SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 190

Ilpo Paaso

VAHINGONKORVAUS-VASTUUN NORMIPERUSTA LÄÄKÄRINTOIMESSA

Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-sarja N:o 190

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 190

ILPO PAASO

VAHINGONKORVAUS-VASTUUN NORMIPERUSTA LÄÄKÄRINTOIMESSA

Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin

With an English Summary

HELSINKI 1992

VAHINGONKORVAUS-VASTUUN NORMIPERUSTA LÄÄKÄRINTOIMESSA

Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin

KIRJOITTANUT

ILPO PAASO

HALLINTOTIETEIDEN LISENSIAATTI
TALOUSTIETEIDEN LISENSIAATTI

Akateeminen väitöskirja, joka Tampereen yliopiston taloudellis-hallinnollisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Tampereen yliopiston luentosalissa A I perjantaina toukokuun 8. päivänä 1992 klo 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1992 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Ilpo Paaso

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 951-855-123-5 sid.
ISBN 951-855-124-3 nid.
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-657-5 (PDF)

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1992

ALKUSANAT

Lääkintäoikeuden alaan kuuluva lainsäädäntö on ollut maassamme voimakkaan kehitys- ja uudistustyön kohteena 1970-luvun alkupuolelta lähtien. Terveydenhuollon palvelutuotannon järjestämistä nykyiseen muotoonsa voidaan perustellusti pitää sosiaalivaltiollisen sääntelyn tuotteena.

Lähimpien viime vuosien lainsäädäntötyön aikaansaannoksia ovat mm. päihdehuoltolaki (41/86), tartuntatautilaki (583/86), potilasvahinkolaki (585/86), erikoissairaanhoitolaki (1062/89), laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/90) ja mielenterveyslaki (1116/90). Terveydenhuoltoa koskeva lainsäädäntötyö jatkuu edelleen vilkkaana. Parhaillaan eduskunnan käsiteltävänä on hallituksen esitys laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista (HE 185/91). Hallituksen esitykseksi saataneen myös piakkoin vielä tällä hetkellä oikeusministeriössä oleva lakiluonnos ihmisen keinoalkuisesta lisääntymisestä. Aivan vast'ikään (3. 3. 1992) on julkaistu Terveydenhuollon ammatinharjoittamistoimikunnan mietintö (KM 1991:51), jossa ehdotetaan säädettäväksi laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä.

Lääkintäoikeudellinen tutkimustyö on ollut Suomessa suhteellisen niukkaa. Nykytilannetta ajatellen voidaan sanoa, että se ei ole päässyt samaan vauhtiin alan lainsäädäntötoiminnan kanssa. Myöskään lääkintäoikeuden opetusta ei maamme korkeakoululaitoksessa juurikaan anneta. Alan akateemisesta outoudesta johtuen siihen tutkimustyönsä suuntaavalla lienee valinnalleen yleensä henkilökohtainen selityksensä. Ainakin omaan valintaani lääkintäoikeuden puolesta katson olleen osuutensa sillä, että vaimoni *Mirjami Paaso* työskentelee terveydenhuoltoalalla. Tutkimustyöni kannalta on nähdäkseni myös ollut erittäin hyödyllistä, että olen vaimoni ammatin vuoksi päässyt suhteellisen lähelle terveydenhuollon käytännön toimintaa.

Tutkimusprosessin aikana olen saanut mm. terveydenhuollon normistoa ja hallinnollisia käytäntöjä koskevaa asiantuntija-apua ylijohtaja *Paula Kokkoselta* sosiaali- ja terveyshallituksesta. Hän on myös ystävällisesti suostunut lukemaan ja kommentoimaan tutkimukseni käsikirjoituksen. Niinikään potilasvahinkolautakunnan päätoiminen sihteeri *Marja-Liisa Suhonen* on antanut asiantuntevaa palautetta lukemistaan käsikirjoituksen potilasvahinkolakia kos-

kevista osuuksista. Professorikunnasta käsikirjoituksen tai sen osia ovat eri vaiheissa lukeneet *Seppo Laakso, Raimo Lahti, Olli Mäenpää, Risto Nuolimaa, Juha Tolonen* ja *Jaakko Uotila.* Kiitän kaikkia hyödyllisestä palautteesta.

Tutkimuksen virallisina esitarkastajina ovat toimineet professorit *Raimo Lahti* ja *Olli Mäenpää.* He ovat vaivojaan säästelemättä lukeneet ja kommentoineet käsikirjoituksen kaksi eri versiota. Minua on erityisesti viehättänyt se suvaitsevaisuuden ilmapiiri, jossa he ovat nuorempaansa ohjanneet. Suhtautumisen aitoutta osoittaa mielestäni muun ohella, että professori Mäenpää on lupautunut myös vastaväittäjäksi.

Kiittäen mainitsen, että *Virginia Mattila* Tampereen yliopiston kielikeskuksesta on syntyperäisenä englannin kielen taitajana kääntänyt tutkimukseen yhteenveto-osan äidinkielelleen.

Erittäin tärkeää tutkimushankkeeni kannalta on ollut, että minulle on suotu mahdollisuus keskittyä suuren osan väitöskirjaprosessin kestosta työhöni Suomen Akatemian virassa. Niinikään olennaista työni läpiviemisessä on ollut käyttööni annettu monessa suhteessa tarkoituksenmukainen tutkijainhuone Tampereen yliopiston pääkirjastossa. Näistä etuuksista kiitän päättäjiä, joilla ilmeisesti on riittänyt uskoa tutkimukseeni. Hankkeeni »puhtaasti» taloudellisesta tukemisesta lausun kiitokseni Tampereen kaupungin tiederahastolle ja Emil Aaltosen säätiölle. Tyydytyksellä totean, että Suomalainen Lakimiesyhdistys on hyväksynyt väitöskirjani julkaistavaksi A-sarjassaan. Vammalan Kirjapaino Oy:n asiansaosaavan henkilökunnan kanssa on ollut miellyttävää saattaa tutkimus julkaisukuntoon.

Tampereen Attilassa 12. 3. 1992

Ilpo Paaso

SISÄLLYSLUETTELO

Alkusanat V
Lähdeluettelo XI
Lyhenteitä XXV

1. JOHDANTO 1
   1.1. Tutkimustehtävä 1
   1.2. Työn suhde välillistä julkista hallintoa koskevaan tutkimukseen 11
   1.3. Lääkärintoimen vastuu- ja seuraamusjärjestelmä 14
   1.4. Lääkintäoikeus — onko sellaista? 18
   1.5. Julkisoikeus — yksityisoikeus 21
   1.6. Tutkimustyön teoreettisten sitoumusten ja metodia koskevien käsitysten hahmottelua 31
      1.6.1. Käsitteet 31
      1.6.2. Oikeussäännöt ja -periaatteet 38
      1.6.3. Oikeuslähteiden painoarvo 47
      1.6.4. Oikeustieteen puhtauden vaatimus 55
      1.6.5. Yhteenvetoa ja johtopäätöksiä 56

2. VAHINKO JA LÄÄKÄRINTOIMI SEKÄ VAHINGONKORVAUKSEN VASTUUMUODOT 61
   2.1. Vahinko 61
   2.2. Lääkärintoimi 69
   2.3. Lääkärintoimesta aiheutuva vahinko 80
   2.4. Vahingonkorvauksen vastuumuodot yhteiskunnan muutosta ilmentävänä ajattelutapana 83
      2.4.1. Sopimusvastuu 83
      2.4.2. Ulkokontrahdillinen vastuu 88
         2.4.2.1. Eräitä yleisiä huomioita 88
         2.4.2.2. Erityisesti vahingonkorvausvastuusta virkatoiminnassa 93
      2.4.3. Ankara eli objektiivinen vastuu 112
   2.5. Vahingonkorvauksen vastuumuotojen yleinen perusteltavuus lääkärintoimen vahinkojen korvausnormistona 122

3. YHTEISKUNNALLINEN VALTA — JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMINEN: SEN MANIFESTOITUMISESTA, LEGALISOITUMISESTA JA TULKINNASTA 129
   3.1. Valta yhteiskunnallisena ilmiönä 129
   3.2. Julkisen vallankäytön hahmottamisesta ja sen problemaattisuudesta ... 135
      3.2.1. Julkisen vallan kaksinaismerkitys 135

3.2.2. Viranomaistoiminnan kvalifioiminen julkisen vallan käyttämiseksi — vahingonkorvauslain valmistelun epäselvyyksiä 136
3.2.3. Julkisen vallan käyttämisen juridis-teknisen määrittelyn ongelmallisuus 139
3.2.4. Julkinen valta realisoituu eriasteisesti 141
3.3. Alf Rossin julkisen vallan kriteeristö 144
3.3.1. Vallan heteronomisuus 145
3.3.2. Vallankäyttäjän kvalifiointi 147
3.3.3. Vallankäytön pakollisuus 148
3.3.4. Valtaa ei voi luovuttaa 149
3.3.5. Valtaa käytetään yleisen intressin vuoksi 150
3.3.6. Summa summarum 154
3.4. Julkisen vallan käyttämisen käsite hallinto- ja rikosoikeudessa 155
3.4.1. Julkisen vallan käyttämisen käsite hallinto-oikeuden alalla — Toimivalta. Päätösvalta. 156
3.4.2. Julkisen vallan käyttämisen käsite rikosoikeuden alalla — Julkinen tehtävä. Julkinen asia. 165
3.5. Muuttuuko julkisen vallan käyttämisen käsitteen sisältö oikeudenaloittain? 173
3.5.1. Hallinto-oikeudellisesta tulkinnasta 174
3.5.2. Rikosoikeudellisesta tulkinnasta 177
3.5.3. Vahingonkorvausoikeudellisesta tulkinnasta 182
3.5.4. Summa summarum 189

4. POTILASVAHINKOLAIN JA SOPIMUSOIKEUDELLISTEN VAHINGONKORVAUSPERIAATTEIDEN SOVELTAMISALA LÄÄKÄRINTOIMEN VAHINKOTILANTEISSA 191
4.1. Potilasvahinkolain soveltamisala 191
4.1.1. Potilasvahinko on henkilövahinko 192
4.1.2. Terveyden- ja sairaanhoidon sekä potilaan käsitteet potilasvahinkolain soveltamisalan määrittelijänä 194
4.1.3. Potilasvahinko on potilasvahinkolain 2 §:ssä kvalifioitu henkilövahinko 201
4.1.4. Korvausta ei suoriteta vähäisestä vahingosta 206
4.1.5. Määräajat potilasvahinkolain soveltamismahdollisuuden rajaajina 208
4.1.6. Regressivastuu 209
4.1.7. Yhteenvetoa ja eräitä huomautuksia 210
4.2. Sopimuksesta ja sopimusvastuun sovellettavuuden contra-argumenteista hoitosuhteessa 211
4.2.1. Mikä on sopimus? 212
4.2.2. Hoitosopimussuhteen contra-argumenttien analyysia 215
4.2.2.1. Hoitosuhteen julkisoikeudellistuminen 216
4.2.2.2. Hoitosuhteen sisällön epämääräisyys — nimenomaisen sopimuksen puuttuminen 218
4.2.2.3. Lääkäri ei voi taata hoidon vaikutusta 222
4.2.2.4. Suoritusten taloudellinen epätasapaino 224
4.2.2.5. Vahingonkorvausvastuun epäsuhta potilasmaksuun ... 226

4.2.2.6. Muita contra-argumentteja ... 227
4.3. Lääkärintoimen organisatorisen muodon merkitys sopimusvastuun sovellettavuuden kannalta ... 227
4.3.1. Virkasuhteinen lääkärintoimi ... 228
4.3.1.1. Hoitosuhteen syntytapahtuma julkisessa terveydenhuollossa ... 229
4.3.1.2. Hallintosopimusten sallittavuus ja julkisen terveydenhuollon potilassuhteiden erityispiirteet ... 235
4.3.1.3. Sopimusvastuun soveltamisala virkasuhteisessa lääkärintoimessa: johtopäätös ... 238
4.3.2. Yksityinen lääkärintoimi ... 240
4.3.3. Eräitä erityisjärjestelyjä ... 245
4.3.3.1. Erikoismaksuluokka ... 245
4.3.3.2. Sairaalalääkärin yksityispotilasvastaanotto (Yksityispaikkajärjestelmä) ... 248
4.3.3.3. Omalääkäritoiminta ... 250
4.3.3.4. Työterveyshuollon lääkärintoimi ... 251
4.3.3.5. Ostopalveluna kustannettu lääkärintoimi ... 253
4.4. Yhteenvetoa ... 255

5. JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMISTÄ KOSKEVIEN VAHINGONKORVAUSLAIN SÄÄNNÖSTEN SOVELTAMISALA — LÄÄKÄRINTOIMEN VASTUUTILANTEIDEN ANALYYSIA ... 257
5.1. Hoitosuhteen alkaminen ja päättyminen ... 258
5.1.1. Pakkohoito ... 259
5.1.2. »Normaalihoito» ... 262
5.1.2.1. Yksityinen lääkärintoimi ... 262
5.1.2.2. Julkisyhteisöjen terveydenhuollon lääkärintoimi ... 263
5.1.3. Ensiapu ... 267
5.1.4. Lähetemenettely ... 269
5.1.4.1. Pakkohoitolähete ... 270
5.1.4.2. Lähete »normaalihoitoon» ... 275
5.2. Hoitotoimenpiteet ... 278
5.2.1. Pakkohoito ... 279
5.2.2. »Normaalihoito» ja ensiapu ... 282
5.3. Lääkärintodistukset ja -lausunnot ... 282
5.3.1. Eräitä yleisiä näkökohtia ... 282
5.3.2. Lääkärintodistusmenettelyn käyttöalasta ja funktioista ... 286
5.3.2.1. Tuomioistuimille annettavat lääkärintodistukset ja -lausunnot ... 287
5.3.2.2. Hallintoviranomaisille annettavat lääkärintodistukset ja -lausunnot ... 287
5.3.2.3. Yksityisille annettavat lääkärintodistukset ja -lausunnot 288
5.3.3. Julkisen vallankäytön »kriteerit» lääkärintodistusmenettelyssä ja niiden arviointia ... 289
5.3.3.1. Lääkärintodistusmenettelyn käytön välttämättömyys .. 289

5.3.3.2. Lääkärintodistusten ja -lausuntojen oikeudellinen sitovuus 290
5.3.3.3. Lääkärintodistusten ja -lausuntojen asema ja merkitys muutoin ... 295
5.3.3.4. Summa summarum ... 298
5.4. Lääkemääräykset ... 299
5.5. Hoito- ja jatkotutkimusmääräykset ... 303
5.6. Virkakäskyt ... 306

6. YHTEENVETOA JA ARVIOINTIA ... 313

SUMMARY ... 320

Oikeustapaushakemisto ... 330
Asiahakemisto ... 332

LÄHDELUETTELO

Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.

— » — The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. D. Reidel, Dordrecht — Boston — Lancaster — Tokyo 1987.

— » — Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen? LM 1987 s. 400 ss. (Aanio, LM 1987)

— » — Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.

Achté, Kalle — Hoppu, Esko: Lääkärin taitovirhe ja vahingonkorvausvastuu. Vammala 1983.

Adlercreutz, Axel: Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt. 5. painos. Lund 1978.

Ahlman, Erik: Kulttuurin perustekijöitä. Kulttuurifilosofisia tarkasteluja. 2. painos. Jyväskylä 1976.

Aho, Matti L.: Joustavat normit vahingonkorvausoikeudessa. — Teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985. s. 24 ss. (Aho, 1985)

— » — Potilasvahinkolaki takaa korvaukset. Lakimiesuutiset 9/1986 s. 8—9. (Aho, 1986)

Ahtee, Aaro: Hallinto-oikeudellinen vapaudenriisto. Asialliset edellytykset. Vammala 1950.

Alanen, Aatos: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Toinen uusittu painos. Porvoo 1965.

Alhola, Pentti: Lääkäreiden matkavakuutus on kattavampi. SLL 29/1987 s. 2727

Andersen, Poul: Dansk Forvaltningsret. Almindelige emner. Femte udgave. Gyldendal 1965.

Anderson, Robert D.: Legal boundaries of Massachusetts nursing practice. Sacramento 1986.

Anttila, Inkeri — Heinonen, Olavi: Rikosten lajit. Helsinki 1972.

Arti, Armas: Vahingonkorvauslaki. Hämeenlinna 1981.

Arti, Armas — Rossi, Aarne: Vastuuvakuutus. Forssa 1975.

Asiakkaiden ja potilaiden asema, osallistuminen ja oikeusturva. TUKE — Sosiaali ja terveydenhuollon tutkimus- ja kehittämistoiminnan neuvottelukunta. Tutkimus- ja kehittämishankkeita koskeva seminaari 15. 12. 1986. Seminaariraportti. s.l. & a.

Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979. (Atiyah)

— » — Law and Modern Society. Oxford — New York 1983. (Atiyah, 1983)

Aura, Matti: Kunnalliset lautakunnat ja julkisen pakkovallan käyttäminen. Suomen kunnallislehti 1922/5—6 s. 66 ss.

Aurejärvi, Erkki: KKO:n tapaus 1984 I 4 — ovatko KKO:n ratkaisut nykyään sitovia ennakkopäätöksiä? LM 1985 s. 451 ss. (Aurejärvi, LM 1985)

— » — Velvoiteoikeuden oppikirja. Jyväskylä 1988. (Aurejärvi, 1988)

Badura, Peter, ym.: Besonderes Verwaltungsrecht. 7. neubearbeitete Auflage. Berlin — New York 1985. (Badura, ym. 1985)

— » — Allgemeines Verwaltungsrecht. 7. neubearbeitete Auflage. Berlin — New York 1986. (Badura, ym. 1986)

Bengtsson, Bertil: Särskilda avtalstyper I. Stockholm 1971. (Bengtsson, 1971)
— » — Skadestånd vid myndighetsutövning I. Lund 1976. Skadestånd vid myndighetsutövning II. Lund 1978. (Bengtsson I ja II)
Björnsson, Jan: Laegers ansvar. Tidskrift for Rettsvitenskap 1953 s. 57 ss.
Blomqvist, O. — Isotalo, A. — Marttila, A. — Schrey, A.: Lääkärin oikeudellinen asema. — Teoksessa Raekallio, J., Alha, A., Hirvonen, J., Möttönen, M. (toim.) Oikeuslääketiede. 3. painos. Porvoo 1981. s. 37 ss.
Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938. (Brusiin, Tuomarin harkinta)
— »— Aineettoman vahingon korvaamisesta. Helsinki 1953. (Brusiin, Aineeton vahinko)
Bruun, Niklas — Mäenpää, Olli — Tuori, Kaarlo: Uusi virkamiesoikeus. Keuruu 1988.
Calltorp, Johan: Privat och offentlig vård — nya mönster. Nordisk medicin 1990:8/9 s. 210—211.
Calltorp, Johan — Rosenthal, Marilynn M.: Tillväxt och nya privata vårdformer komplement och utmaning för svensk offentlig sjukvård. Nordisk medicin 1990:8/9 s. 230—232.
Deutsch, Erwin: Medical Malpractice and Medical Misadventure in New Zealand: Public Insurance in Lieu of Private Liability as Administered by the Courts and the Accident Compensation Commission. Medicine and Law. An International Journal 1982 s. 345 ss.
Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. London 1978.
Eckhoff, Torstein — Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. Oslo 1976.
Ehdotus lääkevahinkolaiksi. Sevón, Leif — Bärlund, Kaj — Kärkkäinen, Reijo — Purasmaa, Reijo — Wilhelmsson, Thomas. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1979. Helsinki 1979.
Eilavaara, Pertti: Muuttuvan hallinnon oikeuskysymyksiä kuntien elinkeinopolitiikasta, kantokykyluokituksesta, yksityistämisestä ja metsän rauhoituksesta. Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston julkaisuja. Sarja B N:o 11. Rovaniemi 1987.
Erich, Rafael: Suomen valtio-oikeus. I osa. Helsinki 1924, II osa. Porvoo 1925. (Erich I ja II)
Ericsson, Rolf: Ansvaret för skada vid medicinsk behandling. — Teoksessa Uppsatser I. Försäkrings- och skadeståndsrätt. Stockholm 1971.
Eriksson, Lars D.: Socialrätten — i kris eller utveckling? JFT 1987 s. 153 ss.
Erma, Reino: Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. Vammala 1955.
Erma, Reino — Hoppu Esko: Vahingonkorvauksesta ja sopimusvastuusta rakennusurakassa. Vammala 1976.
Esineoikeuden rajat. (toim. Jarmo Tuomisto). Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C: 4. Turku 1989.
Eskola, Jarkko: Psykiatrisia potilaita koskevia erityiskysymyksiä. — Teoksessa vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 36. Vammala 1983. s. 62 ss.
Etzioni, Amitai: Nykyajan organisaatiot. 2 painos. Helsinki 1970.
Finer, Herman: Sairaanhoidon hallinnosta. Porvoo 1965.
Foucault, Michel: Tarkkailla ja rangaista. Keuruu 1980.
Frihagen, Arvid: Forvaltningsrett I. 2 reviderte utgave. Bergen 1977.

Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
Galbraith, John Kenneth: The Anatomy of Power. Boston 1983.
Geigel, Reinhard: Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts. 18., völlig neu bearbeitete Auflage. München 1982.
Ginath, Yigal — Bar-El, Yair: Compulsory Medical Psychiatric Hospitalization: A Critical Review of the Israeli Law and a Proposal for Changes. Medicine and Law. An International Journal 1985 s. 199 ss.
Hakola, Panu: Psykiatrinen sairaanhoito potilaan tahdosta riippumatta. SLL 34/1979 s. 2872 ss.
Hakulinen, Y.J.: Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Toinen, laajennettu painos. Helsinki 1965.
Hallberg, Pekka: Hallinto-oikeudellisen valituksen käyttöalasta. Vammala 1978.
Hannuniemi, Anja: Osittaisesta virkavastuusta. DL 1987 s. 511 ss. (Hannuniemi, DL 1987a)
— » — Rikoslain 2 luvun 12 §:n tarkoittamista yhteisöistä ja yleisistä laitoksista. DL 1987 s. 738 ss. (Hannuniemi, DL 1987b)
— » — Virkavastuu välillisessä julkisessa hallinnossa. Rikosoikeudellisen virkamiesaseman määrittely ja eduskunnan oikeusasiamiehen toimivalta: vuosina 1990 ja 1991 voimaantulleiden lainmuutosten kommentointia. Rikosoikeuden sivulaudaturtyö Helsingin yliopistossa 13. 12. 1991. (Hannuniemi, 1991)
Hannus, Arno — Hallberg, Pekka: Kunnallislaki. Viides, korjattu painos. Juva 1991.
Harinen, Ulla: Terveydenhuollon asiakirjojen kirjoittaminen. Osa III: lääkärintodistusten ja -lausuntojen sekä rekisteriin tehtävien ilmoitusten laatimisesta ja kirjoittamisesta. 3. painos. Helsinki 1985.
Hedman, Anders: Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet. Stockholm 1984.
Heikkala, Risto — Kvist, Mårten: Kuka tarvitsee terveyskertomusta. SLL 1—2/1983 s. 6.
Helin, Markku: Käsitteistä päättelemisestä. — Teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985. Vammala 1985.
— » — Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920—1960. Vammala 1988.
Hellner, Jan: Skadeståndsrätt. Tredje upplagan, andra tryckningen. Uppsala 1979.
Hellners, Trygve — Malmqvist, Bo: Nya förvaltningslagen med kommentarer. Andra upplagan. Stockholm 1989.
von Hertzen, Hannu: Sopimusneuvottelut. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1983.
Holopainen, Toivo: »Oikeuden jakamisesta». LM 1965 s. 894 ss. (Holopainen, LM 1965)
— » — Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. Vammala 1969. (Holopainen, 1969)
— » — Offentliga organ som avtalsparter. Nordiska Juristmötet 1978. Förhandlingar 28. Bilag 11. København 1982. (Holopainen, 1978)
— » — Oikeuden kahtiajaon perusteista ja merkityksestä. LM 1984 s. 1019 ss. (Holopainen, LM 1984)
— » — Oikeuden aukoista. Lakimiesuutiset 7—8/1985 s. 9 ss. (Holopainen, 1985)
Hongisto, Yrjö — Isohanni, Antti: Sairaalalääkärien työn järjestämisestä ja vastuun jakautumisesta. SLL 4/1972 s. 352 ss.
Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. 2. painos. Hämeenlinna 1965.

Hoppu, Esko: Julkisyhteisön ja virkamiehen vastuu. — Teoksessa Vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 15. Vammala 1975. s. 74 ss. (Hoppu, Vahingonkorvausoikeus)

— » — Kanavointisäännöstä vahingonkorvausoikeudessa. Urho Kaleva Kekkosen juhlajulkaisu. Helsinki 1975. (Hoppu, Kanavointisäännöstä)

— » — Vahingonkorvauslaki ja vakuutus. LM 1975 s. 99 ss. (Hoppu, LM 1975)

Huhtanen, Raija: Kansalaisten oikeuksista sosiaalihuollossa. Oikeus 1989 s. 367 ss.

Huumausainerikokset. Utriainen, Terttu — Hakonen, Kimmo (toim.) Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston julkaisuja. Sarja C N:o 3. Mänttä 1985.

Hydén, Håkan: Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stockholm 1985.

Idänpään-Heikkilä, Juhana: Säädökset oikeudesta määrätä lääkkeitä. — Teoksessa Raekallio, J., Alha, A., Hirvonen, J., Möttönen, M. (toim.) Oikeuslääketiede. 3. painos. Porvoo 1981. s. 53 ss.

Ikkala, Olli — Andersson, Edward — Nuorvala, Erkki: Uusi elinkeinoverolainsäädäntö. Viides, uusittu painos. Vammala 1986.

Illich, Ivan: Limits to Medicine. Medical Nemesis: The Expropriation of Health. 1976.

Indirect Public Administration in Fourteen Countries. — L'Administration publique indirecte dans quatorze pays. Toim. Modeen, Tore & Rosas, Allan. Åbo 1988.

Isotalo, Antti: Lääkärintodistukset. — Teoksessa Raekallio, J., Alha, A., Hirvonen, J., Möttönen, M. (toim.) Oikeuslääketiede. 3. painos. Porvoo 1981. s. 55 ss. (Isotalo, 1981)

— » — Lääkärintodistuksiin liittyvät ongelmat. — Teoksessa Vastuu- ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. s. 113 ss. (Isotalo, 1983)

Jumppanen, Ilkka O.: Yksityisten käyttämä julkinen valta. Eräitä näkökohtia yksityisten oppikoulujen osalta. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985. s. 177 ss.

Jung, Eberhard: Das Recht auf Gesundheit. Versuch einer Grundlegung des Gesundheitsrechts der Bundesrepublik Deutschland. München 1982.

Junnila, Seppo Y.T.: Hälsocentralernas företagshälsovård. SLL 5/1989 s. 375—376.

Jäättelä, Antti — Kujala, Santero — Niinimäki, Timo: Yksityisvastaanottotoiminnan kehittyminen Suomessa 1980- luvulla. SLL 18/1990 s. 1668 ss.

Kairinen, Martti: Sosiaaliturvaoikeus. Osa I. Sosiaaliturvaoikeuden käsite, historia ja normijärjestelmä. Turku 1977.

Kaivola, Juhani: Joitakin huomiota järkytyksen ja henkisen kärsimyksen korvaamisesta. DL 1988 s. 295 ss.

— » — Potilasvahinkolaista korvausjärjetelmänä. LM 1988 s. 527 ss.

Kalima, Kai: Pankkien valvonnasta. Hallinto-oikeudellinen tutkimus pankkitarkastusorgaanien toimivallasta. Vammala 1980.

Kansaneläkelaitos. Kirje 3.8.1987 n:o 41 L

Kansaneläkelaitos. Sairausvakuutusosasto. Kirje 7.2.1989 n:o 44 L

Kansaneläkelaitos. Sairausvakuutusosasto. Kirje 1.12.1989 n:o 46 L

Kansaneläkelaitos. Sairausvakuutusosasto. Kirje 30.5.1991 n:o 50 L

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. 2. Auflage. Wien 1960.

Kivimäki, T.M. — Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas uudistettu painos. Porvoo 1973. (Kivimäki — Ylöstalo, 1973)

— » — Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Neljäs lyhennetty painos. Juva 1981. (Kivimäki — Ylöstalo, 1981)

Kivivuori, Antti: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I. Rikoslainsäädäntö 1809—1875. Joensuu 1969. (Kivivuori, 1969)

— » — Työnantajan ja työntekijän vastuu. — Teoksessa Vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 15. Vammala 1975. s. 52 ss. (Kivivuori, Vahingonkorvausoikeus)

Kjønstad, Asbjørn: Pasienters rettigheter — kontraktsrett eller forvaltningsrett? — Teoksessa Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenaes på 70-årsdagen, 7. september 1982. Stavanger 1982. (Kjønstad, 1982)

— » — Rett og rettferdighet ved fordeling av helsetjenester. — Teoksessa Samfunn — Rett — Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Red. av Anders Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbagge. Otta 1986. (Kjønstad, 1986)

Klami, Hannu Tapani: »Vapaat ammatit». Roomalaisia perinteitä. DL 1967 s. 240 ss. (Klami, DL 1967)

— » — Laki ja lääkärin vastuu. Juridisen ajattelun kritikkiä. SLL 33/1968 s. 2892 ss. (Klami, SLL 1968)

— » — Sopimustyypistä ajattelutapana. Synteettistä oikeusteoreettista tarkastelua. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja 1. Turku 1973. (Klami, 1973)

Kleineman, Jan: De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar — offentligrättslig reglering med privaträttslig metod. Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1/1991—92 s. 63—97.

Kokkonen, Paula: Lääkäreistä lääkintöhallitukseen tehdyt kantelut. SLL 9/1982 s. 718 ss. (Kokkonen, SLL 1982)

— » — Terveydenhuoltohenkilöstön oikeudellinen asema ja vastuu sekä terveydenhuoltohenkilöstöön kohdistuva valvonta. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. (Kokkonen, 1983)

— » — Lääkärintodistuksen oikeudellinen merkitys. SLL 14/1985 s. 1365 ss. (Kokkonen, SLL 1985)

Kokkonen, Paula — Rasmussen, Knut: När får läkare avstå från behandling? Nordisk medicin 8—9/1991 s. 239—241.

Komiteanmitintö 1958:14 Ehdotus laiksi valtion ja kunnan vahingonkorvausvastuusta perusteluineen. Helsinki 1958.

— » — 1965:A4 Vahingonkorvauskomitean mietintö. Helsinki 1965.

— » — 1974:135 Vuoden 1966 vahingonkorvauskomitean mietintö. Helsinki 1974.

— » — 1979:26 Julkishenkilöstön oikeusasemakomitean I osamietintö. Helsinki 1979.

— » — 1979:59 Sosiaali- ja terveyshallinnon oikeussuojakomitean mietintö. Helsinki 1980.

— » — 1982:29 Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunnan mietintö I. Ehdotus potilasvahinkolaiksi. Helsinki 1982.

— » — 1982:65 Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunnan mietintö II. Ehdotus laiksi potilaan oikeuksista. Helsinki 1982.

— » — 1987:34 Sairausvakuutuksen kehittämistoimikunnan mietintö. Helsinki 1987.
— » — 1989:56 Selvitysmies Teemu Hiltusen ehdotus valtionapujärjestelmän uudistamisesta. Helsinki 1989.
— » — 1991:51 Terveydenhuollon ammatinharjoittamistoimikunnan mietintö. Helsinki 1992.
Koski, Pauli — af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölaki selityksin. Luvut 10—16. Toinen, uusittu painos. Vammala 1984.
Koskinen, Vesa: Psyykkisen tilan arviointi oikeudellisena ongelmana. Oikeusteoreettinen tutkimus niistä rikos- ja hallinto-oikeudellisen sanktioinnin materiaalisista ja prosessuaalisista kriteereistä, jotka nojautuvat psyykkisen tilan arviointiin. Turku 1984.
Kulla, Heikki: Käsitteet valtio ja valtionhallinto suhteessa välilliseen julkishallintoon. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985.
Kultalahti, Jukka: Omaisuudensuoja ympäristönsuojelussa. Jyväskylä 1990.
Kungl. prop. 1971:30 till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m. Stockholm 1971.
— » — 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m. Stockholm 1972.
Kübler, F.: The role of the judge in a changing society. — Teoksessa Judicial power and public liability for judicial acts. Proceedings of the Fifteenth Colloquy on European Law. Bordeaux, 17—19 June 1985. Strasbourg 1986.
Kyläkallio, Juhani: Osakeyhtiölaki ja käytäntö. 2. painos. Espoo 1987.
Käärik, Uno: Ökat sjukvårdsutbud ökar behovet av sjukvård. Nordisk medicin 1984:1. s. 28.
Laakso, Seppo: Über die Dreidimensionalität des Rechts und des juristischen Denkens. Überlegungen zu einer synthetisch-argumentativen Rechtswissenschaft. Tampere 1980. (Laakso, 1980)
— » — Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta, erityisesti julkisoikeuden alalla. Helsinki 1990. (Laakso, 1990)
Lahti, Raimo: Potilaalta hoitotoimenpiteeseen hankittavan suostumuksen oikeudellista arviointia. — Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III. Niilo Kullervo Salovaaralle 13. 10. 1972 omistettu. Vammala 1972. (Lahti, Rikosoikeudellisia kirjoitelmia)
— » — Rikosoikeudellisia lausuntoja 1970—1976. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 2. Turku 1977. (Lahti, 1977)
— » — Oikeusturva terveydenhuollossa. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. (Lahti, 1983)
— » — Arvostelu teoksesta Oikeuslääketiede. Raekallio, J., Alha, A., Hirvonen, J., Möttönen, M. (toim.) Kolmas painos. Porvoo 1981. LM 1983 s. 1162—1163. (Lahti, Arvostelu)
— » — Utvecklandet av rättsskyddssystemet för patienter i Finland. JFT 1985 s. 444 ss. (Lahti, JFT 1985)
— » — Lääkintätoimi ja rikosoikeus. — Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalla 29. 11. 1986 omistettu. Vammala 1986. (Lahti, 1986)
— » — Pohjoismaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia. — Teoksessa Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961—1986. (toim. Martti Kairinen). Turku 1986. (Lahti, Jurisprudentia Turkuensis)

— » — Politische Implikationen und Probleme einer Nationalen Patientenrechtsgesetzgebung: Erfarungen in Finnland. — Teoksessa Einführung in die Patientenrechtspolitik. Johannes W. Pichler (Hrsg.) Wien — Köln 1990.

Lahti, Raimo — Keisu, Pirjo — Wagner-Prenner, Marianne — Minkkinen, Panu: Syyntakeettomuuden määräytyminen ja kriminaalipotilaat. Syyntakeettomuus, mielentilalausunnot 1925—1980 ja kriminaalipotilaat 1970—1979. Lääkintöhallituksen julkaisuja n:o 97. Helsinki 1987.

Lahti, Raimo — Lindstedt, Jukka — Partanen, Jorma: Lääkintöhallitus terveydenhuoltohenkilöstön valvojana. Tapausselostukset vuosilta 1979—1982. Lääkintöhallituksen julkaisuja n:o 66. Helsinki 1985.

Laintarkastuskunnan lausunto ehdotuksesta hallituksen esitykseksi eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi. N:o 3/1971. Helsinki 1971.

— » — Virkarikoslainsäädännön uudistaminen. N:o 2/1987. Helsinki 1987.

— » — Oikeushenkilön rangaistusvastuu. N:o 3/1990. Helsinki 1990.

Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 2/1922. Ehdotus laiksi valtion vastuunalaisuudesta virkamiehen aiheuttamasta vahingosta. Helsinki 1922.

— » — N:o 3/1970. Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi. Helsinki 1970.

Lakiasiain käsikirja. Hakkila, Esko (toim.) Porvoo 1936.

Lappalainen, Juha: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.

Lapsioikeuden pääpiirteet. Heikki E. S. Mattila (toim.) 2. painos. Jyväskylä 1984.

Laufs, Adolf: Arztrecht. 2. verbesserte und erweiterte Auflage. München 1978.

Lavonius, Herman: Laki ja lääkärintoimi. Helsinki 1956.

Lehtimaja, Lauri: Näkökohtia psykiatrisen potilaan oikeusturvasta. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 36. Vammala 1983.

Lehtola, Pentti: Potilasvahinko. Vakuuttamisen ja korvausten pääasiat. Helsinki 1988.

Liljeström, Marita: Potilasvahinkojen korvaaminen uudistuu. Sairaala 1/1987 s. 14 ss.

Lohiniva, Mirva: Terveydenhuollon juridiikka. Terveydenhuoltohenkilökunnan aseman ja vastuun määräytyminen. Jyväskylä 1987.

Losman, Sten — Wagnsson, Björn: Patienträtt. Stockholm 1975.

Lääkealan taskumuistio 1987. Lääketietokeskus. s.l. & a.

Lääke- ja potilasvahinkojen korvaaminen. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 47. Mänttä 1987.

Lääkintäetiikka. Toim. Achté, Kalle; Autio, Lauri; Isotalo, Antti; Kosonen, Tapani; Lindqvist, Martti; Tammisto, Tapani; Vartiovaara, Ilkka. Vaasa 1982.

Lääkintöhallituksen ohjekirje 16. 4. 1975/DN:o 3126/02/75. Ohjeita terveyskeskuksen toimintojen järjestämisestä ja henkilökunnan tehtävistä.

— » — 1. 4. 1978/DN:o 2103/02/78. Mielisairaslain ja -asetuksen voimaantuloa koskevat ohjeet.

— » — 24. 3. 1982/DN:o 6736/02/80. Lääkärintodistuksia ja -lausuntoja koskevat yleiset ohjeet.

— » — N:o 5/1985. Steriloimista koskevien lomakkeiden täyttämisohjeet.

— » — N:o 12/1986. Päihteiden ongelmakäyttäjien hoidon järjestäminen ja kehittäminen terveydenhuollossa.

Lääkintöhallituksen yleiskirje 29. 11. 1961 N:o 1246. Erikoismaksuluokka.
— » — 17. 12. 1969 N:o 1475. Erikoismaksuluokka.
— » — 29. 7. 1970 N:o 1489. Potilaan tutkimus ja hoito erikoislääkärijohtoisen sairaalan poliklinikassa sekä ottaminen sairaalaan.
— » — 13. 10. 1982 N:o 1789. Kuolemansyyn selvittäminen.
— » — 2. 12. 1986 N:o 1908. Päihdehuoltolain mukainen tahdosta riippumaton hoito terveydenhuollossa.
— » — 3. 12. 1986 N:o 1907. Tartuntatautien vastustamistyön järjestäminen.
— » — 9. 9. 1987 N:o 1925. Lääkkeiden määrääminen ja toimittaminen.
— » — 7. 10. 1987 N:o 1934. Lääkärinlausunto holhousasioissa.
— » — 10. 10. 1990 N:o 1974. Isyyden oikeuslääkinnällinen selvittäminen.
— » — 21. 11. 1990 N:o 1976. Eräiden yleis- ja ohjekirjeiden kumoaminen.
Lönnqvist, Jouko: Mielisairaslaki ja sen tahdosta riippumatonta hoitoa koskeva sisältö. SLL 8/1985 s. 717 ss.
Mahkonen, Sami: Lääkärinlausunto holhous- ja testamenttikysymyksissä. SLL 10/1982 s. 807 ss. (Mahkonen, SLL 1982)
Makkonen, Kaarle: Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. Turku 1965.
Marcusson, Lena: Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala n:o 26. Uppsala 1989.
Merikoski, Veli: Hallinto-oikeudellinen tutkimus yhdistymisvapaudesta. Helsinki 1953. (Merikoski, 1935)
— » — Onko kunta vastuussa toimihenkilöittensä toimenpiteistä aiheutuneista vahingoista? LM 1957 s. 289 ss. (Merikoski, LM 1957)
— » — Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1958. (Merikoski, Vapaa harkinta)
— » — Luentoja huolto-oikeudesta. Toinen lisätty painos. (toim. Tore Modeen) Vammala 1963. (Merikoski, Luentoja)
— » — Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen uusittu painos. Vammala 1968. (Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä)
— » — Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin II. Kolmas painos. Porvoo 1976. (Merikoski II)
Merikoski, Veli — Vilkkonen, Eero: Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I. Seitsemäs painos. Juva 1982.
Miettinen, Martti: Korvattava vahinko ja korvauksen määrä. — Teoksessa Vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 15. Vammala 1975.
Modeen, Tore: Kunnan julkishallinnosta aiheutuva korvausvastuu. Yleiset periaatteet. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 1976:1 s. 72 ss. (Modeen, 1976)
— » — Käsite »julkista valtaa käytettäessä» vahingonkorvauslaissa. LM 1976 s. 411 ss. (Modeen, LM 1976)
— » — Enligt vilka regler ansvarar sjukhus som ägs av kommun eller kommunalförbund för skada som av anställd vållats patient genom vårdlöshet eller oskicklighet? JFT 1977 s. 359 ss. (Modeen, JFT 1977)
— » — Ansvarsprinciperna i skadeståndsmål rörande felaktig medicinsk behandling. JFT 1978 s. 207 ss. (Modeen, JFT 1978)
— » — Om sjukvårdsförhållandet — särskilt om sjukhusvård i specialavgiftsklass. JFT 1979 s. 564 ss. (Modeen, JFT 1979)
— » — Sanktioner i sjukvårdsförhållanden. JFT 1983 s. 14 ss. (Modeen, JFT 1983)

— » — Läkarintygets betydelse i fråga om rätten till dagpenning till följd av sjukdom. SLL 22—23/1984 s. 1858 ss. (Modeen, SLL 1984)
— » — Hälso- och sjukvårdsförhållandet, särskilt beträffande myndighetsutövning. JFT 1991 s. 181 ss. (Modeen, JFT 1991)
Morozzo Della Rocca, F.: The different forms of personal liability of the judge. — Teoksessa Judicial power and public liability for judicial acts. Proceedings of the Fifteenth Colloquy on European Law. Bordeaux, 17—19 June 1985. Strasbourg 1986.
Muukkonen, P.J.: Kauppaoikeus siviilioikeuden osana. LM 1964 s. 958 ss.
Myllymäki, Arvo: Julkistyönantajat ja virkaehtolainsäädäntö. Valtion, kuntien ja evankelisluterilaisen kirkon virkaehtolainsäädäntö ja sen vaikutukset työnantajavaltaan ja virkamiesjärjestöjen asemaan. Jyväskylä 1989.
Mäenpää, Olli: Keskusviraston asema valtionhallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus valtionhallinnon organisaatiosta. Helsinki 1979. (Mäenpää, 1979)
— » — Kunnan hallinto. Tutkimus hallitusmuodosta ja kunnallislaista kunnan hallinnon perustana. Vammala 1981. (Mäenpää, 1981)
— » — Sopiva hallinto. — Teoksessa Juhlajulkaisu Olavi Rytkölä. Turun yliopiston julkaisuja. Sarja C, osa 47. Turku 1984. (Mäenpää, 1984)
— » — Julkisen vallan käyttö sopimuksena. Oikeus 1985 s. 181 ss. (Mäenpää, Oikeus 1985)
— » — Hallintolupa. Vammala 1985.
— » — Lausunto niinsanotun suorakorvausjärjestelmän käyttöönottamisen oikeudellisista edellytyksistä ja vaikutuksista yksityislääkärin oikeudelliseen asemaan. Lääkäriseura Medici Practici ry:lle annettu 29. 1. 1988 päivätty lausunto.
— » — Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Vammala 1989.
— » — Hallinto-oikeus. Juva 1991.
Mäkinen, Timo: Kuka voi olla lahjoman vastaanottaja. — Teoksessa Lahjomat. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 41. Vammala 1984.
Mäkinen, Timo — Laaksonen, Jukka — Vuorinen, Jarmo — Rautio, Ilkka: Virkarikoslainsäädännön uudistaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmistelu-osaston julkaisu 10/1986. Helsinki 1986.
Noll, Peter: Gesetzgebungslehre. Hamburg 1973.
Norri, Matti Olavi: Lääkärin hoitovelvollisuuksien kollisiosta. DL 1972 s. 415 ss.
NOU 1987:23 Retningslinjer for prioriteringer innen norsk helsetjeneste. Otta 1987.
Nuolimaa, R. O.: Henkilöstöä yritysjohtoon. Näkökohtia ns. hallintoedustuslaista. LM 1991 s. 627 ss.
Obermayer, Klaus: Kommentar zum Verwaltungsverfarensgesetz. Luchterhand 1983.
Oesch, Rainer: Lääkärin ja muun terveydenhuoltohenkilöstön sekä sairaanhoitolaitoksen vahingonkorvausvastuu potilaalle sattuneesta vahingosta. JFT 1977 s. 303 ss. (Oesch, JFT 1977)
— » — Lääkärin vahingonkorvausvastuusta ja sen kattamisesta vakuutuksin. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja B 20. Helsinki 1979. (Oesch, Lääkärin vahingonkorvausvastuusta)
Oikeushenkilön rangaistusvastuu. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 13/1987. Helsinki 1987.
Oikeuslääketiede. Raekallio, J., Alha, A., Hirvonen, J., Möttönen, M. (toim.) 3. painos. Porvoo 1981.

Oikeusministeriön yleiskirje 61/4/16/25. 1. 1988. Vangin terveydentilan seuranta.
Olafsson, Olafur: Första nordiska mötet om klagomål i sjukvården. Nordisk medicin 1987:8/9. s. 239.
Oldertz, Carl: Patient- och läkemedelsförsäkringarna. JFT 1981 s. 378 ss.
Oravisto, K. J.: Lääketieteellinen ja oikeudellinen todennäköisyys ja todistettavuus. SLL 15/1984 s. 1302—1303.
Paaso, Ilpo: Lääkärin oikeusasemasta hallinto-oikeuden kannalta. Tampereen yliopisto. Hallintotieteiden laitoksen julkisoikeuden julkaisusarja A 3/1986. Tampere 1986.
Palmunen, Antti: Potilaiden vahinkojen korvaaminen. DL 1987 s. 463 ss.
Palmunen, Antti — Alhola, Pentti: Potilasvakuutus 1. 5. 1987. SLL 13/1987 s. 1298 ss.
Patienters rättigheter. Nordiska Juristmötet 1981. Förhandlingar 29. Del I s. 137—167 ja Del II s. Bil. 8 s. 73—92. Stockholm 1982.
Peczenik, Aleksander: Juridikens metodproblem. 2. painos. Stockholm 1980.
Pekkanen, Raimo: Julkisyhteisön vahingonvastuun toteuttaminen. LM 1983 s. 1038 ss.
Pentikäinen, Teivo: Vakuutusoppi. Kahdeksas uudistettu painos. Porvoo 1984.
Pohjolainen, Teuvo: Eettiset säännöt virkatoimien ohjaajina. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/1986 s. 132 ss. (Pohjolainen, 1986)
— » — Nykyajan perustuslait ja valtiosäännöt. Jyväskylä 1988. (Pohjolainen, 1988)
Posti- ja telehallinnon työjärjestys. Annettu 1. 2. 1982.
Purasmaa, Reijo: Lääkemääräyksiin liittyvät ongelmat. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. s. 99 ss.
Pääesikunnan pysyväismääräys 3. 2. 1986 399/Dbc PElääk-os PMK C 1:3.3. Varusmiehen psykiatriseen hoitoon lähettäminen ja hakeutuminen.
— » — 15. 7. 1987 1887/Dbc PElääk-os PMK 6:12. Hoitoon otto ja erikoismaksuluokka puolustusvoimien sairaaloissa.
Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
Reg. prop. 1985/86:80 om ny förvaltningslag. Stockholm 1986.
Reg. prop. 1989/90:42 om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen. Stockholm 1989.
Rihto, Ahti — Kandolin, Salme — Vuorinen, Jarmo: Ehdotus hallintomenettelylaiksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1979. Helsinki 1979.
Rissanen, Kirsti — Tiili, Virpi — Mäkinen, Pentti: Markkinaoikeuden perusteet. Elinkeino-, kilpailu- ja kuluttajalainsäädäntö. Jyväskylä 1990.
Rodhe, Knut: Lärobok i obligationsrätt. Femte upplagan. Stockholm 1979.
Rosas, Allan: Forskningsprojektet Medelbar offentlig förvaltning. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985. (Rosas, 1985)
— » — Valtion eriytymisestä. — Teoksessa Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961—1986. (toim. Martti Kairinen). Turku 1986. (Rosas, 1986)
— » — Hallinnon harmaa vyöhyke. Hallinnon tutkimus. Vuosikirja 1—1987. (Rosas, 1987)
Rosenthal, Marilynn M.: Dealing with medical malpractice. The British and Swedish experience. London 1987.
Ross, Alf: Om begreberne »stat» og »statorgan» i statsforfatningsretten. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1958 s. 106 ss.

Routamo, Eero: Liikennevahinko. Oikeustieteellinen tutkimus korvausvastuun syntymisestä liikennevakuutuslain perusteella. Porvoo 1967. (Routamo, Liikennevahinko)
— » — Varallisuusvahingon korvaamisen ongelmia. LM 1985 s. 74 ss. (Routamo, LM 1985)
Routamo, Eero — Hoppu, Esko: Suomen vahingonkorvausoikeus. 2. uudistettu painos. Vammala 1988.
Rytkölä, Olavi: Julkisoikeudellinen sopimus. Käsite, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. Vammala 1950. (Rytkölä, Julkisoikeudellinen sopimus)
— » — Virkamies hallinto- ja rikosoikeudellisena käsitteenä. LM 1955 s. 758 ss. (Rytkölä, LM 1955)
— » — Valtion virkamieslaki ja siihen liittyvä lainsäädäntö. Vammala 1987.
Ryynänen, Aimo: Hyvän hallinnon periaatteet kunnallishallinnossa. Helsinki 1988.
Sairausvakuutuksen taksa- ja suorakorvaustyöryhmän muistio. Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistio 1989:8. Helsinki 1989.
Salmela, Reijo: Erikoismaksuluokan käyttö vuonna 1982. SLL 4/1988 s. 276 ss.
Salo, Heikki: Terveydenhoitolaki ja terveydenhuolto. Helsinki 1968.
Saloheimo, Jorma: Oikeustapauskommentti KKO 1987:97 johdosta. LM 1988 s. 877 ss.
Santavuori, Ritva: Lääkemääräyksiin liittyvät ongelmat. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. (Santavuori, 1983a)
— » — Lääkärintodistuksiin liittyvät ongelmat. — Teoksessa Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 36. Vammala 1983. (Santavuori, 1983b)
Saraviita, Ilkka: Muutama sana Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten sitovuudesta. LM 1985 s. 373 ss.
Sarkko, Kaarlo: Työoikeus. Yleinen osa. Kolmas, uudistettu painos. Vammala 1980.
Saxén, Hans: Skadeståndsrätt. Acta Academiae Aboensis, Ser. A. Humaniora. Vol. 50 nr 3. Åbo 1975.
Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtionsisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Jyväskylä 1991.
Schrey, Aarno: Vahingonkorvaukset uudelle pohjalle. SLL 27/1974 s. 2116—2117.
Schuppert, Gunnar Folke: Medelbar offentlig förvaltning i Förbundsrepubliken Tyskland. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985.
Schäffer, Heinz (Hrsg.) Theorie der Rechtssetzung. Wien 1988.
Sinisalo, Kari: Poliisin toimivallan määräytyminen. Tutkimus poliisin vallasta ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Vammala 1971.
Sipilä, Arvo: Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä sekä suhde sosiaaliseen lainsäädäntöön. Helsinki 1938.
Sisula-Tulokas, Lena: Dröjsmålsskador vid passagerartransport. Vammala 1985.
Skegg, P.D.G.: Law, Ethics, and Medicine. Studies in Medical Law. Oxford 1984.
SOU 1968:27 Förvaltningslag. Stockholm 1968.
— » — 1972:1 Ämbetsansvaret II. Stockholm 1972.
— » — 1972:15 Ny regeringsform. Ny riksdagsordning. Stockholm 1972.

Strömberg, Håkan: Myndighet och myndighetsutövning. FT 1972 s. 233 ss. (Strömberg, FT 1972)

— » — Speciell förvaltningrätt. 8. painos. Stockholm 1987. (Strömberg, 1987)

Ståhlberg, K.J.: Järjestysvallan rajoista. LM 1911 s. 151 ss.

— » — Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1928.

Suksi, Markku: Medelbar offentlig förvaltning i de nordiska länderna. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985. (Suksi, 1985)

— » — Välillisen julkisen hallinnon rakenteesta. LM 1988 s. 390 ss. (Suksi, 1988)

Sundby, Nils Kristian: Om normer. Oslo 1974.

Suomalainen sairaalassa. Tampereen yliopisto. Oikeustieteen laitoksen seminaariraportteja 6/1970. Tampere.

Tarukannel, Veijo: Terveydenhoidollinen sijoituslupa. Tampere 1990.

Taxell, Lars Erik: Avtal och rättskydd. Åbo 1972.

Tay, Alice Erh-Soon — Kamenka, Eugene: Kiinan oikeus muinaisdynastioista kulttuurivallankumoukseen. LM 1987 s. 761 ss.

Telaranta, K. A.: Sopimusoikeus. Vammala 1990.

Tidemand-Petersson, Bengt: Laegeansvar. Fredrikshavn 1960.

Tirkkonen, Tauno: Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Viides painos. Porvoo 1981.

Tolonen, Hannu: Yksityinen ja julkinen uuden ajan alun luonnonoikeudessa I ja II. Oikeus 1979 s. 19 ss. (H. Tolonen I), s. 87 ss. (H. Tolonen II)

— » — Valtion juridisesta käsitteellistämisestä sekä julkisoikeudesta ja yksityisoikeudesta. — Teoksessa Suomalaisen oikeusajattelun perusteista. Tutkimusongelmia ja kysymyksenasetteluja. Turku 1982. (H. Tolonen, 1982)

— » — Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. — Teoksessa Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 — 5/11 — 1988. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisut N:o 2. Turku 1988. (H. Tolonen, 1988)

Tolonen, Juha: Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi. Oikeus 1973 s. 11 ss. (J. Tolonen, Oikeus 1973)

— » — Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram. JFT 1973 s. 340 ss. (J. Tolonen, JFT 1973)

— » — Oikeudenmukaisuus ja legitimiteetti. — Teoksessa Studia Juridica 1982. Oikeudenmukaisuudesta. (toim. Jukka Kekkonen) Helsinki 1982. (J. Tolonen, 1982)

— » — Oikeusvaltio ja kaaos. Oikeus 1991 s. 18 ss. (J. Tolonen, 1991)

Tolonen, Paavo: Onko julkisyhteisö erehtymätön ja virkamies erehtyväinen? Lakimiesuutiset 11/1985 s. 28—29.

Tulokas, Mikko: Öljyvahingoista erityisesti aluksista aiheutuvien vahinkojen korvaamisen kannalta. Vammala 1978. (Tulokas)

— » — Julkisyhteisön korvausvastuun erityisestä edellytyksestä. DL 1979 s. 96 ss. (Tulokas, DL 1979)

Tuori, Kaarlo: Valtionhallinnon sivuelinorganisaatioista 1 ja 2. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyyppisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide: Teoreettinen ja historiallinen tausta. 2. nide: Positiivisoikeudelliset tarkastelut. Vammala 1983. (Tuori I ja II)

— » — Oikeus, valta ja demokratia. Mänttä 1990. (Tuori, 1990)

Tähkä, Veikko: Potilas-lääkärisuhde. Helsinki 1977.

Uotila, Jaakko: Päätösvallan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa. Sentralisaation ja desentralisaation oikeudellista taustaa koskeva tutkimus. Vammala 1963. (Uotila, Päätösvalta)

— » — Elinkeinolupa. Vammala 1967. (Uotila, Elinkeinolupa)

Uotila, Jaakko — Laakso, Seppo — Pohjolainen, Teuvo — Vuorinen, Jarmo: Yleishallinto-oikeus pääpiirteittäin. Ilmajoki 1983.

Valtiopäiväasiakirjat vuosilta 1908, 1910, 1926, 1967, 1971, 1973, 1974, 1976, 1981, 1984, 1986, 1988, 1989, 1990, 1991.

Vartola, Juha: Julkisuus, julkisen hallinnon tutkimuksen laiminlyöty alue. Hallinnon tutkimus. Vuosikirja 1/1986. Ilmajoki 1986.

Vasama, Jouko: Sosiaali- ja terveysjärjestöt yksityisinä julkisen vallan käyttäjinä. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985.

Vihervuori, Pekka: Vahingon ja haitan käsitteet ympäristöoikeudessa. — Teoksessa Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961—1986. Toim. Martti Kairinen. Turku 1986.

Viljanen, Pekka: Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosominaisuudesta ja sen merkityksestä. Vammala 1984. (Viljanen)

— » — Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Jyväksylä 1990. (Viljanen, 1990)

Vilkkonen, Eero: Hallintotoimen mitättömyydestä. Vammala 1970. (Vilkkonen, 1970)

— » — Hallintolainkäytön alasta. Tutkimus hallintolainkäytön suhteesta yleiseen lainkäyttöön, ulosottomenettelyyn ja hallintomenettelyyn. Vammala 1973. (Vilkkonen, 1973)

Vinding Kruse, Anders: Erstatningsretten. 5. painos. Gylling 1989.

Vuorinen, Jarmo: Hallintomenettely välillisessä julkisessa hallinnossa. — Teoksessa Inlägg kring medelbar offentlig förvaltning — Puheenvuoroja välillisestä julkisesta hallinnosta. (toim. Rosas, Allan & Suksi, Markku) Meddelanden från stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr 104. Åbo 1985.

Wade, H.V.R.: Administrative Law. Fifth Edition. Oxford 1982.

Weber, Max: The Theory of Social and Economic Organization. London — Edinburgh — Glasgow 1947.

Wetterstein, Peter: Globalbegränsning av sjörättsligt skadeståndsansvar. En skadeståndsrättslig studie. Acta Academiae Aboensis, Ser. A. Humaniora. Vol. 58. Åbo 1980.

Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista. Vammala 1985. (Wilhelmsson, 1985)

— » — Sopimukset keskittyvässä talouselämässä. Oikeus 1985 s. 164 ss. (Wilhelmsson, Oikeus 1985)

— » — Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa — »tuottamusperiaatteen nousu ja tuho». Oikeus 1986 s. 112 ss. (Wilhelmsson, Oikeus 1986)

— » — Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsinki 1987. (Wilhelmsson, 1987)

Willman, Kalle: Yksityisvastaanottotoiminta sairaaloissa. SLL 34/1980 s. 2978—2979

Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio. Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistio 1987:8. Helsinki 1987.

Yksityislääkärit palkkasuhteeseen? SLL 33/1986 s. 3221

Ylikangas, Heikki: Miksi oikeus muuttuu. Laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana. Juva 1983.

Ylöstalo, Matti: Täyden korvauksen periaate ja uusi vahingonkorvauslaki. Urho Kaleva Kekkosen juhlajulkaisu. Helsinki 1975.

Zitting, Simo: Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena. — Teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 — 4/2 — 1987. Vammala 1987.

Ådahl, Henry: Vahingonkorvauslaki ja sen asema vahingonkorvausoikeudessa. — Teoksessa Vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 15. Vammala 1975.

LYHENTEITÄ

A	= asetus
AborttiL	= laki raskauden keskeyttämisestä 24. 3. 1970/239
asiak.	= asiakirjat
BGB	= Das bürgerliche Gesetzbuch (Saksa)
DL	= Defensor Legis
FT	= Förvaltningrättslig Tidskrift
HE	= hallituksen esitys
HM	= Hallitusmuoto 17. 7. 1919/94
HMenL	= hallintomenettelylaki 6. 8. 1982/598
HO	= hovioikeus
JFT	= Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KHO	= korkein hallinto-oikeus
KKO	= korkein oikeus
KM	= komiteanmietintö
Kungl. prop.	= Kungliga Majestäts proposition
L	= laki
LaVM	= lakivaliokunnan mietintö
LH	= lääninhallitus
LKH	= lääkintöhallitus
LM	= Lakimies
Ltk	= laintarkastuskunta
Lvk	= lainvalmistelukunta
LääkäriL	= laki lääkärintoimen harjoittamisesta 14. 7. 1978/562
mom.	= momentti
NOU	= Norges offentlige utredninger
OK	= Oikeudenkäymiskaari tai ohjekirje
OKa	= oikeuskansleri
Reg. prop.	= Regeringens proposition
RL	= Rikoslaki 19. 12. 1889/39
SLL	= Suomen lääkärilehti
SOU	= Statens offentliga utredningar
STH	= sosiaali- ja terveyshallitus
STM	= sosiaali- ja terveysministeriö
SVOL	= laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta 17. 9. 1982/677
TaVM	= talousvaliokunnan mietintö
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
VJ	= Valtiopäiväjärjestys 13. 1. 1928/7
VVirkamL	= Valtion virkamieslaki 24. 10. 1986/755
VirkamVastuuL	= laki valtion vastuunalaisuudesta virkamiehen aikaansaamasta vahingosta 18. 5. 1927/142
YK	= yleiskirje

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimustehtävä

I. Niistä ajoista, jolloin parantajien tehtäviin kuului varsinaisen lääkinnällisen avun antamisen lisäksi mm. hiusten leikkaaminen ja parranajo[1], on ammattikunnan *toimenkuva* olennaisesti muuttunut. Kyse ei kuitenkaan ole ollut pelkästään tehtäväkentän kapeutumisesta tai lääketieteellisen kehityksen mukanaantuomista muutoksista. Muutosta on kuvattu myös sanomalla mm., että kun lääkärin tehtävänä oli aiemmin huolehtia vain potilaastaan, hän joutuu nyt palvelemaan tämän lisäksi *yhteiskuntaa*[2]. Moderni yhteiskunta vaikuttaa todellakin halunneen uskoa kansan parantajille hoidollisen potilastyön ohella keskeisen roolin erilaisten yhteiskunnallisten etujen jakomenettelyssä, mikä näkyy varsin selvästi lääkärintodistuksille ja -lausunnoille muotoutuneessa merkityksessä. Lääkärintyöhön kuuluu nykyään toisaalta suorastaan yhteiskunnallisia parannustehtäviä. Esim. mielisairaanhoidon muodoin lääkäreiden on todettu pitävän huolta paitsi kansalaisten mielenterveydestä myös ns. yhteiskuntahygieniasta[3]. Vastaavasti mm. päihdehuollossa on tärkeäksi suojeltavaksi kohteeksi mielletty päihdeongelmaisen ympäristö. Yhteiskunnallisten etunäkökohtien relevanttius jopa aivan tavanomaisen hoidollisen toiminnan kannalta on ollut viime aikoina mukana julkisessa keskustelussa selvästi aiempaa näkyvämmin.

Niistä ajoista, jolloin parantamistyö ei vielä ollut siirtynyt yhteiskunnan viralliseen kontrolliin, ovat lääkärintoimen *organisatoriset järjestelyt* muuttuneet täydellisesti. Yksityinen lääkärintyö on muuttunut mm. terveydenhuollon viranomaisten valvonnan kohteena olevaksi ammatinharjoittamiseksi ja liiketoimintamuotoiseksi laitostyöksi. Yksityisissä terveydenhuollon laitoksissa lääkärit toimivat nykyään paitsi itsenäisinä ammatinharjoittajina usein työsuhteisina.

---

[1] Ks. *Lavonius* s. 9.

[2] Ks. esim. *Käärik* s. 28.

[3] Ks. esim. *Eskola* s. 63—64 ja *Lehtimaja* s. 73—74. *Ginath* ja *Bar-El*, s. 200, erottelevat vastaavasti myös vallankäytön luonteen: yksilön turvaa toteuttaa »the parental power» ja yhteiskuntaa suojaa »the police power».

Yhteiskunnan otettua päävastuun terveydenhuollon järjestämisestä se on organisoinut julkisen terveydenhuollon lääkärintoimen virkatyönä hoidettavaksi. Lääkärinvirat ovat nykyään valtaosaltaan kunnallisia, joskin on syytä mainita, että puolustusvoimissa ja vankeinhoitolaitoksessa lääkärintointa harjoitetaan myös valtion viroissa. Sanottujen organisatoristen perusmuotojen lisäksi on olemassa useantyyppisiä lääkärintoimen erityisjärjestelyjä sekä yksityisen ja julkisen terveydenhuollon yhteistoimintamuotoja. Kaiken kaikkiaan lääkärintoimen organisatoristen järjestelyjen voidaan todeta muodostavan varsin heterogeenisen kokonaisuuden.

Tämän tutkimuksen tehtäväksi on asetettu asianmukaisen vahingonkorvaussäännöstön osoittaminen erilaisiin lääkärintoimen vahinkotilanteisiin. Työn ongelmat eivät kuitenkaan nouse kokonaisuudessaan lääkärikunnan tehtävien kirjavuudesta tai lääkärintoimen organisatoristen järjestelyjen monimuotoisuudesta. Epäselvyydet aiheutuvat itse asiassa vasta siitä, että *myös moderni vahingonkorvausnormisto on monitahoinen.* Tämän päivän vahingonkorvausongelmat eivät tietysti voisikaan ratketa tyydyttävästi sellaisilla säännöillä, joissa vain yksioikoisesti todettaisiin syyllisen vahingonkorvausvelvollisuus. Yhteiskunta ja sen toimintamuodot ovat nykypäivänä niin kompleksisia, ettei vahinkojen korvaamiseen liittyvää päätöksentekoa yksinkertaisesti ole voitu jättää yksittäistapauksittaisesti tuomioistuinten harkinnan varaan[4]. Mielivaltaisuuksien välttämiseksi eri tilanteita varten on pyritty asettamaan juuri niihin sisällöltään sopiviksi arvioituja korvaussäännöksiä. Koska lainsäätäjä käsittelee yhteiskunnallisia ongelmia yleisellä tasolla, edellyttää yksittäistapauksellinen vahingonkorvausjärjestely vahinkotapausten ja normien tarkkaa analyysia. Usein jo itsessään vaikeasti miellettävät vahinkotilanteet on sovitettava kulloinkin perustelluimmin käyvän korvausnormiston alaan. Tähän tehtävään on oikeustieteellä annettavanaan hyödyllistä apua.

II. Vuonna 1987 voimaantullut *potilasvahinkolaki (585/86)* koskee suurta osaa terveydenhuollon vahinkotilanteista. Laki ei kuitenkaan sovellu kaikkiin terveyden- ja sairaanhoidon vahinkoihin, vaan esim. osa juuri lääkärivastuutilanteista jää sen soveltamisalan ulkopuolelle. PotilasvahinkoL:n tarkoittaman korvausvelvollisuuden piiriin kuuluvat ainoastaan lain 1 §:ssä tarkoitetut henkilövahingot, jotka kvalifioidaan lähemmin lain 2 §:ssä. Potilaalle aiheutuneen vahingon korvattavuutta on nimenomaisesti rajoitettu myös lain 3 §:n sään-

[4] Tosin jo roomalaisille juristeille yhteiskunnan rakenteelliset tekijät tuottivat asiassa melkoista päänvaivaa. Kyse tuolloin oli kuitenkin luokkayhteiskunnasta johtuvista pulmallisuuksista. Ks. lähemmin *Klami,* DL 1967 passim.

nöksellä, jonka mukaan korvausvelvollisuus koskee pelkästään vähäistä suurempia vahinkoja.

PotilasvahinkoL:n soveltamisalan ulkopuolella korvauskysymys on ratkaistava ns. *yleisten vahingonkorvaussääntöjen* nojalla. Tällöin tullaan *rikkomusvastuuta* ja *sopimusvastuuta* koskevaan jaotteluun. Kun jälkimmäisen piirissä korvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää sopimusrikkomusta, aktualisoituu se edellisen osalta suoraan lain säännösten perusteella[5]. Ulkokontrahdillisen vahingonkorvausoikeuden yleislaki on vuonna 1974 säädetty *vahingonkorvauslaki (412/74 VahKL);* sopimussuhteiden vahingonkorvauskysymyksiä sääntelevät puolestaan *sopimusoikeudelliset vahingonkorvausperiaatteet.* Lääkärintoimen vahinkotapauksessa korvauskysymyksen ratkaiseminen jommankumman normiston mukaisesti vaikuttaa mm. vahingonkärsineen korvausturvan laajuuteen. Toisin kuin sopimussuhteissa ulkokontrahdillisissa oikeussuhteissa pelkkää taloudellista menetystä eli ns. puhdasta varallisuusvahinkoa ei pääsäännön mukaan korvata; poikkeusasemassa on esim. julkisen vallan käyttämisestä johtunut vahinko.

Kahden viimeksi mainitun normiston perinteistä soveltamisalaa silmälläpitäen voidaan jo tässä vaiheessa pelkistäen sanoa, että *lääkäri — potilas-suhde* on viime vuosina käsitetty varsin yleisesti yksityisen lääkärintoimen osalta sopimussuhteeksi ja julkisen terveydenhuollon alalla ulkokontrahdilliseksi suhteeksi[6]. Jo edellä esitetyn lääkärintoimen organisatoristen järjestelyjen kuvauksen perusteella on aiheellista todeta, että sanotunlaisen kaksijakoisuuden varaan pitäytyvä ajattelutapa ei ilmeisesti ota riittävästi huomioon terveydenhuollon nykyisiä rakenteita ja on sellaisena liiaksi oikeudellista ajattelua yksinkertaistava. Lisäksi on huomattava, että organisatorisille rakenteille perustuva kategorisointi ja siihen nojaava päättely sivuuttaa *toiminnallis-sisällölliset näkökohdat.* Nykyään ei enää kuitenkaan voitane lähteä apriorisesti siitä, että potilaan vahinko ei saata aiheutua sellaisesta virkalääkärin ja potilaan »välipuheesta», johon ei koskaan olisi mahdollista liittää sopimusoikeudellista vahingonkorvausjärjestelyä, tai että yksityislääkärin vahingonaiheuttava menettely olisi aina sopimusrikkomuksen seurausta, eikä sellaisena voisi tulla milloinkaan korvattavaksi VahKL:n säännösten mukaisesti.

Päähuomio käsilläolevassa tutkimuksessa suunnataan VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten sovellettavuuteen. Tätä valintaa voidaan pe-

[5] Puhe rikkomusvastuusta ulkokontrahdillisen vastuun muotona on yleiskielen valossa sikäli harhaanjohtavaa, että on luontevampaa selittää rikkomukseksi osapuolen laiminlyönti sopimussuhteessa kuin nimittää sellaiseksi esim. ulkokontrahdillista varomattomuutta.

[6] Ks. lähemmin tuonnempana jakso 4.2.2.

rustella yhtäältä sillä, että vastaavaa ei lääkärintoimen vastuuta laajemmalti selvitettäessä ole koskaan aiemmin tehty. Toisaalta sen tekee asianmukaiseksi se, että yhteiskuntatieteissä juuri oikeustieteen alalla on sangen pitkään sivuutettu vallankäytön tarkastelutapa, joka pyrkii pelkistämään toiminnallisten kulissien taakse kätkeytyvän vallan. Kyseisenlaisen näkökulman avaaminen nimenomaan lääkärintoimen suuntaan on perusteltua sekä yllä todetun ko. ammattikunnan toiminnan nykyisen yhteiskunnallisen merkityksen vuoksi että vallitsevien terveydenhuollon toimintojen vastuuta koskevien käsitysten johdosta. Lääkärintoimen vallankäytölliset toimet on nimittäin perinteisesti »eristetty» varsinaisista hoidollisista toimenpiteistä. Julkisen vallan käyttämiseksi on varmuudella tulkittu lähinnä vain pakkohoitoa koskeva päätöksenteko. Myös oikeustieteessä on tullut aika kiinnittää huomiota senkaltaisiin seikkoihin, että lääkärit käyttävät usein valtaa muille viranomaisille kuuluvan toimivallan »varjossa», ja että jopa aivan tavanomaiseen, tosiasialliseksi toiminnaksi luonnehdittuun hoitoon liittyy vallankäyttöä, joka eri syistä johtuen katoaa hoitosuhteen »huokosiin». Näissä vallankäyttötilanteissa vahinko on varsin usein — kuten tuonnempana lähemmin osoitetaan — ns. puhdas varallisuusvahinko, joka VahKL:n mukaan korvataan vain tietyissä erityistapauksissa.

Jo tässä yhteydessä on syytä korostaa, että mainittua tutkimusongelmaa ei ole mahdollista ratkaista »deduktiivisesti» sen enempää julkisen vallan käyttämisen kuin lääkärintoimenkaan suunnasta. Tutkimukselta on edellytettävä suhteellisen seikkaperäistä näihin kahteen toimintamuotoon kohdistuvaa analyysiä.

III. VahKL:ssa tarkoitettu julkisen vallan käyttämiseen liittyvä korvausvastuu ei käytännön vahinkotapauksissa tule aina ensimmäisenä sovellettavuusarvioinnin kohteeksi. Sitä paitsi on monia vahinkotilanteita, joissa VahKL:iin ei ylipäätään ole tarvetta turvautua. Tietyllä tavalla esikysymyksenluonteisesti tutkimuksessa on kiinnitettävä huomiota PotilasvahinkoL:n soveltamisalaan. Tätä edellyttää ennen muuta laintulkinnassa vanhastaan noudatettu maksiimi lex specialis derogat legi generali. Toisaalta myöskään VahKL:n soveltaminen ei ole aivan puhdaspiirteisen lex generaliksen käyttöä[7], sillä lain 1:1:n mukaan pääsääntönä on säädöksen soveltumattomuus sopimussuhteisiin. Tämä näyttäisi — ainakin lähtökohtaisesti — edellyttävän sopimussuhteeksi luonnehdittavien hoitotilanteiden sijoittamista VahKL:n sääntelypiirin ulottumattomiin.

Julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten soveltamisalan hahmottamisen esivaihe saatetaan yllä olevan mukaisesti mieltää olevan toteutettavissa

[7] Vrt. *Ådahl* s. 17—18.

eräänlaisen suodatustapahtuman muodossa. Ne vahinkotapaukset, jotka eivät tartu systeemissä ensiksi käytettäviin suodattimiin, voidaan asettaa VahKL:n säännösten sovellettavuusarvioinnin kohteeksi. PotilasvahinkoL:n tällainen suodatinasema osoittautuu kiistattomaksi jo prima facie. Sen sovellettavuuden kannalta on periaatteessa täysin yhdentekevää, onko vahinko sattunut julkisen vallankäytön vai muunlaisten toimintojen yhteydessä. Sen sijaan sopimusvastuun suodatinasema ei ole aivan näin yksiselitteinen. Sen soveltamisalan rajanvetohan olisi itse asiassa mahdollista käydä tavallaan samalla tasolla tai samanaikaisesti VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten käyttöalan hahmottelun kanssa.

Kuitenkin myös sopimusvastuun soveltamisalan hahmotus tehdään tutkimuksessa erillistarkastelussa, ennen työn pääongelman lopullista selvitystä. Pidän tätä perusteltuna ensiksikin sen vuoksi, että lääkärintoimen sopimusvastuuta koskeva diskurssi muodostaa kokonaisuuden, jonka mieltäminen käy kunnolla vain siihen nimenomaisesti paneutuen. Toiseksi hallintosopimuksia koskevan opin nykytilassa kysymys eri vahingonkorvausnormien käyttömahdollisuudesta viranomaisten sopimustoiminnan vahinkotapauksissa on käynyt aiempaa ajankohtaisemmaksi. Tämän ongelman huomioonotto yhtäältä klassisen sopimusvastuun ja toisaalta VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten kannalta edellyttää mainitunlaista työjärjestelyä.

Kun VahKL:n julkisen vallan käyttämistä koskevien säännöksien soveltamisalaa tutkittaessa vahingonkorvausnormistoa joudutaan joka tapauksessa havainnoimaan laajemmalti, on luonnollista ottaa tarkasteluun kuvatulla tavalla suurempi aiheeseen kuuluva kysymysryhmä. Taustaltaan laajempana työn problematiikka sitäpaitsi muodostaa jäntevän ja tieteellisesti kiinnostavan kokonaisuuden. Samalla tutkimus muodostaa laajahkon puheenvuoron yksityisoikeuden ja julkisoikeuden suhteesta käytävään keskusteluun.

IV. Yllä sanotun valossa on luonnollista, että tutkimustyö kohdennetaan VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevista säännöksistä erityisesti vain tämän toiminnan vahinkotilanteita järjestävään sääntelyyn. Selvityksen ulkopuolelle jää siten esim. VahKL:n 3:6:n sisältämän sovittelusäännöksen ja 6:1:n vahingonkärsineen myötävaikutusta sääntelevän normin sovellettavuustarkastelut; olkoonkin, että lainkohtiin saatetaan joutua turvautumaan muun ohella julkisen vallankäytön vahinkotapauksissa. Toisaalta tutkimustehtävän kietominen juuri julkisen vallan käyttämisen käsitteen ja ilmiön ympärille merkitsee sitä, että työssä ei ole tarkoituksenmukaista perinpohjin paneutua eräissä julkisen vallankäytön vahinkotilanteissa vahingonkärsineen korvaus- ja kanneoikeutta rajoittavien VahKL:n 3:4:n ja 5:n tai varsinaisen hallintohenkilökun-

nan ulkopuolisen julkisen vallan käyttämiseen oikeutetun henkilöstön regressivastuuta sääntelevän 4:2.4:n (L 1423/91) soveltamisalan tutkimiseen. Tämä ei tarkoita, etteikö näitä lainkohtia voitaisi ottaa tutkimuksessa missään kohden huomioon.

Käsillä olevan tutkimuksen keskiössä on *VahKL:n 3 luvun 2 §:n 1 momentti.* Tämän huomion johdosta on aiheellista ottaa esille pari näkökohtaa. Ensinnäkin ko. lainkohta sisältää vahingonkorvauksen suorittamiseen *velvoittavan* normin, jonka soveltamisala eroaa VahKL:n muista tietyssä mielessä vastaavalla tavalla velvoittavista säännöksistä — 2:1.1:stä ja 3:1:stä — sillä perusteella, että ainoastaan se on nimenomaisesti määritelty koskemaan julkisen vallankäytön vahinkotilanteita[8]. Ko. säännös on ikäänkuin tarkasteltavanaolevan korvausjärjestelyn *avain.* Silloin, kun sen sovellettavuus kyetään perustelemaan, siirrytään samalla muiden VahKL:n julkisen vallankäytön vahinkotilanteita sääntelevien normien vaikutuspiiriin. On kuitenkin painotettava, että kyseistä avainta ei saateta käyttää tuntematta sitä järjestelmää, jonka käyttöönotosta on kyse. Siihen kätkeytyy osa avaimen käyttösäännöistä.

Toiseksi huomautus VahKL:n 3:2:n keskeisestä merkityksestä antaa aiheen eräänlaiseen *varaukseen.* Käsillä ei ole vain minkä tahansa yhden, »sattumalta» tiettynä aikana voimassaolevan säännöksen tulkintaa koskeva selvitys. Julkista vallankäyttöä koskeva vastuu ja sitä jäsentävät periaatteet ovat merkittävältä osalta jostakin etäämpää johdettavia. Tarkastelun keskiössä olevan lainkohdan tutkiminen tuo siten muun ohella selvyyttä siihen, kuinka aikamme lainsäätäjä on onnistunut työssään. Tämä ei tarkoita, että lainkohta vahingonkorvausvastuun järjestävänä normiperustana asiallisesti arvioiden sivuutettaisiin. Juuri lainsäädännön tasolla täsmennetään ko. vastuun sisältö, ala ja merkitys yksityiskohdissaan. Julkisen vallan käyttämiseen liittyvän vastuun mieltäminen vain yhden lakipykälän varassa määräytyväksi olisi kuitenkin kohtalokas erehdys, joka jo lähtökohdiltaan vääristäisi asiaa koskevaa selvitystyötä.

V. Meillä on joitakin erityislainsäädäntöön sijoitettuja vahingonkorvaussäännöksiä, jotka saatetaan mieltää eräällä tavalla »lähelle» lääkärintoimen vastuuta. Tällaisia säännöksiä on *KauppaL:ssa (355/87), TuotevastuuL:ssa (694/90)* ja *KuluttajansuojaL:ssa (38/78).* Näiden lakien korvausnormit eivät kuitenkaan välittömästi koske lääkärintoimen vahinkotilanteita joko säädösten soveltamisalan vuoksi tai siksi, että korvaussäännöksissä ei ole järjestetty korvausturvaa sen tyyppisten vahinkojen varalta, joita lääkärintyöstä voi aiheutua.

[8] Ks. myös *Routamo,* LM 1985 s. 74 ss.

Joissakin erityistapauksissa lääkärintoimen korvausvastuu saattaa kuitenkin olla mahdollista perustaa *HenkilörekisteriL:n (471/87) 42 §:ään*. Tämä voi tulla kyseeseen varsinkin eräissä salassapitovelvollisuuden rikkomistapauksissa. Säännöksen mukaan rekisterinpitäjä on korvausvelvollinen vahingosta, »joka rekisteröidylle on aiheutunut virheellisen tiedon käytöstä tai luovutuksesta taikka siitä, että tiedon käyttö tai luovutus on ollut lainvastaista». Lääkärikunnan hallussa olevia lainkohdan tarkoittamia rekisteritietoja sisältävät lain 7 §:ssä mainitut lääkärintoimeen kuuluvat potilasasiakirjat. Po. lainkohdan mukaan tulevat korvattaviksi taloudelliset menetykset ja vähäistä suuremmat kärsimykset.

HenkilörekisteriL:n korvaussäännöksen voitaneen olettaa jossain määrin vaikuttavan muun ohella VahKL:n julkisen vallankäyttöä koskevien säännösten soveltamismahdollisuuteen. Ei näet ole harvinaista, että lääkärikunta käyttää kansalaisiin monenlaisia valtuuksiaan juuri näistä rekisteröimiään potilastietoja hyväksikäyttäen.[9] Koska lainkohta koskettaa lääkärivastuutilanteista vain erästä erityistä osaa, ja koska se ei oikeastaan ehdottomasti sulje pois muiden vahingonkorvausnormien sovellettavuutta, en pidä asianmukaisena ryhtyä seikkaperäisemmin hahmottamaan sen soveltamisalaa. Sen laajamittainen käsittely vain suotta sekavoittaisi muutoin yhtenäistä tutkimuksen problematiikkaa.

Tässä yhteydessä ansaitsee ehkä maininnan myös huomio, joka koskee *kahta palvelussuhdelajia* ja niiden sääntelyä. Periaatteellisena lähtökohtana on ollut, että yksityisoikeudellista työsuhdetta sääntelevää normistoa ei sovelleta julkisoikeudellisiin virkasuhteisiin ja vastaavasti virkasuhteiden sääntely pidetään erillään työsuhteiden oikeudellisista ongelmista. Expressis verbis tämä rajanveto tehdään lainsäädännössä TyösopimusL:ssa (320/70) seuraavasti: »Tätä lakia ei ole sovellettava sopimuksiin, jotka tarkoittavat julkisoikeudellisen virka- tai palvelusvelvollisuuden täyttämistä.» (1.3 §) Idea on toteutettu vahingonkorvausvastuun osalta siten, että TyösopimusL:n 51 §:ään ja valtion virkamieslain (755/86) 64 §:ään on sisällytetty erilliset vahingonkorvaussäännökset. Koska nämä lainkohdat sääntelevät lähinnä palvelussuhteen sisäisiä korvauskysymyksiä, ei tässä tutkimuksessa, jonka problematiikka koskee lääkärintoimesta *potilaille/asiakkaille ja muille palvelussuhteeseen nähden ulkopuolisille* aiheutu-

[9] Toisaalta ei liene kuitenkaan aivan selvää, että kaikissa lääkärintoimen julkisen vallankäytön vahinkotapauksissa, joihin myös HenkilörekisteriL:n 42 § näyttäisi sanamuotonsa perusteella soveltuvan, jutun ratkaisuperustaksi otettaisiin nimenomaan tai pelkästään tämä normi. Julkisen vallankäytön normistoakin on nimittäin mahdollista pitää eräänlaisena lex specialiksena ja sen soveltamiseen saattaa liittyä tiettyjä merkityksiä, joita konkreettista vahinkotapausta käsiteltäessä ei voida pitää asianmukaisena sivuuttaa.

neiden vahinkojen korvaamista, ole tarpeen kiinnittää säännöksiin enempää huomiota. Yleisemminkin tosin voidaan sanoa, ettei palvelussuhteen luonteella sinänsä ole juurikaan suoranaisesti merkitystä julkisen vallan käyttämiseen liittyvän korvausvastuun problematiikkaa koskevassa selvitystyössä.

VI. Käsillä olevan tutkimuksen *systematiikka* rakentuu yhtäältä sen lähtökohdan varaan, että työssä pyritään osoittamaan erityisesti julkisen vallankäytön vahinkotilanteita sääntelevän korvausnormiston soveltamisala, mikä — kuten aiemmin todettiin — edellyttää välttämättömästi ensiksi PotilasvahinkoL:n ja sopimusoikeudellisten vahingonkorvausperiaatteiden soveltamisalan määrittelyä; siis sen selvittämistä, millaisissa lääkärintoimen vahinkotilanteissa po. kysymyksenasettely ylipäätään saattaa aktualisoitua. Toisaalta tutkimuksen jäsentämiseen on vaikuttanut se, että asetettua tutkimusongemaa ei ole katsottu voitavan käsitellä yksinomaan puhtaan oikeusdogmatiikan tai tietynlaisen »laintulkintatekniikan» varassa. Tutkimustyön aikana on osoittautunut tarpeelliseksi tutustua myös tulkinnan kohteena olevien säännöstöjen syntyä ja sisältöä selittävään taustaan ja tavoitteistoon sekä näiden adekvaattisuuteen soveltamisarvioinnin piiriin kuuluvien ilmiöiden kannalta. Kyseiset ilmiöt on tutkimuksessa mielletty puolestaan sellaiseksi toimintakentäksi, joiden tarkastelun perusteella vasta lainsäädäntöratkaisun ja sitä koskevan tulkinnan (juridisen toimintamallin) asianmukaisuus on pidetty mahdollisena arvioida. Yhteiskuntatodellisuutta joudutaan työssä havainnoimaan näinollen suhteellisen laajalti sosiaalisena ja historiallisena ilmiönä.

Johdantoluvussa tuonnempana tutkimusta taustoittavien ja paikantavien erittelyjen sekä sitä koskevien teoreettisten käsitysten hahmottamisen jälkeen työn 2. luku aloitetaan vahingon analyysillä. Sen täydellinen sivuuttaminen vahingonkorvausoikeudellisessa tutkimuksessa lienee yleisemminkin ottaen vain harvoin perusteltua. Pessimistiset havainnot oikeusnormien soveltamista varten käyvän vahingon määrittelyn vaikeudesta lienevät kuitenkin vaikuttaneet siten, ettei vahinko-käsitteen hahmottamiseen eikä sen ongelmiin ole aina tilaa paljoa uhrattu[10]. Kun tutkimus suunnataan lääkärintoimesta potilaille aiheutuvien vahinkojen korvausjärjestelmän selvittelyyn, kohdataan työssä väistämättömästi kysymys, mitä lääkärintoimen harjoittaminen on. Sen käsittelyn yhteydessä mm. lääkäri — potilas-suhteen analyysi muotoutuu sivuuttamattomaksi tehtäväksi. Vahinkoa ja lääkärintointa koskevien jaksojen jälkeen työssä pyritään osoittamaan, millaisia vahinkoja lääkärintoimesta aiheutuu. Toiseen lukuun sisällytetään myös eri vahingonkorvauksen vastuumuotojen tarkastelu yhteiskunnan ja siinä vallitsevan ajattelutavan muutoksen ilmentymä-

[10] Ks. esim. *Routamo,* Liikennevahinko s. 5.

nä, jotta sen jälkeen on mahdollista alustavasti yleisellä tasolla arvioida eri vastuumuotojen käytön perusteltavuutta lääkärintoimen vahinkojen korvausnormistona.

Kolmannessa luvussa tarkasteluun käydään aluksi yleisesti yhteiskunnallisen vallankäytön näkökulmasta, jonka jälkeen huomio suunnataan sen oikeudellisesti kvalifioituun muotoon, julkisen vallan käyttämiseen. Esityksen tarkoituksena on osoittaa julkisen vallankäytön ilmenemismuotojen ja käsitteen määrittelyn vaikeus sekä asiaan liittyvät rajanveto-ongelmat. Lisäksi tässä luvussa kuvataan ko. käsitettä paitsi vahingonkorvausoikeuden myös hallinto- ja rikosoikeuden doktrinaarista ja lainsäädännöllistä taustaa vasten. Näissä tarkasteluissa on pyrkimyksenä valottaa julkisen vallankäytön tulkinnan kiinnekohtia eri oikeudenaloilla ja näin taustoittaa käsitteen vahingonkorvausoikeudellista tulkintaa.

Neljännessä luvussa huomion kohteena on PotilasvahinkoL:n ja sopimusoikeudellisten vahingonkorvausperiaatteiden soveltamisala lääkärintoimen vahinkojen korvaamisen perustana. Tavoitteena on muodostaa käsitys siitä, missä määrin julkisen vallan käyttämiseen liittyvän korvausvastuun normiston soveltamiseen on lääkärivastuutilanteissa ylipäätään tarvetta. PotilasvahinkoL:n osalta tarkasteluun otetaan kaikki sellaiset säännökset, jotka johtavat laissa säännellyn korvausjärjestelyn käyttömahdollisuuden estymiseen tai rajoittumiseen. Sopimusvastuuperiaatteiden sovellettavuutta selvitettäessä tärkeäksi analysointikohteeksi nousee joukko hoidon sopimusluonnetta vastaanpuhuviksi käsitettyjä näkökohtia. Tarkastelussa otetaan huomioon myös lääkäritoimen organisatoriset perusmuodot sekä eräitä erityisjärjestelyjä.

Tutkimuksen viidennessä luvussa käydään »konkreettisesti» käsiksi ongelmaan julkisen vallankäytön vahinkotilanteita sääntelevän korvausnormiston soveltamisalasta erilaisissa lääkärivastuutilanteissa. Lääkärintoimi jäsennetään esityksessä osa-alueisiinsa, joita kutakin arvioidaan sitä silmälläpitäen, saatetaanko niissä havaita muodostuvan sellainen vastuun perustavien elementtien yhdistelmä, jota VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuus edellyttää. Tässä tarkastelussa on keskeiseltä osaltaan kyse toiminnan vallankäytöllisten vaikutusten analyysistä.

Työn päättävässä kuudennessa luvussa julkisen vallankäytön vastuusäännöstön sovellettavuuteen kohdistunutta tutkimusprosessia kootaan yhteen lähinnä siinä mielessä ja laajuudessa, että sen tuloksia on mahdollista arvioida lyhyesti ex post. Tavoitteena on ymmärtää ja vielä hiukan selittää aiempaa tekstiä, jotta voitaisiin esittää myös muutamia näkökohtia järjestelmän kehittämiseksi de lege ferenda.

VII. Tutkimuksen perusproblematiikka on *oikeusdogmaattinen* ja tutkimustyö taustoitetaan teoreettisesti juuri tältä pohjalta[11]. Toisaalta ylläkuvatunkaltainen tutkimusongelman tai -haasteen mieltäminen sävyttää esitystä varsinaisesti lainoppiin kuulumattomilla jaksoilla. Tällaisina on mainittava ennen muuta *teoreettisen lainopin* alaan luettavat osat. Näitä sisältyy erityisesti tutkimuksen teoreettisia sitoumuksia ja metodia koskevien tarkastelujen yhteyteen sekä julkisen vallankäytön tulkintaa, sen rajoja ja mahdollisuuksia koskeviin selvityksiin. Teoreettisen lainopin otteen voitaneen katsoa olevan jossain määrin mukana myös eräissä työn oikeusdogmaattisissa osissa. Lisäksi tutkimukseen kuuluu jaksoja, joilla on tiettyjä kytkentöjä esim. sosiologian doktriiniin. Oikeustieteen sisältä ko. tutkimusjaksojen viitteeksi voidaan nimetä *lainsäädäntöteoria.*[12] Sanotunlaista tarkastelua käydään varsinkin työn toisen luvun lop-

---

[11] Kun tutkimuksen sanotaan olevan lainopillinen, on tavanmukaista täsmentää sen metodia toteamalla esim., että työssä pyritään oikeussääntöjä ja -periaatteita selvittäen ja tulkiten muodostamaan systemaattinen kokonaiskuva tarkasteltavana olevasta kohteesta. Tähän liittyy se, että lain soveltamisella ymmärretään usein nimenomaan sen tarkoittamien seuraamusten käyttöä. Esim. Kaarle Makkonen on väitöskirjassaan korostanut kaiken oikeudellisen toiminnan peruskysymyksen olevan siinä, mitkä ovat annetut tosiasiat ja mitä seuraamuksia oikeusjärjestys liittää näihin tosiasioihin; *Makkonen,* 1965 esim. s. 25. Oikeudellisten sääntöjen soveltamisena ei aina oltaisi halukkaita pitämään tulkintatapahtuman varhaisinta osuutta, ellei se johda seuraamusten käyttämiseen. Lainopilliseen tulkintatoimintaan kuuluu silti epäilyksittä myös pelkästään oikeustosiseikastoa koskevien epäselvyyksien ratkominen; ks. esim. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 63. Sitä paitsi lainsoveltamistapahtuman tarkastelussa ylläolevankaltaisen ankaran dualismin saatetaan sanoa olevan siinä mielessä yleisesti ottaen perusteeton, että kokonaisharkintainen laintulkinta edellyttää jo alunalkaen ainakin jossain määrin kiinnitettävän huomiota myös erilaisten valintojen seurauksiin. Ks. esim. *Laakso,* 1990 s. 58—59. Toisaalta voidaan huomauttaa, että esim. *Kelsen,* s. 352—353, katsoi aikanaan, että valinta, joka kohdistuu laintulkinnan tuloksena pelkistyneisiin oikeudellisesti mahdollisiin seuraamusvaihtoehtoihin, ei kuulu oikeustieteelliseen tulkintatoimintaan, vaan oikeuspolitiikkaan. Hänen mukaansa: »Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen.» Mm. näin pelkistyvän puhtaan oikeusopin erittelystä ks. *Laakso,* esim. 1980 s. 225. Ks. myös *Tuorin,* 1990 s. 14, tulkinta Weberin formaalisrationaalisen oikeuden autonomiasta.

[12] Lainsäädäntöteoriassa on kyse oikeuspolitiikan teoriasta ja metodologiasta, jossa askaroidaan ennen kaikkea tavoite — keino-kysymysten parissa; *Schäffer* s. 32. Siinä kiinnitetään huomiota lainsäädännön lähtökohtiin, tavoitteisiin ja vaikutuksiin, sekä pyritään osoittamaan oikeusnormien, tosiasiallisten olosuhteiden ja yhteiskuntapoliittisten päämäärien välinen jännite; *Noll* s. 37. Suomessa tällä alueella tehty teoreettinen jäsennystyö on yleensä ottaen vielä suhteellisen nuorta. Varhaisimmin sanotun työn tarve lienee havaittu saksalaisessa oikeustieteessä. Siellä voidaan viitata ajassa taaksepäin ainakin vuoteen 1921, jolloin saksalainen verojuristi *Kurt Ball* esitti asiasta mm. seuraavaa: »Es fehlt die wissenschaftliche Lehre von der guten Gesetzgebung. Nur an seinen Fehlern kann man lernen. Keine Zeit war so geeignet, diese Lehre auszubilden, wie die unsere.» *Noll* s. 9. Laajamittaisinta lainsäädäntöteorian kehittely lienee nykyäänkin Keski-Euroopan saksalaisella kielialueella.

pupuolella, johon sisältyvät selvitykset ovat osittain luonnehdittavissa myös *oikeushistoriallisiksi.* Tutkimuksen metodiin tulee erityisesti tältä osin mukaan käytettyihin lähteisiin kohdistuva *sisällönanalyysi* ja siihen nojautuva *evaluointi*[13].

1.2. Työn suhde välillistä julkista hallintoa koskevaan tutkimukseen

I. Maassamme aloitettiin viime vuosikymmenen alkupuolella varsin laajamittainen, näkyvästi kansainvälisiin yhteyksiin yltänyt, välillistä julkista hallintoa selvittävä tutkimusprojekti *(MOF-projekti).* Projektityön lähtökohtana oli havainto, että suhteellisen yhtenäisesti säännellyn ja hyvin tunnetun valtionhallinnon ja kunnallishallinnon sekä siihen verrattavissa olevan muun itsehallinnon rinnalle oli noussut »kolmas» julkisen hallinnon muoto, ilman että sen yhteiskunnallisia ja oikeudellisia seurauksia oltiin kunnolla ehditty arvioida[14]. Tältä perustalta välillisestä julkisesta hallinnosta ryhdyttiin hahmottamaan *systemaattista kokonaiskuvaa.*

Välillisen julkisen hallinnon alan täsmentämisen muodolliseksi lähtökohdaksi projekti omaksui *oikeussubjektiviteetin.* Sen mukaisesti välillisen julkisen hallinnon yksikkönä katsottiin voivan tulla kysymykseen vain valtiosta, kunnasta tai muusta vastaavasta itsehallintoyhdyskunnasta erillinen juridinen tai fyysinen henkilö. Projektin tutkimuskohde ryhmiteltiin alustavasti seuraavalla — osin saksalaisperäisellä — HMenL:n 3.3 §:ää mukailevalla nelijaottelulla:

— itsenäiset julkisoikeudelliset laitokset
— julkisoikeudelliset yhdistykset
— erityisasemassa olevat valtionyhtiöt
— yksityiset

Näin muotoiltua projektityön perustaa pidettiin siis vain lähtökohtana. Nimenomaisesti on tullut esille sekä kyseiseen luokitteluun että oikeushenkilökriteeriin liittyvät ongelmat[15]. Nelikantaisen kategorisoinnin sijaan on esitet-

[13] Vrt. *Kultalahti,* joka laajahkon empirismin mahdollisuuksia lainopissa koskevan tarkastelun (s. 78 ss.) päätteeksi (s. 95) korostaa perusteltuna keskeisenä lähestymistapana eri oikeuslähteisiin kohdistuvaa sisällönanalyysiä.

[14] Pohjoismaiden välillistä julkista hallintoa koskevassa vertailussaan *Suksi,* 1985 s. 84, toteaa tämän hallinnon muodon paisuneen kaikkein laajimmaksi juuri Suomessa. Toisaalta kansainvälisemmässä vertailussa välillisen julkisen hallinnon suhteellinen tärkeys ja ala osoittautuu meillä selvästi vähäisemmäksi kuin esim. Ison-Britannian ja Italian hallintojärjestelmissä; ks. *Indirect Public Administration* s. 100.

[15] *Rosas,* 1987 s. 44, *Suksi,* 1988 s. 391 ss. Ks. myös esim. *Kulla* s. 107 ja *Tuori II* s. 617.

ty esim. kolmiluokittelua julkisiin, erityisiin ja yksityisiin yksiköihin perustellen sen paremmuutta mm. siinä suhteessa, että se olisi relevantti ja suuntaa antava hallinto-oikeudellisen lainsäädännön sovellettavuuteen nähden sekä siinä mielessä, kuinka riippuvaisia yksiköt ovat valtiosta ja itsehallintoyhdyskunnista[16]. Myös itsensä välillisen julkisen hallinnon käsitteen katsottiin muodostavan projektissa vain eräänlaisen työhypoteesin, heterogeenista ja vaikeasti paikannettavissa olevaa hallinnollista kenttää kuvaavan apukäsitteen[17].

Välillistä julkista hallintoa kartoitettaessa on keskitytty etupäässä organisaatioiden tarkasteluun. Systematisointitehtävään kuuluu erityisesti organisaatioiden relevanttien ryhmittelykriteerien osoittaminen. Tämä onkin perusteltu tapa lähestyä ennestään tuntematonta hallinnon totaliteettia. Toisaalta MOF-projektissa on luonnollisesti kohdattu myös niitä kysymyksiä, jotka koskettavat välillisen julkisen hallinnon syntymiseen, säilymiseen, kasvuun ja muuttumiseen vaikuttavia tekijöitä[18]. Näiden kysymysten hyväksyminen osaksi selvitystyötä on ollut välttämätöntä sikäli kuin projektin perustalta on uskottu voitavan saada aikaan joitakin käytännön hallintotoiminnan hallittavuuteen tähtääviä ratkaisuja. Tietyn tehtävän uskominen tietylle taholle on hallinnollinen ja poliittinen tarkoituksenmukaisuuskysymys, ja ellei tätä näkökohtaa oteta huomioon, on perusteetonta olettaa, että välillistä julkista hallintoa saatettaisiin säännellä pitkäjänteisesti.

Käsilläolevan tutkimuksen kannalta on huomionarvoista, että välillisen julkisen hallinnon »ulkorajaa» piirrettäessä keskeisellä sijalla oleva kriteeri MOF-projektissa on ollut *julkisen vallan käyttäminen*[19]. Ymmärtääkseni käsitteeseen on suhtauduttu projektissa — ainakin eräin paikoin — liian suoraviivaisesti, liian muodollis-juridisesti. Projektin tavoitteenasettelun kannalta olisi kuitenkin erityisen tärkeää, että julkisen vallankäytön käsitettä voitaisiin arvioida aiempaa avoimemmasta näkökulmasta ja pitää sitä jatkuvan tarkkailun alaisena. Vain siten on mahdollista perustellusti tukeutua po. käsitteeseen. On myös huomattava, että julkisen vallan käyttämisen merkitys MOF-projektissa ei rajoittaudu vain välillisen julkisen hallinnon alan hahmotteluun. Se tulee niin-

[16] *Suksi,* 1988 s. 401 ss.

[17] *Rosas,* 1985 s. 16

[18] Mm. *Onorato Sepe* on korostanut sitä, kuinka välillinen julkinen hallinto on usein osoittautunut joustavammaksi, voimakkaammaksi ja tehokkaammaksi kuin »suora» hallinto, ja että nykyään tarvitaan uusia ja mukautuvia organisaatiomalleja. *Indirect Public Administration* s. 17. Ks. myös *Schuppert* s. 69 ss., joka liittää tämän saksalaiseen yksityistämiskeskusteluun.

[19] Ks. *Suksi,* 1988 s. 405, joka luonnehtii välillistä julkista hallintoa kuvaavaksi peruskriteeriksi julkisen vallan käyttöön ja julkisten tehtävien hoitamiseen jakautuvan *julkisen orgaanikompetenssin.*

ikään keskeisen huomion kohteeksi pyrittäessä *oikeusturvanäkökohtien* valossa määrittelemään *kansalaisten asemaa* tällaisen hallinnon kohteena[20]. Arvioitiinpa voimassaolevaa normistoa tai suunniteltiinpa uutta säädöstöä juuri julkisen vallan käyttäminen yleensä johtaa muutoksenhakumahdollisuuden ja erityisten oikeusturvaa tuottavien hallinnollisten menettelymuotojen käyttötarpeen toteamiseen.

II. Kuinka tässä tutkimuksessa on sitten suhtauduttava MOF-projektiin ja ylipäätään välillistä julkista hallintoa selvittävään tutkimustyöhön? Pohdittaessa kysymykseen vastausta kiinnittyy heti alkuunsa huomio siihen, että lääkärintointa harjoitetaan suhteellisen laajalti välillisen julkisen hallinnon organisaatioihin luettavissa yksiköissä. Sitä harjoitetaan esim. itsenäisissä julkisoikeudellisissa laitoksissa KELA:ssa ja eläketurvakeskuksessa. Suomen Punaista Ristiä pidetään julkisoikeudellisena yhdistyksenä, ja sen tehtävissä lääkärintoimi on toisinaan hyvin näkyvällä sijalla. Jopa yksityinen lääkärintoimi on ainakin eräin osin helposti sijoitettavissa välillisen julkisen hallinnon toimintoihin, mikäli keskeinen perusteluasema annetaan julkisen vallan käyttövaltuuksille[21]. Kuten tuonnempana osoitetaan, tällaisia valtuuksia yksityislääkäreille on todellakin uskottu.

Yllä olevat huomiot merkitsevät tietysti ennen muuta sitä, että käsilläoleva tutkimus on eräiltä osiltaan välilliseen julkiseen hallintoon kohdistuvaa selvitystä. Erityisesti MOF-projektia ajatellen on kuitenkin todettava, että vahingonkorvausoikeudellinen näkökulma on jäänyt siinä jokseenkin olemattomaksi; yleisemminkin tosin voidaan todeta vahingonkorvausoikeudellisen keskustelun vähäisyys välillisen julkisen hallinnon tutkimuksessa[22]. Lääkärintoimeen kuuluviin julkisen vallankäytön valtuuksiin liittyvän korvausvastuun tutkiminen on siten tässäkin katsannossa pioneerityötä.

Sanottu ei silti tarkoita, etteikö tähänastisella välilliseen julkiseen hallintoon kohdistetulla selvitystyöllä olisi nyt mitään annettavaa. Päinvastoin, julkisen vallankäytön vastuun perustan tutkiminen vahingonkorvausoikeudellisena probleemana on vain yksi ko. alueelle sijoittuva tutkimuksen kohdentamisen mahdollisuus, johon tarttuminen olisi kyseenalaisella pohjalla, jos yhteisen taustan merkitys kiistettäisiin. On luonnollisesti olennaista — ja sitä on

[20] Ks. esim. *Vuorinen* s. 225 ss.

[21] Ks. myös *Hannuniemi,* 1991 s. 5.

[22] Ilahduttavan lisän siihen on tuonut ruotsalainen *Lena Marcusson* vuonna 1989 julkaisemallaan väitöskirjalla *»Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet»*. Teoksessa vahingonkorvausoikeudellinen aspekti on ainakin periaatteessa käsitetty samanarvoiseksi muiden oikeudenalojen tarkastelusuuntien kanssa.

syytä korostaa — , että *julkisen vallankäytön analyysi ei tässä työssä ole välillisen julkisen hallinnon kriteerin määrittelyä, vaan nimenomaan VahKL:n 3:2:n tulkintaa.* Mutta sittenkään asian vahingonkorvausoikeudellisen puolen hahmottaminen ei saata lähteä tyhjästä. Siinä ei voida sivuuttaa niitä *asiallisia yhteyksiä,* joita sillä on muun välillisen julkisen hallinnon tutkimuksen kanssa. Toisaalta, vaikka julkisen vallan käyttämisen käsitteen katsottaisiinkin muodostavan perustavaa laatua olevan välillisen julkisen hallinnon kriteerin, *ei* tuon vallankäytön alan hahmottamiseen liittyvää tutkimusta ole tässä yhteydessä aiheellista *ex ante* sitoa välillisen julkisen hallinnon käsitteeseen. Ei semminkään, kun *lääkärintointa harjoitetaan varsin laajalti hallinto-oikeudellisessa virkamiesasemassa olevien henkilöiden toimesta.*

Mainitunlaisten näkökohtien perustalta hahmottuu se tapa, jolla käsilläolevassa työssä suhtaudutaan yleensä välillisen julkisen hallinnon tutkimukseen. Lääkärintoimen julkisen vallankäytön korvausvastuuseen kohdistuvaa selvitystä *ei* ole miltään osin aiheellista pitää *erityisesti* välillisen julkisen hallinnon vallankäytön toimien vastuun tarkasteluna. Tällaisen muodollisen lähtökohdan omaksuminen saattaisi vain vaikeuttaa joidenkin asiallisten, tutkimuksen kannalta oleellisten, tekijöiden esilletuloa. Esitetyn perusteella välillisen julkisen hallinnon tutkimukseen asennoidutaan tuonnempana kuin mihin tahansa aihetta käsittelevään tutkimusaineistoon. Sitä pyritään hyödyntämään kunkin tilanteen edellyttämällä tavalla.

Vaikka käsilläolevaa tutkimusta ei siis ole tarkoitus niveltää MOF-projektin kiinteäsaumaiseksi jatkeeksi, palvelee työ erilaisiin lääkärintoimen harjoittamisen organisatorisiin muotoihin ja erityisesti julkisen vallan käytön problematiikkaan suuntautuvana varmasti myös sen tarpeita. Jälkikäteen työn joidenkin osien luonnehtiminen välillisen julkisen hallinnon tutkimiseksi saattaa olla hyvinkin asianmukaista. Toisaalta tutkimustuloksiin ja niiden yleistämiseen tai niistä johtamiseen esim. hallinto-oikeuden alalla on kuitenkin syytä suhtautua siinä mielessä varauksellisesti, että kyse on ollut todellakin vain erään erityisen alueen tarkasteluista.

1.3. Lääkärintoimen vastuu- ja seuraamusjärjestelmä

I. Lääkärin oikeudellinen asema muotoutuu pääpiirteissään niiden oikeussääntöjen perustalta, jotka normeeraavat lääkärin ja valvontaviranomaisen, lääkärin ja työnantajan sekä lääkärin ja potilaan välisiä suhteita. Näistä kiistatta eniten on huomiota saanut osakseen viimeksi mainittu. Tämä on oikeastaan itsestään selvää; onhan kyseessä eräänlainen *lääkärintoimen perussuhde,*

johon koko ammattitoiminnan mielekkyys pohjautuu. Tässä katsannossa on luonnollista, että muut mainitut suhteet ovat lääkärintyön kannalta jonkinlaisia heijastesuhteita ja että niissä siten tulisi jotenkin näkyä hoitosuhteeseen kohdistuvat vaatimukset. Kuitenkin vanhastaan oikeastaan vielä selvemmin reflektiivinen on ollut lääkärin ja potilaan keskinäinen suhde sisäisesti. Aiheellisesti Raimo Lahti onkin huomauttanut, että kumman tahansa oikeusaseman sääntely vaikuttaa tavallisesti myös toisen oikeudelliseen asemaan — »tietyn oikeuden säätäminen potilaille merkitsee yleensä määrätynlaisen velvollisuuden asettamista terveydenhuoltohenkilöstöön kuuluville»[23].

Lääkärikunnan *ammatillista toimintaa koskeva hallinto-oikeudellinen vastuu* on järjestetty pääosiltaan vuonna 1978 annetulla *lailla lääkärintoimen harjoittamisesta (562/78) (LääkäriL).* Sen mukaisena valvontaviranomaisena toimii sosiaali- ja terveyshallitus (ja eräin osin myös lääninhallitukset, L 65/91). Viranomaisen käytössä olevia reagointikeinoja ovat *kurinpidollinen rankaiseminen* ja *huomautusmenettely* sekä ns. *turvaamismenettely,* joka merkitsee lääkärin ammatinharjoittamisoikeuden rajoittamista tai poistamista sen vuoksi, että asianomainen on käynyt kykenemättömäksi harjoittamaan ammattiaan tai hänen luotettavuutensa lääkärinä on joutunut kyseenalaiseksi. Kurinpidollinen rankaiseminen on mahdollista myös *VVirkamL:n 57 §:n* ja *KunnallisL:n (953/76) 75 §:n* nojalla niissä tapauksissa, joissa virkalääkärinä toimivan henkilön rikkomus on luonteeltaan lähinnä *hallinnollinen.*[24] Yleisin peruste lääkärin ammatinharjoittamisoikeuteen puuttumiselle on ollut reseptinkirjoittamisoikeuden väärinkäyttö, toiseksi yleisemmin menettelyyn on johtanut lääkärin psyykkinen sairaus[25]. Kurinpitokäytännössä aiheena on ollut mm. potilaan seksuaalinen hyväksikäyttäminen, hoitoontulleen lääkärintarkastuksen suorittamisen viivästyttäminen, virheellisyys ja laiminlyönti lääkärintodistusmenettelyssä.[26] Huomautusratkaisuja on annettu mitä moninaisimmista vähäisemmistä virheellisyyksistä.

Rikosoikeudelliseen vastuuseen lääkäri saattaa joutua niistä teoistaan, jotka täyttävät rikosoikeudellisessa sääntelyssä kriminalisoitujen tekojen tunnus-

[23] *Lahti,* Oikeus 1980 s. 143 ja *sama,* 1983 s. 7. Ks. myös *sama,* 1990 s. 78, jossa painotetaan lisäksi, että lääkintäoikeudellista oikeussuojajärjestelmää kehitettäessä tulisi pyrkiä välttämään mainittujen henkilöstöryhmittymien vastakkainasettelua. Tavoitteena ei tulisi olla yksin potilaan asemaan liittyvien näkökohtien huomioonotto, vaan myös terveydenhuoltohenkilöstön aseman parantaminen.

[24] Terveydenhuollon hallinnollisten ja ammatillisten rikkomusten erottelun merkityksestä kurinpidon normiperustan kannalta ks. esim. *Modeen,* JFT 1983 s. 22.

[25] Ks. *Lahti — Lindstedt — Partanen* s. 64—65 ja *Kokkonen,* 1983 s. 30.

[26] Ks. esim. *Paaso* s. 167 ss.

merkistön. Oikeuskäytännössä tavallisimpia ovat olleet jutut, joissa lääkäriä syytetään ruumiinvamman tai sairauden taikka kuoleman tuottamuksesta. »Elävään elämään» kuuluvat myös erilaiset salassapitovelvollisuuden rikkomistapaukset. Laatunsa vuoksi ne jäävät monesti vaille oikeuskäsittelyä ja muutakin julkisuutta tai eivät ylipäätään tule ilmi. Vaikka rikosoikeudellisesta sääntelystä voidaan periaatteessa osoittaa kaikenkaikkiaan useita rikoksiksi määriteltyjä tekoja, joihin lääkärin on juuri työnsä vuoksi mahdollista syyllistyä, on yleisesti ottaen kuitenkin todettava, että lääkäreitä ja muutakin terveydenhuoltohenkilöstöä vastaan ajettuja rikossyytteitä tuomioistuinlaitoksessamme käsitellään suhteellisen harvoin[27].

Lääkärintoimen vastuu- ja seuraamusjärjestelmään kuuluu vielä potilaan mahdollisuus saada *vahingonkorvausta* eräistä hänelle terveydenhuollossa aiheutuneista menetyksistä. Tällä kohden puhe *lääkärin* vastuusta on VahKL:n isännänvastuusäännösten ja PotilasvahinkoL:n mukaisten järjestelyjen myötä menettänyt ratkaisevasti merkitystään: lääkärin henkilökohtainen korvausvelvollisuus voi aktualisoitua lähinnä vain regressivastuun muodossa. Oikeuskäytännön valossa ylivoimaisesti suurin osa korvausvaateeseen johtavista vahingoista on henkilövahinkoja, joissa on kyse ruumiinvamman tai sairauden taikka kuoleman aiheuttaneen tapahtumaketjun ja siihen liittyvien seikkojen arviomisesta.

II. Jo pintapuolinen eri vastuumuotojen tarkastelu oikeuttaa johtopäätökseen, että kaikki oikeudellinen vastuu koskee jollakin tavoin vahingollisiksi luonnehdittavissa olevia ilmiöitä. Kysymys vahingon korvaamisesta edustaa näin ollen vain yhtä näkökulmaa vahinkoa aiheuttavan menettelyn oikeudelliseen tarkasteluun. Perinteisen käsityksen mukaan *eri vastuumuodoilla* katsotaan olevan ainakin jossain määrin *oma tarkoitusperänsä*. Vahingonkorvauksen tehtävää on pidetty lähinnä korjaavana eli reparatiivisena; rikosoikeudellisen rankaisemisen on uskottu estävän rikollisuutta yleis- ja erityispreventiivisen vaikutuksensa vuoksi, minkä lisäksi siihen toisinaan on uskottu liittyvän jonkinlainen yhteiskunnallisen hyvityksen tai sovituksen idea; kurinpidollisen rankaisemisen taustalla on puolestaan selitetty olevan kurin ja järjestyksen säilyttämisen tarve kurinpitovallan alaisen henkilöstön keskuudessa; huomautuskäytännön on moitteellisesta luonteestaan huolimatta väitetty toteuttavan lähinnä ohjaavaa roolia; turvaamismenettelyn tarkoituksena on yksinkertaisesti nähty jonkin intressin suojaamistarve sitä uhkaavalta vaaralta.

Kuvatun vastuujärjestelyn voidaan sanoa toteuttavan lähinnä *jälkikäteistä*

[27] *Lahti*, 1990 s. 80

oikeussuojaa. Sen mukaisesti toimenpiteisiin ryhdytään vasta jonkin ei-toivottavan tapahtuman jälkeen. Ehkä selvimmin tai ainakin teholtaan tuntuvimmin ennakollista suojaa antava on LääkäriL:n 3. luvussa säännelty turvaamismenettely. Vaikka yleensäkin tietoisuus jälkikäteisten oikeuskeinojen käyttämisen mahdollisuudesta on varmasti eräin osin omiaan vaikuttamaan preventiivisesti toimijan huolellisuuteen[28], ei nykyisten potilasvahinkotilastojen valossa vaatimus *ennakollisen* suojan edelleen kehittämisestä kuitenkaan näyttäisi liioitellulta — olkoonkin, että järjestelmämme edustaa monessa suhteessa maailman kärkipäätä. Ei tule unohtaa, että raha ei useinkaan saata korvata vahinkoa; menetettyä silmää tai raajaa ei saada takaisin isollakaan summalla. Tältä kannalta esim. PotilasvahinkoL:ssa omaksuttu järjestely terveydenhuoltohenkilöstön henkilökohtaisen vastuun vähentämisestä ei saata merkitä asian lopullista ratkaisua. Toiselta puolen ei ole aihetta sivuuttaa sitäkään, että sanktioiden käyttö merkitsee eräänlaista toisen asteen vahinkojen tuottamista[29]. Menettelyn paradoksaalinen luonne on tunnustettava. Modernissa hyvinvointivaltiossa ei ole järkevää uskotella, että asiat saadaan lopullisesti kuntoon näiden toisen asteen vahinkojen kohdentumista ohjailemalla.

Käsitykseni mukaan taloudelliset ja henkilölliset *resurssit* huomioonottaen *diagnoosinteko* on se lääkäri — potilas-kontaktiin kuuluva vaihe, johonka suunnattava ideointi ja kehittäminen olisi tuntuvimmin omiaan vähentämään potilasvahinkojen määrää[30]. Asiaan saatettaisiin kenties vaikuttaa myös *etiikkaan ja moraaliin* liittyvien näkökohtien aiempaa voimakkaammalla painottamisella terveydenhuoltohenkilöstön työnohjauksessa ja täydennyskoulutuksessa[31]. Vaikka lääkintäetiikan voidaan kyllä sinänsä sanoa olevan varsin pitkälle kehitetty ammattietiikan osa-alue, ei tämä vielä ole riittävä osoitus siitä, etteikö sen soveltamisessa käytännön tasolla saattaisi olla joitakin puutteita.

Tuonnempana tutkimuksessa ylläolevankaltaiset koko järjestelmän problemaattisuuteen kohdistuvat tarkastelut eivät sanottavammin tule olemaan esillä.

---

[28] Vahingonkorvauksen osalta asiassa on esitetty myös toisensuuntaisia käsityksiä. Kysymyksestä lähemmin ks. esim. *Hellner* s. 16—18, *Routamo — Hoppu* s. 13, *KM 1982:29* s. 15 ja *Ltk. n:o 3/1971* s. 2.

[29] Ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 453 ja *Routamo — Hoppu* s. 14.

[30] Vrt. *Rosenthal* s. 29, joka viittaa erästä — tosin yhdysvaltalaista — potilasvahinkotapausotosta koskevaan arvioon, jonka mukaan 134 kuolintapauksesta puolet aiheutui ennaltaestettävissä olleesta virheestä.

Diagnoosien tason parantamiseen olisi pyrittävä ennen muuta terveydenhuollon käytännön ja koulutuksen yhteistyöllä. Toisaalta näiden kahden terveydenhuollon osa-alueen välinen vuorovaikutus lienee nykyään yleisemminkin ottaen puutteellinen; vrt. *Käärik* s. 28.

[31] Ks. esim. *Pohjolainen,* 1986 s. 134, 141—143.

Tämä johtuu työn rajauksesta.[32] Vielä tässä yhteydessä lukijaa saatetaan kuitenkin muistuttaa siitä, että vastuu on ainoastaan yksi — ja perimmältään varsin ongelmallinen — rakennetekijä terveydenhuollon yleisen toimivuuden kannalta. Sillä voidaan jossain määrin vaikuttaa toimijoiden intentioihin niiden tilanteiden osalta, joissa toimijoilla on valinnanvapaus, mutta tämän toteamuksen taakse jää monia vaikeita kysymyksiä. Toisaalta saatetaan sanoa, että modernitkin vahinkojen korvausjärjestelyt ovat nekin useiden vahinkojen osalta varsin outoon, suorastaan kaupalliseen ihmiskäsitykseen johtavia järjestelmiä. Tällaisesta perinteestä on luonnollisesti vaikea ja oikeastaan perusteetontakaan pyrkiä tyystin irtisanoutumaan ilman joitakin todella ratkaisevia ihmistä ja hänen toimintaansa koskettavia muutoksia.

1.4. Lääkintäoikeus — onko sellaista?

Ei ole erityisen harvinaista, että oikeustieteen tutkija toteaa tutkimuksensa suuntautuvan johonkin uutta oikeudenalaa merkitsevään normistoon. Omana oikeuden lohkonaan on väitetty voitavan erottaa sosiaalioikeutta, ympäristöoikeutta, naisoikeutta, kilpailuoikeutta, jne. Tyypillisesti tällaisen oikeudenalan perustavaksi katsottu säännöstö on tavannut olla peräisin kahdelta tai useammalta perinteiseltä oikeustieteen alalta. Vaikka tämä seikka tietysti on omiaan rajoittamaan normiston asemaa itsenäisenä lohkona osana oikeusjärjestystä[33], ei kyllä toisaalta voida kiistää, etteivätkö siltikin jotkin vanhojen oppialaluokitusten mukaan hajanaisiksi osoittautuvat säännöstöt voisi saavuttaa tietyllä tavalla tunnustettua yhtenäisyyttä. Hyvän esimerkin tästä tarjoaa työoikeus.

Kysyttäessä, mitkä ovat ne tekijät, joiden perusteella tunnustettu oikeudenala hahmottuu, voidaan lähteä siitä, että *oikeusjärjestys on yhteiskunnan sosiaalisen kontrollin muoto*. Hyvin yleisellä tasolla siinä saatetaan sanoa olevan kyse yhteiskunnan jäsenten käyttäytymisen sääntelystä ja erilaisten menetelmien osoittamisesta yhteiskunnassa ilmenevien ristiriitojen ratkaisemiseksi.

Oikeudellisessa sääntelyssä on erotetty yhtäältä julkisen vallan suhdetta kansalaisiin ja sen orgaanien keskinäisiä relaatioita koskeva sääntely ja toisaalta kansalaisten keskinäisten suhteiden normeeraaminen. Kuten tunnettua, jako julkisoikeuteen ja yksityisoikeuteen heijastelee tätä erottelua. Oikeuden jaottelu ei kuitenkaan alunalkaenkaan ole jäänyt näin karkeaksi. Tiheämpi jako

[32] Periaatteessa voitaisiin tietysti joissakin tapauksissa esim. vakuutusperusteisen PotilasvahinkoL:n soveltamisen puolesta argumentoida viittaamalla muiden normistojen vahinkoa siirtävään vaikutukseen.

[33] Vrt. *Kairinen* s. 31.

kuvastaa oikeusjärjestyksen konkreettisia tehtäviä: rankaisemista säätelee rikosoikeus, vahinkojen korvaamista vahingonkorvausoikeus, oikeudenkäyntiä prosessioikeus, julkista hallintotoimintaa hallinto-oikeus, perimystä perintöoikeus, jne. Historiallisesti tarkastellen tällaisten oikeudenalojen saatetaan sanoa syntyvän ensiksi. Näiden perinteisten oikeudenalojen keskinäinen erottelu ei ole yksin institutionalis-pedagoginen, vaan se kuvastaa oikeusjärjestyksen erilaisten tehtävien lisäksi kunkin alan ainakin jossain määrin *omintakeisia yleisiä oppeja.* Tämä huomio viittaa erottelun *tieteelliseen* luonteeseen.[34]

Näin muotoutuneiden oikeudenalojen lisäksi moderneissa länsimaisissa yhteiskunnissa on syntynyt sellaisia uusia oikeudenaloja, joissa alkuperäisempien oikeudenalojen kehittymiseen ja rajaamiseen johtaneet kysymykset kohtaavat toisensa. Sellainen on muiden ohella *lääkintäoikeus.* Siihen on sanottu kuuluvan terveydenhuoltoa, terveydenhuoltohenkilöstöä ja lääketiedettä koskevat oikeudelliset kysymykset[35]. Se käsittää siten osia rikosoikeudesta, vahingonkorvausoikeudesta, hallinto-oikeudesta, jne. Oikeustieteiden kentässä lääkintäoikeus osoittautuu »monitieteiseksi»[36].

Uusien oikeudenalojen syntyminen on oikeudellisen sääntelyn muutoksen kautta yhteydessä yleiseen yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen kehitykseen sekä yhteiskuntapoliittisten ideologioiden muuntumiseen. Kun perinteiset oikeudenalat saattoivat erottautua jo oikeusvaltiollisen sääntelyn aikaan, *uusien oikeudenalojen tulo on seurausta lähinnä valtion interventiosta ja julkisen palvelutuotannon järjestämisestä, siis sosiaalivaltiollisen sääntelyn voimistumisesta.*[37] Esim. ympäristöoikeuden ja naisoikeuden nousu ovat selvästi valtion intervention aikaansaannoksia. Lääkintäoikeutta saatettanee pitää lähinnä julkisen terveydenhuollon palvelutuotannon järjestämisen tuotoksena[38].

