoikeuden oikeusperiaatteiden keskinäisten suhteiden tarkempi, normiston varassa tehty hahmottaminen. Tätä ei kuitenkaan voi enää jatkaa tämän luvun yleisyytasolla. Tuollainen kehittäminen on aina sidoksissa siihen normistoon, jonka jokin erityinen oikeusjärjestys sisältää. Normiston ohella sopimusmallin tarkempi kehittäminen on sidoksissa kulloisenkin oikeuskulttuurin tilaan, sen historiaan ja nykypäivään. Sen vuoksi seuraavassa luvussa tarkastellaan sopimusmalleja Suomen muuttuvassa sopimusoikeudessa.

kuin kohtuusperiaate. Selvin ero kohtuusperiaatteen ja heikomman hyvittämisen välillä on se, että heikomman suojeleminen on välttämättä retributiivista. Heikomman hyvittäminen siirtää sopimuksen kautta jakaantuneita varallisuusetuja (laajassa merkityksessä, johon sisältyy myös välttyminen normaaleilta velvoitteilta) heikommille. Sen sijaan kohtuusperiaate vain tasoittaa sopimuksensisäisesti suhteessa vastiketasapainoon tai dispositiivisen oikeuden sisältöön. Kohtuuden ja heikomman hyvittämisen tosiasiallinen samansuuntaisuus selittyy muun muassa sillä, että dispositiivisella oikeudella on toisinaan retributiivinen sisältö.

²³⁵ Ks. yleisesti esim. *Kleinig*, Paternalism and Personal Integrity ja *Kronman*, Paternalism and the Law of Contracts.

²³⁶ Ks. *Tuori*, Oikeusvaltiokäsitteestä ja sen historiasta, erit. s. 18–23. Vrt. *Collinsin*, The Law of Contract s. 95–103, esitykseen, jossa yritetään yhdistää luottamus, kohtuus ja heikomman hyvittäminen vaatimukseksi neuvotella sopimuksista vilpittömin mielin ("duty to bargain in good faith").

IV LUKU. SOPIMUSMALLIT SUOMEN SOPIMUSOIKEUDESSA

Tässä luvussa pohditaan aluksi lyhyesti ja muutamien yksittäisten esimerkkien valossa sitä, minkälainen merkitys tahtomallilla (jakso 1.) ja luottamusmallilla (jakso 2.) on ollut Suomen sopimusoikeudessa. Luottamusmalliin liittyvä ajattelutapa on Suomessa osaksi nivoutunut yhteen analyttisen siviilioikeustieteen kanssa. Kun tästä on ollut tärkeitä seuraamuksia sopimussysteemin muokkaamisen kannalta, käsitellään kolmannessa jaksossa analyttisen oikeusajattelun vaikutuksia (jakso 3.). Jaksossa pyrin hajauttamaan yleisen sopimus-käsitteen asiallisessa, ajallisessa ja henkilöllisessä suhteessa. Neljännessä jaksossa pohditaan mahdollisuutta täsmentää Suomen oikeuskulttuurin peruspiirteitä sopimuksen ja demokratian suhteen avulla. Luvun päätteeksi esitetään lyhyt yhteenveto sovittelun taustaksi asetettavasta sopimusmallista.

1. TAHTOMALLI SUOMEN SOPIMUSOIKEUDESSA

Tahtomalli selittää sopimussitovuuden sopijapuolten vastuulla vapaaseen tahtoon perustuvasta toiminnastaan (vapauspiirien leikkaus) ja syväjustifioi selityksensä yksityisautonomialla. Vastuuta voidaan kehitellä systeemisäisesti lupausteorian tai sopimusteorian avulla.¹ Sopimusteoria painottaa tahtojen konsensusta vastuukysymysten käytännön ratkaisujen ehdottomana kriteerinä. Lupausteoria liittyy pelkästään velvoitetun vapauspiirin tarkasteluun. Sopimusteoriaa voidaan pitää helpommin toteutettavana sopimusvastuun kriteerin kannalta. Sopimusteoriassa korostuu ajatus sopimuksesta tyypillisenä, esikuvanomaisena oikeustoimena. Systeemin kannalta yksipuoliset oikeustoimet ja

¹ Ks. *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram s. 356—359, *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 148—152 ja siinä viitattua, *Ussing*, Aftaler s. 53—56 ja 93—95 sekä *Jørgensen*, Vertrag und Recht s. 34—44.

niihin liittyvän sitovuuden perustelu tulevat tällöin hankaliksi. Lupausteorian systeeminmuodostuskyvyn vahvuus taas näkyy juuri yksipuolisten oikeustoimien sitovuuden liittämisesä systeemiin, mutta teorian systemaattinen voima heikkenee siirryttäessä kohti kaksipuolisia oikeustoimia, erityisesti sopimusta. Systemaattisen voiman heikkeneminen on korvattava käsitteenmäärittelyillä sekä konstruktoilla. Esimerkiksi tarjous määritellään (joudutaan määrittelemään) tavalla, joka *edellyttää* vastaanottajaa.² Vastaanottajan suoja konstruoidaan viittaamalla lupaaajan tahdon ohella myös lupauksen vastaanottajassa herättämään luottamukseen.

Suomessa sopimusoikeuden — oikeastaan velvoiteoikeuden sen osan, johon oikeustoimet kuuluvat — systeeminlaadinta on keskittynyt edellä kuvattunlaisten systeemin sisäisten ongelmien pohdintaan.³ Nimenomaiset erittelyt sitovuuden syväperusteesta ovat sen sijaan harvinaisempia. Silmiinpistävää on, että ennen OikTL:a ajateltiin viittauksen vuoden 1734 lain kauppakaareen ja tavanomaiseen oikeuteen riittävän. OikTL:n säätämisen jälkeen tyydyttiin viittaamaan siihen. Ei pidetty tarpeellisena jatkaa pidemmälle kysymyksen pohdintaa.⁴ Sen vuoksi kannanotto syväjustifikaatioon on jättänyt tavallisesti vain *epäsuoria* jälkiä sellaisissa systeemin sisäisissä kysymyksissä, joiden ratkaisu on välittömästi sidoksissa sopimussitovuuden syväperustaan. III luvussa käsiteltiin erehdystilannetta, joka on yksi tällaisista ongelmista. Tässä jaksossa tyydytäänkin vain viittaamaan III luvussa tarkemmin esiteltyyn af Hällströmin erittelyyn erehdystilanteesta.⁵ Sitä varten hän laati selvityksen Suomen sopimusoikeuden tutkijoiden kannanotoista ja niiden taustasta, joten vanhempia kirjoittajia voidaan tarkastella käyttämällä hyväksi tuota erittelyä. af Hällströmin tuloksista käy riidattomasti ilmi, että erehdystilannetta selvittelleet Suomen sopimusoikeuden tutkijat olivat vuosisadan vaihteessa sitoutuneet tahtomalliin. Tämän sitoutumisen tarkemmasta sisällöstä ei af Hällströmin analyys-

² *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 150 viite 61 viitaten Karlgreniin ja Adlercreutziin.

³ Lupaus- ja sopimusteorioiden pohdinnasta ks. esim. *Hernberg*, Gäldförhållandet s. 136—138, *Raninen*, Vahvistuskirje s. 22—24, *Muukkonen*, Muotosäännökset s. 141—142, *Aho*, Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 84—85 ja siinä viitattua sekä *von Hertzen*, Sopimusneuvottelut s. 32.

⁴ Ks. edellä s. 88—94. Ks. myös *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 313, jonka havainto *lakipositivismin* yhdistymisestä pohjoismaisen oikeusteorian empiristisiin lähtökohtiin voi osaksi selittää tämän puutteen 1940-luvulta alkaen. Jos oikeustieteen tutkimuskohteena on sääntötodellisuus, olisi kysymys tuon todellisuuden taustasta pohjoismaisen oikeusteorian torjuma ontologinen ongelma.

⁵ Om villfarelse s. 92—151.

sin perusteella ole löydettävissä tämän työn kannalta kiinnostavia kohtia. Lisäksi ei ole riidatonta, ovatko suomalaiset tutkijat todella olleet johdonmukaisesti vain yhden mallin kannalla vaiko valikoineet argumentteja, joiden perustelu saman mallin avulla on kyseenalaista.⁶

Uudemmista kirjoittajista tahtomallin lähtökohtia seuraavat ehkä selkeimmin *Telaranta* ja *von Hertzen*. Heidän tarkastelutapansa on rakenteeltaan hyvin samankaltainen. Tahtomallin näkökulmasta voidaan väittää, että molemmat pyrkivät pitämään yllä yksityisautonomian ratkaisevaa merkitystä sopimussitovuuden syväjustifikaationa kokoamalla siitä johdetusta vastuukriteeristä, tahtojen (tahdonilmaisujen) konsensuksesta, tehtävät poikkeukset yhtenäiseksi ryhmäksi, jota luonnehditaan käyttäytymisvastuutilanteiksi.⁷ Näin saavutetaan yksityisautonomian ensisijaisen syväjustifikaatioaseman kannalta ”toiseksi paras” lopputulos: kun poikkeuksia ei enää voi liittää vastuukriteeriin eli tahtojen konsensusdogmin alle edes tulkinnalla, niistä muodostetaan eräänlainen *hallittujen poikkeuksien* ryhmä. Tällä tavoin annetaan käsitys, että vaikka systeemin keskeistä perustaa tosin koetellaan, tuo perusta kuitenkin säilyy.⁸

⁶ Ks. *af Hällströmin*, Om villfarelse s. 51 viite 125, kritiikkiä siitä, että tahtoteoreetikotkin katsoivat esityksensä edistävän vaihdannan intressiä.

⁷ *Aho*, Oikeustoimen käsitteestä s. 902, tiivistää Telarannan analyysin: lähtökohtana on oikeuden systeemistä, yksityisautonomiasta, saatu oikeustoimen käsite, oikeustoimen ja tahdonilmaisun synonyymisyys OikTL:ssa, toimitahdon ja ilmaisutietoisuuden erottelu ja käyttäymisvastuutapausten pitäminen tosiasialliselta laadultaan muttei oikeusvaikutuksiltaan sopimuksesta eroavina oikeustosisiekkoina.

⁸ *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 136: ”Kun pyritään selvittämään tahdonilmaisun käsitteen tunnusmerkkejä (= systeemin sisäinen kysymys, JP), on käsitteäkseni oikeuden järjestelmän huomiointi se näkökohta, josta on pidettävä kiinni. Lähtökohdaksi on siis otettava yksityisautonomian ajatus (= systeemin ulkoinen syväjustifikaatio, JP). ... Jos oikeuskäytännössä ilmenee tapauksia, joiden synnyttämä oikeudellinen vaikutus on sama kuin tahdonilmaisun, ei siitä vielä seuraa, että tahdonilmaisun käsite, joka on sopusoinnussa äsken sanottujen vaatimusten kanssa, olisi virheellinen. Päinvastoin on käsitteäkseni syytä ensin tarkemmin tutkia, millainen on lähemmin niiden tosiasioiden tunnusmerkistö, jotka tuollaisen seuraamuksen aiheuttavat. Oikeudessahan on yleistä, että mitä erilaisimmat tunnusmerkistöt voivat synnyttää samanlaatuaisia oikeusvaikutuksia. Näin on asian laita käsitteäkseni myös nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa.” Ks. vielä *J. Tolonen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram s. 352. Yleisemmin samantapaista menettelytapaa sopimusoikeuden liberaaleilla teoreetikoilla kuvaa *Atiyah*, Essays on Contract s. 139: ”... contract law now uses many moral principles besides the promissory principle. If the liberal admits this much, then what can be justified by the promise principle is only a very small part of contract law. In order to identify the promise principle as the basis of contract law, it becomes necessary to reclassify large parts of con-

Myös *Vihman* esitystä sopimussakosta ja kohtuuden merkityksestä sen sovittelussa voidaan lukea tältä kannalta. Hän ottaa nimenomaan kantaa systeemiä koskevaan kysymykseen siitä, mikä on sopimusvapauden ja kohtuuden suhde yleisellä tasolla. Tämän teoksen termein Vihma pohtii sitä, kumman systeemiä arvo on korkeampi. Ratkaisu on se, että ”kohtuuden periaate, josta sanottu (OikTL:n vanha, JP) 36 § on vain yhtenä ilmauksena, on luonteeltaan poikkeussääntö. Sehän näet rajoittaa sopimusvapauden periaatetta.”⁹ Huomattakoon, että Vihma aivan oikein erottaa sen, voiko kohtuusperiaate kuitenkin olla yleinen periaate Suomen velvoiteoikeudessa: ”Mutta sitävastoin ei tuo 36 § ole poikkeussäännös siinä mielessä, että sen sisältämä kohtuuden noudattamisen vaatimus koskisi yksinomaan sopimussakkovälipuheita. Se on päinvastoin vain yhtenä ilmaisuna yleisestä kohtuuden periaatteesta, joka monissa muissakin kohdissa on laissamme tunnustettu.” Vihman teoksen keskeinen tulos on, että sopimussakkoehdo voi olla vahingonkorvausklausuulin ohella rangaistuksen luonteinen. Sopimussakolla voi olla sekä vahingonkorvaustarkoituksella että painostustarkoituksella. Myös tämä tulos on johdonmukaista sopimuspuolten tahdonvallan ensisijaisuuden korostamisesta. Jos he tahtovat saada aikaan tuollaisen, sopimus-oikeuden systeemin kannalta ongelmallisen yhdistelmän, jossa yhtenä elementtinä on ”siviilioikeudellinen rangaistus”, se on mahdollista.¹⁰

Tarkemmin analysoituna Telarannan erittely perustuu ajatukselle, että on erikseen selvítettävä tahdonilmaisun käsite oikeuden olemuksen ja erikseen positiivisen oikeuden nojalla.¹¹ Tämä lähtökohta on sama, johon edellä III luvussa liitettiin määreet systeeminulkoinen ja systeemin sisäinen. Telarannan käsitys hänen tutkimuksensa ensimmäisen vaiheen, oikeuden olemuksen tutkimisen, tuloksien luonteesta vastaa myös sitä asemaa, joka tässä tutkimuksessa on annettu sopimussitovuuden syväjustifikaatiolle. Tulosten avulla saadaan selville niitä linjoja, joita tarkemman, systeemin sisäisen tarkastelun, muun muassa käsitteiden määrittelyn, on kuljettava.¹² Systeemin sisäisen tarkastelun lähdeaineistoksi tulevat kuitenkin vain oikeusnormit, eivät enää yhteiskuntafilosofiset pohdinnat.¹³

tract law as tort, restitution, or some other subject.” Ks. vielä *Fried*, Contract as Promise s. 69: tilanteet, joissa sopimusvastausta joudutaan pohtimaan vaikkei ole lupausta, ovat ”contractual accidents or gaps falling outside contract law proper”.

⁹ Sopimussakko s. 258.

¹⁰ Ks. tarkemmin m.t. s. 263.

¹¹ *Telaranta*, Varallisuus-oikeudellinen tahdonilmaisu s. 2.

¹² *Telaranta*, Varallisuus-oikeudellinen tahdonilmaisu s. 2: ”... voidaan hahmotella ne pääperiaatteet, jotka tutkimuksen kohdetta oikeudellisesti arvosteltaessa on otettava huomioon.”

¹³ *Telaranta*, Varallisuus-oikeudellinen tahdonilmaisu s. 3: ”... on pyrittävä ... määrit-

Telaranta perustelee yksityisautonomian välttämättömyyttä toisaalta sisällöllisillä (normatiivisilla) ja toisaalta käsitteellisillä (analyttisillä) näkökohdilla. Sisällöllisenä argumenttina on yksilöstä ja yhteisöstä lähtevien ratkaisujen ero. Valintaa perustellaan ihmisen yksilöllisyyden tärkeydellä. Yksityisautonomian kieltäminen johtaisi tilanteeseen, jossa yksityisille ei jäisi mahdollisuuksia ”persoonalliseen elämään”. Telaranta kuvailee tällaista tilannetta, so. yksityisautonomian kieltämistä: ”Jos valtio ei myönnä yksityisille edes rajoitettua itsemääräämisoikeutta, eivät yksityiset voi silloin suorittaa minkäänlaisia vaihdantatoimia, ei ole olemassa rahaa, ei yksityistä omistusoikeutta eikä ylipäänsä mitään subjektiivisia oikeuksia.”¹⁴ Tuollainen olotila olisi Telarannan mukaan oikeudenmukaisuuden vaatimusten vastainen.¹⁵ Sopimussitovuuden selitys Telarannan esityksessä perustuu selvästi tahtojan (tahdonilmaisun antajan) näkökulmaan.¹⁶

Telarannan analyysin seuraavana, johdonmukaisena tehtävänä on selvittää, millaisiin kysymyksiin sellaisen lainsäätäjän, joka tunnustaa yksityisautonomian, on annettava vastaus. Tämän tutkimuksen termin kysymys on siitä, millaista sopimusoikeuden järjestelmää yksityisautonomia edellyttää.¹⁷ Telarannan mukaan yksityisautonomia edellyttää, että vastuu liitetään tahdonilmaisun tosiasialliseen käsitteeseen, ilmaisijan todelliseen tahtoon. Jos vastuu liitetään johonkin muuhun juridiseen tunnusmerkkiin, kysymys ei ole oikeustoimeen perustuvasta vastuusta. Tämä pätee erityisesti luottamusvastuusta: ”Se, että puheena oleva käsite (luottamus, JP) ei edellytä ilmaisutietoisuutta yhtä vähän kuin oikeustoimitahtoaan (oikeustoimen käsitetunnusmerkkejä, JP),

telemään, mitkä ovat varallisuusoikeuden piirissä käytetyn tahdonilmaisun käsitteen tunnusmerkit. Tämä tehtävä on suoritettava yksinomaan lain normeja analysoiden sekä oikeuskäytännössä annettuja ratkaisuja tarkastellen, käyttäen kuitenkin tällöin *ohjeena* lähinnä niitä näkökohtia, jotka yksityisautonomian olemuksesta ja asian luonteesta edellä on johdettu.”

¹⁴ *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 27—28.

¹⁵ *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 29.

¹⁶ Ks. esim. *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 164 ja *sama*, Vielä tahdonilmaisun käsitteestä s. 285, Bydlin skin ajatuksiin hyväksyvästi suhtautuen: ”Kun oikeusjärjestys antaa yksilöille mahdollisuuden varsin laajassa mitassa järjestää suhteensa tahdomallaan tavalla, on oikeudenmukaista, lausuu esim. Bydlin ski, että *hänelle asetetaan* myös ankara *vastuu* niistä virheistä, joita hän tätä sääntelyä suorittaessaan tekee. Tämä Selbstverantwortung, hän (so. Bydlin ski, JP) lausuu edelleen, on katsottava als ein Teil einer den Grundwert der Selbstbestimmung anerkennenden, widerspruchsfreien Rechtsordnung.” (korostus JP). Tähän Telaranta huomauttaa vielä: ”Selbstverantwortung nähdään siis, kuten mielestäni on oikein, itsemääräämisoikeuden korollarina.”

¹⁷ *Telaranta*, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu s. 29—33.

merkitsee, että tuo käsite ei rakennu itsemääräämisoikeuden pohjalle.”¹⁸ Ellei tätä havaita, tehdään helposti virhepäätelmä, että luottamusmalli olisi valitsevana sopimusoikeudessa.¹⁹

Myös Telarannan analyysi vekselilain 17 §:stä on rakenteeltaan samanlainen.²⁰ Säännös koskee tilanteita, joissa vekselivelallisen ja hänen sopimus-kumppaninsa välinen oikeustoimi on pätemätön tahtovirheen johdosta. Toimi ei täytä ”niitä vaatimuksia, jotka oikeusjärjestys on asettanut, jotta se voisi tunnustaa tahdonilmaisun sen antajaa oikeudellisesti velvoittavaksi” eikä ”tahdonilmaisuus, joka lain mukaan on pätemätön, voi olla pätevä siinäkään tapauksessa, että se tulee kolmannen henkilön tietoon”.²¹ Sen vuoksi vekselivelallisen vastuu kolmanteen nähden ei voi olla oikeustoimivastuuta. Sellainen ratkaisu, ettei vekselivelallinen vastaisi kolmansiin nähden, ei kuitenkaan ole ”liike-elämän kannalta mahdollista”. Kun vekselivelallisen vastuu tertiukseen nähden ei tahtovirhetilanteissa kuitenkaan voi perustua tahdonilmaisuun, ”vastuu täytyy nojata johonkin muuhun tekijään”. Vastuu on käyttäytymis- tai luottamusvastuuta.²²

¹⁸ *Telaranta*, Vielä tahdonilmaisun käsitteestä s. 288. Tahtomallin kannalta on todellakin niin, ettei luottamusta voida sisällyttää oikeustoimen käsitteeseen, vaan oikeustoimen käsite on määriteltävä tahdonilmaisun kautta. Vrt. myös *Telarannan*, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisuus s. 123—136, luottamusteoriaan ja erityisesti af Hällströmiin kohdistamaan kritiikkiin. Hän arvostelee af Hällströmiä muun muassa siitä, että tämä on liittänyt luottamuksen oikeustoimen käsitetunnusmerkiksi. Käyttäytymisvastuuta ja passiviteettia *Telaranta* käsittelee sitten nimenomaan vaihdannan intressin (liike-elämän vaatimukset, m.t. s. 206) ja tarkemmin vilpittömän mielen kannalta. Tässä ei ole ristiriitaa, sillä vaihdannan intressi on eriytetty yksityisautonomiseen oikeustoimeen perustuvasta sopimusvastuusta. Ks. vielä *Telaranta*, Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana, jossa samoja lähtökohtia sovelletaan erehdystilanteen analyysiin.

¹⁹ Esim. päätellään oikeustointen tulkinnan olevan luonteeltaan objektiivista eikä subjektiivista, vaikka hyväksytään yksityisautonomia. Yksityisautonomian, tahdonvallan alueen, hyväksyminen kuitenkin edellyttää, että (tahtoon perustuvan) oikeustoimen tulkinnan on lähtökohdiltaan — ei tietenkään aina tuloksiltaan — oltava subjektiivista. *Telaranta*, Varallisuus oikeudellisen tahdonilmaisun tulkinnasta ja täydentämisestä s. 855. *Telaranta* soveltaa siten samanrakenteista tarkastelua kuin äsken kuvattu oikeustointen tulkintaoppeihin, m.kirj. s. 841—873.

²⁰ Vekselivelallisen oikeudesta vedota tahtovirheeseen. Vrt. laajemmin siitä, kattaako vekselilain 17 § OikTL 29—33 §:ssä mainitut syyt *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 158—159 ja siinä viitattu.

²¹ Vekselivelallisen oikeudesta vedota tahtovirheeseen s. 393.

²² m.kirj. s. 395. Ks. myös *Aurejärvi*, Velkakirja, vekseli ja shekki s. 164—165, erit. viite 32. Kun *Telarannan* tarkastelun argumentaatio on sama kuin silloin, kun hän pohtii OikTL 29 §:n soveltumista tilanteeseen, jossa toinen osapuoli oli vilpittömässä mielessä, on mahdollista kohdistaa vekselilain 17 §:n tarkasteluun samat kriittiset huomautukset kuin

Selvän rajan säilyttäminen sitomattomien neuvottelujen ja sitovan sopimuksen välillä on taas keskeistä von Hertenin tarkastelussa. Pulmana ovat erityisesti sellaiset tilanteet, joissa sopimusvastuun oikeusvaikutukset näyttäisivät olevan seurausta muista tunnusmerkeistä kuin tahdonilmaisista. Tällaisia tapauksia varten von Herten ottaa käyttöön uuden käsitteen ”materiaalinen sopimusvaikutus”. Materiaalinen sopimusvaikutus kuvaa tilanteita, joissa von Hertenin sopimusvastuulle asettama, tahtomallin mukainen tahtojen (tahdonilmaisujen) konsensus -kriteeri ei oikeastaan täyty, mutta joissa toiminta saa aikaan täysin samat oikeusvaikutukset kuin jos nuo kriteerit olisivat täyttyneet. Positiivisen sopimusedun korvausvastuu koskee myös materiaallisen sopimusvaikutuksen tapauksia.²³ von Hertenin esityksessä — kuten jo Telarantalla — ajatus *hallitusta* poikkeuksesta on keskeinen. von Herten pyrkii nimittäin täsmentämään objektiivisen sopimusvaikutuksen juridisia tunnusmerkkejä siten, että tuollaiset tilanteet muodostaisivat oman käyttäytymisvastuun tyyppitapauksensa.²⁴

2. LUOTTAMUSMALLI SUOMEN SOPIMUSOIKEUDESSA

Voimakkaan virikkeen luottamusmallin rakentamiseen antoivat OikTL ja sen taustana ollut skandinaavinen ajattelu, jossa korostettiin luottamuksen suojaan liittyviä seikkoja.²⁵ III luvussa on jo käsitelty *af Hällströmiä*, joka luo

Zitting esittää OikTL 29 §:n tarkastelua vastaan, ks. edellä s. 107. Analyyttisen kritiikin avainidea olisi analyttisen pätemättömyysopin mukainen relatiivisen ja absoluuttisen pätemättömyyden erottaminen. Tahtovirhe vaikuttaisi *inter partes* -suhteessa mutta ei ulottuisi kolmansiin.

²³ Ks. von Herten, Sopimusneuvottelut s. 129 ss. von Hertenin mukaan tällaisesta tarkastelutavasta on mm. se etu, että se ”jättää sopimuksen käsitteen puhtaaksi tarkoittamaan yksinomaan sitä sidonnaisuutta, joka perustuu sopimuksenteon osapuolten toisilleen antamiin, samanlaista oikeudellista järjestelyä tarkoittaviin *tahdonilmaisuihin*”. m.t. s. 132.

²⁴ Ks. von Herten, Sopimusneuvottelut s. 134—142 ja 142—155.

²⁵ Ks. esim. *Bjerkén*, Anbudets bindande verkan, *Vahlén*, Om avtal och tolkning s. 25, *Jul.Lassen*, Obligationsretten s. 30 ja *Knoph*, Rettslige standarder s. 271—272, joka vuonna 1939 tuolloin modernina tendenssinä liittää AvtL:in luottamuksensuojaan ja vilpittömän mielen suojaan velvoiteoikeudessa. OikTL:n tausta ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Ks. esim. *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 228 viite 47: ”Tahtokonstruktion eivät pohjaudu yksinomaan ne säännökset, joissa valetointa nimenomaisesti normitetaan — esim. OikTL 34 §, VKL 15.4 §, AL 61 § ja KS 46 §:n a ja b kohdat — vaan keskeisesti koko legaalinen oikeustoimioppi. Varsinkin oikeustoimilain säännökset (erityisesti sopimuksen syntä ja oikeustoimen pätemättömyyttä koskevat normit) olisivat vaikeasti ymmärrettävissä,

sopimusoikeuteen luottamusmallin mukaista systeemiä. Erityisen merkittävä on se keskeinen rooli, jonka vaihdannan intressi hänellä saa. Juuri se on näkyvin osoitus siitä, että kysymyksessä on sopimussitovuuden selityksen muutos, joka suuntautuu vapauspiirien leikkaus -ideasta kohti toiselle aiheutetun tai aiheutuvan haitan hyvittämistä. Tuo selitys johtaa vaihdannan ja taloudellisen vaurauden käyttämiseen syväjustifikaationa ja perustelee siten myös vaihdannan intressin ensisijaisuutta systeemin sisäisenä periaatteena, sen korkeinta systeemiä.

2.1. Vilpittömän mielen suojan käyttö ratkaisevana argumenttina velvoiteoikeudessa

Yksi luottamusmallin keskeisimmistä dogmeista on vilpittömän mielen suoja.²⁶ Sitä koskeva ja siihen liittyvä keskustelu havainnollistaa sitä, millaista oli luottamusmallin käyttö konkreettisen oikeuskysymyksen ja samalla systeemiongelman käsittelyssä. Tarkastelussa ei pyritä saamaan esiin sitä, miten tarkkaan jäsentynyt luottamusmallin omaksuminen kullakin keskustelijalla oli, vaan se, miten ratkaisujen tausta on ymmärrettävissä juuri niillä argumenteilla — esimerkiksi vilpittömän mielen suojan ensisijaisuus erehdystilanteessa verrattuna todellisen tahdon suojaan — joiden varaan luottamusmalli rakentuu. Esimerkit kuvastavat luottamusmallin mukaista normaalitiedettä termin kuñnilaisessa merkityksessä.²⁷

Esimerkkinä luottamusmallin tausta-ajatusten aktiivisesta omaksumisesta olkoon *Onni Petäyksen* argumentaatio vuonna 1935. Hän korostaa vilpittömän mielen suojan joustavuutta vaihdannan mukaan. Edelleen hän pitää vilpittömän mielen suojaa välttämättömänä ”nyky-yhteiskunnassa”. Vilpittömän mielen suoja on Petäyksen mukaan vielä molemminpuolinenkin: siitä hyötyy myös velallinen eikä vain velkoja.²⁸

jos tahdonilmaisun sitovuus riippuisi yleisesti objektivoituun simulaatio-oppiin kuuluvista kriteereistä.”

²⁶ Tällä ei haluta väittää, että vilpittömän mielen suojan kohottaminen dogmiksi olisi mahdollista *ainoastaan* luottamusmallissa. Sen sijaan korostetaan sitä, että dogmin perustelu on johdonmukainen seuraamus sopimussitovuuden selittämisestä vastapuolen intressien hyvittämisellä ja sen taustana olevasta syväjustifikaatiosta. Vilpittömän mielen suojan perustavanlaatuisuutta koko varallisuus-oikeudessa korostetaan selkeästi myös Saantosuojajomkitean mietinnössä s. 43 ss. ja 52.

²⁷ Ks. *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions* s. 35—42.

²⁸ *Petäys*, *Frågor rörande skuldebrev: ogiltighetsgrunder och godtrosskydd, legitimation, vindikation* s. 55—58.

OikTL 35.1 §:n ongelmia analysoi selkeästi af Hällström, joka erottaa vilpittömän mielen esineoikeudellisena ideana vastaavasta velvoiteoikeudellisesta ideasta. Vasta kun tämä ero on tehty, havaitaan, miten sama tapahtumasarja tekee mahdolliseksi niin esine- kuin velvoiteoikeudellisenkin arvion vilpittömän mielen perusteella. af Hällström huomauttaa nimenomaan OikTL:n merkinneen sitä, että vilpittömän mielen ja luottamuksen aikaansaama oikeus-suojan tarvetta pidetään puuttuvaa tai virheellistä tahtoa tärkeämpänä.²⁹ — Tällaisen tarkastelun olennainen merkitys on siinä, että sen avulla vilpittömän mielen suojasta tulee velvoiteoikeuden järjestelmän keskeinen tekijä.³⁰

Esko Hoppu erittelee valtuutusopillisia ongelmia. Hänen tarkastelunsa on esimerkki siitä, miten vilpittömän mielen suojan dogmista oikeustoilmaissa tehtyjen poikkeusten ala voidaan supistaa. Yksi Hopun erittelemistä kysymyksistä on kelpoisuutensa ylittävän ”valtuutetun” toiminta. OikTL 25 § jättää vilpittömässäkin mielessä olleen tertiuksen vaille sopimussidonnaisuuden merkitsemää etua. Tätä poikkeusta Hoppu kuitenkin rajoittaa palauttamalla osan sopimusvastuun ulkopuolelle jäävistä tilanteista vilpittömän mielen suojan pääsäännön alaisuuteen. Nämä kuvataan tilanteiksi, joissa päämies tapahtuneesta tietoisena ei reklamoi vilpittömässä mielessä olleelle tertiukselle kohtuullisessa ajassa. — Kuvatulla tavoin vilpittömään mieleen perustuvaa arviota sovelletaan sekä päämieheen että tertiukseen ja saadaan vilpittömän mielen suojan pääsäännön mukainen lopputulema (tulkintakannanotto).³¹

2.2. Luottamusmalli Taxellin tarkastelussa

Taxell perustaa sopimussitovuuden selityksensä toisaalta osapuolen oikeus-suojan tarpeeseen (behovet av rättsskydd), toisaalta oikeusvarmuuteen (rätts-säkerhet). Oikeussuojan tarvetta ja oikeusvarmuutta perustelevat argumentit kuvastavat siten hänen valitsemaansa sopimussitovuuden syväjustifikaatiota. Taxellin tarkastelulle on kuitenkin ominaista pyrkimys useiden eri näkökoh-

²⁹ af Hällström, Förhållandet mellan avtalslagen § 35 och SP 11 §.

³⁰ Ks. tuon lähtökohdan soveltamisesta laajemmin esim. *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 213 viite 17: valetointa arvostellaan paljolti samoin ”kuin kysymystä ns. perustellusta vilpittömästä mielestä” ja *Rudanko*, Vastuusta grynderirakentamisessa s. 191 viite 91 ”OikTL 33 § on esimerkki sopimusoikeudellisten kysymysten järjestelystä vilpittömän mielen pohjalta”.

³¹ Om huvudmannens reklamationskyldighet då fullmäktigen överskrider sin behörighet s. 78—79. Hoppu on tosin varauksellinen, kun hän painottaa, *ibid.*, sitä, että tällaiset tilanteet ovat siinä määrin erityisiä, että tapauskohtaisille tekijöille on annettava keskeinen merkitys ratkaisuisissa.

tien yhdistämiseen. Kun seuraavassa luonnehditaan hänen syväjustifikaatioitaan luottamusmallin mukaiseksi, on sen vuoksi kiinnitetty huomiota hänen tarkastelunsa keskeisiin painotuksiin. — Olennaista ei tietenkään ole itse luonnehdinta sinänsä, vaan se tapa, jolla Taxell kehittää sopimussitovuuden selitystä ja syväjustifikaatiota luottamusmallin mukaisena.

Taxell korostaa molempien osapuolten, sekä velkojan että velallisen, oikeussuojan tarvetta. Velkojan oikeussuojan tarve on kuitenkin ensisijainen. Oikeussuojan tarpeen perusteella mukaanotetut näkökohdat eivät kuitenkaan anna mahdollisuutta selvittää sopimussitovuuden syväjustifikaatiota. Ne tuntuvat enemmänkin *edellyttävän* syväjustifikaatiota kuin johtavan sellaiseen.³²

Käsitellessään oikeusvarmuutta ja sen merkitystä Taxell huomauttaa siitä, kuinka tärkeää yhteiskunnan eri osille on, että solmitut sopimukset pidetään. Erityisen tärkeää se on hänen mukaansa taloudellisen toiminnan kannalta, ja juuri taloudellinen vaihdanta edellyttää korkeaa oikeusvarmuutta.³³ Sopimussitovuudella pyritään siihen, että osapuoli voi luottaa saavansa itselleen sopimuksesta koituvan hyödyn.³⁴ Toisella osapuolella ei saa olla mahdollisuutta romuttaa sopimuskumppaninsa hyötyodotuksia vapautumalla yksipuolisesti sopimuksesta. Osapuolen on täytettävä sopimus ilman, että hän voi vapautua-seen vedota siihen, miten sopimuksen täyttäminen vaikuttaa hänen omiin etuihinsa.³⁵

Taxellin tapa tarkastella sopimusnormistoa systeemisistäisesti on periaatehakuinen eikä sääntöhakuinen. Sen vuoksi Taxellin syväjustifikaatio, joka on luottamusmallin mukainen, ei sisällä yhtä korostettuja kannanottoja oikeusnormien sisällöstä ja soveltamishdoista kuin Telarannalla. Taxell on yleisesti

³² Oikeussuojan tarvetta Taxellin merkityksessä ei siten nähdäkseni voi palauttaa tai samastaa prosessuaaliseen, siviilioikeudenkäynnissä asian tutkittavaksi ottamisessa tarpeelliseen, toisinaan prosessinedellytykseksi käsitettyyn oikeussuojan tarpeeseen. Ks. esim. *Tirkkonen*, Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin s. 112—113. Taxell tarvitsee käsitettävää materiaalista oikeuden perusvalintojen (oikeusperiaatteiden) *jatkuvan* yhteyden konkreettisempiin ratkaisuihin. Ks. myös jäljempänä viite 36.

³³ *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 20.

³⁴ *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 21: ”Syftet med principen om avtals bindande kraft är att befordra att avtal fullgöres enligt deras innehåll. *Part skall kunna lita på att han får utnyttja avtalets förmåner.*” (korostus JP).

³⁵ *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 21: ”Den andra parten skall inte kunna omintetgöra detta genom att lösgöra sig från avtalet. Han är skyldig att prestera oberoende av de faktiska konsekvenserna. Part skall följa gällande handlingsnormer utan hänsyn till huru detta påverkar hans egna intressen.” Näkökulma, josta käsin Taxell selittää sopimusvastuun, on suoritukseen oikeutetun eli lupauksen antajan vastapuolen. Juuri tätä on edellä pidetty luonteenomaisena luottamusmallille.

viitannut juuri osapuolten oikeussuojan tarpeeseen painottaessaan eri periaatteita ja ratkaisussa erisuuntaisten periaatteiden samanaikaista huomioonottamista. Tämän teoksen termein ajatus on se, että nimenomaan oikeusperiaatteet osoittavat ne osapuolen suojan tarpeet, joita voidaan — ja pitää — nimittää *oikeussuojan* tarpeiksi.³⁶ Luottamusmallin mukainen valinta ei Taxellilla johda siihen, että edes vilpittömän mielen suojasta tulisi dogmi. Tämäkin lieinee seurausta hänen tarkastelunsa periaatehakuisuudesta. Sopimusoikeuden juridisia ongelmia ratkotaan mieluummin kuvailemalla ja jäsentämällä eri periaatteiden merkitystä tapaustyypeittäin kuin dogmien — tai tunnusmerkistö-oikeusvaikutus -kaavojen — avulla.³⁷

³⁶ Ks. samansuuntaisesti *Taxell*, *Avtal och rättsskydd* s. 12: oikeussuojan tarve toteutetaan siinä määrin kuin se on mahdollista (eikä joko — tai). Oikeussuojaa annetaan kun sitä koskeva tarve on todellinen (materiell) eikä muodollisten kriteerien perusteella. m.t. s. 13. Vrt. kuitenkin m.t. s. 12: ”Med rättsskydd i avtalsförhållanden avses sålunda att part kan åberopa lagstadganden eller andra rättsregler som stöd för intressen som har samband med ett avtal.” Kun lausuma toisaalta sopii myös sopimussuhteen velkojaan, ei ilmaus ”rättsregel” tarkoittane vain oikeussääntöjä vaan myös oikeusperiaatteita. Esitetyn tulkinnan mukaisesti esim. Taxellin lausuma, *Avtal och rättsskydd* s. 485, sopimusvastuun kokonaisharkinnan muodosta: ”vilken part är framom den andra i behov av rättsordningens skydd” tarkoittaisi sitä, kumman puolesta esitettävät seikat ovat kokonaisuutena painavampia oikeusperiaatteiden valossa. Huom. myös m.t. s. 484: usein joudutaan jakamaan sopimusrikkomuksen aiheuttama haitta. — Taxell ei kuitenkaan käytä johdonmukaisesti erottelua säännöt — periaatteet tämän teoksen kriteerien mukaisesti.

³⁷ Ks. myös *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka* s. 374, joka huomauttaa ns. reella överväganden -metodin merkinneen reaktiota ”kaavamaisuutta (systemaattisuutta) vastaan”. 1940-luvulla ”Taxellin ideaalina oli yksittäistapausta varten räätälintyönä tehty ratkaisu, jossa tapauksen erityispiirteet oli asianmukaisesti otettu huomioon”. Nähdäkseni Taxellin 1970- ja 1980-lukujen tutkimukset ovat kuitenkin osaksi paluuta systemaattisempaan tarkasteluun. Ks. esim. *Taxell*, *Avtal och rättsskydd* s. 276: ”det inte förefaller möjligt att uppställa regler som ens närmelsevis skulle tillgodose alla de skiftande rättspolitiska syften. Den konflikt, som framträder i borgenärs och gäldenärs mot varandra stående krav på rättsskydd, kan sällan lösas utan en *kompromiss* i vilken man mot varandra väger parternas intressen och behov av skydd. ... Utgångspunkten och grunden för bedömandet av frågor rörande gäldenärs ersättningsskyldighet och borgenärens motsvarande krav står att söka i *de rättspolitiska faktorerna* och inte i en allmän culpaparegel.” (jälkimmäinen korostus JP). Ks. tarkemmin jaksoa sopimuskorvauksen normien oikeuspoliittisesta taustasta, *Avtal och rättsskydd* s. 271—277. Ks. myös *Taxell*, *Ensidig ändring av villkor i massavtalet* s. 31—47, jossa hän luopuu tahtovaatimuksesta arkipäivän joukko-oikeustoimien vakioehtojen sitovuusongelmassa ja ratkaisee asian (suoraan) perustellun luottamuksen avulla. Taxellin johtopäätöstä rajoitetusta oikeudesta vakioehtojen yksipuoliseen muuttamiseen (m.kirj. s. 34) voidaan kuitenkin kritisoida hänen ajatteluunsa kuuluvan yhteistoimintaidean kannalta, ks. *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 59.

3. ANALYYTTISEN SIVIILIOIKEUSAJATTELUN VAIKUTUKSIA

Luottamusmallin kannalta katsottuna analyttinen siviilioikeus³⁸ on muodostanut taustan yhdelle tavalle kritisoida tahtomallia.³⁹ Analyttisestä suuntauksesta ei ole muodostanut sopimusoikeuden alalla vallitsevaa tutkimussuuntaa yhtä selvästi kuin esineoikeuden tai perhe- ja perintöoikeuden tutkimuksessa.⁴⁰ Varallisuus oikeus ei kuitenkaan — jos uskotaan analyttisen oikeustieteen suomalaista kehittäjää, Zittingiä — eriydy näiden alajaottelujen mukaan, vaan kaikessa varallisuus oikeudessa on kyse oikeusasemista ja henkilörelaatioista.⁴¹ Syyksi siihen, ettei analyttinen ajattelu ole saavuttanut niin ehdotonta menestystä sopimusoikeudessa kuin mainituilla muilla aloilla, on esitetty, ettei henkilörelaatioiden erottamisella olisi merkitystä sopimussuhteissa, joissa tavallisesti on kysymys kahden osapuolen välisestä suhteesta.⁴² Tätä selitystä on kuitenkin sekä täsmennettävä että täydennettävä. Täydentävänä syynä on se, että sopimusoikeudessa *oikeusperiaatteilla on ollut keskeinen osa ja että oikeusperiaatteiden ongelmanratkaisukyky on ollut riittävä*.⁴³

Edellä on jo kuvattu analyttisen suuntauksen lähtökohtien käyttöä sopimusmallin tarpeellisuuden kieltävään kritiikkiin.⁴⁴ Positiivinen, rakentava kri-

³⁸ Suuntauksesta yleensä ks. *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 417—418.

³⁹ Ks. Zittingin Telaranta -kritiikistä edellä esitettyä s. 106—110.

⁴⁰ Esineoikeudessa esikuvana on ollut *Zitting*, Omistajanvaihduksesta, perhe- ja perintöoikeudessa *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta. ”Rakenteellisten suhteiden käsiteanalyysiä” (*Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 351) on sovellettu sopimusoikeudessa kuitenkin muun muassa ns. analyttisessä pätemättömyysopissa, *Zitting*, Omistajanvaihduksesta s. 52—58 ja *Muukkonen*, Muotosäännökset s. 117—122, sekä *Pekkasen*, Sekatyypinen työ sopimus, tutkimuksessa.

⁴¹ Ks. *Zitting*, Omistajanvaihduksesta s. 73—98 ja erit. s. 99—102.

⁴² Ks. *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 209 viitteen 11 lopussa: ”Alkuperäisten oikeustoimikumppanien välinen suhde on tältä (simulaation käytännön ongelmien, JP) kannalta katsoen tärkeämpi kuin eri sivullissuhteet. Tämä seikka — joka pätee velvoiteoikeudessa — on ehkä jäänyt viime vuosikymmenien oikeustieteessä hieman taka-alalle; tutkijoiden päähuomio on keskittynyt sivullissuhdeproblematiikkaan.”

⁴³ *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 351, kirjoittaa toisaalta esineoikeuden ja toisaalta sopimus- ja kauppaoikeuden tutkimuksen eroista 1950-luvulla siten, että edellistä hallitsee rakenteellisten suhteiden käsiteanalyysi, jälkimmäistä ”kohtuuteen pyrkivä, elävän elämän moninaisuutta korostava, oikeussääntöjä differenttivoiva ja jokseenkin vapaasti tuloksiaan argumentoiva tutkimustapa”. Sen vuoksi ajatusta oikeusperiaatteiden merkityksestä ei tule ymmärtää väitteeksi, jonka mukaan sopimusoikeuden tutkijat olisivat todellisuudessa ajatelleet siten, vaan niin, että reaalinakin argumentaatio sopimusoikeudessa on jäsennettävissä oikeusperiaatteiden, erityisesti vaihdannan intressin, avulla.

⁴⁴ II luvussa s. 59—62 ja III luvussa s. 106—112.

tiikki merkitsisi yritystä esittää vaihtoehto sopimusmallitarkastelulle. Tuollainen vaihtoehto lienee mahdollinen, *jos yhtenäinen sopimuskäsitys puretaan*.⁴⁵ Sopimusmallitarkastelu pyrkii säilyttämään ja korostamaan sopimuskäsitteen yhtenäisyyttä, analyttinen luopuu siitä. Kysymykseen, miten säilyttää yhtenäisyys niin pitkälle kuin mahdollista, etsitään seuraavassa vastausta erottamalla sopimuksen piste- ja prosessikäsitteet. Käsite sopimuksen prosessiluonteesta on nähdäkseni seuraus samantapaisesta eriyttämättömän yleiskäsitteen purkamisesta, jota merkitsi omistajanvaihdestapahtuman analyttinen erittely.⁴⁶ Tällaisen tarkastelun avulla pyrin osoittamaan, että analyttinen lähestymistapa voi sittenkin *tukea* sopimusmallitarkastelua osoittamalla *uusia* kysymyksiä periaatehakuille tarkastelulle. Periaatehakuinen tarkastelu johtaa vertikaaliseen, syvyysuuntaan painottuvaan systeemiin, kun taas analyttinen lähestymistapa johtaa horisontaaliseen, samantasoisten asioiden tarkempaan jäsentelyyn. Sen vuoksi ne eivät ole toisilleen (täysin) vastakkaisia tai vaihtoehtoisia.⁴⁷

3.1. Käsite sopimuksesta prosessina

3.1.1. Pistekäsite sopimusvastuusta — alustava hahmotus

Pistekäsite sopimusvastuusta on ajatus, jonka mukaan täysi sopimusvastuu syntyy aina tiettyä ajankohtana⁴⁸, säilyy sellaisena tietyn ajan ja lakkaa taas

⁴⁵ Ks. *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena.

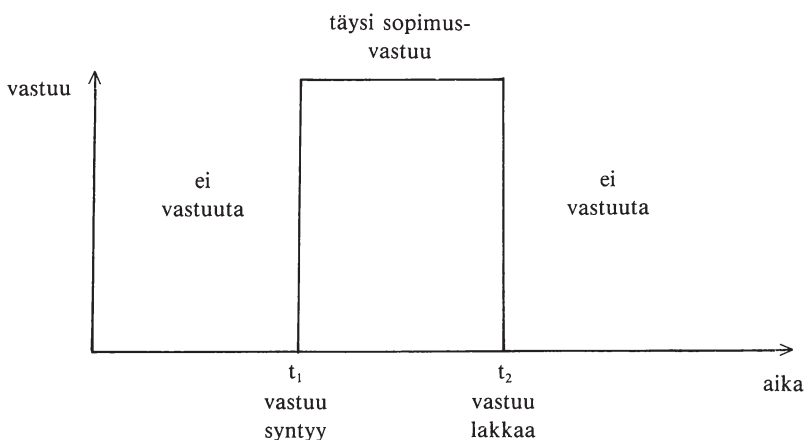
⁴⁶ Ks. myös *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 490, jossa hän huomauttaa tavasta käyttää sopimuksen käsitettä kysymyksenasetteluissa eriyttämättömänä, vaikka ”tämä käsite viittaa laajaan säännöstöön ja useampivaiheiseen tapahtumasarjaan päätöksenteosta täytäntöönpanoon”. En kuitenkaan ole varma siitä, missä määrin *Zittingin* tavassa jäsentää omistajanvaihdos oli olennaisesti kyse yhdensuuntaisesta prosessista eli kasvavasta tai vahvistuvasta oikeusasemasta ja missä määrin oikeusasemasta saattoivat ”pudota pois” jo saavutetut asiat, esim. staattinen tai dynaaminen suoja verrattuna kompetenssiin. Velvoiteoikeuden ero esineoikeuteen perustuu — sen ohella, että velvoiteoikeus on tavallisesti määritelty siten, ettei siihen kuulu sivullissuhteita — siihen, että mahdollisuudet ratkaista ristiriitoja ovat erilaiset. Sopimusoikeudessa ristiriidat eli kollisiot tavallisesti pystytään tasapainottamaan puuttamalla osapuolten oikeuksiin ja velvollisuuksiin ilman että ratkaisun olisi välttämättä oltava joko — tai -tyyppiä.

⁴⁷ Vrt. myös *Tepora*, Omistuksenpidätyksestä esim. s. 443—445.

⁴⁸ Vrt. tuomioistuimien tapaan perustella toisinaan suoritus- tai vahvistustuomioitaan siten, että sopimuksen todetaan syntyneen tiettyä hetkenä. Jonkinlaista liukumaa edustaa jo sellainen perustelu, jossa todetaan sopimuksen syntyneen *viimeistään* jonain hetkenä. Ks. näistä perustelutavoista *von Herten*, Sopimusneuvottelut s. 79—86.

tiettyinä myöhempänä hetkenä. Tämä voidaan esittää kuviona seuraavasti.

Kuvio 4. Pistekäsitys sopimusvastuusta.



Sopimuksen pistekäsitystä voidaan luonnehtia seuraavin tarkemmin tunnusmerkein.⁴⁹

a. Jakamattomuus. Sopimusta pidetään jakamattomana kokonaisuutena siinä mielessä, että sopimus on sama molemmille osapuolille, sen oikeusvaikutukset ovat käänteisesti samat kummallekin. Toisen oikeutta vastaa toisen velvollisuus, molemmat symmetrisinä. Sopimuksen jakaminen sitovuudeltaan — ja siten merkitykseltäänkin — erilaisiin ehtoihin ei ole perusteltua.⁵⁰

b. Selvästi rajautunut pätevyysalue. Sopimuksen pätevyysalue, sopimuksen sitovuusvaikutus, on täsmällisesti rajautunut sekä ajallisesti että asiallisesti. Tästä rajauksesta päättävät osapuolet ja se pätee joko molempiin tai ei kumpaankaan. Sopimuksen solmimisajankohta on ehdoton alku sopimusvastuulle ja oi-

⁴⁹ Ks. *Bucher*, Für mehr Aktionendenken s. 19.

⁵⁰ Vrt. myös BGB 154 §:n 1 lauseeseen: ”Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen.” Ks. siitä *von Herten*, Sopimusneuvottelut s. 68—71. *Flume*, Rechtsgeschäft s. 628, liittää säännöksen sisällön yksityisautonomian korostamiseen, samoin *von Herten*, Sopimusneuvottelut s. 69. — Tässä tarkoitettu jakamattomuus ei ole sopimuksen olennaisten, luonnollisten ja satunnaisten ainesosien erottelun kritiikkiä. Kun ehdon yhteys johonkin mainituista tyypeistä on selvitetty, tulee siitä *tuosta taustastaan riippumatta* sitovuuden kannalta samanlainen sopimusehto.

kea suoritus tai muu saamisen lakkauttava seikka sen ehdoton päätepiste. Vastuun synnyn ja sopimuksen sisällön arvioinnissa solmimisajankohta on ratkaiseva. Sopimuksenteon jälkeisille olosuhteille ei voida antaa merkitystä sopimusvastuun suhteen, vaan niillä voi olla merkitystä ainoastaan sopimuksen sisällön tai solmimisajankohdan selventämisessä.⁵¹

c. Sopimuskumppanin suhteen oikeusjärjestys antaa suojaa vain sitovan sopimuksen nojalla. Sopimuksen on täytettävä mahdolliset muotovaatimukset sekä se täytyy tehdä oikeustoimikelpoisuuden ja sopimusvapauden rajoitusten rajoissa, ennen kuin sopimuskumppania vastaan voi menestyksellä ajaa kanetta.

d. Kerran syntyneen sopimuksen muuttumattomuus. Sopimuskumppanit voivat muuttaa sopimuksen sisältöä vain uudella sopimuksella, jonka suhteen kriteereitä a—c sovelletaan itsenäisesti.

e. Pätemättömyyden ehdottomuus. Sopimuksen pätemättömyys on joko—tai -luonteista ja kertaluonteista.⁵² Jos sopimus ei ole pätevä, ei siihen (koskaan) voi liittyä mitään sopimukseen perustuvaa suojavaikutusta.⁵³

Pistekäsitys voidaan liittää yhteen esimerkiksi tahtojen konsensusdogmin kanssa. Tällöin saamme yhden tarkennuksen siihen, millainen tahtomalli oli historiallisen kehityksensä tietyssä vaiheessa. Vastuun tunnusmerkistö konkretisoitui tietyssä hetkenä täydellisesti syntyväksi tahtojen (tahdonilmaisujen) konsensukseksi. Vaikka pistekäsitys voi liittyä muihinkin sopimusvastuun kriteereihin perustuviin sopimusmalleihin, se soveltuu kuitenkin erityisen hyvin juuri tahtomalliin. Tahtomalliin tavallisesti liittyneen yhteiskuntakuntakäsityksen mukaan oli johdonmukaista pitää vapauspiirien leikkauksia erillisinä, yksittäisinä ja atomaarisina tapahtumina.⁵⁴ Mitään periaatteellista estettä ei kuiten-

⁵¹ Näin Aho, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 224, myös oikeustoimen tulkinnan kannalta: ”Oikeustoimen antamisen jälkeen tapahtuneella osapuolten kielellisellä käyttäytymisellä, esim. heidän välisellään kirjeenvaihdolla, sivullisille annetuilla lausumilla tai oikeustoimilla, on tulkinnallista merkitystä vain, jos käyttäytymisen voidaan katsoa valaisevan oikeustoimen alkuperäistä sisältöä, erityisesti sitä, miten osapuolet ovat oikeustoimen alunperin ymmärtäneet.”

⁵² Ks. esim. *Portin*, Om jämkning av oskäligen avtal s. 327: ”... ogiltighet, hävning etc. drabbar regelmässigt hela avtalsinnehållet och ger inte några andra möjligheter än *allt eller intet*.” (korostus JP).

⁵³ Vrt. ajatukseen siitä, etteivät sopimuksen syntyolosuhteisiin liittyvät kanteet oikeustoimen pätevyyydestä yleensä ole määräaikaan sidottuja, näin *Apala-Arlander*, Yleislausekkeista s. 165.

⁵⁴ Vrt. esim. *Taxellin*, Om lojalitet i avtalsförhållanden, esittämään vaatimukseen, että sopimuksen tyyppitilanteena on pidettävä (jatkuva) yhteistoimintaa eikä yksittäistilannetta.

kaan ole soveltaa pistekäsitystä esimerkiksi myös luottamusmallin mukaiseen sopimuskäsitteeseen pyrkimällä määrittelemään — tahtojen yhtymisajankohdan sijasta — se ajankohta, jo. ‘a alkaen toiminta tai käyttäytyminen perustaa sopimusvastuun.⁵⁵

3.1.2. Sopimusten prosessiluonne tarkastelun lähtökohtana

Sopimusoikeudessa pistekäsitys liittyy helpommin sääntöhakuiseen ajatteluun. Sääntöjen käytössä keskeiset tunnusmerkistö- ja oikeusvaikutusongelmat ovat kaksijakoisia. Tunnusmerkistö joko täyttyy tai ei täyty; oikeusvaikutus joko perustuu asianomaiseen tunnusmerkistöön tai ei perustu. Edellä on perusteltu välttämättömyyttä painottaa oikeusperiaatteiden merkitystä. Erityisesti sopimuksen sovittelu on sellaista oikeudellista harkintaa, jossa periaatteet ovat keskeisiä. Sopimusnormiston periaatehakuinen jäsentämistavan edellyttämä sopimuskäsite perustuu sopimuksen prosessikäsitukseen.

Sopimusoikeuden normiston jäsentäminen edellyttää, että erilaiset ja erikäiset normit sovitetaan yhteen. Nämä osat saattavat perustua erilaisiin sopimusmalleihin, jolloin niistä tulee systeemin sisälle ristiriitaisia ja vastakkaisia impulsseja. Tällaisten vastakkaisten ärsykkeiden hallitseminen voi olla mahdollista muun muassa sopimuksen prosessikäsituksen avulla ja prosessikäsitystä voidaankin tarkastella yhtenä yrityksenä systeemin johdonmukaiseksi hallitsemiseksi. Sopimusvastuun sisällön määrittäminen olennaisemmin erisuuntaisten periaatteiden kuin yhtenäisten sääntöjen nojalla lieneekin yksi argumentti siirtymiselle pistekäsityksestä prosessikäsitukseen. On tärkeämpää selvittää vastuuperiaatteiden sisältöä kuin vastuusääntöjen, koska siten voidaan tehokkaammin välttää systeemin ristiriitaistuminen. Periaatteiden muuttuminen merkitsee muutosta niiden keskinäisissä suhteissa tai systeemi-arvoissa, mutta ei niiden välistä voimassaoliristiriitaa, kuten käy helposti sääntöjen välisille jännitteille.

Samaan ongelmaan on esitetty myös sellaista menettelytapaa, että sopimusoikeudessa ”jokainen oikeuskysymys on ratkaistava itsenäisesti”.⁵⁶ Tällaisen

⁵⁵ Vrt. esim. *af Hällströmin*, Om villfarelse s. 202—203, kantaa lupaus- ja sopimus-teorioiden kiistaan: sopimusvastuu alkaa kun tarjouksen tekijä on ottanut selon hyväksyvistä vastauksesta, koska luottamus voi syntyä vasta silloin. Luottamus on kuitenkin aikaulottuvuutta ajatellen ongelmallisempi kuin tahtojen konsensus, sillä luottamus tietyllä hetkellä perustuu välttämättä *aiempiin* tapahtumiin.

⁵⁶ *Muukkonen*, Näkökohtia markkinointijärjestelmiin liittyvistä vuokrasuhteista s. 263. Ks. myös *Andersson*, Offentlig samfunds ansvarsbefrielse vid fall av omöjlighet som samfundet självt orsakat.

menettelytavan ratkaisemattomaksi pulmaksi jää yhdenvertaisen kohtelun vaatimus. Tältä kannalta sopimuksen prosessikäsitely on yritys hahmotella jonkinlainen kiinteämpi järjestelmä muutoin tapauskohtaiseksi jäävän harkinnan taustalle.

3.1.2.1. Sopimuksen prosessikäsitely verrattuna pistekäsittelyyn

Pistekäsittelyn sijasta voidaan katsoa, että sopimukselle on ominaista asteittainen muotoutuvuus ja muuttuvuus. Sen vuoksi tätä käsitelyä voidaan kutsua sopimuksen prosessikäsitelyksi. Tällöin eri tekijät saavat vaikutusta sopimusvastuun vaiheittaisessa synnyssä ja vastaavasti saattavat pala palalta vastuun lakkaamaan lopullisesti.⁵⁷ Tämä merkitsee yhtä hyvin sopimusvastuun tunnusmerkistön kuin vastuulajien pilkkomista.⁵⁸ Sopimuksen piste- ja prosessikäsitelyssä ei ole kysymys siitä, miten hyvin ne kuvaavat (lukumääräisesti) nykyisiä sopimuksiamme. Kysymys on sopimuksen käsitteellisestä esikuvasta sopimusmallia varten. Prosessikäsitelyn ideana on, että huomio kiinnitetään sopimuskumppanien väliseen jatkuvaan, sopimuksellista merkitystä saavaan vuorovaikutukseen, myös sellaiseen, jota ei voi pitää itsenäisenä oikeustoimena. Prosessikäsitelyä ei saa ymmärtää niin, ettei tiettyä osaa sopimuksista voitaisi sen valossa kuvata kahden pisteen väliseksi janaksi. Silloin kun konkreettisen sopimustilanteen tunnusmerkit ovat tietynlaiset, voidaan sopimus jopa käsittää pistemäiseksi, kuten vaikkapa käteisostos, jossa tavara luovutetaan heti. Myös esimerkiksi OikTL:n tarjous—vastaus -normistoa on pystytty soveltamaan käytäntöön, vaikkakin usein vasta konstruktiivisten lisien avulla.⁵⁹

⁵⁷ Vrt. pätemättömyystilanteet ja niissä vanhastaan omaksuttu kolmijako pätevyys-mitättömyys-moitteenvaraisuus eikä joko täysi pätevyys tai täysi pätemättömyys (= mitättömyys). Ks. tästä esim. *Bucher*, Für mehr Aktionendenken s. 23.

⁵⁸ Vastuulajien pilkkomista voisi myös vastata *vastuumäärän* rajoittaminen siten, ettei pinnallisesti katsoen jouduta puuttumaan vastuun kriteereihin. Saatetaan esim. pitää kiinni periaatteellisesta positiivisen sopimusedun korvausvastuusta, vaikka käytännössä monissa yksittäistapauksissa annetaan vähemmän ja/tai lasketaan korvaus saadun hyödyn palautuksen eikä positiivisen sopimusedun laskusäännön mukaan. Pistekäsittelyyn liittyneenä tuollainen toiminta joudutaan kuitenkin perustamaan yksittäistapauksessa kohtuulliseksi harkitulle. Vrt. myös KKO 1985 II 51, jossa suunnittelijan sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu laskettiin täyden korvauksen vaatimuksen mukaisena, mutta sitä soviteltiin (viittaamalla vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:stä ilmenevään periaatteeseen) osaksi perustein, jotka olisivat voineet suoraankin vaikuttaa vastuumäärään (esim. sopimuksen intressin suuruus verrattuna vahingon määrään).

⁵⁹ Ks. esim. *von Hertzen* Sopimusneuvottelut s. 39—55 ja siinä viitattua ja *Hakulinen*, Maksun oikeudellisesta luonteesta s. 246—247 ns. *solutionis causa adiectus* -tilanteen eritteilyä. Hakulinen väittää, että maksukin olisi velkasuhteen osapuolten välinen uusi sopimus.

Jos halutaan edelleen käyttää rinnastusta ”osapuolten välillä sopimus on laki”, merkitsisi siirtymä pistekäsityksestä prosessikäsitykseen sitä, että laki ymmärretään periaatehakisesti sääntöhakuisuuden sijasta. Analogia sopimuksen ja lain välillä on ylläpidettävissä vain siten, että sopimusehtoja pidetään periaatteen kaltaisina ulottuvuuksina, joiden sisältö määräytyy osapuolten (sopimussuhteen aikaisen) toiminnan perusteella eikä kaksijakoisen luokituksen tehokas/vaikutukseton avulla.⁶⁰

3.1.2.2. Aurejärven käsitys sopimuksesta prosessina

Aurejärvi on tutkimuksessaan urakasopimuksesta viitannut ohimennen siihen, että ”työsopimuksen näkeminen perustavan välipuheen ja sisäisten sopimusten käsittävänä oikeustoimisarjana selventäisi ehkä joitakin ongelmia tai ainakin tämä erittely saattaisi estää eräiden — usein substanssiajattelua osoittavien — epätarkkuuksien syntyminen”.⁶¹ Aurejärvi ei kuitenkaan omassa tutkimuksessaan varsinaisesti kehittele tällaista ajattelutapaa. Hänen ehdotuksessaan on kuitenkin taustalla jotain samansuuntaista kuin tässä tavoitellussa prosessikäsityksessä. On pyrittävä purkamaan yleiskäsitteitä, jotka ovat oikeusseuraamuksista käsin arvioituina liian eriytymättömiä. Sopimus on käsiteltävä prosessiksi, jonka alussa päätetään riittävän paljon tai käyttäydytään tietyt edellytykset täyttävällä tavalla, jotta osapuolten välille syntyy jonkinasteinen sopimussidonnaisuus tai -suhde. Sen jälkeen osapuolten käyttäytyminen (sopimus)suhteen aikana sekä heidän käymänsä keskustelut ja toiminta määrittävät sidonnaisuuden tarkempaa sisältöä.

Aurejärvi viitoitti kuitenkin purkamistieksi sen, että yhtenäiseksi yleiskäsitteeksi ymmärretty sopimus pilkotaan moniksi erityisoikeustoimiksi. Erityisoikeustoimet olisivat kuitenkin — jos olen tulkinnut hänen ajatuksensa oikein — edelleen itsenäisiä sopimuksia. Kyse olisi sopimussarjasta merkityksessä *sopimusten sarja*. Sopimus olisi osapuolten välinen prosessi, joka koostuu jat-

⁶⁰ Analogian ”sopimus on osapuolten välinen laki” käytöstä sopimusoikeudessa yleisemmin ks. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 84 ja *Ross*, *Om ret og retfaerdighed* s. 278 ss, joka sisällyttää sopimuksen asettamat käyttäytymisvaatimukset oikeusnormeihin. Ks. myös *Hart*, *The Concept of Law* s. 94, jossa sopimusnormiston pulmat oikeussääntöinä ratkaistaan erottamalla ne primääreistä käyttäytymisnormeista sekundäärisiksi muutoksen säännöiksi (rules of change). Muutoksen sääntöinä sopimusten sitovuuden asettavat normit rinnastuisivat lainsäätäjän asemaa säänteleviin normeihin.

⁶¹ *Aurejärvi*, *Urakasopimus* s. 94. Aurejärvi toteaa siteeratun yhteydessä viitteessä, että työsopimus on kuitenkin rinnastettu sopimustyyppeihin, joissa on tavallisesti kyse yhdestä kontrahdista.

kuvasti tehtävistä oikeustoimista. Tällainen prosessiluonnetulkinta säilyttää pistekäsityksen *osastensa sisällä*: jokaisen prosessin osana olevan välipuheen sitovuudelle on oma täysin määrätty hetkensä ja niillä kullakin omat oikeusvaikutuksensa. Tilanne on kunkin erityisoikeustoimen osalta kaikki tai ei mitään -tyyppiä.⁶² Jos isojen kokonaisuuksien purkamisessa voidaan noudattaa erilaisia periaatteita, olisi Aurejärven linjassa kyse *purkamisesta sekä keskenään että kokonaisuuteen nähden samankaltaisiin mutta pienempiin osiin*. Tässä työssä tavoiteltu purkaminen puolestaan merkitsee *purkamista kokonaisuuden muodostaviin, keskenään erilaisiin elementteihin tai ulottuvuuksiin*.⁶³

3.1.3. Sopimuksen ulottuvuudet prosessikäsityksen mukaan

Sopimussuhde voidaan purkaa *asialliseen, ajalliseen ja henkilölliseen* ulottuvuuteen. Ensimmäinen määrittää sopimuksen vastuuelementit, jotka tehostavat osapuolten velvoitteita ja oikeuksia. Perinteisesti vastuuelementtien on katsottu muodostavan — ainakin lähtökohtaisesti — jakamattoman kokonaisuuden, täydellisen sopimusvastuun. Ajallinen ulottuvuus rajaa sopimuksen pätevyysaikaa suhteessa eri vastuuelementteihin. Tiedyt vastuuelementit saattavat tukea joitakin oikeuksia tai velvollisuuksia ilman, että ”täydellinen sopimus” kuitenkaan olisi syntynyt. Henkilöllinen ulottuvuus koskee kysymystä siitä, voiko sopimusvastuu kohdistua muihinkin henkilöihin kuin ”varsinaiseen” sopimuskumppaniin. Sopimussuhteillehan on perinteisesti pidetty ominaisena, että velvollisuudet ja oikeudet ovat vain sopimuskumppaneiden välisiä. Tämän lähtökohdan kannalta sopimukset kolmannen hyväksi tai vahingoksi ovat tulleet jo varhain pulmallisiksi. Toisaalta sopimukseen on liittynyt oletus velvollisuuksien ja oikeuksien symmetriasta. Myös tämä oletus voidaan purkaa siten, että sopimuskumppanien vastuuta toisiinsa nähden arvioidaan itsenäisesti.⁶⁴

a. Asiallinen ulottuvuus. Kun sopimuksen prosessiluonne merkitsee luopumista

⁶² Vrt. *Atiyahin*, Promises, Morals and Law s. 45 viite 15, J.Finnisiin kohdistamaan kritiikkiin siitä, että tämä ”argues that even in law, there are no degrees of legal obligation: this is quite unacceptable to a legal realist for it overlooks the fact that obligations carry different penalties of varying weights”.

⁶³ Vrt. myös mahdollisuudet omistuksensiirtymän tulkitsemiseen prosessina joko samanlaisina paloina kasvavana tai erisältöisistä elementeistä koostuvaksi. Jälkimmäinen oli *Zittingin*, Omistajanvaihdoksesta s. 109—117, linja.

⁶⁴ *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 492—493, tekee samantapaisen erottelun, josta on omaksuttu tässä käytetty terminologia.

pistekäsityksestä ja kaikki tai ei mitään -erotteluista⁶⁵, sopimusvastuukin tarkoittaa monia erilaisia vastuuelementtien yhdistelmiä. Eri oikeusseuraamukset saattavat liittyä — ja liittyvätkin — erilaisiin ja erivahvuisiin tunnusmerkkeihin. Sopimusvastuu jakautuu moniin vastuuelementteihin, joiden tunnusmerkistö rakentuu eri tavoin osapuolten suhteista riippuen. Vastuuelementeille on olennaista se, että niiden tunnusmerkit ja sisältö määrittyvät — kulloisenkin sopimusmallin ehdollistamalla ja kulloisenkin oikeusjärjestyksen sopimusnormiston sääntelemällä tavalla — osapuolten tahdon ja toiminnan kokonaisuudesta. Yhden vastuuelementin käsilläolo ei kuitenkaan prosessikäsityksen mukaan ole itsenäinen argumentti toisen käsilläololle. Tällöin ei voida käyttää perustelua ”kun kerran on luontoissuoritusvelvollisuus, niin sitten on positiivisen sopimusedun korvausvelvollisuuskin”.⁶⁶ Sama pätee myös toisinpäin esitettyyn perusteluun, ettei luontoissuoritusvelvollisuutta olisi silloin, kun ei ole positiivisen sopimusedun korvausvelvollisuutta.⁶⁷

Vastuuelementit muodostavatkin prosessikäsityksen mukaan jatkuvasti muuntuvan, vailla absoluuttisia rajoja olevan sarjan. Esimerkiksi keskeisimpien vastuuelementtien, sopimusperusteisen korvausvastuun tyyppien ja luontoissuoritusvastuun, osalta saadaan seuraava luettelo:

- i. tiettyjen *kulujen korvausvastuu* (perinteisesti usein negatiivisen sopimusedun korvaamiseksi kutsuttu),
- ii. *saadun hyödyn korvaaminen* (angloamerikkalaisen oikeuden ns. restitutiokorvaus),
- iii. *vastuu vastapuolen legitiimien odotusten mukaisen toiminnan kuluista* (angloamerikkalaisen oikeuden luottamusintressin korvausvastuu); tältä osin voidaan myös viitata OikTL 39 §:n *re integra* -sääntöön, jossa asetetaan eräissä erityistilanteissa vastuukriteeriksi se, että oikeustoimi vaikutti määräävästi osapuolen toimintaan⁶⁸,

⁶⁵ Hohfeldin, Fundamental Legal Conceptions, oikeus/velvollisuus -määritelmien soveltaminen sopimusoikeudellisiin suhteisiin edellyttää sen vuoksi jatkokehittelyä. Ks. *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 493—497.

⁶⁶ Perustelun taustalla voi olla ajatus käsitteistä päättelemisestä. Luontoissuoritusvelvollisuuden olemassaolosta päätellään (täydellisen) sopimuksen olemassaolo ja tästä puolestaan johdetaan positiivisen sopimusedun korvausvastuu. Ks. käsitteistä päättelystä *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka *passim*. ja esim. s. 333—336.

⁶⁷ Ks. tarkemmin *Taxellin*, Avtal och rättsskydd s. 199, erittelyä siitä, miten on arvioitava väitettä, ettei luontoissuoritusvelvollisuutta tulisi olla ellei suoritusvirhe saa aikaan vahingonkorvausvelvollisuutta.

⁶⁸ Tässä puoletun käsityksen mukaan OikTL 39 §:llä on itsenäinen vaikutus oikeusseuraamusten arviointiin. Tahtomallin ja pistekäsityksen mukaisesti OikTL 39 § merkitsisi sen sijaan vain sopimuksen syntyongelmaa. Tarjouksen sitovuuden pääsäännöstä voitaisiin

iv. sopimushyödyn korvausvastuu (perinteisesti *positiivisen sopimusedun korvaamiseksi kutsuttu*, angloamerikkalaisittain *odotusvahingon korvaaminen*), ja

v. *luontoissuoritusvastuu*⁶⁹.

Tärkeä piirre on kohtien i.—v. itsenäisyys, vaikka kaikissa sidonnaisuuden systeemisissäisenä perustana on sopimus asianomaisen oikeusjärjestelmän oikeusinstituuttina. Ne voivat tukea sopimuksen eri osia eri tavoin. Itsenäisyys ei kuitenkaan merkitse sitä, että niitä voitaisiin kaikkia käyttää yhtäaikaan.⁷⁰

Prosessikäsitukseen liitetty ajatus siitä, että oikeusvaikutukset — tai vastuuelementit — ja niiden kombinaatiot vaihtelevat sopimussuhteen todellisten

mainitun pykälän nojalla poiketa eräissä erityistilanteissa. OikTL 39 §:ää ei kuitenkaan välttämättä tarvitse lukea poikkeussäännöksi. Jo sen skandinaavisen valmistelun tausta osoittaa, että tarjouksen peruuttamisen arvioinnissa argumentaatio voi perustua joko tarjouksen antajan sidonnaisuuteen omaan sanaansa tai vastaanottajan luottamuksensuojaan. Ks. tarkemmin *Bjerkén*, *Anbudets bindande verkan* ja *Vahlén*, *Avtal och tolkning* s. 14. Ks. myös *Rudanko*, *Arv. teoksesta Rakentamisen ja asuntokaupan ajankohtaiskysymyksiä* s. 722.

⁶⁹ Perinteinen käsitys lienee meillä se, että sopimussidonnaisuus on sidonnaisuutta juuri luontoissuoritukseen eikä sen sijaan (vain) positiivisen sopimusedun korvaamiseen. Esim. *Godenhielm*, *Skisser i allmän avtalsrätt* s. 193, kirjoittaa: ”I regel torde avtalsbundenheten gå ut på naturaprestation (jfr HB 9:2 och 9:3). Endast om möjlighet till naturafullgörelse ej längre föreligger eller borgenären icke längre är betjänt av sådan kommer surrogatprestation i form av skadestånd i fråga.” Ks. myös *Muukkonen*, *Muotosäännökset III luku*, jossa sopimuksen pätemättömyys määritellään tilanteeksi, jossa ei ole luontoissuoritusvelvollisuutta. Samalla on kuitenkin huomattava se, ettei ainakaan kaikkia velkojan velvollisuuksia voi ”luontoissuorittaa”, *Portin*, *Uppsätligt kontraktsbrott* s. 40. Kauppalain 23 § on esimerkki sääntelystä, jossa sopimusvastuun sisältö on liitetty osapuolten aseman kokonaisarviointiin. Myyjällä ei ole luontoissuoritusvelvollisuutta, ”jos sille on olemassa este, jota myyjä ei voi voittaa, tai jos sopimuksen täyttäminen edellyttäisi uhrauksia, jotka ovat kohtuuttomia verrattuna ostajalle siitä koituvaan etuun, että myyjä täyttää sopimuksen”. 2 ja 3 momentit tarkentavat: ”Jos este tai epäsuhte lakkaa kohtuullisessa ajassa, ostaja saa kuitenkin vaatia, että myyjä täyttää sopimuksen. Ostaja menettää oikeuden vaatia sopimuksen täyttämistä, jos hän viivyttelee kohtuuttoman kauan vaatimuksen esittämisessä.” *Jørgensen*, *Recht und Vertrag* s. 133, liittää luontoissuoritusvastuun taustaltaan tahtoideaan perustuvaan sopimusvastuuseen ja siitä tehtyyn deduktioon: velkojan velvoitteeseen perustuva oikeus on oikeutta luontoissuoritukseen. Angloamerikkalaisessa oikeudessa luontoissuoritusvelvollisuuden suoja on perinteisesti ollut mannereurooppalaista heikompi; tämän syistä ks. *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* s. 419—448 (suojataan tulevaisuuden muutoksien varaan tehtyä spekulatiota eikä hyödykkeiden siirtymistä).

⁷⁰ Ks. myös *Rudanko*, *Vastuusta grynderirakentamisessa* s. 137—138, joka erottaa suoritushäiriöiden seuraamuksissa vastasuoritus- ja vahingonkorvausvaikutukset *Erman*, *Työurakka* s. 315—316, tekemän erottelun mukaisesti.

tunnusmerkkien ajallisesti muuttuessa, lieene nykyisin ns. vallitseva kanta.⁷¹ Uusimpana esimerkkinä voidaan viitata kauppalakiin, jossa sopimusrikkomuksen seuraamukset on käsitelty kukin eri säännöksessä osaksi omine tunnusmerkistöineen.⁷²

Prosessikäsitelyn kannalta keskustelu siitä, milloin erilaisten vastuuelementtien yhdistelmän tukemaa suhdetta on syytä kutsua sopimukseksi, muuntuu yleisellä tasolla kielenkäytön tarkoituksenmukaisuuskysymykseksi ja erityistilanteissa tietyn oikeusnormin soveltumisongelmaksi.⁷³ Jälkimmäinen on tärkeä myös OikTL 36 §:n kannalta, koska sopimuksen sovittelu edellyttää, että tilanne tunnustetaan oikeustoimeksi (sopimukseksi).⁷⁴

b. Ajallinen ulottuvuus. Erot sopimuksen pistekäsitykseen käyvät ehkä selvimmin ilmi kun pohditaan, mitä tapahtuu sopimuksen synty- ja lakkaamishetkille. Prosessi-ideassa sopimuksen synty- ja lakkaamishetket eivät tarkasti eriydy osapuolten välisistä suhteista. Sopimusvastuun syntyessä voivat vastuun elementit (asiallinen ulottuvuus) ilmaantua osaksi rinnakkaisina, osaksi toisensa poissulkien.⁷⁵ Samoin sopimusvastuun lakatessa elementit lakkaavat tapahtu-

⁷¹ Ks. esim. *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 3, jossa erotetaan erivahvuisesti sitovia velvoitteita. Samoin Taxellin teoksen Avtal och rättsskydd jäsentely perustuu idealle oikeusseuraamusten eriytymisestä eri tunnusmerkkien mukaisesti (esim. s. 483 sopimuskorvauksesta). Ks. myös *Vihma*, Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus s. 88 viite 148, jossa velvollisuus korvata toisen osapuolen positiivinenkin sopimusetu liitetään siihen, onko tiedonantovelvollisuuden loukkaaminen ollut vilpillistä vai vain tuottamuksellista. Edellisessä tapauksessa on korvattava positiivinen sopimusetu, jälkimmäisessä vain negatiivinen. Ks. myös m.t. s. 191 ja 228. Myös *Karlgren*, Avtalsrättsliga spörsmål s. 134, katsoo pistekäsitystä rikkoen, että *culpa in contrahendo* voisi aiheuttaa velvollisuuden positiivisen sopimusedun korvaukseen. Argumenttina hänellä on korvausvelvollisuuden preventiivinen tarkoitus. Vrt. toisin esim. *Kivimäki*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 104 viitteineen, vrt. kuitenkin m.t. s. 106–107, jossa *culpa in contrahendo* poikkeuksellisesti synnyttää täyden vastuun.

⁷² Tavarain virheen seuraamuksista ks. kauppalain 6. lukua, jossa eri tunnusmerkkeihin liitetään muun muassa virheen korjaaminen ja uusi toimitus (34 §), hinnanalennus ja kaupan purku (37 §) ja vahingonkorvaus (40 §).

⁷³ *Horn*, Neuverhandlungspflicht s. 264, tarkastelee kansainvälisen kaupan sopimuksia ja kutsuu niitä nimellä *verminderter Vertragsbindung*. Velvollisuus esim. sopimusrikkomustapauksissa saattaisi olla (vain) uudelleen neuvottelovelvollisuus.

⁷⁴ Tällä seikalla on merkitystä myös sovitteluperusteiden ajallisen ulottuvuuden kannalta, kun on otettava huomioon esim. *sopimusta tehtäessä* vallinneet olosuhteet. Merkitys on siellä kuitenkin rajallinen, koska OikTL 36 §:n sovittelua ei ole rajoitettu vain tekohteen olosuhteisiin, vaan myöhemminkin tulleet seikat voidaan ottaa huomioon; ks. tarkemmin V luvussa s. 306–311.

⁷⁵ Ks. *von Hertenin*, Sopimusneuvottelut s. 51–53, esittelemiä kannanottoja sopimus-

mista riippuen yksitellen tai ryhmissä eräiden harvojen, ennen muuta sopimus-oikeuden periaatteiden (muun muassa vaihdannan intressin (lojaliteetin) ja heikomman hyvittämisen) painokkaasti edellyttämien elementtien ehkä jäädessä varsinaisen suorituksen jälkeen pitkäksikin aikaa voimaan.

Prosessikäsitys ei kuitenkaan merkitse sitoutumista oletukseen, että sopimus aina suuntautuu tiettyyn huippupisteeseen, jonka jälkeen alkaisi tasainen lasku. Olennaisen tärkeää prosessikäsityksessä on kaksi näkökohtaa: *vastuuelementin liittyminen (suoraan) sille ominaiseen tunnusmerkistöön ja vastuuelementtien keskinäinen yhdistyminen tietyin tavoin*. Esimerkiksi tiedonantovelvollisuus saattaa perustua neuvottelusuhteeseen, sopimuksenaikaiseen lojaliteettiin tai sopimusrikkomukseen.⁷⁶ Vastaavasti *force majeure* -tilanteissa ensimmäisenä katoava vastuuelementti on luontoissuoritusvelvollisuus. Jos suhde liittyy kertaluonteiseen suoritukseen, tuon suorituksen tekeminen merkitsee olennaista käännekohtaa.⁷⁷ Myös sen arvioimista, mikä merkitys on uudella samojen osapuolten allekirjoittamalla sopimusasiakirjalla (esimerkiksi vekselillä), voidaan osaksi pitää riippuvaisena valinnasta piste- ja prosessikäsitysten välillä. Pistekäsityksessä on (helpommin) mahdollista katsoa uuden sopimusasiakirjan (oikeastaan pistekäsituksen mukaan: uuden sopimuksen) tulevan vanhan sijaan. Konkreettisten juristien ongelmien tasolla käsitysten ero näkyy muun muassa siinä, tulevatko osapuolten välillä aiemmin noudatetut ehdot sitoviksi myös uudessa suhteessa. Jos ongelma jäsennetään tahtomallin valossa, joudutaan pistekäsituksen ylläpitämiseksi usein käyttämään hiljaisen tahdon konstruktiota. Prosessikäsityksessä taas — sopimusmallista riippumatta — uusi asiakirja on sijoitettava osaksi suhteen muuttumista.⁷⁸

neuvotteluista ilman tarjousta. Korostettakoon tässä, että silloin kun osapuolet *tietoisesti* käyvät *sopimusneuvotteluja*, he samalla ikään kuin hyväksyvät pistekäsituksen normaalilanteeksi. Neuvotteluja aloitettaessa lähdetään siitä, ettei neuvoteltavista kysymyksistä ole sopimusvelvoitteita ja että myöhemmin tullaan toteamaan, onko mahdollista perustaa sopimusvelvoitteita vai ei. von Hertzen kirjoittaa tästä neuvotteluvapauden ja neuvotteluriskin periaatteena (esim. m.t. s. 8 ja 88—89). Silloin kun tuo periaate ei sovellu tai ei sovellu kovin voimakkaasti, sopimus / ei sopimusta -rajanvedon ongelmat muuttuvat. Vrt. *von Hertzenin*, Sopimusneuvottelut s. 47 viite 34, esittelemään kansainväliseen, sopimuksen tekemistä koskevaan raporttiin, jossa hahmotetaan tyyppitilanteita, joissa sopimus tulee päätetyksi ilman tarjous-hyväksymis -mekanismia. Vaikka raportti lienee kirjoitettu tahtomallin valossa, sopimusvastuun syntyongelmat käyvät siitä ilmi yleispätevästi.

⁷⁶ Vrt. myös *J. Tolosen*, Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram s. 361—364, käsitelyksiin siitä, millä tavoin informaation kasvanut merkitys voidaan ottaa sopimus oikeudellisesti huomioon.

⁷⁷ Tätä kuvastaa myös se, että suorituksen torjumisessa olennaisuuskriteeri on alempana kuin purussa; näin *Portin*, Uppsätligt kontraktsbrott s. 41.

⁷⁸ Kysymys on muun muassa novaation eli velan uudistamisen teoreettisen jäsentämi-

Lainsäädännössäkkin on tiettyjä järjestelyjä, jotka *tosiasiallisesti* merkitsevät *sopimuksen syntyä vaiheittain*.⁷⁹ Esimerkiksi kuluttajansuojalain 6 luvussa kuluttajaostajalle on postimyyynnissä varattu katumusviikko.⁸⁰ Tuona aikana ostaja ei ole sidottu sopimukseen sen kaikilta osin. Hänelle kuitenkin syntyy myyjään nähden eräänlainen ”vajennettu” sopimusvelvollisuuksien verkosto. Esimerkiksi kuluttajaostajan velvollisuus huolehtia tavarasta on tyypillisesti sopimusperäinen. Perinteisempi esimerkki on osamaksukauppa, jossa ostajan sopimusasema vahvenee osamaksuerien suorittamisen myötä.