[34] Ks. esim. *Laakso,* 1990 s. 6—7. Analyytikoiden aikaan kauppaoikeuden asemaa siviilioikeuden osana arvioinut *Muukkonen,* s. 959 ss., korostaa eri alojen rajojen relatiivisuutta ja normitasolla suoritettujen luokitusten institutionalis-pedagogista perustaa. »Tieteellisen asenteen» ja yksityisoikeuden »perusongelmien yhtäläisyyden» valossa hän katsoo oikeutetuksi sivuuttaa eri oikeudenalojen diskursiivisten sitoumusten merkityksen. (Vrt. seuraavassa jaksossa esilletuleva *Mäenpään* kritiikki analyyttisen suuntauksen käsityksiin julkisoikeuden ja yksityisoikeuden rajanvedosta.) On mahdollista, että kauppaoikeus ei ole ollutkaan erityisen otollinen tarkastelukohta esim. yleisten oppien tulkinnallisen merkityksen havainnointiin.

[35] *Lahti,* Arvostelu s. 1163. Terminologiselta kannalta voidaan sanoa, että »lääkintäoikeus» verrattuna esim. »terveysoikeuteen» tai »terveydenhuolto-oikeuteen» painottaa *hoidollista* aspektia.

[36] Vrt. ympäristöoikeuden osalta *Kultalahti* s. 49—51.

[37] Vrt. *Hydénin,* s. 19 ss., esittämä typologia ja erityisesti siihen kuuluva kolmijaottelu itsesääntelevään järjestelmään, interventiota merkitsevään järjestelmään ja suunniteltuun järjestelmään.

[38] Ks. myös *Lahti,* 1990 s. 75, joka yleisesti korostaa lääkintäoikeuden alaan kuuluvan uudistusohjelman taustalla olleen modernille hyvinvointivaltiolle tyypillinen pyrkimys palvelutuotannon lisäämiseen.

On kuitenkin huomattava, että kun uusi oikeudenala alkaa kuvatunlaiselta perustalta hahmottua siihen tavallisesti liitetään kaikki sitä asiallisesti koskettavat oikeudelliset kysymykset. Siten mm. lääkintäoikeus ei perustu yksin tai edes pääosin modernien tavoite/keino -normien (esim. ErikoissairaanhoitoL 1062/89, KansanterveysL 66/72) ja niihin liittyvän problematiikan varaan, vaan sen alaan katsotaan kuuluvan myös perinteisen tapaiseen sääntelyyn, esim. käyttäytymisnormeihin (rikoslainsäädäntö, vahingonkorvauslainsäädäntö), liittyviä kysymyksiä[39]. Jo tämän vuoksi on luonnollista, että uusille oikeudenaloille ei varsinaisesti — ainakaan alkuvaiheessa — kehity omia lajityypillisiä oppejaan. Lisäksi asiassa on merkitystä sillä, että yhteiskuntapohjaiset muutokset vaikuttavat koko oikeuden kenttään tietyssä mielessä samansuuntaisesti. Esim. heikomman suojelun periaate sosiaalivaltioajattelusta nousevana[40] on soveltamisalaltaan hyvin yleinen. Yllä sanotun valossa ei ole mitenkään ihmeteltävää, että lääkintäoikeuden alaan kuuluvia kysymyksiä näkee käsiteltävän myös sosiaalioikeudellisiksi otsikoiduissa esityksissä[41].

Mutta mikä uudet oikeudenalat oikeuttaa vai oikeuttaako niitä mikään? Tunnusomaista niille on nähdäkseni, että ne nousevat sellaisten yhteiskunnallisesti tärkeiksi koettujen kysymysten selvittelystä, jotka syystä tai toisesta saavat osakseen laajaa huomiota ja merkitystä[42]. Uuden oikeudenalan erottautumisen oikeutus ei siis nojaudu niinkään tieteellis-systemaattisiin perusteisiin vaan pikemminkin *yhteiskunnallisiin arvostusnäkökohtiin*[43]. Lääkintäoikeuden osalta voidaan todeta, että se ei ole suomalaisessa *korkeakoulu- ja tutkimuspoliittisessa* päätöksenteossa saanut vielä asiaankuuluvaa huomiota, vaikka senkin suuntaan sääntelyalan yhteiskunnallisesta merkityksestä on muistuteltu. Kun siis kysytään, onko lääkintäoikeutta olemassa, on kai vastattava, että oikeudenalana se on meillä vielä vailla »lopullista» tunnustamistaan.

---

[39] Vrt. *Laakson,* 1990 s. 16 ss., havainnollistava esitys modernin oikeusjärjestyksen normirakenteesta.

[40] Ks. esim. *Wilhelmsson,* 1987 s. 29 ja *Lahti,* JFT 1985 s. 445.

[41] Ks. esim. *Eriksson,* JFT 1987 s. 165—167.

[42] Periaatteessa uusi oikeudenala voisi käsittääkseni syntyä ilman uutta oikeudellista sääntelyäkin; yksin sen johdosta, että jokin yhteiskunnallisen elämän alue otetaan laajamittaisen oikeudellisen tutkimustyön kohteeksi. Tällainen lieneekin usein ollut uusien oikeudenalojen orastava vaihe, vaikka niiden varsinainen erottautuminen on käytännössä ollut nimenomaan uuden sääntelyn seurausta.

[43] Koska uusia oikeudenaloja nimeävien käsitteiden käyttöönotto merkitsee vain tiettyjen yhteiskuntakysymysten tärkeyden tunnustamista, ei niiden siten myöskään ole syytä nähdä osoittavan pyrkimystä muuttaa aivan toisista lähtökohdista nousevaa oikeuden perussystematiikkaa.

1.5. Julkisoikeus — yksityisoikeus

I. Kysymys julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelun merkityksestä on suomalaisessa oikeustutkimuksessa käynyt viime vuosina jonkinlaisen uusrenessanssin vaiheen. Probleema on saanut osakseen huomiota eritoten hallinto-oikeudellisen kirjoittelun piirissä, jossa siihen näyttää uhratun enimmin tilaa[44]. Toisin kuin 1930-luvulla, jolloin keskustelua käytiin lähinnä intressiteorian vs. subjektiteorian oikeutuksesta kahden oikeudenalan erotteluperusteiden osoittajana[45], on oman aikamme arvioinneissa painotuttu selvittämään sitä, *onko klassinen dualismi ylipäätään relevantti nykyisissä oloissa.* Niinikään toisin kuin vuosisadan alkupuolella, jolloin keskustelu Suomessa rakennettiin paljolti saksalaisten kirjallisuusviitteiden varaan, aihe on tultuaan meillä uudelleen päivänvaloon joutunut tarkasteluun aluksi korostetusti suhteessa omaan oikeusjärjestykseemme. 1960-luvulla alkaneen dualismiin kohdistuneen *analyyttisen kritiikin* ohella viime vuosina on kosketeltu myös rajanvedon *paradigmaattista oikeutusta.*

Eri oikeudenaloilla käytävän keskustelun klikkiytyminen on totuttu hyväksymään sen vuoksi, että kunkin lohkon on katsottu systematiikkansa sekä normistonsa ja periaatteidensa erityispiirteiden vuoksi muodostavan sellaisen suljetun systeemin, jonka probleemien tutkiminen saattaa yleensä onnistua vain »sisäpiiriin» kuuluvilta. Tällaista kieltämättä atomistista näkemystä ei millaisissa oloissa tahansa voida kokonaan torjua, mutta nykyisessä meikäläisessä oikeuskulttuurissa siihen on syytä suhtautua skeptisesti. Oikeudellinen sääntely on muuttunut yhteiskunnallisesti avoimemmaksi, samalla eri oikeudenalat ovat muuttuneet avoimemmiksi suhteessa toisiinsa. Opillisten näkemysten kulkeutuminen alalta toiselle on alkanut vaikuttaa yhä luonnollisemmalta myös kahden oikeuden päähaaran välillä.

Voitaneen pitää selvänä, että käsillä olevassa tutkimuksessa ei ole mahdollista sivuuttaa kysymystä kahden oikeudenalan erottelusta. Aivan yhtä selvää ei sen sijaan ole enää, missä mielessä ja laajuudessa asiaa on kosketeltava. Tämän kysymyksen arviointia ajatellen pidän perusteltuna korostaa, että tutkimuksen ydinongelma on julkisen vallankäytön vahinkotilanteita sääntelevän normiston sovellettavuusprobleema. Kuten jo aivan tutkimuksen alussa on osoitettu, tämän kardinaalikysymyksen kelvollinen tarkastelu edellyttää myös Po-

---

[44] Tosin »yksityisoikeus julkisoikeudellistuu» -fraasin yhä konkreettisemmat ilmentymät ovat viime vuosina havahduttaneet myös monia sivilistejä tutustumaan ilmiöön osana laajempaa kokonaisuutta; ks. esim. *Esineoikeuden rajat.*

[45] Mainita voidaan erityisesti *Merikoski,* 1935 s. 35 ss. ja *Sipilä,* 1938 s. 47 ss.

tilasvahinkoL:n ja sopimusvastuun soveltamisalan hahmottamista. Näin muotoutuva lainopillinen tarkastelukulma oikeuttanee sinänsä rajaamaan julkisen ja yksityisen suhteen tarkastelun »maailmoja syleilevästä» hahmottamistavasta työn tavoitetta välittömämmin palveleviin mittasuhteisiin. Siinäkin on ilmeisesti haastetta kerrakseen, mikäli pitää osittainkaan paikkaansa käsitys, ettei po. kysymyksen tarkastelun perusteella ole meillä oikein koskaan onnistuttu tekemään konkreettisia johtopäätöksiä[46].

Käsittääkseni sivuuttamattoman lähtökohdan tarkastelulle muodostaa huomio, että perinteisen teoreettis-doktrinaarisen katsantotavan mukaisesti julkisen vallan käyttäminen on postuloitu riippuvuussuhteeseen julkisoikeuden kanssa: *julkisen vallan käyttäminen on julkisoikeudellisen vallan käyttöä.* Vastaavasti esityksen kannalta on tärkeää havaita *sopimusvastuun perinteinen sijainti yksityisoikeuden kentässä.* Ottaen huomioon, että näkemys kahden oikeudenalan välisen rajan hämärtymisestä ja sen merkityksen heikentymisestä on jo pitkään saanut laajaa vastakaikua[47], voidaan perustellusti kysyä, *kuuluuko po. erotteluun enää yhtään sellaista kiinnekohtaa, joka saattaisi antaa johtoa ko. vastuumuotojen soveltamisalan hahmotteluun.* Oman kysymyksensä oikeudenalajaotteluun — erityisesti, jos sillä katsotaan olevan edelleen jonkinlainen relevanssi — tuo *PotilasvahinkoL:n sijoittamiskysymys.* Vahingonkorvausoikeudellisena normistona se tietysti perinteisessä oikeudenalojen systematiikassa olisi sijoitettava yksityisoikeuteen[48].

II. Kuten tunnettua intressiteorian ja subjektiteorian kannattajat eivät ole olleet erimielisiä oikeuden kahtiajaon oikeutuksesta, vaan oikeudenalojen rajan määrittävistä erotteluperusteista[49]. Vasta analyyttinen suuntaus kohdisti

---

[46] Ks. *Holopainen,* LM 1984 s. 1020 ja 1026. Vrt. *sama,* LM 1965 s. 894, jossa Holopainen kärjistää myös julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelutyön tuloksen sellaisenaan olemattomaksi: suomalaiset tutkijat eivät koskaan ole kyenneet löytämään rajaa kahden oikeuden päähaaran välillä.

[47] Jo esim. *Erich, I* s. 10, on meillä 1920-luvulla korostanut hyvin selkeästi moderniin tapaan rajanvedon suhteellisuutta.

[48] Vahingonkorvausoikeuden siviilioikeudellisuus on vanhastaan merkinnyt sitä, että julkisoikeuden alaan kuuluvissa oppikirjoissa vahingonvastuunäkökohtien esittelyä on vierastettu; ks. esim. *Merikoski — Vilkkonen* s. 9 ja *Andersen* s. 5. Tästä ei kuitenkaan aina ole ehdottomasti pidetty kiinni. Varsinkin virkamiesoikeudellisten tarkastelujen yhteydessä on tarpeellisena pidetty vahingonkorvausvastuun huomioonottamista; ks. esim. *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 197 ss. Tuoreessa hallinto-oikeuden oppikirjassaan *Mäenpää,* Hallinto-oikeus s. 391—382, on nimenomaisesti tuonut esille sen, kuinka myös vahingonkorvausvastuu voidaan lukea osaksi virkavastuuta. Mielenkiintoinen havainto on, että *Wade,* s. 648 ss., Englannin hallinto-oikeuden yleisesityksessä ja *Badura, ym.* 1986 s. 473 ss., vastaavassa saksalaisessa teoksessa ovat uhranneet vahingonkorvauskysymysten tarkasteluun tilaa kymmeniä sivuja.

[49] Ks. esim. *Badura, ym.* 1986 s. 15 ss.

kritiikkinsä varsinaisesti käsitykseen rajanvedon tarpeellisuudesta. On kuitenkin huomattava, että analyyttinen metodi ei kiinnittänyt erityisesti huomiota yksityisoikeuden ja julkisoikeuden sisällölliseen eroon, joten suuntauksen lähempään arviointiin ei tässä kannata ryhtyä. Toisaalta taasen palaaminen ikuiseen kiistaan intressiteorian ja subjektiteorian paremmuudesta ei veisi teemaa eteenpäin sekään. Olli Mäenpää, joka on tuonut esille kahden oikeudenalan sisällöllisen erilaisuuden osoittamisen tarpeen, on käynyt jaottelun tarkasteluun *lainopillisen paradigman* ja *oikeudellisen sääntelyn mallin* hahmottamisen avulla[50].

Mäenpään esityksen lähtökohtana on korostuneesti käsitys, jonka mukaan julkisen ja yksityisen sfäärin synty ja erottelu ovat perustuneet vallitsevalle oikeusmuodolle, so. oikeutta ja valtiota koskeville peruskatsomuksille. Juuri tämän taustatekijän huomioonottamisen laiminlyömisestä Mäenpää kohdistaa muutaman kritiikin sanan monessa kohdin asianmukaisena pitämäänsä analyyttistä arvostelua vastaan. Hän kirjoittaa, että »tässä metodisesti painottuneessa kritiikissä sivuutettiin suureksi osaksi oikeudenalajaon sisällöllis-paradigmaattiset, diskursiiviset sitoumukset ikäänkuin niillä ei olisi lainkaan merkitystä oikeudellisen analyysin tai ylipäätään metodin kannalta», ja että tämä oli »väärä tai ainakin hätiköity tapa lähestyä erityisesti sellaista konkreettista ongelmaa, joka sijaitsee oikeudenalojen taitekohdassa. Oikeudenalojen diskursiivisia eroja ei voi häivyttää yksinkertaisesti toteamalla, että niitä ei — vaikkapa vain metodiselta kannalta — ole tai saa olla olemassa.»[51] Ryhtymättä erittelemään Mäenpään tarkastelua kaikissa yksityiskohdissaan saatetaan sitä pelkistää seuraavilla huomioilla.

Paradigmaattisella tasolla oikeudenalajaottelun perustana on vanhastaan ollut *klassinen sääntelydiskurssi.* Sen mukaisesti yksityisoikeudessa sääntelyn perustana on yksityisautonomiaan perustuva toimintavapaus. Siitä johtuen oikeudenalalla toimijoina tulevat kyseeseen vain samanarvoiset oikeussubjektit. Sääntelysuhde on vastavuoroinen ja konsensuaalinen, suhteen luonne on dispositiivinen, jne. Julkisoikeudessa, jossa sääntelyä tematisoivana lähtökohtana on julkisen vallan käyttö, toimijoina ovat vastaavasti viranomaiset, sääntelysuhde on yksipuolinen valtasuhde, suhteen luonne on indispositiivinen, lain-

[50] *Esineoikeuden rajat* s. 6 ss. Ks. myös *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 5 ss.

[51] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 10. Vrt. esim. *Holopainen,* LM 1984 s. 1020—1021, joka on tyystin kiistänyt oikeuden jaottelun relevanttiuden suomalaisesta näkökulmasta ja selittänyt meikäläisen keskustelun olleen vanhentunutta saksalaista tuontitavaraa. Holopainen on korostanut dualismin olevan »perimmiltään määrättyä oikeusjärjestystä ja määrättyjä valtio- ja yhteiskuntaoloja koskeva kysymys, jolla ei ole yleispätevää asemaa».

alainen, jne. Mäenpää toteaa tämän sääntelydiskurssin olleen jokseenkin yhtenevä oikeudellisen sääntelymallin kanssa *oikeusvaltiollisen* sääntelyn aikaan.

Hyvinvointivaltiollinen sääntelymalli, jolla ei ole ollut paradigmaattista »esikuvaa», poikkeaa edeltäjästään merkittävästi. Se koskee toimijoina yhtäältä eriytyvää ja privatisoituvaa valtiota, jossa kansalaiskeskeisyys on kohotettu ihanteeksi, ja toisaalta kansalaisia, joiden sosiaaliset erot saattavat olla hyvinkin näkyviä. Sääntelysuhde säilyy tässä sääntelymallissa kansalaisten osalta vastavuoroisena, mutta siinä lisääntyvät mm. pakottavat, sisällölliset vaatimukset. Samalla valtiovallan suhde kansalaisiin tasapainottuu ja molemminpuolisuus lisääntyy. Kansalaisten keskinäisissä suhteissa valta-aspekti tulee usein esiin, mutta hallinnon ja kansalaisten välisessä suhteessa valta-asetelma lieventyy.

Siirtymä oikeusvaltiollisesta ja samalla klassisen sääntelydiskurssin mukaisesta sääntelytavasta hyvinvointivaltiolliseen sääntelyyn on aluksi merkinnyt muutosta lähinnä vain sääntelymallin tasolla, jossa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden aiemmankaltainen ero on käynyt mahdottomaksi. Vaikka oikeudellinen diskurssi ei ole kyennyt kunnolla seuraamaan sääntelymallin muutosta, *on sen ristiriitainen suhde vallitsevaan sääntelymalliin alkanut kuitenkin vähitellen vaikuttaa myös kahden oikeudenalan teoreettisiin perusteisiin.* Hallintosopimuksia koskevassa tarkastelussaan Mäenpää kirjoittaa, että »yksityisoikeudellisen ja hallinto-oikeudellisen sääntelydiskurssin erot ovat suhteellistuneet siinä määrin, että viranomaisten sopimustoimintaa ei ole mielekästä eikä oikeudellisesti enää edes mahdollista arvioida pitäytymällä vain jomman kumman lähtökohtiin»[52]. Tämän katsantotavan konkreettiset seuraukset tulevat Mäenpään teksissä esille mm. siten, että hän osoittaa paitsi OikTL:n säännösten selvästi aiempaa laajemman sovellettavuuden viranomaistomintaan myös HMenL:n entistä kattavamman käyttömahdollisuuden perinteisesti yksityisoikeudellisiksi luonnehdittavia sopimuksia koskevien toimien osalta[53].

Oltakoonpa mitä mieltä tahansa siitä, missä määrin paradigmaattiselle perustalle pelkistetty yksityisoikeuden ja julkisoikeuden sisällöllinen ero on nykyään reaalinen, on joka tapauksessa myönnettävä, että tuo ero on edelläolevasta ilmenevällä tavalla oikeudellisen diskurssin muutoksesta riippuvainen. Se on sitä laajemmaltikin kuin vain viranomaisten sopimustoiminnasta puhuttaessa. Jaottelu ei esitetyn sisältöisenä ole omiaan kestämään ajallemme tyy-

[52] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 12

[53] Ks. *ibid.* esim. s. 157, 193, 213—214 ja 241 ss. OikTL:n osalta sekä s. 250 ss. HMenL:n osalta. Muodollisena argumenttina, so. kannanottojen juridisoijana — jollaista oikeustieteellinen tutkijayhteisö on vanhastaan tottunut vaatimaan — Mäenpää käyttää analogiaa.

pillisiä muutospaineita. Toisaalta jo tässä vaiheessa on syytä todeta, että voimassaoleva oikeus ei ole kahden oikeudenalan erottelun kannalta täysin neutraalia, vaikka sellainen lainsäädäntö näyttää viime vuosina olleen selvästi lisääntymään päin.

III. Vanhastaan erittäin tavallista on ollut katsoa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välisen jaon ilmenevän esim. OK 10:26:ssä. Lainkohtaa pidetään mm. yleisen lainkäytön ja hallintolainkäytön erottelun säädännäisenä perustana. Mäenpään tavoin näyttäisi kuitenkin olevan perusteltua lähteä siitä, että säännös sisältää muodollisena ja itsenäisenä argumenttina aineksia enintään fasadiperusteluun. Lainkohdan sisältö ja käytännön tulkinta määräytyvät lähinnä sen mukaan, miten yksityisoikeuden ja julkisoikeuden raja määräytyy oikeudellisessa diskurssissa.[54]

Käsittääkseni on kuitenkin lisäksi aiheellista korostaa, että tämänkaltaiset säännökset, joiden tulkinnassa dualistinen oikeuskäsitys on jo pitkän aikaa ollut erittäin vahvasti esillä, antavat vaikutelman terävästä, »halkaisevasta» rajanvedosta. Tätä vaikutelmaa ei ole muuttanut se, että esim. juuri OK:n 10:26:n tulkintakäytännössä erilaiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat ovat saaneet usein ratkaisevan aseman ja että lainkohta käy muutenkin erinomaisesta esimerkistä oikeussäännöksen ja sitä koskevan tulkintadoktriinin elastisuudesta[55]. Säännöksen taustalle asettautuneen kaksikantaisen ajattelutavan valossa nämä tekijät on ollut luontevinta ymmärtää vain tuon sinänsä tarkan rajan siirtymän selityksiksi.

Toinen mahdollisuus olisi ollut selittää rajan muuntelualue vaihettumisvyöhykkeeksi, omaksi kategoriakseen, ja tunnustaa, että prosessin valintaan tällä alueella vaikuttavat monenlaiset tekijät. Yleisissä yksityisoikeuden ja julkisoikeuden eroa koskevissa tarkasteluissa tällaisen vaihtoehdon mahdollisuutta on tosin arvioitu meillä jo 1930-luvulla. Intressiteorian edustajana Arvo Sipilä on todennut indifferenttien säännösten olevan sekä loogisesti että käytännössäkin täysin mahdollisia. »Objektiivinen oikeus olisi hyvinkin julkisen ja yksi-

[54] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 195. Tämän huomautuksen voidaan tietysti katsoa koskevan myös esim. LääninoikeusL:n (1021/74) 2.2 §:ää, jossa määritellään hallintoriita-asioiksi OK 10:26:ssä tarkoitetut asiat, »joissa muutoin kuin valitustietä haetaan viranomaisen ratkaisua julkisoikeudellista maksu- tai elatusvelvollisuutta taikka muuta julkisoikeudellisesta oikeussuhteesta aiheutuvaa velvoitusta tai oikeutta koskevaan asianosaisten väliseen riitaan».

[55] Ks. *Vilkkonen,* 1973 esim. s. 23 ja 55, joka on osoittanut, kuinka hallintolainkäytön ala on itsenäisyytemme aikana selvästi laajentunut. Tämän elastisuuden voitaneen katsoa olevan osin yhteydessä siihen, että lainkohdan alkuperäinen tarkoitus on ollut hyvin kiistanalainen; ks. *ibid.* s. 13 ss.

tyisintressin kannalta jaoiteltavissa kolmeen, eikä vain kahteen, kategoriaan, jolloin julkinen ja yksityisoikeus edustaisivat disjunktiivisen sarjan konträärisiä jäseniä kolmannen jäsenen käsittäessä sen oikeusalan, jolla julkinen ja yksityisintressi ovat täysin tasa-arvoiset.» Tämän mahdollisuuden realisoituminen estyy Sipilän mukaan kuitenkin sen vuoksi, »että tässä ei ole kysymys vain loogillisesta käsitteenmuodostuksesta, vaan historiallisesta kehityksestä, jonka mukaan viimeksimainittua kolmatta kategoriaa ei ole olemassa».[56] Subjektiteorioiden suunnalta — jossa oikeussuhteiden tarkastelu muodostaa oikeudenalajaon arvioitiperustan — Merikoski joutuu toteamaan, että on »olemassa paljon sellaisia oikeusnormeja, jotka eivät synnytä mitään varsinaista 'oikeussuhdetta' siihen kuuluvine saman- tai eriarvoisine oikeussubjekteineen». Minkäänlaista kolmatta kategoriaa ei Merikoski väitä tämän todistavan olevan, vaan hän arvioi käsillä olevan vain eräs subjektiteorioiden heikkous.[57]

Vaikka yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välisen rajan kyseenalaistaminen näyttäisi kuuluvan nykypäivään luonnostaan, oikeudellisen tulkintatoiminnan mielletään silti edelleen toimivan monin kohdin kahden oikeuskategorian varassa. Esim. välillisen julkisen hallinnon tutkimuksessa ongelmien katsotaan johtuvan pitkälti juuri kaksijakoisen oikeuden vaikeasta sovellettavuudesta »kolmikategoriaiseen» organisaatiokenttään. Erityisesti OK:n 10:26:n kaltaisten säännösten vuoksi ankara dualismi käsitetään oikeutetuksi, ja tämä käsitys ulotetaan helposti huomaamatta myös laajemmalle kuin vain näiden normien sääntelyalaa koskevaksi[58].

Vahingonkorvausoikeudessa OK 10:26:n tulkinta kahden oikeudenalan rajanvedon valossa osoittautuu varsin vaikeasti perusteltavaksi myös po. lainkohtaa koskevien vanhojen tulkintaoppien valossa. Koska vahingonkorvausriitojen on todettu olevan tuomioistuinasioita[59], on ne luokiteltu kauttaaltaan yksityisoikeudellisiksi[60]. Näin on katsottu voitavan menetellä riippumatta siitä, koskeeko vahingonkorvausjuttu julkisen vallankäytön vahinkotilannetta vai esim. kauppasopimusta. Vaille selitystä jää, kuinka julkisoikeudellinen suhde saattaa vahingonkorvausriidassa transformoitua yksityisoikeudelliseksi. Voiko sen riittävänä perusteluna olla, että kantaja väittää virkamiehen aiheuttaneen hänelle vahinkoa. Tämä viittaisi siihen, että

[56] *Sipilä* s. 60

[57] *Merikoski,* 1935 s. 42—43

[58] Ks. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 196.

[59] Esim. *Vilkkonen,* 1973 s. 27 ss., 33 ss. ja *Pekkanen,* LM 1983 s. 1040 ss. Ks. kuitenkin tilimuistutukseen perustuvan vahingonkorvausvaatimuksen käsittelystä KunnallisL:n 96.4 §.

[60] Vrt. *Jung,* s. 129, joka saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on käyttänyt mm. mainittua huomiota nimenomaan lääkäri — potilas-suhteen (kassalääkärin ja kassapotilaan välisen oikeussuhteen) yksityisoikeudellisen luonteen argumenttina.

vahinko sinänsä olisi omiaan leimaamaan oikeussuhteen luonteeltaan yksityisoikeudelliseksi. Puolitiehen ulottuva vastaus saatettaisiin tietysti saada intressiteorioista.[61]

IV. Ymmärtääkseni oikeudellisen sääntelyn ja oikeustieteen kehityksen nykyisessä vaiheessa ja *nimenomaan oikeusnormien sovellettavuutta tarkasteltaessa* eräänlainen oikeuden *kaksitasoinen* hahmotus saattaisi olla suhteellisen toimiva vaihtoehto paitsi dualistiselle oikeuskäsitykselle myös sen kiistävälle »yhtenäisen» oikeuden idealle. Yhtäältä voidaan nimittäin epäilyksittä todeta, että oikeudellinen sääntely tuottaa normeja, jotka eivät ole millään tavoin sidoksisia yksityisoikeuden ja julkisoikeuden erotteluun. Tällaista *neutraalia* sääntelyä on esim. kilpailunrajoituslainsäädäntö. Yksittäisiä määräyksiä voidaan osoittaa eri puolilta lainsäädäntöä, mm. LääkäriL:sta maksuttoman kuolintodistuksen antamisvelvollisuutta tarkoittava sääntely (9 § 3 kohta). Toisaalta yhtä selvää mielestäni on, että suuri osa oikeudellisesta sääntelystä on sovellettavuutensa suhteen enemmän tai vähemmän *julkisen ja yksityisen erottelun varassa.* Tämä normisto on sijoitettava yksityisen ja julkisen ääripäihin rajoittuvalle — täysin neutraalista normistosta erillään olevalle — jatkumolle, jossa ei saateta tunnistaa selvärajaisia luokkia.

Osan oikeudellisesta normistosta voitaisiin katsoa kuuluvan jatkumolle sillä perusteella, että se on enemmän tai vähemmän yhteydessä klassisen sääntelydiskurssin mukaisiin oppeihin. Esim. rikosoikeudellista virkavastuuta koskevan sääntelyn yhteiskuntafilosofisena rationa on tullut korostuneesti esille näkemys, että julkisen vallan käyttöön tulee liittyä erityinen vastuu. Tälle normistolle on luonteenomaista, että sen yksittäisissä ratkaisutilanteissa ilmenevä soveltamisalan laajuus on edelleenkin ainakin jossain määrin käytettävissä olevaan paradigmaattisia lähtökohtia koskevaan argumentaatioon sidoksinen.

Käsittääkseni kahden oikeudenalan voidaan kuitenkin katsoa referoivan johonkin vielä lainopin paradigmaa konkreettisempaan. Niiden ainoa hyväksyttävissä oleva erotteluperusta ei sittenkään ole vaikutuksiltaan alati kapea-alaisemmiksi käyvissä diskursiivisissa sitoumuksissa. Huomiota on kiinnitettävä yksityisoikeuden ja julkisoikeuden erottelun *yhteiskunnalliseen taustaan.* On kuitenkin todettava, että aivan perinpohjin monimerkityksiseen yksityisen ja julkisen dikotomiaan ei kannata paneutua[62]: suhteellisen pysyvänä ja lähem-

[61] Vastaavanlaisten saksalaisten prosessisäännösten kritiikistä po. oikeudenalajaottelun perustana mm. vahingonkorvausoikeuden näkökulmasta ks. *Badura, ym.* 1986 s. 15.

[62] Monimerkityksisyydessään po. käsitteet saattavat pinnallisesti tarkastellen vaikuttaa usein myös ristiriitaisilta. Esim. viranomaistoiminnan arvioiminen julkisuusperiaatteen näkökulmasta johtaa huomioon, »että julkisen hallinnon ehkä kaikkein olennaisin piirre on sen ei-julkisuus». Ks. *Vartola* s. 64—65.

pänä oikeudellisen sääntelyn taustaselittäjänä saatetaan viitata yksityisen ja julkisen *sfäärin* erillisyyteen.

V. Kahden sfäärin asema oikeudenalajaottelun taustalla on käsittääkseni jäänyt liian vähälle huomiolle. Paradigman rakentuminen aikanaan sen tosiasian varaan, että kaksi sfääriä todellakin toimivat omien periaatteidensa mukaisesti ja muodostivat siten kaksi erillistä ja itsenäistä oikeuspiiriä, on omiaan antamaan vaikutelman, että kahden oikeudenalan ainoa erotteluperuste on tässä toiminnallis-sisällöllisessä erilaisuudessa[63]. Näin otaksuttaessa olisi tietysti hyvä, että jotenkin saatettaisiin osoittaa sfäärien itsenäistä ja pysyvää »omalakisuutta». Se onkin mielestäni mahdollista.

Yhtäältä voidaan liioittelematta sanoa, että yksityinen ja julkinen sfääri ovat sellaisia reaalisia sääntelyaloja, joiden ydinosat eivät voi koskaan joka suhteessa tyystin sekoittua ilman nykyisenkaltaisten yhteiskuntajärjestelmien jokseenkin täydellistä romuttumista[64]. Toisaalta voidaan todeta, että kumpaisenkin sfäärin ydinalueella toimimista säätelevät monet sellaiset normit, joiden analogistakaan soveltamista toisessa sfäärissä koskevaa vaatimusta ei voida oikeudellisessa ratkaisunteossa ottaa vakavasti. Mainittakoon esimerkkeinä vaikkapa vain AvioliittoL:n (234/29) ja Valtiopäiväjärjestyksen (7/28) säännökset.

On myös huomattava, että tällaisten normistojen sovellettavuuskysymys ei kummallakaan alueella ole ollut erityisen kiinteässä yhteydessä klassisen sääntelydiskurssin mukaisiin oppeihin. Normistojen sovellettavuuskeskusteluun ei yksinkertaisesti tunnu mielekkäältä liittää esim. sen arviointia, onko kyseessä vastavuoroinen ja konsensuaalinen suhde vai yksipuolinen valtasuhde, tai onko valtarakenne sentralisoitu vai desentralisoitu. Nämä näkökohdat vaikuttavat irrelevanteilta; kyse tuntuu olevan kahdesta erillisestä maailmasta. Kuitenkaan kahden sfäärin sääntelykohteiden ei silti voitane katsoa olevan sillä tavoin erilaatuisia, että normiston soveltaminen vieraassa sfäärissä johtaisi aina kelvottomaan tulokseen. On hyvin mahdollista, että esim. luontoretkeläisten päätöksenteossa parlamentaarisen mallin mukainen ratkaisunteko saattaisi toimia monin kohdin aivan moitteettomasti.

Yllä oleva viittaa siihen, että kahden oikeudenalan normiston soveltamisalan määrittelyssä on viime kädessä otettava huomioon *kahden yhteiskunnal-*

[63] Vrt. esim. *Holopainen,* LM 1984 s. 1021.

[64] Se luonnonoikeuden teoreetikoiden huomio, että julkisen yhteisön eli valtion organisoitumisen tasolle on tunnusomaista yksityisten suhteiden yläpuolelle nouseva valta, *summum potestas imperandi* (ks. *H. Tolonen II* s. 90), tulee tuskin lähitulevaisuudessa kaipaamaan kovin merkittäviä varaumia. Näin etenkin, jos korostetaan parlamentin asemaa julkisuussfäärin institutionalisoituna huipentumana. Vrt. *Vartola* s. 64 ja *Tuori,* 1990 s. 210.

lisen sfäärin ydinalueiden perustavaa laatua oleva erillisyys[65]. Tätä lähtökohtaa ei voida kokonaan sivuuttaa. Toinen asia on, että se on usein pakko jättää vain taustalta vaikuttavan tekijän asemaan, sillä valtion joutuessa tekemisiin yksityisten kanssa kohdakkain on kaksi sfääriä, jotka ovat periferialtaan varsin epämääräisiä. Tällöin apua saatetaan joutua etsimään vallitsevista diskursiivisista sitoumuksista.

Mutta on sittenkin enemmän kuin todennäköistä, että oikeudellinen sääntely ja lainopin paradigma tulevat aina jossain määrin reflektoimaan ko. kahden sfäärin erillisyyttä. Siitä huolimatta, että mm. virkavastuun käyttö voidaan käytettävissä olevan argumentaation vahvuudesta riippuen viedä suhteellisen pitkälle yksityiseen sfääriin, sen soveltaminen esim. nykyisentyyppisten perheiden sisäisiin suhteisiin saattaa tuskin koskaan tulla kyseeseen. Vaikka konkreettisessa ratkaisutilanteessa oltaisiin kuinka vakuuttuneita, että esim. perheenisän kurinpitovaltuuksien ylitystapauksessa virallinen varoitus olisi ehdottomasti joka suhteessa kaikkein parhain konfliktitilanteen ratkaisukeino, tuon seuraamuksen asettaminen ei yksinkertaisesti onnistu. Viime kädessä tämä selittyy kahden sfäärin ydinalueiden kohtaamattomuudella.[66]

VI. Yllä esitetyn kaltainen oikeuden hahmottamistapa soveltuu käsilläolevaan tutkimukseen ymmärtääkseni erinomaisen hyvin. *PotilasvahinkoL on kahden oikeudenalan erotteluun nähden neutraali normisto,* jonka sovellettavuutta tutkittaessa terveydenhuoltojärjestelmän yksityisten ja julkisten osien saatetaan nähdä muodostavan kokonaisuuden, jossa säädöksen soveltamisala määräytyy muista perusteista kuin oikeudenalajaottelua koskevista diskursiivisista sitoumuksista käsin. Paradigmaattisella tasolla tällaisena muuna lähtökohtana voidaan mainita vielä muotoaan hakeva *sosiaalivaltioajattelu.* VahKL:n osalta saatetaan tietysti huomattaa, että siinäkin on useita ko. dualismiin sitomattomia säännöksiä. Sellainen on esim. tuonnempana lähemmin puheeksi tuleva korvausvelvollisuuden syntymisen toteava 2:1.1.

Vastaavalla tavalla esitetty hahmotus ei sen sijaan ohjaa asennoitumaan VahKL:ssa tarkoitettujen *sopimusvastuun* ja *julkisen vallankäytön vastuun* so-

---

[65] Sinänsä tämä huomio ei ole uusi. Jo sekä intressiteorian että subjektiteorian kannattajien tapana oli todeta — roomalaiseen oikeuteen nojaavan ajattelutavan mukaisesti — julkisoikeuden koskevan »julkisen vallan organisatsionia, (---) valtion järjestysmuotoa ja toimintaa» ja yksityisoikeuden »yksityisten välisiä suhteita». Ks. esim. *Erich I* s. 9 ja *Merikoski,* 1935 s. 36.

[66] Tiettyä »pehmentymistä» po. suhteessa toki voidaan todeta olevan havaittavissa. Tämä näkyy esim. rikosasioiden sovittelun laajentumisessa.

veltamisarviointiin. Velvoiteoikeudellinen sopimusvastuu on ollut perinteisesti yksityisen sfäärissä toimiva vastuumuoto, jonka soveltaminen — varsinkaan sellaisenaan — millaiseen tahansa julkisen sektorin toimintaan ei ole tullut kyseeseen. Vastaavasti julkisen vallankäytön vastuu on kuulunut nimenomaan julkisen sfääriin, eikä sen käyttö yksityisten suhteissa ole ollut vielä kovin laajaa[67]. Yhtenäisen diskurssin muotoutumattomuudesta johtuen — Mäenpäätä lainatakseni — »myös oikeudenaloittain rajattujen paradigmojen ja doktrinaaristen taustojen huomioon ottaminen on perusteltua», sillä »julkisoikeudellisilla ja yksityisoikeudellisilla diskursseilla ja niiden selvärajaisella erolla on edelleen vahva asema oikeudellisissa ja hallinnollisissa käytännöissä».[68] Niiden huomiotta jättäminen sitä paitsi vaikeuttaisi suuresti lääkärintoimen oikeussuhteiden aiempien tulkintojen ymmärtämistä — mikä ymmärtämys puolestaan on ehdoton edellytys vanhentuneen doktriinin uudelleenmuokkaamiseksi[69].

Edellä esitetyn valossa ko. vastuumuotojen soveltamisalan hahmotustyöhön valmistauduttaessa joudutaan korostamaan, että yksityisen ja julkisen jatkumo muodostaa oikeudellisen diskurssin ja sitä toteuttavan sääntelymallin osalta *liukuvan asteikon,* jossa argumenttien painavuudesta riippuen oikeussäännön soveltamiskohta saattaa siirtyä pitkällekin sen alkuperäisestä asemasta. Niinikään esitetty hahmotelma muistuttaa jatkumon *ääripäiden* perustavaa laatua olevasta *erillisyydestä,* jonka on syytä olettaa jollakin tavoin heijastuvan myös sopimusvastuun ja julkisen vallankäytön vastuun soveltamismahdollisuuteen. Vaikka tarkasteltavana olevien normistojen myötenantavuus reflektoi ehkä välittömämmin paradigmaattisen muutoksen astetta, on syytä tiedostaa, että niiden soveltamisalojen äärirajat tulevat vastaan viime kädessä vieraan sfäärin ydinalueilla. Erityisesti *oikeusturvasyyt* saattavat edellyttää mahdollisimman syvällekäyvää tunkeutumista vieraaseen sfääriin.

---

[67] On ehkä syytä erikseen huomauttaa siitä, että näkemys julkisoikeudesta ja hallinto-oikeudesta vallankäytön toimia koskevana oikeutena ei kuitenkaan ole kategorisesti johtanut muunlaisten viranomaistoimien rajaamiseen oikeudenalojen legitiimin tutkimusalan ulkopuolelle. Tavallisesti tällaiseen menettelyyn on saattanut olla aiheena vain yksityisoikeuden juridis-teknisen käsitteistön selvä soveltuvuus. Eri asia on, että hallinto-oikeudellinen kirjallisuus on perinteisesti suuntautunut paljolti formaalisia valtasuhteita koskeviin kysymyksiin. Vrt. *Marcusson* s. 71.

[68] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 12

[69] Vrt. *Esineoikeuden rajat* s. 19.

1.6. Tutkimustyön teoreettisten sitoumusten ja metodia koskevien käsitysten hahmottelua

Vaikka lainopillista tutkimusta ei yleensä edellytetä aloitettavaksi perusteellisella teoreettisia taustakysymyksiä koskevalla tarkastelulla, pidän tarpeellisena ottaa nyt esille eräitä tuollaisia käsilläolevaa tutkimusta koskevia näkökohtia. Tämän valinnan taustalla on huomio, että teoreettinen sitoutuminen ei riipu siitä, tiedostaako tutkija sitoutumisensa vai ei, ja että viime kädessä hänen kysymyksenasettelunsa ja menetelmänsä loogisen välttämättömästi joka tapauksessa toteuttavat sen hänen puolestaan. Argumentoinnin johdonmukaisuus taataan parhaimmin siten, että tutkija nimenomaisesti selvittää näkemyksensä suhteessa työnsä teoreettiseen taustaan ja sitä kautta tajuaa tehtävänsä luonteen.

1.6.1. Käsitteet

Käsitteisiin on suhtauduttu oikeustieteessä dualistisesti. Yhtäältä käsitteet on ymmärretty *todellisuuden abstraktioiksi,* mutta toisaalta eräisiin käsitteisiin on katsottu kiinnittyvän myös *oikeuden realisoitumiseen vaikuttava, ohjaava tai jopa sääntelevä osuus.* Kyse edellisessä on käsitteiden nominaalisen merkityksen suhteesta reaalimaailmaan, jälkimmäisessä suunta käsitteestä on oikeuden maailmaan päin. Myös seuraavassa käsitteitä tarkastellaan lähtien tästä kaksijakoisuudesta.

1. Olisi ihanteellista, jos oikeudellisen sääntelyn kieli ja käsitteet voisivat olla yhtäpitäviä *yleiskielen* ja sen käyttämien ilmaisujen kanssa. Näin ei kuitenkaan ole ollut. Asian selitystä lienee mahdollista hakea usealtakin taholta.

Oikeudellisen ammattisanaston syntyyn ja säilymiseen on varmasti osaltaan vaikuttanut *oikeusoppineiden varhaisempi yhteiskunnallinen asema.* Sen symbolina muusta kielenkäytöstä erottuva ammattikieli on voitu kokea hyvinkin palkitsevaksi ja tavoiteltavaksi. Kun ammattiinsa voimakkaasti samaistunut juristikunta on tarkastellut maailmaa korostuneesti omalta oikeudelliselta metatasolta, on muun kansan käyttämästä kielestä ollut helppo loitontua. Joidenkin käsitteiden varhaisemman sisällön saatettanee katsoa juontavan juurensa *aatehistoriallisiin* tekijöihin, esim. erilaisiin näkemyksiin siitä, millainen on kansalaisten ja valtiovallan suhde. Näin näyttäisi olevan asia mm. viranomaisen toimivallan osalta. Siihen kiinnitettiin huomiota vielä 1970-luvulle tultaessa erityisesti niissä tutkimuksissa, joissa tarkasteltiin julkisen vallan oikeutta puuttua kansalaisten asemaan; muutoin käsitettä ei juuri tarvittukaan. Sen analyyseissä tarkastelukulma säilyi pitkään nimenomaan oikeusvaikutusten arviointiin sitoutuneena. Yhtenä selitysperustana voitaneen pitää myös sitä, että juridisten entiteettien sanotaan

olevan *institutionaalisia*. Niitä ei sen mukaan ole ennenkuin ne tietyllä tavalla luodaan. Tämä tarkoittaa oikeudellisten vaikutusten kytkemistä rituaaleihin tai asiaintiloihin. Tässä katsannossa 'hankintakauppa' syntyy tai 'hautarauha' vallitsee vain, milloin asiasta voidaan oikeusnormien avulla vakuuttua.[70]

Historiallinen tosiasia joka tapauksessa on, että oikeudellisessa ajattelussa on korostettu oikeudellisten käsitteiden erityismerkityksisyyttä ja -laatuisuutta. On kuitenkin huomattava, että koska käsitteet käyvät erityismerkityksen vakiintuessa yhteiskunnallisesti joustamattomaksi, tulisi niistä uudessa yhteiskunnallisessa tilanteessa voida purkaa niiden semanttista referenssiä vääristävät, vanhentuneen doktriinin ajalta peräisin olevat mielleyhtymät. Keinona siinä voitaneen pitää yksinkertaisesti vain sitä, että oikeussääntöjä arvioidaan lähtien siitä, millaisen tulkinnan yleiskieli kussakin asiassa mahdollistaisi. Vain jonkin erityisen syyn vuoksi siitä poikkeavaa tulkintaa saatetaan pitää hyväksyttävänä. Tällöinkin se olisi voitava johtaa yleisen kielenkäytön varaan perustuvasta määritelmästä (tai määritelmäketjusta)[71]. Mm. julkisen vallankäytön käsitteen osalta sanottu tarkoittaa sitä, että käsitteen alaa on perusteltua hahmottaa aiempaa ennakkoluulottomammin siltä pohjalta, mitä yleensä julkisella ja vallankäytöllä voidaan käsittää. Viitattakoon esim. yhdysvaltalaisen taloustieteilijän John Kenneth Galbraithin tekstiin, jossa puhutaan asetehtaiden, yhtymien, painostusryhmien, yms. julkisen vallan käyttämisestä[72]. On tärkeätä huomata, että sanottu ei tarkoita oikeutta sivuuttaa oikeudellista ja hallinnollista sääntelyä ja käytäntöä koskevia näkemyksiä. Vain ne huomioon-

---

[70] Käsittääkseni tämä ajattelutapa ikäänkuin olettaa oikeudellisen sääntelyn lähtevän siinä mielessä tyhjästä, ettei sosiaaliseen kanssakäymiseen ilman sitä voisi liittyä yhteisiä merkityksiä. Kuvitellaan, että oikeudellisen sääntelyn kohteeksi otettu asia saatetaan ymmärtää vain oikeuden olemuksesta käsin. Eero Vilkkonen on väitöskirjassaan — ehkä hieman satiirisesti — todennut käsitteiden määrittelystä, että sen tulee tapahtua »tieteellisesti hyväksyttävällä tavalla, siis mahdollisimman ristiriidattomasti ja selvästi siten, että lukija voi kontrolloida ajatuskulun tarvitsematta tuntea selitettyyn määritelmään kuuluvien asioiden 'olemusta'». *Vilkkonen*, 1970 s. 37. Tähän toteamukseen saatettanee viitata myös oikeudellisten käsitteiden institutionaalisesta käsittämistavasta puhuttaessa. Lain tai oikeuden olemus oikeudellisessa sääntelyssä käytettyjen käsitteiden viimekätisenä selitysperustana on ilmeisestikin liian mystifioiva ja yksipuolinen. Vaikka hautarauhaa ei olisi RL:ssa millään tavoin suojattu, on varmaa, että esim. ruumiin ilkivaltainen piteleminen johtaisi sosiaalisen yhteisön paheksuntaan »hautarauhan» rikkomisen vuoksi. Yhtä varmaa on, ettei »kaupankäynti» lakkaisi sillä, että kaikki kauppaa koskevat oikeusnormit kumottaisiin.

[71] Vrt. *Aarnio*, Mitä lainoppi on? s. 108.

[72] *Galbraith* s. 12. Galbraith korostaa juuri sitä, että tällainen julkinen valta jää helposti piiloon.

ottaen uudenlaista yleiskielen merkitystä korostavaa tulkintaa saatetaan edellyttää asianmukaisessa laajuudessa noudatettavan.[73]

II. Suurelta osalta nykyinen oikeustieteen tutkijapolvi on saanut koulutuksensa sen metodisen näkemyksen saattelemana, joka on opettanut karttamaan käsitelainoppia ja tavoittelemaan analyyttisen lähetymistavan mukaista tutkimusasennetta — joskin jo hyvän aikaa analyyttinenkin metodi on saanut osakseen kritiikkiä. Käsitelainopin arvostelun ja sen saaman tuomion taustalla voidaan nähdä käsiterakennelmien ajan mittaan yhä ilmeisemmäksi käynyt kyvyttömyys oikeudellisten ilmiöiden tarkoituksenmukaiseen hahmottamiseen[74]. Kritiikin keskeisenä teoreettisena voimanlähteenä saatetaan mainita se, ettei deduktiivisen metodin enää myöhemmin katsottu tuovan laintulkintakannanottoihin riittävää perustelua.[75]

Arvioidessaan käsitteistä päättelyn kritiikin perusteita Markku Helin huomauttaa, että deduktiivinen päättely ei justifioi johtopäätöstä »sillä erittäin vahvalla tavalla, jota looginen justifikaatio merkitsee». Siitä riippumatta on hänen mukaansa kuitenkin mahdollista ajatella, että deduktiivisesti johdettava päätelmä tuo argumentaatioon *analogiatukea.*[76] Koska käsitteistä päättelyltä ei voida kiistää relevanssia yksistään loogisin perustein, tulkitsee Helin käsitelainopin kritiikin siten, että se edellytti myös mainitunlaisen analogisen tuen mahdollisuuden kiistämistä. Tätä kautta metodin arvostelussa voidaan selittää olleen osin kyse itse asiassa *oikeuslähteiden ja niiden käyttösääntöjen* tasolla tapahtuneesta muutoksesta. Esim. eräässä vaiheessa reaaliset argumentit yksinkertaisesti koettiin normikannanottojen perustelussa systeeminsisäistä analogisuutta vahvemmiksi.[77]

Suomalaista oikeustieteellistä tutkimusta voidaan tuskin kuitenkaan asennoitumisessa tapahtuneesta muutoksesta huolimatta moittia kokonaiskuvaa

[73] On tietysti korostettava, että yleiskieli ei ole taikakalu, jonka avulla oikeudelliseen kielenkäyttöön liittyvät tulkintaongelmat kauttaaltaan vaivatta ratkeaisivat. Kuten *Brusiin,* Tuomarin harkinta s. 64, jo puolivuosisata sitten kirjoitti, »normien kiellinen apparaatti on vain kömpelö apukeino järjestyneen yhteiskuntaelämän rakentamistyössä». Kielen moniselitteisyyttä ei voida poistaa.

[74] Vrt. esim. *Uotila,* Elinkeinolupa s. 57—58.

[75] Vaikka käsitelainopin saama tuomio oli myös skandinaavisen realismin vaatimusten mukainen (ks. esim. *Helin,* Lainoppi ja metafysiikka s. 198, 223 ja 256), kritiikin kantavana perusteena ei ainakaan enää myöhemmin voitu pitää koulukunnan kapeaa ontologiaa; sitä, että vain fysikaalisia ja mentaalisia entiteettejä olisi pidetty todellisina. Skandinaavisen realismin avainhahmon *Axel Hägerströmin* ontologian erittelyä ks. *Helin,* Lainoppi ja metafysiikka s. 30 ss.

[76] *Helin,* Käsitteistä päättelemisestä s. 88

[77] *Ibid.* s. 88—89

muodostavien käsitteiden ja periaatteiden täydellisestä välttämisestä, selvästi liiallisesta kasuistisuudesta. Analyysin ohella meillä on oltu kiinnostuneita myös systemaattisista kysymyksistä. Järjestyksen ja yleiskatsaukselisuuden tavoitteluun on lähdetty ongelmanasettelun näkökulmasta, jossa käsitteiden roolia ei ole kyseenalaistettu. Muotoutunutta asetelmaa kuvaa Simo Zittingin huomautus, jonka mukaan »/m/uodollis-käsitteellinen systeemi palvelee — sikäli kuin pidetään silmällä ratkaisutoimintaa — kysymyksenasettelua eikä tuota valmiita vastauksia».[78] Esim. siviilioikeuden puolella varallisuusoikeuden järjestelmässä Helin toteaa po. tarkoitusta varten luotuja käsitteitä olevan mm. *saantosuoja* ja *luovutuskompetenssi.*[79] Julkisoikeudessa selväpiirteisenä analyyttisen metodin edustajana on mainittu Jaakko Uotila erityisesti 1967 ilmestyneen elinkeinolupaa koskevan monografian osalta[80]. Eräitä keskeisiä kirjan käsitteitä ovat *elinkeinovapaus* ja *elinkeino-oikeus.* Jo teoksensa alussa Uotila huomauttaa elinkeinovapauden käsitteen luotaavan tutkimuksen kysymyksenasettelun hallinto-oikeudellisen problematisoinnin rinnalla myös valtiosääntöoikeudellisiin kysymyksiin[81]. Myöhemmin suoritettavan elinkeinovapauden ja elinkeino-oikeuden käsitteellisen täsmentämisen yhteydessä Uotila toteaa erottelun oikeutuksen olevan siinä, »että se on omiansa helpottamaan voimassaolevan oikeuden tulkitsemista»[82]. Tällaisten käsitteiden elinvoima on varmasti ollut pitkälti juuri tässä. Ne eivät kytke oikeudellisia vaikutuksia mihinkään tunnusmerkistöihin, mutta ne silti selkeyttävät tarkasteltavia oikeudellisia ongelmia. Niissä on — Heliniä mukaillakseni — onnistuneesti tavoitettu se *struktuuri,* joka on erilaisille oikeuksille ominainen.[83]

Meikäläisissä olosuhteissa olisi vaikeaa kuvitella siirtymistä uuteen (entisenkaltaiseen) käsitelainoppiin yhtäältä siksi, että *lailla* on oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa nykyään erilainen asema kuin käsitelainopin aikaan, ja toisaalta sen vuoksi, että lainoppi on viime vuosina käsitetty erityisesti *argumentoivaksi tieteeksi*[84]. 1980-luvun hallinto-oikeuden piirissä esitettyä metodista näkemystä edustaa seuraavassa katkelma Olli Mäenpään tekstistä:

---

[78] *Zitting,* 1987 s. 491; ks. myös *Tuori,* 1990 s. 52.

[79] *Helin,* Käsitteistä päättelemisestä s. 90

[80] *Mäenpää,* Hallintolupa s. 54—55

[81] *Uotila,* Elinkeinolupa s. 19

[82] Ks. *ibid.* s. 86—88.

[83] Ks. *Helin,* Käsitteistä päättelemisestä s. 90—91.

[84] Jälkimmäistä näkökohtaa painottaa esim. *Laakso,* 1980 s. 328, todeten mm., että »die Jurisprudenz ist notwendigerweise eine *argumentative* Wissensaft, bei der das nicht-strikte Argumentieren den Kern der Begründung bildet».

»/A/nalyyttinen lupakäsitys on syytä nähdä nimenomaan tutkimusmetodisena ja korostetusti juuri metodin alalla pätevänä kritiikkinä käsitelainopillisen lupatutkimuksen rajoittuneisuuteen lupasääntelyn laajentuessa ja eriytyessä. Analyysin avulla on pystytty ja pyrittykin metodisesti vastaamaan uudenlaisen lupasääntelyn haasteisiin erityisesti lupien oikeusvaikutusten selvittämisessä. Silti myös käsitelainopillinen lupajaottelu heijastaa ilmeisesti aivan kelvollisesti eräitä lupasääntelyn erityispiirteitä, vaikka se sellaisenaan onkin liian suppea tutkimuksen lähtökohdaksi ja vaikka perinteisen lupajaottelun metodi on kritiikille altis. Toisaalta metodin erottelukyvyn korostaminen ei kuitenkaan ole riittävästi ottanut huomioon niitä todellisia yhteiskunnallisia ja valtiollisen sääntelyn muotoon ja rakenteeseen liittyviä muutoksia, jotka viime kädessä voidaan nähdä käsitelainopillisen erittelyn heikkouden taustalla.»[85]

Yllä oleva siteeraus koskee »vanhan» käsitelainopin ja analyyttisen metodin välistä suhdetta. Paitsi että katkelma sisältää kuvausta kahden metodin ansioista ja heikkouksista sisältyy siihen ainakin implisiittisesti myös näkemys kumpaisenkin metodin perusteltavuudesta modernissakin lainopillisessa tutkimuksessa. Kuitenkin se tapa, jolla Mäenpää itse kirjassaan ryhmittelee erilaisia hallintolupia ja muutoinkin jäsentää tutkimustaan, viittaa lähinnä yleiskatsauksellisuuden tavoitteluun sitä tietä, joka saavutetaan tarkoituksenmukaisen kysymyksenasettelun avulla hallintolupiin liittyvät rakenteelliset tekijät huomioonottaen. Mäenpään esityksestä on vaikea poimia klassisen mallin mukaisia käsitelainopillisia näytteitä.

III. Käsitelainoppiin sisältyy jotain sellaista, että sen ideaa näyttää olevan vaikea kokonaisuudessaan torjua. Tästä ajatuksesta voidaan pitää kiinni, vaikka käsitelainoppia ei ymmärrettäisi Juha Tolosen tavoin erityisesti oikeudellista systeemiä koskevien välttämättömyyksien kuvauksiksi[86]. Käsitteisiin liittyy laajemmaltikin ottaen jotakin sellaista, että niiden merkitystä ei ole mahdollista kiistää edes nykyisen toimeliaan lainsäätäjän ja argumentoivan oikeustieteen aikana. Selitys on siinä, että *käsitteenmuodostus kertakaikkiaan kuuluu tieteelliseen toimintaan.* Asiaa ei muuta se, että oikeusjärjestys on sääntöjärjestelmä eikä säännönmukaisuuksien summa[87].

Oikeudellinen sääntely kohdistuu reaalimaailman ilmiöihin. Kun jonkin ilmiön havaitaan joutuneen useissa eri yhteyksissä sääntelyn kohteeksi, on luonnollista, että se saa ennen pitkää nimen. Voidaan puhua ns. stipulatiivisesta

[85] *Mäenpää,* Hallintolupa s. 58

[86] Ks. *J. Tolonen,* JFT 1973 s. 340—364.

[87] *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 243

määrittelystä[88]. Tämä ei kuitenkaan vielä sellaisenaan tuo käsitteelle oikeudellista latausta. Edelleen on mahdollista, että lainsäätäjä suhtautuu ko. ilmiöön eri yhteyksissä samankaltaisesti. Tätä seikkaa ei ole syytä vähätellä: aivan perinteisesti tieteen tehtävänä on katsottu olleen *invarianssien* etsiminen. Esiintymisfrekvenssistään riippuen havainnot voivat hyvinkin voimakkaasti edellyttää induktiivista yleistystä. Näiden yleistysten ilmaisemat säännöt ovat käsitteiden vaikuttavaa sisältöä.

Sitä taustaa vasten, että käsitelainopin syntyaikoina lainsäätäjä puuttui yhteiskunnallisiin suhteisiin yleisesti ottaen huomattavasti harvemmin kuin nykyään, on helppo ymmärtää käsitteistä päättelyn aikoinaan saama asema. Monessa mielessä oli luonnollista ja perusteltua ratkaista oikeudellisia tulkintatilanteita deduktiivisesti. Lainsäädännöllisen toiminnan vilkastuminen edellyttää mallin sovellettavuuden uudelleenarviointia. Siltä osin kuin lainsäätäjä on oikullinen, tutkijan tehtävänä on »rekisteröidä» myös poikkeukset. Sääntelyn erilaisuus voidaan luokitella poikkeukseksi vain säännönmukaisuuden havaitsemisen perusteella. On mahdollista, että poikkeuksen ilmaisema sääntö muodostuu ennen pitkää uudeksi invarianssiksi. Uusi invarianssi voi olla aiemman säännönmukaisuuden mitätöivä taikka se voi muodostaa jonkinlaisen lisän sen rinnalle. Poikkeavan sääntelyn mahdollisuus edellyttää yleistyksen tekijältä tarkkaavaisuutta. Se ei missään tapauksessa romuta ideaa samanlaisuuksien etsimisen mielekkyydestä.

Mikä sitten on invarianssien merkitys lakien tulkinnassa? Eikö juuri se, että ne osaltaan muodostavat sen *kontekstin,* jossa tulkinta tapahtuu. Tulkintaan tulee tällä tavoin mukaan eräänlainen *empiristinen* osuus. Siitä käsin tulkitsijalle muodostuu tilanteen kokonaisarvioinnin mahdollistava *esiymmärrys.* Samalla aiempi oikeustila voi olla osa argumentaatioperustaa.[89] Mutta jotta näin deduktiolla saatava esiymmärrys olisi oikea, *induktiivista prosessia on jatkuvasti ylläpidettävä.* Käsitteiden oikeasisältöisyys merkitsee ajan tasalla olemista. Doktriinista ei saa muodostua »pyhä ja koskematon tietojen ykseys», vaan on edellytettävä suvaitsevaisuutta. Oikeuskäytännöstä voidaan osoittaa esimerkkejä siitä, kuinka alunalkaen mahdollisesti analyyttisin perustein muotoillut käsitteet ajan oloon helposti »luutuvat» ja johtavat oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa huonoihin, epäoikeudenmukaisilta tuntuviin lopputuloksiin (ks.

---

[88] Vrt. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 56, jonka mukaan stipulatiivinen määrittely merkitsee »sopimusta» kielellisen ilmaisun merkityksestä. »A stipulative definition may be likened to the baptism of a child: something is given a new name.»

[89] Vrt. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 102, joka huomauttaa käsitteellis-systemaattisten tekijöiden määrittävän tieteenalan yleisten oppien rakennetta ja sisältöä.

esim. KKO 1987:97[90]). Juha Tolonen on huomauttanut siitä, kuinka varhaisemmilta ajoilta peräisin olevat käsitteet saattavat jäädä olemaan ilman sitä systeemiyhteyttä, jonka klassisiin oppeihin sisältyvä kokonaisnäkemys inhimillisen yhteiselämän perustasta on aikanaan muodostanut[91]. Kuitenkin, yleisyys ja abstraktius ovat oikeudellisten käsitteiden ja normien yhteisiä ominaisuuksia, joiden varaan perustuvaa kriittistä käsitelainopillista ajattelua ei ole perusteltua kelvottomana hylätä.

Kun tuonnempana kysytään, onko lääkäri — potilas-suhde sopimussuhde, ei vastaus tähän silloin kun se on kieltävä vielä sellaisenaan vääjämättä merkitse sopimusvastuun kaikinpuolista soveltumattomuutta. Tilanteen ymmärtämisen kannalta on kuitenkin oleellista, että sopimuksen käsite vie voimakkaasti sanotunlaiseen tulkintaan. Tämän johtolangan seuraamista ei ole syytä luonnehtia harharetkeksi, vaikka myöhemmin tehtävä tulkintakannanotto merkitsisikin jonkinlaista poikkeamista pääsäännöstä: perusteltu kannanotto edellyttää näin muotoutuvaa laajempaa näkemystä. Niinikään, kun tuonnempana sairaalan johtavan lääkärin hallinnollisia määräyksiä joudutaan pitämään julkisen vallan käyttämisenä, on aivan luonnollista ja perusteltua katsoa, että samalla siirrytään askel lähemmäksi VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuutta. Vain tämän näkemyksen perustalta voidaan suhtautua oikein niihin tällaiseen vallankäyttöön liittyviin tekijöihin, jotka rajoittavat po. vastuun sovellettavuutta.

IV. Edellä sanotun perusteella käsitteillä voidaan todeta olevan *kolmenlaisia tehtäviä.* Ne voivat kuvata reaalimaailmaa, jäsentää ja systematisoida tutkimusta sekä sisältää orientoivia tulkintasuosituksia. Yhdellä käsitteellä voi tutkimuksessa olla kaikki mainitut kolme roolia. Saatetaan kysyä, *millainen keskinäinen riippuvuussuhde näillä kolmella funktiolla on, ja mikä sen merkitys on tässä tutkimuksessa.*

Epäilemättä se, kuinka käsite referoi todellisuuteen, vetää rajoja myös sen systematisoivaan ja tulkintasuosituksiin johtavaan vaikutukseen[92]. Käsillä olevaan tutkimukseen sovellettuna tämä merkitsee esim., että jos julkisen vallan käyttämisen käsite rajattaisiin ex ante koskemaan vaikkapa vain ehdottomasti velvoittavien normien antamista, jäisi mm. tavallisten lausuntoluonteisten lää-

---

[90] Oikeustapausta on kommentoinut Jorma Saloheimo, joka on osoittanut siinä päädytyn ratkaisuun työoikeudessa kehitettyä ns. työnormien ja työolonormien erotteluun perustuvaa oppia soveltaen. *Saloheimo,* LM 1988 s. 877 ss.

[91] *J. Tolonen,* Oikeus 1973 s. 13

[92] Vrt. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 56—57, stipulatiivisen määrittelyn vaikutuksista.

kintöasiakirjojen lähempi arvioiti tutkimustyön ulkopuolelle. Niinikään arvioimatta jäisi tällaisten asiakirjojen yhteydessä niiden tulkintamaksiimien perusteltavuus, joita po. käsitteen yhteydessä on totuttu pitämään tarkastelun lähtökohtana. Perustelluinta on siten käydä tarkasteluun mahdollisimman laveasta esilletulevien käsitteiden merkitysalasta.

1.6.2. Oikeussäännöt ja -periaatteet

Lainopillista tutkimusta tekevä askaroi paitsi käsitteillä myös *oikeussäännöillä ja -periaatteilla.* Jälkimmäisiä koskeva oikeusfilosofian klassinen tehtävä on ollut pelkistää mainittujen kahden normikategorian erot ja keskinäinen suhde. Ongelman tarkastelun »uusrenessanssi» on yleensä kytketty Ronald Dworkinin nimeen. Ko. probleemaan liittyy muun ohella kysymys *oikeudellisen ja ei-oikeudellisen sfäärin kohtaamisesta.* Hyvin tavallista on sääntöjen ohella ymmärtää myös periaatteet luonteeltaan oikeudellisiksi, vaikka ne tietyllä tavalla välittävätkin ei-oikeudellista maailmaa. Eräin paikoin tai eräästä suunnasta katsottuna olisi mielestäni kuitenkin luonteva myös toisenlainen kanta. Yritän perustella käsitystäni seuraavassa. En puutu kovin laajalti monitahoiseen oikeussäännöistä ja -periaatteista käytyyn keskusteluun, koska se ei ole ideani esittelyn ja perustelun eikä sen käsilläolevaan tutkimukseen soveltamisen kannalta tarpeen. Jo Dworkinin aikanaan esittämä hahmotelma riittää oman esitykseni lähtökohdaksi.

I. Dworkin pyrki osoittamaan oikeussääntöjen luonteen eräänlaisen joko — tai-asetelman perustalta. Sääntöä joko sovelletaan tai sitten ei sovelleta. Säännön sovellettavuutta arvioitaessa käsillä on ehdoton »kaikki tai ei mitään» (»all-or-nothing») -valinta.[93] Periaatteille on puolestaan ominaista, että ne voivat näyttää ratkaisulle vain suuntaa; ne eivät saata väistämättömästi johtaa johonkin lopputulokseen. Ratkaisutilanteessa on kyse periaatteen merkityksen painosta tai tärkeydestä (»the dimension of weight or importance»). Kun kahdesta keskenään ristiriidassa olevasta säännöstä vain toinen saattaa olla pätevä, periaatteiden välisessä ristiriidassa painoarvon tai tärkeyden arviointi ei voi merkitä vähemmän vaikuttavan periaatteen pätemättömyyttä.[94] Dworkinille sääntöjen ja periaatteiden ero osoittautui näin luonteeltaan selväksi laatueroksi.

---

[93] *Dworkin* s. 24. Kyse on siis välittömästä, *deduktiivisesta* sovellettavuudesta; ks. *Tuori,* 1990 s. 5.

[94] *Dworkin* s. 26—27. Ks. myös esim. *Eckhoff — Sundby* s. 128 ss. Nämä kirjoittajat puhuvat periaatteista 'suuntaviivoina' (»retningslinjer»).

Jos kiinnitetään huomiota sääntöjen ja periaatteiden tavanomaisimpaan erotteluperusteeseen, niiden yleisyysasteeseen, voidaan sanoa, että edelliset ovat jälkimmäisten ilmauksia. Tällöin jokainen sääntö on sitä täsmentävään oikeusohjeeseen nähden eräällä tavalla periaatteen asemassa, ja vastaavasti jokainen periaate toimii sitä yleisempään ja abstraktimpaan ohjeeseen nähden säännön tavoin. Oikeuslauseen tulkitsijan on tärkeää tiedostaa, että kirjoitettu lakiteksti ilmentää periaatetta, joka sitä edellyttää, mutta samalla myös sääntöä, jolla jotakin on in abstracto ratkaistu. Kun Englannin korkein oikeus (The Supreme Court) otti kantaa Sherman Act'in säännökseen, jonka mukaan jokainen kaupankäyntiä rajoittava sopimus oli oleva mitätön, oikeus päätyi pitämään määräystä sääntönä. Se kuitenkin katsoi säännön tarkoittavan vain 'kohtuutonta' kaupan haittaa. Dworkinin mukaan määräyksestä saatiin tällä tavoin sekä säännön että periaatteen edut: paitsi että sen perusteella kohtuuttomasti kauppaa rajoittavia sopimuksia oli pidettävä pätemättöminä sisältyi määräykseen myös vaatimus ottaa huomioon kaikki asiaan vaikuttavat periaatteet päätettäessä siitä, onko tietty rajoitus jossakin erityisessä tilanteessa katsottava kohtuuttomaksi.[95]

Koska Suomen oikeusjärjestyksessä kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet käsitetään määrittyvän etupäässä muodollisen lain tasolta, on luonnollista, että esim. monia HM:n sisältämiä perusoikeusnormeja on meillä usein pidetty lähinnä periaatteiden tasolle jäävinä. Ne on mielletty eräänlaisiksi ohjelmanjulistuksiksi, joihin ei oikeuskäytännössäkään ole halukkaasti vedottu.[96] Ratkaisevan instanssin näkökulmasta Kaarle Makkonen on luonnehtinut yleisiä oikeusperiaatteita reaktiotapanormeiksi. Sen mukaan niiden funktioksi jäisi toimia pelkästään valintaperusteena harkittaessa, mikä käsilläolevista oikeusseuraamus- tai -normivaihtoehdoista kulloinkin valitaan.[97] Koska kuitenkin — kuten sanottu — kaikki nimenomaisella tarkoituksella formuloidut oikeusohjeet sisältävät jonkun yhteiskuntakysymyksen ratkaisun, ei käsityksen perusoikeusnormien luonteesta oikeussääntöinäkään tule antaa hämärtyä. Perustuslain säännösten tulkinta periaatteina vain oikeuden idean ilmentymäksi on omiaan vaarantamaan ylimpien positiivisten normien ymmärtämistä. Niiden ominaisuus myös ratkaisunormeina onkin viime vuosina tullut tunnustetuksi mm. siten, että kansalaisten yhdenvertaisuuden lausuva HM 5 § on alkanut

[95] *Dworkin* s. 27—28. Scherman Act'in vaikutuksesta kilpailunrajoituslainsäädännön kehitykseen yleisesti ks. *Rissanen — Tiili — Mäkinen* s. 17 ja 109—110.

[96] Ks. esim. *Merikoski,* Vapaa harkinta s. 79 — 80: »abstraktinen» yhdenvertaisuus.

[97] Ks. *Makkonen,* 1965 s. 31 ss., 173 ss.

saada sijaa tuomioistuinratkaisujen perusteluissa[98]. Toisaalta on huomattava, että periaatteet yleisemminkin, positiiviseen oikeuteen sisältymättöminäkin oikeusohjeina, on mielletty osin vahvoiksi, joissakin tilanteissa jopa nimenomaisen sääntelyn sivuuttaviksi normeiksi. Tällaisten tilanteiden ratkaisutapahtumaa Juha Pöyhönen on luonnehtinut *'vaistonvaraiseksi'*, koska peruserottelun valossa säännön luonteeltaan ehdottomana tulisi aina sivuuttaa vastassaan oleva periaate.[99] On selvää, että sanotunlainen *periaatteiden normatiivisuutta* painottava käsitys merkitsee sääntöjen ja periaatteiden erottelun erästä osaa rasittavaa tekijää. Mitä siis kätkeytyy vaistonvaraisen johtopäätöksen taakse?

II.a. Periaatteen voidaan tietyssä mielessä katsoa olevan lähempänä legitiimiksi koettua vallan lähdettä kuin sitä täsmentävä sääntö. Normi on asettajansa kautta kanavoiduttuaan aina jonkin verran »oligarkkisesti» määrittynyt.[100] Silti demokraattisessa järjestelmässä lainsäädännön tulisi — koska sen katsotaan edustavan kansanvaltaa — ulottua mahdollisimman monenlaisten kiistojen ratkaisuperustaksi. On kuitenkin huomattava, että kyse on ennenkaikkea siitä sääntelyn abtraktiotasosta, jolla yhteiskunnalliset ongelmat on mahdollista tavoittaa. Sen vuoksi että välitöntä kansanvaltaa ei saateta ulottaa kaikkeen yksittäistapaukselliseen ratkaisuntekoon, tarvitaan enemmän tai vähemmän yleisiksi jääviä sääntöjä. Toisaalta oikeusjärjestys ei voi rakentua myöskään pelkästään oikeutta koskevien ideologioiden ja niitä artikuloivien periaatteiden varaan, vaikka niiden oikeutuksesta oltaisiin oikeusyhteisössä kuinka yksimielisiä tahansa. Täsmällistä sääntöä yksittäistapauksen ratkaisuun ei nimittäin useinkaan voida johtaa periaatteesta suoraan. Periaate on tässä katsannossa eräänlainen *»monistinen yleisselitys»*.

Yllä sanotun mukaisesti on olemassa tietty *alue, jolle oikeudellinen sääntely sijoittuu*. Sen raja määräytyy normien konkreettisemmalla suunnalla oikeusyhteisön ja -järjestyksen rakenteellisista tekijöistä käsin. Asteikon toisessa päässä sääntelyn rajan sanelee yhteisön sosiaalistumisen *evolutionaristinen vaihe*. Sääntelyä ei uloteta alueelle, jossa näkemyseroja asioiden toivottavasta tilasta ei enää ole, eikä pidetä mahdollisinakaan. Tuolla alueella konstituoiva lain-

---

[98] Kyse on laajemmaltikin länsimaisessa oikeuskulttuurissa havaittavasta ilmiöstä. Ks. *Kübler* s. 42, joka kirjoittaa myös, että »a similar role can be played by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its enforcement by the European Court of Human Rights».

[99] Ks. *Pöyhönen,* 1988 s. 37—38.

[100] Periaatteiden ja sääntöjen välistä eroa on pelkistetty mm. huomauttamalla edellisten olevan suoraan yhteydessä oikeuden ideaan ja olevan suoraan arvosidonnaisia, ja todeten näiden kytkentöjen olevan jälkimmäisillä vain välillisiä; ks. esim. *Pöyhönen,* 1988 s. 21.

säädäntö ei tule kyseeseen, koska siellä ollaan tekemisissä ylimpien oikeusjärjestystä muovaavien periaatteiden kanssa.

> Se, että kehittyneempienkin demokratioiden valtiosääntöihin on monesti sisällytetty eräällä tavalla primitiiviseen ajatteluun viittaavia säännöksiä, johtuu osin siitä, että kaiken aikaa on nähtävillä myös varovaisuuteen ohjaavia valtajärjestelmiä: varhaisemmassa kehitysvaiheessa olevia oikeusyhteisöjä, joissa evoluutioprosessissa pidemmälle ehtineiden yhteisöjen suunnalta katsottuna loukataan ihmisoikeuksia. Asiaan saattaa vaikuttaa myös valtioiden oma historia; sitä enemmän mitä voimakkaammin se kuohuttaa kansalaisten tunteita. Ylimpien periaatteiden sisältö ei siis ole ylikansallisesti määräytynyt, vaan on kulttuurisidonnainen. Voidaan sanoa, että kulttuurin piirissä suvereeni on se, joka pystyy määräämään näiden periaatteiden sisällön. Vaikka nyt ei olekaan tarpeen ryhtyä käsitteellisesti konkretisoimaan oikeudenmukaisuuden alaa, voidaan siihen modernissa oikeusvaltiossa todeta kuuluvan ainakin kohtuus ja yhdenvertaisuus.[101]

II.b. Yhtymättä varsinaisesti kelseniläiseen käsitykseen oikeuden ontologiasta on tietyssä mielessä perusteltua ajatella, että oikeusjärjestys on ihmisten tietoisesti toteuttama sääntöjärjestelmä, jossa on mahdollista määrättyjä muotoja noudattaen saada aikaan muutoksia. *Oikeuden sfäärin raja piirtyy tällöin sitä aluetta vasten, jolla oikeusyhteisö ei enää kykene valintoihin.* Tämän rajan ylittäminen on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa vaikuttavien periaatteiden kannalta kohtalokas: sen ulkopuolella periaatteet alkavat muistuttaa merkittävästi reaalimaailmaan kuuluvia *kausaalilakien alaisia entiteettejä.* Tarkoitan sitä, että »pitäminen» on periaatteiden tältä osalta vahvempaa kuin tarkoituksellisesti asetettujen normien. Sitä määrittää ihmisen sielunelämässä vallitseva determinismi, joka ei kenties täydellisesti voi saavuttaa fysikaalisia ilmiöitä koskevien luonnonlakien syy — seuraus-suhteiden välttämättömyyden tasoa[102], mutta joka kuitenkin ilmenee ehdottomampana kuin oikeusnormiloogisesta

---

[101] Mielestäni ei ole vaikea kuvitella, että jos vanhojen länsimaisten demokratioiden uusi ikäluokka voisi kirjoittaa perustuslain 'tyhjästä' uudelleen, se saattaisi katsoa tarpeettomaksi ottaa siihen mukaan sellaisia säännöksiä kuin HM:n 5 §:n sisältämä kansalaisten yhdenvertaisuuden periaate. Tietysti noita lakeja ei enää voida laatia ilman mielikuvaa entisistä. Yleensä ottaen arvioitaessa perustuslakien pysyvyyttä kansainvälisten muutosten pyörteissä on niillä uskottu säilyvän ainakin muodollinen asema valtioiden identiteetin turvaavina symbolisääntöinä; ks. *Pohjolainen,* 1988 s. 197—198. Myös tällainen symbolimerkitykseen perustuva jatkuvuus lienee ainakin jossain määrin omiaan takaamaan lakien aiemmankaltaisen sisällön.

[102] Mikään ei kai ehdottomasti osoita, etteivätkö ihmisen sielunelämään liittyvät ilmiöt olisi kausaalisesti determinoituja. On kuitenkin selvää, ettemme hallitse niiden syy — seuraus-suhteita kuin hyvin puutteellisesti. Vrt. esim. *J. Tolosen,* 1991 s. 20, kuvaama ongelmallisuus aurinkokunnan mekaniikan laskelmien perustamisesta ns. ceteris paribus -ehdolle.

päättelystä johtuvat vaatimukset. On oleellista huomata, että oikeudellisessa katsannossa kyse ei ole metafysiikasta, vaan mitä tärkeimmästä ratkaisutoiminnassa huomioonotettavasta tekijästä[103].

Kysymys liittyy — ainakin osin — siihen samaan ilmiöön, jota meillä mm. Aulis Aarnio on pyrkinyt tekemään tunnetuksi yhteiskuntafilosofiasta lainaamillaan elämänmuodon (form of life) ja elämismaailman (world of life) käsitteillä. Ihminen on monella tavalla sidoksissa yhteisölliseen taustaansa, joka hänestä riippumattomasti on hänelle annettuna ja jota hän ei voi asettaa kyseenalaiseksi.[104] Se antaa siihen kuuluvalle, so. sosiaalistuneelle, yksilölle »oikeita» ratkaisuvaihtoehtoja, joista tämä ei näytä voivan poiketa ilman, että tapaus luokitellaan vakavaksi häiriöksi.

Puheena olevat ei-oikeudelliseen maailmaan kuuluvat imperatiivit ovat *normiteoreettiselta statukseltaan sitovia*[105]. Koska näiden normien sitovuus on niiden ei-oikeudellisesta luonteesta johtuen toisenlaista kuin oikeudellisten periaatteiden, joudutaan se ottamaan huomioon paitsi lakia soveltavien viranomaisten myös lainsäätäjän vallankäytössä[106]. Jos jälkimmäinen sen laiminlyö, edellisen on korjattava virhe. Jollei näin tapahdu, on vaarana, että valtasuhteiden verkosto purkautuu tai ainakin, että systeemissä ilmenee toimintahäiriöitä.[107] Tätä ei muuta se, että ei-oikeudellisten näkökohtien päätösprosessia ohjaava heuristinen merkitys ei yleensä kohoa kovin tarkkarajaiseksi[108].

Yllä sanotun perusteella voidaan todeta, että vaikka oikeusjärjestykseen kuuluvien normien tulisi olla sen ulkopuolisten periaatteiden ilmentymiä tai täsmentymiä, ne eivät ole sillä tavalla vaihtoehdottomia kuin nämä. Jälkimmäis-

---

[103] Vrt. *Laakso,* 1980 esim. s. 263—264, joka oikeuden kolmiulotteisuutta selvittäessään korostaa yleensä arvojen merkitystä oikeudellisessa päätöksenteossa. »Den Werte und der Erkenntnis über Werte kommt (---) in der Rechtsdogmatik ein zentraler Stellenwert zu. Das *axiologische* Element gehört notwendigerweise zum Bereih des juristischen Verständnises.»

[104] *Aarnio,* The Rational as Reasonalble esim. s. 231—232. Ks. myös *J. Tolonen,* JFT 1973 s. 360, välttämättömyyden, oikeuden ja moraalin suhteista.

[105] Ajatuksella periaatteiden osittaisesta sijoittumisesta oikeuden sfäärin ulkopuolelle ei siten ole tarkoitus kyseenalaistaa sitä, etteivätkö periaatteet myös tältä osin olisi *sisällölliseltä* kannalta osa oikeusjärjestystä; vrt. *H. Tolonen,* 1988 s. 183 ja 187.

[106] Vrt. *Pöyhönen,* 1988 s. 61.

[107] Vrt. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 235—236: »If (---) the court decisions only follow (blindly) the letter of the law and represent a different value system than the majority of society, people do not trust in decisionmaking any more. This controversy is not a phenomenon that could in a manifest way be identified at a certain moment in a certain society. But the lack of the trust on courts may, by and by, lead to a deep crisis in that society if the courts do not begin to take into account the demands growing up in the *Lebenswelt.*»

[108] Vrt. esim. *Laakso,* 1990 s. 254.

ten osalta puhe *olemassaolosta* on kuvaavampaa kuin voimassaolosta puhuminen. Niinpä niitä koskevassa tulkinnassakaan kyse ei ole siitä, että tulkitsija esim. tavoiterationaalisen argumentaatiomallin omaksumisen vuoksi suuntautuisi periaatehakuisesti. Konkreettisessa tulkintatilanteessa ratkaisijan on yksinkertaisesti aistittava realiteetteihin lukeutuvien periaatteiden merkitys, joka ilmenee — kuten Seppo Laakso kohtuuden merkityksen osalta kirjoittaa — »monin tavoin sisäänrakennettuna (immanenttina) tekijänä oikeudellisessa ajattelussa ja päätöksenteossa»[109]. Ko. imperatiivit ovat sisällöltään dynaamisia ja siten myös täsmentymättömiä, minkä vuoksi niiden vaikutuksen huomioonottaminen erityisesti raja-alueilla vaatii tarkkuutta. Mutta sittenkin koska niiden sisältämien normien painoarvo ylittää positiivisen sääntelyn voiman, niitä ei voida yhä uudestaan ja uudestaan sivuuttaa ilman vakavia seurausvaikutuksia. Ei-oikeudellisista imperatiiveista johtuvien vaatimusten tiedostaminen on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa *välttämätöntä arvojen ja normien taitoa.*

III. Otan asiaa havainnollistaakseni pari esimerkkiä oikeudenmukaisuutta edustavan *kohtuuden* periaatteen soveltamisalalta. Jo Olaus Petri opetti, että mikä ei ole kohtuus, ei se saata olla lakikaan. Meidän päiviemme oikeustieteessä kohtuuden periaatteeseen on kiinnitetty kosolti huomiota OikTL:n 36 §:n yhteydessä. Kohtuus on saanut säädännäisen ilmauksensa myös mm. VahKL:n 2:1.2:ssä vahingonkorvauksen määrää osoittavana maksiimina.

III.a. OikTL: 36 §:n perustalta kohtuusperiaatetta on tarkastellut muiden ohella Aulis Aarnio. Erään hänen Lakimies-lehdessä julkaisemansa artikkelin otsikko on formuloitu kysymykseksi: »*Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen?*»[110] Kohtuuden periaate otetaan siis tarkasteluun kollisiotilanteen näkökulmasta, jossa periaatteen asema suhteessa muihin periaatteisiin (sopimusvapauden ja sopimuksen sitovuuden periaatteet) pyritään hahmottamaan. Kyse on oikeudellisten periaatteiden prioriteettijärjestyksen määrittämisestä.

Aarnion esityksessä sovittelu edustaa kohtuuden periaatetta. Sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden (pacta sunt servanda) periaatteet ovat yhdensuuntaiset: ne molemmat ovat jännitteessä sovittelun ideaan nähden. Toisaalta sopimusvapaus on sopimusten sitovuuden periaatteen taustavoima. Ennustettavuus, oikeusturvan muodollinen puoli, korostaa erityisesti pacta sunt servanda -periaatteen merkitystä. Oikeusturvan toinen puoli, oikeuden materiaalinen hyväksyttävyys, on puolestaan suoraan yhteydessä sovitteluun.

[109] *Laakso,* 1990 s. 218

[110] *Aarnio,* LM 1987 s. 400

Vaikka Aarnio jollakin tavoin samaistaa kohtuuden ja sovittelun käsitteet, hän kyllä myös viittaa niiden toisistaan poikkeavaan luonteeseen: siihen, että kohtuus on — toisin kuin sovittelu — suhdekäsite[111]. Niinikään hänen loppupäätelmäänsä samaistus ei näytä vievän suuntaan tai toiseen. Otsikkonsa kysymykseen Aarnio vastaa »kyllä ja ei». »Mikäli oikeustointen sovittelu (---) alkaa hallita ajattelua ja kohtuudesta tulee pääperiaate», on vastaus edellinen. Jälkimmäinen se on silloin, kun »sovittelu ja sen edellyttämä kohtuusperiaate ymmärretään vain systeemin yhdeksi rakennetekijäksi ja käytetään sovittelusääntöjä tässä hengessä». Mutta mikä huomionarvoisinta Aarnion esityksessä: »Jotta tähän päästäisiin on kuitenkin kohtuus sijoitettava *oikeudenmukaisuuskäsitysten* yhteyteen.»[112] (kurs. I.P.)

Edellä esittämäni mukaisesti po. ongelmaa saatetaan lähestyä myös siten, että periaateita tulkitaan osin kausaalilakien näkökulmasta ei-oikeudellisina imperatiiveina. Jos periaatteen jo alunpitäen katsotaan edustavan vakiintunutta tai ehdottomasti vakiinnuttamista edellyttävää näkemystä oikeudenmukaisuudesta, voidaan lähteä siitä, että periaate ilmenee — tai ainakin sen tulisi ilmetä — jollakin tavalla *kaikissa* sopimusoikeudellisissa normeissa. Tällöin saatetaan katsoa, että kohtuuden nimissä voidaan vaatia sopimuksessa pysymistä, sitä, että kenenkään taloutta ei millaisin tahansa perustein tuhota ja että ponnistelut palkitaan. Oikeudenmukaisuus edellyttää niitä kaikkia, mutta periaatteesta voidaan johtaa niille tarkempi sisältö vain *lopputulosta* ennakoiden. Ennustettavuus pacta sunt servanda -periaatteessa on pelkästään eräs menettelyllinen oikeusturvan tae, jolla on lopputuloksen kannalta ainoastaan välillistä merkitystä[113]. Esityksen otsikko oltaisiin tällaisin tausta-ajatuksin saatettu formuloida vaikkapa muotoon: Kuinka kohtuus vaikuttaa sovittelun mahdollisuuteen sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden periaatteiden kannalta?

III.b. Myös VahKL:iin on sisällytetty sovittelusäännös. Säädöksen 1:1:ssä lausutun pääsäännön mukaan lain soveltamisala on kuitenkin rajattu koskemaan vain ulkokontrahdillisia oikeussuhteita. Tämä pitkällisen harkinnan jälkeen tehty rajaus tiedostettiin kyllä ongelmalliseksi, mutta se koettiin välttämättömäksi sopimusoikeudellisten periaatteiden koskemattomuuden intressin

[111] *Ibid.* s. 407

[112] *Ibid.* s. 414. Aarnio viittaa tässä yhteydessä tasa-arvotavoiteeseen, heikomman suojaamisen periaateeseen ja ansaintaperiaateeseen (jokaiselle ansionsa mukaisesti).

[113] Vrt. *Wilhelmsson,* 1987 s. 162: »Hänsynen till de behovsorienterande regleringarnas icke-önskade bieffekter medför, att man i någon utsträckning tvärtom måste betona oförutsebarheten och vikten av avgöranden *in casu.*»

vuoksi[114]. Perinteisen sopimusoikeudellisen ajattelutavan mukaisesti sovittelu ei saata tulla kyseeseen sopimussuhteiden vahingonkorvauskysymyksissä. Oikeuskirjallisuudessa myös VahKL:n soveltamisalasäännös on selitetty nimenomaisena kannanottona tähänkin suuntaan: lainkohta osoittaa 2:1.2:n sisältämän sovittelusäännöksen soveltumattomuuden sopimussuhteisiin[115]. KKO otti kantaa asiaan runsaan kymmenen vuoden kuluttua VahKL:n säätämisestä seuraavalla tavalla.

> KKO 1985 II 51: Suunnittelijan virheellisen ja puutteellisen suorituksen vuoksi teollisuushallin rakennuttajalle aiheutui 220 000 markan vahinko. Ottaen huomioon suunnittelijan tehtävästään saama palkkio 6924 markkaa verrattuna syntyneen vahingon määrään, kantajan ja vastaajan taloudelliset olosuhteet, ja ettei vastaaja ollut tahallisesti aiheuttanut syntynyttä vahinkoa, KKO vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentista ilmenevää kohtuusharkintaa noudattaen sovitteli sopimusrikkomuksen johdosta rakennuttajalle tuomittavan vahingonkorvauksen määräksi 120 000 markkaa.

Jos oikeustapausta nyt ryhdyttäisiin purkamaan perinteisen mallin mukaisesti, lähtökohtana olisi, että VahKL:n 2:1.2:n mukainen sovittelu ilmentää oikeusperiaatetta nimeltä kohtuus. Joku voisi hyväksyä ehkä varauksitta ja lisäyksittä asiassa eksplisiittisesti lausutun perustelun; sen, että ratkaisu tehtiin VahKL:sta *ilmenevää* periaatetta noudattaen, eikä siis lain nojalla, minkä vuoksi lain soveltamisalasäännös saatettiin jättää huomioonottamatta. Asiaa enemmän harkitseva saattaisi mahdollisesti todeta KKO:n käyttäneen contra legem -tulkintaa ja niin menetellessään turvautuneen ns. *legaaliseen induktioon*. Tälle tielle lähdettäessä akateemista keskustelua voitaisiin jatkaa siitä, onko ylimmän tuomivallan haltija jälleen käyskennellyt lainsäätäjän toimivaltaan kuuluvalla alueella.

Koska virallis-normatiivista oikeusjärjestystä muotoava lainsäätäjä ei näytä kykenevän vapaasti disponoimaan kohtuuselementin sisältävien periaatteiden sisällöstä, ei niitä kertakaikkiaan tunnu luontevalta pitää kokonaisuudessaan tahdonvaltaiseen oikeusjärjestykseen kuuluvina. Se, että kohtuuden periaate selitetään perimmältään »kausaaliseen» maailmaan, ihmisen psyykettä determinoivaan todellisuuteen sisältyväksi, vaikuttaa mm. siten oikeudellista ajattelua yksinkertaistavasti, että periaatteen päätöstapahtumaa ohjaavan merkityksen hyväksyminen erilaisissa oikeudellisissa ratkaisutilanteissa ei välttämättä edellytä analogisuusvertailun, tms. juridis-konstruktiivisen argumentoin-

---

[114] Ks. *1974 vp. asiak. III:2 LaVM n:o 5* s. 2.

[115] *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 3

käyttöä. Periaate käsitettynä ei-oikeudellisena imperatiivina muistuttaa pikemminkin sähkömagneettista kuin legaalista induktiota!

* * *

Sopimusehtojen sovittelun osalta voidaan vielä huomauttaa, että ennen OikTL:n 36 §:n säätämistä ongelma ei niinkään koskenut käytännön oikeudenkäyttöä, jossa sovittelun oikeutusta pidettiin jokseenkin selvänä. Lainkohta vain kirjasi jo vallitsevan praksiksen. Lainsäätäjän kannanotto oli »myönnytys» lähinnä oikeusoppineille, joiden kehittelemät selitysmallit siirtyivät sen myötä oikeustutkimuksen historiaan.[116] Sikäli kuin vahingonkorvausten sovittelun osalta asetelman samankaltaisuus kyetään tiedostamaan jo nyt, käyvät vastaavanlaiset lainsäädäntöhankkeet juridisiin oppirakennelmiin liittyvien vaikeuksien kannalta tarpeettomiksi. Toinen asia on, että säädöstekstin informaatiomerkitys saattaisi edellyttää lakitekstin korjausta.

Yllä on lähdetty siitä, että oikeudenmukaisuutta edustava kohtuuden periaate on normi, joka ottaa välittömästi kantaa lähinnä ratkaisun *materiaaliseen* sisältöön. Niinikään edellä on katsottu pacta sunt servanda -periaatteen edustavan niitä *menettelyllisiä* takeita, joilla mainittuun tavoitteeseen pyritään. Muita nimenomaan menettelyyn kohdistuvia vaatimuksia ilmaisevat sopimusten sitovuuden periaatteen ohella mm. hallinnon lainalaisuuden, vapaan todistusharkinnan ja asianosaisen kuulemisen -periaatteet sekä julkisuus- ja palveluperiaate.

Tarkasteltaessa esim. *audiatur et altera pars* -maksiimia voidaan sanoa, että se on mielletty eräällä tavalla välttämättömäksi osaksi oikeusriitojen selvittelyä. Tämän vuoksi sitä on luonnehdittu »oikeusvaltiolliseksi minimiksi»[117] ja se on katsottu olemukseltaan »ylipositiiviseksi»[118]. Jos kysytään, miksi kuuleminen on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa välttämätöntä, on vastaus, että olisi täysin epärationaalia tavoitella *oikeudenmukaista* lopputulosta ottamatta huomioon asianosaisen itsensä käsitystä asiaansa vaikuttavista tekijöistä. Koska po. periaateen taustavoimana ja edellyttäjänä on siis oikeudenmukaisuuden vaatimus, voidaan perustellusti väittää, että jos keksittäisiin menetelmä, jolla tavoiteltuun asiaintilaan päästäisiin paremmin asianosaista kuulematta, voitaisiin kuulemismenettelystä luopua. On mahdollista ainakin kuvitella, että tulevaisuudessa esim. tekniikan ja lääketieteen tuloksin totuus monissa kysymyksissä saavutettaisiin ilman asianosaisten omaa kertomusta. Toisaalta myös jo nykyisessä oikeudenkäytössä voidaan kuvitella tilanne, jossa oikeudenkäynnin asianosaisen manipuloimistaito tiedettäisiin olevan luonteeltaan suorastaan hypnoottista. Oikeudenmukaisuuden vaatimus edellyttäisi tällöin kuulemismenettelystä luopu-

[116] Vrt. esim. *Wilhelmsson,* Vakiosopimus s. 70 ja *Aarnio,* LM 1987 s. 402—403.

[117] *Badura ym.* 1986 s. 359

[118] Ylipositiivisuuden kritiikistä ks. esim. *Makkonen,* 1965 s. 171.

mista. Ei kertakaikkiaan voitaisi pitää hyväksyttävänä, että oikeuden jäsenet antaisivat ehdoin tahdoin johtaa itseään harhaan.

Audiatur et altera pars -periaatteen tavoin myös muut menettelyä koskevat periaatteet ovat kuvatulla tavalla alisteisia oikeudenmukaisuuden vaatimukselle. Eräät periaatteet koetaan kuitenkin materiaalisen hyväksyttävyyden saavuttamisen kannalta välttämättömämmiksi kuin toiset. Niinpä nämä jälkimmäiset ovat selvästi edellisiä riippuvaisempia oikeudellisesta sääntelystä. Esim. julkisuusperiaatetta ei useinkaan toteuteta juurikaan laajemmin kuin lainsäädännössä nimenomaisesti edellytetään. Kuulemisen periaatetta on ainakin hallintomenettelyssä edellytetty noudatettavan jo ennen erityisiä säännöksiäkin (ks. esim. KHO 1940 II 816).

Yllä olevan mukaisesti saatettanee sanoa, että myös menettelyä sääntelevät periaatteet ovat jaettavissa oikeudellisiin ja ei-oikeudellisiin osiin. Jälkimmäiset osoittavat välittömästi *rationaalin menettelyn minimitason,* minkä vuoksi niitä ei voida oikeussäännöin muuttaa. On kuitenkin tärkeää huomata, että menettelyä koskevien ei-oikeudellisten imperatiivien muuttamattomuuden mahdottomuus ei johdu niin välittömästi arvoista kuin asia on oikeudenjaon aineellisten periaatteiden osalta, vaan myös yhteiskunnan *»teknisestä»* tilasta. Kun siinä tapahtuu muutos, voidaan oikeudenmukaisuudesta tinkimättä vastaavia muutoksia aikaansaada myös menettelyssä.

Koska menettelynormeissa oikeudenmukaisuus näkyy pelkästään heijasteena, on ne erotettava materiaalisista oikeusohjeista. Ne ovat jälkimmäisiin nähden aina »palvelijan» asemassa. Jokainen — myös ei-oikeudellinen — menettelyä koskeva periaate on sovellutustilanteessa tulkittava nimenomaan funktionsa suunnasta. Tämä kaikki merkitsee sitä, että oikeusturvaa ei tarkastellusta näkökulmasta ole tarvis erottaa kahteen toisiansa täydentävään osatekijään: muodolliseen ja materiaaliseen. Oikeudenjaon lopputuloksen oikeudenmukaisuus on viimekätinen ja kattava oikeusturvan sisältö.[119]

1.6.3. Oikeuslähteiden painoarvo

I. Keskustelu oikeuslähteiden painoarvosta tai velvoittavuudesta on Suomessa 1980-luvulla kosketellut erityisesti *lain* ja *ylimpien tuomioistuinten* ennakkopäätösten roolia oikeudellisten kannanottojen perusteluissa. Keskustelun pontimena on ollut viime vuosikymmenen alussa käyttöönotettu KKO:een johtavaa muutoksenhakua koskeva rajoitus, jolla tuomioistuimen ratkaisutoimintaa pyritään suuntaamaan lain soveltamisen kannalta yleistä merkitystä osoittaviin tapauksiin. Kyseiset oikeuslähteet ovat aluksi päähuomion kohteena myös seuraavassa.

Oikeusteoreetikot eivät ole suotta huomautelleet oikeuslähde-termin har-

[119] Vrt. *Tuori,* 1990 s. 98, joka korostaa formaalista rationaalisuutta ilmentävien oikeusvaltion muotojen ja menetelmien perustuvan viime kädessä materiaalisiin periaatteisiin.

haanjohtavuudesta. Tätä lähdettä tarkasteleva ei nimittäin havainnoi sellaista idyllistä puhtauden symbolia, jollaiseksi lähde esim. klassisessa runoudessa on usein kuvattu. Oikeuslähteiden tutkija suuntaa huomionsa (muun ohella) yhteiskuntapoliittiseen valtataisteluun, mikä erityisesti lainsäädäntö- ja tuomiovaltaa käyttävien orgaanien asemaa arvioitaessa tulee muistaa.[120] Myöskään *oikeustieteen* asema ei tässä tehtävässä jää useinkaan pelkäksi tarkkailuasemaksi, vaikka sillä toisaalta siihen ehkä parhaimmat edellytykset olisikin. Sen hallussa oleva asiantuntemus ja muut tieteen suomat mahdollisuudet ovat tekijöitä, joita päätöksenteossa nykyisin tuskin monestikaan saatetaan jättää huomioonottamatta. Toisaalta ne ovat tekijöitä, joita on helppo käyttää myös oman merkityksen ylikorostukseen. Kuitenkin, jos oikeuslähde itse julistautuu muita tärkeämmäksi, voidaan siihen suhtautua *Humen giljotiinista* saatavan mallin mukaisesti: siitä itsestään ei voi seurata, että sen noudattaminen olisi korkein arvo. Tämä koskee kaikkia oikeuslähteitä. Jotta siis esim. OK:n 1:11:ään[121] vedoten laki voitaisiin katsoa velvoittavimmaksi oikeuslähteeksi, tarvitaan (lain ulkopuolelta tuleva) lisäpremissi, jonka perusteella sen määräyksiä on pidettävä pätevinä.

Pyrittäessä selittämään oikeuslähteiden asemaa tullaan muun ohella tekemisiin *olemisen ja pitämisen, Seinin ja Sollenin* välisen eron kanssa. Yllä mainitun logiikan säännön mukaan olemisesta ei seuraa mitään pitämiseen nähden. Ylimpien oikeusasteiden osalta on huomattava, että nämä tuomioistuimet ovat Seinin sfäärissä eräällä tavalla — voisiko sanoa — »kaiken oikeuden mitta». Melkeinpä hätkähdyttävällä tavalla tämä näkyy Erkki Aurejärven vuonna 1985 Lakimies-lehdessä julkaisemassa artikkelissa[122], jonka lähtökohtana on oikeustapaus KKO 1984 I 4. Aurejärvi osoitaa vakuuttavasti, kuinka KKO:n jutussa antama ratkaisu sotii lähes kaikista käytettävistä oikeuslähteistä johdettavaa tulkintadirektiiviä vastaan. Poikkeuksen muodostaa ainoastaan oikeuden itsensä yli 20 vuotta aiemmin julkaisema vastaavanlainen tuomio KKO 1963 II 129, joka on aikaansaatu jaostoratkaisuna ns. »on katsottava -menetelmällä» äänin 3—2, ja jota oikeuskirjallisuudessa on jo 1960-luvulta alkaen kritisoitu. Kirjoittaja luonnehtii KKO:n käyttämää perustelutapaa *auktoritatiiviseksi*. Aiempaan ratkaisuun vedotaan kuin lakiin. »Tulkinta on pätevä ja sitova yksinomaan sen vuoksi, että ylin oikeusaste on sen kerran omaksunut.

---

[120] Lähde-nimityksen harhaanjohtavuudesta tosin puhutaan yleensä siinä mielessä, ettei oikeuslähteestä voida suoraan ja yksiselitteisesti »ammentaa» tai »löytää» laintulkintaongelman ratkaisua. Ks. esim. *Laakso,* 1990 s. 64.

[121] Huom. myös HM 92.1 § OK 24.3 § ja HMenL 24.1 §.

[122] *Aurejärvi,* LM 1985 s. 451 ss.

(---) KKO:n kanta ei tarvitse tuekseen lisäargumentteja».[123] Aurejärvi toteaa, etteivät ratkaisumahdollisuudet vastaavanlaisissa tapauksissa ole enää samalla tavoin vapaat kuin aiemmin. Alempienkin tuomioistuinten on oikeusvarmuuden ja kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun vuoksi pidettävä kiinni vahvistetusta linjasta.[124] Esitys päättyy epätoivoiseen avunpyyntöön: »KKO:n vallankäyttö ja ennakkopäätökset tuntuisivat kaipaavan varsinkin valtiosäännön tutkijoiden, prosessualistien ja oikeusteoreetikoiden kommentteja.»[125]

Aurejärven kirjoitus on monessakin mielessä ajatuksia herättävä. Pidän tärkeänä korostaa sitä, kuinka todellakin on eräällä tavalla *realistista* hyväksyä ylimmän tuomiovallan rooli voimassaolevan oikeuden muotoajana. Tämä realismi elää oikeuskäytännössä 'tuomarinpöydän molemmin puolin'[126], ja se on tosiasia, jonka merkitys oikeustieteen tutkijan on syytä tajuta. Mutta tieteenharjoittajan on oikeus olla unelmoija; oikeastaan se on hänen eettinen velvollisuutensa. Oikeustieteen harjoittajan tehtävänä on hahmotella oikeudellisen ratkaisutoiminnan malleja, jotka kestävät hänen kulttuuritaustastaan nousevan kriittisen analyysin. Hänen tulee pyrkiä osoittamaan hyväksyttävissä olevia tulkintasuosituksia riippumatta siitä, vastaavatko ne »realistien» maailmankuvaa vai eivät.[127] Hän ei saa tyytyä kirjoittamaan pelkästään, kuinka asiat ovat, vaan sen ohella, kuinka niiden tulee olla.[128] Hahmotettaessa tällaista Sollenin maailmaa Humen giljotiinin kaltaisia välineitä on syytä käyttää täydellä kapasiteetillaan.

---

[123] *Ibid.* s. 456

[124] *Ibid.* s. 462

[125] *Ibid.* s. 463

[126] Ks. *Saraviita,* LM 1985 s. 374 ja *Atiyah,* 1983 s. 48.

[127] Tällä kohden näkemykseni poikkeaa jossain määrin — tai ainakin eräältä suunnalta tarkasteltuna — Aulis Aarnion ajatuksesta, jonka mukaan lainopin ja oikeuskäytännön erot eivät tulkinnan teorian näkökulmasta olisi erityisen merkittäviä. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 16—17, 230. Käsittääkseni tiedemies sittenkin tekee ratkaisunsa eräin kohdin kovin toisenlaisissa olosuhteissa kuin käytännön lainsoveltaja: tulkintatilanteesta ovat poissa ne yksittäistapaukselliseen ratkaisuntekoon liittyvät vaikeudet, joita mm. prosessitaloudelliset tekijät ja oikeusvarmuuden vaatimus konkreettisessa tilanteessa tuo mukanaan. Käytännön oikeuselämässä ratkaisua esim. ei ole järkevää antaa sen sisältöisenä, että se joka tapauksessa muutoksenhaussa kumottaisiin.

[128] Ajatus ei ole uusi, sillä esim. jo skandinaavisen realismin piirissä Lundstedt korosti, ettei oikeustieteen tehtävänä ollut oikeuskoneiston toiminnan kuvaaminen, vaan sen ohjaaminen siten, että sen kannanotoin edistettäisiin yleisesti hyväksyttyjä, yhteiskuntahyödyllisiä tavoitteita. Oikeustieteen suhde oikeuskäytäntöön tuli hänen mukaansa olla *normatiivinen, ohjaava* ja *evaluoiva.* Ks. lähemmin esim. *Helin,* Lainoppi ja metafysiikka s. 108 ss.

II. Oikeuslähteiden painoarvo voidaan pyrkiä määrittämään joko absoluuttisena tai suhteellisena. Edellinen tapa edellyttää esim. Aleksander Peczenikin hahmottamaa ryhmittelyä, jossa oikeuslähteen paikka määräytyy sen mukaisesti, onko siihen ehdottomasti vedottava (skall), onko velvoittavuus hieman heikompaa (bör) vai onko lähteeseen pelkästään lupa vedota (får)[129]. Käytännön oikeuskysymysten ratkaisutilanteisiin eri oikeuslähteet tuovat selvyydeltään vaihtelevia, usein toisilleen vastakkaisia argumentteja, joita arvioitaessa niin absoluuttiset kuin suhteellisetkin luokittelut saattavat sittenkin tarjota vain lähtökohdan. Tarkoitukseni on seuraavassa kuvata suhtautumistapa, jonka koen tutkimustyötä tekevän kannalta mielekkääksi näkökulmaksi oikeuslähteisiin. Liikkeelle voidaan lähteä eräänlaisesta *funktionalistisesta* tarkastelusta.

Lain tehtävänä on meikäläisessä oikeuskulttuurissa vaikuttaa harjoitettuun vallankäyttöön *demokratisoivasti.* Oikeusvaltiossa vallankäytön peruslegitimaatio on aina kansan tahto. Kyse ei ole siitä, että kansan tahto — joka sinänsä on varsin problemaattinen ilmiö sen vuoksi, ettei sellaista empiirisesti tarkastellen ilmeisesti ole edes olemassa[130] — kanavoituisi aina parhaimmin lainsäädännön välittämänä[131], vaan siitä, että edustuksellinen demokratia näyttää sisältävän joitakin kansanvallan tavoitetta palvelevia menettelyllisiä järjestelyjä. Kun demokratian voima on sen ihanteellisuudessa[132], kansanvallan malli on omiaan säilyttämään asemansa siitä huolimatta, että sen idealistinen luonne ja pitkälle käyvä näennäisyys monimutkaisen yhteiskunnan toimintamekanismin perustana tiedostetaan.

Nykyisestä tieteellisestä ja muusta julkisesta keskustelusta ei saateta osoittaa vakavasti otettavia pyrkimyksiä valtiomuotomme demokraattisia perusteita vastaan. Päinvastoin, tarpeelliseksi on pikemminkin nähty sellaisten yhteiskunnallisten toimintamekanismien kehittely, jotka entistä tehokkaammin toteuttaisivat kansanvallan ideaa. Koska oikeustiede ei tällä kohden muodosta poikkeusta, olisi oikeastaan perin outoa, että oikeuslähdeopissa ihannoitaisiin ja toteutettaisiin vastakkaisia pyrkimyksiä. Eräänlaiseksi luonnostaan lankeavaksi lähtökohdaksi näyttäisi näin muotoutuvan, että lailla on annettava ylimmän

---

[129] *Peczenik,* Juridikens metodproblem s. 48 ss.

[130] Ks. *J. Tolonen,* 1982 s. 22.

[131] Vrt. demokraattisen auktoriteetin käsite, joka on jo sisäisesti ristiriitainen: jokainen enemmistönkin valitsema auktoriteetti merkitsee demokratian ihanteesta luopumista. Vrt. toisesta näkökulmasta *H. Tolonen II* s. 90, joka esittelee Johannes Althusioksen käsityksiä suvereenista vallasta. »Tämä valta kuuluu vain kansalle ja sen ylimmän käyttäjän, ruhtinaan, kädessä valta muuttuu heti rajalliseksi. Se ei enää ole korkein eikä ikuinen; se on moraalin ja Jumalan käskyjen rajoittama.»

[132] *Aarnio,* Laintulkinnan teoria s. 311

oikeuslähteen asema. Tarkoituksellisesti lakia oikeuslähteenä vastustava tuomioistuinkäytäntö vaikuttaisi iskevän lujasti vastoin valtiomuotomme taustalla olevia arvoja. Sellainen menettely on mahdollista selittää edustuksellisen kansanvallan instituution lakkauttamisyritykseksi.[133]

Tuomioistuinlaitoksen oikeusturvatehtävä muotoutuu niiden vaikeuksien ja vaatimusten perustalta, joita liittyy oikeuden soveltamiseen. Lainsäätäjä joutuu normeeraamaan yhteiskunnallisia suhteita kielen avulla, mikä on suhteellisen kömpelö väline yhteiskunnallisessa vallankäytössä. Lainsäätäjä on myös inhimillisten heikkouksien alainen, minkä vuoksi se saattaa esim. erehtyä säänteleмään jonkin kysymyksen toisin kuin yhteiskunnalliset realiteetit antavat myöten. Lisäksi ajan kulumisen myötä yhteiskunnalliset muutokset vaikuttavat sääntelyn kohteena olevaan todellisuuteen siten, että voimassaolevan lainsäädännön »suora» soveltaminen siihen saattaa käydä mahdottomaksi.

Monenlaiset tekijät johtavat siihen, että laki antaa sijaa tai jättää suorastaan tyhjiön yhteiskunnassa harjoitetulle vallankäytölle. Puhuttaessa nimenomaisesti viranomaisten harkintavallasta pidetään nykyään selvänä, että lainsäädännön avoimuus ja tulkinnanvaraisuudet ovat omiaan lisäämään valinnanvapautta. Luonnostaan tähän kuuluvana seikkana voidaan pitää sitä, että mainittu säädösten ominaisuus vaikuttaa heikentävästi lain merkitykseen oikeuslähteenä. Tunnettua on tavoiterationaalisen ja intressiperusteisen tulkinnan nouseminen perinteisen subsumptioloogisen päättelyn rinnalle. Toisaalta nykyisenä harkintavallan korostuksen aikana on syytä myöntää sekin, että tuomioistuinlaitoksessa ja hallinnossa sittenkin joudutaan käyttämään — virkavastuun uhalla — myös loogisen deduktion tapaista menetelmää eli ollaan pakotettuja tekemään ns. sidottujakin ratkaisuja. Ratkaisutilanteiden kirjavuus johtaa siihen, ettei lain asema ylimpänä oikeuslähteenä voi olla aina samanlainen. Koska siis kirjoitetun lain käyttö sellaisenaan saattaisi merkitä arvaamattomia seurauksia, tarvitaan *asiantuntevaa kontrollia.* Juuri sitä edustavat oikeuslaitoksessamme riippumattomat tuomioistuimet.[134] Tämän kontrollitehtävän pitkällemenevyyttä osoittaa, että tuomarin edellytetään nykyään kontrolloivan lain

[133] Sikäli kuin demokraattisen hallinnan malli kyseenalaistetaan ylimpänä hyväksyttävänä yhteiskunnallisen vallan perustana toimivana järjestelmänä, asettaa se haasteen politologiselle tutkimukselle osoittaa laajempaan legitimiteettiin ulottuva järjestely. Mikäli tällaiseen yleisen ajattelun muutosta todistavaan tutkimustulokseen todella päädyttäisiin, edellyttäisi se tietysti samalla lain merkityksen uudelleenarviointia oikeuslähteenä.

[134] Tuomioistuinprosessin tärkeänä tehtävänä on tietysti myös juttujen faktoihin kohdistuva selvitystyö, mitä ei pidä unohtaa, vaikka oikeuslaitoksen roolia tarkasteltaisiinkin korostetusti lain ongelmista käsin.

yhtäpitävyyttä muiden oikeuslähteiden kanssa[135].

Periaatteellisessa katsannossa lain ja oikeuskäytännön keskinäinen oikeuslähdeopillinen suhde voidaan saada näyttämään harmoniselta. Kummallakin on oma tehtävänsä. Jälkimmäinen täyttää edellisen jättämät aukot ja toimii sen tekemien virheiden vaikutusten eliminoimiseksi — tämä on tuomiovallan varsinaista vallankäyttötoimintaa. Hahmotelma on idealistinen; se ei läheskään aina vastaa käytännön todellisuutta. Mutta kuten sanottu, tutkija ei ole sidottu käytäntöön. Hän voi edellyttää oikeuslähteen toimivan jollakin tietyllä tavalla, ja pitää sen muunlaista käyttäytymistä virheellisenä ja siten hylättävänä. On luonnollisesti selvää, ettei erilaisia rajatapauksia varten ole olemassa eksakteja kriteerejä, joiden perusteella tuomioistuimen voitaisiin selittää katsoneen säännellyn tilanteen aukkotilanteeksi tai tukeutuneen contra legem — tulkinnassa ei-oikeudellisiin arvoihin, siellä missä niitä ei ole. Olennaista on, että tutkija voi asennoitua kahden oikeuslähteen asemaan ja merkitykseen kuvatulla tavalla. Ratkaisevaa hänen kannanottojensa uskottavuuden kannalta on se, kuinka näkemys kussakin tapauksessa onnistutaan perustelemaan.

III. Kun otetaan huomioon, että tuomioistuimet — erityisesti ylimmät oikeusinstanssit — edustavat asiantuntemusta, on luontevaa edellyttää, että niiden kannanmuodostuksen taustalla on jonkinlainen *tieteellisen* arvostelun kestävä ajattelutapa. Kyseiseen vaatimukseen liittyy monia *oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden rinnastamiseen* oikeuttavia tekijöitä. Oikeuslähteiden lähemmässä tarkastelussa niiden olennaiseksi eroksi pelkistyykin tällä kohden oikeastaan vain, että tuomioistuinten kannanotoilla on yleensä *välittömiä vaikutuksia Seinin maailmassa*[136].

Se, että tuomioistuinratkaisuin kyetään auktoritatiivisesti puuttumaan erilaisiin oikeussuhteisiin, on omiaan saamaan käytännön ratkaisutilanteissa aikaan tietynsisältöisen *oikeusturvaodotuksen.* On kuitenkin tärkeää tiedostaa, että ennaltamäärätynlaisen ratkaisun odottaminen ei ole mikään ko. oikeuslähteen sisäinen tekijä, vaan »odotusarvo» määritellään sen ulkopuolella. Oikeastaan lainopin harjoittajan tulisi nähdä tuomioihin kohdistuvat odotukset sellaisina *reaalisina argumentteina,* jotka eivät voi (ainakaan alusta alkaen) si-

[135] *Kübler* s. 46. Vrt. myös *Laakso,* 1990 s. 76, joka kirjoittaa yleisenä kehityslinjana olevan nähtävissä, »että sitovuudeltaan heikompien oikeuslähteiden, ts. institutionalisoitujen lähteiden (oikeuskäytäntö ja lainsäätäjän tarkoitus) ja asia-argumenttien, merkitys on vahvistumassa».

[136] Vrt. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 230, jonka mielestä ehkä tärkein oikeusdogmatiikan ja käytännön lainsoveltamisen ero on siinä, että edellinen ei käsittele konkreettisia tapauksia. Hänen näkemyksensä mukaisesti mainittujen oikeuslähteiden erot eivät ole merkittäviä laintulkinnan teorian kannalta. Vrt. kuitenkin myös edellä alav. 127.

sällöllisesti suunnata normiston analyysiä. Niiden painavuutta arvioitaessa on olennaista mieltää, että ennustettavuuden liiallinen korostaminen johtaa helposti oikeudenjaon materiaalisen puolen merkityksen heikentymiseen. Mitä enemmän annamme myöten ennakkopäätösten sitovuudelle, sitä lujemmin sitoudumme oikeusturvan muodolliseen puoleen ja sitä vaikeammaksi teemme vastaisen puuttumisen oikeudenjaon lopputuloksen hyväksyttävyyden määrittäviin seikkoihin. Kriittisessä oikeuslähdeajattelussa ennakkotapauksia on siten tuskin syytä asettaa sen korkeammalle jalustalle kuin mitään muitakaan asiantuntemukseen perustuvia inhimillisiä kannanottoja voimassaolevan oikeuden sisällöstä.

Perinteisistä oikeuslähteistä asiantuntemuksen leimaamaa on oikeuskirjallisuuden ja ylimmän tuomioistuinkäytännön ohella myös moderni *lainvalmistelu*. Tämä eroaa edellisistä siinä, että se tarkastelee voimassaolevaa oikeutta de lege ferenda. Toisaalta esitöiden lähdeominaisuus on yleensä nähty erityisesti lainvalmistelun perustalta syntyneen säädöksen tulkinnan valottajana. Vaikka tulkinnallinen osuus kuuluu myös aikaansaadun säädösehdotuksen/-esityksen arviointiin, eroksi jää tietysti, että lainvalmistelussa laki »rakennetaan» ja sovellettaessa se »puretaan». Sikäli kuin esitöihin kiinnitetään huomiota lain-tulkintaongelman valottamiseksi juridisen asiantuntemuksen pohjalta, voidaan niistä perustellusti odottaa saatavan hyötyä kumpaisenkin toiminnon ymmärtämiseksi. Koska lainvalmistelu tavallisesti edellyttää laajojen selvitysten tuottamista yhteiskunnallisen muutoksen tarpeellisuuden ja sen toteuttamismahdollisuuden arvioimiseksi, sisältävät esityöt yleensä runsaasti monenlaisia reaalisia argumentteja, joiden esiintuominen perustuu usein juridiikan ulkopuolisen asiantuntemuksen avulla tehtyihin havaintoihin.

IV. Näkemykseni mukaan yllä käsitellyistä oikeuslähteistä ennakkopäätösten, lainvalmistelun ja oikeuskirjallisuuden tutkija siis voi edellyttää toteuttavan oleelliselta osin *asiantuntijalähteen* tehtävää. Viimeksimainitun osalta käsityksen oikeutusta tuskin kukaan epäileekään, mutta se suhtautumistapa, jolla tutkijat todellisuudessa yleensä asennoituvat edellisiin, muistuttaa siinä määrin asennoitumista tieteelliseen kannanmuodostukseen, että näkemyksen voitaneen sanoa vastaavan vallitsevaa käytäntöä. Tuomioistuinratkaisua on tieteellisessä argumentaatiossa vaikea painottaa, ellei sitä ole uskottavasti perusteltu. Niinikään lainvalmisteluun ei epäröimättä tukeuduta, jos normistoa ei ole kyetty valottamaan riittävän monipuolisesti. Suhtautumisen samankaltaisuus tulee selvästi esiin, kun vertailuun otetaan asennoituminen säädännäiseen oikeuteen. Toisaalta on luonnollista, ettei lainvalmistelusta eikä tuomioistuinkäytännöstä tavallisesti tapaa sitä »tieteellisyyden» tasoa, joka oikeuskirjalli-

suudessa yleensä saavutetaan[137].

Koska tutkijan tulee olla luonteeltaan epäilijä, hän voi hyväksyä *arvovaltaperusteluksi vain lain,* jonka auktoritatiivinen asema määräytyy eräänlaisena välttämättömyytenä oikeuden sfäärin ulkopuolelle jäävältä perustalta. Muut yllä esille tulleet oikeuslähteet on sijoitettava lähinnä substantiaalisten oikeuslähteiden asemaan: niiden perusteluvoimaan kriittinen tarkastelija saattaa tukeutua vain uskottavan sisällön vaatimana.[138]

Tarkasteltaessa »hyvää» kriittistä lainopillista argumentointia havaitaan, ettei se vetoa tuomioistuinkäytäntöön vain perustellakseen ratkaisua sillä, kuinka asia on ollut tapana ratkaista; se ei myöskään viittaa lain esitöihin osoittaakseen niistä jonkinlaista lainsäätäjän »eristettyä» tahtoa. Tutkija pyrkii pelkistämään materiaalinsa avulla *sitovia normeja.* Hän tavoittelee perusteltua näkemystä siitä, mitkä ovat asiaan vaikuttavat *käytännölliset tekijät* ja millainen on tulkittavan oikeusnormin kohteena oleva *reaalimaailman ilmiö* voidakseen tajuta sitä koskevan *tulkinnan vaihtoehdot sekä oikeudellisen sääntelyn mahdollisuudet ja rajat.* Ko. oikeuslähteet ovat tutkijalle eräänlainen tiedosto[139], joka sisältää asiantuntijoiden kannanottoja ja — parhaimmillaan — oikeudellisiin ratkaisuihin vaikuttavien tekijöiden pitkällevietyä analyysiä ja arviointia. Oikeuslähdeopin omaksujan on hyvä tiedostaa asemansa ympäröivän kulttuurin kohteena ja toteuttajana, objektina ja subjektina.

Yllä esitetyn mallin mukainen oikeuslähdeoppi on erityisen perusteltu esim. juuri Suomen pienessä oikeuskulttuurissa, jossa samat henkilöt saattavat olla lainvalmistelijoita, oikeuskäytännön luojia ja oikeustieteellisen kirjallisuuden tuottajia. Vain mahdollisuus tai oikeastaan velvollisuus asennoitua *kriittisesti* oikeuslähteisiin voi tällaisessa järjestelmässä johtaa kelvolliseen lainopilliseen argumentointiin. On tietysti hyvin luonnollista, että meikäläisessä juridiikassa otetaan huomioon vieraiden maiden oikeus, erityisesti kulttuuritaustaltaan läheiset oikeusjärjestykset.[140] Mitkään oikeuslähteet eivät ole suljettuja systeemejä, vaan ne ovat ympäristönsä kanssa vuorovaikutuksessa ja siten avoimia. Valtioiden väliset rajat eivät aikaansaa tähän muutosta, eivät varsinkaan alati kansainvälistyvässä maailmassa. Kansainvälisen lähdeaineiston käyttö ei kui-

---

[137] *Pöyhönen* s. 284, on esim. huomauttanut lainvalmistelun esimerkkien olevan monesti sillä tavoin pelkistettyjä, että vaikeasti ratkaistavien tilanteiden pohdinta onnistutaan niiden yhteydessä välttämään.

[138] Vrt. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 93.

[139] Vrt. *Laakso,* 1990 s. 111—112, joka luonnehtii lainvalmisteluaineistoa ja ennakkopäätösmateriaalia informaatiolähteiksi.