Sopimussuorituksen jälkeiset myyjän velvollisuudet ostajaan nähden⁸¹ havainnollistavat myös hyvin pistekäsityksen murenemista loppuosaltaan.⁸² Esimerkkinä mainittakoon velvollisuus ylläpitää kohtuullisen tasoista huoltoverkkoa ja valmiutta tuotantoon ostajien varaosatarvetta varten sekä velvollisuus neuvoa teknisesti monimutkaisen ja pitkän kehittelytyön tuloksena valmistetun laitteen käyttöongelmissa. Kaupan nojalla myyjälle saattaisi sopimusnor-

sen ongelmasta. Ks. esim. *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 144—146 vekselin kannalta ja *sama*, Velkakirja, vekseli ja shekki s. 144 viite 21 yleisemmin. Ks. myös KKO 1985 II 24, jossa juridinen ongelma oli se, miten vakuuksien käy velan uudistamisessa. Esimerkiksi tämän erityisongelman ratkaisu on vahvasti sidoksissa siihen, katsotaanko novaation synnyttävän uuden velkasuhteen vaiko vain jatkavan alkuperäistä. Ks. ongelmasta laajemmin *Raninen*, Vahvistuskirje s. 82—83 ja siinä viitattu. *Raninen* itse korostaa, m.t. s. 84, *animus novandin* ratkaisevaa merkitystä. Ks. myös KKO 1987:17, jossa kiinteistönkaupan sopimussakkoehdon uusimisen katsottiin edellyttävän maakaaren 1 luvun 2 §:ssä säädetyn muodon noudattamista. — Selvyiden vuoksi sanottakoon, että ongelmallisia eivät ole sellaiset tilanteet, joissa uuteen asiakirjaan otetaan erillinen lauseke siitä, miten vanhaan sopimusasiakirjaan on suhtauduttava. Ks. vielä *Raninen*, Vahvistuskirje s. 75—79, jossa pistekäsityksen vuoksi erotetaan deklaratoriset ja konstitutiiviset vahvistuskirjeet.

⁷⁹ Sopimuksen prosessikäsitys lieneekin erityisen sovelias silloin, kun kaksijakoisiin luokitteluihin perustuva juridiikka kohtaa ns. *välitilailmiöitä*.

⁸⁰ Katumusviikon (kuluttajansuojalain 6 luvun 3 ja 6 §) aikana ostaja voi vapautua sidonnaisuudestaan peruuttamalla oman tarjouksensa ”*tai myyjän tarjoukseen antamansa hyväksyvä vastaus*” (kuluttajansuojalain 6 luvun 1 §). — Tässä ei ole tarkoitettu väittää, että koti- ja postimyyynnissä tarjouksen tekijän, elinkeinonharjoittajan, vastuu ei lainkaan olisi itsenäinen. Prosessiluonne näkyy nimenomaan kuluttajaostajan näkökulmasta: hänelle syntyy tiettyjä sidonnaisuuksia ”katumusviikonkin” aikana, ja sidonnaisuudet muuttuvat olennaisesti hänen toimintansa vaikutuksesta (esimerkiksi palauttaako hän tavarat vai ei).

⁸¹ Tällaista vastuuta voidaan deliktuaalisesta näkökulmasta nimittää myös vastuuksi *culpa post pactum perfectum*. Ks. siitä esim. *von Bar*, Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag s. 452 ss.

⁸² *Merz*, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch s. 172, huomauttaa esim. siitä, etteivät muotosäännöksille asetetut tavoitteet harkinnan tason nostamisesta ja vaihdannan varmuudesta ole merkittäviä enää *suorituksen jälkeen*: ”Nach der Erfüllung entfallen die Schutz- und Sicherungszwecke.” Vrt. kuit. KKO 1987:17.

mistoa prosessikäsitelyksen avulla tarkasteltaessa seurata vastuu sellaisestakin markkinointi-informaatiosta, jonka tämä lähettää ostajalle kaupan päättämisen *jälkeen*.⁸³ — Jos esimerkkeinä mainituista asioista otetaan maininta sopimukseen ja niistä näin tulee kaupan nimenomaisia sopimusehtoja, ei aiemmin esitetty tarkastelu ole sellaisenaan relevantti. Välillisesti esitetyt argumentit saavat silti merkitystä, koska esimerkiksi nimenomaista sopimusehtoa, jossa myyjä sitoutuu ylläpitämään huoltoa, ei tarvitse välttämättä pitää vastikkeettomana suorituksena, vaikkei juuri siitä olisikaan merkitty maksetuksi vastiketta. Jos nimittäin velvollisuus ylläpitää huoltoa seuraa jo oikeusperiaatteista, ei myyjä — ilman ostajan siitä saamaa hyvitystä — voisi välttää vastuutaan huollon ylläpitämisvelvollisuuden laiminlyönnistä.

Sopimusvastuun synnyn osalta prosessikäsitely edustaa linjaa, joka poikkeaa jokseenkin selvästi eräästä viimeaikaisesta oikeustutkimuksen kannanotosta.⁸⁴ Sopimusvastuun lakkaamiseen liittyviä ongelmia on sen sijaan jo varsin kauan käsitelty eritellysti seuraamuslajeittain. Käsitely sopimussidonnaisuuden lakkaamisen vaiheittaisuudesta on näkynyt sekä erityistutkimuksissa ja yleisesityksissä että lainsäädännönkin tasolla.⁸⁵

⁸³ Vrt. toisin *André*, Marknadsföringsansvar s. 283. Hänellä myyjän mahdolliseksi vastuuperusteeksi tällaisissa tilanteissa jää vain deliktuaalinen vahingonkorvaus.

⁸⁴ Ajattelen von Hertzenin väitteitä Sopimusneuvottelut-teoksessa. Ks. myös jo *Raninen*, Vahvistuskirje s. 58—66. Vrt. kuitenkin m.t. s. 61: ”sopimuksen oikeusvaikutusten alkukohtaa ei aina voitaneakaan kytkeä sopimuksen syntymisaikaan.” Uudemmista pohjoismaisista puheenvuoroista prosessikäsitelyksen suuntaan ks. esim. *Huser*, Avtalesensur s. 24—25, joka korostaa, että pätemättömyyttä pohdittaessa huomion kiinnittäminen vain syntyolosuhteiden puutteisiin pohjautuu staattiselle sopimuskäsitykselle. Sopimus on kuitenkin dynaaminen ilmiö ja siksi on pidettävä erossa se, onko syntynyt sopimusta ja se, millainen sisältö sopimuksella on. Sisältö seuraa kasvuperiaatetta. ”Avtalen er med andre ord å ligne med en levende organisme.” Huserin mukaan tämä on havaittu käytännössä, mutta ”problemet har imidlertid vaert at bindingen til avtaleinngåelsetidspunktet teoretisk og logisk sett har virket som en slags tvangstrøye”. Huserin mukaan AvtL 36 § poistaa edellytysoppiin liittyneen erottelun alkuperäisiin ja jälkeinpäin syntyneisiin puutteisiin (opprinnelige og etterfølgende mangler). Hän pitääkin 36 §:ää avaimena tähän lukkiutuneeseen tilanteeseen. Tässä teoksessa korostetaan kuitenkin sitä, että — osaltaan juuri OikTL 36 §:n vuoksi — *systemissä* oleva pistekäsitys pitää korvata prosessikäsitelyllä eikä käyttää sovittelua korjaamaan tilannetta.

⁸⁵ Vrt. yleisesti Halilan ja Ylöstalon lausumaa Saamisen lakkaamisesta s. 11: ”Saamisen syntyminen ei useinkaan ole hetkellinen tapahtuma. Samoin myös saamisen lakkaaminen voi olla monivaiheinen tapahtumaketju.” Voidaan kuitenkin perustellusti kysyä, tarkoittavatko he tuolla sarjamaisuudella samaa kuin tässä tutkimuksessa sopimuksen prosessiluonteella. Ks. myös *J. Serlachius*, Suomen yleisen obligatiooikeuden oppikirja (1927) s. 8, jossa hän kirjoittaa *obligatio naturalioista* eli vajannaisista sitoumuksista.

c. *Henkilöllinen ulottuvuus.*

c1. *Sopimuksen osapuolten vastuiden itsenäinen arviointi.* Prosessikäsitelyyn liittyvä hajauttaminen toteutuu myös osapuolten välisessä suhteessa. Sopimus-kumppaneiden A ja B välillä arvioidaan siten suhdetta $A \rightarrow B$ omista lähtökohdistaan ja suhdetta $B \rightarrow A$ omistaan. Joskus tämä saattaa johtaa siihen, että vastuulementtiä arvioidaan eri tavoin. Jos esimerkiksi jokin sopimuksen molemmipuolinen ehto sitoo täysin, so. täydellisin vastuulementtein, A:ta suhteessa B:hen, tästä ei automaattisesti seuraa, että saman ehdon tehosteena suhteessa $B \rightarrow A$ olisivat kaikki vastuulementit. Rajatapauksena ehtoa ei jälkimmäisessä suhteessa tue yksikään vastuulementti. Myöskään siitä, ettei suhteessa $B \rightarrow A$ ehtoa tehosteta yhdelläkään vastuulementillä, ei voi päätellä, ettei suhteessa $A \rightarrow B$ silti B voi menestyksellisesti vaatia A:ta täyttämään velvoitteensa.⁸⁶

Se, että kummankin sopijapuolen asemaa arvioidaan itsenäisesti, merkitsee samalla sitä, että sopimusvastuuseen vahvasti liittyvä *vastavuoroisuuden (synallagmaattisuuden) ajatus* saa uudenlaista sisältöä. Pistekäsityksen valossa vastavuoroisuus merkitsee automaattisesti sitä, että jos suhteessa $A \rightarrow B$ valitsee (täysi) sopimusvastuu, niin suhdetta $B \rightarrow A$ on arvioitava identtisesti myös (täyden) sopimusvastuun kannalta. Prosessikäsitelyssä vastavuoroisuudesta tulee monivivahteisempi, ja se saattaa toteutua osapuolten asema ja toiminta huomioon ottaen eri tavalla. Sellainen tilanne on silti edelleen ongelmallinen, jossa toinen olisi vahvasti sidottu toisen välttäessä kaiken sidonnaisuuden.⁸⁷

Esimerkkeinä tällaisesta yksipuolisesta sidonnaisuudesta voidaan kuitenkin mainita seuraavia tilanteita:

Vaikka kuluttaja ei ole ehdon sitoma suhteessaan elinkeinonharjoittajaan, tämä ei merkitse sitä, että myös elinkeinonharjoittaja olisi automaattisesti vapaa ehdon asettamasta velvollisuudesta kuluttajaan nähden.⁸⁸

⁸⁶ Vrt. Englannissa v. 1828 annetun tuomion perusteluihin: toinen puoli ei ollut sidottu jos ei toinenkaan, koska sitovuus tuollaisessa tapauksessa ei olisi oikein (just). Ks. tarkemmin *Atiyah*, *Promises, Morals and Law* s. 21.

⁸⁷ Menettämisseuraamusehdot, eli ehdot, joissa toinen osapuoli menettää täysin tietyn oikeuden ilman, että tämän seuraamuksen ja vastaavan legaalisen velvollisuuden suhdetta arvioidaan (sopimussakko, käsiraha, OikTL 37 §:n tilanteet), ovat aiheuttaneet juridisia ongelmia sitovuudestaan. Ongelma on pyritty tavalla tai toisella palauttamaan velvoitetun legaalisiin velvollisuuksiin tai velvoitetun saamaan hyötyyn (esim. velkojalle syntyviin erityisvelvollisuuksiin). Esimerkiksi sopimussakon tarkoituksena on monesti katsottu vahingonkorvausvelvollisuuden turvaaminen ja selkiyttäminen, ks. tarkemmin *Vihma*, *Sopimussakko* s. 61–93.

⁸⁸ Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 49. Myös *Klami*, *Om reglering av av-*

Kun alaikäinen solmii työsopimuksen, on se tehoton hänelle asetettuihin velvollisuuksiin nähden, mutta työnantaja ei voi vedota alaikäisyyden aiheuttamaan pätemättömyyteen eikä purkaa sopimusta niin kauan kuin alaikäinen täyttää oman suoritusvelvollisuutensa (työsopimuslain 5 §). Työsopimuslain 24 §:ssä on varattu työntekijälle mahdollisuus saada toisenlaisesta sopimuksesta huolimatta koko palkka tai osa siitä käteisenä, jos hän sitä vaatii.⁸⁹

Kun vaarallisen tilanteen varsinaisen näyttelijän puolesta tekevä sijaisnäyttelijä (ns. stunt-man) sitoutuu asianomaiseen toimenpiteeseen, eivät häntä kohtaa sopimussanktiot, vaikka hän vetäytyisi sopimuksesta. Sitoumus olisi nimittäin edellyttänyt sitä, että hän asettaa henkilökohdaisen turvallisuutensa vakavaan vaaraan (sijaisnäyttelijän kannalta epäoikeudenmukainen tai hyvän tavan vastainen velvollisuus). Jos sijaisnäyttelijä kuitenkin tekee sovitun toimenpiteen, ei hänen toimeksiantajansa voi vedota siihen, ettei sitoumus olisi ollut sijaisnäyttelijää velvoittava.⁹⁰

Sisäisen henkilöerottelun merkitys näkyy myös kysyttäessä tiettyjen lain tai hyvän tavan vastaisten sopimusten sitovuutta sellaisen heikomman osapuolen kannalta, jonka suojaamiseksi ao. normi on tarkoitettu tai muodostunut. Tullee sopimuksesta täysin vaikutukseton (nulliteetti) vai voiko heikompi pitää tietyissä tilanteissa yksipuolisesti yllä sitovuutta omaan suuntaansa? Prosessikäsityksen avulla voidaan ylittää se este, jota vaatimus sopimuksen symmetrisyydestä merkitsisi argumentaatiolle, jossa puolletaan suojatun oikeutta saada oikeusturvaa sopimussidonnaisuuden muodossa. Heikomman osapuolen kannalta pätemättömyysperusteen ei tarvitsisi aiheuttaa täydellistä pätemättömyyttä, vaan ainoastaan osapätemättömyyden.⁹¹

c2. (Sopimus)vastuu kohtaa muuta kuin sopimuskumppania. Tällaisten tilanteiden yleisrakenne voidaan kuvata kolmen osapuolen (A,B,X) suhteena, jossa kahden välillä, suhteessa A—B, selvästi on sopimussuhde ja taas kahden, B—X, välillä jokin muu oikeudellisesti merkityksellinen suhde.⁹² Suhde B—X

tal s. 198, toteaa, että oikeus vedota motivaatioprosessin olosuhteisiin myös *bona fides*-sopimusparttiin nähden voi olla yksin suojatulla (voi olla kuluttajalla mutta ei elinkeinoharjoittajalla).

⁸⁹ ”Sopimus kirjamaksusta ei täten ehdottomasti sido velkojaa. Velallista eli työnantajaa tällainen sopimus sitä vastoin sitoo.” *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 15.

⁹⁰ Ks. myös *Bucher*, Für mehr Aktionendenken s. 26.

⁹¹ Ks. osapätemättömyydestä muutovirheen kannalta *Muukkonen*, Muotosäännökset s. 146—157.

⁹² Tällaiset ongelmat on perinteisesti jäsennetty kysymyksiksi sopimuksista kolmannen hyväksi ja kolmannen vahingoksi. Ks. esim. *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 4. Keskustelua näiden tilanteiden aikaansaamista juridisista ongelmista on voitu käydä myös valtuutuksen,

voi olla monenlainen, esimerkiksi perheoikeudellinen, jokin yksityinen tai julkinen organisatorinen suhde tai *muun* kuin primäärisuhteen sopimuksen luoma suhde. Tässä tarkasteltava juridinen ongelma liittyy suhteeseen A—X ja/tai suhteeseen X—A. Suhdetta A—B kutsutaan jäljempänä primääri- ja suhdetta B—X sekundäärisuhteeksi.⁹³

c.21. Onko A:lla mahdollisuuksia kohdistaa sopimusperusteisia vaatimuksia X:ään? Tietyissä tilanteissa A:n mahdollisuus kohdistaa sopimusperusteisia vaatimuksia X:ään on ratkaistu nimenomaisella säännöksellä. Avioliittolain 52.2 §:n tarkoittamassa tapauksessa kauppias on A, elatusvelkaa tekevä puoliso B ja toinen puoliso X. Avioliittolain 52.2 § antaa A:lle nimenomaisen oikeuden velkoa B:n ja A:n tekemään sopimukseen perustuva saatavansa X:ltä. Ongelmallista on, voidaanko sanotun säännöksen ration kautta yleistää muihinkin tilanteisiin, joissa toisen puolison toiminta hyödyttää koko perhettä ja näin myös toista puolisoa? Tässä suhteessa mielenkiintoinen esimerkki on KKO 1984 I 5, jossa otsikon mukaan oli kysymyksessä sopimukseen perustumaton vastuu tilatuista tavaroista:

Yhtiö oli toimittanut puolison M tilauksesta tavanomaisia rakennustarvikkeita puolison N omistaman omakotitalon rakentamista varten. Kun tarvikkeet oli käytetty tähän tarkoitukseen eikä N ollut väittänyt, että M olisi hankkinut ne hänen tietämättään tai vastoin hänen tahtoaan, N:n katsottiin hyväksyneen hankinnat ja hän oli vastuussa tarvikkeiden maksamisesta yhtiölle.

Tavarantoimittaja oli A, tavarat tilannut puoliso (M) B ja tavarat vastaanottanut puoliso (N) X. Kysymys oli tilanteesta, jossa se sopimusvastuun edellytys ei toteutunut, että A ja X olisivat käyneet sopimusneuvotteluja. B ei myöskään ollut valtuuttanut X:ää. KKO:n argumentaation perusteella X:n vastuu perustui hänen käyttäytymiseensä tietyllä tavalla. Tällainen tulos on monesti konstruoitu hiljaiseksi hyväksymiseksi tai konkludenttiseksi sopimukseksi. Perusteluissaan KKO on kuitenkin tietoisesti välttänyt tulkitsemasta tapausta sopimusvastuuksi, vaan viittaa perusteluissaan ”niihin yleisiin säännöksiin ja oikeusohjeisiin, joiden perusteella toinen henkilö voi joutua vastaamaan toisen henkilön tekemästä velasta”. Tapaus lieene kuitenkin sellainen rajatapaus, et-

erityisesti asema- ja sallimisperusteisen valtuutuksen, kannalta. Ks. tarkemmin *Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap passim*.

⁹³ *Rudangon*, Vastuusta grynderirakentamisesta s. 185 viite 78, terminologiaa seura-
ten voi osan henkilöllisen ulottuvuuden ongelmista sanoa liittyvän ”välihenkilörakennelmiin
perustuviin sopimusjärjestelyihin”. Tällaisia ovat grynderirakentamisen ohella muun muassa
factoring, leasing ja korkeakouluissa tehtävä ns. tilaustutkimus.

tä sen ratkaiseminen sopimusvastuunkin nojalla olisi ollut mahdollista. Tärkeä vastuuelementti A:n kannalta oli tässä X:n velvollisuus maksaa kauppahinta ja KKO:n ratkaisun voidaan tältä osin hyvin katsoa perustuvan prosessikäsityksen mukaiseen eri henkilöllisten suhteiden sitouvuksien erotteluun. Tässä tapauksessa tarvitsi sinänsä ottaa kantaa vain siihen, oliko X:llä velvollisuus maksaa kauppahinta, eikä siihen, vallitsiko osapuolten välillä täydellinen sopimussuhde vai ei (prosessikäsityksen mukaan oikeammin: oliko tarkoituksenmukaista nimittää osapuolten suhdetta sopimussuhteeksi?).⁹⁴

Toisena tyyppitilanteena voidaan viitata grynderirakentamisessa esiintyvään osakkeiden ostajan (A) ja grynderiltä (B) velkakirjat pantiksi saaneen luotonantajan (X) väliseen ongelmaan.⁹⁵ *Rudanko* kirjoittaa tästä:

”Velkakirjakollisioita koskevan ratkaisumallin taustalla on (grynderin ja ostajien välisen) sopimusoikeudellisen suojan ja velkakirjaoikeudellisen sivullissuojan vastakkainasettelu. On esiintynyt tarvetta löytää vastapainoa jälkimmäiselle suojalle, kun tasapaino on epätydyttävällä tavalla siirtynyt sen hyväksi edellisen suojamuodon kustannuksella. Tasapaino on koetettu palauttaa antamalla myös sopimusoikeudelliselle suojalle sivullisulottuvuus päinvastaisessa suunnassa velkakirjaoikeudelliseen suojaan nähden, siis grynderin ja osakkeenostajien välisestä suhteesta velkakirjojen luovutuksensaajaa vastaan.”

Rudangon kuvaama ratkaisulinja perustuu ajatukselle siitä, ettei tahojen A—X välillä ole sopimussuhdetta, jonka vuoksi X:llä ei esimerkiksi ole lojaliteettivelvollisuutta A:han nähden eikä A:lla vastaavasti oikeutta vedota X:ään nähden esimerkiksi OikTL 33 §:ään. Rudangon havaitsema A:n sopimusoikeudellisen suojan ”laajennus” — X:lle annettu oikeus vedota A:n ja B:n välisen panttaussopimuksen kunnianvastaisiin ja arvottomiin syntyolosuhteisiin — on esimerkki tilanteesta, joka voidaan jäsentää erottamalla sopimuksen henkilöllinen ulottuvuus.⁹⁶ Wilhelmsson on osoittanut muutoksen tapahtuneen laajem-

⁹⁴ Puolison asemaa koskevasta oikeuskäytännöstä ks. *Saarnilehto*, Aviopuolisosta toisen puolison edustajana.

⁹⁵ Suhteessa A—X ei ole — primäärisopimuksesta riippumatonta — sopimussuhdetta. *Rudanko*, Vastuusta grynderirakentamisessa s. 188 viite 183, kirjoittaa tästä tarkemmin: ”Ei ole mielekäästä tarkastella sopimusoikeudellista lojaliteettivaatimusta velkakirjojen luovutuksen- tai pantinsaajan ja osakkeenostajien välisessä suhteessa. *Mainittujen tahojen välillä ei asiallisesti ole sopimussuhdetta* siinäkään tapauksessa, että grynderi on luovuttanut velkakirjat taloyhtiön nimissä.” (korostus JP).

⁹⁶ Vrt. KKO 1933 I 53, jossa OikTL 33 §:n soveltuminen rajattiin yksinomaan tahdonilmaisun antajan ja saajan keskinäisen suhteen arvosteluun. Ks. siitä *Wilhelmsson*, Om tro och heder i finsk rätt s. 75. Kuten myös *Rudanko*, Vastuusta grynderirakentamisessa s. 63, esittää, on oikeuskäytännössämme muitakin esimerkkejä kuin tekstissä mainittu tilanne täl-

minkin siinä ajattelutavassa, että vain nimenomainen sopimuspuoli voisi vedota OikTL 33 §:ään. Säännöksen suojapiiriä on pyritty laajentamaan erityisesti sellaisiin tilanteisiin, joissa suhde B—X on perheoikeudellinen (avio-oikeuden välittämä) tai perintöoikeudellinen (perillisaseman välittämä).⁹⁷

Toinen esimerkki tällaisesta ”kolmikantasopimusjärjestelystä” on korkeakouluissa tehtävä tilaustutkimus. Siinä tilaaja (A) sopii korkeakoulun (B) kanssa tietyn tutkimuksen tekemisestä, ja tutkimuksen varsinaisesti suoritettava tutkija (X) jää tuon sopimuksen ulkopuolelle. *Bruunin* mukaan tutkija kuitenkin on yksi kolmikantajärjestelyn osapuolista — vaikkakin erityislaatuinen — sillä itse asiassa korkeakoulu ja tutkija muodostavat funktionaalisen parin, jota voidaan pitää toisena sopimuspuolena. Tutkijalle (X) syntyy kuitenkin tilaajan (A) ja korkeakoulun (B) tekemän sopimuksen perusteella lojaliteettivelvollisuus suhteessaan tilaajaan. Tilaja voi myös ulottaa virheellisen suorituksen tilanteissa vaatimuksia korkeakoulun ohi suoraan tutkijaan.⁹⁸

Edellä kuvatuista tyyppitilanteista voidaan yrittää alustavasti yleistää joitakin suuntaviivoja sopimuksen henkilöllisen ulottuvuuden laajenemiselle. Sekundäärisuhteelle lieene asetettava joitakin erityisiä edellytyksiä, jotta A:lla olisi oikeus kohdistaa X:ään primäärisopimukseen perustuvia vaatimuksia. Yksi edellytys voi olla se, että X on saanut hyötyä A:n primäärisopimukseen perustuvasta käyttäytymisestä, esimerkiksi tapauksessa KKO 1984 I 5 hyödyn tilatujen tavaroiden käyttämisestä talonsa kunnostukseen. Oikeus vaatimusten kohdistamiseen voi perustua myös siihen, että X välittää sekundäärisuhteen vuoksi primäärisopimuksen tarkoittaman hyödyn osaksi tai kokonaan B:lle. Korkeakoulun palveluksessa oleva tutkija (X) hyödyttää korkeakoulua (B) teke-mällä tilaustutkimuksen. Kolmanneksi A:n mahdollisuudet käyttää hyväkseen primäärisopimuksen luomaa oikeusasemaa saattavat olennaisesti heikentyä sekundäärisuhteen vuoksi. Tällaisissa tilanteissa primäärisopimuksen vaikutuk-

laisesta sopimuksen vaikutuspiirin laajentamisesta. Tapauksessa KKO 1960 II 100 taloyhtiölle (A) annettiin oikeus vedota grynderin (B) ja rakentajan (X) tekemän lisäurakkasopimuksen pätemättömyyteen OikTL 33 §:n perusteella. Rudangon mukaan taloyhtiö (A) oli kuitenkin asiallisesti kyseiseen oikeustoimeen (B—X) nähden ulkopuolinen (m.t. s. 63). Huomattakoon vielä, että tuossa tapauksessa kysymystä ei voitu ratkaista siten, että X olisi ollut organisatorisessa suhteessa B:hen, vaan tapauksessa oli kysymys grynderistä riippumattomasta rakentajasta.

⁹⁷ *Wilhelmsson*, Om tro och heder i finsk rätt s. 75—77.

⁹⁸ *Bruun*, Beställningsforskning i högskola s. 49, 97, 102 ja 106—107. Bruun, m.t. s. 105, rinnastaa tutkijan aseman tällaisessa tilaustutkimuksessa sairaalalääkäriin, joka suorittaa itsenäisesti toimenpiteen potilaalle.

sen laajentaminen X:ään nojaa tietynlaiseen lojaliteettiajatteluun. B ei sekundärisuhteidensa kautta saa olennaisesti heikentää sopimuskumppaninsa A:n asemaa. Tämä kolmas mahdollinen edellytys on erityisen korostunut silloin, kun A on heikompi primäärisopimuksen osapuolista. Tällainen ajattelutapa näyttäisi selittävän sen, että asunto-osakkeiden ostaja saa vedota OikTL 33 §:ään asunto-osakkeet pantiksi saaneen luotonantajan suuntaan.

c.22. Onko X:llä mahdollisuus kohdistaa vaatimuksia A:han sopimuksen perusteella? Tätä tilannetta voidaan havainnollistaa kahdella esimerkkiongelmalla. Ensinnäkin onko rahoitusleasingissä leasingille ottajalla (X) mahdollisuus kohdistaa tavarantoimittajaan (A) vaatimuksia, ”omistajankanteita”, jotka oikeastaan kuuluisivat A:n sopimuskumppanille, rahoitusyhtiölle (B), joka on X:n kannalta leasingille antaja?⁹⁹ Toiseksi korkeakoulujen solmimat tutkimussopimukset aikaansaavat ongelman, voiko tutkija (X) esittää vaatimuksia tutkimuksen tilaajalle (A) ohitse korkeakoulun (B).¹⁰⁰

Alustavasti arvioiden eri sopimusvelvoitteet näyttäisivät olevan tässäkin sopimuksen henkilöllisen ulottuvuuden lajissa erilaisia siinä suhteessa, millaisiin edellytyksiin ne liittyvät. X voinee vedota niin sanottuihin lojaliteettivelvollisuuksiin helpommin kuin varsinaisiin sopimusvelvollisuuksiin. Siten esimerkiksi tutkijalla saattaa olla oikeus saada tutkimuksen tilaajalta tietoja, jotka myötävaikuttavat tutkimuksen onnistumiseen, vaikka tutkija ei pystyisi tehokkaasti vaatimaan taloudellisia etuisuuksia. Toisaalta asiaan vaikuttavat X:n asema ja siihen liittyvät mahdollisuudet toteuttaa vaatimuksensa muutoin — sopimusperusteisen vaateen tarkoituksenmukaisuus — samoin kuin X:n mahdollinen heikommuus sekä suhteessaan B:hen että verrattuna A:han. Leasingissä on tarkoituksenmukaista sallia konetta tai laitetta käyttävän leasingille ottajan vedota virheisiin suoraan tavarantoimittajaan. Lisäksi leasingille ottajat tavallisesti ovat ainakin rahoitusyhtiöön verrattuna heikompia osapuolia.

⁹⁹ Ks. *Teporan* arvostelua teoksesta Millqvist, *Finansiell leasing* s. 379: ”Sopimus pohjalta hän (Millqvist, JP) erottaa neljä eri mahdollisuutta: (1) tavarantoimittaja on antanut takuun tavarasta, (2) tavarantoimittaja ja rahoitusyhtiö ovat kauppasopimuksessa tehneet myös sopimuksen kolmannen (asiakkaan) hyväksi, sekä (3) rahoitusyhtiö leasingisopimuksessa (vakioehtona) siirtää ostajalle kuuluvia oikeuksia tietyltä osin asiakkaalle, ja (4) rahoitusyhtiö leasingisopimuksessa sopii valtuutetun käytöstä määrätyissä tilanteissa eli antaa asiakkaalle valtuutuksen käyttää puhevaltaa rahoitusyhtiön puolesta ja lukuun.” Sopimuksen prosessikäsityksen termin kysymys on suhteen X→A juridisen perustan hakemisesta.

¹⁰⁰ *Bruun*, *Beställningsforskning i högskola* s. 103.

3.1.4. Prosessikäsitys ja OikTL 36 §:n soveltamisala

Käsityksellä sopimuksesta edellä tarkennettuihin ulottuvuuksiin eriytyvänä prosessina on tärkeitä seuraamuksia pohdittaessa OikTL 36 §:n yleisen sovittelusäännön soveltamisalaa.¹⁰¹ Sovitteluhan edellyttää että on, tai on ollut, olemassa sitova oikeustoimi, jota sitten sovotellaan.¹⁰² Soveltamisalaongelmat liittyvät siten sekä sopimuksen asialliseen ulottuvuuteen, synty- ja lakkaamisongelmaan, että sopimussuhteen henkilöpiiriin, joihin prosessi-idea juuri toi uudenlaisen tarkastelutavan. Kokonaisuutena arvioiden prosessikäsitys merkitsee sovittelun soveltamisalan laajentumista verrattuna pistekäsitykseen, koska sopimustilanteiksi voidaan tunnistaa sellaisiakin suhteita, joissa ei vallitse ”täyttä” sopimusvastuuta.

OikTL 36 §:n valmistelussa käytettiin esimerkkinä tilanteesta, jossa ei synny sitovaa oikeustointa, sopimusneuvottelujen katkeamista alkuvaiheeseensa siten, että toinen osapuoli ei lainkaan aloita neuvotteluja.¹⁰³ Tällainen esimerkki ei havainnollista todellisuuden vaikeimpia ongelmatilanteita, ne kun liittyvät ilmiöihin, joita edellä on yritetty hahmottaa sopimuksen eri ulottuvuuksiksi.

Esimerkki sovittelun soveltamisalaan liittyvästä sopimuksen *syntyongelmasta* on ongelma kuluttajan elinkeinonharjoittajan kanssa tekemän, alkuperäisen sopimuksen purkamista tarkoittavan välipuheen sovittelusta erityisen sovittelusäännön, kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n nojalla. Prosessikäsityksen kannalta ei ole ongelmallista pitää purkuvälipuhetta osapuolten sopimussuhteen yhtenä tapahtumana, johon kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n sanamuoto ”tällaisen sopimuksen muu (kuin hintaa koskeva, JP) sopimusehto” viittaa. Sen sijaan pistekäsityksen mukaan koko sopimus syntyy normaalitapauksessa

¹⁰¹ Sillä, perustuuko kanne sopimukseen vai ei, on merkitystä myös siviiliprosessissa. Kuka voi ajaa kannetta ja millä perusteella? Sopimuksen (materiaalinen) prosessikäsitys avaa myös tuon prosessioikeudellisen ongelman itsenäisesti arvioitavaksi. Ks. myös *Zitting*, Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 494 ja siinä tarkemmin viite 4, jossa perustellaan Hoffeldin erottelujen varassa väitettä, jonka mukaan ”henkilön odotukset vaatimuksenalaisuusasemassa olevan käyttäymiseen nähden ei merkitse aineellista oikeutta (vaadetta) vaan kelpoisuutta suostumuksin poistaa vaatimuksenvastaisen käyttäytymisen norminvastaisuus.” ”Intressisubjektin ’oikeus’ ilmenee varsinaisesti siinä, että hänellä on aloitevalta oikeuskoneisten liikkeellepanoon nähden, ts. kannessubjektin ominaisuus.”

¹⁰² Vaikka siten muodollisesti jo sitova tarjous saattaa olla sovittelun kohteena, tosiasiallisesti sovittelun edellyttämä epätasapaino merkitsee sovittelun keskittymistä sopimussuhteisiin eikä tarjoukseen ja vastaukseen.

¹⁰³ HE 247/81 s. 10.

kaupantekohetkellä ja vain silloin (nimenomaan tai hiljaisesti) sovittuun purkuehtoon voitaisiin ilman muuta puuttua. Sen sijaan osapuolten myöhemmin, esimerkiksi kuluttajan maksuvaikeuksien takia, tekemä purkuvälipuhe olisi uusi sopimus, jonka suhteen olisi erikseen arvioitava kuluttajansuojalain mainitun säännöksen soveltuminen.¹⁰⁴

3.2. Yhteenvedo sopimuksen prosessikäsituksesta ja sopimusmalleista

Sopimuksen prosessikäsitys on välttämätön, jotta nyky-Suomen sopimusoikeuden ongelmia varten saataisiin riittävän hyvällä ongelmanratkaisukyvyllä varustettu sopimusmalli. Prosessikäsitys on liitettävissä kaikkiin kolmeen käsiteltyyn sopimusmalliin. Prosessikäsituksen aiheuttama vaatimus sopimusmallille on se, että sopimusmallin on pystyttävä tarkemmin jäsentämään ja täsmentämään oikeusperiaatteet. Ilman oikeusperiaatteiden aikaansaamaa systemaattisuutta prosessikäsitystä olisi vaikea pitää erossa tapauskohtaiseen *in casu* -harkintaan johtavasta valinnasta. Jos jokaista ”oikeuskysymystä” eli juridista ongelmaa arvioidaan itsenäisesti, periaatteiden painoarvottamisen ja keskinäisen punninnan rooli ongelmanratkaisussa korostuu. Toisesta näkökulmasta ns. tapauskohtainen reaalin argumentointi onkin oikeastaan sitä, että oikeustositseikat sijoitetaan oikeusperiaatteisiin.¹⁰⁵ Tätä kautta pystytään ratkaisuita saamaan tukea väitteille oikeusperiaatteista. Muun muassa kannanotot siitä, mitä oikeussääntöä voitaisiin käyttää analogisesti ja miten jonkin oikeussäännön avoin termi tulisi täsmentää, joudutaan perustamaan juuri oikeusperiaatteiden varaan.

¹⁰⁴ Yleisesti näin esim *Erma*, Työurakka s. 25, ns. purkamisvapautta käsitellessään: ”Jo tehdyn sopimuksen purkamista tarkoittava, molempien sopimuskumppanien tekemä oikeustoimi on nimittäin käsitettävä uudeksi sopimukseksi, jolla sopimuskumppanit joko kokonaan tai osittain neutralisoivat aikaisemman sopimuksensa oikeusvaikutukset. Näissä purkamista tarkoittavissa sopimuksissakin on silloin soveltuvin osin noudatettava niitä sääntöjä, mitkä ovat voimassa sopimuksia yleensä solmittaessa.” Ks. osamaksukauppalain osalta vastaavan ongelman käsittelyä; *Hakulinen—Raninen*, Osamaksukauppa s. 61 viite 1. Siinä Hakulinen katsoi, ettei osamaksukauppaehtojen sovittelessä säännöstä voitu soveltaa purkusopimuksiin, vaan niiden arviointi jäi yleisen velvoiteoikeuden varaan. Hakulisen ajatuksena oli, että ostajan on voitava tehokkaasti sopia siitä, että hän luopuu osasta oikeuksistaan sitä vastaan ettei myyjä käynnistä tilitysmenettelyä ja ilman että myyjälle jää riskiä jälkikäteissovittelusta. — Kun sopimusehtojen sovitteleminen on nykyisin yleisesti mahdollista, on viime kädessä kysymys (vain) siitä, onko purkuvälipuheiden sovittelemisnormina kuluttajan hyväksi käytettävä kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:ää vai OikTL 36 §:ää?

¹⁰⁵ Ks. edellä s. 110—112.

4. YHTEISÖLLISEN KÄYTÄNNÖN MALLIN RAKENTAMISEN YLEISIÄ KYSYMYKSIÄ

Tässä teoksessa ei ole mahdollista soveltaa yhteisöllisen käytännön sopimusmallia täysimittaisesti Suomen sopimusoikeuteen, joten mallia käytetään vain jäsenettäessä OikTL 36 §:n mukaista sovitteluharkintaa. Ainakin sovitteluharkinnan kuvauksessa malli näyttää käyttökelpoiselta. Mallin laajennettavuutta muihin sopimusoikeuden instituutteihin on aina pohdittava erikseen. Sopimusmallien välisen valinnan ongelma on yhteydessä osaksi normistoon, osaksi oikeuskulttuuriin. Edellisen yhteyden tarkempi selvittäminen jää V lukuun, ja tässä luvussa keskitytään yhteisöllisen käytännön mallin ja oikeuskulttuurin yhteyksiin. Suomen oikeuskulttuurin yhtenä keskeisenä ihanteena on demokratian, kansanvallan ajatus. Siksi onkin kysyttävä, mikä on sen yhteys sopimus-instituuttiin? Mikä on sopimuksen asema sellaisten valtiosääntöperiaatteiden valossa, jotka takaavat ”yhteiskunnan jäsenten keskinäisiä taloudellisia ja poliittisia suhteita tavalla, jonka vaikutukset ulottuvat aina syväraakteen tasolle, koko yhteiskuntamuodon uusintamiseen”?¹⁰⁶

4.1. Sopimus ja demokratia

Suoraviivainen tapa siirtää länsimainen demokratiakäsitys sopimusoikeuteen on, että demokratiaan sisältyvää vapautta ja sopimusvapauden vapautta pidetään samoina asioina. Kennedyn mukaan Yhdysvaltojen ns. klassisen individualismin edustajat pitivät Yhdysvaltojen liittovaltion ja monien osavaltioiden perustuslakien tietyssä normissa — ns. due process -säännös sisällöllisesti tulkittuna — ilmaistua vapautta (liberty) samansisältöisenä kuin yksityisoikeuden alalla vapaan tahdon (free will) suoja. Tällainen menettelytapa merkitsi itse asiassa sitä, että perustuslain turvaama vapaus tulkittiin yksityisoikeuden alalla sopimusvapauksi. Tästä puolestaan seurasi valtiolle velvollisuus antaa sopimusoikeuden alalla sellaisia oikeussääntöjä, jotka vastasivat sopimusvapautta.¹⁰⁷ Sopimusoikeudessa vallitsevan sopimusvapauden liittäminen ku-

¹⁰⁶ Tuori, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta II s. 672. Ks. myös Jørgensen, Reason and Reality s. 139, jossa sopimussitovuuden systeemisistä perustelua lainsäädännöllä jatketaan poliittisen teorian argumenttiin demokratiasta: ”However, it is an accepted fact within *legal theory* since the middle of the last century that it is not the contract alone as a declaration of intention, which is the binding cause but the power which derives from the rules of *the legislation* and thus again from the *political* organization of the state”.

¹⁰⁷ Kennedy Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1754. Vapauskäsitteen oikeudellisesta analyysistä ks. myös Karapuu, Perusasioita perusoikeuksista s. 84–86,

vatulla tavalla vapautteen kansalaisten perusoikeutena edellyttää yhdistävää tekijää.¹⁰⁸ Edellä kuvatussa ajattelutavassa yhdistävänä seikkana oli yksilön aseman korostaminen eli individualistinen näkökulma. Juuri sen avulla valtiollinen demokratia ja yksityisautonomia liitettiin toisiinsa. Suomessa asiaa on tältä kannalta pohtinut ja kehitellyt laajasti *L.E. Taxell*.

4.2. Taxell ja individualistisen demokratiatulkinnan seuraamuksia sopimusoikeuden järjestelmässä

Taxellin teokset *Rätt och demokrati* ja *Avtal och rättsskydd* muodostavat tästä näkökulmasta *kokonaisuuden*. *Avtal och rättsskydd* -teoksessa keskeinen oikeussuojan tarve on sopimussysteemin sisäinen päätepiiste, josta taas *Rätt och demokrati* -teoksessa jatketaan (muun muassa) sopimussitovuuden syväjustifikaation ongelmiin.

4.2.1. Oikeuden ja demokratian suhde Taxellin mukaan

Taxellille demokratia on ensisijaisesti poliittisen järjestelmän eikä kansalaisyhteiskunnan määre. J.Tolosen sanoin ”demokratian alkuperäiseksi, varsinaiseksi sisällöksi mielletään nimenomaan poliittinen demokratia”.^{108a} Taxellin perusidea on, että demokratiassa yksilöllä on — demokratian valtiosääntöoikeudellisten puoltien ohella — keskeinen rooli. Demokraattisen yhteiskunnan tärkeät arvot — vapaus, tasa-arvoisuus ja turvallisuus — perustuvat yksilön tärkeyteen. Ilman oikeudellista sääntelyä noita arvoja ei pystyttäisi lainkaan toteuttamaan ihmisyyhteisössä; ihmisten vapaa kamppailu tekisi demokratias-

jossa tällaista yhdistämistä vastaa kollektiivisen vapauden ja oikeudellisen vapauden yhtäaikaisuus. Kollektiivinen vapaus tarkoittaa ihmisten vapautta osallistua yhdenvertaisina poliittiseen päätöksentekoon ja oikeudellinen vapaus sitä, ettei ihmisen toimintavapautta rajoiteta oikeusnormein. Saksalaisessa keskustelussa muotoillaan kysymys perusoikeuksien yksityisoikeudellisesta merkityksestä juridisemmin ns. perusoikeusvaikutuksen ongelmaksi eli kysymykseksi perusoikeuksien suorasta vaikutuksesta kahden yksityisen oikeussubjektin väliseen suhteeseen (*Drittwirkung*). Ks. siitä tarkemmin *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 477—493. Kriittisesti perusoikeusvaikutuksen ideaan suhtautuu esim. *Flume*, *Rechtsgeschäft* s. 21—22.

¹⁰⁸ Vrt. Weberin käsitykseen, jonka mukaan sekä viranomaisen että sopimuskumppanin vallan legitimitetti perustuu valinnan ja siten tahdonvapauden käytön sisältävään toimintaan legaalis-formaalisen auktoriteetin ja tavoitteellistuneen sopimuskäsitteen tilanteissa. *Kronman*, Weber s. 106 ja *passim*, kutsuu tätä taustaideaa positiivisuuden periaatteeksi (principle of positivity).

^{108a} *J.Tolonen*, *Oikeus ja demokratia* s. 439—440.

ta pelkän illuusion.¹⁰⁹ Tätä kautta demokraattisilla arvoilla on tärkeä osuus kaikessa oikeudenkäytössä eri elämäntilanteissa. Demokraattiset arvot — yleisemminkin: kulloisenkin maan poliittinen järjestelmä ja ideologia — vaikuttavat oikeusnormeihin ja oikeudenkäyttöön silloinkin kun sen pitäisi olla ideologisesti neutraalia. Yksilön vapaudella ja yksilön itseisarvolla demokratian arvoina on siten merkitystä esimerkiksi siinä tavassa, jolla sopimusvapaus muotoillaan ja jolla se saa suojaa taloudellisissa suhteissa.¹¹⁰

Demokraattisen järjestelmän arvoista myös oikeudenmukaisuus on keskeisessä asemassa. Taxell tarkastelee oikeudenmukaisuutta nimenomaan siitä näkökulmasta, millainen on sen merkitys oikeuden muotoutumiselle ja oikeudellisille ratkaisuille.¹¹¹ Oikeudenmukaisuuden hän jakaa tasa-arvoisuuteen (formaalinen puoli) ja kohtuuteen (materiaalinen puoli).¹¹² Molemmat puolet pitää ottaa huomioon oikeudelliseen toimintaan liittyvässä oikeudenmukaisuusharkinnassa. Formaalin oikeudenmukaisuuden ongelma on ensi sijassa lainkäytön mutta myös lainsäätäjän ongelma. Materiaalista oikeudenmukaisuutta eli kohtuutta *Taxell* puolestaan luonnehtii seuraavasti:

”Kohtuus perustuu konkreettisen tapauksen tosiasiallisille olosuhteille ja näkökohdille. Näiden tekijöiden pohjalta pyritään ratkaisuun, jossa yksilölle ei asetu suurempia velvollisuuksia tai rasituksia kuin sellaisia, joista hän kykenee selviytymään. Kohtuusharkinnalle on tunnusomaista inhimillinen ja vapaamielinen suhtautuminen yksilöön. Yksilö asetetaan parempaan asemaan tai häntä kohdellaan lievemmin kuin mitä kaava-

¹⁰⁹ Ks. *Taxell*, Rätt och demokrati s. 1. Perustelu on tältä kannalta samankaltainen kuin *Hartin*, The Concept of Law s. 189—195, perustelu luonnonoikeuden minimisisällöksi kutsumilleen oikeuden käsitetunnusmerkeille (edellä s. 32—33). *Taxell* mainitsee itsekin tästä samankaltaisuudesta, Rätt och demokrati s. 126.

¹¹⁰ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 2—3. J. Tolonen muotoilee pohtiessaan *Taxellin* teoksen Rätt och demokrati herättämiä ajatuksia tämän idean demokratian seurausvaikutuksiksi kansalaisyhteiskunnassa. Hän kirjoittaa: ”*Taxellin* näkemyksen mukaan liberaalille demokraattiselle järjestelmälle on ominaista, että se pyrkii laajentamaan ylläluvattujen poliittisten arvojen soveltamista myös ohi poliittisen toiminnan kansalaisyhteiskuntaan. Toisin sanoen demokraattisesti hallitussa yhteiskunnassa myös kansalaisyhteiskunta pyritään muuttamaan sellaiseksi, että siinä toteutuisivat yksilöllinen vapaus, yksilöiden välinen tasa-arvo ja yksilöiden turvallisuus.” *J. Tolonen*, Oikeus ja demokratia s. 435—436. *Taxellin* demokratiatulkinta on tietenkin yksi monista mahdollisista. Jo *Taxellin* valitsemalla yleisyys-tasolla hänen tulkintansa mielenkiintoiseksi kilpailijaksi voidaan asettaa rousseaulainen demokratia-ikäisyys. Ks. tarkemmin *J. Tolonen*, Stat och rätt s. 51—78. Yksityisoikeudellinen sääntely onkin tärkeimpiä tapoja, joilla poliittinen järjestelmä puuttuu kansalaisyhteiskuntaan ja sopimusnormisto tuollaisen puuttumisen keskeisimpiä tapoja.

¹¹¹ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 45.

¹¹² Sama jaottelutapahan on omaksuttu tässäkin teoksessa edellä s. 186.

maiset säännöt edellyttäisivät. Kohtuullista tulosta luonnehtivat ymmärtämys ja lievyys.”¹¹³

Kohtuusharkinnalla on Taxellin mukaan usein läheinen yhteys ns. korjaavaan oikeudenmukaisuuteen. Tämän teoksen III luvun erittelyn perusteella kohtuus tässä korjaavassa merkityksessä on sovittelukohtuutta. Sillä pyritään tasapainottamaan osapuolten vastakkaisia vaatimuksia ja intressejä. Taxellin mukaan kohtuus näkyy lainsäädännössä yleislausekkeina, rangaistusasteikon käytössä, armahtamismahdollisuutena ja erivapauden myöntämisen mahdollisuutena. Lisäksi kohtuus vaikuttaa välittömänä ratkaisuperustana silloinkin, kun sitä ei nimenomaan ole laissa lausuttu.¹¹⁴ Kohtuusvaatimus näin luonnehdittuna kohdistuu ensisijaisesti lainkäyttäjään tai ratkaisijaan, joka joutuu tekemään ratkaisunsa ilman suoraa lain tukea.¹¹⁵ Kohtuusvaatimus kohdistuu kuitenkin myös lainsäätäjään, joka voi pyrkiä täyttämään tuota vaatimusta monin tavoin. Lain perusratkaisu voi perustua kohtuusharkinnalle tai laista voivat ilmetä puitteet, joissa ratkaisija saa käyttää kohtuusharkintaa tapauskohtaisesti.¹¹⁶ Tässä jälkimmäisessä kohtuuden tyypissä on kysymys sääntelykohtuudesta.

Punnitessaan keskenään yllä kuvattuun tapaan määriteltyjä tasa-arvoisuutta ja kohtuutta Taxell toteaa, että perustekijä on tasa-arvo. Tasa-arvo on juurtunut syvään ihmisten oikeustietoisuuteen ja sen keskeinen merkitys näkyy myöskin eettisissä ja uskonnollisissa käsityksissä. Sen sijaan ihmisillä on erilaisia käsityksiä siitä, millaista olisi materiaallinen oikeudenmukaisuus. Tämän vuoksi ei koskaan saavuteta yksimielisyyttä siitä, millä tavoin edut ja haitat tulisi jakaa tai millä tavoin tasapaino sosiaalisissa suhteissa voidaan saavuttaa. Siksi painopisteen pitää olla tasa-arvon formaalissa tulkinnassa, jota hallitusmuodon 5 §:kin ilmentää. Kohtuus *täydentää* formaalia tasa-arvoa ja antaa mah-

¹¹³ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 57 (käännös JP).

¹¹⁴ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 58–59.

¹¹⁵ Taxell ei tässä ilmeisesti erota oikeussäännön ja kohtuusperiaatteen kollisiota eli *contra legem* -ongelmaa sellaisista tilanteista, joissa kohtuusperiaate on yhtenä normina vaikuttamassa ratkaisuun muutoin eli ratkaisunormia täsmäntävänä, täydentävänä tai siihen ohjaavana normina; ks. tarkemmin II luvussa s. 64–69.

¹¹⁶ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 59. Taxell huomauttaa vielä siitä — OikTL 36 §:nkin esitoissa näkyvästä seikasta — että lainsäätäjän kohtuusharkinnat usein huomaamatta loimittuvat toisiin oikeuspoliittisiin näkökohtiin. Joskus mainitaan nimenomaisesti termi oikeudenmukaisuus, joskus taasen puhutaan sosiaalisista syistä, heikomman suojelusta jne. *ibid.*

dollisuuden tarkastella kulloistakin tapausta liberaalista ja humanista näkökulmasta.¹¹⁷

Konkreettisissa ratkaisuissa — esimerkiksi vahingonkorvauksen määrän sovitellussa — on usein kyse tasa-arvon ja kohtuuden tasapainottamisesta. Taxellin mukaan voidaan vain harvoin saavuttaa ratkaisu, joka vastaisi täysin molempia vaatimuksia. Vaikka siten jokin viimekätiseltä taustaltaan yhtenäinen oikeudenmukaisuusidea yhdistäisikin tasa-arvoa ja kohtuutta, ei ylimalkainen puhe oikeudenmukaisuudesta ole onnistunut. On täsmennettävä, kummassa kahdesta merkityksestään, tasa-arvona vai kohtuutena, oikeudenmukaisuuteen viitataan.¹¹⁸

4.2.2. *Arviointia ja tarkempaa erittelyä*

Taxellin tarkastelutapa kokoaa monessa suhteessa mielenkiintoisia seikkoja yhdeksi kokonaisuudeksi. Erityisen tärkeä on hänen erottelunsa tasa-arvoon ja kohtuuteen. Ajatus länsimaisesta demokratiasta järjestelmänä, jossa vallitsee periaatteessa täydellinen mielipiteenvapaus kaikenlaisille näkemyssuunnille ja jossa ainoana vaatimuksena on yhteisten pelisääntöjen kunnioittaminen, esiintyy usein järjestelmän makrotarkasteluissa.¹¹⁹

J. Tolonen on pyrkinyt osoittamaan, että (perinteisen) liberaalin tulkinnan mukaisten perusarvojen ylläpito voi johtaa siihen, että sekä vapaudesta että tasa-arvosta joudutaan tinkimään systemaattisesti. Edellytyksenä tälle on Tolosen mukaan se, ettei yhteiskuntaa oleteta täysin yhtenäiseksi arvoyhteisöksi vaan myönnetään, että kansalaisten olennainen osa ei ole sisäistänyt perusarvoja ainakaan niiden liberaalin tulkinnan mukaisina. Tolosen lähtökohtana on käsitys kansalaisyhteiskunnan ensisijaisuudesta poliittiseen järjestelmään nähden. Kansalaisyhteiskunta taas merkitsee — hänen oletuksensa mukaisesti — perustaviin arvoriitiriitoihin jakautuvaa yhteisöä. Poliittista järjestelmää tarvitaan vakauttamaan tuota kansalaisyhteiskuntaa. Jotta vakauttaminen onnistuisi, on poliittisen järjestelmän oltava itse vähemmän altis tuollaisten ristiriit-

¹¹⁷ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 60. Vrt. edellä s. 32–33 esitettyyn käsitykseen, että hyväksyttävyyttä oikeusnormin voimassaolon kriteerinä voidaan arvioida formaaliselta tai sisällölliseltä kannalta. Tuon erottelun valossa Taxellin esitys olisi yritys täsmentää ensin hyväksyttävyyden formaali osa, tasa-arvo, ja esittää vasta sen perusteella jotakin tarkempaa hyväksyttävyyden materiaalisesta puolesta, kohtuudesta.

¹¹⁸ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 60.

¹¹⁹ Kansainvälisesti edustava hahmo tässä suhteessa on *F.A. von Hayek*. Ks. hänen *Law, Legislation and Liberty* -teossarjaansa. Ns. oikeusvaltiotarkasteluista ks. myös *Tuori*, Oikeusvaltiokäsitteestä ja sen historiasta.

tojen ilmenemiselle. Sen vuoksi poliittisessa järjestelmässä joudutaan välttämättä ”vapauksia ... rajoittamaan tasa-arvon lisäämiseksi, tai kääntäen joudutaan hyväksymään epätasa-arvo vapauksien takaamiseksi”. Tolosen esimerkkinä jälkimmäisestä on omistuksen ja siten omistavan vähemmistön korostettu suoja, esimerkki edellisestä on tiedonvälitys, jossa muutokseen pyrkivällä olisi perusteltu tarve suhteellisesti laajempaan tiedottamiseen mielipiteenvapauden nimissä mutta tasa-arvoisen kohtelun nimissä hänelle ei sitä anneta.¹²⁰

Perusteltu systeemin analyysi ja historiallinen kokemus puhuvat siten sen puolesta, että demokratian yksi olennainen kohta on se sisältö, joka arvoille ja arvostuksille annetaan. Kaikki demokratian nimissä toimivat pyrkivät vapauteen, tasa-arvoon ja turvallisuuteen; olennaista on, että käsitykset arvojen sisällöistä ja niiden saavuttamisen keinoista vaihtelevat. Kun Taxell edellä asettaa muodollisen tasa-arvon selkeän ensisijaiseen (joskaan ei yksinomaiseen) asemaan, demokratialle muuna kuin poliittisena järjestelmänä jää kovin ohut ydinsisältö. Vaikka tuollainen ”minimidemokratiakäsite” on mahdollinen, se ei ole välttämätön. Muodollisen tasa-arvon vaatimus on mahdollista toteuttaa vain erilaisten ihmisiä erottavien tekijöiden (oikeudellisen) tärkeyden ratkaisun jälkeen. Kaikki ihmiset ovat jossain suhteessa erilaisia ja jossain samanlaisia. Oikeudellisen tärkeyden ratkaisu perustuu (osaltaan) muihin perusoikeuksiin kuin tasa-arvoisuuteen. Vaatimus yhdenvertaisesta kohtelusta on siten viime kädessä aina sisällöllisiin valintoihin perustuva seikka.¹²¹

Demokratiakäsitteen välttämätön täydentäminen on juuri sellaisten *sisällöllisten perusarvojen* hakemista, joita voi kutsua materiaaliseksi oikeudenmukaisuudeksi.¹²² Erityisesti hallitusmuotomme 6 § eri momentteineen, samoin kuin kansainvälisin sopimuksin vahvistetut taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet tiivistävät tuollaista materiaalista sisältöä.¹²³

Tässä työssä oikeudenmukaisuuden merkitys onkin pyritty hahmottamaan painotukseltaan toisin kuin Taxell tekee. Juuri materiaallisen oikeudenmukaisuuden vaatimukset — koko yhteisön institutionaalisesti vahvistamina — ovat oikeuskulttuurin olennainen sisältö. Eri ihmisryhmillä on tietenkin erilaisia mielipiteitä. Aidon demokratian kannattajan — nyt käytän demokratia -termiä

¹²⁰ Ks. Tolonen, Oikeus ja demokratia s. 439—445. Tämän teoksen termin olisi kysymys eri näkökohtien keskinäisestä punninnasta.

¹²¹ Ks. tarkemmin Alexy, Theorie der Grundrechte s. 357—393.

¹²² Samaan pyrki myös ns. materiaallinen oikeusvaltioajattelu. Ks. siitä Tuori, Oikeusvaltiokäsitteestä ja sen historiasta s. 18—23.

¹²³ Jälkimmäisistä ks. Karapuu, Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet s. 83—100.

varsin laajassa merkityksessä — on kuitenkin asetettava sellaiseen asemaan, että hän voi olla suhteellisen, mutta vain suhteellisen, riippumaton *kustakin yksityisestä vapaasta mielipiteenilmaisusta*. Tarkastelija voi yleistää, eli hahmotella ns. kriittisen moraalin mukaisen kannan; koko sopimusoikeuden järjestelmäämme ja sen muutoksia tarkastellessaan hänen pitääkin tehdä juuri näin. Hänen tulee antaa moraalijärjestelmälle paras mahdollinen tulkinta ja ottaa se omaksi mittatikukseen, jolla arvioi muun muassa positiivista moraalila.¹²⁴ Oikeudellisesti ensisijaisia ovat tuolloin institutionaalisesti vahvennetut moraalinormit eli vallitseva oikeuskulttuuri. Jos tilanne konkretisoidaan suomalaisen yhteiskuntaan, kysymys on siitä, millä tavoin vapaus, tasa-arvo ja turvallisuus ovat osa Suomen oikeuskulttuuria ja tätä kautta sopimusmallinkin pohjana.

Tällaista asennetta ei koske sentapainen kritiikki, jota esimerkiksi Helin on esittänyt kirjoittaessaan siitä, kuinka perusteetonta on, jos kriittinen tai vaihtoehtoinen tarkastelu johtaa ajatukseen harhautuneen ja erehtyneen oikeusyhteisön palauttamisesta todellisen oikeuden tielle sen sijaan, että avoimesti tunnustettaisiin kriittisten tulkintakannanottojen suositusluonne. Kriittiset tulkintakannanotot olisivat aina vain suosituksia oikeusyhteisölle. Äskен tässä työssä omaksuttu tarkastelutapa jättää ns. pysyvän kollektiivisen erehdyksen (*koko* oikeusyhteisö pitää tiettyä asiaa arvokkaana, vaikka tarkastelija ei) kritiikin ulkopuolelle. Kysymys on kuitenkin olemisesta kritiikin tavoittamattomissa sellaisen ”välitilan” ajan, jonka vallitessa oikeustieteen harjoittaja ei voi varmuudella tietää, onko hänen kannanottonsa väite vai suositus.¹²⁵

4.3. Wilhelmsson ja kohtuusperiaatteen sisällölliset arvot — yhteisöllinen demokratiatulkinta

Taxell liittää tarkastelunsa nimenomaan nyky-Suomeen. Tästä syystä on kiinnostavaa asettaa vastakkain hänen väitteensä, että välttämättömäksi oikeudenmukaisuuden lähtökohdaksi on asetettava formaali tasa-arvo eikä (materiaalinen) kohtuus, ja *Thomas Wilhelmssonin* olennaisesti sisällöllisistä arvoista lähtevä luonnehdinta.¹²⁶

¹²⁴ Tolosenkin huomautukset liittyvät taustaltaan laajaan keskusteluun siitä, onko liberalismi moraalijärjestelmänä modernissa länsimaisessa yhteiskunnassa ylläpidettävissä. *Fishkin*, Beyond Subjective Morality s. 8—9, muotoilee ongelman yhden osan siten, että liberalismiin *yksilöllisyyttä* ja moraalin maksiimeilla olevaa *yleistettävyyttä* on vaikea liittää toisiinsa. Tolosen huomautuksen voi tulkita konkretisoivan juuri tuota vaikeutta.

¹²⁵ Ks. tarkemmin *Helin*, On the Semantics of the Interpretative Statements in Legal Dogmatics s. 81—84.

¹²⁶ Vrt. *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication, keskeisesti käyt-

Wilhelmsson esittää Vakiosopimus -teoksensa jakson ”Sopimus ja kohtuus” alussa varauman, jonka mukaan jaksoon sisältyvän luettelon arvot toteutuvat suomalaisessa sopimusoikeudessa ”vaihtelevan laajuisesti eivätkä aina erityisen tehokkaalla tavalla”.¹²⁷ Luettelolla on osaksi kehitystä ennakoiva luonne: siinä on yritetty kiteyttää tietyn, tarkastelijan hyvänä pitämän kehityssuunnan perustaa. Juuri tässä mielessä voi sanoa luettelon edustavan *sellaisen moraalikokonaisuuden hahmottamista, joka on vallitsevan oikeuskulttuurin mukainen ja joka siksi voi olla sopimusoikeudellisen järjestelmämme (yhtenä) taustana*.¹²⁸

Wilhelmsson luettelee seuraavat, osaksi päällekkäisetkin sosiaaliset arvot: sopimustasapaino, turvallisuus, itsenäisyys, vapaus¹²⁹, yksityisyys, oikeudenmukaiset seuraamukset, vastuu ja oikeudellisten keinojen käyttömahdollisuudet. Arvot ovat osaksi samoja, jotka Taxellkin mainitsee. Tarkastelutavoissa on kuitenkin eroa. Erityisen havainnollisesti erot näkyvät vapaus-arvon eritteilyssä. Taxellilla vapauden — individualistiseksi sopimusvapaudeksi täsmentyneenä — demokratian keskeisenä arvona on aina oltava sopimusjärjestelmämme kirkkaana perustana.¹³⁰ Tätä seikkaa Taxell korostaa erityisesti pohtiessaan sitä merkitystä, joka laajalle heikomman suojeluun pyrkivälle sääntelylle tulisi antaa. Wilhelmsson käyttää vapauden keskeistä merkitystä markkinatalousjärjestelmässä argumenttina sille, ettei heikomman osapuolen vapautta saa rajoittaa sopimuksin kohtuuttoman pitkäaikaisesti tai olennaisesti.¹³¹ Keskeisim-

tämään individualismi—altruismi -erotteluun (esim. s. 1685 ja 1713—1724). Tämä erottelu ei vastaa suoraan tämän työn erottelua yksilöllinen — yhteisöllinen, vaikka ehkä onkin samaa juurta. Vrt. myös Tolosen Taxell-kritiikin (Oikeus ja demokratia s. 439—445) keskeiseksi argumentiksi nousseeseen ongelmaan kansandemokraattisen liikkeen mukanaolosta arvoyhteisössä: nyt ongelma asettuisi käänteisesti altruismiajattelun valossa eli konservatiivisen oikeiston tai vihreän liikkeen asemasta arvoyhteisössä. Taxellilla keskustelu ympäristön avainsana on *enemmistöperiaate*, yhteisöllisessä ajattelussa puolestaan *konsensus*, yhteinen intressi. Ks. kuvatus eron tarkemmasta liittämistä yhteiskuntafilosofiaan ja poliittiseen teoriaan *J. Tolonen*, *Stat och rätt*, erit. s. 121—126.

¹²⁷ *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 119—120. Luettelon tärkeä lainvalmisteluaineistoon liittyvä rinnakkaisilmiö on keskustelu ehdoista, jotka ovat tyypillisesti kohtuuttomia sopimussuhteissa. Ks. niistä V luvussa s. 263.

¹²⁸ Ks. myös *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 29—30. Wilhelmssonin esitys perustuu siten sekin oikeusperiaatteiden voimassaolossa keskeisen hyväksyttävyyden muodollisen puolen kunnioittamiselle, mutta tarkastelun lähtökohtana on hyväksyttävyyden tarkastelu materiaaliselta kannalta.

¹²⁹ Huomaa näkökulma: koskee vapauden rajoittumista suoritusilanteessa, ei vain vapauden rajoittamista solmimisen yhteydessä. Vrt. *Bucher*, *Für mehr Aktionendenken* s. 37.

¹³⁰ *Taxell*, *Rätt och demokrati* esim. s. 100, 450—453.

¹³¹ *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 122. Vrt. hyvän tavan vastaisuuden merkitykseen

män ja tärkeimmän arvon aseman saa sopimussuhteen tasapaino, siis yksi kohtuusperiaatteen ilmentymistä. Tarkastelujen ero ei siten ole tärkeässä mielessä siinä, *mitä asioita otetaan esille*, vaan siinä, *millä tavalla asiat liitetään arvo-systeemiksi*, millaisen sopimusmallin kirjoittajat ovat valinneet.¹³²

Konkreettisenä seuraamuksena Wilhelmssonin valitsemasta tarkastelutavasta voidaan esittää hänen analyysinsä vakioehtojen liittymisongelmasta. Tällöin kysymyksenä on, millä kriteereillä vakioehdoista tulee sopimuksen osia. Wilhelmssonin mukaan perinteinen — tahtomallin mukainen — tapa asettaa edellä mainittu kysymys johtaa pohtimaan ennen kaikkea hiljaisen tahdon ongelmia. Hänen mielestään olisi, ainakin tulevaisuutta ajatellen, parempi hahmottaa tilanne toisin. Jos vakioehdoilla poiketaan lainsäätäjän oikeuspoliittiseen valintaan perustuvasta dispositiivisesta sääntelystä vastapuolen vahingoksi, eivät vakioehdot tule sitoviksi, ellei niitä käyttänyt osapuoli pysty esittämään asiallisia syitä sitovuudelle. Kuvattu tarkastelutapa ei sisällä mitään sellaista, joka estäisi sen soveltamisen sopimussitovuuteen ylipäänsä ja joka rajoittaisi sen koskemaan vain vakioehtojen sitovuutta.¹³³ Ongelma sopimussitovuudesta pitäisi yleisemmin muotoilla niin, että tilanteessa, jossa sopimuksen sisältö poikkeaa toisen osapuolen vahingoksi siitä mittarista, joka on hahmotettavissa (dispositiivinen oikeus, tms.), on sitovuudelle esitettävä erityisiä syitä.¹³⁴ Jos siis sopimussisältö ei vastaa lainsäätäjän vahvistamaa keskimääräisarviota käytännön oikeudenmukaisuudesta, ei sitovuutta synny, ellei voida osoittaa erityisiä perusteita. Tällaisen ajattelutavan taustana on sopimuskäsitteen sitominen suoritusten tasapainoon eli kohtuusperiaatteeseen.¹³⁵

tahtomallin avulla muodostetussa systeemissä. Hyvän tavan vastaisina rajattiin sopimusvastuun ulkopuolelle tilanteet, joissa toisen osapuolen henkilökohtaista vapautta rajoitettiin liiaksi. Ks. tarkemmin edellä s. 177 viite 186.

¹³² Ks. myös Yhdysvaltojen laajasta keskustelusta, jonka yhteisenä taustana on liberalismi ja kriittisenkin oikeudellisen tarkastelun perustaminen sille esim. *Trubek*, *Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law* s. 546: ”Such a system (so. uusi systeemi oikeusinstituuttien järjestämiseksi ja hahmottamiseksi, JP) must begin with ideals basic to our society. It seems to me that the fundamental justifications for the legal order have been its contributions to *equality, individuality, and community*.” Ks. myös *J. Tolonen*, *Stat och rätt* s. 123–124, jossa todetaan jo John Locken selkeästi muotoilleen tällaisen käsityksen.

¹³³ Vrt. myös Wilhelmssonin *Vakiosopimus*-teoksen alaotsikkoon: Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista.

¹³⁴ Jos tahto tai luottamus on sopimusvastuun välitön ja ratkaiseva tunnusmerkki, sen toteututtua ei voida päätyä muuhun lopputulokseen kuin sopimusvastuuseen. Vastanäyttö olisi tällöin sellaista, jonka nojalla sopimusvastuuta ei kuitenkaan toteutettaisi esimerkiksi sovittelamalla sitä. Tällöin loukattaisiin sopimusten sitovuutta.

¹³⁵ Myös ns. puolipakottavan dispositiivisen oikeuden muodostuminen lainsäätäjän si-

Yhteisöllisen käytännön sopimusmalli on (nimensä mukaisesti) yhteisöllisempi lähestymistapa kuin tahto- ja luottamusmallit. Siinä ei kuitenkaan ole kysymys yksilön aseman kieltämisestä vaan individualismin hylkäämisestä. Individualismi merkitsee tässä yhteydessä sellaista metodologista asennetta, jossa yksilön näkökulma kohotetaan hallitsevaksi; yksilöllisistä arvioista tulee arvioita *par excellence*. Ulottuvuudella yksilöllisyys — yhteisöllisyys siirrytään kohti yhteisöllisyyttä. Sen sijaan kysymyksessä ei ole metodologisen individualismin korvaaminen metodologisella holismilla.¹³⁶

Taxell pyrkii käyttämään individualistista demokratiakäsitystä nimenomaan tiedon perusteluun yhteiskunnallisten ideologioiden (tietoisuusmuodon) tasolla. Markkinatalousyhteiskunnassa sopimusoikeuteen välttämättä sisältyville *tiedollisille* lähtökohdille, oikeusmuodolle — käyttäkseni Tuorin nimitystä — annetaan tarkempi tulkinta tietyn ryhmäideologian, liberalismiin mukaisena.¹³⁷ Wilhelmssonin tulkinta puolestaan merkitsee hyvinvointivaltioideologian oikeudellisten ulottuvuuksien tarkentamista. Tässä työssä katsotaan, että Suomen oikeuskulttuurissa molemmat ovat perusteltavissa, mutta jälkimmäisen legitimaatiovoima on nykyisin suurempi kuin edellisen. Sen vuoksi hyvinvointivaltion arvot ja tavoitteet ovat uuden sopimusmallin täsmennetty perusta.

4.4. Yhteenvetoa

Tälle työlle tarpeellisesta taustamateriaalista keskeisin olisi perusteltu suomalaisen kriittisen moraalin järjestelmä — eräänlainen ”paras” tai parhaiten perusteltu suomalainen moraali — jonka oikeudellinen muoto on Suomen valitseva oikeuskulttuuri. Tätä järjestelmää apuna käyttäen voitaisiin tehdä se arvottaminen (Wertausfüllung), jota kohtuuden käyttö sopimusoikeudessa edellyttää. Rajattomin voimavaroin varustettua ja täydellisen rationaalista ”tuomari Herkulesta”¹³⁸ ei kuitenkaan ole olemassa. Suomessa ei myöskään ole ol-

sällösten oikeuspoliittisten valintojen varassa (ks. esim. *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 115) voidaan selittää kohtuusperiaatteen korostuneella systeemiasemalla. Juridiselta vaikutukseltaan puolipakottava oikeus merkitsee juuri kuvatuslaista yleistä argumentaatiotaakkanaormia.

¹³⁶ Näistä metodologisista tarkastelutavoista ks. esim. *Israel*, Individualism — kollektivism som samhälleligt problem ja *Hänninen*, Aika, paikka, politiikka s. 176—184.

¹³⁷ Taxellilla tarkastelun moniaineksisuus merkitsee sitä, ettei ole yhtä ainoaa tulkin-tasuuntaa, vaan kyse on erilaisista vivahteista. Tärkeimpiä piirteitä hänen sopimusvastuu-järjestelmässään on lojaliteetti, jonka tarkempi sisältö osuu kipeästi juuri liberalistisen sopimusajattelun talousteorian — ainakin sen alkuperäisessä muodossa — taustan ydinkoh-taan, etevimmän taloudellisen toimijan ehdottomaan ensisijaisuuteen.

¹³⁸ Ks. *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 105—130.

lut tapana käydä julkisesti pitkälle jäsennettyjä moraalikeskusteluja.¹³⁹ Tästä syystä — muttei vain tästä — perusoikeudet tarjoavat jonkinlaisen kontrollimahdollisuuden eri sopimusmallien varassa laadituille sopimusoikeuden järjestelmille. Perusoikeuksien sisällöstä ja erityisesti niiden keskinäisistä suhteista ei kuitenkaan näyttäisi vallitsevan sellaista yksimielisyyttä, joka vapauttaisi sopimussysteemin laatijan omakohtaisista valinnoista.

Näin saavutettu tulos ei kuitenkaan ole merkityksetön. Sopimusmalli, erityisesti sopimusvastuun syväjustifikaatio, tulee voida liittää johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi *jonkin* perusoikeusajattelun linjan kanssa.¹⁴⁰ Yhteisöllisen käytännön mallin liittymisestä ns. taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä perusoikeuksia korostavaan linjaan voidaan mainita seuraava esimerkki.

Oikeus asuntoon on tärkeä perusoikeus. Vastaavasti vapaus asuinpaikan valitsemiseen voidaan liittää yhteen tiettyjen sopimustyyppien heikomman osapuolen suojaan. Jos vuokranantaja voisi irtisanoa huoneenvuokrasopimuksen rajoituksetta, merkitsisi tämä, että vuokralaisen vapaus asuinpaikan valintaan tosiasiaassa rajoittuisi vallitsevan asuntopulan vuoksi. Vuokralaisen irtisanomisaikaa koskevat säännökset voidaan systematisoida mainitusta perusoikeusnormista käsin osaksi yhteisöllisen käytännön mallin mukaisen järjestelmän ydinosaa.¹⁴¹

Taxell yhdistää tarkastelussaan liberaalisen ja demokraattisen tulkintalinjan. Wilhelmssonin kannanotot — aiemmin esitettyine varauksineen — puolestaan liittyvät selvemmin sosiaalivaltiolliseen ajattelutapaan. Vaikka luonnehdinnat tietenkin ovat vain orientoivia, ne saattavat kuitenkin auttaa hahmotamaan johdonmukaisemmin sitä eroa, johon sopimussysteemiin suuntautu-

¹³⁹ Ks. *Ilkka Niiniluodon* haastattelua, marraskuussa 1987.

¹⁴⁰ Alexy esittää Saksan liittotasavallan tilannetta ajatellen kolme ns. materiaalista perusoikeusteoriaa: liberaalinen, demokraattinen ja sosiaalivaltiollinen teoria. Liberaalille yksilöllinen toiminta- ja päättämisvapaus on *prima facie* -asemassa; demokraattiselle vapaa nauttimis- ja osallistumisoikeus yhteiseen hyvään; sosiaalivaltiolliselle vapaus on pääasiasa tosiasiallisia elämis- ja vapausmahdollisuuksia ja sosiaaliset rakenteet tulee säilyttää ja luoda sellaisiksi että mahdollisimman suuri persoonallisuuden toteutus tulee mahdolliseksi. Ks. tarkemmin *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* s. 508—511. Ks. myös *J. Tolonen*, *Stat och rätt* s. 5, jossa hän korostaa ”kansan tahdolle” annetun tulkinnan merkitystä juridisessa argumentaatiossa. Kun muistetaan, että periaatteet toimivat tavallisesti ratkaisunormia täydentävinä normeina, nähdään yhteys äsken esitettyyn. ”Kansan tahto” on oikeusperiaatteiden kokonaisuus. Suomessakin on todettavissa selvän perusoikeudellisten periaatteiden hierarkian puuttuminen. Jotkut pitävät sitä koko tuolle järjestelmälle tyypillisenä asiana. Tuo puute korjautuu osaksi siksi, että sopimusmallit näyttävät tarjoavan välittävän linjan perusoikeudellisten periaatteiden (eri tulkinnoissaan) saamalle merkitykselle.

¹⁴¹ Näin *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 122.

vassa perusoikeusargumentaatiossa joudutaan. Tämä ero näkyy ainakin kahdentasoisena:

a. millaisia materiaalisia siviilioikeudellisia sääntelyjä valitaan osoittamaan tietyn perusoikeudellisen periaatteen (normaalia eli lainsäädännöllistä tietä tai poikkeuksellisemmin muulla tavoin vakiintunutta) materiaalistumista siviilioikeuteen? ja

b. missä järjestyksessä perusoikeudellisia periaatteita ”haravoidaan” tuollaisten materiaalistuneiden lähtökohtien löytämiseksi?

Siviilioikeudessa tavallisesti käytettävän argumentaation kannalta perusoikeusvaikutus merkitsee yhden (uudenlaisen) argumenttityypin mukaantuloa. Oikeussysteemin käytön kannalta Alexy huomauttaakin perustellusti, että perusoikeusnormien voimassaolon vuoksi oikeussysteemillä on sisällöllisesti järjestyneen systeemin luonne.¹⁴²

Siviilioikeuden normit eivät kuitenkaan aina täysin vastaa perusoikeusnormeja. Tämä ei johdu vain perusoikeusnormien avoimuudesta ja epämääräisyydestä vaan myös perusoikeuksien periaatteenluonteisuudesta. Vaikka periaatteiden punninta on rationaalista, se ei johda yhteen ainoaan ratkaisuun vaan jää riippumaan painoarvojen antamisesta periaatteille. Painoarvojen antamista taas ei voida kontrolloida itse punninnalla ja se muuttuu yhteiskunnan perustavoitteiden ja moraalien muuttuessa nopeammin kuin oikeusperiaatteiden systeemi-arvo tai keskinäiset käsitteelliset suhteet. *Oikeussysteemin avoimuus merkitsee perusoikeusnormien avoimuutta suhteessaan moraliin.* Tämä näkyy selvimmillään juuri vapauden ja tasa-arvon alituisena jännitteenä.¹⁴³

5. UUDEN SOPIMUSMALLIN PÄÄPIIRTEITÄ

Suomessa tahtomallin mukainen ajattelu oli vallitsevana tämän vuosisadan alussa. Sen ei kuitenkaan havaittu saaneen mitään olennaisia kansallisia erityispiirteitä. Tahtomallia on viime aikoihin asti käytetty tehostamaan pyrkimystä yksityisautonomian ja sopimusvapauden hallitsemaan sopimussysteemiin.

¹⁴² Alexy, *Theorie der Grundrechte* s. 338—342. Samaan on jo aiemmin s. 61 viite 152 viitattu kirjoitettaessa lainsäätäjän ”ehdollisesta” oikullisuudesta, jota kontrolloivat oikeusperiaatteet.

¹⁴³ Koko Rawlsin oikeudenmukaisuuden perusteet ovat tältä kannalta yritys yhdistää vapaus ja tasa-arvo oikeudenmukaisuudelle perustuvaan järjestelmään. Alexy, *Theorie der Grundrechte* s. 494. Ks. myös Scheinin, *Itsehallinnon valvonta — valvova itsehallinto.*

Suomalaisista luottamusmallin edustajista tarkasteltiin jo III luvussa af Hällströmiä. Tämän mallin käyttö havainnollistui erityisesti vilpittömän mielen suojan velvoiteoikeudellisena asemana. Toisaalta vaihdannan intressin keskeisyys näytti myös meillä johtavan luottamusmallin mukaisiin selityksiin sopimussitovuudesta ja sitä vastaavaan syväjustifikaatioon taloudellisella vauraudella. Tahtomallin kritiikissä yhdistyivät luottamusmalliin palautuva ajattelutapa ja ns. analyttinen siviilioikeus. Jo II luvussa analyttisen siviilioikeuden vaikutuksena väitettiin olleen, ettei systeeminmuodostukselle jäänyt olennaista *itsenäistä* merkitystä, koska systeemi (oikeudelliset käsitteet) käsitettiin esitystekniikaksi, lyhennetyiksi ilmaisuiksi monimutkaisille oikeus-velvollisuus -suhteille eli oikeusasemille. Analyttisessä ajattelussa ei kuitenkaan ummistettu silmiä systeemiongelmilta, esimerkiksi pääsääntöjen ja poikkeuksien etsimiseltä, mutta vastauksia niihin ei lähdetty hakemaan sopimusmallin avulla vaan siitä riippumatta. Tämä asenne johti siihen, että arvosteltiin voimakkaasti kaikkia sellaisia tutkijoita, jotka käyttivät systeemiä itsenäisesti. Sopimusoikeudessa kritiikin kohteeksi tuli tahtomalli, mutta tämä johtui kuitenkin vain siitä, että se sattui olemaan kritisoidun suunnan tai tutkijan puolustama malli. Kritiikissä argumenttina käytetyn luottamusidean varaan ei rakennettu uutta systeemiä, vaan vaihdannan intressiin perustuvilla käytännön argumenteilla (reella överväganden) osoitettiin vanhan mallin eli formaalin tahtomallin kestävämyyttä.

Tämän luvun 3. -jakson erittelyn perusteella analyttisellä ajattelutavalla voi olla toinenkin seuraamus, yhtenäisen sopimuskäsitteen hajottaminen elementteihinsä. Sopimus on möhkälämäisen pistekäsityksen sijaan käsitettävä jatkuvasti muuntuvaksi prosessiksi, jossa yksittäisiä vastuuelementtejä on arvioitava itsenäisesti. Juuri yhtenäisen sopimuskäsitteen hajottaminen asiallisessa, ajallisessa ja henkilöllisessä suhteessa on analyttisen ajattelun rakentava anti sopimusoikeudelle. Tahtomalli on tyypillisesti edustanut pistekäsitystä, käsitystä, jossa sopimussuhteen synty ja lakkaaminen ovat pisteitä aikajanalla. Vaikka prosessikäsitys olisi liitettävissä muihinkin sopimusmalleihin, se sopii parhaiten yhteisöllisen käytännön malliin.

Siirtyminen prosessikäsitykseen heikentää välttämättä sopimusoikeuden systeemin vahvuutta. Sen vuoksi uusi sopimusmalli on — mahdollisimman korkean systemaattisuuden säilyttämiseksi — pyrittävä konstruoimaan siten, että aikaisempien mallien vastuukriteereille, tahdolle ja luottamukselle, pystytään antamaan oma paikkansa uudessa mallissa. Tällä tavoin tunnistetaan ja voidaan antaa oma merkityksensä sellaisillekin systeemi-impulsseille, jotka on sisällytetty normeihin muiden mallien vallitessa. Uuden sopimusmallin on toi-

saalta selvästi liittyttävä sopimusoikeuden suuntaan mahdollisimman pitkälle täsmennettyyn ja jäsennettyyn oikeuskulttuuriin, sopimusoikeuden perusarvoihin ja tavoitteisiin.

Uusi sopimusmalli, yhteisöllisen käytännön malli, pyrkii olemaan tahtoja ja luottamusmallien varaan tehty kompromissi. Kompromissin näkyvä ilmaus praktisen ongelmanratkaisun tasolla oli, että vapaa tahto ja perusteltu luottamus muuttuvat välittömistä vastuukriteereistä välillisiksi. Ne ovat olettamia siitä, että ao. yhteisöllinen käytäntö olisi oikeudenmukainen, mutta nämä oletamat ovat kumottavissa vastanäytöllä.¹⁴⁴ Tämä havainnollistuu kysyttäessä, millaiset sopimusmallin piirteet ovat tämän käytännön tason ilmauksen taustalla.

Jokainen yhteisöllinen käytäntö ei riitä synnyttämään *sopimussidonnaisuutta*. Kaikki käytännöt eivät ole tässä suhteessa kelvollisia. Kelvollisuus merkitsee tässä tiettyjen oikeudenmukaisuuskriteerien, tiettyjen materiaalistien vaatimusten täyttämistä.¹⁴⁵ Ratkaisuharkinnan tasolla tämä ei merkitse uuden todistuskeinon lisäämistä vaan yleisen vasta-argumentin tunnistamista. Sopimusvastuu jää syntymättä, vaikka kyseessä olisi yhteisöllisen käytännön tunnistama tahtominen tai tuollaiseen käytäntöön perustuva luottamus, jos tuo käytäntö ei ole oikeudenmukainen. Vaikka tietyllä alalla ja erityisesti tietyissä ihmisryhmissä, ns. alakulttuureissa, olisi vakiintunut yhteisöllinen käytäntö ja vaikka vaatimus kuinka perustuisi annettuun nimenomaiseen tahdonilmaisuun tai perusteltuun luottamukseen, ei sopimusvastuuta synny, jos käytäntö ei ole oikeudenmukainen. Näin selittyy esimerkiksi se, ettei pelivelka koskaan ole sitova. Oikeudenmukaisuuskontrollilla on siten systeemin toiminnan kannalta samanlainen asema (ja pitkälti samanlainen sisältökin) kuin hyvän tavan vastaisuudella oli tahtomallissa.

Yhteisöllisen käytännön mallin vallitessa kohtuusperiaate saa sopimusoikeuden järjestelmässä *prima facie* -aseman. Tämä merkitsee, että kohtuusperiaatteen soveltuessa — saadessa tapauksen ratkaisuun vaikuttavan painoarvon — sen vaikutuksen kumoamiseksi on esitettävä vastanäyttöä. Toiseksi se merkitsee, että periaatteiden tasapainotilanteessa kohtuusperiaate on ensisijainen.¹⁴⁶ *Prima facie* -asema ei tarkoita sitä, että sopimusoikeuden muut peri-

¹⁴⁴ Vrt. tahtomallissa: luottamus on usein välillinen osoitus siitä, että on olemassa ainakin hiljainen tahto. Luottamusmallissa relevantti toiminta on sellaista, joka perustuu vapaalle tahdolle (vaikka ei olisikaan selvää tahtoa joutua sopimussidonnaisuuteen).

¹⁴⁵ Oikeuslähdeopillisesti tämä edellyttää siirtymää maan tavan tarkasteluun kansan yhteisen hyödyn näkökulmasta (*J. Tolonen*, *Stat och rätt* s. 38—78).

¹⁴⁶ Yksityisen omistusoikeuden arvostamisesta ks. *Blomin*, *Perusoikeustajunta ja perustuslaki* s. 152, tuloksia, joiden mukaan vaikka 86.5 % suomalaisesta arvosti yksityisen

aatteet menettäisivät merkityksensä tai että ne jatkuvasti jäisivät väistyviksi kohtuuteen nähden. Mainittu asema ei myöskään merkitse, että sopimussidonnaisuus voitaisiin johtaa suoraan kohtuudesta. Sopimussidonnaisuus perustuu siihen, että osapuolet ovat osallistuneet oikeudenmukaiseen yhteisölliseen käytäntöön.

Sosiaalisen praksiksen mallissa oikeudenmukaisuusedellytystä tarvitaan mallin justifikaatiovoiman kohottamiseksi. Hyvinvointivaltion sopimusmallissa materiaalisille oikeudenmukaisuuskriteereille on annettava keskeinen merkitys. Ongelmanratkaisukyvyn kannalta oikeudenmukaisuuskriteeri on selvästi hankalampi tekijä. Oikeudenmukaisuuskontrolli ei nimittäin ole *tapauskohtainen* tekijä vaan instituuttien tasolla oleva tekijä, eräänlainen ”keskimääräisseikka”. Siten esimerkiksi se, että lainsäädäntö vahvistaa käytännön, on sopimusoikeuden järjestelmän kontrollin suhteen tavallisesti riittävä osoitus instituutin oikeudenmukaisuudesta siinä yhteiskunnassa.¹⁴⁷ Toisaalta yhdenvertaisten elinkeinonharjoittajien välillä jo pelkkä lupaus, pelkkä tahto riittää. Mainitussa tilanteessa oletama (presumptio) samastuu vastuukriteeriin, koska tietyt institutionaalisen tuen edellytykset täyttyvät. Sen sijaan kuluttajasuhteissa kriteerin ja presumtion ero näkyy selvästi. Kuluttajan tahto tai kuluttajan käyttäytymisen elinkeinonharjoittajassa aikaansaama perusteltu luottamus eivät aikaansaa sopimusvastuuta, jos siihen liittyvää käytäntöä ei pidetä oikeudenmukaisena.¹⁴⁸

Oikeudenkäynnissä sitomattomuus perustuu tavallisesti osapuolen kohtuuttomuus -väitteeseen. Vastuurakenteen ja -järjestelmän tasolla etenemistapa on se, että tuollainen väite viittaa syväjustifikaatiosta seuraavaan kohtuusperiaatteen *prima facie* -asemaan ja on eriluonteinen kuin yksittäistapaussovitteluun

omistusoikeuden tärkeäksi, vain 26.7 % piti sitä yhteiskuntasuunnittelua tärkeämpänä riskitilanteessa.

¹⁴⁷ Lainsäätäjän asema on kuitenkin toinen oikeuskulttuurin osana kuin oikeussääntöjen antajana. Oikeuskulttuurin osana korostuu lainsäätäjän tosiasiallinen harkinnan edustavuus ja huolellisuus. Sen vuoksi harkittaessa sitä, onko käytännön vahvistaminen lailla riittävä osoitus käytännön oikeudenmukaisuudesta, voidaan muun muassa seuraaville tekijöille antaa harkinnassa merkitystä: lainsäädännön ikä, muuttunut yhteiskunnallinen tilanne, lain erikoinen säätämistilanne, lainsäädännön epäonnistuminen. Myös oikeussääntöjen antajan roolissa voidaan muodollisen aseman ohella kiinnittää huomiota sisällöllisiin tekijöihin, ks. tähän suuntaan *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 38 (materiaalinen systeemivoimassaolo) verrattuna *sama*, *Oikeussäännösten tulkinnasta* s. 49.

¹⁴⁸ Vrt. vastaavaa virhesääntelyn osalta: kuluttajansuojalain 5 luvun 6 §:n mukaan elinkeinonharjoittajan suoritus on *toisensisältöisestä ehdosta huolimatta* kuitenkin virheellinen, jos se on kauppahinta ja muut seikat huomioon ottaen olennaisesti huonompi kuin mitä kuluttajalla oli aihetta olettaa.

johtava. Kun Wilhelmsson ehdottaa ”käännettyä perustelutaakkaa” vakioehtojen sitovuuden arvioimiseksi silloin, kun dispositiivisesta oikeudesta poikeetaan ehtojen laatijan vastapuolen vahingoksi, tämä viittaa juuri siihen, että kohtuusperiaatteelle on esitettävä vastanäyttöä. Jos vastanäyttöön ei pystytä, jos ehdon laatija ja käyttäjä ei pysty osoittamaan omaan toimintaansa liityvää järkevää syytä (muuta kuin voiton maksimointi vastapuolen kustannuksella), ehto ei sido. *Lopputuloksena ei tällöin ole ehdon sovittelu*, joka olisi tarkoittanut ehdon sitovuuden tunnustamista.

Tahdonilmaisun käsite ei siten ole ongelma uudelle sopimusmallille. Tahdonilmaisu osoittaa tärkeän seikan, presumption, sopimussidonnaisuudelle. Miten sitten on tulkittava OikTL 1 §:ssä mainittu tarjouksen ja siihen annetun vastauksen sitovuus? Ensinnäkin on todettava, että siinä sanotaan vain, että tarjous ja siihen annettu hyväksyvä vastaus sitovat, mutta ei, *mitä sitovuus tarkemmin merkitsee*. Toiseksi termit tarjous ja vastaus vaativat täsmennystä. Niitä ei ole määritelty sitovasti missään muualla sanotussa laissa. Yhteisöllisen käytännön mallissa niiden soveltumisalan keinotekoisia venyttämistä pidetään huonosti perusteltuna. Sen sijaan niitä pitää voida käyttää analogisesti. Analogia-avainta valittaessa OikTL 1 §:n tarjouksen ja siihen annetun vastauksen varaan rakentuva tahtojen konsensuksen *tietoisuusedellytys* saa keskeisen merkityksen. Tarjouksessa ja vastauksessa tahto on tietoista. Jos tietoisuutta ei ole, OikTL 1 §:ää voidaan soveltaa vasta, jos tunnusmerkistö osoitetaan muutoin samankaltaiseksi.

Missään normissa ei myöskään sanota, että sopimusvastuu perustuu *vain* tahdonilmaisuille.¹⁴⁹ OikTL:ssa myös luottamusta suojataan sopimusvastuun syntymisellä tunnetuissa 2-momenteissa eli 4.2, 6.2, 19.2 ja 32.2 §:ssä. Missään ei kuitenkaan sanota, että *vain* luottamus synnyttäisi sopimusvastuun. Joissakin vastuutilanteissa on jouduttu harkitsemaan, kumpi on ensisijaisempi, tahto vai luottamus, todellinen tahto vai vilpitiön mieli. Ratkaisu on kuitenkin tehty kyseisen tilanteen tunnusmerkkien mukaisesti oikeusperiaatteita painottaen; ratkaisulla ei ole tarkoitettu ottaa yleistä kantaa tahdon ja luottamuksen suhteisiin. Jos sen sijaan pystytään osoittamaan, ettei se yhteisöllinen käytäntö, jo-

¹⁴⁹ Vrt. esim. siihen, että työoikeudessa oikeutta palkkaan ei ole sidottu (nimenomaisen) työtä koskevan välipuheen olemassaoloon (työsopimuslain 1 § verrattuna avioliittolain 64 §:ään, jossa puolisoitten välisten työsuhteiden palkallisuuden on perustuttava poikkeuksellisesti nimenomaiseen ehtoon, ks. tarkemmin *Pekkanen*, Työeläkelakien soveltamisesta maatilataloudessa työskenteleviin perheenjäseniin). Vrt. myös Telarannan perusteluun käyttäytymisvastuulle velvoiteoikeuden yhtenä vastuumuotona: on tavanomaista, että oikeudessa samat oikeusvaikutukset liittyvät erilaisiin tunnusmerkkeihin (Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun käsitteistä s. 410).

hon annettu tahdonilmaisu tai synnytetty luottamus perustuu, ole oikeudenmukainen, niin sopimusvastuuta ei koskaan saada syntymään. Törkeän pakon tilanteessa vilpittömässä mielessäkin olleen vastapuolen jääminen paitsi sopimussidonnaisuuden merkitsemää etua (OikTL 28 §), selittyy sillä, ettei olisi käytäntönä oikeudenmukaista, jos pakotettu joutuisi sopimusvastuuseen. Vastaa-vasti erehdystilanteissa käytäntö, jossa suojattaisiin täysin ilmaisun antajaa, ei olisi oikeudenmukainen. Lievemmän pakon vallitessa tyyppitilanne on tasapainotettu vastapuolen vilpittömän mielen edellytyksellä. Oikeudenmukaisuusvaatimus näyttäisi siten liittyvän vain sopimusten syntytapaan. Tällainen joh-topäätös olisi kuitenkin yksipuolinen. Oikeudenmukaisuusvaatimuksen perusta on sopimustyyppin tai tyyppitilanteen arvio sisällön kannalta. Päätely etenee keskimääräisestä sisällöstä sopimuksen tekemisen mahdollisuuteen.¹⁵⁰

Oikeudenmukaisuusedellytyksen täyttymättä jääminen on siinä mielessä eri asemassa kuin välillisinä kriteereinä, presumtioina, olevien tahdon ja luottamuksen puuttuminen, ettei oikeudenmukaisuuskriteeri ole sivuutettavissa vastaargumentaatiolla. Juuri tämä on erona sopimussitovuuden syväperusteesta johdettavan vastuukriteerin ja muusta oikeusperiaatteesta johdetun välillisen kriteerin välillä.

Kohtuusperiaatteen keskeisellä asemalla sopimussysteemeissä on merkityksensä myös siinä, miten sopimusoikeuden instituutit täsmennetään. Sopimusoikeuden instituuteista käsitellään V luvussa vain sopimusten sovittelua. Madsenin tutkimus erehdyksestä, muuttuneista edellytyksistä ja kohtuudesta on hyvä osoitus siitä, miten kohtuusperiaatteelle voidaan antaa merkitystä hyvin monissa — ellei kaikissa — sopimusoikeuden instituuteissa. Madsenin tutkimuksen eri osissa tulee näkyviin kohtuuden merkitys muun muassa erehdyksen, edellytysopin, sopimusten tulkinnan ja sopimusten täydentämisen kannalta.¹⁵¹ Instituuttikohtainen tarkentaminen edellyttää kuitenkin aina omaa erityisselvitystään, ja ne jäävät tämän työn tavoitteiden ulkopuolelle.

¹⁵⁰ Tuomioistuinten OikTL 36 §:ään perustuva, yleistävä tyyppikohtuuttomuusargumentointi voisi olla tarkempi esimerkki siitä, miten tällainen näkökohta konkretisoidaan, ks. tarkemmin SOU 1974:83 s. 116—117.

¹⁵¹ *Madsen*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed* luvut 2, 3 ja 4. Samoin *Jørgensen*, *Kontraktsret* 1. s. 176. Tulkinnan ja sovittelun suhteista ja osittaisesta päällekkäisyydestä ks. myös *Aho*, *Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta* s. 123—124. Kohtuuden merkittävytydestä Englannin sopimusoikeuden systeemeissä ks. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 335—346.

V LUKU. SOVITTELU SUOMEN SOPIMUSOIKEUDEN JÄRJESTELMÄSSÄ

Sopimusoikeuden järjestelmän arvoa heikentää puuttuminen jälkikäteen sel-laisiin sopimuksiin, jotka tuon järjestelmän (normiston) nojalla muutoin oli-sivat sitovia. Jokainen sovitteluratkaisu laskee sopimusten sitovuuden astet-ta.¹ Sopimusoikeuden järjestelmän kannalta jälkikäteissovittelu on siten vält-tämättä järjestelmän vastaista. Järjestelmän vastaisuuden minimointi toteute-taan liittämällä jälkikäteissovittelu niin suurelta osin kuin mahdollista itse sys-teemiin.²

Sovittelun systematisointi voi merkitä kahta asiaa. Toisaalta rajataan so-vittelun soveltamisala systeemin mukaisesti. Toisaalta systematisointi merkit-see vaatimusta siitä, että sovittelusääntöä *sovellettaessa* on käytettävä (uudel-leen) *systeemin tunnistamia kriteereitä*, erityisesti systeemin oikeusperiaattei-ta. Systeemin muodostavana sopimusmallina käytetään tässä luvussa yhteisöl-lisen käytännön mallia III ja IV lukujen suuntaviivojen mukaisesti. Jos sovit-teluun sovellettava systeemi-idea olisi tahtomallin tai luottamusmallin mukai-nen, seuraava esitys olisi *olennaisilta kohdiltaan erilainen*.³

¹ Sopimusten sitovuuden aste on toisaalta *deskriptiivinen* eli tosiasiallinen asiointila tiettyinä hetkenä: kuinka suurta osaa sitovista sopimuksista ei todellisuudessa lopulta täyte-tä eri syistä, esimerkiksi maksuhaluttomuuden tai maksukyvyttömyyden vuoksi. Ks. velko-jen maksamatta jättämisen tosiasiallisista syistä *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 178—180. Toisaalta sopimussysteemin kannalta voidaan puhua tuosta asteesta *oikeusjärjestyksen nor-mien suhteen*: miten laajalti on niin, että sitovia sopimuksia ei kuitenkaan voida toteuttaa *juridisista* syistä (sovittelu, *contra legem*, yms.). Tässä tarkoitetaan sopimuksen sitovuuden asteella jälkimmäistä.

² Näin myös *Taxell*, *Jämknig av avtal* s. 623.

³ OikTL 36 § voidaan tässä suhteessa rinnastaa BGB 242 §:ään ja pohjoismaisten so-pimuslakien 33 §:iin. Myös tuollaisten kunniaan ja luottamukseen viittaavien normien tar-kempi käyttö on sidoksissa siihen, minkä sopimusmallin mukaisesti säännöstä luetaan. Vrt. toisiinsa BGB 242 §:ää koskevista esityksistä esim. *Heckl*, *Grundriss des Schuldrechts* s. 12—13, joka lukee säännöstä luottamusmallin avulla ja *Teubner*, *Alternativkommentar*

V luvussa on tarkastelun keskeisenä kohteena OikTL 36 §:n sisältämä yleinen sovittelusääntö. Aluksi määritetään sovitteluharkinnan ulkoinen ja sisäinen rakenne (jakso 1.). Ulkoinen rakenne jäsentyy sovitteluharkinnan seitsemäksi vaiheeksi. Sisäinen rakenne perustuu erottelulle *sovitteluperusteisiin* ja *sovitteluperiaatteisiin*. Sovitteluperusteet ovat niitä oikeustositasioita, joihin sovittelu nojaa.⁴ Sovitteluperusteet ryhmitellään tarkemmin sopimuksensisäisiin ja sopimuksenulkoiisiin. Sovitteluperiaatteet puolestaan ovat niitä oikeusnormeja, joiden varassa oikeustositseikkojen piiri ja niiden tarkempi merkitys määrittyy. Sovitteluperiaatteet ovat kohtuusperiaate, sopimusvapaus, vaihdannan intressi ja heikomman hyvittäminen. Kustakin esitetään lyhyt alustava luonnehdinta (jakso 2.), jonka avulla muodostetaan systematisoinnissa välttämättömän lähtökohtainen käsitys sovittelusäännön sisällöstä.⁵ Jaksossa 3. käydään läpi sovitteluharkinnan perusrakenne ja suorittamistapa.

Sovittelun systematisointiongelmista pohditaan vielä sovittelun rajoja (jakso 4.). Jäävätkö joidenkin alojen sopimukset, jotkin velvoiteoikeudelliset sopimustyytit tai tietyt erityiset sopimusehdot sovittelun ulkopuolelle, ja jos jäävät, niin *miksi*? Jälkikäteissovittelun asemaa selvitetään myös suhteessa OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteisiin (jakso 5.). Jaksossa 6. käsitellään eri sovittelusääntöjen välisen valinnan ongelmia ja jaksossa 7. OikTL 36 §:n sisältämaa toista sääntöä, tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltoa. Luvun päätteeksi (jakso 8.) kootaan sovittelun näkökulmasta yhteen teoksessa siihen saakka esitettyjä teemoja.

Tässä luvussa käytetään seuraavaa terminologiaa: *Vastapuolella* tarkoitetaan sovittelua vaativan osapuolen sopimuskumppania. *Sovitteluharkinnalla* viitataan kokonaisharkintaan, jossa kaikille soveltuville sovitteluperiaatteille annetut painoarvot yhdistetään; kysymys on kokonaisarvioinnista, jossa kohtuusharkinnan ohella ovat mukana sopimusvapauden, vaihdannan intressiin ja heikomman hyvittämiseen perustuvat harkinnat. *Kohtuusharkinta* tarkoittaa (vain) kohtuusperiaatteen mukaista harkintaa eli tapauksen sopimustasapainon selvittämistä.

Kun OikTL 36 §:n tunnusmerkistö on jätetty avoimeksi, se merkitsee sitä, että sääntöä voidaan tarkemmin täsmentää (tulkita) vasta, kun sen systemati-

zum BGB § 242 kohdat 18—25 ja 93—107, jolla on yhteisöllisen käytännön mallin mukaisista ajattelutapaa (keskimääräisarvioinnit sopimuksen oikaisemisen perustana).

⁴ Termiä ”sovitteluperuste” käytetään myös HE 247/81 esim. s. 12 ja HE 62/86 s. 71.

⁵ Ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 136, joka huomauttaa, että systematisoinnissa käytetään aina jo alustavasti hahmotettua käsitystä säännöistä: ”The systematization of (legal) norms cannot be carried out regardless of the (detailed) knowledge of the norms, and *vice versa*.”

soinnin perusongelmat on ratkaistu. Ilman edeltävää systematisointia ei ole mahdollista esimerkiksi lainvalmisteluaineiston tai oikeustapausten perusteella esittää johdonmukaisia tulkintakannanottoja säännöksestä.⁶ Systematisoinnissa saavutetut tulokset liukuvat tosiasiasa yleisen sovittelusäännön tulkinnoiksi.⁷

Knoph kirjoittaa kolmesta tavasta rationalisoida standardeille eli oikeusperiaatteille perustuva sääntely.⁸ Ensiksikin on tarkennettava itse mittatikkua, OikTL 36 §:ään sovellettuna kohtuuttomuutta. Toiseksi on pyrittävä konkretisoimaan suuntaviiva esittämällä erityisempia alastandardeja. Kolmanneksi on havainnollistettava käytännön esimerkein, kuinka suuntaviivaa käytetään.⁹ Seuraavat kaksi jaksoa painottuvat vastaamaan kahteen *Knophin* ensiksi mainitsemaan ongelmaan. Kohtuuttomuus puretaan sopimusoikeuden neljän perusperiaatteen tietyllä tavalla painotetuksi yhdistelmäksi. Kohtuuttomuuden ”alastandardeja” eli kohtuusperiaatetta, sopimusvapautta, vaihdannan intressiä ja heikomman hyvittämistä täsmennetään osoittamalla niiden yleinen merkitys sekä luonnehtimalla, miten tietyt tyypilliset oikeustositseikat saavat niiden nojalla merkitystä sovitteluharkinnassa.¹⁰ Yhteenvedona käydään läpi muuta-

⁶ Vrt. *André*, *Strukturer i avtalslagen 36 § s. 526—548*, joka etsii AvtL 36 §:lle kiinnekohtia yrittämällä lainvalmisteluaineiston ja oikeustapausten valossa *suoraan* antaa tulkinnan tai tulkintoja 36 §:n tekstiin sijoitetuille termeille. Ks. erit. hänen johtopäätöstään s. 546: ”Slutsatsen av de senaste överbäggandena är, att det inte heller förefaller möjligt att finna något överblickbart mönster i 36 § eller på någon annan grund göra någon användbar beskrivning av strukturen i paragrafen.” Kun tuollaista mallia tai rakennetta ei löydetä, ei pykälän varassa tehtävälle harkinnalle jää *Andrén* mukaan mitään oikeudellisia kiinnekohtia. *ibid.*

⁷ Myös *Apala-Arlander*, *Yleislausekkeista s. 208—209*, on huomauttanut, että yleislausekkeiden yhteydessä tulkinta ja harkinta lomittuvat. Hänen harkinta -terminsä viitannee toimintaan, jota tässä teoksessa on kutsuttu periaatteiden punninnaksi.

⁸ *Knoph*, *Rettslige standarder s. 31*. Rationalisoinnin hän määrittelee, m.t. s. 36, siten, että siinä tarkennetaan rationaalinen perusta tuomarin ratkaisutoimintaa varten. Tällaisen tarkennuksen ei kuitenkaan pidä hävittää intuition, vaiston, oikeustajun ja hyvän juidisiumin merkitystä ratkaisua tehtäessä. Ks. myös *Madsen*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 176—177*, joka kirjoittaa Tanskan AvtL 36 §:n valmistelua tarkoittaen, että siinä käytettiin suuntaviivan (standard) -käsitettä juuri *Knophin* merkityksessä kun todettiin 36 §:n asettavan yleislausekkeen *ja suuntaviivan*.

⁹ Ks. myös *Ek*, *Utomobligatorisk skadeståndsansvar vid rättssnlig farlig verksamhet s. 217—229*, joka soveltaa *Knophin* ideoita ns. ankaran vahingonkorvausvastuun ongelmiin.

¹⁰ *Knophin* ajatus oli, että tällainen alastandardien avulla konkretisoiminen edellyttää, että kansan oikeustietoisuus (rettsbevisstheten i folket) on yhtenäinen. Tässä teoksessa se on muuntunut käsitteeksi siitä, että tuollainen oikeustietoisuus — kriittisen moraalien mukainen oikeuskulttuuri — välittyy oikeusperiaatteiksi. Vasta oikeusperiaatteet antavat konkretisoinnille sisällön.

ma korkeimman oikeuden sovitteluratkaisu. Sen sijaan tässä teoksessa ei pyritä käytännön esimerkkien kattavampaan selvittämiseen.

Suomessa on julkaistu vuosina 1983—1987 seuraavat KKO:n ratkaisut, joissa OikTL 36 § on mainittu ratkaisun perusteluissa: KKO 1983 II 78, KKO 1983 II 91, KKO 1983 II 149, KKO 1984 I 1, KKO 1984 II 83, KKO 1985 II 94, KKO 1986 II 78, KKO 1986 II 114, KKO 1986 II 144, KKO 1987:103 ja KKO 1987:109.¹¹ Niistä on valittu myöhemmin selostettaviksi KKO 1983 II 78 ja 1984 I 1.

1. SOVITTELUHARKINNAN ULKOINEN RAKENNE

Sovitteluharkinnassa voidaan erottaa seuraavat vaiheet:

0. Esivaihe: sopimuksen sitovuuden selvittäminen
1. Epätasapainon selvittäminen (sopimuksensisäisten sovitteluperusteiden arviointi)
2. Epätasapainon yhteys sopimuksenulkoisiin tekijöihin
3. Sopimuksenulkoisten sovitteluperusteiden arvioinnit
4. Kohtuuttomuuden kokonaisarviointi
5. Kokonaisarvioinnin (kohtuuttomuusarvon) vertailu sovittelukynnykseen ja päätös siitä, ryhdytäänkö sovitteluun vai ei
6. Oikeusvaikutusten määrittäminen

1.1. Esivaiheesta

II, III ja IV luvuissa on käsitelty ongelmaa siitä, mikä on sopimus ja miten sitovuus on yksi sopimuskäsitteen elementeistä. Edelleen on korostettu sitovuusharkinnan ensisijaisuutta sovitteluharkintaan nähden. Edellytysoppi on yksi sitovuusharkinnan instituuteista ja sitä voidaan käyttää esimerkkinä väitetyn järjestyksen toteutumisesta.

Edellytysopin ja sovittelun suhdetta voidaan havainnollistaa HD:n ratkaisulla (NJA 1985 s. 178) jutussa, jossa kantaja (A) vaati sopimuk-

¹¹ Oikeusministeriön toimeksiannosta on lisäksi koottu OikTL 36 §:ään perustuneita ratkaisuja kaikista tuomioistuimista vuodelta 1983. *Kuusimäki*, Oikeustoimilain 36 § ja oikeuskäytäntö vuonna 1983. Ruotsin ja Tanskan AvtL:n vastaavaan säännökseen perustuneita tapauksia on koottu kirjaseksi *Katzin*, Oskälige avtalsvillkor inom civilrätten. Ks. myös *Wilhelmssonin*, Vakiosopimus s. 95, selostamaa tapausta KKO 28.6.1983/1531. Ks. vielä *Kartio*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa sekä *Ämmälä*, Hovioikeuksien soveltamiskäytännöstä OikTL 36 §:n osalta.

sen julistamista pätemättömäksi petollisen viettelyn, kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn, sovittelun sekä edellytysopin perusteella tai ainakin sopimuksen sovittelua. Vastaaaja (B) oli A:n mukaan antanut virheellisiä tietoja yrityksen taloudellisen tilan kohentumisesta saadakseen tarvarantoimittajat toimittamaan tilatut tavarat. Vaikka tiedot olisi annettu vilpittömässä mielessä, oli sopimus kantajan mielestä joka tapauksessa kohtuuton. Lisäksi molemmat osapuolet olivat toimineet olennaisen motiivierehdyksen varassa, joka, ottaen huomioon toimituksen arvon, oli peruste soveltaa edellytysoppia. HD katsoi sopimuksen pätemättömäksi soveltaen edellytysoppia. Petollista viettelyä ei sen mielestä ollut näytetty. Kunnianvastainen ja arvoton menettely ei soveltunut, koska B:n edustajien ei ollut näytetty toimineen muutoin kuin luottaen yrityksen tilan kohentamiseksi tehdyn tervehdyttämisehdotuksen toteutumiseen. Perustellessaan valintaa sovittelun ja edellytysopin välillä HD viittasi siihen, että kun vedotaan sopimuksen pätemättömyyteen sopimuksen solmimishetkellä vallinneiden virheellisten edellytysten vuoksi, on ensin pohdittava edellytysopin mukaista pätemättömyyttä.¹²

Kysymys edellytysopin ja sopimusoikeuden yleisen sovittelusäännön suhteista oli ollut esillä AvtL 36 §:n valmistelussa muun muassa Ruotsissa. Valmistelun eri vaiheissa oli todettu, ettei 36 §:llä haluta syrjäyttää edellytysoppia, joka perustuu *toisenlaiselle oikeudelliselle harkinnalle* kuin 36 §.¹³ Lausuman yhteydessä ei kuitenkaan täsmennetty, mikä erottaa edellytysopin perustana olevan oikeudellisen harkinnan AvtL 36 §:n perustana olevasta jälkikäteissovittelun harkinnasta. HD:n ratkaisua voidaan pitää yhtenä tuon yleisen ajatuksen täsmennyksenä. Täsmennyksen tarkempaan sisältöön olisi, että silloin kun sopimusriidassa on kyse puuttuvista tai virheellisistä edellytyksistä, on asiaa ratkaistaessa ensisijaisesti käytettävä edellytysoppia eikä AvtL 36 §:ään perustuvaa sovittelua.

Kuvatussa tapauksessa edellytysopin ja sovittelun kannalta pohdittavat näkökohdat ovat kuitenkin suurelta osin samoja.¹⁴ Esimerkiksi sovittelussa mer-

¹² Tapauksesta tarkemmin ks. esim. *Lehrberg*, 36 § avtalslagen och förutsättningsläran s. 249—250.

¹³ SOU 1974:83 s. 157.

¹⁴ Ks. näistä esim. *Hellner*, *Speciell avtalsrätt* II s. 237—241 ja *Lehrberg*, 36 § avtalslagen och förutsättningsläran s. 250—261 ja siinä viitattua kirjallisuutta ja oikeustapauksia. Edellytysopin käyttö merkitsee tarkempia pohdintoja seuraavissa suhteissa: onko osapuolilla ollut virheellisiä käsityksiä?; millä tavoin ja missä määrin osapuolet ovat ottaneet toiminnassaan huomioon sittemmin olennaiseksi osoittautuneen seikan?; millaisin kriteerein ratkaistaan asianomaisen seikan olennaisuus?; millainen vaikutus on sillä, että vasta myöhemmin esiintulleet seikat paljastivat edellytyksen puuttumisen?; johtiko juuri väitetyn seikan suhteen puuttunut harkinta sopimuksen sisällön kohtuuttomuuteen?; riittääkö se, että

kitystä saava osapuolten asema merkitsee juuri sitä, että on otettava huomioon osapuolten tiedot asioista eli seikka, joka on olennainen myös edellytysoppia käytettäessä. Se, että toinen osapuoli käytti toisen tietämättömyyttä hyväkseen, on vahva peruste sovittelulle OikTL 36 §:n mukaan. Näin voitaisiin käydä kohta kohdalta läpi edellytysopin mukaista ratkaisuharkintaa ja OikTL 36 §:n mukaista ratkaisuharkintaa ja todeta niiden perustuvan *samoille oikeus-tosiseikoille*. Silti niiden välillä on keskeinen ero. Edellytysopin käyttö merkitsee sen pohtimista, *onko syntynyt* (täysin tai osaksi) *sitova sopimus*. OikTL 36 §:n käyttö puolestaan *perustuu sille, että osapuolten välillä vallitsee sitova sopimus*, jota sovitellaan. Jälkikäteissovittelun määritelmä sisältää sen, että kohteena on sitova sopimus.

Valintatilanne edellytysopin ja sovittelun soveltamisen välillä voidaan siten yleistää. Esimerkkitapauksen norminvalintaongelma saakin muodon: onko ensin harkittava sitä, onko syntynyt sitova sopimus vai voidaanko heti sovitella?¹⁵ Vastaus, jonka mukaan on ensin harkittava sopimuksen sitovuus, muun muassa edellytysopin soveltuminen, on *välttämätön*. Oikeudellisen harkinnan vaiheittaisuus esitetyssä järjestyksessä, ensin sitovuusharkinta ja vasta sitten sovitteluharkinta, sisältyy sovittelun käsitteeseen. Jos vaiheet eivät ole tässä järjestyksessä — jos ehtoja muutetaan harkitsematta ensin niiden sitovuutta — ratkaisussa on kyse jostakin muusta kuin sovittelusta.¹⁶

Kuitenkin pohjoismaisten sopimuslakien 36 §:ien valmistelussa — ja säättämisen jälkeenkin¹⁷ — joka maassa kiinnitettiin keskeistä huomiota siihen, mikä on uuden säännöksen vaikutus perinteisiin sopimusoikeudellisiin instituutteihin, joiden nojalla sopimusten sitovuutta arvostellaan. I luvun alussa on perusteltu sitä, että sopimusoikeuden tulevaisuutta ajatellen (*de lege feren-*

toisen osapuolen *piti tietää* kyseisestä seikasta ja erehdyksestä sen suhteen vai onko osapuolen näytettävä *de facto* olleen tietoinen tästä?

¹⁵ Samantapainen ongelma on myös se, että jutussa vedotaan sekä ns. tyyppikohtuuttomuuteen että sovitteluun. Molemmat vaatimukset perustuvat OikTL 36 §:ään, mutta onko ne selvittettävä tietyssä järjestyksessä. Ks. tästä *perusteluja* ratkaisussa KKO 1982 II 118 (tapaustahan ei voitu vielä ratkaista OikTL 36 §:n perusteella), jossa ensin todettiin, ettei välityspalkkiota sellaisenaan voitu pitää kohtuuttomana ja vasta tämän jälkeen harkittiin, oliko ehto siinä erityistapauksessa kohtuuton kuluttajansuojalain 4 luvun 1.1 §:n nojalla. Ks. myös KKO 1986 II 114, jossa todettiin, että OikTL 33 §:ää voitiin soveltaa yhtiöjärjestyksen lunastuslausekkeeseen vaikka OikTL 36 § ei soveltunutkaan.

¹⁶ Näin myös *Taxell*, Jämknings av avtal s. 612. Vrt. *Itä-Suomen HO 30.1.1986 S 1984/151* (tapauksen selostus *Kartio*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa s. 213), jossa kiinteistökauppa julistettiin pätemättömäksi sekä OikTL 33 että 36 §:n nojalla.

¹⁷ Ks. esim. *Huser*, *Avtalesensur* s. 40—49.

da) sovittelun pitää vaikuttaa sitovuusharkintaan. Sen sijaan nykyhetken kannalta (*de lege lata*) kysymys on kahdesta eri harkinnasta, jotka erityisesti sovittelussa toteutuvat täysin peräkkäin eivätkä ole osaksikaan päällekkäisiä. Sovittelua ei siten saa käyttää oikotienä sopivalta tuntuvaan ratkaisuun silloin, kun sitovuusharkinta on juridisesti vaativaa, esimerkiksi ajatteleamalla, että kun joka tapauksessa voidaan sitemmin sovittaa, ei sitovuusharkintaa tarvitse tehdä huolellisesti ja ongelmallisiakin välipuheita voidaan pitää sitovina.¹⁸

1.2. Sovitteluharkinnan sisäinen rakenne — sovitteluperiaatteet ja sovitteluperusteet

Erottelu sovitteluperiaatteisiin ja sovitteluperusteisiin selkeyttää, rytmittää ja johdonmukaistaa sovitteluharkintaa.¹⁹ Sovitteluperiaatteet ovat sovitteluratkaisun juridinen normisto, kuten edellä II luvun jaksossa 1.8.2. on esitetty. Sovitteluperusteet ovat sovitteluharkinnan oikeustosiasioiden.²⁰ Sovitteluharkinta toteutuu siten, että sovitteluperusteille annetaan sovitteluperiaatteita vastaava merkitys. Sovitteluharkinnassa on edettävä vaiheittain jokaisen sovitteluperusteen ja jokaisen sovitteluperiaatteen suhteen. Erottelun haittana on se, että siinä tulee yksi välivaihe lisää verrattuna tavalliseen, oikeussääntöjen avulla tehtävään ratkaisuun ja erottelu mutkistaa siten ratkaisuharkintaa.²¹ Harkinnassa ei enää ole kyse oikeusvaikutuksen liittämisestä suoraan oikeustositseikkoihin, vaan oikeusvaikutukset voidaan ratkaista vasta välivaiheen jälkeen, sen jälkeen kun oikeustositseikoille on annettu painoarvot. Vasta tosiseikan onnistunut liit-

¹⁸ Ks. tällaisesta asennoitumisesta esim. NJA 1980 s. 12, jossa todetaan, että kun uusi AvtL 36 § on säädetty, ei ole yhtä tärkeää kuin aikaisemmin osoittaa, ettei tietyistä vakioehtojen määräyksistä tule sopimuksen osia, koska tällaisia määräyksiä voidaan tarvittaessa sovittaa. Ks. tapauksesta ja sen perusteluista näiltä osin tarkemmin *Sisula-Tulokas*, Dröjsmålsskador vid passagerartransport s. 277. Ks. myös NOU 1979:32 s. 53, jossa todetaan, että sovittelua voitaisiin käyttää ns. oikeuden väärinkäytön tilanteissa (abuse of rights). Tuota ajatusta voi kritisoida huomauttamalla, että tällöin ei tarvitsisi lainkaan pohtia sitä, antaa-ko oikeussysteemi ylipäänsä oikeussuojaa oikeutta väärinkäyttäneelle.

¹⁹ *Aurejärven*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 33, mukaan edellytysoppi ”osoittaa tavan, jolla inflatio-ongelma on hahmotettava ja liitettävä siviilioikeuden yleisiin periaatteisiin”. Korostettakoon kuitenkin, että Aurejärvi käyttää periaatteen käsitettä väljemmin kuin tässä teoksessa on määritelty.

²⁰ Samoin *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 30—31 ja erit. s. 31 viite 21, rangaistuksen mittaamisharkinnan kuvauksesta.

²¹ *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 208. Ks. myös *Lappi-Seppälän*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 641—643, esitystä rangaistusarvosta rangaistuksen mittaamisharkinnassa.

täminen johonkin oikeusperiaatteeseen voi tehdä siitä oikeudellisesti relevantin. Sellaiselle seikalle, jota ei voida jäsentää oikeusperiaatteiden avulla, ei voida antaa oikeudellista merkitystä. Oikeudellisesti relevantit seikat eivät koskaan ole pelkkiä havaintotosiseikkoja, vaan niiden taustalla on jonkin oikeusnormin asettama merkitys.²²

Mitä tarkemmin merkitsee tuo lisävaihe, painoarvon antaminen? Painoarvon antaminen periaatteelle ei ole mekaanista toimintaa. Siinä voidaan erottaa kaksi vaihetta:²³

(a) Tapauksen jonkin tai joidenkin tunnusmerkkien havaitaan liittyvän johonkin periaatteeseen. Tunnusmerkeistä tulee oikeustosisieikkoja.

(b) Mainittu periaate saa oikeustosisieikkojen edellyttämän ja systeemi-arvoaan vastaavan painoarvon.

Painoarvon suuruus liittyy siten sekä siihen, miten suuri on periaatteen systeemi-arvo että siihen, miten vaikeaa oli liittää tosiseikat periaatteeseen. Ensimmäkin systeemi-arvoltaan vahvimpaan periaatteeseen nojaavilla oikeustosisieikoilla on *keskimäärin* korkeampi painoarvo kuin muihin periaatteisiin nojaavilla. Vastaavasti jos kahdella oikeustosisieikalla on kummallakin erittäin korostunut merkitys kahdessa eri periaatteessa, voi niiden saama painoarvo kuitenkin olla eri suuruinen siitä syystä, että toisen periaatteen systeemi-arvo on korkeampi. Toiseksi vaikeus liittää tosiseikka oikeusperiaatteeseen (vaikeus tehdä siitä *oikeustosisieikka*) merkitsee usein alhaista painoarvoa. Oikeussäännöissä tuollainen vaikeus ei saa merkitystä. Vaikka olisi kuinka vaikeaa todeta tunnusmerkistön täyttyminen tai täyttymättä jääminen, oikeusvaikutukset ovat normaalit.

1.3. Sovitteluperusteiden erottelu sopimuksensisäisiin ja sopimuksenulkoisiin

Sovittelusääntöä voidaan systematisoida monin tavoin. Lappi-Seppälä luettelee seuraavat oikeudelliset systematisointitavat: (a) arvot tiedostava normatiiv-

²² Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 397: ”das, was sich juristisch nicht rational ’konstruieren’ lasse, (sei) auch rechtlich nicht relevant.” Ks. myös Ewald, *Social Law* s. 53, joka katsoo sosiaalisen oikeuden logiikan merkitsevän sitä, että ihmisellä voi olla oikeuksia vain silloin, kun hän pystyy osoittamaan niiden olevan seurausta jostakin lainsäätäjän tunnistamasta kollektiivisesta intressistä. Ewaldin käsityksistä tarkemmin ks. Pöyhönen, *Arv. teoksesta Wilhelmsson, Social civilrätt*.

²³ Ks. oikeusperiaatteen soveltamisen vaiheista myös Apala-Arlander, *Yleislausekkeista* s. 211–212, jossa hän kirjoittaa ns. eri-ulotteisesta ajattelusta: ”Eri-ulotteisessa ajattelussa jokainen *ulottuvuus* edustaa myös *omaa ideaansa* (järjestys; oikeudenmukaisuus *ja* kohtuus;

vinen, (b) käsitteellinen, määrättyä (rikosopillista) peruskategoriaa seuraava, (c) deskriptiivinen, reaalia maailman ilmiöihin pitäytyvä, (d) yleisyystasoon perustuva, (e) lakitekniisiin kirjoitusjärjestelyihin pohjaava ja (f) positiivisen oikeuden sanktiojärjestelmiin liittyvä systematiikka. Hänen tarkoituksensa on osoittaa kulloinkin käytetyn systematiikan perustuvan valintaan.²⁴ Esimerkiksi Vihman sopimussakkoharkinnan seikkojen erittely on deskriptiivinen samoin kuin Wilhelmssonin, joka käyttää myös (e) -kohdan mukaista, OikTL 36 §:n kirjoitustekniikkaan liittyvää esitysjärjestystä.²⁵

Aurejärvi on erottanut sovittelutilanteessa sopimuksensisaïset ja sopimuksenulkoiset perusteet. Tämäkin erottelu on systematisointina deskriptiivinen. Sillä pyritään tarkemmin hahmottamaan sovitteluperusteet kahteen ryhmään ottamatta kantaa perusteiden sisällölliseen merkitykseen sovittelussa. Aurejärvi itse kirjoittaa erottelun selventävän ”sovitteluinstituution systematisointia ja tulkintaa”.²⁶ Tätä kuvastaa myös se, että hän kirjoittaa kumpaakin tyyppiä, sopimuksensisaïsia ja sopimuksenulkoisia perusteita, tarkoittaen *sovitteluindisioista*.²⁷

Aurejärven ehdotukseen liittyy kuitenkin myös pulmia. Siinä tavoitellun selventämisvaikutuksen vastapainona on se, että erotetaan sovitteluharkinnan kannalta kaksi asiaryhmää, joilla on tietty yhteys toisiinsa. Samaan erotteluun viitataan angloamerikkalaisessa sopimusoikeudessa termien ’menettelytapaan liittyvä kohtuuttomuus’ ja ’sisällöllinen kohtuuttomuus’ (procedural and substantive unconscionability).²⁸ Käydyssä keskustelussa on huomautettu sopimuksenulkoisten ja -sisäisten tekijöiden kahdentyyppisistä yhteyksistä. Ensinnäkin on tavanomaista, että menetelmällisen kohtuuttomuuden johdosta sopimus on myös sisällöltään kohtuuton. Epäasianmukaisin keinoin saadaan vain harvoin aikaan tasapainoinen sopimussuhde. Toiseksi menetelmällisen ja sisällöllisen

tarpeellisuus), mutta eri ideat eivät kilpaile keskenään, vaan *abstraktisella idea-tasolla* oleva tavoite joudutaan argumentaatioissa punnitsemaan myös suhteessa osoitettuihin *konkreettisiin tavoitteisiin*.” Tuollainen suhteuttaminen lienee lähellä sitä, mitä tässä teoksessa on kutsuttu painoarvojen antamiseksi periaatteille.

²⁴ *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 286.

²⁵ *Vihma*, Sopimussakko s. 140–160; *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 70–102 ja 79–89.

²⁶ *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 731 viite 12.

²⁷ *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset *passim* ja esim. s. 733. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 33–34, käyttää mittaamispresumtio -termiä.

²⁸ Ks. tarkemmin esim. *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 333–335 ja siinä viitattua.

kohtuuttomuuden käsitteet ovat välittömässä merkitysyhteydessä toisiinsa. Jos yhteisössä pidettäisiin epäasianmukaisia sopimuksentekokeinoja sallittuina ja jopa hyväksyttävänä, sopimukset poikkeaisivat sisällöltään nykyisistä. Sisällöltään kohtuuttomaksi katsottujen sopimusten tulisi tuollaisissa oloissa olla paljon nykyistä kohtuuttomampia. Vastaavasti nykyinen oletuksemme rationaalisesta ihmisestä oikeudellisen sääntelyn kohteena johtaa siihen, että havaitessamme olennaisesti epätasapainoisen sopimussisällön, tarkastelemme tapaus-ta sellaisen vahvan, lähes riitauttamattoman, oletuksen varassa, että kohtuuton sisältö on seurausta epäasianmukaisesta (kohtuuttomasta) menettelytavan vasta.²⁹

Tässä työssä omaksuttu systematisointi perustuu normatiiviseen lähtökohtaan, sopimusmalliin. Sovitteluperusteet järjestetään normatiivisen, oikeusperiaatteisiin nojaavan avaimen avulla.³⁰ Tuota alustavaa systematisointia täydennetään (c) ja (e) -kohtien mukaisilla näkökohdilla, siis erottelulla sopimuskäsitteisiin ja sopimuksensisäisiin tekijöihin sekä OikTL 36 §:n kirjoitusteknisillä ilmauksilla. Deskriptiivinen systematisointi on normatiivisen systematisoinnin apuna.³¹

Sovittelun systematisoinnissa keskeinen termi on sovitteluindisio. Sillä tarkoitetaan oikeustositseikkaa, jolla on tietty sovittelua puoltava *oletuspainoarvo* jonkin sovitteluperiaatteen nojalla. Sovitteluindisio on siten toteennäytetty seikka, joka saa merkityksensä argumenttina tietyn periaatteen nojalla. Sovittelua puoltavan indision oletuspainoarvoa voidaan aina vastanäytöllä vähentää tai se voidaan jopa kokonaan poistaa. Vastaavasti vastaindisiolla tarkoitetaan toteennäytettyä seikkaa, joka tietyn periaatteen nojalla saa sovittelua vastaan olevan painoarvon.

Tässä työssä ei pyritä ottamaan järjestelmällisesti kantaa sovittelun prosessuaalisiin kysymyksiin. Sovitteluindisiokaan ei ole prosessioikeudellinen il-

²⁹ Atiyah, *Essays on Contract* s. 333-335. Ks. myös Collins, *The Law of Contract* s. 147.

³⁰ Atiyah, *Essays on Contract* s. 334—335, korostaa juuri normatiivisen näkökulman (tässä: normatiivisen systematisoinnin) johtavan siihen, ettei eroa menetelmään kohdistuvan ja sisältöön kohdistuvan kohtuuden välillä voida ylläpitää ehdottomana.

³¹ Tarkastelu vastaa lähestymistavaltaan *Lappi-Seppälän*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 287, ajatusta, että systematiikka rakennetaan kerroksittain useampia näkökulmia yhdistellen. Ks. myös *Tepora*, Omistuksenpidätyksestä, jossa lähtökohdana on — analyyttisen siviilioikeuden vaatimusten mukaisesti — deskriptiivinen systematisointi (esim. m.t. s. 13—20), mutta jossa sitä tarkennetaan pääsääntöjen ja siitä mahdollisesti tehtävien poikkeusten tarkastelussa tavalla, jota voi kutsua normatiiviseksi systematisoinniksi (esim. s. 205—206 ja 443—445).

maus; se ei viittaa todistusaiheeseen, joka kausaaliyhteytensä vuoksi osoittaisi oikeustositteiseikan olevan olemassa. Indisio -termi on kuitenkin valittu sen samankaltaisuuden vuoksi, joka on indisioin välittävässä roolissa ratkaisevan tekijän — sovittelussa kohtuuttomuuden — kannalta. Sovitteluindisio saa merkityksensä yhtenä kohtuuttomuuden kokonaisarviointin osatekijänä; sovitteluindisio ei sinänsä ole ratkaiseva, vaan se on osa ratkaisevaa kokonaisuutta.

Sovittelun vaikeimmat prosessioikeudelliset ongelmat liittynevät väittämistäakkaan. Väittämistäakan merkitys perustuu kontradiktoriseen periaatteeseen. Vastapuolen asema edellyttää, että hän saa tietää, millä perusteella sovittelua vaaditaan.³²

2. SOVITTELUPERIAATTEET SOVITTELUHARKINNAN SISÄLLÖLLISINÄ KIINNEKOHTINA

Valitun systematisointitavan onnistumisen edellytyksenä on oikeusperiaatteiden entistä tarkempi erittely. Tässä jaksossa oikeusperiaatteiden täsmentämiseen käytetty aineisto perustuu siihen lähtökohtaan, että lain säätämisen yhteydessä esitetyt näkökohdat ovat keskeisiä. Lain säätämällä lain ratiot (systeeminulkoiset justifikaatiot) muuntuvat oikeussääntöjen ohella itsenäisiksi oikeusperiaatteiksi (systeemin normeiksi).³³ Tässä jaksossa on keskeisesti esillä OikTL 36 §:n valmisteluaineisto. Lainvalmistelun ja parlamenttikäsittelyn keskeinen rooli ei ole sattuma, sillä juuri niissä tavallisesti käsitellään kulloisenkin sääntelyn kannalta merkittävien arvojen ja tavoitteiden kokonaisuutta. Lainvalmistelussa ilmaistut kannanotot voimassaolevasta oikeudesta (esimerkiksi sopimusoikeuden normien asemasta ja sisällöstä) eivät oikeussääntöjen kannalta ole lakia tai KKO:n ratkaisuja vahvemmassa oikeuslähdeopillisessa asemassa. Sen sijaan lainvalmistelu jo lain säätämiseen liittyvän työnjaon mukaisena toimintana sisältää enemmän taustapohdintaa oikeusperiaatteista kuin lakiteksti tai KKO:n prejudikaatit ja siten potentiaalisesti eniten sisällöllisiä nä-

³² Ks. *Lappalainen*, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa s. 499—505, vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:ään perustuvan vaatimuksen kannalta. Ks. myös *J. Halila*, Sopimusten sovittelun prosessuaalisesta merkityksestä. Ks. erityisesti tuomion oikeusvoiman kannalta *Turun HO 15.2.1985 T: 1117 S 1984/45*: ”Oikeuden päätös siitä, että velkakirjaan perustuva velkasuhde oli olemassa, ei estänyt oikeutta uudessa oikeudenkäynnissä tutkimasta velkakirjan ehdon kohtuullisuutta. Kun velaksiannon aikana vallinneet olosuhteet olivat myöhemmin muuttuneet ja velkakirjan ehto oli sen johdosta käynyt kohtuuttomaksi, tuota ehtoa soviteltiin.”

³³ Samoin *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory* s. 154—155.

kökohtia.³⁴ Lainvalmisteluaineiston taustana ovat oikeuskulttuurissamme vaikiintuneet tavat käyttää oikeusperiaatteita. Tuollaisia tapoja pelkistettäessä on seuraavassa käytetty hyväksi myös oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kannanottoja.

Lainvalmistelussa korostettiin monessa yhteydessä OikTL 36 §:n säätämiseen johtaneen valmistelun pohjoismaisuutta. Virallisaineistossa pohjoismaisuus liitettiin toteutuneisiin tai valmisteilla oleviin muiden pohjoismaiden sopimuslakien sovittelusäännöksiin.³⁵ OikTL 36 §:n tapauksessa pohjoismaisuus konkretisoituu Jan Hellnerin laatimaan ruotsalaiseen mietintöön SOU 1974:83. Juuri tuo ruotsalainen valmisteluasiakirja on systemaattinen tiivistelmä pohjoismaisista näkökohdista.³⁶ Sen vuoksi myöhemmässä tarkastelussa käytetään perusteluna myös kannanottoja, joita tuossa mietinnössä esitetään sopimusoikeyden ja moraalien suhteesta.³⁷

Wilhelmsson, joka oli mukana Suomen lainvalmistelussa, kirjoittaa Ruotsin mietinnön merkityksestä juuri Suomen kannalta. Hänen mukaansa myöhempää valmisteluaineistoa voidaan toisinaan tulkita toisessa pohjoismaassa aikaisemmin julkaistun aineiston valossa: ”Detsamma gäller ... de finska förarbetena till generalklausulen i 36 § AvtL. En djupare förståelse av åtminstone vissa av de ställningstaganden som görs här förutsätter att de läses mot bakgrunden av det svenska betänkandet Generalklausul i förmögenhetsrätten, som utgjorde en central källa för beredningsarbetet.” Tanskan osalta Jørgensen toteaa saaneensa Ruotsin mietinnön materiaalin käyttöönsä jo ennen sen julkaisemista. Madsen

³⁴ Ks. myös *Tuori*, Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta II s. 674, jossa valtiosääntöperiaatteita selvitetäessä todetaan lakitekstien riittämättömyyden takia seuraavaksi luontevaksi askeleeksi ”perehtyminen valtiosääntölakien valmistelutöihin, toteutuneita valtiosääntövaatimuksia esittäneiden ja tukeneiden poliittisten voimien kannanottoihin sekä valtiosäännön muotoutumiseen vaikuttaneiden ja sitä myöhemmin kommentoineiden ja tulkinneiden tutkijoiden käsityksiin”.

³⁵ Esim. HE 247/81 s. 6—8. Ruotsi, Norja ja Tanska mainittiin, sen sijaan Islantia ei. Ks. myös *Sevón*, Muistio 26.9.1981 s. 2, jossa Sevón perustelee sanamuodon ”ilmeisen kohtuuton” soveltumattomuutta mm. sillä, että silloin Suomen säännös poikkeaisi ”Ruotsin ja Tanskan laeista sekä Norjan lakiehdotuksesta”. Ks. edelleen SOU 1974:83 s. 29, jossa viitataan siihen, että valmistelussa tietoisesti oltiin yhteistyössä muiden pohjoismaiden kanssa: ”man har från de övriga nordiska länderna sida förklarar sig beredd att delta i ett utredningsarbete rörande de här aktualiserade problem”.

³⁶ *Bernitzin*, Småföretagarskydd s. 108, mukaan myös Ruotsin lakiehdotus (prop 1975/76:81) seurasi useimmissa kohdin komiteamietintöä.

³⁷ Ks. SOU 1974:83 s. 126—131. Mietinnön kannanotot pantiin merkille suomalaisessa valmisteluaineistossa, ks. *Kämäräinen*, Ehdotus yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi s. 3—4, jossa teksti vastaa sisällöltään Ruotsin mietintöä ja erit. s. 10—12. Ks. myös *André*, Marknadsföringsansvar s. 78—81.

puolestaan kirjoittaa SOU 1974:83:sta tärkeänä virikelähteenä ja mainitsee, ilmeisesti osaksi Jørgensenin esittämään perustuen, että mietintöä käytettiin täysimääräisesti hyväksi Tanskan lainvalmistelussa vaikka se ilmestyi vasta muutama kuukausi tanskalaisen ehdotuksen valmistumisen jälkeen.³⁸

Kysymys siitä, *valmistellaanko* jokin säännös yhteispohjoismaisesti, on toinen kuin kysymys siitä, *sovelletaanko* jotain säännöstä samalla tavoin eri pohjoismaissa. Ei ole luotettavaa tutkimustietoa siitä, suhtautuvatko esimerkiksi ruotsalaiset tuomarit ja suomalaiset tuomarit samalla tavoin lain esitöihin. Wilhelmsson pitääkin selvänä, että tuomari-ideologia on erilainen eri pohjoismaissa ja tästä syystä sopimuslakien 36 §:n yleislausekkeen käytännön merkitys on erilainen eri pohjoismaissa. Wilhelmssonkaan ei perusta käsitystään tutkimustiedolle, vaan ennemminkin sormenpääntumaan.³⁹

Jokaista neljää periaatetta, kohtuusperiaatetta, sopimusvapautta, vaihdannan intressiä ja heikomman hyvittämistä, koskevan tarkastelun rakenne on sama. Ensin esitetään periaatteen justifikaatio. Tämä tarkoittaa periaatteen yhteiskunnallisen taustan erittelemistä, periaatteen yhteyttä joihinkin yhteiskunnan perusarvoihin ja perustavoitteisiin. Sen jälkeen selvitetään, millä tavoin periaatteen ongelmanratkaisukykyä on kehitelty ja voitaisiin kehitellä. Tämä tarkoittaa kuhunkin periaatteeseen liittyvien tyypillisten tunnusmerkistöjen esittelemistä. Erittelyjen taustana ovat III luvussa eri sopimusmalleista saavutetut tulokset.

2.1. Periaatekohtainen tarkastelu

Periaatekohtaisessa tarkastelussa selvitetään periaatteiden alustavan sisällön ohella muiden periaatteiden suhdetta kohtuusperiaatteeseen. Esityksen perustana on III luvun jakson 4.2. analyysi. Sen pohjalta lainvalmisteluaineistosta etsitään argumentteja, jotka liittyisivät kohtuusperiaatteen ja muiden periaatteiden välisiin suhteisiin ja erityisesti siihen kysymykseen, onko sopimussito-

³⁸ Ks. *Wilhelmsson*, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s. 194—195. Ks. myös *Jørgensen*, Er der behov for en generalklausul i formueretten? s. 11 ja *Madsen*, Om samspillet mellem aftalelovens § 36 og markedsføringslovens regler s. 118 sekä *sama*, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 173. Tanskan valmistelusta yleisesti ks. *Jørgensen*, Er der behov for en generalklausul i formueretten? s. 9—18 ja *Madsen*, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 171—173.

³⁹ Vakiosopimus s. 73. Ks. myös *Wilhelmsson*, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran s. 193. OikTL 33 §:ää vastaavien säännösten osalta ks. eroista *Hellner*, Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling s. 92—96.

vuoden syväjustifikaatiossa siirrytty kohti *tasapainon* keskeisyyttä. Ellei eri periaatteiden justifikaatioita ole sellaisenaan vertailtu, eri justifikaatiomahdollisuuksien suhteisiin joudutaan kuitenkin välillisesti ottamaan kantaa silloin, kun on ratkaistava ongelmanratkaisukykyyn liittyvien kriteerien (dogmien) törmäys; esimerkiksi saako kohtuuttomuuteen vedota myös osapuoli, joka oli siitä tietoinen sopimusta solmittaessa. Jos ratkaisulinja kuvatunkaltaisissa tilanteissa on tasapainoa (kohtuusperiaatetta) korostava, se puoltaa kohtuusperiaatteen *prima facie* -asemaa sovittelussa.

2.1.1. Kohtuusperiaate

Kohtuusperiaatteen *justifikaatio* on oikeudenmukaisuus. Justifikaatiota täsmennettäessä pitää muistaa edellä viittaamani tarve erotella oikeudenmukaisuuden lajit; ero sääntely- ja sovittelukohtuuteen konkretisoituu tässä. Sovittelussa on keskeisimmin kysymys korjaavasta oikeudenmukaisuudesta, joka täsmentyy pyrkimykseksi korjata sopimussuhteissa järkkynyt tasapaino (sovittelukohtuus). Sovittelukohtuudessahan kohtuusperiaatetta käytetään suoraan kun taas sääntelykohtuus toteutuu oikeussääntöjen välittämänä. Sääntelykohtuus toteutuu sopimusten sitovuuskontrollina eikä sovitteluna. Vaikka kohtuusperiaatetta toteutetaan kahta tietä, taustalla vaikuttaa sama periaate, kuten edellä (s. 185—188) on perusteltu. Sen vuoksi täsmennettäessä kohtuusperiaatetta sovitteluperiaatteena käytetään paljonkin aineistoa, jossa on kysymys kohtuusperiaatteen ilmenemisestä sääntelykohtuutena. Sopimusoikeudessa kohtuus tarkoittaa molemmissa merkityksissään sopimustasapainoa, joka siis on sääntely- ja sovittelukohtuutta yhdistävä lähtökohta.⁴⁰ Tasapaino on perustaltaan aristotelinen ideaali, ja silloin kun sopimusoikeus on korjaavan oikeudenmukaisuuden yksi muoto, sen tavoitteena on oikeudenmukainen hinta, *iustum pretium*.⁴¹

⁴⁰ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 119 korostaa, että oikeusjärjestyksen ristiriitaisuuden vuoksi ”ei pidä odottaa, että voitaisiin löytää jokin yhtenäinen kohtuuskäsite, joka olisi Suomen sopimusoikeuden kehityksen taustalla”. Tässä teoksessa on kuitenkin perusteltu ajatusta, että tuollainen yhdistävä tekijä on sopimustasapaino, ja erot — ristiriitaiset normit — ovat monesti erilaisia tapoja tarkemmin määritellä tuo tasapaino. — Tasapaino on harkinnan lähtökohta myös kuluttajasuhteiden ns. kollektiivisessa sääntelyssä, esim. kuluttajansuojalain 3 luvun 1 §:ssä. Ks. siitä *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 111—114. Erona sovitteluun on ainakin se, ettei tasapainottomuus sanotussa säännöksessä ole välttämätön ehto (esim. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 113: jos ehto on muotoiltu harhaanjohtavasti tai se on epäselvä) ja että tasapainottomuutta harkitaan koko kuluttajakunnan kannalta.

⁴¹ *Aristoteles*, Nikomakoksen etiikka s. 78—81 ja juridisemmin yleisesti esim. *Jørgensen*, Vertrag und Recht s. 124—125. Tasapainon ideaalin historiasta sopimusoikeudessa ja

Kohtuusperiaatteelle lainvalmistelussa annettu *ongelmanratkaisusisältö* selviää helpoimmin erittelemällä — SOU 1974:83:n tapaan — sellaisia asiaintiloja, jotka eivät ole materiaalisen oikeusturvan mukaisia sopimusoikeudessa. Siellä esitetyn mukaan ei ole oikein, ei ole oikeudenmukaista, että vahvempi osapuoli *sopimusehdoin* alistaa toisen ylivaltansa tai mielivaltansa alle. Ei myöskään ole oikein, että sopimussuhteen toinen osapuoli saa ennakoimattomien tapahtumien tuottamia *odottamattomia etuja* ja toinen osapuoli yhtä odottamattomia tappioita. Moraalinen, arvopitoinen argumentti liittyy siten toisaalta *syntyolosuhteiden epätasaisuuden hyväksikäyttöön* ja toisaalta sopimuksen *suoritusten vaihdon* (ennakoimattomaan) *epätasapainoon*.⁴²

Tältä osin valmistelua leimaa osaksi kasuistisuus, joka tekee kriittiseen sopimusmoraaliin johtavien johtopäätösten tekemisen vaikeaksi. Lainvalmisteluaineistossa ovat havainnollisimpia tässä suhteessa pohdinnat siitä, milloin jokin sopimuksen *ehtotyyppi* on kohtuuton. Hallituksen esityksessä näitä luettiin seuraavia:

”— Ehto, jonka mukaan tarjous sitoo ostajaa rajoittamattoman ajan, myyjän saadessa vapaasti päättää hyväksyykö hän tarjouksen;

— Ehto, joka antaa toiselle osapuolelle yksinään oikeuden ratkaista, onko jotain tapahtumaa pidettävä hinnankorotuksen perusteena;

— Ehto, jonka mukaan myyjä saa yksin ratkaista, onko jotain tavarassa ilmennyttä puutetta pidettävä oikeudellisesti tavaravirheenä;

— Ehto, jonka mukaan luotonantaja saa yksin arvioida, onko velan vakuus edelleen riittävä tai onko luotonsaajan annettava lisää vakuuksia; tässä tapauksessa tuomioistuimen on voitava tutkia, onko lisävakuut-ta koskevalle vaatimukselle hyväksyttäviä perusteita.”⁴³

Näissä ehtotyypeissä jokin sopimuksen käytön tai täytäntöönpanon elementti on jäänyt *yksin toisen sopimuspuolen* harkittavaksi. Vaikka sopimus hyödykkeiden vaihdon, siis myös vastikkeen, osalta olisikin kohtuullinen, tuollai-

sen merkityksestä myös poliittisen teorian kannalta ks. *Ewald*, Social Law s. 61—71. Hän pitää tasapainon (balance) käsitettä keskeisenä uuden sosiaalisen siviilioikeuden logiikan ja siten sosiaalisen oikeuden rationaliteetin ymmärtämiselle. Ks. myös *Atiyah*, Promises, Morals and Law s. 21 ja 215.

⁴² SOU 1974:83 s. 127.

⁴³ HE 247/81 s. 14 ja *Kämäräinen*, Ehdotus yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi s. 22—23. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 62, viittaa lisäksi ehtoon, jonka mukaan elinkeinonharjoittaja itse tai tämän edustaja ei voi poiketa vakioehdoista suullisin lausumin ostajan eduksi. Ks. myös KKO 1983 II 91, jossa todettiin törkeästäkin tuottamuksesta vapauttavan vastuuvapausehdon olevan tyypiltään kohtuuton. Vrt. siihen, mitä HE 8/77 s. 36, kirjoitettiin kuluttajansuojalain 3 luvun 1 §:ssä tarkoitetulla tavalla tyypiltään kohtuuttomista ehdoista.

sia ehtoja on silti pidettävä tyypiltään kohtuuttomina ja siten tehottomina, koska ne antavat toiselle osapuolelle laajan potentiaalisen valta-aseman sopimuksen voimassaoloaikana. Kuten Wilhelmsson kirjoittaa, hyväksytään tietty määrä yksipuolistakin vallankäyttöä sopimuksia tehtäessä — sopimuksiin tiivistyy yhteiskunnan jäsenten (hyväksytysti) eriarvoinen asema. Sopimus on legitiimi yhteiskunnallisen hyvän jakokeino, sosiaalisen distribuution muoto. Sen sijaan sopimuksen voimassaoloaikana asenne on tiukempi. Sopimussuhteeseen liitetty vaatimus *sopimuksen mukaisesta* tasavertaisuudesta, sopimustasapainosta.⁴⁴

Sopimustasapainoa on täsmennettävä kolmessa suhteessa. Jo kuvattu lainvalmisteluaineisto paljastaa *ensinnäkin* sen seikan, että sopimustasapainoa ei ole ymmärretty suppeasti suorituksen ja vastasuorituksen suhteeksi, vaan osapuolen suoritus on käsitettävä laajemmin hänellä sopimuksen perusteella olevaksi oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuudeksi. Näin ajatellen esimerkiksi vastapuolen laaja päätösvalta keskeisissä asioissa on samalla osapuolen velvollisuus alistua tähän. Tuollainen velvollisuus alentaa osapuolella olevien oikeuksien arvoa.

Toiseksi sopimustasapaino voidaan ymmärtää myös toisella tavalla ja suppeammin kuin edellä on esitetty. Tällöin sopimustasapaino olisi aina vasta tietyn sopimuksen määrittelemä arvosuhde. Sopimustasapaino olisi aina se suhde, johon sopimuksentekijät (alunperin) päätyivät. Tasapainolle ei sen sijaan olisi objektiivista, arvioitavasta sopimuksesta riippumatonta mitta.⁴⁵ Ero yläomaksuttuun käsitteistöön näkyy havainnollisesti siinä, voidaanko muuttuneiden olosuhteiden vaikutusta arvioitaessa ottaa huomioon myös se, että sopimus oli jo alunperin epätasapainoinen. Jos sopimustasapaino määrittyy vasta sopimuksen tekemisellä ja juuri sillä, ei väitteellä alkuperäisestä epätasapainosta ole mitään sopimusoikeudellista merkitystä. Tässä teoksessa on omaksuttu objektiivinen ajattelutapa, jolloin sopimustasapainoa voidaan — ja pitää — arvioida sopimuksesta riippumattomin kriteerein. Perimmältään tässä on kysymys siitä, onko oikeudenmukaisuus intersubjektiivista, yksilöiden pää-

⁴⁴ Ks. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 120.

⁴⁵ Oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden täsmentää suoritusten alkuperäiseksi tasapainoksi esimerkiksi Aurejärvi esitellessään valorismia eli rahan arvon muutosten huomioonottamista puoltavia argumentteja. *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 27. Myös *Taxell*, *Avtal och rättsskydd* s. 87—88, määrittelee sopimustasapainon (avtalsbalans) sopimuksen nojalla syntyneeksi arvosuhteeksi. Sopimustasapainon arvioiminen sopimuksesta riippumatta, tässä mielessä objektiivisesti, ei ole Taxellin mukaan merkityksellistä sopimustasapainolle.

tökseen perustuvasta arvosuhteesta riippumatonta.⁴⁶ Intersubjektiivisuus ei kuitenkaan merkitse mittapuun täydellistä irrottamista yksittäistapauksesta, sillä esimerkiksi yleinen hintataso tai markkinahinta muodostuu (vähäiseltä) osaltaan myös arvioinnin kohteena olevasta sopimuksesta. Tällainen siirtyä merkitsee sitä, että sopimusten sääntely, muun muassa sovittelumahdollisuus, on läheisemmässä yhteydessä yhteiskuntapolitiikkaan.⁴⁷

Lopulta (*kolmanneksi*) on vielä erotettava absoluuttinen ja relatiivinen tasapaino. Edellinen edellyttää, että tiedetään kaikkien hyödykkeiden ja kaikkien oikeussuhteiden kannalta täysin tasapainoinen tila tai menetelmä sen laskemiseksi. Relatiivinen tasapaino liittyy korjaavaan oikeudenmukaisuuteen ja silloin edellytetään tiedetyksi oikea taso kulloisissakin olosuhteissa tai kussakin sopimustyyppissä.

Esimerkkinä erosta olkoon käytettyjen autojen hintataso. Sen kannalta voimme sanoa jonkin yksittäisen auton hinnan olleen relatiivisesti kohtuuton, jos se poikkei yleisestä hintatasosta ilman perusteltua syytä. Toisaalta voimme väittää, että suhteessa muihin hyödykkeisiin, esimerkiksi elintarvikkeiden hintaan, käytetyistä autoista maksetaan liian paljon tai liian vähän. Tällöin vertailemme eri hyödykeryhmien hintatasoja ja tarvitsemme absoluuttisen mitan.

Sopimusten sovittelu ei ole keino absoluuttisen kohtuuden kantoihin perustuvan yhteiskuntapolitiikan toteuttamiseen. Vertailu rajoittuu sopimustyyppien sisäiseksi vertailuksi tietyn relatiivisen tason suhteen.

Tasapainon juridinen täsmentäminen havainnollistaa yhteisöllisen käytännön mallin soveltamista. Tuossa sopimusmallissahan edellytetään sopimustyyppiltä keskimääräistä tasapainoa, jotta vastaavat sopimukset sitoisivat. Tuo keskimääräinen tasapaino on juuri se objektiivinen mutta samalla relatiivinen mitta, jolla yksittäisiä sopimuksia voidaan arvioida. Tasapaino ei jää sopimuskoh- taiseksi tai vain sopimuspuolten käsityksiin perustuvaksi mittapuuksi, mutta ei tarkoita myöskään etukäteen määriteltä tasoa eri sopimustyyppien välisissä suhteissa.⁴⁸

Konkreettisimmalla ongelmanratkaisun tasolla sopimustasapainon käyttö edellyttää vertailumittaa, johon kunkin sopimuksen asettamia velvoitteita verrataan. Käyttökelpoinen ja perusteltu vertailumitta on keskeisin kohtuusperiaatteen käytännön ongelmista.⁴⁹ Tavallisesti vertailumittapuuta on esitetty

⁴⁶ Ks. *Collins*, The Law of Contract s. 146—149 ja *Atiyah*, Essays on Contract s. 347—348.

⁴⁷ Ks. myös *Dalton*, An Essay in the Deconstruction of the Contract Doctrine s. 1002.

⁴⁸ Ks. myös jäljempänä s. 286—291.

⁴⁹ Ks. eri aloilta esim. työsuhdekeksinnöstä *Bruun*, Uppfinnarrätt i anställningsförhål-

haettavaksi dispositiivisesta oikeudesta ja monesti myös läheisen alan pakottavasta oikeudesta.⁵⁰ Lisäksi voidaan verrata myös muuhun käytäntöön samalla tai läheisellä alalla.⁵¹

2.1.2. Sopimusvapaus

Sopimusvapauden *justifikaationa* on vapaus, sen perustavanlaatuisuus länsimaisten yhteiskuntien perusarvona. Sopimusvapaudella voidaan myös nähdä olevan välillistä merkitystä markkinoiden tehokkuuden yhtenä perustana. Jos tämä jälkimmäinen *justifikaatiotapa* kohotetaan ainoaksi tai tärkeimmäksi tavaksi perustella sopimusvapaus, sopimusvapauden sisältö määrittyy sen tehokkuudesta keinona tuon päämäärän edistämiseen.⁵² Tässä teoksessa on korostettu, että vapaus on sopimusvapauden taustana itsenäinen ja sopimusvapautta pidetään vastaavasti arvoperiaatteena eikä tavoiteperiaatteena.⁵³

Yleislausekkeen säätämisen tavoitteita ajatellen on kuitenkin yllättävää, ettei valmisteluaineistoon sisälly selventävää keskustelua oikeudenmukaisuuden (koh-
tuuden sopimus-oikeudessa) eli hankkeen perusarvon ”vasta-arvosta”, vapau-
desta (sopimusvapaudesta). Esimerkiksi mietinnössä SOU 1974:83 referoidaan

lande s. 202, huoneenvuokrasta *Saarnilehto*, Huoneenvuokran sääntelystä s. 172—182, vakuutus-sopimuksista *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 334—369. Ks. myös *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 220—223, samantapaisista ongelmista verrattaessa simulaattoriatkaisua varten simulaatiohintaa luovutusobjektin ”oikeaan” arvoon. Muina aloina, joissa oikea hinta myös on keskeisenä ongelmana, mainitsee *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 349, deliktuaalisen vahingonkorvauksen ja edunpalautuksen.

⁵⁰ Ks. tästä yleisesti HE 247/81 s. 13—14 ja SOU 1974:83 s. 135—136, joissa asiaa tarkastellaan analogian kannalta. Analogian käytön tärkein kontrolli on se, että selvitetään, soveltuvatko ao. lainsäädännön perusteet ratkaistavaan tapaukseen. SOU 1974:83 s. 136 huomautetaan, että jos lainsäädännöllä on pyritty suojaamaan tärkeitä henkilökohtaisia tarpeita (työpaikka, asunto), ei analogia puhtaasti taloudellisiin intresseihin ole välttämättä perusteltu.

⁵¹ *Huser*, *Avtalesensur* s. 112—114, korostaa sitä, ettei dispositiiviselle oikeudelle saa antaa liian tärkeää merkitystä. Jos näin tehdään, siitä tulee tosiasiaa pakottavaa. *Wilhelmssonkin*, *Vakiosopimus* s. 90—91, huomauttaa, että dispositiivista sääntelyä käytetään eri tarkoituksiin. Ks. vielä NJA 1983 s. 332, jossa on annettu merkitystä alalla muutoin vallitsevalle käytännölle. Ks. myös mitä aiemmin s. 53 viite 128 kirjoitettiin ns. puolipakottavasta dispositiivisesta oikeudesta.

⁵² *Nialin*, *Från individualism till kollektivism* s. 201, mukaan sopimusvapauden periaate — tulkittuna keinoksi taloudelliseen ja sosiaaliseen edistykseen — ei ole voimassa kriisiaikoina (”då de normala förutsättningarna för avtalsfrihetens ekonomiska och sociala funktion icke föreligger”). Siten esim. sodan aikaansaaman tavaranniukkouden vuoksi tehty hintasäännöstely ei loukkaisi sopimusvapautta.

⁵³ Ks. erottelusta edellä s. 54—55 ja ns. reduktionistisesta asenteesta s. 182—184.

erään aikaisemman säädöksen valmistelussa esitettyä huomautusta, jonka mukaan⁵⁴:

”Vår förmögenhetsrätt vilar i stor utsträckning på lagar som kom till under 1900-talets första decennier. Dessa bärs upp av en liberalistisk grundsyn på det ekonomiska livet. I konsekvens härmed gäller på förmögenhetsrättens område grundsatsen om avtalsfriheten”.

Tuollaista yleisluonnehdinnaksi tarkoitettua lausumaa on turha arvostella yksityiskohtaisesti. Luonnehdinnan historiallisen osuvuuden selvittämistä tärkeämpää on kuitenkin sen pohtiminen, *missä mielessä liberalistisen kehityksen tuloksena syntyneet ajattelutavat ovat relevantteja vielä nykyisin*. En tarkoita vain sopimusvapauden (normatiivisia) rajoituksia, joita lienee aina sisältynyt oikeusnormistoon.⁵⁵ Tarkoitan sitä positiivista (positiivisesti määriteltyä) sisältöä, joka vapausarvolla nykyisin on. Eihän liberalismikaan nykyisin merkitse 1700-luvulla alkaneen ajatussuunnan orjallista seuraamista vaan soveltamista nykyisiin olosuhteisiin.⁵⁶ Esitetystä mielipiteestä viitataan siihen, että varallisuus oikeuden kehikon luovat lait kantavat muassaan liberalistisia käsityksiä taloudesta. Laeilla ei kuitenkaan voida jähmettää yhteiskuntaa. Lain säännökset toimivat aina kulloisessakin yhteiskunnassa eivätkä menneisyydessä. Kysymys on perinteisesti muotoiltu ongelmaksi lainsäätäjän hypoteettisesta (ei siis enää historiallisesta) tarkoituksesta tai lain ratiosta.⁵⁷ Tässä asiayhteydessä tuo hypoteettinen tarkoitus merkitsisi erittelyä siitä, minkä sisältöisenä vapausarvolla on nykyisin merkitystä sopimussysteemissä, erityisesti suhteessa muihin perusarvoihin. Kysymys näkyy sopimusmallin tasolla *oikeusperiaatteiden käsitteellisten suhteiden* erittelynä. Sen taustaksi on pyrittävä pelkistämään oikeuskulttuurin mukainen sisällöllinen näkemys (normatiivinen oppi). Juuri tuol-

⁵⁴ SOU 1974:83 s. 25.

⁵⁵ Ks. esim. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 14—15. Wilhelmsson on monissa yhteyksissä pitänyt tärkeänä erottelua normatiiviseen ja tosiasialliseen sopimusvapauteen, jolloin myös osa erisuuntaisista mielipiteistä selittyy erilaisiksi näkökulmiksi: toinen keskustelijoista on pitänyt silmällä normatiivista, normiston mukaista, toinen tosiasiallista, todellisuudessa vallitsevaa sopimusvapautta. Ks. *sama*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 4—5 ja *sama*, Vakiosopimus s. 26. Ks. myös *Muukkonen*, Sopimusvapauden käsitteestä s. 609—610.

⁵⁶ Ks. esim. keskustelua siitä, tulisiko yhteiskunnallinen tasavertaistaminen tehdä (osaksi) sopimusinstituutin vaiko (kokonaan) verotuksen kautta. Ks. modernin liberalismikeskustelun tärkeistä puheenvuoroista esim. *Fishkin*, Beyond Subjective Morality 4 lukua ja siinä viitattua. Samoin esim. *Klami*, Om reglering av avtal s. 205—211, erottaa liberalismiin kaksi eri tyyppiä toisistaan sopimus oikeudellisilta seuraamuksiltaan. Ks. vielä *Fried*, Contract as Promise s. 105—108.

⁵⁷ Ks. esim. *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 125—126.

laisen opin hakemista on ollut III ja IV lukujen erittely siirtymästä pois päin atomistis-individualistisesta ihmiskäsityksestä kohti ideaalia ihmisyksilöstä yhteisön jäsenenä.

Ongelmanratkaisukyvyllään vapaus täsmentyy sopimusvapaudeksi. Sopimusvapauden määritelmiä on kirjallisuudessamme varsin runsaasti.⁵⁸ Tässä työssä ongelmana on se, miten tuollaisia määritelmiä tulisi lukea silloin, kun sopimusvapaus ymmärretään juridisia ongelmia ratkovaksi oikeusperiaatteeksi ja tarkemmin optimointikäskyksi. Optimointikäskynä sopimusvapaus merkitsee esimerkiksi sisältövapauteen sovellettuna sitä, että on pidettävä mahdollisimman pitkälle yllä sidonnaisuutta, joka perustuu osapuolten vapaasti määrittämiin keskinäisiin oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Muiden tunnusmerkkien, päättämismvapauden, sopimuskumppanin valintavapauden, muotovapauden ja purkuvapauden suhteen voidaan tehdä samantapainen muunnos. Sopimusvapauden periaate soveltuu näin ajatellen aina silloin kun sopimusriidassa on kysymys osapuolten vapaasti määrittämän sopimusehdon sitovuudesta.

Ongelmanratkaisukyvyn tarkentamista varten tarvitaan myös toisenlaista tapaa sopimusvapauden jäsentämiseksi kuin erottelu päätäntä-, sopimuskumppanin valinta-, sisältö-, muoto- ja purkamismvapauteen. Hyödyllisen tarkastelun on esittänyt *Heikki Karapuu*.⁵⁹ Hän on perusoikeuksien selvittämistä varten erotellut vapauden viisi eri merkitystä. *Oikeudellisen vapauden* hän määrittelee teosta pidättymisen velvollisuuden puuttumiseksi, ”no duty not”. *Negatiivinen vapaus* merkitsee, ettei teolle ole ulkoisia esteitä, oikeudellisia tai muista henkilöistä muutoin johtuvia. *Faktinen vapaus* puolestaan merkitsee, että toimijalla on todellinen mahdollisuus toimia haluamallaan tavalla.⁶⁰ *Kollektiivinen vapaus* liittyy valtiolliseen päätöksentekoon ja merkitsee sen demokraattisuutta. Kollektiivisen vapauden sisältönä on siten kansalaisten mahdollisuus osallistua valtiollisen tahdon muodostukseen. *Kvalifioitu vapaus* viimein tarkoittaa arvokäsityksiin sidottua vapausnäkemystä. Toimijan tekojen sopu-sointu arvojen kanssa katsotaan toimijan vapauden käsitteelliseksi rajoiksi.⁶¹

⁵⁸ Ks. niistä *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 3—13 ja siinä viitattua.

⁵⁹ Perusasioita perusoikeuksista. Ks. myös *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 194—210 viitteineen.

⁶⁰ Ks. tästä erosta jo esim. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft s. 439—440.

⁶¹ Juuri jonkinlainen kvalifioitu käsitys sopimusvapaudesta tekee mahdolliseksi väittää johdonmukaisesti, ettei sopimusvapaus oikeuta sopimaan vapaasti sopimusvapauden rajoituksista. *J.S. Mill*, Vapaudesta s. 106, muotoili tuon ajatuksen yksinkertaisesti siten, ettei vapauteen sisälly mahdollisuutta luopua siitä (täysin). Hänen perusteli väitettään viittaamalla vapauden tarkoitukseen: orjuuttamalla itsensä ihminen ”tekee tyhjäksi juuri sen tarkoituksen, joka oikeuttaa antamaan hänen määrätä itsestään”. *ibid*. Tällä tavalla nähdään,

Tavallinen tapa sopimusoikeuden kirjallisuudessa on käyttää sopimusvapautta merkitsemään *kvalifioimatonta negatiivista vapautta*. Sopimusvapaus liitetään siihen, ettei ole yksilöiden päätösvaltaa estäviä oikeudellisia rajoituksia ja etteivät muut yksilöt estä vapautta toteutumasta. OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteet havainnollistavat tällaista suhtautumista. Tässä teoksessa katsotaan välttämättömäksi omaksua jokin kvalifioitu sopimusvapauden käsite⁶², ja edellä III ja IV luvuissa esitettyä on luettava juuri sillä tavoin. Hyvinvointivaltiossa keskeistä on jokaisen kansalaisen perustavan toimintavapauden turvaaminen. Siten esimerkiksi työsuhteen ja asuinhuoneiston vuokrasuhteen irtisanomisen sääntelyä ei tarvitse pitää työnantajien ja vuokranantajien sopimusvapauden rajoittamisena. Yksinomaan toisen osapuolen tahdon varassa oleva irtisanomisoikeus ei ole sopimusvapauden mukaista.

Sopimusvapauden täsmentäminen edellä esitetyllä tavalla merkitsee sitä, ettei tavanomainen normatiivisen (oikeudellisen) ja tosiasiallisen sopimusvapauden ero olekaan sellaisenaan pätevä. Oikeusperiaatteeksi ymmärretyn, kvalifioidun sopimusvapauden kannalta tuon vapauden tosiasialliset rajoitukset merkitsevät periaatteen tunnusmerkistön puuttumista tai ainakin sen saaman painoarvon alenemista. Hämäävää on samojen termien ”normatiivinen” ja ”tosiasiallinen” käyttö. Käsitysten keskeinen ero on siinä, miten hahmotetaan tilanne, jossa tosiasiallista sopimusvapautta ei ole. Esimerkiksi Muukkoson mielestä normatiivisen sopimusvapauden olemassaolo harkitaan siitä riippumatta, onko osapuolella ollut tosiasiallista sopimusvapautta. Tuon lähtökohdan seurauksena on, että normatiivinen sopimusvapaus voisi puoltaa sellaisenkin sopimuksen sitovuutta, jonka toisella osapuolella ei ole lainkaan ollut tosiasiallista sopimusvapautta.⁶³ Tässä teoksessa on omaksuttu toinen kanta. Sen mukaan kuvatussa tilanteessa sopimuksen sitovuutta voitaisiin kyllä — tosiasiallisen vapauden puuttuessa — puoltaa esimerkiksi vaihdannan intressillä ja kohtuusperiaatteella mutta ei sopimusvapaudella. Jos osapuolella ei ole lainkaan tosiasiallista sopimusvapautta, sopimusvapauden oikeusperiaatteen tunnusmerkistö jää täyttymättä. Tässä suhteessa ero esimerkiksi OikTL:ssä säänneltyihin törkeän tai lievän pakon tilanteisiin on sopimusvapauden kannalta vain aste- eikä laatuero.

miten vapauden ja kohtuuden periaateympyrät leikkaavat toisensa, koska vapauden ja kohtuuden normatiiviset ideat, intensiot, ovat osaksi yhteneviä.

⁶² *Karapuu*, Perusasioita perusoikeuksista s. 83, huomauttaa, että täsmennettäessä vapautta perusoikeutena ei ole tyydytty vain kvalifioimattomaan negatiiviseen vapauteen, vaan suojatun vapauden käytölle on pyritty asettamaan sisällöllisiä vaatimuksia.

⁶³ *Muukkonen*, Sopimusvapauden käsitteestä s. 611—612: tyyppisopimusten ja voimaepätasapainon kannalta vallitsee ”oikeudellinen sisältövapaus, mutta ei tosiasiallinen”.

Erityisesti sovitteluharkinnassa tärkeää on se, että sopimusvapaus tai sen puute voi olla eriasteista.⁶⁴ Normatiiviset, muista normeista johtuvat sopimusvapauden rajoitukset eivät sen sijaan vaikuta lainkaan periaatteen sisältöön⁶⁵; ellei sitten oikeudellisen sopimusvapauden rajoitusten syynä oleva tosiasiallisuus (faktisiteetti) merkitse muutosta sopimusvapauden tosiasiallisena rajoituksena. Normatiiviset rajoitukset, oikeusjärjestyksen esimerkiksi heikomman osapuolen suojaamiseksi asettamat rajat, rajoittavat sopimusvapauden tehokkuutta ja näin ymmärrettyä *pätevyysalaa*, eivät (suoraan) sisältöä.

Heikomman suojelun tarkoitus voidaan kuitenkin myös tulkita vapauden kvalifioinniksi, sen käsitesisällön rajoittamiseksi: vapauden (aitoon) käyttöön ei sisälly hyötyminen heikomman heikommuuden takia. Sen vuoksi sopimusvapaus ei puoltaisi tuonsisältöisen sopimuksen ylläpitoa. Näin ajatellen sopimusvapaus ja kohtuus eivät ole toisilleen täysin vastakkaisia ideaaleja. Sopimusvapauden ja kohtuuden taustalla oleva vapauskäsitteen yhteinen osa paljastuu rinnastamalla epätasapainoinen sopimus vapaaehtoiseen orjuusvälipuheeseen. Yksi syy — joskaan ei tärkein — pitää orjuutta vapauden kannalta moraalisesti tuomittavana (mahdottomana) on sen peruuttamattomuus. Peruuttamattomuuden riskit realisoituvat olosuhteiden muututtua: jos orjaksi vapaaehtoisesti alistunut henkilö myöhemmin *ei enää* haluakaan olla orjana, hän ei voi muuttaa omaa statustaan. Jos hän taas voi vapaasti tehdä muutoksen, hän ei ole orja. Kaikki tulevaisuuteen velvoittavat sopimukset rajoittavat kuitenkin valinnanvapautta. Ero tavallisen ja orjuussopimuksen välillä on vain aste-, ei laatuero.⁶⁶ Tietyn epätasapainon jälkeen (kvalifioitu) sopimusvapaus ja kohtuus ovat siten *samansuuntaisia*, molemmat edellyttävät ratkaisua, jossa vain tietyn tasapainokriteerin täyttävälle välipuheille on annettava suojaa sopimusvastuun muodossa.⁶⁷

2.1.3. *Vaihdannan intressi*

Vaihdannan intressi oikeutetaan viittaamalla vaihdannan välttämättömyyteen ja hyödyllisyyteen työnjakoon perustuvassa ihmisyyhteisössä. Tätä *justifikaatiota* voidaan kehittää yhteiskuntafilosofisesti tai taloustieteellisesti. Ajatus voidaan tällöin perustella siten, että on kokonaisuutena edullisinta, että taloudel-

⁶⁴ Tosiasiallisen sopimusvapauden asteettaisuudesta huomauttaa myös *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 5.