[140] Pohjoismaiden yhteisestä oikeusperinteestä ks. esim. *Lahti,* Jurisprudentia Turkuensis s. 232.

tenkaan ole perusteltua yksin sanotunlaisia näkökohtia korostaen, vaan — ja erityisesti — sen asiallisen sovellettavuutensa vuoksi, mikä samalla määrittää myös sen käytön rajat. Tässä tutkimuksessa käytetään ulkomaalaisesta materiaalista eniten hyödyksi ruotsalaista oikeuskirjallisuutta ja sikäläisiä lainvalmisteluasiakirjoja. Erityisen voimakkaasti naapurimaamme järjestelmä on vaikuttanut omaan oikeuteemme juuri vahingonkorvausoikeuden alueella.[141] Tämä koskee nimenomaan VahKL:a ja PotilasvahinkoL:a.

1.6.4. Oikeustieteen puhtauden vaatimus

Eräs ponnekkaimmin oikeustieteen piirissä korostetuista vaatimuksista on ollut tieteenalan puhtauden vaatimus. Se on suunnattu erilaisiin ja -tasoisiin ilmiöihin ja kysymyksiin. Kaikkien näiden puhtauspyrkimysten ylimmäksi ohjeeksi on nimetty *tieteellisyyden tavoittelu*[142]. Puhdistustarve on luonnollisesti noussut aina olettamuksesta tai väittämästä, että joku on saanut aikaan sotkua. Tavallisimmin kyse näyttää olleen »oman pesän likaajista», siis toisista oikeusoppineista. Makrotason ilmiöinä voidaan puhua kokonaisista koulukunnista, joiden on väitetty olleen väärässä.

Teoreettisissa ongelmissa ja oikeusdogmaattisissakin kysymyksissä lienee tavallista, että erimielisyydet johtuvat erilaisista filosofisista perusvalinnoista. Sikäli kuin tällä tavoin eri suunnalta katsoen jotkin ilmiöt prima facie näyttävät samankaltaisilta, olisi tiedostettava yhtäläisyyksien (todennäköisesti) näennäinen luonne, ja se, että niiden varaan ei juuri kannata rakentaa. Selvästi tällainen pinnallinen yksimielisyys näkyy esim. Hägerströmin ja Kelsenin yksiinkäyvissä päätelmissä, joiden mukaan oikeuteen kuuluvaa pitämistä ei ollut mahdollista palauttaa olemisen maailmaan. Itse asiassa teoreetikoiden käsitys omaksumastaan kantilaisesta peruslähtökohdasta oli jyrkästi toisistaan poikkeava: Kelsenillä oikeuden rajoittaminen Sollenin sfääriin oli oikeustieteen puhtautta, Hägerströmille pitäminen oli metafysiikkaa, joka ei soveltunut tieteellisen tutkimuksen kohteeksi.[143]

Voidaan kai sanoa, että kaikilla oikeuden aatehistoriassa tunnetuilla suun-

[141] Tarkoituksellisesti liioitellen Suomen ja Ruotsin oikeuden samankaltaisuutta on korostettu mm. todeten meikäläisen lainsäädäntötyön olevan usein kielenkäännöstyötä: ruotsalaisia säädöksiä käännetään suomeksi. *Nuolimaa* s. 634

[142] Käyttämällä termiä »puhtaus» on kuitenkin samalla otettu — tietoisesti tai tiedostamatta — askel tieteellisesti arveluttavaan suuntaan: tieteellisyyden todistelua on pyritty vahvistamaan tunteisiin vedoten; puhtaus on ylevää ja tavoiteltavaa, epäpuhtaus inhottavaa ja hyljeksittävää.

[143] Ks. *Helin,* Lainoppi ja metafysiikka s. 78—79.

tauksilla on ollut oma — ainakin aikanaan — myönteisesti vaikuttava merkityksensä oikeustieteen kehitykseen. Vaikka useiden ajattelutapojen osuus näyttää toisinaan olevan jo loppuunviety, ei niiden tehtävää ole syytä nähdä vain menneisyyteen kuuluvana ilmiönä, jota muistellaan pelkästään historiallisissa yhteyksissä. Siltä osin kuin vanha ajattelu ei uuden tiedon myötä ole osoittautunut virheelliseksi tai yhteiskunnallisen muutoksen vuoksi vanhentuneeksi, on sen positiivista vaikutusta perusteltua jatkuvasti tietoisesti ylläpitää. Vaarana on aina langeta vanhoihin »sudenkuoppiin». Tieteen tehtävänä on luonnollisesti kehittää ajattelua ja suuntautua siten eteenpäin, mutta siltikään ei ole lupa tuudittautua ajatukseen, että aiempien suuntausten anti ei ulotu enää nykypäivään. Toinen kysymys on se, että eri aikoina joudutaan korostamaan eri asioita.

En pidä asianmukaisena omaksua aivan varauksitta ajattelumallia, jota ilmentää esim. Peczenikin Juridikens metodproblem -teoksen alku. Kirjoittajan mukaan hänen työnsä pääideana on ajatus, että oikeusrealismi on jo täyttänyt tehtävänsä taistelussaan juridiikan fiktioita ja illuusioita vastaan[144]. Sikäli kuin muodostetaan uutta, tämän päivän laintulkintateoriaa, ei ole välttämättä lainkaan hylättävää rakentaa se osin aiemmin lausutuille ajatuksille, kunhan vain eklektisististä metodia käytettäessä ollaan kriittisiä[145].

Lainoppi on suhteellisen itsenäistä teorianmuodostukseensa nähden[146]. Riippuvuussuhde on itse asiassa samansuuntainen kuin sen käytännön ja teorian suhteessa yleensäkin tulee olla. Koska paradigmoilla on taipumus artikuloituessaan osoittaa heikkoutensa, voidaan lainopin sanoa sisältävän eräänlaisen puhdistusmekanismin. Lainopilliseen tutkimukseen sisältyy »hiljaista tekijän tietoa», joka voi joskus olla — kuten Helin huomauttaa — reflektoitua teoreettista tietoa parempaa[147].

1.6.5. Yhteenvetoa ja johtopäätöksiä

Käsillä olevassa tutkimuksessa tullaan edellä sanotun mukaisesti suhtautumaan kriittisesti varhaisemman doktriinin, lainsäädännön ja oikeudellisen käytännön »jähmettämiin» käsitteisiin. Tästä seuraa ennen muuta varsin pidättyväinen suhtautumistapa laintulkintatilanteiden deduktiiviseen ratkaisumahdollisuuteen. Työssä pyritään aiempaa ennakkoluulottomammin lähtemään kä-

---

[144] *Peczenik,* Juridikens metodproblem s. 3

[145] Vrt. *J. Tolonen,* Oikeus 1973 s. 15.

[146] Ks. esim. *Aarnio,* Mitä lainoppi on ? s. 16—17.

[147] *Helin,* Lainoppi ja metafysiikka s. 429

sitteiden yleiskielen mukaisesta sisällöstä. Vain tällä tavoin on mahdollista saada käsitteiden epämääräisyysalueet sellaiseen avoimeen tarkasteluun, jossa saatetaan ottaa perusteltu kanta niille laintulkinnassa kuuluvaan merkitykseen. Toisaalta käsitteiden uudelleenarviointi tehdään nimenomaan niiden perinteisen hahmottamistavan pohjalta. Näin sen vuoksi, että oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa käytettävät käsitteet eivät ole kertakäyttötavaraa, jotka voitaisiin uudessa tilanteessa aina tulkita ja määritellä tyhjästä. Jotta käsitteelle saatetaan antaa perustellusti aiemmasta poikkeava tulkinta, on sen aiempi merkitys tunnettava. Vain siten uudenlaisen kannanoton perusteluun saadaan mukaan asian arvioinnissa välttämätön esiymmärrys.[148]

Tutkimuksen oikeusdogmaattisessa kysymyksenasettelussa ovat näkyvimmällä sijalla sopimuksen ja julkisen vallan käyttämisen käsitteet. Yllä olevan mukaisesti sopimusvastuun sovellettavuutta arvioitaessa ei rajauduta yksinomaan perinteisen sopimusinstituution alaan, vaan tarkasteluun otetaan myös se, milloin lääkäri — potilas-suhteeseen saatetaan katsoa kuuluvan sellaisia perinteisestä sopimusmuodosta poikkeavia sopimisia, joihin on perusteltua liittää sopimusoikeudellinen vastuujärjestely. Niinikään julkisen vallankäytön tulkinnassa pyritään osoittamaan sellaisia yhteiskunnallisen vallankäytön tilanteita, joissa vallankäytön vastuujärjestely on asianmukaista ulottaa aiempaa laajemmalle.

Oikeudelliseen ratkaisutoimintaan vaikuttavat oikeudellisen normiston lisäksi ei-oikeudelliset näkökohdat ja niistä johtuvat imperatiivit. Nämä viralis-normatiivisen järjestelmän ulkopuolelta tulevat ei-oikeudelliset »käskyt» ovat paitsi normiteoreettiselta statukseltaan sitovia vielä ehdottomampia kuin oikeusnormiloogisesta päättelystä johtuvat vaatimukset. Tyypillistä ko. normeille on edelleen, että ne ovat täsmentymättömiä ja dynaamisia ja että niiden päätösprosessia ohjaava heuristinen merkitys ei ole tarkkarajainen. Oleellista on kuitenkin, että niitä ei voida sivuuttaa oikeudellisessa ratkaisutapahtumassa ilman järjestelmään kohdistuvia toiminnallisia häiriöitä. Näiden normien laintulkintatilanteessa vaikuttavan merkityksen kannalta voidaan jo tässä vaiheessa ottaa esille kolme KKO:n ratkaisua, joissa on ollut kyse VahKL:n 3:2:ssä tarkoitetun julkisen vallankäytön vastuun asettamisesta.

> KKO 1986 II 6: Rakennuskaavaluonnoksen mukainen rakennuspaikka poikkesi A:n omistaman määräalan sijainnista siten, että rakennuspaikka ulottui osaksi B:n maalle. Kun kunnan rakennuslautakunta oli kunnan rakennustarkastajan A:n puolesta laatiman rakennuslupahakemuk-

[148] Ks. myös *J. Tolonen*, JFT 1973 s. 341.

sen perusteella, vaatimatta rakennusasetuksen 122 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaista selvitystä siitä, että A hallitsi rakennuspaikkaa, myöntänyt A:lle rakennusluvan siten, että rakennus sijaitsi osittain B:n maalla, kunta velvoitettiin korvaamaan A:lle, joka oli rakentanut luvan osoittamalle paikalle, asiasta aiheutunut vahinko. Kunta ei ollut esittänyt selvitystä, jonka mukaan rakennustarkastaja olisi ilmoittanut A:lle toimivansa asemapiirroksen ja rakennuslupahakemuksen laatiessaan yksityishenkilönä. Rakennustarkastajan ilmoituksen mukaan hänen tehtäviinsä oli kuulunut hakijain avustaminen rakennuslupahakemusten laatimisessa. Hänen toimintansa asemapiirroksen ja rakennuslupahakemuksen laatijana oli ollut julkisen vallan käyttämistä.

KKO 1986 II 44: Verotoimiston virkailija, jonka virkatehtäviin ei kuulunut verojen vastaanottaminen, oli kavaltanut verovelvollisten hänelle verojen suorittamista varten luovuttamat varat. Virkailijan katsottiin aiheuttaneen vahingon julkista valtaa käyttäessään ja valtio oli siten vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:n nojalla velvollinen korvaamaan sen.

KKO 1989:50: Valtion työvoimaneuvoja oli antanut paluumuuttoa Suomeen suunnittelevalle Kanadan kansalaiselle virheellisiä tietoja paluumuuttajalle tärkeiden ja häneen pakottavina sovellettavien säännösten ja määräysten sisällöstä. Tietojen antaminen oli ollut olennainen osa työvoimaneuvojan virkatehtävistä. Tietojen laatu ja tarkoitus huomioonottaen katsottiin, että työvoimaneuvoja oli tiedot antaessaan käyttänyt julkista valtaa. Valtio velvoitettiin korvaamaan tietojen virheellisyydestä aiheutunut vahinko.

Selostetuista oikeustapauksista voidaan jokaisesta sanoa, että perinteisten julkisen vallan käyttöä koskevien oppien valossa niissä tehdyt kannanotot eivät ole olleet ennalta arvattavissa. Sitä tarkoittava väite olisi naiivi, sillä julkisen vallankäytön tulkinta on muotoutunut niissä aivan uudentyyppiseksi. On yksinkertaisesti todettava, että sovellettavien normien ja ratkaisun väliin jää — Juha Tolosen oikeusvaltiollisen ratkaisutoiminnan kaoottisuutta käsittelevän artikkelin termistöä lainatakseni — »kuilu»[149]. Toisaalta, jos »kaoottisuudesta» on mahdollista puhua jo sen johdosta, että »emme voi johtaa ratkaisua tosiasiassa virallisista voimassaolevista normeista»[150], niin sitäkin suuremmalla syyllä nyt, kun ratkaisutoiminnan ennakoimattomuutta vielä tästäkin lisää lain »normaalitulkinnan» tuottamien ratkaisutoiminnan rajojen ylittävä oikeudenkäyttö.

Referoidut ratkaisut saatetaan käsittää vain ei-oikeudellisten imperatiivien vaikutusten valossa. Näiden normien vaikutus näkyy oikeudellisessa ajattelus-

[149] *J. Tolonen,* Oikeus 1991 s. 25

[150] Ks. *ibid.* s. 25.

sa erityisesti sellaisten *murroskausien* yhteydessä, jotka liittyvät laajoihin yhteiskuntapohjaisiin muutoksiin. Viime vuosien kehitykselle on ollut luonteenomaista, että *kansalaiskeskeisyyden nousu* ideologisella tasolla hallitsevaan asemaan on oikeuselämän piirissä vaikuttanut paitsi erilaisen *sosiaalisen lainsäädännön* syntyyn (esim. PotilasvahinkoL) myös *oikeussuojanäkökohtiin vetoavan argumentoinnin* merkityksen vahvistumiseen. Mm. selostetut oikeustapaukset saatetaan nähdä juuri tämän muutoksen ilmentymäksi.

Yllä sanotun mukaisesti ei ole mahdollista pelkistää julkisen vallan käytön — eikä laajemminkaan oikeussäännösten soveltamisen — selkeää, kattavaa ja pysyvää kriteeristöä, vaikka esim. referoitujen oikeustapausten perusteella julkisen vallan käyttämisen laventavaa tulkintaa saatetaan kenties jossain määrin ennakoida[151]. Koska oikeudelliset tulkintakannanotot eivät sitten ole perustettavissa yksinomaan heuristisesti arvokkaaseen »kovaan» rationaaliseen argumentaatioon, *joudutaan tulkintatoimintaan välttämättä ottamaan mukaan myös oikeudellista tapahtumista ymmärtävä, perimmältään psykologispohjainen arviointi.* Sanottu ei tarkoita kehoitusta ryhtyä ihannoimaan oikeusyhteisön psyykkisellä tilalla tai valmiudella spekuloivaa lainoppia. Oikeusdogmatiikan piirissä on edelleen pyrittävä hahmottamaan sellaisia selkeitä asiallisia perusteluja, jotka puoltavat tietynlaista tulkintaa.

Viimeaikaiset yhteiskuntapohjaiset muutokset ovat yhteydessä myös siihen, että oikeudellisissa ratkaisutilanteissa on mahdollista pitää ensisijaisena ja auktoritatiivisena oikeuslähteenä vain lakia — samalla, kun muutokset toisaalta ovat johtaneet siihen, ettei lain perusteluvoima riitä sitovien arvopohjaisten ei-oikeudellisten imperatiivien sivuuttamiseen. Lainvalmisteluaineistoa, ennakkopäätöksiä ja oikeuskirjallisuutta koskee nykyään »asiallis-kriittisen» suhtautumistavan vaatimus, joka ilmenee siten, että näihin oikeuslähteisiin on lupa nojautua vain silloin, kun niissä esitettyjä näkökohtia on tarpeeksi laajalti valotettu, ja niihin sisältyvät kannanotot ovat riittävän monipuolisesti ja asiantuntevasti perusteltu.

Oikeustieteen puhtauden vaatimuksesta tutkimustyössä on asianmukaista

---

[151] Mainitussa Tolosen artikkelissa tärkeän dimension muodostaa aika. Ajan kuluminen johtaa ennakoinnin vaikeutumiseen. Oikeustiede kyllä yleensä pyrkii poistamaan kuilun »ex post rakentamalla sellaisen tulkinnan, jossa ratkaisu johtopäätöksenä oikeustosiasioista ja sovellettavista normeista vaikuttaa loogiselta». *J. Tolonen,* Oikeus 1991 s. 25. On kuitenkin huomattava, että tällainen toiminta ei ole mahdollista kuilun siltä osalta, joka syntyy laista johdettavat raamit ylittävässä tulkinnassa; sitä ei ole mahdollista jälkikäteenkään saada näyttämään loogiselta. Epäloogisuudessaankin se silti saattaa jossain määrin soveltua ennakoinnin kohteeksi siltä osin kuin ajan kulumisen vaikutus jää vähäiseksi.

»tinkiä» siten, ettei erilaisista oppitraditioista lähteviä tarkasteluja pidetä kiellettyinä yksinomaan sen vuoksi, että niiden kukoistuskausi on jo sivuutettu. Lähtökohtana saatetaan perustellusti pitää sitä, että niillä voi olla annettavaa myös tämän päivän oikeudelliseen ajatteluun.

2. VAHINKO JA LÄÄKÄRINTOIMI SEKÄ VAHINGONKORVAUKSEN VASTUUMUODOT

Seuraavassa tarkastellaan aluksi vahingon käsitettä ja sen kuvaamaa ilmiötä. Tarkoituksena on erityisesti osoittaa niitä tekijöitä, jotka ovat yhteydessä siihen, että tietyt menetykset saavat korvattavan vahingon »statuksen». Tämän jälkeen kiinnitetään huomiota siihen toiminnalliseen kontekstiin, jossa vahinkojen korvausproblematiikkaa tutkitaan, siis lääkärintoimeen. Paitsi että lääkärintoimeen kohdistuva analyysi auttaa ymmärtämään lääkärintyön luonnetta se samalla rajaa tutkimusta ja luo perustan tutkimuksen 5. luvun systematisointiin. Näiden kahden jakson jälkeen ja niihin pohjautuen käsillä olevassa luvussa muodostetaan lisäksi kuva siitä, millaisia korvattavia vahinkoja lääkärintoimesta aiheutuu.

Sanotunlaisten pohdintojen jälkeen selvitetään pääpiirteissään sovellettavuusarvioinnin kohteena oleviin normistoihin liitettyjä tavoitteita ja niiden syntyyn vaikuttaneita historiallisia näkökohtia (occasio legis). Näitä tarkasteluja hyväksikäyttäen arvioidaan ko. säännöstöjen asemaa ja merkitystä nykyisissä yhteiskunnallisissa oloissa. Oikeussääntöjen haasteet ja oikeutus tulkintahetken yhteiskunnassa tuntien on luvun lopussa mahdollista omaksua perusteltu ennakollinen yleiskuva niiden suhteesta tutkittavina oleviin vahinkotilanteisiin.

2.1. Vahinko

I. Aiemmin on jo tullut esille, että kysymys vahingon korvattavuudesta edustaa vain yhtä näkökulmaa vahingon juridiseen tarkasteluun. Tähän nähden on luonnollista, että vahingon käsite osoittautuu oikeudellisessa sääntelyssä yleisesti ottaen varsin vaihtelevan sisältöiseksi. Jo yksittäisillä oikeudenaloilla käsitettä käytetään useissa eri merkityksissä ja monesti myös epäjohdonmukaisesti. Tämä tulee hyvin näkyviin Pekka Vihervuoren artikkelissa »Vahingon ja haitan käsitteet ympäristöoikeudessa», jossa kirjoittaja osoittaa mm. näiden käsitteiden merkitysalan muuntuvuuden ja niiden keskinäissuhteen ambi-

valenttisuuden[1]. Oikeudellinen monimerkityksisyys on epäilemättä yhteydessä myös siihen, että vahingolla on yleiskielessäkin suhteellisen laaja merkityskaala.

Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä seikkaperäisesti analysoimaan po. käsitteen eri semanttisia tasoja, ei edes oikeudellisen sääntelyn osalta. Käsillä olevaa jaksoa taustoittavaksi lähtökohdaksi on silti syytä todeta, että vahinko-sanalla voidaan oikeudellisessa sääntelyssä viitata paitsi vahinkoseurauksiin myös seurauksia aiheuttaneeseen tapahtumaan, ja että kiinnitettäessä huomiota erityisesti seurauksiin saatetaan siinäkin havaita tiettyä eriytymistä: kyse voi olla vahinkotapahtumaan liittyvistä tosiasiallisista, negatiivisiksi koettavista vaikutuksista tai sitten korvattavista vahingoista[2].

Pelkkää »reaalivahingon» käsitettä ei ole vahingonkorvausoikeudessa koettu aina käyttökelpoiseksi[3]. Itse asiassa onkin varsin luontevaa katsoa sen kuuluvan enemmän muille oikeudenaloille, esim. vahinkojen estämistä koskeviin oikeudellisiin järjestelyihin.[4] Toisaalta on huomattava, että korvattavan vahingon käsite ei sekään kuitenkaan ole yksinomaan vahingonkorvausoikeuteen kuuluva. Oikeudenalan ulkopuolelle vahingon käsitteen on meillä katsottu sijoittuvan mm. silloin, kun on puhe ns. satovahinkojen tai lunastusmenettelystä johtuvien vahinkojen korvaamisesta. Kumpikin näistä korvausjärjestelyistä muistuttaa paikoin selvästi varsinaista vahingonkorvausta[5], ja esim. saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa ainakin lunastuskorvauskysymyksiä onkin tarkasteltu vahingonkorvausoikeudellisissa yhteyksissä[6].

Käsillä olevan työn problematiikkaan ei ole perusteltua liittää kysymystä vahingon käsitteen oikeudenalakohtaisesta rajanvedosta. Tietyssä mielessä tuollaista rajankäyntiä voidaan tosin katsoa kuuluvan tuonnempana luvussa 4 tapahtuvaan PotilasvahinkoL:n soveltamisalan hahmottamiseen. Toisaalta esitys osoittaa sen, kuinka sama reaalinen vahinkotapahtuma saattaa täyttää sekä vahingonkorvausoikeudellisen että vakuutusoikeudellisen vahingon kriteerit. Tässä yhteydessä ei tietenkään voida sivuuttaa sitä, että vahingonkorvausoikeus on se disipliini, jossa po. käsitteeseen on kiinnitetty eniten huomiota.

---

[1] *Vihervuori* s. 367 ss.

[2] *Tulokas* s. 29

[3] Vrt. *ibid.* s. 29—30.

[4] Vrt. »vahingonteko» rikosoikeudellisessa mielessä, esim. *Anttila — Heinonen* s. 119—120. Ympäristöoikeudessa vahingon käsitteen käyttö liittyy usein myös ympäristöön vaikuttavan toiminnan sallittavuuden edellytysten sääntelyyn; ks. *Vihervuori* s. 367.

[5] Ks. *Vihervuori* s. 372 ja *Routamo — Hoppu* s. 21 ss.

[6] Esim. *Badura, ym.* 1986 s. 495

II. Vahingonkorvausoikeudessa *korvattavan vahingon* käsite vaikuttaa monesti mielletyn sillä tavalla oikeudenalan peruskäsitteeksi, että sen määrittelyä on ilmeisesti pidetty suorastaan välttämättömyytenä. Vaikeudet asiassa ovat johtuneet siitä, että haasteeksi on asetettu sellaisen määritelmän aikaansaaminen, joka kerralla yksinkertaistaisi vahinkojen korvaamista koskevien sääntöjen soveltamista[7]. Kyse on ainakin osin ollut käsitelainopin mukaisista pyrkimyksistä. Se, että vahingon määrittely on tällä tavoin tarkoittanut *oikeudellisesti latautuneen* käsitteen luomista, on johtanut toteamaan vahingoksi mm. jokaisen haitan, jonka joku kärsii oikeudellisesti suojattujen elämänhyödykkeittensä suhteen[8]. Lopputulokseksi tästä vain on huomattu tulevan, että vahingonkorvausoikeuden kannalta vahinkoja ovat seikat, jotka johtavat korvausvelvollisuuden asettamiseen[9]. Tällä tiellä vahingon yleinen määrittely näyttää muotoutuneen varsin hankalaksi: siinä määrin kuin oikeudellisten tekijöiden mukanapitäminen on katsottu välttämättömäksi, on toisaalta määrittelyn heikkouksienkin esittelyä pidetty tarpeellisena. Niinpä kun vahingonkorvausoikeuteen perehtyvää ensiksi opetetaan, että »/v/ahinko on ulkoisen seikan aiheuttama odottamaton muutos, jota on pidettävä vahingonkärsijän kannalta epäedullisena»[10], kerrotaan tälle myöhemmin, ettei määritelmä sellaisenaan toimikaan, vaan ollakseen tarkka se edellyttäisi lisäystä: »ja josta voimassaolevan oikeuden mukaan on suoritettava korvausta»[11]. Toisaalta: »Lisäys ei kuitenkaan auttaisi määritelmän lukijaa saamaan enempää tietoa kuin mitä se jo nyt tarjoaa, koska lisäyksen merkityksen selvittäminen vaatii perehtymistä lukuisiin eri lainkohtiin ja korvausperiaatteisiin.»[12]

On selvää, ettei vahingon tämäntapaiseen määrittelyyn ole tultu aivan ajautumalla. Onhan reaalivahingon ja oikeudellisen vahingon erillisyys tunnettu jo varhemminkin käsikirjatasoisiakin esityksiä laadittaessa[13]. Määrittelytavan

---

[7] Ks. esim. *Koski — af Schultén* s. 363—364.

[8] *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 486

[9] *Routamo,* Liikennevahinko s. 5

[10] *Routamo — Hoppu* s. 29

[11] *Ibid.* s. 181

[12] *Ibid.* s. 181—182

[13] Esim. Esko Hakkilan vuonna 1936 toimittamassa *Lakiasiain käsikirjassa* hakusana »vahinko» on selitetty seuraavasti: »Milloin jotakuta henkilöä tahi hänelle kuuluvaa omaisuutta kohtaa olojen säännönmukaisesta kulusta poikkeava muutos eli häiriö, jonka johdosta muutoksenalaiseksi joutuneen kelpoisuus sille määrättyyn tarkoitukseen vähenee taikka kokonaan häviää, sanotaan tällaista ilmiötä vahingoksi. Oikeudellista merkitystä saa vahinko niin pian kuin nousee kysymys siitä, kenen tulee kärsiä seuraukset siitä, vahingoitetun omaisuusesineen vai edun omistajanko, vaiko jonkun toisen, vaiko kummankin yhdessä.»

taustalla lienee luontevinta nähdä se pedagoginen merkitys, mikä korvattavan vahingon ja siihen liittyvän problematiikan hahmottamiseen on uskottu liittyvän erityisesti vahingonkorvausoikeuden *oppialan* mieltämisen kannalta.

Se, että oikeudellista vahingon käsitettä ei ole mahdollista muodostaa korvausvastuun aikaansaavista tekijöistä erillään, on suunnannut huomion myös vahingonkorvausoikeudessa itseensä vahinkotapahtumaan ja sen tosiasiallisiin seurauksiin. Ns. *differenssiteorian* mukaan vahinko on kahden tapahtumakulun — hypoteettisen ja todellisen — välinen erotus. Tämä 1800-luvun Saksasta peräisin oleva määrittelytapa on saanut myöhemmin osakseen kritiikkiä. Sen perustana on ollut havainto siitä, ettei määritelmä yksinkertaisuudessaan useinkaan anna konkreettista apua erilaisten kompleksisten vahinkotilanteiden selvittelyyn. Differenssiteoria on kuitenkin kulkeutunut meidän päiviemme vahingonkorvausoikeuteen, jossa sen oikeutusta ja merkitystä on perusteltu sillä, että se sittenkin osoittaa sellaisen yleisen kehikon, johon vahingonkorvauksen laskemiseen liittyvät erilaiset kysymykset saatetaan sijoittaa[14]. Teorian ongelmattomimpana soveltamiskenttänä on nähty ns. *puhtaat varallisuusvahingot,* koska niiden osalta ei jouduta määrittelemään esim. minkään fyysisen vahinko-objektin arvoa[15]. Tästä lähtökohdasta ruotsalainen Bertil Bengtsson on katsonut olevan asianmukaista pitää differenssimetodia perustana, kun kyse on julkisen vallan, erityisesti päätösvallan, käytöstä aiheutuneista vahingoista[16]. Vaikka differenssiajattelun kiistattomimpien ansioiden sanottaisiinkin jäävän lähinnä vain vahinkotapahtuman yleisen hahmottamisen tasolle, on kuitenkin huomattava, ettei teoria siinäkään poista niiden arvoarvostelmien osuutta, joiden perustalta hypoteettinen ja osin myös todellinen tapahtumainkulku joudutaan olettamaan.[17]

III. Sääntö, jonka mukaan jokaisen on itse kärsittävä kohtaamansa vahinko, ellei ole perustetta asettaa joku muu korvausvelvolliseksi, suuntaa huomion sellaisiin eri *vahinkolajeja* nimeäviin normeihin, joihin voimassaoleva oikeus

---

[14] *Rodhe* s. 189

[15] Ks. esim. *Vinding Kruse* s. 339. Ihanteellisimpia differenssimetodin sovellutuskohteita varallisuusvahingoissa ovat olleet ns. positiivisen sopimusedun korvaamista koskevat jutut. Vrt. esim. *Aurejärvi,* 1988 s. 132. Kuitenkin tietysti myös mm. henkilövahingosta johtuva tulojen menetyksen määrittäminen käy yhtä hyvin differenssilaskelman perustalta. Ruotsin vahingonkorvauslaissa tämän mukaisesti on nimenomaisesti säädetty meneteltäväksikin; ks. *Skadeståndslag (1972:207) 5:1.2 (1975:404).*

[16] *Bengtsson II* s. 79.

[17] Differenssiteoriasta ks. lähemmin esim. *Routamo — Hoppu* s. 237—239, *Routamo,* Liikennevahinko s. 7—8, *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 268—269, *Hellner,* Skadeståndsrätt s. 245—246 ja *Rodhe* s. 188 ss.

liittää korvausvastuun[18]. Tähän on välittömästi kytkeyksissä *korvausvelvollisuuden sisältö*. Se vaihtelee sen mukaisesti, mitkä vahinkotyypit kulloinkin kuuluvat korvausvelvollisuuden alaan.

Siitä riippuen, *missä kohteessa* vahinko (vahinkotapahtuman negatiiviset vaikutukset) ilmenee, vahingot jaetaan tavallisesti *henkilö-, esine- ja varallisuusvahinkoihin*. Tältä osin puhe korvattavasta vahingosta on kuitenkin vasta eräänlainen ensi asteen kannanotto, joka ei vielä ole yhteydessä korvauksen *laskentaperusteeseen*. Sen määrittämiseksi ja korvausmäärän osoittamiseksi on selvitettävä, *kuinka* vahinko ilmenee. Tuloksena saattaa tällöin olla: kipua, särkyä, sairaanhoitokustannuksia, työansion menetystä, esineiden särkymisiä, niiden hukkaantumisia, hautaamiskuluja ja vainajan omaisten henkisiä kärsimyksiä. On huomattava, että myös näiltä osin voidaan puhua korvattavasta vahingosta. Itse asiassa vasta vahinkotapahtuman analyysin tämä taso on siinä määrin konkreettinen, että siltä on mahdollista täsmentää korvattavien vahinkojen piiriä ja osoittaa vahingonkorvauksen laskentaperuste[19]. Vahinkotyyppinimikkeet henkilö-, esine- ja varallisuusvahinko palvelevat sittenkin enemmänkin *systematisoivaa* tehtävää ja jäävät niinollen käytännön oikeuselämässä helposti taka-alalle. Esim. seuraavassa KKO:n tapausselostuksessa henkilövahingon käsite on voitu tyystin sivuuttaa.

> KKO 1969 II 9: Lääkäri oli syyllistynyt laiminlyönnistä tapahtuneeseen virkavelvollisuuden rikkomiseen ja kuolemantuottamukseen, minkä vuoksi hänet muun ohella tuomittiin suorittamaan kuolleen potilaan omaisille korvaukseksi hautauskuluista, huomioon ottaen perhehaudan hankkimisesta vaaditusta 120 markan määrästä kohtuullisiksi harkitut kolmannesta vastaavat 40 markkaa, haudan kaivamisesta, ruumiskellarin vuokrasta ja havuista yhteensä vaaditut 46 markkaa 75 penniä, haudan etualan ruohonhoidosta vaadituista 485 markasta kohtuullisiksi harkitut puolta vastaavat 242 markkaa 50 penniä, hautakivestä vaadituista 760 markasta kohtuullisiksi harkitut puolta vastaavat 380 markkaa ynnä vainajan kuljetuksesta, kuolin- ja kiitosilmoituksista, kutsukirjeistä hautajaistilaisuuteen, seppeleestä ja kukista, vainajan valokuvasta kehyksineen, muistotilaisuuden kustannuksista, formalisointikuluista, postimaksuista, hautausmaan vahtimestarin palkkiosta ja autokuluista hautajaispäivänä yhteensä vaaditut 1179 markkaa 86 penniä sekä omaisille hautajaisia varten hankituista suruvaatteista vaaditut 20 prosenttia vastaavat 247 markkaa 40 penniä, eli kaikkiaan 2136 markkaa 51 penniä, vähennettynä vainajan vanhempien vähennettäviksi myöntämillä kansaneläkelaitoksen maksamalla 552 markalla ja Kaartin Pataljoonan maksa-

[18] Vrt. esim. *Wetterstein* s. 106 ss., *Sisula-Tulokas* s. 121 ss. ja *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 59 ss., 276 ss.

[19] Vrt. *Sisula-Tulokas* s. 122.

malla 100 markalla ynnä vielä tapaturmaviraston maksamalla hautausavulla 726 markalla eli yhteensä 1378 markalla, eli 758 markkaa 51 penniä.

Tapaus kuvaa erinomaisen hyvin sitä, kuinka käytännön vahingonkorvausjutuissa vahinkotapauksia joudutaan erittelemään todella yksityiskohtaisesti. Vasta konkreettisen erittelyn jälkeen erilaiset negatiiviset vaikutukset on mahdollista »summata» henkilö-, esine- ja varallisuusvahingoiksi ja nämä viimein yhteenlaskea vahingon kokonaissummaksi[20]. Mutta tarkastelkaamme vielä hetkinen vahingon korvattavuutta koskevaa problematiikkaa vahingon ilmenemistavan näkökulmasta.

IV. Vahinkojen korvaamisen mielekkyyden ongelma aiheutuu pitkälti *naturaalirestitution eli luontoispalautuksen* käyttöalan rajoittuneisuudesta. Vaikka senkään avulla ei tietysti kyettäisi muuttamaan tapahtunutta tapahtumattomaksi ja siten peruuttamaan vahinkotapahtumasta johtuneita epämiellyttäviä elämyksiä, olisi vahingonkorvausoikeuden eräs vaikeimmista ongelmista voitettu, jos aiheutuneet menetykset voitaisiin aina korvata in natura.

Taloudellista vahinkoa kuvataan toisinaan termillä tappio. Vahinkojen korvaamiseen tavallisimmin käytetty väline, raha, on sen osalta mitä luontevin hyvitysyksikkö. Korvaus muistuttaakin siinä merkittävästi luontoispalautusta. Tätä nimeä sille vain ei ole haluttu antaa ilmeisesti siksikään, että rahaa ei ylipäätään arvon symbolina pidetä osana »luontoa». Siihen eivät kuulu sen enempää itse taloudellinen menetys kuin sen korvaussummakaan. Varsinaiseen luontoiskorvauksen alueeseen on katsottu kuuluvan ainoastaan joidenkin hallinnan loukkausten aiheuttamien vaikutusten poistaminen ja eräiden esineitä koskevien menetysten palauttaminen. Luontoiskorvaus ei kuitenkaan ole aina omiaan yltämään niin onnistuneeseen korvausratkaisuun, etteikö sitä joskus tarvitsisi täydentää rahasuorituksin.[21] Silloin, kun tarkoituksena on hyvittää esim. vahingosta johtuva esineen kaupallinen aliarvo, tuntuu rahasuoritus luontevalta. Mutta entä sitten, kun tulee kysymys erilaisista esineisiin liittyvistä tunnearvoista ja subjektiivisista arvoista? Tällä kohden korvausongelma on jo vanhastaan tavattu ratkaista siten, että mikäli subjektiivisella arvolla ei ole vaihdannassa merkitystä (esim. postimerkit ja antiikkiesineet harrastajien kannalta), korvataan pelkästään reaalinen vahinko.[22]

---

[20] Vrt. *Vihervuori* s. 377.

[21] Luontoiskorvauksen käytöstä ks. esim. *Hakulinen* s. 359—360, *Aurejärvi,* 1988 s. 81 ss. ja *Rodhe* s. 26.

[22] *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 493. Lähdeteoksesta lainattua termiä »reaalinen vahinko» ei pidä sekottaa tekstissä aiemmin käytettyyn »reaalivahingon» käsitteeseen.

Asia muuttuu toiseksi, kun tullaan *ihmisen henkilöön* kohdistuviin vahinkoihin. Korvattavaksi saattaa tulla ei ainoastaan vahinkotapahtumasta aiheutunut tappio, vaan myös kipu, särky, vika, muu pysyvä haitta ja kärsimys.

Koska kyse on nyt vahingosta, jonka suuruutta ei periaatteellisestikaan voida ilmaista rahana, ei korvaussumman määrittelyyn ongelmattomasti käyviä kriteerejä näytä löytyvän oikein miltään suunnalta. Brusiinin mukaan ratkaisevaa tämänkaltaisissa vahinkotapauksissa 'ei ole se yksilöllisesti koettu kärsimyksen määrä, joka kenties näytetään tulleen vahingon kohteeksi joutuneen osalle, vaan yhteiskunnassamme tosiasiallisesti vallitsevan arvojärjestelmän pohjalta suoritettu objektiivinen arvio persoonallisuuteen kohdistuneen loukkauksen raskaudesta'[23]. Voidaan tietysti kysyä, millä tavoin persoonallisuuteen kohdistuneen loukkauksen raskautta koskeva »objektiivinen» arvio saattaisi johtaa jonkinlaiseen markkamäärään. Lieneekö Brusiinilla ollut mielessään Hakulisen huomio siitä, että aineettoman vahingon korvaamisen tarkoituksena »onkin vain tehdä vahingonkärsijälle mahdolliseksi hankkia kärsimysten tai haitan vastapainoksi viihdykettä eli lohdutusta»[24]. On hyvin mahdollista, että tällaisella painon ja vastapainon idealla on tietty merkityksensä vahingonkorvausoikeudessa. Joka tapauksessa on kiistatonta, että suurempi kärsimys edellyttää suurempaa korvausta ja vähäisempi kärsimys vähäisempää korvausta.

Sanotun perusteella on helppo ymmärtää, että tavanomaisten aineettomien korvausaiheiden osalta kehittyy esim. liikennevahinkolautakunnan suositusten ja normien mukaisia *tulkintastandardeja* ja että muunlaista aineetonta menetystä merkitsevät vahingot pyritään oikeuskäytännössä näkemään tai ainakin selittämään mahdollisimman pitkälle *menetettynä varallisuusasemana*. Seuraavassa ratkaisussa korvausaiheen vaikuttaa muodostaneen tarjoilijattaren »kaupallinen aliarvo».

> KKO 1950 II 394: Kun potilas oli synnytystä odottaessaan pudonnut synnytyspöydältä ja kaatuessaan lattialle koskettanut vasemmalla kädellään tulikuumaa suojaamatonta lämpöputkea seurauksin, että hän oli saanut käsivarteensa ja peukaloon sekä kämmenen ulkosivuille puoliväliin pikkusormen tyvijäsentä ulottuvat palohaavat, joista oli hoidosta huolimatta jäänyt hänen tarjoilijattaren ammattiaan haittaavat rumentavat arvet, korvattiin hänelle näin aiheutunut vahinko.

Kysymys korvattavan vahingon nimeämisestä on nykyään ennen muuta lainsäädännöllinen ongelma. Olisi kuitenkin silmien sulkemista todellisuudelta väittää, ettei korvattavien vahinkojen ala olisi yhteydessä vahinkojen *taloudelli-*

[23] *Brusiin,* Aineeton vahinko s. 22 ss., 98—99 ja 167

[24] *Hakulinen* s. 365. Ks myös *Taxell* s. 395.

seen korvaamistapaan. Sitä osoittaa osaltaan jo se, että tapaoikeudelliset säännöt ovat vanhastaan säännelleet erityisesti taloudellisten vahinkojen korvaamista. »Kuvaavaa on», kirjoitti Brusiin aikanaan, »että suomenkielisessä lakiterminologiassa sanaan 'vahinko' yleensä liittyy merkitys 'taloudellinen vahinko'»[25]. Periaatteellisena lähtökohtana tänä toimeliaan lainsäätäjän aikanakin näyttää olevan, että taloudelliset menetykset pyritään määrittelemään korvattaviksi vahingoiksi mahdollisimman laajalti[26]. Poikkeuksia sääntöön ovat lähinnä vain jotkin normaalista elämänmenosta johtuvat häviöt, esim. eräät markkinatalouden mekanismista yrittäjälle johtuvat tappiot.

Aineellisen ja aineettoman menetyksen vaikutuksen ja merkityksen samuus tietyllä ihmisen psyykkeen tasolla on kuitenkin eräin osin johtanut sääntelemään myös jälkimmäisiä korvattaviksi vahingoiksi. Sille, että kärsimys on määritelty korvausaiheeksi, on luonnollisena jatkeena henkisen häiriötilan »pääsy» henkilövahinkojen kategoriaan[27]. KKO:n oikeuskäytännössä aineettoman vahingon korvaamista on laajennettu turvautumalla VahKL:n 5:2:n (suoraan tai analogiseen) soveltamiseen[28]. Vaikka ei tietysti saateta pitää perusteltuna määritellä korvattavia vahinkoja kaikkialle, missä on surua, ahdistusta tai pettymystä, linjanmuutosta on tuskin syytä kritisoida. KKO:n kannanotot vaikuttavat järkeviltä. Silloin, kun tarkoituksellisesti aiheutetun kärsimyksen määrä selvästi ylittää normaaliin sosiaaliseen kanssakäymiseen aika ajoin luonnollisena osana kuuluvan paineen ja sietokyvyn rajan, voidaan hyvitys katsoa asianmukaiseksi. Mutta on varottava, ettei aineettomien vahinkojen korvaamisessa mennä liian pitkälle. Vaarana on, että kärsimyksen ja rahan yhteismitallisuus aletaan hyväksyä suhteettoman laajassa mitassa.[29]

---

[25] *Brusiin*, Aineeton vahinko s. 167. Brusiin, s. 165, viittaa myös oikeusjärjestyksiin, joissa aineettoman vahingon korvaamista kuvataan omilla käsitteillään: Sveitsissä »Genugtuung», Saksassa »Entschädigung», Tanskassa »godtgørelse», Norjassa »opreisning».

[26] Tätä ei muuta se, että VahKL:n 5:1:ssä puhtaan varallisuusvahingon korvattavuudelle on eräin osin asetettu vaatimus erittäin painavista syistä. Ks. lainkohdan aiheuttamasta, osin suorastaan poleemiseksi käyneestä keskustelusta *Routamo*, LM 1985 s. 74 ss. ja siihen liittyvät artikkelit.

[27] Tosin kärsimys korvataan VahKL:n 5:6:n mukaan vain, milloin sen on aiheuttanut »vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistunut taikka muu sen kaltainen rikos».

[28] Ks. esim. *Kaivola*, DL 1988 s. 295 ss., joka käsittelee mm. tapauksia KKO 1980 II 98, 1982 II 6 ja 1983 II 8. Kaivola toteaa KKO:n kantana kuitenkin edelleen olevan, »ettei lähiomaisen kuoleman takia ole oikeutta saada korvausta aineettomasta vahingosta (henkisestä kärsimyksestä, järkytyksestä sinänsä tai kipuun ja särkyyn verrattavasta järkytyksestä ja henkisestä kärsimyksestä), ellei surmaamisella ole nimenomaan pyritty aiheuttamaan toiselle psyykkinen henkilövahinko». Ks. myös Kaivolan analysoimat tapaukset KKO 1977 II 104 ja 1984 II 122 sekä myöhemmästä oikeuskäytännöstä KKO 1991:146.

[29] Ihmisessä on sisäänrakennettu mekanismi, joka jossain määrin pystyy käsittelemään aineettomia vahinkoja. Se pystyy ohjaamaan mentaalisia toimintoja siten, ettei ihminen millaisista harminaiheista tahansa ajaudu psyykettä vaurioittaviin frustraatio- ja deprivaatiotiloihin. Tämän ih-

2.2. Lääkärintoimi

I. Lääkärintyö nimettiin lääkärin*toimen* harjoittamiseksi säädöstasolla ensimmäisen kerran vuonna 1925 annetussa laissa lääkärintoimen harjoittamisesta (20/25). Tällä lailla kumottiin vuonna 1890 annettu Armollinen Asetus lääkärin-*ammatin* harjoittamisesta Suomessa[30]. Nimikkeen muutos lienee perustelluinta nähdä erääksi osoitukseksi ammatin käsitteen sisällön täsmentymispyrkimyksistä[31]. Kun lääkärintyötä tuntui luontevalta nimittää ammatinharjoittamiseksi vain yksityispraktiikkatoiminnan osalta[32], ja kun toisaalta oli asianmukaista pitää eräät keskeiset lääkärikuntaa kokonaisuudessaan koskevat määräykset yhdessä säädöksessä, päädyttiin lääkärintyöhön kuuluvien tehtävien ja toimenpiteiden suorittamista nimittämään toiminnan juridisesta muodosta riippumattomasti lääkärintoimen harjoittamiseksi[33].

Käsillä olevassa työssä lääkärintoimen käsitteen ensimmäisenä esiintuleva funktio on sen *tutkimusaihetta rajaava* tehtävä. Vahingonkorvausvastuu saattaa olla lääkärintoimen korvausvastuuta vain käsitteen alan myötäilemässä laajuudessa. Näin rajautuvan tutkimuskohteen kannalta käsitteen tärkeä merkitys on toiseksi siinä, että se referoi siihen *todellisuuteen,* jonka vahinkotilanteita tutkimuksessa tarkastellaan. Olisi vaikea sallia oikeudelliseen ratkaisutoimintaan vaikuttavaa kannanmuodostusta olosuhteissa, joissa ei ollenkaan kiinnitetä huomiota itse elävään elämään. Ilman lääkärintoimeen kohdistuvaa selvitystä ei ole mahdollista päätyä kunnollisiin alan oikeudellista vastuuta koskeviin laintulkintakannanottoihin. Ilmiön tuntemista edellyttävät myös tutkimustyöhön liittyvät *erittelyä ja systematisointia* koskevat näkökohdat.

---

miseen luonnostaan kuuluvan järjestelyn toimintamekaniikkaa on pidättäydyttävä tarpeettomasti häiritsemästä. Jokaisen yksilön sosiaalistuminen inhimilliseksi, humanistiseksi olennoksi edellyttää erilaisten elämään kuuluvien vaikeuksien jonkinmääräistä kokemista. Auttaaksemme homo sapiensia maapallon asukkaana, erilaisten sosiaalisten yhteisöjen jäsenenä, on tällä kohden aiheellista suhtautua varoen ihmisen ajattelua muuttavan systeemin kehittelyyn.

[30] Vastaavaa muutosta hammaslääkärintyön osalta merkitsi L 219/34 ja eläinlääkärintyön osalta L 423/41. Vanhimmaksi Ruotsi-Suomen lääkärikuntaa koskevaksi säädökseksi on mainittu 20. 7. 1571 annettu »Kongl. Bref med Privilegier for Bardskärare-embete». Sen nojalla parantajat tunnustettiin eräänlaisiksi lääkäreiksi. Bardskärare-nimikkeen käyttö määräyksessä johtuu siitä, että parantajien tehtäviin kuuluivat aluksi lääkinnällisen avun antamisen lisäksi mm. hiusten leikkaaminen ja parranajo. Lääkärintointa koskevasta varhaisemmasta sääntelystä lähemmin ks. esim. *Lavonius* s. 9—15.

[31] Vrt. *Ikkala — Andersson — Nuorvala* s. 14 ja *1967 vp. asiak. III HE n:o 172* s. 4.

[32] Vrt. *Ikkala — Andersson — Nuorvala* s. 15, 24—25.

[33] Saatetaan kyllä huomauttaa, että 1978 annetussa voimassaolevassa LääkäriL:ssa käytetään ammatti-sanaa. Asia selittyy sillä, että sanan merkitys on siinä jonkin verran tavanomaisesta poikkeava. Ks. *Paaso* s. 16 ja 75—76. Vrt. LääkäriL:ssa käytetty sana »itsenäinen»; ks. *ibid.* s. 74—75.

II. Tässä tutkimuksessa lääkärintoimen harjoittamisella tarkoitetaan LääkäriL:n 1. lukuun ja siinä mainittuihin auktorisointeihin perustuvaa lääkärintyötä[34]. Lääkärintoimen raja on siten *henkilöllisesti yksiselitteinen:* lääkärintoimi on laillistetun lääkärin, erikoislääkärin, lääketieteen opiskelijan, ns. orientoivan vaiheen lääkärin ja ulkomaalaisen lääkärin toimintaa. Vaikka lääkäritoimeen oikeutettujen henkilöpiirin rajaus on sinänsä selvä, on silti usein pulmallista, *milloin henkilön toimintaa on pidettävä hänen lääkärinoikeuteensa perustuvana, ja milloin lääkärin vahinkoa aiheuttava menettely kuuluu juuri lääkärintoimen korvausvastuun alaan.*

Kyseisen ongelman tarkastelussa on huomionarvoista, että lääkäriyden tuoma asema on tietyssä määrin analoginen *virkamiesaseman* kanssa. Samalla tavalla kuin RL:n 40 luvun säännösten nojalla voidaan rangaista yleisesti virkavelvollisuuden rikkomiseksi luonnehdittavista teoista[35], liittyy myös lääkäriyteen vastuu lääkärintointa harjoitettaessa tehtyjä rikkeitä laajemmalti tuossa asemassa tapahtuneista väärinkäytöksistä, määräysten ja kieltojen laiminlyömisistä; sanalla sanoen lääkärin asemaan liittyvien velvollisuuksien rikkomisesta[36]. Sekä virkamiesominaisuuteen että lääkäriyteen kuuluva alisteinen asema julkiseen valtaan nähden perustuu tuon aseman nimenomaisesti konstituoiviin normeihin, joiden mukaan valtasuhde on tietyllä tavalla yleinen.

Rikosoikeudellisen tutkimustradition mukaisesti virkavastuun ulottuvuutta selvitettäessä on ollut tapana kiinnittää huomiota vastakkainasetteluun *virkamiehenä/yksityishenkilönä.* Asiaa on tältä kannalta tarkastellut mm. Pekka Viljanen virkarikoksia käsittelevässä väitöskirjassaan. Hän toteaa virkamiehen toimivan yksityishenkilönä ainakin silloin, kun tämän menettelyä tai suhtautumista eivät sääntele mitkään virkavelvollisuusnormit. »Tältä osin virkarikoksesta rankaiseminen on jo käsitteellisesti mahdotonta.»[37] Toiselta puolen virkavelvollisuusnormit saattavat kuitenkin tunkeutua myös virkamiehen yksityiselämään: »virkamies voi syyllistyä ainakin joihinkin virkarikoksiin myös yksityishenkilönä toimiessaan»[38]. Kun tarkoituksena on selvittää, onko jokin konkreettinen teko virkarikos vai ei, ei virkamiesominaisuus vs. yksityishenki-

[34] Kyse ei siis ole LääkäriL:n 4. luvun säännöksin kriminalisoidun luvattoman lääkärintoimen harjoittamisesta siltä osin kuin menettelyyn syyllistyy joku lääkärikunnan ulkopuolinen henkilö.

[35] *Viljanen,* s. 78, luonnehtii virkarikosten yhteiseksi tunnusmerkiksi virkavelvollisuuden rikkomisen, olipa kyse sitten velvollisuuden, luvan tai kiellon vastaisesti käyttäytymisestä.

[36] Lääkäri saattaa joutua vastuuseen mm. salassapitovelvollisuuden rikkomisesta, LääkäriL:ssa säädetyn tietojenantamisvelvollisuuden rikkomisesta, apteekkialkoholin määräämisoikeuden väärinkäyttämisestä ja kiireellisen lääkärinavun antamisvelvollisuuden laiminlyömisestä.

[37] *Viljanen* s. 162

[38] *Ibid.* s. 166

löominaisuus ole Viljasella siten päättelyn lähtökohtana. Hänen mukaansa päättely etenee sillä tavoin, että *virkavelvollisuuksien lähteiden perusteella* päädytään tiettyyn lopputulokseen, ja tämä lopputulos saattaa olla mahdollista ilmaista termein »yksityishenkilönä», »virkamiehenä».[39] Toisaalta virkamiesominaisuudessa toimiminen — selittää Viljanen — voidaan joissakin tapauksissa todeta itsenäisestikin, virkavelvollisuuksista riippumatta. Kriteeriksi saattaa tulla esim. se, onko asianomainen nojautunut hänelle *virassa kuuluvaan valtaan*. Tällaisen toiminnan osalta virkavelvollisuuksilla on merkitystä vasta arvioitaessa sen moitteettomuutta.[40]

Lääkärinaseman ja virkamiesaseman vertailussa on toisaalta korostettava, ettei 'lääkärintoimi' ole suinkaan kokonaisuudessaan rinnasteinen ilmiö 'viran' tai edes 'lääkärinviran' kanssa. Oikeudellisen vastuun kannalta voidaan keskeiseksi eroavaisuuksiin johtavaksi tekijäksi osoittaa yksinkertaisesti se, että virkamies on yleensä julkisen vallan organisaatioon kuuluva henkilö, jonka asema muotoutuu tältä perustalta. Mm. virkatoiminnan laajamittaisuuden ja sen yhteiskunnallisen merkityksen vuoksi virkamiehiä koskevan vastuun sääntely poikkeaa muiden yhteiskunnallisten toimintojen vastuun sääntelystä. Virkavastuuta koskevan normiston voidaan lisäksi todeta rakentuvan korostetusti oikeudellisen sääntelyn varassa olevalle käsitteistölle (virka, virkamies, viranomainen, virkarikos).

Vaikka virkavastuun ja lääkärintoimen vastuun erillisyys ja erilaisuus on asiaa yleisesti tarkasteltaessa toki havaittavissa, saatetaan tällä kohden korostaa yhtäläisiä piirteitä. Käsitteiden osalta on mahdollista todeta, että esim. lääkäri ei ole kuka tahansa 'parantajan toimen harjoittaja', vaan henkilö, jolle lainsäädännön nojalla kuuluu *lääkärin status*. Samoin voidaan sanoa, että lääkärintoimen vallankäyttötehtävät perustuvat eräin osin nimenomaisiin toimivaltanormeihin, joita vastuun kannalta täydentää mm. LääkäriL:n 21 §:n sisältämä kurinpitosäännös. Vaikka lainsäädäntöömme ei olekaan sisällytetty erityistä »lääkäririkosta», vaikuttavat seuraavanlaiset Viljasen esittämistä virkavastuun ulottuvuutta koskevista huomautuksista johdetut parallellit asianmukaisilta.

— Lääkäri toimii yksityishenkilönä tilanteissa, joissa häntä eivät sido mitkään hänen lääkärinoikeuteensa liittyvät velvollisuudet.
— Lääkäri saattaa syyllistyä myös yksityiselämässään eräiden lääkäriydestä johtuvien velvoitteiden rikkomiseen.
— Kannanottoon vahingon aiheuttamisesta tavallisen kansalaisen tai

[39] *Ibid.* s. 163—164
[40] *Ibid.* s. 167

lääkärin ominaisuudessa päädytään usein lääkärin velvollisuuksia koskevien lähteiden nojalla.

— Lääkärinominaisuudessa toimiminen saatetaan joskus todeta velvollisuuksista riippumatta esim. lääkärinasemaan kuuluvan vallan käyttämisen perusteella.

III.a. Lääkärintoimen harjoittamisesta ei ole varsinaista legaalidefinitiota. LääkäriL 27 §:ssä kyllä määritellään eräiden terveydenhuollon ammattihenkilöiden koulutuksensa nojalla suorittamien tehtävien jäävän lääkärintoimen alan ulkopuolelle, mutta tällä tavoin negatiivisesti, lähinnä vain lääkärintoimeen oikeutettujen ***henkilöpiiriin sitoutuen*** ei asiaa saateta viedä kovin pitkälle[41]. LääkäriL:n 4. luvussa on myös lääkärintoimen *luvattoman* harjoittamisen kriminalisoivat säännökset. Kun näiden säännösten perustalta 'lääkärintoimen määrittely' on suoritettu luvattoman toiminnan sisältöisenä, ovat mm. toiminnan korvattavuus ja ammattimaisuus saaneet esityksessä keskeisen aseman[42]. Kysymys lääkärintoimen luvattomuudesta ei sekään sellaisenaan tuota vastausta toiminnan sisältöä koskevaan probleemaan.

Käsitemäärittelyn ongelmana on toisinaan sopivaan yleisyystasoon päätyminen. Jos yleisyysaste on liian korkea, määrittely johtaa synonyymeihin; jos taasen kasuistisuus viedään äärimmilleen, joudutaan luettelointia jatkamaan ad infinitum. Tämänkaltaiset vaikeudet edellyttävät optimitason etsimistä. Lääkärintoimen yleisestä määrittelystä voidaan tietysti todeta, että yksinomaan minkäänlaisella sisältöä kuvaavalla luettelolla probleemaan ei voida tuottaa lopullista vastausta, koska suuri osa lääkärintyöstä on toimintaa, johon muukin terveydenhuoltohenkilöstö tai kuka tahansa on oikeutettu[43]. Toisaalta on huomattava, että käsillä olevassa tutkimuksessa tämä seikka ei sinänsä muodostaisi ongelmaa, sillä tarkastelun kohteena ovat nimenomaan vain LääkäriL:n

[41] Toisinpäin — muun terveydenhuoltohenkilöstön ammattitoiminnan alaa lääkärintoimen käsitteellä rajoittaen — menetelmällä voidaan arvioida olevan tietty merkityksensä, sillä osa terveydenhuollon tehtävistä on pidätetty vain lääkärintoimeen harjoittamiseen valtuutettujen oikeudeksi. *Robert D. Anderson,* s. 5, kirjoittaakin: »In order to understand the legal definition of the practice of registered nursing and to determine which tasks and procedures registered nurses' subordinates may perform, it is necessary to understand the legal definition of the practice of medicine.» Toisaalta Andersonin lääkärintoimen määrittelystä saatetaan huomauttaa, ettei se ole erityisen onnistunut. Ks. *ibid.* s. 5—6.

[42] »Luvattomaksi lääkärintoimen harjoittamiseksi voitaneen näinollen katsoa toiminta, jossa henkilö välitöntä tai välillistä korvausta vastaan tai ammattimaisesti ottaa henkilön sairauden tai terveydentilan itsenäisesti tutkittavakseen tai hoitaakseen ilman, että hänellä on siihen muun laillistetun ammatin harjoittajana lääkintöhallituksen lupa.» *Blomqvist — Isotalo — Marttila — Schrey* s. 39

[43] Vrt. *Anderson* s. 5.

1. luvussa tarkoitettujen auktorisointimuotojen puitteissa harjoitetun lääkärintoimen vahinkotilanteet. Turvautuminen pelkästään yksinkertaiseen luottelomaiseen lääkärintoimen harjoittamisen määrittelyyn saatetaan nyt kuitenkin arvioida yksipuoliseksi ja riittämättömäksi käsitteen hahmottamistavaksi.

Silloin, kun käsitetarkastelussa on kyse kohteen ominaisuuksien arvioinnista, kasuistiseen määrittelyyn liittyvät ongelmat eivät ole mukana. Probleemaksi saattaa tällöin tulla ilmiöiden olemuksiin päätyminen. Tästä vaikeudesta päästään irtautumaan analyysin avulla tutkimalla esim. käsitteen ilmaiseman toiminnon asemaa ympäristössään, siirtymällä suhdetarkasteluun.

Tärkeätä on huomata, että määrittelyn vaikeus kuvata käsite ymmärrettävästi, yksiselitteisesti tai oikein ei katoa lähestymistavan vaihtuessa. Eri tarkastelutapojen hyöty on yleensä siinä, että ne täydentävät toisiansa. Ne saattavat toimia myös rakentavan kritiikin perustana toisiinsa nähden. Koska jokaisessa niissä on kyse kuitenkin vain joltakin suunnalta asetettavasta tarkastelukulmasta, niillä tuskin saatetaan osoittaa toistensa täydellistä virheellisyyttä tai tarpeettomuutta. Määrittelytapojen hyötysuhde on jossain määrin riippuvainen niiden käyttötarkoituksesta. Tässä yhteydessä lääkärintoimen ala on joka tapauksessa hahmotettava eräänlaisen *kokonaisarvioinnin* valossa[44], jossa tarkastelun lähtökohtana on *lääkäri — potilas-suhde.* Tämä suhde on luonnehdittavissa *lääkärintoimen perussuhteeksi.*

III.b. Kun lääkäri kohtaa potilaan, on ensimmäisenä lääketieteellistä asiantuntemusta edellyttävänä tehtävänä diagnoosinteko, johon kuuluu anamneesi (= esitietojen selvittäminen ja taltiointi) ja tutkimus potilaan sairauden tai terveydentilan määrittämiseksi sekä näihin perustuva johtopäätös[45]. Yleensä tätä tapahtumaa seuraa jatkotoimenpiteiden valitseminen. On ehkä syytä korostaa, että sekä diagnoosinteko että jatkotoimenpiteiden (= usein hoitotoimenpiteiden) valinta ovat osin mentaalisen prosessin muodossa tapahtuvaa lääkärintointa. Lääkärin asiantuntemuksesta, hänen käytettävänään olevasta välineistöstä, henkilökunnasta, potilaan terveydentilasta ja/tai hänen vastaanotolle hakeutumisensa syystä riippuen tämän jälkeen saattavat olla vuorossa hoitotoimenpiteet (esim. leikkaus, psykoterapia, sydänhieronta) taikka lääke-, hoito-, tutkimus- tai jatkotutkimusmääräyksen antaminen. Potilas (/asiakas) on voinut hakeutua vastaanotolle myös pelkästään saadakseen todistuksen tai

---

[44] Määrittelyn vaikeimmat ongelmat ilmenevät tällöin monesti vasta argumentoinnin tasolla tai ne itseasiassa muuttuvat argumentointia koskevaksi ongelmaksi. Vrt. *Sarkko,* s. 28—33, työntekijäaseman määrittämisestä.

[45] Diagnoosista puhutaan usein myös vain johtopäätöksen osalta.

lausunnon terveydentilastaan, jolloin diagnoosintekoa seuraa lääkärintodistusmenettely. On tavallista, että useampiinkin toimintoihin on tarvetta samalla kertaa. Toisinaan sattuu, että hoito joudutaan lopettamaan tuloksettomana ja lääkärin on kirjoitettava esim. kuolintodistus tai PäihdehuoltoL:n (41/86) tarkoittama pakkohoitolähete. Jo tämän kuvauksen perusteella voidaan nimetä eräänlaiset lääkäri — potilas-kontaktiin kuuluvat *lääkärintyön perustoiminnot: diagnoosinteko, hoitomenetelmän valinta, hoito, lääkärintodistusmenettely sekä lääke-, hoito-, tutkimus- ja jatkotutkimusmääräysten antaminen.*

On helppoa osoittaa lääkäreille uskottuja tehtäviä, jotka eivät sisälly yllä-olevaan lääkärintyön perustoimintojen luetteloon, mutta joiden yhteydessä puhe lääkärintoimen vastuusta vaikuttaa asianmukaiselta: hoitoonottamista koskeva päätöksenteko, sairaalan peruslääkevalikoiman vahvistaminen, lääketieteen opiskelijan antaman hoidon valvonta, jne. Vaikka tällaisen »periferian» olemassaolo merkitsee, että lääkärintoimi ei kokonaisuudessaan tyhjenny ko. luetteloon, joudutaan silti tunnustamaan sen merkitys sellaisena lääkärintoimen *ytimenä,* johon muu lääkärintyö tavallisesti *suuntautuu.* Näiden muidenkin toimintojen tarkoituksena on siis tavallisesti tuottaa diagnoosien ohella hoitoa, lääkärintodistuksia taikka lääke-, hoito- tai jatkotutkimusmääräyksiä.

Yllä sanotun johdosta lienee perustelluinta lähteä siitä, että ellei edes lääkärin toiminnan taustalla oleva laitos ole tekemisissä yksittäisten *potilaiden* kanssa, ei lääkärin siinä tekemää työtä ole yleensä ottaen aiheellista pitää lääkärintoimen harjoittamisena. Tällä perusteella voidaan katsoa, että esim. kansanterveyslaitoksen keskuslaboratorion toimiessa johtavana elintarviketutkimuslaitoksena ao. lääkäreiden toiminta ei heidän virkatehtäviensä miltään osalta kuulu lääkärintoimeen. Laitoksen tutkimusalana on nimittäin »sairastumista tai sen ehkäisemistä koskeva elintarvikkeiden mikrobiologinen tutkimus» (VNp valtion elintarviketutkimuslaitoksista 13. 8. 1959/347 1.1 § 2 kohta, 351/71). Muutoinkin — esim. sairaalalääkäreiden toimintaa ajatellen — on tavallisesti käsittääkseni asianmukaista edellyttää, että lääkärintoimeen luetaan vain tavalla tai toisella potilaisiin suuntautuva toiminta.

Lääkärintoimi niveltyy yleensä ottaen osaksi *terveydenhuoltoa.* Jos kysytään, toimiiko lääkäri terveydenhuollon tehtävissä antaessaan vakuutusyhtiön asiantuntijana lausuntoa vammasta tai sairaudesta vakuutuskorvauksen maksamista koskevassa asiassa, vastaus kysymykseen ei ole aina välttämättä myöntävä[46]. Vaikuttaisi silti perusteettomalta väittää ko. lausuntomenettelyn

[46] Terveydenhuoltojärjestelmän tavoitteet on ilmaistu vuonna 1972 annetussa KansanterveysL:ssa (66/72), jonka 1 §:n mukaan »kansanterveystyöllä tarkoitetaan yksilöön ja hänen elinympäristöönsä kohdistuvaa terveydenhuoltoa ja yksilön sairaanhoitoa sekä niihin liittyvää toi-

jäävän kauttaaltaan lääkärintoimen alan ulkopuolelle. Edellä sitä paitsi jo yleisesti todettiin sen asema lääkärintoimen perustoimintojen joukossa. Toiminnan luonnetta selvitettäessä on siten ilmeisesti asianmukaista kysyä paitsi sen kuulumista terveydenhuoltoon myös sitä, perustuuko lääkärin menettely hänen *lääketieteelliseen asiantuntemukseensa*[47]. Kuitenkaan tämäkään kriteeri ei yksin käytettynä voi kaikissa tapauksissa taata arvioinnin oikeata lopputulosta. Ajateltakoon vain tilannetta, jossa lääkäri perheensä ruokaostoksia tehdessään valikoi ostoksensa ammattitietämyksensä perusteella, tai tapausta, jossa lääkäri vapaa-aikanaan syyllistyy AlkoholiL:n (459/68) 81.2 §:ssä tarkoitettuun alkoholipitoisen aineen sellaiseen käsittelyyn, että se muuttuu alkoholijuomaksi. Jopa monenlaisten hoidollisten toimenpiteiden, silloin kun ne kohdistuvat esim. oman perheen jäseniin tai läheisiin ystäviin, jouduttaneen eräin paikoin katsoa jäävän lääkärintoimen alan ulkopuolelle[48]. Erityisten lääkärinasemaan kuuluvien valtuuksien — esim. reseptinkirjoittamisoikeuden — käyttö antaa varmimmin aiheen toisenlaiseen päätelmään. Nämä näkökohdat johtavat huomion siihen, että lääkärintoimeen kuuluvien toimien suorittaminen edellyttää asianomaisen toimivan sellaisen oikeudellisen sääntelyn kohteena, joka *ei* oikeuta arvioimaan hänen menettelyään *ketä tahansa* kansalaista koskevien kriteerien varassa. Tämä huomio vie luonnollisesti lähelle kehäpäätelmää. Sillä on kuitenkin mielestäni tietty informaatiivinen merkityksensä.

Jos lääkärin menettelyä arvioidaan osana terveydenhuollon toimintoja, voidaan tietysti sanoa, että potilaalle vahingon aiheuttaneessa tapahtumasarjassa vahingon syynä oleva teko tai laiminlyönti ei ole terveydenhuollon tavoitteiden suuntainen ja että vahinko aiheutuu monesti tarvittavan lääketieteellisen asiantuntemuksen puutteesta. Yleensä ottaen voidaan korostaa, että *vastuutilanne on arvioitava kokonaisuutena,* ei yksittäiseen vahingon (alku)syyhyn huomio kiinnittäen. Toisaalta lääkäri kyllä voi esim. yksityisasunnossaan ottaa vastaan lääkärinapua pyytäneen potilaan aivan muin kuin hoitoaikomuksin ja ai-

---

mintaa, jonka tarkoituksena on väestön terveydentilan ylläpitäminen ja edistäminen». Ks. myös *1971 vp. asiak. I HE n:o 98, Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 4 ja *Salo* s. 9.

[47] Vrt. *Lohiniva* s. 48, joka LääkäriL:n 27 §:n sisältämää negatiivista määrittelyä arvioidessaan korostaa säännöksen lähtökohtana olleen ao. ammattihenkilöstön koulutuksensa nojalla suorittamat tehtävät.

[48] Lähtökohtana on tietysti pidettävä, että hoidon kohde ei voi olla asian arvioinnissa ratkaiseva kriteeri. On kuitenkin toisaalta huomattava, että tietynlaisissa olosuhteissa toiminta on luontevaa tulkita lääkärintoimen harjoittamiseksi, vaikka vastaavanlaista menettelyä muualla pidettäisiinkin lääkärin yksityishenkilötoimintana. Esimerkiksi vastaanottotilanne johtaa puhumaan lääkärintoimen vastuusta monien sellaisten toimenpiteiden ja järjestelyjen (esim. huoneen tuulettaminen) osalta, jotka toisaalla eivät antaisi siihen aihetta.

heuttaa tälle samalla vahinkoa[49]. Esitettyjen arviointiperusteiden kannalta tilanne on tällöin hahmotettava eräällä tavalla *a priori:* vaikka tilanteen jälkikäteinen arviointi osoittaisikin lääkärin menetelleen suorastaan vastoin terveydenhuollon tavoitteita ja sen, ettei asiaan liittynyt missään määrin lääketieteellisen asiantuntemuksen käyttöä, on käsillä lääkärintoimen vastuutilanne, koska lääkärin olisi tullut esiintyä avuntarpeessa olevaan nähden terveydenhuollon asiantuntijana, lääkärinä. Tällä kohden on siis painotettava jo aiemminkin mainittua *velvollisuuden* merkitystä, joka yhdistettynä muihin lääkärintoimen kriteereihin on omiaan selkeyttämään käsitteen alaa.

IV. Lääkärintointa ei ole vielä edellä tarkasteltu erityisesti *vallankäytöllisenä toimintana.* Myös asian tähän puoleen on syytä jo nyt jonkin verran kiinnittää huomiota.

Lääkärin toiminta on usein syvälle potilaan henkilöön käyvää ja siinä on tavallisesti kyse terveydestä ja sairaudesta, monesti jopa elämästä ja kuolemasta. Koulutuksensa (ja kokemuksensa) perusteella lääkärin oletetaan olevan näiden kysymysten ammattilainen, asiantuntija, joka soveltaa työhönsä tieteellisiä ja koskemusperäisiä ongelmanratkaisumalleja. Tällaisista lähtökohdista tarkastellen ei ole vaikea kuvitella potilaan lääkäriään kohtaan tuntemaa riippuvaisuutta. Hoitosuhteessa *lääkärin auktoriteetti* ei tavallisesti perustu juridisiin sääntöihin, vaan sellaiseen *tosiasialliseen asemaan,* jossa edellytykset varsin tuntuvaankin vallankäyttöön ovat ilmeiset. Vaikka hoitosuhteen tulisi olla lähinnä potilaan avuntarpeen edellyttämää dialogia ja siihen perustuvia toimenpiteitä, on lääkärin asiantuntijaroolin ja riippuvuussuhteen erityislaatuisuudesta johtuen vaarana, että lääkäri — potilas-suhde muotoutuu »sanelusuhteeksi»[50].

Vielä joitakin aikoja sitten lääkärikunnan sosiaalis-yhteiskunnallinen status oli huomattavan korkea. Välittömästi asia voitaneen selittää ammattikunnan tehtävistä ja valtuuksista käsin.

Lääkärin varhaisempaa asemaa kuvaa erinomaisesti seuraava katkelma Herman Finerin 1950-luvun alussa kirjoittamasta tekstistä (suomennos mei-

[49] Tällaisten tilanteiden mahdollisuutta ei ole syytä vähätellä. Esim. kiusaus potilaiden seksuaaliseen hyväksikäyttöön kuulunee elävään elämään; ks. esim. tapaukset KHO 26. 8. 1974 T 3090, LKH 19. 6. 1980 DN:o 479/49/79. Asiasta on kirjoittanut mm. *Tähkä* s. 87—89. (Mainitussa KHO:n ratkaisussa on ollut kysymys lääkärin ammatinharjoittamisoikeuden rajoittamisesta. Rajoittamispäätöksen syynä olleeseen lääkärin menettelyyn liittyy varsin monitahoinen oikeudellinen problematiikka; ks. *Lahti,* 1977 s. 99—113 ja *Paaso* s. 156—158, 172—173, 195—196.)

[50] Vrt. LääkäriL:n 18 §, jossa on otettu huomioon mahdollisuus, että lääkäri käyttää asemaansa epäasiallisesti omien pyrkimystensä toteuttamiseksi. Säännös valtuuttaa STH:n ryhtymään turvaamismenettelyyn, mikäli se havaitsee lääkärin väärinkäyttävän potilaan luottamusta tai riippuvaista asemaa.

käläistä sairaanhoitajakoulutusta varten on vuodelta 1965): »Suuri yleisö arvostaa eniten lääkärin työtä. Tämä on aivan oikein. Lääkäri suojelee elämää tai ainakin juuri hänellä on siihen suurimmat mahdollisuudet... ... sekä fyysiset että sielulliset häiriöt ja tuska pakottavat ihmisen hakemaan lääkäriltä neuvoja. Saatu huojennus synnyttää hänessä kiitollisuuden tunteen, joka parhaiten tulee esiin kutsuttaessa lääkärin ammattia 'jaloksi'. Jos meidän aikamme ylipäänsä kunnioittaa joitakin arvoituksellisia ilmiöitä, ne tavallisesti löytyvät juuri lääketieteen piiristä. Sairaanhoitajat myöntävät kunnioittaen lääkärin tärkeyden ihmiskunnalle ja toimivat mielellään hänen toimivaltansa alaisena. Tauteja käsittelevän lääkärin toimivalta on täydellisesti kaiken yläpuolella.»[51]

Suomalainen kulttuurifilosofi Erik Ahlman selittää lääkärikunnan aikanaan saaman yhteiskunnallisen aseman johtuneen vitaalisten arvojen korostuneisuudesta[52]. On kyllä totta, että elämän kunnioitus ei ole enää sellainen itseisarvo, jollaisena sitä vielä muutama vuosikymmen sitten pidettiin[53], ja että lääkäriyteen liittyvän arvonannon viimeaikaista heikentymistä voitaisiin asiaa pelkästään tältä suunnalta katsoen pyrkiä selittämään vitaalisten arvojen kohtaaman muutoksen funktiona. Käsittääkseni olisi kuitenkin liiaksi yksinkertaistavaa nähdä ainakin meidän päiviemme muutoksen selittäjänä pelkästään suhtautuminen elämään ja sitä ylläpitäviin tekijöihin. Perustellumpaa on nähdä ilmiö osana yleisemminkin havaittavissa olevaa auktoriteettiuskon romahtamista, joka on koskettanut sekä maallisia että hengellisiä auktoriteetteja. Asenteiden muutosta on siinä selitetty mm. tieteellisen tiedon huikealla kasvulla, koulutustason nousulla ja yleisellä yhteiskunnallisista tekijöistä johtuvalla maallistumisella. Ihmiset eivät kertakaikkiaan usko — kuten Aarnio sanoo — mitä tahansa.[54] Toisaalta lääkäriuskon heikentymistä on seurannut osin irrationaalinen turvautuminen vaihtoehtoisen, paikoin uskonnollissävytteisen, lääkinnän tarjoamaan apuun.

Vaikuttaa kuitenkin siltä, että myös maallistuvassa yhteiskunnassa lääkäreille on nimenomaisesti haluttu uskoa joitakin vallankäyttötehtäviä. Mistä tämä

---

[51] *Finer* s. 78

[52] *Ahlman* s. 34—36

[53] Esim. abortti- ja eutanasiakeskusteluun on elämän kunnioittamisen ajatusta vastaan lanseerattu ihmisen kunnioittamisen oppi; ks. esim. *Lahti,* 1986 s. 131—134 ja *Kokkonen — Rasmussen* s. 239—241.

[54] *Aarnio,* Rational as Reasonable s. xv. Lääkärikunnan arvovallan heikkenemisestä johtuen ja osaltaan sitä jouduttaen myös muu terveydenhuoltohenkilöstö on professionalisoitunut. Se katsoo myös käyneensä sekä kykeneväksi että oikeutetuksi arvioimaan lääkäreiden työtä. Näiden tekijöiden vaikutuksesta ammattikuntaintressien sovittelu on tullut terveydenhuoltoonkin. Ks. *Kjønstad,* 1986 s. 420—421.

johtuu? Michel Foucault on todennut, että käsitteitä »sielu», »mieli» ja »vapaa tahto» on ruvettu uudella ajalla käyttämään itse asiassa vain *alamaisten ruumiiden kontrolloimiseksi*[55]. Koska kontrolli tulee aina kuulumaan järjestäytyneeseen yhteiselämään, ja koska kielen kategoriat ovat siihen mitä soveltuvin välineistö, tulee niihin erikoistuneilla yksilöillä olemaan aina valtaa. Ihmisen sielunelämää koskevan käsitteistön tuntijana lääkärikunnan roolia ei voida helposti sivuuttaa. Ellei kontrollin kielessä tapahdu ratkaisevia muutoksia, tuohon rooliin tulee aina liittymään valtatehtäviä. Osaa modernista terveydenhuollosta jouduttaneen siten väistämättömästi pitämään yhtenä valtapolitiikan instrumenttina.

Toisaalta kiinnitettäessä huomio somaattisiin sairauksiin ja sellaisiin psyykkisiin häiriöihin, jotka merkitsevät sairautta myös potilaan (»alkuperäisessä») käsitteistössä, on asia arvioitava jossain määrin toisella tavalla. Vaikka yhteiskunnan kontrolliote ei sairauksienkaan osalta käy merkityksettömäksi, on *kansalaisen rooli vaateiden esittäjänä ja oikeuksien subjektina* alkanut saada niissä korostuneen aseman. Tältäkään suunnalta lääkärin asiantuntijatehtävää ja -auktoriteettia ei silti voida sivuuttaa.

* * *

Lääkärinaseman selvittelyssä olisi mahdollista mennä esim. Ivan Illichin tavoin vielä edemmäksi lääkinnällisen monopolin piilevien taustavoimien tarkasteluun[56]. Tähän liittyen varsin mielenkiintoinen tutkimuskohde olisi lääkärintoimeen kuuluvien valtaoikeuksien »yhteiskuntapoliittinen» perusta siltä osin kuin kysymys on varsinaisen lääketieteellisen asiantuntemuksen ulkopuolelle kuuluvasta (harkinta)vallasta (esim. abortti- ja syyntakeisuuslausunnot). Käsillä olevan teeman kannalta sanotunlaisten selvitysten tuottaminen ei kuitenkaan ole tarpeen. Tärkeämpää nyt on kyetä mieltämään lääkärikunnan ja lääkärintoimeen kuuluvien vallankäytöllisten tehtävien asema erityistä vastuuta edellyttävän valtasysteemin taustaa vasten. Tätä ajatellen on lopuksi aiheellista lyhyesti valottaa lääkärintoimen vallankäytöllisten tehtävien ilmentymistä *oikeudellisessa sääntelyssä.*

---

[55] *Foucault* s. 38

[56] *Illich,* s. 49—52, kirjoittaa yhteiskunnallisesta iatrogenesiksestä, joka johtaa ihmisten täydelliseen riippuvaisuuteen virallisesta terveydenhuollosta, ja jossa on samalla kyse ammatillisen autonomian muuttumisesta radikaaliksi monopoliksi. Tällainen monopoli vahvistaa ja ylläpitää itse itseään. Illich arvioi, että iatrogenesiksen poliittisen taustan tiedostaminen järkyttäisi lääkinnällisen vallan perusteita syvällisemmin kuin yksikään selvitys terveydenhuollon teknisistä virheistä. Vrt. *Uno Käärikin* artikkeli »Ökad sjukvårdsutbud ökar behovet av sjukvård».

V. Toiminnan luvanvaraisuus ei sellaisenaan tarkoita oikeutta vallankäyttöön. Erilaisista yhteiskunnallisista tekijöistä johtuen lupajärjestelyjen seurauksena saattaa kuitenkin syntyä vallankäytön asemia, joiden merkitystä ja vastuujärjestelyjä ei useinkaan tulla edes ajatelleeksi. Ohitusleikkausjonoon pyrkivien sijajärjestyksestä voidaan päättää yksityisissä sairaanhoito- ja tutkimuslaitoksissa itsenäisesti. Ei paljoa liioitella, jos toimintaan väitetään kuuluvan valtaa päättää siitä, kuka saa elää ja kuka ei. Silti minkäänlaista tätä vallankäyttöä sääntelevää toimivaltanormia ei ole olemassa. MielenterveysL:n säännösten nojalla yksityislääkärikin voi olla osallisena päätöksenteossa, jossa henkilö vastoin tahtoaan määrätään suljettavaksi mielisairaalaan. Tällaiseen pakkomenettelyyn kuuluvan vallankäytön luonnetta Vesa Koskinen on valottanut mm. seuraavalla tavalla:

> »Äärimmäisessä tapauksessa mielisairas ei disponoi siitä, missä oleskelee, ei myöskään omaisuudestaan, terveydestään, ruumiillisesta koskemattomuudestaan, ei kontakteistaan vastakkaiseen sukupuoleen, suvunjatkamiskyvystään tai syntyvistä jälkeläisistään eikä edes niistä argumenteista, jotka voisivat puhua hänen pakkohoitoaan vastaan.»[57]

MielenterveysL:iin sisältyy toimivallan määrittelyn osalta melko selkeät säännökset, mutta suhteellisen yleisen tavan mukaista virkavastuun toteavaa säännöstä[58] tällaisen vallankäytön ei syystä tai toisesta ole katsottu edellyttävän. Ei ehkä olisi kaukaa haettua väittää tämän olevan yhteydessä siihen, että lääkärikunnan toiminta mielletään osittain edelleen jotenkin tavallisesta inhimillisestä toiminnasta poikkeavaksi. Lääkintälainsäädäntöä havainnoiden syntyy vaikutelma haluttomuudesta säännellä lääkärintoimen vastuuta. Näyttää siltä kuin yritettäisiin pitää kiinni jonkinlaisesta (parlamentaarista immuniteetia muistuttavasta) *»medikaalisesta immuniteetista»*.

Lääkärintoimeen kuuluvan vallankäytön vastuun lakitasoisessa sääntelyssä nimenomaisen huomion kohteeksi ovat tulleet lähinnä vain eräät yllä mainittuja intensiteetiltään vähäisemmät vallankäyttömuodot, nimittäin lääkärintodistus- ja reseptinkirjoittamisoikeus. Näiden osalta LääkäriL:ssa (18 ja 19.2 §:t) on määritelty valvontaviranomaisen mahdollisuus turvaamistoimenpitein puuttua tahallisiin rikkeisiin syyllistyneen lääkärin ammatinharjoittamis-

---

[57] *Koskinen* s. 105. Järjestelyn ongelmallisimpana osana Koskinen pitää sitä, ettei kommunikaation katkaisemiseen kiinnitetä oikeudellista huomiota, vaikka ihmisen oikeudet ovat juuri kommunikaation varassa; ks. *ibid.* s. 60.

[58] Ks. esim. L metsäkeskuksista ja metsälautakunnista (265/91) 9.1 §, A maatalouden markkinointineuvostosta (45/78) 3.4 §, A vesien saastumisesta ammattikalastajille aiheutuneiden kalavahinkojen korvaamisesta (687/74) 13 §.

oikeuteen — reseptinkirjoittamisoikeudesta lakiin on lisäksi sisällytetty suhteellisen selkeä toimivaltanormi (11 §). On kuitenkin huomattava, että sanotunlaisten rikkeiden sanktioinnissa ei potilaan oikeussuojan intressiä ole ehkä aina mielletty ehdottoman ensisijaiseksi kysymykseksi, vaan tärkeämpänä on kenties pidetty lääkäri — potilas-suhteen ulkopuolelle jäävien vaatimusten myötäilyä. Ainakin lääkärintodistuksia koskevan sääntelyn yhteydessä on kannettu huolta lähinnä siitä, millä tavoin lääkärikunta mm. erilaisten sosiaalietuuksien vartijana suhtautuu kolmanteen henkilöön.[59]

Yllä esitetyn perusteella saatetaan käsittääkseni todeta, että erilaisten vallankäytöllisten tehtävien toimivallan ja vastuun sääntely ei ole ainakaan helposti kontrolloitavalla tavalla suhteessa käytettävän vallan intensiteettiin nähden — jos on sitä ollenkaan[60]. Käsillä olevaa tutkimustehtävää silmälläpitäen sanottu merkitsee, että *olemassaolevaa sääntelyä ei voida pitää sellaisena yksinomaisena perustana tai kriteeristönä, jonka varassa tai ohjaamana julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevän normiston sovelluttamismahdollisuutta tutkitaan.*

2.3. Lääkärintoimesta aiheutuva vahinko

Koska vahingosta ja lääkärintoimen harjoittamisesta ei ole edellä tuotettu määritelmiä, vaan ilmiöitä on pyritty vain hahmottelemaan ja luonnehtimaan eri näkökulmista, lääkärintoimesta aiheutuvien vahinkojen kuvausta ei ole mahdollista tuottaa kahden edellisen jakson yhdistämisoperaatiolla. Käsillä ei ole edes »yhteenlaskun» muodollisia edellytyksiä. Luontevinta ja teeman kannalta myös tarkoituksenmukaisinta on käydä jälleen käsiksi itse ilmiöön. Minkälaisia vahinkoja lääkärintoimessa siis sattuu?

Lääkärintoimesta aiheutuvia vahinkoja on mahdollista luokitella esim. seuraavalla tavalla: diagnoosivahingot, vahingot hoitomenetelmän valinnassa, hoitovahingot, lääkärintodistusvahingot, lääke-, hoito-, tutkimus- ja jatkotutkimusmääräysmenettelyä koskevat vahingot, hoidon viivyttämisestä aiheutuvat vahingot, huolenpidon ja valvonnan laiminlyönnistä johtuvat vahingot. Vaikka luettelo ei ole tyhjentävä, se ilmentää jo sellaisenaan vastuutilanteiden ja

[59] Ks. *1976 vp. asiak. A3 HE n:o 235* s. 4, jossa LääkäriL:n 18 §:n tarpeellisuutta perustellaan sillä, että »todistusten kirjoittamistavassa on ilmennyt viranomaisten kannalta epätyydyttävää käytäntöä».

[60] Vastuun jossain määrin satunnaiseen käyttelyyn päädytäänkin helposti, ellei järjestelmää ole mahdollista kehittää samalla kertaa kokonaisuutena. Yleisen alueen ja erityisalojen rajankäynnissä monet vastuun määrittelyä edellyttävät tilanteet jätetään helposti toisen vastuualueeseen tai niitä ei havaita lainkaan.

-perusteiden runsautta. Saatetaan myös sanoa, että yhdenkin vahinkotapauksen aiheeksi voi olla mahdollista osoittaa luettelosta useita kohtia.

Vahingonkorvausoikeuden lainsäädännössä ja teorianmuodostuksessa yllä olevan kaltaiset ryhmittelyt on yleensä sivuutettu. Niihin ei tavallisesti ole haluttu sitoa ratkaisutoimintaan vaikuttavia erityismerkityksiä.[61] Oleellista on huomata, että esim. puhe jatkotutkimusmääräyksestä johtuvasta tai lääkkeen määräämiseen liittyvästä vahingosta ei vielä juurikaan anna informaatiota siitä, millä tavoin vahingon haitalliset vaikutukset ilmenevät. Tällaisin termein annetaan tietoa lähinnä siitä, *mistä lääkärintyön toiminnosta ne ovat lähtöisin*. Aivan kauttaaltaan tämän seikan merkitystä ei vahingonkorvausoikeudellisessa sääntelyssä ole kuitenkaan sivuutettu. Mm. juuri PotilasvahinkoL:ssa esim. diagnoosinteosta ja varsinaisista hoitotoimenpiteistä aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen ovat jossain määrin erilaisten rajoitusten alaisia (ks. PotilasvahinkoL 2.2 §)[62].

Vahinkotilanteiden ryhmittely niiden oikeudellisen merkityksen perusteella on tavallista kiinnittämällä huomio siihen, *missä kohteessa vahinko ilmenee*. Kysymys on tällöin jo aiemmin mainitusta vahinkojen jaottelusta esim. henkilö-, esine- ja varallisuusvahinkoihin. Sillä, että vahinko ilmenee tietyssä kohteessa, on merkitystä usein siinä, että se saattaa synnyttää tietyn normiston soveltamistarpeen. Lääkärivastuutilanteissa voidaan varallisuusvahinkojen osalta sanoa olevan yleensä ratkaisevaa, onko niihin mahdollista soveltaa VahKL:n 3:2:ää tai sopimusoikeudellisia vahingonkorvausperiaatteita.

Lääkärintoimen alkuperäinen ja ehkä vieläkin pääasiallisin tehtävä on parantamistyö. Lääkärintoimen traumaattisimmat ja vaikeimmin korjattavissa olevat vahingot sattuvat enimmäkseen toiminnan tällä lohkolla. Hoitoa koskevien virhevalintojen, kirurgisten erehdysten, vierasesineiden, erilaisten tulehdusten ja myrkytysten, lääkärinavun viivästymisen, narkoosivirheiden, operaatioihin liittyvien laitteiden toiminnanhäiriöiden, huolenpitovelvollisuuden laiminlyömisten, jne. aiheuttamat vahingot ovat lääkärintoimen vahingoista tavallisimpia oikeudenkäyntien aiheinakin[63]. Prosessit ovat yleensä perustuneet

[61] Toinen asia on, että tutkimuksen systematiikka saattaa olla tarkoituksenmukaista muodostaa (osin) tämänkaltaisten ryhmittelujen perustalta. Ks. esim. *Oeschin* ja *Achté — Hopun* lääkärin vahingonkorvausvastuuta selvittävät tutkimukset.

[62] Vrt. myös vahingonkorvausvastuuta sääntelevän erityislainsäädännön merkitys tässä mielessä yleensä (L taisteluvälineiden siviilihenkilöille aiheuttamien tapaturmien korvaamisesta 21. 12. 1990/1213, YdinvastuuL 8. 6. 1972/484, RautatievastuuL 19. 2. 1898/8, IlmailuL 11. 12. 1964/595, SähköL 16. 3. 1979/319, jne.).

[63] Ks. esim. tapaukset KKO 1947 II 161, 1948 II 465, 1949 II 240, 1950 II 129, 1950 II 175, 1955 II 124, 1964 II 69, 1977 II 37, 11. 10. 1978 T 729, 5. 3. 1982 T 2663, 1. 4. 1982 T 3938, 1987:24, Turun HO 16. 2. 1973 T 3, OKa:n kertomus vuodelta 1972 s. 64.

väitettyyn *henkilövahinkoon,* joskin lääkärivastuukäytännössä on jonkin verran käsitelty myös *esinevahinkojen* korvauskysymyksiä.

Korvauskanteita *puhtaiden varallisuusvahinkojen* perusteella ei lääkärintoimen vastuuta koskevassa oikeuskäytännössä liene juuri esitetty; *KKO:ssa sellaista ei tietääkseni ole käsitelty koskaan.* Tätä saatettanee selittää useastakin suunnasta. Ensinnäkin, koska lääkärikunnan on katsottu olevan tavallisesti tekemisissä nimenomaan terveyteen ja sairauteen, monesti elämään ja kuolemaan liittyvien kysymysten kanssa, on lääkärintoimen käsitetty olevan erityisesti henkilöön käyvää toimintaa. Tämän vuoksi pelkän taloudellisen menetyksen käsittäviä vahinkoja ei ilmeisesti yleensä ole mielletty syntyvänkään. Toiseksi, huomattava osa terveydenhuoltopalvelujen käyttäjistä »hyväksynee» ikäänkuin luonnostaan lankevaksi lähtökohdaksi, että potilas on terveyttänsä ja elämäänsä koskevaa apua hakiessaan kaikkine resursseineen, myös varoineen, lääkärin hoitovalintojen varassa. Lääkäri ei tässä katsannossa tavallaan edes voi aiheuttaa korvattavaa varallisuuden menetystä. Molempien mainittujen selitysperusteiden voidaan todeta ylläpitävän sellaista ajatustottumusta, joka eristää lääkärintoimen taloudellisten suhteiden maailmasta. Kolmanneksi sanottuun asiaintilaan saatetaan olettaa jonkun verran vaikuttaneen, että oikeusturvan tarve ei po. vahingoissa ilmene aina erityisen voimakkaana. Esim. lääkärin viivästymistapauksissa potilaalle aiheutuva taloudellinen menetys lienee aniharvoin sitä luokkaa, että raskaaseen ja kalliseen oikeudenkäyntiin on järkevää ryhtyä. Neljänneksi voidaan vielä mainita — tämän työn kannalta haasteellinen huomio — , että hoitoon ei perinteisesti terveydenhuollon tosiasiallisena toimintamuotona ole katsottu liittyvän julkisen vallan käyttöä.

Lääkärintoimen vahinkoja lähemmin tarkasteltaessa ei kuitenkaan ole mahdollista sivuuttaa sen havainnon merkitystä, että lääkärintoimi ei sittenkään ole niin läpikotaisin ja sillä tavoin henkilöön käyvää kuin pinnallisesti arvioiden voisi olettaa. Perusteeton hoito ei läheskään aina toteuta henkilövahingoksi katsottavaa seikastoa. Sen sijaan *lähes säännönmukaisesti se aiheuttaa taloudellisia menetyksiä.* Varsinaisten hoitotoimenpiteiden ulkopuolelle huomio kohdennettaessa voidaan sanoa, että tehottoman lääkkeen määrääminen aiheuttaa tavallisesti vain varallisuusvahingon, samoin virheellinen lääkärintodistus. Lääkärin vastaanoton myöhästymistapauksissa tyypillinen vahinko on potilaan ajanhukasta johtuva ansionmenetys. Pelkkä ansionmenetys seuraa suhteellisen usein myös virheellistä pakkohoitopäätöstä. Siitä osin ideologispohjaisesta käsityksestä, ettei lääkärintoimesta voisi aiheutua korvattavaa varallisuusvahinkoa, saatettanee irtisanoutua ilman lähempiä perusteluja. Tässä yhteydessä ansaitsee kuitenkin tulla mainituksi, että *lakia terveydenhuollon am-*

mattihenkilöistä hiljattain ehdottanut Terveydenhuollon ammatinharjoittamistoimikunta on sisällyttänyt säädösehdotuksensa 14 §:ään seuraavanlaisen virkkeen: »*Terveydenhuollon ammattihenkilön on ammattitoiminnassaan huolehdittava siitä, ettei potilaalle, sairausvakuutuskorvausjärjestelmälle tai julkiselle taloudelle aiheudu tarpeettomia kustannuksia ja ajanhukkaa.*»[64] Siteeraus sisältää periaatteellisesti erittäin merkittävän kannanoton, jonka julkituominen lainsäädännössä saattaisi johtaa mm. tuntuvaan terveydenhuollon toimintaa koskevan vahingonkorvauskäytännön muutokseen.

* * *

Tutkimuksessa edellä esitettyjen näkökohtien valossa on varsin perusteltua otaksua, että *lääkärintoimessa sattunut vahinko on suhteellisen usein yhteydessä vallankäytöllisiin toimiin.* Koska henkilövahinkojen ohella myös varallisuusvahingot ovat hyvin tavallisia, kysymystä VahKL:n 3:2:n sovellettavuudesta voidaan pitää ilmeisen relevanttina tutkimusprobleemana. Käsillä on aito yhteiskunnallinen ongelma, jonka osalta tutkimustyön tarve on kiistaton.

2.4. Vahingonkorvauksen vastuumuodot yhteiskunnan muutosta ilmentävänä ajattelutapana

2.4.1. Sopimusvastuu

Sopimusvastuun aktualisoitumisen perusedellytys on *sopimusrikkomus.* Vastuun perustana on sopimusten sitovuuden periaate, jonka oikeutus on alunalkaen johdettu sopimusvapauden ideasta[65]. Sillä, jolla on vapaus tehdä sopimus, on myös velvollisuus pitää se.[66]

---

[64] *KM 1991:51*

[65] Sopimusvapautta on luonnehdittu tärkeimmäksi itsemääräämisoikeuden muodoksi; ks. esim. *Telaranta* s. 11—12.

[66] Aatehistoriallisesti vapausajattelu vie liberalismin aikaan; sopimuskäsitteen yhteiskuntarakenteellinen viite on puolestaan markkinatalous; ks. esim. *Atiyah* s. 681. Kun feodalismin häviämistä seurasi valtion ja yhteiskunnan erillisyys, valtion tehtäviin ei kuulunut puuttua kansalaisten vapaasta tahdostaan tekemiin kontrahteihin esim. niiden sitovaisuutta muuntelemalla. Lähtemättä tekemään perusteellista selvitystä siitä, missä määrin tämä ideologia on saanut aikanaan sijaa esim. Suomen oikeusjärjestyksessä, voidaan siihen sanoa kätkeytyvän muun ohella julkisen ja yksityisen oikeuden erottelun perusta. Niinikään saatetaan talousjärjestelmämme todeta saaneen nykyisen muotonsa 1800-luvun lopulla toteutetun elinkeinovapauslainsäädännön ja taloudellisen sääntelyn purkamisen yhteydessä. Ks. esim. *Mäenpää,* Hallintolupa s. 23 ss. ja *Uotila,* Elinkeinolupa s. 12.

Klassisten sopimusoikeuden oppien mukaisesti vahingonkorvausvastuun tarkoituksena on *'saattaa saamamies sellaiseen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi, mikäli suoritusvelvollisuus olisi tullut asianmukaisesti täytetyksi'*[67]. Vaikka sopimusvastuun soveltamisalana on etupäässä taloudellinen toiminta, *on ns. sivu- eli apuvelvoitteiden perustalta edellytetty korvattaviksi myös kontrahentin henkilö- ja esinevahingot*[68]. Tosin ainakin saksalaiseen perinteeseen on kuulunut mahdollisuus sopimusosapuolen ruumiillista vahingoittumattomuutta koskevan velvoitteen sisällyttämisestä sopimuksen päävelvoitteisiinkin[69]. Korvauksen määräytymisen kannalta sopimuksen *sisältö* ja *laatu* ovat vanhastaan olleet ratkaisevia tekijöitä. Niitä on arvioitu *olennaisten sopimusoikeudellisten periaatteiden* valossa, jotka on käsitetty luonteeltaan yleisiksi, kaikenlaisia sopimuksia koskeviksi.[70] Sopimusoikeuden mallitilanteena on perinteisesti pidetty irtaimen kauppaa, ja sitä koskevien oikeussääntöjen on aivan yleisesti katsottu osoittavan yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden sisältöä[71]. Niinpä esim. tuottamuksen todisteluun kaupankäynnin vahingonkorvausjutuissa sovellettu vastaajan näyttövelvollisuuden periaate on omaksuttu yleiseksi sopimusvastuutapausten selvittelyn lähtökohdaksi.

Ajan myötä sopimusoikeuden oppirakennelmat ovat kohdanneet muutospaineita. Sopimusopille on ollut tyypillistä pyrkimys objektivoida perinteinen liberalistisen vapausajattelun mukainen tahtoelementti. Osittain tässä on ollut kyse siirtymästä *ns. tahtomallin mukaisesta ajattelusta ns. luottamusmallin ideaan.*[72] Tämä tulee melko selvästi esille jo esim. vuonna 1929 annetun OikTL:n säännöksistä: tietynlainen käyttäytyminen on arvioitava oikeudellisesti määrätyllä tavalla. Tällainen osapuolten subjektiivisesta tahdosta irtaan-

---

[67] *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 456

[68] *Hakulinen* s. 61. Vrt. *Taxell* s. 2, joka on kritisoinut sopimusvelvoitteiden jaottelua pääja sivuvelvoitteisiin. Hän on pitänyt sitä epämääräisenä ja usein vailla relevanssia. Sopimuksesta johtuvat velvoitteet ovat hänen mukaansa keskenään toiminnallisessa yhteydessä ja muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden. Kritiikistään huolimatta Taxell ei kuitenkaan ole luopunut esityksessään jaottelusta; ks. esim. *Taxell* s. 193, 284 ja 473.

[69] *Geigel* s. 1097

[70] Ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 455—456 ja *Wilhelmsson,* 1985 s. 22.

[71] Niinpä *Hakulinen,* s 11, on huomauttanut velvoiteoikeuden yleisten oppien ulottuvuutta hahmotelleessaan, että laajemmalle ulottuvia oikeusperiaatteita sisältyy varsinkin yleisen vaihdannan tärkeimpiä sopimuksia koskeviin sääntöihin ja että sen vuoksi etenkin kauppaa koskeviin oikeusnormeihin on kiinnitettävä huomiota. Huom. kuitenkin vuonna 1987 annetun KauppaL:n soveltamisalan määrittävä 1. luku.

[72] Tahtomallin mukainen sopimusvapauden periaatteen johtava asema vaihtuu luottamusmallissa vaihdannan intressin korostamiseen. Dogmiksi tahtojen konsensuksen tilalle vaihtuu vilpittömän mielen suoja. Ks. *Pöyhönen,* 1988 esim. s. 143 ja *J. Tolonen,* JFT 1973 s. 351.

tuminen avaa mahdollisuuden toteuttaa ajan tarpeita, esim. heikomman suojelua. Viime aikoina näillä pyrkimyksillä on ollut liittymäkohtansa mm. vakiosopimusten käyttöä koskeviin ongelmiin.

Sopimusvapauteen puuttuminen sosiaalisten, kansantaloudellisten, ym. tavoitteiden saavuttamiseksi aloitettiin näkyvällä tavalla jo vuosisadan alkupuoliskolla[73]. Voimakkaimmillaan uudistustyö lienee ollut 1970-luvulla. Koska aikaansaadut muutokset ovat harvoin olleet tyypiltään yleisiä, on huomautettu, että toteutetut erillissäänteiyt ja niistä johdetut erityiset opit ovat alkaneet hallita sopimusoikeuden näyttämöä.[74] Toisaalta tämänkaltaiset pyrkimykset on nähdäkseni syytä mieltää myös siltä kannalta, että ne merkitessään sopimusoikeuden perustavien lähtökohtien muutosta[75] ovat jatkuessaan omiaan johtamaan erityisten oppien yleistymisenä yleisten oppien muutokseen. Esim. konkreettisen suojantarpeen sääntely saavutti eräänlaisen virstanpylvväänsä vuonna 1982, jolloin annettiin oikeustoimen sitovuutta suhteellistava OikTL:n 36 §:n sisältämä yleinen *sovittelusääntö*. Näin aiheutuneiden sopimusvapauden kaventumisen ja sopimusten sitovan merkityksen heikentymisen yhteydessä on luontevaa puhua sellaisin termein kuin *kohtuus* ja *lojaalisuus,* jotka Lars Erik Taxell on nimennyt niinikään sopimusoikeuden yleisiksi periaatteiksi jo parisenkymmentä vuotta sitten[76]. Niiden asema näyttää vuosien kuluessa vain vahvistuneen. Vastaavasti sopimus on yhä enenevässä määrin käsitetty *yhteistyön muodoksi ja välineeksi*[77].

Yllä sanottu merkitsee melkoista harppausta liberalistisesta sopimusopista, jonka mukaan kontrahenttien tarvitsi pitää huolta vain omasta edustaan, jolloin sopimussuhteen tasapainon uskottiin muotoutuvan vastakkaisten etujen yhteensovittamisesta. Kuvatunkaltaisen erityisten oppien yleistymisen takeena on julkista kontrollia korostava yhteiskunta, jossa vaihdannalla on jatkuvasti voimistuva merkitys, ja jossa toisaalta oikeudenjaon materiaaliset vaikutukset ovat alkaneet yhä enemmän saada sijaa oikeusnormien oikeutusta perusteltaessa.

Mielenkiintoinen vertailukohde meikäläisen sopimusoikeuden kannalta on perinteinen kiinalainen, kungfutselaisuuteen palautuva ajattelutapa, jonka

---

[73] Ks. esim. VakuutussopimusL:n (132/33) 34 § ja VelkakirjaL:n (622/47) 8 § molemmat alkuperäisessä muodossaan.

[74] *Wilhelmsson,* 1985 s. 22

[75] Vrt. *J. Tolonen,* Oikeus 1973 s. 11 ss., joka jo 1970-luvun alussa on kirjoittanut tuotannon yhteiskunnallistumisen kriisivaikutuksesta siviilioikeuden yleisiin oppeihin.

[76] *Taxell* s. 74

[77] Vrt. *ibid.* s. 1.

sanotaan olevan Kiinassa edelleenkin vallalla yksilötason henkilösuhteissa ja liikemaailmassa. Kungfutse opetti, että 'jos lait ohjaavat kansaa, ja yhtenäistä käyttäytymistä pyritään edistämään rangaistuksin, ihmiset yrittävät välttää rangaistuksia, mutta eivät tunne häpeää. Jos heidän toimintaansa ohjaa hyve ja yhtenäisyyttä turvaa li (sovinnaistapa, joka ylläpitää yhteiskuntajärjestystä ja edistää moraalista moitteettomuutta, »oikeaa käyttäytymistä»), heillä on häpeäntunne ja heistä tulee kunniallisia'. Kiinalaisessa yhteiskuntaetiikassa painotetaan sovittelua ja kompromisseja, ja oikeudenmukaisuutta pidetään eräänlaisena hienosyisenä kohtuutena. Lähimmäisten tunteet ja arvo tulee aina ottaa huomioon ihmisten kesken vaatimuksia esitettäessä. Siinä missä länsimaisessa lainkäytössä asianosaisten vaateet depersonifioidaan juttujen oikeuskysymysten pelkistämiseksi ne kiinalaisessa perinteessä personifioidaan, jotta ne kyettäisiin näkemään osana laajempaa kokonaisuutta, asianosaisten välistä ihmissuhdetta.[78] Meikäläisessä keskustelussa Thomas Wilhelmsson on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka siviilioikeuden korkeata abstraktiotasoa ylläpidetään mm. juuri oikeudellisten roolikäsitteiden avulla. Puhutaan myyjä A:sta, ostaja B:stä, velkoja C:stä, velallinen D:stä, jne. ottamatta huomioon, keitä näiden käsitteiden taakse itseasiassa kätkeytyy[79]. Olkoonkin, että meillä tähän suunnattu kritiikki on ollut perusteltua, on silti aiheellista huomata, että kiinalaisen tradition mukaan luja luottamus positiiviseen oikeuteen (fa) on merkki yhteiskuntajärjestyksen rappeutumisesta, valtion ja yhteiskunnan välisen harmonian puutteesta[80]. Tällaisista lähtökohdista oikeussäännöille ja niitä selitettäessä käytettävälle abstraktiselle lähestymistavalle on luonnollisesti mahdotonta kuvitellakaan muotoutuvan sellaista asemaa kuin ne ovat saaneet meille tutummissa oikeuskulttuureissa.

Sopimustoimintaa koskevat säätelyt eivät ole merkinneet pelkästään siviilioikeudellisten menetelmien käyttöä, vaan toivottavaan sopimuskäyttäytymiseen on pyritty myös mm. rikosoikeudellisin ja elinkeino-oikeudellisin sanktioin, käyttämällä erimuotoista viranomaisvalvontaa, neuvonta- ja valistustoimintaa. Hyvä esimerkki meidän päiviemme sääntelystä on kuluttajasuojalainsäädäntö.[81] Tällä tavoin sopimustilanne on eräällä tavalla kokonaisuutena (ei-

---

[78] *Tay — Kamenka* s. 762—763

[79] *Wilhelmsson,* 1987 s. 45 (ks. myös s. 53 ja 55). Toiselta suunnalta tulevaa, eräässä mielessä vastakkaista näkemystä tähän nähden merkitsee suomalaiseen (ja ruotsalaiseen) oikeudenkäyttöön jo pitkään sisältynyt käsitys aiempien tuomioistuinratkaisujen sitomattomuudesta. Aulis Aarnio on todennut, että jokaiseen oikeudelliseen kiistakysymykseen katsotaan kuuluvan sellaisia *yksilöllisiä piirteitä,* jotka edellyttävät kaiken oikeudellisen lähdemateriaalin huomioonottamista oikeudellisessa harkinnassa. *Aarnio,* The Rational as Reasonable s. 82

[80] *Tay — Kamenka* s. 762

[81] Ks. *Wilhelmsson,* 1985 s. 23—24.

kä vain syntyneen tai syntyvän sopimuksen osalta) tullut sääntelyn kohteeksi[82]. Niille, joille varhaisempi liberalistisen sopimusoikeuden mukainen oikeustila on merkinnyt yksityisen ja julkisen oikeuden erillisyyttä, ko. muutos on osoittanut oikeudenalojen välisen rajan hämärtymistä.[83]

Sopimustoiminnan sääntelyn vaikeutena näyttää olevan se, että käytännön ongelmat vaikuttavat kulkevan aina askeleen edellä lainsäätäjää. Viime vuosina talouselämän keskittymisen on havaittu vaikuttavan sopimustodellisuuteen sellaisia uusia riippuvuussuhteita synnyttävästi, jotka käytännössä asettuvat sopimuksen määrittelemän oikeussuhteen edelle yritysten välisiä ristiriitatilanteita soviteltaessa. Esim. konsernoituminen ja hyvien suhteiden säilyttämisen tarve rajoittavat melkoisesti litigaation käyttömahdollisuuksia. Tämä tarkoittaa yksinkertaisesti sopimusten tosiasiallisen merkityksen heikentymistä.[84] Asiaan liittyy vielä se, että sopimusoikeuden mallitilanteet ovat muuttuneet: erilaiset yhteistyö- ja kestosopimukset ovat yleistyneet. Tällaiset jatkuvaa yhteistyösuhdetta merkitsevät sopimukset johtavat siihen, ettei sopimusta voida ymmärtää »sopijapuolten sopimuksentekohetkellä annettujen tahdonilmaisujen jähmettämänä muuttumattomana sidonnaisuussuhteena».[85] Sopimuskäytännössä onkin sanottu siirrytyn *ns. pistekäsityksestä ns. prosessikäsitykseen*[86].

Muutokset ovat nostaneet esille uuden sopimusteorian kehittelytarpeen. P. S. Atiyah on nimennyt kolme velvoiteoikeuden peruspilaria, joihin uuden rakennelman olisi tukeuduttava. Nämä ovat saadun hyödyn korvaamisen idea (the idea of recompense for benefit), perustellun luottamuksen suojaamisen idea (the idea of protection of reasonable reliance) sekä oikeuksien ja velvollisuuksien perustamisen ja lakkauttamisen vapaaehtoisuuden idea (the idea of the voluntary creation and extinction of rights and liabilities).[87] Meillä uudeksi sopimusmalliksi Juha Pöyhönen on kehitellyt *yhteisöllisen käytännön malliksi* kutsumaansa hahmotelmaa, joka on eräänlainen tahto- ja luottamusmallien pohjalta aikaansaatu kompromissi. Päämerkityksen sopimussitovuuden seli-

[82] Vrt. *Klami,* 1973 esim. s. 48, joka on kritisoinut sopimustoiminnan sääntelyn rajaamista roomalaisen oikeuden tradition mukaisesti vain syntyneitä tai syntyviä sopimuksia koskevaksi. Kritiikissään Klami on korostanut, että sopimuksen negaatio ei ole yhteiskunnallisesti suinkaan tyhjä eikä läheskään aina sääntelyn kannalta mielenkiinnoton asiaintila. Kyse on hänen mukaansa (s. 92) ollut nimenomaan syntyneiden sopimusten sääntelyn ja sopimusten tekemättä jättämisen sääntelyn välisen järjestelmänsisäisen yhteyden puutteellisesta mieltämisestä.

[83] Ks. esim. *Wilhelmsson,* 1985 s. 24. Vrt. *Zitting,* 1987 s. 497.

[84] Ks. *Wilhelmsson,* Oikeus 1985 s. 165 ss.

[85] Ks. *ibid.* s. 169—170.

[86] Ks. lähemmin *Pöyhönen,* 1988 s. 211 ss.

[87] *Atiyah* s. 778—779

tyksessä siinä saavat yksilön sijasta yhteisö ja sen ylläpitämät oikeudenmukaiset instituutit.[88] Ryhtymättä yksityiskohdissaan esittelemään Pöyhösen mallia voidaan todeta, että se vie huomion *materiaalisen harkinnan logiikkaan*[89].

Vasta suunnilleen samoihin aikoihin kuin yksityisellä sektorilla on alettu huolestua sopimusten mallitilanteiden muuttumisen ja sopimusten merkityksen heikentymisen aiheuttamista ongelmista[90] on julkisen hallinnon tutkimuksessa toden teolla havahduttu sopimusten käytön voimakkaaseen yleistymiseen hallinnolle kuuluvien tehtävien hoidossa. Alkuperäistä julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten sopimusten erottelua julkisyhteisöjen sopimustoiminnan osalta on kritisoitu vivahteettomuudesta sen vuoksi, ettei tällaisia puhtaita sopimusmuotoja siinä enää juurikaan käytetä tai ettei niihin ainakaan tällä tavoin pelkistettynä liity mainittavia yleisiä ongelmia. Päällimmäiseksi uuden sopimuskäytännön aiheuttamaksi probleemaksi on mielletty hyvän hallinnon vaatimusten toteuttamisen vaikeus. Mielenkiintoista asiassa on, että tämän vaikeuden taustalla on osaltaan elinkeinoelämän rooli julkisen vallan vaativana sopimuskumppanina.[91] Liioittelematta voidaan todeta, että sopimusvastuun asema ja merkitys on lähes kautta linjan tämän päivän oikeustieteen haaste.

2.4.2. Ulkokontrahdillinen vastuu

2.4.2.1. Eräitä yleisiä huomiota

Erityisesti sopimussuhteiden ulkopuolisen vahingonkorvausvastuun yhteydet rikosoikeudelliseen sääntelyyn ovat olleet meillä vanhastaan hyvin läheiset. Jopa vielä viime vuosisadalla, kun vahingonkorvausoikeudellisen sääntelyn esikuvina olivat manner-eurooppalaiset siviililait, tuli omien säännöstemme paikkana olemaan rikoslaki[92]. Tämän kytkennän juuria saa hakea aivan vahingonkorvausoikeuden varhaisista kehitysvaiheista, niiltä ajoilta, jolloin agraariyhteiskunnan tarpeiden mukaisesti itsekosto lakkautettiin ja oikeussuojan anta-

---

[88] *Pöyhönen*, 1988 s. 168 ss.

[89] Ks. *ibid.* s. 374 ss. Kun materiaalinen harkinta täsmennetään oikeusperiaatteiden punninnaksi (*ibid.* s. 377), saatetaan tässä yhteydessä viitata niihin vaikeuksiin, joita edellä johdannossa havaittiin liittyvän oikeusperiaatteiden käyttöön. Todettakoon myös, että vasta alullaan olevan materiaalisen harkinnan logiikan kehittelyn onnistumismahdollisuuksia ei ole pidetty itsestäänselvinä; ks. *ibid.* s. 377—378.

[90] Ks. *Wilhelmsson*, Oikeus 1985 s. 171.

[91] Ks. esim. *Mäenpää*, 1984 s. 37 ss. ja *sama*, Oikeus 1985 s. 181 ss.

[92] Ks. lähemmin *Kivivuori*, 1969 s. 151 ss.

miseksi järjestettiin laillinen menettely.[93] Myöhemmin vahingonkorvaussäännösten sijaintia RL:ssa on luonnehdittu epäasianmukaiseksi. Kritiikissä on viitattu mm. lain 9:5:ään, jossa säänneltiin alle 15 vuotiaan ja muun 'syyhyn mahdottoman' henkilön korvausvastuusta.

> Jos kuitenkin asiaa katsoo ilman juridisia ajatustottumuksia, voi havaita sen jo aiemmin mainitun seikan, että rikosoikeudellinen ja vahingonkorvausoikeudellinen lainsäädäntö merkitsevät kumpainenkin eräiden vahingollisten ilmiöiden sääntelyä. Tältä kannalta arvioiden on luonnollista, että oikeustieteen ja -järjestyksen varhaisemmissa kehitysvaiheissa säännösten rinnakkaisuus oli selviö.

Ulkokontrahdillinen vastuu poikkeaa lähtökohdiltaan eräin osin sopimusvastuun tausta-ajatuksista. Vastuun oikeutusta ei sopimussuhteiden ulkopuolella ole mahdollista konstruoida tahdonilmaisun rikkomisen perustalle. Koska ei ole olemassa sopimusta, vahingonkorvausvelvollisuus syntyy ilman erityisiä velvoitteita tavallaan yleisen käyttäytymisnormin rikkomisen johdosta (tuottamusvastuu). Hakulinen on kirjoittanut: »Kun velallinen laiminlyö sopimusvelvoitteen täyttämisen, hän ei aikaansaa uutta velkasuhdetta, vaan entinen oikeussuhde jatkuu toistaiseksi edelleen ja velkojan vahingon korvaaminen tietää alkuperäisen velvoitteen sijaistäytäntöä. Rikkomusvastuun kohdalta asian laita on toisin. Kun vahinkoa on aiheutettu sellaisella teolla, johon ei sisälly sopimuksen loukkaamista, velkasuhde asianosaisten välille *syntyy* vasta sen kautta, että vahinko on tapahtunut ja korvausvastuu alkanut.»[94] Yllä sanotun voitaneen katsoa olevan yhteydessä siihen, että vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita on lainsäädäntöteitse määritelty yleisinä nimenomaan ulkokontrahdillisen vastuun osalta. Sopimussuhde on mielletty pitkälti sellaiseksi suljetuksi systeemiksi, joka implisiittisesti sisältää ratkaisun myös mahdollisiin vahingonkorvauskysymyksiin. Kansalaisten keskinäiset sopimuksiin perustumattomat suhteet on käsitetty sillä tavoin *avoimiksi,* että julkisen vallan on saatettu suorastaan vaatia niiden määrittelyä. Mallia siihen on jo alunalkaen voitu jonkin verran ottaa sopimusvastuun sisällöstä. Myöhemmin sopimusoikeudellisen sääntelyn laajetessa ja yleensä vahingonkorvausoikeudellisen sääntelytarpeen lisääntyessä kahden normiston välinen vuorovaikutusrakenne on ilmeisesti käynyt molemminpuolisesti dialektiseksi.

Erillisiä vahingonkorvaussäännöksiä lainsäädännössämme on ollut entuudestaan jo vahingonkorvausvastuuta säännelleen RL:n 9. luvun aikaan lukui-

---

[93] Ks. esim. *Tirkkonen* s. 7 ja *Routamo — Hoppu* s. 6 ss.

[94] *Hakulinen* s. 230

sissa säädöksissä, eikä niistä VahKL:n säätämisen yhteydessäkään puututtu kuin osaan[95]. Tavallista kuitenkin on, että säännökset sisältävät vain maininnan korvausvelvollisuuden syntymisestä. Tämän vuoksi VahKL:n osaksi ei jää olla vain mikä tahansa sopimusvastuun ulkopuolinen säännöstö, suuren kokonaisuuden vähäinen osatekijä, vaan sen asema on laajemmaltikin ottaen yleislain asema. Itse asiassa kyseessä on erittäin laajalti koko vahingonkorvausoikeuden kenttään vaikuttanut ja vaikuttava säädös. Niissä yhteyksissä, joissa sopimusvastuusta puhutaan sen yleisten periaatteiden osalta, on vastaavasti ulkokontrahdillisen vastuun luontevin tarkastelukohde juuri *VahKL*.

VahKL miellettiin säätämisensä aikoihin sekä vanhanaikaiseksi että moderniksi. Edelliseen näkemykseen antoivat aihetta varsinkin lain yhtäläisyydet sillä kumotun RL:n 9 luvun säännösten kanssa. Erityisesti huomauteltiin siitä, että RL:ssa olleet korvattavaa vahinkoa koskevat säännökset siirreettiin VahKL:n 5. lukuun lähes sellaisenaan. Toisaalta lakiin kirjattiin jo oikeuskäytännössä vakiintuneita periaatteita[96], ja paikoin uusi säädös ylsi vain eräiden aiemmin annettujen erityislakien sääntelyn tasolle[97]. Koska säädökseen kuviteltiin jo tuota pikaa tehtävän tuntuvia muutoksia, kunkin luvun pykälät numeroitiin erikseen odotettavissa olevien teknisten ongelmien vähentämiseksi. VahKL:iin ei kuitenkaan ole tehty muutoksia ennakoidulla tavalla, vaan se on monilta osiltaan pysynyt alkuperäisessä muodossaan. Jopa sen vanhoihin RL:n säännöksiin perustuva 5. luku on säilynyt täysin koskemattomana, vaikka tältä osin 'tarkistamisiin ja täydentämisiin' odotettiin käytävän jo kohta lain voimaantultua[98].

Jos lainsäädäntöhankkeeseen tutustuu pelkästään lain vanhoillisuutta korostavan kritiikin suunnalta, saa helposti vaikutelman, että koko lainsäädäntöhankkeen merkitykseksi jää lähinnä vain hajanaisen vahingonkorvausnormiston kodifiointi ja jonkinlainen yhtenäistäminen tai sopeuttaminen vielä eril-

---

[95] Ks. eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi *1974 vp. asiak. III:2* s. 4—10.

[96] Esim. korvausvelvollinen oli oikeuskäytännössä jo vakiintuneesti velvoitettu korvaamaan kohtuulliseen määrään surmansa saaneen hautauskulut ja muut hautaamiseen liittyvät kustannukset, vaikka kirjoitettua lakia asiasta ei ollut ollut.

[97] Esim. huoltajan menetyksestä johtuvaa elatusapuun oikeutettujen piiriä laajennettiin RL:n 9:3:n mukaisesta LiikennevakuutusL:n 6.1 §:n mukaiseksi.

[98] *Ådahl* s. 15. Muutoksia VahKL:n 5. lukuun odotettiin vuonna 1972 valtioneuvostolle mietintönsä jättäneen »Vuoden 1966 vahingonkorvauskomitean» (1974:135) ehdotusten jatkovalmistelun pohjalta. Komitea oli saanut tehtäväkseen 'pohjoismaisessa yhteistyössä harkita kysymystä huoltajan menetystä ja ansiokyvyn menetystä koskevien vahingonkorvaussäännösten uudistamisesta ja laatia asiassa tarpeellisiksi havaittavat säännösehdotukset'.

leen jätettyjen korvaussäännösten kanssa. Niinikään »myöhäisherännäinen» yhteispohjoismaiseen vahingonkorvausoikeuden uudistamishankkeeseen mukaanmeno[99] saattaisi tästä näkökulmasta katsoen olla kiusaus selittää enemmänkin psykologisilla tekijöillä kuin vahingonkorvauskäytännön ongelmien tiedostamisesta johtuvana valintana[100].

Mutta asialla on — kuten sanottu — toinenkin puolensa. *VahKL oli vastaus uudenlaisen sosiaalis-taloudellisen kulttuurin haasteisiin.* Jo jonkin aikaa oltiin tiedostettu, että »yhä lisääntyvät vahinkoriskit (---) saattavat helposti johtaa siihen, että yksityinen henkilö joutuu sellaiseen vahingonkorvausvastuuseen, joka täysin tuhoaa hänen taloutensa»[101]. Hyvällä syyllä saatetaan sanoa, että uusi laki teki vahingonkorvausoikeudesta *sovittelun ja kohtuuden oikeutta.* Laki sisältää yleisen sovittelusäännöksen (2:1.2) ohella määräykset ns. objektiivisen isännänvastuun sovittelusta (3:6) ja siitä, kuinka vastuu on soviteltava, jos vahingon syynä on osaltaan vahingonkärsinyt itse tai muu ulkopuolinen tekijä (6:1)[102]. Varsinaisten sovittelusäännösten lisäksi VahKL sisältää useita kohtuullistamissäännöksiksi luonnehdittuja[103] normeja (2:2 ja 3, 4:1—3, 5:4, 6:3:t). Jo näiden pykälien perusteella lain voi todeta olleen »social civilrätt» -sääntelytavan todellinen läpimurto.