⁶⁵ Vapaudesta kvalifioituna vapautena samoin *Karapuu*, Perusasioita perusoikeuksista s. 83.

⁶⁶ Vrt. *Atiyah*, Essays on Contract s. 161.

⁶⁷ Vrt. esim. työsopimuslain 38 §:ään ja KKO 1985 II 130.

liset hyödykkeet siirtyvät sille, joka arvostaa niitä eniten.⁶⁸ Tämä merkitsee sopimuspuolia ajatellen sitä, että sopimukseen liittyy ajatus sen molemminpuolisesta hyödyttävyydestä. Juuri näin uusi justifikaatio voi olla pohjana ongelmanratkaisukyvyyn uudelle täsmentämiselle. Esimerkiksi vetoaminen osapuolen lojaliteettiin, jonka taustana sinänsä on sopimuksen käsittäminen yhteistoiminnaksi, sisältää itse asiassa myös velvollisuuden sopimustasapainon kunioittamiseen.

Vaihdannan intressin *ongelmanratkaisukyvyyn* kannalta on olennaista, miten tavoite vaihdannan edistämisestä täsmennetään oikeudellista analyysia varten. Täsmentämisen keskeiset ulottuvuudet ovat olleet toisaalta vaihdannan suojaaminen liialliselta sääntelyltä ja tähän(kin) perustuva ennustettavuuden säilyminen ja toisaalta tiettyihin normaaleihin liiketoiminnan muotoihin liittyvän luottamuksen suojaaminen.⁶⁹ Ensinmainittu täsmennys on johtanut sääntelykielteisyyteen ja formalismiin. Jälkimmäisellä täsmennyksellä on perusteltu tinkimistä tahtomallin eräistä tuloksista silloin, kun tahto ja toiminta eivät ole olleet sopusoinnussa. Tällöin on asetettu toiminta eikä tahto etusijalle vastuun kannalta.⁷⁰

Zitting on puolestaan pyrkinyt kehittämään argumenttia juridisesti tarkentamalla luottamuksensuojan taustaa. Se tähtää hänen mielestään keskeisesti ”joustavuuden ja käytännöllisyyden lisäämiseen sekä ajan ja työvoiman käytön taloudellistamiseen”.⁷¹ Zitting pelkistää vaihdannan intressin juridisesti siten, että yrittäjä vapautetaan ”liiallisesta selonottovelvollisuudesta” ja sääsetään kokonaisuutekunnallisesti ”aikaa ja työtä vaihdannassa ja tuotannossa sekä näitä palvelevassa luottotaloudessa”.⁷²

Vaihdannan sujuvuuden edistäminen on erottelukykyinen näkökohta oikeuksien kollisiotilanteissa sekä oikeuspoliittisena vaatimuksena.⁷³ Luottamus-

⁶⁸ Ks. tarkemmin *Posner*, *Economic Analysis of Law passim*.

⁶⁹ Ks. esim. *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta s. 120–139.

⁷⁰ Kuten edellä (s. 146 viite 89) on osoitettu, ei luottamusta suojaava oikeussääntö välttämättä merkitse sitä, että olisi luovuttava formaalin tahtomallin tahtojen konsensusedellytyksestä, sillä konsensus voidaan tämentää ilmaisijalle vastaanottajan näkökulmasta projisoidun tahdon ja vastaanottajalla todella olleen tahdon väliseksi. Vaihdannan intressin juridiseen työstämiseen voidaan sanoa pyrkivän ns. law and economics -suuntauksen. Ks. siitä esim. *Posner*, *Economic Analysis of Law*.

⁷¹ *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta s. 120–121.

⁷² *ibid*.

⁷³ Vaihdannan sujuvuus eroaa tässä suhteessa vaihdannan varmuudesta, joka toteutuu esim. vaihdantamuotoja vaikeuttamalla. Tällä huomautuksella *Zitting* (Omistajanvaihdoksesta s. 130 viite 27) kritisoi af Hällströmiä. *Zittingin af Hällström* -kritiikin taustalla lieenee erilaisen vaihdantakäsitteen täsmentämisen ohella erilainen näkökulmakin. Kun *Zitting* asettaa

ta suojaavien sääntöjen ymmärtäminen edellyttää kuitenkin, että muutkin kuin mainittu rationaliteettinäkökohta otetaan huomioon. Vasta näin voidaan jäsentää vaaditun vilpittömän mielen asteen ja selonottovelvollisuuden laajuuden vaihtelut.⁷⁴

Erilaiset näkemykset vaihdannan intressistä konkretisoituvat myös käsityksiksi siitä, millainen luottamus on perusteltua ja sen vuoksi oikeussuojan arvoista.⁷⁵ Luottamuksen perusteltuisuus palautuu vaihdannan intressin justifikaatioon. Uusi ongelmanratkaisukyvyyn täsmennys edellyttää siten justifikaation pohtimista uudelleen. Kuten edellä todettiin, uusi käsitys vaihdannan intressistä korostaa sen justifikaation yhteyttä *vaihdannan molemminpuoliseen hyödyttävyyteen*. Vaihdannan intressin tarkentamisen esikuva on pitkäaikainen yhteistoiminta, ei kertaluonteinen sopimus.⁷⁶ Aidosti onnistunut vaihdanta hyödyttää molempia osapuolia. Kohtuuden ja vaihdannan intressin välillä on siten kosketuskohtia. Myös niiden aloja kuvaavat ympyrät leikkaavat.⁷⁷ Kohtuus (sopimustasapaino) ja law and economics -ajattelutavan hengessä tulkittu vaihdannan intressi ovat osaksi samansuuntaisia. Esimerkiksi vaatimusta siitä, että markkinoilla toimiva myyjä myy tavaroitaan markkinahintaan, voidaan perustella molempien avulla. Ostajan luottamus tähän on juridisesti perusteltua, koska muutoin vaihdannan intressin keskeinen sisältö, hyödykkeiden siirtäminen niille, jotka arvostavat niitä eniten, vaikeutuisi. Ostajan päätöksentekoon tulisi tuota tavoitetta haittaavia riskitekijöitä. Toisaalta juuri markkinahinta on myös kohtuusperiaatteen edellyttämä vertailumitta tasapainoiselle sopimussuhteelle. Kohtuus ja vaihdannan intressi ovat samansuunta-

kysymyksen sivullissuhteiden kannalta, varmuus ja sujuvuus asettuvat (osaksi) vastakkain. Sen sijaan af Hällströmille on jatkuvasti keskeistä vaihdannan intressin merkitys velvoiteoikeudessa, jolloin varmuus merkitsee vastapuolen velvollisuutta täyttää luottamukseen perustuva sopimusvelvoite eli varmuus edistää samalla vaihdannan sujuvuutta.

⁷⁴ m.t. s. 128.

⁷⁵ Ks. af Hällströmin pohdintaa tästä edellä s. 153—154.

⁷⁶ *Taxell*, Om lojalitet i avtalsförhållanden s. 148—149.

⁷⁷ Ks. esim. kauppalaan 23.1 §:n jälkimmäistä lausetta, jonka mukaan myyjä ei ole velvollinen täyttämään sopimusta, ”jos sopimuksen täyttäminen edellyttäisi uhrauksia, jotka ovat kohtuuttomia verrattuna ostajalle siitä koituvaan etuun, että myyjä täyttää sopimuksen”. Ks. tästä *Sevón et al.*, Kauppalaan pääkohdat s. 70—72. Ks. myös HE 247/81 s. 11, jossa huomautetaan, että jos sopimus täydentyy kauppatavan nojalla, noin täydentyneen kohdan sovittelu, vaikkakaan ei tyypikkohtuuttomuus, on mahdollista: ”Menettely, joka sellaisenaan on kohtuuton, ei voine kehittyä kauppatavaksi.” Myös *Collins*, *The Law of Contract* s. 149, ja *Bayles*, *Principles of Law* s. 144—145 ja 197—199, perustavat tarkastelunsa oletukseen, etteivät markkinat välttämättä aina johda epäoikeudenmukaisiin oikeussuhteisiin.

sia myös silloin, kun arvioidaan juridisesti ns. monopolitilannetta. Molemmat edellyttävät monopolitilanteen juridista purkamista eli eivät puolla oikeussuojaa sellaisille välipuheille, jotka on saatu aikaan käyttämällä hyväksi monopolitilannetta. Monopolitilanteessa hyödykkeen arvo ei määräydy tavalla, joka edistäisi hyödykkeiden siirtymistä sille, joka arvostaa niitä eniten. Vastaavasti monopolitilanteessa markkinahinta ei olekaan luotettava mittari tasapainolle. Luottamuksen perusteltuisuus on siten osaksi sidoksissa sopimustasapainoon.

2.1.4. Heikomman hyvittäminen

Heikomman hyvittämisen *justifikaatio* on sopimusinstituutin käytön aikaansaaman epäoikeudenmukaisuuden oikaiseminen siten, että heikommalle annetaan *yleisesti* parempi juridinen asema kuin osapuolelle normaalisti. Heikomman hyvittämisen *justifikaation* taustana on vaatimus yhteiskunnallisen hyvän jakamisesta uudelleen sopimusinstituuttiin puuttumalla. Sitä taloudellisten hyödykkeiden jakautumaa, johon sopimus distribuution muotona johtaisi ilman heikomman hyvittämistä, korjataan heikomman hyväksi. Vahvimmassa muodossaan heikomman hyvittäminen näkyy silloin, kun yhdeksi sitovuusarvioinnin muodoksi tulee kielto heikomman osapuolen heikkommuuden hyväksikäytöstä (perinteisesti jo kiskomissäännöksessä, OikTL 31 §).

Pohjoismaisessa lainvalmistelussa oikeudenmukaisuuteen liittyvät näkökohdat suureksi osaksi ”operationalisoitiin” juuri heikomman suojelun tavoitteeksi. Ruotsin yleislausekkeen julkilausuttu tavoite oli ensi sijassa ottaa huomioon kuluttajien suojan tarve.⁷⁸ Suomen valmistelussa huomautettiin, että sopimuksen sitovuuden periaatteesta joudutaan luopumaan ”muiden tärkeämpien tavoitteiden tieltä” sekä että ”yhteiskunnallisesti merkittävintä on epätasaverstaisten osapuolien välisten sopimusten sovittelu”.⁷⁹

Ongelmanratkaisukykyä (-merkitystä) ajatellen on tärkeää, että Ruotsin AvtL 36 §:ssä tuo perustavoite kirjoitettiin myös lakiin, säännöksen 2 momenttiin:

”Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.”

Suomessa samaa tarkoittava oikeusohje säädettiin lausumalla, että kohtuut-

⁷⁸ SOU 1974:83 s. 29. Tästä tavoitteesta Suomen lainsäädäntöhankkeiden perusteena ks. yleisesti *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 727 viite 7, johon on koottu perusteluja useista erityislajeista.

⁷⁹ HE 247/81 s. 3.

tomuutta harkittaessa on otettava huomioon muun muassa osapuolten asema.⁸⁰

Heikomman hyvittämisen periaatetta voidaan edelleen tarkentaa juridisesti käyttökelpoiseen suuntaan sellaisten roolikäsitteiden avulla, joissa otetaan huomioon osapuolten todellisuudessa tärkeät ominaisuudet. Wilhelmssonin mukaan ihmisellä voi olla erilaisin perustein määriteltyjä heikomman osapuolen rooleja: muodollisia, funktionaalisia ja henkilöön liittyviä.⁸¹ Keskeistä sosiaalisessa siviilioikeudessa ovat tarvesuuntautuneet henkilöroolit. Tarvesuuntautuneilla roolikäsitteillä Wilhelmsson tarkoittaa käsitteitä, joissa osapuolen henkilöä koskevat seikat ovat merkittäviä ja jotka voivat johtaa käsittelemään henkilöä juridisesti eri tavoin tuollaisten erojen perusteella (muutoin) samantyyppisissäkin oikeussuhteissa.⁸² Esimerkkeinä henkilöä koskevista olosuhteista Wilhelmsson mainitsee köyhyyden, alhaiset tulot, sairauden, työttömyyden ja naissukupuolen. Juridiseen suuntaan tarkentavassa erittelyssä hän esittää seuraavat roolit, joille on annettu Suomen velvoiteoikeudessa merkitystä: (i) velallinen, jolla on rajalliset varat, (ii) asuinhuoneistoa tarvitseva velallinen, (iii) velallinen, jolla on alhaiset tulot, (iv) työtön velallinen, (v) sairas velallinen, (vi) velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus, (vii) velallinen, jolla on rasituksenaan elatusvelvollisuus sekä (viii) pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky.⁸³

Kun mainituin perustein suositetaan heikompia sopimussuhteissa, joudutaan joskus poikkeamaan sopimustasapainosta heikomman sopimuspuolen vastapuolen vahingoksi. Sen vuoksi kohtuuseriaatteen ja heikomman hyvittämisen periaatteen piirit eivät ole täysin päällekkäisiä. Sellaisissa oloissa, joissa sopijapuolten voimavarojen epätasapaino on keskeinen ja tavallinen syy sopimussuhteiden epätasapainoon, heikompaa suosimalla autetaan kuitenkin keskimäärin myös korjaamaan epätasapainoisia suhteita. Mainittujen olosuhteiden vallitessa esimerkiksi heikomman asemaa parantavilla pakottavilla lain säännöksillä tuetaan myös kohtuuseriaatetta.

2.2. Sopimuksen sitovuuden justifikaatio

Yleisen sovittelusäännön (esimerkiksi OikTL 36 §) valmistelussa ja säätämi-

⁸⁰ Ks. tarkemmin HE 247/81 s. 15. Vrt. myös HE 8/77 s. 14, jossa todetaan oikeuskäytännön varaan jäävän, missä määrin kuluttajansuojalain säännöksiä ”voidaan soveltaa analogisesti pienyrittäjien ja ammatinharjoittajien suojaamiseksi”.

⁸¹ Näin Wilhelmsson, *Social civilrätt* s. 57.

⁸² Wilhelmsson, *Social civilrätt* s. 66.

⁸³ Wilhelmsson, *Social civilrätt* s. 139 ja 221.

sessä lomittuvat toisiinsa kaksi yleisen tason perusteluongelmaa. Ensiksi on perusteltava, miksi sallitaan poikkeaminen sopimusten sitovuudesta. Toiseksi on perusteltava, miksi juuri kohtuuttomuus on tuollaisen poikkeamisen keskeinen peruste. Kohtuuseriaatteen (sopimustasapainon) merkityksen voimistuminen nopeammin kuin mihin on ollut mahdollisuus formaaleja sopimuksen sitovuskriteereitä (sitovuussääntöjä) muuttamalla, olisi selitys molemmissa suhteissa. Kohtuuseriaatteen aseman vahvistuminen (systeemi-arvon kohoaminen) selittäisi kohtuuttomuuden keskeisyyden sovittelussa, ja muutoksen nopeus sen, ettei jakseta odottaa sitovuussääntöjen vähittäistä, jälkikäteistä muuttumista. Molemmissa perusteluissa on kuitenkin viime kädessä kysymys sopimuksen sitovuuden *syväjustifikaation* muutoksesta. On selvittettävä, millainen syväjustifikaatio lainvalmistelussa omaksuttiin eli miten yleislauseke liitettiin moraaliiin ja yhteiskunnallisiin tavoitteisiin.

2.2.1. OikTL 36 §:n valmistelussa

Lainvalmistelun ja siihen liittyvän aineiston tarkastelussa ei pidetä yllä täysin polarisoitua kuvaa eri justifikaatiotavoista, mutta ei myöskään täysin homogenisoida niitä. Oikeuseriaatteiden edellisessä jaksossa selvitetty osittainen päällekkäisyys on seurausta siitä, että niiden justifikaatiot saavat nykyoloissa osaksi samansuuntaisen juridisen merkityksen. Sen vuoksi täydellinen polarisointi ei ole paikallaan. Toisaalta Suomessa ei vallitse sellaista yhtenäistä arvokonsensusta, jonka valossa kaikki mainitut periaatteet pystyttäisiin yhdistämään saman normatiivisen opin osiksi. Periaatteiden osittainen erisuuntaisuus merkitsee sitä, että *lainvalmistelu ja -säättäminen on (poliittista) valintaa eri justifikaatioiden välillä*. Valinta ei kuitenkaan ole jonkin justifikaation täydellistä omaksumista ja toisen täydellistä torjumista, vaan valinta perustuu justifikaatioiden merkittävyysien vertailuun, jossa väistyväksi jäänyt säilyy edelleen mahdollisena ja tärkeänä ajattelutapana.⁸⁴

Moraali- ja tavoiteperustelujen suhteita on OikTL 36 §:n valmisteluaineistossa käsitelty ennen kaikkea ulottuvuudella vapaus — oikeudenmukaisuus.

⁸⁴ Habermas on erottanut kompromissin ja praktisen diskurssin lopputuloksena saavutettavan konsensuksen. Kompromissi on tulos, jossa yhteensovittamattomien intressien välillä tehdään molemmat tasapuolisesti huomioonottava ratkaisu. Konsensuksessa osapuolet puolestaan vahvistavat molempien yhteisen intressin. Ks. tarkemmin *Tuori*, Oikeuden rationaalisuus s. 147—159. Näitä käsitteitä käyttäen tässä jaksossa yritetään osoittaa, että Suomen lainvalmistelussa on saavutettu sopimussitovuuden syväjustifikaatiosta peruskonsensus, jonka jälkeen eri intressiryhmille kuitenkin jää sillä tavoin yhteensopimattomia intressejä, että niiden ratkaisun muodoksi on tullut kompromissi.

Tämä ulottuvuus on hallituksen esityksen perusteluissa osaksi täsmennetty varsin perinteisesti sopimusten sitovuuden vaatimuksen ja muiden, yleensä heikompien suojeluun tähtäävien yhteiskunnallisten tavoitteiden väliseksi jännitykseksi, jopa ristiriidaksi.

Suomen lainvalmistelussa sopimusten sitovuutta on perusteltu lyhyin lausumin. Hallituksen esityksessä kirjoitetaan, että ”sopimusten sitovuuden periaatetta voidaan pitää sopimusoikeuden ja koko oikeusjärjestyksen kulmakivenä”. Eduskunnan lakivaliokunta kirjoitti mietinnössään: ”Suomen sopimusoikeus perustuu sopimusvapauden periaatteelle, johon liittyy *pacta sunt servanda* -sääntö, ’sopimukset on pidettävä’.”⁸⁵ Hallituksen esityksessä todetaan myös, että ”merkittävä oikeuspoliittinen ongelma onkin kysymys, missä tapauksissa sopimusten sitovuuden periaatteen on väistytävä muiden tärkeämpien tavoitteiden tieltä”.⁸⁶ Tällöin tarkastelu on — kuten edellä II luvussa huomautettiin — epätasällinen sikäli, että sopimusten sitovuuden sijasta tarkoitettaneen luopumista sopimusvapauden periaatteen johtavasta asemasta. Sopimusten sitovuus sinänsä voitaisiin liittää esimerkiksi vain kohtuullisiin sopimuksiin. Sopimusten sitovuudesta luopumisen taustalla on ajatus kaiken muodollisen sääntelyn ongelmista yksittäistapauksissa. Hallituksen esityksessä ei kuitenkaan myöhemmin puututa tähän, vaan juuri sopimusvapauden aiheuttamiin epäkohtiin.

Esitettyjen ilmausten taustalla lieene jokin seuraavantapainen ajatusketju lainuudistusta edeltävästä tilasta: vapaus on tärkeä perusarvo, vapaus merkitsee mm. tahdonvapautta, tahdonvapauden käyttöä on tahdonilmaisun antaminen, tahdonilmaisujen yhtyminen luo sopimuksia, nämä sopimukset on pidettävä täsmälleen silloin kun ne ovat syntyneet vapauden käyttönä. En halua väittää, että juuri näin ajateltiin tai ettei lainauksina esitettyä eritellympää käsitystä lainkaan ollut valmistelussa. Jonkinlaista oirearvoa kuitenkin lieene sillä, ettei valmisteluaineistoon sisällytetty mitään tarkempaa keskustelua.⁸⁷

Heikomman suojelun tavoitteelle annetun sisällön ohella on syytä panna merkille *tarkastelun rakenne*. Lainvalmistelussa lähdetäneen siitä, että silloin, kun esitetään poikkeusta nykyjärjestelmästä heikomman suojelun suuntaan,

⁸⁵ Ks. HE 247/81 s. 3 ja lakivaliokunnan mietintö n:o 6/82 s. 1.

⁸⁶ HE 247/81 s. 3. Alkuperäisessä tekstissä kirjoitetaan *tärkeimmistä* tavoitteista eikä *tärkeämmistä* tavoitteista, joiden tieltä sopimusten sitovuuden on väistytävä. Kysymyksessä on painovirhe, sillä ruotsinkielisessä hallituksen esityksessä (s. 1) käytetään vastaavassa lauseessa komparatiivia.

⁸⁷ Vrt. myös siihen kritiikkiin, jonka *Tala*, Muistio 8.2.1980 s. 1, kohdisti silloiseen luonnokseen toteamalla, että ”sopimuksen käsitteeseen ei kuulu sitovuuden periaate”. Kritiikki ei johtanut esityksen tarkentamiseen. Vrt. edellä s. 88—94, jossa sitovuus määriteltiin yhdeksi sopimuskäsitteen elementiksi.

muutosta vaativalla on eräänlainen yhteiskunnallinen argumentaatiotaakka.⁸⁸ Valmistelussa ei kuitenkaan oteta nimenomaista kantaa kohtuuden, vaihdannan intressin, heikomman suojelun ja sopimusvapauden välisiin (yleisiin) *voimasuhteisiin* — niiden systeemiarvoihin — sopimusoikeudessa. Eräät lausumat voisivat olla vihjeitä siitä, että vaikka uudistuksen tarkoitus on korostaa heikomman osapuolen suojaa, tuo periaate ei lainvalmistelua kokonaisuutena arvioiden sittenkään ohita tärkeydessä muita periaatteita.⁸⁹

Vaikka sopimuksen syväjustifikaatiota ei ole nimenomaisesti käsitelty, hallituksen esityksessä on kuitenkin siellä täällä moraali- ja tavoiteperusteluja tai sellaisiksi tulkittavia (ja siten syväjustifikaatioon liittyviä) kannanottoja. Maininnat siitä, että epätasavertaisuus ja riippuvuus johtavat sopimussuhteissa usein kohtuuttomuuksiin, liittyvät etsimättä vapauteen ja tasavertaisuuteen yhteiskunnan perusarvoina.⁹⁰ *Sopimusetiikan kehittäminen* olikin valmistelun tietyssä vaiheessa nimenomaisena ilmauksena uudistushankkeen yhteiskunnalliselle tavoitteelle. Tämä ilmaisu eksplikoitiin myöhemmässä vaiheessa siten, että se tarkoittaa ”rehtien, luottamuksellisten ja oikeudenmukaiseen tulokseen pyrkivien menettelytapojen edistämistä sopimuksista neuvoteltaessa ja niitä täytäntöön pantaessa”.⁹¹ Kontrollloimalla jälkikäteen sopimussuhteen suoritusten sisällöllinen tasapaino katsottiin saavutettavan (myös) sopimusten solmimistapojen eettisen tason kohoaminen. Ilmaisua osoittaa, miten kaukana suomalaisen lainvalmistelun sopimuseettinen tavoite on siitä mallista, joka hahmotui länsimaisessa sopimusajattelussa 1800-luvulla. Tahtomallisissa sopimuspuolia pidettiin omia etujaan tavoittelevina, ainakin periaatteessa järkevään las-

⁸⁸ Tätä kuvastaa myös hallituksen esityksen laatimisesta annettu ohje selostaa ”ne olosuhteet, joihin muutosta ehdotetaan, sekä ne syyt, joiden takia muutosta pidetään tarpeellisenä”. Valtioneuvoston päätös 29.10.1980 n:o 1204/09/80 Oikeusministeriö s. 5.

⁸⁹ Ks. esim. lakivaliokunnan mietintö n:o 6/82 s. 1. Vrt. *Taxell*, Jämknig av avtal s. 608—617, erit. s. 608, jossa korostetaan tämän teoksen perusväitteistä poiketen sovittelusäännöksen yhteyttä nimenomaan heikomman suojeluun eikä sopimustasapainoon.

⁹⁰ Vrt. myös siihen, että hallituksen esityksessä keskitytään heikompien sopijapuolten ongelmiin, HE 247/81 s. 3: ”Yhteiskunnallisesti merkittävintä on epätasavertaisten osapuolten välisten sopimusten sovittelu.” Ks. myös NOU 1979:32 s. 39: ”Det er hensynet til å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en generalklausul.” Tuolla tavoin käsitetty vastakkaisuus ei ole kuitenkaan välttämätön, sillä sopimusvapauden ”väärinkäytön” ei tarvitse nauttia oikeussuojaa. Sopimusvapaus voidaan määritellä siten, että se ei puolla väärinkäyttönsä avulla aikaansaatuun välipuheiden sitovuutta.

⁹¹ HE 247/81 s. 4 verrattuna *Kämäräinen*, Luonnos s. 3. Ks. myös *Tala*, Muistio 8.2.1980 s. 2, jossa Tala suosittelee hallituksen esitykseen sanan sopimusetiikka tilalle oikeudenmukaisuus -termiä.

kelmointiin pystyvinä itsekkäinä yksilöinä. Juuri tämä oli välttämätöntä sopimuksen käsitteelle. Luottamusmallissa painopiste siirtyi sopimuksen näkemiseen keinona kokonaisvaurauden jakamiseksi ja kartuttamiseksi. Keinon tehokkuus edellytti ulkopuolisen tasapainoideologian puuttumista.⁹²

Hallituksen esityksen mukaan kohtuuttomuus voi olla seurausta moraalisesti selvästi paheksuttavasta toiminnasta: vahvempi osapuoli *käyttää hyväkseen* parempaa asemaansa sopimusta solmittaessa.⁹³ Moraalisesti neutraalisti kohtuuttomuus on seurausta *epäonnistumisesta*: ”sopimukseen saattaa pujahattaa kohtuuttomia ehtoja”, ”ehtojen laadinnassa epäonnistutaan”.⁹⁴ Juuri se, että jälkimmäinenkin tilanne liitetään sovittelun piiriin, kuvastaa nimenomaan tasapainon saamaa keskeistä merkitystä arviointikriteerinä — myös vastapuolen ollessa vilpittömässä mielessä. Suomen lainvalmistelu sellaisenaan ei kuitenkaan paljasta laajempia näköaloja sopimusten sitovuuden syväjustifikaatioon ja kohtuuden asemaan siinä. Sopimusten sitovuudelle ei Suomen lainvalmisteluaineistossa esitetä itsenäistä moraaliperustelua (arvoihin palautuvaa justifikaatiota), vaan toisaalta määritelmällinen: ”sopimuksen käsitteeseen kuuluu velvollisuus noudattaa tehtyä sopimusta” ja toisaalta käytännöllis-yhteiskunnallinen eli yhteiskunnan toimintaan liittyvä: ”Järjestäytynyt yhteiskuntaelämä ei olisi mahdollista jolleivät sopimuspuolet olisi velvolliset toimimaan sopimusta solmittaessa antamansa sitoumuksen mukaisesti.”⁹⁵ Sen vuoksi on

⁹² Ks. näistä sopimusmalleista III luvun jaksoja 1. ja 2. Egoismin ja altruismin eron seuraamuksista sopimusoikeudessa *Kennedy*, *Form and Substance in Private Law Adjudication* s. 1713—1724.

⁹³ HE 247/81 s. 6 (korostus JP).

⁹⁴ HE 247/81 s. 6.

⁹⁵ HE 247/81 s. 6. Vrt. *Kämäräinen*, Luonnos s. 5, jossa kirjoitetaan ilmeisesti SOU 1974:83 s. 127 lausuttuun perustuen: ”Aikaisemmin oltiin taipuvaisia pitämään kohtuutta ja oikeusvarmuutta toisilleen ainakin jonkin verran vastakkaisina tavoitteina. Tällöin oikeusvarmuuden käsitteelle annettiin kuitenkin varsin muodollinen sisältö. Nykyään oikeustieteellisessä kirjallisuudessa esitetään mielipiteitä, joiden mukaan juuri oikeusvarmuuden takaamiseksi sopimusehtoja on voitava sovitella. Oikeusvarmuuden katsotaan vaarantuvan, jos heikomman on tyydyttävä toisen osapuolen vahvemman oikeudella sanelemiin kohtuuttomiin ehtoihin.” Myöhemmin, ks. *Kämäräinen*, Ehdotus yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi s. 3, äskeisen lainauksen toinen lause muotoiltiin uudelleen ja lisättiin sana ”tosin” eli sama kohta alkoi: ”Viime aikoina on tosin esitetty mielipiteitä, joiden mukaan juuri oikeusvarmuuden jne.” Ensimmäisessä muotoilussaan lause viittasi uudemman oikeustieteellisen kirjallisuuden (yleiseen?) kantaan, jälkimmäisessä se viittasi (orastavaan uuteen?) ajattelutapaan, jota ei missään tapauksessa pidetty vallitsevana. Varsinaisesta hallituksen esityksestä koko lause jätettiin pois. Tuon keskustelun supistaminen valmistelutyössä merkitsi samalla sitä, että Suomessa valmistelu irrotettiin julkilausutusta yleislausekkeen liittämistä moraaliiin selvemmin kuin Ruotsissa.

näkökulmaa laajennettava pohjoismaiseksi ja käsiteltävä tarkemmin erityisesti Ruotsin komiteamietinnössä esitettyjä kannanottoja.

2.2.2. *SOU 1974:83:ssa esitetty kanta yleislausekkeen yhteydestä yhteiskunnan perusarvoihin ja -tavoitteisiin*

Tärkein ja samalla ainoa yksiselitteinen mietinnön kohta, jossa sopimusoikeuden yleislausekkeen säätäminen yhdistetään moraaliin, on siinä tehty erittely oikeusturvasta (rättssäkerhet).⁹⁶ Mietinnössä katsotaan, että yleislausekkeen soveltamismahdollisuuden laajentuminen on tärkeä oikeusturvaintressi.⁹⁷ Oikeusturvan käsitteelle ei kuitenkaan anneta mietinnössä selkeää määritelmää. Sen sijaan siinä otetaan erilaisiin yleislauseketta koskeviin seikkoihin kantaa *oikeusturvanäkökulmasta*. Itse käsite jää siten taustalle julkilausumattomaksi lähtökohdaksi.

Tärkein asiaa koskeva kannanotto on seuraava⁹⁸:

”Att vara utsatt för motpartens övermakt eller godtycke till följd av avtalsvillkorens utformning är inte förenligt med rättssäkerheten. Inte heller är det ett verkligt rättssäkerhetsintresse att strikt upprätthålla ett villkor, som vid oförutsedda händelser medför opåräknade fördelar för den ena parten och en lika opåräknad förlust för den andra.”

Oikeusturvan käsite välittää tai muotoilee uudelleen sovittelun ja sopimusten sitovuuden välisen jännitteen lainvalmistelussa, sitä kuitenkaan ratkaisematta. Lausumaa on syytä täsmentää pohjoismaisen oikeusturvaa koskevan tieteellisen keskustelun valossa.

2.2.3. *Pohjoismaista keskustelua oikeusturvasta*

Aarnio on monissa yhteyksissä tarkentanut oikeusturvan käsitteen asemaa oi-

⁹⁶ Suomen lainvalmistelussa termi ”rättssäkerhet” käännettiin oikeusvarmuudeksi. *Kä-märäinen*, Ehdotus yleiseksi kohtuullistamissäännökseksi s. 3, kirjoittaa oikeusvarmuuden periaatteesta. Ks. myös Asianajajaliiton lausuntoa, *Vanhanen*, Lausunnot oikeustoimilain 36 §:n muuttamisesta s. 11. Tässä teoksessa on valittu suomenkieliseksi termiksi oikeusturva, koska se kattaa tarkemmin ne pohdinnat, jotka mietinnössä SOU 1974:83 on liitetty rättssäkerhet -termiin. Ks. täsmällisemmästä käsitteistöä myös *Taxellin*, *Avtal och rättsskydd* s. 23-28, jaksoa, jossa käsitellään oikeusvarmuuden (rättssäkerhet) ja oikeussuojan (rättsskydd) suhteita. Tässä teoksessa omaksutun käsitteistön valossa oikeusvarmuus ja oikeussuoja ovat oikeusturvan kaksi puolta, kuten myös *Aarnio*, *The Rational as Reasonable* s. 3–5, on esittänyt.

⁹⁷ SOU 1974:83 s. 127.

⁹⁸ SOU 1974:83 s. 127. Ks. myös HE 247/81 s. 4.

keudellisen sääntelyn kannalta. Hänen työnsä ovat luonteva tausta keskustelun erittelylle myös sopimusoikeudessa.⁹⁹ Aarnio erottaa oikeusturvan suppeassa ja laajassa merkityksessä. Suppea käsite viittaa jokaisen kansalaisen oikeuteen saada tarvitessaan oikeussuojaa eli saada asiansa käsitellyksi tuomioistuimessa. Laajassa merkityksessään oikeusturva kattaa mielivallan välttämisen ja sen, että ratkaisut ovat oikeita. Oikeusturva laajassa merkityksessä ei ole Aarniolle ainoastaan yhdenvertaisuutta, ennakoitavuutta ja mielivallan välttämistä vaan myös (materiaalista) oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukaisuus oikeusturvan sisällöllisenä puolena täsmentyy velvollisuudeksi perustaa ratkaisu voimassaoleviin oikeusnormeihin. Oikeusnormin sisältö on osaksi peräisin muista yhteisön normijärjestelmistä, esimerkiksi moraalista. Oikeus ja moraalit loittuvat toisiinsa. Oikeusnormit saavat *sisältönsä* (osin) moraalin normeista. Oikeusturvan sisällölliseen puoleen kuuluu siten vaatimus samanaikaisesta lainmukaisuudesta ja vastaavuudesta moraalisiin sekä muihin yhteisön normijärjestelmiin.¹⁰⁰

Tarkennuksena Aarnion tekemään oikeusturvan materiaalisen puolen jakamiseen lainmukaisuuteen ja oikeudenmukaisuuteen ehdotan, että lainmukaisuus oikeusturvan sisällöllisenä puolena merkitsisi lain hengen, lain taustana olevien sisällöllisten oikeusperiaatteiden, eikä lain kirjaimen, säännösten muodollisten tunnusmerkkien, noudattamista. Bruun ja Wilhelmsson ovatkin tulkinneet muun muassa mietinnössä SOU 1974:83 esitetyn, edellä siteeratun kannanoton nimenomaan tavoitteeksi saavuttaa materiaalisesti oikeita ratkaisuja.¹⁰¹ Myös Bruunin ja Wilhelmssonin tulkinnan taustalla on erottelu oikeusturvaan muodollisessa merkityksessään eli ennustettavuuteen ja materiaaliseseen oikeusturvaan, joka heille kuitenkin merkitsee tarkemmin juridisen ideologian oikeudenmukaisuuskäsitystä.¹⁰²

⁹⁹ Aarnio, *The Rational as Reasonable* s. 3–5.

¹⁰⁰ *ibid.* Ks. myös Aarnio, *Domarreglerna*, erit. s. 10–12, jossa hän toteaa, ettei kumpikaan — ennustettavuus tai oikeudenmukaisuus — yksin voi täyttää oikeusturvan vaatimusta. Ks. myös Taxell, *Tankar om rättssäkerheten* s. 361–369, jossa on niinkään omaksuttu laaja oikeusturvan (rättssäkerhet) käsite. Ks. vielä Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 69 viitettä 10, jossa viitataan samaan kaksinaisuuteen rangaistuksen justifiointissa oikeusvaltiossa. Hart, *The Concept of Law* s. 7, paljastaa saman eron vertailemalla ilmaisuja oikeudenmukaisuus lainmukaisuutena (justice according to law) ja lakien oikeudenmukaisuus tai epäoikeudenmukaisuus (justice of the laws).

¹⁰¹ Ks. tarkemmin Bruun—Wilhelmsson, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* s. 707 ja sitä edeltänyt Peczenik, *Rätt och moral*, jossa Peczenik näyttäisi painottavan oikeusturvan muodollista puolta perusteenaan, että mikä tahansa oikeus on parempi kuin kaaos.

¹⁰² Bruun—Wilhelmsson, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet*. Ks. myös

Ratkaisu kohtuuden asemasta sopimussitovuuden syväjulistikaatiossa muuntuu siten muodollisen ja materiaalsen oikeusturvan suhteita koskevaksi ongelmaksi sen vuoksi, että sopimusnormistossamme käytetyt muodolliset tunnusmerkit on valittu ja täsmennetty pitkälti sopimusvapauden ja vaihdannan intressin pohjalta. *Oikeusturvan materiaallinen puoli sopimusoikeudessa merkitsee olennaisesti nimenomaan kohtuusperiaatteen välitöntä soveltumista.* Oikeusturvan muodollinen puoli, joka koostuu toisaalta (lakiin perustuvasta) yhdenvertaisesta kohtelusta ja toisaalta ennakoitavuudesta, ei kuitenkaan ole sillä tavoin ongelmaton kuin usein oletetaan.

Lappi-Seppälä on nimittäin yhdenvertaisuutta eritellessään huomauttanut, että ajatus yhdenvertaisen kohtelun maksiimin sisällyksettömyydestä perustuu ajattelutapaan, jota tässä teoksessa on kutsuttu sääntöhakuisuudeksi. Hän pitää silmällä väitettä, että yhdenvertaisuuden loukkaaminen olisi *käsitteellisesti mahdotonta, koska silloin olisi jo noudatettu toista sääntöä*, ja kirjoittaa: ”Jos oikeusjärjestys taas nähdään pikemminkin periaatteiden (tai sääntöjen ja periaatteiden) kokoelmana, katoaa kritiikiltä pohja. Nyt normeja voidaan seurata enemmän tai vähemmän. Tällöin myös normin vaatimusta, ja sen kautta yhdenvertaisuutta, voidaan loukata vaihtelevassa määrin ilman, että poikkeava kohtelu olisi kuvattavissa jonkin uuden säännön seuraamiseksi.”¹⁰³

Ennakoitavuutta (ennustettavuutta) on pidetty sopimusoikeuden järjestelmän keskeisenä arvona. Korkea ennakoitavuuden aste on liitetty erityisesti liikelämän toimintaan, mutta sillä on nähty olevan liittymiä myös yksityisten kansalaisten oikeusasemaan.¹⁰⁴ Toisinaan kysymys on jopa asetettu dikotomian tai jatkumon muodossa, jolloin ennakoitavuuden vastapuolena on mielivalta.¹⁰⁵

Asianajajaliiton lausunto s. 493, jossa todetaan sama kaksitulokintaisuus oikeusministeriön vuoden 1980 ehdotuksessa OikTL 36 §:ksi.

¹⁰³ *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 186.

¹⁰⁴ *Taxell*, Rätt och demokrati s. 12 kirjoittaa: ”Det drag av ’konservatism’, som framträder häri (Taxell kirjoittaa oikeusjärjestyksen pysyvyydestä, JP), ger *individerna* en viss säkerhet i deras planering för framtiden.” (korostus JP). Samoin esim. *Aarnio*, Domarreglerna s. 10: ”medborgaren måste kunna planera sina handlingar” ja *Hellner*, Konsumentskydd och generalklausuler s. 161: ”...bevara möjligheten *för part* att vid ingående av avtal överblicka dess konsekvenser för framtiden samt att när tvist uppstått förutsäga hur en domstol kommer att bedöma den” (korostus JP). Vrt. yleisemmin *Aarnio*, The Rational as Reasonable s. 3—5 ja 228, jossa oikeusvarmuus (ennakoitavuus) katsotaan voitavan saavuttaa, kun rationaalisesta hyväksyttävyydestä tulee oikeudellisen toiminnan sääntelevä makssiimi (ns. regulatiivinen prinssiippi).

¹⁰⁵ Jälkimmäisestä esimerkkinä *Kivimäki*, Suomen siviilioikeuden kodifioimisesta s. 277: ”Sellainen laki (= siviilioikeuskodifikaatio) on turvana mielivaltaakin vastaan, joka monesti vaanii ns. kohtuullisten tuomioiden muodossa.” Ks. myös *Helinin*, Lainoppi ja metafysiikka s. 286 ja 374—376, kuvaamaa keskustelua yleislausekkeista.

Harvemmin on pohdittu sitä aikaväliä, jota ennakointi koskee.¹⁰⁶ Pekka Kuusen mukaan tietyn systeemin yksittäinen osa saattaa olla lyhyellä aikavälillä hyvinkin ennakoitavissa, vaikka koko yhteisjärjestelmän kehitys ei sitä olekaan.¹⁰⁷ Kuusen esimerkki on valtion seuraavan vuoden budjetti, joka antaa tiettyssä toiminnassa suorastaan velvoittavan ennakoitavat raamit, mutta jota lukemalla tuskin saa hyvää kuvaa vuosikymmenen mittaisesta kehityksestä. Kuusen vaatimus on ennakoitavuuden vaatimustason nostaminen. Itseohjautuvista järjestelmistä on tehtävä ohjautuvia.¹⁰⁸ Kuusen johtopäätös muistuttaa — kuten hän itsekkin toteaa — ajatusta juristista sosiaali-insinööriä. Tällaisena ajatus noudattelee sisällöllisten tavoitepäämäärien toteuttamiseen käytetyn oikeudellisen sääntelyn ideologiaa: oikeusnormien on oltava mahdollisimman tehokkaita *keinoja* kehityksen ohjaamisessa haluttuun *tavoitepäämäärään*. — Modernissa systeemiajattelussa esitetyt perustelut itseohjautuvista systeemeistä pakottavat tiettyyn varovaisuuteen tuossa suunnassa. Itseohjautuvan systeemin alistaminen ulkoisille tavoitteille ei aina onnistu kovin hyvin.¹⁰⁹

Jos Lappi-Seppälän ja Kuusen ajatukset pitävät paikkansa, niin se merkitsee, että perinteisin käsittein ilmaistuna keskustelu oikeusturvasta toisaalta materiaalisena oikeudenmukaisuutena, toisaalta yhdenvertaisena kohteluna ja ennakoitavuutena, saa uusia sävyjä. Tavallisesti on painotettu sitä vaikeutta ja niitä erimielisyyksiä, jotka liittyvät ongelmaan materiaalisesta oikeudenmukaisuudesta. Sen sijaan yhdenvertaista kohtelua ja ennakoitavuutta sinänsä on pidetty varsin epäproblemaattisina, pitkälti jopa teknisluonteisina asioina. Tämä lieene toisinaan ollut painamassa vaakaa muodollisen oikeusturvan hyväksi ja sitä kautta ongelmattomiksi ymmärrettyjen yhdenvertaisen kohtelun ja ennakoitavuuden suuntaan, kun on pyritty valitsemaan painopistettä formaalin ja materiaalisen oikeusturvan välillä.¹¹⁰

¹⁰⁶ Mikro- ja makrotasojen tarkastelun erottamisesta sopimussääntelyanalyysissa yleisesti ks. *Klami*, Om reglering av avtal s. 208—211, jossa hän pohtii niitä ongelmia, joihin johtaa mikrotason käyttäminen makrotason tavoitteita ja keinoja valittaessa. Klami esittää myös vaatimuksen erityisten makromallien käyttöönotosta juristin ja lainsäätäjän toiminnan perusteeksi. Samoin jo *Klami*, Sopimustyypeistä s. 111—120 (mikro-makro -erottelu roomalaisen sopimusoikeuden tarkastelussa).

¹⁰⁷ *Kuusi*, Oikeus ja ihmisen käyttäytymisprosessin ohjaaminen s. 28—29.

¹⁰⁸ *Kuusi*, m.kirj. s. 29.

¹⁰⁹ Ks. esim. *Teubner*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law s. 294—295.

¹¹⁰ Ks. esim. *Taxell*, Rätt och demokrati s. 322—323: ”Också kravet på rättssäkerhet (yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen lisäksi, JP) bör beaktas. I detta sammanhang betyder det närmast att domstolen bör undvika lösningar som *ur parternas synpunkt* förefaller oberäkneliga. Förutsebarheten är ett väsentligt moment i rättssäkerheten”. Vaikka *Taxell* tässä kirjoittaakin tuomioistuinratkaisusta, siinä edustettu ennakoitavuusargumentin

Kaikkein formaaleimmilla kriteereillä tehty sääntely ei sittenkään turvaa yhdenvertaista kohtelua ja ennakoitavuutta kaikkein parhaiten — ei edes osapuolille. Väljä yleislauseke saattaa olla (myös) muodollisen oikeusturvan kannalta parempi kuin selvät mutta tiukat säännöt.¹¹¹ *Sopimusinstituutin luonne distribuution keinona ei välttämättä heikkene, vaikka sopimusvastuu sidottaisiinkin (osaksi) ei-muodollisiin seikkoihin.* Näin ajatellen voidaan perustella sitä, että sopimusoikeudessa on olemassa yhteiseksi taustaksi asettuva käsitys materiaalisesta oikeusturvasta edellä kuvattuine konkreettisine ilmiöineen. Tuon käsityksen keskeinen sisältö on sopimustasapaino. Aidoiksi jäävät erimielisyydetkin voidaan ymmärtää erilaisten intressiryhmien kannanotoiksi siitä, miten tuo tasapaino on täsmennettävä.

2.2.4. Yhteen veto

Muutos, jota edellä on kuvattu OikTL 36 §:n valmisteluaineiston ja pohjoismaisen valmistelun sekä oikeustieteellisten kannanottojen nojalla, näkyy sopimusoikeuden järjestelmässä kahdella tavalla. Ensinnäkin (muun muassa) se tekee mahdolliseksi täsmentää oikeusperiaatteet uudella tavalla, jollainen esitettiin edellä periaatekohtaisessa tarkastelussa.¹¹² Toiseksi tuo aineisto tekee

tulkinta on läpikäynnä koko teoksessa. Vrt. esim. NOU 1979:32 s. 8: vakavin uuden AvtL 36 §:n haittavaikutuksista on heikentynyt ennustettavuus. *Taxell*, Rätt och demokrati s. 59—61, asettaa painopisteen yhdenvertaisuuden ja (materiaalisen) oikeudenmukaisuuden välillä yhdenvertaisuuden puolelle, koska kohtuuden (materiaalisen oikeudenmukaisuuden) sisällöstä ei koskaan saavuteta yksimielisyyttä.

¹¹¹ *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication s. 1773, kirjoittaa, että periaatteen suurempi ennakoitavuusarvo sääntöön nähden liittyy myös näkökulman muutokseen lain tarkoitusta noudattamaan pyrkivän henkilön suuntaan lain kiertämisen estämisestä: "the law certain when not the bad but the *good* man is secure in the expectation that if he goes forward in good faith with due regard for his neighbours' interest as well as his own ... then the law will not turn up as a clagger in his back." Samoin *Kessler — Fine*, Culpä in contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract s. 449: "... a more satisfactory degree of 'certainty' is attained with flexible notions of fairness eliminating the need to circumvent the inflexible application of mechanical rules." Ks. myös jo *Knoph*, Rettslige standarder s. 25, jossa elinkeinoelämän suhteita pidettiin erityisen otollisina säädettäviksi oikeusperiaattein (standardein) eikä oikeussäännöin. Avain pinnallisesti arvojen varsin erilaisten mielipiteiden ymmärtämiseen lienee juuri ennustettavuuden aika-alaan täsmittäminen.

¹¹² Valmisteluaineisto on tältä kannalta perusta sellaiselle normatiiviselle opille, jossa oikeusperiaateympyröiden kehät hahmotetaan uudelleen. Tämän vuoksi myös niiden leikkausalat eli periaatteiden päällekkäisyys muuttuu.

mahdolliseksi — varovaisen — johtopäätöksen siitä, mille periaatteelle voidaan perustelluimmin antaa *prima facie* -asema sovittelussa.

Tärkein sellainen sisällöllinen muutos Suomen sopimusoikeudessa, jota OikTL 36 §:n säätäminen osoittaa, on siirtymä sopimussuhteiden sääntelyssä kohti korostetumpaa aineellista oikeudenmukaisuutta sopimustasapainoksi täsmentyneenä — ainakin ensi vaiheessa formaalisten kriteerien kustannuksella.¹¹³ Tähän muutokseen liittyy kaksi mainitun säännöksen esitöihinkin palautuvaa seikkaa.

Ensinnäkin muutos sisältää ajatuksen *vapauden ja oikeudenmukaisuuden (tosiasiallisesta) vastakkaisuudesta*. Juuri sopimusvapauden on ”väistyttävä” tärkeämpien tavoitteiden tieltä.¹¹⁴ Lainsäätäjä on suhteellisen riidattomasti mieltänyt tilanteen sellaiseksi, jossa sopimusten oikeudenmukaisuuden lisäys toteutuu sopimusvapauden rajoittamisen kustannuksella.¹¹⁵ Sen sijaan valmistelussa ei suoraan esitetty *punnittua kokonaiskuvaa* keskenään jännityksessä, jopa ristiriidassa, olevista vapauden ja vaihdannan intressin toisiaan tukevan puolen ja oikeudenmukaisuuden ynnä heikomman suojelun samoin toisiaan tukevan puolen yleisestä suhteesta. Molempiin kohtioihin liittyvät perustelut esiintyvät ikään kuin *rinnakkaisina kohtaamatta toisiaan ennen säädöstekstiä*. Lainvalmisteluaineiston esimerkit taas ovat usein tarkoituksellisen pelkistettyjä, jolloin niissä vältetään vaikeasti ratkeavien tilanteiden pohdinta (eli ongelmanratkaisukyvyyn vuoksi täsmennettyjen kriteerien erisuuntaisuus).

Toiseksi lain esitöitä sävyttää kaksitulkintaisuus siitä, *vahvistetaanko* OikTL 36 §:n säätämisellä muutoinkin olemassaoleva tila vai halutaanko vallitsevaa tilaa *muuttaa*.¹¹⁶ Käsiteltävän, sopimussitovuuden syväjustifikaation muutos-

¹¹³ *Ylöstalo*, Siviilioikeuden kehityslinjoja s. 91, kirjoittaa — ajatustaan tosin tarkemmin täsmentämättä — että sovittelun sallivien yleislausekkeiden myötä on tapahtunut ”ilmaston muutos koko sopimusoikeudessa”.

¹¹⁴ HE 247/81 s. 3. Sen sijaan ristiriitaa vaihdannan intressin ja kohtuuden välillä ei ole asetettu yhtä näkyvästi. Oikeusvarmuuden liittäminen ennakoitavuuteen lienee kuitenkin tulkittavissa tuollaisissa vastakkainasettelun muodoksi. Toisaalta heikomman hyvittämisen ja vaihdannan intressin välillä selvä lienee vastakkaisuus. Länsimaisten yhteiskuntien markkinat tavaravaihdon muotona johtavat monesti systemaattisesti syrjimään heikompia.

¹¹⁵ On siten alustavasti ongelmallista todeta Taxellin tavoin OikTL 36 §:n sopivan hyvin sopimusvapaudelle ja sopimusten sitovuudelle perustuvaan sopimusoikeusjärjestelmäämme. Ks. *Taxell*, Jämkning av avtal s. 620. Ks. myös edellä s. 63.

¹¹⁶ Ks. myös *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakahinnan tarkistaminen s. 596. Kielellisesti juuri tässä mielessä kaksitulkintainen on myös Asianajajaliiton lausunto s. 492: ”Yleistä kohtuullistamissäännöstä Suomessa kaivataan osin

ta koskevan ongelman kannalta ei kuitenkaan ole ratkaisevan tärkeää, mihin päivään tai vuoteen tuo muutos kohtuusperiaatteen lisääntyvän systeemi-arvon suuntaan kiinnitetään, jos muutos oikeuskulttuurissa on todettavissa ja tietoisesti hyväksytty. Yleisellä sovittelusäännöllä ei toki ole ollut tarkoitus toteuttaa siirtymää *vain* kohtuusperiaatteen sisältävään sopimusjärjestelmään. Järjestelmän eli systeemin tasolla muutos näkyy periaatteiden rajanvetoina ja niiden systeemi-arvojen vertailun lopputuloksena. *Siten ajatus, jonka mukaan sovittelun asema sopimussysteemeissä olisi vain kohtuusperiaatteen jäsentämä, on virheellinen.* Kohtuusperiaatteella on korkein systeemi-arvo — ainakin käytetäessä sovittelusääntöjä. Sen sijaan ei ole oikein väittää, että *vain* kohtuusperiaatteella olisi merkitystä mainittujen sääntöjen kannalta.¹¹⁷

Kun eduskunta katsoi, että OikTL 36 § voitiin taannehtivanakin säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, tätä perusteltiin muun ohessa sillä, ettei kohtuuttoman sopimusehdon nojalla saatu varallisuusasema nauti hallitusmuodon 5 §:ssä tarkoitettua suojaa. Tällaisesta taannehtivuusongelman ratkaisusta ei kuitenkaan saa yksiselitteistä perustelua sopimusoikeuden periaatteiden systeemi-arvojen ongelmaan, vaikka tuo ratkaisu tukeekin tässä esitettyä johtopäätöstä kohtuusperiaatteen ensisijaisuudesta.¹¹⁸

Sovittelussa käytettävät sovitteluperiaatteet näyttäisivät joka tapauksessa olevan systeemi-arvoiltaan varsin lähellä toisiaan. Niitä ei ole selvästi asetettu yleiseen järjestykseen. Tässä on valittu yhteisöllisen käytännön sopimusmalli, jossa kohtuusperiaatteella on *prima facie* -asema. Tämä ratkaisu perustuu ennen kaikkea välilliseen ainekseen, niihin valintoihin, jotka periaatteiden ongelmanratkaisukriteerien ristiriitatilanteissa on tehty tasapainon hyväksi.¹¹⁹ Johtopäätös kohtuusperiaatteen ensisijaisuudesta voi myös osaksi ennakoida kehitystä. Juuri tätä oikeusperiaatteiden voimassaolo hyväksyttävyytenä kui-

periaatteellisista syistä osoittamaan kehityksen suuntaa.” Tarkoitetaanko jo tapahtuneen kehityksen tai tapahtuvaksi halutun kehityksen suuntaa vai molempia?

¹¹⁷ Ks. myös *Norri*, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 170.

¹¹⁸ Perustuslakivaliokunnan lausunto 3/82. Taannehtivuudesta velvoiteoikeudessa ks. yleisesti *Knoph*, *Rettslige standarder* s. 142—165, joka korostaa taannehtivuuskiellon olevan oikeusperiaate (standard), jonka käyttö on sidoksissa muun muassa siihen, millaisiin moraalisiin ja sosiaalisiin tavoitteisiin sopimussuhteisiin taannehtivasti puuttuva laki perustuu. m.t. s. 156.

¹¹⁹ Rakenteeltaan perustelu on siten sama, joka oli esillä jo tahto- ja luottamusteorioiden kiistassa. Luottamusteorian kannalta se, että ilmaisuerehdystilanteessa suojataan vilpittömyyttä mieltä, on osoitus siitä, että lainsäätäjä on sopimussitovuuden kriteerien ristiriitatilanteessa valinnut luottamuksen (vilpittömän mielen) tahdon sijasta. Ks. tarkemmin edellä s. 144—148.

tenkin merkitsee. Oikeuskulttuurin kanta ei ole keskimääräismielipide, vaan parhaiten perusteltavissa oleva kanta. OikTL 36 §:n muuttaminen on 50 vuoteen ensimmäinen merkittävä lainsäädännöllinen muutos oikeustoimilain säännöksiin. Sen vuoksi *ainakin sitä käytettäessä* harkinnan on perustuttava kohtuusperiaatteen ensisijaisuuteen. Itse asiassa myös sovittelun minimointi on helpoimmin toteutettavissa niin, että sitovuusharkinnassakin (sovittelun esivaiheessa) aletaan ajan mittaan käyttää samaa mallia.

3. SOVITTELUPERUSTEET

Tässä jaksossa ei pyritä kuvaamaan tyhjentävästi sovitteluperusteita. Sen sijaan tarkoitus on havainnollistaa sitä, että sovittelun keskeiset kysymykset liittyvät sovitteluperiaatteiden mukaisten tosiseikastojen tunnistamiseen ja painoarvojen antamiseen niille. Kiinnostuksen kohteena on se *menettelytapa*, joka kertaantuu aina silloin, kun yksittäisistä tosiseikoista siirrytään kokonaisu-harkintaan. Kokonaisu-harkinnan vaatimus on sovittelun juridisen logiikan keskeisin tunnusmerkki.

Sovitteluperusteiden käyttö ja merkitys näkyy parhaiten tarkastelemalla sovittelua vaihe vaiheelta. Vaiheittaisen tarkastelun kussakin osassa voidaan tarkentaa sovitteluperiaatteiden merkitystä ja siten konkretisoida sovittelun sisäistä rakennetta. Jakson lopuksi on eritelty rakennevaiheiksi kolme KKO:n sovitteluratkaisua.

3.1. Sopimuksensisäiset perusteet (rakennevaihe 1.)

Sopimuksensisäisenä sovitteluperusteena lakiteksti mainitsee sopimuksen *koko* sisällön. Tässä yhteydessä viittaus koko sisältöön tarkoittaa, ettei yksittäisen ehdon epätasapainoa saa sovittelussa arvioida irrallaan sopimuksen muista ehdoista, joilla sitä ehkä on tasapainotettu.¹²⁰ Toinen lakitekstissä käytetty sopimuksensisäinen(kin) sovitteluperuste on oikeustoimen tekemisen jälkeen tulleet olosuhteet.¹²¹ Epätasapaino saattaa olla seurausta olosuhteiden muut-

¹²⁰ HE 247/81 s. 12 ja 14 sekä SOU 1974:83 s. 153, joiden mukaan huomioon on otettava osapuolten pääsuoritusten lisäksi myös sopimusehdot kokonaisuudessaan. Tässä suhteessa sovittelu eroaa tyyppikohtuuttomuusharkinnasta, jossa ehtoa on tarkasteltava sellaisenaan, irrallaan muusta sopimuksesta. Ks. tarkemmin jäljempänä s. 362–363.

¹²¹ Oikeustoimen jälkeen tulleet olosuhteet ovat myös ja pääasiassa sopimuksenulkoi-

tumisesta, esimerkiksi toimitettavaksi sovitun tuotteen raaka-aineiden yllättävistä hinnannousuista. Kolmantena, avoimeksi jäävänä, sopimuksensisäisen sovitteluperusteena mainitaan muut seikat. Osapuolen toiminta sopimussuhteen aikana on monesti tällainen peruste, ja esimerkiksi sopimusrikkomus on seikka, joka usein vaikuttaa sopimuksensisäiseen tasapainoarviointiin.

Sopimuksensisäiset sovitteluperusteet saavat merkityksensä sovitteluperiaatteissa. Periaatteena tulee tässä kysymykseen *vain kohtuusperiaate*: sopimuksensisäiset perusteet kuuluvat vain ja ainoastaan kohtuusperiaatteen alaisuuteen.¹²² Tässä teoksessahan kohtuusperiaate on määritelty juuri käskyksi, jolla pyritään optimoimaan sopimustasapaino. Sovittelussa kohtuusperiaate on aina *relatiivinen* eikä absoluuttinen käsky.¹²³ Relatiivisuus tarkoittaa epätasapainon arvioimista suhteessa johonkin vertailumittaan.¹²⁴

Epätasapaino on sovittelun ehdoton edellytys. Sen vuoksi epätasapaino on sovitteluindisioina erilaisessa asemassa kuin muut.¹²⁵ *Epätasapaino on sekä edellytys että indisio*. Sovittelu edellyttää poikkeuksetta, että kohtuusperiaate saa sovittelua puoltavan painoarvon.¹²⁶ Tässä suhteessa on myös selvä ero

nen sovitteluperuste. Lakitekstissä käytetyt ilmaisut eivät siten ole yksiselitteisiä jaottelun sopimuksenulkoisen/sopimuksensisäisen kannalta.

¹²² *Collins*, *The Law of Contract* s. 147, korostaa kuitenkin sitä menetelmällistä samankaltaisuutta, joka on arvioitaessa sopimuksen ehtojen tasapainoa ja selvittäessä soveltuuko heikomman hyvittämisen näkökohta neuvotteluvaiheen voimasuhteen epätasapainon vuoksi (inequality in bargaining power). Molemmissa arvioinneissa muodostetaan vertailutilanne todelliselle vaihtoehdolle. Samoin *Atiyah*, *Essays on Contract* s. 333—335.

¹²³ HE 247/81 s. 13 käytetään tosin ilmaisua ”sovitettu hinta voi olla kohtuuton sinänsä”, mutta sillä tarkoitetaan sopimuksessa heti täsmällisesti sovitun hinnan eroa sellaiseen hintahtoon, joka määräytyy jonkin muun perusteen mukaan. Ks. myös *H. Halila*, *Rakenusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen* s. 594.

¹²⁴ Sopimusoikeudessa tasapainoarviointi liittyy sopimuksen synallagmaattisuuteen. Siten ongelma luotettavasta vertailumitasta on esillä myös esim. harkittaessa hinnanalennuseuraamusta sopimusrikkomustilanteissa. Ks. *Rudanko*, *Vastuusta grynderirakentamisessa* s. 137.

¹²⁵ *Madsenin*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed* s. 191, mukaan uudessa AvtL 36 §:ssä onkin selvä siirtymä kohti sopimuksen sisällön puhtaan objektiivista arviointia.

¹²⁶ Samoin *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 173, jossa hän kirjoittaa tarvesuuntautuneista sovitteluargumenteista *lisäargumentteina* ensisijaiselle epätasapainoargumentille. Ks. myös SOU 1974:83 s. 16 ja 152—153, jonka mukaan yleislausukseen tavoite on parantaa mm. kuluttajien mahdollisuuksia puuttua heille epäedullisiin sopimusehtoihin Ks. vielä *Vaasan HO 3.4.1986 T:2450/85 S 1985/28*, jossa verrattiin kauppahinnan ja sopimussakon yhteismäärää kauppaesineen (tontin) arvoon: ”Turvatakse paikkakunnalla toimivien yritysten mahdollisuuksia saada työntekijöitä kunta oli 15.6.1978 myynyt erään yhtiön työntekijälle rantakaavoitetun huvilatontin käypää hintaa olennaisesti halvemmalla 3.500 markan hinnalla. Ehtona oli muun muassa, että jos työntekijä erosi tai omasta syystä erotettiin en-

OikTL 31 ja 36 §:n välillä. Kiskomisessa epätasapaino (ilmeinen epäsuhte an-
netun ja saadun aineellisen edun välillä) on tunnusmerkkinä *samanveroinen*
kuin toisen hyväksikäyttö, kun taas sovittelussa epätasapaino on muihin ver-
rattuna ainoa ehdoton edellytys ja siksi *korostunut* sovitteluperuste.

Tapauskohtaisessa arvioinnissa vastikesovittelun ihannemittapuun sopi-
musesineestä maksettu oikea hinta. Irtaimen kaupassa voidaan monesti selvit-
tää uusien kulutushyödykkeiden yleinen hintataso. Yleisellä hintatasolla on mer-
kityksensä myös käytettyjen hyödykkeiden kaupassa, erityisesti jos niillä on
omat markkinansa. Joskus ulkopuolinen henkilö hankkii sittemmin sopimus-
esineen itselleen, jolloin myös hänen maksamaansa hintaa voidaan käyttää ver-
tailuun. Toisinaan vastike vahvistetaan viranomaisen toimenpitein ja tällöin
oletuksena on, että vahvistettu vastike on myös tasapainoinen.¹²⁷

Usein arviointi joudutaan kuitenkin tekemään epävarmemman mittapuun
varassa. Vertailu voidaan tällöin kohdistaa mahdolliseen myyjän sisäänosto-
hintaan tai valmistajan raaka-ainekustannuksiin.¹²⁸ Vaikka yleistä hintatasoa
ei olisi, voidaan pyrkiä selvittämään vastaavista tai mahdollisimman saman-
kaltaisista esineistä maksettuja vastikkeita.¹²⁹ Epätasapaino voidaan eräissä ta-
pauksissa määrittää (tai sitä koskevaa arviointia täydentää) velkojan — suori-
tukseen oikeutetun — suoritukseen liittyvän intressin avulla.¹³⁰ Erityisen tär-

nen kymmenen palvelusvuoden täyttymistä työnantajansa palveluksesta, ostaja sitoutui suo-
rittamaan kunnalle, jollei kunta toisin määrännyt, sopimussakkona 27.500 markkaa. Sopi-
mussakon ja kauppahinnan yhteismäärä ei ylittänyt tontin arvoa. Ostajan erottua 24.8.1979
työnantajansa palveluksesta kunta vaati kantein sopimussakon suorittamista. Sopimussak-
koehdo katsottiin ostajaa sitovaksi eikä sopimussakon määrää soviteltu.”

¹²⁷ Ks. KKO 1973 II 61 sekä KKO 1985 II 28, joissa oli kysymys huoneenvuokran mää-
rystä. Edellisessä tapauksessa ns. aravahuoneistoa koskevaa vuokrasopimuksen ehtoa, jon-
ka mukaan vuokranmaksu voitiin irtisanomisaikaa noudattamatta korottaa asuntohallituk-
sen kulloinkin hyväksymään määrään, ei pidetty kohtuuttomana. Jälkimmäisessä vuokra-
laisen vaatimus liikaa maksetun vuokran palauttamisesta hylättiin, vaikka aravavuokraa alen-
nettiin (vanhan) huoneenvuokralain 48.2 §:n nojalla. Hylkäämistä perusteltiin osaksi sillä,
ettei vuokran määrä ollut ollut vuokranantajan vapaasti päätettävissä vaan oli määräytynyt
viranomaisen vahvistuksen ja omakustannusperiaatteen mukaan.

¹²⁸ Esim. KKO 1982 II 141.

¹²⁹ Asuinhuoneistojen ja omakotitalojen osalta esimerkiksi samalta alueelta tehdyt kau-
pat ja niissä käytetyt neliöhinnat ovat tasapainoarvioinnin kiinnekohtia. Ks. esim. *Helsin-
gin HO 9.12.1987 T:1123 S 1986/379*.

¹³⁰ HE 247/81 s. 15 viitataan sopimusrikkomustilanteisiin, joissa loukattu osapuoli ei
ole kärsinyt mainittavampaa vahinkoa, mutta vetoaa silti ankaran seuraamuksen sisältävään
ehtoon. Selvästi tämä näkyy OikTL 38 §:n soveltamisessa, jossa pitää nimenomaan ottaa
huomioon kilpailunrajoitusehdon merkitys siitä hyötyvälle kun harkitaan sitä, rajoittaako
sanotunlainen ehto kohtuuttomasti sitoumuksen antajaa. Ks. *Palmgren*, Konkurenskläusuler

keää tämä on silloin, kun tuo hyöty poikkeaa muuttuneiden olosuhteiden vuoksi olennaisesti alkuperäisestä.¹³¹ Jo sopimusneuvotteluiden aiheuttamilla kustannuksilla voidaan tiettyssä määrin pyrkiä muutoin hankalasti arvioitavan epätasapainon osoittamiseen.¹³² Normaalisti vastapuolen sopimusrikkomus alentaa hänen suorituksensa arvoa.¹³³

Erityisen herkkinä kohtuusperiaatteen loukkauksille, siis epätasapainolle, on pidetty sellaisia ehtoja, jotka näyttävät velvoittavan vain toista osapuolta (sopimussakko, käsiraha).¹³⁴ Näitä on voitu jopa pitää sellaisina oikeusinstituutteina, joiden avulla ei voi saada aikaan itsenäisiä, velvollisuuksia lisääviä

vid tjänsteavtal s. 102 ja siinä viitattua. Vaikka hänen tarkastelunsa kohteena on OikTL:n vanha 38 §, soveltuvat viitatussa kohdassa esitetyt perustelut uuteenkin säännökseen. Ks. myös KKO 1983 II 78, josta jäljempänä s. 331—333. Suoritusvelvollisuuden arvo siihen oikeutulle on otettu perinteisesti huomioon OikTL vanhaa 36 §:ää käytettäessä. Ks. vielä *Turun HO 8.5.1981 S 1980/77*: ”Valtion asuntolainoittaman omakotitalon omistajat olivat antaneet kiinteistön yksinoikeudella kiinteistövälitystoimiston myytäväksi. Sopimuksen ehtojen mukaan välittäjä oli oikeutettu palkkioon siinäkin tapauksessa, että kiinteistö sopimuksen voimassaoloaikana luovutettiin toiselle ilman välittäjän toimenpiteitä. Koska kiinteistö oli asuntotuotantolain 15 §:n mukaisesti tarjottu kunnan lunastettavaksi ja kunnan toimenpitein myyty, yksinmyyntiehtoa ja siihen perustuvaa oikeutta välityspalkkioon pidettiin hyvän kiinteistönvälitystavan vastaisena ja kohtuuttomana. Välityspalkkiota koskeva ehto jätettiin kiinteistönvälittäjäasetuksen 21 §:n ja 24 §:n 1 momentin sekä kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n nojalla huomioon ottamatta ja välittäjän palkkiovaatimus hylättiin.” Käänteisesti on myös huomattava, että toisinaan velallinen voi hyötyä sopimusehdosta enemmän kuin miltä ensi katsomalta näyttää. *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 235, kirjoittaa: ”Käytännössä tilanne voi olla samantapainen kuin rahoitusvekselissä: päävelallisenä on esimerkiksi osakeyhtiö ja vakuudenantajana yhtiön pääosakas. Etujen yhteisyyden vuoksi takaajan sitoumus koskee tällöin välillisesti hänen omia velkojaan, ja näissä oloissa saattaa hyvinkin laaja takausvastuu olla sallittu.” (korostus JP).

¹³¹ KKO 1985 II 36, josta jäljempänä s. 333—334. Ks. myös SOU 1974:83 s. 42—43 ja 154, jossa pohditaan tilaus sopimuksen irtisanomisessa vaadittavan syyn olennaisuuden suhdetta osapuolten saamiin hyötyihin.

¹³² Tällaisen tilanteen syntyminen sopimuksen sovitteluongelmana perustuu sille, että osapuoli pystyy osoittamaan sitovan sopimuksen syntymisen. Tämä saattaa usein edellyttää aiemmin (s. 220—223) luonnehditun prosessikäsitteen käyttöä, jossa kysymystä ei ratkaista sopimusneuvottelujen ja sitovan sopimuksen välisen muodollisen rajan nojalla.

¹³³ Sovitteluharkinnassa tätä joudutaan pohtimaan edellytyksin, ettei siihen vedota muutoin eli vaadita suoraan sopimusrikkomuksen nojalla hyvitystä vastapuolelta.

¹³⁴ Vrt. OikTL:n vanha 36 § ja OikTL 37.1 §

vaikutuksia. Niihin oikeutetuille on myös yritetty konstruoida velvollisuuksia. Käsiraha on käsitetty varausrahaksi, jonka ottanut ei saa myydä tavaraa muille samaan hintaan ja jolla on velvollisuus tehdä ratkaisu lopullisesta kaupasta pikaisesti.¹³⁵ Sopimussakkoa on pidetty rangaistuksena siitä, ettei osapuoli ole noudattanut sopimusta, jolloin yleinen ongelma on ollut, voivatko yksityisoikeudelliset oikeussubjektit saada aikaan tuollaisen järjestelyn. Yksipuolisesti velvoittavien oikeusinstituuttien kohtuullisuusarviointi johtaa helposti vertaamaan sovittelua vaativan velvollisuuksia siihen, mihin tämä muutoin olisi velvollinen. Esimerkiksi sopimussakkoa verrataan siihen vahingonkorvausvelvollisuuteen, joka joka tapauksessa seuraisi sopimusrikkomuksesta.

Tasapainoarviointiin eivät siis vaikuta muut periaatteet.¹³⁶ Sen vuoksi kysymykset sopimusneuvotteluista, harkinnasta, vakioehdoista, vilpittömästä ja vilpillisestä mielestä jne. eivät saa epätasapainoa arvioitaessa merkitystä sopimusvapauden, vaihdannan intressin tai heikomman hyvittämisen kautta.¹³⁷ Sopimuksensisäinen sovitteluperuste on epätasapaino. Kohtuuttomuus -termillä taas viitataan — kuten mainittu — sopimuksen kokonaisarviointiin, jonka yhden osan epätasapaino muodostaa.

Hallituksen esitys ei tässä suhteessa ole johdonmukainen. Edellä esitetyn kannan mukaisesti kohtuuttomuudella tarkoitetaan vasta kokonaisarvioinnin avulla saavutettua lopputulosta esimerkiksi hallituksen esityksen otsikossa ”4. Kohtuuttomuuden arviointi” ja erityisesti seuraavassa lausumassa: ”Etujen ja rasitusten määrällinen vertailu ei kuitenkaan yksinään ole ratkaisevaa. *Monet muut seikat vaikuttavat arviointiin.* Sopimuspuolien tosiasialliset tiedolliset, taidolliset ja taloudelliset suhteet ovat seikkoja, jotka *on aina otettava huomioon.* Jos sopimuksen sisältöön rauhassa perehtyneet, taloudellisesti toisistaan riippumattomat ja vastuukykyiset sopimuspuolet tekevät sopimuksen, on vaadittava *todella merkittävää tasapainottomuutta*, ennen kuin yleisen sovittelusäännön nojalla on aihetta puuttua sopimukseen. Aivan toisenlainen asia on silloin, kun toinen sopimuspuoli on asiantuntemukseltaan heikompi, ei ole voinut

¹³⁵ Ks. tarkemmin *Aurejärvi*, Velvoiteoikeus, joka arvostelee tällaista näkemystä.

¹³⁶ Samoin HE 247/81 s. 14: ”Jos sopimusehdot ilman asiallisia sopimuksen erityispiirteisiin liittyviä perusteita merkittävästi poikkeavat tästä mallista (lainsäätäjän oikeuspoliittiseen kannanottoon perustuvista tahdonvaltaisista säännöksistä, JP) toisen osapuolen vahingoksi, on ehtojen kohtuullistaminen usein paikallaan.”

¹³⁷ Ks. NJA 1979 s. 666, jossa ei selvitetty toisen osapuolen mahdollista kuluttajaan rinnastuvaa asemaa, koska ehtoa ei pidetty kohtuuttomana (tarkasti: epätasapainoisena). Ks. myös *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 173 hinnan sovittelusta: ”Hänsynen till gäldenärens ekonomiska behov kan m.a.o. vid jämkning av priset åberopas endast som ett utpräglat tilläggsargument, som blir relevant blott om även andra, primära argument talar för jämkning.”

kunnolla perehtyä asiaan, jonka toinen on tarkoin tuntenut, taikka on ollut suorastaan toisesta osapuolesta taloudellisesti tai muuten riippuvainen. Tällöin sovittelu on perusteltua jo *paljon pienemmän tasapainottomuuden* vuoksi.”¹³⁸ Sen sijaan toisessa yhteydessä kirjoitetaan, että ”pätevämmyyden edellytyksenä (OikTL) 33 §:ssä ovat nimenomaan ne syntymisolosuhteet, joihin vetoaminen on kunnian vastaista ja arvoton. Näin voi asia olla, *vaikka sopimus sinänsä ei olekaan kohtuuton*.”¹³⁹ Kohtuuton -termiä käytetään tässä viittaamaan yksin epätasapainoon. Ensimmäisissä lainauksissa käytetään kohtuuton -termiä tasapainon kokonaisarviointista (sopimuksensisäiset ja -ulkoiset perusteet yhdessä), mutta viimeisessä yksin suoritusten epäsuhteesta (vain sopimuksensisäiset perusteet).

3.2. Ulkoisen perusteen on oltava syynä sisäiseen epätasapainoon (rakennevaihe 2.)

Jotta tekijät saisivat juridista merkitystä sovittelussa, on sopimuksenulkoinen tekijän tai tekijöiden oltava syynä sopimuksensisäiseen epätasapainoon.¹⁴⁰

Tapauksessa KKO 1987:109 katsottiin, ettei epätasapainolle ollut sovittelun edellyttämää syytä:

Kiinteistönkaupan ehtojen mukaan 600.000 markan kauppahinnasta, joka oli huomattavasti alempi kuin tilan käypä hinta, oli 400.000 markkaa suoritettava neljän vuoden aikana siten, että kunakin vuotena oli maksettava 100.000 markkaa ilman korkoa. Kauppa oli tehty myyjän aloitteesta pitkähkön harkinta-ajan jälkeen. Myyjä oli ollut tietoinen kauppahinnan ja käyvän hinnan erosta. Kauppaehdot oli merkitty kaupakirjaan myyjän esittäminä ja ne olivat vastanneet hänen tarkoitustaan, ettei ostaja kauppahintaa suorittaessaan joutuisi taloudellisiin vaikeuksiin. Myyjän kanne, jossa tämä vaati, että kauppahintaa ja sen maksutapaa koskevia ehtoja soviteltaisiin OikTL 36 §:n nojalla, hylättiin.

¹³⁸ HE 247/81 s. 14—15 (korostukset JP).

¹³⁹ HE 247/81 s. 11 (korostus JP).

¹⁴⁰ SOU 1974:83 s. 196 kirjoitetaan esimerkiksi osapuolten aseman kannalta: ”Om parts ställning som konsument får till följd en bristande balans i avtalsvillkoren och deras ifrågasatta tillämpning...” (korostus JP). Ks. myös m.t. s. 195: ”... stadgandet (är) inte avsett att läggas till grund för en ogiltigförklaring till följd av omständigheterna som har endast ringa beröring med avtalsvillkorens innehåll...” Ks. esitetyn suuntaisesti myös *Taxell*, Jämknings av avtal s. 616—617, joka kirjoittaa, että epätasapaino toisen osapuolen heikkomuuteen liittyneenä on aihe sovittelun. Ks. vielä *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 737 viite 30: ”Sopimuksen ulkopuolinen seikasto vaikuttaa tärkeämmältä sovitteelukriteeriltä kuin sopimuksen sisältö. Jos sopimuskumppanien voimatasapainossa tai muissa käsitellyissä sopimuksen syntyolosuhteissa ei ole mitään arvosteltavaa, on yleensä miten ankaraa sopimusta tahansa pidettävä sitovana.”

KKO perustelee sovitteluvaatimuksen hylkäämistä siten, ettei kuvatuissa olosuhteissa ”ole syytä sovotella kauppahintaa ja sen maksutapaa koskevia ehtoja”. Tämä on selvästi erilainen kuin sellainen ratkaisu, jossa ehtojen ei olisi katsottu olleen kohtuuttomia. KKO on, todettuaan aluksi epätasapainon vallitsevan, katkaissut sovitteluharkinnan jo 2. -vaiheeseen sen vuoksi, ettei epätasapainolle ole ollut sovittelun edellyttämää syytä.¹⁴¹

Kun epätasapaino on hyvin korostunut, lienee oletuksena, että sen on aiheuttanut jokin sopimuksenulkoinen tekijä, mutta tällainen oletus on vasta-näytöllä kumottavissa. Käytännössä vastanäyttö on usein hankalaa, koska seikat kietoutuvat yhteen: jos osapuoli on heikompi, epätasapaino on yksi osoitus siitä.¹⁴²

Käsiteltävän sopimuksenulkoisten tekijöiden ja sopimuksensisäisen epätasapainon yhteyden kannalta yleinen sovittelu OikTL 36 §:n nojalla eroaa eräistä erityisistä sovittelusäännöistä. Kun kuluttaja esittää kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:ään perustuvan sovitteluvaatimuksen, sisältää tuo vaatimus samalla väitteen siitä, että epätasapainon aiheuttaa asema sopimussuhteen heikompana osapuolena, kuluttajana. Kuluttajan sovitteluvaatimusta ei kuitenkaan voi torjua näyttämällä, ettei sovittelua vaativa kuluttaja ollutkaan keskimääräisen kuluttajan tavoin heikompi, vaan — esimerkiksi tietojensa ja ammattitaitonsa vuoksi — poikkeuksellisen vahva. Sama pätee kaikkien sellaisten erityisten sovittelusääntöjen (työsopimuslain 48.3 §, huoneenvuokralain 5 ja 25 §, maanvuokralain 4.2, 7, 29 ja 56 §, vakuutusopimuslain 34 §, oikeudesta työntekijän tekemiin keksintöihin annetun lain 9.2 §, osamaksukauppalain 7 §) kannalta, joissa itse lain soveltaminen harkitaan kriteerein, jotka tekevät toisesta osapuolesta heikomman.¹⁴³ Kysymyksessä on sellainen legaalinen presumtio heikkomuuden yhteydestä epätasapainoon, jota ei voi kumota vastanäytöllä.¹⁴⁴

¹⁴¹ Jutussa sovittelua vaatinut pyrki osoittamaan, että hänen harkintakykynsä oli alentunut ja että hän oli ollut kaupan osapuolista heikompi.

¹⁴² Ks. edellä s. 257—258.

¹⁴³ Vrt. tältä osin neutraalisti velkakirjalain 8 § sekä ostajan ja myyjän oikeusaseman kannalta yleisesti myös kauppalaki.

¹⁴⁴ Näin voidaan selittää ero HD:n ratkaisun ja sen esittelijän mielipiteen välillä tapauksessa NJA 1987 s. 639. Esittelijä perusteli ensin sen, ettei sovittelua vaativan asema rinnastunut kuluttajan asemaan. Sen jälkeen harkittiin erikseen, oliko sovitteluun aihetta sillä perusteella, että vastapuoli olisi käyttänyt hyväksi sopimuksenteon olosuhteita. HD:n jäsenet puolestaan katsoivat rinnastuksen kuluttajan asemaan toteutuvan eivätkä sen jälkeen harkinneet erikseen ongelmaa, perustuiko sopimuksen epätasapaino tuon aseman hyväksikäyttöön.

Se, että jokin seikka on epätasapainon syynä ei tarkoita tietoista hyväksikäyttöä.¹⁴⁵ Sopimusehtojen laadinnassa voidaan myös epäonnistua¹⁴⁶; jotta tällaisessa tilanteessa voitaisiin jakaa epäonnistumisen aiheuttamat haitalliset seuraamukset, on tilanteen joltain osin muistutettava pätemättömyysperusteita tai muita vapautumisperusteita (mahdottomuus, taloudellinen liikavaikeus, ylivoimainen este, ns. sosiaalinen suorituseste jne.). Sovittelun kannalta riittävä vaikuttavan tekijän taso ei kuitenkaan ole yhtä korkea kuin muissa sopimusoiden instituuteissa. Tällainen ajattelutapa voidaan ilmaista myös kirjoittamalla, että sovittelu on ”pätemättömyysinstituution vara-arsenaali”. Sovitteluinstituutti täydentää tietyissä tyyppitilanteissa pätemättömyyssääntöjä siten, että epätasapainoista sopimussuhdetta voidaan sovittaa silloinkin kun pätemättömyysperusteet eivät aivan sovellu.¹⁴⁷

Esimerkiksi vanhuudenheikkouden tai humalatilan sopimusoidellinen merkitys muodostaa näin ajatellen asteikon, jonka huippu on oikeustoimikelvottomuuden aikaansaava tila. Sitä vähäisempi tila voi merkitä OikTL 33 §:n soveltumista.¹⁴⁸ Tätäkin vähäisempi, mutta kuitenkin havaittava, tila riittää täyttämään sovitteluharkinnan vaatimukset.¹⁴⁹ Vastaavasti, jotta olosuhteiden muutos olisi vapautumisperuste, siltä edellytetään olennaisuutta. Sovittelussa sen sijaan olennaista vähäisempikin muutos on sovitteluharkinnassa riittävä epätasapainon aiheuttaja.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Tämä on sovittelun ja kiskomisen keskeisin ero. Myös *Madsen*, *Vildfarelser*, *forudsætninger og billighed* s. 190, huomauttaa, että AvtL 36 §:n kohtuuttomuus on sosiaalinen kriteeri sopimusriskin jakamiselle eikä perustu osapuolten subjektiivisiin käsityksiin.

¹⁴⁶ HE 247/81 s. 6.

¹⁴⁷ *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 734–735 ja siihen viitaten *Kartio*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa s. 209–210. Vrt. toisin *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumatonta urakkahinnan tarkistaminen s. 611 viite 54a, jossa tehdään ero liian alhaisen rakennusurakkavastikkeen sovittelun ja Kartion tarkoittaman kiinteistökaupan liian alhaisen hintaehdon sovittelun välille sen vuoksi, että ”urakkavastikkeen alhaisuus vain harvoin johtuu sellaisesta toisen osapuolen menettelystä, jonka perusteella voitaisiin vedota pätemättömyyteen, *saati sitten sovitteluun*” (korostus JP). Pätemättömyysperusteen käsilläolo ei ole sovittelun välttämätön edellytys, vaan sovittelu on mahdollista sellaisenkin perusteen nojalla, joka ei (aivan tai yksin) riitä pätemättömyyteen. Sen vuoksi sovittelun edellytykset ovat tältä osin *helpommat* eivätkä vaikeammat, kuten Halilan ilmaisu lienee ymmärrettävä.

¹⁴⁸ Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, *Om tro och heder i finsk rätt*.

¹⁴⁹ Ks. *Vaasan HO 17.11.1983 T:1427 S 1982/378*, jossa alkoholin vaikutuksen alaisena oleminen on otettu huomioon sovittelussa, vaikka se ei johtanut oikeustoimen pätemättömyyteen.

¹⁵⁰ Ks. KKO 1981 II 167, jossa todetaan raakaöljyn hinnan nelinkertaistumisen muuttamassa kuukaudessa johtuneen ”tapahtumista, joiden perusteet eivät olleet tiedossa sopimusta tehtäessä, eikä rakennustoimisto ole kohtuudella voinut tarjouslaskelmissaan varau-

Edelleen, kun sosiaalisen suoritusesteen opin soveltaminen edellyttää, ettei sen tarkoittama este ole osapuolen itse aiheuttama, tuo näkökohta voidaan sovitteluharkinnan syy-edellytystä pohdittaessa jäsentää asteikolle, jonka avulla pohditaan sitä, missä määrin on kysymys itse aiheutetusta esteestä.¹⁵¹

Usein jää lopultakin epävarmaksi, onko epätasapainon syynä ollut sopimuksenulkoisen seikka. Kohtuuseriaatteen *prima facie* -asema merkitsee tällöin sitä, että *in dubio* on oletettava (yksinään) *sovittelukynnyksen ylittävän* epätasapainon aiheutuneen sopimuksenulkoisesta tekijästä.¹⁵²

Sovittelu on kytketty ulkoisen tekijän ja epätasapainon yhteyteen. Tämä perustuu sille, että sovittelunormi on oikeussääntö. Oikeussääntönä siihen voidaan liittää kuvatunkaltaisia formaaleja soveltamiseksi (rakennevaiheet 1. ja 2.). Tällaiset soveltamiseksi ehdot — joihin rinnastuu esivaihe, sopimuksen sitovuuden selvittäminen — ovat siten OikTL 36 §:n käytön kannalta erilaisia kuin myöhemmät vaiheet, joissa selvitetään, onko kohtuuttomuus riittävän suurta, jotta sovitteluun olisi aihetta. Samalla käy selväksi ero kohtuuseriaatteen ja sovittelun välillä. Kohtuuseriaate epätasapainoarviointina soveltuu ja saa painoarvon täysin riippumatta siitä syystä, joka on johtanut epätasapainoon. Sovittelusäännön käyttö taas ei ole mahdollista ilman, että tuollainen syy on olemassa. Teoreettisesti on tämän vuoksi mahdollista, että vaikka sovittelusääntö ei sovellu, tilanne saa aikaan *contra legem* -ongelman kohtuuseriaatteen saaman tapauskohtaisen painoarvon vuoksi. Saadaanko sopimuksen si-

tua sellaiseen muutokseen. Kysymyksessä olevalla perusteella saattaisi niin ollen urakkasopimuksen sovittelu tulla kysymykseen”. Koska kuvattu hinnannousu ei kuitenkaan ollut olennaisessa määrin vaikuttanut rakennuskustannuksiin, siis aiheuttanut olennaista epätasapainoa, ei sopimuksen hintaehdon soveltaminen ”jonkin verran muuttuneissakaan olosuhteissa” ollut ilmeisen kohtuutonta.

¹⁵¹ Ks. jäljempänä s. 302–303. Vrt. NJA 1987 s. 553, jossa ratkaisua ei kuitenkaan tältä osin perusteltu. Sen sijaan esittelijä ja hovioikeuden vähemmistöön jäänyt jäsen perustelivat samaan lopputulokseen johtanutta ratkaisuaan sillä, että avioliitonomaisten olosuhteiden päättymisen on toisen sopimuspuolen kannalta sen sopimuskumppanien keskinäisten suhteiden muutos ja että riski tällaisten seikkojen ilmenemisestä kuuluu jälkimmäisille. Pohdittu sovitteluharkinnan 2.-vaiheen kannalta argumentti olisi siten se, ettei väitetylle epätasapainolle ole sovittelun vaatimaa syytä. Vaikka ratkaisua voidaan sinänsä kritisoida sen vuoksi, että siinä tehdään liian ehdoton ero itse aiheutettujen ja muiden muutosten välille, *perustelutapa* on sovitteluharkinnan logiikan mukainen.

¹⁵² Prosessuaalisesti sovitteluvaatimuksen esittämisen (kantajana tai vastaajana) voidaan tulkita sisältävän väitteen siitä, että sopimuksenulkoisen tekijä on aiheuttanut epätasapainon. Vastaavasti, jos sovittelua vaativa myöntää, etteivät sopimuksenulkoiset tekijät ole aiheuttaneet epätasapainoa, sopimusta ei voida sovittaa.

toivuuden säännöistä poiketa sen vuoksi, että kohtuusperiaate — joka saa korkean painoarvon — edellyttää muuta, vaikka sovittelusääntö ei sovellukaan? Käytännössä tällainen tilanne tuskin ajankohtaistuu, koska hyvin epätasapainoisella sopimusvelvoitteella lienee aikaisemmin s. 258 viitattu käsitteellinen yhteys heikkomuuteen siten, että jo hyvin epätasapainoiseen sopimussuhteeseen joutuminen sinänsä on lähes riittävä osoitus siitä, että osapuoli oli heikompimpi sopimusta solmittaessa. Jos näin ei nimittäin ollut, lienee tilanteessa kysymys odottamatta muuttuneista olosuhteista, jotka siinä tapauksessa olisivat tarvittava sopimuksenulkoinen epätasapainon syy.

3.3. Sopimuksenulkoiset sovitteluperusteet sovitteluperusteryhmittäin (rakennevaihe 3.)

3.3.1. *Sopimuksen syntyyn liittyvät perusteet*

Lakitekstissä mainitaan oikeustointa tehtäessä vallinneet olosuhteet yleisesti. Sen lisäksi osapuolten asema on seikka, jolla voi olla merkitystä sovitteluperusteena. Edelleen käytettävänä on ”muut seikat” -kokoomanimike. Tarkennettaessa sopimuksen syntyyn liittyviä seikkoja on otettava huomioon se, että IV luvussa perustellun sopimuskäsitteen valossa sopimuksen syntyä ei pidä pitää hetkittäisenä tapahtumana, vaan tapauksesta riippuen sopimus voi syntyä osapuolten toiminnan kokonaisvaikutuksista. Myöskään sopimuksen muutoksia ei pidä konkretisoida nimenomaisiksi uusiksi sopimuksiksi, vaan sopimusta on syytä pitää jatkuvasti muuntuvana osapuolten suhteena.¹⁵³ Käytännössä tavallisoin on toki tilanne, jossa ratkaisevaksi muodostuu tietty yksittäinen hetki. Kun sovittelutilanteet monesti kuitenkin ovat epätyypillisiä tilanteita, voi niiden kaavamainen arviointi vaikeuttaa hyvin perustellun ratkaisun tekoa.

Sopimuksen syntyyn liittyviä sovitteluperusteita voidaan konkretisoida tarkemmin suhteessa eri periaatteisiin. Kohtuusperiaate *ei* tässä tule enää mukaan. Epätasapaino on arvioitu jo sovittelun 1. -vaiheessa. Sopimuksen oikeudenmukaisuuden keskimääräisarviointi tehdään yhteisöllisen käytännön mallin mukaisesti koko asianomaisen käytännön oikeudenmukaisuusarviointina. Jos siis voimme ylipäänsä puhua *sopimuksen* syntyvaiheesta, on kysymys toiminnasta, joka täyttää keskimääräisen oikeudenmukaisuuden ja siten kohtuusperiaatteen yleiset vaatimukset. Tällöin sopimuksen synty ei voi olla sinänsä koh-

¹⁵³ Ks. edellä IV luvussa s. 220—223.

tuutonta.¹⁵⁴ Sen sijaan sopimuksen syntyyn voi liittyä seikkoja, joilla on merkitystä sopimusvapauden, vaihdannan intressin ja heikomman hyvittämisen kannalta.

Sopimusvapauden kannalta yksi selkeä perusteryhmä koostuu OikTL 28—33 §:ssä mainituista tunnusmerkeistä.¹⁵⁵ Se, että jokin mainituista säännöksistä soveltuisi tapaukseen, on sopimusvapauden periaatteen nojalla vahva argumentti sovittelun puolesta.¹⁵⁶ Vaikka 28—33 §:ssä on kaikissa oikeusvaikutuksena oikeustoimen kokonaispätevyys, voidaan niissä sovittelun kannalta erottaa erivahvuisia argumentteja.¹⁵⁷ On suurempi sopimusvapauden loukkaus, että sopimuskumppaniin on kohdistunut törkeä kuin lievä pakko. Sen vuoksi törkeä pakko (sen tunnusmerkistön toteutuminen) on vahvempi argumentti sovittelun puolesta kuin lievä pakko. Jos sopimuskumppanilla on virheellisiä käsityksiä, on räikeämmin sopimusvapauden vastaista saattaa sopimus aikaan petollisella viettelyllä kuin kunnianvastaisissa ja arvottomissa olosuhteissa. Petollinen viettelyhän nimittäin merkitsee sitä, että asiattomasti toiminut osapuoli on *aktiivisella toiminnallaan* saanut aikaan väärinkäsityksen, kun taas OikTL 33 §:ssä vastapuolella ollut väärinkäsitys ei oikaista.

Erehdystilanteessa on tältä kannalta kysymys siitä, ettei vastapuoleen voi-

¹⁵⁴ Näin myös *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 121—122. Vrt. toisin *Collins*, The Law of Contract s. 153—159, jossa sopimusta tarkastellaan yhtenä yhteiskunnallisen hyvän jaon keinona (distribuutionäkökulma), jonka oikeutus on sidoksissa sopimuksella saavutettavan distribuution oikeuttamiseen suhteessa muihin ajateltavissa oleviin distribuution muotoihin.

¹⁵⁵ SOU 1974:83 s. 132—133 mainitsee erityisesti AvtL 31 ja 33 §:n. Myös *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 734 viite 22, korostaa sovittelun ja kiskomisen samankaltaisuutta.

¹⁵⁶ HE 247/81 s. 11 ja *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 83. Osapuoli ei aina tahdo vedota erityiseen pätevyysperusteeseen. Vaikka sen tunnusmerkit täyttyisi, ei sitä voi soveltaa viran puolesta. Ks. erit. alaikäisyydestä *Zitting*, Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa s. 60 viite 41 ja häntä seuraten *Muukkonen*, Muotosäännökset s. 119, jotka perustelevat, ettei sitä tarvitse ottaa viran puolesta huomioon. Vrt. toisin Norjan oikeuden kannalta *Huser*, Avtalesensur s. 53. — Sovitteluargumentiksi tuollainen tosiseikasto jää siksi lähinnä siviiliprosessuaalisista syistä, esimerkiksi yksipuolisen tuomion harkintaan kuuluvana ”ilmeisenä perusteettomuutena”. Jos alaikäisyys saa merkitystä, se on vahva sovitteluindisio.

¹⁵⁷ Ks. myös *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 386, jossa todetaan mm. hyvän tavon vastaisuuden olevan ”melko vahva” pätevyysperuste. Sen vuoksi pätevyyyden voimaansaattamista ei ole syytä ”situa kovin ankariin edellytyksiin”. *Wrede*, Laki oikeustoimista s. 116, toteaa, että myös vaihdannan intressin (”liike-elämän oikeusturvallisuuden”) kannalta pätevyysperusteet ovat eriasteisesti ”vaarallisia”. *Vihma*, Sopimussakko s. 138 viite 72, huomauttaa, että kiskominen merkitsee ”paljon törkeämpää menettelyä” kuin OikTL:n vanhan 36 §:n mukainen sopimussakon ilmeinen kohtuuttomuus.

da kohdistaa minkäänlaista moitearvostelua.¹⁵⁸ Sen vuoksi erehdys on sopimusvapauden nojalla pätemättömyysperusteista heikoin argumentti sovittelun puolesta. Erehdyn merkitys sovitteluindisioina näkyy siten, että kokonaisarviointissa sovittelu on helpompaa, jos henkilö on erehdyksessä joutunut epätasapainoiseen sopimukseen kuin jos erehdyistä ei olisi. Erehdys onkin ollut mukana kohtuusargumenttina sopimuksen tulkintaa koskeneessa tapauksessa KKO 1968 II 30.¹⁵⁹ Vaikka erehdys on sopimusvapauden nojalla suhteellisesti heikoin sovittelua puoltava argumentti, voi erehdys sopimuksensisäisesti aiheuttaa suurenkin epätasapainon. Nämä asiat pyritään tässä työssä kuitenkin pitämään erillään; ne liitetään yhteen vasta kohtuuttomuuden kokonaisarviointissa.

Edellä on kirjoitettu sellaisesta tyyppitilanteesta, jossa OikTL 28—33 §:n tunnusmerkistö täyttyy. Käytännössä tavallisempi lienee tilanne, jossa tunnusmerkistö ei täyty tai tunnusmerkistön täyttymistä ei voida näyttää toteen, mutta siitä saadaan joitakin viitteitä. Tilannetta voidaan luonnehtia sanomalla, että *erityisen pätemättömyyssäännön tunnusmerkistö ei aivan täyty*.¹⁶⁰ On esimerkiksi käytetty hyväksi toisen osapuolen pulaa, ymmärtämättömyyttä, kevytmielisyyttä tai riippuvaista asemaa, mutta edustetun aineellisen edun ei voida osoittaa olleen ilmeisessä epäsuhteessa siihen, mitä annettiin (vertaa OikTL 31 §:ään). Kuvatulainen hyväksikäyttö on sopimusvapauden periaatteen nojalla sovittelua puoltava argumentti.¹⁶¹

Käytännössä ehkä merkityksellisin on tilanne, jossa erityisen pätemättömyysperusteen tunnusmerkistö jää täyttymättä vastapuolen vilpillisen mielen edellytyksen puuttumisen vuoksi.¹⁶² Sovittelu tarjoaa tällaisessa tilanteessa keinon,

¹⁵⁸ Samantapainen on sinänsä tilanne, jossa törkeää pakkoa on käyttänyt joku muu kuin sopimuskumppani, eikä sopimuskumppani ole siitä tietoinen.

¹⁵⁹ Tuossa tapauksessa sopimusehto oli saanut erheellisen sanamuodon, ja ehto sananmukaisesti tulkittuna olisi johtanut toisen osapuolen kannalta ilmeisesti kohtuuttomaan tulokseen. Ehto oli sen saamasta erheellisestä sanamuodosta huolimatta saatettava voimaan osapuolten todellisen tarkoituksen mukaisena.

¹⁶⁰ *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 734—735: ”Sopimuskumppanin toimintaa, joka ei aivan täytä minkään pätemättömyysperusteen tunnusmerkkejä, saatetaan ehkä pitää oikeustoimen sovittelun ulkokontradiktiivisena kriteerinä.”

¹⁶¹ HE 247/81 s. 11 OikTL 33 §:n kannalta. Vihman esitystä (Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus s. 85—86) soveltaen: on annettu tuottamuksellisesti sellainen väärä tieto, jonka vuoksi ei kuitenkään ole kunnianvastaista ja arvotonta vedota sopimukseen. Samoin SOU 1974:83 s. 165 AvtL 31 §:n ja 36 §:n suhteista. Ks. vielä *Huser*, Avtalesensur s. 34 ja *Bernitz*, Småföretagarskydd s. 116—117

¹⁶² Näin myös *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 84 ja *Jørgensen*, Er der behov for en generalklausul i formueretten? s. 13.

jolla epäasiallisen toiminnan kohteeksi joutunut osapuoli mahdollisesti pystyy siirtämään osan haitastaan (epätasapainostaan) myös vilpittömässä mielessä olleen kumppaninsa kannettavaksi sovittelun avulla. Jälleen on varoitettava liian hätäisestä johtopäätöksestä. Sovitteluharkinta on kokonaisharkintaa, jossa yhden sovittelua puoltavan argumentin (sovitteluindisioin) käsilläolo harvoin ratkaisee juttua. Merkitykselliseksi tuollainen argumentti voi tulla rajatilanteissa, joissa esimerkiksi epätasapaino yksin ei sinänsä aivan riitä sovittelukynnyksen ylittämiseen.¹⁶³ Pätemättömyysperusteen ”osittaisen” täyttymisen aikaansaama painoarvo ei myöskään kohoa kovin korkeaksi tilanteessa, jossa pätemättömyysnormin tunnusmerkistön täyttymättä jääminen johtuu siitä, että vastapuoli on ollut vilpittömässä mielessä.

Sopimusvapauden periaatteen nojalla sovitteluindisioksi tulee vielä vakioehtojen käyttö.¹⁶⁴ Kun pidetään silmällä sopimustodellisuutta kaikissa länsimaissa, juuri vakioehdot ovat kuluttajasuhteissa ja laajemminkin pääkeinoja toteuttaa epätasapainoisia ehtoja sopimussuhteissa. Vakioehdon epätasapaino harkitaan erikseen kohtuuseriaatteen nojalla.

Sen sijaan vakioehtojen käyttö merkitsee tyypillisesti sitä, että sopimusvapauden keskeiset piirteet jäävät niiden kattamilta osin toteutumatta. Vakioehtoja käyttänyt osapuoli ei kuitenkaan joudu perusteettoman sovitteluinnon kohteeksi. Vakioehtoja käyttänyt osapuoli voi osoittamalla asiallisia syitä ehtojen käytölle heikentää tai jopa kokonaan tehdä vaikutuksettomaksi vakioehtojen sopimusvapauden periaatteen nojalla saaman sovittelua puoltavan painoarvon.¹⁶⁵ Tällöin on kuitenkin kysymys siitä, että tavallisesti tuollaiset asialliset syyt (taloudellisuus, tarkoituksenmukaisuus, yhtenäisyys jne.) saavat sovittelua vastaan puhuvan painoarvon vaihdannan intressin periaatteen nojalla. Tätä kautta ne tasapainottavat kokonaisharkinnassa vakioehtoihin sovitteluperusteena liittyvän, sopimusvapaudesta johtuvan sovitteluindisioin. Lisäksi vakioehtoja käyttänyt osapuoli voi pyrkiä osoittamaan, että vakioehdoista *huolimatta* sopimusvapaudenkin tunnusmerkit toteutuivat, tai toteutuivat ainakin jossain määrin.¹⁶⁶ Näin vakioehtojen sovittelua puoltava painoarvo voi laskea tai kadota kokonaan.¹⁶⁷

¹⁶³ Tällä seikalla on merkitystä lisäksi sovittelumäärän kannalta, ks. jäljempänä s. 325—330.

¹⁶⁴ HE 247/81 s. 16: ”Nimenomaan yksipuolisesti laadittujen vakioehtojen sovittelussa se seikka, että kohtuuttomaksi väitetyn ehdon on toinen osapuoli laatinut yksinään, puoltaa selvästikin sovittelua.”

¹⁶⁵ Siitä, millä edellytyksellä vakioehdoista tulee sopimuksen osia, ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 68—69 ja edellä s. 240.

¹⁶⁶ Vrt. *Turun HO T:430 S 1984/134*, jossa myyjä ei kyennyt näyttämään tällaisia seik-

Sovitteluindisio on osapuolen riippuvuussuhde sopimuskumppanistaan.¹⁶⁸ Tällaisissa oloissa on nimittäin tyypillistä, ettei osapuolten toiminta — aina-kaan täysin — perustu sopimusvapauden edellyttämälle pohjalle. Riippuvuussuhde saattaa kuitenkin saada merkitystä myös heikomman hyvittämisen periaatteen nojalla. Taloudelliselta kantokyvyltään rajoittunut yrittäjä voi olla riippuvuussuhteessa luottolaitokseen. Vaikka luottolaitos kykenisi osoittamaan, että sopimusvapauden kannalta riippuvuussuhde ei merkinnytkään sovittelua puoltavaa argumenttia — riippuvuussuhde sovitteluindisioina ei sopimusvapauden kannalta toteutunut — voi yrittäjän asema olla sovitteluindisio, jos tämä pystyy osoittamaan heikomman hyvittämisen roolin soveltuvan.

Vastaindisio on se, että ehto on pantu korostetusti merkille ja että ehdosta on erityisesti neuvoteltu (dickered terms).¹⁶⁹ Erityinen neuvottelujen ja harkinnan kohteena oleminen toteutetaan toisinaan tietyllä menettelytavalla.¹⁷⁰ Esimerkiksi rakennusurakassa käytetään yleisesti urakkatarjouskilpailua, jossa urakkahinta on keskeinen tekijä. Hinnan sovittelussa hinnan määräytyminen tällaisen tarjouskilpailun jälkeen on selvä vastaindisio.¹⁷¹

koja: ”Myyjän vakiosopimuslomakkeelle laadittuun kauppasopimukseen, johon oli sovellettava kuluttajansuojalain säännöksiä, oli otettu välityslauseke, jonka mukaan kaupasta johtuvat erimielisyydet ratkaisisi siinä nimetyn henkilön muodostama yksijäseninen välimiestuomioistuin. Koska valmiiksi nimettyä yksijäsenistä välimiesoikeutta koskeva ehto oli ostajan väittämän mukaan lisätty kauppasopimukseen myyjän aloitteesta, mitä väitettä tämä ei ollut kiistänyt, ja kun myyjä ei myöskään ollut näyttänyt, että välimiesoikeuden kokoonpanosta olisi vastoin ostajan väittämää erityisesti neuvoteltu ja sovittu, sanottu välityslauseke katsottiin sopimusehtona kuluttajan kannalta kohtuuttomaksi ja se jätettiin, ottamalla huomioon kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n 1 momentin säännökset, huomioon ottamatta.”

¹⁶⁷ Vakioehdot täyttävät harkinnan 2. -vaiheen vaatimuksen aina siihen saakka, kunnes on osoitettu, että sopimusvapauden tunnusmerkit ovat täysin toteutuneet jokaisen sovittelevaatuimuksen perusteena olevan kohdan osalta. Tämä lienee käytännössä hyvin poikkeuksellista.

¹⁶⁸ Ks. esim. *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset s. 732—733 ja *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 81—82.

¹⁶⁹ SOU 1974:83 s. 114: ehto, joka muutoin olisi kohtuuttoman ankara (so. epätasapaino ylittäisi yksinään sovittelukynnyksen, JP), voi kuitenkin olla täysin pätevä sen vuoksi, että se perustuu tasavahvojen osapuolten käymiin neuvotteluihin.

¹⁷⁰ *Kartion*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa s. 207 viite 11, mukaan maakaaren 1 luvun 2 §:n muotovaatimuksen funktio on läheisessä yhteydessä OikTL 36 §:ään. Maakaaren 1 luvun 2 §:n tarkoitus on hätiköityjen luovutusten suoja ja kypsän harkinnan edistäminen. Sovitteluperiaate, johon mainittu säännös liittyy, on siten selvästi sopimusvapaus. Kypsä harkinta, jonka oletetaan toteutuneen kun muotovaatimusta on noudatettu, saa sopimusvapauden nojalla sovittelua vastaan puhuvan painoarvon. Sen sijaan muotovaatimus sinänsä ei ole *sovitteluperuste* (vastaindisio).

¹⁷¹ Ks. tarkemmin *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton

Vaihdannan intressin periaatteen kannalta sopimuksen syntyyn liittyvät perusteet ovat yhteydessä perusteltuun luottamukseen.¹⁷² Keskeinen peruste on taloudellisen riskinoton hyväksyminen. Sovittelulla ei ole tarkoitus tehdä onnistunutta taloudellista riskinottoa merkitykselliseksi siten, että vastapuolen hyöty soviteltaisiin kohtuuttomana sovittelua vaatineelle osapuolelle.¹⁷³ Monesti katsotaan, että juuri tietoinen riskinotto erottaa elinkeinonharjoittajien väliset suhteet muista sopimussuhteista.¹⁷⁴ Taloudellinen riskinotto onkin selvä vastaindisio. Oikeusperiaatteille optimointikäskynä on kuitenkin tunnusomaista, että niissä jokin näkökohta voi saada tarkemmista olosuhteista riippuen erivahvuisia painoarvoja. Siten se, että tietoiselle taloudelliselle riskinotolle annetaan sovittelua vastaan puhuva merkitys, ei tarkoita sitä, että tuo merkitys olisi aina yhtä suuri. Tämä näkyy muun muassa siinä, että taloudellisen spekulatiivisuuden katsotaan olevan selvästi normaalia riskinottoa vahvempi sovittelua vastaan puhuva peruste.¹⁷⁵ Vahvuusero tulee näkyviin myös silloin kun pohditaan pienyrittäjien asemaa.¹⁷⁶ Mitä sidotumpi pienyrittäjä on keskusliikkeeseen tai vastaavaan ja mitä tarkemmin hänen toimintansa ehdot perustuvat keskusliikkeessä tehtävään harkintaan, sitä vähäisempi on pienyrittäjän todellinen, mahdolliseen voittoon johtava riskinotto ja sitä vähäisempi sen vuoksi tuon perusteen voima vastaindisiona.¹⁷⁷ Vastapuolen kannalta on kysymys siitä, miten perusteltua on ollut sen luottamus siihen, että juuri riskinotto mer-

urakkahinnan tarkistaminen s. 605—607 ja 609—612. Tällainen menettelytapa on itsenäinen sovitteperuste, jonka ohella pitää vielä arvioida vaihdannan intressin valossa, miten korostettu hintaehdoton liittynyt riskinotto on ollut. Tämän eron tekee myös Halila, m.kirj. s. 609—612 verrattuna s. 612—614.

¹⁷² Luottamuksen perusteltuisuus on osaksi yhteydessä samoihin seikkoihin, joita voidaan arvioida myös sopimusvapauden nojalla. Periaatteiden käytössä tällainen päällekkäisyys ei ole este, vaan sopimusvapautta ja vaihdannan intressiä on molempia käytettävä.

¹⁷³ Sovittelulla ei ole tarkoitus tehdä tyhjäksi taloudellisen riskinoton negatiivisia seuraamuksia, kirjoittaa *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 85. Samoin *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 529—530, *Sevón*, Kan avtal jämka på grunder som var kända vid avtalslutet s. 165 sekä erityisesti rakennusurakan kannalta *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumatonta urakkahinnan tarkistaminen s. 608—618.

¹⁷⁴ Ks. SOU 1974:83 s. 157 ja 166 sekä NOU 1979:32 s. 53. Vrt. esim. KKO 1967 II 61, jossa oli nimenomaisesti kysymys edellytysten muutosten vaikutuksesta ja jossa annettiin merkitystä sille, että sopimus oli tehty sosiaalisessa tarkoituksessa (syytinki) eikä osana liiketoimintaa.

¹⁷⁵ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 85: ”yleensä ei tietenkään pidä sovitella.”

¹⁷⁶ Ks. tästä yleisesti esim. Yrittäjäsuojan seurantaryhmän mietintö ja *Bernitz*, Småföretagarskydd.

¹⁷⁷ Tämä näkökohta ei perustu pienyrittäjän heikomman aseman hyvittämiseen, vaan kysymys riskinoton todellisuudesta harkitaan erikseen.

kitsee korostunutta velvollisuutta täyttää sopimus sovitun mukaisena. Tilanteessa, jossa vastapuoli sanelee käytännössä myös riskinoton edellytykset, tämä näkökohta ei voi olla sovittelua vastaan puhuva argumentti.¹⁷⁸

Luottamusseikkana tulee myös arvioida sitä merkitystä, joka annetaan osapuolen tietoisuudelle ehdon kohtuuttomuudesta.¹⁷⁹ Tietoisuus ehdon kohtuuttomuudesta on vaihdannan intressin nojalla vastaindisio. Tietoisuuden saama merkitys kohtuuttomuuden kokonaisharkinnassa riippuu kuitenkin myös siitä, missä määrin sopimusvapaus ehkä puoltaa sovittelua. Tätä tarkoittaen on kirjoitettu siitä, että osapuolella ei tietoisuudestaan huolimatta ehkä ole mahdollisuuksia saada aikaan kohtuullista (tasapainoista) sopimusta.¹⁸⁰ Kun tietoisuutta arvioidaan itsenäisenä oikeustositseikkana, se on kuitenkin aina sovittelua vastaan puhuva näkökohta. Kokonaisharkinnassa ehdon kohtuuttomuudesta sopimuksen syntyaikana perustellusti tietämätön osapuoli on siten paremmassa asemassa kuin kohtuuttomuudesta tietoinen. Sen sijaan tietoisuudella on luonnollisesti erilaisia tasoja.¹⁸¹ Esimerkiksi sopimusosapuolta, jonka vain olisi tullut havaita ehdon kohtuuttomuus, kohtaa vähemmän painava sovittelua vastaan puhuva argumentti kuin sellaista osapuolta, joka todella tiesi ehdon kohtuuttomuuden. Samoin tiedon varmuus voi vaihdella.¹⁸² Täysin varmasti kohtuuttomuuden tiennyt saa kärsiä vahvemman sovittelua vastustavan

¹⁷⁸ Mitä enemmän toisen sopimuspuolen asema tosiasiaa rinnastuu työntekijään, sitä vähäisempi merkitys on viittauksella riskinottoon sovittelua vastaan puhuvana tekijänä. Tällainen tilanne vallinne usein ns. franchise -sopimuksissa, ks. niistä *Bygglin*, Om franchiseavtal och upplösningsfrihet.

¹⁷⁹ Ks. *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet. Ks. myös HE 62/86 s. 33: ”kohtuullistamiseen suhtaudutaan pidättyvämmiin silloin, kun sopijapuolten velvoitteiden toteutumisen vaikutukset on jo sopimusta tehtäessä voitu ennalta arvioida”.

¹⁸⁰ HE 247/81 s. 12, 17 ja *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet s. 167—170. Ks. myös SOU 1974:83 s. 49 esitettyä Ruotsin osamaksukauppalaain (avbetalningsköplagen) 8 §:ään liittyvästä osastopäällikön lausumasta: Vastikkeen sovittelu on käytännössä mahdollista vain silloin kun kiskomissääntö soveltuisi. Ks. myös SOU 1974:83 s. 85—86 Englannin The Supply of Goods (Implied Terms) 1973 esittelyä, jossa vastuuvapausekkeiden kohtuusharkinnassa on nimenomaan otettu huomioon se, oliko osapuolella mahdollisuus saada hyödyke myös ilman vastuuvapausehtoa. Ks. vielä yleisellä tasolla *Atiyah*, Essays on Contract s. 353: monopolin kanssa sopineen henkilön suostumus ei estä häntä vaatimasta hyvitystä. Atiyahilla on rinnastus kiskomiseen, jossa pidämme hyväksyttävänä sitä, että henkilö ensin suostuu (hänen on pakko suostua) ehtoihin ja hakee sitten hyvitystä.

¹⁸¹ *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet s. 157—158, erottaa tietoisuuden tosiasiaa, joka saattaa tehdä sopimuksesta kohtuuttoman ja tietoisuuden ehdon olemassaolosta sekä vielä oletuksen ehdon merkityksestä.

¹⁸² *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet s. 166.

argumentin kuin perustellusti epävarmana ollut.¹⁸³ Myös sopimuksen kohteen laadulla voi olla merkitystä. Jos ehdon kohtuuttomuudesta tietoinen hankkii itselleen välttämättömyyshyödykkeen (asunto, työ), voi samanlaisenkin tietoisuuden painoarvo olla alhaisempi kuin ylellisyshyödykkeiden kaupassa.¹⁸⁴

Laintarkastuskunta ehdotti sovittelun rajaamista siten, ettei kohtuuttomuuteen olisi saanut vedota se, joka ”oikeustointa tehtäessä tiesi tai jonka olisi pitänyt tietää kohtuuttomuudesta”.¹⁸⁵ Hallituksen esitykseen otettiin seuraava lausuma selventämään asiaa: ”Sopijapuoli on yleensä velvollinen täyttämään sitoumuksensa. Se ei pääsääntöisesti voisi vedota kohtuullistamissäännöksen, jos sopijapuolten velvollisuuksien järkkymiseen johtaneet seikat ja niiden seuraukset voitiin sopimusta tehtäessä ennakoida. Tämä sääntö ei kuitenkaan olisi poikkeukseton. Jos esimerkiksi sopijapuolella ei ole ollut muuta mahdollisuutta kuin sopimuksen tekeminen toisen osapuolen esittämällä ehdolla, ei kohtuullistamissäännöksen vetoamiselle olisi estettä.”¹⁸⁶ Tässä teoksessa äsken perusteltu kanta on vivahteiltaan toinen. Pääsääntöisyys/poikkeuksellisuus-kaavan sijasta kirjoitetaan kuvatunkaltaisesta tietoisuudesta vastaindisiona. Asiallisesti kannat kuitenkin vastaavat toisiaan.

Suomessa aikaisemmin esitetyt kannanotot siitä, ettei vastiketta voitaisi sovittelulla, ovat myös ymmärrettävissä tätä taustaa vasten.¹⁸⁷ Kun vastike-ehto muodostaa keskeisen osan sopimuspuolten suhteista, se ei voine kuulua seikkoihin, joita osapuoli ei havaitse. Vastike-ehto tuntuu silmiinpistävältä ehdolta. Sen kohtuuttomuudesta tietoinen toimii siten paljon vastuuttomammin kuin jonkin muun ehdon osalta olisi laita. Tämän ajattelutavan soveltaminen mahdollisimman pitkälle merkitsisi siten erottelua luottamuksen perusteltuisuuden kannalta. Vastikkeen määrään luottaminen olisi aina perusteltua eikä sitä koskevaa ehtoa voitaisi

¹⁸³ Toinen merkitys on sopimuksenteon jälkeen tulleilla tai täyttämävaiheen olosuhteilla. Niistä jäljempänä alkaen s. 306.

¹⁸⁴ Tässä omaksuttu kanta poikkeaa siten yksityiskohdissaan Sevónin esittämästä. Hän jäsentää ongelmaa pääsääntöoletuksella, ja mahdollisuudet vaatia sovittelua ovat sidoksissa poikkeuksellisiin olosuhteisiin. Ero Sevóniin johtuu siitä, että hän ei nähtävästi anna merkitystä sille, että tietoisuus alentaa mahdollisen *sovitteluhyvityksen* määrää. Näin esimerkiksi jos osapuoli maksaa tietoisesti ylihintaa saadakseen aikaan kaupan (Sevón, m.kirj. s. 165, pohtii oikeuden väärinkäytön soveltumista tällaisiin tilanteisiin), ei vastapuoli joudu palauttamaan — jos sovitteluun kuitenkin on aihetta — kauppahinnasta yhtä suurta osaa kuin jos sovittelua vaatinut ei olisi ollut tietoinen ylihinnasta.

¹⁸⁵ Laintarkastuskunnan lausunto 2/1981 s. 4. Ks. tarkemmin *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet s. 163—164.

¹⁸⁶ HE 247/81 s. 12.

¹⁸⁷ Ks. niistä *Wilhelmsson*, Om styrning av försäkringsvillkor s. 340 viittauksineen.

koskaan sovitella.¹⁸⁸ Sen vuoksi OikTL 36.3 §:n täsmennys siitä, että myös vastikkeen määrää koskeva sitoumus kuuluu sovittelumahdollisuuden piiriin, on periaatteelliselta kannalta tärkeä.

Luottamusnäkökohtaan on osaltaan yhteydessä myös lain kiertämisen tarkoitus sovitteluperusteena.¹⁸⁹ Kun sopimuksin yritetään kiertää lakia, käytetään väärin sitä luottamusta, joka liittyy sopimuksiin yhteiselämän järjestelyn välineenä.¹⁹⁰ Tarkemmista olosuhteista riippuen tästä perusteesta saattaa joutua joko sovittelua puoltava tai sitä vastaan puhuva argumentti, sovitteluindisio tai vastaindisio.¹⁹¹ Argumentin painoarvo määräytyy — julkisen intressin ohella — osaksi vaihdannan intressin periaatteen nojalla. Toisinaan lain kiertämiseksi tehtyjä sopimuksia on pidettävä lain tai hyvän tavan vastaisina. Tällöin ne eivät saa aikaan sopimusvastuuta lainkaan — seikka, joka sitäpaitsi on otettava viran puolesta huomioon. Jos sovittelua vaativa on käyttänyt sopimusta lievempään kuin lain tai hyvän tavan vastaiseen lainkiertoon, on se vastaindisio. Vastaavasti, jos sopimusta tällä tavoin epäasianmukaisesti käyttänyt taho on vastapuoli, lainkierron osoittaminen puoltaa sovittelua.¹⁹² Tilanne, jossa molemmat osapuolet ovat tietoisesti käyttäneet sittemmin kohtuuttomaksi väitettyä ehtoa tai sopimusta lainkiertoon, on vaikein arvioida. Niin kaavamainen ratkaisu, että lainkierto sovitteluperusteena olisi aina jätettävä täysin vaille merkitystä, tuntuu huonosti perustellulta.¹⁹³ Sovitteluharkinnas-

¹⁸⁸ Vrt. SOU 1974:83 s. 49. Vrt. myös *Sevónin*, Inflation och jämkning av avtal ja *H. Halilan*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen s. 622—624, johtopäätöksiin.

¹⁸⁹ HE 247/81 s. 13 ja SOU 1974:83 s. 134—135.

¹⁹⁰ Vrt. erityisesti simulaatiosta *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä, jossa esitetyistä teorioista juuri objektiivinen simulaatio-oppi on ymmärrettävissä tästä lähtökohdasta: kun sopimusinstituuttia käytetään tarkoituksensa vastaisesti, niin keskeisimmin loukataan sitä luottamusta, joka sopimuksiin liittyy ja tätä kautta vaihdannan intressiä. Tätä tausta-analyysia tukee myös OikTL 34 § ottaessaan kantaa tertiuksen asemaan simulaatiotilanteessa nimenomaan vilpittömän mielen valossa. Aurejärvi itse puoltaa ns. subjektiivista simulaatio-oppia, jossa keskeinen merkitys simulaatio-osapuolten välisissä suhteissa, siis myös mahdollisessa sovitteluharkinnassa, jää simulaation osapuolten tahdoille.

¹⁹¹ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 88.

¹⁹² Vrt. huoneenvuokrasta ns. pimeään vuokran tilanne, jonka ei katsottu tapauksessa KKO 1982 II 127 johtavan siihen, että pimeää vuokraa koskeva ehto olisi vuokrasuhteissa noudatettavan hyvän tavan vastainen ja sen vuoksi jätettävä huomioon ottamatta.

¹⁹³ Vrt. kiinteistönkaupassa ns. puuttumattomuusperiaatteen mustan kauppahinnan suhteen, ks. tarkemmin *Soisalo*, Mustasta kauppahinnasta kiinteistön kaupassa s. 235—276 ja siinä viitattuja KKO:n tapauksia. Ks. kit. KKO 1981 II 104, jossa osapuolelle annettiin mahdollisuus vedota kiinteistönkaupan pätemättömyyteen OikTL 33 §:n perusteella tällaisessa tilanteessa.

sa ja erityisesti sopimuksen syntyolosuhteiden merkitystä pohdittaessa voidaan omaksua vivahteikkaampi kanta, jossa lainkierrosta tietoisellakin osapuolella on vielä mahdollisuus osoittaa esimerkiksi aloitteen tulleen vastapuolelta, vastapuolen hyötyvän lainkierrosta olennaisesti enemmän jne.¹⁹⁴ Lainkiertoperusteen vahvuus sovitteluharkinnan argumenttina ei molemminpuolisen tietoisuuden tilanteessa kuitenkaan voi kohota kovin vahvaksi.

Heikomman hyvittämisen periaate on jäänyt tässä käsiteltävistä sovitteluperiaatteista viimeiseksi. Sopimusvapauden näkökulmasta heikomman hyvittämisen periaatetta voidaan pitää pelkästään heikomman suojeluna. Kysymys olisi silloin ennen kaikkea oikeustoimikelpoisuuden ja OikTL 28—31 ja 33 §:ssä säädetyn pätemättömyyden sisällöstä. Hyvinvointivaltiossa heikomman hyvittäminen on kuitenkin itsenäinen, joskin osittain samoihin oikeustositseikkoihin perustuva kuin sopimusvapaus. Esimerkiksi alaikäisyyttä voidaan tarkastella niin sopimusvapauden kuin heikomman hyvittämisen kannalta. Sopimusvapauden kannalta se merkitsee tahdonmuodostuskyvyn keskimääräistä riittämättömyyttä. Heikomman hyvittämisen kannalta se merkitsee sitä, että alaikäinen heikompana (kokemattomampana jne.) asetetaan parempaan asemaan kuin täysi-ikäinen samoista toimista.

Verrattuna sopimuksenulkoisten sovitteluperusteiden toiseen ja kolmanteen ryhmään, sopimussuhteen aikana ilmenneisiin seikkoihin ja seikkoihin sopimusta täytettäessä, on sopimuksen syntyolosuhteiden osapuolen henkilöön liittyvillä oikeustositseikoilla tavallisesti kuitenkin heikompi kokonaismerkitys kuin myöhemmin ilmenevillä. Esimerkiksi jo sopimuksen tekohetkellä maksukyvyttömän osapuolen vedotessa tuohon seikkaan saadakseen heikomman hyvittämisen edun, vastapuoli voi kokonaisharkinnassa helposti tasapainottaa tilanteen osoittamalla henkilön olleen tietoisien maksukyvyttömyydestään. Sovitteluharkinnassa ei kuitenkaan tarvitse omaksua samaa kaavamaisista ratkaisua kuin joissakin oikeussäännöissä¹⁹⁵, joissa ei ole annettu lainkaan merkitystä sellaiselle henkilökohtaiselle seikalle (sairaus, työttömyys, jne.), joka vallitsi jo sopimusta solmittaessa. Sovittelussa tuollaisen ns. alkuperäisen heikkouden tilanteen tarkemmassa jäsentämisessä voidaan ottaa huomioon esimerkiksi se, mistä syystä henkilö on joutunut työttömäksi, millä tavoin hän on itse voinut vaikuttaa sairauteensa, millaisesta hyödykkeestä oli kysymys (välttämättömyystarvike/yllellisyshyödyke) jne.

¹⁹⁴ Vrt. yleinen velvoiteoikeudellinen ajatus siitä, että osapuolen tahallisuus jättää toisen osapuolen tuottamuksen varjoonsa. *Kivimäki*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu s. 256. Tämä ajatus ei siis päde sovittelussa.

¹⁹⁵ Esim. kuluttajansuojalain 7 luvun 16.2 § ja osamaksukauppalain 2.2 §.

HD on useammassa AvtL 36 §:ään perustuvassa ratkaisussaan puuttunut tarkemmin siihen, millaisilla edellytyksillä *yritysten välisissä sopimuksissa* toinen osapuoli saattaisi olla kuluttajaan rinnastuvalla tavalla heikompi.¹⁹⁶ Tämän taustana Ruotsissa on AvtL 36 §:n nimenomainen lausuma siitä, että sovittelussa on otettava huomioon se, oliko toinen osapuoli kuluttajaan rinnastuvalla tavalla heikompi. OikTL 36 §:ssä ei ole vastaavaa nimenomaista lausumaa. Silti on selvää, että harkittaessa sovittelua ja erityisesti sopimuksen syntyyn liittyviä sovitteluperusteita suhteessa heikomman hyvittämisen periaatteen, voidaan huomioon otettavia seikkoja täsmentää esimerkiksi Ruotsissa käytettyyn tapaan.¹⁹⁷

HD:n ratkaisuihin yhtenä lähtökohtana on yritysten liikevaihtojen ero. Liikevaihdoltaan olennaisesti pienempi yritys saa hyväkseen heikomman hyvittämisen nojalla sovittelua puoltavan argumentin. Tuon argumentin voima vähenee tai se menettää täysin tehonsa, jos pystytään osoittamaan, että liikevaihdoltaan pienempi yritys oli erikoistunut juuri sopimuksen tarkoittamaan toimintaan.¹⁹⁸ Vastaavasti argumentin sovittelua puoltava voima korostuu, mikäli pystytään osoittamaan liikevaihdoltaan suuremman yrityksen olevan alallaan ainoa tai lähes ainoa koko maassa.¹⁹⁹ Edelleen argumentin sovittelua puoltavaa voimaa korostaa se, että liikevaihdoltaan pienempi yritys on ollut alalla aloitteleva.²⁰⁰

¹⁹⁶ Ks. *Bernitz*, *Småföretagarskydd* s. 126—135 ja siinä mainitut tapaukset NJA 1979 s. 666, NJA 1981 s. 711, NJA 1982 s. 800, NJA 1983 s. 510, NJA 1984 s. 229, NJA 1986 s. 388 sekä niiden lisäksi uusimpana NJA 1987 s. 639. — Esiteltävä prejudikaattien viitoittama ratkaisulinja lienee esimerkki siitä, mitä SOU 1974:83 s. 131 tarkoitettiin kirjoittamalla, että sovitteluratkaisuista voidaan poimia esiin periaatteellisesti tärkeä näkökohta ja esittää sitä koskeva harkinta yleistettävällä tavalla. Ks. myös m.t. s. 187—190. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I s. 53, huomauttaa, että periaatteiden varassa tehtävät prejudikaatit auttavat konkreettisesti silloin kun yksittäistapausten sijasta annetaan ”ratkaisujen sarjoja”.

¹⁹⁷ Ks. HE 247/81 s. 3, 6 ja 14—15 ja *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 130—131.

¹⁹⁸ NJA 1979 s. 483.

¹⁹⁹ NJA 1979 s. 666.

²⁰⁰ NJA 1979 s. 666. *Bernitz*, *Småföretagarskydd* s. 118, vastustaa yleisesti sellaisten määrällisten kriteerien käyttöä kuin esimerkiksi liikevaihto ja/tai henkilöstön määrä. Hänen ratkaisunsa on, että ydinalueen (pikkukaupat, korjauspajat, käsityöläiset, pienviljelijät, kalastajat jne.) ulkopuolella ratkaisevaa on ”den omgivande ekonomiska miljön och avtalsförhållanden karaktär”, m.kirj. s. 119. Tässä yhteydessä voidaan myös viitata kilpailunrajoitusehtoja koskevaan Norjan AvtL 38.2 §:ään, jossa kilpailunrajoituslausekkeiden pätevyyttä arvioitaessa on erotettu sellaiset sopijakumppanit, jotka ovat työnantajiin nähden alisteisessa asemassa kuten työntekijät, työesimiehet, kauppa-apulaiset ja vastaavat.

3.3.2. Sopimussuhteen aikana tai sopimusta täytettäessä ilmenevät perusteet

Lakiteksti viittaa sopimussuhteen aikaisiin tai sopimuksen täyttämiseen liittyviin näkökohtiin yleisesti ilmaisulla ”oikeustoimen tekemisen jälkeen vallinneet olosuhteet”. Lisäksi on mahdollista käyttää täydentävää ”muut seikat”-ilmaisua.

Keskeisimpiä sovitteluperusteita ovat muuttuneet olosuhteet. Muuttuneiden olosuhteiden merkitystä täsmennettäessä ne on liitettävä joihinkin sovitteluperiaatteisiin. *Sopimusvapauden* periaatteen näkökulmasta muuttuneet olosuhteet ovat ongelma motiivien merkityksestä tahdon kannalta. Sopimusvapaus yhdistetään tavallisesti tahto -käsitteeseen siten, että motiivit jäävät juridisesti merkityksellisen tahdon ulkopuolelle.²⁰¹ Sopimusvapauden näkökulmasta muuttuneet olosuhteet ovat sen vuoksi sopimuksen syntyvaiheen ja erityisesti erehdysinstituutin kattama ongelma. Sopimuksen pistekäsitys²⁰² johtaisi lopputulemaan, jonka mukaan — ellei muuttuneiden olosuhteiden katsota johdavan uuden nimenomaisen tai hiljaisen sopimuksen syntyyn — sopimusvapaus ei lainkaan tarjoaisi taustaa muuttuneiden olosuhteiden huomioon ottamiselle sovitteluindisiona. Sopimuksen prosessikäsitys tekee mahdolliseksi vivahteikkaamman tarkastelun, jossa osapuolten toiminta sopimussuhteen aikana saa merkitystä myös vastuulementtien arvioinnissa suoraankin ja siten myös sovitteluharkinnassa. Sopimusvapaus sovitteluperiaatteena painottuu kuitenkin sopimuksen syntyvaiheeseen.

Sen sijaan *vaihdannan intressin* nojalla on selvempää pohtia olosuhteiden muuttumisen merkitystä. Kysymys on luottamuksesta: missä määrin toisen osapuolen luottamus sopimusvelvoitteiden säilymiseen muuttumattomina muuttuvissakin oloissa on *perusteltua*? Seikat, joihin on kiinnitettävä huomiota, ovat samoja, joiden nojalla voidaan soveltaa edellytysoppia.²⁰³ Sovitteluharkinnassa ei kuitenkaan tarvitse asettaa ehdoksi sitä, että kaikkien edellytysopin so-

²⁰¹ Ks. aiemmin Savignystä III luvussa esitettyä s. 121.

²⁰² Ks. edellä s. 211—214.

²⁰³ *Knoph*, *Rettslige standarder* s. 37, toteaaakin muuttuneiden edellytysten pohtimisen olevan tietyn kompleksisen suuntaviivan tarkentamista mm. alastandeilla. Samoin m.t. s. 38 oikeuden väärinkäytöstä. — Edellytysopista Suomen oikeudessa ei liene kattavaa esitystä. Eri tavoin siihen ovat ottaneet kantaa mm. *Vihma*, *Suorituksen mahdottomuus* s. 53—54, *Godenhjelm*, *Om säljarens bundenhet under förändrade förhållanden* s. 99 ss. ja *Taxell*, *Avtal och rättsskydd* s. 220. Yleistoteamuksena on, ettei tuota oppia ole Suomessa hyväksytty, esim. *Taxell*, *ibid.* Ks. myös *Sevón*, *Inflation och jämkning av avtal* s. 404—405. Ks. kuit. KKO 1986 II 111. Pohjoismaisesta edellytysopista ks. yleisesti esim. *Hellner*, *Speciell avtalsrätt* II s. 237—241 ja *Lehrberg*, 36 § avtalslagen och förutsättningsläran ja siinä viitattua.

veltamisehtojen on täytyttävä yhtäaikaan. Ei aivan -argumentti pätee jälleen: jos tilanne on lähes tai joiltakin osiltaan edellytysopin mukainen, se on sovittelua puoltava argumentti vaihdannan intressin mukaisesti.²⁰⁴ Merkitystä saa siten muun muassa se, missä määrin osapuolet ovat ottaneet toiminnassaan huomioon sittemmin olennaiseksi osoittautuneen seikan, onko seikan olennaisuus molemminpuolista, puuttuiko edellytys jo sopimuksentekohetkellä ja oliko tapahtumainkulku ennakoitavissa. Havainnollisina esimerkkeinä Suomen velvoiteoikeudesta voi viitata valtiovallan toimenpiteistä johtuvien seikkojen arviointiin toisaalta devalvaation yhteydessä ja toisaalta raaka-aineiden hinnan nousuun johtaneina.²⁰⁵ Edelleen voidaan viitata keskusteluun inflaation velvoiteoikeudellisesta merkityksestä.²⁰⁶ Korostettakoon, ettei sovitteluharkinta kuitenkaan korvaa edellytysoppia itsenäisenä sitovuusharkinnan muotona.²⁰⁷ On sopimuksia, joiden vaikutukset näkyvät tavallisesti vasta vuosien tai vuosikymmenten päästä (esimerkiksi avioehtosopimus). Niiden osalta sovitteluharkinta voineekin tulla ajankohtaiseksi vasta, kun on selvillä, millaiseen lopputulokseen sopimuksen soveltaminen johtaisi.²⁰⁸ Sen sijaan niiden sitovuus voidaan selvittää riippumatta tuollaista lopputulosta koskevasta tiedosta.

Sovittelu poikkeaa varsinaisesta edellytysopista myös siten, että sovittelussa arvioinnissa ovat itsenäisinä mukana myös sopimusvapauden ja heikomman hyvittämisen edellyttämät näkökohdat. Toisaalta sovittelulle ei asetu yhtä tiukoja olennaisuus-, tietoisuus- ja vastaavia ehtoja kuin edellytysopissa. Sen vuoksi on jälleen mahdollista käyttää ilmaisutapaa, että argumentit, jotka eivät aivan riitä perustelemaan ehtojen muuttamista edellytysopin avulla, voivat yhdistettynä sovittelua puoltaviin, sopimusvapauden ja heikomman hyvittämisen nojalla saatuihin argumentteihin johtaa siihen, että sovittelu kuitenkin tulee kysymykseen, vaikkei edellytysopin soveltamiseen olisi mahdollisuuksia.

Osapuolen sopimusrikkomus voi olla myös sopimuksenulkoinen sovittelu-

²⁰⁴ Lisäksi on muistettava, että suoritusten epätasapaino — edellytysopinkin soveltamisen lähtökohta — harkitaan sovittelussa erikseen kohtuusperiaatteen nojalla.

²⁰⁵ KKO 1973 II 26 verrattuna KKO 1982 II 41. *Wilhelmssonin*, Vakiosopimus s. 86, mukaan korkein oikeus on edellyttänyt ”suhteellisen suuria muutoksia hyväksyäkseen kohtuullistamisvaateen”.

²⁰⁶ HE 247/81 s. 15—16, *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 27—40, *Sevón*, Inflation och jämkning av avtal ja *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 87 ja niissä viitattut tapaukset ja kirjallisuus sekä SOU 1974:83 s. 164—165.

²⁰⁷ Samoin SOU 1974:83 s. 157 ja NJA 1985 s. 178.

²⁰⁸ Ks. myös NJA 1982 s. 230, jossa ei tutkittu sovitteluvaatimusta, koska ei ollut selvitetty, tullaanko kohtuuttomaksi väitettyyn ehtoon vetoamaan. Avioehtosopimuksen soveltamista ks. tarkemmin jäljempänä s. 351.

peruste.²⁰⁹ Sovitteluperiaatteena on tällöin vaihdannan intressi ja siten luottamus. Jos vastapuoli itse rikkoo jotain sopimusvelvoitettaan, ei sen luottamus siihen, että toinen osapuoli täysin pysyy sopimuksessa, ole enää yhtä perusteltua kuin jos omia velvoitteita täysin noudatettaisiin. Tämä näkökohta on riippumaton siitä, vetoaako toinen osapuoli sopimusrikkomukseen.²¹⁰ Monesti sopimuspuolten voimasuhteiden epätasapaino johtaa siihen, ettei vahvemman osapuolen sopimusrikkomuksen vaikutuksia voida saattaa normaalisti voimaan. Sen vuoksi ei ole mitään aihetta asettaa periaatteellista estettä — esimerkiksi edellyttää, että osapuolen on aina vedottava ensisijaisesti sopimusrikkomuksen erityisiin oikeusvaikutuksiin — ottaa sopimusrikkomus huomioon sovitteluindisioina rikkovaa osapuolta kohtaan. Tahallinen sopimusrikkomus on voimakkaampi sovitteluindisio kuin tahaton.²¹¹

Hallituksen esityksessä viitataan siihen, että sopimuksen irtisanominen kostonarkoituksessa voidaan ottaa huomioon sovittelussa.²¹² Lausumalla haluttaneen viitata yleisemminkin siihen, että vastapuolen oikeuden väärinkäyttö puoltaisi sovittelua. Sopimussysteemin kannalta kysymys shikaanista, ja laajemmin oikeuden väärinkäytöstä, on hankala.²¹³ Edellytysopin tapaan voidaan

²⁰⁹ Ks. edellä vaikutusta suoritusten tasapainoon kohtuuseriaatteen nojalla s. 289 ja SOU 1974:83 s. 173 vertaillen menettämisehtoa ja sellaista ehtoa, jonka mukaan sopimusrikkomus ei vaikuta osapuolen suoritusvelvollisuuteen. *Klami*, Om reglering av avtal s. 198, on todennut pätemättömyyden ja sopimusrikkomuksen liudentuvan toisiinsa. Ks. vielä KKO 1984 II 83, josta jäljempänä s. 357 alkaen tarkemmin.

²¹⁰ Vrt. toisin *Palmgren*, Konkurrenssklausuler vid tjänsteavtal s. 146, siitä ongelmasista, voiko OikTL 38 §:ssä tarkoitettua kilpailunrajoitusehdon saada tehottomaksi vetoamalla sellaiseen sopimusrikkomukseen, joka olisi antanut oikeuden saada työsuhte puretuksi, mutta johon ei kuitenkaan vedottu.

²¹¹ Näin jo OikTL:n vanhan 36 §:n mukaisessa sopimussakon kohtuusharkinnassa *Vihma*, Sopimussakko s. 145—146: ”Velallisen syyllisyyden määrä vaikuttaa sopimussakon kohtuullisuuteen.” Vihma ei liitä tätä perustetta selvästi mihinkään periaatteeseen, kuten vaihdannan intressiin, tai yleiseen taustaseikkaan, kuten luottamukseen. Ks. myös *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 446, sopimussakon sovittelussa huomioon otettavista tekijöistä: ”Frånvaron av culpa eller blott ringa vållande kan föranleda nedsättning”. Huomattakoon myös, että *Taxell* ei — toisin kuin *Vihma*, Sopimussakko 187 ss. — asettanut tuottamusta sopimussakon maksuvelvollisuuden edellytykseksi.

²¹² HE 247/81 s. 16. Ks. myös NOU 1979:32 s. ja SOU 1974:83 s. 155—156. Ks. vielä Km 8/57 s. 25, jossa perustellaan huoneenvuokralakiin otettavaksi ehdotettua sovittelusääntöä sillä, että sopimuksen sitovan vaikutuksen periaate saattoi edistää sellaisiakin tarkoituksia, joita oikeusjärjestys ei voi hyväksyä. — Vrt. käänteiseen tilanteeseen: sovittelun vaatiminen voi olla oikeuden väärinkäyttöä tilanteissa, joissa sovittelua vaativa on tieninyt ehdon kohtuuttomuudesta. Tuollaisesta väitteestä ja sen arvioinnista ks. *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalslutet s. 166.

²¹³ Tuon ajatuksen ilmauksena voidaan pitää esim. vekselilain 17 §:ää. Ks. *Telaran-*

huomauttaa, että tilanteen oikeudellisen harkinnan normaali järjestys on se, että ensin on selvitettävä, onko kysymyksessä oikeuden väärinkäyttö. Vasta jos sen merkitsemä sitovuudesta läpäistään on pohdittava sovittelua.²¹⁴ Sovitteluperiaatteista oikeuden väärinkäyttö on yhteydessä luottamukseen ja sitä kautta vaihdannan intressiin. Viime kädessä on kysymys siitä, että vaihdannan tarkoitus on taloudellisen hyödyn tuottaminen. Selvässä ristiriidassa tämän kanssa on toiminta, jolla pyritään — ilman omaa, taloudellisesti perusteltua hyötymistarkoitusta, ja oman oikeuden taustana olevan säännösten sosiaalisen tarkoituksen vastaisesti — tarkoituksellisesti vahingoittamaan toista.²¹⁵

Oikeuden väärinkäyttöä lievempi on menettelytapa, jolla toinen osapuoli aiheuttaa sallitusti toiselle epämieluisia seurauksia (irtisanominen henkilökohmaisessa kostotarkoituksessa verrattuna irtisanominen aiheesta, johon irtisanottu ei kuitenkaan ole syyppä). Vastapuoli saattaa myös vedota oikeuteen, josta se hyötyy, mutta olennaisesti vähemmän kuin toinen osapuoli menettää.²¹⁶ Yleisesti tilanne muistuttaa lojaliteettiongelmaa. Varsinaisen sopimusrikkomuksen tapaan myös lojaliteettivelvollisuuden vastainen toiminta on sovitteluindisio.

Vielä on pohdittava huomautuksista tehdyn suorituksen merkitystä sovit-

ta, Vekselivelallisen oikeudesta vedota tahtovirheeseen s. 339 viite 28. Vrt. *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 218: ”oikeusjärjestyksessä ei ole yleisnormia, jonka mukaan kaikki pelkästään toisen loukkaamiseen tai muuten hylättävään päämäärään tähtäävät oikeustoimet olisivat pätemättömiä”. Aurejärvi kirjoittaa tässä kuitenkin vain oikeustoimista, ei oikeuksien käyttämisestä yleensä.

²¹⁴ Vrt. kuit. esim. U 1981.300, jossa käytettiin 36 §:ää, vaikka siinä toteutuivat oikeuden väärinkäytön tunnusmerkit. Ks. tapauksesta *Jørgensen*, Aftalelovens § 36—10 år s. 118—119. Samoin avioliittolain 103b §:n kannalta *Koskelo*, Avioliittolain uudet ositussäännökset s. 971: ”Normaalisääntöjen poikkeukseton soveltaminen voisi kuitenkin tarjota mahdollisuuden myös suunnitelmalliseen taloudellisen hyödyn tavoitteluun avioliiton kautta. ... Uusi avioerosäännöstö ... ei aseta tällaisille pyrkimyksille mitään esteitä, joten tarvittava torjuntamekanismi ositussäännöksissä on välttämätön tietoisien väärinkäytön estämiseksi.”

²¹⁵ Ks. näistä kriteereistä SOU 1974:83 s. 155: osapuoli käyttää oikeutta saavuttaakseen muun edun kuin minkä oikeus on suojannut ja jota etua ei voida hyväksyä. *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälitteet s. 259, kirjoittaa velkojan ”kiusamielisestä” oikeudenkäytöstä mahdollisena sovitteluperusteena.

²¹⁶ Vrt. *Baylesin*, Principles of Law s. 199, kuvaamaan oikeustapaukseen (Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.), jossa entisen kaivosalueen arvo sovittujen purkutöiden jälkeen kyllä kohoaisi, mutta vain vähän ja jossa purkutöiden kustannukset olisivat olennaisesti suuremmat kuin alueen arvon nousu. Tapauksessa purkutöihin sitoutuneella ei katsottu olevan velvollisuutta maksaa vahingonkorvauksena töiden arvoa, vaan ainoastaan se arvonnousu, jonka ne olisivat saaneet aikaan. Sovellettaessa tällaista ajattelutapaa sovitteluun on jälleen käytettävä ei aivan -logiikkaa.

telua vastaan puhuvana seikkana. Aiemman OikTL 36 §:n mukaan sopimussakon varaukseton suorittaminen esti sopimussakon sovittelun. Kun tuo ehto jätettiin pois uudesta 36 §:stä, merkitsee tämä sitä, ettei varaukseton suoritus ole sovittelun ehdoton este.²¹⁷ Sen sijaan tuolla poisjättämisellä ei voitu eikä haluttu ratkaista sitä merkitystä, joka tuollaisella suorituksella on sovittelu-harkinnassa. Varaukseton sopimussakon tai päävelvoitteen suoritus on vastain-disio.²¹⁸ Sovitteluperiaate, jonka nojalla huomautuksista tehdyn suorituksen merkitystä on tavallisesti arvioitava, on vaihdannan intressi.²¹⁹ Kysymys on so-vittelua vaativan osapuolen varauksettoman suorituksen vastapuolella aikaan-saamasta perustellusta luottamuksesta sekä siitä, että vastapuolen suorituksen tekijän olosuhteita kartoittava selonottovelvollisuus minimoidaan.²²⁰ Tämän argumentin voimakkuus on sidoksissa muun muassa siihen, miten suuri osa kokonaissuorituksesta varauksista tehty suoritus on ja miten pitkä aika kuluu suorituksen teosta sovitteluvaateen esittämiseen. Jälkimmäinen merkitsee luot-tamukseen perustuvan passiviteettinäkökohdan soveltamista.

Heikomman hyvittämisen näkökulmasta muuttuneet olosuhteet ovat muu-toksia toisen osapuolen henkilöön liittyvissä ominaisuuksissa. Kysymys on työt-tömäksi joutumisesta, vakavasti sairastumisesta tai yleisestä taloudellisen ase-man olennaisesta huonontumisesta.²²¹ Tällaiset seikat tulevat erityisen selväs-ti näkyviin sopimusta täytettäessä.²²² Ne saavat merkitystä sovittelussa hei-

²¹⁷ HE 247/81 s. 17. Ks. myös SOU 1974:83 s. 194.

²¹⁸ HE 247/81 s. 17.

²¹⁹ *Palmgren*, Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal s. 110, huomauttaa pohtiessaan työntekijän velvollisuutta palauttaa osa saamastaan kilpailunrajoituskorvauksesta ehdon so-vittelun takia, että on otettava huomioon se, mihin korvaus on käytetty (esim. elatukseen). Tämä näkökohta saanee merkitystä heikomman hyvittämisen periaatteesta.

²²⁰ Vrt. *Vihman*, Sopimussakko s. 155, tapaan tulkita erääntyneen sopimussakon mak-saminen sopimusvapauden näkökulmasta sakon kohtuullisuuden myöntämiseksi. Kun uusi OikTL 36 § on pakottava, ei oikeustoimi, siis myöntäminen, jolla suojattu luopuu oikeuk-sistaan, ole häntä sitova. Ks. myös KKO 1976 II 64. *Vihma*, Sopimussakko s. 157, toteaa saman ”etukäteen” tehdystä luopumisesta.

²²¹ Vrt. tosin SOU 1974:83 s. 171. Siinä todetaan, että Ruotsin kuluttaja-asiamies ei voi vakioehtoja valvoessaan antaa merkitystä sairastumiselle, työttömäksi joutumiselle tai perhesuhteiden muuttumiselle sovitteluperusteina. Perustelu kielteiselle asenteelle on se, et-tä myyjä ei voi hintalaskelmiensa avulla sopeutua tällaiseen muutokseen. Huomautukseen liittyy lisäksi varaus siitä, että tulevaisuudessa voi tapahtua muutos asenteissa. Suomessa markkinatuomioistuimien ja kuluttaja-asiamies ovatkin tehneet ratkaisuja, joissa on otettu huo-mioon toisen osapuolen henkilöön liittyviä seikkoja. Ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 136—137. Ks. myös HE 247/81 s. 3, jonka mukaan osapuoli voi ”myöhemmin” joutua heikompaan asemaan.

²²² Sovittelutapauksista ks. tarkemmin *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 133—138 ja so-

komman hyvittämisen periaatteen nojalla.²²³ Tältä osin OikTL 36 §:n sisältö on muuttunut verrattuna tapaan, jolla vanha 36 § käsitettiin: aikaisemmin katsottiin, ettei velallisen varallisuusasemaa saanut ottaa huomioon tuon säännöksen nojalla.²²⁴

3.4. Kohtuuttomuuden kokonaisarviointi (rakennevaihe 4.)

Edellä on useasti viitattu siihen, että sovitteluargumentin merkitys näkyy vasta kokonaisharkinnassa. Kokonaisharkinnan tarkempi kuvaus perustuu sille, että jokaiselle neljästä sovitteluperiaatteesta voidaan muodostaa painoarvoasteikko, jonka mukaisesti niiden merkitys harkinnassa määräytyy. Sovitteluperiaatteiden saamista tapauskohtaisista painoarvoista muodostetaan yhteinen *kohtuuttomuusarvo*.²²⁵ Kohtuuttomuusarvo saadaan laskemalla yhteen neljän sovitteluperiaatteen saamat, sovittelua puoltavat tai sitä vastaan puhuvat painoarvot. Tuota kokonaisharkintaa voi havainnollistaa seuraavalla kaaviolla, jonka perustana on käytetty numeerisia arvoja siten, että kohtuusperiaatteen maksimiarvo on kaksi kertaa niin suuri kuin muiden periaatteiden. Kohtuusperiaatteen asteikko on siten 0—6 ja muiden —3:sta +3:een. Kohtuusperiaate ei enää kohtuusharkinnan 4. -vaiheessa voi saada negatiivisia painoarvoja, koska epätasapaino on sovittelun ehdoton edellytys. Sen vuoksi täysin tasapainoisen

siaalisesta suoritusesteestä m.t. s. 184—213. Ks. myös OikTL:n vanhan 36 §:n osalta *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 446.

²²³ Sen vuoksi *Wilhelmssonin*, Social civilrätt s. 136, väite, ettei sosiaaliselle *force majeure*'ille perustuvia sovitteluratkaisuja ole osoitettavissa, on ymmärrettävä siten, ettei tilanne, jossa sovitteluratkaisujen perusteluissa olisi voitu viitata mainittuun instituuttiin yhtenä sovitteluperusteena, ole tullut ajankohtaiseksi. *Pelkästään* sosiaaliseen suoritusesteeseen perustuvia *sovitteluratkaisuja* ei sitäpaitsi voida antaa; sovittelussa on aina kysymys kokonaisharkinnasta, jonka yhden osan voi muodostaa sosiaalinen suorituseste tai sitä lähellä olevat seikat.

²²⁴ Ks. *Wreden*, Laki oikeustoimista s. 145 ja *Vihman*, Sopimussakko s. 147 esittelemää kirjallisuutta. Toisin Vihma itse (m.t. s. 147—148), jonka mukaan velallisen varallisuusolot on otettava huomioon. Siten Vihma on tässä suhteessa sosiaalisen siviilioikeuden edelläkävijä. Hänen esimerkkityyppinsä on vähävarainen yrittäjä, jonka sopimussakko kaataa. *ibid.* Vrt. vielä maksimiin ”Geld hat man zu haben”, *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 180.

²²⁵ Tämän käsitteen systeemimerkitys vastaa sitä, mikä Lappi-Seppälän mukaan on rangaistusarvon käsitteellä rangaistuksen mittaamisharkinnassa. Hän kirjoittaa (Rangaistuksen määrittämisestä I s. 512): ”Rangaistusarvo ei ole yksiulotteinen käsite — esimerkiksi siinä mielessä, että se sisältäisi vain intuitiivisen sovitusajatuksen mukaisen näkökulman. Päinvastoin termille on edellä koetettu antaa moniulotteisempi, samanaikaisesti useampia vaatimuksia huomioon ottava sisältö (pluralistinen lähtökohta). *Siinä tulevat samanaikaisesti arvioitaviksi useat painoarvoltaan vaihtelevat periaatteet ja kriteerit.*” (korostus JP).

tai sovittelua vaativan kannalta edullisen sopimuksen sovittelu estyy jo harkinnan 1. -vaiheessa. Kohtuusperiaatteen maksimi-arvo on myös korkeampi — kuviossa kaksinkertainen — kuin muiden periaatteiden. Tämä maksimi-arvo on seurausta yhteisöllisen käytännön sopimusmallista, jonka mukaan kohtuusperiaatteen systeemi-arvo on korkein. Painoarvoasteikon maksimi-arvot ovat numeroarvoinen konkretisoituma periaatteiden systeemi-arvoista. Kohtuusperiaatteen maksimi-arvon valinta voidaan myös perustella *sopimusmallista riippumatta* ajatuksella kohtuusperiaatteen ensisijaisuudesta sovitteluharkinnassa.²²⁶

Kun kuvatulla tavoin on saatu kullekin periaatteelle sen systeemi-arvoa vastaava painoarvo-asteikko²²⁷, voidaan myös sovittelukynnykselle²²⁸ antaa numeerinen arvo. Sovittelukynnyksen arvoksi on valittu + 3. Tätä valintaa koskevat edellä mainitut yleiset näkökohdat. Sovittelukynnys on täsmällisesti määriteltävissä ainoastaan teoreettisena käsitteenä. Käytännössä sitä ei edes tarvitse tietää yksiselitteisenä arvona. Käytännön ratkaisutilanteessa riittää tieto siitä, sijoittuuko tapauksen kohtuuttomuusarvo sovittelukynnyksen ylä- vai alapuolelle.

Sovitteluperusteiden merkitys konkretisoituu pylväiksi pystysuorilla ulottuvuuksilla. Pylvään suunnan ja koon määrää sovitteluperusteen sovitteluperiaatteessa saama merkitys.

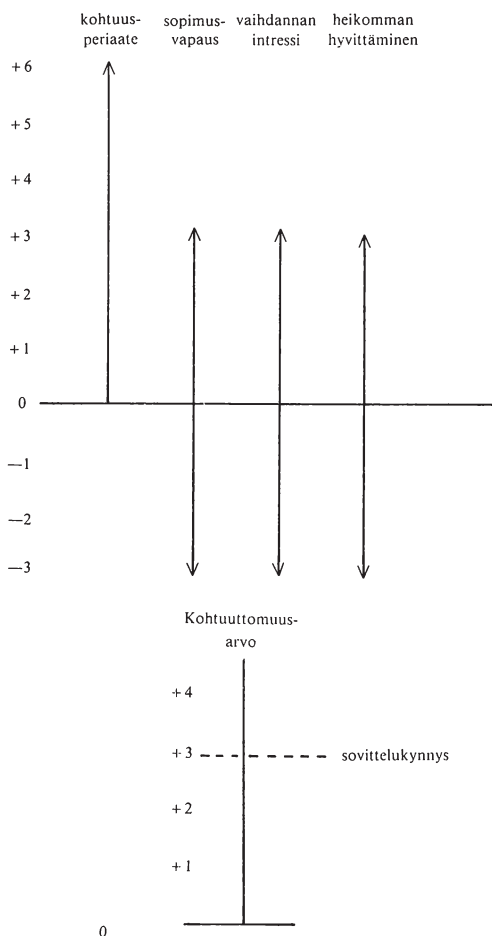
Kaavakuva antaa aiheen kysymykseen, mitä merkitsee, että periaate saa painoarvon nolla? Tämä voi olla seurausta kahdesta asiasta. Ensinnäkin tilanne voi olla sellainen, ettei periaate sovellu; tapauksen oikeustositseikat eivät ole merkityksellisiä kyseisen periaatteen kannalta. Toiseksi kysymys voi olla siitä,

²²⁶ Vrt. toisin Alexy, Theorie der Grundrechte s. 138—143, joka katsoo, että oikeusperiaatteiden kvantifioiminen eli metrittäminen tuolla tavoin on teoreettisesti perusteetonta eikä pelkästään käytännössä tarkasti mahdotonta. Numeerisen havainnollistuksen mahdollisuuden torjuu myös H. Halila, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumatonta urakkahinnan tarkistaminen s. 617 viite 64. Hän tosin perustelee kantaansa vain viittaamalla OikTL 36 §:stä esitettyihin käsityksiin. Ks. vielä Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määrittämisestä I s. 31 viite 21, jonka mukaisesti tällaisessa täsmentämisessä on jo kyse ”siirtymästä intuitiiviselta kriittiselle tasolle”. Lappi-Seppälä visualisoi rangaistuksen mittaamisen kokonaisharkintaa kuutiolla, ks. esim. s. 32 viite 22 ja 513.

²²⁷ Alexy käyttää nimitystä ”Rangstärke” (jonka sijasta tässä teoksessa käytetään termiä systeemi-arvo), joka voi maksimissaan saada lukuarvon yksi. Siten esimerkiksi perusoikeuksista henkilöllisen integriteetin perusoikeuden systeemi-arvo voisi olla 0.8 ja sananvapauden 0.4. Kuten mainittu (edellinen viite) Alexy ei itse kuitenkaan pidä tällaista metrittämistä mahdollisena. Ks. tarkemmin Theorie der Grundrechte s. 141.

²²⁸ Samaa termiä käyttää laintarkastuskunta lausunnossaan 2/1981 s. 3. Taxell käyttää samasta rajasta termejä ”toleransströskel” Taxell, Jämknings av avtal s. 620 ja ”toleransgräns” sama, Avtal och rättsskydd s. 87.

Kuvio 5. Kohtuuttomuuden kokonaisharkintakaavio



että tapauksen eri oikeustositseikat saavat erisuuntaisia painoarvoja samassa periaatteessa. Sopimuksesta on ehkä neuvoteltu, mutta vastapuolen neuvotte-
lujen yhteydessä saamat tiedot eivät ole olleet täysin paikkansapitävät. Sopi-
musvapauden periaate saa tällöin painoarvon nolla, mikäli tosiseikkojen eri-
suuntaiset vaikutukset ovat yhtä suuria. Kahden yrityksen välillä solmitussa
sopimuksessa sovittelua vaativa osapuoli saattaa olla liikevaihdoltaan huomatt-

tavasti pienempi, mutta sen ammattitaito ja erityistiedot saattavat keskeisesti suuntautua sopimuksen alaan. Tämä voi kompensoida vähäisemmän liikevaihdon ja johtaa siihen, että heikomman hyvittäminen lopulta saa painoarvon nollaan.²²⁹

Sovittelusta kirjoitettaessa esitetään usein tyyppitilanteita koskevia kannanottoja. Väitetään esimerkiksi, että kuluttajasuhteissa sovittelukynnys tai vaadittavan epätasapainon määrä on alhaisempi kuin elinkeinonharjoittajien välisissä sopimuksissa.²³⁰ Voidaan myös kirjoittaa, että sopimusten sitovuuden ja ennalta arvattavuuden periaatteille ei ”puolisoiden välisiä perheoikeudellisia varallisuussuhteita selvitettyä voida antaa niin suurta merkitystä kuin harkittaessa puhtaasti varallisuus oikeudellisten sopimusten kohtuullistamista”.²³¹ Tällaiset väitteet perustuvat sille, että yksi tai useampi sovitteluharkinnan oikeusperiaatteista *vakioidaan*. Periaatteen vakiointi merkitsee sitä, että sille annetaan *oletuspainoarvo*. Oletuspainoarvo perustuu käsitykselle siitä, että kyseisessä tapaustyyppissä²³² oikeustositseikat merkitsevät keskimäärin tietynsuuruista ja tietynsuuntaista painoarvoa, sovitteluindisiota tai vastaindisiota.²³³

Vakioimalla kaikki oikeusperiaatteet voidaan esittää jopa sovittelun lopputulosta koskevia väitteitä.²³⁴ Tavallisesti esityksissä kuitenkin vakioidaan vain osa periaatteista ja annetaan yhden tai useamman periaatteen muunnella.

²²⁹ Ks. NJA 1979 s. 483.

²³⁰ SOU 1974:83 s. 17, jossa tosin käytetään hieman epämääräistä ilmausta, että sovittelulla on vähemmän merkitystä puhtaissa liike-elämän suhteissa kuin kuluttajasuhteissa. Samoin, m.t. s. 165, todetaan, että voi olla perustellumpaa sovitella sellaisia sopimuksia, joissa on käytetty vakioehtoja kuin sellaisia, jotka on laadittu osapuolten yksilöllisen harkinnan varassa.

²³¹ HE 62/86 s. 33. Kannanoton perustelu voidaan äsken tehdyn täsmennyksen mukaisesti ilmaista siten, että vaihdannan intressi ja tarkemmin luottamus on vakioitu perheoikeudellisten varallisuussuhteiden kannalta heikommaksi vastaindisioksi kuin tavallisesti.

²³² Tapaustyypeittäin tai tyyppillisten piirteiden varassa sovittelua tarkastelee myös *Aurejärvi*, Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset esim. s. 737 viite 17: ”yllä tarkastellaan sopimusten kohtuuttomuuden ja sovittelun *tyypillisiä edellytyksiä* eikä kohtuuttomien sopimusehtojen *tosiasiallista ilmenemishikeyttä*”.

²³³ Ks. *Sundby*, Om normer s. 245. *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 71, väittää, että tarvesuuntautuneet roolikäsitteet eivät ole sitovia premissejä ratkaisulle vaan vain suuntaviiva-ja astekäsitteitä, joiden tarkempi merkitys riippuu siitä, millaiset ovat osapuolen konkreettiset tarpeet yksittäistapauksessa. Äsken määritellyin termein väite kuvastaisi — peruskäsitteiden näkökulmasta — heikomman hyvittämisen periaatteen vakiointiin liittyviä ongelmia. Ks. myös *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 81, jossa kirjoitetaan periaatteen ehdollisesta etusijasta. Tällöin ratkaistavaa tapaustyyppiä varten annetaan ehtoja (Bedingungen), joiden vallitessa toista periaatetta on periaatekollisiossa pidettävä toista tärkeämpänä.

²³⁴ Vrt. Raamatusta johdettuun koronottokielttoon keskiajalla tehtyihin täsmennysehd-

Tällainen esitystapa havainnollistaa sovittelutilanteiden eroja, kuten esimerkiksi väite, jonka mukaan kuluttajasuhteissa sovittelukynnys on alhaisempi kuin elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa.²³⁵ Juridinen selitys väitteelle on se, että kuluttajasuhteiden sovitteluharkinnassa heikomman hyvittämisen periaatteelle vakioituu tietty sovittelua puoltava painoarvo. Kuluttaja-asema on sovitteluindisio. Kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:ssä säädetyn sovittelun helpommuus verrattuna normaaliin sovitteluun perustuu siihen, että kuluttajansuojalain soveltaminen edellyttää muun muassa, että osapuolina ovat elinkeinonharjoittaja ja kuluttaja (kuluttajansuojalain 1 luvun 1, 4 ja 5 §). Soveltamisalakysymys harkitaan siten sellaisten kriteerien nojalla, jotka merkitsevät *tyyppitilanteena* heikomman ja vahvemman osapuolen suhdetta. Sen vuoksi sovittelu on sen verran helpompaa kuin kuluttajasuhteessa heikomman suosiminen *keskimäärin* edellyttää. Heikomman suosimisen painoarvo vakioidaan sovittelua puoltavaksi sekä vastikesovittelussa että muussa sovittelussa.²³⁶ Tapauskohtaisesti tuo edullisempi voidaan kumota vastaanäytöllä²³⁷, esimerkiksi osoittamalla, että käytetyn auton kuluttajaostaja oli autonasentaja. Tällöin — muiden oikeusperiaatteiden painoarvojen pysyessä muuttumattomina — palataan joko normaalitilanteeseen tai jopa tavallista vaikeampaan sovitteluun. Liike-elämän suhteissa vaihdannan intressille vakioituu tietty sovittelua vastaan puhuva painoarvo. Liityntä liike-elämään on vastaindisio.

Samalla tavalla ymmärrämme, mihin perustuu väite siitä, että sovittelussa vahvemman eduksi sopimusehtojen epätasapainon on oltava korostunut.²³⁸ Kun pohditaan sellaista tyyppitapausta, jossa vahvempi vaatii sovittelua, hei-

dotuksiin siitä, miten paljon korkeampaan hintaan oli sallittua myydä tavara kuin se oli hankittu, *H. Tolonen*, Korko ja raha Tuomas Akvinolaisella s. 334—336.

²³⁵ Vastaavasti voidaan väittää, että sovittelukynnys on korkeampi tasavertaisten yritysten välisissä sopimussuhteissa kuin toisen osapuolen ollessa pienyritystä, *Bernitz*, *Småföretagarskydd* s. 134—135. Ks. myös *Sevón*, *Kan avtal jämka på grunder som var kända vid avtalslutet* s. 134—135.

²³⁶ Vrt. keskusteluun ns. vähimmäistasoajatuksesta eli siitä, että kuluttajansuojajärjestelmä olisi kuluttajan kannalta vain alin taso mutta ei keskimääräistaso; näin *Hellner*, *Konsumentskydd och generalklausuler* s. 154—155. Toisin esim. Ruotsin kuluttajansuojakomitean mietintö SOU 1984:25 s. 93—94.

²³⁷ Ks. esim. *Turun HO T:430 S 1984/134*, joka on esitelty edellä s. 298 viite 166. Tapauksessa hovioikeus selvitti, millaisen painoarvon sopimusvapaus sai. Sovittelua puoltavaan suuntaan johti se, että ehto oli lisätty myyjän aloitteesta. Tämän painoarvon myyjä olisi voinut neutraloida osoittamalla, että ehdosta silti oli erityisesti neuvoteltu. Kun näin ei ollut, puolsi sopimusvapauskin tässä tapauksessa sovittelua.

²³⁸ Ks. esim. *Taxell*, *Jämkning av avtal* s. 620 ja *Bruun*, *Uppfinnarrätt i anställningsförhållande* s. 202.

komman hyvittäminen vakioituu sovittelua vastaan puhuvalla painoarvolla. Jotta päästäisiin normaalin sovittelukynnyksen yli, on tuo painoarvo korvattava jonkin muun periaatteen nojalla saadulla painoarvolla. Tällainen saattaa olla kohtuusperiaate eli korostunut epätasapaino, mutta se voi myös olla sopimusvapaus²³⁹ tai vaihdannan intressi²⁴⁰. Viimeksi mainittujen soveltuminen sovittelua tukevalla tavalla vahvemman eduksi lieenee kuitenkin niin poikkeuksellista, ettei niitä tavallisesti tulla ajatelleeksi mahdollisina sovittelua puoltavina tekijöinä. Sen sijaan tuntuu inhimilliseltä, että vahvempikin osapuoli voi tehdä itselleen epäedullisia (epätasapainoisia) sopimuksia.

Kuluttajasuhteiden sovittelua arvioitaessa voidaan muutkin periaatteet kuin heikomman hyvittäminen vakioida. Sopimusvapaus, ainakin sisältövapaus, katsottaneen varsin yleisesti näennäiseksi: keskimäärin kuluttaja ei voi neuvottelevin muuttaa sopimuksen ehtoja. Tämä merkitsisi yleisen sovittelukynnyksen alentumista entisestään. Mutta vaihdannan intressi puolestaan edellyttää joukkomitassa solmittavien kuluttajasopimusten suhteen erityisen voimakkaasti sitä, ettei sovittelusta tule tyypillistä, vallitsevaa tapausta.²⁴¹ Tämä merkitsee sovittelukynnyksen kohoamista. Jos heikomman hyvittäminen, vaihdannan intressi ja sopimusvapaus on vakioitu edellä kuvatulla tavalla, voidaan järkevästi pohtia, mikä olisi sovittelukynnyksen korkeus prosenteissa perittynä ylihintana eli miten paljon kohtuullinen hinta saa ylittää yleisen hintatason. Lainkäytön yhtenäisyyden kannalta tällainen pohdinta on myös keskeistä, mutta siinä on jatkuvasti pidettävä mielessä, että kysymys on *periaatteiden painoarvojen vakioimiseen* perustuvasta pohdinnasta, jolloin yksittäistapauksessa tyyppitilanteen nojalla johdettuja painoarvoja on aina mahdollista alentaa vastanäytöllä tai kohottaa ”myötänäytöllä”.

3.4.1. *Sovitteluperiaatteiden keskinäisten kollisioiden merkitys sovitteluperusteelle*

Sovittelun juridiset ongelmat on monesti pyritty ratkaisemaan siten, että on kuviteltu jonkin tekijän ”estävän” sovittelun. Kyseessä on menettelytapa, jota Knoph kritisoi siitä, että kuvitellaan kohtuuttomuuden alastandardien, so-

²³⁹ Bruun, Uppfinnarrätt i anställningsförhållande s. 202, käyttää esimerkkinä sitä, että työsuhtekeksintöasiassa keksijätyöntekijä on menetellyt petollisesti.

²⁴⁰ Bruun, Uppfinnarrätt i anställningsförhållande s. 202, kirjoittaa tilanteesta, jossa ulkoiset olosuhteet ovat olennaisesti muuttuneet.

²⁴¹ Vaihdannan intressi näkyy myös kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n vastikesovittelun mittapuun antamisessa. Sovittelu on relatiivista eli se on tehtävä suhteessa yleiseen hintatasoon.

vitteluperiaatteiden, olevan jotain muuta kuin suuntaviivoja.²⁴² Tässä kuvitellaan kohtuuttomuuden alastandardista sopimusvapauden, vaihdannan intressin tai heikomman hyvittämisen olevan tietyssä tilanteessa säännön kaltaisia ja siten joko vallitessaan tai puuttuessaan merkitsevän sellaista tunnusmerkkiä, jolla on *ratkaiseva, jatkoharkinnan estävä merkitys* sovittelulle.²⁴³ Usein tällaisena ehdottomana esteenä pidetty tekijä on sellainen oikeustosisekkujen yhdistelmä, joka saa muussa kuin kohtuusperiaatteessa sovittelua vastaan puhuvan painoarvon. Esimerkiksi sovittelua vaativan vilpillinen mieli ei ole sovittelua estävä tekijä. Se on kuitenkin ilman muuta sovittelua vastaan puhuva argumentti. Vilpillinen mieli saa sovittelua vastaan puhuvan painoarvon vaihdannan intressin periaatteessa.²⁴⁴ Vilpillisen mielen tilannetta on kuitenkin eriteltävä pitemmälle, jotta se tavoittaisi todelliset tilanteet. On esimerkiksi kiinnitettävä huomio siihen, oliko osapuolella mahdollisuuttakaan vaikuttaa ehdon sisältöön, oliko hän ota-tai-jätä -tilanteessa.²⁴⁵ Jos näin oli, saa puolestaan sopimusvapaus sovittelua puoltavan painoarvon, ehkäpä vilpillisen mielen aikaansaaman sovittelun vaikeutumisen tasoittavan painoarvon. Argumentaation on oltava samalla tavoin kokonaisvaltaista sen suhteen, että vaaditaan jo huomautuksista täytetyn sopimuksen sovittelua, sillä huomautuksista täyttäminen on vaihdannan intressin periaatteen nojalla sovittelua vastaan puhuva näkökohta.²⁴⁶

Usein korostetaan, ettei sovittelulla saa edistää harkitsemattomuutta sopimuksia tehtäessä. Heikomman hyvittämisen periaatteessa harkitsemattomuus näyttäisi kuitenkin lisäävän sovitteluindisioin vahvuutta. Heikomman hyvittämisen itsenäisyys merkitsee sitä, että sen tarkoittaman oikeustosisekkujen vaikutusta ei voi välittömästi tehdä vaikutuksettomaksi sopimusvapauteen tai vaihdannan intressiin perustuvalla vasta-argumentilla. Sovitteluindisioina esimerkiksi pienyrittäjän kuluttajaan rinnastuva asema säilyttää itsenäisen merkityksensä, vaikka pystyttäisiin osoittamaan, että tapauksessa on käyty todellisia

²⁴² Ks. edellä s. 251.