Tässä yhteydessä on aiheellista mainita erikseen se työntekijä- ja virkamiesasemassa olevien vahingonkorvausvastuun muutos, jota *isännänvastuun* uusi ulottuvuus tuli merkitsemään. Sen mukaisesti lievän tuottamuksen vahinkotapauksissa työnantaja vastaa vahingosta aina täysimääräisesti. Toisaalta vain tahallisesti vahinkoa aiheuttanut työntekijä voi pääsäännön mukaan joutua vastaamaan koko vahingosta. Jos vahingontekijän syyllisyyttä pidetään lievää törkeämpänä, mutta ei kuitenkaan tahallisena, työntekijä voi periaatteessa joutua sellaiseen korvausvastuuseen, joka eri tekijät huomioonottaen harkitaan kohtuulliseksi. Työntekijän suojana on kuitenkin vielä ns. kanavointisääntö (6:2), jonka mukaisesti korvausta tulee ensiksi vaatia työnantajalta. Tämän vuoksi työntekijän vastuu voidaan käytännössä toteuttaa tavallisesti vain reg-

[99] Ruotsin, Norjan ja Tanskan oikeusministerit olivat sopineet ko. yhteispohjoismaisesta lainvalmistelusta jo vuonna 1946 Oslossa pitämässään kokouksessa. Suomi liittyi uudistustyöhön vasta vuonna 1951.

[100] Vrt. *Miettinen* s. 135, joka on huomattanut entisen korvausjärjestelmän toimineen korvattavaa vahinkoa koskevien säännösten osalta suhteellisen tyydyttävästi.

[101] *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 13. Ks. myös esim. *Ylöstalo* s. 376, *Miettinen* s. 142, *Arti — Rossi* s. 38 ja *Schrey* s. 2116.

[102] VahKL:n 6:1:ää vastaava säännös tosin sisältyi myös kumottuun RL:n 9:1.2:ään. Tämä olikin ainoa RL:ssa säädetyn vahingonkorvausvastuun sovittelusäännös.

[103] Ks. esim. *Miettinen* s. 145 ja *Wilhelmsson,* 1987 s. 102.

ressivastuuna.[104] Työnantajan korvausvastuun laajentamista perusteltiin paitsi sillä, että tämä on tavallisesti työntekijää maksukykyisempi korvauksen suorittaja ja että tällä on mahdollisuus turvautua vastuuvakuutukseen, myös vetoamalla toiminnasta työnantajalle koituvaan taloudelliseen hyötyyn *(cuius commodum, eius periculum)*[105].

Sovittelun ja kohtuullistamisen tunkeutuminen vahingonkorvausoikeuden yleisiin oppeihin nosti jo pian VahKL:n säätämisen jälkeen esille kysymyksen *täyden korvauksen periaatteen* asemasta. Matti Ylöstalon mukaan useat lain säännökset »ovat ilmauksena tuntuvasta katsantokannan muutoksesta mainitun vahingonkorvausoikeuden keskeisen periaatteen osalta»[106]. Kuitenkaan hänen mielestään periaatteeseen tehdyistä laajoista poikkeuksista huolimatta ei sitä voida sanoa laissa hylätyn[107].

> On luonnollista, että jos VahKL:a tarkastellaan pelkästään sen yksittäisten säännösten tulkinnan pohjalta, muotoutuu lopputulokseksi, että toisinaan vahinko on korvattava kokonaisuudessaan ja toisinaan ei[108]. Tämänkaltaisin selvityksin ei vain välttämättä päästä käsiksi itse täyden korvauksen periaatteeseen, käsitykseen sen elinvoimasta. Perustellumpaa tätä probleemaa arvioitaessa on kiinnittää huomiota ainakin kahdelta suunnalta vaikuttaviin tekijöihin: yhtäältä niihin intresseihin, jotka edellyttävät täysimääräistä korvausta, ja toisaalta niihin tekijöihin, jotka ovat johtaneet tinkimään vahingon täydellisestä hyvittämisestä. Tällä tavoin asiaa tarkastellen voi havaita, että vahingonkärsineen aseman palauttamisen ideaali on yhä koko modernin vahingonkorvausoikeuden perustavia lähtökohtia ja että vain jotkin korvausratkaisun lopputuloksen oikeudenmukaisuutta rasittavaksi arvioidut tekijät ovat johtaneet säätämään mahdollisuuden vähennettyyn korvausvelvollisuuteen.

Nähdäkseni ei ole tarpeen esitettyä laajemmalti yleisesti tarkastella VahKL:n säännöksissä artikuloituvia näkökohtia ja periaatteita. Vielä lopuksi voidaan kuitenkin todeta VahKL:n mukaisen korvausaiheiden piirin olevan tätä työtä ajatellen kattava. Sen antaman korvausturvan varaan »jättäytyminen» ei ole

---

[104] Ulkokontrahdillisissa suhteissa työnantaja saattoi aiemmin joutua korvausvastuuseen yleensä vain, mikäli hän ei ollut valinnut apulaistaan huolella tai ei ollut tätä asianmukaisesti ohjannut ja valvonut (culpa in eligendo vel instruendo vel custodiendo). Sopimussuhteissa työnantajan vastuu työntekijänsä tuottamuksesta oli kuitenkin kasuaalinen ja riippumaton työnantajan syyllisyydestä tuottamukseen apulaisen valinnassa, ohjaamisessa tai valvonnassa. Ks. *Kivimäki — Ylöstalo*, 1973 s. 462 ss. ja *Hakulinen* s. 301 ss.

[105] *KM 1965:A4* s. 25—26, *Lvk 3/1970* s. 12, *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 8—9

[106] *Ylöstalo* s. 376—377

[107] *Ibid.* s. 382

[108] Vrt. *ibid.* s. 377 ss. ja *Miettinen* s. 148.

siinä mielessä kyseenalaista, etteikö säädöksessä oltaisi huomiotu riittävää määrää erityyppisiä vahinkolajeja[109]. Toinen asia on, että puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen on saanut laissa tietyt rajoituksensa.

2.4.2.2. Erityisesti vahingonkorvausvastuusta virkatoiminnassa

I. »The King can do no wrong» -periaatteen mukaisesti valtio ei, yksityisoikeudellisia sopimussuhteita ja eräitä erikseen säänneltyjä vastuutilanteita lukuunottamatta, ennen vuoden 1927 VirkamVastuuL:a (L valtion vastuunalaisuudesta virkamiehen aikaansaamasta vahingosta 18. 5. 1927/142) vastannut virkamiestensä aiheuttamista vahingoista. Jos korvausta ei onnistuttu saamaan asianomaiselta virkamieheltä, se jäi vahingon kärsineen itsensä kannettavaksi.[110] Sitä paitsi HM:n säätämiseen saakka meillä oli voimassa 23. 3. 1807 annetun Knk. selityksen kohta 40, jonka mukaan yksityisellä henkilöllä ei ollut oikeutta vaatia tuomaria rangaistavaksi. Tätä määräystä on sanottu tulkitun sillä tavoin laventavasti, että virallisen syyttäjän syytemonopolin katsottiin suojaavan myös hallintovirkamiehiä ja että säännöksestä johtui rajoitus yksityisten vahingonkorvauskanteillekin[111].

Suomen itsenäistyttyä määriteltiin *HM:n 93 §:n 2 ja 3 momenteissa* virkatoimintaa koskevan vahingonvastuun perusta uudella tavalla. Lainkohdissa todetaan seuraavasti:

> »Jokainen, joka on kärsinyt oikeudenloukkauksen tai vahinkoa virkamiehen lainvastaisen toimenpiteen tahi laiminlyönnin kautta, olkoon oikeutettu vaatimaan virkamiestä tuomittavaksi rangaistukseen ja korvaamaan vahingon tahi ilmoittamaan virkamiehen pantavaksi syytteeseen, niinkuin siitä laissa säädetään.
>
> Onko ja mikäli valtio vastuunalainen virkamiehen aikaansaamasta vahingosta, säädetään erikseen.»

Vaikka perustuslakia on tältäkin osin luonnehdittu eräänlaiseksi »kansansuojeluperiaatteen» ilmentymäksi[112], ei tätä lainsäädäntöratkaisua ole vahin-

---

[109] Sanottu merkitsee samalla sitä, että tämän tutkimuksen perustalta lain 5. luvun säännösten jälkeenjääneisyyttä ei oikein vieläkään kohta 20 vuoden kuluttua lain säätämisestä ole mahdollista osoittaa. Asian selitys on osittain siinä, että meillä on vahingonkorvausoikeuden erillissääntelyssä ehkä jonkinlaisena itsestäänselvyytenä omaksuttu aika laajalti tapa korvattavan vahingon määrittämiseksi viitata VahKL:n 5. luvun säännöksiin. Korvausaiheiden ajanmukaisena pitämisen saatetaan näin katsoa jätetyn lex generaliksen kehittämisen yhteyteen.

[110] Ks. esim. *Ståhlberg,* 1928 s. 205, *Merikoski,* 1957 s. 289, *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 75 ja *1926 vp. asiak. I HE n:o 35* s. 1.

[111] *Modeen,* 1976 s. 76

[112] *Tolonen Paavo,* Lakimiesuutiset 1985 s. 29

gonkorvausoikeuden kannalta joka suhteessa syytä pitää erityisen merkittävänä. Sen prosessuaalisina tuotoksina asianosaisen itsenäistä puhevaltaa ja ns. adheesioperiaatetta koskevien erimielisyyksien lopettamista on tietysti pidettävä arvokkaina saavutuksina[113]. HM:oon vedoten kansalainen saattoi nyt esittää vahingonkorvausvaatimuksensa riippumatta tapauksen rikosoikeudellisesta arvioinnista.[114]

Kun vuonna 1927 säädettiin *VirkamVastuuL*, oli ilmapiiri olennaisesti muuttunut vuosisadan ensimmäisen kymmenluvun ajoista, jolloin varhaisimpia asiaa koskevia anomusehdotuksia oli tehty[115]. Laki merkitsi aiempaan oikeustilaan nähden tuntuvia uudistuksia. Sen 5 §:n mukaan valtiolle asetettiin yleinen toissijainen vastuu vahingoista, jotka aiheutuivat virkamiehen lainvastaisesta menettelystä 'oikeudenhoidossa ja julkisessa hallintotoiminnassa'. Lisäksi valtion vastuu oli laissa säännelty osittain myös ensisijaiseksi ja objektiiviseksi: korvausta valtiolta oli oikeutettu saamaan syyttömästi rangaistu (1 §) ja vangittu (2 §) sekä se, jolle aiheutui vahinkoa omaisuuden vahingoittumisesta tai hukkaantumisesta 'kun rahaa, asiakirjoja tai muuta omaisuutta oikeudenkäyntiä, ulosottoa, rangaistustuomion täytäntöönpanoa taikka verotusta varten annettiin tai otettiin tuomioistuimen taikka valtion virkamiehen huostaan' (3 §). Tämänkaltainen valtion vastuu oli aiemmin tunnustettu vain muutamissa erityislaeissa, kuten vieläkin voimassaolevassa rautatienkäytöstä johtuvan vahingon vastuusta annetussa laissa (8/1898).

VirkamVastuuL:ssa säädettiin lähinnä vain valtion toiminnasta johtuvasta vahingonkorvausvastuusta. Vaikka kuntien vastuuta ei tässä yhteydessä nimenomaisesti määriteltykään[116], se ei silti jähmettynyt entisenkaltaiseksi; siis aiemmin yleisesti julkisyhteisöjen vastuuta normeeranneiden periaatteiden mukai-

[113] Tosin kansalaisen itsenäisen kanneoikeuden perustamista suoraan po. lainkohtaan eivät kaikki oikeusoppineet olleet heti valmiita hyväksymään, sillä siihen oli sisällytetty myös maininta asian säätämisestä tarkemmin lailla. Torjuvalla kannalla oli esim. *Erich II* s. 165—166. KKO antoi asiasta sittemmin (10. 5. 1927) plenumratkaisun, jossa todettiin mm., että »hallitustusmuodon 93 §:n 2 momentin mukaan se, joka oli kärsinyt oikeudenloukkauksen virkamiehen lainvastaisen toimenpiteen kautta, oli oikeutettu itsenäisesti ajamaan rangaistus- ja korvausvaatimusta virkamiestä vastaan» *(KKO 1927 I 31)*. Ks. *Modeen*, 1976 s. 77—78 ja *Merikoski*, Oikeussuojajärjestelmä s. 472.

[114] Ks. esim. *Ståhlberg*, 1928 s. 203 ja siinä alav. 6 sekä *Modeen*, 1976 s. 77—78.

[115] Tosin lainvalmistelukunta oli jo vuonna 1922 antanut asiasta ehdotuksen, jossa pyrittiin lähinnä Saksan Weimarin perustuslain mukaiseen yleiseen ja ensisijaiseen valtion vastuuseen virkamiesten aiheuttamista vahingoista; ks. *Lvk. n:o 2/1922*. Tällaisen lain esittämiseen hallitus ei kuitenkaan suostunut.

[116] Tosin lain 11 §:n säännöksessä määrättiin se, mitä laissa säädettiin valtion virkamiehestä, koskemaan myös kunnan palveluksessa olevaa ulosotto- ja täytäntöönpanoasioita käsittelevää (sekä L:lla 243/32 protestia toimittavaa) henkilöstöä.

seksi. Kuntien isännänvastuu laajeni lainkäytön tietä; jopa kuntien ensisijaisvastuuta alettiin käyttää suhteellisen avokätisesti. Oikeuskäytäntö ilmeisesti viitoittui pitkälti valtion vastuukäytännön osoittamaan suuntaan, jossa siinäkin oltiin alettu käyttämään ensisijaisvastuuta huomattavasti laajemmalti kuin pelkästään VirkamVastuuL:n säännösten perusteella voitiin pitää asianmukaisena.[117] 'Yleisen vaarantamisvastuun ohessa sekä valtion että kunnan katsottiin olevan vastuussa siitä, että niiden välittömässä hoidossa oleva julkiseen käyttöön asetettu omaisuus, vesijohdot, tiet, sillat, liikennelaitteet, satamat, jne. ovat asianmukaisessa kunnossa.'[118] Jälkeenpäin oikeustapauksia on tulkittu ainakin kahdenlaisten argumentaatiomallien valossa. Toiset ovat ymmärtäneet tapahtuneen muutoksen yksityisoikeudellisten periaatteiden ekspansioksi[119]; toisaalta sen on sanottu merkinneen VirkamVastuuL:n säännösten analogista soveltamista[120]. Miltään osin kuntien korvausvastuu *»varsinaisista julkisoikeudellisista toimista»* ei kuitenkaan ilmeisesti ulottunut pidemmälle kuin VirkamVastuuL:n mukainen valtion vastuu. Merikosken mukaan se ei ulottunut kaikilta osin edes siihen.[121] VahKL:n säätämiseen saakka kuntien vahingonkorvausvastuun ulottuvuudesta vallitsi jonkinmääräinen epätietoisuus.

Vaikka Suomessa valtion korvausvastuun säätämisen esteenä voidaan aina tälle vuosisadalle saakka havaita vedotun ajattelutapaan, jonka mukaan »valtio oikeuden alkuperänä ei voi tahtoa sitä mikä on väärää»[122], näyttäisi olevan jossain määrin harhaanjohtavaa olettaa, että VirkamVastuuL:n läpimurto olisi ollut erityisesti yksityisoikeudellisen orgaaniteorian ja sen perustelujen voittokulkua. Jo alunalkaen valtion vastuuta tarkoittavia anomusehdotuksia vastustettiin näkyvästi viitaten yleisemminkin yksityisoikeudellisten periaatteiden virheelliseen siirtämiseen julkisoikeuden alueelle[123]. Kaiken kaikkiaan voidaan

---

[117] Kysymystä koskevaa oikeuskäytäntöä on erittäin runsaasti; ks. esim. *Merikoski,* LM 1957 s. 290—291, *Modeen,* 1976 s. 85 ss, *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 468 sekä siinä alav. 14 ja 15.

[118] *Merikoski,* LM 1957 s. 292 ja *sama,* Oikeussuojajärjestelmä s. 499

[119] Näin esim. *Modeen,* 1976 s. 85.

[120] Ks. esim. *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 76.

[121] »Lähin porras olisi v:n 1927 lain analoginen soveltaminen kuntiin, mutta siihenkään ei oikeuskäytäntö toistaiseksi näytä pyrkineen suuntautumaan.» *Merikoski,* LM 1957 s. 292

[122] *1910 vp. asiak. V:2 LaVM n:o 4 Anomusmietintö n:o 18* s. 4; ks. myös *1908 II vp. asiak. V:2 LaVM n:o 7 Anomusmietintö n:o 35* s. 6.

[123] Ks. esim. *1908 II vp. asiak. V:2 LaVM n:o 7 Anomusmietintö n:o 35* s. 6: »Sen seikan, että valtio vaatii virkamiesten määräyksien noudattamista ja velvoittaa yksityisiä oikeutensa säilyttämiseksi ja saavuttamiseksi turvautumaan virkamiesten apuun, katsotaan käsittävän vastuuta virkamiesten toiminnan seurauksista, aivan niinkuin valtakirjan antaminen tuo mukanaan vastuunalaisuuden niihin tekoihin nähden, joihin asiamies ryhtyy hänelle annetun tehtävän rajoissa. Mutta tässäkin näyttää tulleen käytäntöön yksityisoikeudellisten periaatteiden väärä soveltaminen sellaisiin olosuhteisiin, jotka kuuluvat julkisen oikeuden piiriin.»

huomauttaa, että VirkamVastuuL ei ylipäätään syntynyt yksityisoikeudellisten periaatteiden onnistuneena ja oikeana siirtona julkisoikeuteen, vaan valtion korvausvastuu saatiin aikaan mm. tiettyjen räikeiden yhteiskunnallisten epäkohtien vaatimana ratkaisuna[124], ja että lain säännösten sisältö muotoutui tältä perustalta. Koska yksityisoikeudellisiksi miellettyjä periaatteita ei noin vain voitu hyväksyä omaksuttavan julkisoikeudessa, alkoi asia purkautua sillä tavalla, että valtiojärjestyksen tuottamia rasituksia havaittiin muutoinkin pyrittävän jakamaan yhteiskunnan jäsenten kesken. Yhä enemmän alkoi saada sijaa näkemys, että »/t/ätä periaatetta, jota erittäinkin on tahdottu noudattaa verojen jakamisessa, pitäisi myöskin (---) soveltaa milloin yksityiset kärsivät vahinkoa virkamiesten virheellisen menettelyn takia.»[125] VirkamVastuuL:a koskevassa hallituksen esityksessä vedottiin myös yleisesti käytettyihin 'nykyajan valtioiden' lainsäädäntöratkaisuihin[126].

II.a. VahKL oli pitkään odotettu uudistus paitsi muuten myös virkatoiminnan vahingonkorvausvastuuta koskevien säännöstensä osalta. Tämä johtui erityisesti kuntien vastuuta koskeneista epäselvyyksistä[127], mutta toisaalta kyllä VirkamVastuuL:n säännökset valtionkin vastuun määrittelyperustana olivat alkaneet käydä vanhanaikaisiksi. VahKL:n sääntelemän virkavastuun voidaan sanoa olleen edistyksellinen lainsäädäntöratkaisu mm. siinä mielessä, että *virkamiehen henkilökohtainen korvausvelvollisuus pyrittiin sääntelemään mahdollisimman pitkälle samankaltaiseksi työsuhteessa toimivan henkilöstön vastuun kanssa*[128]. VahKL:n 4:2:n mukaan työntekijän vastuuta määrittäviä säännöksiä on sovellettava myös virkamieheen.

Kanavointisäännön osalta asiassa esitettiin aluksi toisistaan poikkeavia näkemyksiä. Sääntö sisältyy lain 6:2:n loppuosaan: *»se, joka on vastuussa 4 luvun 1 §:n 1 momentissa säädettyjen perusteiden mukaan, [vastaa] vain siitä määrästä, jota ei voida saada vahingosta 3 luvun mukaan vastuussa*

---

[124] Paavo Tolonen on »tulkinnut» vuoden 1910 valtiopäivillä esitettyä anomusehdotusta siten, että »kun valtiopäivillä puhuttiin varojen 'hävittämisestä' ja 'hukkaan joutumisista', tarkoitettiin ilmeisesti kavalluksia ja yleensä virka-aseman väärinkäytöksiä, jotka virkamiesten keskuudessa autonomian aikana eivät suinkaan olleet harvinaisuuksia». Hänen mukaansa ajan kuvauksista päätellen tilanne oli sellainen, että kuta korkeampi virkamies sitä vaikeampi väärinkäytöksiin oli puuttua. *Tolonen,* Lakimiesuutiset 1985 s. 28

[125] *1908 II vp. asiak. V:2 LaVM n:o 7 Anomusmietintö n:o 35* s. 7. Ks. myös *1910 vp. asiak. V:2 LaVM n:o 4 Anomusmietintö n:o 18* s. 5 ja *Lvk. n:o 2/1922* s. 11.

[126] *1926 vp. asiak. I HE n:o 35* s. 2

[127] Ks. esim. *Merikoski,* LM 1957 s. 292 ja *Modeen,* 1976 s. 92.

[128] Sittemmin kahden palvelussuhdelajin henkilöstön oikeusaseman samankaltaistamista on toteutettu mittavin askelin VVirkamL:n ja RL:n uudistetuin virkarikoksia koskevin säännöksin.

olevalta.» Modeenin mukaan lainkohdan sanamuoto ilmentää käsitystä, että virkamiehen vastuu on tavanomaisesti työntekijän vastuuta ankarampi. Kanavointisääntö koskee siten »vain työntekijän suhdetta työnantajaansa eikä virkamiestä suhteessa kuntaan tai muuhun julkisyhteisöön».[129] Jo aiemmin Hoppu oli esittänyt asiassa toisenlaisen kannan. Sen mukaan sääntöä on sovellettava myös virkamieskuntaan, koska VahKL:n 4:2:ssä virkamiesvastuu on nimenomaisesti säädetty määräytymään luvun 1 §:ssä mainittujen perusteiden mukaisesti.[130] Korkein oikeus on 1980-luvulla antamissaan ratkaisuissa omaksunut tämän jälkimmäisen käsityskannan (KKO 1983 II 163, 1981 II 157, 16. 10. 1980 T 2570 FINLEX/fhot, OKa 1980 s. 75—76). Nykyään sitä pidettäneen myös oikeuskirjallisuudessa täysin riidattomana[131].

VahKL:n virkavastuuta sääntelevistä säännöksistä puhuttaessa on muistettava, että edellä siteerattu HM:n 93 § on edelleen voimassa alkuperäisessä muodossaan. Oikeuskirjallisuudessa tämän havainnon yhteydessä on ollut tapana korostaa, että *VahKL ei ole merkinnyt virkatoiminnan vahinkoihin liittyvän henkilökohtaisen vastuun lakkauttamista*[132]. Perustuslaissa taattu oikeus vaatia virkamieheltä vahingonkorvausta ja VahKL:ssa toteutettu virkavastuun sääntely on KKO:n oikeuskäytännössä asetettu vastakkain selvimmin ehkä seuraavassa tapauksessa[133].

> KKO 1981 II 157: Asianomistaja vaati jutussa, jossa tuomaria syytettiin varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä, tuomarin velvoittamista korvaamaan hänelle virkavirheestä aiheutuneen vahingon. HM:n 93 §:n 2 mom:n mukaan jokaisella, joka on kärsinyt vahinkoa virkamiehen lainvastaisen toimenpiteen tahi laiminlyönnin johdosta, on oikeus vaatia virkamiehen velvoittamista suorittamaan vahingonkorvausta niin kuin siitä laissa säädetään. VahKL:n säännöksillä on virkamiehen vastuu virheellä tai laiminlyönnillä aiheutetusta vahingosta kuitenkin säädetty toissijaiseksi siten, että virkamies vastaa näin tuottamansa vahingon osalta vahinkoa kärsineelle vain siitä määrästä, jota ei voida saada siltä julkisyhteisöltä, joka on vastuussa julkista valtaa käytettäessä virkamiehen aikaansaamasta vahingosta. Kun VahKL on säädetty lain tavallisessa käsittelyjärjestyksessä, lähdettiin siitä, ettei sillä ole supistettu HM:n 93 §:n 2 mom:n säännöksestä johdettavaa yksityiselle kuuluvaa oikeutta kohdistaa virkasyytejutun yhteydessä korvausvaatimus suoraan

[129] *Modeen,* 1976 s. 103—104

[130] *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 97 ja *sama,* Kanavointisäännöstä s. 348

[131] Ks. esim. *Lappalainen* s. 510 ss. ja *Routamo — Hoppu* s. 173 sekä *1991 vp. HE n:o 151* passim.

[132] Ks. esim. *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 198 ja *Modeen,* 1976 s. 103.

[133] Ks. myös Itä-Suomen HO 21. 12. 1979 T 1934 (FINLEX/fhot) (KKO 16. 10. 1980 T 2570: ei muutosta).

asianomaiseen virkamieheen. Samalla kun tuomari tuomittiin rangaistukseen, vahvistettiin suoritustuomiota antamatta vahingon määrä, jota asianomistajan oli haettava vahingosta ensisijaisesti vastuussa olevalta valtiolta.

Yllä olevassa oikeustapauksessa ei oikeastaan suoranaisesti oteta kantaa siihen, *millainen po. lainkohdan merkitys voisi olla itsenäisenä materiaalisena vahingonkorvausoikeudellisena säännöksenä;* jutussa on ollut etusijalla asianosaisen prosessuaalisen oikeuden vahvistaminen. Kysymykseen näyttäisi kuitenkin annetun vastaus VahKL:n valmisteluasiakirjoissa ja niiden kannanottoja myötäilevässä oikeuskirjallisuudessa (tosin ainakin vastauksen ensimmäisen osan voitaneen katsoa sisältyvän implisiittisesti myös KKO:n ratkaisuus). *Yhtäältä on katsottu, että tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä säädetyllä lailla ei voida poistaa virkamiehen henkilökohtaista korvausvastuuta; toisaalta HM:ssa toteutettua sääntelyä ei ole nähty esteenä tällaisen korvausvastuun rajoittamiselle eikä sen sovittelulle.*[134] Näitä tulkintakannanottoja ei havaintojeni mukaan ole lähemmin perusteltu[135].

HM:n 93.2 § on, kuten jo edellä on käynyt ilmi ja mihin myös säännöksen sanamuoto viittaa, ennen muuta prosessuaalisen oikeuden takaava normi. On kuitenkin huomattava, että vahingonkorvausoikeudellisessa katsannossa lainkohta jäisi vaille mieltä, mikäli se katsottaisiin materiaalisessa suhteessa täysin »tyhjäksi». Perustuslain säännös, jossa todetaan oikeus vaatia vahingonkorvausta, on välttämättä käsitettävä myös korvausvelvollisuuden syntymistä edellyttäväksi normiksi. Tavallisessa laissa ei tämän vuoksi voida säännellä virkamiehelle henkilökohtaista vahingonvastuuvapautta.

Toinen näkökohta, joka lainkohtaa vahingonkorvausoikeuden suunnalta tulkittaessa on tarpeen pitää mielessä on se, että säännös nimenomaan vahingon kärsineen aseman järjestävänä ei välttämättömästi edellytä virkamiehen oikeusaseman muotoutumista tietynlaiseksi. Säännös edellyttää vain vahingon kärsineen hyvittämistä, ja sen toteuttaminen tavalla tai toisella — »niinkuin siitä laissa säädetään» — täyttää HM:n vahingonkorvausoikeudellisia järjestelyjä koskevat vaatimukset. HM:n 93.2 § ei siis edellytä virkamiehen vahingonkorvausoikeudellista »rankaisemista» vahingon kärsinen korvausoikeutta toteutettaessa; rankaisumenettelyyn ryhtymistä varten asianomaisen käytettävissä on ilmoitus virkamiehen syytteeseen panemiseksi.

---

[134] Ks. *1973 vp. asiak III:1 HE n:o 187* s. 22 ja *KM 1958:14* s. 28 sekä esim. *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 198, *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 96 ja *Modeen,* 1976 s. 103.

[135] Sen sijaan VahKL:a koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että HM:ssa käytetty ilmaus »vahingon» viittaa oikeuteen saada vahingosta täysi korvaus; *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 22.

Mitä tulee erityisesti virkamiehen vastuun sovitteluun silloin, kun tämän toissijainen korvausvelvollisuus aktualisoituu, voidaan viitata niihin huomioihin, joita tutkimuksessa on jo aiemmin esitetty kohtuusperiaatteesta. Periaatteen soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa korvausvelvollisuuden sääntely ei ole täysin vapaata.

II.b. VahKL:n tuomana uutuutena laajentunut ensisijainen ja objektiivinen julkisyhteisövastuu ei kuitenkaan ole ainoa huomionarvoinen virkatoimintaa koskevan vastuun muutos. Toinen merkittävä uutuus oli, että vahinkotapauksiin sovellettavat VahKL:n säännökset määräytyvät sillä perusteella, *onko vahinko seurausta julkisen vallan käyttämisestä.* Kun lain 3:1.1:ssä ensiksi todetaan työnantajan velvollisuus korvata työntekijänsä tuottamuksella aiheuttama vahinko ja täsmennetään työnantajan käsitettä, lausutaan saman pykälän toisessa momentissa seuraavasti:

> »Mitä 1 momentissa on sanottu työnantajasta, koskee vastaavasti valtiota, kuntaa ja muuta julkista yhteisöä tai laitosta, kun vahinko on aiheutunut sellaisen julkisyhteisön työntekijän taikka yhteisöön virka- tai siihen verrattavassa palvelussuhteessa olevan henkilön virheestä tai laiminlyönnistä toiminnassa, jota ei ole pidettävä julkisen vallan käyttämisenä.»

3 luvun 2 §:n mukaan taas:

> »Julkisyhteisö on velvollinen korvaamaan julkista valtaa käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneen vahingon. Sama korvausvelvollisuus on muulla yhteisöllä, joka lain, asetuksen tai lakiin sisältyvän valtuutuksen perusteella hoitaa julkista tehtävää.»

Mutta minkälaisia *erityispiirteitä* julkisen vallan käytöllä aiheutetun vahingon korvaamiseen sitten liittyy? Siteerattuja säännöksiä tarkasteleva voi jo kohta havaita, että edellisessä säännöksessä määritelty julkisyhteisöjen vastuu on selvästi vastuuta palvelussuhteessa olevien henkilöiden toiminnassa ilmenevistä virheellisyyksistä, siis jokseenkin tavanomaista isännänvastuuta. Jälkimmäisessä sen sijaan vahingonaiheuttajaa tai vallankäyttäjää ei identifioida ensinkään. Aivan yleisenä lähtökohtana näyttäisi siis olevan oikeutettua todeta, että säännöksen muotoilu viittaa *julkisen vallan alkuperää ja orgaaniteoriaa koskeviin oppeihin.* Ajatuksena vaikuttaa olleen, että koska julkinen valta ei ole koskaan lähtöisin virkamiehestä[136], ei ole perustetta erotella virkamiesten virheitä ja laiminlyöntejä julkisyhteisön »omasta» tuottamuksesta.

---

[136] Tähän mm. jo Ståhlbergin hallinto-oikeuden oppikirjassa esitettyyn ajatukseen nykyinen juristikunta on saanut tutustua Merikosken tuotannon välityksellä. Mielenkiintoista on, että vanha oppi esitetään vielä useita vuosikymmeniä myöhemmin samalla lauserakenteella ja lähes sanatarkkana toistona. Ks. *Ståhlberg,* 1928 s. 207 ja *Merikoski — Vilkkonen* s. 207.

1. Erityisesti käsillä olevan työn kannalta huomionarvoinen julkisen vallankäytön korvausvastuuta koskevaksi käsitetty erityispiirre on se, että kyse voi olla ainoastaan *yhteisön* vastuusta tai poikkeustapauksessa yhteisöön palvelussuhteessa olevan taikka luottamustoimeen valitun vastuusta[137]. Jos huomio kiinnitetään yksin VahKL:n 3:2:ään — niinkuin on toistaiseksi pääasiassa tehtykin — kannanotto vaikuttaa varsin oikeutetulta: lainkohdassa *ei ole otettu huomioon yksityishenkilöä mahdollisena julkisen vallan käyttelijänä*[138]. Pykälän mukaan julkisyhteisöjen lisäksi korvausvelvolliseksi voi tulla ainoastaan 'muu yhteisö', joka lain, asetuksen tai lakiin sisältyvän valtuutuksen perusteella hoitaa julkista tehtävää. Tiettyä mielenkiintoa tässä suhteessa liittyy vast'ikään toteutettuun VahKL:n muutokseen, joka toi mm. lain 4. luvun 2 §:ään uuden 4. momentin. Lainkohdassa lausutaan seuraavaa:

> »Julkisyhteisön luottamushenkilön luottamustoimessaan aiheuttaman vahingon korvaamiseen on sovellettava 1 §:ssä säädettyjä perusteita. Niitä on sovellettava myös, jos joku muu, olematta tässä luvussa tarkoitetussa palvelussuhteessa 3 luvun 2 §:ssä tarkoitettuun yhteisöön, aiheuttaa vahingon julkista valtaa käyttäessään.»

Lainkohdan sijainti ja säännöstä koskevat esityöt huomioonottaen voidaan todeta, että uudistuksen yksinomaisena tavoitteena on ollut ko. henkilöryhmien aseman yhtäläistäminen hallintovirkamiesten aseman kanssa *regressivastuun* ja *kanavointiedun* osalta. Näin ollen uutta säännöstä ei ole perusteltua käsittää osoitukseksi ajattelutavan muutoksesta sikäli, etteikö julkisen vallankäytön vastuu olisi edelleenkin ensikädessä juuri yhteisöjen vastuuta.[139] Itse asiassa yllä siteerattu sääntely merkitsee, että vastuusubjektiksi tulisi lievän tuottamuksen vahingoissa aina voida osoittaa joku yhteisö, koska tältä osin lainkohta edellyttää vahingonaiheuttaneen yksilön ehdotonta vastuuvapautta.

Kuten tuonnempana tutkimuksessa lähemmin osoitetaan, myös *yksityisinä ammatinharjoittajina toimiville lääkäreille kuuluu julkisen vallankäytön valtuuksia.* Po. erityispiirteen valossa vahingonkorvausvastuun järjestelykysymys vaikuttaisi käyvän ongelmalliseksi sen vuoksi, että yksityispraktikkona toimivan lääkärin toiminnan taustalle on vaikea konstruoida VahKL:ssa tarkoitettua yhteisöä. Koska tiettyjen vallankäytön toimien uskominen yksityissekto-

---

[137] Ks. esim. *Hannuniemi,* DL 1987b s. 751, *Viljanen,* 1990 s. 388, *Modeen,* 1976 s. 101, 103 ja KKO 1983 II 163.

[138] Yleensäkään julkisen vallan käyttämiseen ja julkisten tehtävien hoitamiseen yksityishenkilöiden toimesta ei vanhastaan ole juuri kiinnitetty huomiota. Ks. myös esim. *Mäkinen — Laaksonen — Vuorinen — Rautio* s. 90 ja 139.

[139] Ks. *1991 vp. HE n:o 151* s. 2—3 ja 6.

rille lain nimenomaisin säännöksin oikeuttaa sinänsä puhumaan yksityisten mahdollisuudesta VahKL:ssa tarkoitettuun julkisen vallan käyttöön ja yksityisille uskotuista julkisista tehtävistä, voitaisiin tietysti tällä perusteella HM:n 93.2 §:ään vedoten argumentoida vastuun syntymisen puolesta. Mutta miltä asia näyttää tarkasteltaessa sitä lähemmin VahKL:n valossa? Kysymys on varsin merkityksellinen sen vuoksi, ettei lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin ole katsottu kuuluvan tuomioistuintemme toimivaltaan.

Mielenkiintoinen huomio tässä yhteydessä on, että Ruotsin vahingonkorvauslakiin kirjoitettiin selvä sääntö, jonka mukaan valtio tai kunta vastaa aina julkista valtaa käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneesta vahingosta (3:2). Esim. asianajajaliiton ja kauppakamarien osalta po. korvausvastuun kantaa sikäläisessä käytännössä valtio[140]. Myös oman VahKL:mme valmistelussa huomautettiin, että »/s/aattaisi olla tarkoituksenmukaisempaa panna vastuu, kunnan toimialaan kuuluvia tehtäviä lukuunottamatta, valtion kannettavaksi niissäkin tapauksissa, joissa julkista valtaa on uskottu muulle oikeussubjektille». Asiassa päädyttiin kuitenkin siihen, että valtion tai kunnan organisaatioon kuulumattomien *'yhdyskuntien ja oikeushenkilöiden'* vastuuseen on otetettava kanta kunkin vastuusubjektin osalta erikseen niitä koskevaa erityislainsäädäntöä kehitettäessä[141].

VahKL:n esityöt viittaavat siihen, että yksityishenkilöt potentiaalisina julkisen vallan käyttäjinä eivät olleet edes esillä säädöksen valmistelussa. Siten ei ole ihme, etteivät lain valmistelijat kantaneet suurempaa huolta järjestääkseen kaikkiin julkisen vallan käyttämisen vahinkotilanteisiin varmasti maksukykyisen ja -tahtoisen vastuunkantajatahon: tämä huoli ei viriä yhtä helposti oikeushenkilöiden kuin luonnollisten henkilöiden korvausvastuusta puhuttaessa. Tuoreessa VahKL:n 4:2.4:ssä yksityishenkilöiden mahdollisuus julkisen vallankäytön toimiin tulee tosin selvästi esiin, mutta kun sääntely nojaa perusteettomaan oletukseen, että julkista valtaa käytetään aina jonkun yhteisön isännänvastuun »varjossa», ei uusi lainkohta ole ratkaisu po. ongelmaan. Käsittääkseni olisi kuitenkin varsin arveluttavaa lähteä oikopäätä siitä, että yksityishenkilöiden aiheuttamissa julkisen vallankäytön vahinkotapauksissa vahingon kärsinyt jätettäisiin vaille VahKL:n mukaista korvaussuojaa. Tämä merkitsisi tuntuvaa epäkohtaa vahingonkorvausoikeudellisessa oikeussuojajärjestelmässämme. Toisaalta erityisesti lääkärintoimen näkökulmasta on todettava, että julkisen vallankäytön toimiin turvautuminen on yksityislääkäreille periaatteessa vapaaehtoista, mihin varsin huonosti sopii ajatus vahingonkor-

[140] Ks. esim. *Hellner,* Skadeståndsrätt s. 311—312.

[141] *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 17; vrt. *Ltk. n:o 3/1971* s. 18.

vausoikeudellisesta »vastuuvapaudesta».

Kun VahKL:a analysoidaan hieman tarkemmin, voidaan havaita, että käsillä ei sittenkään ole loppujen lopuksi kovin visainen oikeusturvaongelma. Vaikka edellä on korostettu, että VahKL:n korvausvelvollisuuden syntymisen toteavista normeista vain 3:2 on nimenomaisesti määritelty koskemaan ko. vahinkotilanteita, on toisaalta huomattava, että lailla pyrittiin sen lex generalis-luonteen mukaisesti *kattavaan* erityissäännösten ja sopimusvastuun soveltamisalan ulkopuolelle jäävien vahinkotilanteiden sääntelyyn. Tämä toteamus vie huomion VahKL:n ensimmäiseen korvausvelvollisuuden syntymisen toteavaan säännökseen, lain *2:1.1:ään.*

> »Joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toisella vahingon, on velvollinen korvaamaan sen, jollei siitä, mitä tässä laissa säädetään, muuta johdu.»

Nähdäkseni on lähdettävä siitä, että kun ko. 2. luvun otsikkona on »Vahingon aiheuttajan korvausvastuu», ei 'työnantajan ja julkisyhteisön korvausvastuuta' sääntelevien 3 luvun säännösten soveltumattomuus saata merkitä vahingonaiheuttajan henkilökohtaisen vastuun poistumista. *Vain niiden soveltuvuustilanteissa 'johtuu muuta'.* VahKL:n 2:1.1:ää voidaan perustellusti pitää *yleisenä* korvausvelvollisuuden syntymisen toteavana säännöksenä, joka sellaisena *koskee myös julkisen vallankäytön vahinkotilanteita.*[142] Tätä käsitystä tukee osaltaan myös KKO:n ratkaisu 1983 II 163, jossa kunnanhallituksen jäsenten henkilökohtainen korvausvastuu julkisen vallan käyttämisestä aiheutuneesta vahingosta on perustettu ko. VahKL:n säännökseen.

Lisäksi saatetaan todeta, että VahKL:n 2:1.2:n sisältämä *sovittelusäännös* estää yksityisen henkilön korvausvastuun muotoutuvan julkisen vallankäytön vahinkotapauksissa kohtuuttoman raskaaksi. Toisaalta erityisesti lääkäreistä puhuttaessa on huomattava, että nämä kuuluvat lähes 100 %:sesti Suomen lääkäriliiton järjestämän *vakuutusturvan* piiriin, jonka vastuuvakuutus kattaa myös po. vahingonkorvausvelvollisuuden.

2. VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten soveltumisen erityispiirteisiin on toisinaan mainittu kuuluvan, että vastuu käsittää myös ns. *anonyymin tuottamuksen*[143]. Tällä tarkoitetaan sitä, että julkisyhteisön korvausvelvollisuus syntyy siitä huolimatta, pystytäänkö virheelliseen menettelyyn

---

[142] Vrt. *Routamo,* LM 1985 s. 75.

[143] Ks. *Modeen,* LM 1976 s. 411, *sama,* 1976 s. 98 ja 102, *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 83, *Routamo — Hoppu* s. 152, 155, *Pekkanen,* LM 1983 s. 1047, *Viljanen,* 1990 s. 373. Vrt. ruotsalaisesta kirjallisuudesta esim. *Hellner* s. 310.

syyllistynyt henkilö yksilöimään. Kyseisen käsityksen yhteys orgaaniteoriaan on ilmeinen. Anonyymin tuottamuksen vastuun rajoittaminen pelkästään julkisen vallankäytön tilanteisiin lienee kuitenkin *virheellinen*. Jo VahKL:a koskevassa hallituksen esityksessä on korostettu yleisesti, että julkisyhteisöjen vastuu tulisi saada »ensisijaiseksi ja siitä riippumattomaksi, voidaanko yksittäistapauksessa todeta, kuka on syyllistynyt vahingon aiheuttaneeseen tekoon»[144]; yksityiskohtaisissa perusteluissa lakiesityksen '3 luvun 1 ja 2 §:ssä tarkoitetun vastuun' todettiin nimenomaisesti määräytyvän tällaiseksi[145]. Tämänmukainen tulkinta vastaa myös Bengtssonin Ruotsin vahingonkorvauslaista esittämää käsityskantaa[146].

3. VahKL:ssa tarkoitettuja julkisen vallan käytöstä aiheutuvia vahinkotapauksia koskee säädöksen 3:2.2:n sisältämä ns. *standardisääntö*.

> »Edellä 1 momentissa säädetty vastuu yhteisöllä on kuitenkin vain, milloin toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu.»

Näin määritellyn korvausvelvollisuuden erityisen edellytyksen sisältö on yleensä tulkittu siten, että lainkohta merkitsee *lievennystä* yleiseen tuottamussääntöön: vastuun syntyminen edellyttää normaalia moitittavampaa vahingonaiheuttamistapaa[147]. Tämä tulkinta on tavallisesti perusteltu viittaamalla VahKL:n valmisteluaineistossa esitettyihin näkökohtiin[148]. Po. säännöksen perusteellisempaa analyysiä edustaa Mikko Tulokkaan käymä tarkastelu.

Tulokas huomauttaa VahKL:n 3:2.2:n säännöksen muodostavan omaperäisen, yhdistetyn vastuutyypin, jossa on aineksia *sekä isännänvastuusta että orgaanivastuusta*. »Kysymyksessä ei ole pelkästään isännänvastuun rajoittaminen, vaan myös niiden tilanteiden arviointi, joissa vahingon syy on yksityisen virkamiehen yläpuolella, esim. julkisyhteisöjen toiminnan huonossa organisoinnissa, puutteellisissa resursseissa ja muissa sen kaltaisissa seikoissa.» Tältä perustalta muotoutuu kahdenlaisia »tuottamuskelpoisia» subjekteja, ja sen mukaisesti voidaan puhua yhtäältä julkisyhteisöjen »omasta» tuottamuksesta ja toisaalta virkamiesten tuottamuksesta.[149] Tulokas ei ole po. lainkohtaa tulkitessaan valmis redusoimaan kaikkea julkisyhteisöjen nimissä harjoitettua toi-

[144] *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 10

[145] *Ibid.* s. 18

[146] *Bengtsson I* s. 180

[147] Ks. esim. *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 84 ja *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 200.

[148] Ks. *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 17—18.

[149] Ks. *Tulokas,* DL 1979 s. 101 ja 103. Vrt. *Pekkanen,* LM 1983 s. 1047 ja *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 83.

mintaa yksilötasolle. Selitys lienee vanhaa perua olevissa yksityisoikeudellisissa opeissa, joiden mukaan oikeushenkilön vastuu saattaa olla vastuuta paitsi työtekijän myös sen itse aiheuttamasta vahingosta[150]. Joka tapauksessa Tulokas torjuu ajatuksen, että toimintojen organisointia, resurssiratkaisuja, virkamiesten pätevyysvaatimusten määrittelyä, yms. koskevia virheellisyyksiä voitaisiin tarkastella normaalin tuottamusarvioinnin valossa[151].

Tulokkaan vastauksena VahKL:n 3:2.2:n merkitykseen on ensinnäkin, että säännös *suhteuttaa* julkisen vallan käytöstä johtuvan *korvausvastuun eri aloilla* asetettaviin vaatimuksiin. »Siinä lausutaan julki — tosin hyvin yleisessä muodossa — ne tekijät, jotka on otettava huomioon asetettaessa käyttäytymismallia julkisyhteisölle. Negatiivinen poikkeama tästä käyttäytymismallista merkitsee yhteisölle korvausvastuuta, mikäli muut edellytykset täyttyvät.» Esim. jos vahingon syynä on virkamiesten liian suuri työtaakka, ei korvauskysymystä ratkaista perinteisen isännänvastuukonstruktion avulla, vaan on selvitettävä, onko julkisyhteisö täyttänyt toiminnan organisoinnille »kohtuudella asetettavat vaatimukset». Kyse on yhteisön omaa tuottamusta koskevasta arvioinnista.[152] Toisella, yksittäisten virkamiesten toiminnan tasolla edellytettävä huolellisuus on Tulokkaan mukaan *riippuvuussuhteessa* julkisyhteisölle asetettaviin vaatimuksiin. Virkamiestä koskevan käyttäytymismallin rakentaminen perustuu häntä koskeviin määräyksiin, pätevyysvaatimuksiin, työskentelyolosuhteisiin, jne. *Tälle tasolle standardisääntö ei oikeastaan tuo mitään uutta,* koska vahinkoa aiheuttavan menettelyn tuottamuksellisuus arvioidaan sellaisten seikkojen valossa, jotka joka tapauksessa olisi otettava huomioon.[153]

Vaikka standardisääntöä on ehditty soveltaa jo useissa KKO:n ratkaisuissa, on niiden perusteella silti aika vaikea joka suhteessa puolustaa Tulokkaan selitysmallin pätevyyttä. Referoin kuitenkin seuraavassa oikeustapauksen, joka kenties saattaa olla mahdollista käsittää mallin soveltamisen ilmaukseksi.

> KKO 1987:23: Kunnan rakennustarkastaja, joka oli tietoinen siitä, että rakennuspaikan maapohja saattoi edellyttää rakennuksen perustuksen osalta erityistoimenpiteitä, oli rakennuslupahakemusta käsiteltäessä vaatinut pohjatutkimuksen suorittamista ja sen tulokset huomioonottavaa perustan rakentamisen suunnittelua rakennuspiirustuksineen. Rakennuksen valmistuttua oli havaittu, että sen maavaraiset lattiat olivat painuneet aiheuttaen rakennukselle vaurioita. Huomioonottaen rakennustar-

---

[150] Vrt. myös ehdotukset oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaksi lainsäädännöksi; *Oikeushenkilön rangaistusvastuu* s. 91 ja 138 sekä *Ltk. n:o 3/1990* s. 93 ja 147.

[151] *Tulokas,* DL 1979 s. 104

[152] *Ibid.* s. 104

[153] *Ibid.* s. 104

kastajalle kuuluva tehtävän laatu ja tarkoitus rakennustarkastajan katsottiin vallinneissa olosuhteissa täyttäneen toiminnalleen asetettavat vaatimukset, vaikka hän ei ollut antanut lattioiden osalta tarkempia rakennustapaohjeita eikä seurannut yksittäisiä työvaiheita rakennuksella. Kunta ei siten ollut vastuussa aiheutuneesta vahingosta.

Rakennustarkastajan menettelyn moitteellisuutta arvioitaessa oikeustapauksessa on kiinnitetty huomiota asianomaisen toimenkuvaan ja vallinneisiin olosuhteisiin. Niihin nähden tämän menettelyn hyväksyttävyyttä näyttäisi arvioidun jokseenkin normaalisti. Toisaalta rakennustarkastajan »yläpuolella» olevien järjestelyjen osuutta ei ole selvästikään otettu vastaavanlaisen tarkastelun kohteeksi.

Po. selitysmalliin ja yleensäkin orgaanitoiminnan konstruktioon voidaan suhtautua kriittisesti siltä kannalta, että se tavallaan peittää tiettyjä tehtäviä hoitavien henkilöiden yksilöllisen toiminnan. Se ei ota huomioon, että kun julkisen vallankäytön vastuukysymystä tarkastellaan 'yksittäisten virkamiesten yläpuolella' olevien näkökohtien valossa, saattaa silloinkin löytyä vahinkoon syyllisiä, ja että »tuottamusarvostelu sisältää välttämättömänä osanaan sen, että henkilön on suhteessaan muihin noudatettava sitä varovaisuutta, jota normaaliihmiseltä kohtuudella voidaan vaatia»[154]. Toisaalta ei tietysti saateta kiistää, että eräiden po. kaltaisten toimintojen virheellisyyksistä alkusyynsä juontavia vahinkoja ei — ilman orgaanitoiminnan konstruktiotakaan — missään tapauksessa korvata lähtien tuottamussäännön yksioikoisesta soveltamisesta. Eräät toiminnot mielletään siinä määrin kaukaisiksi taustatekijöiksi, että ellei niiden merkitystä rajoiteta tuottamuksen alueen rajauksin niin se tehdään vedoten vaikka *syy-yhteyden* puuttumiseen.

Oikeuskirjallisuudessa VahKL:n 3:2.2:n korvausvastuuta rajaavaan vaikutukseen on suhtauduttu varauksellisesti[155]. On tietysti mahdollista, että säännöstä silti tulkitaan jossain määrin »The king can do no wrong»-maksiimin ohjaamalla tavalla; onhan lainkohta varsin luontevaa nähdä valtiotahdon oikeudenmukaisuutta korostavan ajattelutavan ilmentymäksi tai jäänteeksi, mikä syyllisyysperusteisen vastuun järjestelmässä merkitsee korvausvelvollisuuden asettamista vastaanpuhuvaa näkökohtaa. HM:n 93.2 § huomioonottaen vahingon aiheuttanut henkilö saattaa tällöin itse joutua korvaamaan vahingon.

---

[154] *Routamo — Hoppu* s. 156

[155] *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 200: »Tosin on perusteltua lähteä siitä, että valtio ei voi julkista valtaa käyttäessäänkään vapautua ensisijaisesta vastuustaan kuin riittävän perustein.» *Modeen,* 1976 s. 101—102: »Toistaiseksi on todettava, että säännöksen laaja tulkinta voisi huomattavassa määrin rajoittaa julkisoikeudelista korvausvastuuta. Tämä ei kuitenkaan voi olla säännöksen tarkoitus.»

Tässä yhteydessä ansaitsee tulla mainituksi, että Ruotsin vahingonkorvauslaissa ollut vastaavanlainen standardisääntö (3 luvun 3 §) on kumottu lailla 1989:926. Muutoksen taustalla oli lainkohdan aiheuttama tyytymättömyys vahingonkärsineen oikeussuojan riittämättömyyteen, mikä oli tullut esiin varsinkin eräiden 1980-luvulla käytyjen oikeudenkäyntien yhteydessä[156]. Ko. säännöksen kumoamista perusteltiin mm. julkista vallankäyttöä koskevan vastuun sääntelyn yksinkertaistamisella, sen lähentämisellä yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita, viranomaistoiminnan yleisen uskottavuuden lisäämisellä ja sillä erityisesti viimemainittuun näkökohtaan liittyvällä laajalti hyväksytyllä käsityskannalla, että viranomaisten toimintaa oli voitava arvioida nimenomaan yleisön eikä niiden omasta näkökulmasta[157]. Voimassaolevaa omaa standardisääntöämme ajatellen saatetaan kuitenkin sanoa, ettei ole olemassa sellaista harkintaan oikeuttavaa normilausetta, jolla olisi mahdollista tarkasti rajata ja määritellä harkintavallan käyttö, ja että niin ollen myöskään VahKL:n 3:2.2:ää ei ole syytä nähdä sitä koskevan lainkäytön mielekkään kehittämisen ylipääsemättömäksi esteeksi.

4. VahKL:n 3:2.2:llä on selostetun rajoitusmerkityksen lisäksi katsottu olevan vaikutuksensa myös korvauskysymysten selvittelyssä noudatettavaan *todistustaakan* jakoon, vaikka lainkohta siitä varsinaisesti vaikeneekin. Asiasta oikeuskirjallisuudessamme esitettyjen käsitysten mukaan *viranomaisen asiana on osoittaa, että sen vahinkoa aiheuttanut virheellinen menettely ei ole johtunut toiminnalle kohtuudella asetettavien vaatimusten laiminlyömisestä.*[158] Ruotsissa Bengtsson on pitänyt sikäläiseen vahingonkorvauslakiin aiemmin sisältynyttä standardisääntöä koskevan todistustaakan jaon lähtökohtana normaalia kantajan näyttövelvollisuutta, joka koski myös »åsidosättande av skälig standard». Kuitenkin esim. sellaisissa erityistilanteissa, joissa julkisyhteisö voi vedota virheen syihin edukseen, olisi hänen mukaansa todistustaakka näistä seikoista tullut kuulua valtiolle tai kunnalle.[159] Käsittääkseni Begtssonin näkemys ei välttämättä asiallisesti poikkea kovinkaan merkittävästi meille soveltuvasta kannasta.

Näyttökysymykset ovat prosessioikeuden vaikeimpia ongelmia, ja ellei niihin oikeuskäytännössä oteta nimenomaisesti kantaa, ei oikeustapausanalyysin perusteella ole helppo tehdä johtopäätöksiä. Tiedossani ei ole erityisesti vi-

---

[156] *Reg. prop. 1989/90:42* s. 3 ja 13. Ks. myös *Kleineman* esim. s. 65—66, 70—71 ja 80.

[157] *Reg. prop. 1989/90:42* s. 14 ja 15

[158] Ks. esim. *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 200, *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 86 ja *Arti* s. 154.

[159] *Bengtsson I* s. 216—218

ranomaistoiminnan huolellisuuden tason osoittamisen todistustaakkaa selventäviä lainkäyttötapauksia. Julkisen vallankäytön vastuuta koskevaan näyttöongelmaan kantaaottavana on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin arvioitu seuraavaa oikeustapausta[160].

> KKO 1986 II 6: Rakennuskaavaluonnoksen mukainen rakennuspaikka poikkesi A:n omistaman määräalan sijainnista siten, että rakennuspaikka ulottui osaksi B:n maalle. Kun kunnan rakennuslautakunta oli kunnan rakennustarkastaja J:n A:n puolesta laatiman rakennuslupahakemuksen perusteella, vaatimatta rakennusasetuksen 122 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaista selvitystä siitä, että A hallitsi rakennuspaikkaa, myöntänyt A:lle rakennusluvan siten, että rakennus sijaitsi osittain B:n maalla, kunta velvoitettiin korvaamaan A:lle, joka oli rakentanut luvan osoittamalle paikalle, asiasta aiheutunut vahinko. HO totesi asiassa, että koska A ei ollut näyttänyt J:n toimineen asemapiirroksen laatiessaan kunnan viranomaisena, kunta ei voinut olla vastuussa piirroksen laatimisen yhteydessä tapahtuneeksi väitetystä laiminlyönnistä. Asian tultua KKO:n käsiteltäväksi se totesi, ettei kunta ollut esittänyt selvitystä, jonka mukaan J olisi ilmoittanut A:lle toimivansa asemapiirroksen ja rakennuslupahakemuksen laatiessaan yksityishenkilönä. J:n ilmoituksen mukaan hänen tehtäviinsä olikin kuulunut hakijain avustaminen rakennuslupahakemusten laatimisessa.

Kun yllä olevan tapauksen varsinaiseksi ongelmaksi KKO:ssa rakennustarkastajan toiminnan osalta on ilmeisesti mielletty kysymys siitä, tuliko tämän menettelyä asemapiirroksen ja rakennuslupahakemuksen laatijana pitää julkisen vallan käyttönä, on ratkaisua vaikea käyttää yksiselitteisenä perusteluna julkisen vallankäytön toimien huolellisuutta koskevaan todistustaakan jakoon kantaa otettaessa. Toki se siltäkin osalta kansalaisen oikeussuojaan vaikuttaviin näkökohtiin huomion kiinnittäen antaa tukea julkisyhteisön näyttövelvollisuuden vaatimukselle.

5. Erityisen huomionarvoinen julkisen vallan käytöstä aiheutuvien vahinkojen korvaamiseen liittyvä seikka johtuu *VahKL:n 5 luvun 1 §:stä*. Lainkohdassa todetaan:

> »Vahingonkorvaus käsittää hyvityksen henkilö- ja esinevahingosta. Milloin vahinko on aiheuttu rangaistavaksi säädetyllä teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka milloin muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä, käsittää vahingonkorvaus hyvityksen myös sellaisesta taloudellisesta vahingosta, joka ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon.»

Kuten siteerauksesta käy ilmi, kyse ei tällä kohden ole sellaisesta erityispiirteestä, joka koskettaisi yksinomaisesti julkisen vallankäytön tilanteita. Sään-

[160] *Viljanen*, 1990 s. 400

nöksessä tarkoitettu laajennettu korvausvastuu koskee myös rangaistavaksi säädetyllä teolla aiheutettuja vahinkoja[161] ja vahinkoja, joissa hyvitystarve johtuu erityisen painavista syistä.

Kun pääsäännön mukaan ulkokontrahdillisessa vastuussa pelkästään henkilö- ja esinevahingot kuuluvat korvattavien vahinkojen alaan, *on muiden ohella julkisen vallan käyttö mainittu perusteeksi puhtaan varallisuusvahingon korvattavuudelle.* Käsilläolevan tutkimuksen kannalta ja yleisemminkin lainkohdan merkitys on hyvin olennainen. Usein koko sen perustelun mielekkyys, jolla vahinkoa aiheuttanut toiminta pyritään osoittamaan julkisen vallan käyttämiseksi, on juuri po. säännöksen varassa.

Ko. lainkohdassa toteutettu korvausvastuun rajoitus (= vastuun laajentamista koskeva rajautuminen) antaa aiheen huomattaa, että se ei ole ristiriidassa HM:n 93.2 §:n kanssa. HM:ssa ei näet määritellä korvattavaa vahinkoa, vaan se on jätetty laintasoisin normein säänneltäväksi (VahKL:n 5 luku). Perustuslain ja lain suhde on tällä kohden normaalikäytännön mukainen.

6. VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten esittelyn yhteyteen kuuluvat myös lain *3 luvun 4 ja 5 §:t.* Edellisen ns. passiivisuussäännön mukaan vahinkoa kärsineen on haettava muutosta viranomaisen vahinkoa aiheuttaneeseen päätökseen.[162] Ellei hän tee sitä ilman pätevää syytä, hän menettää oikeutensa vahingonkorvaukseen siltä osin kuin muutosta hakemalla vahinko olisi voitu välttää.[163] Jälkimmäisellä säännöksellä, jolla rajoitetaan kanneoikeutta eräiden viranomaisten päätösten aiheuttamien vahinkojen johdosta, on pyritty estämään mm. ylempien viranomaisten antamien lainvoiman saaneiden ratkaisujen arvostelua alioikeuksissa käytävissä vahingonkorvausprosesseissa[164]. Vaikka kumpikaan lainkohta ei nimenomaisesti ole määritelty sääntelemään julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta, voidaan niiden todeta koskevan tuon vallankäytön tiettyä osa-aluetta.

III. Kysymys valtion vastuusta sen virkamiehistön aiheuttamista vahingoista on oikeastaan mahdollinen vasta silloin, kun valtioyhteisö on siinä määrin kiin-

---

[161] Kyse on rangaistavuudesta in abstracto; ks. esim. *Routamo — Hoppu* s. 195, *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 72 ja *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 23.

[162] Myös passiivisuussääntö kumottiin Ruotsin vahingonkorvauslaista lailla 1989:926. Perusteluista lähemmin ks. *Reg. prop. 1989/90:42* s. 17—19.

[163] Säännöksen voidaan sanoa olevan ilmentymä siitä yleisestä periaatteesta, että vahingonkärsijä on velvollinen toimimaan vahinkonsa rajoittamiseksi. Ks. esim. *Bengtsson II* s. 9 ja *Reg. prop. 1989/90:42* s. 17.

[164] Ks. *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 19.

teytynyt, että voidaan puhua sen oikeushenkilöllisyydestä[165]. Toisaalta oikeustieteen kehityksen kulloinenkin vaihe on omiaan määrittämään sitä argumentointitapaa, jolla ongelmaan annettavaa vastausta eri aikoina perustellaan. Kun luonnonoikeudellisen rationalismin seurauksena valtiotahto eräällä tavalla esineellistettiin, oli luonnollista, että syyllisyysperusteisen vahingonkorvausvastuun saatua sijaa isännänvastuun laajentamispyrkimyksiä torjuttiin tähän tahtoon vedoten. 'Valtio oikeuden alkuperänä ei voi tahtoa väärää'; 'The King can do no wrong'. Olisi kuitenkin liiaksi yksinkertaistavaa ja ehkä myös aiempien sukupolvien ajattelutapaa aliarvioivaa kuvitella, että hallintoalamaiset pitivät tällaista perustelua mielekkäänä ja hyväksyivät vallitsevan oikeustilan sen vuoksi. Todellisuudessa valtaa pitävä luokka oli niin etäällä köyhän ja passiivisen kansan ja sen edustajien vähä-äänisestä kritiikistä, ettei asiallisia perusteluja ollut tarpeen edes kehitellä. Jonkinlaista kunnioitusta oppineiden kehittelemiä »kontrolloimattomissa» olevia oppirakennelmia kohtaan varmasti tunnettiin, mutta oleellisempaa asiassa oli hallitsijaan samaistetun yhteiskuntaluokan asema.

VirkamVastuuL ei ollut seurausta juridisten oppirakennelmien muutoksesta. Sitä ei ollut myöskään VahKL. Sama koskee yleensäkin erilaisia lainsäädäntöhankkeita. Oppirakennelmat muotoillaan tavallisesti kunakin aikana voimassaolevien oikeussääntöjen edellyttämin tavoin, ja siten ne yleensä pohjautuvat alunalkaen oikeusjärjestykseen. Mutta koska niillä on taipumus muokata ajattelua perustansa kadottuakin, ne käyvät helposti — niinkuin edellä on todettu — yhteiskunnallisen kehityksen jarruksi. Toisaalta alunalkaen johonkin ongelmaan soveltumattomaksi mielletty teoria saattaa johtaa myös toivottuun ratkaisuun. Vahingonkorvausoikeudessa orgaaniteoria ilmeisestikin miellettiin aikanaan sellaiseksi pelastavaksi oljenkorjeksi, johonka viitaten teoreetikot saattoivat unohtaa valtiotahdon käsitteeseen liittyvät probleemat ja tulkita VirkamVastuuL:a sen rajoitteista vapaana.[166]

[165] Vrt. *H. Tolonen,* 1982 s. 118, joka huomattaa siitä, kuinka valtio käsitettiin feodalismin kaudella aluksi ennen muuta yhteisenä etuna ja yhteisenä asiana ja vasta myöhäisfeodalismissa tämän lisäksi myös oikeushenkilönä.

[166] Kun historiantuntemuksen sanotaan vaikuttavan emansipatorisesti, olisi voinut olettaa, että VahKL olisi pyritty laatimaan ilman orgaaniteoriaa. Näin ei kuitenkaan käynyt. Ks. *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 13 ja *KM 1965:A4* s. 24 ja 31. Kuten edellä on nähty, ko. teoriaa käytetään myös lain tulkintaan. Ks. myös *Kivivuori,* Vahingonkorvausoikeus s. 60, jossa asia tulee esille erityisesti yksityisoikeudellisten muodostelmien osalta. Käsittääkseni VahKL olisi kyllä suuremmitta hankaluuksitta voitu rakentaa ilman orgaaniteorian mukaisia lähtökohtia. Näin todettaessa on toisaalta tietysti myönnettävä, että käytännössä on kosolti tilanteita, joissa esim. lainsäädäntöteknisistä syistä on perusteltua turvautua lainopillisen toiminnan tuloksena syntyneisiin artefakteihin. Vrt. kuitenkin esim. *Alanen* s. 79, joka huomauttaa oikeustieteellisten ja legaalisten määritelmien periaatteellisesta erillisyydestä.

Virkatoiminnan vahingonvastuun sääntelyn muutosta on mahdollista tarkastella myös vahingonkorvauksen funktion kannalta. Voidaan sanoa, että *jo alunalkaen* julkisyhteisön velvoittaminen vastaamaan henkilöstönsä aiheuttamista vahingoista perustui nimenomaan vahingonkorvauksen *reparatiiviseen, hyvittävään vaikutukseen.* Vahingonkorvauksen preventiivinen puoli tuli tuskin esille VirkamVastuuL:n perusteluissa. Tässä mielessä ajattelutapa oli nykypäivän ajattelun kaltaista: virkatoiminnan lainmukaisuuden ja rikkeettömyyden takeiksi mielletään enemmänkin rikosoikeudellinen ja kurinpidollinen seuraamusjärjestelmä[167]. Toisaalta saatetaan huomauttaa, että valtion vastuullistamista vaadittaessa ei myöskään reparatiiviseen vaikutukseen vedottu sellaisenaan, vaan asiaa vietiin eteenpäin erityisesti julkisyhteisövastuun *pulveroivan* vaikutuksen avulla. Kun kerran valtiojärjestyksen tuottamia rasituksia pyrittiin muutoinkin jakamaan yhteiskunnan jäsenten kesken, oli myös valtion toiminnasta aiheutuvien vahinkojen vastuu perusteltua järjestää samalle periaatteelle.

VahKL:n julkisyhteisöjen korvausvastuuta koskevia säännöksiä ei enää ollut tarvis perustella niiden pulveroimisfunktiolla. Asiaan saatettiin mennä suoraan. »Vahingonkorvausoikeuden keskeinen tavoite on perustaa vahingon kärsineelle oikeus taloudelliseen hyvitykseen hänelle aiheutetun vahingon johdosta», perusteltiin hallituksen esityksessä uuden lainsäädännön tarvetta asettamatta julkisyhteisövastuuta tässä suhteessa mitenkään poikkeavaan asemaan[168]. Tietysti VirkamVastuuL:n läpiajossa vahingonkorvauksen pulveroitumisvaikutuksen merkitys korostui sen ankaraa vastuuta tarkoittavien säännösten vuoksi, jollaisia VahKL:iin ei sisällytetty[169], mutta on syytä olettaa, että vuosisadan alun suomalainen päättäjistö tarvitsi juuri valtiotoimintojen aiheuttamien rasitusten jakautumiseen vetoavaa argumenttia. Aika ei ollut vielä kypsä antamaan avoimesti myöten suoraan sosiaalisiin näkökohtiin vetoavalle lainsäädäntöperustelulle.

Voitaneen väittää, että *objektiivinen julkisyhteisövastuu* mielletään meikäläisessä yhteiskunnassa nykyään *ideaalitilaksi.* Sitä se oli ehkä jo VahKL:n säätämisen aikaan. Lakia koskevan hallituksen esityksen mukaan kuitenkaan »vahingonkorvausoikeuden kehittämistä ei pidä tarkastella erillisenä ilmiönä, vaan se tulee asettaa suurempiin sosiaalisiin ja taloudellisiin yhteyksiin»[170]. Julkis-

[167] Ks. myös *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 10.

[168] *Ibid.* s. 8

[169] Objektiivista vastuuta merkitseviä säännöksiä sijoitettiin VahKL:n säätämisen yhteydessä esim. syyttömästi vangitulle tai tuomitulle valtion varoista maksettavasta korvauksesta annettuun lakiin (422/74).

[170] *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 8

yhteisöjen varainhoidon kannalta niille asetettava yleinen objektiivinen vastuu mielletään siinä määrin raskaaksi järjestelyksi, ettei sen helposti katsota olevan toteutettavissa[171].

Kuntien vastuun rajaaminen VirkamVastuuL:n soveltamisalan ulkopuolelle herättää kysymyksen, johtuiko tämä valinta siitä, että kuntien asema hallinnon ja julkisen vallan orgaaneina olisi tuolloisissa yhteiskunnallisissa oloissa mielletty sillä tavoin poikkeavaksi, ettei se vahingonkorvausoikeudellisessa katsannossa olisi riittävässä määrin rinnastunut valtion asemaan. Tästä ei kuitenkaan liene aivan yksin ollut kyse. Onhan julkista toimintaa koskevien näkemysten taustalla vanhastaan ollut jonkinlainen ykseyden idea. Kaikki julkinen hallinto ja valta on samaa, ja vain niiden käyttöoikeuksien disponointi kuuluu valtiolle.[172] Kysymys on pikemminkin ollut siitä, että sellaiset tuntuvimmin korjausta edellyttäneet väärinkäytös- ja vahinkoalttiit toiminnot kuuluivat lähinnä valtion virkamiesten tehtäviin. Tätä käsitystä tukee se, että VirkamVastuuL:n 11 §:n mukaan lakia oli sovellettava »myös kunnan palveluksessa olevaan, ulosotto- tai täytäntöönpanoasioita käsittelevään taikka protestia toimittavaan viran tai toimen haltijaan». Toisaalta tietysti Suomen itsenäistyttyä nimenomaan valtiovallan suhde kansalaisiin tuli uudelleenarvioitavaksi, ja sen vuoksi HM:ssa otettiin kantaa vahingonkorvauskysymykseen juuri valtion osalta. Mutta tämäkään huomio ei riittävästi selitä sitä, että vielä useita vuosia myöhemmin VirkamVastuuL:a säädettäessä oltaisiin kiinnitetty huomiota yksinomaan kansalainen — valtio-suhteeseen. Sitä paitsi korvausvastuuta valtion virkamiesten toiminnasta aiheutuvista vahingoista oli pyritty saamaan järjestykseen jo huomattavasti ennen valtakunnan itsenäistymistä. Olennaista asiassa on, että tehtävistään johtuen kunnat hoitivat vielä tässä vaiheessa sellaista kansalaisten itsehallintoa, joka yleisesti ottaen oli väärinkäytöksistä vapaampaa. Kunnallisen hallintokoneiston tehtäviin ei kuulunut erityislainsäädäntöön perustuvaa hallintopäätösten tekoa samassa laajuudessa kuin nykyisin ja jo VahKL:n säätämisen aikaan.[173]

Yllä sanottuun viitaten voitaneen osaltaan selittää myös sitä, miksei VirkamVastuuL:iin sisällytetty myöhemmin VahKL:ssa omaksutun kaltaista jaottelua yleensä julkiseen vallankäyttöön ja muunlaiseen viranomaistoimintaan. Se, että valtion julkisen vallan käytön vastuu oli säädetty vain eräin osin ensisijaiseksi ja objektiiviseksi, lienee johtunut sekin pitkälti mainitusta väärinkäytös- ja vahinkoalttiin toiminnan rajautumisesta vain tiettyihin viranomais-

[171] Vrt. *Merikoski,* LM 1957 s. 292 ja *Bengtsson I* s. 30.

[172] Ks. esim. *Holopainen,* 1969 s. 250 ss. ja *Ståhlberg,* 1928 s. 254—255.

[173] Tällainen oli tilanne ilmeisesti kansainvälisemminkin arvioiden; vrt. *1926 vp. asiak. I HE n:o 35* s. 2 ja 3.

toimintoihin. Lisäksi on tietysti huomattava, että kun vasta VirkamVastuuL:n säännöksin toteutettiin po. kaltaisten vastuujärjestelyjen läpimurto, oli ne luonnollista ottaa käyttöön tietyllä tavalla varoen. Vielä nykyäänkään julkisen vallankäytön vastuuta ei ole voitu säätää yleisesti objektiiviseksi. Toisaalta ei pidä unohtaa, että julkisen vallan käsite on VahKL:n säätämiseen saakka ollut käytössä pelkästään oikeustieteessä ja että se VirkamVastuuL:n säätämisen aikaan oli eräiltä osiltaan selvästi hahmottumattomampi kuin nykyään[174].

2.4.3. Ankara eli objektiivinen vastuu

I. Tuottamuksesta riippumaton vahingonkorvausvastuu ei sellaisenaan ole pelkästään modernin yhteiskunnan tuote. Korvausvelvollisuuden määrittely tapaturmaistenkin tekojen seuraamukseksi edustaa itse asiassa yleistä tuottamusvastuista sääntelyä varhaisempaa kehitysvaihetta. Viitattakoon vain meillä aiemmin voimassa olleen vuoden 1734 lain säännöksiin.[175] Toisaalta yleisen tuottamusperiaatteen omaksuminen vahingonkorvausoikeuteen[176] ei liene missään vaiheessa tyystin lakkauttanut tuottamuksettoman vastuun käyttöä. Oleellista kuitenkin on huomata, että ankaran vastuun uusi tuleminen ei ole sillä tavoin entisen jatketta, että se voitaisiin yhteiskunnallisesti tulkita ja sijoittaa vanhan kaavan mukaan. Kyseessä on uusi vastaus ajan muutospaineisiin. Thomas Wilhelmsson on todennut, että kehitys on kuvattavissa »dialektisen spiraalin avulla: uusi ankara vastuu on aivan toisella tasolla liikkuva vastuumuoto kuin alkuperäinen ankara vastuu»[177]. Koska eri aikojen tuottamuksesta riippumaton vastuu ei muodosta sellaista koherenttia kokonaisuutta, jonka muutos historian eri vaiheissa merkitsisi vain saman järjestelyn modifiointia, ei asiaan tässä yhteydessä ole perusteltua koko laajuudessaan paneutua. Käsillä olevassa jaksossa keskitytään oman aikamme objektiivisen vastuun selvittelyyn. Kyse on nimenomaan uudesta vakuutusperusteisesta »no fault» -vastuusta, jonka senkin jo sellaisenaan voidaan katsoa edustavan itsenäistä vahingonvastuun muotoa. Erityisen huomion kohteena on tietysti PotilasvahinkoL, joka sitä paitsi on suhteellisen uusi tarkasteltavan vastuutyypin ilmentymä.

Käytössä olevat ankaran vastuun järjestelmät ovat kehittyneet vastuuva-

---

[174] Vrt. *Bengtsson I* s. 56, joka toteaa ruotsalaisen »myndighetsutövning» -termin olleen vanhastaan käytössä sikäläisessä valtion ja kuntien vahingonkorvausvelvollisuutta koskevassa keskustelussa saamatta kuitenkaan koskaan aiemmin tarkempaa sisältöä.

[175] Ks. esim. *Hellner,* Skadeståndsrätt s. 4.

[176] Periaatteen kulkeutumista Suomen oikeuteen on tutkinut *Kivivuori,* 1969 s. 192 ss.

[177] *Wilhelmsson,* Oikeus 1986 s. 117—118

kuutuksen pohjalta[178]. Kun vastuuvakuutuksen nojalla korvataan vain voimassaolevan vahingonkorvausoikeuden mukaisesti korvattaviksi kuuluvia vahinkoja, on tällaista korvausturvaa alettu pitää eräin osin riittämättömänä. PotilasvahinkoL samoin kuin sitä vanhemmat Liikenne- (279/59) ja TapaturmavakuutusL (608/48) sekä YdinvastuuL (484/72) ovat tästä säädännäisiä osoituksia. Se, että näiden lakien mukaisesti vakuutus on voimassa suoraan vahingonkärsijän hyväksi, oikeuttaa luokittelemaan ne vahinkovakuutuksen alaan. Kun vahingonkärsijä on niissä toisaalta vakuutussuhteeseen nähden ulkopuolinen henkilö, ja kun niissä vielä rajoitetaan vakuutusyhtiön regressioikeutta, sisältyy niihin myös vastuuvakuutusta merkitseviä piirteitä.[179]

Vapaaehtoista tietä toteutetut lääkevahinkovakuutus (1. 7. 1984) ja osaa yksityisestä terveydenhuollosta koskenut yksityispotilasvakuutus (1. 6. 1983) antavat aiheen huomauttaa, ettei PotilasvahinkoL:a säädettäessä oltu liikkeellä ennenaikaisesti — olkoonkin, että PotilasvahinkoL on tiettävästi ensimmäinen laatuaan maailmassa. Itse asiassa meillä oli jo ainakin 1960-luvulta lähtien esitetty vaatimuksia objektiivisen korvausjärjestelmän käyttöönottamisesta potilasvahingoissa[180]. 1970-luvun puolivälistä alkaen vaatimuksiin saatiin pontta vetoamalla ruotsalaiseen koko terveydenhuollon kattavaan vapaaehtoiseen potilasvakuutukseen[181]. PotilasvahinkoL:a ehdottanut Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunta saattoi esitellä myös vuonna 1974 Uudessa Seelannissa voimaansaatettua tuottamuksesta riippumatonta yleistä henkilövahinkojen korvausjärjestelmää[182].

Uudentyyppinen vahvasti *sosiaalisille näkökohdille* perustettu potilasvahinkojen korvaussysteemi on alkanut herättää maailmanlaajuista kiinnostusta. Taustavaikuttimenaan amerikkalaisen korvauskäytännön kriisi »lääkintäsosiologi» Marilynn M. Rosenthal vertaili jo 1980-luvun puolenvälin jälkeen Ison

---

[178] Vrt. *Pentikäinen* s. 453.

[179] Ks. *Arti — Rossi* s. 12, *Pentikäinen* s. 419 ja *Kaivola,* LM 1988 s. 528—529. Vrt. *Lappalainen* s. 167.

[180] *Klami,* SLL 1968 s. 2899. Ruotsin osalta ks. esim. *Bengtsson,* 1971 s. 146 ja Tanskan osalta Jesper Lett, *Patienters rättigheter* s. 141—142.

[181] Heikki Ylikangas on korostanut, että vaikka vieraan oikeuden reseptiota yleensä selitetään sen auktoriteetilla, ei tätä selitystä pidä soveltaa ruotsalaisen oikeuden omaksumiseen Suomessa. Hänen mukaansa kysymys on ollut ja on vain suomalaisen ja ruotsalaisen yhteiskunnan samanlaisuudesta niin perinteitten kuin — ja erityisesti — sosiaalisen ja valtarakenteen puolesta. *Ylikangas* s. 214. Ks. myös *Alanen* s. 78.

[182] *KM 1982:29* s. 42. Uuden Seelannin järjestelmää on laajemmin selostanut esim. *Deutsch,* Medicine and Law 1982 s. 345 ss. Merkittävä ero pohjoismaisiin järjestelmiin nähden on siinä, että Uudessa Seelannissa on valittu julkisoikeudellinen hallintomalli; ks. *ibid.* s. 345—346.

Britannian ja Ruotsin potilasvahinkojen käsittelyjärjestelmiä. Tutkimuksessaan hän päätyi suosittamaan juuri jälkimmäisen systeemin malliksiasettamista Yhdysvaltain tilanteen korjaamiseksi.[183] Aivan 1980-luvun lopulla ehti myös Euroopan neuvoston ministerikomitea antaa jäsenvaltiolleen suosituksen no fault -tyyppisen potilasvahinkojen korvausjärjestelmän toteuttamiseksi. Tosin suositus koskee vain ihmiseen kohdistuvasta *lääketieteellisestä tutkimustoiminnasta* johtuvia vahinkoja.[184]

II. Ankaran vastuun lähtökohtana on siis se, että syyllisyysperusteisen systeemin mukaisesta vahingon, syy-yhteyden ja tuottamuksen korvausvastuun syntymisen edellytykseksi muodostavasta ketjusta viimeinen lenkki puretaan. Vaikka ankaran vastuun käyttöönotolla on näin pyritty poistamaan vaikea ja mm. lääkärintoimen vahinkotilanteissa sangen kiusalliseksi koettu ongelma, kysymys tuottamuksen toteennäyttämisestä, ei terveydenhuollon todistustaakkaongelmia ole PotilasvahinkoL:lla kokonaan lakkautettu. Ensinnäkin tämä siviiliprosessioikeuden vaikeimpiin kuuluva probleema-alue[185] säilyttää relevanssinsa uudessa järjestelmässä vahingon ja syy-yhteyden todistamisen osalta. Toiseksi vaikuttaa siltä, että vahinkoa aiheuttavan toiminnan tuottamuksellisuudenkaan todistelutarve ei ole PotilasvahinkoL:n soveltamiskäytännössä täydellisesti sivuutettu kysymys. PotilasvahinkoL:n 2.2 §:n alkuun on kirjattu seuraavanlainen klausuuli:

> »Edellä 1 momentin 1 ja 2 kohdassa tarkoitetuiksi potilasvahingoiksi ei katsota sellaisen lääketieteellisesti perustellun käsittelyn seurausta, joka ei olisi ollut vältettävissä muulla, potilaan hoidon kannalta yhtä vaikuttavalla menettelyllä.»

Säännös viittaa siihen, ettei edes uuden vastuumuodon alueella olla valmiita korvaamaan hoidosta aiheutuvaa vahinkoa, ellei siinä ole jotakin moitittavaa. Menettelyn moitittavuus ei toki aina tarvitse olla erityistä asianomaisen toimijan käyttäytymisen kelvottomuutta, vaan riittävää vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiseksi on, että lääketieteellisesti arvioiden tapaukseen olisi ollut osoitettavissa parempi menettelyvaihtoehto. Siteeratun lainkohdan perusteella on siten oikeutettua puhua yleisesti *virheellisyyden* vaatimuksesta vahingon korvattavuuden edellytyksenä. On kuitenkin toisaalta huomattava, että käyttäytymistä ei ole kaikin paikoin mahdollista luonnehtia virheelliseksi, el-

---

[183] *Rosenthal* s. 245

[184] *Recommendation No R (90) 3 of the Committee of Ministers to member States concerning medical research on human beings, Principle 14.*

[185] *Tirkkonen* s. 139

lei siihen saateta osoittaa liittyvän joitakin moitteille alttiita piirteitä. Näin on usein varsikin niissä tapauksissa, joissa yksiselitteistä vastausta toiminnan oikeellisuudesta ei voida perustaa »koviin» faktoihin.

Esim. juuri lääketiede ei aina saata toimia hoitoa antavan henkilön toiminnan virheettömyyden/virheellisyyden viimekätisenä mittapuuna. Sen perusteella saatetaan ehkä tuottaa tietoa vaikkapa vain siitä, kuinka usein suunnitellusta toimenpiteestä aiheutuu tietynlaisia ei-toivottavia seurauksia, taikka kuinka tavallisia anatomiset poikkeavuudet ovat joillakin kehon alueilla. Koska vastuu kaikesta huolellisuudesta *(omnis diligentia)* joudutaan näin ratkaisemaan usein arvostusnäkökohdista, kehittyy korvauskysymysten arviointiin erilaisia tulkintastandardeja. Po. lainkohdan soveltamiskäytännössä kriteeriaseman on saanut mm. vahingollisten komplikaatioiden harvinaislaatuisuus; mitä tavallisempi aiheutunut komplikaatio on, sitä enemmän edellytetään sen huomioonottamista hoitoa suunniteltaessa. Vaikka ei tietysti pidä kiistää virheellisyyden ja tuottamuksellisuuden käsitteiden toisistaan poikkeavaa sisältöä, eikä sitäkään, etteikö hoitomenettelyn virheellisyyden osoittaminen käy monin paikoin suhteellisen kelvollisesti lääketieteellisen tietämyksen ja kokemuksen perustalta, oikeuttanee PotilasvahinkoL:n 2.2 § kannanottoon, jonka mukaan tuottamusvaatimusta ei ole kauttaaltaan täydellisesti lakkautettu lain soveltamisalaan muutoin kuuluvien vahinkojen korvattavuuden edellytyksenä[186]. Koska korvauskynnystä on onnistuttu — ainakin eräin paikoin — vain madaltamaan, voidaan ko. lainkohdan vaikutuksen sanoa osin rinnastuvan edellä käsiteltyyn VahKL:n 3:2.2:n vaikutukseen.

> Tietynasteinen sitoutuminen virheellisyys/tuottamusperusteeseen on nähdäkseni eräänlainen yhteiskunnallinen välttämättömyys. Tämä johtuu yhtäältä vahinkojen korvaamiseen käytettävissä olevien resurssien niukkuudesta ja toisaalta näiden resurssien jakomenettelyä ohjaavista arvostus- ja oikeudenmukaisuusnäkökohdista. Niillä yhteiskunnallisilla toiminta-aloilla, jotka voidaan luokitella kansalaisten etua toteuttaviksi, kuten sairaalatoimi, ei kertakaikkiaan pidetä hyväksyttävänä, että kaikki tuon toiminnan harjoittajien kontrolloimattomissa olevat vahingot säänneltäisiin korvattaviksi yleisistä tai sellaisista varoista, jotka heikentäisivät toiminnan yleisiä edellytyksiä. Asianmukaisena sitä saatetaan pitää vasta silloin, kun joku erityinen syy puhuu vahingon korvaamisen puolesta. Tällaisena erityisenä syynä virheellisyys/tuottamusperuste on hyvin laajalti käyttökelpoinen. Se on myös siinä mielessä teoreettisesti »pätevä», että sen avulla voidaan identifioida tai ainakin olettaa vahingon aiheuttava subjekti.

[186] Vrt. Ruotsin potilasvakuutuksen osalta *Oldertz,* JFT 1981 s. 391, jonka mukaan diagnoosivahinkojen korvauskäytännössä ei naapurimaassamme ole todellisuudessa voitu etääntyä kovin kauaksi tavanmukaisesta tuottamusperiaatteesta. Ks. myös *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 12.

Lähelle perinteistä tuottamusarvostelua joudutaan erityisesti PotilasvahinkoL:n 2.1 §:n 1 kohdan tarkoittaman *laiminlyöntivahingon* tarkastelussa. Lainkohdan mukaan potilasvahinkona korvataan henkilövahinko, »jonka potilaan tutkimus, hoito tai muu vastaava käsittely taikka sellaisen laiminlyönti on todennäköisesti aiheuttanut». Jos potilaalle ei tehdä asianmukaisia toimenpiteitä, menettelyä voitaneen tuskin useinkaan pitää laiminlyöntinä, ellei siinä ole jotakin moitittavaa. Itse asiassa po. säännöksen 3 kohdan tarkoittamissa *tapaturmavahingoissakin* kiinnitetään korvauskäytännössä eräin kohdin huomiota siihen, kytkeytyykö vahinkotapahtumaan laiminlyönti.

> Potilasvahinkolautakunta[187] 5. 2. 1988, dnro P 44/87: Sepelvaltimotautia, aivoverenkiertohäiriötä ja verenpainetautia sairastavalle 78-vuotiaalle potilaalle tehtiin kaihileikkaus. Kyynärsauvojen avulla kulkeva potilas kaatui leikkausta seuraavana päivänä osaston käytävällä mennessään käymälään ja sai ranteeseensa murtuman. Leikattu silmä oli tuolloin peitetty metallisuojuksella. Potilas näki toisella silmällä ainoastaan kaihilasin avulla. Suojuksen vuoksi kaihilasin käyttäminen oli mahdotonta. Potilasvakuutusyhdistys[188] eväsi potilaalta korvauksen. Potilasvahinkolautakunta totesi, että potilaan liikkumiskyky oli kaatumisen tapahtuessa rajoittunut. Hänen näkökykynsä oli niin heikko, että hän oli käytännössä sokea. Potilaan ikä huomioonottaen tämä oli ollut oudossa ympäristössä sairaalassa avuton. Tilanteeseen vaikuttivat myös potilaan ennestään sairastamat taudit sekä annettu lääkitys, joka saattoi aiheuttaa huimausta iäkkäälle henkilölle. Potilasta ei olisi pitänyt päästää liikkumaan yksin ilman apua jo leikkausta seuraavana päivänä. Näin ollen lautakunta katsoi, että potilaan hoidossa oli tapahtunut laiminlyönti, jonka seurauksena tämä oli kaatunut ja saanut rannemurtuman. Tapaturma liittyi potilaan hoitoon. Lautakunta suositti, että potilaan kaatuminen korvataan PotilasvahinkoL:ssa tarkoitettuna potilasvahinkona.

PotilasvahinkoL:n ankaran vastuun luonteen vähättelyyn yllä sanottu ei anna aihetta. Laki on muuttanut terveydenhuollon vahingonkorvauskäytän-

---

[187] Potilasvahinkolautakunta on valtioneuvoston sosiaali- ja terveysministeriön yhteyteen kerrallaan kolmeksi vuodeksi asettama toimielin, jonka tehtävänä on antaa ratkaisusuosituksia potilasvahinkojen korvaamisesta niille, jotka vaativat tai joilta vaaditaan korvausta potilasvahingoista, sekä niille, joilla on oltava PotilasvahinkoL:n tarkoittama vakuutus. Lisäksi lautakunnan tehtävänä on antaa lausuntoja tuomioistuimille niiden käsitellessä potilasvahinkojen korvaamiskysymyksiä. Tehtävässään lautakunnan tulee pyrkiä potilasvahinkojen korvauskäytännön yhtenäistämiseen. (PotilasvahinkoL 11 §)

[188] Potilasvakuutusyhdistys on kaikkien potilasvakuutustoimintaa harjoittavien vakuutusyhtiöiden yhteiselin, johon kuuluminen on näille pakollista. Yhdistys voi myöntää vakuutuksia ja hoitaa korvaustointa jäsenyhtiöidensä lukuun. Yhdistys vastaa vahingosta silloin, kun vakuutuksen ottaminen on laiminlyöty. Se myös määrää ja perii laiminlyönnin johdosta korotetun vakuutusmaksun. Yhdistyksen säännöt vahvistaa sosiaali- ja terveysministeriö. (PotilasvahinkoL 5.2 §) Ks. lähemmin esim. *Lehtola* s. 39 ss.

töä ratkaisevasti. Erityisen selvästi muutos näkyy infektiovahinkojen korvattavuudessa[189]. Silti yllä todetut korvausvelvollisuutta koskevat rajoitukset saattaisivat ihmisiin kohdistuvan lääketieteellisen tutkimustoiminnan osalta antaa aiheen pohtia, vastaako PotilasvahinkoL:n »no fault» -toteutus Euroopan neuvoston ministerikomitean jäsenvaltioilleen antamaa suositusta. Suosituksen 14. periaatteen 3. kappaleessa erilaisiin korvausperusteiden kaventamista merkitseviin ehtoihin suhtaudutaan kategorisen torjuvasti: »Terms and conditions which exclude or limit, in advance, compensation to the victim should be considered to be null and void.»[190]

Tässä yhteydessä saatetaan tosin mainita, että PotilasvahinkoL:n 2.2 §:n ensimmäisen virkkeen rajoittavasta vaikutuksesta huolimatta vahinko tulee käytännössä toisinaan korvattavaksi säännöksen jälkiosan perusteella (Potilasvakuutusyhdistyksen pitämän potilasvahinkotilaston mukaan kylläkin vain noin 1 %:ssa korvattavia vahinkotapauksia):

> »Potilaan sairauden tai vamman määrittämiseksi suoritetun tutkimuksen seurauksena aiheutunut vahinko korvataan kuitenkin potilasvahinkona, jos seuraus on määriteltävän sairauden tai vamman laatu ja vaikeusaste sekä potilaan muu terveydentila huomioon ottaen kohtuuton.»

Yllä olevan siteeraus herättää kysymyksen, mikä on se peruste, jolla kohtuuttomien seurauksien korvaamisen rajaaminen vain diagnoosivahinkoihin on katsottu asianmukaiseksi. Ainakin vahingon kärsijän kannalta lienee jokseenkin merkityksetöntä, onko vahinko kohdannut häntä tutkimus- vai hoitotoimenpiteiden aikana. Toisaalta koska lainkohdan nojalla korvataan pelkästään kohtuuttomat diagnoosivahingot, kysymys PotilasvahinkoL:n ja mainitun suosituksen vastaavuudesta viriää myös tällä kohden.

III. Miksi sitten perinteisiä syyllisyyttä edellyttäviä korvausjärjestelmiä on alettu pitää riittämättöminä? Ei ole harvinaista, että entisten järjestelmien riittämättömyys sivuutetaan lähes itsestäänselvyytenä pelkin maininnoin[191]. Tämä johtuu ehkä siitä, että lähimpänä olevaa vastausta ei aina ole koettu ongelmalliseksi. Entiset korvausjärjestelmät ovat olleet riittämättömiä yksinkertaisesti siitä syystä, että niissä korvaus vahingosta jäi usein saamatta. Tähän asiaintilaan johtavia systeemiin kuuluvia tekijöitä ei ole nyt tarpeen ryhtyä erittelemään; se ei veisi asiaa eteenpäin. Tässä yhteydessä riittää tietää, että tuotta-

---

[189] Ks. esim. *Lehtola* s. 25.

[190] Huom. myös tuonnempana jakoissa 4.1.1. ja 4.1.4. käsiteltävät PotilasvahinkoL:n mukaisen korvausturvan antamiseen kohdistuvat rajoitukset.

[191] Ks. esim. *Lääke- ja potilasvahinkojen korvaaminen* s. 10.

muksellisuuden vaatimus on mielletty niistä voimakkaimmin uudistustoimenpiteitä edellyttäväksi.

Vastuun ankaroittamista ja siitä johtuvaa vahingonkorvausten järjestämisen avokäteistämistä on tavallisesti perusteltu *sosiaalisilla syillä*[192]. Tämä argumentti näyttää tulleen esille myös PotilasvahinkoL:a säädettäessä. Lakiesityksen yleisperustelujen alussa todetaan: »Suomi on ratifioimalla taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 6/76) tunnustanut jokaiselle oikeuden nauttia korkeimmasta saavutettavissa olevasta ruumiin- ja mielenterveydestä.» Pian tämän jälkeen esityksessä huomautetaan potilaan oikeuksiin vaikuttavan myös sen, »miten virheellinen tai muutoin epäonnistunut hoito hyvitetään». Lakiesityksen mukaan oltiin havaittu, että entisessä järjestelmässä »suuri osa vahingoista jää korvaamatta» ja että se »ei ole riittävän toimiva potilasvahinkotapauksissa». Esityksen mukaan erillisellä potilasvahinkojen korvaamista koskevalla järjestelmällä »kyettäisiin turvaamaan potilaiden etuja (---) olennaisesti paremmin.»[193]

Yllä oleviin siteerauksiin sisältyy praktisen päättelyn premissit: niistä seuraa käytännöllisellä välttämättämyydellä johtopäätös, joka edellyttää erillisen potilasvahinkojen korvaamista tarkoittavan järjestelmän toteuttamista[194]. Samaan lopputulemaan oltaisiin tällaisella päättelyrakennelmalla hyvin voitu päätyä asettamalla nimenomaisesti yläpremissiksi sellainen tavoiteltava tila, jossa potilaiden asema on sosiaalisesti aiempaa parempi. Nyt tämä tavoite tulee esiin vain välillisesti. On tietysti selvää, että aiempaa paremman sosiaalisen tilan tavoitteesta ei sellaisenaan loogisesti seuraa PotilasvahinkoL:n mukaisen ankaran vastuun säätäminen. Toisaalta on ehkä syytä korostaa, että vaikka joitakin yhteiskunnallisen rakenteen muutoksia saattaa olla mahdollista selittää *monistisilla yleisselityksillä,* on varottava, ettei niillä aleta selittää liikaa, liian pieniä yksityiskohtia.

Mutta onko sitten ankara vastuu senkaltainen yhteiskunnallinen rakennetekijä, joka voitaisiin jokseenkin jäännöksettömästi palauttaa sosiaalisiin syihin? Vaikka suomalaisen hyvinvointivaltion on ennustettu rappeutuvan, voidaan vielä hyvin sanoa, että meikäläisen tyyppisille yhteiskuntajärjestelmille on ominaista pyrkimys *sosiaaliseen valppauteen.* Näyttö siitä on yhteiskunnan hallinto- ja oikeusjärjestyksen legitimiteetin eräs kulmakivi. Valtion velvollisuus kansalaisten henkilöä koskeviin suojelutoimiin tuntuu luonnolliselta, itsestään selvältä. Hyvinvointivaltio ei kertakaikkiaan voi vedota toiminnastaan

[192] Ks. esim. *Routamo,* Liikennevahinko s. 17 ja *Wilhelmsson,* Oikeus 1986 s. 117.

[193] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 2

[194] Praktisesta päättelystä ks. esim. *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 118.

aiheutuvien vahinkojen korvattavuudesta keskusteltaessa ajattelutapaan, jota ilmentää — aluksi ikuisen totuuden ilmaisevaksi käsitetty — lause »Kein Übel ohne Shuld» (ei mitään pahaa ilman syyllisyyttä). Se ei voi jättää vahingon kohdanneen kansalaisen rehabilitaatiota pelkästään jonkun syyllisyyden varaan. Käsittääkseni tälläkin kohden lähennytään niitä ei-oikeudelliseen maailmaan kuuluvia arvoja ja normeja, jotka vaikuttavat ihmisten psyykkeeseen niin voimakkaasti, että oikeusjärjestyksen sisältöä ei ole mahdollista vapaasti muotoilla niiden vastaisesti. Tähän viittaa mm. se, että jo ennen PotilasvahinkoL:a lääkärivastuukäytäntöä alettiin hiljalleen ankaroittaa (exculpaatio-, res ipsa loquitur- ja imperitia culpae adnumeratur -periaatteet)[195].

Jos ankara vastuu kuuluu yhteiskuntamme eräisiin toimintoihin yllä esitetyin tavoin »luonnostaan», mistä johtuvat sitä koskevat rajoitukset ja sääntelyn suhteellisen myöhäinen vaihe. Voitaneen pitää selvänä, että tällaiseen kysymykseen on turha etsiä vastausta laajoja puitteita selittävistä rakennetason malleista. Perustellumpaa on turvautua kontrolloitavimpiin muuttujiin. Dialektisen hyppäyksen ajankohtaan on PotilasvahinkoL:n osalta saattanut vaikuttaa mm. ulkomaiset esikuvat, poliittinen konsensus joistakin sen kiistakysymyksistä ja eräät kantelutapaukset[196]. Ankaran vastuun rajaaminen vain

---

[195] *Modeen,* JFT 1978 s. 230, *Klami,* SLL 1968 s. 2895 ja *KM 1979: 59* s. 82. Vrt. *Kokkonen,* SLL 1982 s. 720 ja *KM 1982:29* s. 11, 35—36. Oikeuskäytännöstä voidaan viitata tapaukseen KKO 1. 4. 1982 T 3938, jossa kysymys tuottamuksesta ja sen toteennäyttämisestä sivuutettiin yksioikoisesti toteamalla, »että lääkärin oli tullut tietää vaaran olleen todennäköisesti vältettävissä käytettäessä neurokirurgista leikkaustapaa, minkä vuoksi hän ei olisi saanut jatkaa leikkausta». (Ratkaisu on tosin oikeudelliselta kannalta kiinnostava ennen muuta sen vuoksi, että siinä tulee selvästi esiin potilaan suostuksen vaatimus lääkintätoimenpiteen edellytyksenä; ks. *Lahti,* 1983 s. 10) Todistustaakan muuntumiseen vaikuttaa tietysti myös vakuutusjärjestelyt; ks. esim. *Arti — Rossi* s. 36; vrt. *Hoppu,* LM 1975 s. 101.

Tuottamusvastuun muutosta yleisemmin tarkastellut *Wilhelmsson,* Oikeus 1986 s. 115—116, kirjoittaa: »Kun jonkin oikeusperiaate alkaa tuntua liian ahtaalta tuomioistuimille (ja oikeusdoktriinille) pyritään usein selviämään tilanteesta kätketysti, puuttumatta itse periaatteen hallitsevaan asemaan. (---) /V/ahingonkorvausvastuun objektivointi on osin tapahtunut tuottamusperiaatteen sisällä. Käytännössä on asetettu niin pitkälle meneviä huolellisuusvaatimuksia tietyissä tilanteissa, että vastuu todellisuudessa on ollut lähes ankaraa. Doktriinissa onkin näistä tapauksista toisinaan käytetty termiä 'fiktiivinen tuottamus'. Toinen tapa ankaroittaa vastuuta tuottamussäännön puitteissa on ollut vapaan todistusharkinnan hyväksikäyttö. Perinteinen tuottamusvastuu on joissakin tapauksissa muuttunut presumtiovastuuksi». Ks. myös *H. Tolonen,* 1988 s. 192, joka sijoittaa »teorian» tasolle ongelman siitä, milloin vahingonkorvausoikeudessa on sovellettava tuottamusvastuuta ja milloin objektiivisen vastuun periaatetta.

[196] Vrt. *Lääke- ja potilasvahinkojen korvaaminen* s. 7 ja *KM 1982: 29* s. 17—18. Kanteluinstituution yleinen merkitys terveydenhuollon oikeussuojajärjestelmän kehitystarpeen havaitsemisen kannalta on Pohjoismaissa ollut ilmeisesti varsin oleellinen; vrt. *Olafsson* s. 239.

tiettyjä vahinkolajeja koskevaksi on resurssikysymys. Toisaalta henkilövahinkojen preferoiminen on yhteydessä siihen, että kansalaisen »henkilön» suojaaminen näyttää valtioissa olevan yleensäkin tunnustetuimpia suojelukohteita. Ongelmallista tämä on siksi, että siihen helposti liittyy ajattelutapa henkilövahingoista johtuvien tulojen ja varallisuuden menetysten kuulumisesta aina sosiaalisin perustein ensisijaisesti korvattaviksi. Kyseisenlaisessa järjestelmässä hyvinkin raskas vahinko, joka ilmenee esinevahinkona tai puhtaana varallisuusvahinkona, jää huonomman korvausturvan varaan kuin suhteellisen vähäisen aineellisen menetyksen aiheuttanut »kohtuullinen» henkilövahinko[197]. Voidaan kuitenkin huomauttaa, että sairaala- ja lääkärintoimessa juuri henkilövahinko on suhteellisen tavallinen ja että tämä tekijä on omiaan rajoittamaan korvausten jakomenettelyn epäoikeudenmukaistumista.

IV. Mutta onko uusi ankara vastuu syytä selittää vahingonkorvauksen *funktion* mieltämistavan muutokseksi? Voidaan sanoa, että korvausvastuun reparatiivisen funktion merkitys on jo aika päiviä sitten sivuuttanut vastuun preventiivisen funktion arvon meikäläisessä vahingonkorvausoikeudellisessa ajattelussa. Tämä ei silti tarkoita, että käytössä oleva tuottamusperiaate olisi kokonaisuudessaan pelkästään jäänne entisiltä ajoilta, ja että siihen turvautuminen merkitsisi vain sen korvausvastuun alan jonkinlaista »välttävää» järjestelyä, jota ei taloudellisten resurssien niukkuudesta johtuen ole vielä mahdollista määritellä objektiiviseksi. Asian ymmärtämiseksi on kaiken taustalla nähtävä ensiksikin se, ettei kukaan yleensä ole halukas vastaamaan vahinkotapahtumien haitallisista vaikutuksista. Toisaalta oleellinen tekijä tässä on myös se inhimilliseen ajatteluun syvästi iskostunut osin irrationaalinen toive tai käsitys, että »paha saa palkkansa». Se vaikuttaa niin oikeutetulta, että tilanteissa, joissa vastoin yhteisön normeja käyttäytyneeseen eivät kunnolla ulotu tai sovellu erilaiset rankaisemista tarkoittavat menettelyt, *tuottamusvastuu* voidaan perustella vahingonkorvauksen *oikeustajua tyydyttävällä funktiolla.* Tämän ajattelutavan ilmentymää voidaan havaita esim. siinä, että syyllisyyden aste on VahKL:ssa nimenomaisesti määritelty vahingonkorvausvelvollisuuden suuruuteen vaikuttavaksi tekijäksi sovittelua ja työntekijän vastuuta määrittelevissä säännöksissä. Ainakaan tältä suunnalta tarkastellen ankaran vastuun järjestelyt eivät osoita syyllisyysperusteisen korvausvastuun olevan kauttaaltaan nykypäivän ihmisen ajatteluun soveltumaton ratkaisumalli.

Jos ankaraa vastuuta merkitsevät korvausjärjestelyt pyritään näkemään korostetusti tämän päivän yhteiskunnallisen ajattelun ilmentyminä, huomiota ei

[197] Huom. kuit. PotilasvahinkoL:n 3.1 §, jonka mukaan korvausta ei makseta vähäisestä vahingosta.

tule suunnata niinkään siihen, että kyse on syyllisyydestä riippumattomasta vastuusta. Vahingonkorvauksen funktion muutoksen kannalta tuottamusvaatimuksesta luopuminen toki on merkittävä askel, mutta se ei selity ihmisten virheellistä menettelyä koskevan suhtautumisen muutoksella.[198] Jo objektiivisen vastuun perustelu sosiaalisilla syillä on osoitus siitä, ettei muutoksia tehdä tärkeimpänä pyrkimyksenä poistaa korvausvelvollisuuden haitallinen vaikutus. Huomio on käsittääkseni kiinnitettävä uuden vastuun *reparatiiviseen merkitykseen*. Sitä voidaan perustellusti pitää modernin vahingonkorvausoikeudellisen ajattelun keskeisimpänä lähtökohtana.

* * *

Uudentyyppinen ankara vastuu on otettu käyttöön vähin erin. Ehdotuksia, joiden mukaan vahinkojen korvaaminen tulisi kokonaisuudessaan järjestää vakuutusteitse hoidettavaksi, ei ole pidetty toteuttamiskelpoisina[199]. Laajojen vahingonkorvausjärjestelyjen on käsitetty koskevan voimakkaasti koko kansantaloutta[200], ja nihkeimmin uudenlaiseen vastuumuotoon vaikuttaa suhtautuneen (ainakin PotilasvahinkoL:n säätämishankkeessa) julkisen vallan varainhoito[201]. Kun on aivan selvää, että yhteiskunta joka tapauksessa vastaa tavalla tai toisella yksilöidensä ja/tai kollektiiviensa välityksellä kaikista vahingoista, objektiivisen vastuun torjuminen varojen riittämättömyyteen vedoten ei tietysti sellaisenaan ole validi argumentti. On luonnollista, että tällaista perustelua käyttävät ne yhteiskunnan intressitahot, jotka mieltävät joutuvansa järjestelmän maksajiksi. Kiistattomana voidaan kuitenkin oikeuspoliittisesti pitää sitä, että vahinkojen korvaamisen taloudellinen rasite tulisi kohdentaa siihen yhteiskunnan varainkierron kohtaan, jossa se vähimmin rasittaisi yksittäisiä kansalaisia. Siinä määrin kuin vahinkoja aiheuttavat toiminnot saate-

---

[198] Toki PotilasvahinkoL:n »markkinointiin» on kuulunut viittauksia myös niihin tuottamusvaatimuksen poistumisen etuihin, jotka koskettavat lähinnä terveydenhuoltohenkilöstöä. Ks. esim. *Palmunen — Alhola* s. 1298 ja *Palmunen,* DL 1987 s. 463.

[199] Ks. *Routamo,* Liikennevahinko s. 17.

[200] Ks. esim. *Miettinen* s. 141.

[201] *KM 1982:29* s. 104, *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 8—9, *Lääke- ja potilasvahinkojen korvaaminen* s. 11, *Lahti,* JFT 1985 s. 447, 448 ja *Palmunen,* DL 1987 s. 467. Valtiontalouteen PotilasvahinkoL vaikuttaa tuntuvimmin siinä, että potilasvakuutuksesta kunnille aiheutuvat menot luetaan pakollisina valtionosuuteen oikeuttaviksi käyttökustannuksiksi; ks. *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 10 sekä KHO 1978 II 116 ja 20. 6. 1977 T 2630 (Finlex/fkho); vrt. KHO 1981 II 78. Kun kaikilla terveyden- tai sairaanhoitotoimintaa harjoittavilla on PotilasvahinkoL:n 4.1 §:n (lainkohdan sanamuodon kritiikistä ks. *Aho,* 1986 s. 8—9) mukaan oltava lain tarkoittama vakuutus, merkitsee säännös — toisin kuin LiikennevakuutusL — vakuuttamisvelvoitetta myös valtiolle. Vrt. *KM 1982:29* s. 69—70 ja 90 sekä *Routamo,* Liikennevahinko s. 141—142.

taan perustella yhteiskunnallisesti välttämättömiksi, tällainen »solidaarinen» vastuu tuntuu oikeutetulta. Ongelma on vielä siinä, että osaa ihmisistä tuntuu perustellulta pitää moniin vahinkoihin nähden ulkopuolisina ja eräitä muita vahingonaiheuttajina, syyllisinä.

2.5. Vahingonkorvauksen vastuumuotojen yleinen perusteltavuus lääkärintoimen vahinkojen korvausnormistona

I. Terveydenhuoltojärjestelmässä potilaille aiheutuvien vahinkojen rehabilitaatio-ongelma on omalla ajallamme pyritty ratkaisemaan erityisesti korvauksen *reparatiivisen* vaikutuksen luotaamin menetelmin. *PotilasvahinkoL:n* ansioiksi terveydenhuollon vahinkojen korvaamisen normiperustana ei siten jää pelkästään siinä omaksutun *ankaran vastuun* mukanaantuomat vaikutukset. Potilaan edun mukaisesti myös *vahingonkorvauksen maksujärjestelyä on yksinkertaistettu.* Lain 8 §:n mukaan vahingon kärsinyt saa korvauksen »yhdeltä luukulta» siitä riippumatta, onko hän oikeutettu korvaukseen muidenkin järjestelmien piiristä. Potilasvahingon korvanneelle vakuutusyhtiölle tai potilasvakuutusyhdistykselle ensisijaissuoritus perustaa regressioikeuden muita (esim. työeläkelakien mukaan) vastuussa olevia kohtaan (9.1 §).

Koska PotilasvahinkoL on säädetty ensisijaisesti potilaan oikeussuojan intressissä[202], ei säädöksellä yleensä ole suoranaisesti vaikutettu *terveydenhuoltohenkilöstön henkilökohtaiseen korvausvelvollisuuteen.* Poikkeuksen tähän tekee takautumisoikeutta sääntelevä lain 9.2 §, jonka mukaan vahingon kärsineen mahdollinen oikeus saada korvausta potilasvahingon aiheuttaneelta tai tämän työnantajalta siirtyy korvauksen suorittaneelle, mikäli vahinko on aiheutettu tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella. Tämän säännöksen mukaisesti PotilasvahinkoL:n soveltamisen kohteeksi tulevien vahinkojen osalta korvausvelvollisuus ei koskaan kohtaa terveydenhuoltohenkilöstöä (tai -järjestelmää) lievän tuottamuksen tapauksissa[203]. Toisaalta terveydenhuoltohenkilöstön oikeusaseman kannalta ainakin periaatteellisesti huomattavasti merkityksellisempää on, että *PotilasvahinkoL ei ole esteenä yleisten vahingonkorvaussäännösten soveltamiselle* potilasvahinkotapauksiin. Virkamiesasemassa olevan terveydenhuoltohenkilöstön osalta potilaan suoraa kanneoikeutta vahin-

---

[202] Ks. esim. *Liljeström* s. 14 ja 15 sekä *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 2. Vrt. kuit. *Palmunen — Alhola* s. 1298.

[203] Kuten edellä on todettu, palvelussuhteissa vahingonaiheuttajan henkilökohtainen vastuuvapaus on tältä osin ollut säädettynä jo VahKL:ssa (4:1.1).

gonaiheuttajaa kohtaan edellyttää viime kädessä HM:n 93.2 §. Koska PotilasvahinkoL:sta jätettiin nimenomaisesti pois Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunnan ehdotuksen mukainen kanneoikeutta koskeva säännös, joka olisi merkinnyt velvoitetta hakea vahingonkorvausta ensisijaisesti PotilasvahinkoL:n perusteella[204], on yleisten vahingonkorvaussäännösten »valinnainen» soveltaminen katsottu jääneen säännöksi muunkin terveydenhuoltohenkilöstön aiheuttamissa vahinkotapauksissa[205]. Vahingon kärsinyt voi siten aina halutessaan vaatia korvausta tuottamusperusteisen järjestelmän nojalla, jolloin vastuusubjektina on vahingonaiheuttaja tai tämän työnantaja eikä vakuutusyhtiö kuten PotilasvahinkoL:n systeemissä.

Vaikka tuottamusperiaatteen onkin — kuten edellä todettiin — mahdollista katsoa toteuttavan vahingonkorvausoikeudessa eräin paikoin oikeustajua tyydyttävää funktiota, voitaneen pitää jossain määrin outona, että PotilasvahinkoL:a ei alkuperäisen suunnitelman mukaisesti määritelty soveltamisalaltaan yksinomaiseksi korvausnormistoksi — valinnan taustalla tuskin on ollut HM:n 93.2 §:stä johtuvien vaikutusten huomioonottaminen. Lain tavoitteistohan toteutuisi parhaiten, mikäli sen ulkopuolisiin säännöstöihin ohjattaisiin vedottavaksi ainoastaan silloin, kun korvausta potilasvakuutuksen perusteella ei olisi mahdollista saada. Tämäntapainen järjestely on nimenomaisesti määrätty noudatettavaksi Uuden Seelannin henkilövahinkojen korvaussysteemissä[206]. Meillä oleva mahdollisuus käyttää kaikissa potilasvahingoissa syyllisyysperusteista normistoa johtaa kysymään, edustaako kostamisen ja rankaisemisen halu tai tarve meikäläisessä oikeuskulttuurissa niin voimakasta intressiä, ettei siitä olla aina valmiita kokonaan luopumaan edes uusia vahingonkorvausjärjestelyjä luotaessa[207]. Kyse ei ilmeisesti saata olla tästä, vaan pikemminkin siitä, ettei PotilasvahinkoL:a säädettäessä perinteisten järjestelmien käyttömahdollisuuden yksinkertaisesti uskottu aiheuttavan reaalista ongelmaa; potilasvahingon kohteeksi joutuneiden henkilöiden toiminnan arvioitiin määräytyvän

---

[204] Ks. *KM 1982:29* s. 87 ja 94—95.

[205] Ks. *Kaivola,* LM 1988 s. 536—537, joka on huomauttanut yleisten vahingonkorvaussääntöjen soveltamismahdollisuudesta PotilasvahinkoL:n soveltamisalan piirissä, että »/k/oska tämä kysymys on ollut nimenomaisesti esillä lain valmisteluvaiheessa eikä tätä tarkoittavaa säännöstä otettu lakiin, lienee lähdettävä siitä, että vahingonkorvauslaki rinnakkaisperiaatteen mukaisesti on tuottamustapauksissa sovellettavissa rajoituksitta potilasvahinkoihin huolimatta tästä aiheutuvista ongelmista.» Kaivolan tulkinta vastaa kysymyksestä jo aiemmin esitettyjä näkemyksiä; ks. esim. *Aho,* 1986 s. 8 sekä *Lääke- ja potilasvahinkojen korvaaminen* s. 20.

[206] *Deutsch* s. 346

[207] Vrt. esim. *Brusiin,* Aineeton vahinko s. 25. Vrt. myös rikosoikeuden puolelta asianomistajarikoksia koskeva sääntely.

nimenomaan korvauksen tavoittelun suuntaamana[208]. Voidaan kuitenkin huomauttaa, että esim. LiikennevakuutusL:n 12 §:n määräyksin on pyritty estämään korvauksen vaatiminen vahingon aiheuttajalta, milloin korvaus on mahdollista saada vakuutusyhtiöltä[209]. Siltä osin kuin kyse on nimenomaan lääkärintoimen vastuusta PotilasvahinkoL:n ulkopuolisiin vahingonkorvaussääntöihin turvautuminen ei yleensä vaaranna kanteen kohteeksi joutuvan varallisuusasemaa, sillä Suomen lääkäriliiton 1970-luvun lopulla ottama *vastuuvakuutus* on edelleen voimassa kaikkien liittoon kuuluvien lääkäreiden hyväksi.

PotilasvahinkoL:n ensisijaisen soveltamisen yleinen perusteltavuus erilaisiin lääkärintoimen vahinkojen korvauskysymyksiin on jokseenkin selviö. Kyse on säädöksestä, joka on luotu nimenomaisella tarkoituksella ratkaista tavanomaisimmat potilasvahinkojen korvausongelmat. Tämä tavoitteen »kapeus» on mahdollistanut sen, että *vahinkojen korvauskynnystä on saatu ratkaisevasti madallettua, hoitosuhteen kumpaisenkin osapuolen oikeusturvaa kohennettua ja vahingonkorvauksen maksujärjestelyä yksinkertaistettua.* Lääkärivastuutilanteen korvauskysymyksen ratkaisijan ongelmana on vain, että PotilasvahinkoL:n mukainen korvausjärjestely ulottuu pelkästään henkilövahinkoihin — eikä kaikkiin niihinkään. Vakuutusoikeudellisen tulkintatradition mukaisesti PotilasvahinkoL:a voidaan kuitenkin suositella pyrittävän tulkitsemaan siten, että *'mikäli vahinkotapahtuma liittyy luonteenomaisesti siihen toimintaan, jota varten vakuutus on otettu, eikä sitä nimenomaisesti ole suljettu vakuutuksen katteen ulkopuolelle, kuuluu tapahtuma vakuutuksen korvauspiiriin'*[210].

II. Kysymys *sopimusoikeudellisten vahingonkorvausperiaatteiden ja ulkokontrahdillisen vastuusäännöstön* prioriteetista poikkeaa luonteeltaan PotilasvahinkoL:n ensisijaisuuden ongelmasta. Jo pitkään on ollut hyvin tavallista, että ko. kahden vastuumuodon erottelun merkitystä on vähätelty lääkärivastuutilanteiden korvauskysymyksissä; erottelu on leimattu ehkä heti alkuunsa käsitelainopilliseksi tavaksi lähestyä asiaa. Nähdäkseni ei silti voida pitää hyväksyttävänä, että rajanveto jo periaatteellisena lähtökohtana sivuutetaan ja että vahinkotapauksia käydään suoraan tarkastelemaan kuvitellen siten päädyttävän juridisten ajatustottumusten rasitteista vapaana oikeampaan lopputulokseen. Ulkokontrahdillisen ja sopimusperusteisen vastuun raja-aita ei ole kokonaan kaatunut. Se on lujaa tekoa. Säätäessään VahKL:n lainsäätäjä tuli

---

[208] Vrt. myös, mitä edellä johdantoluvussa olen huomauttanut oikeusyhteisön sosiaalistumisen evolutionaristisen vaiheen vaikutuksista sääntelyyn.

[209] Ks. myös YdinvastuuL 25 §.

[210] Esim. *Arti — Rossi* s. 90—91; ks. myös *ibid.* s. 66—67.

meillä — toisin kuin Ruotsissa[211] — vain pönkittäneeksi aitavanhusta.

Tutkijat ja käytännön lainsoveltajat ovat kokeneet rajankäynnin varsin problemaattiseksi. Pulmallisuuden on mielletty koskevan etupäässä sekä VahKL:n säännösten laajentavan soveltamisen mahdollisuutta että sopimusten eri variaatioiden tunnistamisen probleemaa. Toisaalta on huomattava, että myös perinteisen velvoiteoikeudellisen vastuun laajentava soveltaminen on relevantti ongelma sekin. Yhtä kaikki, kysymystä kahden normikategorian periaatteellisesta erillisyydestä ei voida kyseenalaistaa eikä käytännönkään lainsovellutustilanteissa sivuuttaa.

Sopimusvastuuta määrittävien oikeussääntöjen soveltamismahdollisuuden käsitettäneen yleensä koskevan lääkärintoimen sarkaa hyvin kaitaiselta osalta. Vanhastaan on kyllä katsottu, että sopimusvastuusäännöt antavat vahingonkärsineelle yleensä parempaa korvausturvaa kuin ulkokontrahdillinen normisto[212], eikä tätä näkemystä ole arkailtu esittää aina VahKL:n voimaantulon jälkeenkään[213]. Kuten edellä on jo huomautettu, perinteisten todistustaakkasääntöjen mukaan sopimussuhteissa noudatettavaa presumoituun tuottamukseen perustuvaa vastuuta onkin ajan myötä alettu liu'uttaa yli sopimusvastuun rajojen[214]. Kuitenkin yleisesti ottaen voidaan käsittääkseni sanoa, että kontrahtisäännöt eivät nykyoloissa likikään aina sittenkään johda vahingon parempaan korvattavuuteen kuin VahKL. Selvää poikkeusta tähän merkitsee *puhdas varallisuusvahinko,* joka VahKL:n perusteella korvataan vain rikoksesta tai julkisen vallan käytöstä aiheutuvana, taikka jos sen korvaamiseen on erityisen painavia syitä. Sopimusvastuun vahingonkorvaussäännöissä on keskeisiltä osiltaan kyse juuri taloudellisten menetysten hyvittämisestä.

Kuten edellä jaksossa 2.3. todettiin, lääkärin virheellinen tutkimus tai hoito ei läheskään aina johda henkilövahingon syntymiseen. Sen sijaan lähes säännönmukaisesti tällaiset virheellisyydet aiheuttavat taloudellisia menetyksiä. Oikeussuojanäkökohdasta katsottuna voitaneen pitää selvänä, että sopimusvastuun perusteltavuus puhtaiden varallisuusvahinkojen korvausnormistona on sinänsä kiistaton. Niitä tilanteita lukuunottamatta, joissa korvausasia olisi mah-

[211] Ruotsin vahingonkorvauslain (1972:207) 1 luvun 1 § kuuluu seuraavasti: »I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.»

[212] *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 457

[213] *Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 22

[214] Toisaalta voidaan huomauttaa, että todistustaakan merkitystä terveydenhuollon käytännön korvaustilanteissa ei ole aina pidetty erityisen ratkaisevana, koska normaalisti prosessin molemmat asianosaiset pyrkivät mahdollisuuksien mukaan esittämään itselleen edullisina pitämänsä seikat; ks. *Achté — Hoppu* s. 89.

dollista saada järjestykseen VahKL:n 5:1:ssä mainittujen erityisedellytysten täyttymisen johdosta, sopimusvastuu jää ainoaksi taloudellisen vahingon hyvityksen oikeudelliseksi takeeksi[215]. Ongelmana on vain, että lääkäri — potilas-suhde pitäisi saada näyttämään sopimussuhteelta.

Kun VahKL säädettiin vuonna 1974, se koettiin voimakkaasti terveydenhuoltojärjestelmää koskevaksi uudistukseksi. Uuden lain huomautettiin merkittävästi kohentavan mm. sairaaloiden ja terveyskeskusten potilaiden asemaa vahingonkorvauksen saamiseen nähden[216]. Itse asiassa jo eduskuntakäsittelyn yhteydessä tuli nimenomaisesti esille, että laki koskee »sairaalahenkilökuntaa kokonaisuudessaan ja on osittain siitä syystä valmistettu»[217]. Näiden toteamusten ymmärtämiseksi on huomattava, että julkisyhteisöjen hoitama terveydenhuolto on vanhastaan suhteellisen laajalti käsitetty *ulkokontrahdilliseksi* toiminnaksi ja että sen mukainen isännänvastuu oli ennen VahKL:a monesti perin työläästi toteutettavissa. Oikeastaan terveydenhuollon isännänvastuuta ei aikaisemmin liene juurikaan yritetty edes kokeilla: korvauskanteita ei esitetty kuntia, vaan ainoastaan lääkäreitä ja hoitohenkilökuntaa vastaan[218]. Voidaan sanoa, että *VahKL:n soveltamisen preferointi perustuu edelleenkin pääasiassa hoitosuhteen mainitunlaiseen tulkintaan, ei sillä järjestetyn korvausturvan paremmuuteen.*

Sopimusvastuu liittyy oikeudelliseen ilmiöön nimeltä sopimus. Koska sopimusoikeudellisen ajattelutavan oikeutusta jonkin toiminnan alalla voidaan tavallisesti pitää osana sopimusvastuusääntöjen sovellettavuuden perusteltavuutta, saatetaan kysyä, *olisiko itse hoitosuhteen kannalta jollakin tavalla eduksi tai hyödyllistä, jos se miellettäisiin sopimussuhteeksi.* Huomattakoon, että tämän kysymyksen esille ottaminen ei vielä tarkoita vastauksen tuottamista siihen probleemaan, onko hoitosuhdetta oikeudellisesti pidettävä sopimussuhteena — olkoonkin, että näin syntyvä arvio ehkä kävisi eräänlaiseksi tulkintakannanoton reaaliseksi argumentiksi.

Sopimus käsitetään usein *yksilö- tai mikrotason henkilösuhteeksi.* Silloinkin, kun osapuoli tosiasiallisesti on kollektiivi, se on haluttu nähdä oikeushenkilönä, joka »alentuu» neuvottelu- ja sopimusosapuoleksi. Sopimustoiminta on näin perinteisten oppien mukaisesti keskeisiltä osiltaan toisen osapuolen ehdoilla pelaamista. Lääkärintoimeen sovellettuna tämän saatettaisiin kuvitella

---

[215] Huom. kuitenkin edellä (s. 7) todettu HenkilörekisteriL:n merkitys.

[216] Ks. esim. *Schrey* s. 2116.

[217] *1974 vp. ptk. I* s. 1104/17. 4. 1974

[218] *Modeen,* 1976 s. 90. Tässä suhteessa tilanne on Ruotsissa ollut toisenlainen; ks. *Bengtsson,* 1971 s. 146.

merkitsevän mm., että potilaan asema sopimuskumppanina korostaisi hänen tahtonsa ratkaisevaa roolia hoitosuhteessa. Kysymys olisi nimenomaan hänen henkilöönsä ja varallisuuteensa puuttuvista toimista, ei esim. kunnan X väestön keskimääräisen terveydentilan kohentamisesta tasolle Y, jonkakaltaisia tavoitteita hallintotoiminnalle ja -suhteille yleisten asioiden järjestämiseksi on vanhastaan totuttu määritelemään. Kuten edellä on todettu, yksittäisten sopimusten tosiasiallisen merkityksen on kuitenkin havaittu heikentyneen, sopimustoiminta on standardoitunut, sopimusten mallitilanteet ovat muuttuneet, jne. Sopimus oikeudellisena muotona ei siis sittenkään näytä riittävän sosiaalisen suhteen toiminnalliseksi tai sisällölliseksi takeeksi. Sopimusten ja hallinnon sfääri eivät enää erotu toisistaan entisellä tavalla. Tämän luonnollisena jatkeena on, että sellaisten markkinoita hallitsevien suurten, suhteessa kansalaisiin perinteisen julkisen hallinnon tavoin persoonattomien ja byrokraattisten, yritysten vastuu toteutetaan monesti, ei niinkään sopimusvastuuna vaan ja erityisesti, sosiaalisena vastuuna[219]. Tämänkaltaisiin näkökohtiin huomio kiinnittäen ei ilmeisesti ole mahdollista osoittaa perusteita pakottaa hoitosuhde perinteiseen sopimuksen kaavaan. Sitä paitsi myös perinteisen hallinnon sfääristä ihmistä voidaan lähestyä kontaktin henkilösuhdeluonnetta korostaen. Terveydenhuollossa tähän on pyritty mm. ns. omalääkärijärjestelmän keinoin.

III. VahKL:n *julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten* soveltamistarve ilmenee vahingonkorvauksen reparatiivista funktiota silmälläpitäen nimenomaan siinä, että lain 5:1:ssä vastuu *laajennetaan kattamaan* po. toiminnasta aiheutuvat sellaiset *taloudelliset menetykset,* jotka eivät ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon. Kun sopimusvastuu on vastuuta erityisesti tämäntyyppisistä vahingoista, käy VahKL:n 3:2:n merkitys lääkärintoimen vahinkotapauksissa osittain riippuvaiseksi siitä, kuinka laajalti lääkäri — potilas-suhde voidaan selittää sopimussuhteeksi. Kuten yllä on todettu, *sopimusvastuulle ei hoitosuhteissa ole entuudestaan katsottu jäävän kovin laajaa soveltamisalaa.* Erityisen torjuvasti sopimusnimikkeeseen on asennoiduttu silloin, kun hoitosuhde on katsottu voitavan luonnehtia julkisoikeudelliseksi.

Jos lääkäri aiheuttaa potilaalleen vahingon *rikoksella,* menettelyyn ei vastuun laajentamisintressin vuoksi ole tarvis selittää sisältyneen julkisen vallan käyttöä, koska tältä osin VahKL:n 5:1 määrittelee korvattavien menetysten alan yhtä laajaksi. Sen vuoksi, että laissa ei kuitenkaan ole säännöstä, jossa nimenomaisesti rikosteko osoitettaisiin vahingonvastuun syntymisen yleiseksi perustaksi, on myös rikostapauksissa ongelmana *velvoittavan normin* osoittami-

[219] Ks. *Wilhelmsson,* 1987 s. 150.

nen[220]. Vastuu on perustettava VahKL:n 2:1:ään, 3:1:ään tai 3:2:ään. Koska lääkärin rikollinen toiminta ei aina »mahdu» 3:1:n soveltamisalaan, ja koska sellainen toiminta merkitsee rajoituksia potilaan mahdollisuuteen saada korvausta lääkärin hyväksi olevasta vastuuvakuutuksesta[221], saattaa potilaan — ja tietyissä tapauksissa ehkä myös lääkärin — oikeusturva edellyttää tänne lukeutuvissa vahinkotapauksissa 3:2:n jossain määrin laventavaa tulkintaa (vrt. KKO 1986 II 44). HM:n 93.2 §:n säännöksestä johtuen velvoittavana normina tulee viime kädessä kyseeseen VahKL:n 2:1. Rikokset lääkärintoimessa eivät tietysti ole jokapäiväisiä, ja PotilasvahinkoL:nkin vuoksi VahKL:n 3:2:n soveltamistarve aktualisoitunee niiden osalta käytännössä melko harvoin.

Vaikka puhtaissa varallisuusvahingoissa VahKL:n 3:2:n sovelluttamistarve saattaa monesti olla ilmeinen, ei tähän päätelmään näyttäisi *henkilö- ja esinevahinkojen* alueella olevan perustetta. Toisaalta on todettava, ettei lain 3:2.2:n sisältämä standardisääntö missään tapauksessa johda näissä lääkärintoimen vahingoissa merkittäviin korvausoikeuden rajoituksiin[222]. Tärkeimpänä VahKL:n 3:2:n ja sen liitännäissäännösten soveltamisperusteena jouduttaneen ko. vahinkojen korvauskysymyksissä siten pitämään yksinkertaisesti *lain »oikean» tulkinnan intressiä*. Lainkohtaa tulkittaessa on kuitenkin tärkeää tiedostaa, että julkisen vallan käyttäminen vahingonkorvausoikeudellisena käsitteenä on sillä tavoin yhteydessä käsitteen muuhun käyttöön, että *vahingonkorvausoikeudellisilla tulkintadirektiiveillä vaikutetaan samalla laajemmalti po. vallankäytön vastuujärjestelyihin*. Asiaan palataan seuraavassa luvussa.

---

[220] Vrt. *Routamo,* LM 1985 s. 75—76.

[221] *Lääkärin vastuu- ja oikeusturva- sekä potilasvakuutusehdot* kohta 15.21.

[222] Vrt. *Bengtsson I* s. 160—161, joka tarpeellisen sairaanhoidon epäämisestä aiheutuvien henkilövahinkotapausten osalta toteaa, että Ruotsin vahingonkorvauslain 3:1 ja 3:2:ien valinnan merkitys jää vähäiseksi, koska »i båda fallen torde ungefär samma culpanorm gälla». Standardisäännön vaikutuksesta yleisemmin henkilö- ja esinevahinkojen arviointiin ks. esim. *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 264. Vrt. saksalaisen oikeuden osalta esitetty kritiikki, joka koskee virkamiehen korvausvastuun erilaistamista mm. sen mukaan, onko kyseessä 'hoheitlicher oder nichthoheitlicher Tätigkeit' esim. teoksessa *Badura ym.* 1985 s. 65—66.

3. YHTEISKUNNALLINEN VALTA — JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMINEN: SEN MANIFESTOITUMISESTA, LEGALISOITUMISESTA JA TULKINNASTA

VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten sovelluttamisongelman selvittämistä taustoitettaessa suunnataan seuraavassa aluksi huomio eräisiin yleensä yhteiskunnallista vallankäyttöä ja valtajärjestelmää koskeviin näkökohtiin. Tämän jälkeen tarkastellaan VahKL:n 3:2:ää koskevaa lainvalmisteluaineistoa sekä oikeustieteessä kehitettyjä julkisen vallankäytön erottelutapoja ja arvioidaan kriittisesti niiden käyttökelpoisuutta nykypäivän laintulkinnallisena lähtökohtana. Viime mainitulta osalta tarkoituksena on itse asiassa osoittaa perinteisten julkisen vallankäytön erottelukriteerien riittämättömyys sekä vanhastaan erillään pidettyjen ja erilaisiksi katsottujen yksityisten ja julkisten vallankäyttömuotojen ja valta-asemien suhteellinen samankaltaisuus.

Koska julkisen vallankäytön käsite kuuluu vahingonkorvausoikeuden ohella myös hallinto- ja rikosoikeuden doktriiniin ja lainsäädäntöön, on käsitteen käyttöyhteyksien vaihtelevuus ja siihen liittyen tulkintakontekstin erilaistava vaikutus niinikään perusteltua ottaa lähemmän arvioinnin kohteeksi. Tällä tavoin luodaan edellytyksiä yleensä oikeustieteessä julkisen vallan käytöstä esitettyjen näkökohtien tutkimukselliseen hyödyntämiseen.

3.1. Valta yhteiskunnallisena ilmiönä

I. Ylimpänä yhteiskunnallisena valtana on perinteisesti pidetty *valtiovaltaa.* Sen *alkuperää* koskevat pohdinnat ovat kiinnittyneet usein korostuneesti *suvereenin vallan* selittämiseen. Erityisesti uuden ajan alussa on sanottu olleen vallalla eräänlaisena ajatusvälttämättömyytenä olettamus, että valtiossa täytyy olla korkein ja absoluuttinen viranhaltija[1]. Aikojen kuluessa käsitys yhdestä riippumattomasta valtalähteestä on vaihdellut. Joskus tällainen primus

[1] Näkemyksen oikeellisuutta todisteltaessa ei epäröity käyttää mielikuvitustakaan; ks. *H. Tolonen II* s. 92 ja hänen alav. 87. Vrt. myös *Erich I* s. 134.

motor on ollut Jumala, joskus monarkki. Toisinaan vallan perustaa osoitettaessa on viitattu yhteiskuntasopimukseen, toisinaan suoraan kansaan. Minkäänlaista osaa vallan alkuperään ei vanhastaan erilaisissa konstruktioissa ole selitetty olleen virkamiehillä. Max Weberin byrokratiateorian keskeinen ajatus sisältyi jo luonnonoikeuden teoreetikkojen analogiaan: virkamiehet ovat kuin hermot valtioruumiissa[2].

Tällä vuosisadalla valtiovallan yhteys ulko-oikeudellisiin tekijöihin asetettiin kyseenalaiseksi saksalaisen valtio-oikeudellisen positivismin kritiikissä; valta haluttiin nähdä nimenomaan oikeusjärjestykseen redusoituvaksi[3]. Kuitenkin taas tämän päivän oikeustieteessä voidaan lähteä siitä, että suvereeni valta ei ole niinkään oikeudellis-normatiivista valtaa, vaan sellaista juridisen kontrollin ulottumattomissa olevaa valtaa, joka on omiaan — esim. yleisen mielipiteen välittämänä — määrittämään oikeudellisen sääntelyn rajoja. Uudenlaiset haasteet ilmenevät mm. kysymyksenä, millainen vallankäyttö tuottaa oikeusnormeja.[4]

Yhteiskunnallinen valta ei voi koskaan olla täyttä mielivaltaa eikä myöskään täysin suvereenia valtaa, sillä vallankäyttö on aina sosiaalisen ja/tai oikeudellisen kontrollinen alaista. Koska vallankäyttöä määrittävä tahto relativoituu ja pirstaloituu yhteisössä hajanaiseksi, minkäänlaista suvereenin vallan subjektiakaan ei tietysti saatettaisi yksilöidä. Näin ajatellen voidaan puhua korkeintaan vallan jonkinasteisesta painottumisesta tai siirtymästä johonkin suuntaan.[5] Vallankäytön tehokkuuden saatetaan lisäksi huomauttaa relativoituvan

---

[2] *H. Tolonen II* s. 99. Ensimmäiset anomaliat idealistiseen käsitykseen elimellisestä orgaanisuhteesta tunnustettiin oikeastaan vasta siinä vaiheessa, kun hallinnon suhteellista itsenäistymistä ei enää kertakaikkiaan voitu kiistää.

[3] Ks. esim. *Tuori II* s. 41 ss.

[4] Kysymys vallan alkuperästä on suoraan yhteydessä ongelmaan vallan legitiimisyydestä. Toisaalta koko legitiimisyyden käsitteen merkitys on eräänlaisen »realismin» nimissä kiistetty vallan tavoittelua koskevassa keskustelussa. Tämä ajattelutapa lähtee käsityksestä, että kaikki oikeus on yksinkertaisesti vallan manifestaatiota. *Atiyah,* 1983 s. 112, kirjoittaa: »The possession of political power is, indeed, no different in essence from the possession of power by a gunman. Politicians who govern a country are just more succesful power-grabbers than their opponents, and have succeeded in brainwashing the people to think that the power they wield is legitimate. This brainwashing is part of a deliberate propaganda exercise designed to make it easier for the politicians to retain power.» Tämä käsitys ei tietysti ole välttämättä ristiriidassa sen kanssa, että yhteiskunnan ideologinen kerrostuma (»kollektiivinen tajunta») vaikuttaa myös vallankäyttäjien omaan toimintaan. Ks. *Aarnio,* Laintulkinnan teoria s. 16. Yhteiskunnassa harjoitettavan vallankäytön sisällölliseltä kannalta ideologia on keskeinen selittävä tekijä.

[5] Mm. tältä kannalta asiaa tarkasteltaessa ns. valtiotahtoa koskevia oppeja on vaikea hyväksyä.

myös sen vuoksi, että yksittäisissä tilanteissa sen viimekätiseksi takeeksi jää sanktio[6]. Aina sanktio ei tavoita kohdettaan tai sen kohde suhtautuu sanktiouhkaan välinpitämättömästi. Myös sanktiovaltaa käyttävät tai pakkotäytäntöönpanosta vastaavat saattavat periaatteessa, sanktion uhalla, jättää tehtävänsä silleen. Jos tällainen prosessi jatkuu, voi koko valtasuhteiden verkosto purkautua. Vaikka yhteiskunnallisen vallankäytön, erityisesti oikeudellisesti määritellyn vallankäytön tehokkuus ei tavallisissa oloissa olekaan pelkkää onnenkauppaa, on tarpeen tiedostaa kaiken vallan perimmältään *ei-absoluuttinen* luonne.

Normaalioloissa kustakin yhteisöstä nousevat kullekin ajalle ominaisten arvojen ja normien mukaiset, hyväksyttävän, rationaalisen vallankäytön raamit, joiden sisältö yksityiskohtaisemmin muotoutuu huomioonottaen tekniset, taloudelliset, yms. ei-oikeudelliset näkökohdat. Vallankäytön *legitimoituminen* historiallisena ilmiönä selittää aikansa ajattelutapaa. Sääty-yhteiskuntaa ja feodaalista hallintojärjestelmää on luonnehdittu epävapauden ja epätasa-arvon järjestelmiksi. Niiden hallintotoiminnassa vapauden kahlitsemisen ratio ja ideologinen legitimiteetti selitettiin poliisiajattelusta käsin: poliisivaltio saattoi tavoitteidensa saavuttamiseksi menetellä siten kuin katsoi tarkoituksenmukaiseksi[7]. Liberalismin voittaessa alaa taloudellisessa ja poliittisessa ajattelussa ulottuivat sen vaikutukset myös oikeustieteeseen: oikeusjärjestykseen alettiin vähitellen selittää sisältyvän periaatteellinen vapauden lähtökohta. Sitä vastaavasti myös vallankäytön hyväksyttävyyden rajoja ryhdyttiin hakemaan oikeusvaltiollisesta lainalaisuudesta.[8]

Kuinka ratkaisevaa tosiasiallista muutosta kansalaisten elämässä siirtyminen moderniin oikeusvaltiolliseen »ihmisruumiin poliittiseen haltuunottoon» on merkinnyt, on toinen kysymys. Vapauden ja suojatun oikeuspiirin vaatimus on kyllä hallinnon lainalaisuusperiaatteen mukaisesti johtanut siihen, että eduskuntalakia pidetään yhteiskunnallisten suhteiden sääntelyn ensisijaisena muotona, mutta kun nuo lait voivat olla puitelakeja tai ne saattavat sisältää joustavia säännöksiä ja antaa siten viranomaisille laajalti harkintavaltaa, voidaan kysyä, onko kansalaisten asema sittenkään välttämättä toinen kuin se oli jo muinaisessa feodaalisessa järjestelmässä[9]. Periaatteessahan lainsäätäjän väliintulo saattaisi merkitä vain sellaisen välineen luo-

[6] Ks. *Tuori*, 1990 s. 113—114.

[7] *Ståhlberg*, LM 1911 s. 152, *Mäenpää*, Hallintolupa s. 18—22

[8] Ks. *Mäenpää*, Hallintolupa s. 29 ss. Näkemys edellytti koko hallinnon toimintaa koskevan systematiikan uudelleenarviointia.

[9] Hallinnon lainalaisuuden periaatteen »pehmeys» tässä suhteessa ei ole uusi asia. Englannin oikeuden »the rule of law»-periaatteesta ks. esim. *Wade* s. 22 ss.

mista, jolla taataan viranomaisten työrauha. Asia tuskin selviää aatehistoriaan kohdistuvien tarkastelujen tai normierittelyiden avulla. Paremman selvyyden siihen tuovat konkreettiset ajan kuvaukset ja niiden vertaaminen omaan aikaamme. Vaikka tällä tavoin varmasti joudutaan toteamaan ajan tuoneen mukanaan myös todellisia muutoksia, lienee silti realistista puhua vain vapauden eri asteista.

II. Michel Foucault'n tavoin voidaan lähteä siitä, että yksilöiden, yhteiskuntaryhmien, etujärjestöjen, viranomaisten, jne. keskinäiset valtasuhteet ovat yleensä tulkittavissa näiden subjektien *strategisten asemien kokonaisseurauksiksi*[10]. Aseman saavuttamista ja hallintaa voidaan selittää erilaisilla tekijöillä, mutta vallan pätevyys ja tehokkuus on itsessään asemassa, siihen kuuluvissa suhteissa. Tältä perustalta on luontevaa katsoa, että yleisesti ottaen valta lisääntyy (syntyy) ja vähenee (lakkaa) strategisen aseman funktiona. Epästabiileissa valtiollisissa oloissa tämä on jokapäiväistä todellisuutta. Valtaa merkitsevät asemat voivat olla ennen oikeudellista vakiinnuttamistaan hyvinkin epämääräisiä ja epävakaita. Oikeusjärjestyksen tehtävänä on stabiloida valtakonstellaatio ja eräiden perusrakenteiden näin vakiinnuttua määritellä uusia (vähämerkityksisempiä) strategisia asemia[11].

Myös vallan jakaminen ja erityisesti oikeusvaltioideaan kuuluva vallan rajoittaminen tapahtuvat oikeussääntöjen avulla. Tältä kannalta katsoen vallankäytön selittäminen lakiin tai oikeusjärjestykseen perustuvaksi tulee ymmärrettäväksi.[12] Lisäksi oikeus valtaapitävien käyttämän kontrollin muotona on tärkeä tekijä mahdollistamaan monenlaiset pyrkimykset jopa voimakkaasti toisistaan erillekäyviin tavoitteisiin. Tässä suhteessa valtion onkin huomautettu merkitsevän poikkeusta siihen, että organisaation pyrkimysten lukuisuus ja moninaisuus merkitsevät yleensä sen käytettävissä olevan vallan heikentymistä[13]. Kaiken kaikkiaan on aihetta korostaa, että perimmältään oikeusjärjestyksen syntyminen, olemassaolo, pysyvyys ja sen muutokset nojautuvat siis ei-oikeudellisesti määräytyviin asemiin, vaikka valtiovallan välittömänä selittäjänä ja määrittelijänä pidettäisiinkin voimassa olevaa oikeutta. Kaarlo Tuorin tavoin on toisaalta myös todettava, että oikeusvaltiokäsite ja sitä vastaavat periaat-

---

[10] *Foucault* s. 34. Myös esim. *Weber,* s. 139—140, on korostanut vallan määrittelyssä aseman merkitystä.

[11] Vrt. *Laakso,* 1980 s. 343, joka korostaa lainsäädännön stabilisoivaa funktiota demokraattisessa oikeusvaltiossa.

[12] Ks. *Tuori,* 1990 s. 114.

[13] *Galbraith* s. 57

teet eivät anna edes käsitteellisellä tai oikeuskulttuurin tasolla tyhjentävää vastausta valtiollisen vallan ja oikeuden suhdetta koskevaan ongelmaan[14].

Kuvatunkaltaiselta perustalta esim. kuntien toimivallan selittäminen käy selvästi luontevammaksi kuin mihin valtion ja kuntien ajalliseen syntyperään tai tasa-arvoon, kansansuvereniteettioppiin, yms. pitäytyvät selitykset ovat päässeet. Esitettyä taustaa vasten on selvää, ettei valtaa voida esineellistää, mutta toisaalta on selvää sekin, että itsenäistä toimivaltaa tarkoittavan normin luominen on myönnytys, jolla valtion oikeutta puuttua kuntien asioihin kavennetaan. Niinikään ylläolevan valossa voidaan sanoa, että HM:n 2 § sisältää eräiden valtioelinten strategisen aseman (karkean) määrittelyn. Sen sijaan siltä osin kuin lainkohta säätää valtiovallan kuuluvaksi maassa kansalle, on huomattava, että kansan valta on siinä määritelty edustukselliseksi; sitä käyttää eduskunta, joka mm. ns. imperatiivisen mandaatin kiellon vuoksi voi toimia suhteellisen riippumattomasti »päämiehestään», jopa tätä vastaan. Kansan aseman näennäisesti määrittelevä HM:n 2.1 § lienee nykyisessä muodossaan luontevinta käsittää jäänteeksi entisiltä ajoilta. Tällaisten säännösten valtaa legitimoiva funktio käy kansalaisten valistuessa ja oikeudellisten olojen vakiintuessa kyseenalaiseksi. Aiheellisesti voitaisiin mielestäni kysyä, onko niitä enää perinteisessä muodossaan kenenkään intressissä perusteltua sisällyttää vanhojen demokratioiden valtiosääntöihin[15]. Ne saattavat aiheuttaa vain turhaa hämmennystä — jos sitäkään!

Kaikki yhteiskunnassa tapahtuva vallankäyttö ei ole karakterisoitavissa oikeudellisin määrein. Esim. sosiologinen tutkimus tuo esiin monenlaisia sosiaalisten suhteiden hienosyisiä kytkentöjä, jotka mahdollistavat yksilöiden ja ryhmien toiminnan tosiasiallisen ohjaamisen[16]. Vallankäytön havainnointi reaalisena, yhteiskunnallisena *faktisiteettina* on asianmukainen lähtökohta monenlaisessa tutkimustyössä jo sellaisenaan. Koska tässä tutkimuksessa tarkastellaan erästä oikeudellisesti relevanttia vallankäytön ilmenemistapaa, ei nyt ole perusteltua ryhtyä laajalti reprodusoimaan erilaisia tosiasiallisen vallankäytön käsilläoloa osoittavia analyysejä. Valikoiva yhteydenpito muihin valtaa tutkiviin tieteisiin riittää, sillä jo lähtökohtaisesti julkisen vallan käyttämisen on syytä katsoa olevan kytkeyksissä yhteiskunnan *virallismekanismeihin*. Tämä ei tarkoita, että tutkija voisi sivuuttaa kaiken sen vallankäytön, jota oikeusjärjestys ei nimenomaisesti sääntele. Vaikka oikeustieteessä eräänlaisena luonnostaan lankeavana lähtökohtana on oikeusjärjestys, on toisaalta muistettava, ettei oikeudellisesti relevanttia käyttäytymistä saateta määritellä tyhjentävästi ex ante. Tällaisen käyttäytymisen mahdollisuutta ei ole perusteltua olet-

[14] *Tuori*, 1990 s. 115

[15] Vrt. *Erich I* s. 133 ss.

[16] Ks. esim. *Rosenthal*, s. 35 ss. ja hänen mainitsemansa lähteistö.

taa tai edellyttääkään kaikin kohdin ennalta sidotun enempää käyttäytymisen määrämuotoihin kuin käyttäytyjän muodolliseen asemaankaan. Yhteiskunnan muuttuessa oikeustieteen piirissä on oltava valmiutta ottaa uudelleen kantaa ainakin selvästi havaittavissa oleviin tosiasialliseksi luonnehditun (vaikutus)vallan muotoihin.

III. Yhteiskunnassa harjoitettua vallankäyttöä on mahdollista *luokitella* usealla tavalla. Tämän työn kannalta tiettyä mielenkiintoa liittyy sellaiseen vallankäytön ryhmittelyyn, joka perustuu vallankäyttäjien *yhteiskunnallisten roolien* erotteluun. Siinä valta voidaan luokitella esim. asiantuntijavallaksi, etujärjestöjen vallaksi, tiedotusvälineiden vallaksi, jne. Erityisesti *asiantuntijavallaan* liittyvien näkökohtien voidaan katsoa koskevan käsillä olevan tutkimuksen kysymyksenasettelua: ovathan mm. arkkitehtien ja lakimiesten ohella asiantuntijoita ehdottomasti myös lääkärit. On kiintoisaa havaita esim., että *organisaatioteoriassa* asiantuntijoille on käsitetty kuuluvan sentyyppinen riippumattomuus, joka on täysin vastakkainen hallinnolliseen vallankäyttöön kuuluvalle vastuulle[17].

Hyvin yleisesti on käytetty ryhmittelyä, jossa erotetaan mm. taloudellinen, poliittinen, sotilaallinen ja uskonnollinen vallankäyttö. Tämä kategorisointi viittaa lähinnä siihen, millä *yhteiskuntaelämän osa-alueilla* valtaa käytetään tai mihin osa-alueisiin se kohdistuu. Vallan lähteitä analysoinut Galbraith katsoo mainitunlaisen luokittelun olevan enemmän kätkevä kuin paljastava[18]. Myös nyt puheena olevan teeman kannalta on todettava, ettei jaottelulla ole käyttöä. Julkisen vallan käyttämistä on mahdollista luonnehtia jokaisen mainitun valtaluokan määreellä ilman niistä johtuvia erityisiä rajoituksia tai ehtoja.

Jossain määrin varauksellisesti on käsillä olevassa tutkimuksessa suhtauduttava tavanomaiseen tapaan puhua *yhteiskunnallisesta ja yksityisestä vallankäytöstä.* Kyse on varsin epäspesifistä jaosta, jossa argumentoivan oikeustieteen kannalta ei juuri voida sanoa olevan kiinnekohtia. Todettakoon vain, että esim. yksityisten vakuutusyhtiöiden on oikeudellisessa mielessä katsottu käyttävän julkista valtaa hyvin laajassa mitassa[19]. Toisaalta mm. ammattiyhdistysliikkeen sekä jäsenistöönsä että ympäristöönsä nähden käyttämiä paikoin erittäin tuntuvia ja laajalle vaikutuksensa ulottavia yhteiskunnallisia valtuuk-

---

[17] Ks. *Etzioni* s. 113—114.

[18] *Galbraith* s. xiv

[19] *Suksi,* 1988 s. 406; ks. myös Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi, *1990 vp. asiak. A2 HE n:o 72* s. 6 sekä *Hannuniemi,* DL 1987a s. 514.

sia ei useinkaan ole katsottu voitavan luonnehtia juridiselta kannalta julkisen vallan käyttämiseksi.

3.2. Julkisen vallankäytön hahmottamisesta ja sen problemaattisuudesta

3.2.1. Julkisen vallan kaksinaismerkitys

Julkisen vallan tarkastelussa on ensiksi tehtävä seuraavanlainen, kenties triviaalintuntuinen, jaottelu. Käsitteellä on mahdollista viitata joko vallan *subjektiin* tai *toimivaltaan*. Ei ole aivan harvinaista, että julkisen vallan (ja valtiovallan) käsitettä käytetään sillä tavoin erittelemättömästi, ettei asiayhteyskään tuo selvyyttä siihen, onko kyse subjektista vai sen käyttelemästä vallasta. Tällaisen jäsentelemättömyyden voidaan katsoa olevan kytkeyksissä valtion ja vallan »olemuksen» ja »alkuperän» probleemien varhaiseen ykseyteen[20].

Puhe julkisesta vallasta valtasubjektina viittaa *»esivaltaan»*. Käyttöyhteydestä riippuen kyse tällöin on valtiosta, kunnasta, kirkosta, välillisestä julkisesta hallinnosta tai jostakin näiden orgaanista. Silloin, kun julkista valtaa tarkastellaan toimivaltana, tullaan *strategisten asemien suhteisiin*. Tässä yhteydessä voidaan viitata ruotsinkieliseen sanaan »myndighet», jolla on merkitykset »offentligt organ» ja »offentlig makt». Näitä termejä Håkan Strömberg on täsmentänyt mm. todeten jälkimmäisen merkitsevän lähinnä kompetenssia yksipuolisesti määrätä muita sitovin vaikutuksin; edellisellä hänen mukaansa tarkoitetaan etupäässä sellaista orgaania, jolla on mainitunlainen kompetenssi.[21]

Koska käsillä olevan työn tutkimusongelma sijoittuu problematiikkaan, jossa on kyse julkisesta vallasta viranomaisten ja muiden vallankäyttäjien välineenä, jää kysymys julkisesta vallasta valtasubjektina jonkin verran vähemmälle huomiolle. Tietystikään julkisorgaaniominaisuus ei ole irrelevantti tekijä julkisen vallan käyttömahdollisuudesta puhuttaessa: siihen liittyvänä valta on yleensä helpoimmin luonnehdittavissa julkiseksi. Tämän vuoksi asian tätäkään puolta ei saateta suinkaan kokonaan sivuuttaa. On kuitenkin toisaalta korostettava, että kun julkista valtaa on uskottu viranomaisten ohella monenlaisille enemmän tai vähemmän yksityisluonteisille välillisen julkisen hallinnon muodostelmille[22], ei toimivasta subjektista voi aina päätellä sen käyttämän vallan luonnetta. Julkisen vallan käyttömahdollisuuden ja viranomaisominaisuu-

[20] Vrt. esim. *Eilavaara* s. 204—205.

[21] *Strömberg*, FT 1972 s. 233

[22] Ks. esim. *Jumppanen* s. 177 ss. ja *Vasama* s. 189 ss.

den välinen relaatio onkin ollut esillä myös siinä mielessä, että edellinen on esitetty perusteeksi jälkimmäisen alan lavennuksille[23].

3.2.2. *Viranomaistoiminnan kvalifioiminen julkisen vallan käyttämiseksi — vahingonkorvauslain valmistelun epäselvyyksiä*

Erityisen julkisen vallankäytön muodon erottaminen muusta julkisorgaanien toiminnasta ei ole kovin vanhaa perua. Tosin oikeushistorian tutkijat tietävät kertoa, että esim. jo feodalismin aikaan valtiolla tunnustettiin olevan erityisiä julkisoikeudellisia valtaoikeuksia. Ne kuitenkin perustuivat sellaisella omalaatuisella tavallaan aikansa näkemyksiin valtion käsitteellistymisestä[24], että niiden tarkastelu oman aikamme lainopin teoriaperustana olisi suurelta osalta turhaa. Vaikeudet, joita VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten valmistelussa ilmeni, liittyvät enemmän yhtäältä klassisen »valtatoimiopin» riittämättömyyteen uudenlaisen, käsitteellisesti aiempaa monivivahteisemman julkisyhteisövastuun toteuttamisessa, mutta toisaalta myös tuon opin sivuuttamiseen liian vähin huomioin.

VahKL:n valmistelussa julkisen vallan käyttämisen käsite mainitaan ensimmäisen kerran vuodelta 1970 olevassa *lainvalmistelukunnan ehdotuksessa* vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi[25]. Ajatuksena oli korvausvastuusäännösten eriyttäminen sillä perusteella, onko vahinko aiheutettu julkisoikeudellisessa vai yksityisoikeudellisessa toiminnassa. »Julkisoikeudellista toimintaa osoitetaan ehdotuksessa sanoilla 'julkisen vallan käyttö'».[26] Kun sittemmin myös *laintarkastuskunnan lausunnossa* ja *hallituksen esityksessä* pyrittiin osaltaan tekemään selkoa, millaista toimintaa oli pidettävä julkisen vallan käyttämisenä, päädyttiin eräänlaiseen toiminta-alojen luetteloon, jossa esimerkinomaisesti mainittiin mm. oikeudenhoito, poliisitoimi, palontorjunta, terveydenhoito, opetustoimi, yleisten teiden, vesiväylien ja satamien hoito, rakennustarkastus, moottoriajoneuvojen ja alusten katsastus.[27]

Tämä käsitteen täsmentämistapa sai osakseen kritiikkiä. Sanottiin — ehkä

---

[23] *SOU 1972:15* s. 123. Ks. myös *Strömberg*, FT 1972 s. 244—246. Julkisen vallan käyttöä on Suomessa pidetty tärkeimpänä välillisen julkisen hallinnon alan hahmottelukriteerinä; ks. edellä jakso 1.2. Vrt. myös *Geigel* s. 552—553, joka kirjoittaa: »Bei der Frage der Ausübung der öffentlichen Gewalt kommt es daher nicht auf die Person bzw. Dienststellung des Beamten an, sondern auf die Art der Amtshandlung.»

[24] Ks. esim. *H. Tolonen*, 1982 s. 116 ss.

[25] *Lvk. n:o 3/1970* s. 20—21 ja 38 (2:4)

[26] *Ibid.* s. 20

[27] *Ltk n:o 3/1971* s. 17—18, *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 17

hieman ironisoiden — , että jos »joku jää poliisiauton alle, kompastuu veroviraston portaissa tai ei saa maksua sairaalaan toimittamastaan tavarasta, ei kysymyksessä ole julkisen vallan käyttämisestä aiheutunut vahinko»[28]. Aivan niin kelvottomina laintarkastuskunnan ja hallituksen lainvalmistelutöitä en tässä suhteessa kuitenkaan olisi halukas pitämään, jollaisiksi ne toisinaan on leimattu. Niihin sisältyy esim. huomio tuomioistuinten ja hallintoviranomaisten päätösten erityisluonteesta[29], mikä selvästi viittaa tarkoitukseen supistaa käsitteen alaa. Lainvalmistelun *varhaisemmista vaiheista* on syytä ottaa esille seuraavaa.

Kun hallintoneuvokset Matti Aura ja Rudolf Beckman työstivät 1950-luvulla ehdotuksensa laiksi valtion ja kunnan vahingonkorvausvastuusta, he totesivat suunnittelemansa normiston soveltamisalasta: »Mitä tulee hallintoon lakiehdotus koskee yleensä ainoastaan sitä toimintaa, jolla on julkisoikeudellinen luonne; tässä kohden lakiehdotuksen ja vuoden 1927 vastuunalaisuuslain soveltamisalat vastaavat toisiaan. Tavallisesti ei ole vaikea ratkaista, onko jokin toiminta luonteeltaan julkisoikeudellista vai yksityisoikeudellista.» Jo täällä tavataan mitenkään erityisesti vallankäyttöön sitoutumaton julkisoikeudellista toimintaa luonnehtiva luettelo: oikeudenhoito, yleisen järjestyksen ja turvallisuuden säilyttäminen, palontorjunta, terveydenhoito, jne.[30] Tähän nähden on kiintoisaa huomata, että aikaisemman oikeustilan mukaisesti julkisoikeudellisen ja yksityisoikeudellisen vahingonkorvausnormiston erillisyyttä pidettiin lainvalmistelussa pitkään itsestäänselvyytenä. Siihen viittasi vielä 1960-luvun puolessa välissä mietintönsä jättänyt Vahingonkorvauskomiteakin[31].

Kun vihdoin lainvalmistelukunnassa syntyi 'vahingonkorvausoikeuden kodifiointiajatus'[32], taustalla vaikutti edelleen idea julkisen ja yksityisen vahingonkorvausoikeuden erillisyydestä tai ainakin erilaisuudesta. Ongelmana vain oli, että kun tähän Henry Ådahlin ja Matti L. Ahon ehdotukseen vahingonkorvauslakiesitykseksi tuli uutuutena käsite »julkisen vallan käyttäminen», ei sen ja yleensä julkisoikeudellisen toiminnan keskinäissuhdetta oltu vielä perusteellisesti selvitetty. On siten vaikea sanoa, käsittivätkö nämä »sivilistit» käyttöönottamansa käsitteen ulottuvan koko sen toiminnan lohkolle, jota aiemmin oli pidetty julkisoikeudellisena, vai mielsivätkö he julkisoikeuden alan kapenevan entisestä uudelle julkisen vallan käyttämisen alueelle — jolloin siis samalla yksityisoikeuden ala olisi laajentunut julkisen hallinnon alueelle. Tässä

[28] *Routamo — Hoppu* s. 152—153; ks. myös esim. *Modeen,* LM 1976 s. 416—417.

[29] *Ltk n:o 3/1971* s. 17—18, *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 17

[30] *KM 1958:14* s. 20

[31] *KM 1965:A4* s. 29 ja 47

[32] Ks. *Aho,* 1985 s. 26.

yhteydessä julkisoikeudellisen toiminnan luetteloa ei esitetä ja viranomaisten yksityisoikeudellisesta toiminnasta mainitaan esimerkkeinä pelkästään rakentaminen ja liikenne. Julkisen vahingonkorvausoikeuden supistava tulkinta voisi olla »oikea» vaihtoehto. Joka tapauksessa lähtökohtana oli, että viranomaistoiminta kuuluu joko kategoriaan yksityisoikeudellinen tai julkisoikeudellinen: muita vaihtoehtoja ei ollut. Yksityisoikeudellista toimintaa kuvattiin sanoilla »muu työnantajan toiminta tai työ».[33]

Kaiken kaikkiaan näyttää selvältä, miksi julkisen vallan käyttämistä selvitettäessä VahKL:n valmisteluaineistoon ei yleensä kovin laajalti vedota. Käsite vaikuttaa joutuneen melkoisen sekaannuksen keskelle. Kokonaisuutena ottaen lainvalmistelu näyttäisi epämääräisyydessään jättävän mahdollisuuden tulkita julkisen vallan ala melko laveaksi. Toisaalta on tietysti ymmärrettävää, että yksityis- ja julkisoikeuden väliseen jaotteluun perustuvilta lähtökohdilta asiassa ajauduttiin kuvatunlaisiin vaikeuksiin. Siinä mielessä esitöiden vähäiseksi jäävä anti tuntuu oudolta, että asiassa oli aiemmin oltu selvemmillä jäljillä. Esim. *VirkamVastuuL:ssa* mm. syyttömän rankaisemisesta ja vangitsemisesta aiheutuvien vahinkojen korvausvastuu ei määräytynyt yleensä 'oikeudenhoitoa ja julkista hallintotoimintaa' koskevan säännöksen mukaisesti (5 §), vaan tällaiset vahingot olivat erillissääntelyn kohteena (1 ja 2 §:t). Näiden viranomaistoimintojen erityisluonne tiedostettiin siis vielä ainakin 1920-luvulla — joskaan itse julkisen vallan käyttämisen käsite ei vielä tuolloin ollut saanut perustavaa asemaa.

Yllä esitetty viittaa siihen, että ennen VahKL:a julkisyhteisöjen toimintaa ja julkisen vallan käyttämistä koskeva vahingonkorvausoikeudellinen diskurssi on ollut torso. Kaikki eri näkökohdat huomioonottavaksi sitä tuskin vieläkään on perusteltua luonnehtia. Varhaisemmasta keskustelusta Tore Modeen piirtää 1970-luvulla julkaisemassaan tekstissä hyvin »klikkiytyneen» kuvan. Seuraavassa hänen kirjoituksensa siteerauksessa on kyse Auran ja Beckmanin komitean sekä eräiden VirkamVastuuL:n aikaisten KKO:n julkisyhteisövastuuta koskevien kannanottojen välisestä suhteesta.

> »Komitean lausunto poikkeaa tietoisesti KKO:n oikeuskäytännössä ilmenevistä periaatteista. Komitean jäsenillä (KHO:n hallintoneuvoksia) oli täysi oikeus esittää oma tulkintansa asiasta, joka sitä paitsi vastaa juuri julkisoikeudellista näkemystä julkis- ja yksityisoikeuden välisestä rajanvedosta. Tuo raja oli siirretty KKO:n jäsenten ja muitten sivilistien toimesta kauaksi julkisoikeuden sydänmaihin. Sivilistien puolustukseksi on kuitenkin todettava, että tämä rajansiirto ei tapahtunut valloitus-

[33] *Lvk. n:o 3/1970* s. 20

mielessä vaan asianomistajien auttamiseksi, koska nämä oli jätetty epäoikeudenmukaisesti varsin turvattomaan asemaan».[34]

3.2.3. Julkisen vallan käyttämisen juridis-teknisen määrittelyn ongelmallisuus

Vallan käsite on vaikea. Tuo vaikeus ei katoa silloinkaan, kun tavoitteeksi asetetaan julkiseksi kvalifioidun vallan alan hahmottaminen. Klassisen positivismin traditiossa tehtävä tosin oli yksinkertaisempi, sillä valtion julkisoikeudellisen luonteen katsottiin ilmenevän erilaisina vallankäytön *määrämuotoina.* Valtiovallan kolmijaottelun mukaisesti julkinen valta merkitsi oikeutta antaa *oikeusnormeja, hallintopäätöksiä* ja *lainkäyttöratkaisuja.* Oikeussuojajärjestelmä oikeusvaltiolta saatuna perintönä on edelleenkin pitkälti tämän ajattelutavan varaan rakentunut. Julkisen vallan käyttöä ovat vain kansalaisiin välittömästi suuntautuvat ja näitä yksipuolisesti ja sitovasti velvoittavat viranomaistoimet, ei heikompi ohjaus eikä sisäinen viranomaistoiminta.[35]

Viranomaisten sopimustoimintaa analysoinut Olli Mäenpää huomauttaa, että »tiukka rajanveto, jonka mukaan julkista valtaa ei voi käyttää sopimuksin, osoittautuu tosiasiallisesti hallinnon käytäntöjen kannalta koko lailla vieraaksi konstruktioksi»[36]. Ryhmiteltyään viranomaisten käyttämiä sopimustyyppejä Mäenpää päätyy myös tässä byrokraattista toimeenpanoideaalia ajatellen kyseenalaiseen huomioon: hallintopäätökset — »valtatoimet» — muuttuvat yhä useammin lähinnä kirjaukseksi erilaisten yhteyksien ja neuvottelujen tuloksista[37]. Niinikään Kaarlo Tuori on ollut huolissaan mm. »puhtaan» valmistelutehtävän ja lopullisen päätöksen väliin jäävän vallankäytön, sisäisen hallinnon ja laajemmaltikin tosiasiallisten vaikutussuhteiden sulkemisesta juridiikan mielenkiinnon ulkopuolelle[38].

Julkisen vallan käyttömahdollisuuden sitominen muodollisin kriteerein osoitettaviin yhteyksiin on ongelmallinen lähtökohta. »Kaavan» soveltaminen estää näkemästä valtaa siellä, missä sitä käytetään. Kyse on monien sellaisten strategisten asemien kätkemisestä, joihin liittyy merkittäviä yhteiskunnallisia valtuuksia. Virallisiin vallankäytön muotoihin viittaaminen on muun ohella omiaan korostamaan käsitystä, että viranomaismenettelyn ulkopuolella kysymys julkisen vallan käyttämisestä olisi irrelevantti: onhan oikeusnormien, hallintopäätösten ja lainkäyttöratkaisujen antajana tavallisimmin juuri viranomai-

[34] *Modeen,* LM 1976 s. 416

[35] Ks. esim. *Frihagen* s. 208.

[36] *Mäenpää,* Oikeus 1985 s. 186

[37] *Ibid.* s. 184—185

[38] *Tuori II* s. 516; ks. myös *sama,* 1990 s. 62.

nen. Tähän samaan tietysti johtaa — perinteisen oppitradition valossa — jo vallan etumääre julkinen. Jonkinlaista lievennystä oppiin julkisen vallankäytön ilmenemisestä vain viranomaistoimien määrämuotoina merkitsee tosin, että eräissä tapauksissa julkista valtaa on katsottu voitavan käyttää tosiasiallisesti. Tällöin on pidetty silmällä lähinnä erilaisia pakkovallan muotoja. Erityisesti nykyoloja ajatellen ongelmana kuitenkin on myös tosiasialliseksi mielletyn julkisen vallankäytön alan kapeus. Kyseessä ei ole riittävä vastaus ahtaasta valtatoimiopista aiheutuviin pulmiin.

Tarkasteltaessa yleisesti yksityisen vallankäytön sääntelyä sen voidaan havaita pyrkivän takaamaan vallankäytön asianmukaisuuden ja vallankäytön kohteeksi joutuvien oikeusturvan riittävän adekvaatilla tavalla vain joissakin harvoissa tapauksissa. Ainoastaan muutamat valta-asemat on mielletty intensiteettinsä, vaikutusalueensa laajuuden, monopolin, yms. tekijöiden vuoksi sillä tavoin yhteiskunnallisesti merkittäviksi, että ne on katsottu tarpeelliseksi saattaa erityiseen oikeudelliseen kontrolliin. Eräänä keinona on käytetty sitä, että vallankäyttö on määritelty laissa muutoksenhakukelpoisen päätöksen muodossa tapahtuvaksi (esim. vakuutusyhtiön päätös eläkkeen myöntämisestä; ks. työntekijäin eläkelaki 395/61 21 §). Silloin, kun vallankäyttö ei luonnu määrämuotoihin, on vaarana, että se sivuutetaan myös vastuun kannalta. Monet elinkeinoelämän valtapositiot eivät yksinkertaisesti näytä edes suuntaavan huomiota tällaisen kontrollin tarpeeseen. Asiaan vaikuttaa lisäksi, että erityisen vastuun puuttuminen on totuttu johtamaan itsestäänselvyytenä perinteisestä tavasta korostaa kansalaisten keskinäisten suhteiden koskemattomuutta (autonomia).

On jossain määrin yllättävää, että yksityinen sairaalatoimi kuuluu niihin elinkeinoelämän osa-alueisiin, joissa harjoitettua vallankäyttöä ja sen vastuuta ei ole lähemmin säännelty. Sanottu asiaintila selittynee vain sillä, että ko. toimintaa ei ole oikeudelliselta kannalta perusteellisesti analysoitu. Niin kauan kuin yksityisen sairaalatoimen sisältöä ei asianmukaisella tavalla eritellä, käsitys julkiseen vallankäyttöön liittyvän vastuun soveltumattomuudesta ilmeisesti myös pysyy vallitsevana. Niin kauan kuin ei kiinnitetä huomiota esim. siihen, millaista yhteiskunnallista vallankäyttöä ns. ohitusleikkauksia suorittavien yksityissairaaloiden potilasvalintaratkaisut merkitsevät, näiden henkilöstö saa vapaasti harjoittaa »yksityisautonomiansa» käyttelyä.

Kaiken kaikkiaan on sanottava, että julkisesta vallankäytöstä johtuvan vastuun rajaaminen yksinomaan käsitteellis-konstruktiivisin keinoin johtaa vaikeuksiin olkoonpa kyse yksityisten tai julkisen hallinnon harjoittamasta vallankäytöstä. Vallankäytön alistaminen kattavasti asianmukaiseen oikeudelliseen kontrolliin ei ehkä ylipäätään saata lopullisesti onnistua lainsäätäjän käy-

tettävissä olevin välinein, koska vallankäyttöä koskevan vastuun tarve mielletään viime kädessä inhimillisen tajunnan ei-kielellisissä prosesseissa. Mm. yllä sanotun johdosta käsilläolevassa tutkimuksessa pidetään tavoitteena muodostaa aiempaa laajempialainen näkökulma julkisen vallankäytön vastuun soveltamisalan problematiikkaan.

3.2.4. Julkinen valta realisoituu eriasteisesti

Julkisen vallan käyttämiseksi luonnehdittavaa toimintaa pyrittiin Ruotsissa 1970-luvun alussa hahmottamaan paitsi vahingonkorvausta myös hallintomenettelyä koskevaa lainsäädäntöä valmisteltaessa. Yleisellä tasolla siellä oli kiistattomana lähtökohtana — toisin kuin omassa lainvalmistelussamme — *yhteiskunnan valtarakenteet*. Julkisen vallan käytössä korostettiin nimenomaisesti olevan kyse päätöksenteosta tai toimenpiteistä, jotka ovat viime kädessä ilmausta yhteiskunnan valta-asemasta suhteessa kansalaisiin. Kaiken taustalla nähtyä perusasetelmaa kuvattiin sellaisin termein kuin »maktbefogenheter», »maktutövning», »maktspråk», »tvångsläge», »tvångsmedel», jne. Asiaa valaistiin myös esimerkein. Vielä mm. huoltoavusta päätettäessä yksilön riippuvuusasema merkitsi asianomaisen olevan ko. vallan kohteena. Tämänkaltaisen ratkaisutoiminnan osalta huomautettiin, että »det behöver inte vara fråga om beslut eller åtgärder som har formen av maktspråk riktade mot den enskilde. Myndighetsutövning kan föreligga också när rättsverkningar inträder till den enskildes förmån.» Vasta sellaisten toimintojen kuin palvelujen tarjonta, neuvonta, tiedottaminen, sopimusmenettely, jne. voitiin viranomaistoimintoinakin katsoa tavallisesti jäävän julkisen vallankäytön alan ulkopuolelle.[39]

Siitä huolimatta, että po. käsitteen tarkastelu sai Ruotsissa osakseen huomiota aivan toisessa mitassa kuin meillä, ja vaikka siellä ilmeisesti pyrittiin ottamaan huomioon viranomaisten menettelymuotojen vaihteleva intensiteetti, ei sielläkään kunnolla irrottauduttu klassisesta valtatoimiopista[40]. Sen merkitys piilevänä taustatukena näkynee osin siinäkin, että myöskään tosiasiallisen julkisen vallankäytön osalta ei välittömän pakon vaatimuksesta pidetty mahdollisena kovin laajalti tinkiä. Toisaalta vallan voimaperäisyyden arviointi vaikuttaa ruotsalaisessa lainvalmistelussa kytkeytyneen osin siihen, käytetäänkö

[39] *Kungl. prop. 1972:5* s. 311—312 ja 498 ss. sekä *Kungl. prop. 1971:30 2. osa* s. 330 ss; ks. myös *SOU 1972:1* s. 129 ss. Kuitenkaan esim. viranomaisten sopimustoimintaa ei aivan kategorisesti rajattu Ruotsin vahingonkorvauslaissa käytetyn termin »myndighetsutövning» merkitysalan ulkopuolelle; ks. *Kungl. prop. 1972:5* s. 500—501. Vrt. myös Ruotsin vahingonkorvauslain soveltamisalan määrittely.

[40] Ks. myös *Marcusson* s. 202.

valtaa negatiivisesti yksityistä vastaan vai positiivisesti hänen edukseen. Julkisen vallan käytöstä katsottiin tosiasiallisten vallankäyttömuotojen osalta voitavan puhua lähinnä edellisenkaltaisen toiminnan yhteydessä.

Kysymys julkisen vallan eriasteisesta realisoitumisesta on meillä joutunut huomion kohteeksi mm. tarkasteltaessa *kunnan elinten toimivallan* laajuutta itsehallintoon kuuluvien tehtävien hoidossa. Aluksi vallankäytön voiman vaihtelevuus jäi pitkälti erittelemättä[41], mutta jo 1960-luvun lopulla julkaisemassaan väitöskirjassaan Toivo Holopainen käyttää kolmea julkista valtaa kuvaavaa ilmaisua: »välitön julkinen valta» (hallintopakko), »julkinen valta» (puuttuminen ulkopuolisiin oikeuspiireihin, oikeuksien tai etujen myöntäminen) ja »välillinen julkinen valta» (tähän kuuluvat eri tavoin määräytyvät pakolliset tehtävät, mm. verotusoikeus)[42]. Kun tämäkään erittely ei vielä aivan suoraan määräytynyt vallan eri voimakkuusasteiden mukaisesti, asetti Mäenpää sen nimenomaisesti jaottelunsa pohjaksi. Tehokkain ja voimakkain julkisen vallan käyttömuoto oli »hallintopakko». Toisella sijalla olivat erilaiset »hallintotoimet», joilla puututaan kansalaisten oikeuspiiriin asettamalla velvollisuuksia tai myöntämällä etuja ja oikeuksia. Viimeiseen ryhmään Mäenpään asteikolla sijoittuivat »muut toimet», joiden johdosta kansalaiset saattavat tulla riippuvaksi kunnan viranomaisen päätöksestä.[43]

Sittemmin Mäenpää on *hallintosopimuksia* käsittelevässä monografiassaan kritisoidessaan julkisoikeudellisten oikeussuhteiden »oletettua» valtaluonnetta esittänyt seuraavanlaisen viisikohtaisen julkisen vallankäytön välittömyyden ja voimakkuuden eroja luonnostelevan ryhmittelyn[44].

1. välitön pakko;
2. julkisen vallan käyttö muodollisesti säännellyssä hallintomenettelyssä;
3. hallintotoiminta, jonka sisältönä on erilaisten etujen jakaminen ja oikeuksien perustaminen;
4. hallinnollisen mikrovallan käyttäminen; sekä
5. ns. tosiasiallinen hallintotoiminta

Asiallisesti ryhmittely muodostaa jatkumon, joka kuvaa viranomaistoiminnan muutosta myös yksittäisten ryhmien sisäisin luokituksin. Esim. ryhmässä 1. Mäenpää osoittaa julkisen vallan intensiteetin aste-eroja termein »armeija — poliisi — välitön hallintopakko — vankila — laitos». Viimeisen ryhmän 5. hän täyttää seuraavasti: »suorittava hallinto, hallinnon yksityisoikeudellinen

[41] Ks. esim. *Aura* s. 66 ss.

[42] *Holopainen*, 1969 s. 79 ja 392; ks. myös *Mäenpää*, 1981 s. 103.

[43] *Mäenpää*, 1981 s. 103

[44] *Mäenpää*, Hallintosopimus s. 128—129

toiminta, eräät teknisluonteiset hallinnon sisäiset toimet ja muu välitöntä julkisen vallan käyttöä vain niukasti sisältävä tai kokonaan sisältämätön toiminta». Tässä samoinkuin Mäenpään omassa tekstissäkään ei ole erityisen oleellista, kuinka erehtymättömästi jatkumon yksittäiset kohdat kuvaavat vallan voiman heikentymistä. Oleellisempaa sen sijaan on, että vallan intensiteetti saattaa viranomaistoiminnassa vaihdella voimakkaasti, ja että eräin paikoin sitä joudutaan pitämään niin vähäisenä, ettei menettelyyn voida katsoa kuuluvan julkisen vallan käyttöä.

Yllä viitatuissa jaotteluissa on selvänä lähtökohtana *yhteiskunnan valtarakenteet ja kansalaisen toimintavapaus*. Kenties viimeisessä niistä tulee yksiselitteisimmin esille julkisen vallan käyttömahdollisuus myös sellaisissa asioissa, joissa ei ole kyse kansalaisten perusoikeuksiin tai subjektiivisiin oikeuksiin taikka ylipäätään heidän oikeuksiinsa kajoamisesta, ja joissa vallankäyttö ei tule esille pelkästään negatiivisena, velvoittavana voimana. Käsillä olevaa tutkimustehtävää silmälläpitäen onkin syytä korostaa, että siinä missä oikeudellinen toimi voi tosiasiallinenkin julkisen vallan käyttö olla positiivisia asioita tuottavaa, *produktiivista*.[45]

Edelleen jaottelujen saatetaan todeta ilmentävän yhtäältä po. käsitteen ytimen suhteellista kiinteyttä ja toisaalta sen periferian epämääräisyyttä. Reunaalueilla, jossa vallan intensiteetti ainakin välittömästi havaittavasti laskee, ei perinteisillä oikeudellisilla valtatermeillä ole käyttöä. Täällä vallan kohteen *riippuvuusaseman* voitaneen katsoa »korvaavan» vallankäytön voimaperäisyyden julkisen vallankäytön perustelussa. Tähän näkökohtaan tukeutuva argumentointi edellyttää usein tulkintaongelman pitkälle käyvää analyysia. Jos valta on välillistä ja epäsuoraa, saattaa tehtävä olla vaikea. Asiaa arvioitaessa joudutaan ottamaan huomioon sellaisia tekijöitä kuin oikeussuhteen sisältö, toimien luonne, niiden vaikutusten alueellinen laajuus ja kesto, erilaiset oikeudelliset määritelmät, onko toimijalla monopoli tehtäväänsä, jne. Yhteiskunnassa, jossa lakien noudattamisen todetaan pohjautuvan välittömän pakon sijasta yhä enemmän mm. suostutteluun[46], vallankäytön pakkoluonnetta ei saateta perustellusti pitää edes tosiasiallisen vallankäytön vastuun aktualisoitumisen yksinomaisena kriteerinä.

Yleensä ottaen klassisten valtatermien referenssin voidaan katsoa sijoittuvan suhteellisen ongelmattomasti julkisen vallan keskiöön myös kuvatunlai-

[45] Vrt. *Foucault* s. 219, joka korostaa, ettei vallan seuraamuksia pidä kuvata vain sellaisin negatiivisin termein kuin että valta »sulkee pois», »kukistaa», »tukahduttaa», »sensuroi», »naamioi» ja »kätkee». Tosiasiallisesti valta tuottaa.

[46] Ks. *Atiyah*, 1983 s. 53.

sessa uudemmassa ajattelussa. Vaikka perinteisten valtatoimien onkin havaittu paikoin muuttuneen toisaalla tehtyjen päätösten kirjauksiksi, niiden valtaluonnetta ei ole ainakaan yleisesti pyritty kiistämään. Sitä paitsi ne ovat asiallisestikin valtaluonteisia; olkoonkin, että niiden sisältöön on kenties tuonut valtapanoksensa viranomaisen ohella joku muu. Toisaalta tällainen hallinnon ulkopuolelta tuleva »myötävaikutus» ei missään tapauksessa muuta sitä, että viranomaisen kautta kanavoituvaan valtaan saatetaan varsin luontevasti liittää määre julkinen[47].

3.3. Alf Rossin julkisen vallan kriteeristö

Alf Rossin hahmottelema *yksityisautonomian* ja *julkisen vallan* jaottelun kriteeristö[48] on saanut jossain määrin huomiota jo entuudestaan suomalaisessakin oikeuskirjallisuudessa. Esim. Toivo Holopaisen väitöskirjatutkimuksen lähtörakennelmiin on mm. tältä osin omaksuttu tanskalaisen oikeusteoreetikon ajatuksia[49]. Po. tarkastelun Ross on käynyt vuonna 1958 julkaisemassaan artikkelissa »Om begreberne 'stat' og 'statsorgan' i statsforfatningsretten», jossa hän asettaa mm. kysymyksen: »Under hvilke betingelser anses et individ eller en kollektivitet som 'statsorgan', d. v. s. under hvilke betingelser henregnes en vis handling ikke til det faktisk handlende subjekt men til 'staten'?» Alustavana, jatkotarkasteluun johtavana vastauksena kirjoittaja toteaa, että oikeustoimet katsotaan valtion toimiksi, mikäli ne ovat sellaisen kvalifioidun kompetenssin ilmauksia, jota kutsutaan »julkiseksi vallaksi», vastakohtana »yksityiselle autonomialle».

Yksityisautonomian tuomaa kompetenssia Ross luonnehtii sanoilla *ukvalificeret, autonom, diskretionær, egenintresset, afhændelig* ja julkista valtaa termein *kvalificeret, heteronom, pligtbundet, almenintresset, uafhændelig*. Rossin näkökulma hänen asettamaansa ongelmaan on enemmän käsitteellis-analyyttinen kuin erityisesti tanskalaiseen oikeuteen sitoutunut.

Käydessäni seuraavassa arvioimaan Rossin kriteerejä lähden siitä johdantoluvussa omaksumastani käsityksestä, että sekä julkisen että yksityisen sfääreillä on jossain määrin vakiintunut ydinalue ja että vallan julkiseksi tai yksityiseksi luonnehtimisen on ainakin karkeasti ottaen noudatettava tätä jakoa. Vaikka esim. kauppa ja tavaranvaihto ovat perinteisesti luettu yksityisen toiminnan piiriin, ei liike-elämää nykyaikana kokonaisuudessaan voida useinkaan

[47] Vrt. *Tuori*, 1990 s. 205.

[48] *Ross*, TfR 1958 s. 109—113

[49] *Holopainen*, 1969 esim. s. 33

sillä tavalla suoraan rinnastaa kansalaisten kanssakäymiseen, että siitä käsin olisi mahdollista tehdä varauksettomia yleensä yksityisen sfääriä koskevia yleistyksiä. Varminta ja suoritettavan analyysin kannalta »turvallisinta» yksityisen aluetta ovat ne oikeussuhteet, joissa kansalaiset toimivat keskinäisessä vuorovaikutuksessa fyysisinä henkilöinä. Tällöin kriteerejä voidaan arvioida mm. omistamista ja asumista sääntelevän normiston suunnasta tai perhe- ja perintöoikeuden näkökulmasta.

Meillä käytetyissä puheenvuoroissa on esim. sosiaali- ja terveysjärjestöjen toimintaa tarkasteltu siltä kannalta, voidaanko sitä pitää julkisen vallan käyttönä silloin, kun toimintaan kuuluu 'julkisen rahan eli valtion ja kuntien avustusten käyttö' tai jos kyseessä on 'samanlaisten palvelujen ylläpitäminen, joita julkinen valta tuottaa' taikka jos vallankäyttö sisältää 'yksityisen kansalaisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta päättämistä'[50]. Tämänkaltaiset kriteerit eivät muodosta sellaista kokonaisuutta, jollaista Rossin kriteeristö edustaa. En pidä tarkoituksenmukaisena ottaa niitä yhteistarkasteluun, vaan käsittelen niitä tuonnempana yhteyksissä, joissa tutkimuksen systematiikka ja kysymyksenasettelu nostaa ne esiin.

3.3.1. Vallan heteronomisuus

Vaikka Ross ei mainitse vallan *heteronomisuutta* ensimmäisenä julkisen vallan luonteenpiirteistä, aloitan tarkasteluni siitä. Näin siksi, että Rossin valtakonseption peruslähtökohdat tulevat parhaimmin esille juuri tämän kriteerin kohdalla.

Julkisen vallan heteronomisuus merkitsee, että vallankäyttäjä voi yksipuolisesti (käskien, kieltäen tai sallien) velvoittaa vallan kohteena olevia adressaatteja. Tämä lähtökohta sellaisenaan saattaa aluksi tuntua hieman hämmentävältä: mitä on vallankäyttö, joka ei ulota vaikutuksiaan muihin juuri mainituin tavoin. Rossin artikkeliin tutustuva joutuukin pian huomaamaan, että yksityisautonomian ottaminen vertailukohteeksi on tuonut esitykseen *dualistisen toimivaltakäsityksen*[51]. Kun julkisen vallan käyttöön oikeuttava kompetenssi merkitsee valtio-orgaanien kykyä antaa ulkopuolisia subjekteja oikeudellisesti velvoittavia akteja, yksityisoikeudellisella vertailualueella toimivalta viittaa omia oikeuksia koskevaan disponointiin (»individet kan forpligte sig selv og disponere over sine rettigheder»).

---

[50] Ks. *Vasama* s. 194—196

[51] Asia eksplikoidaan Rossin esityksessä selkeästi seuraavasti: »Det er nu, når vi overskuer gældende ret, iøjnefaldende at kompetencenormene kan inddeles i to fundamentalt forskellige typer». *Ross,* TfR 1958 s. 110

Oppi siitä, että toimivallan käsite on eri asia siviilioikeudessa kuin julkisoikeudessa, on perinteisen oikeudellisen doktriinin mukainen, eikä se ole vieläkään lakannut vaikuttamasta. Sen oikeusvaltiollinen taustaidea muotoaa yhä ajatteluamme: oikeusjärjestyksen keskeisenä tehtävänä on kansalaisten oikeusaseman ja yksityisautonomian suojaaminen virkavaltaa vastaan[52]. Kun nimenomaan viranomaiset on vanhastaan mielletty hallintoalamaisten asioihin puuttuvaksi tahoksi, jota ne tietysti ovat olleetkin, on toimivaltaoppien kannalta eräs tärkeä asia jäänyt sivuun: myös yksityisten suhde toisiin yksityisiin nauttii pitkälti vastaavanlaista koskemattomuuden suojaa. Tarkastelukulmasta johtuen *yksityistä ei ole toimivaltakäsitteen yhteydessä mielletty vallankäyttäjäksi,* ja sen vuoksi yksityistä ja julkista toimintaa ei ole osattu katsoa samansuuntaisina vaan vastakkaisina tai ainakin olennaisesti erilaisina ilmiöinä.

Vaikka oppiin toimivallan kaksinaiskonseptiosta on havaittu liittyneen anomalioita, sitä ei ole hylätty. Kun vielä Rossin esityksessä toimivaltadualismia tarkasteltiin autonominen — heteronominen-dikotomian varassa, lisäsi Holopainen siihen termin *orgaanikompetenssi.* Kyse oli oikeushenkilöiden, mm. valtion ja kuntien, valtuudesta hoitaa yhteisön asioita. Sen perustana olevaa toimivaltaa ei voitu pitää yksityisautonomisena, koska orgaanihenkilö ei määrännyt omasta oikeuspiiristään. Toisaalta julkisenkaan vallan käytön kaava ei tähän istunut, sillä kenenkään ulkopuolisenkaan oikeuksiin ei puututtu. Holopaisen mielestä kompetenssia voitiin kuitenkin itsensä oikeushenkilön kannalta katsoen pitää yksityisautonomisena, koska sen asioissa toimittiin sen itsensä nimissä.[53]

Muotoutuneessa asetelmassa kiinnittyy huomio siihen, että kun julkisyhteisöille on katsottu kuuluvan julkinen toimivalta ja tietyllä tavalla yksityisautonomiseen toimivaltaan rinnastuva orgaanikompetenssi, yksityisten toimivallan ainoana ilmentymänä on pidetty yksityisautonomiaa koskevaa disponointia. Kiinnitettäessä huomio kansalaisten keskinäisten suhteiden oikeudelliseen sääntelyyn tämä epätasapaino vaikuttaa perusteettomalta. *Yksityishenkilöillä on monessa kohtaa kompetenssi, joka myös on luonnehdittavissa heteronomiseksi.* Erilaisia yksityisiä, ulkopuolisiin suuntautuvan vallankäyttöoikeuden perustavia asemia on perheoikeuden, perintöoikeuden, maaoikeuden, työoikeuden, kauppaoikeuden, jne. aloilla.

Tarkastelen seuraavassa Rossin kriteeristöä lähtien siitä, että yksityisautonomia julkisen vallan määrittelyperspektiivinä ei ole oikea tai ainakaan riittä-

---

[52] Tähän hyvinvointivaltiossa kohdistuvista muutospaineista yleisesti ks. esim. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 13 ja 51—52.

[53] *Holopainen,* 1969 s. 33—34

vän avaran näkökulman tuottava havainnointikohta. Asian pelkistämiseksi — Rossille hienoista väkivaltaa tehden — arvioin hänen vastakkainasetteluaan ikäänkuin yksityisautonomiasta sanottu olisi tarkoitettu koskemaan myös yksityistä heteronomista valtaa. Olkoon tämän oikeutus siinä, että pyrkimyksenä on tuottaa tietoa yksityisistä vallankäyttöasemista (joiden merkityksen Ross on julkisen vallan alaa hahmottaessaan sivuuttanut!). Yleisen intressin merkitystä arvioin hieman kokonaisvaltaisemmin kuin muita kriteerejä, sillä siihen liittyy selvästi monitahoisin problematiikka.

3.3.2. Vallankäyttäjän kvalifiointi

Julkisen vallan käyttämiselle on Rossin mukaan ominaista, että se edellyttää *vallankäyttäjän kvalifiointia.* Julkista valtaa ei ole oikeutettu käyttämään kuka tahansa, vaan ainoastaan tietyt henkilöt, jotka määritellään tietyin ominaisuuksin.[54] Tilanne yksityisautonomian osalta on toinen: se kuuluu jokaiselle.

Ylläsanottuun nähden on huomionarvoista, että useita kansalaisten välisiä yksityisiä suhteita on saatettu säänneellä hyvinkin yksityiskohtaisesti. Oleellista tässä on, että sääntelyssä on toisinaan tarkasti määritelty erilaisten vallankäyttöasemien henkilöt. Mainittakoon HolhousL (34/1898) 23 §:n ja lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun L:n (361/83) 3 §:n säännöksiin perustuva *holhoojan* kvalifiointi. On selvää, etteivät esim. vanhemmat estäessään vajaavaltaisen lapsensa hukkaamasta omaisuuttaan tai määrätessään tämän pysyttelemään illan kotosalla disponoi yksityisautonomiansa rajoissa[55]. Kun toisaalta kuitenkin kyse on selvästi perheen yksityisyyden piiriin kuuluvasta asiasta, ei kvalifikaatio oikeuta puhumaan julkisistakaan valtuuksista.

Toinen esimerkki yksityisistä vallankäyttösuhteista voidaan ottaa *kiinteistön omistajan ja haltijan* vallankäytöllisten toimien piiristä. Näille henkilöille kuuluu mm. oikeus rajoittaa esim. ns. jokamiehenoikeudella liikkuvaa tunkeutumasta kiinteistön pihapiiriin. Tämän esimerkin osalta tuntuisi ensi näkemältä luonnolliselta lähteä siitä, että minkäänlaista kvalifiointia vallankäyttömahdollisuuden taustalla ei ole, vaan kyse todellakin on jokaiselle kuuluvasta oikeudesta. Asiaa lähemmin arvioiden kiinnittyy huomio kuitenkin siihen, että oikeuden käyttämisen mahdollisuutta rajoittaa maan omistajan tai haltijan aseman vaatimus. Kaikilla tuota asemaa ei yksinkertaisesti ole. On tärkeää huo-

[54] Kyseistä julkisen vallankäytön ominaispiirrettä on meilläkin korostettu aivan viime vuosina; ks. *Viljanen,* 1990 s. 389 ja 405.

[55] Kotiarestin käyttörajoituksista ks. esim. *Lapsioikeuden pääpiirteet* s. 93.

mata, että käsillä ei ole tosiasiallinen vaan oikeudellinen tekijä. Oikeus maaperään ei modernissa yhteiskunnassa perustu ensisijassa esim. fyysiseen ylivoimaan, vaan kiinteistön omistaminen ja hallinta ovat mahdollisia vain voimassaolevan oikeuden nojalla. Kysymys on erään oikeusjärjestyksen tunnustaman vallankäyttöaseman saavuttamisesta, joka siinä mielessä muistuttaa tietyssä määrin mm. virka-aseman saamista. Vaikkakaan valta disponoida kiinteistöstä ja sen käytöstä ei perustu nimenomaiseen kvalifikaationormiin, ei ole kaukaa haettua väittää, että erilaisten kiinteistöä koskevien normien vaikutuksesta vallankäyttäjä kvalifioituu. Valtahan ei kuulu henkilölle kenä tahansa yksilönä, vaan on sidoksinen tämän tiettyyn oikeudelliseen asemaan, »ominaisuuteen», jonka katoamisen myötä myös hänen valtansa häviää.

Yllä olevan mukaisesti myös yksityinen heteronominen vallankäyttö perustuu kvalifiointeihin ja kvalifikaatinormeihin. Po. näkökohdan ei siten voida katsoa sellaisenaan täyttävän julkisen vallankäytön kriteeriltä edellytettäviä vaatimuksia.

3.3.3. Vallankäytön pakollisuus

Käsitys *vallankäytön pakollisuudesta* julkisen vallan ominaispiirteenä on selvästi yhteydessä weberiläiseen byrokratiateoriaan. Sen mukaan virkamies ei ole itse käyttämänsä vallan alkuperäinen lähde, eikä hän myöskään esiinny käyttämänsä vallan subjektina. Asiaa ei kuitenkaan ole tässä yhteydessä tarpeen ryhtyä erittelemään byrokratiateoriaa koskevan kritiikin suunnalta.

Meillä esim. Kaarlo Tuori on huomauttanut »rossilaisittain», että valtio-orgaanien oikeuksien yhteys näiden velvollisuuksiin on näkökohta, joka estää valtio-orgaanien toimivallan ja yksityisautonomisen kompetenssin rinnastamisen[56]. Kiinnittämättä lähempää huomiota siihen, että mainittu oikeuksien ja velvollisuuksien yhteys ei ole viranomaistoiminnassa aivan ehdoton sääntö, voidaan sanotun huomion katsoa pitävän »suurin piirtein» paikkansa, koska yksityisautonomisen toimivallan käyttö on jokaisen oman harkinnan varassa. Tässä yhteydessä mielenkiinnon kohteena on kuitenkin erityisesti se yksilöiden vallankäyttö, jonka välittömät oikeusvaikutukset suuntautuvat muihin.

Lähtökohtana yleisesti ottaen luonnollisesti on, että kansalaiset eivät ole velvollisia käyttämään valtuuksiaan toisiinsa nähden. Poikkeusta pääsääntöön merkitsee esim. *vanhempien kasvatustehtävä*. Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain 4.1 §:n velvoittamana vanhemmat joutuvat mm. lapsen kehityksen turvaamiseksi päättämään monista tämän henkilökohtaisista asioista. Jo Merikoski on vanhassa huolto-oikeuden oppikirjassaan (vuoden 1936)

[56] *Tuori II* s. 47

LastensuojeluL:n mukaisesta huostaanotosta kirjoittaessaan korostanut, ettei vanhemmilla ole oikeutta vaatia huostaanottopäätöksen tekemistä, koska heillä *ei ole oikeutta vapautua kasvattamisvelvollisuudestaan*[57].

Vallankäyttöön velvoittava asema on niinikään *asunto-osakeyhtiön isännöitsijällä*. Työsopimuksesta johtuvien velvollisuuksiensa täyttämiseksi tämä saattaa joutua Asunto-osakeyhtiöL:n (809/91) 79 §:n nojalla vaatimaan pääsyn osakkeenomistajan hallitsemaan huoneistoon sen hoitoa tai korjaustyötä varten. Kyse ei ole mitenkään vähäisestä vallankäytöstä: kansalaisten kotirauha on arvostettu korkealle, se kuuluu HM:n takaamiin perusoikeuksiin.

3.3.4. Valtaa ei voida luovuttaa

Julkisen toimivallan erityisominaisuuksista Ross mainitsee edelleen sen *luovutuskelvottomuuden*. Sääntöön eräänlaista poikkeusta merkitsee hänen mukaansa delegointi, mutta senkin poikkeusluonnetta kuitenkin heikentää, ettei alkuperäinen vallanhaltija pääse täydellisesti irrottautumaan kompetenssistaan. Kansalaisille kuuluvan yksityisen autonomian osalta Ross selittää asian olevan toisin. Siihen kuuluvat oikeudet voivat olla suksession kohteena. Mutta kiinnitettäköön jälleen huomio yksityisautonomian sijasta kansalaisten toisiinsa käyttämään käskyvaltaan.

Erittäin tiukasti henkilöön sidoksista valta-asemaa merkitsee esim. AvioliittoL:n 38 §, jonka nojalla toinen *aviopuolisoista* voi estää toisen aikomuksen luovuttaa yhteisenä kotina käytetyn kiinteistön. Niinikään *testamentin tekemistä* sääntelevät Perintökaaren (40/65) säännökset ovat hyvin tarkasti laaditut sitä silmälläpitäen, että jälkisäädös on varmasti nimenomaan edunjättäjän viimeisen tahdon mukainen. Selvästi henkilöön kiinnittyvä on myös asunto-osakeyhtiön *isännöitsijän* ja *hallituksen jäsenen* valta vaatia pääsyä osakehuoneistoihin. Yllä on jo huomautettu, että vanhemmat eivät voi luopua *kasvatustehtävästään*.

Mutta aivan kuten julkisen toimivallan järjestelyissäkin, ei vallan sidoksisuus tiettyyn henkilöön ole tälläkään poikkeukseton tai aivan absoluuttinen sääntö. Esim. Asunto-osakeyhtiöL:n 79 §:n nojalla mm. isännöitsijä on oikeutettu valtuuttamaan jonkun muun käyttämään puolestaan lainkohdassa tarkoitettua huoneistoonpääsyoikeutta. Käytännössä tähän menettelyyn turvauduttanee varsin usein mm. isännöitsijöiden tilapäisten esteiden vuoksi. Samoin vanhemmat saattavat väliaikaisesti esim. fyysisestä etäisyydestä johtuen olla

---

[57] *Merikoski*, Luentoja s. 94. Vrt. myös laiminlyöntirikosvastuun tilanteet; ks. esim. *Honkasalo* s. 107—108 ja 126—132.

estyneitä käyttämästä kasvatustehtäväänsä kuuluvia valtuuksiaan. Lapsen huolenpito on saatettu uskoa kotiapulaiselle, naapurille tai sukulaiselle. Vaikka tällaisten tilanteiden osalta ei ole olemassa nimenomaisia säännöksiä, on katsottu, että tarpeen vaatiman vallankäytön valtuudet siirtyvät »sijaiselle»[58]. Kyseessä on eräänlainen asemavaltuus, johon kuuluu myös velvollisuus käyttää valtaa.

Ylläolevan mukaisesti yksityinen heteronominen valta on ainakin eräin kohdin varsin pitkälti myös luovutettavuutensa suhteen samantyyppistä kuin virkamiesten käyttämä valta. Yksityisen vallan siirtely muistuttaa itse asiassa varsin merkittävästi toimivallan siirtämistä julkisen hallinnon viransijaisuus- ja delegointijärjestelyissä. Joitakin eroja johtuu mm. julkisorganien hallinnon hierarkisesta rakenteesta.

3.3.5. Valtaa käytetään yleisen intressin vuoksi

Julkisen vallankäytön kriteereistä *yleinen intressi* on erityisesti aiemmin ollut hyvin keskeisellä sijalla. Sen avulla julkista valtaa ei ole pyritty pelkästään luonnehtimaan vaan myös legitimoimaan. Se, että yleisen intressin käsite on jo itsessään tavattoman ongelmallinen, johtaa helposti sen tutkijan laajoihin pohdintoihin. Yksin kysymys hyödystä intressin perustana on perimmältään vaikea filosofinen probleema[59]. Tässä yhteydessä esilleotettavien kysymysten perinpohjainen filosofinen analyysi on tarkoituksenmukaista sivuuttaa. Yllä käytetystä tarkastelutavasta on käsillä olevassa jaksossa silti perusteltua poiketa. On nimittäin ensinnäkin huomattava, että yksityisen ja julkisen erojen suhteellistuminen on ehkä useimmin todettu ja laajimmin hyväksytty juuri yleisestä intressistä puhuttaessa: vakiintuneen käsityksen mukaan yleinen intressi vaikuttaa kansalaisten keskinäistenkin suhteiden sääntelyyn. Huomionarvoisempaa nyt on kuitenkin, että vallan ja sen käyttämisen intressin välinen suhde on yksinkertaisesti toisella tasolla oleva relaatio kuin edellä käsitellyt. Tämä edellyttää po. kriteerin tarkastelua jonkin verran laajemmalti valtasuhteiden kentässä. Koska yleinen intressi on vaikeasti tunnistettavissa tai todennettavissa, on aluksi kiinnitettävä huomiota sen pariin ominaispiirteeseen.

1. Sillä, että intressin sanotaan olevan luonteeltaan yleinen, pyritään ensinnäkin osoittamaan sen laajuutta. Kyse on lähinnä siitä, että intressi tavalla tai toisella koskettaa useita henkilöitä. Mitään yleispätevää vastausta ei tosin ole

[58] Ks. *Lapsioikeuden pääpiirteet* s. 94 ja 95.

[59] Vrt. *Aarnio,* Mitä lainoppi on? s. 13—14.

siihen, kuinka laajoja henkilöpiirejä intressin on koskettava ollakseen yleinen. Oleellisempaa kuitenkin on, että yksilöintressien aggregoituminen makrovaikutuksineen muotoaa yleisen intressin, joka referoi *empiirisesti* havainnoitavissa olevaan todellisuuteen. Tämä on asian yksi puoli.

Yleiseen intressiin tukeudutaan ja vedotaan myös tavalla, joka viittaa sen *todellisista yksityis- ja yhteiseduista riippumattomaan yleisyyden muotoon.* Erilaisten etujen ristiriita- ja kilpailutilanteissa valtio väliintulijana ratkaisee ne eräänlaisen *»illusorisen»* yhteisöllisen edun nimissä.[60] Erityisesti tällä kohden on kuitenkin syytä huomata, että esim. talouselämän tai kansantalouden edut saattavat hyödyttää kansalaisintressejä *välillisesti.*

Yleisen intressin dualistinen luonne ei näyttäydy kauttaaltaan kovin selkeänä. Kun yksilöt ja ryhmät käyvät kamppailua saadakseen julkisen sfäärin toimimaan haluamallaan tavalla, toimii yleinen intressi legitimaatiofraasina[61]. Tässä tehtävässä ko. intressin eri puolten vaikeasti eriteltävä sisäkkäisyys helposti kätkee todellisten yksityisintressien aggregaation osuuden. Valtapyrkimyksille tämä on luonnollisesti eduksi silloin, kun valta-aseman tai vallankäytön oikeutusta ei kunnolla voida osoittaa laajojen kansalaispiirien aidoilla eduilla.[62]

Mutta mitä ylläsanottu merkitsee yleisen intressin aseman ja merkityksen kannalta? *Legitimaatiotehtävän* osalta voidaan sanoa, että jos vallankäytön demokraattisuudella halutaan ymmärtää toiminnan kansan tahdon (edun) mukaisuutta, niin yleiselle intressille ei tulisi antaa siinä kontrollifunktiota. Se edistää tuollaisessa tehtävässä helposti aivan toisenluonteisia valtapyrkimyksiä. Mutta entä yleisen intressin käsitteen *kriteeriominaisuus?* Ymmärtääkseni tältäkään osin ei voida sivuuttaa mainittua käsitteeseen kuuluvaa epäselvyyttä. Se, että valta voidaan luonnehtia julkiseksi yleiseen intressiin vedoten tarvitsematta osoittaa sen joidenkin kansalaispiirien edunmukaisuutta, heikentää ratkaisevasti käsitteen kriteeriarvoa.

---

[60] Tältä jälkimmäiseltä osin intressiä määrittävä termi »yleinen» lähenee merkitykseltään »julkisen» oikeudellisessa kielenkäytössä saamaa sisältöä. »Yleisen» ja »julkisen» merkitysalojen vastaavuus ei kuitenkaan ole aivan täydellinen. Asiaan on kiinnittänyt huomiota mm. *Hidén* s. 92, joka on todennut sanalla julkinen olevan ilmeisesti suppeampi ja monesti eriytyneempi merkitys kuin sanalla yleinen. Vrt. *Myllymäki,* s. 102, joka toteaa yleisen edun käsitteen olevan alaltaan laajempi kuin valtion etu.

[61] Virkaehtosopimusjärjestelmän näkökulmasta ks. *Myllymäki* s. 104—105.

[62] On mielenkiintoista havaita se yhtäläisyys, mikä vallitsee dualistisen yleisen intressin ja feodalismin kaudella vallinneen valtiokäsityksen välillä. Tuolloin valtion oltua aluksi ennen muuta lähinnä vain yleinen etu ja yleinen asia käsitettiin se myöhemmin tämän lisäksi myös oikeushenkilöksi. Ks. *H. Tolonen,* 1982 s. 118. Yhtäläisyys selittyy tietysti sillä, että kyse on osin samasta asiasta.

Käytännön oikeuselämässä intressiin kohdistuvat arvioit jäävätkin monin paikoin pakosta sivuun. Jos ajatellaan esim. vajaavaltaiseen kohdistuvia holhoustoimia, saatetaan siihen liittyvä vallankäyttö vallitsevan hyötyideologian perustalta suhteellisen ongelmattomasti konstruoida holhotin oman edun mukaiseksi. Silloin, kun valtaa käytetään perheen piirissä, sen luonnehtiminen yksityiseksi tuntuu hyvin luonnolliselta. Mutta jos vallankäyttäjänä onkin vaikkapa kunnan virkaholhooja[63], ei saman edun mukaisia valtatoimia enää luonnehdita yksityisiksi. Vallankäyttäjän vaihtuminen yksinkertaisesti johtaa vallan luonnehtimisen muutokseen. Intressin vaihtumisella asia olisi mahdotonta selittää. Vastaavanlaisia asetelmia on helppo hahmotella tuomioistuimissa käsiteltävien siviilijuttujen perustalta.

II. Edellä sanotun johdosta viriää kysymys, onko julkista valtaa mahdollista käyttää intressittömästi, välittämättä erilaisista etunäkökohdista. Hieman toisesta näkökulmasta voidaan kysyä, onko yhteiskunnassa sellaisia julkisen vallankäytön asemia, joihin on tarkoitettu liittää sanotunlainen valinnanvapaus. Prima facie ajatus tuntuu vieraalta, mutta asiaa lähemmin tarkastellen on kyllä vaikea väittää, etteikö ylimmän poliittisen tason päätöksenteko olisi vallinnanvapautta tässäkin suhteessa. VJ:n 11 §:n mukaan kansanedustaja on toimessaan velvollinen noudattamaan vain 'oikeutta, totuutta ja perustuslakia, eivätkä häntä sido mitkään muut määräykset'.[64] Kun toisaalta lainsäätäjän vallan yhteiskunnallinen funktio mielletään olevan pääasiassa erilaisten etujen preferointitehtävässä, olisi täydellinen irrottautuminen intressiperusteesta yleensä ottaen ilmeisesti todellisuudelle vierasta. Yksittäinen edustajakin tavallisesti toimii tai uskoo toimivansa taikka ainakin selittää toimivansa jonkun (yleisen) intressin nimissä. Lainsäätäjän tehtäväkenttä on kuitenkin laajempi. Sen asiana on nimittäin ottaa kantaa myös sellaisiin arvostuskysymyksiin, joissa erilaiset yhteiskunnallisiin etunäkökohtiin sitoutuvat pohdinnat joudutaan asettamaan taka-alalle. Tällaista lainsäädäntöä on mahdollista osoittaa mm. sosiaali- ja lääkintäoikeuden aloilta. Esim. parantumattomien päihdeongelmaisten ja ns. terminaalipotilaiden asemaa koskevat perusvalinnat määräytyvät keskeisiltä kohdiltaan erityisesti *humanistisista* lähtökohdista.

---

[63] Virkaholhoojasta ks. *L holhouksen järjestämisestä eräissä tapauksissa 15. 1. 1971/14* 5—13 §:t.

[64] Vrt. *Sipilä,* 1938 s. 49, joka toteaa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden intressiteoriaperusteisen määritelmän olevan mahdollista antaa myös »siinä muodossa, että julkisen oikeuden sanotaan käsittävän sen oikeusalan, jolla lainsäätäjän tahto yhteiskuntatarkoitusten toteuttajana on ensi sijassa ja yksityisintresseistä riippumatta määräävänä, yksityisoikeuden käsittäessä sen oikeusalan, jolla yksityisintressit saavat vallita niissä rajoissa, jotka sanottu lainsäätäjän tahto niiden toteuttamiselle asettaa».

Parlamentaarinen päätöksenteko on ylintä yhteiskunnallista tavoitteenasettelua. Klassisten oppien kannalta asia on huomionarvoinen. Perinteisesti hallinto- ja lainkäyttöelinten asiana ei ole ollut arvioida niille suodun vallan ja tehtävien hyödyllisyyttä[65]. Ne eivät nykyäänkään läheskään aina voi pidättäytyä vallan käyttämisestä sillä perusteella, että toimenpide on yhteiskunnallisesti merkityksetön, hyödytön, haitallinen, epätaloudellinen tai epätarkoituksenmukainen. Kiistämättä erilaisten harkintaratkaisujen alaa ja merkitystä voidaan viranomaisten toiminnassa yleisten hyötynäkökohtien sijasta sangen usein todeta päähuomion kohteeksi muotouvan vallan lakisääteisyyden vaaliminen.

III. Vielä voidaan kysyä intressin merkitystä kansalaisten keskinäisessä vallankäytössä. Myös tässä joudutaan toteamaan, ettei sitäkään aina ole tarvis perustella joillakin etunäkökohdilla. Poikkeuksetonta tämä ei ole, sillä on koko joukko tilanteita, joissa yksityinen vallankäyttö ei saa olla mielivaltaa; esim. vanhempien on lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain mukaan käytettävä lasta koskevia valtuuksiaan tämän tasapainoisen kehityksen ja yksilöllisten tarpeitten edellyttämällä tavalla. On kuitenkin monia selvästi yksityisen sfäärin kuuluvia vallankäytön tilanteita, joissa edunmukaista perusteltavuutta ei lain mukaan tarvita. Kyse ei ole edes presumoidusta intressistä, sillä oikeustoimessa ei ole virhettä, vaikka sen näytetty motivointi osoittaisi asianomaisen toimineen etunsa kannalta täysin merkityksettömästi tai suorastaan sen vastaisesti. Asunto-osakeyhtiöL:n 45 §:n nojalla päätös asunto-osakeyhtiön purkamisesta on mahdollista tehdä kunhan vain osakkeenomistajat siihen suostuvat; jokainen on oikeutettu testamenttaamaan tai lahjoittamaan omaisuutensa vaikka vihamiehelleen; kiinteistön haltija voi pääsäännön mukaan lähettää matkoihinsa pihapiiriinsä suuntaavan, olkoon tämä vaikka ystävällisissä aikeissa lähestyvä kiinteistön omistaja; jne.

* * *

Yllä esitetyn perusteella tullaan siihen, että *vallankäyttö ylipäätään ei välttämättä tarvitse taustalleen sen enempää yleistä kuin yksityistäkään intressiä.* Kuriositeettina voidaan mainita, että Veli Merikosken kehittelemä oppi harkintavallan rajoitusperiaatteista on yleisesti luonnehdittu tarkoituksella estää mielivallan käyttö. On huomionarvoista, että mielivaltainenkin toiminta voi — varsinkin viranomaismenettelyssä — transformoitua julkisen vallan käytöksi. Toisaalta käydyn »intressiopin» kritiikin johdosta on aiheellista todeta, että pyrkimyksenä ei ole ollut kiistää intressien merkitystä läpikotaisin. Toki varsin usein on mahdollista havaita vallankäytön taustalla pääasiassa jonkinluon-

[65] Ks. esim. *Noll* s. 48.

teisia intressejä, ja sillä perusteella pitää luontevana vallan karakterisoimista julkiseksi tai yksityiseksi. On vain huomattava, että erilaisiin intresseihin liittyvien epäselvyyksien vuoksi niille ei sellaisenaan voida antaa ehdotonta kriteeriarvoa.

3.3.6. Summa summarum

Julkisen vallan erityispiirteiden hahmottamiseen ei päästä käsiksi rossilaisen toimivaltadualismin avulla. Sekä yksityisen että julkisen sfääriin kuuluu paitsi autonomiaan perustuvia valtuuksia myös heteronomisen, ulkopuolisiin suuntautuvan toimivallan käyttöä. Sen seikan sivuuttaminen, että kansalaisille kuuluu heidän keskinäisessä kanssakäymisessään vapauksien ohella yksipuolisia valtaoikeuksia, on kohtalokasta erityisesti siltä osin kuin pyrkimyksenä on kyetä erottamaan viranomaiskoneiston ulkopuolella harjoitettu julkisen vallan käyttäminen. Vinoutuneen perusasetelman muotoutuminen johtaa juurensa siihen oikeusvaltiolliseen — aikanaan osin ehkä oikeutettuun — olettamaan tai korostukseen, että erityisesti viranomaiset ovat kansalaisten vapauspiirin uhkana ja että kansalaisten asema on siten turvattava nimenomaan virkavaltaa vastaan.[66] Tämän ainakin nykyolojen kannalta jossain määrin vääristyneen lähtökohdan syntymiseen on nähdäkseni lisäksi myötävaikuttanut kahden oikeuden päälohkon tutkijoiden keskinäinen eristäytyneisyys.

Paitsi että vallan luonne edellä arvioitujen kriteerien osalta on suhteellisen muuttumaton yksityisen ja julkisen sfäärin vaihtelussa on myös valta-asemissa monin kohdin havaittavissa tiettyä samuutta. Sekä yksityiset että julkiset heteronomisen vallankäytön asemat ovat usein ns. *statusasemia.* Tämä oikeudellinen luonnehdinta, joka julkisessa hallinnossa kuuluu lähes säännönmukaisesti ulospäin suuntautuvaan vallankäyttöön, ei ole läheskään tuntematon kansalaisten keskinäisissäkään suhteissa. Sivilisteille on tuttua puhua esim. perheoikeudellisista statussuhteista. Yksityisen ja julkisen rajan häivyttämistä oikeudellista statusta koskevissa puheenvuoroissa kuvaa hyvin mm., että tyyppiesimerkkeinä statuspäätöksistä tavataan mainita virkaan nimittäminen ja avioliittoon vihkiminen[67].

---

[66] Uudenlaisen ajattelutavan voimistumista osoittaa mielenkiintoisella tavalla, että viriämässä oleva keskustelu perusoikeuksien merkityksestä on ulotettu koskemaan myös yksityisten keskinäisiä suhteita; ks. *Tuori,* 1990 s. 275.

[67] Ks. *Sundby* s. 104—105, *Eckhoff — Sundby* s. 90, *Uotila — Laakso — Pohjolainen — Vuorinen* s. 133, *Vilkkonen,* 1970 s. 300—301. Monin paikoin status on mahdollista saavuttaa vain nimenomaisen (status)päätöksen myötä. Tällöin viranomainen yleisen statusnormin määrittelemien ehtojen nojalla asettaa yksittäisen statusnormin; ks. *Sundby* s. 358. Oikeudellisen ase-

Käsittääkseni yllä käyty tarkastelu antaa osaltaan aiheen todeta, ettei julkisen vallan määrittely voi lopullisesti onnistua sen kriteerien hahmottamisen avulla. Tämä ei tarkoita, että ne olisivat aina joka suhteessa merkityksettömiä. Itse asiassa niiden kriittinen arviointi on omiaan nostamaan esille sellaisia näkökohtia, jotka vaikeissa rajatapauksissa ohjaavat suuntautumaan hyväksyttäviin tulkintakannanottoihin. Kriteerien loputtomasta etsinnästä tai pyrkimyksestä niiden kehittelyyn siinä uskossa, että käsitteen rajaamiseen liittyvät vaikeudet näin ratkeaisivat, on kuitenkin asianmukaista luopua.

3.4. Julkisen vallan käyttämisen käsite hallinto- ja rikosoikeudessa

Vaikka julkisen vallan käyttämisen käsite saavutti positiivisoikeudellisen aseman vasta VahKL:n myötä, on se oikeustieteessä tullut tunnetuksi paremminkin vahingonkorvausoikeuden ulkopuolella. Hallinto-oikeuden klassisiin oppeihin on kuulunut käsitys virkamiehestä julkisen vallan käyttäjänä. Nimenomaiset säädännäiset ilmaisunsa tämä näkemys on tosin saanut vasta 1980-luvulla. Myös RL:n tulkinnassa käsite on ollut keskeisellä sijalla arvioitaessa epäselvissä tapauksissa rikosoikeudellisen virkavastuun soveltamismahdollisuutta. Kuitenkin vasta aivan viime vuosikymmenen lopussa päätökseen viety RL:n virkarikossäännöstön uudistustyö toi julkisen vallan käyttämisen käsitteen rikosoikeudelliseen sääntelyyn.

Julkisen vallankäytön käsitettä tarkastellaan seuraavassa ko. oikeudenalojen *doktrinaarista* ja *lainsäädännöllistä* taustaa vasten. Sekä julkisen vallankäytön tehtävien kuulumisella virkamiesten oikeuksiin että rikosoikeudellisella virkavastuulla on tietyt valtiosääntöoikeudelliset kytkentänsä. Edelliseen kuuluu varsinkin probleema, kuinka virkamieshallintoperiaatteesta on mahdollista poiketa[68]; jälkimmäinen on perinteisesti liitetty ylimpien laillisuusvalvojien

man muutos ei kuitenkaan aina edellytä sitä nimenomaisesti tarkoittavaa viranomaisen toimenpidettä, vaan tietty status on mahdollista saavuttaa myös ipso jure. »Kvalitetene selv kan også være direkte regulert i generelle normer, eventuelt ved normfastsettende akter. Status som 'myndig' forutsetter således ikke noen egen individuell kvalifikasjonsakt, men inntreffer automatisk i medhold av lovens kriterier.» *Sundby* s. 344. Esim. lapsensa holhoojiksi vanhemmat tulevatkin suoraan HolhousL:n ja lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain säännösten nojalla.

[68] Kun mm. HM:n 2, 52, 60, 92 ja 93 §:ien on katsottu merkitsevän julkisen vallan käytön tehtävien kuulumista vain varsinaisten viranomaisten ja virkaansa nimitettyjen virkamiesten valtuuksiin, on tästä seuraavana yleisenä sääntönä pidetty mm. sitä, että hallinnon ulkopuolisia koskevan toimivallan perustaminen varsinaisen hallintokoneiston ulkopuolelle edellyttää eduskuntalakia; ks. esim. *Tuori II* s. 500 ss.

toimivaltuuksien tarkasteluun[69]. En kuitenkaan pidä tarpeellisena ryhtyä näihin liittyvien kysymysten erillistarkasteluun, koska sellaisen selvityksen lisäanti jäisi joka tapauksessa varsin vähäiseksi julkisen vallankäytön käsitteellis-sisällöllisessä hahmotustyössä.

3.4.1. Julkisen vallan käyttämisen käsite hallinto-oikeuden alalla — Toimivalta. Päätösvalta.

1. Viime vuosikymmenien hallinto-oikeustieteessämme voidaan havaita olleen selvä pyrkimys *rajata toimivallan käsite hallinnon ja sen ulkopuolisten oikeussubjektien oikeudellisesti säänneltyihin suhteisiin ja niissä tapahtuvaan oikeudellisesti velvoittavien aktien antamiseen.* Kyse on siitä viranomaistoiminnan osa-alueesta, jonka perustava normisto on ns. *oikeusvaltiollisen lakivarauksen* mukaisesti annettava eduskuntalain tasolla[70]. Ko. toimintaan rajoittuva toimivallan määrittelytapa on omaksuttu esim. Kari Sinisalon ja Kai Kaliman väitöskirjoissa[71]. Kaarlo Tuori on osoittanut tämän *»normativistisen kompetenssikategorian»* syntyneen alunalkaen klassisen saksalaisen positivismin kritiikissä, joka korosti oikeudellisten ilmiöiden omaleimaisuutta. Kun kritiikin kohteena olleessa konseptiossa toimivalta oli abstraktin valtiotahdon välittämänä yhteydessä valtiovaltaan herruutena, faktisena, oikeuteen redusoitumattomana ilmiönä, oli sen tuloksena oleva kompetenssin ja ulko-oikeudellisin kriteerein määritellyn valtiovallan välisen yhteyden katkaiseminen.[72]

Tuorin oman toimivaltakäsityksen kannalta on olennaista, että hän omaksuu ajattelutavan, jonka mukaan valtion orgaaneja on mahdollista pitää itsenäisinä oikeushenkilöinä. Tältä pohjalta Tuori ulottaa toimivaltakäsitteen koskemaan myös valtiokoneiston *sisäisiä suhteita.* Lisäksi Tuorin toimivallan määrittely poikkeaa aiemmasta siinäkin, että hän *ei* sitoudu pelkästään *juridisesti relevantteihin akteihin.* Hän toteaa, että silloinkaan »kun valtion ja sen orgaanien toiminta typistetään pelkästään oikeusnormien mahdollistamaan käyttäytymiseen, ei ole oikein nähdä tämän käyttäytymisen rajoittuvan vain juridisesti relevanttien aktien (---) antamiseen: oikeusnormit saattavat osoittaa niin

---

[69] Tosin vuoden 1991 alussa voimaanastunut HM:n 46 ja 49 §:ien muutos (L 1221/90) rajaa oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen toimivallan viime kädessä »julkisen tehtävän» käsitteen avulla, joten nimenomaisesti julkisen vallan käytön kriteeriasema jäi tällä kohden vain RL:n virkarikossäännösten ja HM:n po. säännösten uusimisen välistä aikaa koskevaksi.

[70] Ks. *Tuori II* s. 496.

[71] *Sinisalo* s. 43, *Kalima* s. 209

[72] *Tuori II* s. 41 ss. Pioneerityön ansiot asiassa Tuori liittää Hans Kelsenin nimeen.

ulkopuoliseen yhteiskuntaan suuntautuvassa kuin valtio-organisaation sisäisessäkin ohjauksessa käytettäväksi myös keinoja, joihin ei kytkeydy adressaatin oikeusasemaa muuttavia vaikutuksia».[73] Voidaan huomauttaa, että jo ennen Tuorin tutkimuksen julkaisemista oli Mäenpää 1970-luvun lopussa ehtinyt omaksua analyyttisen oikeustieteen perinteeseen siirtyneestä eroavan laajemman toimivaltakäsityksen, joka poikkesi sen normativistisesta ja ulkopuolisiin toimiin pitäytyvästä määrittelystä. Mäenpään mukaan »/h/allintoelimen toimivalta on sen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus.»[74]

Oikeuskirjallisuudessamme on nimenomaisesti julkisen vallankäytön ja toimivallan suhdetta käsitellyt perusteellisimmin Toivo Holopainen. Oikeudellisella toimivallalla eli kompetenssilla hän tarkoittaa »oikeusjärjestykseen perustuvaa oikeutta (---) suorittaa oikeudellisia toimia ja aikaansaada niillä tarkoitetut oikeusvaikutukset»[75]. Kuten edellä osoitettiin, ulospäin suuntautuvan vallankäytön lisäksi valtion ja kuntien toimintaan kuuluvaa omaa oikeuspiiriä koskevaa vallankäyttöä Holopainen luonnehtii orgaanikompetenssin käyttämiseksi. On varsin mielenkiintoista havaita, että Holopainen ei joka suhteessa kiistä tämän toiminnan luonnetta julkisen vallan käyttönä. Hän kiinnittää huomiota siihen, että julkisoikeudelliset oikeushenkilöt sulkevat piiriinsä kaikkien jäsentensä edut ja tavoitteet, ja että mm. tämän vuoksi niiden asioiden hoitamista ei voida järjestää samalla tavoin kuin lähinnä yksityistä etua tavoittelevien oikeushenkilöiden toimintaa. »Tältä kannalta katsoen voidaan kaiken valtion ja kunnan orgaanien toiminnan sanoa olevan *asiallisesti julkisen vallan käyttöä*» (kurs. I.P.), hän toteaa.[76]

Edellä käsitellystä Rossin erittelystä vaikutteita ammentaneena Holopainen kuitenkin pitää kiinni siitä, että orgaanikompetenssin käyttäminen »on kaikesta huolimatta oikeusjärjestyksen kannalta katsoen yksityisautonomisen toimivallan käyttämistä». Hänen mukaansa välitön, oikeussubjektien oikeuspiireihin ulottuva julkisen vallan käyttö on pidettävä selvästi erillään orgaanikompetenssin käyttämisestä.[77] Holopaisen sitoutuminen varsinaiseksi julkisen vallan käytöksi katsottavan toiminnan osalta ahtaaseen normativistiseen käsityskantaan tulee hänen tekstissään ilmi varsin yksiselitteisesti seuraavasti: »Julkinen valta merkitsee ihmisellä olevaa toimivaltaa antaa toisen ihmisen oikeuspiiriä kos-

---

[73] *Ibid.* s. 45

[74] *Mäenpää,* 1979 s. 178. Ks. Mäenpään määrittelyä koskevista arvionneista *Kalima* s. 200 ss. ja *Tuori II* s. 45, 47—49.

[75] *Holopainen,* 1969 s. 64

[76] *Ibid.* s. 65

[77] *Ibid.* s. 65

kevia määräyksiä, pakottaa tämä käyttäytymään tietyllä tavalla taikka antaa käyttäytymissääntöjä (normeja), joilla on toisiin ulottuva oikeudellinen vaikutus.»[78]

Jokseenkin Holopaisen tavoin lienee toimivallan ja julkisen vallan keskinäissuhteen käsittänyt jo aiemmin Jaakko Uotila päätösvallan siirtämistä koskevaa väitöskirjaa kirjoittaessaan, vaikkei asiaan ehdottoman selvästi joka suhteessa kantaa otetakaan. Uotila ilmoittaa tarkoittavansa kompetenssilla »oikeudellista kelpoisuutta suorittaa julkisen vallan käyttämiseen kuuluvia oikeudellisia toimia»[79]. Lisäksi hän toteaa, että kompetenssiin voidaan kyllä laajassa merkityksessä sisällyttää erilaisia aineksia, mutta jos toimivaltaa ajatellaan nimenomaan kelpoisuutena julkisen vallan käyttämiseen, tullaan sen tyyppisiin kysymyksiin kuin esim., »voiko kunta hallintosubjektina puuttua kahvilaliikkeen harjoittamiseen»[80].

Perinteisen ajattelutavan mukainen *päätösvallan käsitteen* suhde toimivallan ja varsinkin julkisen vallan käsitteeseen tulee ehkä selvimmin näkyviin puheenaolevasta Uotilan teoksesta. Päätösvallan käsitteellä Uotila sanoo tarkoittavansa »kelpoisuutta hallintotoimien suorittamiseen». Päätösvallan ja toimivallan keskinäissuhde ilmenee siten, että »päätösvalta on toimivaltaa, mutta kaikki toimivalta ei ole päätösvaltaa». Esim. kansanedustajan oikeus tehdä aloitteita ja virallisen syyttäjän valta nostaa syyte on toimivaltaa, muttei päätösvaltaa.[81] Päätösvallan käyttö merkitsee Uotilan teoksessa aina julkisen vallan käyttöä. Tämä tulee nimenomaisesti esille otettaessa kantaa hallintotoimen sisältöön. Sillä tarkoitetaan 'julkiseen valtaan perustuvaa viranomaisen konkreettista ja yksipuolista ratkaisua, joka välittömästi vaikuttaa tietyn tai tiettyjen ulkopuolisten oikeussubjektien oikeusasemaan'[82].

Tässä yhteydessä on myös päätösvallan käsitteen osalta luonnollisesti aiheellista todeta, että sekin on mahdollista ymmärtää vastaavalla tavalla kaksikantaisesti kuin yllä julkisen vallan ja toimivallan käsitteet. Holopaista mukaillakseni: kaikenlainen päätöksentekovaltuuksien käyttö on 'asiallisesti päätösvallan käyttämistä'.

Kokoavasti on mahdollista sanoa, että tarkastellut käsitteet saatetaan ymmärtää joko ahtaasti ja »normativistisesti» tai laajempisisältöisesti ja »realistisesti». Käsillä olevassa tutkimuksessa on aiheellista pitää mielessä, että *val-*

---

[78] *Ibid.* s. 33
[79] *Uotila,* Päätösvalta s. 7—8
[80] *Ibid.* s. 9
[81] *Ibid.* s. 9
[82] *Ibid.* s. 72

litsevan hallinto-oikeudellisen oppitradition mukaisesti julkisen vallan käyttöä on toimi- ja päätösvallan käyttö vain näiden käsitteiden ahtaassa merkityksessä. Asiallisille näkökohdille ei perinteisesti ole ollut tapana antaa painoa. Vasta aivan *uusimmassa oikeuskirjallisuudessamme* julkisen vallan käyttöä on ryhdytty erittelemään *laajempialaisena,* jolloin sen eri muotoja tarkasteltaessa on voitu kiinnittää huomiota vallan *intensiteettiin* ja *sisältöön.* Viittaan edellä referoituun Mäenpään esittämään viisikohtaiseen luetteloon.

II.a. Hallinto-oikeudellisen *sääntelyn* alalla on huomattava ennen muuta julkisen vallan käyttämisen käsitteen yhteys *HMenL:n dualistiseen soveltamisalaan.* Tämä kaksijakoisuus ilmenee lain 1.1 §:stä siten, että lainkohdan mukaan säädöksen 14—28 §:t tulevat noudatettaviksi vain, milloin hallintomenettelyssä »on päätettävä jonkun edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta». Ko. ilmaisun merkitystä julkisen vallan käyttämisen muotona ei HMenL:n valmistelussa liioin korostettu, mutta ilmeisen selvästi se kuitenkin oli asiassa taustalla vaikuttavana lähtökohtana. Tämä tulee esille esim. siinä, että julkisen vallan käyttämisen tosiasiallisten muotojen painotettiin nimenomaisesti jäävän lain soveltamisalan ulkopuolelle[83]. Tällä kohden saatetaan viitata myös Ruotsin aiemman hallintomenettelylain (Förvaltningslagen 1971:290) tulkintaan. Kun säädöksen 3 §:n mukaan osa lain säännöksistä saattoi tulla sovellettavaksi ainoastaan, milloin kyse oli »utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande», oli ilmaisun säädöksen esitöissä selitetty merkitsevän juuri julkisen vallan käyttöä[84].

Ruotsissa vuoden 1987 alussa voimaantullut hallintomenettelylaki (Förvaltningslagen 1986:223) merkitsi aiempaan nähden muutosta mm. siinä, että itseensä lakitekstiin tuotiin sana »myndighetsutövning»[85]. Lakia koskevassa hallituksen esityksessä termi määriteltiin vanhan lain 3 §:n avulla yllä olevan siteerauksen mukaisesti[86]. Asiassa kiinnittää huomiota, että aiempi käsityskanta otettiin lähtökohdaksi aivan problematisoimattomana. On huomionarvois-

[83] Ks. esim. *Rihto — Kandolin — Vuorinen* s. 32 ja 35.

[84] »Från huvudregeln görs i 3 § första stycket det undantaget, att 14—20 §§ inte skall gälla i vidare mån än ärendet innefattar myndighetsutövning mot enskild.» *Kungl. prop. 1971:30 2. osa* s. 330

[85] Lisäksi voimassaoleva säädös toi mukanaan sellaisen lakiteknisen uudistuksen, että aiemmasta lain alussa määritellystä soveltamisalan kaksijakoisuudesta siirryttiin systeemiin, jossa lain soveltuvuus julkisen vallan käyttöön käy ilmi kustakin säännöksestä suoraan. Ks. förvaltningslagen 14—18, 20, 21 ja 26 §:t.

[86] *Reg. prop. 1985/86:80* s. 55

ta, että tästä valinnasta johtuen Ruotsissa on jouduttu suhtautumaan myönteisesti analogiatulkinnan — siis laventavan tulkinnan — mahdollisuuteen lain julkista vallankäyttöä koskevien säännösten osalta[87]. Epäilyksittä voidaan sanoa, että myös se huoli, jota meillä on kannettu HMenL:n 'jonkun etua, oikeutta tai velvollisuutta' koskevien säännösten laajentavan soveltamisen mahdollisuudesta, on sekin peräisin vanhasta ahtaasta päätösvallan ja julkisen vallan käyttämisen mielikuvasta[88]. Edellä viitatun julkisen vallan ja päätösvallan käyttämisen 'asiallisen' arviointitavan voidaan katsoa saaneen tällä kohden konkreettiset ilmentymänsä.

II.b. Puhuttaessa toimi- ja päätösvallan käytön alasta julkisen vallan käyttämisen näkökulmasta on syytä ottaa esille kaksi viime vuosikymmenellä annettua asetusta. Ne ovat *A valtion painatuskeskuksesta (198/83)* ja *A posti- ja telelaitoksesta (368/81),* jotka tosin molemmat kumoutuivat valtion liikelaitoksista annetun lainsäädännön myötä[89].

A valtion painatuskeskuksesta 7.2 §:

> »Ylijohtaja voi kirjallisella määräyksellään antaa päätösvaltaansa kuuluvia asioita alaistensa päätettäväksi, ei kuitenkaan sellaista asiaa, josta päättäminen sisältää julkisen vallan käyttämistä.»

A posti- ja telelaitoksesta 24.2 §:

> »Työsopimussuhteessa olevalle henkilölle ei voida antaa toimivaltaa ratkaista asiaa tai oikeutta toimia asian esittelijänä sellaisissa asioissa, joissa päätös sisältää julkisen vallan käyttämistä.»

Mainituissa säädöksissä tulee esille perinteisen teoriataustan mukaisesta poikkeava päätös- ja toimivallan käsitteiden käyttötapa. Tosin aiemman julkisen vallankäytön tulkinnan kannalta ei mitenkään huolestuttavalla tavalla: julkisen vallan käytöllä viitataan niissä ilmeisen selvästi »normativistiseen kompetenssikategoriaan».

Koska nykyisin voimassaolevassa A:ssa posti- ja telelaitoksesta (928/89) ei ole aiemman A:n 24.2 §:ää vastaavaa säännöstä, lienee julkisen vallan-

---

[87] Ks. *Hellners — Malmqvist* s. 151—152 ja 159—160.

[88] Ongelman samuutta meillä ja naapurimaassa osoittaa osaltaan po. säädösten julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten analogiatulkintaan kuuluva argumentointitapa: niiden oikeussuojatarkoitukseen vetoaminen; ks. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 252 ja *Hellners — Malmqvist* s. 159—160.

[89] Ks. L valtion liikelaitoksista 10. 7. 1987/627, L valtion painatuskeskuksesta 15. 8. 1988/727, A valtion painatuskeskuksesta 15. 8. 1988/728, L posti- ja telelaitoksesta 14. 8. 1989/748 sekä A posti- ja telelaitoksesta 20. 10. 1989/928.

käytön huomionarvoisiksi muodoiksi ko. hallinnonalalla käsitetty etupäässä erilaiset lupa-asiat ja muu perinteisin muodoin virkakoneiston ulkopuolelle suuntautunut vallankäyttö. Vuosina 1982—1987 voimassaolleen posti- ja telehallinnon työjärjestyksen[90] 94 §:ssä, jossa otettiin kantaa po. asetuskohdan tulkintaan, julkisen vallan käyttämisen alaan todettiin kuitenkin kuuluvan myös »laitoksen henkilöstön etuja, oikeuksia, velvollisuuksia, kurinpitoa ja niihin verrattavaa toimenpidettä koskevat asiat». Sillä, että säännöksen lopussa hallintoylijohtajan asiaksi oli uskottu ratkaista, »onko käsiteltävä asia sellainen, että työsopimussuhteessa oleva toimihenkilö voi osallistua päätöksentekoon», taattiin ilmeisestikin käsitteen perinteinen tulkinta myös tältä selitetyltä osalta. Se, että posti- ja telelaitokselta siirrettiin 1980-luvun lopulla runsaasti erilaisia lupa-asioita toisaalle[91], ilmentänee mm. sitä, että julkisen vallan käyttömahdollisuuden miellettiin sopivan aiempaa huonommin laitoksen uuteen liikelaitosluonteisuuteen. Toisaalta virkasuhteiden säilyttäminen saatetaan kyllä ymmärtää varautumisena vallankäyttötehtäviin[92].

Myös siinä mielessä yllä olevilla asetuksilla voidaan sanoa toteutetun klassisia oppeja, että julkisen vallan käyttömahdollisuus rajattiin niillä virkamieskunnan oikeuksiin[93]. Tämän periaatteen mukaista käsitystä pyritään edelleenkin monin tavoin kunnioittamaan, vaikka meillä ei olekaan nimenomaisesti — niinkuin Ruotsissa — perustuslaissa »suojattu» julkista valtaa yksityisluonteista käyttelyä vastaan[94].

Terminologiselta kannalta po. asetussiteeraukset johtavat huomion siihen, että päätös- ja toimivallan käsitteitä käytetään *laajassa merkityksessä myös positiivisen oikeuden tasolla.* Varsinkaan yleisesti ottaen havainto, jonka mukaan

---

[90] Posti- ja telehallinnon työjärjestys; annettu 1. 2. 1982.

[91] Ks. esim. L telehallinnosta 10. 6. 1988/518, jolla perustettiin Telehallintokeskus. Lain 1 §:n mukaan: »Tele- ja radiotoiminnan teknistä valvontaa ja tarkastuksia, niihin liittyvää lupahallintoa ja muita tele- ja radiotoiminnan hallintotehtäviä varten on liikenneministeriön alainen Telehallintokeskus.» Mm. radiolähettimen hallussapitoon ja käyttöön tarvittavat luvat Telehallintokeskus myöntää RadioL:n (517/88) 15 §:n nojalla.

[92] Ks. esim. *Eilavaara* s. 211.

[93] Käytännössä rajanveto ei kaikialla ole muotoutunut aivan selväpiirteiseksi, vaan paikoin julkisyhteisöjen työntekijätkin ovat saattaneet osallistua paitsi esittely- ja valmistelutehtävien hoitamiseen myös suoranaiseen ratkaisutoimintaan. Ks. esim. *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 6, 34 ja 43—44 sekä *Bruun — Mäenpää — Tuori* s. 46; vrt. *Holopainen,* 1985 s. 9 ss.

[94] Tosin mm. HM:n 92 ja 93 §:istä on selitetty johtuvan sääntö, jonka mukaan vain virkasuhteessa olevat voivat osallistua julkisen vallan käyttämiseen. Ks. esim. *Ltk. n:o 2/1987* s. 3 sekä *Eilavaara* s. 196 ja siinä mainitut lähteet. Ruotsin hallitusmuotoon (regeringsform) lisättiin vuonna 1976 hallintotehtävien yksityistämistä nimenomaisesti koskeva säännös 11:6.3 (1976:871), jossa lausutaan seuraavasti: »Förvaltningsuppgift kan överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse eller enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, skall det ske med stöd av lag.»

toimivallan ja erityisesti päätöksen ja päätösvallan käsitteitä on oikeudellisessa kielenkäytössä käytetty vaihtelevalla tavalla, ei tietysti ole uusi. Jos kuitenkin korostetaan, että muun ohella *hallinto-oikeudellisen sääntelyn piirissä* po. käsitteitä on mahdollista käyttää vallitsevan oppitradition mukaisesta sääntelytavasta poikkeavasti, joudutaan kysymään, eikö nimenomaan *analyyttisen hallinto-oikeudellisen lainopin perinteessä* olisi irtisanouduttava ahtaaseen tulkintaan sitoutuneesta toimi- ja päätösvallan määrittelytavasta. Sitoutuminenhan merkitsee juuri käsitteiden jähmettämistä tavalla, johon analyyttisen metodin piirissä käsitelainopin arvostelu keskeisiltä osiltaan perustui.

Yleisellä käsitteellisellä tasolla aiemmankaltainen rajaus ei ole perusteltu silloinkaan, kun toimi- ja päätösvallan käsitteet jaetaan kahteen osaan julkisen vallankäytön ahdasta tulkintaa hyväksikäyttäen. Sitä paitsi julkisen vallankäytön ahdas tulkinta apriorisena lähtökohtana on sekin varsin problemaattinen. Ongelmallisuus näkyy edellä esilleotettujen näkökohtien lisäksi myös siinä, että *julkinen on adjektiivi,* jolla kvalifiotua valtaa ei voida joka suhteessa sitovasti postuloida riippuvuussuhteisiin joidenkin muiden valtakäsitteiden kanssa. Mainittakoon vain, että esim. vallankäyttö, jossa toimivalta ylitetään, saatetaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa joutua selittämään luonteeltaan julkiseksi (ks. KKO 1986 II 44).

II.c. Tarkasteltaessa julkisen vallankäytön käsitettä hallinto-oikeudellisen lainsäädännön kontekstissa on vielä otettava esille 1980-luvun lopulla toteutettu *ulkomaalaisen virkakelpoisuutta* koskeva lainsäädäntöuudistus. Uudistus perustuu HM:n 84 §:n muutokseen, jonka aiemman version mukaan valtion virkaan oli pääsääntöisesti mahdollista nimittää vain Suomen kansalainen. Paitsi että lainkohdan oltiin oikeuskirjallisuudessa jo vanhastaan katsottu koskeneen itsehallintoyhdyskuntienkin virkoja oltiin sen toisaalta tulkittu rajoittavan ulkomaalaisten pääsyä vain niihin virkoihin, joihin kuului oikeus julkisen vallan käyttöön[95]. Tämän käsityskannan mukaisesti myös KHO ehti ottaa kantaa asiaan kunnallisten virkojen osalta päätöksillään 1955 I 31 ja 1969 I 1. Vastaavasti evankelis-luterilaisen kirkon virkojen osalta julkisen vallan käyttövaltuuksien kuuluminen vain oman maan kansalaisille vahvistettiin KHO:n käytännössä ratkaisulla 1939 II 1747, tosin nimenomaisesti HM:oon viittaamatta.

Voimassaoleva HM:n 84 § (28. 7. 1989/724) on kirjoitettu siten, että siinä ensiksi luetellaan viroittain ja tehtävittäin poikkeukset pääsäännöstä, jonka mukaan ulkomaalaiset ovat nimitys- ja valintatilanteessa Suomen kansalaisiin nähden yhtäläisessä asemassa. Toisen momentin mukaan lailla tai laissa annetun

[95] Ks. esim. *Ståhlberg,* 1928 s. 284—285 ja *Erich II* s. 125—126.

valtuutuksen nojalla alemmalla säädöstasolla on mahdollista määritellä, »mihin muuhun julkiseen virkaan voidaan nimittää vain Suomen kansalainen». HM:n muuttamisen yhteydessä *VVirkamL:iin, eduskunnan virkamiehistä annettuun lakiin (1255/87) ja KunnallisL:iin* lisättiikin asiaa koskevat säännökset. VVirkamL:n 9a §:n 1 mom:ssa Suomen kansalaisille varattujen virkojen lisäksi lainkohdan 2 mom:ssa säännellään valtioneuvoston oikeudesta päättää myös eräiden muiden virkojen rajaamisesta vain suomalaisilla hakijoilla täytettäviksi. Valtioneuvosto voi käyttää tätä valtuuttaan mm. sellaisen viran osalta, »johon liittyy huomattavaa julkisen vallan käyttöä». Vastaavanlaista sääntelytapaa käytettiin myös lisättäessä eduskunnan virkamiehistä annettuun lakiin 7a §. Sanotunlainen valtuus mm. virkaan liittyvän huomattavan julkisen vallankäytön mahdollisuuden johdosta kuuluu kuitenkin säännöksen 2 mom:n mukaan eduskunnan kansliatoimikunnalle.

KunnallisL:iin lisätyn 74a §:n osalta omaksuttiin yllä olevasta poikkeava järjestely. Lainkohdassa lausutaan ensiksi pääsääntö ulkomaalaisen kelpoisuudesta kunnan virkaan. Kun tämän jälkeen toisessa momentissa määritellään ne virat, joihin voidaan nimittää vain Suomen kansalainen, ei tällä kohden — toisin kuin vielä hallituksen esitykseen sisältyvässä ehdotuksessa[96] — kriteerinä käytetä huomattavia julkisen vallan käyttövaltuuksia. Kunnanjohtajan ja apulaiskunnanjohtajan viranhaltijoiden Suomen kansalaisuusvaatimus todetaan säännöksessä ehdottomaksi; muiden kunnallisten johtavien viranhaltijoiden on myös oltava suomalaisia, ellei kunnallisessa virkasäännössä toisin määrätä. Tämä lopullinen lainsäädäntöratkaisu ei ilmeisesti kuitenkaan ole esteenä sille, että esim. juuri julkisen vallan käyttövaltuuksiin kiinnitetään huomiota virkasääntöjä laadittaessa[97].

Kuten sanottu, VVirkamL:n ja eduskunnan virkamiehistä annetun lain po. säännöksissä mahdollistetaan rajata virat yksinomaan Suomen kansalaisilla täytettäviksi niihin liittyvän *huomattavan* julkisen vallankäytön valtuuden perusteella. Mistä tämä lainsäädännössä aiemmin eksplikoimaton julkisen vallankäytön kvalifikaatio johtuu? Syitä voitaisiin hakea kahtaalta. Yhtäältä asian saatettaisiin ajatella selittyvän sillä, että ajallemme tyypillinen kansainvälisyysvaatimus edellyttää valtioiden sietävän myös ulkomaalaisten tietynmääräistä julkisen vallan käyttelyä. Toisaalta on mahdollista katsoa, että koska julkisen vallan käytön ala sinänsä on niin epämääräinen, on nähty tarpeelliseksi viitata tuon vallankäytön varmalle alueelle. Tämä epämääräisyysnäkökohta edellyttäisi tietysti kansainvälistysmispyrkimyksistä sivussapysyttelevissä yhteiskun-

[96] *1989 vp. asiak. A1 HE n:o 6* s. 7 ja 10

[97] Ks. *Hannus — Hallberg* s. 385.

nissa ulkomaalaisten vallankäyttöä määrittävän rajan siirtämistä toiseen suuntaan kuin nyt on tehty. Tällöin valtiossa vain sen omat kansalaiset olisivat kelpoisia virkoihin, joihin saattettaisiin vähäisessäkään määrin olettaa liittyvän julkisen vallan käyttöä. Huomattavaan julkisen vallan käyttöön viittaaminen osoittaisi tässä ajatuskulussa kansainvälistymisnäkökohdan vaikuttaneen julkisen vallankäytön alan epämääräisyystekijän kautta ulkomaalaisten vallankäyttömahdollisuuksia lisäävästi.