²⁴³ Rettslige standarder s. 41. Knophin mukaan, *ibid.*, lopputulos ei tällöin ole päästandardin hengen mukainen. Käsitellessään passiviteettistandardia Knoph edellistä konkretisoiden huomauttaa (s. 245), ettei aktiivipuolen vilpitön mieli ole passiviteettivaikutuksen ehdoton edellytys, vaan vilpillinen tai vilpitön mieli on yksi osa sitä kokonaiskuvaa, jonka perusteella tilanteen oikeudellinen arviointi tehdään.

²⁴⁴ Vrt. edellä III luvussa s. 143 kirjoitettuun siitä, miten vilpittömän mielen suojasta tulee luottamusmallin dogmi vaihdannan intressin ensisijaisuuden nojalla. Dogmin aseman menettäminen yhteisöllisen käytännön mallissa näkyy muun muassa tässä.

²⁴⁵ *Sevón*, Kan avtal jämka på grunder som var kända vid avtalsslutet s. 164.

²⁴⁶ Ks. myös SOU 1974:83 (johon on viitattu NOU 1979:32 s. 12).

sopimusneuvotteluja. Erisuuntaisten argumenttien keskinäinen punninta tapahtuu vasta sovittelun kokonaisharkinnassa. Sen sijaan heikomman hyvittämisen merkitystä sovitteluindisioina voidaan sekä korostaa että heikentää siihen suoraan liittyvällä näytöllä. Saatetaan esimerkiksi osoittaa, että käytetyn auton kuluttajaostaja on autonasentaja, jolloin heikomman hyvittämisen periaatteen nojalla saatu, sovittelua puoltava argumentti heikkenee. Vastaavasti jos voidaan osoittaa käytetyn auton ostajan olleen juuri ajokortin saanut kahdeksantoistavuotias, jolla ei ollut mitään käsitystä auton kuntoon vaikuttavista seikoista, kohoaa sovitteluharkinnassa heikomman hyvittämisen periaatteen nojalla saadun argumentin painoarvo.²⁴⁷ Siten heikomman suosimisen vaatimuksen asema sovitteluperiaatteena merkitsee sitä, että sopimusosapuolen henkilökohtaiset kyvyt on todella otettava huomioon, vaikka se on erityisesti vaihdannan intressin periaatteen vastaista. Huolellisen vastapuolen, usein elinkeinonharjoittajan, selonottovelvollisuus laajenee seikkoihin, jotka käytännössä ovat monesti vaikeasti selvitettäviä.²⁴⁸ Osapuolen pitäisi siis jo sopimuksia tehdessään ottaa aktiivisesti huomioon vastapuolensa edut.²⁴⁹ Kuvattu vastakkaisuus on kuitenkin realiteetti Suomen sopimusoikeudessa. Samaan tapaan heikomman hyvittämisen kannalta on arveluttavaa, että passiviteetille annetaan merkitystä esimerkiksi reklamaation laiminlyöntinä tai muutoin. Osapuolen heikkomuus merkitsee huonompia valmiuksia oikeuksien toteuttamiseen.

Jos osapuoli vetoaa sovitteluperusteena harkitseamattomuuteensa, on se tietenkin pystyttävä näyttämään. Jos kysymys on siitä, että tavallisesti harkitseva henkilö on juuri käsiteltävässä sopimustilanteessa ollut harkitsematon, on sille pystyttävä vielä antamaan selitys. Jos taas henkilön harkitseamattomuus on pysyvää, olemme vastaavassa tilanteessa kuin pohdittaessa pätemättömyys-

²⁴⁷ Ks. *Vihman*, Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus s. 85, myyjän OikTL 33 §:ään perustuvasta tiedonantovelvollisuudesta esittämää: ”Aivan objektiivisesti arvostellen saa esim. hevoskauppias määrättyyn rajaan saakka noudattaa liukkaita liiketapoja, kun sopimuskumppanina on hänen vertaisensa, muttei silloin, kun sopimuskumppanina on nuori ja kokematon maalaispoika.”

²⁴⁸ Vrt. esim. SOU 1974:83 s. 133: siirtolaisen huono kielitaito on sovitteluindisio. Ks. myös *Frostifresh Corp. v. Reynoso (Bayles, Principles of Law s. 178)*, jossa sama seikka oli yhtenä kohtuuttomuusharkinnan perusteena. Vrt. myös siihen, että sovittelua voidaan käyttää deliktuaalisen vahingonkorvauksen sijasta syrjintätilanteissa, jos syrjitty vaatii sovittelua, HE 247/81 s. 4 ja SOU 1974:83 s. 147—148. Ks. myös mitä IV luvussa (s. 232 viite 107) on kirjoitettu ns. perusoikeusvaikutuksesta.

²⁴⁹ Tätä vastaisi lojaliteettivelvollisuuden laajentaminen jo neuvotteluvaiheeseen (ns. *duty to bargain in good faith*, ks. siitä esim. *Collins, The Law of Contract s. 95—103*). Vrt. toisin *H. Halila*, Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa s. 131—134, jonka mukaan lojaliteettia ei ole vielä neuvotteluvaiheessa.

perusteiden (OikTL 28—33 §:ien) asemaa sovitteluharkinnassa. Silloin kun harkitsemattomuus ei kuitenkaan merkitse oikeustoimikelvottomuutta — jolloin osapuoli voisi halutessaan vedota suoraan siihen — merkitsee harkitsemattomuuden huomioon ottaminen samantyyppistä ei aivan -tilannetta kuin OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteiden soveltamisessakin.

Se, että peruste on jonkin periaatteen mukaisena sovitteluindisioina toisen periaatteen vastainen, ei merkitse sitä, ettei perustetta saisi ottaa huomioon sovitteluharkinnassa. Vaikka henkilökohtaisten ominaisuuksien huomioonottaminen on vaihdannan intressin vastaista, ne saavat merkitystä sovitteluharkinnassa; tietoisuus ehdon kohtuuttomuudesta ei estä sovittelua, vaikka se on vaihdannan intressin vastaista; heikomman hyvittäminen tukee sovitteluvaatimusta usein olosuhteissa, joissa sovittelu on sopimusvapauden periaatteen vastaista. Kysymys ei ole siitä, että peruste olisi pelkästään jonkin periaatteen vastainen, vaan aina on edellytettävä, että perustetta voidaan puoltaa yhdellä tai useammalla periaatteella. Siten henkilökohtaisten ominaisuuksien huomioon ottaminen on keskeinen osa heikomman hyvittämisen periaatetta. Vain sellaiset henkilökohtaiset ominaisuudet saa kuitenkin ottaa huomioon, jotka ovat heikomman hyvittämisen periaatteen tunnistamia.²⁵⁰ Samoin tietoisuus ehdon kohtuuttomuudesta voi liittyä sellaiseen tilanteeseen, jossa sopimusvapauden soveltaminen johtaa puoltamaan sovittelua: osapuolella ei ollut todellista harkintamahdollisuutta ehdon kohtuuttomuuden sisällöstä. Jonkin muun periaatteen vastaisuus merkitsee toisinaan sitä, että perusteen ”omassa” periaatteessaan saama painoarvo ainakin osaksi tasapainottuu sovittelun kokonaisharkinnassa, kun peruste saa sovittelua vastaan puhuvan painoarvon vastakkaisessa periaatteessa. Esimerkiksi pienyrittäjän vaatiessa sopimusehtojen kohtuullistamista sovitteluharkinnassa otetaan huomioon vastaindisioina se, että vaatimuksen esittäjä on elinkeinonharjoittaja. Sen sijaan jonkin muun periaatteen vastaisuutta ei oteta itsenäisenä vasta-argumenttina huomioon harkittaessa seikan merkitystä tietyn periaatteen mukaisena sovitteluindisioina. Tämä merkitsee esimerkiksi sitä, ettei rakennevaiheen 2. -kohdan soveltumista voi estää osoittamalla tapauksessa olevan toisenkin suuntaisia näkökohtia. Jos sovittelua vaativa heikompi osapuoli on käynyt neuvotteluja, ei tämä johda siihen, että sopimuksenulkoisen tekijän, heikkommuuden (oletettu) vaikutus epätasapainoon katoaisi neuvottelujen vuoksi. *Sovittelu ei esty, mutta käy vaikeammaksi.*²⁵¹

²⁵⁰ Esim. naissukupuoli voi nykyoloissa olla tällainen, mutta ei enää sukupuolten välisen tasa-arvon toteuduttua. Ks. myös *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 61.

²⁵¹ Sovittelun luonne poikkeuksena yleisesti hyväksytyjen periaatteiden mukaisista oikeussäännöistä näkyy puolestaan sovittelukynnyksenä.

3.5. Kokonaisarvioinnin (kohtuuttomuusarvon) vertailu sovittelukynnykseen (rakennevaihe 5.)

Sovittelukynnyksen numeerinen havainnollistus auttaa ymmärtämään, mistä oli kysymys siinä OikTL 36 §:n valmisteluvaiheen kiistakysymyksessä, pitääkö säännöksen sanamuodoksi vahvistaa ”kohtuuton” vai ”ilmeisen kohtuuton”. Kiistaa voidaan väittää näennäiskiistaksi sen vuoksi, että molemmat ilmaisuvaihtoehdot olivat tulkinnanvaraisia, joten säädöstekstiin oli ehdolla kaksi tulkinnanvaraista termiä. Kun termien tarkempi sisältö joka tapauksessa jäisi riippuvaiseksi soveltamiskäytännöstä, ristiriita oli — näin ehkä ajateltiin — vain näennäinen.²⁵²

Mainittu käsitys on virheellinen. Kiista koski jotain todellista, nimittäin *sovittelukynnyksen korkeutta*.²⁵³ Edellä esitettyä kaavakuvaa hyödyntäen aiheena voidaan sanoa olleen kiistan, onko sovittelukynnys (esimerkiksi) + 3 vai + 5 kohtuuttomuusarvoyksikköä. Ei ole mahdollista osoittaa sitovasti, että jokin tietty yksittäistapaus ratkaistaan nyt toisin kuin se olisi ratkaistu, jos termiksi olisi valittu ”ilmeisen kohtuuton”. Sovitteluharkinnan lopputulos ei riipu yksin sovittelukynnyksen korkeudesta, vaan myös siitä, miten tapauksen sovitteluperusteille annetaan painoarvot.

Sanamuodon valintaan liittyvä toinen ja konkreettisempi seuraamus, josta Wilhelmsson huomauttaa, on se, että sellaisilla tapauksilla, joissa ei soviteltu, kun vaatimuksena oli ilmeinen kohtuuttomuus, ei enää välttämättä ole prejudikaattiarvoa muutetun OikTL 36 §:n käytössä.²⁵⁴ Sovittelua koskevan vanhemman oikeuskäytännön sisällöllinen prejudikaattiarvo jää kuitenkin aina riippumaan käsityksestä sovitteluratkaisujen prejudikaattiarvosta.²⁵⁵ Ei ole myös-

²⁵² Ks. myös NOU 1979:32 s. 30—31 ja erit. s. 31: ”Det har neppe stor praktisk betydning om lovteksten inneholder tilleggsvilkår som ’klart’ eller ’åpenbart’. ... Selv uten slike tilleggsvilkår vil domstolene neppe tilsidesette vilkår uten at urimlighet finnes klart påvist.” Myös kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n, josta ensimmäisenä erityisenä sovitte-lusään-tönä jätettiin pois ilmeisesti -vaatimus, kannalta HE 8/77 s. 39 edellyttää sovitte-lulta, että ”kohtuuttomaksi väitetty hinta selvästi ylittää sanotunlaisesta tavarasta tai palveluksesta yleisesti vaaditun hinnan”. Vrt. HE 62/86 s. 33—34, jossa ei haluttu asettaa mitään ”yleis-tä sääntöä” siitä, milloin sovittelu on aiheellista. Ks. vielä *Routamo*, Lainsäätäjän sananva-linta ja Pavlovin koirat s. 44—48.

²⁵³ Ks. esim. SOU 1974:83 s. 118 ja 193, jonka mukaan ilmeisesti -termin jättäminen pois merkitsee tietoista tarkoitusta laajentaa tuomioistuimen harkintavaltaa sovitella ehtoja tai jättää ne huomiotta. Ks. myös *Bernitz*, *Småföretagarskydd* s. 107—108. Vrt. laintarkas-tuskunnan lausuntoon 2/1981 s. 5—6, jossa haluttiin säilyttää ilmeisesti -korostus.

²⁵⁴ Vakiosopimus s. 72.

²⁵⁵ Ks. siitä II luvussa s. 74—77.

kään mahdotonta, että oikeuskulttuurin muutos merkitsisi sitä, että sovittelu käy vaikeammaksi. Sen vuoksi Wilhelmssonin esittämän väitteen paikkansapitävyys ei ole riippumaton siitä — tässäkin teoksessa puollettua — käsityksestä, että oikeuskulttuuri on muuttumassa sovittelumyönteisempään suuntaan.

Myös laintarkastuskunta esitti sellaisen huomautuksen, jossa vedottiin sanamuotojen eron merkitykseen. Sen mukaan ongelmaa OikTL 36 §:n taannehtivuudesta tuli arvioida eri tavoin valitusta ilmaisusta riippuen. Jos säännöksen ei sisällytettäisi ilmeinen -sanaa, puututtaisiin taannehtivasti sopimussuhteisiin, muutoin ei. Eduskunnan perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan ollut laintarkastuskunnan esittämällä kannalla.²⁵⁶

Erimielisyydet sovittelukynnyksen korkeudesta eivät kuitenkaan merkitse sitä, etteikö sovitteluharkinnan osatekijöistä (sovitteluperiaatteista ja -perusteista) voitaisi saavuttaa yksimielisyyttä. Täydellisen yksimielisyyden esteenä lienevät kuitenkin erilaiset käsitykset siitä, minkä sopimusmallin varassa Suomen sopimusoikeus tulisi jäsentää tai erilaiset käsitykset yhden taikka useamman oikeusperiaatteen sisällöstä tai systeemiärvosta kehittelemättä ajattelua sopimusmalliksi asti.²⁵⁷

Käytännössä sovittelukynnyksen merkitys näkyy sovitteluratkaisujen ja systeemien mukaisten ratkaisujen erona. Systeemiratkaisuissa sovittelukynnys puuttuu. Sopimusvastuun määrän arviointi systeemin hyväksymillä kriteereillä ei sisällä mitään sovittelukynnystä vastaavaa vaatimusta.²⁵⁸

Sovittelukynnyksen pohjimmaisimpana perusteluna onkin formaalin sääntelytavan järkevyyden. Formaaleja tunnusmerkkejä käyttävä sääntelytapa on oikeuslaitoksen voimavarojen käyttöä ajatellen taloudellinen. Muodollisten tunnusmerkkien ja niihin perustuvien oikeussääntöjen soveltaminen johtaa enimmäkseen myös materiaalisesti hyvään lopputulokseen.²⁵⁹ Argumentaation rakenteen kannalta formaalin sääntelytavan järkevyyteen perustuvan argumentin (esimerkiksi lähtökohdan, että sopimukset sitovat) käyttö ei merkitse sitä,

²⁵⁶ Laintarkastuskunnan lausunto 2/1981 s. 8. Perustuslakivaliokunnan lausunto 3/82.

²⁵⁷ Alexy esittää samaan tapaan perusoikeusperiaatteiden kannalta erimielisyyksien syyksi erilaiset materiaaliset perusoikeusteoriat. Ks. *Theorie der Grundrechte* s. 508—520.

²⁵⁸ Samoin *Vihma*, Sopimussakko 159—160, vahingonkorvausluonteisen sopimussakon ja ”kulpakompensaatio-perusteen” eli velkojan myötävaikuttavan tuottamuksen asemasta: jälkimmäisen nojalla ”on aivan vähäinenkin sopimussakon alentuminen mahdollista, kun taas (OikTL:n vanha, JP) 36 § vaatii ilmeistä kohtuuttomuutta”. Vihmalla ero sopimussakon *alentaminen* — sopimussakon *sovittelu* vastaa siten eroa sitovuusarviointiin ja sovitteluharkintaan.

²⁵⁹ Vrt. siihen edellä s. 170—175 esitettyyn vaatimukseen, jonka mukaan yhteisöllisen käytännön malli edellyttää, että oikeudelliset instituutit ovat keskimäärin oikeudenmukaisia.

että materiaalisia, substantiaalisia argumentteja ei olisi (sovittelun puolesta tai sitä vastaan), vaan sitä, ettei niitä oteta huomioon oikeudellista ratkaisua tehtäessä. Formaalisuus -argumentti on ratkaiseva merkityksessä argumentaation päättävä.²⁶⁰ Tältä kannalta sovittelukynnys on olemassa sekä sopimuksen sovittelussa että muissa sovittelun lajeissa (korkolain 11 §, avioliittolain 103b §, vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §). Sovittelukynnys ja sen korkeus ovat seurausta siitä arvosta, joka formaalille sääntelylle annetaan. Sovittelukynnys ei perustu ilmaisuun ”kohtuuttomuus”, vaan olisi todellinen, vaikka sovittelu-normeissa olisi käytetty ilmausta ”voidaan sovittaa, kun siihen on aihetta”.

Kohtuusperiaatteen *prima facie* -asema näkyy kohtuuttomuusarvon ja sovittelukynnyksen vertailussa siten, että *jos kohtuuttomuusarvo on (näyttää olevan) samansuuruinen kuin sovittelukynnys, on sovittelava*. Sama idea, *in dubio pro aequitate*, pätee yleisemminkin epävarmuustilanteissa.²⁶¹ Epävarmuustilanteella ei kuitenkaan tarkoiteta sellaista tilannetta, jossa epätasapainoa tai sen yhteyttä sopimuksenulkoiseen tekijään (rakennevaiheet 1. ja 2.) ei ole pystytty osoittamaan, vaan tilannetta, jossa on epävarmaa, ylittääkö joko epätasapaino yksin tai kohtuuttomuusarvo sovittelukynnyksen.

3.6. Sovittelun oikeusvaikutuksista (rakennevaihe 6.)

3.6.1. Tarkoittaako ”voidaan sovittaa” samaa kuin ”pitää sovittaa”?

OikTL 36 §:ää valmisteltaessa alunperin ehdolla ollut ilmaus ”pitää sovittaa” muutettiin tietoisesti ilmaukseksi ”voidaan sovittaa”, joka jäi lopulliseen lakitekstiinkin.²⁶² Tämä sanamuoto ja sen syntytausta näyttäisivät viittaavan sii-

²⁶⁰ Atiyah, *Essays on Contract* s. 116. Formaalin — ei formalistisen — argumentaation perusteista sopimusoikeudessa ks. yleisemmin m.t. s. 93—120, erit. s. 119—120 sekä sama, *Form and Substance in Legal Reasoning: The Case of Contract*.

²⁶¹ Vrt. toisin esim. *Vihma*, Sopimussakko s. 139, OikTL:n vanhan 36 §:n kannalta: ”Tulkinta epävarmassa tapauksessa on tapahtuva velkojan eduksi.” Vihman perusteluna on lakitekstiin sisällyntynyt ilmeisesti -sana, *ibid*.

²⁶² Lainvalmistelussa oli sanamuodoksi alunperin ehdolla ”on sovittelava”. Ks. *Vanhanen*, Lausunnot ehdotuksesta oikeustoimilain 36 §:ksi s. 6. Tästä kuitenkin luovuttiin viittaamalla siihen, että silloin jo voimassa olleet erityislakien sovittelusäännöt käyttivät tavalisesti ilmaisuja ”voidaan sovittaa”, esim. työsopimuslain 48.3 §, vanhan huoneenvuokralain 48 §, kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §, maanvuokralain 4.2 §, 7.3 §, 7.4 §, 29 § ja 56 § ja merilain 208 §. Turun hovioikeuden lausunnossa viitattiin myös siihen, että sanamuoto ”voidaan sovittaa” korostaisi tuomioistuimen harkintavaltaa. Rovaniemen hovioikeus oli lausunnossaan sitä mieltä, että sanamuoto ”on sovittelava” olisi ristiriidassa sopimusvapauden periaatteen kanssa, *Vanhanen*, Lausunnot ehdotuksesta oikeustoimilain 36 §:ksi s.

hen, että vielä sovittelutunnusmerkistön täytyttyäkin jäisi säännöstä kulloinkin soveltavan ratkaisijan harkintaan, sovitellaanko sopimusta vai ei. Tällaista käsitystä voidaan kuitenkin arvostella.

Pohtikaamme lyhyttä kuviteltua esimerkkiä. Kaksi yksityishenkilöä, A ja B, on kumpikin tehnyt saman sopimuskumppanin kanssa velkasitoumuksen, jossa velkojalle on annettu oikeus irtisanoa sopimus täysin ilman velallisen syytä oman halunsa mukaan.²⁶³ Olettakaamme edelleen, että tuomioistuin on todennut tuon ehdon kohtuuttomaksi A:n tekemässä sopimuksessa ja sovitellut sitä siten, että on katsonut ehdon pätemättömäksi eli jättänyt irtisanomisen juridisen arvioinnin riippuvaiseksi muusta aineistosta kuin tuosta nimenomaisesta ehdosta. Voiko tuomioistuin harkintansa mukaan, olosuhteita eli ehdon kohtuullisuutta samaan tapaan arvioiden, kuitenkin jättää sovittelun B:n suhteen tekemättä? Jos todella oletamme molempien velallisten olevan toisiinsa rinnastuvia yksityishenkilöitä, *on vastaus selvästi: ei voi*.

Kansalaisten *yhdenvertaisen kohtelun* vaatimus johtaa siihen, etteivät tuomioistuimet saa perusteetta antaa erilaisia ratkaisuja juridiselta tunnusmerkistöltään samanlaisissa jutuissa. Perusteena ei tällöin voida vedota siihen, että tuomioistuimille olisi haluttukin jättää mahdollisuus lain *mielivaltaiseen* soveltamiseen. Jos taas kysytään, millaiset näkökohdat voisivat antaa aiheen poiketa sovitteluratkaisusta muutoin samanlaisessa jutussa, tulevat kysymykseen vain lain asianomaisessa säännöksessä — juuri OikTL 36 §:ssä — esitetyt perusteet. Tosiasiassa silloin onkin kyse siitä, että mainittu säännös ei jostain syystä sovellukaan samanlaiselta näyttäneeseen tapaukseen. Oikeusperiaatteet saavat erilaisia painoarvoja, koska osapuolet eivät olleetkaan vertailukelpoisia: toisessa sopimuksessa osapuolena olikin elinkeinonharjoittaja; toinen sopimus olikin tehty spekulatiotarkoituksessa; sopimuskokonaisuus olikin toisessa aivan toisenlainen jne. *Jos tapauksissa ei ole yhtään OikTL 36 §:n soveltamisen kannalta merkittävää eroa, ratkaisija ei voi menetellä tapausten suhteen eri tavoin.*²⁶⁴

6. Asianajajaliiton lausunnossa s. 494 viitattiin jopa siihen, ettei sovitteluun käskävän normin adressaatti ole selvä: ”saamamies, velallinen, viranomainen tai muu”.

²⁶³ Vrt. velkakirjalain 5 §:ään.

²⁶⁴ Sopimussakon sovittelun kannalta samoin jo *Vihma*, Sopimussakko s. 140—141. Hän arvelee, *ibid.*, ”voidaan” -termin tulleen tuohon vanhempaan säännökseen ”pikeminkin sattumalta kuin tarkoitettuna”. Vrt. toisin *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 203, korkolain 11 §:n kannalta. Kun Wilhelmsson mainitussa kohdassa selittää tuomioistuimelle jäävän harkintavaltaa sen suhteen, sovelletaanko korkolain 11 §:ää vai ei, niin perusteluna on, että harkintavallan avulla otetaan huomioon velkojan mahdollinen intressi. Kun sovittelun kokonaisharkinnassa vastapuolen hyväksi puhuvat näkökohdat ovat jo mukana, havaitaan,

Ilmauksen muutos ei siten jätä tuomioistuimen harkintavaltaan, haluaako se sovittelua kohtuuttomaksi arvioimaansa sopimusta vai ei. Muutoksen merkitystä onkin etsittävä muualta. Sen tarkoituksena oli ehkäistä sellaisen väärinymmärryksen mahdollisuus, että tuomioistuimen tulisi sopimusriidoissa viran puolesta etsiä kohtuuttomia ehtoja sovittelua varten.

Strömholm on eritellyt samanlaista ongelmaa Ruotsin AvtL 36 §:n kannalta. Hänenkin johtopäätöksensä on, että sanan ”får” on tulkittava tarkoittavan ”får och bör”. Strömholm kutsuu tätä lopputulosta lakiteknisiksi dilemmaksi. Vaikka ”får göra” normaalissa kielenkäytössä merkitsee lupaa tehdä tai olla tekemättä, asettaa AvtL 36 § tuomioistuille velvollisuuden soveltaa säännöstä, jos tunnusmerkistö täyttyy. Strömholm arvelee, että skall-muotoa vältettiin sen vuoksi, ettei olisi jouduttu ristiriitaan muiden pätemättömyyssääntöjen kanssa.²⁶⁵

Normiteoreettiselta kannalta ilmaisun ”voidaan sovittaa” valintaa on pohdittava ns. sallivan oikeusnormin ongelmana. Sallivuuden taustalla voi olla kaksi erilaista tilannetta. Oikeusnormisto voi sisältää sallivan normin tarkoittamissa tilanteissa kieltävän normin. Tällöin salliminen merkitsee poikkeuksen sallimista muutoin kielletystä. Sana ”voidaan” on osoitus siitä, että voidaan tehdä sellaista, mikä muutoin ei olisi mahdollista. Toiseksi sallivan normin taustalla voi olla tilanne, jossa oikeusjärjestys ei sisällä vastaavaa kieltonormia. Tällöin salliva normi vain vahvistaa sen, mikä muutoinkin olisi mahdollista.²⁶⁶ OikTL 36 §:n sananvalinta on edellistä tyyppiä. *Sopimusten sitovuudesta voidaan poiketa sovittelulla*. Sanamuodon valinta merkitsee sitä, että sopimusten sitovuus on edelleen pääsääntö, vaikka siitä joskus voidaan poiketa.

3.6.2. Sovittelun suorittaminen

Hallituksen esityksen ja säädöstekstin perusteella voidaan muodolliselta kannalta erottaa neljä erilaista tapaa toteuttaa sovittelu²⁶⁷:

1. kohtuutonta ehtoa sovittellaan eli ehto jää voimaan, mutta sen sisältöä muutetaan;

että korkolain 11 §:n ilmaisussa (”voidaan”) on kuitenkin kysymys *eri* tilanteesta, erilaisesta ”voimisesta”, kuin sovittelussa.

²⁶⁵ Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpningen s. 230 ja *sama*, Avtalsfrihetens komponenter — ett analysförsök s. 541—546.

²⁶⁶ Ks. tarkemmin Swirydowicz — Wronkowska — Zieliński — Ziemiński, Niin kutsuttuihin ’salliviin normeihin’ liittyvistä väärinkäsityksistä s. 127—132.

²⁶⁷ HE 247/81 s. 17 ja NOU 1979:32 s. 13. Ks. Wilhelmsson, Vakiosopimus s. 73—75. Ks. myös Tanskan rajoitetumpien oikeusvaikutusvaihtoehtojen kannalta Madsen, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 206—212.

2. ehto jätetään huomioon ottamatta eli sopimussuhde jää voimaan sellaisena kuin jos ehtoa ei lainkaan olisi ollut. Monesti, joskaan ei aina, sopimus täydentyy ehdon jättämän aukon osalta dispositiivisella oikeudella;
3. sopimuksen muuta kuin kohtuutonta ehtoa muutetaan eli sopimusta muutetaan, joko mahdollisen kohtuuttoman ehdon muuttamisen ohella tai yksinomaan, joltakin toiselta kohdista²⁶⁸ ja
4. sopimus raukeaa eli sopimus katsotaan kokonaan rauenneeksi.

Näistä 1. ja 2. -muodot ovat tavanomaisia, 3. ja erityisesti 4. poikkeuksellisia.²⁶⁹ Jos sovittelussa on eri mahdollisuuksia siten, että kaikki ovat yhtä edullisia sovittelua vaativan kannalta, on luonnollisesti valittava se vaihtoehto, joka on vähiten haitallinen vastapuolen kannalta.²⁷⁰

Sovittelun suorittamisen varsinaiset ongelmat ovat kuitenkin sisällöllisissä kysymyksissä. Niiden ratkaisu perustuu pitkälti — muttei täysin — samaan harkintaan kuin sovittelun tunnusmerkistön soveltumista eli kohtuuttomuutta ratkaistaessa. Sovittelun suorittaminen on siten sekin sidoksissa vertailumittapuhun. Puhtaasta vastikesovittelusta voidaan puhua silloin kun esimerkiksi hintaa muutetaan. Vastikesovittelussa on eri tilanteita. Ensinnäkin voidaan tietää (pystytään näyttämään) oikea vastike. Tällöin sovittelu perustuu siihen ja soviteltavassa määrässä otetaan huomioon muut asiassa painoarvoja saavat sopimusoikeudelliset periaatteet.²⁷¹ Toiseksi oikea vastike saattaa olla sellainen, ettei sen suuruutta tarkoin tiedetä, ei ainakaan jollakin riidanalaisesta sopimuksesta riippumattomalla tavalla. Esimerkiksi tunnearvosta on maksettu liikaa, jolloin sovittelumäärä jää epävarmalle alueelle, jossa sitä täsmentävät muut sovitteluperiaatteet. Kolmanneksi sovittelu voi olla katkettyä vastikesovittelua. Tällöin näyttää pinnallisesti siltä, että sovitellaan jotain muuta ehtoa, mutta

²⁶⁸ NOU 1979:32 s. 13 esitetään esimerkki siitä, että joudutaan sovittelemaan lähes konkiskontatilannetta, jossa velallinen ei moneen vuoteen saa irtisanoa velkasuhdetta. 3.-tavan mukainen ratkaisu olisi jättää korkoprosentti voimaan mutta antaa velalliselle irtisanomisoikeus. Täydentävästi on huomattava, että sovittelu, jossa irtisanomisoikeuden täydentämisen ohella alennetaan korkoprosenttia, on myös mahdollista, kuten esim. *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus* s. 86, huomauttaa.

²⁶⁹ HE 247/81 s. 17.

²⁷⁰ Näin OikTL:n vanhan 38 §:n osalta *Palmgren*, *Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal* s. 139.

²⁷¹ *Sundby*, *Om normer* s. 245, kirjoittaa Norjan *Prisloven* 18 §:stä tavalla, joka soveltuu pohjoismaisten sopimuslakien 36 §:iinkin: ”Vi kan si at der ligger implisitt i de språknormer som styrer bruken av uttrycket (tässä ’kohtuuden’, JP) at anvendelsen beror på en avveining av ulike momenter.” Harkinta perustuu hänen mukaansa eri näkökohtien väliselle punninnalle eikä sitä voi täsmentää joko — tai -luokiksi.

tuon ehdon sovittelusta seuraa välttämättä, ettei vastikettakaan voida pitää ennallaan. OikTL 36 § antaa tähän mahdollisuuden (edellä vaihtoehto 3.).

Sovittelun suorittamisen systeemiongelmia on kysymys siitä, pitääkö sovitella niin, että kohtuusperiaatteen sovittelua puoltava painoarvo pyritään kokonaan poistamaan (linja I) vai niin, että sovittelukynnys alittuu (linja II). Onko sovittelun päämäärä vastikkeiltaan täysin tasapainoinen sopimussuhde vai sellainen sopimussuhde, jossa epätasapaino ei sopimussuhde kokonaisuutena huomioon ottaen (enää) edellytä sovittelua?²⁷²

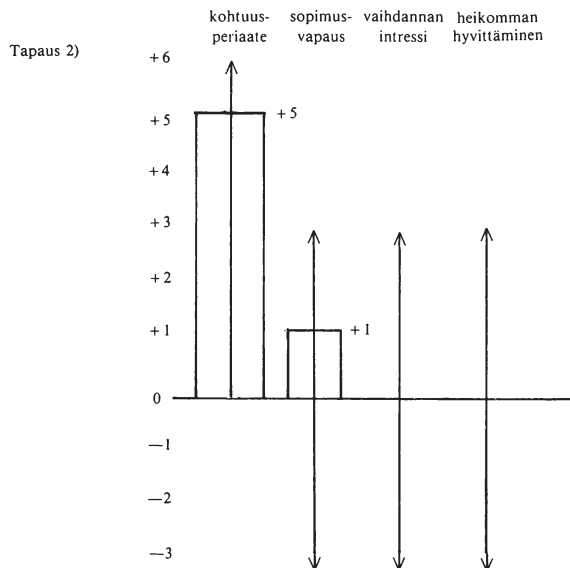
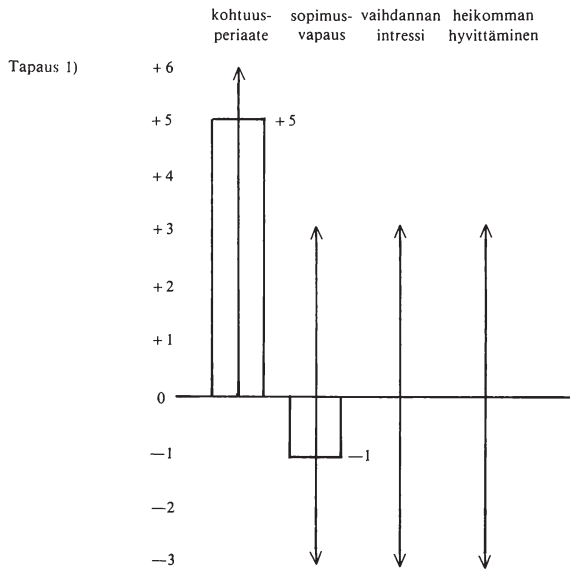
Molemmat esitetyt vaihtoehdot ovat mahdollisia. Kummankin puolesta voidaan esittää argumentteja. Epätasapainon täydellisen poistamisen linjaa (linja I) tukee sovittelusäännön tarkoitus, pyrkimys siihen, että sopimussuhteiden on oltava tasapainoisia. Kun vertailumittapuun avulla on pystytty tunnusmerkistöharkinnassa määrittämään se, onko sopimus tai sen ehto epätasapainoinen, on johdonmukaista käyttää samaa mittapuuta siten, että muutos merkitsee tasapainon toteuttamista. Sovittelua (vain) sovittelukynnyksen alitukseen asti (linja II) puoltaa kokonaisharkinnan vaatimus, tarkemmin se, että vain siten muutkin asiaan vaikuttavat oikeusperiaatteet kuin kohtuusperiaate voidaan ottaa painoarvojensa mukaisina huomioon.²⁷³

Valittaessa esitettyjen vaihtoehtojen välillä on oltava selvillä siitä, millaisia ovat valinnan perusteena olevat systeemiargumentit. Jos sovittelu suoritetaan epätasapainon täydellisen poistamisen linjaa, johtaa tämä siihen, ettei ole juridisesti merkityksellistä eroa kahden sellaisen tapauksen välillä, joista toisessa esimerkiksi sopimusvapaus on ollut sovittelua vastaan puhuva peruste ja toisessa sovittelua puoltanut peruste. Kaavakuvista tämä näkyy selvästi.

²⁷² Ks. myös *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 529 ja *Norri*, Valitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 179: ”Normeissa ei sanota: alennetaan kohtuulliseksi, vaan alennetaan kohtuuden mukaan. Kohtuus ei välttämättä vaadi alentamista kohtuulliseksi asti.” sekä *Vihma*, Sopimussakko s. 142 OikTL:n vanhasta 36 §:stä: ”Lain sanat (alentaa kohtuuden mukaan, JP) osoittavat, että milloin alentamiseen ryhdytään, tulee sopimussakko alentaa sellaiseksi, että se on kohtuullinen. Ei siis riitä, että alennetaan sopimussakkoa vain sen verran, ettei se enää ole ilmeisesti kohtuuton, vaan alennetun sopimussakon tulee olla kohtuullinen.” Vrt. *Taxell*, *Avtal och rättsskydd* s. 447: ”Reduceringen bör vara så stor att *det uppenbart oskäligen* i avtalsvitet *elimineras*.” (korostus JP).

²⁷³ *Norri*, Valitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 180, käyttää ilmaisuja ”kohtuullistuttaminen” kohtuuttomuuden täydellisen poistamisen linjan mukaisesta ratkaisusta ja ”kohtuuttomuuden poistaminen” sovittelukynnyksen alittamislinjan mukaisesta ratkaisusta.

Kuvio 6. Sovittelun suorittamisen kaksi linjaa.



A. Kohtuuttomuusarvojen

vertailu: 1) = +4
2) = +6

B. Sovittelukynnys = +3

C. Sovittelusuoritus

I Epätasapainon täydellisen poistumisen linja:

1) ja 2):
poistetaan vastikkeesta
5 -yksikköä

II Kohtuuttomuuden poistamislinja:

1): poistetaan 2 -yksikköä
2): poistetaan 4 -yksikköä

Sovittelu epätasapainon täydellisen poistamisen linjan mukaisesti tarkoittaisi molemmissa vastikkeen muuttamista täysin vertailumittapuun mukaiseksi. Osapuoli, joka on toiminut sopimusvapauden periaatteen edellyttämällä tavalla, ei hyötyisi tästä. Samankaltaiset tilanteet on helppo muodostaa heikomman hyvittämisen ja vaihdannan intressin periaatteiden suhteen.

Siten sovittelu epätasapainon täydellisen poistamisen linjan mukaisesti johtaisi siihen, että muita periaatteita kuin kohtuusperiaatetta ei tosiasiallisesti lainkaan käytettäisi sovittelun oikeusvaikutusharkinnassa. Sovittelun toteuttamispuolelle olisi luotu muista periaatteista eristetty saareke, jolla sovelletaan vain kohtuusperiaatetta. OikTL 36.2 §:n sanamuoto ei näyttäisi välittömästi olevan tällaista näkökantaa vastaan. Siinähan todetaan, tosin vain tiettyä sovittelun suorittamisen erityistilannetta tarkoittaen, että jos ”sopimuksen jääminen voimaan muilta osin kohtuuttomana ei ole ehdon sovittelun vuoksi *kohtuullista*, sopimusta voidaan sovittaa muiltakin osin tai se voidaan määrätä raukeamaan”. Jos kuitenkin hyväksytään tämän luvun 1. jaksossa perusteltu väite siitä, että tunnusmerkistöpuolenkin termi ”kohtuuton” on täsmennettävä kaikkien oikeusperiaatteiden eikä ainoastaan kohtuusperiaatteen, varassa, on hyväksyttävä se, että *myös oikeusvaikutuspuolella kaikki periaatteet vaikuttavat ratkaisuun eli sovittelun vaikutusten suuruuden määrittämiseen*.²⁷⁴

²⁷⁴ Ks. myös *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 86, joka vertailee oikeusvaikutuksia velkojan kannalta tilanteissa, joissa korkoehtoon sovelletaan OikTL 31 ja 36 §:ää. Edellisessä ei oteta huomioon velkojan etua, vaan velasta tulee tavallisesti koroton. Jälkimmäisessä tilanteessa ”OikTL 36 §:stä ei voine seurata, että velallinen saisi pitää pääoman itsellään täysin ilman korkoa”, koska se olisi Aurejärven mukaan ”usein velkojan kannalta

Sovittelukynnyksen alittamislinja on sen vuoksi systeemiin paremmin so-piva.²⁷⁵ Muutoin myös vilpittömässä mielessä tai todellisten neuvottelujen jäl-keen sopimuksen solminut osapuoli joutuisi samaan asemaan kuin sellainen osapuoli, jonka toimintaan mainitut seikat eivät sovi. Jos OikTL 36 §:llä ha-lutaan edistää ”rehtejä, luottamuksellisia ja oikeudenmukaiseen tulokseen pyr-kiä menettelytapoja sopimuksista neuvoteltaessa ja niitä täytäntöön pantaes-sa”²⁷⁶, on tehtävä ero kuvattujen kahden tilanteen välille.

Jos kohtuuttomuusharkinnan tulos (kohtuuttomuusarvo) koostuu siten, että muilla kuin kohtuusperiaatteella on siinä suuri osuus, voi tilanne olla sellai-nen, että vaikka epätasapaino poistettaisiin täysin, sopimukseen jäisi vielä so-vittelua puoltava kohtuuttomuusarvo.²⁷⁷ Sovittelua ei nimittäin voida toteut-taa siten, että sovittelun lopputulos asetetaan tietoisesti epätasapainoiseksi vas-tapuolen kannalta. Tällainen epätasapaino ”toiseen suuntaan” voidaan juri-disesti perustellusti toteuttaa vain jonkin muun instituutin kuin sovittelun avulla. Kun sopimuksella olisi vielä epätasapainon poistamisen jälkeenkin sovittelua

kohtuuton”. Eron perusteeksi Aurejärvi esittää sen, että OikTL 36 §:n harkinnassa on otet-tava huomioon koron suuruuden ohella myös muita tekijöitä, *ibid*.

²⁷⁵ Ks. myös *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta s. 529—530, jossa hän muotoilee kantansa näin: ”Sovittelun tulee mennä tässä suhteessa (sovittelun ääri-ajan suun-taan, JP) niin pitkälle, että osapuolten välillä saavutetaan kohtuullisena pidettävä etutilan-ne” ja ”kohtuullistamisen ei välttämättä tarvitse mennä niin pitkälle, että osapuolten välille syntyy täydellinen etutasapaino. Sovittelusta huolimatta on annettava sijaa neuvottelutai-dolle, kaukonäköisyydelle ja muille sen kaltaisille seikoille. Näin on tehtävä sitä enemmän, mitä tasaveroisempia sopijapuolet ovat sopimusta tehdessään olleet.” Ks. vielä *Norri*, Val-litseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö s. 180, joka päättyy samaan johtopäätökseen viittaamalla muun muassa maanvuokralain (303/74) esitöihin. Nor-rilla on lisäargumenttina, *ibid.*, sovittelusääntöjen luonne poikkeusnormeina. Tässä teok-sessa sitä ei ole käytetty esitettyä johtopäätöstä tukevana argumenttina. Ks. edelleen *Muuk-konen*, Osakkeen ”ylihinnan” sovittelusta OYL 3:3.2:n mukaan s. 387, joka päättyy saman-kaltaiseen lopputulokseen.

²⁷⁶ HE 247/81 s. 4.

²⁷⁷ Vrt. KKO 1986 II 144, jossa veljesten väliseen työsuhteeseen perustuvaa jälkikäteistä korvausvelvollisuutta alennettiin viittaamalla muun muassa siihen, että työehtosopimuksen jälkikäteinen soveltaminen olisi johtanut suoritusvelvollisen taloudellisiin mahdollisuuksiin nähden kohtuuttomaan tulokseen. Tapauksessa ei siis ollut suoraan kysymys *sovittelun pe-rusteella* suoritettavan määrän alentamisesta vaan muun perusteen nojalla suoritettavan *mää-rän sovittelusta*. Johdonmukaisuus ja OikTL 36.2 §:n lausuma edellyttävät saman seikan relevanssia kuitenkin myös sovittelusuorituksen suuruuden harkinnassa. Ks. yleisesti koko-naispätemättömyyden perustelusta sovittelun oikeusvaikutuksena SOU 1974:83 s. 121: ”Om-ständigheterna kan vara sådana att denna part (sovittelua vaativa osapuoli, JP) inte bör vara skyldig att kvarstå vid avtalet.” Lisäksi on otettava erityisesti huomioon heikomman osa-puolen edut, toisin sanoen heikomman hyvittämisen periaate.

puoltava kohtuuttomuusarvo, oikeusvaikutuksena voidaan puoltaa sopimuksen määräämistä kokonaan raukeamaan.²⁷⁸ Tilanteessa on punitiivisia, rangaistuksenluonteisia piirteitä: jos alunperin olisi sovittu kohtuullinen taso, ei voitaisi lainkaan sovittaa. Kun tilanne oikeusperiaatteiden jäsentämänä kuitenkin on sellainen, jossa sopimusvapaus, vaihdannan intressi tai heikomman hyvittäminen puoltavat sovittelua, on raukeaminen juridisesti perusteltua.²⁷⁹

Tarkasteltaessa sovittelun suorittamista ei ole käsitelty erikseen tapauksia, joissa sovittelu tehdään alentamalla vastiketta ja vastaavasti nostamalla vastiketta. Sovittelu vastiketta nostamalla tai muutoin velvollisuuksia lisäämällä on tosin monesti mielletty tavallista vaikeammaksi.²⁸⁰ Sovittelun suorittamisen systeemiongelmia koskevan tarkastelun kannalta tällä erolla ei kuitenkaan Suomessa ole merkitystä.²⁸¹

3.7. Esimerkkejä sovitteluharkinnasta

Seuraavat kolme tapausta on valittu satunnaisesti edustamaan KKO:n käytäntöä sovittelujutuissa. Kahdessa tapauksessa, KKO 1983 II 78 ja KKO 1984 I 1, normiperusta on ollut OikTL 36 § ja yhdessä, KKO 1985 II 36, vanhan huoneenvuokralain 48 §. Viimeksimainittu on otettu mukaan, jotta väitettä sovittelun samankaltaisuudesta sovittelunormista riippumatta voitaisiin tukea esimerkillä. Sovitteluharkinta ei valituissa tapauksissa ole erityisen laajaa, mutta ei myöskään poikkeuksellisen niukkaakaan. Esimerkit on kuvattu laajasti sen vuoksi, että tässä teoksessa esitetyn sovittelun systematisoinnin rationalisoiva, tosiasiallista harkintaa järjestävä vaikutus tulisi selvästi näkyviin.

²⁷⁸ Vrt. HE 8/77 s. 40, jossa kokonaispätemättömyydestä kirjoitettaessa pidetään silmällä tilannetta, ettei sopimusta pystytä kirjoittamaan uudelleen. Ks. myös HE 247/81 s. 17 ja SOU 1974:83 s. 197—198.

²⁷⁹ Ks. myös *Kartio*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa s. 211—212.

²⁸⁰ *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 450, kirjoittaa — OikTL:n vanhan 36 §:n voimassaollessa — siitä, voiko velkoja vaatia enemmän kuin sopimussakko. Tällainen vaatimus ei luonteeltaan ole sovitteluvaatimus, vaan se perustuu yleisiin korvaussääntöihin ja harkintaan niiden avulla. Taxellin argumenttina on sopimussakkosäännöksen (sovittelun) lieventävä tarkoitus. Velkojalla on muita oikeussuojakeinoja toisin kuin velallisella, jolla sovittelu on ainoa.

²⁸¹ Sen sijaan Tanskassa velvollisuuksien lisääminen on mahdollista vain kiertotietä eli vastapuolen oikeuksia vähentämällä. *Madsen*, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 208—209.

3.7.1. KKO 1983 II 78

A Oy myötäpuolinen oli tehnyt B Oy:n kanssa 21.6.1977 päivätyn sopimuksen, joka velvoitti sopimuspuolet yhdessä myymään omistamansa X Oy:n osakkeet X Oy:n osake-enemmistön määräämälle ostajalle. Tämän velvoitteen rikkomisen varalta oli sopimuksessa sovittu sopimussakoksi 10 000 markkaa/osake. B Oy rikkoi tuon sopimuksen velvoitteen siten, että se neuvotteli omistamiensa X Oy:n osakkeiden myymisestä erikseen Y Oy:lle. Tämän rikkomuksen seurauksena X Oy:n osakkeiden myynti, josta oli saatu aikaan esisopimus Y Oy:n kanssa 7.9.1977, viivästyi noin kahdella kuukaudella. KKO:n enemmistö (3—2) perusteli ratkaisuaan seuraavasti: ”Kauppaan, jonka aikaansaamiseksi sopimussakko oli asetettu, oli 7.9.1977 rahavastikkeen laskennan lähtökohdaksi sovittu 4 872 markkaa osakkeelta. Sopimussakko 10 000 markkaa osakkeelta ylitti siten oleellisesti tuon rahavastikkeen lähtöarvon. Yhteistä myyntiä tarkoittavalla sopimuksella ja myyntivelvoitteen tehosteeksi asetetulla sopimussakolla oli kuitenkin pyritty, paitsi korkeaan hintaan, oleellisesti myös turvaamaan betonimassan, rakennuselementtien ja muiden betonivalmisteiden tarjonta kohtuulliseen hintaan Kuopion seudulla varaamalla Z Oy:n kanssa kilpailevalle alan suuryrittäjälle tilaisuus ja otolliset edellytykset toimia siellä. Päätöksen sopimussakon määrästä olivat tässä tarkoituksessa tehneet X Oy:n osakkeiden enemmistö alan liikeyrityksinä ja tietoisina yhtiön osakkeiden arvosta. Jutussa ei ollut ilmennyt, että tätä päätöstä B Oy:n kohdalta tehtäessä yhtiön edustajilla ei olisi ollut riittävästi aikaa vapaasti perehtyä asiaan ja harkita sitä. Sopimuksen rikkomiselleen yhtiö ei ollut esittänyt mitään hyväksyttävää syytä. Rikkomista ei ollut näytetty merkityksettömäksi sopimuskumppaneille, vaan päin vastoin oli pääteltävissä, että kokonaistavoite, jonka aikaansaamiseksi sopimussakko oli edellä kerrotuin tavoin asetettu painostuskeinoksi, oli rikkomisen vuoksi jäänyt ainakin osittain saavuttamatta. Ottaen huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat ei siten ollut sellaista perustetta, joka oikeuttaisi jättämään sopimussakkoa koskevan ehdon huomioon ottamatta tai sovittelemaan sitä.” Sopimussakon määrä oli 510 000 markkaa. Vähemmistö perusteli sopimussakon sovitteluun 200 000 markaksi johtanutta ratkaisuaan muun muassa seuraavasti: ”Sopimuksella ja sen tehosteella sopimussakolla on pyritty mahdollisimman hyvän hinnan saamiseen osakkeista mutta olennaisesti myös siihen, että Kuopion seudulle saataisiin Z Oy:n ohella toimiva rakennuselementtiteollisuuden suuryrittäjä, mikä syntyvän kilpailutilanteen kautta olisi taannut kohtuullisen hintatason alalla. Sopimussakkovälipuheella on myös pyritty todistamisen helpottamiseen sopimuksen rikkomisesta syntyneen vahingon osalta. Kyseessä ovat melko tasavertaiset teollisuusalalla toimivat liikeyritykset. Sanotunlaisen sopimussakkovälipuheen solmiminen painostuskeinona on sinänsä hyväksyttävä toimenpide. ... Sopimuksella tavoiteltu osakkeiden myynti on, joskin B Oy:n toiminnan johdosta jonkin verran viivästynenä, kuitenkin saatu aikaan ja B Oy:n aiheuttama vahinko on, sikäli kuin jutussa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta on pääteltävissä, jäänyt suhteellisen vähäiseksi.”

KKO:n enemmistön harkinnan pohjana on kohtuusperiaatteen avulla tehty epätasapainon arviointi. Vertailumittana sopimussakon määrälle oli sopimusrikkomuksella aiheutetun vahingon määrä. Epätasapainon arviointia täydennettiin ottamalla huomioon sopimuksen tarkoitus turvata sopimuspuolille niiden tarvitsemia rakennusmateriaaleja kohtuulliseen hintaan aikaansaamalla kilpailutilanne alalle. KKO ei täsmentänyt sopimusrikkomuksen tämän tavoitteen toteutumiselle aiheuttaman vahingon suuruutta. Sopimuksensisäisten seikkojen arviointi kokonaisuutena johti kuitenkin siihen, ettei sopimussakon epätasapainoa voitu ratkaista vertaamalla sitä osakkeista maksettuihin hintaan. Lisäksi viitattiin siihen, ettei sopimusrikkomusta ollut näytetty merkityksettömäksi sopimuskumppaneille.²⁸²

Sopimuksenulkoisista seikoista perusteluissa oli esillä ensinnäkin viittaus osapuoliin alan liikeyrityksinä. Sovittelussa tämä seikka saa merkitystä vaihdannan intressin periaatteen nojalla. Lisäksi tuolla tunnusmerkillä haluttaneen viitata myös osapuolten tasavertaisuuteen eli siihen, ettei sovittelua voida puolttaa heikomman hyvittämisen periaatteella. Vähemmistön perusteluissahan todetaan nimenomaan se, että osapuolet olivat ”melko tasavertaiset”. Sopimuspäätteen liittyviä näkökohtia olivat tapauksessa maininnat siitä, että osapuolet, siis myös B Oy, olivat tietoisia osakkeiden arvosta ja että B Oy:n edustajilla olisi ollut riittävästi aikaa perehtyä asiaan ja harkita sitä. KKO:n argumentaatiotapa on sopimuspäätteen liittyvien mahdollisten sovitteluindisioiden osalta käännetty: todetaan, ettei niitä ole näytetty olleen. Jos mainitut seikat olisi näytetty, ne olisivat puoltaneet sovittelua. B Oy:n epälojaali toiminta sopimuksen aikana saa merkitystä vastapuolen luottamuksensuojaan ja siten vaihdannan intressiin liittyvänä näkökohtana.

KKO:n enemmistön kokonaisharkinta voidaan tiivistää sopimusharkinnan vaiheisiin seuraavasti:

vaihe 1: *kohtuusperiaate* puoltaa sovittelua, joskin epätasapainon määrä jää epävarmaksi, koska sopimusrikkomuksen aiheuttamaa vahinkoa on vaikea arvioida. Sopimusrikkomus ei kuitenkaan ollut merkityksetön;

vaihe 2: epätasapainon yhteys sopimuksenulkoisiin tekijöihin jää kyseisessä tapauksessa epäselväksi;

vaihe 3: *sopimuspäätös* ei puolla sovittelua, koska velvoitetulla on ollut mahdollisuus harkita ja perehtyä asiaan ja elinkeinonharjoittajalle pelkkä mah-

²⁸² Sen ohessa KKO:n enemmistö viittaa siihenkin, ettei rikkomiseen ollut hyväksyttävää syytä. Jos sopimuksen rikkomiseen on hyväksyttävä syy, kävisi ylipäänsä ongelmalliseksi, sitooko sopimussakkoehdot ollenkaan. Ks. tarkemmin *Vihma*, Sopimussakko s. 187–202.

dollisuus on riittävä seikka; *vaihdannan intressi* on eri perusteiden kautta sovittelua vastaan puhuva: kysymyksessä ovat elinkeinonharjoittajat ja sovittelua vaativa on toiminut epälojaalisti; *heikomman hyvittäminen* ei soveltunut tapaukseen;

vaihe 4: kun sopimuksenulkoisia seikkoja arvioitiin näin, jää tapauksessa sovittelua puoltamaan ainoastaan epätasapaino;

vaihe 5: kohtuuttomuusarvo ei ylitä sovittelukynnystä;

vaihe 6: ei sovittelua.

KKO:n vähemmistö argumentoi olennaisesti samalla tavalla sopimuksenulkoisista seikoista. Sopimuksensisäiseksi vertailumitaksi asetettiin samoin karsityn vahingon määrä. Kun siitä, että vahinko olisi ollut huomattava, ei ollut näyttöä, vähemmistö sai kohtuuttomuusarvon ja sovittelukynnyksen vertailussa päinvastaisen lopputuloksen kuin enemmistö: sopimussakkoa oli soviteltava 510 000 markasta 200 000 markkaan. Vähemmistökään ei ottanut kantaa ulkoisen sovitteluperusteen ja epätasapainon yhteyteen.

3.7.2. KKO 1985 II 36

Osuuskunta oli vuokrannut liikehuoneiston kymmenen vuoden ajaksi. Vuokratiloissa harjoitettu liiketoiminta oli tuottanut osuuskunnalle jatkuvasti tappiota ja sen koko toimintakin oli ollut tappiollista useiden vuosien ajan. Kun vuokra-ajasta oli jäljellä vielä lähes puolet, osuuskunta oli lopettanut kaiken liiketoimintansa ja se oli asetettu selvitystilaan. Osuuskunnan vaatimus vuokrasopimuksen vuokra-aikaa koskevan ehdon sovittelemisesta (vanhan) huoneenvuokralain 48 §:n 1 momentin nojalla hylättiin. KKO perusteli ratkaisuaan muun muassa seuraavasti: ”Kysymyksessä oleva vuokrasopimus on tehty tasavertaisten osapuolten välillä. Osuuskunnan toiminnan muodostumisen tappiolliseksi ei ole osoitettu johtuneen sellaisesta yllättävästä seikasta, jota ei olisi voitu ennakoita. Osuuskunnalla on oikeus avoimelta yhtiöltä (vuokranantaja, JP) luvan saatuaan siirtää toiselle vuokraoikeutensa. Jos yhtiö epää luvan ilman riittävää syytä, osuuskunnalla on oikeus huoneenvuokralain 9 §:n 1 momentin mukaisesti irtisanoa vuokrasopimus. Yhtiölle on tärkeää, että vuokrasopimus on voimassa sovitun ajan.”

Sovitteluongelman lähtökohtana tapauksessa on epätasapainon ja sen määrän selvittäminen eli kohtuusperiaatteen soveltaminen.²⁸³ Epätasapaino syntyy tässä tapauksessa siitä, että osuuskunta maksaa vuokran saaden sitä vastaan käyttöönsä tilat, joilla ei ole sille enää tilojen alkuperäistä taloudellista arvoa. Tapauksessa ei ole edes väitetty, että vuokra sinänsä poikkeaisi normaalita-

²⁸³ Sopimussysteemin kannalta tapausta voidaan pitää yhtenä tyyppiongelmanä sopimuskumppanin vetäytymisoikeudesta. Ks. siitä tarkemmin *Aurejärvi*, Velvoiteoikeus.

sosta. KKO argumentoi tarkentavasti siihen suuntaan, ettei epätasapainoa saada selville vertaamalla täyttä vuokranmaksua suoraan tilojen vuokraajalle arvottomaan käyttöoikeuteen. Vertailumitaksi ei otettu ainoastaan tilojen arvoa vuokralaiselle sen omassa käytössä, vaan vuokralaisen mahdollisuus edelleen vuokrata tilat vähensi epätasapainon määrää. Tapauksessa epätasapaino johtuu selvästi sopimuksenteon jälkeen ilmenneistä seikoista. Vaihe 2. eli yhteys sopimuksenulkoisen tekijän ja epätasapainon välillä on osoitettu. Tosin perusteluissa käytetään *sanamuotoa*, ettei osuuskunnan toiminnan muodostuminen tappiolliseksi (olosuhteiden muutos) ole johtunut yllättävästä seikasta, jota ei olisi voitu ennakoita. Argumentaatiossa on kuitenkin selvä viittaus muuttuneisiin — vaikka ei yllättävästi muuttuneisiin — olosuhteisiin. Kvalifikaatio ”yllättävästi” vaikuttaa muuttuneiden olosuhteiden painoarvoon sovitteluindisina. Huomautus siitä, että osuuskunnan taloudellisen toiminnan lopettaminen ei ollut sellainen yllättävä seikka, jota vuokralainen ei olisi voinut ennakoida, liittyy puolestaan vaihdannan intressiin. Vuokranantajan luottamus siihen, että sopimus on voimassa koko sovitun ajan, on hyvin perusteltua. Luottamus kohdistuu lisäksi seikkaan, joka on vuokranantajalle tärkeä. Osuuskuntaa ei myöskään voida pitää vuokrasuhteen heikompana osapuolena eikä heikomman hyvittäminen siten puolla sovittelua. KKO:n kokonaisarviointi sovitteluharkinnan vaiheittain on seuraava:

Vaihe 1: *kohtuusperiaatteen* mukainen epätasapaino on olemassa, mutta sen suuruus ei ole koko vuokran määrä vaan vuokran määrä vähennettynä edelleenvuokrauksesta arvioiduksi saatavalla edulla;

vaihe 2: epätasapaino johtuu sopimuksen tekemisen jälkeen ilmenneestä seikasta, osuuskunnan joutumisesta selvitystilaan;

vaihe 3: *sopimusvapauden* mukaisia sovitteluargumentteja ei ole esitetty; *vaihdannan intressi* ei kokonaisuutena arvioiden puolla sovittelua huolimatta olosuhteiden muutoksesta, koska olosuhteiden muutos olisi ollut ennakoitavissa ja kysymyksessä on liiketoiminta; *heikomman hyvittäminen* ei sovellu tapaukseen;

vaiheet 4 ja 5: kohtuuttomuusarvo ei ylitä sovittelukynnystä;

vaihe 6: ei sovittelua.

3.7.3. KKO 1984 I 1

Työntekijä, joka toimi osuuskunnan myymälänhoitajana, oli tuottamuksellaan aiheuttanut vahinkoa työnantajalleen, osuuskunnalle. Työsuhteen päättymisen jälkeen työntekijä ja työnantaja olivat sopineet, että työntekijä korvaisi osuuskunnalle aiheutuneen vahingon 44.067 markalla. KKO sovitteli OikTL 36 §:n nojalla korvauksen 28.000 markkaan perustellen tätä muun muassa sil-

lä, ettei vahingon määrää laskettaessa ole voitu erottaa toisistaan työntekijän tuottamuksesta aiheutunutta vahinkoa ja sellaista vahinkoa, joka on saattanut johtua työntekijästä riippumattomista syistä, sekä että työntekijä toimisopimuksen päättymisestä huolimatta edelleen oli osuuskuntaan nähden olennaisesti heikommassa asemassa ja hänen mahdollisuutensa tarkastaa osuuskunnan laskelmia olivat vähäiset sekä hänen mahdollisuutensa selviytyä sovitusta maksuvelvollisuudesta olivat epävarmat.

Tässä tapauksessa ei ole selvää, mikä on ollut suoritus ja mikä sitä vastaan saatu vastasuoritus. Nähdäkseni työntekijän suoritus on ollut se sopimus, jonka hän on solminut, tarkkaan ottaen sen luomat velvoitteet. Vastasuorituksena hänet on vapautettu velvollisuudestaan korvata aiheuttamansa vahinko. Epätasapaino voi aiheutua siitä, että suorituksen vastikkeena saatu vapautus on vähäisempi kuin mitä alkuperäinen korvausvelvollisuus olisi ollut. KKO tarkoittaa epätasapainoa koskevaa arviotaan korostamalla, että velvollisuuden suuruus, eli vaadittu noin 44.000 markkaa, ei ole riidatta selvitettävissä sellaiseksi, jonka korvaamiseen A olisi ilman erityistä sopimusta velvollinen. Tarkkaa arviointia epätasapainon määrästä KKO ei kuitenkaan esitä.²⁸⁴

Muista sovitteluperiaatteista on käsitelty ainoastaan heikomman hyvittämistä. Sen käsittely onkin sitten monipuolista. Ensinnäkin mainitaan A:n alhainen ikä suhteessa työtehtävien laatuun. Toiseksi otetaan huomioon A:n koulutuksen puute ja se, että ammattikokemuksin oli vähäistä. Kolmanneksi annetaan merkitystä sille, että A:n mahdollisuudet tarkastaa laskelmat ovat vähäiset. Lisäksi viitataan yleisesti siihen, että A:n asema entisenä työntekijänä kuitenkin edellyttää hänen heikomman asemansa huomioonottamista työsuhteen päättymisen jälkeenkin. Viimeiseksi KKO mainitsee A:n mahdollisuuksien selviytyä velvoitteesta olevan epävarmat eli viittaa siihen, että A:n tulot ovat vähäiset.²⁸⁵

Sovitteluharkinnan vaiheet ovat:

Vaihe 1: epätasapainon vertailumitta on se vahingonkorvauksen määrä, jonka korvaamiseen sopimuspuoli olisi ollut velvollinen ilman sopimusta;

vaihe 2: yhteys sopimuksenulkoisesta tekijästä epätasapainoon on olemassa siten, että työntekijä on työsuhteen päättymisestä huolimatta edelleenkin heikompi eikä tätä seikkaa ole poistettu vastaanäytöllä tai myöntämisellä;

²⁸⁴ Vrt. myös KKO 1985 II 51 (suunnittelijan sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun sovittelu), josta käy ilmi, että vaikka osapuolet eivät olisi sopineet korvauksesta, olisi sopimusosoikeuden korvaussääntöjen perusteella määräytyvää korvausvastuuta voitu sovitella vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:ään perustuen.

²⁸⁵ Ks. edellä s. 274 Wilhelmssonin esitykseen perustuvia kohtia (iii) ja (vi).

vaihe 3: tässä tapauksessa on keskitytty *heikommuuden* arviointiin, muista periaatteista enemmistö ei juurikaan lausu;

vaihe 4: kokonaisarviointissa epätasapaino ja heikommuus on laskettu yhteen;

vaihe 5: vertailussa sovittelukynnys ylittyy;

vaihe 6: sovittelu siten että summaa alennetaan.

Yhden vähemmistön (oikeusneuvokset Hiltunen ja Ailio) perusteluissa viitataan A:n mahdollisuuksiin harkita sopimusta (”riittävä aika” eli 2 kuukautta työsuhteen päättymisen jälkeen). Tämä näkökohta merkitsee vastaindisiota sopimusvapauden periaatteen nojalla. Vaihetta 2. eli ulkoisen perusteen yhteyttä kohtuuttomuuteen ei voida osoittaa mahdottomaksi viittauksella harkinta-aikaan; muutkin ulkoiset seikat kuin sopimusvapauden nojalla arvioitavat saattavat aiheuttaa epätasapainon. Jos edelleenkin epätasapaino on olemassa, on siihen päätyminen harkinnan jälkeenkin itse asiassa vahvistus heikommuudelle. Mainittakoon, ettei vähemmistön sovitteluharkinnassa esitetä seikkoja, jotka suoranaisesti liittyisivät heikomman hyvittämiseen. Sen sijaan siinä korostetaan epätasapainoisuutta tarkentavia seikkoja: hävikkiä ei ollut kuin tietyistä päivästä alkaen eikä muuta palkattua työvoimaa kuin A:n avio-puoliso. Hävikin laatu osoittaa, ettei kysymyksessä ollut lievä tuottamus. Tämän vähemmistön lopputulos oli se, ettei sovitteluun ollut aihetta.

4. SOVITTELUSÄÄNNÖN SOVELTAMISALASTA

Sovittelu ei ole rajoituksetta mahdollista. Sovittelua vastaan puhuvat periaatteet eivät kuitenkaan — kohtuusperiaatetta lukuunottamatta — tee sovittelua mahdottomaksi. Epätasapainon vaatimuksen merkitys on selvitetty edellä. Tässä jaksossa sovittelun rajojen taustaa etsitään muista syistä.

Keskustelussa sovittelun rajoista liu’utaan hyvin helposti argumenttoimaan *sovittelun vaikeuden* puolesta sen sijaan, että pystyttäisiin sitovasti osoittamaan *sovittelun mahdottomuus*. Sovittelun kannalta kysymyksessä on kuitenkin kaksi eri ongelmaa, jotka on syytä pitää erossa toisistaan.²⁸⁶ Tässä jaksossa tarkastellaan sovittelusäännön soveltumisalaa, siis ongelmaa sovittelun mahdottomuu-

²⁸⁶ Samoin *Wilhelmsson*, Avioehtosopimuksen kohtuullistamisesta s. 440, avioehtosopimusten sovittelua koskevan keskustelun kannalta: ”On syytä erottaa kaksi ongelmaa: (i) Kohtuullistamissäännöksen (tai siitä johdetun kohtuusperiaatteen) *muodollinen* soveltuvuus avioehtosopimukseen: onko OikTL 36 §:ää lainkaan mahdollisuus soveltaa tällaiseen sopimukseen? (ii) Kohtuullistamissäännöksen (tai kohtuusperiaatteen) *sisällöllinen* soveltamistapa: onko ns. sovittelukynnys asetettava tavanomaista korkeammalle.”

desta, yleisen sopimusoikeuden kannalta. Tarkastelun tavoitteena on selvittää, millaisia yleisen sopimusoikeuden argumentein perusteltuja *juridisia selityksiä*²⁸⁷ voidaan antaa sille, että sovittelu ei ulotu joillekin aloille, joihinkin sopimustyypeihin tai joihinkin ehtotyypeihin. Muilta oikeudenaloilta ja eri oikeustoimityypeistä otetut esimerkit havainnollistavat sitä, miten sovittelun ulkopuolelle jääminen toteutuu. Esimerkkien tyhjentävä analyysi jää kuitenkin välttämättä ao. alojen erityisesityksiin. Sovittelun ulkopuolelle jääminen on riippuvainen sellaisista perusteista, joiden pätevyys on pääteltävissä vain asianomaisen alan systeemin avulla.

Ajatus siitä, että jokin sopimuskentän lohko tai ehtotyyppi jäisi sovittelun ulkopuolelle, on koko OikTL 36 §:n valmistelun yhden lähtökohdan vastainen siltä osin kuin sanotulla pykälällä on ollut tarkoitus säätää yleinen sovittelusääntö. Säännöksen taustalla lieenee nimittäin ajatus, jonka mukaan kaikki oikeustoimiin liittyvät sääntelyjärjestelmät ovat siinä mielessä puutteellisia, että yksittäistapauksissa ne saattavat johtaa ennalta-arvaamattomaan ja toisinaan kohtuuttomaankin lopputulokseen. Sen vuoksi sovittelun ulottumattomiin jäämiselle, eikä sovittelun soveltamisalaan kuulumiselle, on annettava selitys.²⁸⁸

Sovittelujuttujen ratkaisuperusteluissa voi suositella — samaan tapaan kuin hallituksen esitys suositaa erottamaan tyyppikohtuuttomuuden ja sovittelun²⁸⁹ — erottamaan sen, hylätäänkö sovitteluvaatimus sillä perusteella, ettei velvoite ole kohtuuton vaiko sillä perusteella, ettei sentyyppistä velvoitetta ylipäänsä voi sovitella. Tällainen tarkennus olisi tarpeen esimerkiksi tapauksessa KKO 1986 II 114, joka on mainitussa suhteessa kaksitulkintainen.

4.1. Kolme selitystä sovittelun ulottumattomiin jäämiselle

Sovittelu voi olla mahdotonta kolmesta erilaisesta syystä. Kutsun näitä syitä *systeemisyyksi, vertailumitan puuttumisen syyksi ja kohtuuden muun kontrollin syyksi*.

²⁸⁷ Aurejärvi, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä s. 225, kirjoittaa luultavasti samantyyppistä menettelytapaa tarkoittaen ”simulaation dogmaattisesta selittämisestä”.

²⁸⁸ Ks. HE 247/81 s. 12 ja *Wilhelmsson*, The power of a court to adjust unreasonable terms in the by-laws of a corporation s. 26—27: kun muita yhtiöjärjestyksen määräyksiä kuin yhtiösopimukseen perustuvia ei ole perusteluissa rajattu sovittelun ulkopuolelle, on niidenkin sovittelu sinänsä mahdollista pohjoismaisten sopimuslakien 36 §:n nojalla. Oletus on, että kaikkea voidaan sovitella, ellei toisin ole osoitettu. — On huomattava, että vaikka sovittelua edellä on pidetty poikkeuksena sopimuksen sitovuuden pääsäännöstä, voi sovittelumahdollisuus tästä huolimatta olla pääsääntö ja sen puuttuminen poikkeus.

²⁸⁹ HE 247/81 s. 12.

4.1.1. *Systemisyys*

Systemisyys estää sovittelun silloin, kun sovittelua vaativan ja vastapuolen välillä ei ole sopimussuhdetta — tarkkaan ottaen kun osapuolet eivät ole sen oikeustoimen osapuolia, jonka sovittelua vaatimus koskee. Selkeä esimerkki tällaisesta tilanteesta ovat *sivullissuhteet*, jotka jäävät OikTL 36 §:ään perustuvan sovittelun ulkopuolelle.²⁹⁰ Kohtuusnäkökohdat voidaan ottaa huomioon vain muilla tavoin kuin sovittelemalla.²⁹¹

Tilanne ei kuitenkaan aina ole esitetyllä tavalla yksiselitteinen. Osapuolten välillä voi olla *alunperin* sopimukseen perustuva järjestely (esimerkiksi yhtiöoikeudessa) tai *osaksi sopimusperäinen* taikka *sopimusta muistuttava* järjestely (eräät julkisoikeudellisten yhteisöjen ja yksityisten väliset suhteet).

Yhtiöoikeudessa ongelma konkretisoituu kysymykseksi siitä, missä määrin yhtiön toimintaa koskevat määräykset, esimerkiksi yhtiöjärjestys, korvaavat yhtiön perustamisen jälkeen täysin yhtiösopimuksen.²⁹² Jos yhtiösopimukselle ei jää itsenäistä sopimusoikeudellista sisältöä yhtiön perustamisen jälkeen, ei yhtiösopimuksen sovittelu olisi enää mahdollista sopimuksen sovitteluna. Yhtiöoikeudellinen sääntely sisältääkin useita omia erityissäännöksiä, joiden tunnusmerkistön käyttö edellyttää kohtuusharkintaa, tällainen on esimerkiksi osakkeen lunastushinnan määräytymistä koskeva osakeyhtiölain 3 luvun 3.2 §.

Tässä teoksessa on sopimuksen prosessikäsitystä ehdotettu lähtökohdaksi pohdittaessa alunperin sopimukseen perustuneen oikeussuhteen sovittelumahdollisuutta. Sen nojalla kysymys olisi sopimuksen eri ulottuvuuksista, ajalli-

²⁹⁰ Tästä on erotettava kysymys siitä, voiko *sopimuspuolen suhde kolmansiin* olla tekijä, joka saadaan ottaa huomioon sovittelussa. Ks. tästä esim. *Hellner*, Konsumentskydd och generalklausuler s. 166 ja SOU 1974:83 s. 160—161, erit. 161: ”Enligt utredningens mening bör verkningar i förhållande till tredje man inte inverka på tillämpningen av generalklausulen. ... I den mån tredje-mans-intressen förtjänar rättsligt beaktande, bör detta sålunda enligt utredningens mening ske på annat sätt än med tillämpning av generalklausulen.” Vrt. kuit. *Lyytikäisen*, Toimitusjohtajan oikeusasemasta oikeuskäytännön valossa s. 274, esittämään tapaukseen, jossa yhtiön ja sen toimitusjohtajan välistä sopimusta soviteltiin ottamalla huomioon yhtiön muiden velkojien asema.

²⁹¹ Tällaisista tavoista ks. esim. *Kartio*, Uudistuvan esineoikeuden haasteet s. 149—150.

²⁹² Keskustelussa on vielä erotettu yhtiösopimukseen perustuva määräys/yhtiökokouksen myöhemmin tekemä määräys; *Havansi*, Panttioikeus osakkeeseen II s. 251, kuvaa tällaista ajattelutapaa: ”eihän yhtiöjärjestys ole sopimus tai muukaan varallisuus oikeudellinen oikeustoimi”. *Wilhelmsson*, The power of a court to adjust unreasonable terms in the by-laws of a corporation s. 26—27, toteaa, ettei erottelu yhtiösopimukseen perustuvan ja muun myöhemmin tehdyn määräyksen välillä ollut esillä esitöissä Suomessa (so. HE 247/81) eikä kirjallisuudessa. Erottelu on lisäksi formaali eikä hänen mukaansa siten käy sovittelusäännön rajanvedoksi.

sesta, asiallisesta ja henkilöllisestä. Ajallisen ulottuvuuden kannalta voidaan huomauttaa siitä, ettei yhtiösopimuksen sopimusoikeudellisten vaikutusten tarvitse täysin korvautua yhtiöoikeudellisilla (so. yhtiöjärjestykseen perustuvilla) vaikutuksilla, vaikka yhtiön perustaminen muuttaakin olennaisesti yhtiösopimuksen merkitystä. Asiallisen ulottuvuuden kannalta voidaan erottaa erilaisia yhtiösopimusten määräyksiä siten, että kaikkien määräysten sovittelun ei aina tarvitse olla mahdollista. Esimerkiksi juuri sellaisissa tilanteissa, joissa yhtiöoikeudellinen säännöstö sisältää oman erityisen kohtuusharkinnan muotonsa, on luontevaa käyttää sitä eikä yleistä sovittelusääntöä.²⁹³ Henkilöllisen ulottuvuuden kannalta voidaan viitata lopulta siihen, että yhtiösopimuksen sovittelua vaativan ei välttämättä tarvitse (edes) olla yhtiösopimuksen osapuoli, kunhan vain riittävä yhteys sopimusmääräyksiin on olemassa.²⁹⁴

Julkisoikeudelliset oikeussuhteet jäävät OikTL 36 §:n sovittelusäännön soveltamisalan ulkopuolelle. Hallituksen esityksessä todetaan varsin yksiselitteisesti, että ”kohtuullistamissäännöstä ei voitaisi soveltaa viranomaistoimintaan”.²⁹⁵ Julkisyhteisön solmimia yksityisoikeudellisia sopimuksia sen sijaan voitaisiin kohtuullistaa. Rajanveto julkisoikeudellisen viranomaistoiminnan ja muun toiminnan välillä on varsin epäselvä. Toisinaan toiminnot kietoutuvat toisiinsa ja muodostavat vasta yhdessä kokonaisuuden.²⁹⁶ Sen vuoksi myös nyt tarkasteltavalle soveltamisalaongelmalle on merkitystä sillä, tarkastellaanko tilannetta sopimuksen pistekäsityksen vai prosessikäsityksen valossa. Pistekäsitys johtaisi kysymään, onko sopimus *luonteeltaan (ensisijaisesti) julkisen vallan käyttöä vai ei*. Tähän kysymykseen annettu vastaus määritteli sitten so-

²⁹³ Ks. KKO 1986 II 114, jossa katsottiin yhtiöjärjestyksen lunastuslausekkeen jäävän OikTL 36 §:n mukaisen sovittelun ulkopuolelle, ilmeisesti siksi, että osakeyhtiölain 3 luvun 3.2 § sisältää oman erityissääntönsä tuollaisten lausekkeiden hinnan suuruudesta. Näin myös HE 247/81 s. 10 ja siihen vedoten *Nuolimaa*, Lunastuslauseke ja suostumuslauseke s. 289—290. Ks. myös *Muukkonen*, Osakkeen ”ylihinnan” sovittelusta OYL 3:3.2:n mukaan.

²⁹⁴ Yleisesti yhtiöoikeudellistenkin sopimusten sovittelun toteaa mahdolliseksi HE 247/81 s. 9. Samoin NOU 1979:32 s. 45—46 sillä perusteella, että on kyse sopimuksen perusteella syntyneestä toiminnasta. Viimeksimainittuun mietintöön perustuvassa hallituksen esityksessä (Ot.prop. 5/1982—1983 s. 27) todetaan kuitenkin, ettei AvTL 36 §:ää pitäisi *suo- raan* soveltaa yhtiöjärjestykseen. SOU 1974:83 s. 122—123 perustellaan sovittelun mahdollisuutta siten, ettei ole asiallisia syitä jättää yhtiöjärjestyksestä sovittelun ulkopuolelle. Siinä hyväksytään ajatus yhtiöoikeudellisen tasapuolisuus- ym. harkinnan ja sovitteluharkinnan *osittaisesta* päällekkäisyydestä.

²⁹⁵ HE 247/81 s. 10.

²⁹⁶ Ks. esim. jo *J.S. Mill*, Vapaudesta s. 100—102, jonka mukaan rajanveto riippuu sosiaalisista, ei luonnollisista standardeista ja tämän vuoksi rajanveto jatkuvasti muuttuu. Klassisesta keskustelusta muutoin ks. *Vihman*, Sopimussakko s. 55 viittaamia lähteitä.

vellettavat normit. Prosessikäsitys puolestaan purkaa suhteen elementteihin, joiden yhdistelmät voivat vaihdella. Tällöin ajatus on se, että kohtuullistaa voitaisiin *siltä osin kuin* käytössä olevat vastuuelementit ovat samankaltaisia kuin (täysin) yksityisoikeudellisissa sopimuksissa.²⁹⁷ Tähän tapaan voidaan tulkita ratkaisua KKO 1986 II 78, jossa oli kysymys metsähallituksen antaman metsästysluvan ehdosta ja jossa sen kohtuullisuuden tutkimisen katsottiin kuuluvan yleisen tuomioistuimen toimivaltaan.

4.1.2. Vertailumitan puuttuminen syynä

Toisena selityksenä sovittelun ulkopuolelle jäämiselle on, ettei kohtuusperiaate *voi saada* painoarvoa tietyissä sopimustyypeissä — oikeustoimityypeissä — tai tietyissä ehtotyypeissä. Sellaista vertailumittapuuta, jonka suhteen sopimuksen ehto tai koko sopimus olisi kohtuuton, ei ole mahdollista muodostaa. Vaikka muut periaatteet voimakkaasti tukisivat sovittelua, sovittelu ei tule kysymykseen.²⁹⁸

Siviilioikeudessaamme on monia sellaisia sopimustyypejä, joiden konstitutiiviset normit ovat sovittelukielteisiä.²⁹⁹ Tällaisten sopimus- tai ehtotyyppien etsiminen tarkoittaa esimerkiksi sen pohtimista, mitä huutokauppainstituutin kannalta merkitsisi, jos huutokauppahinnan sovittelua pidettäisiin mahdollisena. Mitä merkitsisi lahjainstituutin kannalta, jos lahjoituksen määrän sovittelu sitä korottamalla katsottaisiin OikTL 36 §:n nojalla mahdolliseksi? Huutokaupan ja lahjoituksen suhteen olemme tilanteessa, jossa emme voi rikkomatta noita instituutteja — ja samalla siis korvaamatta niitä jollakin muulla

²⁹⁷ Näin myös *Grönfors*, Begränsningar hos avtalet som styrmedel s. 219. Ks. yleisesti *Mäenpää*, Sopiva hallinto s. 40. Ks. myös *Andersson*, Offentlig samfunds ansvarsbefrielse vid fall av omöjlighet som samfundet självt orsakat s. 367—376. Ks. vielä NOU 1979:32 s. 8: Yleislauseketta voidaan soveltaa analogisesti ”innenfor det offentligrettslige området i rettsforhold av avtalelignende karakter mellom det offentlige og privatpersoner” ja m.t. s. 42, jonka mukaan on rajatapauksia, joissa ei ole selvää, onko suhde yksityis- vai julkisoikeudellinen. Eroa on vaikea määritellä. Lisäksi myös julkisyhteisö voi vaatia sovittelua. SOU 1974:83 s. 124 käyttää termiä ”avtalskaraktär”, jolla viitataan sellaiseen ehtoon, johon — huolimatta sen julkisoikeudellisestakin liitynnästä — AvtL 36 § soveltuisi.

²⁹⁸ Tämä vastaa argumentaattiorakenteeltaan formaalin tahtomallin mukaista yleistä kantaa sovittelukohtuuteen. Sovittelukohtuus ei ollut tuon mallin mukaan lainkaan mahdollista, koska tahdonvapauden käyttö johtaa juuri osapuolten kannalta kohtuulliseen tulokseen. Tuloksen kohtuullisuutta ei voida arvioida riippumatta osapuolten vapaista tahdoista. Sen vuoksi ei olekaan yllättävää, että osa vertailumitan puuttumisen tilanteista on sellaisia, joissa on suoraan kysymys yksityisautonomian rajoista (lahja, testamentti).

²⁹⁹ Erottelusta oikeusinstituutin konstitutiiviset — regulatiiviset normit ks. edellä s. 83 viite 225.

tai muuttamatta niiden olennaisia lähtökohtia — sallia huutokauppahinnan tai lahjoituksen määrän sovittelua.

a. *Huutokauppa* on perinteinen kaupankäynnin muoto, jolle on olennaista mahdollisuus tehdä hyviä tai huonoja kauppvoja.³⁰⁰ Jos tämä mahdollisuus poistetaan, on kysymys aivan muusta. Huutokauppahinnan sovittelu ei näyttäisi olevan mahdollista sellaisella kohtuusperiaatteeseen nojaavalla perusteella, ettei se, mitä on maksettu, ole tasapainossa siihen nähden mitä on saatu. Vastikesovittelussa lähtökohtana on nimittäin vertailuhinta. Sen määrittely on yleensäkin ongelmallinen. Yksityisoikeudessamme yksi mahdollinen tapa olisi pohtia, mitä esineestä (sopimuksen kohteesta) olisi saatu vapaaehtoisessa huutokaupassa. Vertailuhinta olisi siten samalla tavoin määritelty kuin verrattava sopimuksen vastike-ehto.³⁰¹ Sovittelun ulkopuolelle jääminen merkitsee sitä, että vapaaehtoisessa huutokaupassa sovittelulle ei jää tilaa varsinaisten pätemättömyysperusteiden ja niitä lievempien tilanteiden väliin.³⁰² — Eri asia on, että OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteet ovat sovellettavissa huutokaup-

³⁰⁰ Ks. huutokaupan juridiikasta *Linna*, Ulosottorealisoinnista de lege ferenda s. 78—84 ja siinä mainittua. Ks. myös *Almén*, Om auktion såsom medel att åvägabringa aftal, erit. s. 3: ”Syftet med anställandet af auktion är att vinna fördelaktigast möjliga vilkor i det aftal, man är sinnad att ingå, och det medel, hvarpå man härför räknar, är konkurrensen mellan tillstådesvarande spekulanter.”

³⁰¹ Tavat eivät kuitenkaan ole identtisiä. Vertailuhintana huutokauppahinta on konstruoitu ideaaliolosuhteissa eli siten, että kaikki potentiaaliset ostajat ovat paikalla ja että heidän tahdonmuodostuksensa on häiriintymätöntä.