Mukautumistarve yleiseen kansainväliseen kehitykseen ja kansainvälisen kanssakäymisen edistäminen julkisen hallinnon alalla ovat epäilemättä olleet syynä po. lainsäädännön uudistushankkeisiin. Tämä tulee varsin selvästi esille lain valmisteluaineistosta.[98] Kyseisillä näkökohdilla on siten ilmeisesti ollut tietty vaikutuksensa myös po. sanavalintaan. Toisaalta myös julkisen vallan käytön käsitteen ongelmallisuus mainitaan lainvalmistelussa kiertelemättä sekin. Juuri käsitteen *määrittelyvaikeuksien* todetaan usein aiheuttaneen ongelmia sen suhteen, voidaanko ulkomaalainen nimittää virkaan[99]. Uudessa oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että jo aiemman oikeustilan aikaan pidettiin itse asiassa silmällä vain sitä, ettei virkaan tai toimeen ainakaan »sanottavasti» kuulunut julkisen vallan käyttöä[100]. Käsittäkseni on luonnollista ja oikeastaan välttämätöntä ajatella, että ko. lakeihin lisättyihin säännöksiin sisällytetyillä viittauksilla huomattavasta julkisen vallan käytöstä pyrittiin mm. sellaiseen joustavaan harkintaan, jolla saavutettaviin etuihin ulkomaalaisia koskevassa nimityskäytännössä ei ole mahdollista päästä yksinomaan julkisen vallankäytön käsitteen perinteiseen oppitraditioon pitäytyvällä ahtaalla ja normativistissävytteisellä tulkinnalla. Huomattavien julkisen vallankäytön valtuuksien käsilläolon arviointi mahdollistaa selvästi aiempaa monivivahteisempien vaikutusten ja määrältään lukuisampien näkökohtien huomioonottoa sekä laaja-alaisemman perusteluarsenaalin käyttöä yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaista nimitysratkaisua tavoiteltaessa.

Yllä sanotun johdosta on aiheellista varovaisesti todeta, että tuoreimmassa hallinto-oikeudellisessa sääntelyssä saatetaan nähdä *orastavia viitteitä julkisen vallankäytön käsitteen käyttötavasta, joka on osin mahdollista selittää klassiseen tulkintamalliin liittyvien ongelmien huomioonotoksi.* Näin voitaneen käsittää ainakin *vallankäytön intensiteetille* merkityksen antava lainkirjoitustapa. Minkäänlaiseen pitkällevietyyn modernin hallinnon vaatimusten myötäilyyn ei sääntely tarkastelulta osalta vielä viittaa.

---

[98] *1989 vp. asiak. A1 HE n:o 6* esim. s. 1—2

[99] *Ibid.* s. 2

[100] *Hannus — Hallberg* s. 383

Seuraavassa hahmotetaan julkisen vallan käyttämisen käsitteen asemaa ja merkitystä rikosoikeudessa. Esitys liittyy paikoin läheisesti edellä olevaan tarkasteluun, sillä virkarikosoikeudellinen sääntely ja lainkäyttö ovat kiinteässä yhteydessä asioiden hallinto-oikeudellisen puolen kanssa.

3.4.2. Julkisen vallan käyttämisen käsite rikosoikeuden alalla — Julkinen tehtävä. Julkinen asia.

I. Rikosoikeudellinen virkamiesasema määräytyy pääasiallisesti henkilön muodollisesta asemasta käsin. Suurin tällä perusteella virkamiehiksi katsottava henkilöstöryhmittymä koostuu hallinto-oikeudellisessa mielessä virkamiehiksi luettavista henkilöistä. Muodollisesta virkamiesasemasta johdettavaa virkamieskäsitteen määrittelyä on perusteltu *»rikosoikeudellisella täsmällisyysvaatimuksella»*[101]. »Virkamieskäsitteen rajoittaminen vain julkista valtaa käyttäviin olisi omiaan tekemään virkamieskäsitteen kovin tulkinnanvaraiseksi ja vaikeaselkoiseksi», todettiin hallituksen esityksessä virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.[102] Koska asiassa kuitenkin miellettiin olevan kyse nimenomaan *julkisen vallankäytön lainmukaisuuden edistämisestä*[103], ei täsmällisyyden hyve jäänyt virkarikossäännösten suunnittelun ainoaksi lähtökohdaksi. Asiaan ei silti käyty aivan niin yksioikoisesti, että RL:n tarkoittamiksi virkamiehiksi olisi määritelty myös kaikki muut, joille on uskottu julkisen vallankäytön valtuuksia. Virkamiesaseman saavuttamisen mahdollisuus nimittäin evättiin tyystin julkisyhteisöjen työntekijöiltä, joiden väärinkäytökset po. vallankäytön toimiin liittyvinä määriteltiin rangaistaviksi erillisin säännöksin (RL 40:9). Muutoin julkinen vallankäyttö kyllä asetettiin viimekätiseksi virkamiesaseman kriteeriksi. RL:n 2:12.1:n kohdan 3 mukaan virkamiehellä tarkoitetaan

> »henkilöä, joka lain, asetuksen tai niiden nojalla annetun määräyksen perusteella muussa kuin 1 kohdassa tarkoitetussa yhteisössä käyttää julkista valtaa sekä henkilöä, joka mainitulla perusteella muuten kuin yhteisössä käyttää julkista valtaa.»

Siteerattu lainkohta ilmaisee *statusnormin,* jonka perusteella virkamiesasema syntyy *ex lege*[104]. Sen mukaisesti jopa eräitä *yksityishenkilöitä* on pidettävä virkamiehinä. Esimerkkinä tällaisista saatetaan mainita tuomioistuinten määrää-

---

[101] Täsmällisyysvaatimus on itse asiassa rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen osasisältö; ks. esim. *Frände* s. 3—4 ja 238 ss.

[102] *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 20. Ks. myös *Ltk. n:o 2/1987* s. 27.

[103] *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 5, 18 ja 20

[104] Ks. *Sundby* s. 344.

mät julkiset kaupanvahvistajat.[105] Tähän virkamieskategoriaan kuuluvien asemaan liittyy virkavelvollisuuksia vain siltä osin kuin asianomaiset toimivat julkisen vallan käyttäjinä. Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on korostettu, että eri virkamiesryhmien väliset erot ovat virkavelvollisuuksien ulottuvuuden kannalta katsoen vain asteellisia. »Virkasuhteessa olevien virkavelvollisuudet ovat kaikkein laajimmat ja 'julkista päätösvaltaa muutoin käyttävien' kaikkein suppeimmat», kirjoittaa Pekka Viljanen[106].

Vaikka 1980-luvun oikeuskäytännössä (KKO 1985 II 147 ja 23. 10. 1987 T 2973) ehdittiin nimenomaisesti ottaa myönteinen kanta kysymykseen rikosoikeudellisen virkavastuun paikoittaisesta sovellettavuudesta julkisyhteisöjen työsuhteisiin, oli RL:n virkarikossäännösten uudistustyön yhtenä tinkimättömänä lähtökohtana se oikeuskirjallisuudessa vastakaikua saanut käsitys, etteivät julkisyhteisöjen työntekijät voi saavuttaa rikosoikeudellista virkamiesasemaa[107]. Tämä RL:iin sisällytetty idea tuntuu tietysti oudolta siihen nähden, että muissa työsuhteissa virkamiesaseman saavuttamisen mahdollisuus ei ole poissuljettu[108]. Toisaalta se, että julkisyhteisöjen työntekijät — erityisesti julkisen vallan käyttämisen osalta — ovat RL:ssa saatettu virkamiesten kanssa lähes yhtäläiseen asemaan johtamatta vaatimusta siihen virkamiesominaisuudesta, on kyllä »teorian tasolla» asiaa ehkä selkeyttäväkin tekijä. Varmastikin se jossain määrin hälventää virkamiesominaisuuteen helposti liittyvää mystiikkaa. Se muistuttaa siitä, että käsillä on vain joukko tosiasioita, joita voidaan

---

[105] Lainvalmistelussa virkamiehinä pidettävistä yksityishenkilöistä mainittiin esimerkkinä eräiden työsuojelua koskevien tutkimusten toimittamiseen käytettävät asiantuntijat. *Mäkinen — Laaksonen — Vuorinen — Rautio* s. 90, *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 43

[106] *Viljanen* s. 169

[107] Hallituksen esityksessä virkarikoslainsäädännön uudistamisesta todettiin mm. seuraavaa: »Työntekijöiden määrittely rikoslaissa virkamiehiksi olisi (---) ristiriidassa vallitsevan oikeudellisen käsitteistön ja yleisen kielenkäytön kanssa, sillä julkisyhteisöjen palvelussuhteiden eri lajit kuvataan juuri käsitteiden virka- ja työsuhde sekä vastaavasti virkamies ja työntekijä avulla. Voidaan myös lähteä siitä, että vaikka virkamiesten asema on vuosien mittaan huomattavassa määrin lähentynyt työsuhteessa olevien asemaa, virkamiesten asemaan ja tehtäviin liittyy edelleen sellaisia erityispiirteitä, että heidät voidaan asettaa rikosoikeudellisesti erityisasemaan. Kun lisäksi on pyrittävä siihen, että työsuhteessa olevat henkilöt eivät hoitaisi julkisyhteisöjen julkisia tehtäviä eivätkä käyttäisi päätösvaltaa, esityksessä lähdetään siitä, että julkisyhteisöjen työntekijöitä ei katsottaisi virkamiehiksi rikosoikeudellisessa mielessä.» *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 21. Ks. myös *1989 vp. LaVM n:o 7* s. 2—3.

[108] Ks. *Viljanen*, 1990 s. 37 ja *Hannuniemi*, 1991 s. 4—5. Vrt. myös KKO 1953 II 55: Vaikka työleirin valvonta oli uskottu yksityisoikeudelliselle Vankeusyhdistys r.y:lle, katsottiin yhdistyksen asettaman työsuhteisen leirin esimiehen, antaessaan määräyksiä ehdonalaiseen vapauteen päästetylle työleirille määrätylle kuritushuonevangille, suorittaneen sellaista julkista asiaa, jota tarkoitettiin rikoslain 2 luvun 12 §:ssä.

tietyissä rajoissa järjestellä halutulla tavalla; ei jokin sääntelystä riippumaton oikeudellinen ominaisuus.

Ennen virkarikossäännösten uudistamista RL:iin ei sisältynyt lainkaan mainintaa julkisen vallan käyttämisestä. Viime vuosikymmenen puolivälissä käsite tuli kuitenkin esille huomionarvoisella tavalla eräässä KKO:n vuosikirjaratkaisussa[109].

> KKO 1985 II 147: Kaupunkiin työsopimussuhteessa olleen siivouspäällikön tehtäviin oli kuulunut mm. laskujen hyväksyminen, siivoustarvikkeiden tilaaminen ja siivouskoneiden hankinta-asioiden esittely. KKO katsoi, että vaikka henkilön virkamiesasema rikosoikeudellisessa mielessä määräytyy työtehtävien laadun eikä palvelussuhteen muodon perusteella, ei siivouspäällikköä ollut pidettävä rikoslain 2 luvun 12 §:ssä tarkoitettuna virkamiehenä, koska hän ei työtehtävissään käyttänyt kaupungille kuuluvaa julkista valtaa eikä muutenkaan toimittanut lainkohdassa tarkoitettua julkista asiaa.

Julkisen vallan käyttämistä ei mainita ratkaisussa ainoana virkamiesaseman indisiona, koska RL:n 2:12:n varhaisempi versio määritteli virkamiehiksi viimekädessä ne, jotka olivat »määrätyt tahi valitut (---) julkista asiata toimittamaan». Tapausselostukseen sisältyvä viittaus julkisen vallan käyttämiseen on kuitenkin perusteltua selittää sen käsitteelle muotoutuneen kriteerimerkityksen hyväksynnäksi, jota oikeuskirjallisuudessa oli jo pitkään peräänkuulutettu[110]. Toisaalta KKO ottaa ratkaisullaan kantaa myös käsitteen sisältökysymykseen. Julkisen vallan käyttö on sen mukaan julkisen asian toimittamista, sen ydinsisältöä. Ratkaisun perusteella voidaan lisäksi luetella toimintoja, joita KKO ei pitänyt asiassa po. käsitteen alaan lukeutuvina: laskujen hyväksyminen, siivoustarvikkeiden tilaaminen ja siivouskoneiden hankinta-asioiden esittely. Vaasan HO:n käsitys oli tällä kohden mielenkiintoisella tavalla hieman eri sävyinen. Sen mukaan mm. hankinta-asioiden esittelyä ei ollut pidettävä *»sen laatuisena* julkisen vallan käyttönä, että /siivouspäällikkö/ olisi ollut katsottava virkamieheksi» (kurs. I.P). Myös aikanaan laajalti julkisuutta saaneessa metro-oikeudenkäynnissä jouduttiin puuttumaan tämänlaatuisiin kysymyksiin.

> KKO 23. 10. 1987 T 2973: Koska Helsingin metrohankkeen toteuttamista johtava henkilö ei ollut saanut tehtäväänsä vuosittain virkamääräystä, häntä ei voitu kaupungin hallinnossa noudatetusta käytännöstä

[109] Sittemmin vanhaa RL:n 2:12:ää ehdittiin julkisen vallankäytön näkökulmasta tulkita hovioikeustasolla ainakin Kouvolan HO:n ratkaisussa 26. 11. 1987 n:o 72/86 (R 84/1408) (Selostettu teoksessa *Viljanen,* 1990 s. 31)

[110] Ks. esim. *Rytkölä,* LM 1955 s. 763 ja *Mäkinen* s. 134, 138 sekä erityisesti *Uotila — Laakso — Pohjolainen — Vuorinen* s. 24—25.

huolimatta pitää viranhaltijana. Asianomaisen tehtäviin oli kuulunut metron rakentamiseen liittyvien yksityisoikeudellisten toimien lisäksi huolehtia metrotoimikunnan esittelijänä ja metrotoimiston päällikkönä metron rakentamisen yhteydessä julkisen henkilöliikenteen kehittämisestä Helsingissä ja Helsingin seudulla yhteistyössä kaupungin muiden elinten ja virkamiesten sekä valtion, lähikuntien ja muiden Helsingin seudun liikenteestä huolehtivien yhteisöjen kanssa. Koska metrojohtaja oli vastannut koko pääkaupunkiseutua koskevan merkittävän julkisen hankkeen suunnittelusta ja toteuttamisesta, ja koska hän oli tehnyt myös sitä koskevia päätöksiä, katsottiin hänen tehtävissään, joita oli arvioitava kokonaisuutena, toimittaneen rikoslain 2 luvun 12 §:ssä tarkoitettua julkista asiaa.

KKO ei tässä päätöksessään turvautunut parisen vuotta aiemmin esilleottamaansa julkisen vallankäytön käsitteeseen. Ratkaisussa ei myöskään käyty yksityiskohtaisesti selvittelemään metrojohtajan eri tehtävien suhdetta julkisen asian toimittamiseen, vaan siinä vedottiin *kokonaisharkinnan vaatimukseen*. Vaikka on vaikeaa sanoa, kuinka paljon tähän ja koko metro-oikeudenkäynnin lopputulokseen vaikutti asian saama julkisuus ja ne kannanotot, joita asiassa ennen sen lopullista ratkaisua ehdittiin esittää, voidaan argumentointitapa nähdäkseni selittää tietoiseksi kädenojennukseksi siihen suuntaan, jota Vaasan HO:n yllä siteerattu perustelutapa edustaa. Tuskin paljon erehdytään, jos KKO:n kannanoton katsotaan tarkoittaneen myös *'sen laatuisen'* julkisen vallankäytön käsilläoloa, joihin voidaan liittää rikosoikeudellinen virkavastuu. Kokonaisharkintaan vetoaminen poistaa niitä vaikeuksia, joita esim. yksityisoikeudellisina pidettävien oikeustoimien selittäminen julkisen vallan käyttämiseksi käytössä olevan juridis-konstruktiivisen käsitteistön vaikutuspiirissä tuottaa. Huomioon kokonaisharkinnassa voitiin ottaa mm. metrojohtajan julkisilla varoilla tekemien kauppojen vaikutukset kunnallistalouteen ja eri tarjousten tekijöiden varallisuusasemaan.

Mielenkiintoinen tässä yhteydessä on myös Helsingin HO:n metro-oikeudenkäynnin aikana eräässä ratkaisussa esittämä perustelu, jossa RL:n aiemmasta terminologiasta saatiin apu visaiseen julkisen vallankäytön käsitteeseen liittyvien vaikeuksien kiertämiseksi.

Helsingin HO 26. 6. 1986 T 1297 (D:R1985/1016C) (Finlex/fhot): Posti- ja telelaitoksen hankintaosaston kauppateknisen toimiston työsopimussuhteisen toimihenkilön, jonka tehtäviin oli kuulunut telehankinta-asioiden valmistelu ja niitä koskevien esitysten tekeminen, ei katsottu toimessaan käyttäneen posti- ja telehallitukselle kuuluvaa julkista valtaa. Hän ei liioin laitoksen telehankintojen valmisteluun liittyvissä teh-

tävissään ottanut osaa hankintapäätöksiin päätöksentekijänä tai esittelijänä eikä hänen siten katsottu toimittaneen RL:n 2 luvun 12 §:ssä tarkoitettua julkista asiaa. Häntä ei pidetty sanotussa lainkohdassa tarkoitettuna virkamiehenä.

Ratkaisun argumentointitavan saatetaan selittää viittaavan kahden ajattelutavan välillä olevan jännitteen tiedostamiseen. Vallitsevien oppien mukaisesti viranomaisen sisäinen ratkaisunteko, orgaanikompetenssin käyttely, ei ollut julkisen vallan käyttöä, mutta toisaalta muuttuneissa oloissa vaatimukset käsitteen laventavaan tulkintaan mm. yleisten varojen käyttämisen tapauksissa olivat käyneet ilmeisiksi — selvää dialektista hyppäystä ei kuitenkaan ollut vielä havaittavissa. Tätä taustaa vasten HO on kyllä pitänyt mahdollisena lausua, että »telehankinta-asioiden valmistelu ja niitä koskevien esitysten tekeminen» ei ollut posti- ja telehallitukselle kuuluvan julkisen vallan käyttöä, mutta kannanottoa siihen, kuinka oli arvioitava laitoksen telehankintoihin kuuluva päätöksenteko ja esittelytehtävät, se ei katsonut asianmukaiseksi mahduttaa samaan virkeeseen. Tältä osin todettiin erikseen, että koska toimihenkilö ei ollut osallinen näihin tehtäviin, ei »hänen siten katsottu toimittaneen (---) julkista asiaa». Näin menetellen asiassa onnistuttiin välttämään kysymys siitä, olisiko sisäinen päätöksenteko ja siinä esittelijänä toimiminen tullut katsoa kuuluvan julkisen vallankäytön alaan. On tietysti mahdollista, että ratkaisun perustelun formulointiin on osin vaikuttanut myös asian käsittelyn aikaan voimassa ollut A posti- ja telelaitoksesta (24.2 §).

Kun RL:n virkarikossäännösten uudistushankkeeseen tuotiin julkisen vallankäytön käsite, näytti vielä hallituksen annettua esityksensä, että 1980-luvun kokemusten ja oikeusoppineitten esittämien näkemysten[111] luotaamana käsitettä olisi oltu valmiita käyttämään ainakin jossain määrin laventaviin tulkintoihin ohjaavalla tavalla. Sitä ei tosin tässä vaiheessa käytetty virkamiesaseman kriteerinä, vaan sen paikka oli yksin virka-aseman väärinkäyttämistä koskevien säännösten yhteydessä. Huomioarvoista on, että ko. rikoksen tunnus-

[111] *Julkishenkilöstön oikeusasemakomitea* käytti käsitettä 'julkinen päätösvalta' (*KM 1979:26* s. 163), jonka *Tuori, II* s. 343, tulkitsi merkitsevän jokseenkin samaa kuin oikeuskirjallisuudessa »vakiintuneesti määritellyt ilmaukset 'julkinen toimivalta' ja 'julkinen valta'». Komiteajäsenten asemaa tarkastellessaan Tuori kirjoitti mm., että on epäiltävää, »onko julkisen päätösvallan käyttämiseen osallistuminen (—) ylipäänsä tarkoituksenmukainen kriteeri rikosoikeudellisen virkavastuun henkilöllisen ulottuvuuden määrittämisessä. Voidaan muistuttaa esim. siitä, että ehdotuksilla ja lausunnoilla voi olla ratkaiseva vaikutus päätöksen sisältöön oikeudellisesta velvoittamattomuudestaan huolimatta. Neuvoa-antavien elinten alistaminen samanlaiseen vastuuseen kuin muodollista päätösvaltaa käyttävät orgaanit on tästä näkökulmasta hyvinkin perusteltavissa.»

merkistöön määriteltiin kuuluvaksi henkilön 'osallistuminen päätöksentekoon tai sen valmisteluun tai muunlaiseen julkisen vallan käyttämiseen'.[112]

II. Mutta tarkastelkaamme vielä sitä, millaisten näkemysten perustalta julkinen vallankäyttö loppujen lopuksi sai asemansa RL:n 2:12:ssä, ja mitä tehdystä valinnasta seuraa tai mitä siitä pitäisi seurata.

RL:n termistöä koskevia muutospyrkimyksiä voidaan po. osalta kuvata lyhyesti seuraavasti. Aivan lainvalmistelun alusta sen päätökseen saakka virkamieskäsitteen aineellisen kriteerin muutostarve perusteltiin sillä, että voimassaolleen RL:n 2:12:n sanamuoto »määrätyt tahi valitut (---) julkista asiata toimittamaan» koettiin *tulkinnallisesti ongelmalliseksi* ja *epäselväksi.* Julkishenkilöstön oikeusasemakomitea esitti lainkohtaa korjattavaksi ilmaisulla, »joka muutoin käyttää julkista päätösvaltaa tai osallistuu julkisen päätösvallan käyttämiseen»[113]. Oikeusministeriön asettaman työryhmän mukaan RL tuli tältä osin korjata toteamuksella »joka (---) muuten hoitaa julkista tehtävää»[114]. Myös sekä laintarkastukunnan lausunnossa[115] että hallituksen esityksessä[116] päädyttiin esittämään hieman toisistaan poikkeavien sanakäänteiden yhteyteen otettavaksi viittaus julkisen tehtävän hoitamisesta. Vasta lakivaliokunnassa lainkohtaan sisällytettiin sanat »käyttää julkista valtaa»[117].

Se, että lainkohdan uudistamisen taustalla esitettiin olleen lähinnä vain tulkinnallisia ongelmia, ja että rikosoikeudellista virkamieskäsitettä sanottiin lain sanamuotoa 'täsmentämällä' pyrittävän pitämään pääasiallisesti *entisensisältöisenä*[118], edellyttää lainsäätäjän sanavalinnan onnistuneisuutta arvioitaessa kiinnittämään huomiota 'julkisen asian toimittamisen', 'julkisen tehtävän hoitamisen' ja 'julkisen vallan käyttämisen' sisällölliseen keskinäissuhteeseen. Itse asiassa kysymys oli esillä jo lainvalmistelun aikana. Julkisen tehtävän hoitamisen todettiin olevan alaltaan julkisen vallan käyttämistä laajempi ilmaisu, jolloin ilmeisestikin jälkimmäistä pidettiin edellisen alakäsiteenä. Lisäksi julkisen tehtävän hoitamisen katsottiin merkitsevän samaa kuin RL:n 2:12:ssä ollut julkisen asian toimittaminen.[119]

Olennaista nyt on, että kun julkisen vallan käyttämisen käsite kuitenkin toisaalta alettiin lainvalmistelun aikana mieltää sen aiempia juridis-teknisiä luon-

---

[112] *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 80 (40:6.1 1 kohta ja 40:8), *Ltk. n:o 2/1987* s. 73 (8.1 §)

[113] *KM 1979:26* s. 163

[114] *Mäkinen — Laaksonen — Vuorinen — Rautio* s. 174

[115] *Ltk. n:o 2/1987* s. 71

[116] *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 78

[117] *1989 vp. LaVM n:o 7* s. 9

[118] Ks. esim. *KM 1979:26* s. 155 ja 157 sekä *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 24.

[119] Ks. esim. *Ltk. n:o 2/1987* s. 28.

nehdintoja laveammin, todettiin sillä lain eduskuntakäsittelyn aikana tarkoitettavan säädettävässä RL:n 2:12:ssä »lähinnä jollekin annettua valtuutusta päätää yksityisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta»[120]. Tämä oli outoa — kun asiassa ei muutakaan po. käsitettä selventävää lausuttu — erityisesti sen vuoksi, että 1980-luvulla oli aivan ilmeisen selvästi tullut esille tarve joustavammasta ja kattavammasta virkavastuun perustasta kuin mihin ahtaasti tulkittu julkisen vallan käyttö saattoi antaa myöten. Seuraava lakivaliokunnan esittämä huomautus viittaa lainvalmistelun tavoitteen saavuttamattomuuteen:

> »Käsitettä 'hoitaa julkista tehtävää' ei ole lausunnoissa pidetty laaja-alaisuutensa takia riittävän tarkkarajaisena. (---) Kun on selvää, että ainakin julkisen vallan käyttämisen pitää johtaa virkavastuuseen, valiokunta ehdottaa, että säännöksessä käytetään hallituksen esityksessä ehdotettua suppeampaa, mutta selkeämpää ilmaisua 'käyttää julkista valtaa'».[121]

Kaiken ylläsanotun perusteella jää kysymään, miksi RL:n 2:12:n po. kohtaa ylipäätään muutettiin, koska tarkoituksena ei siis ollut tuottaa materiaalisesti uudensisältöistä säännöstä. Julkisen asian toimittamisen tulkinnasta alkoi jo olla suuntaa antavaa oikeuskäytäntöä, jonka luotaamana olisi ollut hyvä jatkaa. Julkisen tehtävän hoitaminen julkisen asian toimittamisen synonyymisenä ilmaisuna ei tietysti olisi ollut huono valinta. Sekin olisi kuitenkin ollut muutoksena tarpeeton.[122] Jos vielä lisäksi otetaan huomioon ne vaikeudet, joita tehty valinta tuo ns. spesiaalien virkavastuusäännösten tulkintaan[123], voidaan sanoa, että lainsäätäjällä olisi ollut erittäin painavia syitä jättää RL tältä osin koskemattomaksi.

Rikoslain virkarikossäännösten uudistustyön ja virkarikoksia koskevan oikeuskäytännön pohjalta voisi esittää väitteen, että julkisen vallankäytön termi on koettu niissä jollakin tavalla kiehtovaksi. Silloinkin, kun riittävää olisi ollut vedota julkisen asian toimittamiseen, on mieluusti puhuttu vallankäytöstä. Valta ja vastuu asettuvat ihmismielessä luontevasti yhteen; onhan vallankäytöllä addressaatti, jonka oikeussuoja on taattava. Vastuuta ei tunnu niinkään perustellulta johtaa julkisesta tehtävästä tai julkisesta asiasta sellaisenaan il-

[120] *1989 vp. LaVM n:o 7* s. 6

[121] *Ibid.* s. 6

[122] Vrt. kuit. *Viljanen,* 1990 s. 30, joka katsoo, että »julkinen tehtävä» käsittäessään mm. valtion takaaman lainan teknisen maksatuksen olisi ollut tarpeettoman laajalti soveltuva. Myös tällaisista näkökohdista arvioituna — vanhan RL 2:12:n tulkintakäytäntö huomioonottaen — olisi lainkohdan muuttamisesta pidättäytyminen ollut puollettavissa.

[123] Keskusmetsälautakunnista ja metsälautakunnista annetun L:n (139/87) 9.1 §:n kannalta ks. *Viljanen,* 1990 s. 33.

meisesti senkään vuoksi, että ne muistuttavat pikemminkin julkisista velvollisuuksista kuin tuovat mieleen vallankäytön aseman. Nyt kun tällainen alitajuntainen vaikutin on saanut ilmauksensa RL:ssa, ollaan haasteen edessä. Kuinka julkisen vallankäytön käsite kyetään virkarikosoikeudenkäynneissä tulkitsemaan siten, että niissä päädytään yleistä oikeustajua tyydyttäviin tuomioihin?

Voidaan vain kysyä, kuinka edellä selostettu Helsingin metrojohtajan aseman arvointia vastaava tapaus arvioitaisiin voimassa olevan lain tulkinnassa. Tosin nykytilanteen kannalta on huomattava, että RL:n 40:9:n nojalla myös julkisyhteisön työntekijään saatetaan soveltaa virka-aseman väärinkäyttämistä koskevia säännöksiä. Jos kuitenkin oikeustapauksessa selostetunlaisia valtuuksia uskottaisiin esim. itsenäiselle yrittäjälle, ei käsittääkseni ole takeita siitä, että jutussa saatettaisiin päätyä aiemman RL:n 2:12:n voimassaoloaikana hyväksi havaittuun tulkintaan. Pidän varsin mahdollisena, että jos tällaisia tapauksia jouduttaisiin käsittelemään vaikka vain muutamia peräjälkeen lyhyehkönä ajanjaksona, virkavastuun soveltamisesta luopuminen miellettäisiin yleisesti vakavaksi systeemin toiminnanhäiriöksi[124]. Kaukana ei ole ajatus, että lainsäätäjä on virkarikoslainsäädäntöä uudistaessaan erehtynyt sääntelemään sellaista, mikä ei esitöiden ohjaamalla tavalla tulkittuna välttämättä tule kestämään. Jo vanhan RL:n 2:12:n aikaan »ilmassa» oli jossain määrin aistittavissa muodollisiin näkökohtiin sitoutumatonta ajattelua[125], jonka viime vuosikymmenen oikeuskäytäntö eräin osin omaksuikin.

Tässä yhteydessä on merkillepantavaa, että oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen toimivaltuuksien rajaa määritettäessä (HM 46 ja 49 §:t L 1221/90) luovuttiin vielä hallituksen esitykseen sisältyneestä suunnitelmasta[126] tehdä se käyttäen viimekätisenä kriteerinä julkisen vallankäytön valtuuksia. »Julkisen tehtävän» kriteeriksi ottaminen on osoitus julkisen vallankäytön käsitteen riittämättömyydestä, joka *argumentoivan oikeustieteen suunnasta* katsottuna viittaa laventavan tulkinnan tarpeeseen myös RL 2:12:n osalta. Mainittakoon, että uusien virkarikossäännösten arvioinnissa on jo ehditty suosittaa 'lakitekstille väkivaltaa tekevää' tulkintaa. Tosin tämä huomio koskee virka-aseman väärinkäyttämisen sanktioivaa RL:n 40:7:ää.[127]

---

[124] Ks. myös esim. *Pohjolainen,* 1986 s. 140.

[125] Näin saatetaan käsittääkseni ymmärtää esim. po. lainkohtaa koskeva kannanotto, jonka mukaan »/l/oppujen lopuksi rikoslain kannalta ratkaisevaksi kriteeriksi muodostuu tehtävän luonne: julkisiin tehtäviin, so. julkisen vallan käyttöön liittyy erityinen virkamiehen vastuu»; *Uotila — Laakso — Pohjolainen — Vuorinen* s. 24—25.

[126] *1990 vp. asiak. A2 HE n:o 72* s. 13—15, 19—20 ja 25

[127] *Viljanen,* 1990 s. 370, päätyy tähän suositukseen sen vuoksi, »ettei RL:n 40:7:n muotoilu ole (---) laiminlyöntitilanteita silmälläpitäen onnistunut».

On mahdollista ajatella, että argumentaatiotukea julkisen vallan käytön laventaville tulkinnoille voitaisiin sittenkin johtaa myös RL:sta itsestään. Nimittäin lakivaliokunnassa lain 2:12:n yhteydessä julkilausutuista näkemyksistä huolimatta säädöksen 40 luvun 7 ja 9 §:iin jäi käsitteen laventavaan tulkintaan mahdollistava sanamuoto: julkista valtaa ei käytetä sittenkään yksin päätösvallan muodossa, vaan sitä voidaan käyttää myös 'muissa virkatehtävissä'. Toisaalta näiden säännösten tulkintaa laventava vaikutus ei lainvalmistelutöiden valossa ole välttämättä kovin merkittävä: niitä laadittaessa silmällä lienee pidetty lähinnä vain jo eräitä vakiintuneesti julkisen vallan tosiasiallisiin muotoihin kuuluneita toimintoja, kuten poliisimiehen käskyjä ja kieltoja[128].

3.5. Muuttuuko julkisen vallan käyttämisen käsitteen sisältö oikeudenaloittain?

Otsikossa asetettu kysymys antaa aiheen ottaa esille kolme näkökohtaa. Ensinnäkin voidaan huomauttaa, että julkisen vallankäytön sisältöä koskevat näkemyserot liittyvät osaltaan siihen, ettemme lopultakaan voi tietää, mitä käsite tarkasti ottaen pitää sisällään. Toiseksi on todettava, että käsitteen merkitys on joutunut voimakkaiden muutospaineiden kohteeksi. Kolmas ja tässä jaksossa oleellisin huomio on, että julkisen vallan käyttämisen käsiteen selittäminen jonkin oikeudenalan näkökulmasta merkitsee käsitteen tulkintaa juuri sen diskurssin ja sääntelyalan kontekstissa.

Mainittujen näkökohtien havaitsemisesta ja tunnustamisesta huolimatta voitaneen perustellusti lähteä siitä, että *ei ole apriorisesti oikeudenaloittain muuttuvaa julkisen vallan käyttämisen käsitettä.* Jos sääntelyn kohteena on reaalimaailman ilmiö X, ja siihen kytketään hallinto-, rikos- ja vahingonkorvausoikeudellisia merkitysjärjestelmiä, miksi puhua kaikissa tapauksissa juuri X:stä, ellei sääntelyn kohde todellakin ole yksi ja sama ilmiö. Silloin, kun oikeudellisessa sääntelyssä käytetään julkisen vallan käyttämisen käsitettä, viitataan erääseen reaalimaailman ilmiöön, »oikeustosiseikastoon». Ennakollinen oikeudenaloittainen sitoutuminen tiettyihin toisistaan poikkeaviin merkitysyhteyksiin viittaa käsitelainopilliseen tapaan postuloida käsitteet suhteisiin keskenään, jota vastaava jäsentelytapa ei sellaisenaan sovi tämän tutkimuksen teoreettisiin raameihin. Kokonaan toinen asia on, että kun lainkäyttäjän tehtävänä on tuottaa oikeudenmukainen ratkaisu, voidaan hänen edellyttää tiedostavan erityisesti sen, mihin käsitteelle annettava tulkinta yksittäistapauksessa johtaa. Yleisesti luonnehdittuna kyse on siitä, *mikä merkitys eri oikeudenalojen sääntely- ja oi-*

[128] Vrt. *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 63 ja *Mäkinen — Laaksonen — Vuorinen — Rautio* s. 139.

keussuojajärjestelmillä yhteiskunnassa on sekä samalla eri oikeudenalojen *tulkintaprisiippien* asemasta tulkintakannanottojen muotoutumisperustana.

Sanotunlaiselta pohjalta ei tietysti ole mielekästä ryhtyä arvioimaan otsikossa asetettua kysymystä erilaisia käsitteen määritely-yrityksiä peräjälkeen referoiden ja analysoiden. Seuraavassa pyritään ko. oikeudenalojen näkökulmasta osoittamaan eräitä käsitteen tulkinnassa huomioonotettavia tekijöitä, jotta voitaisiin muodostaa näkemys käsitteen alaa eri kontekstissa koskevaan tulkinnalliseen probleemaan. Tarkastelussa hyödynnetään muun ohella edellä Olli Mäenpäältä lainattua viisikohtaista julkisen vallankäytön välittömyyden ja voimakkuuden eroja luonnostelevaa ryhmittelyä.

3.5.1. Hallinto-oikeudellisesta tulkinnasta

I. Viimeaikaisessa hallinto-oikeudellisessa kirjoittelussa on tullut korostuneesti esille tarve eritellä viranomaistoimintaa, jotta saataisiin pelkistetyksi erilaisin muodoin toteutuva julkisen vallan käyttö ja sen rajautuminen. Tämä puolestaan mahdollistaisi klassisen sääntelymallin ja sitä vastaavien oppien uudelleenarvioinnin.

Yleisesti ottaen perinteinen oikeudellinen ajattelutapa on omiaan kätkemään hallinnon sisäisestä toiminnasta ulkopuolelle ulottuvien vaikutusten merkityksen. Julkisen vallan käyttöä on vain nimenomaisesti ulospäin suunnattu vallankäytöllinen toiminta. Edellä esilleotettuun Holopaisen konseptioon sisältynyt hallinnollisen toiminnan erottelu tietynlaiseen ulkoiseen ja sisäiseen julkisen vallan käyttöön saattaisi kuitenkin kenties antaa aiheen olettaa, että tätä dualistista oppia olisi ehkä mahdollista kehitellä pidemmälle. Näin saatettaisiin samalla onnistua myötäilemään yleisemminkin käytössä olevaa jakoa hallinnon sisäisiin ja ulkoisiin asioihin.

Mainitunlaisen opin kehittelyyn on nähdäkseni sittenkin perusteltua suhtautua pidättyväisesti. On huomattava, että jos julkisen vallan käyttöä koskevan doktriinin uudelleenmuotoilussa käytetään keskeisenä lähtökohtana oikeusturva-ajattelua, viranomaistoiminnan erittely ei johda mainitunlaiseen jakoon. Se päinvastoin edellyttää arvioimaan myös sisäistä viranomaistoimintaa siinä mielessä, millaiset ovat sen ulospäin suuntautuvat vaikutukset. Po. vallankäytön alaa hahmotettaessa on siten nimenomaan perusteltua pitää kiinni eräänlaisesta julkisen vallan ykseyden ideasta. *Minkä tahansa toiminnan luonnehtiminen julkisen vallan käyttämiseksi perustuu viime kädessä siihen, että sillä on hallinnon ulkopuolelle ulottuvia vaikutuksia.* Näiden vaikutusten huomioonotto on eräin osin jo entuudestaan tietyllä tavalla *sisäänrakennettuna* oi-

keudellisessa ajattelussa. Tämä tulee esille esim. seuraavaa oikeustapausta arvioitaessa.

> KHO 1985 II 116: Liikkeenharjoittaja oli pyytänyt elinkeinohallitukselta jäätelöasetuksen 23 §:n nojalla lupaa poiketa myyntipäällysmerkintöjä koskevista säännöksistä niin, että liike voisi käyttää varastossaan olevat jäätelöiden pakkauslaatikot loppuun, vaikka niiden myyntipäällysmerkinnät eivät täyttäneet asetuksen säännöksiä. Elinkeinohallituksen pääjohtaja oli ratkaissut jäätelöpakkauksien myyntipäällysmerkintöjä koskevan poikkeuslupahakemuksen valtioon yksityisoikeudellisessa työsuhteessa olleen henkilön esittelystä, vaikka elinkeinohallituksen työjärjestyksen 6 §:n mukaan pääjohtaja ratkaisee asiat asianomaisen virkamiehen esittelystä. Koska päätös näin oli syntynyt virheellisessä järjestyksessä, KHO harkitsi oikeaksi, ottaen myös huomioon elinkeinohallituksesta annetun A:n 44 §:n säännökset, kumota päätöksen ja palauttaa asian elinkeinohallitukselle laillisesti käsiteltäväksi.

Vaikka viranomaistoimintojen järjestely ei välittömästi ulota vaikutuksiaan asianosaisiin (niitähän ei sisäisissä asioissa katsota edes olevan), ulospäin suuntautuva vallankäyttö on KHO:n ratkaisussa edellytetty organisoitavan ns. *virkamieshallintoperiaatteen* mukaisesti virkavastuisen henkilöstön hoidettavaksi. Periaate pohjautuu käsitykseen, että *viranomaisessa toteutettu työnjako vaikuttaa asianosaisten oikeusturvaan preventiivisesti.*[129] Ilmplisiittisesti yllä oleva oikeustapaus osoittaa myös ulkoisia hallintoasioita koskevan *esittelypakon.*

Sen, että viranomaisten ulospäin suuntaamia valtatoimia on pidetty julkisen vallan käyttämisenä, ei ole katsottu antavan perustetta luokitella tämän vallan käyttämisen organisointivaltuuksia miltään osin samalla määreellä. Se juridis-tekninen termistö, jonka varaan vallankäytön kontrollimekanismi (HMenL, HValL ja HPurkuL) on rakennettu, ei ole ollut altis lavennuksille — eikä ole sitä käytännön toiminnan tasolla vieläkään. »Hallintopäätös» on se sana, joka hallinto-oikeudellisessa lainkäytössä vaikuttaa edelleenkin avaavan portit kaikkiin mahdollisuuksiin, ei mikään muu[130].

Hallinto-oikeudellista doktriinia po. osalta edelleen kehitettäessä olisi välttämätöntä voida aiempaa avoimemmin ottaa vakavasti kaikenlainen vallankäyttö. Tämä ei takoita esim. valitusmahdollisuuden huomattavaa laajenta-

[129] Vaikka ratkaisun säädösperustana mainitaan vain elinkeinohallituksen työjärjestyksen 6 §, on riidatonta, että käsillä on oikeudellisessa ajattelussa syvemmällä oleva periaate. Virkamieshallintoperiaatteen onkin yleisesti katsottu johtuvan HM:n säännöksistä. Periaatteen kantavuus mm. po. oikeustapauksessa käsitellyn kaltaisten tapausten kannalta tulee esiin esim. kysyttäessä, voitaisiinko periaatteesta poiketa työjärjestyksen määräyksin.

[130] Tämä näyttää olevan sääntönä Ruotsissakin huolimatta »myndignetsutövning»-sanan tuomisesta hallintomenettelylakiin; ks. esim. *Marcusson* s. 179—180.

mista. Näkökulma olisi vaihdettava perinteisestä ajattelusta uuteen. Vain siten luodaan edellytyksiä rakentaa adekvaatti, nykyisen hallinnon tarpeita vastaava julkisen vallankäytön kontrollijärjestelmä. Kuten edellä on osoitettu julkisen vallankäytön käsite on uudella tavalla tunkeutunut myös hallinto-oikeudelliseen lainsäädäntöömme. Sekin antaa osaltaan haasteita teorianmuodostukselle. Enää ei ole asianmukaista leimata »tuntematon» vallankäyttö tosiasialliseksi tarkoituksena vain sivuuttaa toiminnan lähempi analyysi. Tähänhän mainitun luonnehdinnan on ilmeisesti perinteisesti käsitetty oikeuttavan. Tosiasiallinen vallankäyttö on ainakin jäänyt hallinto-oikeudessa aina varsin vähälle huomiolle.

II. Käsillä olevassa tutkimuksessa on jo edellä tullut esille, että julkisen vallan käyttämistä kuvaava käsitteistö saattaisi olla perusteltua nähdä aiempaa laajempialaisena ja eritellympänä myös vanhemmalle teoriataustalle rakennetun lainsäädännön tulkinnassa. Tältä kannalta osoittautuu varsin mielenkiintoiseksi Mäenpään esittämä ja perustelema tulkintakannanotto, jonka mukaan sopimusta koskevan hallintoasian käsittely kuuluu yleensä HMenL:n soveltamisalaan[131]. Mäenpään käyttämään argumentaatioon kohdistuvien vaatimusten kunnolliseksi mieltämiseksi on syytä todeta, että hallinnon yksityisoikeudellinen toiminta sijoittuu hänen kehittelemänsä luokittelun viimeiseen (5.) kohtaan. Lisäksi Mäenpään voidaan huomauttaa katsoneen ryhmittelynsä kohtien 3—5 jäävän perinteisessä sääntelymallissa julkisen vallankäytön alan ulkopuolelle, koska ne eivät täytä välitöntä oikeusasemaan puuttumisen kriteeriä.[132]

Mäenpää kirjoittaa, että HMenL:n soveltamisala »voidaan ja on perusteltua lain oikeusturvaa vahvistava tavoitekin huomioonottaen ymmärtää sekä laajemmin että eritellymmin kuin sen valmistelussa on katsottu mahdolliseksi». Lain esitöiden merkityksen Mäenpää riitauttaa vedoten siihen, että ne nojautuvat sellaiseen oikeusdogmaattiseen traditioon, jossa sopimuksen poikkeusasema viranomaistoiminnan muotona presumoidaan kritiikittömästi. Erittelevästä näkökulmasta yleisesti arvioitaessa ei hänen mukaansa ole tarpeen pohtia sopimuksen luokittelua yksityisoikeus/julkisoikeus- tai oikeustoimi/hallintopäätös -ulottuvuudella sen enempää kuin sitäkään, toimiiko viranomainen sopimusasioissa »kansalaisen tavoin» vai viranomaisominaisuudessa. »Näiden viranomaistoiminnan käsitteellis-konstruktiivisten aspektien kannalta hallintomenettelylain sääntelytapa on neutraali.»[133] Pelkistetysti sanottuna, Mäen-

[131] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 252

[132] *Ibid.* s. 129

[133] *Ibid.* s. 252—253

pää irtisanoutuen vahentuneeksi katsomastaan doktriinista tulkitsee päätösvallan käyttöä laveasti lain *oikeusturvatavoitteeseen* vedoten.

Vaikka viranomaisten sopimustoiminnan poikkeuksellisuus ja varsinkin sen sijoittuminen julkisen vallankäytön toimintojen alan ulkopuolelle on perinteisessä hallinto-oikeudellisessa oppitraditiossa ollut lähes aksiomaattinen itsestäänselvyys, tulee tässä yhteydessä huomata, että julkisen vallankäyttön alaa ei yleisesti ole aina yhtä ehdottomasti rajattu vain välittömästi jonkun oikeusasemaan puuttuvaan menettelyyn. Esim. edellä siteeratun Holopaisen määritelmän mukaan julkinen valta merkitsee mm. henkilöllä olevaa »toimivaltaa (---) antaa käyttäytymissääntöjä (normeja), joilla on toisiin ulottuva oikeudellinen vaikutus». Julkisen vallan käyttämiseen saatetaan tästä lähtökohdasta sisällyttää myös se hallinnollinen toiminta, jossa on kyse »etujen ja oikeuksien myöntämisestä»[134]. On mahdollista, että Holopainen on tältä osin pitänyt silmällä etupäässä julkisen vallan käyttöä muodollisesti säännellyssä hallintomenettelyssä (kohta 2), mutta periaatteessa kannanotto mahdollistaa myös laveamman tulkinnan. Sen mukaisesti vasta Mäenpään asteikon 4. kohta, *hallinnollisen mikrovallan käyttäminen,* sijoituisi po. rajalinjan *ulkopuolelle.* Todettakoon, että esim. koulutoimen alalta todistuksenantamisoikeuden ohella mm. *opetukseen läheisesti liittyvää arvostelua,* joka voitaneen asiallisesti sijoittaa Mäenpään luokituksen 3. kohtaan, on pidetty julkisen vallan käyttämisenä[135]. Tämän käsityskannan voidaan sanoa kestävän arvostelua mm. sisäisten ja ulkoisten viranomaistointen erotteluun pitäytyvän ajattelutavan suunnalta.

3.5.2. Rikosoikeudellisesta tulkinnasta

Rikosoikeudessa on useita tulkintamaksiimeja ja -periaatteita, joiden merkitys *rangaistavuuden edellytyksiä ja rangaistuksen valintaa* selvitettäessä on varsin olennainen. Sellaisina on mainittava etenkin legaliteettiperiaate ja siihen sisältyvät praeter legem -kielto ja analogian kielto[136]. Lisäksi saatetaan mainita mm. in dubio pro reo ja in dubio mitius -periaatteet (viimemainitun asema rikosoikeudessa ei tosin ole yhtä selvä kuin edellisten[137]). Tässä yhtey-

[134] Ks. *Holopainen,* 1969 s. 79.

[135] *Jumppanen* s. 185 ja 186. Ks. myös *Hannuniemi,* DL 1987a s. 514, joka pitää yksityiskoulujen oppilasarvostelua yleensä ottaen julkisen vallan käyttönä, vaikkei hänen analysoimansa oikeuskäytäntö käsityskantaa rikosoikeuden osalta tuekaan.

[136] Ks. *Frände,* s. 2—4, jossa legaliteettiperiaatteen ytimeen luetaan mainittujen kieltojen lisäksi lainsäätäjää koskevina retroaktiivisen rikoslain kielto ja epämääräisten rangaistussäännösten kielto.

[137] Ks. esim. *Viljanen,* 1990 s. 2.

dessä on kuitenkin huomattava, ettei näiden periaatteiden yksityiskohtiin käyvällä analyysillä ole nyt kovin paljoa annettavaa. Yleisesti voidaan Anja Hannuniemen tavoin todeta *legaliteettiperiaatteen puoltavan »suppean julkisen vallan käytön määritelmän valitsemista rikosoikeudellisen arvioinnin pohjaksi»*.[138] Myös yllä olevassa jaksossa esilletulleet näkökohdat huomioonottaen voitaneen hallinto-oikeudellisen ja rikosoikeudellisen tulkinnan kontekstuaalisen vaikutuksen eroa oikeusturvatavoitteesta käsin luonnehtia siten, että edellisessä siihen on usein perusteltua pyrkiä laventavalla tulkinnalla ja jälkimmäisessä supistavalla.

Julkisen vallankäytön alan rikosoikeudellisessa arvioinnissa huomionarvoisen tulkinnallisen lähtökohdan muotostaa ns. *kokonaisharkinnan vaatimus.* Oikeudenalan oikeuskäytännössä tulkintaprisiippiin on viitattu nimenomaisesti esim. edellä selostetussa metrojutussa. Kokonaisharkinnan asemaa rikosoikeudessa yleensä korostavat sen legaaliset ilmaukset. Sitä on määrätty noudatettavaksi ainakin RL:n virkavelvollisuuden rikkomista koskevissa 40 luvun 10 ja 11 §:issä. Jo vanhastaan oikeuskirjallisuudessakin on RL:n 2:12:n aiempaa versiota tulkittaessa lähdetty ko. periaatteesta. Esim. Mikael Hidén on lainkohdan termiä »yleisten» selittäessään korostanut juuri kunkin tilanteen kokonaistarkastelun vaatimusta[139].

Mutta mitä sitten kokonaistarkastelu voisi tällä kohden merkitä? Hidénin mukaan siihen kuuluisi ilmeisesti ainakin, että arvioinnissa otetaan huomioon »säännöksen tavoitteet ja se, että kyseessä on rikosoikeudellinen, rangaistavuutta määräävä säännös, jota ei pidä tulkinta laajentavasti»[140]. Kyse olisi siten yhtäältä *finalistisen* näkökohtien huomioonottamisen vaatimuksesta, samalla kun toisaalta pidetään kiinni *stricte-tulkinnasta.* Tällä tavoin formuloidun tulkinnallisen lähtökohdan kannalta pidän tarpeellisena kiinnittää huomiota *rankaisemisen sosiaaliseen merkitykseen.*

Oikeudellinen rangaistus on eräässä mielessä voimakkain yhteisön paheksumisen muoto, minkä kohteeksi yksilö voi käyttäytymisensä johdosta joutua. Se on yhteiskunnassa institutionalisoitu auktoritatiivinen menettely, jolla yksilön alistaminen haitalliseen seuraamukseen tapahtuu pääsääntöisesti julkisesti. Rangaistusten käytön tärkeänä erityistehtävänä on sanottu olevan osoittaa niihin johtavien ei-toivottujen tekojen sosiaalis-eettistä paheksuntaa ja siten vaikuttaa myönteisesti vallitseviin moraali- ja oikeuskäsityksiin[141]. Rankaisemisen oi-

[138] *Hannuniemi,* DL 1987b s. 749

[139] *Hidén* s. 93

[140] *Ibid.* s. 93

[141] *Lahti,* Jurisprudentia Turkuensis s. 239

keutusta perustellaan mm. yhteiskunnan edulla, jota rankaisemisen yleispreventiivisen merkityksen ja yksilön teon hyvittävän tai hänet yhteiskuntaan sopeuttavan (resosiaalistavan) paheksumisen katsotaan tuottavan.[142] On kuitenkin tärkeää huomata, että rangaistusmenettelyn edellytysten epäselvyyksissä ja sen käyttämismahdollisuuksien raja-alueilla tulkintaa ohjaa osaltaan sanktion psykososiaalinen merkitys — ei niinkään aina »pahantekijälle», vaan erityisesti — rankaisevalle yhteisölle[143].

Julkiset tehtävät ovat yhteisön asioita. Sitä valtaa, jolla ne hoidetaan, tulisi pitkällä tähtäyksellä osata käyttää siten, että ns. yleinen mielipide tyydyttyisi. Tämä koskee myös rankaisuvaltaa.[144] Siinä on korostuneesti kyse »arvojen ja normien taitamisesta». Tällaista taustaa vasten julkisen vallankäytön tulkinta ei rikosoikeudessa saisi useinkaan muotoutua viime kädessä »tekniseksi». On suhteellisen tavallista, että vallan väärinkäytöstapauksissa oikeusyhteisössä vallitsee vakaa käsitys virkavastuun soveltamistarpeesta, ja tämä lainsoveltajan tulisi kyetä aistia.

Yllä olevan mukaisesti laventavan tulkinnan kielto on rikosoikeudellisessa ratkaisutapahtumassa vain yksi ratkaisun suuntaa osoittava näkökohta. Kiinteästi tähän liittyvänä huomiona on todettava, että stricte-tulkinnan tarkkaa merkitystä on varsin vaikea osoittaa, koska sitä ei ole mahdollista kaikin kohdin tinkimättömänä toteuttaa[145]. Erityisen arveluttavaa se olisi RL:n 2:12:n yhteydessä, jonka aiemman — ja siis po. osalta kattavamman — version tulkinta virkavastuun asianmukaiseksi toteuttamiseksi ei käynyt aina ihan ongelmitta sekään.

Vaikka rikosoikeudellisesta tulkintakontekstista ei saada muotoiltua täsmällistä tulkintadirektiiviä julkisen vallan käyttämisen alan määrittelyyn, voitaneen kuitenkin katsoa, että *rikosoikeudellista tulkintaa ei yleensä ole asian-*

---

[142] Rikosoikeusjärjestelmän hyödyllisyyden keskeisimpänä arviointiperusteena on pidetty sen yleispreventiivistä vaikutusta; ks. *ibid.* s. 238 ja 243.

[143] Rankaisuvallan käyttöön saattaa siten helposti liittyä muun ohella jonkinlaisia »narsistisen rehabilitaation» piirteitä.

[144] Vrt. *Morozzo Della Rocca* s. 54, joka tuomarin oikeudellisen vastuun määrittelyn vaikeudesta kirjoittaessaan toteaa ongelman olevan vähäisempi niissä maissa, joissa tuomarikunta on pienempi, koska »this makes possible a better selection of candidates on appointment and the relationship between judges and the public is characterised by the judge's constant need to obtain and retain the respect of the community and a good opinion of himself in relation to the exercise of his functions».

[145] Ks. myös *Frände* esim. s. 15—17 ja 233, joka viittaa analogian kiellon suhteellisen heikkoon asemaan.

mukaista viedä hallinto-oikeudellista tulkintaa pidemmälle[146]. On mahdollista, että rikosoikeudellisen tulkintadoktriinin piirissä hallinto-oikeudellista tulkintaa ei kaikilta osin kyetä seuraamaan, eikä varsinkaan siinä tapahtuvia muutoksia. Suhteellisen tuoreesta oikeuskirjallisuudesta voidaan osoittaa, kuinka rikosjuristi ei pidä julkisyhteisön työntekijän irtisanomista RL:ssa tarkoitettuna julkisen vallan käyttönä, kun taas hallinto-oikeuden asiantuntija olisi valmis soveltamaan menettelyyn HMenL:n »julkisen vallan käyttöä koskevia» säännöksiä[147].

Kaiken kaikkiaan jouduttaneen toteamaan, että rikosoikeudellinen julkisen vallankäytön tulkinta ei ole päässyt kunnolla irtaantumaan välittömän ja sitovan oikeusasemaan puuttumisen vaatimuksesta, jota klassinen sääntelymalli on mainitulta vallankäytöltä yleisesti edellyttänyt. Epäilyksittä siihen saatetaan sijoittaa vain — Mäenpään viisikohtaista ryhmittelyä käyttääkseni — *välitön hallintopakko* (kohta 1) ja *julkisen vallan käyttö muodollisesti säännellyssä hallintomenettelyssä* (kohta 2). Kuitenkin vallankäytön ulkopuolinen kohde ja vallan intensiteetti huomioonottaen myös Mäenpään 3. kohta — erilaisten etujen jakaminen ja oikeuksien perustaminen — olisi käsittääkseni nykyistä rikosoikeusdoktriinia olennaisesti muuttamatta usein mahdollista tulkita julkisen vallan käyttämiseksi.

> Rikosoikeudellisen julkisen vallankäytön tulkinnan kannalta liittyy tiettyä mielenkiintoa vireilläolevaan oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaan lainsäädäntöhankkeeseen. Hanke sisältää suunnitelman lisätä VahKL:n säätämisen yhteydessä aikanaan kumottujen RL:n vahingonkorvaussäännösten tilalle uusi 9. luku. Vuodelta 1987 olevassa asiaa koskevassa oikeusministeriön ehdotuksessa RL:n 9:1.5:ksi esitettiin säännös, jonka mukaan oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevia säännöksiä ei sovellettaisi valtioon eikä Ahvenanmaan maakuntaan. Valtion itsenäisten laitosten, muiden julkisyhteisöjen ja niiden laitosten ja elinten sekä julkisoikeudellisten yhtiöiden ja yhdistysten toiminnassa tehtyjen rikosten osalta luvun soveltamisala ehdotettiin rajattavaksi koskemaan vain sellaisia tilanteita, joissa rikos ei ole tehty »lakiin perustuvaa julkista valtaa käytettäessä».[148] Vuonna 1990

---

[146] Vrt. myös *Hannuniemi*, DL 1987b s. 749, joka puoltaessaan suppean julkisen vallan käytön määritelmän valitsemista rikosoikeudellisen arvioinnin pohjaksi viittaa HMenL:n 1 §:ssä tarkoitetun 'jonkun edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta päättämisen' käyttökelpoisuuteen.

[147] Ks. *Viljanen*, 1990 s. 380 ja *Mäenpää*, Hallintosopimus s. 254. Tulkintakannanottojen erilaisuutta ei tällä kohden varmaankaan ole perusteltua selittää — ainakaan yksinomaan — oikeudenalojen omista doktrinaarisista tekijöistä käsin. Nähdäkseni rikosoikeudellinen tulkinta on mahdollista nähdä aivan hyvin myös hallinto-oikeuden klassisen ajattelutavan ilmentymäksi, jonka mukaan työsuhteen irtisanominen ei oikeudellisena muotona täytä julkisen vallankäytön tunnusmerkistöä. Ko. HMenL:n soveltamialaa koskeva tulkinta on hallinto-oikeudessakin uusi.

[148] *Oikeushenkilön rangaistusvastuu* s. 137—138

asiasta antamassaan lausunnossa laintarkastuskunta esittää oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotukseen nähden po. osalta periaatteellisesti toisentyyppistä ratkaisumallia. Laintarkastuskunnan mukaan mitään julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä ei asetettaisi lähtökohtaisesti poikkeusasemaan. 9. luvun 2 §:ään ehdotetaan otettavaksi rangaistusvastuusäännösten soveltamisalan yleiseksi rajoitteeksi, että ne eivät koskisi 'julkisen vallan käytössä tehtyä rikosta'.[149]

Tässä yhteydessä on huomionarvoista, että suunnitteilla oleva sääntelytapa vaikuttaisi varsin merkittävästi rikosoikeudelliseen julkisen vallankäytön käsitteen tulkintaan. Tämä tulee esiin verrattaessa RL:n 2:12:ää ja ehdotettua 9:2:ää. Mainittujen lainkohtien periaatteellinen toisistaan poikkeavuus havaitiin jo laintarkastuskunnassa, jossa tulkinnan erilaistumisen todettiin aiheutuvan siitä, että »2 luvun mukaan julkista valtaa käyttävät kuuluvat virkarikosvastuun piiriin, kun taas 9 luvun mukaan julkisen vallan käyttäminen jäisi oikeushenkilön rangaistusvastuun ulkopuolelle»[150]. Julkisen vallankäytön käsitteen käyttäminen yhtäältä rangaistusvastuuta laajentavana ja toisaalta sitä supistavana johtaa luonnollisesti kahdelle taholle käyviin paineisiin.

On kuitenkin huomattava, että RL:n 2:12:ssä ja suunnitteilla olevassa 9:2:ssa jo itse sääntelytapa erilaistuu siinä mielessä, että edellisessä puhutaan vain lakiin, asetukseen tai niiden nojalla annettuun määräykseen perustuvasta julkisen vallan käyttämisestä, kun taas nimenomaiseen sääntelyyn perustuvasta julkisen vallan käyttötavasta on oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevassa ehdotuksessa luovuttu. Laintarkastuskunta toteaa tämän eron voivan tulla käytännössä esille mm. silloin, »kun jokin yksittäinen toimi katsottaisiin tosiasialliseksi julkisen vallan käyttämiseksi, vaikka se ei perustuisikaan lakiin, asetukseen tai niiden nojalla annettuun määräykseen». Niinikään laintarkastuskunta huomauttaa julkisen vallankäytön käsitteen vastakkaisten tehtävien mahdollistavan periaatteessa senkin, »että itse julkisen vallan käsitettä jouduttaisiin rajatapauksissa tulkitsemaan eri tavoin».[151] Lisäksi on merkillepantavaa, että laintarkastuskunnan lausunnossa julkisen vallankäyttöön kuuluvien toimintojen piirin todetaan rajautuvan »samojen näkökohtien mukaan kuin vuoden 1974 vahingonkorvauslaissa» ja että julkisen vallankäytön käsitteen täsmentelyssä käytetään muutenkin runsaasti vahingonkorvausoikeuden puolelta tuttuja käsitteen hahmottamistapoja[152].

Ko. lainvalmistelun nykyisessä vaiheessa on vielä vaikea ennakoida, saako julkisen vallankäytön käsite sille RL:n 9. lukuun suunnitellun aseman. Sitä paitsi voidaan sanoa — erityisesti yhtäältä käsitettä koskeva vallitseva rikosoikeudellinen tulkintaoppi ja toisaalta siihen yleisesti kohdistuvat muu-

[149] *Ltk n:o 3/1990* s. 146

[150] *Ibid.* s. 80

[151] *Ibid.* s. 80—81. *Vrt. 1990 vp. asiak. A2 HE n:o 72* s. 19.

[152] Ks. *Ltk n:o 3/1990* s. 78—79.

tospaineet huomioonottaen — olevan hyvin mahdollista, että mikäli käsitteeseen turvautumista pidetään perusteltuna, sen rinnalle saatetaan pyrkiä luomaan rangaistusvastuun soveltamisalaa laventavia ja luotettavammin täsmentäviä termejä tai viitteitä.

3.5.3. Vahingonkorvausoikeudellisesta tulkinnasta

I. Vahingonkorvausoikeudessa ja yleensäkin siviiliasioissa on monin paikoin totuttu tyytymään *grammatikaaliseen* tulkintaan. Oikeudelliset ongelmat ovat täällä vanhastaan koskeneet yksityisten välisiä suhteita, jolloin esim. yleisen edun tai asianosaisen oikeussuojan vaatimus ei ole saanut ratkaisunteossa sellaista asemaa kuin edellä käsitellyillä oikeudenaloilla[153]. Paineita sanamuodon mukaista tulkintatapaa kohtaan perinteisesti siviilioikeuteen luettavan lainsäädännön alalla on syntynyt mm. *sääntelykohteen muutoksesta.* Tyypillisten vahingonkorvausjuttujen kannalta poikeuksellisia ovat senkaltaiset tilanteet, joissa riitapuolina ovat julkisyhteisö ja yksityishenkilö. Oikeudenmukaiseen lopputulokseen ei tällöin useinkaan päädytä perinteisten siviilioikeudellisten päättelymallien avulla. Käsittääkseni esim. seuraava teoreettisesti varsin mielenkiintoinen KKO:n ratkaisu on selvästi uudenlaisen tulkintatavan ja -asenteen tulosta.

> KKO 1989:50: Valtion työvoimaneuvoja oli antanut paluumuuttoa Suomeen suunnittelevalle Kanadan kansalaiselle virheellisiä tietoja paluumuuttajalle tärkeiden ja häneen pakottavina sovellettavien säännösten ja määräysten sisällöstä. Tietojen antaminen oli ollut olennainen osa työvoimaneuvojan virkatehtävistä. Tietojen laatu ja tarkoitus huomioonottaen katsottiin, että työvoimaneuvoja oli tiedot antaessaan käyttänyt julkista valtaa. Valtio velvoitettiin korvaamaan tietojen virheellisyydestä aiheutunut vahinko.

Heti alkuunsa voidaan sanoa, että oikeustapaus julkisen vallan käytön toteavana on arvoitu ratkaisuksi, jota vastaava ei rikosoikeudessa olisi mahdollinen[154]. Toisaalta on huomionarvoista, että suomalaisessa vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa viranomaisten harjoittamaa neuvonta- ja tiedotustoimintaa ei ole rajattu mahdollisten julkisen vallankäyttömuotojen ulkopuolelle[155]. Käsittääkseni tämä johtuu kuitenkin siitä, että asiassa julki-

---

[153] Vrt. esim. *Hydén,* s. 48, joka toteaa siviilioikeudellisen sääntelyn antavan yksilöiden itsensä huolehtia keskinäisistä asioistaan lainsäädännön määritellessä vain toiminnan oikeudelliset muodot ja rajat. »Den politiska maktens funktion (---) är främst att finnas till hands och hjälpa till med upprätthållandet av de givna rättsliga formerna.»

[154] *Viljanen,* 1990 s. 402; ks. myös *Hannuniemi,* 1991 s. 13 alav. 24.

[155] Ks. esim. *Routamo — Hoppu* s. 154 ja *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 263.

tuodut näkemykset ovat olleet lähinnä sivilistien esittämiä, ja että kannanottojen yhteydessä ei oikeastaan ole kunnolla pohdittu, miksi tai milloin tällaiset viranomaistoiminnot olisivat julkisen vallan käyttöä[156], ja että puutteellinen lainvalmistelumme on siten päässyt vaikuttamaan esitettyihin kannanottoihin[157]. Oikeuskäytännön osalta on selvyyden vuoksi todettava, että meillä on viranomaisten tiedotustoimintaa koskien jonkin verran referoitua tapausta vanhempaa ennakkopäätösaineistoa, jossa julkisen vallan käyttö juttujen ratkaisukriteerinä selittyy menettelystä *välittömästi johtuvista oikeusvaikutuksista* käsin. Tällainen on esim. KKO:n ratkaisu 1985 II 39, jossa kunnan katsottiin olevan vastuussa rakennuslupapäätöksen julkipanossa tapahtuneen virheen aiheuttamasta vahingosta. Jonkin verran laajemmalti kuin omassa oikeuskirjallisuudessamme on asiaa käsitelty ruotsalaisten kirjoittajien teksteissä. Niissä tiedotustoiminnasta johtuva yksityisen *oikeudellinen riippuvuusasema* on mainittu julkisen vallankäytön kriteeriksi[158].

Lähinnä naapurimaamme lainvalmistelun pohjalta Tore Modeen on todennut myös oman vahingonkorvausoikeutemme mukaista olevan, että *varsinaisen hallinnollisen ratkaisutoiminnan ohella julkisen vallankäytön alaan luetaan vain selvää pakkoa sisältävät hallinnon tosiasialliset toimintamuodot*[159]. Tämä näkemys vastaa pitkälti perinteisen suomalaisen hallinto-oikeudellisen diskurssin mukaista käsitystä asiasta[160]. Sen huomiotta jättämiseen edellä selostettuun KKO:n ratkaisuun osallistuneiden oikeusneuvosten on tuskin aihetta olettaa »syyllistyneen». Tuomio on siten perusteltua käsittää erityisesti vastaukseksi niihin haasteisiin, joita yksilön *tosiasiallinen riipuvuusasema* hallinnon

[156] Tosin aivan perusteluitta kannaottoja ei ole jätetty. Esim. Saxén on todennut seuraavasti: »Ett ansvar för samfundet påkallas bl.a. av att det mellan myndigheten och den enskilde ofta existerar ett avtalsliknande förhållande. Detta motiverar att ansvaret också gäller ren förmögenhetsskada.» *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 263

[157] *Routamo — Hopun* teoksessa, s. 154, vedotaankin asiassa nimenomaisesti VahKL:n esitöihin. Osaltaan käsitystäni vahvistavat Ruotsissa niinikään lainvalmisteluun vetoavat sivuhuomautuksina esitetyt meikäläisistä poikkeavat toteamukset. Esim. Jan Hellner kirjoittaa, että »råd och anvisningar av myndigheter (---) utgör vanligen ej myndighetsutövning.» *Hellner,* Skadeståndsrätt s. 308

[158] Ks. *Bengtsson I* esim. s. 70 ja 107—108.

[159] *Modeen,* JFT 1977 s. 372—374 ja *sama,* LM 1976 s. 418. Modeen perustelee ruotsalaisten oikeuslähteiden käyttöä sillä, että naapurimaan vahingonkorvauslaki oli mallina omalle laillemme, ja sillä, että asiassa tulee ottaa huomioon ne edut, joita synonyymisten käsitteiden yhtäläinen tulkinta tuo pohjoismaiseen lainsäädäntöyhteistyöhön sekä pohjoismaisesta että kansallisesta näkökulmasta arvioiden.

[160] Esim. *Erich, II* s. 119, on todennut, että se, »jolla on suoritettavanaan vain määrätyt tosiasialliset tehtävät, kuten rakennustoimi, sairaanhoito y. m. s., ei käyttele julkista valtaa». Vrt. uudemmasta kirjallisuudesta esim. *Rosas,* 1985 s. 17.

palveluista nostaa valokeilaan. Varsinkin silloin, kun hallinnon palveluiden käyttäjällä ei todellisuudessa ole asianmukaisia vaihtoehtoja avun saamiseksi, *on hänen voitava luottaa viranomaiseen,* jonka velvollisuutena neuvojen antaminen on.

Selostettu oikeustapaus voidaan nähdä jatkeena suomalaisessa *hallinto-oikeudessa* muotoutumassa ja vakiintumassa olevalle *luottamuksensuojaperiaatteelle,* joka on saanut ilmauksensa hallintopäätöksen pysyvyyttä ja päätöksen jälkikäteistä korjaamista koskevien hallinto-oikeudellisten instituuttien yhteydessä[161]. Seppo Laakso kirjoittaa po. KKO:n ratkaisun premissinä olleen sen, ettei virkamiehen antama neuvo perustanut asianomaiselle viranomaiselle toimivaltaa tehdä neuvossa ilmaistua, asiallisesti lainvastaista hallintopäätöstä (kysymys työluvasta). »Koska pakottavista säännöksistä ei hallinnollisessa päätöksenteossa voida poiketa (HM 92.1 §) ja kun asianomaisten toisaalta tuli voida luottaa virkamiehen antamiin tietoihin, valtio velvoitettiin korvaaman aiheutettu vahinko.»[162] Ratkaisu ei siten itse asiassa perustu aidosti vallankäytössä sattuneeseen virheeseen, vaan luottamuksensuojaperiaatteesta viranomaiselle johtuvaan riskiin vastata hallinnon virheellisestä toiminnasta.

Luottamuksensuojaperiaatteesta katsottuna referoitu KKO:n ratkaisu vie VahKL:n 3:2:n mukaisen oikeustosiseikaston alan hahmottelussa huomion myös viranomaistoimien virheellisyyttä koskevaan *tuottamusarviointiin.* Tältä osin lausuttiin asiassa seuraavaa:

> »Työvoimaneuvojan tehtävänä hänen antaessaan edellä mainitut tiedot on ollut osaltaan turvata, että /asianomaiset/ saattoivat perustaa harkintansa paluumuutosta Suomeen oikeisiin tietoihin etenkin sellaisista virallismääräyksistä, jotka olivat omiaan vaikeuttamaan paluuta ja asettumista Suomeen. Paluumatkan pituus on edellyttänyt työvoimaneuvojalta erityistä tarkkaavaisuutta tietojen oikeellisuudesta. Tästä huolimatta työvoimaneuvoja on antanut perusteettoman tiedon työluvan tarpeettomuudesta ja siitä, että oppaassa olevat tiedot pätivät myös /asianomaisiin/. Korkein oikeus katsoo, että työvoimaneuvojan kysymyksessä olevalle tiedotustehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioonottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu.»

Olisi erheellistä olettaa, ettei tämä sattuneiden virheellisyyksien törkeyteen kohdistuva arvio olisi ollut kiinteässä yhteydessä julkisen vallankäytön vastuun laventavaan tulkintaan. Luottamuksensuojan vaatimuksesta lähtevää VahKL:n 3:2:n tulkintaa ei ole mahdollista perustaa jyrkkärajaiseen lainkohdan 1 ja 2 mom:ien soveltamistilanteiden erotteluun, vaan tuottamusarviointi vaikuttaa

[161] Ks. *Laakso,* 1990 s. 230 ss.

[162] *Ibid.* s. 234

välittömästi myös 1 mom:n sovellettavuuteen. Mitä törkeämpään rikkeeseen liittyvää vahingonkorvauskysymystä ratkaisija käsittelee, sitä voimakkaampana hänessä syntyy oikeusturvaa tuottava tulkinta-asenne, jonka vaikutuksia viranomaistoiminnan luotettavuuden ja ennakoitavuuden vaatimusta painotettaessa ei saateta »karsinoida» yksistään 2 mom:n tulkintatilanteisiin.[163] Vaikka tuottamusarviointiin liittyvien tekijöiden vaikutuksia on monin paikoin vaikea tarkoin määrittää, voidaan kuitenkin sanoa, että juuri tulkinnan rajatapauksissa niiden rooli saattaa monesti muotoutua ratkaisevaksi.[164]

Vertailumielessä kannattanee tässä yhteydessä ottaa vielä esille myös Ruotsin vahingonkorvauslain esitöihin sisällytetty viranomaisten neuvonta- ja tiedotustoimintaa koskeva tulkintamalli. Kuten jo aiemmin on käynyt ilmi, naapurimaassamme po. viranomaistoimintojen katsottiin jäävän yleensä julkisen vallankäytön alan ulkopuolelle. Kun siellä kuitenkin toisaalta lähdettiin siitä, että tietyissä tapauksissa virheellisestä neuvosta johtuva varallisuusvahinko tuli korvata silloinkin, kun yksilön asema ei muotoudu oikeudellisessa suhteessa riippuvuusasemaksi, katsottiin tämä mahdolliseksi soveltamalla tapaukseen suoraan tai analogisesti sopimusoikeudellisia sääntöjä[165]. Käsittääkseni luottamuksensuojaperiaatteesta avoimesti lähtevä tulkintatapa on ainakin meille sopimusvastuun soveltamista parempi vaihtoehto.

II. Luottamuksensuojaperiaatteen merkitys vahingonkorvausoikeudessa tulee esille myös tilanteissa, joissa *viranomainen ylittää toimivaltansa.* Tästä on ollut kyse seuraavassa oikeustapauksessa.

> KKO 1983 II 163: Kunnanhallitus oli lopettanut kunnallisten ilmoitusten antamisen kunnanvaltuuston eräissä tapauksissa yksinomaiseksi ilmoituslehdeksi määräämän paikallislehden julkaistaviksi. Lääninoikeus oli kumonnut kunnanhallituksen päätöksen toimivallan ylittämisen takia ja yksityistä etua loukkaavana. Koska kysymyksessä oli julkisen vallan käytöstä aiheutunut liiketulon saamatta jäämisen käsittänyt vahinko, lehden omistajalle tuomittiin maksettavaksi vahingonkorvausta.

KKO:n ratkaisua arvioitaessa on luonnollista lähteä siitä, ettei toimivallan ylitys sinänsä saata olla vahinkotapauksessa korvausvelvollisuuden perustee-

---

[163] Tämä koskee erityisesti viranomaisten tiedotustoimintaa, joissa oikeellisuusvaatimus muotoutuu melko ehdottomaksi. Tietojen virheettömyyden vaatimusta on korostettu myös vaikeissa oikeudellisissa kysymyksissä; ks. *Geigel* s. 555.

[164] Vrt. myös esim. *Tuori,* 1990 s. 20, josta ilmenee, kuinka käsitys moraalinäkökohtiin sidonnaisten ainesosien väistämättömästä kietoutumisesta ns. »kiperien tapausten» (hard cases) käsittelyyn on tullut laajalti hyväksytyksi.

[165] *Kungl. prop. 1972:5* s. 499—500; ks. myös *Kleineman* passim.

na. Ratkaisevaa on sen sijaan, ulottaako toimivallan ylitys vaikutuksensa ja millä tavoin hallintokoneiston ulkopuolelle. Yllä olevassa tapauksessa se oli tapahtunut lääninoikeuden kannanoton mukaisesti *yksityistä etua loukaten.* Kun tämän KunnallisL:n 139 §:ssä tarkoitetun valitusperusteen on perinteisesti katsottu olevan käsillä »vain milloin viranomainen julkista valtaa käyttäen päätöksellään välittömästi ja sitovasti päättää (---) oikeudesta tai velvollisuudesta»[166], havaitaan kansalaisen *luottamuksensuojaan* liittyvien näkökohtien olleen mukana jo asian hallinto-oikeudellisessa arvioinnissa. Vahingonkorvausjuttuna asiaa käsiteltäessä kiinnitettiin huomiota mm. siihen, että lehdestä oli jäänyt pois kunnallisia ilmoituksia, jotka »kunnanvaltuuston päätöksen mukaisesti olisi pitänyt julkaista lehdessä».

Toimivallan ylittämistapauksia silmälläpitäen voidaan korostaa, että milloin virkamiehen katsotaan aiheuttavan vahingon yksityishenkilönä, korvausvelvollisuuskin kuuluu hänen henkilökohtaisen vastuunsa alaan. Toisaalta on kuitenkin mahdollista, että virkamies uskottelee tai kansalainen muusta syystä käsittää tämän toimivan virkatehtävissään silloinkin, kun asia ei ole näin. Tällöin aktualisoituu kysymys julkisyhteisön vastuusta. Tässä suhteessa mielenkiintoinen on seuraava KKO:n ratkaisu.

> KKO 1986 II 44: Verotoimiston virkailija, jonka virkatehtäviin ei kuulunut verojen vastaanottaminen, oli kavaltanut verovelvollisten hänelle verojen suorittamista varten luovuttamat varat. Virkailijan katsottiin aiheuttaneen vahingon julkista valtaa käyttäessään, ja valtio oli sen vuoksi VahKL:n 3 luvun 2 §:n nojalla velvollinen korvaamaan sen.

Selostetunlaiseen asetelmaan kuuluva probleema on teoreettisen kiinnostavuutensa lisäksi varsin käytännönläheinen. Naapurimaassamme siihen osattiin varautua jo sikäläistä vahingonkorvauslakiesitystä laadittaessa. Asiasta huomautettiin mm. seuraavaa:

> »det allmänna bör svara enligt förevarande bestämmelse för t.ex. skada till följd av att en tjänsteman utan att ha behörighet härtill har tagit egendom i beslag eller i övrigt har ingripit i den enskildes rättssfär, om han nämligen från den enskildes synpunkt har tett sig som en behörig företrädare för det allmänna. Ifall pengar som skall betalas in till en myndighet överlämnas till en kontorist vid denna, bör det allmänna inte heller kunna frita sig från ansvar för kontoristens handlingar i tjänsten genom att åberopa, att han inte har haft någon att skaffa med denna del av myndighetens verksamhet.»[167]

---

[166] *Hannus — Hallberg* s. 661

[167] *Kungl. prob. 1972:5* s. 504—505

VahKL:n voimaantulon aikoihin Esko Hoppu on meillä todennut po. tilanteista, että ne joudutaan ratkaisemaan yksilöllisesti, olosuhteiden mukaan. Ratkaisun perustaksi voidaan hänen mukaansa asettaa se, millä tavoin toimenpiteen kohteeksi joutunut on ymmärtänyt tilanteen taikka miten hänen olisi pitänyt se ymmärtää. Normaalisti kansalaisen *on voitava luottaa* siihen, että hänen kääntyessään viranomaisen puoleen virkatoimeen ryhtyvällä on siihen kelpoisuus.[168] Hallinnon kanssa asioivan *käsityskyvystä* lähtevä VahKL:n julkisen vallan käyttämisen käsitteen tulkinta on saanut kannatusta muidenkin asiaan kantaaottaneiden esityksissä[169]. On kuitenkin korostettava, että kyse ei ole puhtaasti kansalaisten yksilöllisiin ominaisuuksiin pitäytymisestä, vaan tietynlaisesta »standardoidusta» käsityskyvystä. Sen arvioinnissa joudutaan usein käyttämään ns. »järkevän miehen mittaa» — sitä kuinka *keskivertokansalaisen* olisi tullut tilanne mieltää.

Selostetussa oikeustapauksessa tulee korostuneesti esille ratkaisun taustalle asettautunut lähtökohta: VahKL:n tarkoitus turvata vahingon kärsineen asema. Ratkaisuntekijä ei ole lähestynyt ongelmaa vähäisessäkään määrin konstruktiivisesti. Kun asiassa on kysytty, 'vastaako valtio palveluksessaan olleen virkailijan perusteettomasta toiminnasta aiheutuneista vahingoista', on tähän vastausta haettaessa kiinnitetty huomiota asianomaisen tehtäviin ja asemaan verotoimiston virkamiehenä. Arvioinnissa on päädytty lopputulemaan, että »kun /verovelvolliset/ olivat voineet luottaa siihen, että verotoimiston veronkanto-osastolla työskennelleellä /virkalijalla/ oli ollut toimintaansa lailliset edellytykset ja että heidän veronsa olivat tulleet (---) asianmukaisesti suoritetuiksi, valtion tuli vastata /virkailijan/ perusteettomasta virkatoiminnasta». KKO:n ratkaisussa valtion korvausvastuun varsinaisena laillisena perustana oleva VahKL:n 3:2:ssä tarkoitettu julkisen vallan käyttö jäi sitä koskevine oppeineen itse asiassa tyystin sivuun[170].

Jos asiaa halutaan kyseisestä näkökulmasta nimenomaisesti arvioida, jouduttaneen virkailijan varsinaisten työtehtävien — 'verotoimiston veronkanto, mukaanlukien jäämäperintä ja ulosoton kirjanpito' — merkitys määrittämään

[168] *Hoppu,* Vahingonkorvausoikeus s. 83; ks. myös *Bengtsson I* s. 82 ja 86.

[169] Ks. esim. *Arti* s. 149 ja *Viljanen* s. 228. Vrt. myös *Erich II* s. 305—306 ja *Vilkkonen,* 1970 s. 309.

[170] Jutun käsittelyssä ylimmässä oikeusasteessa ratkaisevaa asemaa ei annettu sen enempää veroperinnän takeena oleville pakkovaltuuksille kuin sillekään, että veron maksaminen (laillisin muodoin) merkitsee välittömänä oikeusvaikutuksenaan verovelan lakkaamista. Kuitenkin HO, joka ei katsonut vahinkojen aiheutuneen julkisen vallankäytön yhteydessä, huomautti kyllä siitä, ettei verovelvollisten virheellisin muodoin tapahtunut suoritus voinut vapauttaa näitä verojen maksusta ja että suoritukset olivat tapahtuneet vapaaehtoisesti.

lähinnä *vahingonkärsineiden toiminnan hyväksyttävyyden arviointiperustaksi*. Siinä tapauksessa, että verovelvolliset olisivat luovuttaneet varojaan sanokaamme harjaa kädessään pitelevälle verotoimiston siivoojalle, VahKL:n 3:2:n soveltaminen olisi tuskin tullut kysymykseen. Koska virkailijan omia työtehtäviä ei kuitenkaan voitu asettaa asiassa julkisen vallankäytön viimekätiseksi mittapuuksi, tuli siinä huomiota kiinnittää myös asianomaisen faktuaaliseen käyttäytymiseen. Tästä lähtökohdasta saatettaisiin hänen syyllistymisensä kuvantunlaiseen toimivallan ylitykseen luonnehtia kenties eräänlaiseksi julkisen vallan anastamiseksi. Tarkasti ottaen kyse ei ole tälläkään kohden aidosta julkisen vallan käyttämisestä. Julkisyhteisön isännänvastuun soveltaminen po. kaltaisiin rikkeisiin tuntuu perustellulta erityisesti tapauksissa, joissa vallankäyttäjä on virkamies hallinto-oikeudellisessa mielessä. Asianmukaista sitä olisi ilmeisesti soveltaa myös joissakin sellaisissa tilanteissa, joissa virkakoneiston ulkopuolelle on uskottu julkisia tehtäviä. Milloin kuitenkaan menettelyä ei voida luonnehtia toimivallan ylittämiseksi, vaan käsillä on selvä yksityishenkilön tekemä RL:n 16:14:ssä kriminalisoitu virkavallan anastaminen, ei julkisyhteisövastuulle ole perusteita.

Myös po. tapaus tukee selvästi käsitystä, että oikeudellisessa päätöksenteossa sellaisille periaatteille kuin viranomaistoiminnan *luotettavuus* ja *ennakoitavuus* on vahingonkorvausoikeuden kannalta anettava ratkaiseva merkitys. Tällä kohden tulee lisäksi aiempaa selvemmin esille *kansalaisen käsityskykyyn* liittyvien näkökohtien vaikutus.

III. Mäenpään esittämän viisiportaisen ryhmittelyn kannalta kuvatunkaltaisen julkisen vallankäytön vastuun alan tulkinnan voitaneen katsoa olevan jokseenkin *neutraalia*. Vallankäytön välittömyys tai intensiteetti ei vaikuta VahKL:n 3:2:n luottamuksensuojaperiaatteesta lähtevään tulkintaan. Myöskään viranomaistoiminnan tiettyyn muotoon ei ko. tulkintaa ohjaavan maksiimin vaikutuspiirissä saatettane juurikaan sitoutua.

Vaikka neutraalisuuden on edellä esitettyjen oikeustapausten valossa mahdollista todeta koskevan nimenomaisesti vain luottamuksensuojaperiaatteeseen pohjautuvaa tulkintaa, voitaneen oikeussuojanäkökohdista katsoen varovasti yleistäen sanoa, että *keskeisten kansalaisten asemaa suojaavien hallinto-oikeudellisten periaatteiden vaatimusten laiminlyöminen on painava argumentti VahKL:n 3:2:n sovellettavuuden puolesta*[171]. Toistaiseksi oikeudellisen ratkai-

[171] Ks. myös *Bengtsson I* s. 103—104. Vrt. *Wade* s. 660, joka anglosaksisen oikeuden osalta viittaa *ultra vires* -doktriiniin vahingonkorvausvastuun aktualisoitumisen rajaa harkintaratkaisuissa haettaessa. Hallintoharkintaa rajoittavien periaatteiden merkityksestä kunnallishallinnossa yleisesti ks. esim. *Ryynänen* s. 9 ss.

sukäytännön ennakointi on laajemmin ottaen varsin vaikeaa. Perustellusti voidaan hallinto-oikeudellisilla opeilla olettaa olevan edelleen vaikutusta myös vahingonkorvausoikeudelliseen tulkintakäytäntöön, jolloin julkisen vallankäytön rajalinjan asettelussa oltaneen sille taipuvaisia etsimään perustetta Mäenpään ryhmittelyn 3. ja 4. kategorioiden eroista. Yleisesti ottaen kuvatunlaisen laventavan tulkinnan ja sen muutoksen viimekätinen selitys on haettavissa niistä ei-oikeudellisista imperatiiveista, jotka eivät anna vaihtoehtoja korvausasian käsittelijälle. Tämän selitysperustan saatetaan korostaa olevan yhteydessä siihen, että hyvinvointivaltion oikeudellisen ajattelun lähtökohtia on varsin vaikea kauttaaltaan alistaa oikeusvaltion käsitteelliseen näkökulmaan.

Julkisen vallan käyttämisen sisällöllisestä erimerkityksisyydestä eri oikeudenaloilla on erotettava käsitteen vaihtelevanlainen käyttötapa. VahKL:n 3:2:n mukaan julkisyhteisö on velvollinen korvaamaan »julkista valtaa käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneen vahingon». Lainkohdan ruotsinkielisessä versiossa ja Ruotsin vahingonkorvauslaissa puhutaan vahingosta, joka aiheutuu »genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning». Sitaatissa olevan preposition »vid» johdosta on toisinaan huomauteltu, että se johtaa käsitteen laventavaan tulkintaan[172]. Oikeampana lienee kuitenkin pidettävä käsityskantaa, jonka mukaan vid-sana merkitsee, että itse vahinkoa aiheuttavan toiminnan ei tarvitse sisältää julkisen vallan käyttöä, vaan siltä edellytetään vain tiettyä yhteyttä tällaiseen menettelyyn[173].

3.5.4. Summa summarum

Sisällöltään staattista tai yhtenäistä julkisen vallan käyttämisen käsitettä tai tulkintamaksiimia ei ole osoitettavissa sen enempää yleisesti ottaen kuin yksittäisten oikeudenalojen kontekstissakaan. *Klassisen sääntelymallin ja -diskurssin julkisen vallan käyttämiseen liittämästä välittömän ja sitovan oikeusasemaan puuttumisen vaatimuksesta voidaan havaita pyrityn irtisanoutumaan varsinkin hallinto-oikeuden ja vahingonkorvausoikeuden aloilla; jälkimmäisellä vielä edellistä näkyvämmin.* Rikosoikeudellisen sääntelyjärjestelmän tavoitteisto huomioonottaen myös tällä oikeudenalalla saatetaan nähdä paineita aiempaa laveampaan tulkintaan — yksiselitteistä muutosta ei tässä suhteessa kuitenkaan voida vielä havaita tapahtuneen.

Jaksossa käytetyn Mäenpään muotoileman viisikohtaisen ryhmittelyn kannalta luottamuksensuojaperiaatteeseen pohjaavan julkisen vallan käytön va-

[172] Ks. esim. *Hellners — Malmqvist* s. 159.

[173] Ks. esim. *Strömberg*, FT 1972 s. 248. Tosin edellisessä alaviitteessä tarkoitetussa Hellners — Malmqvistinkin teoksessakin viitataan myös asian tähän puoleen.

hingonkorvausoikeudellisen tulkinnan voidaan sanoa muuttuneen viime vuosien oikeuskäytännössä suhteellisen neutraaliksi. Yleisesti ottaen vahingonkorvausoikeudessa ei silti liene mahdollista sisällyttää julkisen vallan käyttöön ko. ryhmittelyn 1—3 kohtia enempää; joskin on asianmukaista lähteä siitä, että keskeisten kansalaisia suojaavien hallinto-oikeudellisten periaatteiden sivuuttaminen saattaa yksittäistapauksessa muodostaa argumentin laveammallekin tulkinnalle. Myös hallinto-oikeudellinen doktriini pitänee ainakin yleisesti arvioiden edelleen kiinni siitä, ettei ryhmittelyn 4—5 kohtia ole syytä lukea julkisen vallankäytön toimiksi. Kuten edellä on havaittu, hallinto-oikeudellisesta kirjallisuudesta on kuitenkin osoitettavissa tukea käsityskannalle, jonka mukaan julkisen vallan käytön vastuu saattaa olla paikoin perusteltua ulottaa asteikon viimeisiinkin kohtiin. Rikosoikeudellisen tulkinnan voidaan sanoa pysyttäytyneen tiukimmin ryhmittelyn 1—2 kohtien tasolla.

Rikosoikeudelliset ja vahingonkorvausoikeudelliset jutut käsitellään kumpaisetkin yleisen lainkäytön järjestyksessä. Tämän vuoksi on hyvin mahdollista, että julkisen vallankäytön tulkinnassa kyetään oikeuskäytännössä ylläpitämään tiettyä prosessilajisidonnaista eroa. Siten vahingonkorvausjutuissa julkisen vallankäytön tulkinnan voidaan ennakoida jatkossakin kulkevan jonkin verran pidemmällä sen rikosoikeudellisia tulkintoja. Tällainen asiaintila sopii hyvin rikosoikeuden johtaviin periaatteisiin ja on sopusoinnussa myös vahingonkorvausoikeudellisen normiston keskeisimmän tavoitteen — vahingonkärsineen hyvittämisen — kanssa.

Edellä esitetyn perusteella on lisäksi todetava, että julkisen vallankäytön laventaviin tulkintoihin ei juuri ole osoitettavissa välitöntä argumentaatiotukea hallinto-oikeudellisesta tai rikosoikeudellisesta lainkäytöstä. Toisaalta nykyiset virkarikossäännökset ovat uusia eikä niiden soveltamisesta ole vielä sanottavasti po. käsitteen tulkintaa koskevaa oikeuskäytäntöä, ei varsinkaan KKO:n tasolta. Koska tässä tutkimuksessa tulkinta käydään vahingonkorvausoikeudellisessa kontekstissa, ollaan sikäli onnekkaassa asemassa, että uusien tulkintojen esteenä ei ole vahvaa vanhakantaista tulkintadoktriinia tai -käytäntöä.

Pidän vielä tärkeänä korostaa, että vaikka hallinto-oikeudellista lainkäyttöä ei ilmeisesti juurikaan saateta hyödyntää käsilläolevassa tutkimuksessa, se ei johda oikeudenalan diskurssin sivuuttamiseen. Itse asiassa juuri hallinto-oikeudessa julkisen vallankäytön oppien kriisi on ensinnä havaittu, ja siellä siihen on kiinnitetty eniten huomiota. Oleellista toisaalta on, että julkisen vallan käyttämisen käsitteen muilla oikeudenaloilla saama tulkinta ei voi olla vaikuttamatta myös sitä koskevan hallinto-oikeudellisen doktriinin uudelleenmuovautumiseen.

4. POTILASVAHINKOLAIN JA SOPIMUSOIKEUDELLISTEN VAHINGONKORVAUSPERIAATTEIDEN SOVELTAMISALA LÄÄKÄRINTOIMEN VAHINKOTILANTEISSA

Kuten edellä on todettu, yleisten vahingonkorvaussääntöjen sovellettavuusongelmaa voidaan pitää relevanttina vain niiden lääkärintoimesta aiheutuvien vahinkojen osalta, joita ei korvata PotilasvahinkoL:n nojalla. Tämän vuoksi seuraavassa käydään ensiksi PotilasvahinkoL:n soveltamisalan hahmottamiseen. Koska yleisten vahingonkorvaussääntöjen systeemissä sopimusvastuun soveltamismahdollisuuden on perinteisesti katsottu merkinneen ulkokontrahdillisia oikeussuhteita koskevien normien soveltumattomuutta, ja koska tämä lähtökohta lausutaan myös VahKL:n 1:1:ssä, on ennen 5. luvussa tehtävää lain 3:2:n sovellettavuuteen kohdistuvaa selvitystä perusteltua kiinnittää huomiota myös sopimusvastuun soveltamisalaan. Niinkuin jo tutkimuksen alussa osoitettiin, ko. kahden vastuumuodon toistensa käyttömahdollisuuden poissulkemista merkitsevää sääntöä ei ole voitu noudattaa aivan poikkeuksetta. Myös käsillä olevassa luvussa tullaan siihen, että näiden kahden vahingonkorvausnormiston suhde ei ole ehdottoman eksklusiivinen.

Aluksi on vielä syytä korostaa erästä näkökohtaa. Se, että tutkimuksessa on suuntauduttu erityisesti julkisen vallankäytön vastuukysymyksiin, ei saa johtaa tämän vastuun sovelluttamista vastaanpuhuvien seikkojen väheksymiseen tai sivuuttamiseen. Työn arvon kannalta ei ole ratkaisevaa, kuinka laajalti julkisen vallankäytön vastuunormiston soveltamismahdollisuus kyetään argumentoimaan. Koska tutkijan muotoilemien tulkintadirektiivien onnistuneisuus mitataan viimekädessä käytännön oikeuselämässä, on tutkimuksessa perustelluinta tavoitella »oikeita» tulkintakannanottoja, ei mahdollisimman laveaa VahKL:n 3:2:n soveltamisalaa.

4.1. Potilasvahinkolain soveltamisala

PotilasvahinkoL on lex specialis, jonka soveltamismahdollisuuteen ei vaikuta terveydenhuollon toiminnan juridinen muoto. Säädöksen soveltamisalaa

määrittelevässä pykälässä (1 §) todetaan seuraavaa:

> »Terveyden- ja sairaanhoidon yhteydessä potilaalle aiheutuneesta henkilövahingosta *(potilasvahingosta)* suoritetaan korvausta tämän lain mukaan.
>
> Potilaana pidetään myös kliinisen hoitotutkimuksen kohteena olevaa vapaaehtoista koehenkilöä.»

Tämä lainkohta sisältää keskeisimmät PotilasvahinkoL:n soveltamisalaa rajaavat elementit. Kuten tuonnempana havaitaan, säädöksessä on myös toisaalla säännöksiä, jotka osaltaan rajoittavat sen sääntelemän korvausturvan käyttöä. Soveltamisalasta kirjoittaessani en tämän vuoksi ole pitäytynyt yksinomaan yllä siteeratun 1 §:n tulkintaan. Lain soveltamisalan rajoituksiksi käsitetään jatkossa kaikki ne määräykset, jotka johtavat PotilasvahinkoL:n mukaisen korvausjärjestelyn käyttömahdollisuuden estymiseen tai rajoittumiseen.

Heti aluksi voidaan todeta, että PotilasvahinkoL:n soveltamisalaa koskeva ongelma painottuu selvästi *korvausvelvollisuuden syntymisen edellytysten* tutkimiseen. Korvausvelvollisuuden sisältö ja laajuus määräytyvät jokseenkin VahKL:n ja vahingonkorvausoikeuden yleisten oppien mukaisesti, joita koskevia muutospaineita ja muuta problematiikkaa ei tässä yhteydessä ole mahdollista käydä seikkaperäisesti tarkastelemaan.

4.1.1. Potilasvahinko on henkilövahinko

PotilasvahinkoL:n 1 §:n mukaan potilasvahinko voi ilmetä vain *henkilövahinkona.* Kyse on vahinko*seurauksia* koskevasta rajauksesta. Mikä sitten on tämän rajoituksen merkitys yleisten vahingonkorvaussääntöjen sovellettavuuden kannalta?

Lähtökohtatoteamus on luonnollisesti, että *esine- ja varallisuusvahingot jäävät yleisten vahingonkorvausnormien sääntelemän korvausturvan varaan.* Tässä yhteydessä henkilövahingon käsitettä ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä laajalti erittelemään. Lyhyesti sillä saatetaan todeta tarkoitettavan samaa kuin 'ruumiinvammalla tai muulla henkilövahingolla' VahKL:n 5:2:ssä. Kyseeseen siis tulevat paitsi fyysiset myös psyykkiset menetykset.[1] Henkilövahingosta puhut-

---

[1] Ennen PotilasvahinkoL:a voimassaollut vapaaehtoinen yksityispotilasvakuutus koski Ruotsin mallin mukaisesti vain »ruumiillista henkilövahinkoa tai sairautta». Tosin ainakin Ruotsalaisessa vakuutuskäytännössä määrittely »skada eller sjukdom av kroppslig art» on rajoittanut korvausoikeutta ainoastaan puhtaiden psyykkisten vahinkojen osalta, joten fyysisten vahinkojen seurauksena syntyneet henkiset vauriot ovat kuuluneet korvattaviin. Ks. esim. *Hedman* s. 90 ja *Oldertz,* JFT

taessa on kuitenkin tarpeen lausua muutama sana *kärsimyksen* korvattavuudesta.

VahKL:n 5:6:n mukaan lain henkilövahinkoa koskevia säännöksiä »on sovellettava myös sen kärsimyksen korvaamiseen, jonka on aiheuttanut vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistunut taikka muu sen kaltainen rikos». Kärsimysvahingon ja henkilövahingon suhdetta on oikeuskirjallisuudessa selitetty jonkin verran vaihtelevalla tavalla. Jotkut tahtoisivat puhua kärsimyksestä omana vahinkotyyppinään, toiset taas nähdä sen eräänä henkilövahingon lajina[2]. Suoraan tällaisten kannanottojen perusteella olisi tietysti arveluttavaa muodostaa käsitys voimassaolevan oikeuden sisällöstä. Oleellista on huomata, että henkilön persoonallisuuden loukkaaminen kärsimystä aiheuttaen on VahKL:ssa erillissääntelyn kohteena, ja erityisesti nyt se, että PotilasvahinkoL:n korvausjärjestelyt on säännelty määräytyviksi osin eräiden VahKL:n säännösten mukaisesti. Kun korvaus potilasvahingosta tuomitaan erityislain 3.1 §:n mukaan »noudattaen vahingonkorvauslain (---) 5 luvun 2—4 §:n ja 7 luvun 3 §:n säännöksiä», ja kun muita viittauksia VahKL:iin asiassa ei tehdä, ei voitane osoittaa perusteita korvauskäytännössä omaksutun lain sanamuodon mukaisen tulkinnan muuttamiseen[3].

Yleisesti ottaen kärsimysvahingon ja henkilövahingon suhdetta koskevaa keskustelua ei toki aivan ylläolevan kaltaisten toteamusten johdosta ole aihetta lopettaa. Vaikka tässä yhteydessä probleemaan ei olekaan mahdollisuutta enemmälti puuttua, saatetaan todeta, että VahKL:n 5:2:n tulkintakäytännössä erilaisten *järkytystilojen* osalta viime vuosina laajentunut henkilövahingon käsite[4] edellyttää tuon keskustelun syventämistä. PotilasvahinkoL:n soveltamisalan muutoksen voidaan ilman muuta sanoa seuraavan VahKL:n henkilövahinkokäsitteen ekspansiota.

1981 s. 389. Se, että PotilasvahinkoL toi tältä osin selvän uudistuksen aiempaan nähden, voitaneen tulkita muun ohella osoitukseksi siitä, että vakuutusjärjestelyjen ulottaminen vahinkojen »hämärälle» alueelle on helpompaa lainsäätäjälle kuin sopimusosapuolena olevalle vakuutustaholle. Vakuutusvarojen haltijaan mm. vaikeudet, joita liittyy ns. korvausneuroosin erottamiseen psyykkisistä vammoista, saattavat vaikuttaa esim. siten, että vakuutusehdoissa määriteltävän korvattavan vahingon alaa pyritään supistamaan. Vrt. *Arti* s. 201.

[2] Ks. esim. *Miettinen* s. 138, *Routamo — Hoppu* s. 186 ja *Arti* s. 335.

[3] Potilasvakuutusyhdistyksen käyttämässä korvaushakemuskaavakkeessa immateriaalisina vahinkoina mainitaan ainoastaan VahKL:n 5:2:n alaan lukeutuvat kipu ja särky, pysyvä vika ja haitta sekä pysyvä kosmeettinen haitta.

[4] Ks. *Kaivola,* DL 1988 esim. s. 311.

4.1.2. Terveyden- ja sairaanhoidon sekä potilaan käsitteet potilasvahinkolain soveltamisalan määrittäjinä

I. PotilasvahinkoL:n 1 §:ssä säädöksen soveltamisalaa rajataan edelleen *terveyden- ja sairaanhoidon* sekä *potilaan* käsitteillä. Näiden osalta tullaan vahinko*tapahtuman* rakennetekijöihin. Vahingon on satuttava terveyden- ja sairaanhoidon yhteydessä ja sen on kohdattava potilaaksi luokiteltavissa olevaa henkilöä. Käsitteitä ei ole PotilasvahinkoL:ssa eikä muuallakaan lainsäädännössä määritelty[5].

Vaikka terveyden- ja sairaanhoidon käsite on kaksiosainen, ei sen täsmennyksiä PotilasvahinkoL:n valmistelussa perustettu kovinkaan laajalti osien erillistarkasteluihin. Asiaan kiinnitettiin tältä kannalta huomiota lähinnä vain siten, että osasille aiemmin muotoutuneita merkityksiä pyrittiin yleisellä tasolla myötäilemään. Niinpä terveydenhoidollisten toimien todettiin voivan kohdistua sekä yksilöön että tämän elinympäristöön ja sairaanhoidon toimenpiteiden vain välittömästi yksilöön[6]. Tällä tavallahan asia on jo vanhastaan ymmärretty lääkintäoikeudellisessa kirjallisuudessa[7] ja sellaisena se on »kanonisoituna» myös KansanterveysL:n (66/72) 1 §:ssä. Se, että terveyden- ja sairaanhoidon sijasta PotilasvahinkoL:ssa ei käytetä niiden yläkäsitteeksi selitettyä termiä *terveydenhuolto*[8], saattaa johtua esim. pidemmän ilmaisun informatiivisemmaksi mielletystä luonteesta. Yleensäkin pidempi ilmaisu näyttää terveydenhuollon lainsäädännössä olleen jo entuudestaan suositumpi[9].

Mainitunlainen terveydenhoidon käsitteen kaksialaisuus toi PotilasvahinkoL:n esitöihin varauman, jonka mukaan säädöksen 1 §:ssä mainitulla potilaalle aiheutuneella henkilövahingolla tarkoitetaan *yksilöön* välittömästi kohdistuvien tekojen tai laiminlyöntien vaikutuksia. »Toimenpiteitä, jotka kohdistuvat yksilöimättömästi koko väestöön tai johonkin väestönosaan, vaikka ne sinänsä voitaisiin lukea terveydenhoitoon kuuluviksi, ei lakiehdotuksessa

---

[5] Potilasvahinkolakiesityksessä huomautettiin, ettei niiden määrittelyyn ole tarkoituksenmukaista ryhtyä säädettävän lain soveltamisalaan kuuluvien moninaisten tilanteiden vuoksi; *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11.

[6] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11, *KM 1982:29* s. 57

[7] Ks. esim. *Salo* s. 9.

[8] Ks. esim. *Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio* s. 41, *KM 1982:65* s. 33, *Salo* s. 9 ja 15, *Lahti,* 1983 s. 7 ja *sama,* Rikosoikeudellisia kirjoitelmia s. 65.

[9] Ks. esim. A lääkintöhallituksesta (130/70) 1 §, L terveyden- ja sairaanhoidon piirihallinnosta (839/70), KansanterveysL 1 §, L vastavuoroisesta sairaan- ja terveydenhoidosta rajaseudulla (307/61). Vrt. kuitenkin *KM 1982:65* s. 59 ja *Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio* s. 63 ss.

pidetä potilaisiin kohdistuvina.»[10] Tämän ohjeen mukaisesti PotilasvahinkoL:n soveltamisala rajataan terveydenhoidon käsitteen alueella itse asiassa *potilaisiin* kohdistuviin toimintoihin viitaten. Toisaalta näin menetellen ei po. ongelmasta sittenkään päästä aivan lopullisesti irtautumaan, sillä lain tarkoittaman *potilasominaisuuden toteaminen on puolestaan yhteydessä siihen kysymykseen, onko asianomainen tekemisissä terveydenhoidon yksilöä koskevien toimintojen kanssa.*[11]

Tässä yhteydessä ei ole mahdollista eikä tarpeen ryhtyä terveydenhuollon eri toimintojen erotteluun selostetunlaisesta taustahahmotuksesta käsin. Sellaisenaan se tuskin edes veisi asiaa esimerkkitilanteiden esittelyä pidemmälle.[12] Toisaalta vaikka edellä lääkärintoimen harjoittamisen käsitettä tarkasteltaessa havaittiinkin lääkärintyön alan ulottuvan osin terveydenhuollon toimintojen piirin ulkopuolelle, johtaa PotilasvahinkoL:n henkilövahinkorajaus siihen, että tällaisiin terveydenhuoltoon kuulumattomiin lääkärintoimen osiin nähden rajanveto käy jokseenkin tarpeettomaksi. Terveydenhuollon ulkopuolinen lääkärintyö ei yleensä saata välittömästi johtaa henkilövahinkoihin. Terveydenhuollon ja potilaan käsitteiden po. lain soveltamisalaa rajaavaa vaikutusta lääkärivastuutilanteissa on tarkoituksenmukaisinta hahmottaa korostuneesti lain omista lähtökohdista.

II. Tavallisen lääkärintoimen potilastyön osalta vahinkotapahtuman selittäminen PotilasvahinkoL:n mukaisen yksilöön kohdistuvan terveyden- ja sairaanhoidon yhteydessä sattuneeksi on yleensä ongelmatonta: onhan kyse eräästä keskeisestä terveydenhuollon toimintamuodosta. Tämän käsityksen varauksettomuutta kuvaa sekin, että niissä luonnehdinnoissa, joissa terveyden- ja sairaanhoidolla sanotaan tarkoitettavan *lakiin perustuvaa terveydenhuollon am-*

[10] Ks. *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11 ja *KM 1982:29* s. 57—58. Kyseinen lähtökohta on luonnollisesti tullut esille myös Ruotsin potilasvakuutusehtojen 1 §:n tulkinnassa. Ilmaisulla »hälso- och sjukvård» tarkoitetaan yksinomaan sellaista terveydenhoitoa, »som har ett medicinskt samband med vården och som riktar sig direkt till enskilda personer». *Hedman* s. 86, *Oldertz*, JFT 1981 s. 389.

[11] Tämä probleema on loppujen lopuksi erittäin vaikea. Esim. Veijo Tarukannel on huomauttanut, että terveydenhoidon osa-alueiden yhtenäisyys tai erottelu ei ole millään perusteella ehdottoman yksiselitteinen asia. Hän korostaa, että osasia »ei sittenkään voida tarkastella ikään kuin ehdottoman irrallisina asiallisen sisältönsä ja toiminnallisen puolensa osalta», vaikka toisaalta ei voida kieltää sitäkään, etteikö osa-alueilla olisi eroja. *Tarukannel* s. 3 alav. 10. Ainakin Saksassa onkin tehty laajaa »terveysoikeudellista» tutkimusta. Tällöin keskeisiä käsitteitä on selitetty esim. seuraavasti: »Gesundheitssystem, Gesundheitswesen und Gesundheitsrecht werden (---) als 'offene' Begriffe aufgefasst: Es sollen alle die Lebensbereiche einbezogen werden, die mit Fragen der Gesundheit zu tun haben.» *Jung* s. 108

[12] Vrt. *Strömberg*, 1987 s. 173, *Oldertz*, JFT 1981 s. 389 ja *Hedman* s. 86.

mattihenkilöstön toimintaa, tavataan säädöksistä mainita ensimmäisenä *LääkäriL*[13].

PotilasvahinkoL:n valmistelussa terveyden- ja sairaanhoidon käsitteen epäselvyyksiin tuotiin kriteerit *toiminnan laatu* ja *tarkoitus* sekä *toimijan koulutus.* Vaikeita raja-alueita nähtiin lähinnä vain eräissä LKH:n valvontapiirin ulkopuolisissa toiminnoissa.[14] Toisaalta huomionarvoista yleisesti ottaen on, että terveyden- ja sairaanhoito sai PotilasvahinkoL:ssa eräin osin tietyllä tavalla *viitteellisen* merkityksen; riittävää korvausoikeuden syntymiseksi on, että vahinko aiheutuu po. toimintojen *yhteydessä.* Tosin tällä sanavalinnalla pyrittiin ilmeisesti lähinnä siihen, että myös eräiden terveydenhuoltohenkilöstöön kuulumattomien — esim. teknisten laitteiden käytöstä vastaavien — henkilöiden toiminnasta johtuvat vahingot saataisiin lain sääntelemän korvausturvan piiriin.[15] Tässä katsannossa mainituista kriteereistä toiminnan tarkoitukselle näyttäisi olevan oikeutettua antaa keskeisin merkitys.

Yllä esitetty ei vielä anna aihetta erityiseen huoleen PotilasvahinkoL:n terveyden- ja sairaanhoidon käsitteen kattavuudesta lääkärintoimen alalla. Lakia koskevaan hallituksen esitykseen sisällytettiin kuitenkin maininta, jonka mukaan po. käsitteen alaan lukeutuvasta toiminnasta *ei* olisi kyse silloin, kun terveydenhuollon ammattihenkilö *vapaa-aikanaan sattumalta onnettomuuspaikalla ollessaan antaa ensiapua* loukkaantuneelle[16]. Tämän potilaan oikeussuojaa kaventavan huomautuksen »yli» korvausturvaa antava tulkinta on vaikeasti perusteltavissa, sillä myös eduskunnan talousvaliokunta vaikutti hyväksyneen hallituksen esityksessä lausutun käsitteen alaa rajoittavan selityksen[17]. On kuitenkin syytä katsoa, mitä ensiavun antamisvelvollisuudesta sanotaan *LääkäriL:ssa.* Asiasta on säädetty sen 9 §:ssä.

> »Lääkärintoimen harjoittajan tulee:
> (---)
> katsomatta siihen, voiko avun tarpeessa oleva suorittaa korvausta annetusta avusta, antaa lääkärinapua sille, joka vaikean vamman tai taudintapauksen vuoksi on kiireellisen sairaanhoidon tarpeessa»

Käsittääkseni ko. lainkohdassa asetetun ensiavun antamisvelvollisuuden voidaan sanoa eroavan osittain sekä sisällöltään että perusteiltaan yleisestä vel-

---

[13] Ks. *Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio* s. 41 ja *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11.

[14] Ks. *KM 1982:29* s. 56—57; vrt. *KM 1982:65* s. 34—35.

[15] Vrt. *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11.

[16] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11

[17] *1986 vp. asiak. C1 TaVM n:o 5* s. 2

vollisuudesta auttaa vaaraan joutunutta (RL 21:11 ja 13:t). *Lääkärin velvollisuutena ei ole ainoastaan »pelastaa» potilas sairaanhoitoon, vaan hänen on tarpeen mukaan annettava sitä jo ensiaputilanteessa.* Tältä suunnalta katsoen LääkäriL:n mukainen apu näyttäisi periaatteessa voivan kokonaisuudessaankin olla samansisältöistä kuin esim. julkisyhteisöjen toimesta annettava virkaensiapu. Toisaalta saatetaan myös korostaa, että kyse ei ole mistä tahansa yksityisen kansalaisen velvollisuudesta, sillä pakolliseen ensiaputoimeen ryhtyessään lääkäri on varsinaisen työaikansa ulkopuolellakin terveydenhuollon viranomaisten valvontavallan alainen.

Näin tullaan kysymykseen, onko osoitettavissa jokin järkevä peruste terveydenhuoltohenkilöstön vapaa-aikanaan antaman ensiavun rajaamiseksi PotilasvahinkoL:n soveltamisalan ulkopuolelle. Liittyykö pelkästään LääkäriL:n edellyttämään avunantamisvelvollisuuteen jotakin sellaista, että sen vahingonkorvausvastuun ei ole katsottu soveltuvan potilasvakuutuksen alaan?

Käsittääkseni ratkaisevaksi tekijäksi asiassa on saattanut muodostua se, että vapaa-aikaanaan terveydenhuoltohenkilöstö ei avunantotehtävässään toimi sillä tavoin osana terveydenhuoltoa, että vahingon voitaisiin ongelmitta katsoa syntyvän sen toimintojen yhteydessä. Vapaa-aikaansa viettävä lääkäri ei toimi terveydenhuollon organisaatiossa, eikä tällaisella lääkärillä ehkä useinkaan ole mukanaan välineistöä, joka tosiasiallisesti kohottaisi hänen ensiaputoimensa tason »lääkärintoimen» tai »sairaanhoidon» tasolle. Siten loukkaantuneella ei esim. liikenneonnettomuustilanteessa ole perustetta edellyttää saavansa normaalisti potilaan oikeuksiin kuuluvaa hyvää hoitoa. Vapaa-aikaansa viettävän lääkärin kohtaava ensiavun tarvitsija tulee tavallisesti tekemisiin sellaisen henkilön kanssa, jonka toiminta *vain työtehtävissä* lukeutuu järjestäytyneeseen ja eräällä tavalla tulosvastuulliseenkin *terveydenhuoltoon.*

Yllä sanotun johdosta voidaan olettaa, että vapaa-ajan ensiaputilanteissa avuntarpeessa olevan vahinkoriski on arvoitu niin suureksi, ettei sen ole katsottu soveltuvan vakuuttamisen kohteeksi. Vapaa-ajan ensiapuvahinkojen korvaaminen potilasvakuutuksesta vaikuttaisi näin arvioiden käyvän jossain määrin *ristiriitaan vallitsevan vakuutusidean kanssa.*

Silti saatetaan kysyä, eikö rajoitus olisi ollut syytä mainita laissa. Toisaalta on kyllä todettava, että esim. liikenneonnettomuustilanteissa rajoitus jää monesti vaille käytännön merkitystä, sillä lääkärin epäonnistumisista taikka laiminlyönneistä johtuvat vahingot tulevat usein LiikennevakuutusL:n nojalla korvattaviksi.

Mielenkiintoinen ensiapuvahinkoja koskeva huomio on, että lainvalmisteluvaiheessa edellytetty korvausvastuun rajoitus näytti ulottaneen vaiku-

tuksensa lääkäreiden muihin vakuutusjärjestelyihin. Suomen Lääkäriliitto ja lääkärikunnan vakuutusasioita hoitava Pohjola-yhtiöt sopivat lääkäreille tarjolla olevaan matkatavaravakuutukseen kuuluvaan matkavastuuvakuutukseen liitettäväksi 1. 5. 1986 alkaen ns. »samarialaispykälän»[18]. Tämän järjestelyn osalta on tosin huomattava, että se ei PotilasvahinkoL:n tavoin toteuta ensisijassa potilaan oikeusturvaa, sillä vastuuvakuutus korvaa vain ne vahingot, joista voimassaolevan vahingonkorvausoikeuden mukaan seuraa korvausvelvollisuus.

III. Määritellessään käsitettä *»pasient»* norjalainen Asbjørn Kjønstad toteaa sen olevan alkuperältään latinankielinen sana ja merkitsevän kärsivää. Normaalisti hän sanoo sillä tarkoittavan henkilöä, joka on *lääkinnällisen hoidon kohteena.* 'Lääkinnällisen hoidon' alaan Kjønstad puolestaan lukee parantamisen, lievittämisen ja lohduttamisen.[19]

Suomalaisessa lääkintäoikeudellisessa lainsäädännössä ja lainvalmisteluaineistossa potilaan käsitteen määrittelyyn voidaan sanoa omaksutun yllä olevaa selvästi laaja-alaisempi näkökulma. Jo yksin PotilasvahinkoL:n osalta on erityisesti huomattava — vaikkei säädökseen varsinaista potilaan määritelmää ole sisällytettykään — , että sen 1.2 §:ssä nimenomaisesti todetaan potilaana pidettävän myös *»kliinisen hoitotutkimuksen kohteena olevaa vapaaehtoista koehenkilöä».* Käsillä olevan tutkimuksen kannalta on huomionarvoista, että tämä laajennus kaventaa merkittävästi yleisen vahingonkorvausnormiston ja PotilasvahinkoL:n soveltamisalojen eroa siitä, mihin potilaan käsitettä ahtaasti tulkittaessa olisi kenties mahdollista päätyä. Tutkimustehtävää silmälläpitäen on toisaalta olennaista, että potilasominaisuuden ulottaminen *vain* kliinisen hoitotutkimuksen kohteena oleviin koehenkilöihin estää PotilasvahinkoL:n soveltamisen muunlaisesta lääketieteellisestä tutkimustoiminnasta aiheutuviin henkilövahinkoihin.

Potilasvahinkolakiesityksessä potilaalla sanotaan tarkoitettavan henkilöä, joka *käyttää* terveyden- ja sairaanhoitopalveluja[20]. Vastaavalla tavalla myös potilaan oikeuksista Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunnan antaman lakiehdotuksen 1 §:n 2 mom:ssa potilaan kriteeriksi määriteltiin henkilön menettely, ei esim. hänen terveydentilansa: »Potilaalla tarkoitetaan tässä laissa terveydenhuoltopalveluiden käyttäjää.»[21] Kyseisellä perusteella on asianmukaista luonnehtia potilaaksi myös henkilö, joka asioi terveydenhuollossa pelkästään saadakseen todistuksen terveydentilastaan[22]. Sittemmin potilaan ase-

[18] Ks. esim. *Alhola,* SLL 1987 s. 2727.

[19] *Kjønstad,* 1986 s. 418

[20] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11

[21] *KM 1982:65* s. 33 ja 59

[22] *Ibid.* s. 33. Näin myös *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11.

masta ja oikeuksista annetun hallituksen esityksen 1 luvun 2 §:ssä potilaalla on todettu tarkoitettavan »terveyden- ja sairaanhoitopalveluja käyttävää tai muutoin niiden kohteena olevaa henkilöä». Potilaan käsitteen ulottaminen tällä tavoin koskemaan niitäkin, jotka *tahdostaan riippumatta* joutuvat terveydenhuollon toimintojen kohteeksi, on varsin perusteltu lähtökohta myös PotilasvahinkoL:n tulkinnassa[23].

Ko. esitöissä terveydenhuoltopalvelujen käyttäminen ohjataan tulkitsemaan *väljästi.* Väljän tulkinnan esimerkkikriteereinä mainitaan poliklinikalla ilmoittautuminen ja sairaalaan kirjoittautuminen, joiden kumpaisenkin siis katsottiin käyvän riittävästä osoituksesta potilasominaisuuden syntymisestä.[24] On huomionarvoista, että Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunta totesi tällaisten implikaatioiden merkitsevän *hoitosuhteen* alkamista, jonka perusteella vasta potilaan asema oli mahdollista todentaa[25]. Potilasvahinkolakiesitykseen tämän idean mukaista tulkintamallia ei sisällytetty, ja siten hallituksen esitys ohjaa lain soveltajaa pelkästään väljään tulkintaan siitä, onko vahingon kohteeksi joutunut käyttänyt terveydenhuoltopalveluja vai ei. Toisaalta on kyllä huomattava, ettei tarkoitetulle hoitosuhde-kriteerille tulkintaan vaikuttavan merkityksen antaminen ilmeisesti millään tavoin supistaisi potilaan käsitettä. Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunta katsoi esim., että jo puhelimitse tapahtuva yhteydenotto voi eräissä tapauksissa olla riittävä luomaan vaadittavan hoitosuhteen[26].

Käsillä olevan tutkimuksen kannalta on olennaista, onko terveydenhuollossa tilanteita, joissa lääkäri nimenomaan lääkärintyönsä vuoksi saattaisi joutua vastuuseen vahingosta, jossa yllä sanotun perusteella ei voida puhua potilasasemasta. Mielenkiintoinen huomio tällä kohden on Ruotsin potilasvakuutuskäytännössä omaksuttu potilaan käsitteen alaa koskeva lavennus, jonka mukaan potilaalla ymmärretään myös vierailijaa, joka sosiaalisista tai lääketieteellisistä syistä pysyvästi oleskelee hoidon kohteena olevan henkilön luona[27]. Tällaista »aluevaltausta» ei meillä tietääkseni ainakaan vielä ole tehty. Tässä yhteydessä tämä seikka ei sinänsä ole erityisen merkityksellinen. Sen sijaan se johtaa huomion siihen, että *lääkärintoimesta voi* aivan hyvin — tosin ei ehkä kovinkaan usein — *johtua vahinko tertiuksen asemassa olevalle.* Käytännössä kyse saattaisi olla esim. vammautuneen potilaan saattajasta (jota ei ilmeisesti ruotsalaisessakaan systeemissä luettaisi potilaaksi).

---

[23] Vrt. *HE 185/91* s. 13, jossa po. lisäys todetaan otetun lakiesitykseen 'selvyyden vuoksi'.

[24] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 11, *KM 1982:65* s. 33 ja *HE 185/91* s. 13

[25] *KM 1982:29* s. 58, *KM 1982:65* s. 33

[26] *KM 1982:29* s. 58

[27] *Hedman* s. 87

Potilaan käsite johtaa myös hieman toisenlaisella tavalla PotilasvahinkoL:n soveltamisalan rajaukseen lääkärintoimen vahinkotilanteissa. Asiaa voidaan lähestyä seuraavan tapausselostuksen avulla.

> Potilasvahinkolautakunta 30. 10. 1987, dnro P 6/87: Poliklinikalle tarkastukseen tulossa ollut potilas liukastui eteisessä astuttuaan matolta lattialle, mistä aiheutui olkaluun murtuma. Potilasvahinkolautakunta katsoi, ettei tapaturma liittynyt potilaan hoitoon, koska kaatuminen tapahtui potilaan ollessa vasta saapumassa sairaalaan. Kyseessä ei ollut sairaankuljetus, eikä vahinko johtunut sairaanhoitolaitteiston tai -välineen viasta. Potilaalla ei ollut PotilasvahinkoL:n nojalla oikeutta korvaukseen.

Tapausselostus antaa luonnollisesti aiheen huomauttaa, että PotilasvahinkoL:n mukainen korvausjärjestely on evätty vetoamalla lain 2.1 §:n 3 kohdan sääntelyyn — ei potilasominaisuuden puuttumiseen. Mikäli 'tarkastukseen tulemisella' tarkoitettaisiin 'jälkitarkastukseen tulemista', vahingon saatettaisiin tietysti katsoa tapahtuneen hoitosuhteen aikana ja siis potilasasemassa olevalle henkilölle. Jos kyseessä on kuitenkin ollut ensikontaktiaan terveydenhuoltohenkilöstöön ottava henkilö, ei häntä aiemmin esitettyjen näkökohtien valossa ja selostuksessa mainitunlaiset seikat huomioonottaen olisi ilmeisesti ollut mahdollista pitää lain tarkoittamana potilaana. Tapauksesta ei ilmene, että hän olisi esim. vahinkoa edeltävän puhelinkeskustelun perusteella saavuttanut potilasaseman. Hän ei myöskään sairaalaan saavuttuaan ollut ehtinyt ilmoittautua poliklinikalla, saati kirjoittautua sairaalaan.

Oletetaan vahinkotilanne, jossa kuvatunlainen liukastuminen ei aiheudu sanokaamme kengänpohjaan tarttuneesta lumesta, vaan vaikkapa poliklinikan eteisen lattialle kertyneestä sulamisvedestä. Kysyttäessä, kenen on vastuu tällaisista olosuhteista johtuvasta vahingosta, on huomattava, että tehtävä kontrolloida sairaalan sisäänkäynnin kohdalla olevan lattian kuntoa saattaa kuulua ensisijaisesti esim. työvuorossa olevan lääkintävahtimestarin vastuualueeseen. Tässä yhteydessä voidaan sivuuttaa se, että kyse on tyypillisestä isännänvastuutilanteesta, jossa sairaala pääsäännön mukaan joka tapauksessa kantaa korvausvelvollisuuden henkilöstönsä tuottamuksella aiheuttamasta vahingosta.

Käsilläolevaa tutkimustehtävää silmälläpitäen on olennaista, että esimiesasemassa olevan lääkärin tulee valvoa alaisensa henkilöstön toimintaa, ja että tämän vuoksi esim. selostetunkaltaisissa tilanteissa vahingon saatetaan joskus katsoa johtuvan osaltaan lääkärintoimessa ilmenneestä laiminlyönnistä. Oikeuskäytännöstä voidaan viitata KKO:n ratkaisuun 1979 II 69, jossa sairaalalääkäri asetettiin solidaariseen korvausvastuuseen alemman viranhaltijan kanssa tämän virheestä välittömästi aiheutuneesta vahingosta. KKO perusteli päätös-

tään mm. seuraavasti: lääkäri oli »vahingonvaaran sisältäneen käytännön noudattamisen jatkumisen sellaisenaan viransijaisuusaikanaan sallimalla (---) syyllistynyt ylimääräistä osastonylilääkärin tointa viransijaisena hoitaessaan varomattomuudesta virkavirheeseen» minkä vuoksi »hänkin näin ollen oli ollut osaltaan syypää vahinkoon».[28]

* * *

Edellä esitettyyn viitaten voidaan sanoa, että *lääkärintoimen korvausvastuusta on mahdollista puhua myös joissakin sellaisissa vahinkotapauksissa, joissa ei ole kyse PotilasvahinkoL:ssa tarkoitetulle potilaalle sattuneesta vahingosta.* Tällaisia vahinkotilanteita ei käytännössä ilmene välttämättä kovin usein. Tavallisimpia lienevät juuri hoitoonhakeutumisen varhaisissa vaiheissa aiheutuvat tai tertiusta kohtaavat vahingot. En katso tässä yhteydessä olevan tarvetta ryhtyä po. vahinkotilanteiden alan yksityiskohtaiseen hahmottamiseen. Riittävää käsillä olevassa tutkimuksessa on niiden periaatteellinen tiedostaminen.

4.1.3. Potilasvahinko on potilasvahinkolain 2 §:ssä kvalifioitu henkilövahinko

> »Potilasvahinkona korvataan henkilövahinko:
> 1) jonka potilaan tutkimus, hoito tai muu vastaava käsittely taikka sellaisen laiminlyönti on todennäköisesti aiheuttanut;
> 2) jonka on aiheuttanut tartunta tai tulehdus, joka on todennäköisesti saanut alkunsa potilaan tutkimukseen, hoitoon tai muuhun vastaavaan käsittelyyn liittyvistä olosuhteista; taikka
> 3) jonka on aiheuttanut tapaturma:
> a) joka liittyy potilaan tutkimukseen, hoitoon tai muuhun vastaavaan käsittelyyn;
> b) joka on sattunut sairaankuljetuksen aikana, hoitohuoneiston tai -laitteiston palon taikka muun vahingon yhteydessä; tai
> c) joka johtuu sairaanhoitolaitteiston tai -välineen viasta.»

Siteeratun pykälän perusteella potilasvahingot luokitellaan tavallisesti varsinaisiin hoitovahinkoihin, tartunta- ja tulehdusvahinkoihin sekä tapaturmavahinkoihin[29]. Luettelo saattaa antaa ensivaikutelmana käsityksen, että kyse olisi pelkästään terveydenhuoltohenkilöstön »käytännöllisen» tai välittömän

[28] Ks. myös esim. KKO 1964 II 69.

[29] Ks. esim. *Palmunen,* DL 1987 s. 468—469, *Lehtola* s. 23 ss. ja *Liljeström* s. 15. Ruotsin potilasvakuutusehtojen perusteella tehty luokitus on 5-kohtainen: 1) egentliga behandlingsskador, 2) skador genom diagnostisk behandling, 3) skador genom felaktig diagnostik, 4) olycksfallsskador, 5) infektionsskador. Ks. *Oldetz,* JFT 1981 s. 390 ja *Hedman* s. 92 ss. PotilasvahinkoL:n 2.2 §:n jälkimmäinen virke huomioonottaen olisi tietysti myös meillä perusteltua kategorisoida dignoosinteosta johtuvat vahingot omaksi ryhmäkseen.

potilastyön vastuusta. Säännöstä lähemmin arvioiden näyttää kuitenkin siltä, että se on ensinnäkin suhteellisen myötenantava laventaville tulkinnoille[30]. Toiseksi on huomattava, että lainkohdassa valittu potilasvahingon täsmentämistapa sisältää viittauksia paitsi vahinkotapahtumaan myös vahinkoseurauksiin[31]. Kun säännöksen muun väljyyden lisäksi vahinkoseurausten todetaan voivan olla peräisin esim. hoitoon liittyvistä *olosuhteista,* tullaan siihen, että PotilasvahinkoL:n perusteella korvattavaksi tulevan lääkärintoimen vahingon ei tarvitse olla lähtöisin »käden työstä». Kuten yllä potilaan käsitettä hahmotettaessa todettiin, esim. osaston johtavan lääkärin asiana on huolehtia yksikkönsä toiminnan kaikinpuolisesta moitteettomuudesta. Mikäli puutteita ilmenee, lääkärin tulee tarpeen mukaan mm. erilaisin yksittäis- ja yleismääräyksin puuttua asiaan. Jos tällaisen velvollisuuden laiminlyömisen vuoksi (myös siitä riippumatta) potilaalle aiheutuu vaikkapa sairaalabakteerin vaikutuksesta infektio, se korvataan potilasvakuutuksesta.

Vaikka PotilasvahinkoL:n tulkintaohjeeksi vaikuttaa asiaa kokonaisuutena arvioden muotoutuvan suositus väljään, potilaan etua toteuttavaan tulkintaan, on lain *2.1 §:n 3a-kohdan* suhteen korvauskäytännössä sanottu omaksutun *suppea tulkintatapa.* Tapaturman korvattavuudelta on todettu edellytettävän vahingon kiinteää yhteyttä hoitotapahtumaan.[32] Pelkästään se, että vahinko sattuu laitoksen alueella, ei siten oikeuttaisi korvaukseen. Tällaisen tulkinnan puolesta on argumentoitu mm. vetoamalla tapaukseen, jossa laitoksessa huolletulle vanhukselle yöllisellä WC-käynnillä sattunut kaatumisesta johtunut vahinko jätettiin korvaamatta[33]. Käsitystä tukeviksi kannanotoiksi saatettaisiin kenties selittää myös seuraavat tapaukset; jälkimmäinen tosin ehkä kuitenkin vain tietyin varauksin.

> Potilasvahinkolautakunta 30. 10. 1987, dnro P 10/87: Sairaalan parvekkeelta poistuvan lihasreumaa sairastavan potilaan käsi jäi ukkosmyrskyn vuoksi kiinni paiskautuneen oven väliin, mistä aiheutui käden sel-

---

[30] Lain esitöissä säännöksen sisältämää korvattavien potilasvahinkojen listaa luonnehdittiin yleispiirteiseksi ja laajahkon harkintavallan luovaksi, mistä johtuen lain soveltamiskäytännössä katsottiin voitavan »joustavasti ottaa huomioon lisääntyvä lääketieteellinen tieto ja taito sekä sovittaa korvauskäytäntö muuttuvien vaatimusten mukaiseksi. *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 12, *KM 1982:29* s. 58

[31] PotilasvahinkoL:n 2 §:ssä vahinkoseurauksiin viittaaminen (»tartunta tai tulehdus») merkitsee sellaisiin tosiasiallisiin negatiivisiin vaikutuksiin viittaamista, joita tapahtumaan liittyy. Kyse ei vielä sellaisenaan ole oikeudellisesta korvattavasta vahingosta, jota mm. henkilövahingon käsite tarkoittaa. Vrt. esim. *Tulokas* s. 29.

[32] *Lehtola* s. 27—28

[33] *Ibid.* s. 28

käpuolelle ruhjevamma ja turvotusta. Potilaan vammoja ei korvattu potilasvahinkona, koska tapaturma oli aiheutunut äkillisestä luonnontapahtumasta, joka ei ollut yhteydessä potilaan tutkimukseen, hoitoon tai muuhun vastaavaan käsittelyyn.

Potilasvahinkolautakunta 17. 3. 1989, dnro P 240/88): Pysyvästi sairaalahoidossa olevaa pyörätuolipotilasta oli virkistystarkoituksessa kuljetettu sairaalan ulkopuolelle seurauksin, että pyörätuoli oli kaatunut ja potilas oli pudonnut saaden jalkaansa murtuman. Saadun selvityksen perusteella lautakunta katsoi, ettei tapaturma ollut liittynyt PotilasvahinkoL:n tarkoittamalla tavalla potilaan hoitoon, ja ettei kyseessä ollut myöskään lain tarkoittama sairaankuljetuksen aikana tapahtunut henkilövahinko.

Ensiksi selostetussa tapauksessa päädyttyyn kannanottoon on suhteellisen helppo yhtyä. PotilasvahinkoL:n nojalla korvattavana ei todellakaan voida pitää mitä tahansa potilaalle sairaanhoitolaitoksessa aiheutunutta vahinkoa. Jälkimmäinen tapaus sen sijaan saattaisi antaa aiheen viitata mainitunlaisen 'virkistämisen' hoidolliseen luonteeseen. Varsinkin silloin, kun tuollaista terapeuttista hoitoa antaa terveydenhuoltohenkilöstö osana työtehtäviään, on käsittääkseni epäasianmukaista perustella PotilasvahinkoL:n soveltumattomuutta. Myös kahdessa seuraavassa potilasvahinkolautakunnan käsittelemässä tapauksessa korvaus on evätty. Tällä kertaa se on kuitenkin tehty tavalla, joka vie huomion syy-yhteyskysymyksestä erääseen toiseen seikkaan.

Potilasvahinkolautakunta 15. 4. 1988, dnro P 43/87: Istuessaan geriatrisessa tuolissa 78-vuotias aivojen rappeutumissairautta poteva vanhus sai tuolin auki, minkä vuoksi hän liikkeelle lähdettyään kaatui ja loukkasi lonkkansa. Lautakunta katsoi, että potilaan tila oli vaatinut erityistä valvontaa, joka oli toteutettu riittävällä varmuudella asettamalla hänet geriatriseen tuoliin. Sitä, että potilas itse oli pystynyt aukaisemaan tuolin pöytälevyn ja siten vahingoittamaan itsensä, ei voitu pitää PotilasvahinkoL:n 2.1 §:n 3 kohdan tarkoittamana tapaturmana.

Potilasvahinkolautakunta 25. 11. 1988, dnro P 62/88: Epävakaan persoonallisuuden ja itsemurhataipumuksen vuoksi mielisairaalan suljetulla osastolla tahdosta riippumattomassa hoidossa ollut 20-vuotias nainen löydettiin kuolleena sairaalavuoteeltaan. Oikeuslääketieteellisessä ruumiinavauksessa kuolema luokiteltiin itsemurhaksi. Potilaan lääkitys oli vaihdettu itsemurhaa edeltävänä päivänä Diapamista Largactiliin. Sairaalan lääkäri oli antanut noin 2 viikkoa aikaisemmin poliisille potilaan aseenkantoluvan epäämistä suosittavan lausunnon. Sinä yönä, jona potilas kuoli, tämä oli nukkunut yksin huoneessaan, jossa häntä oli tarkkailtu säännöllisin väliajoin. Saadun selvityksen perusteella lautakunta katsoi, että potilaan hoito suljetulla osastolla oli ollut perusteltua ja

asianmukaista. Lääkityksen muuttaminen ja lausunnon antaminen aseenkantoluvan epäämiseksi olivat olleet niinikään perusteltuja. Asiakirjoista ei muutoinkaan käynyt ilmi mitään sellaista tapahtumaa tai muuta seikkaa hoidettavan psyykkisessä tilassa, jonka perusteella hoitohenkilökunnan olisi tullut epäillä potilaan itsemurhariskin lisääntyneen tapahtumayönä ja vaatineen näin normaalista poikkeavaa valvontaa. Lautakunta katsoi, ettei itsemurhan onnistuminen, jota potilas oli yrittänyt jo aiemminkin, johtunut hänen hoidostaan tai sen laiminlyönnistä, minkä vuoksi kyseessä ei ollut PotilasvahinkoL:ssa tarkoitettu potilasvahinko.

Kummassakin tapauksessa on ratkaisevan merkityksen saanut arvio siitä, voidaanko varsinaisen hoitoaktin ulkopuolella sattuneiden vahinkojen syynä pitää terveydenhuoltohenkilöstön laiminlyönniksi katsottavaa menettelyä. Tässä tullaan selvästi lähelle *perinteistä tuottamusprobleemaa.* Mielestäni seuraavassa tapausselostuksessa käy varsin kyseenalaiseksi, onko myönteisen korvausratkaisun perustana enää aidosti ollut PotilasvahinkoL:n 2.1 §:n 3 kohta, vai onko lainkohtaan vedottu sittenkin vain selvän korvauskysymyksen käsittelyn yksinkertaistamiseksi ja jouduttamiseksi: sattunut vahinko olisi esitetyn perustelun valossa joka tapauksessa ollut korvauskelpoinen yleisten vahingonkorvaussääntöjen nojalla.

Potilasvahinkolautakunta 16. 12. 1988, dnro P 59/88: Valtimon kovettumatautia ja vanhuuden tylsistymistä sairastava 80-vuotias vanhus kaatui sairaalassa korkeaa kaappia vasten, joka kaatui hänen päälleen. Tapahtumasta potilaalle aiheutui kylkiluiden murtumia ja ruhjeita kasvoihin sekä keuhkokuume, johon hän pian menehtyi. Lautakunta katsoi kaapin olleen niin korkea ja kapea, että sen turvallisuutta ilman kiinnittämistä olisi pitänyt epäillä. Sairaalassa ei tässä kohden ollut riittävästi huolehdittu potilasturvallisuudesta. Tämän seurauksena aiheutunut tapaturma tuli korvata hoitoon liittyvänä ja hoitohuoneiston vahingon yhteydessä tapahtuneena potilasvahinkona.

On vähintääkin laventavaa tulkintaa selittää irralleen asetetut kaapit osaksi hoitohuoneistoa. Vielä tätäkin enemmän tulkinnan voidaan katsoa irrottautuneen lakitekstin mukaisesta merkityksestä, ellei kaappi millään tavalla rikkoutunut (ks. PotilasvahinkoL 2.1 § 3a kohta). Sellaista toteamusta selostukseen ei sisälly. Toisaalta kaappia vasten kaatuminen sinänsä ei ole myöskään potilasvahinkolautakunnan muilla ratkaisuillaan hahmottamalla tavalla potilaan hoitoon liittyvä tapahtuma. Tapausselostuksen mukaan kyse ei ollut hoitoaktin yhteydessä sattuneesta vahingosta. On hyvin ymmärrettävää, että potilasvakuutusyhdistyksen ensi asteessa tekemä ratkaisu oli korvausvaatimuksen hylkäävä.

Millaisiin kannanottoihin edellä referoidut korvausratkaisut antavat aihetta? Mitään varmoja johtopäätöksiä niiden perusteella on tuskin syytä ryhtyä formuloimaan. Niiden saatetaan kenties kuitenkin katsoa viittaavan siihen, että PotilasvahinkoL:n soveltamiskäytännössä on *varsinaisen hoitoaktin ulkopuolisten vahinkojen tapauksissa eräin osin jonkinlainen pyrkimys arvioida sitä, saattaisiko sattunut vahinko tulla korvattavaksi yleisten vahingonkorvaussääntöjen nojalla.* Ellei näiden muiden normistojen perusteella terveydenhuoltohenkilöstöä voida pitää korvausvelvollisuuden synnyttävällä tavalla syyllisinä, ei PotilasvahinkoL:n mukaisen korvausturvan käyttöön olla taipuvaisia siihenkään. Toisaalta esim. edellä (s. 200) selostettu potilasvahinkolautakunnan ratkaisu 30. 10. 1987, dnro P 6/87 huomioonottaen on todellakin syytä varsin varovaiseen kannanmuodostukseen sanotun käsityksen puolesta. Missään tapauksessa minkäänlaista yksiselitteistä kriteeristöä siihen nähden, milloin potilasvahinkolautakunta varmuudella turvautuu tarkoitetunlaiseen vastuun »laajentamiseen», ei ole osoitettavissa.

Kaiken kaikkiaan sellaisia henkilövahinkoja aiheuttavia lääkärintoimen osa-alueita on itse asiassa aika vaikeaa osoittaa, joissa PotilasvahinkoL syrjäytyisi yleisten vahingonkorvaussääntöjen soveltamiselle tilaa antaen nimenomaan säädöksen 2.1 §:n vuoksi[34]. Joitakin erityisiä tähän päätelmään johtavia vahinkotilanteita on ehkä mahdollista konstruoida, mutta ne lienevät yleensä keinotekoisia, todelliselle elämälle vieraaksi jääviä hypoteettisia ajatusfiguureita. Esimerkkinä voidaan mainita asetelma, jossa kiusahenkinen lääkäri kirjoittaisi vaikkapa dementiaa potevalle vanhukselle kuolintodistuksen, josta tämä järkyttyisi niin voimakkaasti, että alkaisi oirehtia psyykkisesti.

* * *

Tähän saakka edellä kosketellut PotilasvahinkoL:n soveltamisalan rajaukset ovat olleet enimmäkseen hyvin tulkinnanvaraisia eikä oikeastaan voida sanoa, että ne jatkossakaan kävisivät erityisen yksiselitteisiksi. Linjaa edelleen paalutettaessa tarkastelu ei kuitenkaan enää kohdistu suoranaisesti lääkärintyöhön liittyviin toimintoihin. Tästä johtuen rajanvetokriteeristöä ei ole tarpeen ryhtyä analysoimaan kovin seikkaperäisesti; tutkimusta on esitettävien kriteerikuvausten varassa sellaisenaankin mahdollista viedä eteenpäin. Edellä tällainen rajanvetoabstraktio on jo ollut henkilövahingon käsite. Vahingon suuruuden ohella PotilavahinkoL:n soveltamismahdollisuuteen kiinnitetään seuraavassa huomiota eräiden prosessuaalisten tekijöiden valossa.

[34] Eri asia on, että lainkohtaan vedotaan ehkä mieluusti silloinkin, kun lain soveltumattomuus voitaisiin perustella myös säädöksen 1 §:llä.

4.1.4. Korvausta ei suoriteta vähäisestä vahingosta

PotilasvahinkoL:n 3.1 §:n mukaan »/k/orvausta ei (---) suoriteta vähäisestä vahingosta.» Lainkohdan perusteluissa mainitaan — kuten odottaa sopii — vakuutuksen korvausasioiden käsittelykustannukset[35]. Käsilläolevan tutkimuksen kannalta rajoituksen merkitys on periaatteellisesti laajakantoinen: *kaikki ne lääkärintoimesta aiheutuvat henkilövahingot, jotka luokitellaan vähäisiksi, jäävät yleisen vahingonkorvausoikeuden normiston sääntelemän korvausturvan varaan.*[36]

Po. säännöksessä ei lausuta mitään vahingon suuruuden arviointiperusteista. Siinä mielessä lainkohta poikkeaa esim. rikosvahinkojen korvaamisesta valtion varoista annetun L:n (935/73) 4.1 §:n säännöksestä, jossa nimenomaisesti todetaan korvausoikeuden syntyvän vasta 200 markan suuruisista menetyksistä. Vähäisen vahingon tulkintaan PotilasvahinkoL:n esitöistä on kuitenkin osoitettavissa ohje, jonka mukaan huomiota on kiinnitettävä toisaalta potilaalle aiheutuneen *sairauden tai vamman vakavuuteen* ja toisaalta hänelle syntyneeseen *taloudelliseen menetykseen.* Kummankin arviointiperusteen merkityksen huomautetaan olevan itsenäinen.[37] Jo ennen PotilasvahinkoL:a meillä käyttöönotetussa yksityispotilasvakuutuksessa (kohta 43.1.2.) korvattavan vahingon kynnys määriteltiin Ruotsin potilasvakuutusehtojen mallin mukaisesti seuraavaan tapaan:

> »Hoitovahinko korvataan ainoastaan, jos vahingoittunut on vahingon seurauksena
> — ollut työkyvyttömänä vähintään 14 päivää tai muutoin kokenut vastaavan ruumiintoimintojen heikkenemisen vähintään 14 päivän ajan,
> — saanut pysyvän ruumiinvamman, joka ei ole merkityksetön, tai
> — kuollut
> Edellisen kappaleen estämättä suoritetaan kohtuullinen korvaus kus-

---

[35] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 14 ja *KM 1982:29* s. 67. Vrt. *1973 vp. asiak. I:2 HE n:o 98* (rikosvahinkolaki) s. 3.

[36] Tällä kohden tulee esille eräs niistä mekanismeista, jotka johtavat taloudellisten resurssien niukkuuden vuoksi yhteiskunnallisten toimintojen ja niitä koskevien ongelmien ratkaisumallien monimutkaistumiseen. Mitä tulee nimenomaan korvausasioiden käsittelykustannusten pienentymiseen vähäisten vahinkojen rajaamisella PotilasvahinkoL:n korvausturvan ulkopuolelle voidaan sanoa, että vahinkotapausta saatetaan joutua monesti käsittelemään melko perusteellisesti, ennenkuin on mahdollista päätyä kannanottoon potilaalle aiheutuneen menetyksen vähäisyydestä. Asetelma on jonkin verran samantapainen kuin ylimpien oikeuksien muutoksenhakulupakäytännössä. Usein vasta pitkällisen arvioinnin perusteella voidaan tehdä päätös asian tutkittavaksi ottamatta jättämisestä.

[37] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 14, *KM 1982:29* s. 67

tannuksista ja ansionmenetyksestä hoitovahingon yhteydessä, mikäli nämä yhteenlaskettuna ylittävät 500 markkaa (---).»

PotilasvahinkoL:n esityöt huomioonottaen voidaan vähäisen vahingon raja otaksua käsitetyn ainakin alunalkaen jokseenkin siteerauksen sisältämän säännön mukaisesti[38]. Tätä rajaa jouduttiin linjoittamaan potilasvahinkolautakunnan »auktoriteetilla» jo suhteellisen pian lain voimaantultua.

> Potilasvahinkolautakunta 27. 11. 1987, dnro P 27/87: Synnytyksen yhteydessä potilaan emättimeen jäi sideharsotaitos, joka aiheutti tulehduksen. Potilas ei tullut työkyvyttömäksi eikä joutunut sairaalahoitoon. Vahingosta koitui 40 markan 40 pennin lääkekulut. Potilasvakuutusyhdistys katsoi, että kivun ja säryn korvausperusteen suhteen kyseessä oli B1-luokan alarajalle kuuluva vamma, mikäli sovellettiin valtioneuvoston asettaman liikennevahinkolautakunnan normeja. Tällöin korvauksen kokonaismääräksi olisi muotoutunut 440 markkaa 40 penniä. Potilasvahinkolautakunta totesi mm., että potilaalle ei ollut aiheutunut pysyvää vikaa eikä haittaa, mutta koska vammaan oli kuitenkin liittynyt kipua ja särkyä kolmen viikon ajan, ei sitä voitu pitää laadultaan vähäisenä. Lautakunta suositti maksettavan potilaalle korvausta lääkekuluista 40 markkaa 40 penniä sekä kivusta ja särystä 500 markkaa.[39]

Ihmisen henkilöä koskevat vähäisen vahingon rajan täsmennykset ovat luonnollisesti monin paikoin hyvin tulkinnanvaraisia. Toisaalta voisi olettaa, että ne kriteereinä muotoutuisivat ajallisessa suhteessa pysyvämmiksi kuin taloudellisten menetysten korvauskynnyksiksi asetetut sinänsä täsmälliset markkamäärät, joilla kuvatut vaihtoarvot ovat inflaatiosta johtuvan muutospainen kohteena. Toisaalta kiinnitettäessä huomiota esim. RikosvahinkoL:n 4.1 §:ssä asetettuun markkamääräiseen korvausrajaan saatetaan sen todeta pysyneen samana liki 20 vuotta. Minkäänlaisiin ansiotaso- tai elinkustannusindeksitarkistuksiin ei myöskään tietääkseni ole käyty Ruotsin potilasvakuutukseen 1970-luvun puolivälissä asetetun 500 kruunun kulujen suhteen. Käsittääkseni PotilasvahinkoL:n tarkoittaman vähäisen vahingon rajaa olisi kulujen osalta hyvin mahdollista pitää pitkään 500 markassa, jossa sen ainakin vielä muutama vuosi sitten on sanottu 'nykykäytännössä voitavan ajatella olevan'[40].

---

[38] *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 14—15, *KM 1982:29* s. 67—68. Ks. myös *Ehdotus lääkevahinkolaiksi* s. 40 ja *Routamo,* Liikennevahinko s. 160—161.

[39] Sittemmin potilasvahinkolautakunta on ratkaisullaan 15. 4. 1988, dnro P 59/87 ottanut nimenomaisesti kantaa liikennevahinkolautakunnan suositusten ja normien *soveltuvien* osien käyttömahdollisuuteen potilasvahinkojen korvauskysymyksissä. KKO:n viitoittaman, niiden käyttöalaa laventavan, linjan mukaisesti (1979 II 76) kysymykseen suhtauduttiin myönteisesti.

[40] *Lehtola* s. 33

4.1.5. Määräajat potilasvahinkolain soveltamismahdollisuuden rajaajina

PotilasvahinkoL:n 10 §:n mukaan korvausvaatimus on esitettävä vakuutuksenantajalle »kolmen vuoden kuluessa siitä, kun korvaukseen oikeutettu on saanut tietää vahingosta. Erityisestä syystä on otettava tutkittavaksi myöhemminkin esitetty korvausvaatimus. Korvausvaatimus on kuitenkin esitettävä viimeistään 20 vuoden kuluessa vahinkoon johtaneesta tapahtumasta.»

Lainvalmistelun yhteydessä erityisestä syystä johtuvaa korvausoikeuden vanhentumisajan pidentämistä perusteltiin sillä, että korvaukseen oikeutettu ei aina heti ymmärrä kärsineensä korvattavaa vahinkoa. Tämän katsottiin puolestaan voivan johtua vahinkoseurauksen ilmenemisestä niin myöhään, että potilas ei osaa yhdistää vahinkoa terveyden- tai sairaanhoidollisiin toimiin.[41] Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunnan tarkoituksena ilmeisesti oli, että tällaisissa tapauksissa erityisestä syystä johtuva vanhentumisaika päättyisi — ehdottomasta 20 vuoden takarajasta johtuvaa poikkeusta lukuunottamatta — kolmen vuoden kuluttua siitä, kun potilaan voitaisiin edellyttää käsittäneen mahdollisuutensa PotilasvahinkoL:n mukaiseen korvaukseen[42]. Tätä voitaneenkin pitää yhtenä perusteltuna tapana tulkita lainkohtaa.

Yleinen vanhentumisaika vahingonkorvausoikeudessa on sekä sopimusvastuun että ulkokontrahdillisen vastuun alalla 10 vuotta vahingon tapahtumisesta. VahKL:n 7:2:ssä säädetään lisäksi, että »/j/os vahinko on aiheutettu rikoksella ja oikeus panna rikos syytteeseen kestää pitemmän ajan, saadaan vahingonkorvausta hakea samassa ajassa». RL:n 8:1:n mukaan enintään 8 vuoden vapausrangaistukseen johtava rikos vanhenee 10 vuodessa, ja yli 8 vuoden määräaikaiseen vapausrangaistustuomioon mahdollistavien rikostyyppien vanhentumisaika on 20 vuotta. »Syyteoikeus rikoksesta, josta säädetty kovin rangaistus on elinkautinen vapausrangaistus, ei vanhennu.»

Vaikka on selvää, että esim. murhat elinkautisiin vankeustuomioihin mahdollistavine sanktioineen eivät kuulu lääkärintoimen arkipäivään[43], on täysin mahdollista, että yleisen vahingonkorvausoikeuden normeihin turvaudutaan joissakin PotilasvahinkoL:n mukaan vanhentuneissa tapauksissa. Kovin taval-

---

[41] *KM 1982:29* s. 80. Ks. myös *1986 vp. asiak. A2 HE n:o 54* s. 17 sekä TuotevastuuL:n kanneoikeuden vanhentumista sääntelevän 9 §:n tulkinnasta *Rissanen — Tiili — Mäkinen* s. 280.

[42] Ks. *KM 1982:29* s. 80 ja 92. Tätä tarkoitusta ei tosin ilmaista erityisen johdonmukaisesti.

[43] Törkeimmässä tietämässäni lääkärin väärinkäytöstapauksessa asianomainen tuomittiin kuolemantuottamuksesta 1 vuodeksi 6 kuukaudeksi vankeuteen. Hallinto-oikeudellisena seuraamuksena lääkärille aiheutui ammatinharjoittamisoikeuden menetys yli neljän ja puolen vuoden ajaksi. Tapaus on selostettu KKO:n vuosikirjaratkaisuna 1935 II 131 ja KHO:n vuosikirjaratkaisuna 1936 II 722.

lista tämä tuskin tulee olemaan, mutta ei silti varmastikaan tavattoman poikkeuksellista. Kolmen vuoden vanhentumisaika ei esim. lähiomaisen kuolintapauksessa ole pitkä. Potilasvakuutusyhdistuksen pitämän tilaston mukaan korvausvaatimuksen esittämisen liian myöhäinen ajankohta oli korvauksen epäämisperusteena kahdessa vahinkotapauksessa PotilasvahinkoL:n oltua voimassa noin neljä ja puoli vuotta.

Suunnitelmat vahingonkorvausoikeudessa pääsääntöisesti noudatetun 10 vuoden vanhentumisajan lyhentämisestä merkitsisivät luonnollisesti toteutuessaan muutosta potilasvahingon kohteeksi joutuneen mahdollisuuteen saada korvausta PotilasvahinkoL:n säätelemää korvausturvaa ajallisessa suhteessa täydentävien normistojen perusteella. Toisaalta erillisiä vahingonkorvauksen vanhentumissäännöksiä sisältävän erityislainsäädännön viimeaikainen lisääntyminen on johtanut yleistä vanhentumisaikaa koskevien muutospaineiden heikkenemiseen. Mikäli tämä kehitys jatkuu, pidemmät vanhentumisajat saattavat osoittautua hyvinkin sopiviksi yleisen vahingonkorvausnormiston säätelemän perinteisen tuottamusvastuun alalla.

Tässä yhteydessä voidaan mainita myös PotilasvahinkoL:n 16 §:n sisältämistä lain voimaantulosäännöksistä johtuva rajaus. Lainkohdan 1 mom:n mukaisesti PotilasvahinkoL tuli voimaan 1. 5. 1987. Tämä merkisee 2 mom:n mukaan sitä, että lakia sovelletaan vain niihin vahinkoihin, jotka ovat sattuneet lain voimassaoloaikana. Niinpä vielä 30. 4. 1987 sattuneista lääkärintoimen vahingoista on mahdollista hakea korvausta vain vahingonkorvausoikeuden yleisen normiston perusteella, mutta toisaalta myös sen pidempien vanhentumisaikojen turvin vuosienkin kuluttua vahinkotapausten ajankohdasta.

4.1.6. Regressivastuu

Yleisen vahingonkorvausoikeuden normiston soveltamismahdollisuutta tutkittaessa on PotilasvahinkoL:n yhteydessä otettava esille vielä sen 9.2 §. Säännöksen mukaan vahingonkärsineen »oikeus saada vahingonkorvausta potilasvahingon aiheuttaneelta tai tämän työnantajalta (---) siirtyy tämän lain mukaisesti korvauksen suorittaneelle». Kun lainkohdan tarkoittama oikeus määräytyy PotilasvahinkoL:n ulkopuolisen normiston varassa, *regressioikeuden käyttäminen edellyttää aina yleisten vahingonkorvaussääntöjen vahinkotapahtumaan soveltamista.*

Voidaan tietysti sanoa, että vakuutuskäytännössä regressivastuuseen vedotaan yleensä suhteellisen pidättyväisesti, ja että PotilasvahinkoL:ssakin sen ala on rajoitettu yleisen vakuutusoikeudellisen sääntelytavan mukaisesti tapauksiin, joissa »vahinko on aiheutettu tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella».

On kuitenkin huomattava, että jo itse regressioikeus-instituution kannalta on olennaista, millaiseksi sen sisältö erilaisissa vahinkotapauksissa saattaa muotoutua. Asiaa tässäkään mielessä katsottaessa ei voida sivuuttaa kysymystä, mitkä normit säätelevät vahingon kärsineen oikeutta korvaukseen.

4.1.7. Yhteenvetoa ja eräitä huomautuksia

PotilasvahinkoL:n soveltamisalan rajauksia on useita. Jo yksin varallisuusvahinkojen sulkeminen lain sääntelemän korvausturvan ulkopuolelle on sangen merkittävä rajaus. Yleensä ottaen edellä käsitelty »kriteeristö» on laadultaan hyvin heterogeenista. Sitä ei kuitenkaan ole tässä yhteydessä tarpeen ryhtyä lähemmin luokittelemaan (esim. erityisen vaikuttaviin ja vähemmän vaikuttaviin osiin).

Yllä olevan esityksen perusteella ei ole mahdollista muodostaa täsmällistä käsitystä siitä, kuinka usein lääkärintoimen taikka ylipäätään terveydenhuollon vahingot korvataan PotilasvahinkoL:n perusteella, ja kuinka suuri osuus vahingoista jää muiden vahingonkorvausnormistojen sääntelemän korvausturvan varaan. Tätä asiaa yksiselitteisesti valaisevia tilastotietoja ei ole ja itse asiassa niitä olisi melko mahdotonta kerätäkään. Potilasvakuutusyhdistys on kyllä jossain määrin luokitellut PotilasvahinkoL:n mukaisessa korvauskäsittelyssä olleita vahinkoja. Kaikkiaan niitä oli 21. 11. 1991 mennessä 12.819. Näistä korvattiin 41 % ja korvaamatta siten jäi 59 %[44]. Käsillä olevaa tutkimusta ajatellen potilasvakuutusyhdistyksen käyttämä evättyjen vahingonkorvausten luokitteluperuste ei ole erityisen adekvaatti. Mielenkiintoinen on kuitenkin esim. tieto, jonka mukaan vahingon vähäisyys oli eväämisperusteena 10 %:ssa tapauksia. Tämänkaltaisin tiedoin ei vain päästä käsitykseen siitä, olisivatko vahingot tulleet korvattaviksi tuottamusperusteisessakaan järjestelmässä taikka kuinka paljon sen mukaisesti korvattavissa olevia vahinkoja viedään ohi PotilasvahinkoL:n mukaisen korvauskäsittelyn. Kuten jo aiemmin on käynyt ilmi, vahingon kärsinyt voi aina halutessaan vaatia korvausta suoraan muihin vahingonkorvaussäännöstöihin vedoten.

Suoritetun PotilasvahinkoL:n soveltamisalaa koskevan tarkastelun perusteella on joka tapauksessa kiistatonta, että *yleisten vahingonkorvaussääntöjen sovellettavuutta koskevan kysymyksenasettelun relevanttiutta ei ole mahdollista sivuuttaa lääkärivastuutilanteiden oikeudellisessa arvioinnissa.* Kaik-

[44] Korvatuista potilasvahingoista hoitovahingoiksi (2.1 § 1 kohta) oli luokiteltu 56 %, infektiovahingoiksi (2.1 § 2 kohta) 40 %, tapaturmavahingoiksi (2.1 § 3 kohta) 3 % ja seuraukseltaan kohtuuttomiksi diagnoosivahingoiksi (2.2 §) 1 %.

kien PotilasvahinkoL:n soveltamismahdollisuutta koskevien rajoitteiden yhteisvaikutus huomioonottaen voidaan sitäpaitsi todeta, että lääkärintoimi on periaatteessa *koko alaltaan edelleen hyvin merkityksellinen tutkimuskohde* ko. kysymyksenasettelun kannalta.

4.2. Sopimuksesta ja sopimusvastuun sovellettavuuden contra-argumenteista hoitosuhteessa

Kun PotilasvahinkoL ei lain soveltamisalasäännöksestä tai muista yllä käsitellyistä sen säätelemän korvausturvan käyttömahdollisuuteen kohdistuvista rajoittavista määräyksistä johtuen ole sovellettavissa vahinkotapahtuman korvauskysymyksen ratkaisuperustaksi, oikeudellisen ongelman arviointi monimutkaistuu. Koska tällöin on turvauduttava yleisiin vahingonkorvaussääntöihin, joudutaan oikean korvausnormiston valitsemiseksi kiinnittämään huomiota olennaisesti toisentyyppisiin seikkoihin kuin PotilasvahinkoL:n sovellettavuutta selvitettäessä.

Jo vanhastaan hoitosuhteen oikeudellisessa arvioinnissa on ollut tapana pohtia, *onko kyseessä sopimussuhde vai ei*[45]. Sittemmin tällaiseen kategorisointiin on suhtauduttu vaihtelevalla tavalla kriittisesti[46]. Myös itse hoitosopimuskonstruktio on erityisesti pohjoismaissa saanut osakseen paikoin kärkevääkin kritiikkiä[47], mutta esim. saksalaisen oikeuden tutkijat ovat mieluusti puoltaneet sopimusta varsinkin lääkärin toiminnan oikeudellisena perustana[48]. On luonnollista, että silloin kun tutkitaan senkaltaisia kysymyksiä kuin potilaan oikeutta informaatioon tai potilasasiakirjoihin taikka potilaan integriteetin loukkaamattomuutta, po. luokittelu ei voi muotoutua kannanottojen viimekätiseksi muotoutumisperustaksi. Toisaalta on selvää, ettei tässä yhteydessä — yksin

[45] Tämä kysymys kuului jo roomalaiseen oikeuteen, jossa siihen annettavaan vastaukseen on arvioitu ratkaisevasti vaikuttaneen sen, missä sosiaalisessa asemassa lääkäri oli. Ks. lähemmin *Klami*, DL 1967 s. 254 ss.

[46] Ks. esim. *Vinding Kruse* s. 107, *Kjønstad*, 1982 s. 588—589, *Patienters rättigheter* s. 142 ja *Klami*, SLL 1968 s. 2898.

[47] Esim. *Björnssonin*, s. 57, mukaan sopimusvastuuseen nojautuva ajattelutapa johtaa asioiden äärimmäiseen mutkistamiseen. Tosin Tanskan oikeudessa on oltu myös sopimusvastuun kannalla; ks. *Tidemand-Petersson* s. 40. Kuitenkin erityisesti viime vuosina vastakkainasettelun merkityksen on Tanskassa todettu selvästi heikentyneen; ks. *Vinding Kruse* s. 107. Meillä sopimusvastuun mukainen ajattelutapa on hyväksytty yleensä lähinnä yksityisvastaanoton osalta, silloinkin paikoin varauksellisesti; ks. esim. *Oesch*, Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 32 ja *sama*, JFT 1977 s. 305.

[48] Ks. esim. *Laufs* s. 12 ss. ja *Jung* s. 120—121 sekä erit. s. 127 ss.

VahKL:n 1:1 huomioonottaen — ole mahdollista sivuuttaa kysymystä sopimusvastuun sovellettavuudesta lääkärintoimeen.

Kuten luvussa 2 esitettiin, sopimus on ns. pistekäsityksen sijaan yhä useammin kuvattavissa paremmin ns. prosessikäsityksen avulla. Sopimusvastuun kannalta edellinen merkitsee näkemystä, jonka mukaan täysi sopimusvastuu syntyy aina tiettynä ajankohtana, säilyy muuttumattomana tietyn ajan ja lakkaa taas tiettynä hetkenä kokonaisuudessaan. Jälkimmäisessä ajattelutavassa sopimukselle katsotaan olevan ominaista asteittainen muotoutuvuus, muuntuminen ja lakkaaminen, jolloin eri tekijät johtavat myös sopimusvastuun vaiheittaiseen syntyyn ja lakkaamiseen.[49] Siltä osin kuin lääkäri — potilas-suhteita saatetaan pitää tällaisina prosessikäsityksen mukaisina sopimussuhteina, voidaan ajattelutavan katsoa periaatteessa merkitsevän myös ulkokontrahdillisen vastuun päättymisen ja alkamisen vaiheittaisuutta. Ennen kuin lääkärin ja potilaan kontaktiin voidaan joiltakin osin soveltaa sopimusvastuuta, on suhdetta pidettävä ei-sopimuksena; vastaavasti hoitosuhteen päättyminen johtaa portaittaisesti ei-sopimuksen tilaan. Niinikään asiallisen ja henkilöllisen ulottuvuuden suhteen prosessikäsitys johtaa ei-sopimuksen ja sopimuksen rajankäyntiin.[50] Toisaalta voidaan kyllä huomauttaa, että lääkärintoimen arkipäivään kuuluu runsaasti myös jokseenkin pistemäisiä potilaskontakteja.

Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta ryhtyä tarkoitetunlaiseen sopimusvastuun alan laajamittaiseen ja yksityiskohtaiseen erittelyyn. Tarkoituksena seuraavassa on vain pääpiirteissään hahmottaa ne tilanteet, joissa sopimusvastuu tulee kyseeseen. Sopimusvastuun sovellettavuusarviointi suoritetaan — kuten edellä on todettu — lähinnä sitä silmälläpitäen, että VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten sovellettavuustarkastelu voitaisiin mieltää oikein. Kun VahKL:n 1:1:n mukaan säädös 'ei koske sopimukseen perustuvaa korvausvastuuta', rajanveto on *laintulkinnallinen* ongelma, jossa on selvitettävä, millainen lääkärivastuutilanteen elementtien yhdistelmä merkitsee sopimuksen tunnusmerkkien käsilläoloa.

4.2.1. Mikä on sopimus?

Sopimusta on meillä tapana luonnehtia pohjoismaisen ja saksalaisen tradition mukaisesti kahden tai useamman tahdonilmaisun yhteensulautumaksi[51].

---

[49] *Pöyhönen*, 1988 s. 211 ss.

[50] Ks. *ibid.* s. 217 ss.

[51] Sopimuksen määrittelytavoista kokoavasti Ranskan, Yhdysvaltain, Saksan ja Pohjoismaiden oikeusperinteissä ks. *von Hertzen* s. 18 ss.

Konsensusta ei tietysti vielä tällaisenaan voida pitää oikeudellisesti sitovana sopimuksena. Määrittelyissä tuodaankin yleensä esille myös, että kyse on oikeustoimesta, joka synnyttää oikeuksia ja velvollisuuksia.[52] Vaikeudet, joita sopimuksen määrittelyyn tällä tavoin liittyy, ovat samankaltaisia, joita edellä vahingon määrittelyjen tarkastelun yhteydessä tuli esille. Niinpä myös sellaista sopimuksen yleistä ja abstraktia määritelmää, joka kerralla poistaisi oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmat, on mahdotonta formuloida. Sopimuksella on kuitenkin sanottu olevan jonkinlainen 'tavallinen käyttö juridisessa kielessä'[53]. Tällaiseen tavalliseen käyttöön vetoavan ajattelutavan taustalla voitaneen katsoa olevan, että tiettyjen tahdonilmaisujen yhteensulautumien tulkinta sitovaksi sopimukseksi tapahtuu oikeusyhteisössä soveltamalla siinä omaksuttuja *yhteisiä merkityksiä* monisäikeisesti toisiinsa sidoksissa oleviin toiminnallisiin tekijöihin. Käsitettäessä asia tällä tavoin on samalla helppo ymmärtää, että eri aikoina sopimusoikeuden doktriinissa saatetaan painottaa konsensuksen eri rakennetekijöiden merkitystä.

Tutkimuksessa jo aiemmin esille tulleen lääkärintoimen osittaisen valtaluonteen vuoksi voidaan tässä yhteydessä mainita liberalistisen sopimusopin traditioon kuuluva olettamus kansalaisista yksityisautonomiansa rajoissa *vapaasti ja tasaveroisesti* sopimussuhteeseen ryhtyvinä ja sen sisältöä disponoivina osapuolina. Sopimussuhde ei ole valtasuhde, vaan vapailla markkinoilla muotoutuva velvoittautumissuhde, kahden vapauspiirin leikkaaminen. Oman aikamme sopimusopin ja sääntelynkin on ollut otettava huomioon sopimusparttien sosiaalisten erojen korostumisesta ja taloudellisesta keskittymisestä johtuva tosiasiallinen *epätasa-arvoisuus ja siihen liittyvä valta-aspekti.* Esim. heikomman osapuolen suojaa toteuttavalla sääntelyllä ei ole tavoiteltukaan täydellisen symmetristä suhdetta, vaan kyse on ollut eräässä mielessä julkisen hallinnon oikeussuojaan nähden verrannollisten oikeusturvakeinojen muodostamisesta. Sopimusinstituution ei ole kuitenkaan tällaisen sääntelynkään alalta katsottu hävinneen.

Oikeuden kahtiajaon myötä sopimus on perinteisesti katsottu *yksityisoikeudelliseksi oikeustoimeksi* ja sen mukaisesti oikeuden systematiikassa sopimusoikeus on sijoitettu yksityisoikeuden piiriin. Kuitenkin myös julkisyhteisöjen on jo vanhastaan katsottu voivan tulla osallisiksi yksityisoikeudellisiin

---

[52] Ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo,* 1981 s. 248 ja *Hakulinen* s. 95.

[53] *Klami,* 1973 s. 13. Sivuuttaessaan sopimuksen käsitteen tarkan määrittelyn Klami toteaa sopimuksen olevan funktionaalisesti vähintään kahden henkilön toimintaa tietyn käyttäytymisen säätelemiseksi. Ks. myös *Telaranta,* s. 130, joka tähdentää, että kun osapuolia sitovat tahdonilmaisut on annettu, on syntynyt sopijapuolten keskinäistä suhdetta sääntelevä normi, *lex contractus.*

oikeussuhteisiin. Hallinnollisen sopimuskäytännön lisäys ja muutos johtivat ennen vuosisadan vaihdetta ns. *julkisoikeudellisen sopimuksen* käsiteen käyttöönottoon. Siihen tosin suhtauduttiin alunalkaen melko rajoittavasti, ja se nähtiin tarpeelliseksi pitää tiukasti erillään yksityisoikeudellisen sopimuksen käsitteestä. Julkisoikeudelliselle sopimukselle oli olennaista, että se periaatteessa oli mahdollinen — niinkuin Olavi Rytkölä vielä 1950-luvulla ilmestyneessä asiaa koskevassa tutkimuksessaan totesi — »paitsi tasa-arvoisten, myös eriarvoisten (---) oikeussubjektien välillä».[54]

Sopimuskäytännön tuntuvan laajentumisen myötä 1960- ja 1970-luvulla nousi esiin ongelmia. Aluksi niiden selitys nähtiin olevan mm. siinä, että julkisoikeudellisen sopimuksen käsite oli vielä vakiintumaton[55]. Toisaalta kuitenkin myös viranomaisten laaja yksityisoikeudellinen sopimuskäytäntö aiheutti vaikeita tulkintaa koskevia probleemoja mm. sopimustoimivallan määräytymisessä, sopimusten pätevyydessä, sopimusriitojen ratkaisutavassa sekä virka- ja korvausvastuun määräytymisessä[56]. Tilanteen ymmärtämisen kannalta perustavaa laatua oleva huomio oli, *ettei hallintoelinten solmimien sopimusten jaottelu yksityisoikeudellisiin ja julkisoikeudellisiin enää 1960-luvulta alkaen ollut aiemmalla tavalla relevantti eikä johdonmukaisesti toteutettavissa*[57]. Erityisesti Olli Mäenpää on 1980-luvulla korostanut sopimuksia koskevan jaottelun vivahteettomuutta ja teoreettista perusteettomuutta sekä sen liittymistä yksityisoikeuden ja julkisoikeuden dikotomian keinotekoisuuteen.[58]

Kuvaavaa itse sopimuksen käsitteen kiinteyden ja pysyvyyden kannalta on, että dualistisen sopimusopin kriisi ei ole juurikaan rasittanut sopimuksen ydinsisältöä. Mäenpää on todennut hallinnon solmimien sopimusten erittelyn lähtökohtana voitavan edelleen pitää yksityisoikeudellista käsitystä sopimuksesta.[59] Toisaalta jo kyseisen opin valtakaudella voidaan huomauttaa ajatellun, että sopimus »pelkkänä yhtäpitävien tahdonilmaisujen yhtymistä tarkoittavana käsitteenä on (---) sellainen oikeustieteellinen formaalikäsite, joka on yhteinen julkis- ja yksityisoikeudelle»[60].

---

[54] *Rytkölä,* Julkisoikeudellinen sopimus s. 9

[55] Ks. esim. *Pekkanen* s. 1043.

[56] *Mäenpää,* Oikeus 1985 s. 183

[57] Ks. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 137.

[58] *Mäenpää,* 1984 s. 39—40, *sama,* Oikeus 1985 s. 183, 186 ja *sama,* Hallintosopimus passim. Kansainvälisemminkin katsoen asia tuli oikeustieteelliseen keskusteluun oikeastaan vasta 1970-luvulla. Suomalaisen puheenvuoron asiasta käytti Toivo Holopainen vuonna 1978 pohjoismaisessa lakimieskokouksessa Tanskassa. *Holopainen,* 1978 s. 3 ss.

[59] *Mäenpää,* 1984 s. 40

[60] *Rytkölä,* Julkisoikeudellinen sopimus s. 17. Itse asiassa sopimus on tietysti alunalkaen yleis-

Käsillä olevassa tutkimuksessa vaikuttaisi tarpeettomalta ryhtyä erilaisten sopimustyyppien laajamittaiseen hahmottamiseen. Lähtökohtana on nimittäin joka tapauksessa pidettävä sitä, että VahKL:n 1:1:ssä tarkoitettu sopimukseen perustuva korvausvastuu viittaa lähinnä velvoiteoikeudelliseen sopimusvastuuseen. Toisaalta on otettava huomioon, että silloin kun tämänkaltaista siviilioikeudessa kehitettyä sopimusvastuuta modifioidaan ja »markkinoidaan» uusille soveltamisalueilla, sen perustelussa ei ole erityisen merkitsevää, mistä sopimuskategoriasta kulloinkin on kyse. Niinikään voidaan vielä huomauttaa, että meillä on yksiselitteisen kielteisesti otettu kantaa VahKL:n 3:2:n tarkoittaman julkisen vallankäytön alan ulottuvuudesta viranomaisten sopimustoimintaan[61]. Asia on meillä toisin kuin Ruotsissa, jossa sikäläistä vahingonkorvauslakia on tulkittu siten, että termi »myndighetsutövning» ei sulje pois hallintosopimuksia[62].

4.2.2. Hoitosopimussuhteen contra-argumenttien analyysia

Suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa kysymys sopimuskonstruktion sovellettavuudesta hoitosuhteisiin on pysytellyt jonkinasteisesta kriittisyydestään huolimatta suhteellisen maltillisilla ja sovittelevilla linjoilla. Melko yksimielisiä on oltu siitä, että sopimusvastuusäännöt soveltuvat perinteiseen yksityisesti harjoitettuun lääkärintoimeen[63]. Toisaalta jo pitkään julkisyhteisöjen sairaalatoimen hoitosuhteet on katsottu tavallisesti ulkokontrahdillisiksi suhteiksi[64]. Aivan juurineen sopimusvastuun idea ei kuitenkaan tältäkään osin ole ottanut lähteäkseen. Vaikka aiemmalle ajattelutavalle on yleensä ollut tyypillistä »joko tai» -kannanmuodostus, on tällaista dikotomiaa pyritty paikoin myös pehmentämään.[65] On syytä olettaa, että lääkäri — potilas-suhteen proses-

---

kielen käsite, minkä vuoksi sen ytimeksi mainittu osa kuuluu kaikenlaisiin sopimuksiin. Oikeudellista relevanssia käsite voi saada vasta silloin, kun tulee puhe sitä käyttävistä oikeusnormeista, ja vasta tällöin saatetaan joutua ottamaan huomioon sen oikeudenalakohtaisia kytkentöjä. Vrt. *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 88.

[61] Kaikkein »yksiselitteisimmin» asian toteaa Olli Mäenpää: »Siihen ei selvästikään kuulu viranomaisten sopimustoiminta». *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 276 alav. 44. Hänen viittaamissaan lähteissä (*Modeen,* LM 1976 s. 411 ja *Routamo — Hoppu* s. 152 ss.) koko kysymystä näytetään vierastetun. On vaikeaa sanoa, onko Mäenpää muodostanut kantansa juuri tällä perusteella vai onko siihen vaikuttanut myös jokin muu tekijä.

[62] Ks. *Bengtsson I* s. 87 ss.

[63] Ks. esim. *Lavonius* s. 49, *Achté — Hoppu* s. 84, *Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 32, *Klami,* SLL 1968 s. 2893, *Lahti,* 1983 s. 9 ja *Modeen,* JFT 1991 s. 181. Vrt. myös *KM 1982:29* s. 87 ja mietintöön sisältyvän potilasvahinkolakiehdotuksen 10 §.

[64] Ks. esim. *Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 29 ja *Modeen,* JFT 1991 s. 181 ss.

[65] Ks. *Saxén,* Skadeståndsrätt s. 2 ja *Hakulinen,* s. 259, tapauksen KKO 1949 II 240 johdosta.

suaalinen hahmottaminen on omiaan voimistamaan näitä pyrkimyksiä.

Hoitosuhteen sopimusoikeudellisen luonteen kritiikissä on huomion kohteena ollut ensinnäkin tietynlaisen sopimuskaavan soveltuvuuden tarkastelu. Vain tietyn mallin mukaisesti toteutetun hoitosuhteen oikeudelliset ongelmat on sen mukaan mahdollista ratkaista sopimuksia koskevien sääntöjen mukaisesti. Tällainen ajattelu on osaltaan selvästi perinteisen sopimuksen pistekäsityksen seurausta. Kaavamaisen »oikean» sopimuksen idealle perustuva kritiikki ei ole niinkään kohdistanut huomiotaan sopimuksen osapuolten ominaisuuksiin ja valtuuksiin kuin siihen, millä tavoin hoitosuhteiden sisältö ja vastuu käytännössä vastaavat omaksuttua sopimuksen skeemaa. Viime vuosien ehkä käytetyin sopimusvastuun vasta-argumentti on ollut hoitosuhteen väitetty julkisoikeudellistuminen. Perustelun käytössä ei ole ollut erityisen harvinaista, että sitä ei ole sisällöllisesti eksplikoitu. Pääsääntönä kun on ollut, »että hallintoalamaisella ei ole disponointivaltaa julkisoikeudellisissa oikeussuhteissa»[66], täsmennyksiä ei liene aina kaivattukaan. Aloitan tarkastelun tästä argumentista.

4.2.2.1. Hoitosuhteen julkisoikeudellistuminen

Terveydenhuollon julkisoikeudellistumiseen on luontevaa liittää se, että sen toiminnot on osittain organisoitu ns. julkisiksi tehtäviksi; t.s. se, että terveyden- ja sairaanhoito on osa julkista hallintoa, jota hoidetaan virkatyönä.[67] Tältä suunnalta käsitystä hoitosopimusten mahdollisuudesta olisi voitu olettaa vastustettavan seuraavin Mäenpään erittelemin argumentein, joilla on perusteltu yleistä kielteistä käsityskantaa hallintosopimusten mahdollisuudesta:

1. koska julkinen hallinto on vallan käyttöä, sitä ei voida sitoa vastavuoroisuutta ja tasavertaisuutta edellyttäviin sopimussuhteisiin;
2. koska julkinen hallinto on lakisidonnaista, siitä ei voida disponoida sopimuksella;
3. koska viranomaisilta puuttuu oikeussubjektius, ne eivät voi olla osapuolina sopimussuhteissa; sekä
4. koska sopimusmahdollisuudesta ei yleensä ole nimenomaisia säännöksiä, viranomaisilta puuttuu sopimustoimivalta.[68]

Aivan tässä muodossa hoitosopimuksia vastaan ei tietääkseni ole nimenomaisesti argumentoitu. On tietysti otaksuttavaa, että terveydenhuollon julkisoikeudellistumiseen viittaaminen on implisiittisesti sisältänyt ainakin joitakin mainituista perusteista. Arvioidessaan ko. argumenttien pitävyyttä modernissa hallintotoiminnassa Mäenpää kiinnittää huomiota siihen, että viranomaisten valta-asema on suhteellistunut, että lakisidonnaisuus on väljentynyt,

[66] *Merikoski II* s. 26; ks. myös *sama,* Oikeussuojajärjestelmä s. 138.

[67] Ks. esim. *Patienters rättigheter* s. 143.

[68] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 114

että viranomaisten voidaan katsoa saavuttavan eräänlaisen 'heikon oikeussubjektiuden' ja ettei toimivaltaisuusedellytys saata merkitä sopimusten käytön kaikinpuolista mahdottomuutta[69].

Tutkimuksessa on jo edellä kosketeltu viranomaisten valta-aseman ja näiden toiminnan lakisidonnaisuuden suhteellistumista. Kiinnitettäessä tuonnempana huomiota lääkärintoimen harjoittamisen oikeudelliseen muotoon, tullaan yllä listattuja näkökohtia vielä ottamaan esille, vaikka katsonkin Mäenpään tavoin, että kysymystä hallintosopimusten sallittavuudesta ei voida kunnolla lähestyä yllä hahmotellussa yleisessä muodossa ja että oleellisempaa on selvittää erilaisten sisällöllisten ja muodollisten tekijöiden sopimustoimintaa rajoittavaa merkitystä[70]. Koska näistä kysymyksistä ei kuitenkaan ole keskusteltu hoitosopimusten sallittavuudesta puhuttaessa, en ota niitä arvioitavaksi vielä tässä yhteydessä.

Silloin, kun hoitosuhteen julkisoikeudellista luonnetta on pyritty eksplikoimaan, on se tehty yllä olevaa konkreettisemmalla tavalla. Meillä on viitattu siihen, että kunnallisen sairaalan *potilasmaksut* ovat julkisoikeudellisia, koska ne voidaan periä verojen ja maksujen perimisestä ulottottotoimin annetujen L:n ja A:n (367—368/61) nojalla ilman tuomiota tai päätöstä.[71] Oltakoonpa mitä mieltä tahansa tällaisten maksujen oikeudellisesta luonnehdinnasta, vaikuttaisi po. perustelu sopimusmahdollisuutta vastaanpuhuvana oudolta otettaessa huomioon esim. vakuutussopimuksiin perustuvien pakollisten vakuutusmaksujen VeroUL:n mukainen perimiskäytäntö. Tällaisten sopimuspohjaisten maksujen periminen kuuluu ulosottotoimen jokapäiväiseen käytäntöön eikä kukaan sillä perusteella katso, että vakuutustoimessa oltaisiin näiden vakuutusten osalta luovuttu sopimusmenettelystä.

Toiseksi on kiinnitetty huomiota siihen, että kunnalliset sairaalat ovat *velvollisia jakamaan palvelujaan* ilman vapaata potilaiden valitsemisen mahdollisuutta[72]. Tähän viitattaessa on sivuutettu, että vastaavalla tavalla suurella osalla perinteistä yksityistä toimintaa — esim. apteekkialalla ja linjaliikenteessä — vaikuttaa elinkeinon harjoittamisen velvollisuus ja siihen läheisesti liittyvä kontrahoimispakko[73].

---

[69] *Ibid.* s. 127 ss.

[70] *Ibid.* s. 114

[71] Ks. *Modeen,* JFT 1977 s. 366 ja hänen siinä mainitsemansa lainkohdat.

[72] *Ibid.* s. 366

[73] Elinkeinon harjoittamisen velvollisuudesta ja kontrahoimispakosta ks. esim. *Uotila,* Elinkeinolupa s. 184—185 ja *Kivimäki — Ylöstalo,* 1981 s. 263 ss. Vrt. KHO:n ratkaisu 28. 8. 1981 T 3657, jolla pysytettiin LKH:n päätös julistaa raskauden ehkäisyyn tarkoitettujen valmisteiden myynnistä uskonnollisen vakaumuksen vuoksi kieltäytynyt apteekkari menettämään apteekkioikeutensa.

Hoitosuhteen julkisoikeudellisen luonteen viitteistä voidaan vielä mainita *potilaan riippuvainen ja alisteinen asema,* jota sairaalahoito tälle tavallisesti merkitsee[74]. Rinnastukset perinteiseen yksityiseen toimintaan ovat tältäkin osin valaisevia. Esim. jos sairaalapotilaalla ei olekaan ehdotonta oikeutta valita lääkäriään[75], ei myöskään linja-auton matkustaja saata pätevättä perusteetta edellyttää kuljettajaa vaihdettavaksi; tai jos sairaala voikin tiettyjen edellytysten vallitessa päättää poistaa sen järjestyssääntöjä rikkoneen potilaan, myös linjaliikenteessä kuljettaja voi eräissä tapauksissa poistaa häiriötä aihettavan matkustajan[76].

Näitä muutamia huomautuksia laajemmalti ei vielä tässä yhteydessä ole tarpeen arvioida ko. perusteen konkretisointeja. Tekemäni huomautukset ovat osa sitä samaa kritiikkiä, jota edellä on kohdistettu yksityisen ja julkisen erotteluun. Se huomioonottaen saatetaan tässäkin todeta, että julkisoikeudellisiksi luonnehdituille ilmiöille voidaan yksityisen toiminnan alalta osoittaa paralleleja suhteellisen kattavasti.

4.2.2.2. Hoitosuhteen sisällön epämääräisyys — nimenomaisen sopimuksen puuttuminen

Lääkäri — potilas-suhdetta ei ole haluttu luonnehtia sopimussuhteeksi sen vuoksi, että tuollaisen sopimuksen sisältö olisi joka tapauksessa *epämääräinen*[77]. Samasta kritiikistä on kysymys niissä toteamuksissa, joiden mukaan hoitosopimus olisi *sisällyksetön* tai *mitäänsanomaton*[78]. Tähän yhteyteen on luontevaa kytkeä vielä huomautus siitä, että potilaan hakeutuessa hoitoon *ei* tavallisesti tehdä *nimenomaista sopimusta*[79]. Jotta voitaisiin ottaa kantaa näkemykseen mahdollisen hoitosopimuksen epämääräisyydestä, on oltava käsitys, mistä asioista lääkärin ja potilaan välisessä erimielisyydessä tai yksimielisyydessä saattaa käytännön hoitotilanteessa olla kyse; ts., *mistä heidän ylipäätään voidaan ajatella sopivan.*

Reino Erma on 1950-luvulla työurakkaa koskevassa väitöskirjassaan katsonut, että lääkärin toimenpiteet ovat yleensä jo sellaisenaan työntuloksia. Kirurgin on katsottava »aikaansaaneen työntuloksen, kun hän on leikauksessa suorittanut ammattinsa edellyttämät onnistuneet toimenpiteet, vaikka potilas

---

[74] *Modeen,* 1977 s. 366

[75] Vrt. kuitenkin ErikoissairaanhoitoL:n 33.2 ja 38 §:t.

[76] Ks. L järjestyksen pitämisestä joukkoliikenteessä 17. 6. 1977/472.

[77] *Björnsson* s. 57

[78] *Losman — Wagnsson* s. 86—87, *Ericsson* s. 57 ss., *Taxell* s. 283

[79] *Ericsson* s. 60

sitten kuolisikin». »/T/yöntulokseksi riittää sellainen potilaalle annettu hoito, joka kulloinkin kysymyksessä olevassa tapauksessa tiedetään asianmukaiseksi, vaikka parantumista ei tapahtuisikaan». Potilaan paranemista ei tavallisessa lääkäri — potilas-suhteessa saateta ilman muuta aina edellyttää, vaan kyse on vain siitä, että lääkärin velvollisuutena on luoda potilaan paranemiselle otolliset olosuhteet.[80]

Voitaneen jotakuinkin epäröimättä lähteä siitä, että Erman hahmotus on asiallisesti edelleen lääkärin toiminnan ja siitä johtuvien vaikutusten validi katsantotapa. Toinen asia on, kuinka onnistuneena saatetaan pitää lääkäri — potilas-suhteen valottamista työurakan termein. Onko oikein luonnehtia esim. rokottaminen työntulokseksi. Vielä loitommalle tämän sanan normaalimerkityksestä jää mm. diagnoosinteko.

Arvioidessaan Saksan siviililakikirjan (BGB) palvelussopimusta, *Dienstvertag*, (§ 611) ja työurakkasopimusta, *Werkvertrag*, (§ 631) koskevien säännösten sovellettavuutta lääkärin ja potilaan väliseen hoitosopimukseen Adolf Laufs korostaa rajanvedon vaikeutta, »weil beide im weiteren Sinne auf eine Arbeitsleistung gerichtet sind und das dogmatische Kriterium, wonach das BGB beim Werkvertrag einen Arbeitserfolg, beim Dienstvertag nur eine Arbeitsleistung fordert, in der Praxis gerade auch beim Arztvertrag wegen der Mehrdeutigkeit der Begriffe 'Erfolg' und 'Werk' häufig Zweifel offenlässt»[81]. Näistä epäselvyyksistä huolimatta hoitosopimus on Saksassa yleensä tulkittu palvelussopimukseksi[82]. Tätä myötäilevä tulkintamalli olisi varteenotettava vaihtoehto hahmottaa hoitosopimus myös meillä[83].

Joka tapauksessa nyt on perusteltua katsoa, että puhe hoitosopimuksen epämääräisyydestä ei saata koskea ensinkään hoidolta odotettavaa vaikutusta, josta normaalisti ei tietysti ole eriäviä käsityksiäkään. Lääkärin ja potilaan asiana voidaan siten yleensä ajatella olevan päästä yhteisymmärrykseen *käytettävästä hoidosta*.

Ei toisaalta ole erityisen harvinaista, että *lääketieteellisen tietämyksen* merkitys hoidon määrittämistapahtumassa tulee esille jossain määrin korostuneesti — ikäänkuin sen oletettaisiin ratkaisevan koko hoidon valinnan ongelman[84].

---

[80] *Erma* s. 110—111

[81] *Laufs* s. 14

[82] Ks. esim. *Laufs* s. 14—15, *Jung* s. 120—121 ja *Geigel* s. 1100—1101.

[83] Ks. kuitenkin tyyppimuodostusten perusteltavuudesta ja sekatyyppisten sopimusten käsittelystä yleisemmin esim. *Klami*, 1973 s. 21—30.

[84] Esim. Klami on yks'kantaan todennut, että potilaan hoitoa ei määrittele mikään sopimus, vaan lääketieteellinen tietämys; *Klami*, SLL 1968 s. 2898. Vrt. myös *Bengtsson*, 1971 s. 146, *Laufs* s. 14, *Geigel* s. 1102 ja yllä *Erma:* 'ammattinsa edellyttämät toimenpiteet'.

On luonnollisesti selvää, ettei lääkärillä ole lupa ylittää lääketieteestä toimintamahdollisuuksilleen johdettavia rajoja. Niitä lääkäri on sitoutunut noudattamaan jo antamassaan LääkäriL:n 7.2 §:n mukaisessa lääkärinvakuutuksessa. Jos kuitenkin sopimuskäytännön kenttään kiinnitetään huomiota yleisemmin, havaitaan olevan suhteellisen tavallista, että sopimus koskee jonkin erityisasiantuntemuksen alaan kuuluvaa suoritusta. Terveydenhuollon ulkopuolelta voidaan mainita esim. arkkitehtitoiminta. Myös siinä on sääntönä, että asiantuntijan on täytettävä tehtävänsä noudattaen alansa ammattisääntöjä ja uusinta alaansa koskevaa tietämystä[85]. Kiistatonta lienee, että arkkitehtuuria koskeva tietous ei määritä koko sopimussuhdetta ja että sen sisällöstä jää kosolti neuvotteluvaraa.

Kuinka sitten asia on lääketieteellisen toiminnan osalta? Tällä kohden voidaan huomauttaa, että lääkärintoimen oikeudellisesta vastuusta puhuttaessa on usein korostettu hoitosuhteen *erityisluonteen* merkitystä[86]. Lääkäri on työssään tekemisissä — kuten sanottu — elämään ja kuolemaan sekä terveyteen ja sairauteen liittyvien kysymysten parissa. Hänen toimenpiteensä koskevat potilaan henkilöä monesti syvältä. Koska potilastyössä prognoosin varmuus on monelta osalta yleensä suhteellisen vähäinen, on hyvin tavallista, että valittujen toimenpiteiden sopivuutta joudutaan arvioimaan rinnan niitä käytettäessä. Hoitoa ei saateta lyödä ennalta lukkoon, vaan kaiken aikaa on oltava mahdollisuus poiketa tehdystä hoitosuunnitelmasta. Hoitosopimusten epämääräisyyttä korostavan kritiikin perusta on siten luonnollista katsoa olevan juuri täällä. On kuitenkin huomattava, ettei sanottu vielä sellaisenaan sisällä päätelmää siitä, ajaudutaanko hoidossa menetelmästä toiseen vain lääketieteellisen tiedon luotsaamana, vai liittyykö hoitoprosessiin sellaista väljyyttä, että sen alueella disponointivaltuuksien käyttö voisi merkitä sopimusmenettelyä tarkoittavaa tahdonmuodostusta.

Normaalihoidossa on lähtökohtana, että *potilaan suostumuksen vaatimuksesta* johtuen hoitoon ei ylipäätään voida ryhtyä, ellei asianomainen hyväksy sitä. Siten jo hoidon aloittaminen edellyttää 'yhtäpitäviä tahdonilmaisuja'. Toisaalta lääketieteen piirissä kehitetään jatkuvasti uudenlaisia vaihtoehtoisia hoitomuotoja. Sen nykyisessäkään kehitysvaiheessa ei kertakaikkiaan monienkaan sairauksien osalta ole enää vain yhtä ainoata oikeata menettelyä. Jo lääkintäeettiseltä suunnalta katsoen tullaan siihen, että mikäli potilas ei suostu johonkin toimenpiteeseen, häntä on mahdollisuuksien mukaan hoidettava jollakin

[85] Ks. esim. *Erma — Hoppu* s. 146—147.

[86] Ks. esim. *Taxell* s. 283 ja *Tidemand-Petersson* s. 40.

muulla lääketieteessä tunnetulla parantamiskeinolla. Oikeudellisen ilmauksensa tämä ns. *»informed consent» -periaatteen* vaatimus on saanut ratkaisussa KKO 1. 4. 1982 T 3938, jossa todettiin mm., että 'lääkärin oli tullut tietää vaaran olleen todennäköisesti vältettävissä käytettäessä neurokirurgista leikkaustapaa, minkä vuoksi hän ei olisi saanut jatkaa leikkausta ilmoittamatta potilaalle siihen liittyvästä vaarasta ja ilman tämän suostumusta'.[87] Säädännäisen ilmauksensa periaate saanee piakkoin potilaan oikeuksista ja asemasta annettavan lain säännöksissä[88].

Moderni suostumusoppi huomioonottaen ei pitäisi olla epäselvyyttä, voiko tai kykeneekö *potilas* sopimaan hoidostaan. Yllä sanotun perusteella näyttäisi jokseenkin selvältä sekin, että lääketiede »jättää» *lääkärille* sopimisen vapautta siinä missä arkkitehtuuria koskeva ammattitietous arkkitehdille. On kyllä totta, että jälkimmäisen materiaali käyttäytyy helpommin ennakoitavalla tavalla sitä koskevan tietämyksen mukaisesti kuin edellisen. Tämä ei kuitenkaan ole tekijä, joka sellaisenaan estäisi hoitoa koskevan päätöksenteon. Toki se rajoittaa pitävien hoitosuunnitelmien käytön mahdollisuutta, mutta *mikään ei periaatteessa estä käymästä neuvotteluja hoidosta sen toteuttamisen yhteydessä.* Tällainen käytäntö on eräs prosessuaalisen sopimustoiminnan muoto, jossa on perinteisen sopimuksenteon mekanismin mukaisesti erotettavissa kaksi tahdonilmaisua, tarjous ja hyväksyminen[89].

Voidaan siis sanoa, että useitakin toimenpiteitä käsittävässä lääkäri — potilas-kontaktissa hoitoa koskevan yhteisymmärryksen tulee täydellistyä ja täsmällistyä: lääkärin tehtävänä on ehdottaa toimenpidettä ja potilaan asiana on joko hyväksyä tai hylätä se. Hoitosuhde saattaa kyllä *alunperin* olla aineelliselta sisällykseltään *'tyhjä'*. Tämä ei kuitenkaan voi olla esteenä sille, etteikö hoidosta päättäminen voisi aikaansaada hoitosopimussuhteeksi luonnehdittavaa oikeussuhdetta. Sopimuksen aineellinen sisällys määräytyisi näissä tilanteissa lopullisesti vasta hoitosuhteen päättyessä.[90]

Esitetyn valossa käy ymmärrettäväksi, että hoitosuhteissa ei yleensä tehdä nimenomaisia sopimuksia. Vaatimus sisällöltään yksityiskohtaisen sopimus-

[87] Aivan vähäisiin hoitotoimenpiteisiin ei nimenomaisen suostumuksen pyytämistä ole pidetty välttämättömänä, vaan ns. hiljainen suostumus on katsottu niissä riittäväksi. Suostumuskysymyksestä lähemmin ks. esim. *KM 1982:65* s. 44, *Lahti,* Rikosoikeudellisia lausuntoja s. 114 ss., *sama,* Rikosoikeudellisia kirjoitelmia s. 64 ss. ja *sama,* 1986 s. 126 ss. 'Informed' ja 'free' consent anglosaksisessa oikeudessa ks. *Skegg* s. 75 ss. Suostumuksesta eettiseltä kannalta esim. *Lääkintäetiikka* s. 164 ss.

[88] Ks. *HE 185/91* 5 ja 6 §:t.

[89] Vrt. esim. *von Hertzen* s. 39—40.

[90] Vrt. *Sarkko* s. 21.

asiakirjan laadinnasta olisi käytännössä ilmeisen työläs täyttää.[91] Toisaalta vailla yksityiskohtaisia erittelyjä olevasta asiakirjasta ei riitaisuuden sattuessa olisi juurikaan hyötyä kummallekaan osapuolelle. Potilaan puolelta hoitosuunnitelman yksityiskohtaiseen kirjaamiseen kohdistuvia vaatimuksia ei konkreettisessa hoitotilanteessa esitetä tietysti senkään vuoksi, että sellaista menettelyä ei ole ollut tapana käyttää[92]. Niissä hoitokontakteissa, joissa menettelyä voitaisiin soveltaa ilman merkittäviä teknisiä vaikeuksia, ja joissa potilas pitäisi sen käyttöä periaatteessa asianmukaisena, on luonnollista, että hän apua tarvitsevana kokee tavallisesti järkevimmäksi toimia siten, ettei hän esitä tai vaadi hoidon terapeuttisen puolen vaarantavia järjestelyjä[93].

Yllä olevan mukaisesti hoitosopimusten mitäänsanomattomuutta ja sisällyksettömyyttä korostavan kritiikin osuvampi kohde olisi itse sopimusasiakirja: se näyttäisi yleensä ottaen jäävän epämääräiseksi. Hoitosopimuksen syntymisen mahdollisuutta ja sen edellyttämää sopimusvastuuta po. argumentilla ei saateta kiistää, koska sopimuksen syntyminen ja pätevyys eivät yleisesti edellytä oikeustoimen määrämuotoisuutta. Suoritusten välittömään vaihtamiseen perustuvia sopimuksia kutsutaan *reaalisopimuksiksi,* ja ne ovat hyvin tavallisia oikeustoimia[94].

4.2.2.3. Lääkäri ei voi taata hoidon vaikutusta

Sopimusvastuun sovellettavuutta lääkärintoimeen on vastustettu vedoten siihen, että lääkäri *ei* saata mennä *takuuseen* antamansa hoidon tuloksellisuudesta ja että lääkäriä ei siten voida asettaa minkäänlaiseen garantiaan perustuvaan vastuuseen[95]. Kuten edellä jo todettiin, tavallisesti potilaan paranemista ei todellakaan pidetä itsestään selvänä, vaan lääkärin katsotaan ja edellytetään toimivan vain potilaan parantumista edesauttaakseen.

Työurakan suunnalta hoitosuhdetta sivunnut Erma kuitenkin kirjoittaa, ettei

---

[91] Lääkärit ovat useissa eri yhteyksissä valittaneet terveydenhuollon »asiakirjabyrokratiasta». Yksityislääkäritoiminnan osalta asia selittyy tietysti usein työn liikeluonteisuuteen kuuluvan tuottamattoman ajanhukan pelosta käsin. Kuitenkin myös terveyskeskuslääkärit ovat ilmaisseet vastenmielisyytensä »turhaa byrokratiaa» kohtaan. Ks. esim. *Heikkala — Kvist* s. 6.

[92] Vrt. kuitenkin saksalaisen järjestelmän mukainen *»Dokumentationspflicht»* potilasta kohtaan olevana sopimusvelvoitteena; *Geigel* s. 1102.

[93] Tämä näkökohta koskee erityisesti niitä kansalaisryhmiä, joilla ei ole mahdollisuutta yksilöllisiin terveydenhuoltopalveluihin. Vrt. *Asiakkainen ja potilaiden asema* s. 1 ja 6 sekä *Eriksson,* JFT 1987 s. 154.

[94] Ks. esim. *Adlercreutz* s. 10, 21 ja 31—32, *Telaranta* s. 53, *Aurejärvi,* 1988 s. 90 ja *Hakulinen* s. 151—152.

[95] Ks. esim. *Losman — Wagnsson* s. 86.

sanotunlainen normaalikäytäntö estä potilaan paranemisen sisällyttämistä työntulokseen.

> »Tällaisenkaan sopimuksen pätevyyttä ei voida kieltää. Sopimuksen kohteena on silloinkin tietty työntulos. Tulos on tällä kertaa kelpoisuusasteeltaan tavallista tulosta korkeampi, ja tällöin suorituksen täyttämättä jääminen on todennäköisempää kuin tavallisesti. Lääkärin kannettavakseen ottama riski on siis suurentunut ja ilmenee siten, että hänen ei katsota täyttäneen sopimusta, jos potilas ei parantuisi, ja että hän sen vuoksi sopimuksen ehdoista riippuen voi menettää joko kokonaan tai osaksi oikeutensa vastasuoritukseen tai joutua jopa vahingonkorvausvelvolliseksi.»[96]

Voidaan pitää jokseenkin epäilyksettömänä, että ainakaan nykypäivän lääkärintoimeen ei kuulu Erman konstruoiman mallin kaltaisia välipuheita. Toisaalta on vähintäänkin epäselvää, missä määrin luonnontieteen lainalaisuuksiin kuuluvista syy — seuraus-suhteista ylipäätään on mahdollista sopia[97]. Outoa olisi sekin, että lääkäri velvoittautuisi esim. lääkärintodistuksin järjestämään asiakkaalleen vaikkapa sairauseläkkeen tai vakuutuskorvauksen.

Mutta vaikka Erman hypoteettinen sopimusmalli modifioitaisiin muotoon, jossa lääkäri suostuisi *takaamaan* toimenpiteilleen tietynlaisen vaikutuksen, ei vieläkään kyse olisi tavanomaisesta lääkärintoimesta. Sen sijaan puhtaan juridisesti ei tällainen asetelma tuntuisi aivan yhtä mahdottomalta kuin edellinen. Lääkäriin kohdistuva takuuvelvoite saatettaisiin tällöin ymmärtää Knut Rodhen tavoin vastuuksi tiettyjen seikkojen olemassaolosta tietyllä hetkellä[98]. On kyllä todennäköistä, että erityisesti lääkärivastuutilanteissa tällaisen takuun arviointi kääntyisi *oikean suorituksen kriteereiden* tarkasteluksi, joihin garantiatapauksissa on velvoiteoikeudessa muuallakin katsottu luontevaksi turvautua[99].

On kuitenkin huomionarvoista, että garantiavastuu ei missään tapauksessa saattaisi tulla sovellettavaksi ainakaan virkavastuiseen lääkärintoimeen. Muutoinkin tuollainen takuu voisi tulla kyseeseen vain silloin, kun se, jonka lukuun toimintaa harjoitetaan, sen hyväksyisi. Matalin kynnys vastuun toteuttamiseksi olisi siten yksityisen lääkärintoimen alalla. Puhuttaessa takuun sovellettavuudesta lääkärintoimen suoritteisiin on syytä korostaa, että kyse ei ole elävän käytännön ongelmasta. Toisaalta on tärkeätä tiedostaa myös, että lääkärintoimeen sovellettavan garantiavastuun esteet käyvät hyvin kevyiksi argu-

[96] *Erma* s. 111

[97] Ks. *Modeen,* JFT 1991 s. 183.

[98] *Rodhe* s. 87

[99] Ks. *Aurejärvi,* 1988 s. 6.

menteiksi hoitosopimuksia vastaan. Takaamisen mahdollisuuden puuttuminen ei sellaisenaan saata täysin torjua sopimusvastuun soveltamismahdollisuutta.[100] Esim. käytettyjen autojen kaupanteossa on sääntönä ns. *caveat emptor* -maksiimi[101].

4.2.2.4. Suoritusten taloudellinen epätasapaino

Hoitosuhteen sopimusoikeudelliseen luonteeseen on suhtauduttu torjuvasti viitaten niinikään seikkaan, *ettei osapuolten suorituksille ole luonteenomaista niiden välinen taloudellinen tasapaino.* Hoitosuhdetta ei siten olisi rinnastettava esim. kauppaan, velaksiantoon tai työurakkaan.[102]

Vaatimus sopimussuoritteiden taloudellisesta tasapainosta antaa ensimmäiseksi aiheen kysyä tuollaisen tasapainon tunnistamisen kriteeriä. Onko sellainen esim. asiakkaalle suoritteesta koituva taloudellinen hyöty, jonka suhteen hänen maksettavakseen tulevan hinnan pitäisi balansoitua? Vai onko huomio kiinnitettävä toiminnan harjoittajalle aiheutuviin kustannuksiin, jotka asiakkaan suorituksen olisi katettava?[103] Käytännössä voitaneen hävaita molemmanlaista tasapainohakuisuutta.

Julkisessa keskustelussa on viime vuosina tullut selvästi esille käsitys, että yksityiset terveydenhuoltopalvelut ovat ylihinnoitettuja ja julkiset palvelut alihinnoitettuja. Tämänkaltaisten huomautusten on luontevinta katsoa perustuvan käsitykseen, että palveluista maksettavien korvausten tulisi suhteutua niistä toiminnan harjoittajalle aiheutuviin kustannuksiin. Koska ko. palvelujen hinnanero on kuitenkin pysytellyt jokseenkin »järkevissä» mittasuhteissa, on tuskin perusteita olettaa po. vasta-argumentin taustalla olevan idea kulujen ja korvausten tasapainon vaatimuksesta. Ne tuskin saattaisivat — varsinkaan kummankin toiminnan osalta samanaikaisesti — olla niin pahasti epätasapainossa, että siihen vedoten voitaisiin katsoa asianmukaiseksi yrittää kiistää hoitosuhteen sopimusluonne. Pidänkin todennäköisempänä, että tarkoituksena on ollut korostaa *terveyden tai elämän* hyödyn epäsuhtaa siitä maksettavaan korvaukseen.

---

[100] Vrt. *Jung,* s. 121, joka käsittää hoitotuloksen takaamisen esteet vain lääkäri — potilassuhteen palvelussopimusluonteen osoitukseksi. Ks. myös *Lavonius* s. 51.

[101] En toki tarkoita, että tämä roomalaisen oikeuden varoitus soveltuisi nykyaikaiseen lääketieteelliseen käsittelyyn.

[102] *Klami,* SLL 1968 s. 2898

[103] Näihin kysymyksiin liittyy myös ongelma, olisiko tasapainolla tarkoitettava ajan myötä sopimuksen johdosta muotoutuvaa balanssia vai kävisikö sellaiseksi sopimuksen tekohetken tietämykseen perustuva tasapaino-oletus. Vrt. kuitenkin kirjoittelu sopimusten sovittelusta taloudellisen riskinotin kannalta esim. *Pöyhönen,* 1988 s. 300 ja *Wilhelmsson,* 1985 s. 85.

Ajatus sopimussuhteen taloudellisesta symmetrisyydestä kuuluu liberalistisen sopimusopin traditioon, jossa vapaat markkinat käsitettiin sopimusten tasapainoisuuden takeeksi. Yövartijavaltion väistyminen hyvinvointivaltion tieltä on tuonut mukanaan hintavalvontajärjestelyn, jonka välityksellä julkinen valta ajan myötä vaihtelevin valtuuksin pyrkii rajoittamaan hintojen ei-toivottavaa kehitystä. Hintavalvontajärjestely koskee eri muodoissaan myös lääkäripalvelujen tarjontaa[104].

Vaikka näyttää itse asiassa siltä, että nimenomaan hintojen julkinen kontrolli saattaa paikoin olla takeena suoritusten joltisenkinlaiselle taloudelliselle tasapainolle[105], olisi hyvinvointivaltion oikeussuhteista puhuttaessa aika vaikea lähteä yleistyksestä, että vain tietynlaisen taloudellisen tasapainon vallitessa sallittaisiin sopimusvastuun käyttö[106]. Nykyaikana on erittäin tavallista sekä suoritteiden ja vastasuoritteiden eräänlainen yhteismitattomuus että palvelujen jakoon kytkeytyvä sosiaalinen vastuu[107]. Esim. linjaliikenteen alalla julkisen vallan edellytetään kiinnittävän huomiota ensisijaisesti vain palvelujen kohtuuhintaiseen saatavuuteen. Jos nyt asiakkaiden ja liikennöitsijän välisen oikeussuhteen katsottaisiin määrittyvän liikennöintiin tai bussinkäytön kannattavuuteen liittyvien näkökohtien perusteella, saatettaisiin vastuukysymystenkin kannalta joutua perin outoon asetelmaan.

Mutta mikä merkitys ylipäätään voidaan antaa vastasuoritukselle oikeussuhteen sopimusluonteen kriteerinä? Kysymys viriää tällä kohden erityisesti siitä syystä, että aika ajoin julkista huomiota saanut terveyskeskuspalvelujen maksuttomuus on edelleen KansanterveysL:n 21 §:n mukaisesti pääsääntönä. Myös ErikoissairaanhoitoL:n 37.1 §:n säännöksen voidaan huomauttaa mahdollistavan joidenkin sairaanhoitopalvelujen säätämisen maksuttomaksi asetuksella.

Perinteisen yksityisoikeudellisen sopimuskäsitteen mallina on ollut vapailla markkinoilla toteutuva vaihtosuhde, jolloin keskeiseksi tekijäksi sopimuksessa on mielletty juuri »vaihtaminen». Toisaalta julkisoikeudellista sopimusta koskevien oppien kehittelyssä oikeussuhteen vaihtosuhdeluonnetta ei kui-

---

[104] Ammattimaisesti ja liikeluonteisesti harjoittua lääkärintoita koskee kilpailunrajoituslainsäädäntö. Oikeuskäytännöstä voidaan viitata KHO:n ratkaisuun 11. 5. 1990 T 1628, jossa otettiin kantaa kilpailuviraston päätökseen merkitä kilpailunrajoituksista annetun L:n (709/88) 12 §:n nojalla Suomen Lääkäriliiton antamia lääkärinpalkkiosuosituksia koskeva selostus kilpailuvirastossa kilpailunrajoituksista pidettävään rekisteriin ja määrätä asiassa virastolle kertynyt aineisto julkiseksi.

[105] Ks. esim. *Rissanen — Tiili — Mäkinen* s. 106.

[106] Toisaalta edelleenkin toki tehdään sopimuksia, joiden sääntelyssä kysymys taloudellisesta tasapainosta on selvästi etualalla oleva kriteeri. Tällainen on tavallisesti esim. yksityisten kansalaisten keskinäinen rahavelkasuhde.

[107] Ks. *Wilhelmsson,* 1987 passim.

tenkaan voida sanoa katsotun samalla tavalla apriorisesti välttämättömäksi tunnusmerkiksi. Kun hallinto-oikeudessa sopimuksen »normaalimuotona» on pidetty julkisoikeudellisten subjektien keskinäisiä, »julkisen vallan kantajain ominaisuudessa» tekemiä, yhtäpitäviä tahdonilmaisuja (esim. kuntainliiton perustaminen)[108], kyse ei ole enää ollut perinteisen velvoiteoikeudellisen ajattelutavan mukaisesta suorituksesta ja vastasuorituksesta. Tässä mallissa on mahdollista korostaa sopimuksen *tavoitteellisuutta.* On huomattava mm., että tällainen painotus ei johda oikeussuhteen synallagmaattisuudesta, molemminpuolisesta velvoittavuudesta, tinkimiseen. Esim. juuri vahingonkorvausoikeudellisessa katsannossa on aina hyvin merkitsevää, onko vahingon kärsinyt itse myötävaikuttanut vahinkonsa syntyyn.

Vaikka yllä olevalta perustalta maksuttomankin hoidon potilassuhteisiin voidaan hahmottaa kuuluvan sitovia sopimisia, on toisaalta selvää, ettei niihin voida soveltaa mitä tahansa velvoiteoikeudellisia sääntöjä. *Oleellisempaa kuin hoidon maksuttomuus on nyt kuitenkin, että lääkäri (tai terveydenhuollon laitos) ja potilas eivät kykene disponoimaan oikeussuhteensa varallisuuskysymyksistä, koska niiden sääntely on pidätetty lainsäädännön alaan.* Tässä katsannossa on sopimusvastuun sovellettavuutta ajatellen itseasiassa yhdentekevää, onko potilaskäynti maksullinen vai maksuton.

4.2.2.5. Vahingonkorvausvastuun epäsuhta potilasmaksuun

Vastustettaessa käsitystä hoitosuhteen sopimusoikeudellisesta luonteesta on edelleen huomautettu, että hoitoon liittyvä vahingonkorvausvastuu ei olisi — sairaalamaksujen taso huomioonottaen — kohtuullisessa suhteessa toisen sopimusosapuolen maksamaan vastikkeeseen[109]. Tämän argumentin yhteydessä on mielenkiintoista havaita, että ainakin rakennustoimen suunnittelun vahingonkorvausvastuusta puhuttaessa on sanottu ilmenneen useinkin käsitys, jonka mukaan korvausvelvollisuus sopimuksen puutteellisesta täyttämisestä voisi rajoittua vain vastasuorituksen menettämiseen[110].

On kuitenkin huomattava, että *vastasuorituskysymys ja vahingonkorvauskysymys käsittävät kaksi toisistaan erillistä asiaryhmää.* Kuten Erma kirjoittaa: »Se seikka, että suunnittelija osaksi tai kokonaan menettää oikeutensa vastasuoritukseen, ei (---) mitenkään vähennä tai poista hänen vahingonkorvausvastuutaan.» Erma käyttää 'havainnollistamisesimerkkinä' juuri lääkärintoi-

---

[108] *Merikoski II* s. 47—48. Ks. myös *Rytkölä,* Julkisoikeudellinen sopimus s. 11.

[109] *Ericsson* s. 60

[110] *Erma — Hoppu* s. 149

men vastuuta. »Jos kirurgi leikkausta suorittaessaan jättää potilaan vatsaan esim. sakset tai muita ylimääräisiä esineitä, ei hän selviä asiasta pelkästään sillä, että hän ilmoittaa leikkauksen olevan maksuttoman.»[111] Asiaan on otettu kantaa myös oikeuskäytännössä, jolloin on nimenomaisesti todettu, ettei rakennussuunnittelijan tehtävästään saamaa palkkiota ole pidettävä vahingonkorvauksen ylärajana. Tapauksessa KKO 1985 II 51 suunnittelijan saama palkkio oli vain 6924 markkaa, mutta hänen vahingonkorvausvastuunsa määräksi asetettiin 120 000 markkaa.

4.2.2.6. Muita contra-argumentteja

Hoitosuhteen sopimusluonnetta vastaanpuhuvaksi on mainittu myös sellaisia tekijöitä kuin, että lääkärin ja potilaan väliset suoritukset eivät ole täysin toisistaan riipuvaisia ja että sopimisen vapaus on rajoittunut vastuuvapauslausekkeiden käyttöön kohdistuvina rajoitteina sekä että lääkärin toiminta on luonteeltaan sosiaalista[112].

On selvää, että sanotunkaltaisten huomautusten painavuus po. vasta-argumentteina on jo suhteellisen vähäinen. Ne viittaavat ilmiöihin, joita sopimusoikeudessa on käsitelty entuudestaan, ja jotka jo aiemmin on kyetty sovittamaan oikeudenalan doktriiniin[113]. Niihin viittaaminen ei oikeastaan merkitse muuta kuin hoitosuhteen tietynlaisten erityispiirteiden osoittamista. Tässä yhteydessä niitä ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä lähemmin arvioimaan, sillä tarkastelun tulos on helposti ennakoitavissa: sopimus voi ilmetä mitä vaihtelevimmin vivahtein[114].

4.3. Lääkärintoimen organisatorisen muodon merkitys sopimusvastuun sovellettavuuden kannalta

Yllä on tarkasteltu lääkäri — potilas-suhteen sopimusoikeudellista luonnetta vastaanpuhuviksi käsitettyjä tekijöitä. Yhdenkään perusteen johdosta ei ole katsottu voitavan päätyä sopimukseen perustuvan korvausvastuun täydelliseen ja ehdottomaan hylkäämiseen. Ongelma sopimusvastuun sovellettavuudesta ei ole kuitenkaan vielä lopullisesti ratkaistu. Vaikka lääkäri — potilas-

[111] *Ibid.* s. 149

[112] Ks. *Losman — Wagnsson* s. 86, *Ericsson* s. 60 ja *Vinding Kruse* s. 107.

[113] Ainakin vastuuvapauslausekkeiden käyttömahdollisuuden rajoitteisuus on meillä sijoitettu myös »hoitosopimusoikeuteen»; ks. *Achté — Hoppu* s. 86.

[114] Vrt. esim. *Adlercreutz* s. 9 ja 11 sekä *Kivimäki — Ylöstalo,* 1981 s. 257.

suhteen oikeudellinen luonne ei edellä sanottu huomioonottaen ehkä viittaakaan tyypilliseen sopimusoikeudelliseen asetelmaan, on käydyn tarkastelun jälkeen vielä otettava huomioon mahdollisuus jonkinlaisesta *»heikosta»* hoitosopimuksesta ja sopimuksesta *sui generis*.

Tarkasteltaessa sitä, missä määrin VahKL:n 1:1:n voidaan selittää rajoittavan sopimusvastuun käyttöä »epätyypillisten» sopimusten kentällä, ei saateta sivuuttaa lääkärintoimen harjoittamisen organisatorisen muodon ja sitä sääntelevän kahdelle oikeuden päälohkolle kuuluvan normiston ja diskurssin merkitystä. Se olisi erehdys. Tällä kohden ei voida kiistää sitä, että oikeudenalajako vaikuttaa sopimusvastuun soveltamismahdollisuuteen. VahKL:n 1:1:ssä tarkoitettu sopimukseen perustuva korvausvastuu ei kata millaisia tahansa vahinkoja vain siksi, että niihin liittyy »sopimisia» tai »välipuheita». Sanottu ei merkitse, että sopimusvastuu voisi tulla sovellettavaksi ainoastaan kategorisoiden suhde yksityisoikeudelliseksi, mutta toisaalta on selvää, ettei vastuun soveltamisalaan saateta lääkärivastuutilanteiden osalta ottaa kantaa tuntematta sitä, kuinka ylipääsemättömiä esteitä lääkärintoimen erimuotoinen harjoittaminen asiassa tuo esiin.

Yllä olevan mukaisesti on jo tässä vaiheessa aiheellista tehdä jako kahdenlaiseen sopimusvastuun sovelluttamistapaan. Yhtäältä voidaan erottaa sopimusvastuun *välitön* tai *deduktiivinen* käyttö. Se tulee kyseeseen vain yksityisoikeudellisiksi luonnehdittavien sopimussuhteiden vahinkotapauksissa. Toisaalta on mahdollista erottaa sopimusvastuuperiaatteiden *välillinen* käyttö, jolloin vastuun sovellettavuuden perusteltavuus on olennaisesti esitettävissä olevien argumenttien painoarvosta riippuvainen. Tällainen sopimusvastuunormiston sovelluttamistilanne saattaa aktualisoitua erityisesti monien hallintosopimusten ja erilaisin »välipuhein» käytävien hallintomenettelyjen vahingonvastuutilanteissa.

Koska lääkärintyön organisatoriset järjestelyt voivat olla sangen moninaisia, ei kaikkien variaatioiden yksityiskohtainen käsittely ole nyt mahdollista. Olen kuitenkin ottanut tarkasteluun paitsi lääkärintyön eräänlaiset perusmallit myös eräitä sellaisia erityisjärjestelyjä, joihin liittyvät, erilaisia lääkäri- ja potilasasemia koskevat, tässä yhteydessä relevantit näkökohdat ovat pelkistettävissä.

4.3.1. Virkasuhteinen lääkärintoimi

Kaikista tavanomaisin lääkärintoimen harjoittamisen muoto on ammatin virkasuhteinen harjoittaminen. Byrokraattisen toimeenpanoideaalin mukaan

käsillä on »elimellinen orgaanisuhde» julkiseen yhdyskuntaan[115], jossa lääkäri toimii persoonattomasti, vailla subjektiviteettia. Viranomaistoiminnan julkisoikeudellista luonnetta ei tietysti ole tarpeen eikä nykyään edes asianmukaista perustella tämäntapaisilla idealistisilla käsityksillä. Tässä yhteydessä riittää viitata yksinkertaisesti siihen, että virkalääkärit toimivat julkisessa hallinnossa. Muutoinkin jo tutkimuksessa aiemmin esitetyn perusteella voitaneen katsoa, että virkavastuisen lääkärintyön julkisoikeudellista luonnetta ei ole muodollisena lähtökohtana aihetta asettaa kyseenalaiseksi.

Mutta missä mielessä tai laajuudessa virkalääkäritoiminta on sillä tavalla julkisoikeudellista, ettei hoitosuhteisiin voida soveltaa sopimusvastuuta? Tämän kysymyksen tarkasteluun ei voida lähteä yksioikoisesti *»ius publicum pactis privatorum mutatis non potest»* -maksiimista, vaan on käytävä selvittämään, mitä julkisen terveydenhuollon potilassuhteissa tapahtuu, ja millaisia mahdollisuuksia tulkita tuota tapahtumista asiaa koskeva sääntely ja diskurssi suovat.

4.3.1.1. Hoitosuhteen syntytapahtuma julkisessa terveydenhuollossa

Hoitosuhteen *syntytapahtuma* on usein mielletty tärkeäksi tekijäksi lääkäri — potilas-suhteen oikeudellisen luonteen ja merkityksen selittäjänä. Tämä on luonnollisesti yhteydessä perinteiseen pistemäiseen ajatteluun, joka on ollut tyypillistä, ei yksin sopimusoikeudessa, vaan myös hallinto-oikeuden alalla: oikeussuhteen perustana ja sisällön muotoajana on ollut yksipuolinen hallintopäätös. Vasta aivan viime vuosina on alettu korostaa hallinto-oikeudellisia oikeussuhteita täydentävien välittömien ja toistuvien horisontaalisten yhteyksien merkitystä juridisestikin relevantteina seikkoina. Tämä on osa sitä muutosta, jota Olli Mäenpää luonnehtii yleisellä tasolla siirtymäksi toimeenpanoideaalista hallintotoiminnan prosessuaalista luonnetta korostavaan malliin.[116] Toisaalta on huomattava, että ko. muutos ei ole johtanut hallintopäätöksen aseman olennaiseen heikentymiseen oikeussuhteiden perustamisessa ja muotoilussa. Se on säilyttänyt siinä edelleen keskeisen roolinsa.

Käsillä olevassa tutkimuksessa on merkityksellistä, että vastuu hallintopäätöksellä aikaansaadussa oikeussuhteessa ei saata olla lähtökohtaisesti sopimusvastuuta, ei varsinkaan velvoiteoikeudellisessa mielessä. *Koska hallintopäätös muodollisesti rajoittaa sopimusmenettelyn mahdollisuutta, on VahKL:n soveltamisalan hahmotustyössä lähdettävä liikkeelle lääkärintoimessa mahdollisesti tehtävien hallintopäätösten tunnistamisesta.* Jo tässä vaiheessa on kuitenkin

[115] *Rytkölä,* Valtion virkamieslaki s. 8

[116] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 28—29

syytä todeta, että yksittäisissä vastuutilanteissa argumentointi sopimusvastuun soveltamismahdollisuuden puolesta tai vastaan edellyttää usein huomattavasti pidemmälle vietyä hoitosuhteen analyysia kuin pyrittäessä pelkästään kannanmuodostukseen siitä, onko potilaaksiottamistapahtuman yhteydessä harjoitettu lääkärintoimi hallintopäätösmuotoista vai ei. Korostettakoon myös sitä, että seuraavassa ei pyritä sellaiseen yleistettävyyteen potilaaksi ottamista koskevan ratkaisunteon oikeudellisessa luonnehdinnassa, johon voitaisiin aina vedota ko. ongelmanasettelua laajemmaltikin eri oikeussääntöjen sovellettavuutta arvioitaessa.

Erilaisten *pakkohoitoa ja eristämistä* koskevien lääkärintoimeen kuuluvien ratkaisujen saatetaan epäilyksittä katsoa jäävän siinä määrin sopimusmenettelyn ulkopuolelle, että VahKL:n korvaussäännösten sovelluttaminen käy niihin jokseenkin kiistatta. MielenterveysL:n 24 §:n, PäihdehuoltoL:n 20 §:n ja TartuntatautiL:n 30 §:n muutoksenhakua koskevat säännökset osoittavat mainitunlaisten päätösten olevan myös sellaisia muutoksenhakukelpoisia ratkaisuja, joita tarkoitetaan VahKL:n 3:4:ssä. Oikeuskäytännöstä voidaan viitata esim. aikanaan laajaa julkisuutta saaneeseen pieksämäkeläistä yksityislääkäriä koskeneeseen prosessiin, jossa KHO ratkaisullaan 24. 3. 1986 T 1091 kumosi tehdyn pakkohoitopäätöksen MielisairasL:n vastaisena. Selvästi pakkohoitotapauksia ongelmallisemmiksi po. suhteessa osoittautuvat *vapaaehtoisuuteen tai potilaan omaan pyrkimykseen* perustuvat hoitosuhteet.

Ei ole ollut erityisen harvinaista, että *sairaalaan ottamista tai sen potilasvalintaa* koskeva ratkaisunteko on selitetty tapahtuvan hallintopäätöksen muodossa. Kielteisesti näiden kannanottojen esittäjät eivät ole suhtautuneet myöskään päätöksen valituskelpoisuuteen nähden.[117] Tarkastelkaamme aluksi asiaa koskevaa sääntelyä.

Terveyskeskustoiminnan osalta potilaaksiottamista koskeva toimivaltanormi on sisällytetty *KansanterveysL:n 17 §:ään*. Sen mukaan »vastaava lääkäri päättää, järjestetäänkö potilaan sairaanhoito avosairaanhoitona (---) vai ottamalla potilas terveyskeskuksen sairaansijalle hoidettavaksi». Suomen kaupunkiliiton 26. 5. 1981 vahvistamassa kansanterveystyön johtosääntömallissa ja LKH:n aikanaan vahvistamissa ohjeissa terveyskeskuksen toimintojen järjestämisestä ja henkilökunnan tehtävistä[118] on lähdetty siitä, että myös muut terveyskeskuslääkärit joutuvat tekemään ko. lainkohdan tarkoittamia päätöksiä.

[117] *Modeen*, JFT 1977 s. 376, *Norri* s. 422, *Lohiniva* s. 171 ja *Suomalainen sairaalassa* s. 11. Vrt. Ruotsin aiemman hallintomenettelylain 3.2 §:n 1 kohta ja sitä koskien *Kungl. prop. 1971:30* s. 334.

[118] *LKH:n OK 16.4.1975/DN:o 3126/02/75;* ks. myös *KM 1979:59* s. 58.

Vastaavan lääkärin on kuitenkin annettava ohjeet menettelyä varten. Erikoissairaanhoitoa on meillä säännellyt vuoden 1991 alusta *ErikoissairaanhoitoL*. Sen 31 §:ssä lausutun pääsäännön mukaan henkilön sairaalaan ottaminen edellyttää lääkärin tutkimukseen perustuvaa lähetettä[119]. Jo aiemmin noudatetun käytännön mukaisesti[120] lain 33.1 §:ään kirjattiin sääntö, että »sairaanhoidon aloittamisesta ja lopettamisesta päättää johtavan lääkärin antamien yleisten ohjeiden mukaan ylilääkäri tai hänen antamien ohjeiden mukaan muu sairaanhoitopiirin kuntainliiton lääkäri». Erikoissairaanhoitolakiesityksessä tämän lainkohdan todettiin koskevan sekä sairaalaan ottamista ja sieltä poistamista että avosairaanhoidon aloittamista ja lopettamista[121].

Yllä olevan kaltainen sääntely tarjoaa jokseenkin kelvollisen *muodollisen* perustan käsittää potilasvalintaa koskevat ratkaisut hallintopäätöksiksi. Asiaa koskevassa lääkintäoikeudellisessa kirjoittelussa on kuitenkin huomiota kiinnitetty myös siihen, kuinka »vahva» on sairaan henkilön oikeus saada hoitoa. Asbjørn Kjønstad lähtee Norjan oikeusjärjestyksen perustalta siitä, että eräissä tilanteissa, esim. ensiavun tarpeessa olevana, asianomaisen oikeus saada apua perustuu viime kädessä oikeusvaateen mahdollisuuteen (jonka merkitys tosin jää monin paikoin suhteelliseksi). Tavallisissa tilanteissa sairaalla ei ole käytettävissään tällaista oikeuskeinoa saadakseen lääkinnällistä apua, vaan hänen on kilpailtava terveydenhuollon niukoista resursseista, asemastaan potilasjonossa[122]. Kjønstad käy kyseiseen tarkasteluun mm. pyrkimyksenään muotoilla kanta sikäläisen hallintomenettelylain (forvaltningsloven) yksittäistapauksellista asiaa koskevien säännösten sovellettavuudesta potilasvalintaan.

Myös mainittuja meikäläisiä säädöksiä saatettaisiin tietysti analysoida vastaavalla tavalla. ErikoissairaanhoitoL:n 3 §:n sanamuodon mukaan näyttäisi kotipaikkaoikeudella hoitoa vaativalle henkilölle kuuluvan suhteellisen vahvaksi säännelty oikeus: lainkohdan mukaan kunnan »on huolehdittava siitä, että henkilö saa (---) tarpeellisen erikoissairaanhoidon». KansanterveysL:n osalta ei vaikuttaisi muotoutuvan aivan näin vahvaa oikeutta. Sen 5 §:n mukaan kunnan »on pidettävä huolta kansanterveystyöstä». Potilasvalinnan kriteereistä säädöksen 16.1 §:ssä lausutaan, että »sairaansijalle on ensisijaisesti otettava hoi-

[119] Lähetemenettelyä käytetään myös vankeinhoitolaitoksen ja puolustusvoimien terveydenhuollossa, vaikkei siitä laintasoisia määräyksiä olekaan; ks. *Oikeusministeriön yleiskirje 61/4/16/25. 1. 1988* kohta 6 s. 3 ja *Pääesikunnan pysyväismääräys 3. 2. 1986 399/Dbc PElääk-os PMK C 1:3.3.*

[120] Ks. *LKH:n YK 29.7.1970 N:o 1489.*

[121] *1988 vp. asiak. A2 HE n:o 94* s. 18

[122] *Kjønstad,* 1986 s. 421 ss.

dettavaksi potilas, joka sairauden laatu sekä tutkimuksen, hoidon ja lääkinnällisen kuntoutuksen tarve taikka toipilasaste huomioonottaen voidaan siellä tarkoituksenmukaisimmin hoitaa»[123]. Toisaalta KansanterveysL:kin yleisesti ottaen preferoi terveyskeskuksen oman alueen asukkaita (16.2 §). Kummankin lain mukaan 'kiireellisen sairaanhoidon tarpeessa olevaa on aina autettava' (KansanterveysL 16.1 §, ErikoissairaanhoitoL 30.2 §).[124]

Kjønstadin erittelyjen taustalla vaikuttanee vanha oppi ns. *subjektiivisista oikeuksista,* joka sisältää käsityksen yksilölle kuuluvien oikeuksien suojaamisesta oikeuskeinoilla[125]. Hänen analyysinsä näyttäisi pohjautuvan siihen, että mitä vahvempia oikeuksia julkishallinnon oikeussuhteissa kansalaisille voidaan selittää kuuluvan sitä lähempänä ollaan erilaisten oikeussuojan muotojen perusteltavuutta.[126] Itse asiassa aivan perusteetonta ei tämäntapainen erittely olekaan, kunhan vain pidetään mielessä, että erivahvuinen sääntely muodostaa oikeus — mahdollisuus-dimensiolla liukuvan asteikon ja että sille perustettavien ryhmittymien raja on tulkinnanvaraisuudessaan häälyvä[127].

Kuten tunnettua hallinnollinen ratkaisutoiminta ei ole kauttaaltaan sidottu määrämuotoisuuteen sen mukaan, kuinka suojattu vallankäytön kohteena oleva kansalaisen oikeus on tai kuinka voimakkaasti siinä puututaan kansalaisen henkilöön, vaikka tällaisilla tekijöillä onkin tietty merkityksensä mm. HMenL:n soveltamisalan kaksijakoisuuden perustana. Erilaisia hallinnollisia ratkaisuja kuuluu myös hallinnon tosiasialliseen toimintaan, jossa toiminnan

---

[123] Mahdollisista potilasvalinnan kriteereistä säännöksessä tulee esille vain muutama, jotka nekin ovat kaikki lääketieteellisiä tai »sairaanhoidollisia». Esim. *Kjønstad,* 1986 s. 426—431, on eksplikoinut 20 erilaista preferointiperustetta, joita hän itse luonnehtii 'sekoitukseksi juridisia ja moraalifilosofisia näkökohtia'. Todellisuudessa lääketieteelliset tai sairaanhoidolliset tekijät tuskin voivatkaan muodostaa yksinomaista valintakriteeristöä. Vrt. *Eriksson,* JFT 1987 s. 166, joka pitää mahdottomana ylipäätään luoda yksiselitteisiä säännöksiä asiasta.

Julkisuudessa olleiden tietojen mukaan Suomen yliopistollisissa sairaaloissa on parhaillaan käynnissä potilasvalintakriteeristön hahmottamistyö. Sen pohjana on sanottu olevan Norjassa vuonna 1987 esitetty viisikohtainen prioriteettitasojen erittely, jossa potilaan mahdollisuudet saada terveydenhuoltopalveluja määräytyvät sen mukaan, kuinka välttämättömiä niihin kuuluvien toimintojen katsotaan kansalaisille olevan. Norjan mallista lähemmin ks. *NOU 1987:23* s. 94 ss.

[124] Kappaleessa mainittujen säännösten tulkinta kuuluu selvästi ns. *tooppisen argumentointitavan* piiriin; ks. *Laakso,* 1990 s. 180—181.

[125] Vrt. esim. *Merikoski,* Vapaa harkinta s. 37—38.

[126] Saatetaan huomauttaa, että jonkin oikeuden tai etuuden merkitys kansalaiselle on eri asia kuin sen lainsäädännössä saavuttama asema. Esim. juuri potilasvalintaa koskevat kysymykset ovat elämän ja kuoleman tai terveyden ja sairauden kysymyksiä. Niistä tehtävien ratkaisujen kontrollitarve on sinänsä ilmeinen olkoonpa ratkaisutoiminta enemmän tai vähemmän harkinnanvaraista.

[127] Ks. esim. *Huhtanen* s. 369 ss.

muodollisuudet jäävät yleensä taka-alalle. Kari Sinisalo kirjoittaa: »Jos esim. poliisimies väkijoukkoa hajottaessaan (PolL 18 §) käskee henkilöä X siirtymään määrätyn alueen ulkopuolelle, käsky on valinta erilaisten vaihtoehtojen välillä ja siinä mielessä ratkaisu.» Hän jatkaa huomauttaen, että tuskin voidaan osoittaa asiallista eroa varsinaisen hallintopäätöksen ja muiden konkreettisten toimivallan käyttötapojen välillä. Ero on lähinnä siinä, missä *muodossa* toimivaltaa käytetään.[128]

Julkisyhteisöjen sairaalatoimen potilasvalintaa koskeva ratkaisunteko on *kirjalliselta* osaltaan varsin niukka. Siinä noudatettanee edelleen LKH:n YK:ssä 29. 7. 1970 N:o 1489 määriteltyä muotoa[129]. Päätös kirjataan erityiseen kiireellisyysluokan ja diagnoosin osoittavaan luetteloon, jota pidetään sairaansijaa odottavista potilaista, merkitsemällä siihen päivämäärä, jolloin on päätetty sairaalaan ottamisesta. Matti Olavi Norri, joka pitää tällaista ratkaisua valituskelpoisena hallintopäätöksenä, on huomauttanut, että menettely hiponee kirjallisen muodon minimivaatimusta[130]. Arvioitaessa po. ratkaisutoimintaa HMenL:n päätöksen sisältöä (23 §) sekä päätöksen perustelu- ja tiedoksiantovelvollisuutta koskevien säännösten (24 ja 25 §:t) valossa voitaneen sanoa, että siinä ei ylletä lainmukaisen, viranomaiskoneiston ulkopuolelle suuntautuvan hallintomenettelyn vaatimustasoon.

Toisaalta meillä on viitattu siihen, että sairaansijalle pyrkivällä on oikeus HValL:n 12.2 §:n nojalla vaatia jälkikäteen perusteltua kirjallista päätöstä[131]. On kuitenkin huomattava, että potilasjonossa kilpailevat asianosaiset eivät yleensä tiedä mitään muiden hoitopaikkaa hakevien sijoittelusta. Sairaalakäytännössä ko. HValL:n mukainen oikeus ei siis toimi[132]. Kun vielä otetaan huomioon ne vaikeudet, joita hallintopäätöksen *lainvoimaisuutta ja muutoksenhakua koskevien oppien* soveltaminen potilasvalintaa koskevaan ratkaisutoimintaan aiheuttaisi, olisi tällä kohden jossain määrin ongelmallista asettua varauksettomasti kannattamaan käsitystä hallintopäätösmuotoisesta lääkärintoimesta. Hoitoonottamista koskeva ratkaisunteko muistuttaa merkittävästi hallinnon tosiasiallisen toiminnan muotoja. Lakia potilaan oikeuksista ehdotta-

[128] *Sinisalo* s. 55

[129] Mainittu YK on kumottu 1. 1. 1991 lukien ns. leikkurilain (L viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä 16. 6. 1989/573) johdosta *LKH:n YK:llä 21. 11. 1990 N:o 1976.* Tämän toimenpiteen yhteydessä LKH lausui mm., että »toteutettu yleis- ja ohjekirjeiden kumoaminen ei sinänsä merkitse, että yleis- ja ohjekirjeiden mukaisista järjestelyistä ja käytännöistä tulisi luopua, mikäli ne on havaittu tarkoituksenmukaisiksi ja hyödyllisiksi».

[130] *Norri* s. 422

[131] *Suomalainen sairaalassa* s. 11

[132] Vrt. *KM 1979:59* s. 61.

nut Terveydenhuollon oikeussuojatoimikunta formuloi asiaa koskevan kannanottonsa seuraavanlaiseksi:

> »Lain 2 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta hoitoon ei tulisi nähdä potilaan ehdottomana oikeutena vaatia tiettyä yksittäistä toimenpidettä tai muuta palvelua, joka ratkaistaisiin viime kädessä muutoksenhakumenettelyssä. Kysymys on oikeudesta toisaalta terveydentilan vaatimaan ja toisaalta sen rajaamaan hoitoon, jonka toteutuminen riippuu terveydenhuollon kulloisistakin sekä aineellisista että muista voimavaroista. Julkisen terveydenhuollon osalta oikeuden toteutumista määrittävät myös (---) terveyden- ja sairaanhoidon järjestämisvelvollisuutta koskevat säännökset.»[133]

Nykyaikainen julkinen terveydenhuolto on saanut *palvelumuotoisen* hallintotoiminnan leiman.[134] Tähän ei kuitenkaan näytä voitavan kytkeä välitöntä kannanottoa siitä, onko potilasvalintaa koskeva ratkaisunteko varsinaisten hallintopäätösten tekemistä vai muuta hallinnollista toimintaa[135]. Koska edellä esitetynkään perusteella ei sen enempää *oikeudellisten* näkökohtien kuin *sairaalakäytännönkään* valossa voida ehdottomasti asettua jommalle kummalle kannalle, ei myöskään ole aihetta sulkea kategorisesti pois mahdollisuutta yksittäisten hallintopäätöstä koskevien normien soveltamiseen. Tämä saattaa tulla tietyissä tilanteissa kyseeseen, mikäli riittävän painavat argumentit puhuvat sen puolesta.[136] On myös huomattava, että yllä olevan johdosta ei ainakaan vielä ole perusteita omaksua kielteistä käsityskantaa yleisesti sopimusvastuun soveltamismahdollisuuteen hoitoonottamista koskevan ratkaisutoiminnan vahinkotapauksissa[137]. Tätä kysymystä on arvioitava tarkemmin erikseen.

Yllä esitetyn johdosta saatetaan kuitenkin todeta, että VahKL:n 3:4:ssä säädettyjen oikeudellisten vaikutusten kannalta on yhdentekevää, sovelletaanko tätä säännöstä po. ratkaisutoimintaan vai ei. Jos sitä sovelletaan, on joka tapauksessa kiistatonta, että käsillä on sellainen lainkohdassa tarkoitettu 'pätevä syy' olla hakematta muutosta ratkaisuun, ettei valitusoi-

---

[133] *KM 1982:65* s. 37. Kannanotto näyttäisi myötäilevän osin merkittävästi Ruotsin aiemman hallintomenettelylain esitöitä; ks. *SOU 1968:27* s. 137.

[134] Ks. esim. *Eriksson,* JFT 1987 s. 165, *Kjønstad,* 1986 s. 435, *Patienters rättigheter* s. 151 ja *Pohjolainen,* 1986 s. 132.

[135] Ks. *Eriksson,* JFT 1987 s. 166.

[136] Kysymys hallinnollisten oikeusturvaperiaatteiden soveltumisesta julkisyhteisöjen sairaalatoimeen ja yleensäkin halinnolliseen palvelutoimintaan on koettu varsin visaiseksi. Ks. esim. *Patienters rättigheter* s. 144, *Eriksson,* JFT 1987 s. 165—167, *Kjønstad,* 1986 s. 434—435 ja *Frihagen* s. 290.

[137] Sopimuksen muotovaatimukseen saatetaan huomauttaa jo vanhastaan suhtaudutun huomattavasti vapaamielisemmin kuin hallintopäätöksen muotoon.

keuteen vetoamattomuudesta aiheudu vahinkoa kärsineelle oikeudenmenetystä.

Puhuttaessa julkisen terveyden- ja sairaanhoidon potilassuhteiden syntytapahtumasta ei tule unohtaa, että siihen *ei läheskään aina liity erityistä potilaaksi ottamista tai potilasasemaa koskevaa ratkaisuntekoa.* Yleensä henkilö saa potilasominaisuuden vain siksi, että hän itsensä sairaaksi tai lääkinnällisen avun tarpeessaolevaksi tuntevana hakeutuu terveydenhuollon laitokseen; terveyskeskustoiminnassa tämä on pääsääntö.[138] Kiireellisen ensiavun tarpeessa olevaa, lievästä flussasta kärsivää tai lääkärintodistusta hakevaa ei katsasteta siinä mielessä, mihin potilaskategoriaan hänet sijoitetaan. Tältä osin toiminta on selvästi tosiasiallista, ns. suorittavaa hallintoa. Sopimusvastuun soveltamismahdollisuuteen ei kuitenkaan vielä tämänkaltaistenkaan tilanteiden osalta ole perusteltua suhtautua täysin torjuvasti.

4.3.1.2. Hallintosopimusten sallittavuus ja julkisen terveydenhuollon potilassuhteiden erityispiirteet

I. Kuten edellä on osoitettu, oppi julkisen hallinnon sopimustoiminnan sallittavuudesta on suomalaisessa julkisoikeudessa käynyt viime vuosikymmenellä selvän murrosvaiheen. Sopimusopin muuntumisen pontimena on ollut aiemmin valinneen, vanhan saksalaisen teoriataustan mukaisen doktriinin kritiikki, joka on keskeisiltä lähtökohdiltaan perustunut viranomaisen toimivaltaa ja oikeussubjektiutta sekä julkisen hallinnon valtaluonnetta ja lakisidonnaisuutta koskevien käsitysten uudelleenarviointiin. Voidaan kuitenkin sanoa, että jo vanhan opin valtakaudella sopimusvastuuta olisi ollut mahdollista soveltaa monin kohdin julkisessa terveydenhuollossa harjoitetun lääkärintoimen vahinkoihin. Toisaalta nyt uuden sopimusopin vaiheessa se toki on vielä helpompaa. Asiaa on aiheellista katsoa lähemmin.

Virkasuhteista lääkärintointa tarkasteltaessa on merkityksellistä, että kyse on viranomaisen ja *yksityisen* välisestä oikeussuhteesta. Tästä seuraa, että kysymys *julkishallinnon orgaanien oikeussubjektiudesta* ei missään tapauksessa muodosta ongelmaa sopimusvastuun perustelussa. Uudemmassakaan doktriinissa ei ole tarvetta turvautua 'heikon oikeussubjektiuden' konstruktioon, sillä myös sen mukaan hallinnon ja sen ulkopuolisten välisessä suhteessa pidetään lähtökohtana klassisen mallin mukaista käsitystä julkisvallan ykseydestä[139]. Virkalääkäri edustaa asemansa mukaan joko kuntaa, kuntainliittoa tai

[138] PotilasvahinkoL:n tarkoittamassa mielessä henkilöä on tietysti pidettävä potilaana myös hänen jonottaessaan hoitoonpääsemiseksi; ks. edellä jakso 4.1.2.

[139] Ks. esim. *Rosas,* 1986 s. 283 ja *Tuori I* s. 128—129.

valtiota. Sopimusosapuolen asema luontuu siten julkisyhteisöille täysin ongelmattomasti katsottiinpa asiaa uudemman tai varhaisemman ajattelutavan mukaisten käsitysten valossa.

Vanhemman sopimusopin mukaan sopimus on julkisoikeudessa poikkeuksellinen ilmiö, koska julkisoikeudellinen oikeussubjekti ei voi ilman muuta luopua *määräämisvalta-asemastaan.* Jotta se kävisi mahdolliseksi, tulee sille yleensä olla erityinen peruste: nimenomainen sopimussuhteen mahdollistava säännös.[140] Tällä kohden uudemmassa hallintosopimusoikeudessa on vedottu mm. hallinnon lainalaisuuden periaatteeseen. Koska julkisen vallankäytön on sen mukaan perustuttava nimenomaiseen toimivaltasäännökseen, ei käsitystä viranomaisen apriorisesta valta-asemasta voida pitää lähtökohtana.[141]

Vaikka julkisyhteisöjen sairaalatoimintaa koskevaan lainsäädäntöön ei potilasvalinnan osalta sisälly *sopimustoimivaltaa* nimenomaisesti toteavaa normia, ei sopimusvastuun puolesta argumentointi kävisi aiemmankaan katsantotavan perustalta aivan mahdottomaksi. Julkisvallalla on nimittäin eräissä tapauksissa katsottu olleen oikeus luopua valta-asemastaan, kun kyse ei ole julkisoikeudellisen velvollisuuden sisällöstä, vaan dominiumin piiriin kuuluvasta asiasta. Julkisyhteisön voitaisiin siten vanhemman ajattelutavan mukaan selittää toimivan sairaalan omistajana yksityisoikeudellisessa sopimussuhteessa. Toisaalta hoitosuhteen yksityisoikeudellisuus merkitsisi samalla toiminnan *lakisidonnaisuuden* tietynlaista väljentymistä.