³⁰² Samansuuntaisesti kauppalaan 37.2 §: Ostajalla ei ole (tavarán virheen perusteella) oikeutta hinnanalennukseen, kun tavara on ostettu käytettynä huutokaupassa. Syyksi *Sevón et al.*, Kauppalaan pääkohdat s. 127, esittävät: ”Koska huutokaupassa noudatettava erikoislaatuinen hinnan määäämissenettely usein merkitsee sitä, että tavarán myyntihinnan ja arvon välistä suhdetta ei voida arvioida objektiivisin perustein.” Vrt. toisin *Vaasan HO 17.11.1983 T:1427 S 1982/378*, jossa ostajan päihtymyksen vuoksi päädyttiin sovittelemaan hänen käytetystä autosta maksamaansa huutokauppahintaa, kun OikTL 33 §:n edellytykset eivät täyttyneet. Kysymyksessä oli kaupan kohde (käytetty auto), josta sovittua vastiketta oli helppo verrata yleiseen hintatasoon. Ks. myös *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumatón urakkahinnan tarkistaminen s. 609—612, jossa kuvataan urakkakilpailun avulla muodostetun urakkahinnan ulkopuolisen arvioinnin vaikeuksia. — Tällainen perustelu sovittelun ulottumattomiin jäämiselle pohjaa siihen juridiseen fiktion, että yleisesti esineille vapaaehtoisessa huutokaupassa muodostuvat hinnat ovat esineiden oikeita hintoja. Jos käy selville, etteivät huutokauppahinnat todellisuudessa — silloin kun vertailu yleiseen hintatasoon on tehtävissä — vastaakaan yleisen hintatason mukaisia hintoja, on syytä arvioida uudelleen esitettyä johtopäätöstä. Ks. *Linna*, Ulosottorealisoinnista de lege ferenda s. 158—179, jossa tosin on verrattu vain pakkohuutokauppahintoja käypiin hintoihin.

paan aivan samalla tavalla kuin muihinkin kaupan muotoihin. Huutokaupassa syntynyt sopimus voi siten käydä pätemättömäksi näiden perusteiden nojalla.

b. *Lahja* on sekin perinteinen oikeusinstituutti, joka on korostetusti sidoksissa lahjanantajan tahtoon ja hänen toimintaansa. Esimerkiksi kansainvälisessä hyväntekeväisyydessä lopullisen lahjansaajan yksilöitävyyuskään ei ole olennaista.³⁰³ Perhepiirissä ja ystävien kesken ollaan taas alueilla, joiden yksityiskohtainen juridinen sääntely on arkaluonteista. Voidaan toki katsoa, että perheenjäsenten ja ystävien välillä tehdyillä lahjoituksilla on vastikkeellinen luonne siten että vastike on luonteeltaan sosiaalinen tai tunnevastike eikä rahavastike.³⁰⁴ Kuitenkin koko vastikkeellisuusajatus, jonka ilmentymä on esimerkiksi vaatimus siitä, että lahjansaajan tulee ymmärtää lahjoituksen sisältö, sopii huonosti lahjaan siinä muodossa kuin se on ollut tunnettu kulttuurissamme. Mahdollisuus siihen, että lahjan määrää tai muita ehtoja käytäisiin kohtuullistamaan saajan hyväksi vetoamalla OikTL 36 §:n mainitsemiin näkökohtiin, tekisi lahjoituksesta todellisuudessa instituutin, jota tuskin tunnistaisimme alkuperäisen idean mukaiseksi.³⁰⁵

Kuvitteellisina sovittelutilanteina erottuvat määrän osalta: 1. sovittelu ylöspäin lahjansaajan vaatimuksesta ja 2. sovittelu alaspäin lahjanantajan vaatimuksesta. Edellinen ei ole mahdollista OikTL 36 §:n nojalla, koska kohtuusperiaate sopimussuoritusten tasapainona ei voi saada painoarvoa. Jos lahjanantaja vaatii sovittelua siten, että lahjoituksen määrää alennettaisiin, sisältää puolestaan lahjanlupauslain 5 § lahjanlupauksen peruuttamissäännösten antajan varallisuusaseman tai saajan käytöksen vuoksi. Tätä säännöstä täydentää sovittelumahdollisuus antajan eduksi.³⁰⁶ Jo täytettyyn lahjaan voidaan saa-

³⁰³ Vrt. ns. prosenttiliikkeeseen, jossa palkasta luovutetaan määräerä (tavallisesti yksi prosentti) jollekin kehitysyhteistyötä harjoittavalle järjestölle. Lopullinen lahjansaaja ei tällaisessa avustamisessa ole tavallisesti lainkaan yksilöitävissä.

³⁰⁴ Eri asemassa on ns. palkintolahja. Kun siinä on selvä vastike, on puhe lahjasta nähdäkseni ongelmallista. Samoin oikeustoimen tulkinnan kannalta *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 174.

³⁰⁵ Ks. HE 247/81 s. 10: ”Lahjan saajan kannalta ehdot voivat olla kohtuuttomia vain silloin kun kysymyksessä ei enää ole pelkästään lahja vaan sopimus, jossa saaja on sitoutunut tiettyihin vastasuorituksiin, vaikka näiden arvo ei vastaakaan lahjaa.” Vrt. myös NOU 1979:32 s. 59: 36 § soveltuu vain *velvoittaviin* oikeustoimiin; tavallinen lahjanlupaus ei velvoita saajaa. Vrt. kuit. m.t. s. 45, jossa huomautetaan, että lahjansaajan olisi *vaikea näyttää toteen* kohtuuttomuutta.

³⁰⁶ HE 247/81 s. 10: ”Lahjanlupauksen ehdot voivat osoittautua lupauksenantajalle kohtuuttomiksi, vaikka hänen varallisuusolonsa eivät olisikaan huonontuneet sillä tavoin, että lahjanlupauslain (625/47) 5.1 §:ää voitaisiin soveltaa. Tällöin asia voidaan korjata soveltamalla yleistä kohtuullistamissääntöä.” Ks. myös ratkaisua NJA 1977 s. 717, jossa oli

jaan nähden puuttua myös esimerkiksi edellytysopin avulla. Lahjan lupaamisen jälkeen tapahtuvissa olosuhteiden muutoksissa on ensisijaisina ratkaisunormeina käytettävä peruuttamissääntöjä ja edellytysoppia. Vasta jos ne eivät sovellu, on harkittava sovitteluun liittyviä argumentteja (vertaa lahjanlupa-lain 5 §:ään ja maakaaren 8 luvun 2 §:ään).³⁰⁷ Lahjan täyttämisen jälkeen on vastaavasti käytettävä ensisijaisesti edellytysoppia eikä sovittelua.

Kannattaa myös muistaa, että juuri lahjan suhteen esineoikeudellisen ajattelutavan ekspansio velvoiteoikeuden kustannuksella on ollut hyvin korostettua. Velkojien suojaamiseksi on lahjoituksesta pyritty tekemään — ja osaksi onnistuttu — olennaisesti perustansa vastaisesti myös osapuolten kesken hyvinkin muodollinen ja yllättäviinkin muodollisiin edellytyksiin sidottu oikeustoimi. Tärkeä näkökohta on ollut lahjan palauttaminen ja siihen liittyvä sivullissuoja eikä suinkaan velvoiteoikeudellinen lahjoitusinstituutti.³⁰⁸

c. *Testamentti* on kolmas oikeusjärjestykseemme kuuluva instituutti, jonka kohtuullistaminen OikTL 36 §:n nojalla ei ole mahdollista.³⁰⁹ Testamentin tekemisen jälkeen muuttuneet olosuhteet otetaan tosiasiaa täysin huomioon

kysymys prostituoidulle annetun lahjanlupausten sitovuudesta. Siinä enemmistö päätyi sovitteluun alunperin n. 90.000 kruunun arvoista lupausta 20.000 kruunuksi, yhden vähemmistön taas katsoessa, ettei lahjanlupausta voi sovittaa ratkaisunormina olleen skuldebrevslagen 8 §:n nojalla, koska sovittelun tekemiseksi tarpeelliset arvostukset olisivat liian subjektiivisia.

³⁰⁷ Ks. esim. KKO 1969 I 1, jossa edellytysopin tapaisessa harkinnassa luonnollisesti oli kohtuusperiaate mukana. Tämän ei pidä antaa johtaa virheelliseen johtopäätökseen, sillä kysymys ei ollut lahjan sovittelusta. Edellytysopissa on sille tyypillinen periaatteiden keskinäinen painotus. Havainnollinen on myös Tanskan Østre Landsretin ratkaisema tapaus (U 1981 s. 1070): A oli antanut eräälle kirkkoliselle yhteisölle kirjallisen vakuutuksen, että 10 % hänen tuloistaan lankeaisi yhteisölle. Kolmen vuoden kuluttua A erosi yhteisön jäsenyydestä. Kun yhteisö ei vapauttanut A:ta hänen velvollisuudestaan, totesi alioikeus sitoumuksen kohtuuttomaksi. Ylempi oikeusaste sen sijaan katsoi, ettei sitoumus enää kuvatulla tavalla muuttuneissa olosuhteissa ollut A:ta velvoittava. Ks. myös NOU 1979:32 s. 44—45.

³⁰⁸ Tarkoitin esim. vaatimusta, jonka mukaan uskotun miehen on vastaanotettava vanhemman alaikäiselle lapselleen antama lahja. Ks. tästä laajasti ja oikeuskäytäntöä eritellen *Kangas*, Uskottu mies holhousoikeuden järjestelmässä s. 143—179. — Selvyyden vuoksi todettakoon, että en tässä unohtanut tärkeitä käytännön näkökohtia, joiden vuoksi lahjanantajien velkojien suoja on perusteltu. Kritisoin vain tuollaisen ajattelutavan analysoimattomaa soveltamista lahjan velvoiteoikeudellisiin ongelmiin.

³⁰⁹ Samoin NOU 1979:32 s. 43. Vrt. myös HE 62/86 s. 35, jossa ehdotettiin oikeutta sovitteluun ositusta myös niin, että testamentin nojalla avio-oikeudesta vapaata omaisuutta olisi käsitelty avio-oikeuden alaisena ja avioliittolain 103b §, josta tuo mahdollisuus eduskuntakäsittelyssä karsittiin. Ks. myös *Aarnio*, Jäämistöoikeus II s. 150.

korostamalla testamentin subjektiivista tulkintaa.³¹⁰ Testamentin vaikutusten sääntelyssä kohtuusnäkökohdat on otettu huomioon perintökaaren sisäisinä sosiaalinenormeine.³¹¹

Jos jälleen halutaan havainnollistaa tilannetta kohtuuseriaatteen kannalta, voidaan viitata testamentin vastikkeettomuustunnusmerkkiin: Testamentin vastikkeettomuus estää tasapainoarvioinnissa välttämättömän vertailumittan muodostamisen. Siinä määrin kuin vastikkeen antaminen testamentin laadinnasta ei tee testamenttia testamenttina pätemättömäksi, joudutaan kannanottoa tarkentamaan. Kun lähtökohtana on, ettei mahdollinen (hyväksyttävä) vastike kuitenkaan velvoita testaattoria testamentin tekemiseen eikä estä häntä myöhemmin muuttamasta testamenttia, esitetyt perustelut pätevät tässä erityistilanteessakin. Jos vastike tekee oikeustoimesta muun kuin testamentin, sen sovittelumahdollisuutta on arvioitava normaalisti.³¹²

Testamentin sovittelu ylöspäin, siten että testamentinsaaja saisi enemmän, tai alaspäin, siten että lakimääräinen perillinen saisi enemmän, ei oikeastaan sovellu testamenttioikeuden järjestelmäänkään. Testamenttioikeuden keskeinen lähtökohta, jota subjektiivisen tulkinnan sääntöluonnekin kuvastaa, on testaattorin tahdon ehdoton kunnioittaminen. Testamentin jäämistä sovittelun ulkopuolelle voidaan siksi puoltaa myös systeemisyillä.³¹³

d. Velkasuhteiden yleisen tason ongelmana sovittelun ulkopuolelle jäämistä voidaan pohtia kysymyksenä ns. *abstraktin oikeustoimen* sovittelusta. Abstraktille oikeustoimelle on pidetty tunnusomaisena sitä, että siinä velvoite on

³¹⁰ Ks. esim. *Ylöstalo*, Testamentin tulkinnasta s. 41 ja *Aarnio*, Jäämistöoikeus II s. 75–78 ja *sama*, Testamentin tulkintasäännöistä. Myös *Aho*, Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 172–173, katsoo vastikkeettomuuden olevan syynä testamentin tulkinnan subjektiivisen peruseriaatteen eroavuuteen yleisestä oikeustoimen tulkinnan objektiivisemmista periaatteista.

³¹¹ Tarkoitan tässä esim. avustussäännöksiä, ks. tarkemmin perintökaaren 8 lukua ja *Aarnio* — *Kangas*, Jäämistöoikeus I s. 379–398.

³¹² Ks. tarkemmin *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 35–36, erit. s. 36: ”vastikkeellisuus *saattaa* merkitä perittävän *sitoutumista* tavalla, joka tekee oikeustoimesta sopimuksen. ... PK 10:5:n nojalla se taas ei ole mahdollista, eikä kysymyksessä siten voi olla testamentti.”

³¹³ Ks. testamentin vastikkeettomuustunnusmerkistä tarkemmin *Aarnio*, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta s. 30–34. Aarnion esityksen perusteella ei ole riidatonta, missä määrin vastikkeettomuutta on pidettävä testamentin ehdottomana tunnusmerkkinä. Sen vuoksi sovittelun rajoja koskeva väite on tältä osin varauksellinen. Testamentin tekemistä koskevien muutosäännösten kohtuullistaminen puolestaan on tyypillinen *contra legem* -ongelma, jota on yleisesti käsitelty edellä s. 38–39. Ks. myös KKO 1987:37 ja sitä koskevaa *Helinin* kommentaaria s. 65–68.

irrotettu kausastaan.³¹⁴ Tunnetuin muoto abstrakteja sitoumuksia on vekseli. Jos abstraktin sitoumuksen mahdollisuus hyväksytään velvoiteoikeuden systeemissä³¹⁵, tulee *vastikesovittelu* mahdottomaksi. Kohtuusperiaatteen painoarvon määrittämisessä käytetty vertailumittapuu joudutaan velkasuhteessa muodostamaan *kausan avulla* määräytyvän vastasuorituksen kannalta. Abstraktisuus tulkittuna systeemioletukseksi merkitsee kuitenkin juuri sitä, ettei velallinen voi vedota kausaan.³¹⁶ *Velan määrää koskeva sovitteluvaatimus on yksi kausaan vetoamisen muoto*. Esitetty pätee myös kääntäen. Jos jostain velkasuhteesta väitetään, että sen määrän sovittelu on mahdotonta, niin tämä voi sisältää väitteen, että sovitteluvaatimuksen kohteena oleva velkasuhde on abstrakti.³¹⁷ — Velkakirjan muiden ehtojen kannalta velkakirjalain säännökset ovat helposti löydettävä vertailumitta.

Yhteenvetona edellisistä kohdista a.—d. vertailumitan puuttumisen taustalla näyttäisi olevan joko sopimusvapaus tai vaihdannan intressi. Edellisen perusteella on tietyt korostetusti yksityisautonomiaan palautuvat oikeusinstituutit jätetty sovittelun ulkopuolelle, esimerkiksi testamentti, lahja ja huutokauppa sekä osaksi abstraktit velkasitoumukset. Tähän ryhmään kuuluisi myös työehtosopimusinstituutti, jos sitä pidettäisiin samanveroisten sopijapuolten välisenä välipuheena, jonka lopputulokselle ei voida muodostaa vertailumittaa.³¹⁸

³¹⁴ Tähän suuntaan viittaa velkakirjalain 1 §, jonka merkitys tässä suhteessa on riidanalainen. Ks. keskustelusta *Hakulinen — af Hällström*, Meningsbrytningen kring begreppet ”abstrakt skuldebrev” ja *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 22—29.

³¹⁵ Vrt. aiempaan esitykseen s. 133—135 Bährin ajattelutavasta. Abstrakteja sitoumuksia ei ole haluttu pitää mahdollisina siitä syystä, että niiden avulla voidaan toteuttaa muun muassa muutoin hyvän tavan vastaisina sitomattomia velvoitteita. Jos pelivelasta tehdään vekseli, olisi vekseli abstraktina sitoumuksena maksettava. Eri asia on, ettei pelivelkaan perustuneen vekselisaatavan saaja kuitenkaan saa pitää suoritusta, vaan se voidaan kondisoida häneltä. Ks. tarkemmin esim. *Hellner*, Om obehörig vinst s. 47. Vrt. kuitenkin *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 139: ”jos velallinen näyttää, että vekselin antamisperuste on ollut esimerkiksi pelivelka, ei vekseliä tuomita maksettavaksi”.

³¹⁶ Ks. edellä s. 134—135.

³¹⁷ Vetoaminen vekselilain 1 §:ään, jonka mukaan vekseli on ehdoton maksulupaus, ei ole riittävä. Suomen oikeudessa ei ole pidetty mahdollisena yleisesti luopua oikeuksista ennen niiden syntymistä. Jos vekselin ”ehdottomuuden” tulkittaisiin sisältävän myös luopumisen mahdollisesta myöhemmästä sovitteluoikeudesta, olisi kysymys juuri tästä. Ks. tuosta näkökohdasta esim. *Rekola*, Saamisoikeuden vanhentuminen s. 208—215, 369 ja 398. Velkakirjan muiden kuin määrää koskevan ehdon sovittelu ei voi estyä, vaikka velkakirjaa pidettäisiin abstraktina sitoumuksena.

³¹⁸ Tästä ns. pariteetti-ideologiasta ja sen merkityksestä kollektiivisessa työoikeudessa ks. *Bruun*, Kollektivavtal och rättsideologi. Työehtosopimuksen ehdon sovittelun mahdollisuutta puoltaa *Bruun*, Työehtosopimuksen ehdon kohtuullistamisesta s. 888—896. Vrt. *Si-*

Abstraktien velvoitteiden jääminen sovittelun ulkopuolelle on taasen perusteltavissa vaihdannan intressin nojalla.

4.1.3. Kohtuuden muu kontrolli syynä

Jäljempänä käsiteltävissä tilanteissa ei ole kysymys vain siitä, että alan pakottava lainsäädäntö on ensisijaista sovitteluun nähden. Pakottava lainsäädäntö voi nimittäin myös sisältää välittömän vaatimuksen vastikkeen tai muun ehdon kohtuullisuudesta. Tästä on jäljempänä kysymys, kun sopimussakkoehdoja ei ennen OikTL:n säätämistä pidetty pätevinä kuin kohtuulliselta osaltaan. Toisaalta osassa jäljempänä kuvattavista normeista on kysymys siitä, että pakottavasti turvataan menettelytapa, jonka lainsäätaja luottaa turvaavan kohtuullisen vastiketason. Esimerkkinä tästä on oletus työehtosopimusjärjestelmästä työntekijöiden palkan määrän tasapainoisuuden turvana.

a. Ennen OikTL:a *sopimussakkoehdojen* sitovuus oli riidanalainen. Plenumratkaisussaan KKO 1925 I 14 korkein oikeus piti sopimussakkoehdtoa pätevänä *vain siltä osin kuin se ei ollut kohtuuton*.³¹⁹ Kun sopimussakkoehdon sitovuus kontrolloitiin välttämättä tuolla tavoin aina kun siihen vedottiin, ei kysymys (sitovan) sopimussakon alentamisesta kohtuuden takia voinut tulla mahdolliseksi.³²⁰ Tarkempaa kohtuuskontrollin keinona käytettiin sopimussakkoehdon ja kärsityn vahingon vertailua.

b. Tätä taustaa vasten on mielenkiintoista selvittää ainoan OikTL 36 §:n esitöissä sovittelun ulkopuolelle nimenomaisesti jätetyn oikeustoimen ehdon,

geman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten, joka pohtii, voitaisiinko lakolla uhkaamista pitää sellaisena menettelytapana, joka puoltaisi sovittelua.

³¹⁹ Ks. tästä esim. *Ylöstalo*, Formkrav och billighet s. 303. — Ratkaisun KKO 1925 I 14 voidaankin sanoa vahvistaneen kohtuusvaatimuksen yhdeksi sopimussakon konstitutiivisista säännöistä. Tässä mielessä OikTL:n vanha 36 § merkitsi kohtuusarvioinnin siirtämistä konstitutiivisesta regulatiiviseksi sopimussakkoinstituutin kannalta. Erityisesti kohtuuttomasta sopimussakkoehdosta kärsivän osapuolen oli mahdollista menettää sovittelu-mahdollisuus ”virhesiirrolla” eli maksamalla sopimussakko huomautuksista. Vrt. *Vihma*, Sopimussakko s. 136—138, joka katsoo, että mainittu ratkaisu ja samansuuntaiset muut ratkaisut ilmaisevat (vain) oikeuden kohtuullistaa sopimussakkoa. Ks. myös m.t. s. 136—137 viitattua kirjallisuutta.

³²⁰ Vrt. *J. Serlachius*, Obligationsioikeuden oppikirja s. 23, jossa hän kuitenkin kirjoittaa tuomioistuimen oikeudesta alentaa ”ylenmäärin korkeaa” sopimussakkoa. Serlachius rinnastaa kohtuuttoman korkean sopimussakon koronkiskomiseen. Hänen kannanottonsa voitaneen siksi tulkita siten, että hän ei katso kohtuuttoman sopimussakon tulevan kohtuuttomalta osaltaan sitovaksi.

palkan, sovittelua.³²¹ Vanhan työsopimuslain 22 §:n mukaan palkan määrän arvioinnissa käytettiin ”paikkakunnan yleistä käypää palkkaa”. Tämä oli samalla palkan määrän kohtuuden mittapuuna. Siten tilanne, jossa palkkaa olisi jouduttu sovittelemaan sen vuoksi, ettei se ollut kohtuullinen, ei tullut ajankohtaiseksi.³²² Uutta työsopimuslakia valmisteltaessa ei tähän tilanteeseen haluttu muutosta. Kun työehtosopimusten käyttö oli tullut vallitsevaksi verrattuna tilanteeseen vanhaa työsopimuslakia valmisteltaessa ja säädettäessä, liitettiin palkan määrän arviointi työsopimuslain 17 §:stä näkyvällä tavalla ”yleiseksi katsottavaan valtakunnalliseen työehtosopimukseen”. Työsopimuslain 17 § tuli näin pääosin vanhan työsopimuslain 22 §:n sijaan. Lainsäätäjä täydensi vertailumittaa muuttuneen työoikeudellisen tilanteen mukaan. Juridisena selityksenä³²³ sille, ettei palkan sovittelu tule kysymykseen (työsopimuslain 48.3 §), on siten se, että työoikeuden systeemissä on luotu oma järjestelmänsä palkan määrän kohtuullisuuden kontrollia varten. Palkkaehto on sitova vain täyttäessään tuon järjestelmän asettamat mittapuut, ensisijassa ns. yleissitovan työehtosopimuksen tason ja toissijaisesti paikkakunnan yleisen käyvän palkan tason.

Työsopimuksen muiden ehtojen sovittelu voi joissakin tilanteissa olla *kätettyä palkan sovittelua*.³²⁴ Ei voitane ajatella, että muiden ehtojen sovittelussa palkan määrä jäisi välttämättömän kokonaisarvioinnin ulkopuolelle. Tästä syystä rajauksen käytännön merkitys voi olla huomattavasti vähäisempi kuin periaatteellinen merkitys. — Työsuhteen ehtojen sovitteluprosessissa saattaakin olla merkityksellinen, työsopimuslain 48 §:n soveltumista vastaan esitettävä argumentti se, että muiden työsuhteen ehtojen kuin palkan sovittelu olisi tosiasiaassa palkan sovittelua.

³²¹ Työehtosopimusjärjestelmää pidettiin hallituksen esityksessä työsuhteen heikomman osapuolen eli työntekijän turvana palkan määrään liittyvissä kysymyksissä. HE 247/81 s. 12.

³²² Eri asia on, että säännöksen tulkinta ja siihen vetoaminen prosessissa edellyttivät, että ero sopimukseen merkityn palkkaehdon ja paikkakunnan yleisen käyvän palkan välillä oli selvä.

³²³ Wilhelmsson huomauttaa omassa (ei-juridisessa) selityksessään 36 §:n esitöihin sisältyvästä perustelulausumasta — palkan sovittelu ei ole tarpeen työehtosopimusjärjestelmän vuoksi — että kysymys oli myös yhden poliittisesti tulenaran alueen jättämisestä sovittelusäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s.78.

³²⁴ Käytän tässä termiä ”kätetty sovittelu” viittamaan siihen, ettei avoimesti puututa suoraan vastikkeeseen (palkkaan). Termi ei siten merkitse samaa kuin ”dold kontroll” *Bernitzin*, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I s. 404—405, esittämässä muodossa. Siinä ajatus oli, että sovittelutulos saavutetaan ilman sovittelua; tässä on kyse siitä, että tietyn ehdon sovitteluun päädytään (välttämättä) vaikka yritettäisiinkin sovittaa vain muita ehtoja. Vrt. kuit. työsopimuslain 17 §:ään, jossa muidenkin ehtojen kuin palkkaehdon arviointimittapuuna on ns. yleissitova työehtosopimus.

c. Asuinhuoneiston *vuokran* määrä on kontrolloitu huoneenvuokralain 5 ja 25 §:ssä. Vuokran on oltava kohtuullinen. Vertailumittapuuksi on annettu ”paikkakunnalla vuokra-arvoltaan samanveroisista huoneistoista yleensä maksetut vuokrat sekä huoneiston vuokra-arvoon vaikuttavat korottavat ja alentavat seikat”.³²⁵ Sääntely näyttäisi samantapaiselta kuin palkan määrän sääntely. Tosiasiassa kysymys on olennaisesta erosta. Huoneenvuokralakiin sisältyy kyllä vuokran määränkin sääntelyssä systeemiratkaisu. Se koskee kuitenkin tilanteita, joissa asuinhuoneistoon tulee uusi vuokralainen (28.2 §). Tällaisessa tapauksessa uuden vuokralaisen kanssa sovittu korkeampi vuokra ei tule päteväksi (ilman tuomioistuimen antamaa päätöstä; 28.3 §). Asiasta ei voida pätevästi sopia.³²⁶ Sen sijaan muissa tilanteissa kuin vuokralaisen vaihtuessa huoneenvuokralain 25 §:ssä annetun vertailumittarin mukaan liian korkeaksi sovittu vuokraehto tulee sinänsä päteväksi, mutta sitä voidaan alentaa vuokralaisen vaatimuksesta.³²⁷ Tämä ero konkretisoituu siinä, miten vuokralainen saa takaisin liikaa maksamansa vuokran. Huoneenvuokralain 28.2 §:n tapauksissa kysymys on pätemättömästä sopimusehdosta, jolloin vuokranantaja on velvollinen palauttamaan liikaa saamansa määrän.³²⁸ Sen sijaan huoneenvuokralain 34.1 §:ssä on erikseen säädetty liian korkean vuokraehdon vuoksi liikaa maksetun vuokran palauttamisesta ja jätetty se riippumaan vuokran alennuksen määrästä, alentamisen perusteista ja muista asiassa ilmenneistä seikoista.³²⁹

³²⁵ Ks. liikehuoneistojen kannalta huoneenvuokralain 112 §, jonka mukaan tuomioistuin voi alentaa vuokraa, ”jos se olennaisesti ylittää vuokra-arvoltaan samanveroisista ja samaan tarkoitukseen käytettävistä huoneistoista paikkakunnalla maksetun kohtuullisen käyvän vuokran ilman huoneenvuokrasuhteissa hyväksyttävää syytä.”

³²⁶ Ks. KKO 1976 II 64: ”Vuokranantaja oli kanteessaan vaatinut vuokran korottamista enemmän kuin mitä (vanhan) huoneenvuokralain 47a §:n 1 momentissa tarkoitettu yleisohje edellytti. Vuokralainen oli myöntänyt kanteen oikeaksi ja ilmoittanut pitävänsä vuokraa kohtuullisena. Koska kysymys oli asiasta, josta asianosaiset eivät voineet sopia, vahvistettiin vuokra asianosaisten sopimaa määrää pienemmäksi.” Tapaus perustuu ajatukselle, että vuokralaisen myöntäminen oikeudenkäynnissä on asetettava suoritustuomion perustaksi. Myöntäminen tulee aiemman sopimuksen tilalle, mutta sen pätevyys jää kuitenkin vielä riippumaan siitä, onko asia ylipäänsä sopimuksenvarainen.

³²⁷ Ks. myös KKO 1982 II 127, jossa ei pidetty suullista sopimusta lisävuokrasta vuokrasuhteissa noudatettavan hyvän tavan vastaisena, mutta jossa lisävuokra *alennettiin*, koska kokonaisvuokra ylitti kohtuullisen käyvän vuokran.

³²⁸ Palautettavaa määrää on kuitenkin rajoitettu huoneenvuokralain 34.2 §:ssä palautusvaatimuksen tiedoksiantamista lähinnä edeltäneisiin kolmeen vuoteen. Edelleen tuomioistuin saa vielä harkita palautuksen kohtuullisuutta.

³²⁹ Lisäksi asetetaan kahden vuoden maksimipalautusaika. Siitä, millaiset tekijät voidaan ottaa huomioon, ks. esim. KKO 1982 II 127 (osa vuokrasta oli sovittu maksettavaksi ns. pimeänä vuokrana), KKO 1985 II 28 (vuokranantaja ei ollut voinut vapaasti päättää

Ilmaus kuvaa sitä kokonaisharkintaa (ja näin muodostuvaa kiperää tapaus-
ta), joka on käsillä aina silloin kun sovittelun oikeusvaikutukset määrätään.³³⁰

Asuinhuoneiston vuokran määrän sääntelyssä on siten toteutettu järjestelmä, joka sisältää rinnakkain systeimiratkaisun ja sovitteluratkaisun.³³¹ Erokriteerinä on se, onko kysymys vuokralaisen vaihtumisesta vai muutoin liian korkean vuokran perimisestä. Sen sijaan arviointimitappu, kohtuullinen vuokrataso, määritellään samojen säännöksen mukaisesti. Huoneenvuokraoikeuden systeemiä ajatellen tällaista kahden järjestelyn rinnakkaisuutta voidaan pitää huonosti perusteltuna.³³²

d. Avioliittolain 103b §:n mukaan *ositusta* voidaan sovittaa, jos se johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen tai siihen, että toinen puoliso saisi perustee-

vuokran määrästä; vuokran määrä oli määräytynyt viranomaisten vahvistuksen ja omakustannuseriaatteen mukaan).

³³⁰ Ks. KKO 1985 II 28 otsikkotekstin loppuosa: ”eikä toisaalta ollut esitetty palautusvaatimusta tukevaa seikkaa”. Erisuuntaisia näkökohtia (oikeuseriaatteita) joudutaan palautustilanteessa punnitsemaan. Ks. myös *Saarnilehto*, Huoneenvuokran sääntelystä s. 241–242.

³³¹ Vrt. toisin vanhan huoneenvuokralain kannalta *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen s. 604, joka toteaa, ettei vanhan huoneenvuokralain 48 §:ssä (hän tarkoittanee myös 2 momenttia) ole kysymys ”varsinaisesta sovittelunormista”. Perusteluksi esitetään, että ”sopimusvapaus on sivuutettu suurelta osin huoneenvuokrien osalta”. Koska sovittelua harkittaessa ei saa ottaa huomioon markkinaoloja, ei ole kysymys sovittelusta. *ibid.* Sovittelun määritelmässä ei hinnan vertailumittapuiksi kuitenkaan ole asetettu markkinahintaa. Vertailuhinta voidaankin määrittää myös dispositiivisen tai pakottavan oikeuden avulla. Tähän ryhmään kuuluu myös vuokrien sääntelyjärjestelmä. Siten huoneenvuokran määrän sovittelussa on edelleenkin kysymys sovittelusta, joskin siinä vertailumittapu poikkeaa tavanomaisen hintasovittelun vertailumittapuusta, (vapaasta?) markkinahinnasta. Samaan seikkaan viittaa myös Halila, *ibid.*

³³² Rinnakkaisuuden eroja lieventää kuitenkin se, että myös systeimiratkaisuun, vuokrien palauttamiseen perusteettomasti perityn korotuksen takia, liittyy mahdollisuus palautuksen kohtuullisuuden arviointiin (huoneenvuokralain 34.2 §). — Samantapainen rinnakkaisten ratkaisujen tilanne on myös työsuhtekeksinnöissä, joista oikeudesta työntekijän tekemisiin keksintöihin annetun lain 9.1 § sisältää olennaisesti muuttuneisiin olosuhteisiin perustuvan mahdollisuuden muuttaa sovittua (tai tuomiollakin vahvistettua) korvausta ja saman lain 9.2 § viittauksen OikTL 36 §:ään eli mahdollisuuden sovittaa. Ks. tarkemmin *Bruun*, Uppfinnarrätt i anställningsförhållande s. 199–207. Oikeudesta työntekijän tekemisiin keksintöihin annetun lain 9 §:ssä havainnollistuu yhden säännöksen sisällä sama valintaongelma, joka on koko tässä teoksessa kantavana teemana: millainen on kahden menettelytavan, sitovuusarvioinnin ja sovitteluharkinnan suhde. Tässä teoksessa on yritetty perustella sitovuusarvioinnin ensisijaisuutta. Sen mukaan sanotun lain 9.1 §:n muuttuneisiin olosuhteisiin vetoaminen olisi ensisijaista sovitteluun nähden tilanteessa, jossa hyvitystä vaativa osapuoli ei itse ole priorisoinut sovittelua.

tonta etua.³³³ Avioliittolain 103b § on ositustilanteissa ensisijainen verrattuna OikTL 36 §:ään silloinkin, kun ositukseen liittyy aviopuolisoiden tekemä sopimus. Kysymys norminvalinnasta ei ole merkityksetön, sillä avioliittolain 103b § ei näyttäisi sisältävän edellä 2. -vaiheeksi kutsuttua edellytystä, jonka mukaan kohtuuttomuuden on oltava seurausta sopimuksenulkoisista tekijöistä. *Avioliittolain 103b §:ssä tarkoitetun kohtuuttoman tai perusteettoman edun siirtymiseen johtavan lopputuloksen ei tarvitse olla seurausta ulkoisesta tekijästä.*³³⁴

Avioliittolain 103b § ei kuitenkaan aina soveltune ositukseen liittyviin sopimuksiin. Erityisesti sopimusosituksiin avioliittolain 103b § soveltunee huonosti silloin, kun osapuolet rakentavat sopua käyttämättä avio-oikeutta, johon avioliittolain 103b §:n mukainen reagointimahdollisuus (osituksen sovittelu) on sidottu. Tällaisissa tilanteissa OikTL 36 § on soveliaampi normipohja sovittelulle.³³⁵

Avioliittolain muuttamisen yhteydessä vuoden 1988 alusta kumottiin vanha V osa, mukaanlukien avioliittolain 115 §, joka oikeutti sovittelemaan eräitä aviovarallisuussopimuksia, muun muassa ositusopimuksia. Tästä huolimatta ei tarkoitettu poistaa tällaisten sopimusten sovittelumahdollisuutta. Syynä mainitun säännöksen kumoamiseen oli, että hallituksen esityksessä lähdettiin sii-

³³³ Säännöksestä ja sen taustasta ks. yleisesti *Koskelo*, Avioliittolain uudet ositussäännökset s. 965—986 ja *Aarnio — Helin*, Avioliittolain muutetut säännökset s. 118—128. — Jo OikTL 36 §:n valmisteluvaiheessa oli yleisesti esillä kysymys *perhe- ja perintöoikeuden* alan sopimusten kuulumisesta sovittelun piiriin. Siitä, että ne kuuluvat soviteltaviin sopimuksiin, ei kuitenkaan ollut suurempaa erimielisyyttä. HE 247/81 s. 10. Ks. myös NOU 1979:32 s. 42, jossa erotetaan varsinaiset puolisoitten aviovarallisuussuhteita koskevat sopimukset esim. lapsen huoltoa koskevasta sopimuksesta. Puhtaasti perheoikeudelliset sopimukset jäisivät sovittelun ulkopuolelle. m.t. s. 43. Perhe- ja perintöoikeuden järjestelmä ei sinänsä näyttäisikään sisältävän perusteita, jotka tekisivät sen alaan kuuluvien varallisuusosoikeudellisten sopimusten sovittelun mahdottomaksi.

³³⁴ Tämän selityksenä lienee se, että avioliittolain 103b § on osa aviovarallisuusjärjestelmään kuuluvasta sosiaalisesta pyrkimyksestä turvata puolisoitten etuja myös ositusperusteen syntymisen jälkeen.

³³⁵ Myös *Aarnio — Helin*, Avioliittolain muutetut säännökset s. 127, puoltavat samasta syystä sopimusosituksen sovittelunormiksi OikTL 36 §:ää. Vrt. toisin *Koskelo*, Avioliittolain uudet ositussäännökset s. 969, jonka mukaan avioliittolain 103b § soveltuu aina myös sopimusosituksiin. Tämän normivalinnan merkittävyyttä vähentää kuitenkin se, että Koskelon mukaan, m.kirj. s. 980, sopimusosituksen sovittelussa avioliittolain 103b §:n nojalla on otettava huomioon se, että ”velvollisuuden ylittävä lupaus voi olla kohtuullinen juuri sen vuoksi, että se on annettu vapaaehtoisesti”. OikTL 36 §:n mukaisessa sovittelussahan lupauksen vapaaehtoinen antaminen saa sovittelua vastaan puhuvan painoarvon sopimusvapauden periaatteen nojalla.

tä, että kyseisenlaiset sopimukset kiellettiin.³³⁶ Tällöinhän sovittelumahdollisuudessa ei olisi ollut mieltä. Avioliittolain 115 §:n kumoamisen jälkeen aviovarallisuussopimusten sovittelun säännösperstaksi tulee OikTL 36 § tilanteissa, joissa ositussopimusta ei ole laadittu käyttäen hyväksi avio-oikeuden käsitettä.³³⁷

Myös avioehtosopimuksen sovittelun normipohja näyttäisi avioliittolain 103b §:n säätämisen jälkeen tulevan uudelleen harkittavaksi.³³⁸ Kun avio-oikeudella ei enää ole merkitystä aviopuolisoiden omaisuuden vallintarajoitusten kannalta, avioehtosopimuksen oikeusvaikutukset tulevat aina ajankohtaisiksi (vasta) osituksessa. Aviopuolisolla ei siten ole ainakaan vallintarajoituksiin liittyvää intressiä saada selvyys avioehtosopimuksen kohtuullisuudesta jo avioliiton aikana. Toisaalta avioehtosopimus on rajoitettu koskemaan juuri avio-oikeutta eli osituksen sovittelutavat soveltuvat avioehtosopimuksen kohtuullisuuden harkintaan.³³⁹ Edellytyksiltään osituksen sovittelu on sopimuksen sovittelua helpompaa äsken kuvatulla tavalla. Näillä perusteilla voidaan puoltaa sitä johtopäätöstä, että avioehtosopimuksia tulee sovittaa avioliittolain 103b §:n eikä OikTL 36 §:n nojalla.³⁴⁰

5. OIKEUSTOIMILAIN 36 §:N SOVITTELUSÄÄNTÖ JA OIKEUSTOIMILAIN PÄTEMÄTTÖMYYSPERUSTEET

Selkein ajateltavissa oleva mahdollisuus olisi, että pätemättömyysperusteet *korvautuisivat täysin* OikTL 36 §:llä.³⁴¹ Edellä 1. jaksossa esitetyn mukaisesti jon-

³³⁶ HE 62/86 s. 66.

³³⁷ Samoin ositussopimuksista *Aarnio — Helin*, Avioliittolain muutetut säännökset s. 138. Toisin *Koskelo*, Avioliittolain uuden ositussäännökset s. 969, jossa ositussopimuksen sovittelua avioliittolain 103b §:n nojalla pidetään ”selvänä”, koska ositussopimus on ositusta koskeva esisopimus.

³³⁸ Aikaisempaan avioliittolakiin perustuneesta, avioehtosopimusten sovittelua koskeesta keskustelusta ks. *Wilhelmsson*, Avioehtosopimuksen kohtuullistamisesta ja siinä viitattua sekä *Savolainen*, Kolme kommenttia s. 1056—1063.

³³⁹ Osituksen sovittelun toteuttamistavoista ks. *Koskelo*, Avioliittolain uudet ositussäännökset s. 980—985.

³⁴⁰ Samoin *Aarnio — Helin*, Avioliittolain muutetut säännökset s. 135 ja *Saarenpää*, Ositus, ositussopimus ja osituksen sovittelu s. 46—47.

³⁴¹ Tämän valinnan johdonmukainen toteuttaminen merkitsisi sitä, että myös muut kuin OikTL 3 luvussa mainitut pätemättömyysperusteet eli oikeustoimikelpoisuus, *force majeure*, taloudellinen liikavaikeus, rauenneet edellytykset jne. korvautuisivat OikTL 36 §:llä. Ks. myös *André*, Marknadsföringsansvar s. 445—446.

kin sopimuksen syntyolosuhteisiin liittyvän pätemättömyysperusteen edellyttämien tunnusmerkkien täyttyminen on aina vahva sovittelua puoltava argumentti.³⁴² Ajatusta voidaan terävöittää: miksei sopimusta voitaisi sovitella, jos se kuitenkin kävisi kokonaan pätemättömäksi pakon, petollisen viettelyn, kisakomisen, erehdyksen³⁴³ tai kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn vuoksi?³⁴⁴ Jos kerran laajempi oikeusvaikutus voi seurata tietyistä oikeustositseikoista, miksei suppeampi (*argumentum ad maiorem a minorem*)? Sopimukseen puuttuminen pätemättömyyssääntöjen nojalla johtaisi tällaisessa ajattelutavassa: 100 %:n ”sovitteluun” eli ehdon ja/tai koko sopimuksen täydelliseen pätemättömyyteen. Tuollainen suoraviivainen johtopäätös olisi kuitenkin hätköity ja liioiteltu.

Lainvalmistelussa luovuttiin nimenomaisesti korvaamasta jopa lähimpään uutta 36 §:ää ollutta 33 §:ää.³⁴⁵ OikTL 33 § on olennaisesti OikTL 36 §:ää suppeampi, mutta samalla se on sovittelusääntöä tarkempi. Lainvalmistelussa kiinnitettiin huomiota seuraaviin eroihin: 1) 33 §:ssä vain syntyolosuhteet ratkaisevat, 2) 33 §:ssä osapuolen piti tietää olosuhteista juuri syntyhetkellä, 3) säännöksissä on erilainen mittari — kunnianvastaisuus ja arvottomuus verrattuna kohtuuttomuuteen ja 4) 33 §:n oikeusvaikutuksena on sitomattomuus verrattuna sovitteluun.³⁴⁶ Siten säännökset ehdotuksen mukaan täydentävät toisiaan. Lainsäätäjän tarkoituksena on riidatta ollut säilyttää kaikki vanhat pätemättömyysperusteet ja niiden säilyttämistä voidaan puoltaa myös käytännöllisesti.

³⁴² Näin myös HE 247/81 s. 4 ja *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 83: ”OikTL 28—3 §:issä mainittujen pätemättömyysedellytysten täyttyminen on hyvin vahva peruste sovittelulle.” Wilhelmsson viittaa samassa paikassa siihen, että syynä OikTL 36 §:n käyttöön voi olla se, ettei kokonaispätemättömyys aina ole loukatun intressin mukainen lopputulos. Se moin *Jørgensen*, Er der behov for en generalklausul i formueretten?, jonka mukaan sovittelussa voidaan ottaa huomioon samat olosuhteet kuin pätemättömyysperusteissa, mutta sovittelu on laajempi siksi, ettei siinä ole vilpittömän mielen edellytystä.

³⁴³ On muistettava lainvalmistelun ajatus, että kohtuuton lopputulos saattaa johtua ”epäonnistumisesta”.

³⁴⁴ Liian laajan kilpailunrajoitusehdon kieltävä OikTL 38 § on tässä suhteessa erityisessä asemassa, koska siinä on kyse vain tietyntylaisia ehtoja koskevasta pakottavasta säännöksestä eikä sen soveltaminen liity muiden mainittujen säännösten tapaan sopimuksen syntyolosuhteisiin.

³⁴⁵ HE 247/81 s. 11. Kuitenkin esim. Saksassa ja sittemmin Saksan liittotasavallassa *Treu und Glauben* -säännökselle (BGB 242 §) on annettu tulkinta, joka vastaa *sekä* Suomeen OikTL 36 §:lle tarkoitettuja *että* OikTL 33 §:n kattamia tilanteita. BGB 242 §:n soveltamisesta ja sitä koskevasta laajasta kirjallisuudesta ks. *Alternativkommentar zum BGB § 24* ja siinä viitattua.

³⁴⁶ NOU 1979:32 s. 55—56. Ks. myös HE 247/81 s. 11.

lisillä syillä. Ne antavat informaatiota siitä, millaisissa olosuhteissa (minkäänlaista) sitovaa vaikutusta ei saada aikaan.³⁴⁷ Kirjallisuudessa on tosin esitetty kannanottoja, joiden mukaan *asiallisesti* sovittelusääntö on korvannut kunianvastaisuuden ja arvottomuuden kielto­säännön.³⁴⁸ OikTL 33 §:n säilyttäminen voitaisiin tällaisessa ajattelutavassa perustella siten, että sen perusteella annetuista ratkaisuista voidaan yleistää analogian avulla.

Pätemättömyysperusteisiin liittyy myös joitakin erityisedellytyksiä, esimerkiksi OikTL 28 §:ssä ilmoittamisvelvollisuus pakon lakattua. Siten näiltä osin muodostuu hierarkia, jossa OikTL 36 § näyttäisi säilyvän eräänlaisena varatienä silloinkin, kun tuollainen velvollisuus on laiminlyöty. — Toinen ongelma on, millainen kokonaisuus muodostuu siitä tilanteesta, jossa tuollainen laiminlyönti on tapahtunut. Laiminlyönti sinänsä on sovittelua vastaan puhuva peruste (vastaindisio) vaihdannan intressin periaatteessa. Tärkeintä sovittelun systematisoinnissa on kuitenkin pohtia pätemättömyysperusteiden ja sovittelun suhdetta sopimussysteemeissä.

Edellä kuvattua perustelua vahvempi vastaväite on se, ettei sovittelu itse asiassa olekaan vähäisempää puuttumista sopimukseen kuin pätemättömyys. Tätä voidaan havainnollistaa aiemmalla esimerkillä avioehtosopimuksesta. Avioehtosopimuksen pätevyys voidaan aina ilman ositustilannettakin riitauttaa OikTL 3 luvussa mainituilla tai muilla pätemättömyysperusteilla. Avioehtosopimuksen sovittelunkin mahdollisuutta — ennen ositusta — voitaisiin puoltaa sillä perusteella, että se on vähäisempää puuttumista sopimukseen kuin pätemättömäksi julistaminen. Pätemättömäksi julistaminen ei kuitenkaan loukkaa sopimuksen sitovuutta, koska sen nojalla vahvistetaan, ettei sopimukseksi väitetty välipuhe ollutkaan sitova sopimus. Sovittelu puolestaan edellyttää aina sitovaa sopimusta ja siten sovitteluratkaisu on sopimussitovuuden loukkaamista. Tästä näkökulmasta, sopimussysteemin kannalta, sovittelu ei ole juridisesti vähäisempää kuin pätevyuden arviointi. Sen vuoksi sopimuksiin perustuvien järjestelyjen kannalta on sinänsä johdonmukaista sallia pätevyuden selvittäminen jo ennen kokonaisriitatilannetta, mutta kieltää erillinen sovittelu eli sisällön kohtuusarviointi.

³⁴⁷ HE 247/81 s. 11—12.

³⁴⁸ Vrt. *Madsen*, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed* s. 188—189 ja *sama*, *Om samspillet mellem aftalelovens § 36 og markedsføringslovens regler* s. 118: ”§ 36 i alt væsentligt må siges at have afløst § 33”. Myös Ruotsissa hallituksen esitykseen AvtL 36 §:ksi sisältyi maininta, että 36 § kattaa kaikki ne tilanteet, joihin 33 § soveltuu (*André*, *Marknadsföringsansvar* s. 445—446).

5.1. Onko OikTL 36 § oikeustoimen pätemättömyysperuste?

Millaisin ehdoin järjestelmä, jossa säilytetään pätemättömyysperusteet ja lisätään sovittelu, on (enää) johdonmukainen? Johdonmukaisuuden lähtökohta on siinä, että sovittelu ei ole pätemättömyysperuste.³⁴⁹

OikTL 28—33 §:n soveltuessa on II luvun erittelyn mukaisesti kysymys siitä, ettei ole syntynyt sitovaa oikeustointa, esimerkiksi sopimusta. OikTL 36 §:n sisältämä sovittelu puolestaan merkitsee sitä, että sitovaksi todettuun oikeustoimeen puututaan jälkikäteen; sitovan oikeustoimen sitovuudesta poikeetaan. OikTL 28—33 § eivät loukkaa sopimusten sitovuutta; ne määrittelevät (osaltaan) sopimuskäsitettä. Sopimuksen sovittelu sen sijaan loukkaa *pacta sunt servanda* -vaatimusta; säännöksen sisältämät näkökohdat voivat tulla sopimuskäsitteen osiksi vasta ajan mittaan, sopimuskäsitteen muutoksena. Mutta tuollaisen muutoksen jälkeen sovittelu sopimuskäsitteen osaksi tullessa perusteella ei enää ole tarpeellista.

OikTL 28—33 §:n ja OikTL 36 §:n välinen suhde ratkaisuharkinnassa ei siten ole horisontaalisten, samanveroisten ratkaisunormien välinen suhde, vaan *vertikaalisten, tietyssä järjestyksessä tehtävien ratkaisuvaiheiden suhde*. Sen vuoksi ongelma OikTL 28—33 §:n ja OikTL 36 §:n rinnakkaisesta soveltamisesta ratkeaa edellisten hyväksi: ensin on selvitettävä ja ratkaistava oikeustoimen sitovuus, vasta sen jälkeen voidaan sovitella.³⁵⁰

Tuomioistuinratkaisujen kannalta ongelma havainnollistuu tilanteessa, jossa osapuoli vaatii hyvitystä vedoten — järjestystä ilmoittamatta — sekä johonkin OikTL 28—33 §:stä että OikTL 36 §:ään. Tällöin on ensin selvitettävä pätemättömyysperusteiden mahdollinen soveltuminen ja vasta sen jälkeen tutkittava sovittelun edellytykset. Ratkaisijan työtä ajatellen kysymys ei kuitenkaan ole kaksinkertaisesta työstä sen vuoksi, että edellä esitetyn mukaisesti sovitteluharkinnassa käytetään samankaltaisia — joskaan ei samoja — arviointiperusteita kuin pätemättömyyssääntöjä sovellettaessa.³⁵¹

³⁴⁹ Ks. myös 3 luvun uutta otsikkoa ”Oikeustoimen pätemättömyys ja sovittelu”.

³⁵⁰ Näin jo Hakulinen velkakirjalain 8 §:n osalta, Velkakirjalaki s. 110. Vastaavasti kaupassa on ensin käytävä läpi mahdollinen tavaran virheeseen perustuva tie ennen sovittelua. HE 247/81 s. 13: ”Nyt ehdotettu säännös koskisi ennen kaikkea tilanteita, jolloin tavara ei ole virheitä.” Ks. myös NJA 1985 s. 178 ja RG 1983. 568.

³⁵¹ Oikeusvaikutusten valinnan kannalta tämä merkitsee ongelmaa suhteessa kokonaispätemättömyys — sovittelu (osittaispätemättömyys). Ks. myös *Kartion*, OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa s. 213, mainitsemaa tapausta (3) *Itä-Suomen HO 30.1.1986 S 1984/151*, jossa kiinteistökauppa todettiin kokonaisuudessaan pätemättömäksi sekä 33 että 36 §:n nojalla. Tilanteessa sovittelu on tullut tarpeettomaksi, koska 33 §:n so-

Selvimmillään sovittelun ja pätemättömyysperusteiden tunnusmerkistöjen ero on sellaisissa, kai jokseenkin harvinaisissa tilanteissa, joissa välipuheen ehdot ovat kaikilta osiltaan sisällöltään kohtuulliset mutta välipuheen syntyä rasittaa jokin pätemättömyysperuste. Tällöin loukattu voi vedota tuohon perusteeseen ja vapautua sidonnaisuudesta omalta osaltaan. Sen sijaan yleisen sovittelusäännön soveltamiselle tuo kaikinpuolinen kohtuullisuus (tasapaino) on ratkaiseva sovittelun estävä peruste. Sen vuoksi tilannetta ei pidä luonnehtia siten, että erityisen vastuuperusteen käsilläolo *sinänsä riittäisi* täyttämään OikTL 36 §:n soveltamisedellytykset. Sovittelun tunnusmerkistöiharkinta tehdään eri periaatteiden saamien painoarvojen kokonaisharkintana ja pätemättömyysperusteiden täytyminen saattaa asianomaisen periaatteen vaikutuksen mukaisesti merkitä sovittelun helpottumista tai vaikeutumista.

Kun hallituksen esityksessä huomautetaan, että ”sovittelu on *mahdollista* myös silloin, kun kohtuuton ehto on tullut sopimukseen olosuhteissa, joita on pidettävä kunnian vastaisina ja arvottomina, jos sovitteluun oikeutettu sitä vaatii”³⁵², juuri tuo osapuolen vaatimus korvaa siten ratkaisijan velvollisuuden selvittää oikeustoimen sitovuus. Kyseessä on sitovuuden (ehdollinen) myöntäminen. Sitovuuden myöntäminen ei kuitenkaan ole rajoituksitta mahdollista. Jos välipuheen taustana on käytäntö, jota ei pidetä oikeudenmukaisena, ei sitovuutta voi syntyä myöntämiselläkään. Siten esimerkiksi usein hyvän tavan vastaisiksi kutsutuista tilanteista ei saada sitovia myöntämällä. Heikomman hyvittämiseksi pakottavina säädettyjen normien mukaisista oikeuksista ei suojattu voi edes myöntämällä pätevästi luopua.³⁵³ Tuollainen sitomattomuus lielee myös otettava viran puolesta huomioon. OikTL 28—33 §:ssä tarkoitettu sitomattomuus on sen sijaan aina reaktiota edellyttävää.

OikTL 3 lukua lukiessa voi kiinnittää huomiota myös siihen, että *pätemättömyysperusteet on kirjoitettu käyttäytymisnormeiksi, OikTL 36 § taas reaktionormiksi*.³⁵⁴ Tämä kirjoittamistavan muutos on ehkä osaksi vaikuttanut OikTL 36 §:ään valittuun sanamuotoon. Jos olisi noudatettu muiden säännösten kirjoittamistapaa, OikTL 36 §:n 1 momentti kuuluisi ehkä seuraavasti: ”Oikeustoimi tai sen ehto, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, on kokonaan tai osaksi tehoton, jos oikeustoimi tai

veltuminen merkitsee sitä, ettei osapuolten välille jää sitovaa sopimusta. Sovittelun rinnakkaiskäyttö on tarpeen vain jos osapätemättömyyttä pidetään mahdollisena. Tällöin sovittelu saattaisi vielä alentaa suoritusta siitä, mihin se osittaispätemättömyyden jälkeen jäi.

³⁵² HE 247/81 s. 11.

³⁵³ KKO 1976 II 64.

³⁵⁴ Erottelusta käyttäytymisnormi — reaktionormi ks. esim. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 38—43.

sen ehto on kohtuuton taikka sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen. Oikeustoimen ehtona pidetään myös vastikkeen määrää koskevaa sitoumusta. Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat.”

OikTL 28—33 §:n keskinäinen päällekkäisyys on kuitenkin ennen sovittelumahdollisuutta jäänyt (vain) norminvalintaongelmaksi, sillä kaikissa säännöksissähän seurauksena on ollut (kokonais)pätemättömyys.³⁵⁵ Kun OikTL 36 § purkaa seuraamukset väljäksi asteikoksi, jossa sovittelu voi vaihdella välillä 0—100 %, ja sopimuksen muuttaminen muiltakin kuin kohtuuttomaksi arvioidulta osalta on mahdollista, johtaa norminvalinta OikTL 36 §:n ja pätemättömyysperusteiden välillä samalla oikeusseuraamusmahdollisuuksien selvään eroon.

Vaikka sopimuksen suoritukset taloudellisesti arvioiden olisivatkin loukatun kannalta (vähintään) tasapainossa, saattaa loukatulla kuitenkin olla muita syitä (tunnesyyt yms.) vedota tapahtuneeseen epäasianmukaisuuteen. Loukattu voi edelleenkin vaatia kokonaispätemättömyyttä erityisten pätemättömyyssäännösten sisältämillä perusteilla. Riskin siitä, että tunnesyyt johtavat purkamaan taloudellisesti tasapainoisenkin välipuheen, kantaa se osapuoli, joka on menetellyt epäasiallisesti. Tosiasiassa loukatun intressi vedota pätemättömyyteen liittyy oikeussuhteen hänelle epäedulliseen sisältöön. Sisällön *taloudellinen epäedullisuus* on yksi — mutta vain yksi — mahdollinen muoto. Sisällön taloudellinen epäedullisuus voi kuitenkin olla niin vähäistä, ettei se — muiden oikeusperiaatteiden tapauksessa saamat painoarvot huomioon ottaen — riitä sovittelukynnyksen ylittämiseen.

Siten kysymys siitä, voiko pätemättömyysperusteiden oikeusvaikutuksena olla osapätemättömyys, ei käytännössä sittenkään menetä merkitystään sovittelun mahdollistumisen takia.³⁵⁶ Kun sovitteluharkinta on mainittujen oikeus-

³⁵⁵ Vrt. kuit. *Wilhelmssonin*, Om tro och heder i finsk rätt s. 80, mainitsemaan oikeustapaukseen KKO 1960 II 100, jota tosin on ollut tapana pitää poikkeusratkaisuna. *Hellner*, Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling s. 106, käyttää esimerkkiä, joka voisi viitata myös siihen, että uutta 36 §:ää tarvittiin juuri osittaispätemättömyysongelmaan. Hän kirjoittaa tarpeesta saada koronkiskomistapauksia varten mahdollisuus ratkaisuun, joka ei johda velan välittömään erääntymiseen. Myös *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet s. 65, huomauttaa, että kiskomisen aiheuttaman pätemättömyyden seurauksena velalliselle syntyy velvollisuus palauttaa lainan pääoma velkojalle. Ks. myös *Havansi*, Luotto-oikeus s. 130—132.

³⁵⁶ Vrt. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 73—74. Ks. osittaispätemättömyysongelmasta *Wilhelmsson*, Om tro och heder i finsk rätt s. 80 ja siinä viitattua sekä *Madsen*, Vildfarelser, forudsætninger og billighed s. 207—208 viitteineen.

periaatteiden varassa tehtävää *kokonaisharkintaa*, voi tilanne olla sellainen, että pätemättömyysperusteen tunnusmerkistö täyttyy, vaikka sovitteluharkinnassa jäädytään sovittelukynnyksen alapuolelle. Esimerkiksi törkeän pakon tilanteessa saattavat luottamus ja vaihdannan intressi poikkeuksellisesti johtaa siihen, että vain jonkin verran epätasapainoista sopimusta ei soviteltaisikaan. Se osapuoli, jonka suuntaan törkeää pakkoa on käytetty, voi silti haluta pysyä sopimuksessa, kunhan epätasapaino ”leikataan” pois.³⁵⁷

6. VALINTA ERI SOVITTELUSÄÄNTÖJEN VÄLILLÄ

Varsinainen horisontaalinen valintatilanne voi vallita OikTL 36 §:n sisältämän sovittelun ja edelleen voimaan jätettyjen erityisten sovittelusääntöjen välillä. Esimerkiksi kuluttajansuojalain 4 luvun 1 § tekee mahdolliseksi sovittelun ainoastaan kuluttajan hyväksi. Jos poikkeuksellisesti sovitellaan elinkeinonharjoittajan hyväksi kulutustavaran kaupassa, on sovittelun normiperusta siten OikTL 36 §.³⁵⁸ Vaikeampi on rajanveto sisällöllisten seikkojen (tunnusmerkistöjen) erilaisuuden vuoksi. Esimerkkinä tästä olkoon OikTL 36 §:n ja OikTL 38 §:n suhdetta koskeva ratkaisu KKO 1984 II 83.

Mainitussa ratkaisussa KKO käytti OikTL 36 §:ää edelleen voimaan jätetyn erityissäännön, tapauksessa OikTL 38 §:n, sijasta. Tapaus oli seuraava:

KKO 1984 II 83. Puolisot X ja Y olivat luovuttaneet omistamansa yhtiön osakekannan rahavastikkeesta ja ehdolla, että X sai työpaikan yhtiössä. Myös Y jäi yhtiön palvelukseen. Luovutussopimukseen sisältyi kilpailunrajoitusehto, jonka mukaan X ja Y sitoutuivat olemaan harjoittamatta yhtiön kanssa kilpailevaa toimintaa. Puolentoista vuoden kulluttua luovutuksesta ostaja sanoi työsopimukset irti. Irtisanomiset todettiin eri oikeudenkäynneissä laittomiksi. Työpaikat katsottiin luovutuksesta suoritettuna vastikkeen olennaiseksi osaksi. Ottaen huomioon myös X:n ammattikokemus, joka oli suuntautunut voimakkaasti kysymyksessä olevalle alalle, luovutussopimukseen sisältyvä kilpailunrajoitusehto jätettiin OikTL 36 §:n nojalla huomioon ottamatta työsuhteiden irtisanomisesta lukien.

Wilhelmsson arvelee KKO:n käyttäneen OikTL 38 §:n sijasta 36 §:ää sen vuoksi, että sopimussuhdetta tarkasteltiin kokonaisuudessaan eikä vain kilpai-

³⁵⁷ *Vihma*, Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus s. 68—70, esittää vilpin osalta harkittavaksi oikeusvaikutuksia aina tapauskohtaisesti eikä siten hyväksy kokonaispätemättömyyttä pääsäännöksi.

³⁵⁸ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 77.

lunrajoitusehtoa sinänsä.³⁵⁹ Ajatus onkin juuri OikTL 38 §:n soveltamisehtoja silmällä pitäen luonteva. OikTL 38 §:ään verrattuna 36 § on korostettua kokonaisharkintaa edellyttävä sääntö, kun taas muissa pätemättömyysperusteissa harkinta on jossain suhteissa rajoitetumpaa.

Mainittua tapausta voidaan toisaalta tarkastella myös sopimussitovuuden kannalta ilman yhteyttä sovitteluun. Tällöin osapuolten tekemää sopimusta pidettäisiin normaalina vastavuoroisia suorituksia edellyttävänä välipuheena, jossa toinen osapuoli, tässä siis yhtiö, on olennaisesti rikkonut sopimusta. Tämän sopimusrikkomuksen johdosta X ja Y vapautuisivat omasta sidonnaisuudestaan. Tällaisen ajattelutavan hankaluuksia on se, että työsuhde on jo sinänsä erityisen työoikeudellisen normiston suojaama. Perusteettomasta irtisanomisesta seuraa tiettyjä sanktioita. Tuntuu kuitenkin turhan esineellistävältä ajattelulta antaa tämän seikan johtaa siihen, ettei työsuhdetta voitaisi tarkastella usealta kannalta ja erityisesti yhtenä alkuperäisen yhtiön kaupan kauppahinnan suorituksen osana. Näin ajatellen selittyisi helposti se, miksei kilpailunrajoitusehdon kohtuuttomuuteen sinänsä tarvitse lainkaan ottaa kantaa. Eihän tuo ehto erikseen otettuna merkitse minkäänlaista yhteyttä työsuhteisiin, vaan tuollainen yhteys tulee vasta kokonaisarvioinnissa. KKO:n käytettyä ratkaisun perusteluna viittausta OikTL 36 §:n yleiseen sovittelusääntöön tämä merkitsi — ainakin kätketysti, ehkäpä tietoisestikin — sitä, että yhtiön kauppiaan kohdistunutta sopimusrikkomusta ei pidetty sellaisena, joka olisi antanut X:lle ja Y:lle oikeuden jättää oma ”suorituksensa”, tässä tapauksessa kilpailusta pidättäytyminen, tekemättä. Voidaan perustellusti kysyä, millaisiin näkökohtiin tuo pätevänä pitäminen perustuu, kun KKO itsekin on todennut työpaikkojen olleen luovutuksesta suoritettun *vastikkeen olennainen osa*. KKO:n ratkaisussa oli siis oikeasuuntainen askel tarkastella luovutuksen ehtoja kokonaisuutena eikä pelkkää kilpailunrajoitusehtoa, mutta *sopimusoikeudellinen väline — sovittelu — tuon kokonaisuuden käsittelyyn oli huonosti valittu*.

OikTL 38 §:kin edellyttää kokonaisharkintaa sen *sopimuksen* kannalta, jolla on sitouduttu olemaan harjoittamatta tiettyä toimintaa. Viimemainittu säännös asettaa kuitenkin kokonaisharkinnalle selvästi suppeammat rajat kuin OikTL 36 §. Siten tapauksessa KKO 1984 II 83 tuli ilmeisesti vastaan OikTL 38 §:n harkinnan raja siltä osin kuin korkein oikeus halusi kiinnittää huomio-

³⁵⁹ *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 89. Vrt. kuit. HE 247/81 s. 18: OikTL 38 §:n uudelleenmuotoilulla pyrittiin siihen, että tuomioistuimilla olisi ”entistä laajemmat valtuudet ottaa huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat. Itse asiassa säännös vastaa sisällöltään ehdotettua yleissäännöstä (36 §). Siten olisi mahdollista oikeastaan kumota koko oikeustoimilain 38 §.”

ta siihen, että työsopimukset liittyivät kilpailunrajoitusehtoon ja että nämä yhdessä muodostivat vastikkeen liikkeen luovutuksesta. Jäljelle jäi tällöin *viittaaminen OikTL 36 §:ään yksinomaisena*. Rinnakkainen käyttö ei nimittäin olisi enää ollut perusteltua, kun kerran johdonmukaisten perustelujen konstrointi ei tehnyt mahdolliseksi käyttää OikTL 38 §:ää.

7. TYYPPIKOHTUUTTOMIEN EHTOJEN KIELTOSÄÄNTÖ

7.1. Yleistä

Sopimuksen (sopimustyyppin) tai sen ehdon toteaminen tyyppikohtuuttomaksi on OikTL 36 §:n harvinaisempi käyttötapa.³⁶⁰ Tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltosääntöä ylläpitää tavoite saneerata sopimuskenttä epäasiallisista sopimustyypeistä ja -ehdoista. Saneeraustavoite ilmaistaan OikTL 36 §:n esitöissä tavoitteena edistää tasapainoisia ja rehtejä suhteita sopimuskentässä.³⁶¹

Erottamalla sovitteluun *in casu* ja ”sovitteluun” (oikeastaan: tehottomuuteen) ehtotyyppin perusteella on keskeinen merkitys vakioehtojen kannalta. Siksi ei olekaan yllättävää, että meillä toistaiseksi ainoa tyyppikohtuuttoman ehdon tehottomuutta koskenut tapaus liittyi vakioehtoihin sisältyneeseen vastuunrajoituslausekkeeseen³⁶²:

KKO 1983 II 91: V 5 -ravivedon järjestäjän asiamiehelle jätetty pelikuponki, joka olisi oikeuttanut voitto-osuuteen, ei ollut saapunut viranomaisten valvontaan eikä siten osallistumisehtojen mukaan oikeuttanut voitonjakoon. Po. ehtojen mukaan järjestäjä ei vastannut asiamiehen tai tämän apulaisen vedonlyöjälle aiheuttamasta vahingosta ja asiamies vastasi vain tahallisesti vedonlyöjälle aiheuttamastaan vahingosta. Tätä vastuunrajoitusehtoa pidettiin sinänsä kohtuuttomana siltä osin kuin se käsitti törkeällä huolimattomuudella aiheutetut vahingot. Asiamiehen ei kuitenkaan katsottu menetelleen näin huolimattomasti. Vedonlyöjän jär-

³⁶⁰ SOU 1974:83 s. 195.

³⁶¹ HE 247/81 s. 4.

³⁶² Ks. tältä osin esim. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus 4. luku ja *Bernitz*, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I s. 439. Ks. myös ennen uuden OikTL 36 §:n voimaantuloa annetut KKO 1982 II 195 ja KKO 1983 II 149, joissa molemmissa oli viittauksia tyyppiharkintaan. Jälkimmäisessä tosin otsikkoteksti ja ratkaisun perustelut KKO:ssa ovat sillä tavoin erisävyiset, että vain perusteluissa on nimenomainen maininta ”tässä tapauksessa” kohtuuttom. Kysymyksessä oli luottokortin vastuunrajoitusehto, jonka mukaan kadottamistapauksissa vastuu oli yhtiöllä vain tiettyjen törkeiden rikosten tilanteessa. KKO piti ehtoa kohtuuttomana, kun kortin kadottanut henkilö ei ollut ollut törkeän huolimaton.

jestäjään ja tämän asiamieheen kohdistama vahingonkorvauskanne hylättiin.

Tyypikohtuuttomuuskielto on oikeussääntö, jonka tunnusmerkistö on — sovittelusäännöstä poiketen — riippuvainen *ainoastaan* kohtuusperiaatteen tietystä painoarvosta. Suorastaan harhaanjohtava on tässä mielessä säädösteksti, jossa käytetään sekä sovitteluun että tyypikohtuuttomuuteen viitaten samaa termiä ”kohtuuton”. Hallituksen esityksessä ero tehdään kuitenkin selkeänä: ”Kohtuullistamisen tarve saattaa syntyä joko sillä perusteella, että ehto sinänsä on kohtuuton tai että sen soveltaminen yksittäisessä tapauksessa johtaisi kohtuuttomaan tulokseen.”³⁶³ Edelleen todetaan näiden harkintojen olevan sillä tavoin erilaisia, että tuomioistuimen olisi syytä kirjoittaa ratkaisunsa perusteluissa näkyviin, kummasta kohtuuttomuudesta on ollut kysymys.³⁶⁴

Myös Ruotsin mietinnössä erotetaan tyypikohtuuttomuus selvästi *in casu* -sovittelusta. Ratkaisijan on kuljettava kaksiportaista harkintaa pitkin: *ensin* on selvítettävä, onko väitetty ehto sellaisenaan kohtuuton ja *vasta toiseksi*, kun ensimmäinen porras on ylitetty, kysyttävä, onko ehto tässä tapauksessa kohtuuton. Tuomioistuimilla on siten itsenäinen (oikeuspoliittinen) harkintavalta sen suhteen, voidaanko joidenkin erityisten ehtojen käyttö sallia vai ei. Vasta yleisesti hyväksytyjen ehtojen kannalta voidaan joutua asettamaan kysymys niiden *in casu* -kohtuuttomuudesta.³⁶⁵

Tällainen järjestys onkin tässä luvussa esitettyjen sovitteluharkinnan vaiheiden mukainen. Ensin on harkittava välipuheen sitovuus ja vasta sitten voidaan harkita sitovan sopimuksen sovittelua. Tässä erityistapauksessa tuota järjestystä on sovellettu OikTL 36 §:n sisältämien kahden eri oikeussäännön, tyypikohtuuttomuuskiellon ja sovittelun, väliseen suhteeseen.

Yhteisöllisen käytännön mallin valossa tyypikohtuuttomien ehtojen kiel-

³⁶³ HE 247/81 s. 12.

³⁶⁴ *ibid.* Vaikka kuluttajansuojalain 4 luvun 1 §:n sanamuoto ”ehto on kohtuuton” on sinänsä samanlainen kuin OikTL 36 §:n tyypikohtuuttomuutta tarkoittava alku (”ehto on kohtuuton...”), se ei merkitse sitä, että kuluttajansuojalain 4 luvun 1 § koskisi vain tyypikohtuuttomuutta. Jätettäessä mainittu säännös edelleen voimaan, kun OikTL 36 §:ää muutettiin, todettiin nimenomaan, että harkinta on samanlaista, ks. HE 247/81 s. 17—18. — Tyypikohtuuttomuudessa kysymys voinee olla vain *muiden kuin vastike-ehtojen* kohtuuttomuudesta. Sisällöllinen, vastikkeen täsmentävä hintaehto ei koskaan voi olla tyypiltään kohtuuton, erotukseksi ehdosta, joka antaa toiselle osapuolelle yksin *oikeuden päättää* vastikkeen suuruuden. Ks. myös HE 247/81 s. 13. Ks. myös *H. Halila*, Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen s. 594.

³⁶⁵ SOU 1974:83 s. 116—117. Ks. myös *Hellner*, Konsumentskydd och generalklausuler s. 160. Ks. vielä NJA 1982 s. 613 ja NJA 1979 s. 483.

lolla on hyvin keskeinen merkitys. Se on sopimustyyppin ja siten sopimusehtojenkin keskimääräistä tasapainoa edellyttävän pääsäännön ilmaus, joka olisi voimassa ilman nimenomaista lakipohjaakin. Sopimusoikeuden systeemin kannalta tyyppikohtuuttomuus merkitsee legalisointia ajatukselle, että muun muassa perinteisesti hyvän tavan vastaisuudeksi kutsutut tilanteet merkitsevät sitomattomuutta.³⁶⁶ Tyyppikohtuuttomuuden käyttö merkitsee siten muiden pätemättömyysperusteiden tapaan sopimuksen alan rajoittamista. Jos tyyppikohtuuttomuus jäsennetään sopimussysteemiin näin, katoaa pohja kritiikiltä, jota tapaukseen KKO 1983 II 91 on kohdistettu siitä, ettei törkeästä tuottamuksesta vapauttavan ehdon pitäisi lainkaan tulla päteväksi. Tuollaisen ehdon tyyppikohtuuttomaksi katsominen tarkoittaa juuri tätä.³⁶⁷

7.2. Edellyttääkö tyyppikohtuuttomuuden sovittelu kohtuuttomuutta *in casu*?

OikTL 36 §:ää on toisinaan tulkittu siten, että tyyppikohtuuttomuudenkin tehotomuus edellyttäisi kohtuuttomuutta *in casu*.³⁶⁸ Tällainen kanta on luonnollisesti perusteltu, jos sillä tarkoitetaan sitä, ettei tuomioistuimen — toisin kuin esimerkiksi oikeustieteen — tyyppikohtuuttomuusharkinnan kohteeksi voi nousta esimerkiksi ennakolta abstrakti riita siitä, olisiko jokin ehto tyyppikohtuuton. Tyyppikohtuuttomankin ehdon on esiinnyttävä jossakin konkreettisesti välipuheessa. Sen sijaan kanta ei ole hyvin perusteltu, jos sillä halutaan väittää, että tyyppikohtuuttoman ehdon on oltava kohtuuton (epätasapainon merkityksessä) siinäkin yksittäistilanteessa, jossa se esiintyy. *Tyyppikohtuuttomuuden argumenttiympäristö on oikeustoimi- tai ehtotyyppin taso, ei kohtuuttomuus yksittäistapauksessa*. Siten esimerkiksi osapuolten asema tunnusmerkkinä ei tarkoita sen erityistilanteen osapuolia, jossa ehtoa on nimenomaisesti välipuheessa käytetty, vaan sentyyppisten sopimussuhteiden osapuolia keskimäärin.

Samaan tapaan voidaan asettaa ”käänteisongelma”: voidaanko yleisen tason argumenteilla perustella sitä, että *ei sovittella in casu*? KKO on ratkaisus-

³⁶⁶ Tätä koskevaa säännöstähän suunniteltiin pohjoismaisiin sopimuslakeihin, niiden 3 lukuun. Ks. SOU 1974:83 s. 42 viittauksineen. m.t. s. 195 todetaan kuitenkin, ettei 36 §:llä ole tarkoitus legalisoida hyvän tavan vastaisuuden kieltoa.

³⁶⁷ Ks. kritiikistä *Wilhelmsson*, Vakiosopimus s. 99, jossa käsitys perustunee sille, että tyyppikohtuuttomuusharkintaakin pidetään sellaisena sovitteluna, joka edellyttäisi ehdon sitovuutta. Tapauksessa KKO olisi siten hyväksynyt törkeästäkin tuottamuksesta vapauttavan ehdon päteväksi.

³⁶⁸ Ks. *Bruun*, Työehtosopimuksen ehdon kohtuullistamisesta s. 892 viite 13.

saan KKO 1985 II 94 perustellut päätöstään tavalla, jolle voidaan esittää useita tulkintoja:

Yleisten autovakuutusehtojen hirvivahinkovakuutusta koskevaa ehtoa, jonka mukaan vakuutuksesta korvataan vahinko, joka on välittömästi aiheutunut yhteentörmäyksestä hirvieläimen kanssa, mutta ei vahinkoa, joka on aiheutunut välittömästi uhkaavan korvattavan vahingon torjumisesta tai rajoittamisesta, ei pidetty kohtuuttomana. Sen vuoksi korvaus ns. väistövahingosta hylättiin.

Näyttäisi siltä, että tässä on tehty vain ensimmäinen edellä kuvatuista kahdesta askeleesta: on selvitetty, ettei ehto ole tyypikohtuuton.³⁶⁹ Ainakaan toista askelta ei ole perusteltu. Olisi nimittäin heikosti OikTL 36 §:n tarkoitukseen sopiva kanta, jos siitä, ettei ehto ole tyypikohtuuton, pääteltäisiin, ettei ehto voi olla *in casu*-kohtuuton. — KKO:n äsken lainattu perustelu saattaa tietenkin olla ainoastaan huonosti muotoiltu. Siitä puuttuu viittaus siihen, että *tässä tapauksessa* ei ole mitään muutakaan sovittelua puoltavaa seikkaa tai että tyyppiargumentit ovat myös tässä tapauksessa sellaisenaan relevantteja *in casu*-argumentteja. KKO:n argumentaation taustalla saattaisi myös olla vaihdannan intressiin kiinnittyvä argumentti, jonka mukaan väistövahingon korvaaminen johtaisi vakuutuksenantajan kannalta vaikeisiin käytännön ongelmiin, ja että tuollainen laajennus merkitsisi runsashirvisessä Suomessa laajoja ja helppoja vakuutuksen väärinkäyttömahdollisuuksia.

Tyypikohtuuttomien ehtojen tehottomuus on sopimusoikeudellisesti arvioiden vahvaa tehottomuutta siinä mielessä, ettei tuollaisten ehtojen pätevyyttä voi ”ostaa” sopimuksen muita osia hyödyntäen. Siten törkeästä tuottamuksesta vapauttavaa vastuuehtoa ei ole mahdollista tehdä päteväksi, vaikka siitä olisi annettu ”ruhtinaallinen” vastike muiden ehtojen edullisuudella.³⁷⁰ ”*Oikeustoimen koko sisältö ei tyypikohtuuttomuustilanteissa tarkoita sitä, että ehto voitaisiin tasapainottaa sopimuksen muilla ehdoilla.* Tilanne on samankaltainen kuin OikTL 28—31 §:ssä tahdonvapauden kannalta. Törkeää pakkoa käyttänyt tai siitä tietoinen ei pysty tekemään pätemättömyysperustetta

³⁶⁹ Vrt. SOU 1974:83 s. 171 sopimussakosta: ensin on tehtävä tyypiharkinta sen avulla, onko prosenttiluku sinänsä oikeutettu eli oikein laskettu keskimääräisvahinko. Vaikka tämä edellytys täyttyy, sopimussakko voi silti yksittäistapauksessa olla kohtuuton, jos se ylittää selvästi positiivisen sopimusedun. Vrt. myös *Vihman*, Sopimussakko s. 160—163, pohdintaan siitä, onko sopimussakkoehdoista hyvän tavan vastainen.

³⁷⁰ Vrt. toisin *Madsen*, Om samspillet mellem aftalelovens § 36 og markedsføringslovens regler s. 118, jossa hän kritisoi Hellnerin nimeen liittämänsä ajattelutapaa ja viittaa juuri mahdollisuuteen, että konkreettisissa olosuhteissa, ja liitettynä muihin ehtoihin, jokin tyypillisesti kohtuuton ehto voi siinä yksittäistapauksessa olla kohtuullinen.

vaikutuksettomaksi sillä, että osoittaa kuitenkin ”neuvotelleensa” loukatun kanssa sopimuksen muista ehdoista.

Tavallisesti sopimussuhteen vahvempi osapuoli on asemaansa tietoisesti hyväksikäyttäen pyrkinyt saavuttamaan paremman oikeusaseman kuin muutoin. Tällaisissa tapauksissa tyyppikohtuuttoman ehdon tehottomuus merkitsee mahdollisen dispositiivisen oikeuden sijaantuloa tai ehdon vaikutuksettomuutta ilman erityisempiä ongelmia. Sen sijaan silloin, jos tasavertaiset osapuolet todella ovat pyrkineet tasapainottamaan kohtuuttoman ehdon — ehkäpä jopa ilman tietoisuutta ehdon tyyppikohtuuttomuudesta — saatetaan helposti joutua OikTL 36 §:n kaksinkertaiseen soveltamiseen. Ensiksi todetaan tyyppikohtuuton ehto tehottomaksi velvoitetun kannalta ja sitten muutetaan sovitteluteitse — luonnollisesti silloin kun asianmukaiset prosessioikeudelliset edellytykset on täytetty eli sovittelua vaadittu — sopimuskokonaisuutta ehdon tehottomuudesta hyötyneen osapuolen vahingoksi siten että tasapaino taas saavutetaan.

Tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltoäännön käyttöala on olennaisesti sidoksissa siihen, miten tarkemmin täsmennetään se yleisyystaso, jolla se vallitsee. Erityisen merkittävä on kysymys siitä, riittääkö vaadituksi ”yleiseksi” se, että jokin ehto on tyyppillisesti kohtuuton jossakin sopimustyyppissä (vaikkei kaikissa mahdollisissa). Varovaisen myönteinen kanta tässä suhteessa näyttää perustellulta. Tarkemmat soveltamistunnusmerkit ovat kiinni samankaltaisuusvertailussa ja siten sopimusmallissa. Kun otetaan huomioon eri sopimustyyppien keskenään olennaisetkin erot, tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltoäännön ala kaventuisi lähes olemattomiin, jos tyyppikohtuuttomaksi väitetyn ehdon pitäisi olla kohtuuton jokaisessa sopimustyyppissä. Sopimuskentän saneeraamistavoitteen, tyyppikohtuuttomuuskiellon ration, kannalta on merkityksellistä muun muassa se, onko kyseinen ehto vakiosopimuksessa vai yksilöllisessä sopimuksessa. Tällaisia tyyppillisesti kohtuuttomia ehtoja voidaan yrittää tasapainottaa muuttamalla sopimuksen muita ehtoja, esimerkiksi korottamalla vastiketta. Kun kaikessa sovitteluun liittyvässä kirjoittelussa aiheellisesti korostetaan kokonaisharkinnan välttämättömyyttä, on tyypiltään kohtuuttomien ehtojen kiellossa nähtävissä myös rangaistuksenluonteisia, punitiivisia piirteitä. Sopimuskäytäntöä pyritään saneeraamaan tyypiltään kohtuuttomista ehdoista eikä ole tuon tavoitteen mukaista katsoa OikTL 36 §:n sallivan noita ehtoja edes poikkeustapauksissa. Ongelma siitä, sovelletaanko OikTL 36 §:n tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltoa, vaikka tuollaista ehtoa olisi pyritty tasapainottamaan muilla ehdoilla, on ongelma oikeussäännön käyttämättä jättämisestä (*contra legem* -tilanne). Saadaanko tyyppikohtuuttomien ehtojen kiel-

tosääntöä olla käyttämättä vaikka se soveltuisi, jos samalla on painavia vastasyitä? Oikeudenmukaisuutta sopimustasapainona korostavan yhteisöllisen käytännön sopimusmallin valossa tyyppikohtuuttomien ehtojen kieltosääntö on ankara oikeussääntö. Sen vuoksi sen sivuuttaminen on mahdollista vain nimenomaisen oikeussäännön nojalla, ei vastaanpuhuvien periaatteiden vuoksi.³⁷¹

Jos sopimuksen yksi ehto on tyyppikohtuuton, miten käy muun sopimuksen? Tyyppikohtuuttomuuden oikeusvaikutusmahdollisuudet määräytyvät OikTL 36.2 §:n nojalla. Sen vuoksi on mahdollista puuttua sopimukseen muutoinkin, jos sopimus ei tyyppikohtuuttoman ehdon sovittelun eli tehottomuuden vuoksi ole enää kohtuullinen. Sovittelukynnys puuttumiselle, eli tasapainottamiselle tyyppikohtuuttomasta ehdosta hyötyneen suuntaan, on kuitenkin olennaisesti korkeampi kuin normaalisovittelussa sen vuoksi, että tyyppikohtuuttomuuskielto palvelee myös julkista intressiä.³⁷² Koko sopimuksen raukeaminen yhden ehdon tyyppikohtuuttomuuden vuoksi johtaa kysymään, voiko tyyppikohtuutonta ehtoa käyttäneen vastapuoli ylläpitää sopimussidonnaisuutta omalta osaltaan. IV luvussa esitetyn sopimuksen prosessikäsityksen perusteella myönteinen kanta on mahdollinen. Jos sen sijaan koko sopimustyyppi on tyyppikohtuuton, niin sitä koskevan välipuheen avulla ei saada aikaan sopimussidonnaisuutta.

Tyyppikohtuuttomien ehtojen tehottomuus on siten OikTL 3 luvun pätemättömyyssääntöjen kaltaista ja kuuluu samaan ryhmään. Kaikkien noiden sääntöjen yleistavoitteena on sopimuskäytännön saneeraaminen sillä tavoin että tietyt menettelytavat sopimuksen synnyssä (28—33 §) tai tietynsisältöiset ehdot (36 §:n tyyppikohtuuttomien ehtojen kielto) eivät saa aikaan vastapuolelle normaaleja sidonnaisuuselementtejä niitä käyttäneen kannalta arvioituna. Sovittelutermien käyttö ei tässä ole perusteltua, koska ehto käy aina täysin tehottomaksi.

8. YHTEENVETO JA LOPPUTOTEAMUKSIA

Sovittelun aiheuttaman sopimusoikeuden normiston sisäisen jännitteen ratkaisuksi on tässä teoksessa esitetty sovittelun systematisointia. Systematisoinnin tavoite ei ole ollut tehdä aritmeettista kompromissia sopimusten sitovuuden

³⁷¹ Ankarasta oikeussäännöstä ks. edellä s. 51—53.

³⁷² Ks. indeksiehdon osalta samantyyppisen tilanteen pohdintaa *Aurejärvi*, Velvoiteoikeuden pääkohtia s. 64—65.

ja sovittelun, muodollisen ja aineellisen oikeusturvan, välille.³⁷³ Systematisointi ei ole myöskään ollut ehdoton valinta, jossa sopimusoikeuden systeemin aito-
na osana pidettäisiin vain joko sopimussitovuuden muodollisia kriteereitä tai
materiaalisiin näkökohtiin suoraan perustuvaa sovittelua. Kompromissin läh-
tökohdaksi on kuitenkin pakko valita jompikumpi. Kun OikTL 36 §, jossa so-
vittelusääntö vahvistetaan, on merkittävimpiä yleisen sopimusoikeuden lain-
säädäntöhankkeita 50 vuoteen, on se otettava vakavasti. Valinta perustuu si-
ten sovittelun tärkeydelle. Se on kuitenkin eri asia kuin oletus sovittelun eh-
dottomuudesta tai ensisijaisuudesta sopimusoikeudessa. Sovittelu ei ole sopi-
musoikeutemme pääsääntö vaan poikkeus. Muuta sopimusnormistoa, erityi-
sesti oikeustoimen pätemättömyysperusteita, ei todellakaan kumottu OikTL
36 §:llä. Sovittelun systematisointi toteutuu sen vuoksi tuon normiston perus-
ajatusten, sopimusoikeuden yleisten oppien, mukaantuontina sovitteluun.

Sovittelu on sopimusoikeuden mikrokosmos. Sovitteluharkinnassa sovit-
teluperusteet ovat kauttaaltaan sellaisia, että ne ovat myös muiden sopimusoi-
keuden instituuttien mahdollista tunnusmerkistöä.³⁷⁴ Esimerkiksi olosuhteiden
olennainen muutos on sekä sovitteluperuste että edellytysopin tai muuttuneiden
olosuhteiden opin tunnusmerkki. Suoritusten epätasapaino on sovittelu-
peruste, mutta myös yksi kiskomissäännön tunnusmerkki (”ilmeinen epäsuhe-
de” saadun ja annetun välillä). Osapuolen henkilöön liittyvät seikat ovat so-
vitteluperuste, mutta myös ns. sosiaalisen suoritusesteen tunnusmerkkejä. So-
vitteluharkinnan keskeinen ero muihin instituutteihin ei siten ole ”huomioon
otettavissa seikoissa”, käyttäakseni lakitekstin ilmausta. Keskeinen ero on sii-
nä, että sovitteluharkinta on tarkoituksellisesti asetettu kiperä tapaus. Sovitte-
luharkinnan ratkaisunormeina ovat *välittömästi* kaikki sopimusoikeuden pe-
riaatteet. Esimerkiksi kiskomissääntö liittyy taustaltaan sekä sopimusvapau-
teen että kohtuusperiaatteeseen. *Mainituilla periaatteilla on sen soveltamises-
sa kuitenkin vain välillinen merkitys siten, että ne täsmentävät tulkinnanvarai-
sia tai avoimia ilmauksia.* Kiskomissäännön käyttö ei ole painoarvojen anta-
mista sopimusvapaudelle ja kohtuudelle ja niiden saamiin painoarvoihin pe-

³⁷³ Vrt. *Aarnio*, Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapau-
den että sopimusten sitovuuden periaatteen? s. 407, jossa otetaan huomioon niin sopimus-
ten sitovuus kuin kohtuuskin. Ks. myös *sama*, The Rational as Reasonable s. 228, jossa puol-
letaan ajatusta rationaalisesta hyväksyttävyydestä vastaavan pulman yleisenä ratkaisumuo-
tona: ”Such an interpretation also maximally satisfies the expectation of legal certainty in
society. And furthermore, the standpoint has the maximal legitimacy in that society.”

³⁷⁴ Ks. *Alexy*, Theorie der Grundrechte s. 150, joka toteaa, ettei periaatteiden keski-
näiseen punnintaan liittyvillä argumenteilla ole jotain erityistä omaa luonnetta, vaan että
ne ovat oikeudellisessa argumentaatiossa muutoinkin esitettäviä seikkoja.

rustuvaa punnintaa, vaan pulan, ymmärtämättömyyden, ilmeisen epäsuhteen jne. täsmentämistä.³⁷⁵ Kiskomissääntö on oikeussääntö ja sellaisena kiskomistapausten ratkaisunormi. Sovittelussa puolestaan sovitteluperiaatteet ovat *aina* välttämätön väliaskel, jota ilman sovitteluperusteen merkitystä kokonaisharkinnassa ei voida saada selville.³⁷⁶ Sovittelussa kiskomissäännön tunnusmerkistön mukainen pulan hyväksikäyttö ei sellaisenaan ole sovitteluargumentti. *Sovitteluargumentiksi se muuttuu, kun sille on annettu painoarvo sopimusvapauden periaatteessa.* Esitetyistä seikoista johtuu myös se, että sovitteluargumentit ovat monesti ”ei aivan” -argumentteja. Sovittelussa ei sovitteluperusteen huomioonottamisen kannalta ole tarpeen se, että jonkin pätemättömyysperusteen kriteerit (täysin) täyttyvät. Riittävää on jo se, että tilanne jollain tavoin muistuttaa pätemättömyysnormissa kuvattua.³⁷⁷

Tästä näkökulmasta voidaan myös osaksi ymmärtää se olennainen ero lainvalmistelutöiden hyödyllisyydessä, joka on toisaalta Ruotsin ja toisaalta muiden pohjoismaiden, Suomi mukaanlukien, välillä. Itse sovittelusta suppeassa mielessä on esitetty kaikkien maiden lainvalmisteluasiakirjoissa likimain samat seikat. Sen sijaan Ruotsin mietinnössä esityksen laajennuksena ovat kannanotot sopimussysteemin keskeisiin instituutteihin (edellytysoppi, oikeuden väärinkäyttö, jne.), joiden valossa myös sovittelun roolia täsmennetään. Sovitteluharkinnan täsmentäminen on sopimusoikeuden yleisten oppien läpikäymistä.

Sovittelu kuitenkin myös poikkeaa olennaisesti muista sopimusoikeuden instituuteista. Toisin kuin muut sopimusoikeuden instituutit, joissa on kysymys tietystä näkökulmasta (tietyn periaatteen tai tiettyjen periaatteiden yhdistelmän näkökulmasta) sopimukseen, *sovittelu on kokonaisnäkökulma.* Jotta ratkaisijan ylipäänsä olisi mahdollista käyttää sovittelua rajallisten resurssien tilanteessa, se merkitsee yksityiskohtaisista formaaleista tunnusmerkistöistä luopumista. Jos oikeudenkäytön kontrolloitavuus halutaan säilyttää yksityiskohtaisista tunnusmerkistöistä luopumisen jälkeenkin, on harkinta välttämättä sidot-

³⁷⁵ Eri asia on, että pulan, ymmärtämättömyyden, kevytmielisyyden tai riippuvaisen aseman tunnusmerkistön täyttymisen kannalta välttämättömän tason määrittämiseen voi vaikuttaa se, miten ilmeinen edustetun ja annetun edun epäsuhte on.

³⁷⁶ Ks. myös samansuuntaisesti SOU 1974:83 s. 130, jossa toivotaan, että sovittelusääntöön perustuvat tuomioistuinratkaisut olisivat mahdollisimman pitkälle yleistäviä eivätkä jäisi vain yksittäistapauksen kasuistiseksi pohdinnaksi.

³⁷⁷ Ks. esim. *Sevón*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalslutet s. 169, käsitellessään ehdon kohtuuttomuudesta kärsivän oikeutta vaatia sovittelua tilanteessa, jossa sopimus on aikaansaatu rikollisella teolla: ”Resonemanget kan utvidgas till att också gälla liknande situationer även om kriminaliseringens rekvisit inte till alla delar uppfylls.” (korostus JP).

tava oikeusperiaatteisiin. Harkintaa ei kuitenkaan saada yhtä selväpiirteiseksi kuin oikeussääntöjen tunnusmerkistöjä käytettäessä. Oikeusperiaatteen soveltumisharkinnan ohella harkinnan lisävaiheeksi tulee painoarvon antaminen sovitteluperiaatteille. Vaikka sovittelussa ratkaiseva kohtuuttomuus määrittyy sitovuusharkinnasta tuttujen argumenttien avulla, *argumenttien merkittävyyden määrittäminen tapahtuu vasta liittämällä ne johonkin sopimusoikeuden periaatteeseen*. Sovittelu on tässä mielessä sitovuusharkinnan toistamista, mutta ei sitovuusharkinnan formaalilta vaan sen materiaaliselta, oikeusperiaatteisiin palautuvalta osin. Tapauksen oikeustositseikkoja arvioidaan suoraan sitovuusharkinnan normien ratioiden, niiden taustana olevien sopimusoikeuden periaatteiden, varassa.

Kun sovittelu on näin sidoksissa periaatteisiin, se voi joustavasti seurata yhteiskunnan sopimustodellisuuden muuttumista. Toisaalta periaatteet ovat sääntöjä vaikeammin käytettävissä ja hankalammin kontrolloitavissa. *Periaatteiden sisällön ja niiden systeemi-arvojen määrittäminen ovat sidoksissa sopimusmalliin*. Tämän teoksen pyrkimys on tehdä tästä aiheutuva hinta, sovitteluperiaatteiden käytön aiheuttama haitta sopimussysteemin rationaalisuudelle, niin pieneksi, että se kannattaa maksaa.³⁷⁸

Sovitteluharkinnan tarkemmassa erittelyssä pitäisi käydä läpi Suomen sopimusoikeuden yleiset opit kauttaaltaan.³⁷⁹ Tässä teoksessa sitä ei ole edes yritetty, vaan III ja IV luvuissa on pyritty osoittamaan eri sopimusmallien perusteita erittelemällä, mistä keskeisimmät näkemyserot johtuvat. Sopimusmallien eroihin pohjautuvina oikeusperiaatteiden määrittely- ja painotuseroina ymmärretään tarkastelijoiden erot sovitteluperusteita pohdittaessa. Tämän teoksen peruslinjan mukaisesti kohtuusperiaatteelle on annettu ensisijainen asema (myös) sovitteluharkinnassa. Kysymykset siitä, millä tavoin muut yleisen sopimusoikeuden instituutit (erehdys, taloudellinen liikavaikeus, tulkinta, muuttuneet edellytykset, sopimusneuvottelut jne.) pitäisi hahmottaa yhteisöllisen käytännön mallissa, eivät kuulu tämän teoksen aihepiiriin. Kun noiden instituuttien sisältö määriytyy olennaisesti oikeusperiaatteista, riittää osoittaa — kuten tämän luvun jaksossa 3.3. on tehty — miten niiden oikeustositseikasto puretaan (palautetaan) eri periaatteiden alaisuuteen, sovitteluindisioiksi ja vastaindisioiksi.

³⁷⁸ Samoin *Knoph*, Rettslige standarder s. 31, suuntaviivojen kannalta.

³⁷⁹ Tuollainen uudelleen kokoaminen olisi sitäpaitsi mahdollista vasta kun lainsäädäntö ja muut oikeuslähteet otetaan täysimittaisesti huomioon. Tällaisesta käsittelytavasta rangaistuksen mittaamisperiaatteiden ja rikosoikeuden yleisten oppien suhteen ks. *Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määrittämisestä I luku V.

si. Sen sijaan instituutteja *ei* enää ole uudelleen koottu sovitteluharkinnan periaateskeeman mukaisina.³⁸⁰

³⁸⁰ Kuten *Collins*, The Law of Contract s. 147—149, huomauttaa Englannin oikeuden mistake ja duress -instituuteista, ei niiden sisältö säily tällaisessa uudelleenahmottamisessa muuttumattomana. Tästä syystä sovitteluharkinta ei ole vain uusien instituuttien sisäänajo-keino (edellä s. 4), vaan sen valossa myös vanhojen instituuttien uusi sisältö tulee juridisesti mahdolliseksi.

VI LUKU. SOPIMUSSUHTEIDEN SÄÄNTELYSTÄ

1. OIKEUDEN MUODOLLISET JA SISÄLLÖLLISET VAATIMUKSET SOVITTELUSSA

Teoksen kantava teema on ollut muodollisten ja sisällöllisten piirteiden välinen jännite modernissa länsimaisessa sopimusoikeudessa. Sovittelu on sopimusoikeuden instituutti, jolla on annettu mahdollisuus toteuttaa sopimusten käytön sisällöllistä tuloskontrollia. Oikeudenmukaisuusarvio perustuu sopimuksen aikaansaaman *lopputuloksen* tasapainon välittömään kokonaisarviointiin. Kuitenkin muu, keskeisiltä osiltaan formaaleiksi näkökohdiksi kehitetty sopimusnormisto on jätetty voimaan. Tuo normisto perustuu voimakkaasti idealle, että oikeudenmukainen lopputulos saavutetaan kohtuullisia *menettelytapoja* noudattaen. Sovittelu ei ensikatsomalta lainkaan sovi tuollaisen normiston ideaan. Sovittelun ja muun sopimusnormiston välille syntyy jännite, jonka ratkaisuksi V luvussa esitettiin sovittelun systematisointi. Systematisoinnin perusteet selvitettiin II, III ja IV luvuissa.

Systematisointi merkitsi ideaa sovittelusta sopimusoikeuden mikrokosmosena. Systematisointiehdotuksen haittapuolia on se, että se merkitsee kerran tehdyn oikeudellisen (sitovuus)harkinnan toistamista. Oikeudellisen harkinnan toistaminen ei ole oikeudelliseen sääntelyyn sijoitettujen voimavarojen tarkoituksenmukaista käyttöä. Jos formaalisten seikkojen nojalla jo kerran ratkaistua tapausta pohditaan uudelleen sisällöllisten seikkojen kannalta, tehdään — ainakin osaksi — kaksinkertaista työtä. Lisäksi mahdollisuudet säilyttää yhdenvertaisen kohtelun taso korkeana heikkenevät, koska ratkaisijoiden erot muodollisten seikkojen harkinnassa ovat huomattavasti pienemmät kuin erot sisällöllisten seikkojen harkinnassa. Näistä syistä sovittelun käytön tulisi olla mahdollisimman vähäistä.¹ Vaikeutena on, miten voidaan samanaikaisesti ot-

¹ Toinen formaalien näkökohtien kunnioittamisen aikaansaama seikka on sovittelukynnys. Vain silmiinpistäviin tapauksiin on puututtava. Sovittelukynnys selittyy välttämättömyydestä antaa jokin merkitys sitovuusharkinnan formaaleille tunnusmerkeille. Samasta ajat-

taa sovittelu vakavasti ja pyrkiä minimoimaan sen käyttö. Pulman ratkaisu on hyväksyä sovitteluharkinnan (erityinen) ajattelutapa sitovuusharkinnan uudeksi perustaksi. On hahmoteltava uusi sopimusmalli, jonka sopimussitovuuden syväjulistifikaatiossa kohtuus — *sopimustasapaino* — on keskeinen. Kontrolloituavuus ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimus säilytetään korkeanasteisina tehostamalla sopimusoikeuden uuden järjestelmän merkitystä sopimusoikeuden periaatteiden sisällön ja keskinäisten suhteiden täsmäntämisessä. Sovittelussa esitetty vaatimus kokonaisharkinnasta tarkoittaa tällöin sitä, että sopimusoikeuden tärkeät periaatteet ovat kaikki yhtäaikaan sovitteluharkinnan normina. Sovittelu ratkeaa vertaamalla noita periaatteita soveltamalla saatua tapauksen kohtuuttomuusarvoa sovittelukynnykseen.

Toisesta näkökulmasta sovittelusäännön, kuten muidenkin yleislausekkeiden, käyttö on delegoidun lainsäädäntövallan käyttöä, lainsäätäjän työn jatkamista. Systematisointi tarkoittaa tältä kannalta sen konkretisoimista, millaiset puitteet tuomarin lainsäätäjäasemalla on. Systematisointi ilmaisee, mitä tarkoittaa idea, että tuomarin tulisi antaa ratkaisu sellaisen säännön mukaisena, jollaisen hän tekisi, jos olisi lainsäätäjä. Sopimusoikeudessa tuomarin lainsäätäjänä oleminen tarkoittaa sidonnaisuutta sopimusoikeuden periaatteisiin.

Jos halutaan käyttää Wilhelmssonin ilmaisutapaa², pitää sanoa, ettei vain sopimusvapaudesta vaan myös vaihdannan intressistä, kohtuusperiaatteesta ja heikomman hyvittämisestä on tullut myöhäiskapitalismin käsitteellisiä ehtoja. Jos taas halutaan noudattaa Tuorin terminologiaa³, kuuluvat nämä periaatteet *ydinosiltaan* sopimusoikeuden oikeusmuotoon, yhteiskunnan syvärakenteen ylläpitämään tajuntamuototietoon. Sen sijaan noiden periaatteiden ”hegemoniasta” käydään jatkuvaa kiistelyä tietoisuusmuodon ja ajattelumuodonkin tasoilla. Kolmantena ilmaisutapana voitaisiin sanoa mainittujen periaatteiden kiinnittyvän oikeuslähdeopillisesti maantapaan — maantapa sillä tavoin yhteisen kansan hyödyksi täsmennettynä, kuin J.Tolonen on tehnyt.⁴

Suomen sopimusoikeuden tarkastelun tärkeä yleinen lähtökohta, jota perusteltiin III ja IV luvuissa, onkin se, että *on useita sopimusmalleja, joiden perustalta Suomen nykyisestä sopimusnormistosta voidaan muokata systeemi*. Tahtomalli, luottamusmalli tai yhteisöllisen käytännön malli ovat sopimusmal-

telutavasta on ollut seurauksena myös V luvussa esitetty sovitteluharkinnan ulkoisen logiikan vaiheittaisuus siten, että sitovuusharkinta *aina edeltää* sovitteluharkintaa.

² Om styrning av försäkringsvillkor s. 3—4: sopimusvapaus on kapitalistisen yhteiskuntajärjestelmän välttämätön ainesosa (en oundgänglig beståndsdel).

³ Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta I s. 74—77.

⁴ Ks. Stat och rätt s. 77—78.

leja, joista yksikään ei (enää) ole normistossa ylivertaisesti vahvennettu tai muutoin selvästi asetettu ensisijaiseksi. Normisto ei myöskään tee yhtäkään mainituista malleista mahdolltomaksi. Kunkin mallin avulla voidaan tehdä järjestelmä Suomen sopimusnormistosta. Sopimusoikeuden järjestelmän laatimisen kannalta sopimusnormiston moniaineisuus merkitsee sitä, että normisto sisältää erisuuntaisia systeemi-impulsseja. Systeemin ongelmanratkaisukäytön kannalta erisuuntaisuus merkitsee mahdollisia ristiriitoja. Vaikka ristiriitojen olemassaolo oikeusjärjestyksessä on tunnustettava, se ei merkitse, että ne pitäisi tunnustaa vielä oikeusjärjestelmässään.⁵ Oikeusjärjestelmässä keskeinen näkökulma on normiston toteuttaminen, ja siinä ristiriitaisuus on sen vuoksi vielä voimakkaammin vaikuttava asia kuin säädettyjen oikeusnormien ristiriitaisuus. Ristiriitaisuus ja irrationaalisuus eivät kuitenkaan ole täysin samaa tarkoittavia asioita. von Wrightin mukaan lainsäätäjällä on irrationaalinen, jos se antaa kaksi sisällöltään keskenään ristiriitaista normia. Ei kuitenkaan ole oikein sanoa, että lainsäätäjällä olisi tällöin tahtonut jotain loogisesti mahdotonta. On mahdollista säätää jokin ja sen vastakohta, mutta molempien vaatimusten samanaikainen täyttäminen on mahdotonta.⁶ Jos lain säätämisen taustalla oleva ideaalikuva on sellainen, joka ei ole loogisesti mahdollinen, voidaan siten sanoa, ettei normien totaliteetti ja lainsäätäjän toiminta täytä rationaalisen tahtomisen vaatimuksia. Systematisointi on yksi tapa palauttaa ainakin potentiaalisesti ristiriitaisten normien rationaalisuus.

Reich on esittänyt toisen tavan ymmärtää tuollainen irrationaalinen lainsäätäjä. Hänen mukaansa tietyt yhteiskunnalliset muutokset saattavat merkitä sitä, että halutaan tietoisesti säätää jotain, vaikka tiedetään, ettei säädösten tarkoitus voi toteutua niiden avulla. Selitys olisi tuollaisen sääntelyn ideologisuudessa: mihinkään ei itse asiassa pyritäkään.⁷ Myös tämä selitys perustuu oletukseen lainsäätäjän rationaalisuudesta eli siitä, ettei lainsäätäjällä ”metatasolta” katsottuna kuitenkaan ollut irrationaalinen.

Sääntöjen ja periaatteiden eroa ajatellen on tärkeää havaita, että *ristiriitaiset säännöt voidaan johdonmukaistaa sopimusoikeuden periaatteiden avulla*. Kun periaatteiden keskinäiset suhteet on sopimusmallissa järjestetty yleisellä

⁵ Esim. *Alchourrón ja Bulygin*, Normative Systems s. 61–64, asettavat oikeussysteemille edellytyksiksi täydellisyuden, itsenäisyyden ja johdonmukaisuuden (completeness, independence and consistency). Ks. myös Weberin formaalin rationaliteetin tunnusmerkit edellä s. 119. Ks. vielä *Wilhelmsson*, Social civilrätt s. 26–27, jossa tarkastelun lähtökohtana on toteamus oikeuden sisäisistä ristiriidoista.

⁶ Is and Ought s. 271.

⁷ Ks. *Reich*, Markt und Recht.

tasolla, voidaan niiden avulla estää sopimusvapauspohjaisten ja kohtuuspohjaisten *oikeussääntöjen* ristiriidan kertaantuminen systeemissä.

2. MUUTOKSET SOPIMUSOIKEUDESSA

Yhteisöllisen käytännön malli on tässä työssä käsitetty kompromissiksi tahtomallin ja luottamusmallin pohjalta. *Sopimusajattelun muutoksen täytyy perustua aikaisemmalle ajattelulle*. Tahtomalli ja luottamusmalli ovat välttämättömiä väliaskelia.⁸ Vaikka sopimusmallit ovat erilaisia, ovat niihin kohdistuvat ulkoiset paineet olennaisilta osiltaan samoja. Tämä aikaansaa tiettyjen juridisten teemojen, tiettyjen tosiasiallisten juridisten ongelmien⁹, välttämättömän ratkaisusuunnan, vaikka ongelmalle saatetaankin antaa kunkin sopimusmallin peruskäsitteistöön ja periaatteiden jäsentämistapaan sopiva muotoilu. Niinpä täsmälleen samoista ongelmista ja jopa samoista tuomioistuinratkaisuista saatetaan puhua hiljaisen tahdonilmaisun, perusteltujen odotusten suojan ja käyttäytymisvastuun nimikkeillä. Esimerkiksi alaikäisyyttä voidaan tarkastella tahtomallin mukaisesti kysymyksenä siitä, onko alaikäisillä riittävä harkintakyky aitoon tahdonmuodostukseen. Luottamusmallin kannalta voidaan kiinnittää huomiota siihen, onko alaikäisen sopimuskumppanin luottamus sopimuksen sitovuuteen perusteltua ja miten taloudellisen riskin jako olisi parasta toteuttaa. Yhteisöllisen käytännön mallin kannalta voidaan pohtia, onko keskimäärin hyväksyttävää ja oikeudenmukaista, että alaikäisten sopimuskumppanit saavat normaalin hyödyn tekemistään sopimuksista. Yhteisvastuumallin kannalta alaikäistä voidaan perustellusti hyvittää siten, ettei hän joudu sopimusvastuuseen tekemistään välipuheista. Kysymys näyttäisi siten olevan olennaisesti *siitä tavasta*, jolla asiasta puhutaan eikä itse asiasta. Tuollainen havainto on kuitenkin osaksi virheellinen. Jos painotetaan yhteisiä ongelmia ja ongelmanratkaisun samanlaisia sisältöjä, ei havaita, että olennaisissakin kohdissa, ja erityisesti tavassa ymmärtää ratkaisujen perustelut, on aitoja eroja. Eri mallien oikeusperiaatteille antama sisältö ja painotus vaihtelevat merkittävästi. Tätä kautta samaan normistoon pohjaavat sopimusoikeuden systeemit tulevat erilaisiksi.

⁸ Vrt. toisin *Koskenniemi*, General Principles s. 160, joka Ungerin ajatuksiin perustuen katsoo, että voidaan omaksua ajattelutapa, jonka mukaan taustateorian omaksuminen jo sisänsä sisältää virheen (”there is something wrong with any background theory”). Tässä teoksessa taustateoriaa vastaan sopimusmalli.

⁹ Ks. II luku s. 101–102.

Muutos sopimusoikeuden järjestelmässä tapahtuu sopimusmallin muutoksena. Sopimusoikeuden järjestelmän muutos vaikuttaa myös normiston täsmentämiseen. Mikään oikeuskulttuurin muutos ei kuitenkaan voi merkitä *suoria muutoksia normeissa*. Oikeuskulttuurin muutos tulee tavallisesti näkyviin välittyneenä, mm. muuttuneena lainsäädäntönä. Vasta kun on täsmennetty, miten käsitys sopimusten sitovuuden syväperusteesta muuttuu yhteisöllisen käytännön mallissa, vasta silloin keskustelua muutoksista voidaan käydä juridisesti merkityksellisellä tavalla. Juridinen relevanssi tarkoittaa ensivaiheessa valitseville oikeusperiaatteille (tai osalle niistä) annettua uudenlaista sisältöä ja/tai uudenlaisia suhteita sekä periaatteiden muuttuneita systeemiarvoja.

Myös analyyttinen siviilioikeus korostaa systeemin merkitystä. Esimerkiksi Zitting kirjoittaa: ”Sopimusoikeudessa ei tulevaisuudessakaan tultane toimeen ilman muodollista struktuuria, jonka avulla ongelmat voidaan eritellä ja saada esille oikeissa asiayhteyksissä.”¹⁰ Analyyttinen siviilioikeus on eritelty oikeudessa välttämätöntä formaalisuutta. Tällainen erittely ei johda materiaalistien näkökohtien unohtamiseen, mutta kylläkin siihen, että materiaaliset näkökohdat voidaan ottaa huomioon vasta formaalien jälkeen.

Tässä teoksessa hahmotellun uuden, materiaalisiin seikkoihin perustuvan sopimusmallin lähtökohta on Atiyahin ajatus lupauksesta (ja laajemmin: tahdosta) vain välillisesti sopimusvastuuseen liittyvänä asiana, lyhyesti todistuskeinona. Samoin voidaan (toiminnan aikaansaama) luottamus tulkita todistuskeinoksi. Mutta mistä tahto ja luottamus todistavat? Kaikenlainen tahtominen ei luo sidonnaisuutta, millainen luottamus tahansa ei riitä. Tahto ja luottamus ovat vastuun välillisiä kriteereitä — eivät suinkaan ainoita mutta tavalisimpia — täsmälleen silloin kun ne liittyvät oikeudenmukaisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, sosiaaliseen praksikseen. Juuri tuollainen ”institutionaalinen fakta” on se tausta, jonka varassa ilmaistu tahto sitoo tai luottamusta suojataan.

Kompromissi on mahdollinen vain siten, että ”hylättyjen” sopimusmallien syväjustifikaatiot jäävät edelleen justifikaatioiksi systeemin oikeusperiaatteille. Erityisesti jos eri periaatteiden systeemiärvot ovat lähellä toisiaan, korostuu vaatimus niiden sisällön täsmällisyydestä silloin, kun niitä joudutaan käyttämään yhtäaikaan ratkaisutoiminnassa. Tässä suhteessa sovittelu on ehkä selvän tilanne. Siinä joudutaan soveltamaan — kokonaisnäkökulmana — kaikkia periaatteita yhtäaikaan. Yhteisöllisen käytännön malli on yritys esittää hyvinvointivaltion yksi mahdollinen sopimusmalli. Sovittelu on tuon mallin tärkeimpiä kokeilukenttiä voimassa olevassa normistossamme.

¹⁰ Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena s. 491.

Toisinaan on väitetty, että sopimuksen asemassa tapahtunutta muutosta voitaisiin kuvata jatkamalla Henry Mainen esittämää siirtymää statuksesta sopimukseen lisäyksellä sopimuksesta takaisin statukseen.¹¹ Länsimaiden nykyinen heikomman suosimiseen ja kohtuuteen perustuva normisto sekä muu erityissääntely merkitsisi palaamista tilanteeseen, jossa sopimus sitoo vain, jos sen on tehnyt tietyt tarkkarajaiset kriteerit täyttävä, tietyn statuksen omaava henkilö ja jos se on tehty etukäteen vahvistettujen, tiukkojen sisällöllisten vaatimusten mukaisena.

Nähdäkseni on syytä painottaa toisenlaista tapaa ymmärtää muutos. Moderni länsimainen sopimus on toimi, joka ei luo tai muuta tekijänsä identiteettiä. Tässä suhteessa se poikkei edeltäjistään, joille oli ominaista juuri identiteetin muuttuminen. Tältä kannalta ajatus sopimuksesta yhteistoiminnan muotona ja molempia osapuolia hyödyttävänä sekä ajatus yhteiskunnallisesti oikeudenmukaiseksi katsotusta menettelytavasta merkitsevät paluuta tilanteeseen, jossa sopimus *osaksi* luo osapuolen (juridisen) identiteetin. Yksi selvä muoto on lojaliteettivelvollisuuksien syntyminen sopimuksenteolla sopimuskumppania kohtaan. Se perustellaan, johdetaan, juridisesti osapuolen identiteetistä sopimuskumppanina.

Muutoksen kuvaaminen siirtymäksi takaisin statukseen on myös siinä mielessä harhaanjohtavaa, että silloin ei oteta huomioon sisällöllisiä muutoksia. Niiden kannalta tarkempi kuvaus olisi se, että muutos statussuhteista sopimus-suhteisiin on siirtymä sopimusmalliin, tahtomalliin, jossa vapaus tulee keskeiseksi ja muutos sopimuksesta takaisin kohti status-suhteita siirtymä sopimusmalliin, yhteisöllisen käytännön malliin, jossa kohtuus (oikeudenmukaisuus) on (jälleen) keskeinen lähtökohta.

3. LOPUKSI — MATERIAALISEN HARKINNAN LOGIIKASTA

Sisällölliset ja muodolliset tekijät ovat oikeudellisen sääntelyn synnyssä ja käytössä jatkuvassa vuorovaikutuksessa keskenään. Eriksson onkin vaatinut niiden välitysten analysoimista, joiden kautta materiaallinen (eettinen) rationali-

¹¹ Ks. *Maine*, *Ancient Law*. Vrt. esim. *Köndgen*, *Selbstbindung ohne Vertrag* s. 418—421, jossa hänen oma ehdotuksensa muutosketjuksi on status — sopimus — kvasisopimus.

teettimuoto vaikuttaa oikeudelliseen tasoon.¹² Tässä teoksessa on tehty yritys analysoida yhtä sopimusoikeuden materiaalista instituuttia, sovittelua. Lopuksi yritettäköön varovaisesti yleistää tämän teoksen aihepiiristä. Mitkä olisivat materiaalisen juridisen rationaliteetin osatekijät? Yleisten oppien kannalta sovitte-
lusäännöksen ja muiden yleisten yleislausekkeiden pulma aiheutuu siitä, että niissä oikeus liitetään moraaliin ja (yhteiskunta)politiikkaan.¹³ Yksi tapa selvittää tästä ongelmasta on kieltää sen olemassaolo. Oikeuden logiikka puhdistetaan moraalista ja politiikasta. Esimerkiksi sovitteluharkinnasta tehdään joko puhtaan inhimillistä tai täysin tapauskohtaista. Tässä teoksessa esitetään kuitenkin toisenlainen vaihtoehto. Sen lähtökohta on sovitteluharkinnan oikeudellisen luonteen säilyttäminen. Sovitteluharkinnalla täytyy kuitenkin olla jonkinlainen logiikka, jotta oikeusturvan muodolliset puolet — ennakoitavuus ja yhdenvertainen kohtelu — pystytään säilyttämään. Tässä teoksessa valittu avain tuohon uuteen logiikkaan on käsitys oikeusperiaatteista oikeusnormeina, joita luonnehtii moraalien ja politiikan arvoihin ja tavoitteisiin palautuva, itsenäinen ja jatkuva vaikutus oikeudellisessa sääntelyssä. Juuri oikeusperiaatteiden kautta on ratkaisijalle luotu lainsäätäjän roolia vastaava toimintatapa. Oikeusperiaatteet eivät jää pelkästään lainsäädäntöpoliittisiksi näkökohdiksi, vaan muuttuvat oikeussäännöistä itsenäistyneiksi, ratkaisijaa velvoittaviksi normatiivisiksi vaatimuksiksi.¹⁴

Oikeusperiaatteiden merkityksen avulla tehtyä yritystä perustella materiaallisen harkinnan logiikkaa tukevat seuraavat muut siirtymät, jotka kaikki on tavalla tai toisella jo mainittu eri yhteyksissä tässä teoksessa:

— *juridisten ongelmien* painopiste ei enää ole tunnusmerkistö-oikeusvai-
kutuksen suhteiden ongelmissa vaan monien näkökohtien yhtäaikaisen huomioon-
ottamisen aiheuttamissa optimointiongelmissa;

¹² Eriksson, Till teorin om den reflexiva rätten s. 291. Myös Tuori, Kaksi tulkintaa oikeuden evoluutiosta s. 57, esittää samansuuntaisen vaatimuksen teoreettiselle lainopille.

¹³ Eriksson, Till teorin om den reflexiva rätten s. 282, kirjoittaa siitä, kuinka kaksi vastakkaista ajattelutapaa uhkaa hajottaa modernin oikeusjärjestyksen: yksityisautonomiaan pohjaava muodollinen rationaliteetti ja yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen pohjaava materiaallinen rationaliteetti. Tuorin, The General Principles in Public Law s. 193, mukaan oikeusvaltiollisten normien jäsentämiseen käytetyt käsitteet (ja periaatteet) perustuvat subjektin riippumattomuudelle. Tämä riippumattomuuden idea on syrjäytynyt sosiaalivaltiollisen sääntelyn oletuksessa kaikkia yhteiskunnan jäseniä yhdistävistä tavoitteista.

¹⁴ Ks. myös Tuori, Tavoitteet ja periaatteet modernissa oikeudessa s. 123: ”jos oikeusperiaatteiden moraalisdonnaisuutta korostavat tutkijat ovat oikeassa ... modernin oikeuden rationaalisuus olisikin viime kädessä, oikeusjärjestyksen perusteiden tasolla, luonteeltaan materiaalista eikä formaalia, kuten Weber väitti.”

— *tunnusmerkistöongelmissa* painopiste on siirtynyt välittömistä ja ratkaisevista kriteereistä kohti välillisiä ja presumtiivisia kriteereitä;

— *oikeuslähteopissa* oikeuslähteiden auktoriteettiaseman sijasta keskeisemmäksi on tullut niiden sisältö eli merkitys asialhteinä; lain esitöiden asema on korostunut, ei kuitenkaan oikean tulkinnan osoittajana vaan keinona lain ratioiden ymmärtämiselle;

— *lainopin metodeissa* painopiste on siirtynyt tulkinnasta systematisointiin; analogian merkitys on kasvanut;

— subsumtiolöoginen *argumentaatiomalli* on täydentynyt ja korvautunut tavoite- ja tarverationaalisilla malleilla ja sen merkitys on vähentynyt suhteessa viimeksimainittuihin;

— *tuomarin* ja yleensä lainkäyttäjän *lainsäätäjäsena* on korostunut, samoin lainsäädäntövallan delegoiminen;

— *normityypittelyssä* käyttäytymis- ja reaktionormityypittelyn relevanssi on vähentynyt suhteessa tyypittelyyn konstituoivat, menettely- ja toimintanormit¹⁵;

— oikeusnormin *voimassaolo* on muuttumassa kaksijakoisesta käsitteestä astekäsitteeksi¹⁶.

Materiaalisen oikeuden logiikan kehittämistä pitäisi jatkaa pelkistämällä sellainen taustalla vaikuttava mekanismi, jonka ilmentymiä kuvatut seikat ovat oikeudellisen harkinnan eri osa-alueilla. Mikä on kuvattujen piirteiden yhdistävä tekijä? Eriksson on ehdottanut sellaiseksi siirtymää taloudessa vaihtoarvologiikasta käyttöarvologiikkaan tai yksityisautonomian ideologian korvautumista sosiaalisen oikeudenmukaisuuden ideologialla.¹⁷ Jos tuollaista taustatekijää pyritään hakemaan, lienee kuitenkin hedelmällisempää laajentaa se pelkän talouden ohi kysymykseksi sellaisesta yhteiskunnan perustasta, jossa talous, politiikka ja muun muassa oikeus eivät vielä ole eriytyneet. Vastaus lienee löydettävissä yhteiskunnan syvärakenteen muutoksia analysoimalla.¹⁸ Tuo tehtävä ei enää kuulu tämän teoksen aihepiiriin.

Yksi selvä johtopäätös oikeuden evoluutiosta ja erityisesti materiaalisen oikeuden väitetystä kriisistä käydystä keskustelusta voidaan kuitenkin tehdä.¹⁹

¹⁵ *Hydén*, Ram eller lag? s. 19–24.

¹⁶ *Summers*, Toward a Better General Theory of Legal Validity s. 72–74.

¹⁷ *Eriksson*, Om olika argumentationsmodeller s. 49–51 ja *sama*, Till teorin om den reflexiva rätten s. 281–292.

¹⁸ *Hänninen*, Aika, paikka, politiikka s. 185–196.

¹⁹ Materiaalisen oikeuden kriisistä ks. esim. *Teubner*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law s. 239–255.

Materiaalinen, länsimaisille hyvinvointivaltioille tyypillinen — olennaisesti oikeudenmukaisuuteen perustuva ja kohtuusperiaatteeseen johtava — sääntely on merkinnyt sellaisen oikeudellisen harkinnan logiikan kehittymistä, jonka avulla monet kriiseiksi väitetyt ilmiöt eivät ole ainakaan oletetulla tavalla kohtalokkaita. Oletus materiaalisen sääntelyn liiallisen väljyyden ja abstraktisuuden aiheuttamista yhdenvertaisen kohtelun ja kontrolloitavuuden ongelmista menettää tehoaan, kun ratkaisijan materiaalinen harkinta täsmennetään oikeusperiaatteiden punninnaksi. Kyvyttömyys ottaa huomioon sääntelykohteen omia kehityslakeja lievenee silloin, kun havaitaan, että sääntelykohteesta pelkistetyille oikeustosiasioiden on vielä annettava painoarvot niiden merkittävyyden perusteella. Samoin sääntelykohteen muutokset vaikuttavat jatkuvasti oikeusperiaatteiden systeemi-arvoihin ja sisältöön. Materiaalisen sääntelyn ongelmat ovat siten työvälineen taitavan käytön — eivät siis työvälineen sinänsä — ongelmia.²⁰

Kuvatulle materiaalisen oikeuden logiikan kehittämiseksi on ainakin yksi vakava vastaväite. Sen mukaan on kyseenalaista, onko siinä kysymys oikeuden formaalin ja materiaalisen puolen keskinäisen jännityksen aiheuttamien kriisien ratkaisemisesta, vaiko sittenkin vain kertaantumisesta. Tällainen vastaväite voidaan perustella ajatuksella oikeuteen liittyvistä *antinomioista*. Antinomialla tarkoitetaan tällöin sellaista jännitettä tai ristiriitaa, jota ei voi ratkaista oikeuden sisäisin argumentein ja joka itse asiassa perustuu oikeuden välttämättömiin peruspiirteisiin. Esimerkkinä tällaisesta antinomiasta on *muodon ja sisällön välinen jännitys*: suurin muodollinen oikeus on suurin sisällöllinen vääryys ja suurin sisällöllinen oikeus on suurin muodollinen vääryys. Tavallinen suhtautumistapa antinomiaan on, että yritetään tavalla tai toisella ratkaista tai lukita se. Toinen antinomian puolista valitaan ensisijaiseksi tai painopisteeksi. Tällöin antinomia yritetään oikeastaan neutraloida. Tosiasiassa tuollainen neutraloiminen on mahdollista vain uusien ulottuvuuksien mukaantuomisella, ulottuvuuksien, jotka itsessään ovat uusia antinomioita. Esimerkiksi oikeuden muoto-sisältö -antinomian ratkaisu painottamalla oikeuden muodollista puolta voidaan perustella julkinen-yksityinen -ulottuvuudella painottamalla julkisen vallan roolia ristiriitojen ratkaisijana. Juuri julkisen vallan tehokkaan käytön kannalta on perusteltua, että sopimustoiminnalle asetetaan vaatimus esimerkiksi kirjallisesta muodosta. Jotta uusi ulottuvuus toisi ratkaisun alkuperäiseen ongelmaan, on sen itsensä oltava helpommin jäsennettävissä. Tätä

²⁰ Vrt. jo *Brusiin*, Joustavat normit oikeudenkäytössä s. 289: yleislausekkeet ovat kehittyneen oikeuskulttuurin sääntelykeino.

voidaan epäillä; julkisen ja yksityisen välinen rajanveto ei näytä sen helpommalta kuin muodon ja sisällön välinen. Sen ohella on kuitenkin toinen, perustavampi ongelma. Julkinen-yksityinen -ulottuvuus ei sovellu ainoastaan siten, että julkisen vastinparina on muodollinen oikeus ja yksityisen sisällöllinen oikeus. Toiselta kannalta juuri julkinen valta asettaa (myös) rajoja, joiden perustana ovat sisällölliset näkökohdat. Toisaalta yksityisille annetaan muodollisin sopimusnormein toimintakenttä (yksityisautonomia).²¹

Onko sittenkin pakko hyväksyä radikaalien realistien tai oikeusdekonstruktivistien²² väite siitä, että oikeudellinen ratkaisu on aina seurausta ulko-oikeudellisista seikoista, ratkaisijan poliittisista mielipiteistä, ruuansulatuksesta jne? Tässä teoksessa on annettu kielteinen vastaus. Ajatus oikeuden antinomioista perustelee vain sen, että erilaiset normatiiviset lähtökohdat ovat läpivietävissä oikeuden tarkastelussa. Yhtäkään tarkastelua ei voi todistaa ainoaksi mahdolliseksi. Sen sijaan tutkijan tehtäväksi jää edelleenkin osoittaa, *miten* tarkastelu toteutetaan. Tällaista käsitystä tutkijan tehtävästä voidaan luonnehtia myös niin, että hänen on *perustettava se, miten yhteiskunnallisesti mahdollinen on myös oikeudellisesti mahdollista*.²³

Kriittisen tutkimuksen mahdollisuuksia ajatellen myös ulottuvuutta valta/vapautuminen voidaan pitää ratkeamattomana ja kertaautuvana antinomi-ana. Se tarkoittaisi, että kriittistä tutkimusta ei voisi perustella sillä, että se merkitsee kannanottoa vallankäytön kohteen, kansalaisten, vapautumisen suuntaan. Oikeudessa olisi aina kysymys vain vallankäytön uusiutuvasta muodosta, uusista vallan teknologian muodoista. Parempaa yhteiskuntaa tavoitteleva tutkimus olisi aina vain uusi — ja ehkä parempi — tapa legitimoida harjoitettu vallankäyttö. Kohtuusperiaatteen systeemi-arvon kohottaminen ja sen varaan tehtävän sopimussysteemin laadinta olisi vain parempi tapa oikeuttaa sekä sopimusten sitovuus että samalla sopimusinstituutin avulla tapahtuva yhteiskunnallinen vallankäyttö.

Tällaiseen väitteeseen vastaaminen ei ehkä enää ole mahdollista teorian näkökulmasta. Vastaus kysymykseen, onko uudessa sopimusteoriassakin kysymys vain hyvinvointivaltion vallan uusien muotojen oikeuttamisesta vai vapautumisen keinosta, on kenties jätettävä käytännön asiaksi, ratkeamaan suppean oikeusyhteisön, lakimieskunnan, ja viime kädessä laajan oikeusyhteisön, kaikkien ihmisten elämäntähtäysten tasolla.

²¹ Ks. myös *Dalton*, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* s. 1010—1039.

²² Ks. esim. *Frankenberg*, *Das Ernst im Recht* ja siinä viitattua.

²³ *Wilhelmsson*, *Social civilrätt* s. 31—32.

VII SUMMARY

The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts.

1. The object of the study

The object of this study is the system of contract law and especially the problems, which the possibility of the adjustment of contracts signify to this system. Thematically the focus of the study is *form and substance in contract law*. The question about form and substance is seen as one of *antinomies* in every modern Western contract law system. The concrete object of the treatise, i.e. Clause 36 in the Finnish Contract Code giving the courts a general possibility to disclaim the validity of a contract on material grounds of unconscionability (unfairness), is seen as one example of that antinomy.

In the introductory chapter, some possible easy solutions to the antinomy are rejected. Firstly, there is the possibility of categorizing reasoning in an unconscionability case as something non-legal, e.g. based on mercy, benevolence or other such human virtues. This effort is criticized because it would bring about into the legal system an arbitrary element alien to the basic demand of justice as equal protection of the law. This was not referred to in the preparatory works of Clause 36, either. Secondly, the decision in a legal dispute according to the referred clause could be seen as something case-specific, always as *in casu* -reasoning valid only in that particular case. This second solution-effort is criticized on the grounds of the Western idea of law as something universal and universalizable. There can be no real legal argument in a specific case which would not be a general argument in similar cases. A third solution could be based on the distinction between valid law and future law (*de lege lata* and *de lege ferenda*). The cases of unconscionability could be seen as possible new ways of thinking in contract law, which along with time may gain a dominant position in legal thinking and so change the nature of unconscionability cases from exceptions to a new main rule. The problems of this solution are bound to the distinction between *de lege lata* and *de lege ferenda*. An

unconscionability case must also have a legal basis *de lege lata*, it must be decided on valid legal arguments. Thus, the third way leaves the question of the rationality of an article containing a term referring to unfairness open.

These three efforts have one common background-assumption, i.e. the antinomy can be solved. In the present work the main idea is, however, that legal antinomies of this type cannot be exhaustively solved but are developed in the puzzles of legal regulation. Instead of an exhaustive solution we should concentrate on understanding the nature of the antinomy, the reasons for its prevalence, and the modes of multiplicity.

2. Some basic concepts of the study

2.1. Rules and principles

Rules seem to adhere more (but not exhaustively) to the formal sides of a legal system while principles, in turn, adhere more to the material sides. The key idea of legal principles adopted in this study is that of *Robert Alexy's*, that principles are optimizing commands. This explains their difference from rules in a case, where both are applicable. A rule is a definite reason for a solution, whereas a principle only demands that certain things must be optimized. The central problem of every theory of legal norms is that of validity. According to *Aulis Aarnio*, there are three dimensions in the validity of a legal norm: systemic validity, efficiency, and acceptability. The antinomy of form and substance in law not only means the opposite sides of systemic validity (i.e. the formal procedures of norm-creating), and acceptability, but also the possibility to read the three criteria from a formal or a material point of view. The validity of a rule is bound more to a reading of a formal character, whereas the validity of a principle is bound to a material reading of the law. This explains why acceptability is the most central criterion for the validity of a principle, but not the only one. A legislative (i.e. formal) background is not unnecessary for a principle, but it is not *prima facie* conclusive as in the case of rules. A principle can be valid although it is not directly stated in a norm-text.

The central problem for this treatise is the analysis of the tension between rule and principle. If principles are optimizing commands, they should always make way for a rule demanding a contrary decision. But this conclusion would be counter-intuitive. There are cases of *contra legem* activity where valid legal rules are not followed. Even more important, there is the problem of *contra legem* even if the number of *contra legem* solutions would be small. The legal logic in *contra legem* cases is that of the possibility of balancing. But this balan-

cing cannot take place between a rule and a principle directly. The rules have no weight. Therefore, the rule must be replaced with its *ratio*, the background ideas that feed the rule. These background ideas have weight; in fact they are combinations of legal principles. Therefore, this balancing in a *contra legem* case occurs between the *ratio* of the rule on the one hand and the principle demanding a contrary result on the other. The *ratio* of the rule is, however, supported by an extra weight as a *contra legem* decision would mean acting against the idea of *Rechtsstaat* (often translated as the rule of law). This last point does not mean that a *contra legem* decision is impossible, only that it is more difficult.

There is an analogy between the general *contra legem* and the unconscionability of contracts. On the basis of an above outlined norm-analysis, the problem of unconscionability is defined as a situation where there are good material reasons not to follow the formal line of the binding force of contracts. The significance of the existence of a contract is limited in this reasoning to a formal reason to uphold the rights and duties created by a contract. This formal significance is, in turn, based on the reasons for or the material grounds behind the idea of *pacta sunt servanda*.

2.2. Contract paradigms

The second central concept is that of contract paradigm (contract model). Contract paradigms are the necessary background assumptions of any analysis of contractual relations. Although these paradigms are connected to the valid rules of contract law, they also imply the possibility of an independent influence — or partly independent feed-back — on these rules. A contract paradigm contains basic concepts, dogmas and constructions. Basic concepts include not only that of the contract itself, but also those of a legal transaction, the interpretation of a contract, the remedies for a breach, etc. The dogmas are the unquestionable rules which the paradigm presupposes to exist in the contract law system. The dogmas are the bases for main rules — and exceptions — in the system. Constructions are very often the *ad hoc* explanations of situations which do not fit in the kernel of the paradigm. For example, the concept of a silent will is a very effective construction in the will paradigm.

The basis of a contract paradigm is the solution it gives to the problem of the binding force of contracts. This solution can be phased into two steps. The first is the explanation of the binding force of contracts and the second the deep justification of this explanation. From another point of view, the deep justification is the legitimacy of the contract as a form of distributive justice.

Contract paradigms are used to solve juridical problems, either normative or factual. The normative problems are questions of coherence and incoherence between different norms of the same system. The factual problems are the real or imagined questions of real life and the legal evaluation of these questions.

3. Western contract paradigms

The possibility for numerous paradigms exists in Western legal culture. However, it seems that two have been central, the will paradigm and the reliance paradigm. In the will paradigm the deep justification of the contract is derived from the freedom and liberty of man: a person has used her free will, and is therefore bound to her contracts. A more concrete analysis on the will paradigm is made through the works of *Friedrich Carl von Savigny* and the German *Pandektistik* School. The reliance paradigm explains the contractual duties by the reasonable reliance which the behaviour of the other part caused on the part relying. The deep justification is bound to the economic effectiveness and prosperity gained through this idea. The reliance paradigm is developed and made more concrete through two researchers, a Finnish one, namely *Erik af Hällström*, and a German one, *Johannes Köndgen*.

The will paradigm and the reliance paradigm are the paradigms of the *Rechtsstaat*. In a welfare state a different model is also possible. This model is called the paradigm of just social practice. It explains the binding force of contracts — as in the analyses of *P.S. Atiyah* — with the idea of an institutional fact, i.e. people have been taking part in an institutional arrangement which is kept up by the common belief in some background rules. The deep justification is given with the demand for the justness of social practice. More concretely, this justice is *balance*. The demand of justice as balance can be presented on arguments of a Rawlsian type, although with a different content. If, in a welfare state, the value of freedom and the policy-goal of favouring the weaker have comparable social significance, a choice between them would mean the contract system being built on grounds ignoring a central demand, either freedom or the favouring of the weaker. In such circumstances, if one does not know one's contractual situation, it would be rational to choose a general compromise allowing only arrangements that are generally not unjust and do not lead to unbalanced results. This demand for average balance does *not* violate the demand for respect for freedom *totally* since it leaves room for individual choices inside the arrangement. On the other hand, in conditions of unequal power between contractual parties, the demand for balance has *partly*

the same effects that the demand for the favouring of the weaker has. Unequal contracting situations usually lead to unbalanced contents of contracts.

The contract law system has three levels, the level of contract paradigm, the level of contract principles, and the level of contract rules. The effects of different paradigms are filtered through the varying conceptions of legal principles. Therefore, in the paradigm of just social practice, the principles of freedom of contract, the interest of exchange and the principle of difference (i.e. the favouring of the weaker party) are understood in the light of the principle of fairness as balance. Accordingly, the freedom of contract is given qualifications on the basis of a material normative theory. The binding force of every "free action" is not supported by freedom of contract. There are "free" deeds which by nature contradict the demands of freedom of contract, e.g. the unlimited rights of an employee or a land lord to dismiss the employer or tenant. The interest of exchange also has common field with the principle of fairness as balance in application. In market conditions the price of a product should reach a level which has the most efficient results for general wealth. The prices in a monopoly or near-monopoly situation are contrary to this idea, but normally contrary to the idea of balance (*iustum pretium*) as well. The principle of fairness as balance itself can be divided into regulation-balance and adjustment-balance. The former adheres to the Aristotelian idea of distributive justice, the latter to that of corrective justice.

4. Contract paradigms in Finland

In the fourth chapter Finnish contract law research is analyzed for traces of the different paradigms. The will paradigm did not seem to have any distinctive national features. The reliance paradigm was to some extent combined with the methodological changes in Finnish legal dogmatics. Thus, in Finland, the will paradigm is criticized not only on contentional arguments like the significance of reliance but also on the argument, inherent from Scandinavian realism, against *Begriffsjurisprudenz* which the older will paradigm was considered to represent. In spite of the background of this criticism, the distinctive feature given to the reliance paradigm in this work, i.e. the leading position of the principle of the interest of exchange, can clearly be seen in Finnish contract law research.

The Finnish modification of Scandinavian realism, analytical civil law, can also be related to contract law thinking in another way. It would mean that, instead of a stable conception, the contract should be regarded as a process.

Instead of seeing the contract as an all-or-nothing issue, it should be analyzed as a continuous process of relations between the parties. This means that there are different dimensions of binding force in the contract, i.e. the contentional, the personal, and the temporal. The contentional dimension means a different and changing combination of contractual remedies supporting different clauses in the contract. The personal dimension means that, in addition to the "actual" contracting parties, some outsiders have contractual duties and rights as well. The rights and duties of the contractual parties need not be symmetrical either, e.g. one party being free from duties according to a certain clause need not have the effect of a loss of the rights of the other party based on that same clause. From the point of view of the temporal dimension contracts slowly and often unnoticed grow from the relations of the parties.

The problem of the legitimacy of contracts is searched for in the discussion of the relation between contract and democracy. This demands for the coherence of the contract paradigm with at least one possible interpretation of the civil law dimensions of democracy. The paradigm of just social practice can be supported by ideas that give a more prominent position to economic, social, and cultural rights in relation to rights of liberty among the basic rights of man.

5. The adjustment of contracts and the Finnish contract law system

This chapter contains the main concrete results concerning Clause 36 of the Finnish Contract Code. It strives to single out, on the basis of the analyses in the previous chapters, the more concrete results of the treatise. Adjustment has an inner as well as an outer structure. The inner structure indicates that only facts that can be supported by the principles of contract law are legally relevant: the principles of freedom of contract, the interest of exchange, fairness as balance, and the difference principle. From the point of view of substantial arguments the decision of an adjustment case is the balancing between these principles.

The outer structure of adjustment has seven phases:

0. *The preliminary phase.* The binding force of the contract in question is decided upon according to the normal rules of the system. A contract can be adjusted only if it is binding.

1. *The unbalance of the contract.* The possibility of adjustment exists for the prevention of unfair contracts in the sense of unbalance. Therefore, in a case where the party claims for adjustment, she must show that the contract is unbalanced, i.e. she is paying more than she is getting. For the court this

is a problem of relative measuring from the notion of just price, normally the price-level or the so-called dispositive norms of law. Adjustment is impossible without the unbalance of the contract.

2. *The reason for the unbalance.* As a necessary condition for the adjustment clause, the unbalance must be caused by a fact given relevance in contractual matters. These facts vary, but can generally be said to adhere to one of the three principles: the principle of freedom of contract, the interest of exchange, or the difference principle. This reason can be an unexpected change in assumptions (the interest of exchange), or unequal bargaining power (the difference principle). The strength of the cause for unbalance need not, however, be strong enough to lead the contract to be void or voidable. The cause must only have some similarity to the regulation of void or voidable contracts.

3. *The evaluation of other factors excluding unbalance.* The adjustment of contracts must be comprehensive reasoning. Every relevant argument must be given value. Other factors excluding unbalance get their values, or weight, through contractual principles. Therefore, this phase can be described through other institutes of contract law. The logic of adjustment in relation to these other institutes can be characterized as an "almost-logic". Adjustment is possible even if the conditions of these other institutes are not fulfilled, but in circumstances where they are *almost* fulfilled. Only exceptionally is the adjustment claimed for in a situation where the party could claim the contract void. Normally the facts of an adjustment case do not give enough arguments for the total ineffectiveness of the contract or the clause in question but would only, to some extent, support such a claim. In this situation adjustment is possible.

4. *The overall evaluation of unconscionability.* In this phase the weight of arguments supporting and opposing the adjustment claim are considered as a whole. The results of the first and third phase are summed up. The final result can be called the unconscionable value of the contract.

5. *The comparison of the unconscionable value to the adjustment threshold.* The adjustment threshold is the result of the value given to formal legal rules of contract law. Every deviation from them has an initial negative weight. Therefore, the unconscionable value must be higher than this threshold. Otherwise adjustment is not possible.

6. *The effects of the adjustment.* According to Clause 36, there are four possible ways of adjustment. Firstly, the unreasonable clause can be changed. Secondly, it can be considered as totally ineffective. Thirdly, another clause of the same contract can be changed and, fourthly, the whole contract can be declared void.

In this chapter some problems of the application area of Clause 36 are also analyzed. The basic idea in the preparatory works is that adjustment should always be possible if not explicitly forbidden. It was only forbidden in cases of wages. However, in some types of contracts and clauses, adjustment does not seem to be possible. Firstly, there are, of course, many relations that are not contracts or contractual by nature. However, for example relations based on the by-laws of companies are in this sense problematic. Secondly, there are situations that lack a measure for unconscionability. Two specific cases are analyzed. Unconscionability can be controlled by the special rules of the validity of such a contract or clause so that only reasonable contracts are valid, as in the case of wages and rents in Finland. They have a system of their own for the control of fairness. It is also possible that there is no measure for unfairness, as in beneficiary contracts.

Clause 36 also contains another legal rule in addition to adjustment. This concerns the situation where a clause or contract type is void or voidable because of its type-unconscionability. This evaluation is made on the level of typicality. But it is based on reasoning characterized as fairness as balance. Type-unconscionability means the average unbalance of the contract or the clause. Therefore, this second rule is a main rule from the point of view of the paradigm of just social practice.

6. On the regulation of contractual relations

The effort to understand the antinomy of formal and substantial features in contract law in the case of adjustment can be summarized in *the idea of adjustment as the microcosm of contract law*. In adjustment every relevant legal argument forms or may form a part of another institute of contract law. The adjustment arguments are in that sense familiar to other contract law institutes. The reason for this is seen in a structure of the contract law system where the level of principles is deeper and more complete than the level of rules. Behind the rules of contract law that form the institutes lie principles. The familiar character of the arguments stems from this common root; it is familiarity from the point of view of a principle or combination of principles. The microcosm-idea is the key for the systematization of adjustment. Systematization is problematic because adjustment means a possibility to break the system, to break the legal rules of the validity of contract. Therefore, the systematization of adjustment cannot be a comprehensive one. But on the other hand adjustment should not be considered as fully outside the system. If this is done, the de-

mands for fairness are understated as something extra-legal. From the point of view of the development of the contract law system, the adjustment should remain as possible grounds for new ways of thinking.

In order to cope better with adjustment, the paradigm of just social practice is seen as a form of compromise between the will paradigm and the reliance paradigm. This compromise does not mean that the previous criteria for the validity of contracts, i.e. free will and reasonable reliance, would remain independent. Instead, this compromise means a new point of view from which free will and reasonable reliance are both seen as presumptions, but not as criteria for a valid contract. They are presumptions according to which the actual criterion of the validity of a contract — fairness as balance — is present. As presumptions they can be criticized and they are not conclusive in the sense that further validity-discussion would be legally irrelevant.

The changes in contract law in the welfare state are but one illustration of the rise of the substantiality in law. The question, already posed by *Max Weber*, is that of the rationality of legal regulation using substantial criteria. According to Weber the use of substantial criteria is always irrational in modern Western circumstances. However, the following tendencies seem to be at least clues of a kind of material rationality:

- legal problems are not so much posed as problems of legal facts — legal effects, but as preference and balancing problems;
- the criteria of legal institutes are not considered as direct and conclusive, but as indirect and presumptive;
- the emphasis on the value of legal sources shifts from formal value to material grounds and their evaluation; the parliamentary discussions and other preparatory works get a more prominent place among legal sources;
- in the methods of legal dogmatics the significance of interpretation decreases and the significance of systematization increases; the arguments of analogy become more important;
- the models of legal argumentation change from the subsumption model to the goal-oriented and need-oriented models;
- the role of the courts becomes stronger due to the open character of regulations;
- the validity of a legal norm is not a binary concept, but a scale with different values.

In spite of the criticism posed by the representatives of "reflexive law", material rationality still has much to give. Substantializing legal regulation does not have to mean giving up the values of equal protection of the law and legal

certainty. With the help of a distinction between rules and principles, many assets of the previous stage (the level reached by the formal rationality of law) can also be gained through material rationality.

However, there is one last piece of criticism which is difficult to answer. It is a deconstructive one, stating that there is no stable ground to build a system on. The antinomy of form and substance is not only unsolvable, but it cannot even be developed through other distinctions like rules and principles. It is always a question of a multiplication of the primary antinomy, not its development. For example, if the antinomy of form and substance is approached from the public-private distinction, the formal features can be seen as private as well as public. Public interests demand some formal borders for contractual activity. At the same time, however, public regulation sets limits for a tolerable content of contracts. Through private autonomy, private activity can be seen as the real content of the contract. But this sphere of activity is the outcome of formal rules. To my mind there is at least one possible counter-argument for deconstructive criticism. Perhaps the question of the development with new ways of thinking — i.e. evolution — is not a question to be solved in theory, but only in the everyday practice of the relevant legal audiences, the officials, and, lastly, every citizen.

HENKILÖHAKEMISTO

Ei sisällä viitteissä olevia henkilömainintoja.

- Aarnio A. 29, 32, 279—280
 Aho M.L. 18, 89—91, 138
 Alexy R. 14, 20, 23—29, 36—42, 243
 Atiyah P.S. 163—168, 170, 182, 184, 373
 Aurejärvi E. 58, 74, 89—90, 216—217, 257
 Björne L. 121
 Bruun N. 228, 280
 Bydlinski F. 100
 Bähr O. 131—135, 184
 Carlson B.C. 155
 Collins H. 140
 Durkheim E. 167
 Dworkin R. 21—30, 33, 37—42, 55—57, 67, 69—70
 Eriksson L.D. 63—64, 374, 376
 Gould C.C. 168
 Hart H.L.A. 32, 34, 166
 Habermas J. 99
 Helin M. 238
 Hellner J. 47—48, 260
 von Hertzen H. 201, 205
 Hopppu E. 207
 af Hällström E. 151—155, 162, 183—184, 200, 205, 207, 244
 von Ihering R. 132
 Jääskinen N. 124
 Jørgensen S. 169, 260—261
 Kant I. 123—124
 Karapuu H. 268
 Kelsen H. 95
 Kennedy D. 105, 232
 Knoph R. 251, 316
 Kuusi P. 282
 Köndgen J. 151, 155—160, 162, 184, 195
 Lappi-Seppälä T. 256, 281—282
 McCormick N. 14, 55, 69, 112
 Madsen P.B. 74, 248, 260
 Maine H. 374
 Makkonen K. 35, 66
 Muukkonen P.J. 180, 269
 Petäys O. 206
 Rawls J. 167, 170—172, 192, 196
 Reich N. 371
 Rudanko M. 227
 von Savigny F.C. 120—133, 137, 139
 Strömholm S. 324
 Sundby N.K. 22
 Taxell L.E. 19, 62, 207—209, 233—239, 242
 Talaranta K.A. 106—109, 201—205
 Tolonen J. 143, 147, 233, 236—237, 370
 Tuori K. 119, 241, 370
 Vihma V. 202, 257
 Weber M. 37, 119
 Wilhelmsson T. 115, 194—195, 227, 238—242, 247, 257, 260—261, 264, 274, 280, 320—321, 357, 370
 von Wright, G.H. 41, 371
 Zitting S. 106—107, 161, 183, 210, 271, 373

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

SUOMI

KKO 1925 I 14 s. 346
 KKO 1933 I 53 s. 227 (viite 96)
 KKO 1960 II 100 s. 30 (viite 64), 228 (viite 96),
 356 (viite 355)
 KKO 18.10.1961 N:o 3224 s. 38 (viite 85)
 KKO 1967 II 61 s. 300 (viite 174)
 KKO 1968 II 30 s. 297
 KKO 1968 II 41 s. 159 (viite 133)
 KKO 1969 I 1 s. 343 (viite 307)
 KKO 1971 II 2 s. 62 (viite 157)
 KKO 1972 II 10 s. 66 (viite 167)
 KKO 1973 II 26 s. 307 (viite 205)
 KKO 1973 II 61 s. 288 (viite 127)
 KKO 19.11.1974/1967 s. 72 (viite 192)
 KKO 1976 II 64 s. 310 (viite 220), 348 (viite 326),
 355 (viite 353)
 KKO 1979 II 43 s. 16 (viite 10)
 KKO 1979 II 89 s. 50 (viite 115)
 KKO 1981 I 1 s. 72 (viite 189)
 KKO 1981 II 104 s. 303 (viite 193)
 KKO 1981 II 167 s. 294 (viite 150)
 KKO 1982 II 41 s. 288 (viite 128), 307 (viite 205)
 KKO 1982 II 118 s. 254 (viite 15)
 KKO 1982 II 127 s. 303 (viite 192), 348 (viitteet
 327, 329)
 KKO 1982 II 141 s. 288 (viite 128)
 KKO 1982 II 195 s. 359 (viite 362)
 KKO 1983 II 78 s. 252, 289 (viite 130), 330—333
 KKO 1983 II 91 s. 82 (viite 220), 252, 263 (viite
 43)
 KKO 1983 II 149 s. 252, 359 (viite 362)
 KKO 1983 II 159 s. 43 (viite 97), 51 (viite 121)
 KKO 28.6.1983/1531 s. 252 (viite 11)

KKO 1984 I 1 s. 17, 252, 330, 334—336
 KKO 1984 I 4 s. 31 (viite 66)
 KKO 1984 I 5 s. 226, 228
 KKO 1984 II 83 s. 252, 308 (viite 209), 357—359
 KKO 1985 II 24 s. 222 (viite 78)
 KKO 1985 II 28 s. 46 (viite 104), 228 (viite 127),
 348 (viite 329), 349 (viite 330)
 KKO 1985 II 6 s. 72 (viite 191)
 KKO 1985 II 36 s. 289 (viite 131), 330, 333—334
 KKO 1985 II 51 s. 215 (viite 58), 335 (viite 284)
 KKO 1985 II 94 s. 252, 362
 KKO 1985 II 130 s. 270 (viite 67)
 KKO 1986 II 50 s. 17
 KKO 1986 II 78 s. 76 (viite 204), 252, 340
 KKO 1986 II 111 s. 306 (viite 203)
 KKO 1986 II 114 s. 252, 254 (viite 15), 337, 339
 (viite 293)
 KKO 1986 II 144 s. 71 (viite 188), 76 (viite 204),
 252, 329 (viite 277)
 KKO 1987:17 s. 222 (viitteet 78, 82)
 KKO 1987:37 s. 38 (viite 85), 344 (viite 313)
 KKO 1987:103 s. 252
 KKO 1987:109 s. 252, 291—292
 Helsingin HO 9.12.1987 T:1123 S 1986/377 s.
 288 (viite 129)
 Itä-Suomen HO 30.1.1986 S 1984/151 s. 254
 (viite 16), 354 (viite 351)
 Turun HO 8.5.1981 S 1980/77 s. 289 (viite 130)
 Turun HO T:430 S 1984/134 s. 298 (viite 166),
 315 (viite 237)
 Turun HO 15.2.1985 T:1117 S 1984/45 s. 259
 (viite 32)
 Vaasan HO 17.11.1983 T:1427 S 1982/378 s. 294

(viite 149), 341 (viite 302)
 Vaasan HO 3.4.1986 T:2450 S 1985/28 s. 287
 (viite 126)

RUOTSI

NJA 1977 s 717 s. 342 (viite 306)
 NJA 1979 s 483 s. 31 (viite 66), 305 (viite 198),
 314 (viite 229), 360 (viite 360)
 NJA 1979 s 666 s. 290 (viite 137), s. 305 (viit-
 teet 196, 199, 200)
 NJA 1980 s 12 s. 255 (viite 18)
 NJA 1981 s 711 s. 305 (viite 196)
 NJA 1982 s 230 s. 307 (viite 208)
 NJA 1982 s 613 s. 360 (viite 356)
 NJA 1982 s 800 s. 77 (viite 208), 305 (viite 196)
 NJA 1983 s 332 s. 266 (viite 51)
 NJA 1983 s 510 s. 305 (viite 196)

NJA 1984 s 229 s. 305 (viite 196)
 NJA 1985 s 178 s. 252—254, 307 (viite 207), 354
 (viite 350)
 NJA 1986 s 388 s. 305 (viite 196)
 NJA 1987 s 553 s. 294 (viite 151)
 NJA 1987 s 639 s. 292 (viite 144), 293 (viite 145),
 305 (viite 196)

NORJA

RG 1983.568 s. 354 (viite 350)

TANSKA

U 1971.50 (H) s. 102 (viite 284)
 U 1981.1070 s. 343 (viite 307)
 U 1981.300 s. 309 (viite 214)

ASIAHAKEMISTO

Abstrakti oikeustoimi

- sen sovittelusta 344—345
- tahtomallin mukaan 134—135

Aksiologinen ongelma 25

Analyttinen siviilioikeus 12, 59 ss., 106 ss., 210 ss., 244

- oikeusteorian ja lainopin suhde 12

Ankara oikeussääntö 51

Argumentaatiomallit 63—64, 374 ss.

Arvoista johtaminen 123 ss.

Arvoperiaatteet 54 ss.

Asialähteet 73—74

Auktoriteettilähteet 73—74

Contra legem 38—39, 44, 46 ss., 52, 54

- lain sovittelu 47 ss.
- sopimusten sovittelu 46 ss.

Demokratia

- demokratiakäsitteen täydentäminen 237
- individualistinen demokratiatulkinta 233 ss.

- oikeus ja demokratia 233 ss.

- sopimus ja demokratia 232—233

- yhteisöllisen käytännön mallissa 232 ss.

- yhteisöllinen demokratiatulkinta 238 ss.

Deontologinen ongelma 25

Dispositiivinen sääntely 53

Distributio 186

Dogmi

- käsite 82 ss.
- systeeminmuodostuksessa 83

Ennakkopäätökset

- periaatteita koskevat 71 ss.

- sovittelusäännön täsmentäjinä 74 ss.

Erehdys

- erehdysoppi tahtomallissa 128 ss.
- erehdytilanteet luottamusmallissa 144 ss.

Erotteluperusteet

- säännöt—periaatteet -erottelussa 20 ss.
- Erotteluteesit 21, 23 ss.

Hallintotoiminnan joutuisuus 19—20

Hard case

- ks. kiperä tapaus

Heikkomman hyvittäminen

- sovitteluperiaatteena 273 ss.

Huutokauppahinta

- ei sovittelua 341—342

Hyväksyttävyyssperusteinen voimassaolo 29, 32 ss.

In casu -kohtuuttomuus

- suhde tyyppikohtuuttomuuteen 361 ss.

Johtava periaate

- määritelmä 27, 52

Joutuisuus

- ks. hallintotoiminnan joutuisuus

Jännite

- kohtuuden sisäinen 186 ss.

Kiperä tapaus 55—56, 65 ss., 96

Kohtuus

- luottamusmallissa 190—191
- sisäinen jännite 186 ss.
- sovittelukohtuus 185 ss.
- sääntelykohtuus 185 ss.

- tahtomallissa 188—189
- yhteisöllisen käytännön mallissa 191 ss.

Kohtuusperiaate

- eri sopimusmalleissa 185 ss.
- sen sisällölliset arvot 238 ss.
- sovitteluperusteena 262 ss.

Kohtuuttomuus

- in casu -kohtuuttomuus 361 ss.
- kohtuuttomuusarvo 311
- sen kokonaisarviointi 311 ss.
- ks. myös tyyppikohtuuttomuus

Kohtuuttomuusarvo

- määritelmä 311

Konstituutio

- ks. sopimuksen konstituutio

Konstruktio 84 ss.

Kriittinen siviilioikeustiede 178

Käsiteläinoppi 10 ss., 93

- pandektistinen oikeusajattelu 10 ss.

Lahja

- ei sovittelua 342—343

Lain sovittelu 47 ss.

Lainsäätäjän kunnioittaminen 59 ss.

Lapsen etu

- oikeussääntönä 16

Logiikka

- ks. materiaalsen harkinnan logiikka

Lojaliteettiperiaate 19

Luottamusmalli 139 ss.

- kohtuuden asema 190—191
- luottamuksen lisääminen tahtomalliin 139 ss.
- luottamusten konsensus 154—155
- passiviteettitilanteet 148 ss.
- perusteltujen odotusten suoja 155 ss.
- sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu 150—151
- sopimusvapauden asema 142—143
- Suomen sopimusoikeudessa 205 ss.
- vaihdannan intressi perustana 152
- vilpittömän mielen suoja 206—207

Luottamustilanne 145 ss.

Lupausten sitovuus

- yhteisöllisen käytännön mallissa 163 ss.
- utilitarismi perustana 163—164

Länsimainen sopimuskäsitys 10

Materiaalsen harkinnan logiikka 374 ss.

Moraaliset lähestymistavat 164—165

Myöntäminen

- tahtomallissa 133 ss.

Normatiiviset ongelmat 101—102

Normi

- sääntöjen ja periaatteiden yhteisnimityksenä 14

Oikeudenmukaisuus

- yhteisöllisen käytännön 168 ss.

Oikeuslähteoppi

- suhde sopimusmalleihin 104—105

Oikeusperiaatteet 13 ss.

- arvoperiaatteiden ensisijaisuus 55—56
- ennakkopäätöksissä 71 ss.
- esimerkkejä 16 ss.
- johtava periaate 27
- joutuisuusperiaate 19—20
- lojaliteettiperiaate 19
- materiaalsen harkinnan logiikka 374 ss.
- määritelmät 180 ss.
- niiden keskinäiset suhteet 180 ss.
- niiden ratkaisuluonne 27—28
- optimointikäskynä 25
- painoarvo 23—24
- periaatekollisio 24
- prima facie -etusijat 26
- prima facie -periaatteet 52 ss.
- punnintamaksiimi 26
- päättyvät 54 ss.
- ratkaisuargumentaatiossa 64 ss.
- ratkaisunormeina 65 ss.
- ratkaisunormiin ohjaamassa 67—68
- reduktionistinen ajattelutapa 182 ss.
- sopimusmallien muutos 179 ss.
- suhde avoimen termin sisältävään oikeussääntöön 69 ss.
- subjektiivisen tulkinnan periaate 18—19
- suhde moraalisiin 35 ss.
- systeemi-arvo 180 ss.
- syväjustifikaatio 97
- tasajaon periaate 16

- tunnistamissäännön merkitys 34
- työntekijän suojeluperiaate 16 ss.
- voimassaolon tasot 51 ss.
- voimassaolon kriteerit 29 ss.
- yhteensovittaminen 181
- yleisluonnehdintaa 7
- ks. myös arvoperiaatteet
- ks. myös dogmi
- ks. myös periaatehakuinen tarkastelu
- ks. myös sovitteluperiaatteet
- ks. myös säännöt—periaatteet -erottelu
- ks. myös sääntöjen ja periaatteiden jän-
- nite
- ks. myös tavoiteperiaatteet
- Oikeussäännöt 13 ss.
- avoimen termin sisältävät 69 ss.
- esimerkkejä 15—16
- niiden ratkaisuluonne 27—28
- ratkaisargumentaatiassa 67—68
- sääntökonflikti 24
- voimassaolon kriteerit 29 ss.
- voimassaolon tasot 51 ss.
- yleisluonnehdintaa 7
- ks. myös oikeusperiaatteet
- ks. myös säännöt—periaatteet -erottelu
- ks. myös sääntöhakuinen tarkastelu
- ks. myös sääntöjen ja periaatteiden jän-
- nite
- Oikeustoimikelpoisuus
- eri sopimusmalleissa 174
- Oikeusturva
- pohjoismaista keskustelua 279 ss.
- Oikeusvaikutukset
- sovittelun 322 ss.
- Optimointikäsky 25
- Osituksen sovittelu 349 ss.
- Painoarvo
- oikeusperiaatteen 23—24, 256
- Palkan sovittelu 346—347
- Pandektioikeus 10 ss.
- tahtomallissa 131 ss.
- Passiviteettitilanteet
- luottamusmallissa 148 ss.
- Performatismi 164
- Perheyhtäläisyys 21
- Periaate
- ks. oikeusperiaate
- Periaatehakuinen tarkastelu 57 ss.
- tutkimustoiminnassa 58 ss.
- Perusoikeudet
- ks. demokratia
- Perusteltujen odotusten suoja
- luottamusmallissa 155 ss.
- Pistekäsitys 211 ss.
- vertailua prosessikäsitykseen 215—216
- Punnintamaksiimi 26
- Pätemättömyysperusteet
- niiden ja sovittelusäännön suhde 351 ss.
- Pätevyysperusteinen voimassaolo 29, 32—
- 33
- Prima facie -etusijat 26
- Prima facie -periaate
- ks. johtava periaate
- Prosessikäsitys 211, 214 ss.
- sen kaksi tulkintaa 216—217
- sopimuksen ulottuvuudet 217 ss.
- sopimusvastuu 217 ss.
- sovittelusäännön soveltamisala 230—231
- vertailua pistekäsitykseen 215—216
- Ratkaisijan näkökulma 53
- Ratkaisargumentaatio 64 ss.
- Ratkaisunormi 64—65
- Ratkaisutoiminta
- normien luokittelua 64—65
- Reduktio
- oikeusperiaatteiden 182 ss.
- Retribuutio 186
- Sekamallit 160—161
- Sitovuus
- suhde toteutettavuuteen 4
- ks. sopimusten sitovuus
- Sitovuusharkinta
- suhde sovitteluun 1 ss., 39
- Sopimuksen konstituutio 87
- Sopimuksen merkitys
- eri sopimusmalleissa 195
- Sopimuksen pistekäsitys
- ks. pistekäsitys
- Sopimuksen prosessikäsitys

- ks. prosessikäsiy
- Sopimuksen ulottuvuudet 217 ss.
- ks. sopimusvastuu
- Sopimusmalli/-mallit 79 ss.
- dogmit 82 ss.
- elementit 80 ss.
- kohtuusperiaate eri malleissa 185 ss.
- konstruktio 84 ss.
- liityntä perusoikeuksiin 242
- mallien käytön tarkoitus 101 ss.
- määrätelmä 79—80, 101
- niiden välttämättömyydestä 106 ss.
- ongelmanratkaisussa 101 ss.
- peruskäsitteet 81—82
- sekamallit 160—161
- sopimuksen konstituutio 87 ss.
- sopimussitovuus 88 ss.
- Suomen sopimusoikeudessa 199 ss.
- vuorovaikutus oikeuslähdeopin kanssa 104—105
- yhteisvastuumalli 195—196
- yleisten oppien osana 103 ss.
- yleistä eri malleista 7—8
- ks. myös dogmi
- ks. myös konstruktio
- ks. myös luottamusmalli
- ks. myös sopimusmallien muutos
- ks. myös tahtomalli
- ks. myös yhteisöllisen käytännön malli
- Sopimusmallien muutos 113 ss., 179 ss.
- oikeusperiaatteiden merkitys 179 ss.
- Sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu
- luottamusmallissa 150—151
- Sopimussitovuuden johtaminen
- arvoista 123 ss.
- tahtomallissa 122 ss.
- tavoitepäämääristä 125 ss.
- Sopimussuhteiden sääntely 369 ss.
- Sopimustasapaino
- lainsäätäjän tavoitteena 5
- Sopimustyypit
- yksityisomistusoikeudellinen 10
- Sopimusvapaus
- johtavana periaatteena 27
- luottamusmallissa 142—143
- optimointikäskyn toteutettavuus 177—178
- sovitteluperiaatteena 266 ss.
- suhde sopimusten sitovuuteen 88 ss.
- Sopimusvastuu 217 ss.
- ajallinen ulottuvuus 220 ss.
- asiallinen ulottuvuus 217 ss.
- henkilöllinen ulottuvuus 224 ss.
- vastuuelementit 218—219
- Sopimusten sitovuus
- sen justifikaatio 274 ss.
- sen syväjustifikaatio 94 ss.
- sen yhteisöllinen tausta 166 ss.
- suhde sopimusvapauteen 88 ss.
- Sosiaalisen praksiksen malli
- ks. yhteisöllisen käytännön malli
- Sosiaaliset arvot
- esimerkkiluettelo 239
- Soveltamisala
- sovittelusäännön 336 ss.
- Sovittelu
- abstraktin oikeustoimen 344—345
- contra legem -tilanne 46 ss.
- huutokauppahinnan 341—342
- lahjan 342—343
- oikeuden muodolliset vaatimukset 369 ss.
- oikeuden sisällölliset vaatimukset 369 ss.
- oikeusvaikutukset 322 ss.
- osituksen 349 ss.
- palkan 346—347
- rinnastus lain sovitteluun 49
- sen mahdottomuuden syyt 337 ss.
- sopimusoikeuden mikrokosmoksena 365 ss.
- sovitteluindisio 258
- sovittelukynnys 312
- suhde sitovuusharkintaan 1 ss., 39
- suorittamisvaihtoehdot 324 ss.
- testamentin 343—344
- vuokran 348—349
- ks. myös sovitteluharkinta
- ks. myös sovitteluperiaatteet
- ks. myös sovitteluperusteet
- Sovitteluharkinta
- harkinnan ulkoinen rakenne 252 ss.

- harkinnan vaihteellisuus 252 ss., 330 ss.
- luonnehdintaa 2 ss.
- tapausesimerkkejä 330 ss.
- Sovitteluindisio
- määritelmä 258
- Sovittelukohtuus 185 ss.
- Sovittelukynnys
- määritelmä 312
- vertailumittana 320 ss.
- Sovitteluperiaatteet 255, 259 ss.
- heikkomman hyvittäminen 273 ss.
- kohtuusperiaate 262 ss.
- niiden kollisio 316 ss.
- sopimusvapaus 266 ss.
- vaihdannan intressi 270 ss.
- Sovitteluperusteet 286 ss.
- epätasapaino 287 ss.
- kohtuuttomuuden kokonaisarviointi 311 ss.
- sopimuksen koko sisältö 286—287
- sopimuksen syntyyn liittyvät 295 ss.
- sopimuksensaisäiset 256 ss., 286 ss.
- sopimuksenukkoiset 256 ss.
- sopimussuhteen aikana ilmenevät 306 ss.
- sopimusta täytettäessä ilmenevät 306 ss.
- sovitteluperiaatteiden kollisio 316 ss.
- ulkoisen perusteen merkitys 291 ss.
- Sovittelusääntö
- prejudikaattien merkitys 74 ss.
- sanamuoto 1
- soveltamisala 366 ss.
- soveltamisala ja prosessikäsite 230—231
- soveltamisrajoista 70—71
- suhde pätemättömyysperusteisiin 351 ss.
- systematisoinnin vaihtoehtoja 256 ss.
- valinta eri sovittelusääntöjen välillä 357 ss.
- Subjektiviisen tulkinnan periaate 18—19
- Systeemivirheet 93
- Systematiikka
- alakohtainen ja alojen välinen 101—102
- Syväjulistifikaatio
- määritelmä 96—97
- sopimussitovuuden 94 ss.
- Syväperustelu
- ks. syväjulistifikaatio
- Säännöt—periaatteet -erottelu 20 ss.
- erotteluperusteet 20 ss.
- yleisyysaste erotteluperusteena 20—21
- Sääntelykohtuus 185 ss.
- Sääntö
- ks. oikeussäännöt
- Sääntöhakuinen tarkastelu 57 ss.
- tutkimustoiminnassa 58 ss.
- Sääntöjen ja periaatteiden jännite 37 ss.
- syväjulistifikaation merkitys 98 ss.
- Tahtomalli 118 ss.
- erehdystilanteet 128 ss.
- formaali tahtomalli 119
- kohtuuden asema 188—189
- myöntäminen 133 ss.
- pandektioikeus 131 ss.
- siirtyminen luottamusmalliin 139 ss.
- sopimussitovuuden johtaminen 122 ss.
- sopimussitovuuden syväjulistifikaatio 127—128
- Suomen sopimusoikeudessa 199 ss.
- vapaa tahto 120 ss.
- yhteenvedo sisältöä 136 ss.
- Tasajaon periaate 16
- Tavoiteperiaatteet 54 ss.
- Tavoitepäämääristä johtaminen 125—126
- Tehokkuusperusteinen voimassaolo 29 ss.
- Tekninen normi 41
- Testamentti
- ei sovittelua 343—344
- Toimijan näkökulma 53
- Tosiasialliset juridiset ongelmat 102
- Toteutettavuus
- suhde sitovuuteen 4
- Tunnistamissääntö 34
- Tutkimustoiminta
- periaatehakuinen 58 ss.
- sääntöhakuinen 58 ss.
- Tyypikohtuuttomuus 359 ss.
- suhde in casu kohtuuttomuuteen 361 ss.
- Työntekijän suojeluperiaate 16 ss.
- Ulkomainen lähdeaineisto 8 ss., 13—14
- Utilitarismi

- lupausten sitovuuden perustana 163—164
- vastaväitteenä keskimääräisen tasapainon vaatimukselle 173

Vaihdannan intressi

- sovitteluperiaatteena 270 ss.

Vaiheittaisuus

- ks. prosessikäsitys, sopimusvastuu

Vapaa tahto

- velvoiteoikeuden perustana 120 ss.

Vilpittömän mielen suoja

- luottamusmallissa 206—207

Voimassaolo

- kriteerit 29 ss.

- tasot 51 ss.

- vahvuusasteet 40

Vuokran sovittelu 348—349

Yhteisvastuumalli 195—196

Yhteisöllisen käytännön malli 162 ss.

- individualistinen demokratiatulkinta 233 ss.

- kohtuuden asema 191—192

- käytännön oikeudenmukaisuus 168 ss.

- lupausten sitovuus 163 ss.

- mallin rakentaminen 232

- mallin pääpiirteitä 243 ss.

- oikeuden ja demokratian suhde 233 ss.

- sopimuksen ja demokratian suhde 232—233

- sopimusajattelun muutos 372 ss.

- utilitarisimi 163—164

- yhteisöllinen demokratiatulkinta 238 ss.

Yhtenäisyysvain 9

Yleiset opit

- sopimusmallit niiden osana 103 ss.

Yleisyysaste

- ks. säännöt—periaatteet -erottelu