Seikkaperäinenkin hallintosopimuksia koskevien oppien sovellettavuusarviointi julkiseen sairaalatoimeen antaisi nähdäkseni monessa kohden myöten lääkärintoimen sopimusvastuuta puoltavalle käsityskannalle. Jos aiempi doktriini taipuisikin siihen hieman kankeahkosti, kävisi se uudemman ajattelutavan piirissä sitäkin luontevammin. Sopimusopin uuden vaiheen pääsääntönä on, »että sopimusten käyttö hallintotoiminnassa on yleensä sallittua, ellei ole erityisiä oikeudellisia syitä tai nimenomaisia perusteita, jotka estävät sopimusmenettelyn»[142].

Yllä sanottu ei kuitenkaan merkitse, että sopimusvastuun soveltamisen vuoksi VahKL:n olisi väistyttävä. On ensinnäkin huomattava, ettei julkisen sairaalatoimen potilassuhteiden vahingonkorvausvastuun voida katsoa merkitsevän

[140] *Rytkölä,* Julkisoikeudellinen sopimus s. 10

[141] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 129—130

[142] *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 136. Mm. juuri sairaalapalveluja koskevana tulkintakannanottonaan Mäenpää kirjoittaa: »Sopimuspakon voidaan julkishallinnossa katsoa koskevan muun muassa liikenne-, sosiaali- ja sairaanhoitoalalla toimivia viranomaisia ja julkisia (liike)laitoksia, sikäli kuin ne palvelujen tarjoamisessa ja toteuttamisessa käyttävät sopimussuhdetta.» *Ibid.* s. 179—180

sellaisen *siviilioikeudellisen oikeustoimen* vastuuta, johon VahKL:n 1:1:n mukaisella sopimusvastuulla ilmeisesti ainakin alunalkaen ensisijaisesti viitattiin[143]. Toiseksi ei saateta sivuuttaa sitä, että VahKL:n säätämisen eräänä keskeisenä perusteluna oli — kuten edellä on osoitettu — säädöksen soveltuminen *sairaalatoimen vahinkoihin,* ja että *oikeuskäytäntö* VahKL:n voimassaoloajalta on yksiselitteisesti pitäytynyt tämän perustelun mukaisessa lain soveltamisalassa. Kolmanneksi on vielä todettava uuteen hallintosopimusdoktriiniin sisältyvän käsitys sopimisen mahdollisuudesta *tosiasiallisin* muodoin, mikä merkitsee, että sopimusvastuu ei tältä osin ole samalla tavalla eksklusiivinen kuin VahKL:ssa viitattu sopimusvastuu.

II. Julkisen terveydenhuollon *erityispiirteet,* jotka on käsitetty keskeisiksi sopimusvastuun soveltamismahdollisuutta vastaanpuhuviksi seikoiksi, ovat niitä tekijöitä, joita on totunnaisesti luonnehdittu *julkisoikeudellisiksi.* Monilla julkisoikeudellisilla piirteillä ja ilmiöillä on kuitenkin yksityisellä puolella vastineensa. Niitä on edellä osoitettu olevan myös julkisten sairaaloiden tietyllä tavalla alisteisella potilasasemalla, niiden kontrahoimispakolla ja hoitomaksujen pakkoperinnällä. On siten erittäin vaikeaa pitää kiinni käsityksestä, että jotkin ominaisuudet olisivat yksiselitteisesti julkisoikeudellisia ja eräät toiset selvästi yksityisoikeudellisia, ja että julkisoikeudellinen suhde kestäisi — luonnettaan olennaisesti muuttamatta — tietyn määrän yksityisoikeudellisia piirteitä ja vastaavasti yksityisoikeudellinen suhde jonkin määrän julkisoikeudellisia tekijöitä. Koska julkisen terveydenhuollon erityispiirteiksi luonnehditut tekijät vaikuttavat olevan po. suhteessa jokseenkin *neutraaleja,* niiden käyttöä sopimusvastuun contra-argumentteina on vaikea sellaisenaan pitää hyväksyttävänä.

Kuinka sitten on suhtauduttava niihin hoitosuhteen julkisoikeudelliseen luonteeseen vetoaviin viittauksiin, joilla pyritään torjumaan perinteisesti toiselle oikeudenalalle kuuluneiden normien soveltamismahdollisuus? Kysymykseen on tutkimuksen alussa tavallaan jo vastattu. On lähdettävä siitä, että julkisoikeudellisuus ja yksityisoikeudellisuus ovat saavuttaneet juridisessa argumentaatiossa eräänlaisen *»systemaattisen eksistenssin»,* minkä vuoksi niiden vaikutusta ei ole mahdollista kokonaan sivuuttaa. Niillä kummallakin on tietty perustelumerkityksensä, joka on vahvimmillaan julkisen ja yksityisen sfäärin ydinalueilla.

[143] Ainakaan VahKL:n valmisteluaineiston valossa tätä käsityskantaa ei ole perusteltua kyseenalaistaa, vaikkei siellä asiaan eksplisiittisesti kantaa otetakaan. Vrt. esim. *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 12; ks. myös *Hakulinen* s. 230.

4.3.1.3. Sopimusvastuun soveltamisala virkasuhteisessa lääkärintoimessa: johtopäätös

I. Julkisen terveydenhuollon potilassuhteissa on pidetty sääntönä *VahKL:n sovellettavuutta,* ellei vahinkoa voida korvata PotilasvahinkoL:n nojalla. VahKL:n voimassaoloajalta oleva oikeuskäytäntö ei sekään anna tässä suhteessa aihetta muunlaiseen kannanottoon (ks. esim. KKO 1987:24, 1983 II 138). Meillä ei tietääkseni ole tältä ajalta ainoatakaan, ainakaan muutoksenhakuasteessa annettua tuomiota, jossa virkalääkärin aiheuttama vahinko olisi korvattu — osittainkaan — sopimusvastuun perusteella. Tämä on ymmärrettävää erityisesti sen vuoksi, että sopimusvastuu on vahingonkorvausoikeudessa käsitetty perinteisesti vastuuksi siviilioikeudellisesta oikeustoimesta ja että pidättäydyttäessä sopimusvastuun laventavasta käytöstä on samalla käsitetty tukeuduttavan asiaankuuluvalla tavalla yksityis- ja julkisoikeuden väliseen rajanvetoon.

Klassisen liberalistisen sopimusopin tradition suunnalta VahKL:n sovellettavuus julkisen sairaalatoimen vahinkoihin on tietysti perusteltu katsantotapa myös sikäli, että virkalääkärintyössä lääkäri — potilas-suhteen valta-aspekti saattaa olla tietyllä tavalla korostunut. Toisaalta on kyllä todettava, että uusi (yksityisoikeudellinen) sopimusdoktriini on jossain määrin kyennyt »sulattamaan» valta-aspektista johtuvat anomaliat.

VahKL:n sovellettavuuden preferoiminen on luonnollisesti perusteltua niinikään sen vuoksi, että se on säädännäistä oikeutta, jollaisen käyttäminen oikeudellisen ratkaisutoiminnan pohjana on monessakin suhteessa mielekkäämpää kuin turvautua vaille selvää ja kattavaa kirjallista ilmaisua jääneisiin sopimusvastuuperiaatteisiin. Tavallaan tietysti sekin, että laki aikanaan säädettiin mm. juuri terveydenhuollon vahinkojen vastuukysymysten järjestämiseksi, on omiaan määrittämään sen soveltamisalaa vielä oikeudellisten oppirakennelmien muuttuessa. Lain sovellettavuutta selittävien ja puoltavien näkökohtien ohella asialla on myös toinen puolensa.

II. Tarkasteltaessa edellä luvussa 2 sopimusvastuun käytön perusteltavuutta lääkärivastuutilanteissa todettiin muun ohella, että puhtaat varallisuusvahingot tulevat VahKL:a soveltaen korvattaviksi vain rikoksesta tai julkisen vallan käyttämisestä aiheutuvina, taikka jos korvaamiseen on erityisen painavia syitä. Kun toisaalta pelkkien taloudellisten menetysten todettiin olevan lääkärintoimessa suhteellisen tavallisia vahinkoja, tultiin siihen päätelmään, että sopimusvastuulla olisi tietty *oikeusturvatehtävänsä* lääkärivastuun alueella; näin varsinkin siksi, että PotilasvahinkoL:n nojalla korvataan ainoastaan henkilö-

vahinkoja. Ongeman huomautettiin olevan vain siinä, että hoitosuhde pitäisi saada näyttämään sopimussuhteelta.

Tutkimuksen tässä vaiheessa voidaan todeta, että vaikka julkisen terveydenhuollon hoitosuhteissa ei tehdä klassisen velvoiteoikeudellisen mallin mukaisia kontrahteja, ei kuitenkaan ole perusteetonta puhua hoitosuhteisiin kuuluvista uudenlaisen hallintosopimusajattelun piirissä tunnetuista ja tunnustetuista sopimisista. Potilaan kanssa on sovittava tai ainakin päästävä yhteisymmärrykseen vastaanottoajasta, hoidon ajoittamisesta, hoidon sisällöstä, vaihtoehtoisista proteesimateriaaleista, jälkitarkastuksesta, jne.[144] *Sekä avoterveydenhuollon että sairaalatoimen jokapäiväiseen käytäntöön kuuluu useita senkaltaisia »yhtäpitävien tahdonilmaisujen yhtymisiä», joiden vahinkotilanteisiin on erittäin luontevaa liittää perinteistä sopimusvastuuseen perustuvaa korvausjärjestelyä muistuttava hyvitysmenettely.* Vaikka nämä sopimiset eivät ole varsinaisia oikeudellisia toimia, ne eivät kuitenkaan ole juridisesti irrelevantteja välipuheita, joita koskevien rikkeiden aiheuttamissa vahinkotapauksissa sopimusvastuunormiston *välillinen ja täydentävä käyttö* olisi katsottava kielletyksi.

Sopimusvastuutyyppisen korvausvelvollisuuden sovelluttamisen perustelussa velvoiteoikeudellisten sopimussuhteiden ulkopuolisiin vahinkotilanteisiin voidaan sanotunlaisten näkökohtien lisäksi kiinnittää lähempää huomiota myös VahKL:n 5:1:ään. Lainkohdan mukaan korvausvelvollisuus käsittää hyvityksen puhtaasta taloudellisesta vahingosta — kuten sanottu — mm. silloin, kun sille on *»erittäin painavia syitä»*. Tämän määräyksen on tietysti sinänsä ymmärrettävä viittaavan etupäässä erityistä oikeussuojan tarvetta ilmentäviin seikkoihin. On kuitenkin huomattava, että säännös on kirjoitettu joustavan normin muotoon, joten sen tulkinta yleisemminkään ankarasti muodollis-juridisista lähtökohdista ei ilmeisesti vastaisi sääntelyn tavoitteistoa. Vaikka lainkohdan ei sinänsä saateta katsoa mitätöivän sopimusvastuun ja ulkokontrahdillisen vastuun välistä rajanvetoa, ei säännöstä voitane käsittää esteeksi sille, etteikö erittäin painavien syiden käsilläoloa osoittavina tekijöinä olisi ainakin eräissä vahinkotapauksissa mahdollista »rekisteröidä» myös hoitosuhteen *sopimusluonnetta muistuttavat tekijät.* Ne on joka tapauksessa ainakin *hiljaisesti* mahdollista ottaa huomioon säännöksen tulkinnassa.[145]

Kuten sanottu, terveydenhuollon oikeuskäytännöstä ei saada tukea kuvatunkaltaisen järjestelmän voimassaoloa koskeville väitteille. Tämä on varsin luonnollista siihen nähden, että uusi hallintosopimusajattelu on hallinto-oikeu-

[144] Ks. myös *Mäenpää,* Hallinto-oikeus s. 179.

[145] Vrt. *Scheinin,* s. 39 ss., ns. standardien tulkintavaikutuksesta.

denkin piirissä vielä muotoaan hakeva teoreettinen jäsentämistapa. Merkityksettömänä ei kuitenkaan voida pitää sitä, että esitetynlainen järjestelmä täydentävän normiston soveltamismahdollisuudesta sopii hyvin uuteen hallintosopimusajatteluun.[146] Milloin erilaisten hoitoa koskevien sopimisien ei saateta katsoa liittyvän niin läheisesti julkisen vallankäytön yhteyteen, että vahingon kärsineen hyvittäminen tulisi kyseeseen VahKL:n ao. säännösten nojalla, sopimusvastuun oikeuturvaa luovalla funktiolla on reaalista soveltamisalaa.

4.3.2. Yksityinen lääkärintoimi

I. Lääkärintyö voi olla itsenäistä ja siten vapaata välittömästä ammatillisesta ohjauksesta LääkäriL:n 3.1 §:n mukaan vasta laillistamisen jälkeen, ja vasta laillistetulla lääkärillä on lain 3.2 §:n mukaan oikeus yksityisvastaanottotoimintaan. Yksityistä lääkärintointa harjoitetaan nykyään paitsi klassisen yksityispraktiikan mallin mukaisesti myös yhä kasvavassa määrin työsuhteisena. Yksityispraktiikassa toimimista on pidetty »henkisyytensä» vuoksi »vapaan ammatin» harjoittamisena[147]. Verotuksellisesti tällainen ansiotoiminta luokitellaan ammatinharjoittamiseksi[148]. Suomen Lääkäriliiton selvityksen mukaan päätoimisia yksityislääkäreitä oli vuonna 1989 12842:sta työikäisestä lääkäristä seitsemisen prosenttia, joista perinteisen mallin mukaisina vapaina ammatinharjoittajina toimi 71.2 prosenttia[149]. Seuraavassa esitetty on kirjoitettu pääosin perinteistä yksityispraktiikkaa silmälläpitäen, vaikka se — niikuin tekstissä tuonnempana osoitetaan — pätee mutatis mutandis keskeisiltä osiltaan myös yksityissektorin työsuhteiseen lääkäritoimintaan.

II. Kuten jo edellä on mainittu, yksityisvastaanotto on se lääkärintoimen muoto, jossa syntyneen hoitosuhteen oikeudellinen arvioiti on yleisimmin päätynyt myönteiseen käsitykseen sopimusoikeudellisten sääntöjen soveltamismahdollisuudesta. Varsinkaan aikaisemmin tämä näkemys ei liene juuri herättänyt epäilyjä. Kuitenkin uudemmissa kannanotoissa ilmaisut sopimusajattelun käyttökelpoisuudesta ovat olleet tältäkin osin toisinaan selvästi jokin verran varauksellisia. On sanottu mm., että 'ei ole mahdotonta' luonnehtia yksityislääkärin ja potilaan välinen suhde sopimussuhteeksi[150], ja että hoitosuhde 'lähenee' taikka 'muistuttaa' sopimussuhdetta yksityisvastaanottotilanteissa[151].

---

[146] Ks. esim. *Holopainen,* 1978 s. 12 ja *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 195.

[147] Ks. esim. *Klami,* DL 1967 s. 240 ja *Kjønstad,* 1986 s. 432.

[148] Ks. esim. *Ikkala — Andersson — Nuorvala* s. 25 ja 219.

[149] *Jäättelä — Kujala — Niinimäki* s. 1669—1670

[150] *Klami,* SLL 1968 s. 2893 ja 2898

[151] *Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 32 ja *sama,* JFT 1977 s. 305.

Tällainen varovaisuus on ymmärrettävää kaiken sen perustelun valossa, jolla hoitosuhteen kontrahtiluonnetta vastaan on käyty. Mutta mitä voitaisiin tarkoittaa *yksityisen lääkärintoimen julkisoikeudellistumisella,* ja mikä sen merkitys saattaisi olla tässä yhteydessä?

Esitellessään julkisoikeuden oppikirjassaan terveydenhuollon viranomaisorganisaatiota Veli Merikoski kiinnittää muun ohella huomiota yksityislääkäreiden asemaan. Hän toteaa näiden olevan tehtävässään eräänlaisessa *julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa,* koska nämä ovat »velvolliset noudattamaan, mitä lääkintöhallitus voimassa olevien säännösten nojalla määrää, ja heidän tulee lääkintöhallitukselle antaa tämän tarpeellisiksi katsomia ilmoituksia ja selvityksiä».[152] Takastellessaan terveydenhuollon sanktiojärjestelmää myös Tore Modeen tulee yksityistä lääkärintointa koskevaan erityisjärjestelyyn. Hänen havaintonaan on, että kun *kurinpitovastuu* koskee normaalisti vain virkamieskuntaa, niin terveydenhuollon valvontaviranomaisen kurinpitovalta ulottuu poikkeuksellisesti myös yksityisesti lääkärintointa harjoittaviin henkilöihin.[153] Mitään olennaisesti enempää lääkärintyön julkisoikeudellisuuteen on tällä kohden tuskin osoitettavissa.

On selvää, ettei näiden seikkojen johdosta ole asianmukaista puhua aidosta 'julkisoikeudellisesta palvelussuhteesta'. Kyse ei ole sellaisesta 'elimellisestä orgaanisuhteesta' julkiseen yhdyskuntaan, jota virkamiesaseman on sanottu merkitsevän. Mainitunlaiset lääkäreitä koskevat erityisjärjestelyt määräytyvät lähinnä LääkäriL:n säännösten perustalta. Ne koskevat koko lääkärikuntaa, ja muotoavat sen asemaa valvonnan kohteena. Tietynlaista tehostettua valvontaa voidaan havaita liittyvän sangen moniin hallintolupiin (liikennelupa, ajokortti, apteekkioikeus, jne.) Yksityislääkärin asemaa osuvammin kuvaava onkin — Merikoskenkin käyttämä — käsite *'alistussuhde'.* Toisaalta kuvatunlaisia piirteitä yleisesti arvioiden niiden erikoislaatuisuutta ei voida sivuuttaa. Ne eivät ole mitä tahansa yksityisautonomiaan kohdistuvia julkisen vallan rajoituksia ja määräyksiä, jollaisia mm. kuluttajansuojaa ja kilpailua sääntelevän lainsäädännön alueelta saatetaan osoittaa.[154] Mutta sittenkään ne eivät oikein käy sopimisen mahdollisuutta vastaanpuhuviksi tekijöiksi. Tosin kovin ehdottomasti sopimusvastuuta ei hoitosuhteen julkisoikeudellisuus mainituin tavoin täsmentäen ole torjuttukaan[155].

---

[152] *Merikoski — Vilkkonen* s. 150

[153] *Modeen,* JFT 1983 s. 19

[154] Vrt. esim. *Zitting,* 1987 s. 497 ja *Wilhelmsson,* 1985 s. 23—24.

[155] Esim. *Bengtsson,* 1971 s. 145—146, kirjoittaa seuraavasti: »Som ett materiellt uppdrag i vidsträckt mening kan också räknas avtal om läkarbehandling och om sjukhusvård. I dessa fall

Lääkärit harjoittavat nykyisin yksityisvastaanottoa suhteellisen harvoin perinteisen mallin mukaisesti yksin[156]. On hyvin tavallista, että yksityislääkärit pitävät yhteisvastaanottoa suuremmissa tai pienemmissä lääkärikeskuksissa[157]. Etenkin isoimmissa kaupungeissa on myös yksityissairaaloita, joissa on vaativankin hoidon edellyttämiä sairaanhoitolaitteita ja -välineitä sekä runsaasti avustavaa sairaanhoitohenkilöstöä[158]. Tällaisia terveydenhuoltopalveluja koskee *laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/90)*[159]. Myös tässä yhteydessä on oleellista huomata, että laki on nimenomaan yksityisen terveydenhuollon valvontaa, sen edellytyksiä ja muotoja määrittelevä säädös; lailla sanottiin sen suunnitteluvaiheessa pyrittävän siihen, »että terveydenhuoltoa valvovalla viranomaisella olisi keinot erityisesti laitosmuotoisten palvelujen tuottamisen tehokkaaseen valvontaan».[160] Sellaisena säädös rinnastuu LääkäriL:iin. Karkeasti ottaen, sen minkä LääkäriL järjestää yksittäisten lääkärintoimen harjoittajien osalta, laki yksityisestä terveydenhuollosta hoitaa laitostasolla.[161] Toiminnan organisoiminen laitosmuotoiseksi asettaa valvonnalle lisävaatimuksia, jotka

---

kommer dock kontraktsrättsliga synpunkter ofta i skymundan. Åtminstone avtalsförhållandet mellan allmänna sjukvårdsinrättningar och deras patienter har i viss mån en offentligrättslig karaktär. Skyldigheterna gentemot patienter och dennes förpliktelser regleras delvis i administrativa författningar. Men även vid rent privaträttsliga avtal om sjukvård gäller i viss mån något liknande.»

[156] Suomen lääkäriliiton selvityksen mukaan päätoimisista yksityislääkäreistä vastaanottoa piti kotonaan tai muissa omissa tiloissaan vuonna 1989 19 % ja sivutoimisista 6.6 %; ks. *Jäättelä — Kujala — Niinimäki* s. 1670 taulukko 4.

[157] Näissä työskenteli vuonna 1989 päätoimisista yksityislääkäreistä 75 % ja sivutoimisista 83.9 %; *ibid.* s. 1670 taulukko 4.

[158] Yksityissairaaloissa työskentelevien päätoimisten yksityislääkäreiden osuus oli vuonna 1989 5 % ja sivutoimisten 4.1 %; *ibid.* s. 1670 taulukko 4.

[159] Käytännössä lain tarkoittaman luvan tarpeellisuus tullee aiheuttamaan tulkintaongelmia. Sääntönä on kuitenkin 2.2 §:n mukaisesti, että itsenäinen ammatinharjoittaminen ei ole po. lain edellyttämän luvan varaista toimintaa (vrt. LääkäriL:n 3 §). Lain valmisteluvaiheessa todettiin lisäksi: »Myöskään silloin, kun ammatinharjoittajat sopivat yhteisen vastaanoton pitämisestä tai käyttävät muutoin yhteisiä toimitiloja tai jos avuksi on palkattu enintään vastaanottoavustaja, vastaanottotoiminnan aloittaminen ei edellyttäisi lupaa.» Vastaanottotoiminta tulisi luvanvaraiseksi vasta silloin, »kun vastaanottoa pitävä lääkäri tai muu terveydenhuoltohenkilöstö olisi työsuhteessa tai siihen verrattavassa palvelussuhteessa palvelujen tuottajaan». Niinikään yhtiömuotoista vastaanottoa ei katsottu voitavan pitää itsenäisenä ammatinharjoittamistoimintana. Työterveyshuollon palvelujen osalta lähdettiin siitä, että erillisen organisaation perustaminen edellyttäisi toiminnalta laissa tarkoitettua lupaa; *1989 vp. asiak. A1 HE n:o 46* s. 16. Vrt. myös *KHO 1977 II 67.*

[160] *Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio* s. 1

[161] Valvonnassa on siten kyse lääketieteestä johdettavien toimintaedellytysten ja potilasturvallisuuden kontrolloimisesta; ks. *1989 vp. asiak. A1 HE n:o 46* s. 3.

luonnollisesti edellyttävät jossain määrin yksittäisten toimijoiden valvonnasta poikkeavia kontrollijärjestelyjä.

Yksityisestä terveydenhuollosta annetulla lailla ei ole puututtu terveydenhuoltopalveluja jakavien yksiköiden oikeudelliseen muotoon. Oikeus vastaanoton pitämiseen lääkärikeskuksessa tai yksityissairaalassa on aivan viime vuosiin saakka perustunut tavallisesti osakkeenomistajuuteen tai avoimen yhtiön osakkuuteen taikka vuokrasopimukseen, jonka nojalla lääkäri saa käyttöönsä huonetilan ja mahdollisuuden erilaisten laitoksen palvelujen hyväksikäyttöön[162]. Tällä tavoin yksityistä lääkärintointa harjoitetaan lääkärikeskuksissa monin paikoin edelleenkin.

Yllä olevan mukaisesti voidaan sanoa, että perinteinen yksityispraktiikka on meillä organisoitu kauttaaltaan yksityisoikeudellisten muotojen tapaan ja yksityisoikeuden alaan luokitellun normiston pohjalta. Kun sopimusoikeudella on tällä alueella ollut aina kiistaton sijansa[163], asiaa on tässä mielessä tuskin aiheellista laajemmalti tarkastella. Toiminnan tosiasiallinen samankaltaisuus julkisen terveydenhuollon toimintojen kanssa ei tätä asiaa muuta. Esko Hopun yksiselitteisen toteamuksen, että *»potilaan ja häntä hoitavan yksityislääkärin kesken syntyy sopimussuhde»*[164], voidaan yleensä ottaen katsoa olevan perusteltu. Oikeuskäytännössä esim. kuluttajavalituslautakunta on ottanut käsitystä tukevan kannan mm. yksimielisessä täysistuntoratkaisussaan 24. 4. 1984 DN:o 81/37/1294 (Liite 18 s. 6)[165]. Tällä kohden ei ole asianmukaista puhua edes »heikosta» sopimuksesta, vaan käsillä on — mikäli välttämättä halutaan korostaa hoitosopimuksen erityispiirteitä — sopimussuhde *sui generis*.

III. Vaikka yksityinen lääkäritoiminta lääkärikeskuksissa ja muissa liikeluonteisissa terveydenhuollon laitoksissa on perinteisesti ollut yksityispraktiikan pitämistä, on tällä sektorilla viime vuosina — lähinnä verotussyistä — alettu yhä enemmän osoittaa mielenkiintoa *työsuhteista* lääkärintointa kohtaan.

---

[162] Noin kolmannes yksityislääkäreistä ilmoitti Suomen Lääkäriliiton kyselyssä olevansa vuonna 1989 osakkaana lääkärikeskuksessa tai ammatinharjoittamisyhtiössä; *Jäättelä — Kujala — Niinimäki* s. 1670.

[163] Tämä näkyy mm. OsakeyhtiöL:n (734/78) 15:1 §:n tulkinnassa siinä, että lainkohdan tarkoittamana 'muuna henkilönä' tulevat kyseeseen ensisijaisesti lähinnä erilaissa *sopimussuhteissa* yhtiöön olevat tahot. Ks. esim. *Koski — af Schultén* s. 375 ja *Kyläkallio* s. 355.

[164] *Achté — Hoppu* s. 84

[165] Tässä ihonsiirtoleikkausta koskevassa päätöksessään lautakunta totesi myös, että »osapuolten välisen hoitosopimuksen kohteena on katsottava olleen kuluttajansuojalain 1 luvun 3 §:n mukainen kulutushyödyke».

Uudessa järjestelyssä lääkäreille on paikoin varattu myös mahdollisuus liittyä työnantajayhtiönsä osakkaaksi. Työn urakkaluonteisuus on kuitenkin haluttu säilyttää, ja lääkärille maksettava palkka riippuu siten hänen työnantajalleen tekemästään työn määrästä.[166] Suomen Lääkäriliiton kyselyssä vuonna 1989 yksityislääkäreistä ilmoitti olleensa työsuhteessa liikeluonteiseen lääkärintoimen laitokseen kaikkiaan 18.8 %[167].

Työsuhteiden käytön ei voida katsoa tuovan muutosta liikeluonteisen lääkärintoimen vahingonkorvausvastuun normiperustan arviointiin. Jos tilannetta tarkastellaan yleensä elinkeinoelämän järjestelyjä vasten, näyttää käsillä olevan sangen tavanomainen asetelma. Hoitosopimuksen toisena osapuolena on nyt lääkärin sijasta *terveydenhuollon laitos*. Lääkärin tekemät hoitosopimukset velvoittavat ensisijaisesti hänen työnantajaansa ja (toissijaisesti) häntä itseään vain hänen työntekijäasemansa vuoksi. Tällaisissa sopimussuhteissa »isäntä» on vanhastaan vastannut kaikkien työntekijöidensä aiheuttamista vahingoista *sopimusperusteisen työnantajavastuun* mukaisesti.[168]

* * *

Yksityislääkäritoimintaa harjoittavien kanssa ei Suomessa ole tehty minkäänlaisia sopimuksia sairausvakuutuksen toteuttamiseen osallistumisesta. Meillä ei siis ole — ainakaan vielä — seurattu useita muita Länsi-Euroopan valtioita, joissa on otettu käyttöön kussakin jonkin verran omintakeinen ns. *suorakorvausjärjestelmä* (esim. Ruotsi, Norja, Tanska, Iso-Britannia, Saksa). Suorakorvausmenettely tarkoittaisi lääkärintoimeen sovellettuna pelkistetysti sitä, että lääkäri perisi vakuutetulta SairausvakuutusL:n mukaisella korvauksella vähennetyn palkkion tai hinnan ja laskuttaisi korvauksen osuuden KELA:lta. Tällaisen järjestelmän käyttöönottoa on tosin esitetty jo viime vuosikymmenellä sosiaali- ja terveysministeriön asettamien Sairausvakuutuksen kehittämistoimikunnan (KM 1987:34) ja Sairausvakuutuksen taksa- ja suorakorvaustyöryhmän (työryhmämuistio 1989:8 STM) raporteissa.

Ehdotettu järjestelmä ei ole saanut lääkärikunnassa varauksetonta hyväksyntää. Sen on pelätty ennenpitkää rajoittavan yksityisen lääkärintoimen harjoittamisen vapautta, vaikka periaatteessa järjestelmään liittymisen onkin sanottu olevan lääkäreille vapaaehtoista. Ehdotettua järjestelmää on Sairausvakuutuksen kehittämistoimikunnan mietinnön pohjalta erään lääkäriseuran pyynnöstä arvioinut myös Olli Mäenpää. Keskeisinä lähtökohtinaan ammatinharjoittamisen vapaus ja virkamieshallintoperiaate Mäenpää katsoo ehdotuksen olevan oikeudelliselta kannalta monin kohdin varsin ongelmallinen. Yhteenvedossaan hän toteaa mm., että »/j/ärjestelmän

[166] *Yksityislääkärit palkkasuhteeseen* s. 3221

[167] Ks. *Jäättelä — Kujala — Niinimäki* s. 1670.

[168] Ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo,* 1973 s. 462—463, *Hakulinen* s. 301 ss. ja *Erma — Hoppu* s. 6—7.

käyttöönotto merkitsee hallinnollisten tehtävien siirtämistä hallintoviranomaisilta yksityisille ammatinharjoittajille», ja että tämän »toimivallan siirron toteuttamistapaa ei ehdotuksessa ole sovitettu hallinnon lainalaisuuden, virkamieshallintoperiaatteen eikä oikeusturvan vaatimuksia vastaaviksi.» Suorakorvausjärjestelmään siirtymisellä tulisi hänen mukaansa olemaan myös »olennaisia heijastusvaikutuksia yksityislääkärien ammatinharjoittamisen vapauteen, potilaan oikeusturvaan sekä potilaan ja lääkärin väliseen suhteeseen», jotka »vaikutukset on järjestelmää suunniteltaessa joko kokonaan jätetty huomiotta tai niihin ei ole kiinnitetty oikeudelliselta kannalta riittävästi huomiota».[169]

Suomalaista järjestelmää kehitettäessä on perusteltua kiinnittää huomiota ruotsalaisen terveydenhuollon muutokseen; Ruotsissa suorakorvausjärjestelmän sisältävä ns. Dagmar-uudistus toteutettiin vuonna 1984. Ryhtymättä tässä yhteydessä perinpohjaisiin tarkasteluihin otan esille kaksi siihen liittyvää huomionarvoista näkökohtaa. Ensinnäkin maakäräjien (landsting) valtuus päättää lääkäreiden liittymisoikeudesta julkiseen sairausvakuutukseen on johtanut tiettyjen lääkäreiden ja heidän potilaidensa jäämiseen yhteiskunnan varoin tuetun hoidon ulkopuolelle[170]. Tällaista muutosta saatetaan erityisesti yhdenvertaisuuden periaatteen valossa pitää varsin epätoivottavana. Toiseksi on merkillepantavaa, että Ruotsissa Dagmar-uudistuksen jälkeen täysin yksityisen rahoituksen varassa oleva lääkärintoimi on — toisin kuin ehkä arvattiin odottaa — alkanut selvästi kasvaa. Ainakin osin tämän on mahdollistanut se, että uudistuksen seurauksena useat vakuutusyhtiöt ryhtyivät välittömästi markkinoimaan yksityisiä sairausvakuutuksia, joita on alettu käyttää etenkin yritysmaailmassa.[171] Tämä saattaa luonnollisesti osin korjata mainittua yhdenvertaisuuden heikentymistä, mutta tällaisenkaan muutoksen tuskin kannattaa antaa tulla meikäläiseen systeemiin vain ennalta-arvioimattomana »sivutuotteena».

Erityisesti lääkärintoimen vahingonkorvausvastuun normiperustaa hahmotettaessa on syytä todeta, että mikäli mahdollisesti toteutettava uudistus ei muuta lääkärinpalkkioiden määräytymistä, voitaneen lääkärin ja potilaan välistä suhdetta jatkossakin pitää sellaisena varallisuusoikeudellisena oikeussuhteena, johon perinteistä yksityisoikeudellista sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta on mahdollista soveltaa suoraan.

4.3.3. Eräitä erityisjärjestelyjä

4.3.3.1. Erikoismaksuluokka

1. Erikoismaksuluokka on erikoissairaanhoitoon kuuluva järjestely, josta säädetään ErikoissairaanhoitoL:n 38 §:ssä seuraavaa:

[169] *Mäenpää,* Lausunto s. 15

[170] *Calltorp* s. 210. Norjassa on käynyt Calltorpin mukaan samoin.

[171] *Calltorp — Rosenthal* s. 231

»Tässä laissa tarkoitetuissa muissa kuin psykiatrisissa sairaaloissa voi asetuksella säädettävien yleisten maksuluokkien lisäksi olla erikoismaksuluokka potilaita varten, jotka haluavat päästä sellaisen lääkärin hoitoon, jolla on lääninhallituksen myöntämässä laajuudessa oikeus hoitaa potilaita erikoismaksuluokassa.

Erikoismaksuluokassa hoidettavilta potilailta voidaan periä lisämaksuja sen mukaan kuin asetuksella säädetään.

Lääkärillä on oikeus saada palkkiona hänen erikoismaksuluokassa hoitamiltaan potilailta perittäviä lisämaksuja vastaava määrä.»

Yllä määritellyn kaltainen erikoismaksuluokkajärjestely on ollut meillä käytössä jo yli 30 vuotta[172], ja ErikoissairaanhoitoL:n säätämisen yhteydessä se katsottiin tarkoituksenmukaisena pitää aiemman kaltaisena[173]. LKH on aikanaan ottanut kantaa erikoismaksuluokkaoikeuden tulkintaan YK:llään 29. 11. 1961 N:o 1246, jota on osittain muutettu 17. 12. 1969 YK:llä N:o 1475[174]. Edellisen mukaan »erikoismaksuluokkaan hoidettavaksi otettu sairas on sairaalan potilas samalla tavalla kuin muut ns. yleiset potilaat, vaikka hän on saanut valita lääkärinsä». Lisäksi todetaan, että »kun erikoismaksuluokka (---) on osa sairaalakokonaisuutta, on erikoismaksuluokassa hoidettavien sairaiden suhteen noudatettava kaikkia sairaalan toimintaa koskevia yleisiä säännöksiä».[175]

Erikoismaksuluokan käyttöä rajoittaa paitsi sen käyttöoikeuksien määrittäminen enintään 10 %:iin sairaalan käytössä olevien sairaansijojen kokonaismäärästä[176] myös se, että erikoismaksuluokan palvelut jakaantuvat alueel-

[172] Valtion sairaaloiden osalta järjestely on perustunut eräistä lääkintölaitoksen maksujen, korvausten ja palkkioiden yleisistä perusteista annetun L:n (547/60) 1 §:ään ja eräistä sairaanhoitolaitoksen maksuista, korvauksista ja palkkioista annetun A:n (178/61) 3 §:ään. Kunnallisissa yleissairaaloissa se oli käytössä alunalkaen sairaanhoitolaitosten eräisiin palkkauskustannuksiin annettavan valtionavun perusteista annetun L:n (546/60) nojalla. Tämän lain tultua kumotuksi vuonna 1973 järjestelmän noudattaminen perustui kuntasektorilla aluksi pelkästään kunnalliseen virkaehtosopimukseen kunnes vuonna 1983 mainitun A:n 3 §:ää täydennettiin siten, että myös kunnalliselle sairaalalle tunnustettiin siinä erikoismaksuluokkaoikeus. Puolustusvoimissa sotilassairaaloiden erikoislääkärin pätevyyttä edellyttävien virkojen haltijoiden erikoismaksuluokkaoikeus perustuu edelleen näitä koskevaan virkaehtosopimukseen. Oikeuden myöntää viranhaltijan anomuksesta puolustusvoimien ylilääkäri sen jälkeen, kun asiasta on kussakin tapauksessa hankittu valtiovarainministeriön palkkaosaston lausunto. Ks. *Päädesikunnan pysyväismääräys 15. 7. 1987 1887/Dbc PElääk-os PMK 6:12* s. 2.

[173] *1988 vp. asiak. A2 HE n:o 94* s. 19

[174] *Päädesikunnan pysyväismääräyksen 15. 7. 1987 1887/Dbc PElääk-os PMK 6:12,* s. 2, mukaan mainittuja YK:itä noudatetaan soveltuvin osin myös puolustusvoimien sairaaloissa.

[175] Mainitut YK:eet kumottiin ns. leikkurilain johdosta LKH:n YK:llä 21. 11. 1990 N:o 1976. Ks. kuit. edellä alav. 129.

[176] *LKH:n YK 29. 11. 1961 N:o 1246*

lisesti epätasaisesti. Oikeutta lääkärin valintaan ei voida toteuttaa erikoismaksuluokan keinoin, ellei järjestelyn mukaisia paikkoja ole sairaalassa tarjolla. Yleisimmin erikoismaksuluokan potilas on sellaisen lääkärin itsensä lähettämä, jolla on sairaalassa erikoismaksuluokkaoikeus.[177]

II. Tavallisen VahKL:n mukaisen julkisyhteisövastuun rinnalle vaihtoehtoiseksi erikoismaksuluokan vahingonkorvausjärjestelyjen ratkaisumalliksi Tore Modeen on esittänyt sopimusvastuun käyttöä. Tämä olisi Modeenin mukaan mahdollista sen vuoksi, että sairaalan ja potilaan ulkokontrahdillisen oikeussuhteen lisäksi lääkärin ja potilaan välillä voidaan katsoa olevan sopimussuhde. Tässä yhteydessä on olennaista huomata, että Modeenin käsitys ei perustu senkaltaisiin näkökohtiin, joihin sopimusvastuun täydentävän käytön mahdollisuutta argumentoitaessa on edellä vedottu.

Modeenin kannanoton taustalla on hänen erikoismaksuluokkaa koskeva analyysinsä, jolla hän osoittaa eräitä järjestelmästä lääkärille ja potilaalle de facto johtuvia etuisuuksia; mm. juuri sen, että avohoidon yksityispotilaan mahdollisuudet tulla otetuksi sairaalaan ovat paremmat, kun hänen lääkärillään on sairaalassa erikoismaksuluokkaoikeus. Modeenin mukaan erikoismaksuluokassa hoidettavaa potilasta voitaisiin edelleen pitää lääkärin yksityispotilaana, koska hänen sairaalaan ottamisensa sellaiselle hoitopaikalle olisi seurausta hänen sopimussuhteestaan lääkäriin.[178]

Modeenin omaksuman lähtökohdan vuoksi hänen käsityksensä sopimusvastuun sovellettavuudesta muotoutuu erilaiseksi kuin edellä yleisesti hahmoteltiin. Modeen kirjoittaakin, että lääkäri olisi virkamiehen vastuunsa lisäksi sopimuksensa perusteella myös *ensisijaisvastuussa solidaarisesti* sairaalan kanssa. Hän liittää kannanottoonsa huomautuksen, että kuvatunlainen vastuujärjestely olisi luonnollinen seuraus siitä *erityisestä takuusta,* jonka lääkärin vastuulle on katsottava tulleen hänen ottaessaan potilaita henkilökohtaiseen hoitoonsa erityispalkkiota vastaan. Tämän mallin mukainen vastuujärjestelmä olisi Modeenin mielestä *oikeudenmukainen* siinä, että lääkäri olisi tällöin ankarammassa vastuussa kuin sairaalan normaalihoidon kyseen ollen.[179]

Kuten sanottu, Modeen tarjoaa selostettua vastuurakennelmaa vain vaihtoehtoiseksi järjestelyksi. Sen soveltamista vastaanpuhuvina seikkoina hän viittaa sopimuskonstruktion epävarmuuteen, mikä johtuu siitä, että lääkäri hoi-

[177] Ks. *Salmela* s. 281.
[178] *Modeen,* JFT 1979 s. 583—584
[179] *Ibid.* 584—585

taa myös erikoismaksuluokan potilaitaan osana virkavelvollisuuttaan (työaikanaan ja virkasuhteensa vuoksi), ja ei aina edes aiemman yksityispotilassuhteen seurauksena. Lisäksi Modeen mainitsee, että lääkäri saa korotetun palkkionsa sairaalalta, joka huolehtii maksun kantamisesta julkisoikeudellisena saatavana.[180] Modeenin toinen vaihtoehto, jonka mukaan vastuu erikoismaksuluokan potilaille aiheutetuista vahingoista määräytyisi VahKL:n säännösten perustalta, on saanut muidenkin kannatusta[181].

Omasta puolestani katson, että se varallisuusoikeudellinen sopimussuhde, joka mahdollisesti on ollut sairaalalääkärin ja hänen yksityisvastaanottonsa potilaan välillä, ei enää henkilön saatua sairaalapotilaan aseman ole sellaisena voimassa. Kyse ei ole enää sopimuksesta, johon voitaisiin välittömästi soveltaa VahKL:n 1:1:ssä tarkoitettua sopimukseen perustuvaa korvausvastuuta. Tutkimuksessa edellä esitetty huomioonottaen en kuitenkaan tällä perusteella pidä asianmukaisena suhtautua torjuvasti yleensä sopimusvastuun soveltamismahdollisuuteen. Sitä saatetaan käyttää edellä hahmotelluin tavoin *täydentävänä* järjestelynä. Tähän kuuluu luonnollisena osana potilaan oikeus vedota myös lääkärin *yksityisvastaanotollaan tekemiin erikoismaksuluokan hoitoa koskeviin lupauksiin ja sitoumuksiin.* Niitä ei voida vahinkotapauksen korvausoikeudellisessa arvioinnissa sivuuttaa merkityksettöminä, vain aiempaan oikeussuhteeseen kuuluneina seikkoina.

4.3.3.2. Sairaalalääkärin yksityispotilasvastaanotto (Yksityispaikkajärjestelmä)

Kun arvioitavana on virkalääkärin oikeus yksityispotilasvastaanottoon julkisyhteisön omistamassa sairaalassa, on lähellä ajatus asettaa hoidon luonne yksityisenä toimintana kyseenalaiseksi. Se, että tällainen lääkärintyö on selvästi monessakin mielessä kytkeyksissä julkisyhteisön sairaalatoimintaan, saatettaisiin myös suoraan VahKL:n perustelujen, erityisesti sen isännänvastuuta koskevien laajennusten valossa, tulkita lain soveltamista puoltavaksi.[182] Minkälaisia rajoituksia tai esteitä po. kaltaisesta lääkärintoimesta sitten mahdollisesti johtuu VahKL:n soveltamismahdollisuuteen?

Jos po. järjestelyä arvioidaan perinteisen tavan mukaisesti muodollis-juridiselta kannalta, havaitaan, että toiminnan perusteista ei ole olemassa lainsää-

[180] *Ibid.* s. 585

[181] Ks. *Achté — Hoppu* s. 83.

[182] Ks. esim. *1973 vp. asiak. III:1 HE n:o 187* s. 16 ja *KM 1965:A4* s. 32. Vrt. esim. *Hellner,* Skadeståndsrätt s. 109.

däntöä. Yksityispaikkajärjestelmän taustalla on Suomen Lääkäriliiton ja sairaalaliittojen vuonna 1961 käymä lääkäreiden palkkakiista, jonka ratkaisun sisältönä oli lääkäreiden yksityisvastaanotto-oikeutta ja päivystyksen korvaamista vapaa-ajalla edellyttävä sovintoehdotus. Sovintoehtojen yksityiskohdat sisältyvät Suomen Lääkäriliiton ja Sairaalaliittojen neuvottelukunnan välillä 30. 5. 1962 aikaansaatuun *yleissuositukseen sairaalalääkärien yksityisvastaanotto-oikeudesta ja päivystystä koskevaan suositukseen*[183].

> Yleissopimuksen mukaan yksityisvastaanotto-oikeus voidaan myöntää ehdoin, että myönnettävä oikeus ei supista eikä rajoita sairaalan säännönmukaista toimintaa; että kyseisellä lääketieteen alalla tulevat ensin kaikki sairaalassa hoidettavana olevat ja sairaalan tai sen poliklinikalle määräysten ja ohjeiden mukaan hoidettavaksi otettavat potilaat viivytyksettä ja potilaiden tarpeidenmukaisessa järjestyksessä tutkituiksi ja hoidetuiksi; ja että oikeus myönnetään sairaalalle tulevaa täyttä korvausta vastaan sekä edellyttäen, ettei se aiheuta ylityötä sairaalan muulle henkilökunnalle. Periaatteessa lääkärin tulee ajoittaa ko. toimintansa virka-aikansa ulkopuolelle.
>
> Ennen LKH:n ja sosiaalihallituksen yhdistymistä STH:ksi »lupamenettely» toimi siten, että ensiksi sairaalan taholta selvitettiin, missä laajuudessa oikeutta haluavat sairaalan lääkärit saattoivat saada oikeuden. Tämän jälkeen asiasta laadittiin sairaalan ja lääkärien välinen sopimusluonnos, jonka sairaalakuntainliitto toimitti LKH:lle. Sen asiana oli antaa ilmoitus siitä, missä laajuudessa ja kuinka pitkäksi ajaksi sopimus voitiin hyväksyä. Menettely päättyi siihen, että yksityisvastaanotto-oikeudesta tehtiin sairaalan ja lääkärin kesken lopullinen sopimus.[184] STH:n syntymisen myötä keskusviraston rooli sairaalalääkäreiden yksityispotilasvastaanotto-oikeutta koskevissa järjestelyissä lakkautettiin ja kuntainliitot käyttävät asiassa nyt itsenäistä päätösvaltaa.

Tässä yhteydessä ei ole tarvetta kiinnittää huomiota järjestelyn juridiseen oikeutukseen tai perusteltavuuteen. Lyhyesti voidaan sanoa, että käsillä on elävä esimerkki niistä vahvojen parttien sopimusjärjestelyistä, joiden pätevyys ei ole tarvinnut tuekseen lainsäädännöllistä taustaa.[185] Sopimusvastuun sovellettavuuden kannalta on sen sijaan olennaista, kuinka laajalti lääkäri ja potilas kykenevät sopimaan hoitoon liittyvistä kysymyksistä.

---

[183] Huomattakoon, että sairaalalääkärin yksityispotilasvastaanotto-oikeus ei kuitenkaan karkeasti ottaen ole mikään erityisesti suomalainen järjestely. Monin kohdin tätä järjestelyä muistuttaa esim. saksalainen »Belegarzt»-instituutio. Ks. lähemmin *Geigel* s. 1105—1106.

[184] Ks. esim. *Willman* s. 2978 ja *Suomalainen sairaalassa* s. 17—18.

[185] Yksityispaikkajärjestelmän oikeudellisessa kritiikissä on toisaalta tullut esille, että sen taustalla olevan sopimuksen myöhempi juridinen sitovuus saatetaan perustella viittaamalla vakiintuneeseen käytäntöön ja siihen, että valtiovalta näyttää hyväksyneen järjestelyn; *Suomalainen sairaalassa* s. 17. Ks. myös *Mäenpää,* Hallintosopimus s. 140.

Vallitsevan käytännön valossa po. lääkärintoimi vaikuttaa rinnastuvan ratkaisevasti perinteiseen yksityispraktiikkaan. Lääkärin ja potilaan sopimismahdollisuus ei rajaudu ainoastaan lääkinnällisiin kysymyksiin, vaan sopimukseen sisältyy myös *varallisuusoikeudellinen* osa. Lääkäriliitolla on tässä ollut vastaavalla tavalla kuin yleensä yksityislääkärintoimen osalta vastaanottopalkkiosuositusten antajan rooli.

Ehkä olennaisin ero tavalliseen lääkärikeskuksessa harjoitettavaan yksityispraktiikkaan nähden on siinä, että avustava henkilöstö toimii sairaalassa virkavastuulla. Tämä ei kuitenkaan ole tekijä, joka periaatteessa miltään osin rajoittaisi sopimisen vapautta lääkäri — potilas-suhteessa. Käsittääkseni klassinen *velvoiteoikeudellinen sopimusvastuu* soveltuu ongelmitta yksityispaikkajärjestelmän puitteissa harjoitettuun lääkärintoimeen. Tätä käsityskantaa tukee myös se, että sairaalan ei ole katsottu olevan yksityispotilasoikeuden osalta vastuussa lääkärinpalkkioiden perimisestä, vaikka se teknisesti hoitaisi perinnän, ja se, että lääkäreitä pidetään tässä järjestelyssä yrittäjien eläkelain (468/69) 1 §:n tarkoittamina yrittäjinä[186].

4.3.3.3. Omalääkäritoiminta

1980-luvun loppupuolella maassamme aloitettiin STM:n ja KELA:n toimesta laajalti yleistäkin huomiota saanut ns. väestövastuuperiaatteen mukainen omalääkärikokeilu. Terveyskeskuslääkäreiden ohella omalääkäreinä toimii useita yksityislääkäreitä, joiden kanssa KELA on tehnyt asiasta kirjallisen sopimuksen. Omalääkärikäynti on potilaalle maksuton.

Omalääkäritoiminnan osalta saattaisi olla houkuttelevaa ryhtyä yksityisen ja julkisen lääkärintoimen erillistarkasteluun. Edellisen yhteyteen voitaisiin kenties yrittää sovittaa oppia kolmannen hyväksi tehtävästä sopimuksesta *(negotium in favorem tertii)*[187]. Tällaisesta kaksijakoisesta lähtökohdasta ajauduttaisiin kuitenkin helposti sellaisiin muodollisiin perusteluihin, jotka jäävät erilaisten hoitotilanteiden oikeudellisen arvioinnin kannalta irrelevanteiksi tai ainakin selvästi taka-alalle.

Käsittääkseni yksityinen ja julkinen omalääkäritoiminta on mahdollista rinnastaa toisiinsa monissa tässä yhteydessä olennaisissa kohdissaan. Jo kokeilun perusideaan kuuluu, että KELA ei esiinny yksityislääkäreihin nähden kei-

[186] *Willman* s. 2978

[187] Ks. *Hakulinen* s. 192 ss., *Kivimäki — Ylöstalo*, 1981 s. 258—259, *Telaranta* s. 403 ja 444 ss. Vrt. saksalaisen kassalääkärin ja kassapotilaan välistä oikeussuhdetta koskevan keskustelun erittelystä tältä kannalta *Jung* s. 129 ss.

denkään henkilöiden edun ajajana, vaan pyrkii sopimusmenettelyyn turvautuen selvittämään erään yhteiskuntakysymyksen järjestelyyn liittyviä tekijöitä (mm. omalääkärijärjestelyn vaikutusta erilaisten lääkäripalvelujen käyttöön). Yksityisellä puolella lääkärin sopimussuhteen KELA:n kanssa voidaan tavallaan katsoa »korvaavan» eräitä julkisen puolen virkasuhteesta johtuvia vaikutuksia. Lääkärin ansionsaanti ja eräät virkavelvollisuuksia vastaavat velvoitteet perustetaan sopimukseen[188].

Tämänkaltainen yhtäläistyminen merkitsee käsillä olevan tutkimusongelman kannalta, että lääkäri — potilas-suhde samankaltaistuu ratkaisevassa määrin kautta omalääkäritoiminnan. Tietysti saatetaan todeta esim., että virkalääkärin ja potilaan välinen suhde on perustaltaan konstruoitavissa julkisyhteisön ja yksityisen väliseksi oikeussuhteeksi, jonkakaltaista rakennelmaa ei voida hahmottaa yksityiseen omalääkäritoimintaan. Olennaista tässä yhteydessä kuitenkin on, että sopimisen mahdollisuus on koko po. toiminnan saralla jokseenkin yhtäläisten rajoitusten alainen. Lyhyesti sanottuna, lääkäri ja potilas voivat sopia monista hoitoa koskevista kysymyksistä, mutta *suhde ei muotoudu velvoiteoikeudelliseksi suhteeksi.* Aiemmin esitetyn mukaisesti omalääkäritoiminnan vahinkotapauksiin saattaa PotilasvahinkoL:n soveltamisalan ulkopuolella tulla sovellettavaksi VahKL:n lisäksi sitä täydentävä sopimusvastuu.

4.3.3.4. Työterveyshuollon lääkärintoimi

I. TyöterveyshuoltoL:n (743/78) 1 §:n mukaan työnantaja on velvollinen järjestämään kustannuksellaan työntekijöilleen työterveyshuollon. Vaikka työterveyshuolto on lain mukaan etupäässä ehkäisevää terveydenhoitoa — terveysvaarojen ja haittojen selvittämistä, terveystarkastusten toimittamista jne. — kuuluu siihen myös mm. ensiavun järjestäminen ja kuntoutukseen ohjaaminen. Lisäksi on huomattava, että työnantajan on mahdollista TyöterveyshuoltoL:n 3 §:n mukaisesti järjestää työntekijöilleen työterveyshuoltopalvelujen yhteyteen muitakin terveydenhuoltopalveluja. Tällaiset järjestelyt ovat käytännössä hyvin tavallisia.

Työnantaja voi lain 7 §:n mukaan toteuttaa työterveyshuollon hankkimalla palvelut terveyskeskukselta, järjestämällä ne itse tai yhdessä toisten työnantajien kanssa taikka ostamalla ne muulta niiden antamiseen oikeutetulta laitokselta tai henkilöltä. Terveyskeskusten rooli työterveyshuollossa on varsin-

[188] Yksityissektorin palkkioita vastaavasti myös terveyskeskusten omalääkäreiden palkkaus on pyritty järjestämään Kunnallisen työmarkkinalaitoksen ja Lääkäriliiton neuvotteleman virkaehtosopimuksen keinoin »yksilöllisemmäksi ja kannustavammaksi».

kin pientyönantajien osalta ollut hyvin merkittävä. TyöterveyshuoltoL:n voimassaolon ensimmäisen kymmenvuotiskauden aikana terveyskeskuksia hyödyntävien työpaikkojen määrä kymmenkertaistui[189, 190]. Työnantajien yhteisesti ylläpitämiä yhdistysmuotoisia työterveysasemia oli 1980-luvun puolessa välissä noin 50 ja työnantajien omia työterveysasemia ainakin noin 600[191]. Työterveyshuoltopalveluja ostetaan runsaasti myös esim. yksityisiltä lääkärikeskuksilta.

II. Erilaisin työnantaja — työntekijä — työterveyshuollon antaja -suhteen variaatioin toisistaan poikkeavia työterveyshuollon toteutuksia on mahdollista osoittaa hyvin monenlaisia. Käsittääkseni työterveyshuollon voitaisiin usein kohdin katsoa toteutetun ns. kolmannen hyväksi tehdyllä sopimuksella. Joka tapauksessa voitaneen pitää perusteltuna lähteä siitä, että valtaosaan ainakin niistä järjestelyistä, joissa työterveyshuolto ja siihen mahdollisesti liittyvä muu terveydenhuolto ostetaan yksityiseltä sektorilta, on mahdollista soveltaa suoraan velvoiteoikeuden mallin mukaista lääkärintoimen sopimusvastuuta. Näissä tapauksissa sopimusosapuolet kykenevät ainakin periaatteessa disponoimaan sopimussuhdettaan varallisuusoikeudellisessa mielessä.

Asetelma muuttuu silloin, kun työterveyshuollosta sovitaan kunnallisen terveyskeskuksen kanssa. Tällainen laitos nimittäin joutuu KansanterveysL:n 21 §:n mukaisesti perimään antamistaan työterveyshuoltopalveluista asetuksella säädetyt maksut ja korvaukset[192]. Tämänkaltainen terveydenhuoltopalvelujen maksujen määräytymistapa rajoittaa olennaisesti sopimuksen varallisuusoikeudellista osaa koskevia disponointivaltuuksia. Sääntelyn merkitys po. suhteessa tulee selvästi esiin seuraavassa oikeustapauksessa.

> KHO 1988 A 52: Kansanterveystyön kuntainliiton liittohallitus oli hyväksynyt sopimuksen, jonka mukaan terveyskeskus ei perisi sopimuksen osapuolina olevilta yhtiöiltä maksuja sairaanhoitoon liittyvistä laboratorio- ja röntgentutkimuksista, kun yhtiöiden henkilöstö tulee tutkimuksiin tehtaanlääkärin lähetteellä. Niinikään yhtiöiden laboratorioi-

[189] *Junnila* s. 375

[190] Vuonna 1988 toteutetulla KansanterveysL:n 15 §:n muutoksella (L 407/88) helpotettiin kuntien mahdollisuuksia sopia alueellaan toimivien työnantajien kanssa myös TyöterveyshuoltoL:n 3 §:n tarkoittaman muun terveydenhuollon järjestämisestä siten, että aiemmin edellytettyä LH:n lupaa asiassa ei enää vaadita.

[191] Ks. *Yksityisen terveydenhuollon lakityöryhmän muistio* s. 32—33 ja *1989 vp. asiak. A1 HE n:o 46* s. 12.

[192] A terveyskeskukselle työterveyshuollosta perittävistä maksuista ja korvauksista (984/78) koskee kaikkea työterveyshuollon yhteydessä annettavaa terveydenhuoltoa, siis myös TyöterveyshuoltoL:n 3 §:ssä tarkoitettuja vapaaehtoisia palveluja.

den tuli sopimuksen mukaan antaa korvauksetta terveyskeskukselle laboratoriopalveluja. KHO totesi kuntainliiton liittohallituksen ylittäneen sopimuksen hyväksyessään toimivaltansa, koska työnantaja oli KansanterveysL:n 21.2 §:n mukaan velvollinen suorittamaan terveyskeskukselle mainitunlaisista palveluista asetuksella säädettävien perusteiden mukaan määräytyvät maksut ja korvaukset, ja koska palvelujen korvaamisesta oli sovittu toisin kuin terveyskeskukselle työterveyshuollosta perittävistä maksuista ja korvauksista annetun A:n (984/78) 2 §:ssä edellytettiin.

Yllä oleva huomioonottaen voitaneen perustellusti lähteä siitä, ettei terveyskeskusten kanssa tehtäviä työterveyshuoltoa koskevia sopimuksia ole mahdollista pitää sellaisina välipuheina, joiden vastuukysymykset ratkaistaisiin suoraan perinteisen velvoiteoikeudellisen sopimusvastuunormiston perustalta. Sopimusvastuun käyttöala ei ole kuitenkaan rajoittunut yksinomaan terveyskeskusten työterveyshuollossa. Yksityisellä puolella sille vieraista järjestelyistä saatettaneen katsoa olevan kyse silloin, kun työnantaja palkkaa työterveyslääkärin tai työnantajat perustavat esim. yhdistyksen vastaamaan työterveyshuollosta. Myöskään näissä tapauksissa ei lääkärin ja potilaan välille liene mahdollista katsoa syntyvän velvoiteoikeudellista oikeussuhdetta.

Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta eikä tarvetta paneutua kysymykseen sopimusvastuun sovellettavuudesta erilaisiin työterveyshuollon toteutuksiin kohta kohdalta. Jo yllä olevan perusteella voidaan kuitenkin sanoa, että paikoin sopimusvastuun soveltamismahdollisuus vaikuttaa suhteellisen ongelmattomalta. Myös tällä kohden on aiemmin esitetyin perustein luontevaa lähteä siitä, että ulkokontrahdillisissa suhteissa sopimusvastuuta saattaa olla mahdollista käyttää täydentävänä korvausnormistona.

4.3.3.5. Ostopalveluna kustannettu lääkärintoimi

1. Ostopalveluna kustannetulla lääkärintoimella tarkoitetaan tässä yhteydessä sellaisia yksityisen terveydenhuollon ja erilaisten terveysjärjestöjen tuottamia lääkäripalveluja, joita hankkimalla julkinen terveydenhuolto laajentaa volyymiaan joko sen itsekin hoitamilla terveydenhuollon toimintojen alueilla tai sen omaan toimintaan varsinaisesti organisoimattomalla tehtäväsaralla. Ehkä näkyvimmin liikeluonteisen terveydenhuollon tarjoamista artikkeleista ovat esillä olleet ns. ohitusleikkaukset. Esim. yksityislääkärikonsultaation käytön järkevyyttä on perusteltu sillä, että sen on sanottu tulevan usein halvemmaksi kuin potilaan lähettäminen sairaalan poliklinikalle. Senkaltaiset järjestöt kuin Epilepsialiitto r.y., Suomen Diabetesliitto r.y., Suomen Syöpäyhdistys r.y., Keuh-

kovammaliitto r.y. Invalidisäätiö jne. järjestävät myös eräitä palveluja, joita julkinen terveydenhuolto saattaa käyttää omien palvelujensa jatkeena. Tällaisten järjestöjen palvelutoiminnassa on lääkärintyön osuus paikoin hyvin merkittävä.

Ostopalvelujen käyttömahdollisuus perustuu keskeiseltä osaltaan lakiin sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (677/82), jonka 3 §:n mukaan kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon hankkimalla palveluja mm. yksityiseltä palvelujen tuottajalta[193]. SairausvakuutusL:n (5 §:n) ja -A:n (2 §:n) säännöksistä johtuen terveydenhuoltoa antavana laitoksena tulee käytännössä yleensä kyseeseen vain yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain nojalla toimiva yksikkö. Toistaiseksi KansanterveysA:n 6 § on estänyt kuntia valtionosuuden menettämisuhan vuoksi turvautumasta ostopalveluihin haluamassaan laajuudessa. Vapaakuntakokeilussa mukana olleiden kuntien asema on kuitenkin tässä suhteessa ollut parempi, sillä näillä on ollut mahdollisuus järjestää muun ohella terveydenhuollon palvelut parhaaksi katsomallaan tavalla. Käynnissä olevat valtionosuusjärjestelmän uudistushankkeet tulisivat toteutuessaan vapauttamaan muidenkin kuntien päätöksentekoa po. suhteessa[194].

II. Arvioitaessa sopimusvastuun soveltamismahdollisuutta tullaan taasen siihen, että sopiminen ei lääkäri — potilas-suhteessa voi ulottua hoitoon kuuluvia kysymyksiä laajemmalle. SVOL:n 18 §:n 4 kohdassa säädetään, että »asiakkailta on perittävä (---) palveluista samat maksut ja korvaukset kuin vastaavista kunnallisista palveluista». Sekä KansanterveysL:n (21—21b §:t) että ErikoissairaanhoitoL:n (8 luku) säännöksistä käy ilmi paitsi maksujen asetustasoinen määrittelytapa myös se, että maksuvelvollisuutta ei aina välttämättä edes synny tai maksu saatetaan tietyin sosiaalisin perustein joutua alentamaan tai jättämään perimättä.[195]

Yllä sanotun perusteella on luontevaa vedota po. ostopalvelujen osalta yksityisen terveydenhuollon asemaan *julkisten palvelujen kiinteäsaumaisena jat-*

[193] Huom. myös L terveydenhuollon järjestämisestä puolustusvoimissa 20. 3. 1987/322 8 §.

[194] Kaavaillussa uudistuksessa on kolme keskeistä lähtökohtaa: 1) valtionosuuksien maksatuksessa luovutaan toteutuneiden menojen mukaisista maksuista, ja siirrytään kunnittain määriteltävään tarvepohjaiseen maksukäytäntöön; 2) kuntainliitoille tähän saakka suoraan maksetut valtionosuudet maksetaan peruskunnille; ja 3) kunnalle jää nykyistä suurempi harkintavalta valtionosuuksina saamiensa tulojen lopullisesta käytöstä. Ks. lähemmin *KM 1989:56.*

[195] Meillä on ollut myös nimenomaisesti eräitä laitoksia koskevia erityissäännöksiä, joissa viitataan näihin periaatteisiin. Sellaisina voidaan mainita ainakin reumaattisten (687/51) ja kaatumatautisten (367/51) hoitolaitosten valtionavusta annettujen L:ien 4 §:t.

keena. Yksityisen sektorin mobilisoiminen julkisen hallinnon tehtävien toimittamiseen sen toimintaperiaatteiden mukaisesti on seikka, jota ei voida sivuuttaa asiaa vahingonkorvausoikeudenkaan suunnalta katsottuna. Kyse on perimmältään kiistatta lakiin perustuvasta julkisten tehtävien hoitamisesta. Lääkärin tai laitoksen ja potilaan välinen suhde jää selvästi ulkokontrahdilliseksi suhteeksi, jonka vahinkotilanteisiin toiminnan yleisenä perustana oleva sopimus ei saata tuoda sopimusvastuuta.[196] Sitä paitsi on huomattava, ettei sellainen satunnainen seikka, kuin että määrätäänkö julkisen terveydenhuollon palvelua jonottava henkilö esim. tilanpuutteen vuoksi yksityissektorilta ostettuun hoitopaikkaan vai sovitetaanko hänet julkisyhteisön itse toteuttaman palvelun piiriin, saattaisi yleensäkään muodostaa mielekästä korvausvastuun normiperustan määräytymiskriteeriä. Sopimusvastuun sovellettavuuden on ostopalvelutoiminnan vahinkotapauksissa kuitenkin asianmukaista katsoa tulevan kyseeseen samalla tavalla ja samoin perustein täydentävän vastuun muodossa kuin julkisyhteisöjen täysin omin resurssein hoitamassa terveydenhuollossa.

4.4. Yhteenvetoa

Edellä on tarkasteltu erilaisia lääkäri — potilas-suhteen sopimusluonteen contra-argumenteiksi selitettyjä tekijöitä. Tätä tarkastelua seurasi eräitä lääkärintoimen organisatorisia järjestelyä koskeva analyysi. Esityksen tuloksena muotoutui käsitys, jonka mukaan lääkärin tulee toiminnassaan päästä yhteisymmärrykseen potilaan kanssa monista tämän hoitoon kuuluvista kysymyksistä, ja että tämä vaatimus jo sinällään johtaa sellaisiin välipuheisiin, jotka merkitsevät vähintääkin eräänlaisen heikon tai tosiasiallisen sopimusmenettelyn käyttöä. Lääkärintoimeen kussakin tapauksessa kohdistuvasta sääntelystä riippuen sopimus saatetaan selittää osaksi lääkärin ja potilaan välille muotoutuvaa velvoiteoikeudellista oikeussuhdetta, jolloin sen vahingonkorvauskysymykset on ratkaistavissa suoraan VahKL:n 1:1:ssä tarkoitetun sopimusvastuun perusteella, tai sitten hoitoa koskevilla välipuheilla formuloidaan perinteisessä katsannossa ulkokontrahdilliseksi suhteeksi jäävää henkilörelaatiota, jossa sopimusvastuutyyppinen korvausjärjestely voi tulla kyseeseen vain täydentävänä rehabilitaatiokeinona.

Täydentävän sopimusvastuutyyppisen korvausjärjestelyn perustelu myös ul-

[196] Vrt. myös *Modeen,* JFT 1991 s. 182, joka toteaa yleisesti kuntien ostamien terveyden- ja sosiaalihuollon palvelujen kuuluvan toimintaan, »som står under kommunens offentligrättsliga ansvar».

kokontrahdillisiin suhteisiin saattaa antaa vaikutelman julkista vallankäyttöä koskevan vahingonkorvausnormiston tarpeettomuudesta. On siten aiheellista korostaa, että edellä ei ole yksityiskohdiltaan lyöty lukkoon täydentävän sopimusvastuun soveltamisalaa ja että sitä ei itse asiassa olisi ollut mahdollista edes tehdä. On tärkeää huomata, että koska po. kaltaisen täydentävän sopimusvastuun käyttö velvoiteoikeudellisten suhteiden ulkopuolelle jäävissä vahinkotapauksissa ei voi tulla kyseeseen oikeussääntöjen välittömänä soveltamisena, siihen turvautuminen on eräänlainen viimeinen keino, jonka hyväksyttävyys ei sellaisena ole useinkaan ongelmaton.

5. JULKISEN VALLAN KÄYTTÄMISTÄ KOSKEVIEN VAHINGONKORVAUSLAIN SÄÄNNÖSTEN SOVELTAMISALA — LÄÄKÄRINTOIMEN VASTUUTILANTEIDEN ANALYYSIA

1. Edellä on hahmotettu pääpiirteittäinen kuva PotilasvahinkoL:n ja sopimusvastuuperiaatteiden sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin. Tämä on tehty erityisesti sitä silmälläpitäen, millaisen merkityksen mainittujen säännöstöjen ylipäätään voidaan katsoa jättävän VahKL:n julkisen vallankäyttöä koskevien säännösten sovellettavuusongelmalle. Kuten edellä jaksossa 4.1.7. todettiin, PotilasvahinkoL:n soveltamisalan rajauksia on useita. Erityisesti julkisen vallankäyttöä koskevien säännösten sovellettavuudesta puhuttaessa on aiheellista korostaa, että PotilasvahinkoL:n mukaista korvausturvaa ei ole mahdollista antaa varallisuusvahinkotapauksissa. Lääkärivastuutilanteita yleisemmin ajatellen on sangen merkittävä näkökohta, että vahingon kärsinyt voi aina halutessaan ajaa korvauskannetta syyllisyysperusteiseen vahingonkorvausnormistoon vedoten. Myös muut PotilasvahinkoL:n soveltamismahdollisuutta koskevat rajoitteet huomioonottaen on vielä syytä toistaa se aiemmin esitetty huomio, että yleisten vahingonkorvaussääntöjen soveltamisalaa koskeva kysymys on erittäin relevantti lääkärintoimesta aiheutuvia vahinkotapauksia oikeudellisesti arvioitaessa.

Sopimusvastuun soveltamismahdollisuus on vahvimmillaan lääkärivastuutilanteissa erilaisissa yksityisvastaanoton toteutuksissa. Tällöin sopimusvastuun soveltuminen merkitsee periaatteessa samalla VahKL:n soveltumattomuutta. Toisaalta yksityisessäkään lääkärintoimessa sopimusnäkökohtien asema ei ole kauttaaltaan sillä tavoin ehdottoman syrjäytymätön, etteikö kysymystä julkisen vallan käyttöä koskevien vahingonvastuusäännösten sovellettavuudesta voitaisi pitää sielläkin relevanttina.

Sopimusoikeudellisten vahingonkorvausperiaatteiden käyttö lääkärintoimen muissa järjestelyissä on mahdollista pelkästään täydentävänä vastuumuotona. Tällöinkin sovellettavuus on siinä mielessä epävarmaa, että se saattaa tulla kyseeseen vain riittävän painavien asia-argumenttien ja oikeusturvasyiden sitä edel-

lyttäessä. Olennaista käsillä olevassa luvussa on, että sopimusvastuun soveltamismahdollisuus tarkoitetulla tavalla täydentävänä vastuujärjestelynä ei sulje pois muiden vahingonkorvaussääntöjen sovellettavuutta.

II. Pyrittäessä seuraavassa määrittämään julkisen vallan käyttöä koskevan vahingonkorvausnormiston sovellettavuutta eritellysti erilaisissa lääkärintoimen harjoittamistilanteissa on aihetta vielä korostaa julkisen vallankäytön alan eräänlaista myötenantavuutta nopeatempoisten yhteiskunnallisten muutosten maailmassa. Tätä käsitteen ominaisuutta — olkoonkin, että se vaikuttaisi vahingonkorvausoikeudellisessa lainkäytössä tulleen selvimmin esille — ei kuitenkaan ole perusteltua nähdä ainoana tulkintadirektiiviä muotoavana näkökohtana, sillä julkisen vallankäytön tulkinnalla on rajansa. Toisaalta uudenlaisia rajoja tai hahmotuksia etsivä käsite antaa perusteen tunnustella sen soveltamismahdollisuutta myös sellaisiin tilanteisiin, joissa sille entuudestaan ei ole suotu problematisointiin johtavaa merkitystä. Moni-ilmeinen lääkärintoimi on tässä mielessä hyvin kiinnostava tutkimuskohde; joskin sen tästä ominaisuudesta johtuen sitä on mahdotonta koko alaltaan yksityiskohdissaan kartoittaa.

Hahmotettaessa seuraavassa VahKL:n 3:2:n soveltamisalaa on huomattava, että kun lainkohdassa määritellään korvausvelvollisuus syntyväksi »julkista valtaa käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneen vahingon» vuoksi, ei menettelyn tuottamuksellisuuden ole välttämättä sisällyttävä vallankäytön aktiin. Riittävää on, että virheen tai laiminlyönnin käsittävä menettely on mukana vahinkotapahtuman rakenteellisena tekijänä. On kuitenkin todettava, että vaikka kaikkia vahingon kärsineen korvausoikeuden syntymisen kannalta relevantteja toimintoja ei aina välttämättä olekaan tarpeen arvioida siinä mielessä, onko niitä pidettävä julkisen vallan käyttämisenä vai ei, saatetaan tätä kysymystä konkreettisessa vahinkotapauksessa esim. solidaarisen vastuun ja regressivastuun selvittämistarpeen vuoksi joutua käsittelemään laajemmalti kuin vain tietyn keskeisen vallankäytöllisen toiminnon osalta.

5.1. Hoitosuhteen alkaminen ja päättyminen

Lääkärintoimen hoitotilanteet ja -suhteet syntyvät ja päättyvät monesti ilman erityisiä muodollisuuksia, mutta paikoin myös tietyssä nimenomaisessa järjestyksessä. Erikoissairaanhoidon alalla hoitosuhteen syntyminen edellyttää pääsääntöisesti ns. lähetemenettelyä. Selvitän seuraavassa aluksi VahKL:n julkisen vallan käyttämistä koskevien säännösten soveltamismahdollisuutta eri-

laisissa hoidon aloittamis- ja lopettamistilanteissa. Vasta kun potilasasemien syntytilanteet on mielletty tutkimuksen kysymyksenasettelun valossa, saattaa olla mahdollista arvioida lähetejärjestelmään kuuluvan vallan luonnetta.

5.1.1. Pakkohoito

I. Lääkärikunnalle kuuluvista pakkohoitoa koskevista valtuuksista säädetään *MielenterveysL:ssa, PäihdehuoltoL:ssa ja TartuntatautiL:ssa.* Meillä on toki muutakin lainsäädäntöä, esim. huostaanottoa ja kehitysvammaisten erityishuoltoa koskevia säännöksiä, joiden nojalla saattaa tietyin edellytyksin olla mahdollisuus ryhtyä erinäisiin pakkotoimenpiteisiin. Yllä mainitut säädökset ovat kuitenkin tässä yhteydessä sikäli erityisen kiinnostavia, että niissä on välittömästi juuri lääkärikunnalle perustettu vallankäytön asemia.

MielenterveysL:n 8 §:ssä säädetään niistä edellytyksistä, joilla henkilö voidaan tahdostaan riippumatta määrätä psykiatriseen sairaalahoitoon. Lainkohdan mukaan tämä tulee kyseeseen vain:

> »1) jos hänen todetaan olevan mielisairas;
> 2) jos hän mielisairautensa vuoksi on hoidon tarpeessa siten, että hoitoon toimittamatta jättäminen olennaisesti pahentaisi hänen mielisairauttaan tai vakavasti vaarantaisi hänen terveyttään tai turvallisuuttaan taikka muiden henkilöiden terveyttä tai turvallisuutta; ja
> 3) jos mitkään muut mielenterveyspalvelut eivät sovellu käytettäviksi tai ovat riittämättömiä».[1]

Mielisairaalan lääkärin tekemän hoitoonottamista tarkoittavan päätöksen nojalla henkilöä saadaan lain 12 §:n mukaan pitää tahdosta riippumattomassa hoidossa enintään kolme kuukautta, ja tänä aikana tehdyn hoidon jatkamista koskevan päätöksen nojalla enintään kuusi kuukautta. Näistä määräajoista riippumatta pakollisena annettava hoito on lain 14 §:n mukaisesti lopetettava heti, kun käy ilmi, että edellytyksiä hoitoon määräämiseen ei enää ole.

Myös *PäihdehuoltoL:ssa* pakkohoitoon turvautuminen on määritelty mahdolliseksi sekä toimenpiteen kohteeksi joutuneen itsensä suojelemiseksi että ympäristön intressissä. Käytäessä pakkotoimiin henkilön väkivaltaisuuden vuoksi kuuluu toimivalta kuitenkin sosiaalitoimen viranhaltijoille ja lääninoikeudelle. Lääkärikunnalle pakkohoitovaltuuksia on uskottu vain *terveysvaaran* pe-

[1] Alaikäisten osalta pakkohoito voidaan lain 8.2 §:n mukaan perustaa mielisairauden ohella vakavaan mielenterveyshäiriöön. Tässä yhteydessä ei ole tarpeen ottaa arvioitavaksi alaikäisten pakkohoitoon liittyviä erityispiirteitä.

rusteella.[2] Yleensä ottaen lääkärit käyttänevät ko. valtuuksiaan erittäin harvoin.

PäihdehuoltoL:n 10 §:n mukaan pakkotoimet terveysvaaran perusteella tulevat kyseeseen ainoastaan, jos »hoidon ja huollon järjestämisessä vapaaehtoisuuteen perustuvat palvelut eivät ole mahdollisia tai ne ovat osoittautuneet riittämättömiksi» ja jos asianomainen »ilman päihteiden käytön keskeyttämistä ja asianmukaista hoitoa on hänellä olevan tai hänelle päihteiden käytöstä välittömästi aiheutumassa olevan sairauden tai vamman johdosta välittömässä hengenvaarassa tai saamassa vakavan, kiireellistä hoitoa vaativan terveydellisen vaurion». Esimerkkinä lain tarkoittamasta terveysvaarasta on mainittu tilanne, jossa päihteiden ongelmakäyttäjä on koomaan menossa oleva diabeetikko tai hän on päihtyneenä saanut kirurgisia toimenpiteitä edellyttävän vamman, eikä itse suostu jäämään sairaalaan[3].

Terveysvaaran perusteella hoitoon voidaan lain 11 §:n mukaisesti määrätä enintään viideksi vuorokaudeksi. Myös PäihdehuoltoL:ssa pakkohoito edellytetään lopetettavaksi heti, kun sen edellytykset ovat lakanneet olemasta. Ratkaisuvaltaa asiassa käyttää mainitussa lainkohdassa tarkoitettu terveyskeskuksen tai sairaalan lääkäri.

TartuntatautiL:n mukaisista tahdosta riippumattomista toimenpiteistä on — toisin kuin yllä käsitellyistä — säädetty yksinomaan sairastuneen ympäristön suojelemiseksi[4]. Tämän vuoksi pakolla toteutettavaan hoitoon liittyy usein asianomaisen *eristäminen*. Lain 17.1 §:n nojalla yleisvaaralliseen tartuntatautiin sairastunut tai sellaiseksi epäilty voidaan eristää sairaanhoitolaitokseen:

> »1) jos taudin leviämisen vaara on ilmeinen; ja
> 2) jos taudin leviämistä ei voida estää muilla toimenpiteillä tai henkilö ei voi taikka halua alistua muihin taudin leviämisen estämiseksi tarpeellisiin toimenpiteisiin».

---

[2] LKH:n aikanaan antamien ohjeiden mukaan on silloin, kun tahdosta riippumaton hoito saattaa tulla kyseeseen sekä terveysvaaran että väkivaltaisuuden perusteella, arvioitava tapauskohtaisesti, missä laitoksessa hoitoa annetaan; *LKH:n OK N:o 12/1986* s. 6. Terveydenhuollon puolelta ja siis terveysvaaran perusteella hoidettaessa tarkoitukseen soveltuviksi laitoksiksi LKH on täsmentänyt terveyskeskukset ja kunnalliset yleissairaalat; *LKH:n YK 2. 12. 1986 N:o 1908* s. 1. (Sekä mainittu ohjekirje että yleiskirje ovat ns. leikkurilain johdosta kumottu *LKH:n YK:llä 21. 11. 1990 N:o 1976.* Ks. kuit. edellisen luvun alav. 129.)

[3] *LKH:n OK N:o 12/1986* s. 6

[4] Niinpä LKH on mm. lääkärikunnalle osoittamassaan yleiskirjeessä korostanut, että pakkotoimenpiteisiin tulee turvautua vain siinä määrin kuin se on välttämätöntä taudin leviämisen estämiseksi; *LKH:n YK 3. 12. 1986 N:o 1907* luku 10, s. 24. (Tämä yleiskirje on saatettu voimaan *STH:n johtokunnan kokouksessa 4/1991 30. 4. 1991* seuraavilta osiltaan: luku 4 kohdassa 4.1 mainittua rokotusohjelmaa lukuunottamatta, luvusta 5 kohdat 5.2 ja 5.4, luvusta 6 kohdat 6.1, 6.2 ja 6.6 sekä luvut 7—11)

Pykälän 2. momentin mukaan tartuntatautiin sairastuneelle voidaan eristämispaikassa antaa taudin leviämisen estämiseksi välttämätön hoito hänen tahdostaan riippumatta. Pääsääntöisesti ratkaisunteko eristämisasiassa kuuluu kunnan terveyslautakunnalle, mutta *kiireellisten* tapausten varalta alistuksenvaraisen päätöksen tekijäksi on määritelty vastaava terveyskeskuslääkäri (18 §). *Hoidon antamisesta ja eristämisen lopettamisesta* päättää TartuntatautiL:n 19.2 §:n mukaan kuitenkin aina joko vastaava terveyskeskuslääkäri tai sairaalan asianomainen ylilääkäri. Eristäminen on lain 19.1 §:n mukaan lopetettava heti, kun 17 §:n mukaisia eristämisen edellytyksiä ei enää ole.

II. Tahdosta riippumattomaan hoitoon ja eristykseen saattamista koskevan päätöksenteon oikeudellisesta luonteesta ollaan siinä mielessä yksimielisiä, että se luetaan varauksitta julkisen vallan käyttämiseksi[5]. Tämän yksimielisyyden voidaan hyvin katsoa ulottuvan myös pakkotoimien lopettamista koskevaan ratkaisuntekoon, vaikkei asian tätä puolta aina nimenomaisesti tuodakaan esille. Kummassakin tilanteessa viranomainen puuttuu välittömästi ja tuntuvasti vaikuttavalla tavalla asianomaisen oikeusasemaan. *Kyse on epäilyksittä julkisen vallan käyttämisestä myös VahKL:n 3:2:n tarkoittamassa mielessä.* Tämä käsityskanta on oikeusturvanäkökohdista katsottuna ainoa järkevä vaihtoehto. Toisenlaiselle tulkinnalle ei jätä sijaa myöskään Suomea velvoittava Euroopan neuvoston yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi[6]. Vapauden menettämistä koskeva ratkaisunteko saattaa sellaisenaan aiheuttaa yleensä pelkästään taloudellista vahinkoa, jonka korvaaminen sopimussuhteiden ulkopuolisen vastuun alueella ei pääsäännön mukaan tule kysymykseen.

Jokseenkin selvänä voidaan pitää myös, että pakkohoidon aloittamista koskeva päätöksenteko on — kuten jo edellisessä luvussa todettiin — VahKL:n 3:4:ssä tarkoitetunlaisten ratkaisujen tekemistä. Niinikään pakkohoitoratkaisut, joiden kohteeksi TartuntatautiL:n nojalla eristetty henkilö saattaa joutua,

[5] Tosin saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa ei ole aina myönnetty esim. mielisairaiden pakollista sijoittamista laitoshoitoon vapaudenriistoksi, vaan sen on saatettu — kuten *Hellmuth Mayer* on tehnyt — selittää olevan vain »Auswirkung der schon vorhandenen Unfreiheit». *Ahtee,* s. 32 alav. 28, on huomauttanut tämän kannanoton taustalla vaikuttaneen ainakin osin kansallissosialistiset opit.

[6] Kun sopimuksen 5 artiklan mukaisesta yksilön vapauden periaatteesta sen 1 kappaleen e kohdassa on säännelty poikkeus mm. niiden tapausten osalta, joissa 'henkilöltä riistetään vapaus lain nojalla tartuntataudin leviämisen estämiseksi tai hänen heikon mielenterveytensä taikka alkoholisminsa vuoksi', on artiklan 5 kappaleessa määrätty, että 'jokaisella, jonka vapaus on riistetty artiklan määräysten vastaisesti, on täytäntöönpanokelpoinen oikeus vahingonkorvaukseen'.

ovat lain 30 §:n mukaan itsenäisiä muutoksenhakukelpoisia päätöksiä[7]. Eristämisen osalta on kuitenkin huomattava, että vasta terveyslautakunnan asiassa tekemään vahvistuspäätöksen voidaan hakea muutosta. Luonnollisesti VahKL:n 3:4 tällöin lähtökohtaisesti edellyttää asianomaisen hakevan muutosta terveyslautakunnan asiassa antamaan ratkaisuun, mikäli hän aikoo perusteettoman eristämisen aiheuttaman vahingon osalta säilyttää täyden oikeutensa vahingonkorvaukseen. Vaikka hoidon ja eristämisen lopettamista koskevaan ratkaisuntekoon ei olekaan erikseen säädetty valitusmahdollisuutta, voitaneen periaatteessa lähteä siitä, että po. lainkohta koskee myös näitä päätöksiä. Jos asianomainen tai hänen holhoojansa vetoaa vahingonkorvausvaateensa tueksi ennenaikaiseen pakkotoimien lopettamiseen, on säännöksen edellyttämällä tavalla kysyttävä, onko hän pätevättä syyttä laiminlyönyt muutoksenhakuvelvollisuutensa.

5.1.2. »Normaalihoito»

5.1.2.1. Yksityinen lääkärintoimi

Arvioitaessa edellisessä luvussa hoitosuhteen syntymistapahtumaa erilaisia lääkärintoimen organisatorisia järjestelyjä koskevan sääntelyn kannalta voitiin eräin kohdin lähteä sopimusvastuuta koskevien vahingonkorvaussääntöjen välittömästä sovellettavuudesta vahinkotapauksiin. Vaikka tavallinen hoitosuhde onkin yleensä *yksityissektorilla* luontevaa hahmottaa perinteisestä sopimusoikeudellisesta näkökulmasta, on kuitenkin tilanteita, joissa tämä tarkastelutapa vaikuttaa vähintääkin vääristävän asetelmaa. Asia johtuu yksinkertaisesti siitä, että lääkäri — potilas-kontakti käydään täälläkin paikoin valtasuhteessa. Tuntuvimmillaan tämä on tilanteissa, joissa lääkärin menettely vaikuttaa siihen, kuka saa elää ja kuka ei. Näitä suuria ratkaisuja tehdään myös yksityissairaaloiden lääkärintoimessa.

Kysyttäessä julkisen vallan käyttämistä koskevan vahingonkorvausnormiston sovellettavuutta sanotunlaisten tilanteiden vahinkotapauksiin, on tietysti huomattava, että *PotilasvahinkoL:n* käyttömahdollisuus on tällä kohden melko *kattava.* Sen ulkopuolisen korvausnormiston soveltamisongelma saattaa kuitenkin periaatteessa aktualisoitua esim. lain määräaikaa koskevien kohtien vuoksi. Koska toisaalta myös *sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta* saatetaan — sopimustilanne varsinkin nykyisellä tavalla prosessuaalisesti hahmottaen[8] — »venyttää» varsin pitkälle, on todettava, että lääkärintoimen va-

[7] Ks. myös *1986 vp. asiak. A1 HE n:o 44* s. 14.

[8] Sopimuksen prosessikäsityksen piirissä esim. sydäntautipotilaalle tehtävää diagnoosia ei ole

hinkojen korvauskysymyksiä *ei oikeusturvanäkökohdista* katsoen ole juuri tarvetta edellyttää ratkaistavaksi julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten nojalla[9].

Tutkimuksessa on kyllä jo aiemmin viitattu siihen, kuinka perusteltua julkista vallankäyttöä koskevan kontrollin ulottaminen yksityisen lääkärintoimen eräisiin vallankäyttötilanteisiin asiallisesti arvioiden olisi. Koska tällä kohden ei kuitenkaan varsinaisesti ole kyse oikeusturvaongelmasta, ei se huomioonottaen, mitä edellä on todettu yhteiskunnan yksityisiä ja julkisia toimintoja koskevan sääntelyn rajankäynnistä, ole perusteltua ryhtyä työlääseen argumentointiin julkisen vallankäytön vastuusäännöstön sovelluttamiseksi vieraassa sfäärissä. VahKL:n 3:2:n kiistattomana lähtökohtana on, että julkisen vallan käyttämisestä aiheutuva korvausvastuu saattaa tulla sovellettavaksi julkisyhteisöjen toimintapiirin ulkopuolella vain, milloin sinne on uskottu *julkisia tehtäviä*. Yksityistä lääkärintointa sellaisenaan ei meillä yksinkertaisesti pidetä julkisen tehtävän hoitamisena. Edellä jaksossa 4.3.3.5. esitettyihin näkökohtiin viitaten on kuitenkin korostettava julkisyhteisöjen järjestämien ns. *ostopalveluiden* poikkeuksellista asemaa. Niiden osalta vahinkotapauksia on mahdollista arvioida julkisen vallan käyttämistä koskevan normiston valossa.

5.1.2.2. Julkisyhteisöjen terveydenhuollon lääkärintoimi

Suhteellisen yleisesti lienee oletettu, että *julkisyhteisöjen terveydenhuollossa* kysymys julkisen vallan käyttämistä koskevien säännösten soveltamismahdollisuudesta ei ole erityisen relevantti pakkohoitoon kuuluvia toimenpiteitä laajemmalti[10]. Tämä käsityskanta on luontevaa nähdä sen ajattelutavan jatkeeksi, ettei yhteiskunnallinen palvelutuotanto sellaisenaan merkitse valtatoimien käyttöä[11]. Sanottuun sopii, että silloin kun potilaaksiottamista koskeva ratkaisunteko on selitetty tapahtuvan hallintopäätöksin, on se samalla karakterisoitu julkisen vallan käyttämiseksi[12]. Niinkuin edellisessä luvussa kävi il-

sen erillisestä hinnoittelusta huolimatta tarpeen selittää perustuvaksi itsenäiseen sopimukseen, jonka vastuu ei millään tavoin ulottuisi hoitotoimiin tai niitä koskevaa sopimista edeltävään välitilaan.

[9] Ns. luottamusedun korvaamisen muodossa on mahdollista saada korvausta sellaisista kuluista, jotka aiheutuvat tarjouksen peruuttamisesta ennen kuin toinen osapuoli on sen ehtinyt hyväksyä. Ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo*, 1981 s. 248, *Taxell* s. 390 ja *J. Tolonen*, JFT 1973 s. 356—358.

[10] Vrt. esim. *Achté — Hoppu* s. 75—76.

[11] Vrt. *Kjønstad*, 1986 s. 435: »Etter de offentligrettslige kategorier har helsetjenester blitt betraktet som servicevirksomhet, og på dette område har vi en neddemping av rettssikkerheten.»

[12] *Modeen*, JFT 1977 s. 375, 376

mi, tässä tutkimuksessa hallintopäätösmuotoisen lääkärintoimen katsotaan olevan tavallista potilasvalintaa koskevalta osalta jossain määrin epävarma lähtökohta. Toisaalta avohoitoon erillistä potilaaksiottamista tarkoittavaa ratkaisuntekoa ei kuulu ensinkään.

Po. kysymystä Ruotsin järjestelmässä tarkastellut Bertil Bengtsson kirjoittaa, että julkisella sairaalalaitoksella on eräänlainen *faktinen monopoli* tarjota hoitoa suhteellisen alhaiseen hintaan. *Evättäessä* sairaalta pääsy hoitoon tälle aiheutuu varallisuusvahinko siten, että hän joutuu turvautumaan kalliimman yksityishoidon palveluihin.[13] Kirjoittaja viittaa myös siihen, että Ruotsin aiemman hallintomenettelylain 3 §:ään katsottiin tarpeelliseksi tehdä nimenomainen poikkeus säädöksen julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten sovellettavuudesta hoidettavaksiottamista tarkoittavaan ratkaisuntekoon, koska ilman sitä niiden soveltamisalaa ei olisi voitu halutulla tavalla rajoittaa[14].

Bengtsson pitää Ruotsin vahingonkorvauslain julkisen vallan käyttämistä koskevien säännösten sovellettavuutta epäävistä sairaalaanottamispäätöksistä aiheutuviin vahinkoihin jokseenkin selvänä. Problemaattisemmaksi hän sen sijaan arvioi asian avohoidon osalta.[15] Tämä on sikäli jossain määrin outoa, että hänen tarkastelunsa lähtökohtana on — kuten sanottu — hoidon epäämisen näkökulma. Eikö juuri tämä tarkastelusuunta olisi omiaan johtamaan ko. tilanteiden yhtäläistävään arvioon? Tosin Bengtsson viittaa myös avohoidon potilaan aseman vähäisempään riippuvaisuuteen[16]. Kaiken kaikkiaan hän kuitenkin luopuu muotoilemasta yleistä kantaa avohoidon epäämistapausten vahinkojen normiperustasta.

Käsittääkseni Bengtssonin näkemys *sairaansijalle ottamista* koskevan ratkaisunteon oikeudellisesta luonteesta soveltuu meillekin. Asiaan on kuitenkin syytä kiinnittää huomiota myös avarammasta perspektiivistä kuin vain hoidon epäämisen suunnalta[17]. Tällöin voidaan painottaa sellaista tietyssä mielessä yleistä huomiota, että sairaalaan ottaminen ei merkitse pelkästään sairasta koskevien tosiasiallisten olosuhteiden muutosta, vaan kyse on nimenomaan oikeudellisella ratkaisulla toteutettavasta *oikeudellisen aseman muutoksesta*. Potilaan aseman saavuttaminen merkitsee eräiden sellaisten yhteiskunnallisten etui-

[13] *Bengtsson I* s. 160. Bengtsson rinnastaa menettelyn sellaiseen sosiaalitoimen virheeseen, jossa kuntalaiselta evätään jokin lakisääteinen sosiaalietuus.

[14] *Ibid.* s. 161

[15] *Ibid.* s. 162

[16] *Ibid.* s. 162

[17] Tämä on perusteltua yksin varallisuusvahinkojakin ajatellen. Myönteinen päätös voi olla virheellinen esim. sillä tavoin, että sairas otetaan väärälle tai ei-tarkoituksenmukaisimmalle osastolle, minkä johdosta hänelle aiheutuu turhia kuluja.

suuksien tavoittamista, jotka eivät automaattisesti kuulu kenelle tahansa pelkkien sairausoireiden perusteella. *Näin julkisen sairaalatoimen potilasvalinta on aivan yleisesti — siis myös myönteisten ratkaisujen osalta — asianmukaista katsoa julkisen vallan käyttämiseksi.* Tämä käsitys on perusteltua ulottaa koskemaan myös yksityiseltä sektorilta ostetun laitoshoidon potilasvalintaa. Näin silloinkin, kun laitoksella on itsellään mahdollisuus potilasvalintaan. Yksityisen terveydenhuollon toimintaa saatetaan tältä osin hyvin pitää VahKL:n 3:2:n tarkoittamana julkisen tehtävän hoitamisena. Esitetyn perusteella on luonnollisesti lähdettävä siitä, että *sairaalahoidon lopettamista* koskeva ratkaisunteko kuuluu niinikään julkisen vallankäytön toimien alaan.

Avohoidon aloittamisen osalta kysymys on hieman toisenlainen. Toiminnan oikeudellisen luonnehdinnan problemaattisuus ulottuu kuitenkin laajemmalle kuin vain hoitosuhteesta kieltäytymiseen. Itse asiassa tutkimuksessa edellä hahmotelluin perustein epäämistapaukset saatettanee jotakuinkin vaikeuksitta luokitella julkisen vallan käyttämiseksi. Käsillä on selvästi *virkamiesaseman tuoma kelpoisuus estää tai rajoittaa julkisten palveluiden saamista.* Tuota valtaa ei käytetä edes mitenkään piilevästi, vaan asiaan nimenomaisesti kantaa ottaen. Sanottua tulkintaa ei ole perusteltua kyseenalaistaa esim. vetoamalla riippuvuuden erilaisuuteen suhteessa sairaansijalle ottamista koskevaan ratkaisuntekoon. Puheena ei ole sellainen erilaatuisuus tai -asteisuus, joka oikeuttaisi luokittelemaan avohoidon epäämisen julkisen vallankäytön toimien ulkopuolelle. Yleisesti ottaen tällä kohden ei myöskään voitane painottaa asiaan kuulumattomien tai epäasiallisten tarkoitusperien merkitystä po. vallankäytön kriteereinä, joihin Bengtsson mieluusti vetoaa erilaisten tosiasiallisten valtapositioiden tapauksissa[18]. Hoidon epäävä ratkaisu on sairaaksi itsensä tuntevalle samavaikutuksinen, olipa sen motiivi mikä hyvänsä.

Tilanne on nähdäkseni kuitenkin arvioitava toisin silloin, kun lääkäri esim. huolimattomuuttaan unohtaa päivän viimeisen potilaan. Varsinaisesta vallankäytöstähän tällöin ei ole kyse. Sikäli kuin sanotunlaisten tilanteiden osalta ei katsota voitavan nojautua *luottamuksensuojaperiaatteeseen,* VahKL:n 3:2:n sovelluttaminen ei liene mahdollista. Ko. ajatuskulun mukaisesti kysymys lainkohdassa tarkoitetun seikaston käsilläolosta saattaa yksittäisessä vahingonkorvausjutussa muuttua lääkärin intentiota koskevaksi näyttöongelmaksi.

Kuten sanottu, julkisen vallan käyttöä koskevien normien sovellettavuus-

[18] Ks. *Bengtsson I* esim. s. 102 ja 279. Terveyskeskustoiminnassa voitaisiin ajatella jouduttavan esim. tilanteeseen, jossa päivystävä lääkäri varaamansa ulkomaanmatkan vuoksi ilmoittaa odotushuoneessa oleville, ettei hän sillä kerralla ota vastaan tiettyjä tarttuvia sairauksia potevia henkilöitä.

probleema on yllä tarkasteltua laajemmalti relevantti avoterveydenhuollon hoitosuhteiden aloitustilanteissa. Tämä ei tarkoita, että olisi yleisesti aihetta riitauttaa se suhteellisen laajaa vastakaikua saanut käsitys, jonka mukaan *avoterveydenhuolto on tavallisesti sellaisenaan po. vallankäyttöä sisältämätöntä toimintaa.* Siinä on todellakin normaalisti kyse sellaisesta tosiasiallisesta toiminnasta, jonka ei tulisikaan muuntua vallankäytölliseksi. Kenellä tahansa on oikeus mennä terveyskeskuslääkärin vastaanotolle, jonka huomion tulee periaatteessa suuntautua yksinomaan siihen, mitä potilaan hyväksi on mahdollista tehdä. Asiantuntijan edellytetään näissä tilanteissa tekevän ns. lääkinnällis-ammatillisia ratkaisuja kiinnittäen huomion mm. käytettävissä oleviin hoitomenetelmiin[19].

On kuitenkin huomattava, että avoterveydenhuollon lääkärin asemaan liittyvä vallankäytön mahdollisuus ei rajaudu yksinomaan hoidon epäävään tai sitä rajoittavaan menettelyyn. Syystä tai toisesta *lääkäri voi haluta pitää jotakin henkilöä potilaanaan.* Tällaisesta menettelystä aiheutuvat vahingot kohdistuvat tyypillisesti juuri varallisuusasemaan. Potilaana pidetylle henkilölle saattaa aiheutua esim. kustannuksia lääkärin tekemistä turhista maksullisista kokeista tai vain ansionmenetystä. Työnantajalle vahinko johtuu työpanoksen menetyksestä. Ko. kaltaiset tilanteet ovat ylipäätään vallankäytön näkökulmasta erittäin vaikeita. Näkymättömimmillään valtaa käytetään silloin, kun kukaan osapuolista ei tiedosta sitä. Näin saattaa asia olla ainakin tapauksissa, joissa lääkäri on mieltynyt potilaaseensa ja haluaa pitää tätä suojattinaan. Selvempi on vallankäytön asetelma mm. silloin, kun lääkäri asettaa tiettyjen kokeiden toimittamisen tai hoitosuhteen potilaansa tarvitseman lääkemääräyksen tai lääkärintodistuksen kirjoittamisen edellytykseksi.

Vaikka edellä on korostettu, että mikä tahansa vallankäyttö ei voi olla julkisen vallan käyttöä, on kuvatunkaltaisissa tilanteissa eräin osin epäilyksittä aiheita po. vastuujärjestelyyn turvautumiseen. Muodollisesti julkisen vallankäytön alan ulkopuolelle jäävän toiminnan korvausvastuu saattaisi tapauksittain käydä mahdolliseksi perustaa VahKL:n 3:2:ään paitsi *luottamuksensuojaperiaatteen* avulla myös Bengtssonin kehittelemää *naamioidun julkisen vallan käyttämisen ideaa (maskerad myndighetsutövning)* hyväksikäyttäen. Yleisesti hahmotellen Bengtsson on luonnehtinut tämän tulevan kyseeseen tapauksissa, joissa virkamies nimenomaisesti tai kenties vain vihjaillen uhkaa jonkinmuotoisella pakolla siten, että hän saa yksityisen, näennäisesti vapaaehtoisesti, mukautumaan tahtoonsa.[20] Tällä tavoin lähtökohdiltaan suhteellisen avoi-

[19] Ks. esim. *Eriksson,* JFT 1987 s. 167 ja *Bengtsson I* s. 162.

[20] Ks. *Bengtsson I* s. 79 ss.

meksi muotoilemansa idean sovellutuskenttää Bengtsson on pyrkinyt kuitenkin myös rajaamaan. Esim. yleinen pelko siitä, että viranomainen jollain tavoin toimisi asianomaisen vahingoksi, ei hänen mukaansa riittäisi perustelemaan po. korvaussäännösten sovelluttamista. Käsillä on oltava joitakin konkreettisia yksityistä koskevia toimenpiteitä; viranomaisen käytettävissä on oltava erityisiä *»julkisoikeudellisia» valtuuksia.*[21]

Tarkasteltavana olevien lääkärintoimen vahinkotilanteiden osalta olisi uskaliasta vetää ehdotonta julkisen vallankäytön vastuusäännösten sovelluttamisen rajalinjaa. Käytännön oikeuselämässä po. normiston perustelussa tärkeän näkökohdan muodostanee kantajan oikeussuojan reaalinen tarve ja virheeseen syyllistyneen lääkärin menettelyn moitittavuusaste[22].

5.1.3. Ensiapu

Yleisesti lääkärikuntaa koskeva ensiavun antamisvelvollisuus perustuu LääkäriL:n 9 §:ään. Lainkohdassa säädetty velvollisuus ulottuu myös lääkärin vapaa-aikaan. Julkista terveydenhuoltoa velvoittaa antamaan ensiapua myös KansanterveysL:n 16.1 § ja ErikoissairaanhoitoL:n 30.2 §. Kaikkien näiden säännösten tinkimättömänä lähtökohtana on, että kiireellisen sairaanhoidon tarpeessa olevaa on aina autettava.

Niinkuin jo edellä osoitettiin, vapaa-ajan osalta PotilasvahinkoL:n mukainen korvausjärjestely ei ilmeisesti tule kyseeseen. Jaksossa 4.1. hahmotelluin perustein kysymys PotilasvahinkoL:n ulkopuolisen vahingonkorvausnormiston soveltamisalasta saattaa kuitenkin aktualisoitua paikka paikoin myös lääkäreiden työaikana sattuvissa ensiapuvahingoissa. Koska ensiavun antamisvelvollisuuteen liittyvät laiminlyönnit johtavat tyypillisesti juuri *henkilövahinkoihin,* ja koska VahKL:ssa henkilövahingon korvauttavuudelle ei ole asetettu erityisrajoituksia, ei julkisen vallan käyttämistä koskevien vahingonkorvaussäännösten sovellettavuutta hahmotettaessa olla tekemisissä erityisen merkityksellisen laintulkintaongelman kanssa. Säännösten käyttöä perusteltaessa *ei* ainakaan yleisesti ottaen ole mahdollista vedota erityisiin *oikeusturvanäkökohtiin.*

Myös ensiavun osalta varsin varteenotettavan näkökulman VahKL:n 3:2:n kannalta muodostaa avun *epäämisen* arviointi. Sekä juuri näiden tapausten tarkastelun yhteydessä että yleensäkin ensiavun antamisvelvollisuutta selvitettäessä on ollut tavallista viitata velvoitteen tai sitä sääntelevien säännösten *julkis-*

[21] *Ibid.* s. 87

[22] Tuottamuksellisuuden merkitystä vahingonkorvausjutun ratkaisutapahtumassa on arvioitu edellä s. 184—185.

oikeudellisuuteen[23]. Koska julkisoikeudellisuuden on katsottu koskevan julkisen sektorin velvoittamisen ohella myös yksityisen terveydenhuollon ja lääkäreiden vapaa-ajan auttamisvelvollisuutta, voidaan periaatteessa kysyä, saattaisiko sillä olla merkitystä po. säännösten soveltamista perusteltaessa.

Edellisessä luvussa on huomautettu, kuinka kansalaisia yleisesti koskeva velvollisuus auttaa vaaraan joutunutta (RL 21:11 ja 13) eroaa jossain määrin sisällöllisesti LääkäriL:n mukaisesta ensiavun antamisvelvollisuudesta. Tämä ei kuitenkaan merkitse, etteikö tarkasteltavana olevan velvollisuuden laiminlyönyt lääkäri voisi tulla rangaistavaksi ao. RL:n säännösten nojalla[24]. LääkäriL:ssa toteutettu sääntely merkitsee siten vain eräänlaista jatketta jo muutoinkin olemassaolevalle velvoitteelle. Käsittääkseni on myös myönnettävä, että nämä erillään säännellyt velvollisuudet eivät »julkisoikeudellisuutensakaan» puolesta eroa toisistaan sillä tavoin, että siihen voitaisiin kytkeä tässä yhteydessä ensiaputilanteiden oikeudellisessa arvioinnissa erilaistavia vaikutuksia. Jos siis kenen tahansa velvollisuus auttaa vaaraan joutunutta on yhtä »julkisoikeudellinen» kuin lääkärin velvollisuus, viittaisi tähän ominaisuuteen perustettava julkisen vallankäytön vastuun soveltaminen lääkärintoimen ensiaputapauksiin samalla myös tuon vastuun sovellettavuutta kenen tahansa auttamisvelvollisuutta koskevaan laiminlyöntiin. Voitaneen siis katsoa, että julkisoikeudellisuuteen vetoaminen ei ole tällä kohden validi argumentti.

Koska VahKL:n 3:2:n sovelluttaminen on näin ollen perustettava suoraan vallankäytölliseen toimintaan, ja koska ensiapuvelvoitteen ulottaminen yksityisen sfääriin *ei* merkitse *julkisten tehtävien* sinne uskomista, olisi yksityislääkäreiden ja yleensä vapaa-ajalla olevien lääkäreiden ensiapuvelvollisuuden laiminlyömistapaukset ilmeisen hankala perustella julkisen vallan käyttämiseksi. Sitä paitsi torjuvaa kantaa on varsinkin vapaa-ajan ensiapuvahinkojen osalta mahdollista perustella myös asiallisin argumentein. Lääkärillä ei terveydenhuoltojärjestelmän ulkopuolella toimiessaan ole yleensä käytettävänään tai annettavanaan muuta kuin oma *henkilökohtainen taitonsa ja asiantuntemuksensa.* Sen eväämisen selittäminen julkisen vallan käyttämiseksi ei ole mielekästä.

Asetelma on selvästi toisenlainen julkisyhteisöille kuuluvassa ensiaputoimessa. Jos lääkäri torjuu potilaan mahdollisuuden saada virkatyönä annettavaa ensiapua, hän ei riko ainoastaan henkilökohtaista auttamisvelvoitettaan, vaan kyse on lisäksi siitä, että avun tarpeessa olevalta *evätään julkisen hallinnon palvelu.* Jotta kyseessä voitaisiin selittää olevan vallankäytöllinen tilanne,

[23] Ks. esim. *Modeen,* JFT 1979 ja *Bengtsson I* s. 162.

[24] Vrt. *Lahti,* Rikosoikeudellisia kirjoitelmia, s. 73, *Anttila — Heinonen* s. 96—97, *Norri* s. 415—416, *Oesch,* Lääkärin vahingonkorvausvastuusta s. 55 ja *Lavonius* s. 34.

on yleensä edellytettävä, että lääkäri *epäasiallisin perustein* rajoittaa sairaalle kuuluvaa oikeutta. Kuitenkin esim. tilanteissa, joissa lääkäri joutuu asettamaan avuntarpeessa olevia *kiireellisyysjärjestykseen,* voitaneen vallankäytön normistoa soveltaa vapaammin.

Tärkeätä on kuitenkin vielä korostaa, että käytännössä julkisen vallan käyttöä koskevien korvaussääntöjen soveltamistarvetta rajoittaa niiden merkityksettömyys ensiapuvahinkojen oikeusturvajärjestelyjen kannalta. Siten esim. luottamuksensuojaperiaatteeseen vetoamisintressiä VahKL:n 3:2:n sovelluttamiseksi oikeudenkäytössä tuskin ilmenee. Lainkohdan sovellettavuus edellyttää yleensä ottaen selvästi vallankäytöllistä toimintaa. On mahdollista, että lääkärivastuuoikeudenkäynneissä julkisen vallankäytön vastuusäännöstöön ei ko. epäämistapausten aiheuttavien vahinkojen vuoksi tulla koskaan turvautumaan.

5.1.4. Lähetemenettely

ErikoissairaanhoitoL:n 31.1 §:n mukaan henkilön ottaminen sairaalaan sairaanhoitoa varten edellyttää pääsääntöisesti lääkärin tutkimukseen perustuvaa lähetettä[25]. Tämän sääntelyn tavoitteena on sanottu olleen järjestelmä, jossa sairaanhoito voidaan tarkoituksenmukaisesti porrastaa perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon kesken. Sen mukaan pyrkimyksenä on, että ainoastaan silloin, kun terveyskeskusten hoito- tai tutkimusmahdollisuudet eivät ole riittävät, potilas lähetetään erikoissairaanhoitoon.[26] Pääsääntöön on kuitenkin lainkohdassa valtuutettu tehtäväksi asetuksella poikkeuksia. Sen perusteluna on viitattu paitsi psyykkisiä sairauksia potevien henkilöiden tarpeisiin myös siihen, että sairaanhoitomahdollisuuksien kehittyessä saattaa osoittautua tarkoituksenmukaiseksi antaa väestölle myös eräitä muita sairauksia koskevia erikoissairaanhoitopalveluja ilman välikäsiä.[27] Pykälän toisen momentin mukaan ensiaputoimiin ryhtyminen ei edellytä lähetemenettelyä.

PakkohoidossA on omaksuttu lähetemenettely sekä MielenterveysL:n että PäihdehuoltoL:n järjestelmässä. Tosin tämä ei koske päihdehuollon pakkohoitoa, milloin siihen ryhdytään henkilön väkivaltaisuuden perusteella[28]. Kuten jo edellä on todettu, ratkaisuntekovaltuudetkaan eivät kuulu tältä osin lääkärikunnalle. Joka tapauksessa lääkärintoimessa tehtävien pakkohoidon aloit-

[25] Lähetemenettelystä ei ennen ErikoissairaanhoitoL:a ole ollut laintasoisia säännöksiä. Ks. myös *KM 1979:59* s. 59—60, 62.

[26] *1988 vp. asiak. A2 HE n:o 94* s. 18

[27] *Ibid.* s. 18

[28] Siinä noudatettavasta menettelystä ks. PäihdehuoltoL:n 12 ja 13 §:t.

tamista koskevien ratkaisujen yhteydessä lähetteen käytön vaatimus on kummankin säädöksen mukaan eräs keskeisimmistä menettelyn laillisuuden edellytyksistä. Tarkastelu aloitetaan seuraavassa pakkohoidon lähetekäytäntöön kuuluvan vallan luonteen arvioinnista.

5.1.4.1. Pakkohoitolähete

1. Ennenkuin *MielenterveysL:n* mukainen varsinaista hoitoonmääräämistä koskeva ratkaisunteko on mahdollinen, on henkilöstä laadittava lain 10 §:ssä edellytetty tarkkailulausunto ja 9.2 §:ssä tarkoitettu tarkkailulähete. MielenterveysL:n 11.2 §:n mukaan päätös hoitoon määräämisestä tehdään »tarkkailulähetteen, tarkkailulausunnon ja sairauskertomuksen perusteella kirjallisesti viimeistään neljäntenä päivänä tarkkailuun ottamispäivän jälkeen».

Jos MielenterveysL:n mukaista pakkohoitolähetettä — tai kuten laki sanoo, tarkkailulähetettä — arvioidaan pakkotoimien kohteen kannalta, voidaan sillä havaita olevan sekä *välittömiä* että *välillisiä* vaikutuksia. Välittömänä vaikutuksena on ennen kaikkea mainittava asianomaiseen kohdistuva *käskynormi (käyttäytymisnormi).* Jos hän vastustaa lähetteeseen sisältyvää määräystä, voidaan hänet MielenterveysL:n 31 §:n nojalla toimittaa sairaalan sisäänottoon poliisin avustamana.

On ehkä jossain määrin kyseenalaista, tulisiko sairaalaanottamistapahtumaa pitää asiallisesti itsenäisenä ratkaisuna vaiko pakkohoitolähetteestä välittömästi seuraavana vaikutuksena. Lähetteen tulee lain 9.2 §:n mukaisesti »sisältää perusteltu kannanotto siitä, ovatko edellytykset hoitoon määräämiseen todennäköisesti olemassa». Vastaavasti lain 9.3 §:n mukaan potilas voidaan ottaa tarkkailulähetteen perusteella tarkkailuun, »jos hoitoon määrämisen edellytykset todennäköisesti ovat olemassa». Entuudestaan sairaalaanottovaiheen periaatteellista itsenäisyyttä on ollut tapana korostaa[29].

Saatetaan kuitenkin viitata sellaisiin seikkoihin, että MielenterveysL:ssa ei ole määritelty sitä, kuka päättää tarkkailuun ottamisesta[30], ja että ratkaisua

[29] Hakola on todennut, että potilaan saapuessa sairaalaan pakkohoitolähetteellä »päivystävä lääkäri tutkii potilaan välittömästi ja selvittää ovatko lain tarkoittamat edellytykset olemassa» ja myönteisessä tapauksessa »ottaa hänet sairaalaan tarkkailtavaksi»; *Hakola* s. 2874. Lönnqvist puolestaan huomauttaa, että tarkkailtavaksiottamisvaiheenkin tulee olla aktiivinen, »eikä MT 1 -lausunto saisi koskaan merkitä automatismia sairaalaan otolle»; *Lönnqvist* s. 722. Nämä kannanotot mukailevat *LKH:n OK:een 1. 4. 1978 DN:o 2103/02/78* kohtaa 2.4 (Tämä ohjekirje on ns. leikkurilain johdosta kumottu *LKH:n YK:llä 21. 11. 1990 N:o 1976*). Myös MielenterveysL:n esitöissä painotettiin po. ratkaisunteon itsenäistä luonnetta; ks. esim. *1989 vp. asiak. A4 HE n:o 201* s. 17.

[30] Asia on toisin tarkkailulausunnon antamisen ja hoitoon määräämistä koskevan ratkaisun-

ei ole laissa myöskään edellytetty perusteltavan[31]. Käytännön tilanteiden kannalta on merkityksellistä, että potilaan vastaanottava henkilö on monesti päivystävä lääkäri, jollaisina varsin usein toimivat koulutettavina olevat lääkärit. Näiden psykiatrinen kokemus on luonnollisesti vähäinen ja kyky havaita psykiatrisia oireita puutteellinen.[32] Jos tällaisia lääkäreitä varoitetaan esim. siitä, että »sairaalaanottoa ratkaistaessa ei pidä liioitella omien negatiivisten havaintojensa merkitystä», koska pakkohoitolähetteen antaneella lääkärillä »saattaa olla anamnestisia tietoja ja henkilökohtaisia havaintoja hyvin pitkältä ajalta»[33], ei ole mahdotonta, että elävässä sairaalakäytännössä jo pakkohoitolähete alkaa tosiasiallisesti merkitä ratkaisua tarkkailuun joutumisesta. Tietysti sanotunlainen »varoittelu» voi pohjautua siihen, että käytännössä lähetteellä sairaalaan saapuvia henkilöitä ei tahdota uskaltaa ottaa tarpeelliseen hoitoon.

Miellettiinpä tarkkailuunottamistapahtuma kummin tavoin tahansa on yllä sanotun perusteella vahingonkorvausoikeudellisessa katsannossa täysin epäilyksetöntä, että lähettävän lääkärin toimien tarkastelu tulee asettaa keskeiselle sijalle arvioitaessa tarkkailuvaiheen vahinkotapauksissa pakkomenettelyyn ryhtymisen perusteltavuutta. *Lähete on erittäin kiinteässä yhteydessä tarkkailuvaiheen aloittamiseen, ja sitä on jo sen vuoksi pidettävä julkisen vallan käyttämisenä.* Toisaalta on perusteltua katsoa, että myös sairaaksi epäillyn tarkkailuun ottava lääkäri toimii asiassa osaltaan julkisen vallan käyttelijänä — pidettiinpä hänen toimintaansa asiallisesti vaikka täytäntöönpanona.

Vaikka *hoitoonottamisesta* tehdään kiistatta erillinen hallinnollinen ratkaisu, on senkin yhteydessä tietty merkityksensä myös lähetteellä. Kuten yllä todettiin, MielenterveysL:n mukaan päätös perustuu osaltaan tarkkailulähetteeseen. Itse asiassa juuri siinä esitettyjen näkökohtien tulisi olla pakkohoitotapauksessa kaiken kannanmuodostuksen taustalla. Mikäli potilaan sairaalaanottaminen koettaisiin tarpeelliseksi lähetteestä poikkeavalla diagnoosilla, voitaisiin se potilaan oikeusturvanäkökohdista johtuen toteuttaa vain läheteasiakirjoja täydentäen tai uuteen lähetemenettelyyn turvautuen[34]. Näin lähettävä lääkä-

---

teon osalta: toimivaltaisen henkilön määrittelyssä on varauduttu jopa esteellisyys- ja estyneisyystilanteisiin (ks. lain 10 ja 11 §:t).

[31] Tarkkailulausunnon ja hoitoon määräämistä koskevan päätöksen on sen sijaan edellytetty sisältävän perustellun kannanoton siitä, »ovatko edellytykset hoitoon määräämiseen tahdosta riippumatta olemassa» (ks. lain 10 ja 11 §:t).

[32] *Hakola* s. 2874—2875

[33] *Ibid.* s. 2874. Samassa yhteydessä Hakola viittaa myös siihen, että sairaudentunnoton potilas voi sairaalaan saavuttuaan korjata käyttäytymistään ja peitellä aiemmassa tutkimuksessa sairaudeksi tulkittuja toimintojaan.

[34] Vrt. *Losman — Wagnsson* s. 32.

rikin on tietyllä tavalla *osallinen myös siihen päätöksentekoon, jolla henkilö otetaan tahdosta riippumattomaan hoitoon.* Vahingonkorvausoikeuden kannalta tämä merkitsee ennen muuta, että myös lähettävä lääkäri saattaa olla osaltaan syyllinen niihinkin vahinkoihin, joita virheellisin perustein annettavasta pakkohoidosta asianomaiselle aiheutuu. Toisaalta vaikka lähetemenettelyn luonne julkisen vallan käyttönä on jo sen yllä osoitettujen vaikutusten vuoksi kiistaton, saatetaan tällä kohden korostaa lähettävän lääkärin osallisuutta julkisen vallan käyttöön myös välillisin vaikutuksin.

PäihdehuoltoL:n mukainen pakkohoidon toteutus noudattaa keskeisiltä kohdiltaan yllä kuvattuja järjestelyjä. Lain ao. säännösten paikoittainen yhtäläisyys ennen MielenterveysL:a voimassaolleen MielisairasL:n (187/52) pakkohoitosäännösten kanssa on selvästi havaittava[35], ja ilmeisenä pyrkimyksenä vaikuttaakin olleen näiden säännösten mukaisen järjestelmän soveltava jäljittely[36]. Päihdehuollon pakkohoitolähetteen merkityksen kannalta keskeisin lainkohta on toimivaltasäännöksen sisältävä PäihdehuoltoL:n 11.1 §, jonka mukaan terveyskeskuksen vastaava lääkäri tai sairaalan asianomainen ylilääkäri »voi toisen lääkärin antaman lääkärinlausunnon nojalla määrätä henkilön tahdostaan riippumatta hoitoon».

Varsinaista tarkkailuvaihetta päihdehuollon toteutukseen ei asian luonteesta johtuen ole ollut tarpeen sisällyttää. Yllä esitetyt MielenterveysL:n pakkohoitoa koskevat näkökohdat soveltuvat siinä määrin ongelmattomasti myös tähän yhteyteen, ettei päihdehuollon nyansseja ole aiheellista ryhtyä erikseen laajemmin erittelemään.

II. Ongelmalliseksi VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuus tahdosta riippumattoman hoidon lähetemenettelyssä muuttuu oikeastaan vasta kiinnitettäessä huomio siihen, että asiaa sääntelevät toimivaltanormit *suovat lähetteenkirjoittamisvaltuuden yleisesti lääkärikunnalle.* PäihdehuoltoL:n 11.2 §:n mukaan pakkohoitolähetteen on oikeutettu kirjoittamaan »terveyskeskuksen tai mielenterveystoimiston lääkäri tahi muu lääkäri». Sanatarkasti siteerauksen mukaisesta MielisairasL:n sääntelystä MielenterveysL:n säätämisen yhteydessä luovuttaessa kirjattiin lain 9.2 §:ään tarkkailulähetteen laatiminen »lääkärin» asiaksi. Tällainen lähetteen kirjoittamisoikeutta koskeva normeeraaminen merkitsee, että julkisen terveydenhuollon ohella myös *yksityiseen* lääkärintoimeen kuuluu valtuuksia ryhtyä po. pakkomenettelyyn. Tämän sääntelyn voitaneen

[35] Huomattakoon, että MielenterveysL:n säännöksin tahdosta riippumattoman hoidon edellytyksiä pyrittiin lähinnä selkeyttämään; ks. *1989 vp. asiak. A4 HE n:o 201* s. 15.

[36] Vrt. *1984 vp. asiak. A5 HE n:o 246* s. 22.

katsoa johtavan myös siihen, että pakkohoitolähetevaltuuksiaan käyttävä yksityislääkäri on tuossa tehtävässään katsottava RL:n tarkoittamaksi virkamieheksi[37]. Vahingonkorvausoikeuden kannalta on todettava, että ellei VahKL:n 3:2 sovellu näihin lähetetilanteisiin, tulee korvausvelvollisuus perustaa edellä 2. luvussa esitetyn mukaisesti lain 2:1:ään. Jos taasen yhteisövastuu muotoutuu säännöksi, lääkärin henkilökohtainen vastuu (regressivastuu) on perustettava VahKL:n uuteen 4:2.4:ään.

Arvioitaessa VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuutta on huomionarvoista, että terveyskeskusten rooli on muotoutunut keskeiseksi pakkohoitoa koskevan ratkaisunteon alullepanossa. MielenterveysL:n 29 §:n mukaan terveyskeskuksilla on erityinen *velvollisuus* tarkkailulähetteen laatimiseen ja sairaalaan toimittamiseen, milloin ne saavat tietää toimialueellaan asuvasta tai oleskelevasta pakkohoidon antamisen edellytykset täyttävästä henkilöstä. PäihdehuoltoL:n säännöksistä terveyskeskusten ensisijainen rooli ei tulee esiin aivan yhtä selvästi, mutta myös ne on kirjoitettu sitä silmälläpitäen, että terveyskeskukselle luontuu hoitolaitosaseman lisäksi hyvin aloitteentekijänkin asema[38]. Toisaalta jo yksin asian luonteesta johtuen on tietysti selvää, että pakkohoitoasiat kuuluvat ensisijaisesti julkisen hallinnon omille orgaaneille. Näin muotoutuvasta näkökulmasta asiaa arvioiden voitaisiin kenties katsoa, että pakkohoitolähetteen kirjoittaessaan yksityislääkäri lain suomin valtuuksin avustaa terveyskeskusta sille kuuluvassa tehtävässä ja että menettelystä johtuvan vahingonkorvausvastuun siirtymistä terveyskeskukselle saatettaisiin sen vuoksi pitää asianmukaisena *(cuius commodum, eius periculum).*[39]

Sanotunlaisen perustelun soveltuminen po. vahinkotilanteisiin ei kuitenkaan ole aivan ongelmaton. Vastuun siirtämiseltä voidaan perustellusti edellyttää ainakin, että ao. terveyskeskuksen on tavalla tai toisella ilmaistava *nimenomainen suostumuksensa* pakkomenettelyyn ryhtymisestä. Hiljaisen suostumuksen konstruktioon vastuuta olisi arveluttavaa perustaa.

Asetettu suotumusvaatimus soveltuu mielisairaanhoidon käytännössä omak-

[37] Ks. myös *Hannuniemi,* 1991 s. 30. Tällaista käsitystä olen puoltanut jo ennen RL:n virkarikossäännösten muuttamista nykyiseen muotoonsa; *Paaso* s. 178 ss. Hannuniemen näkemys RL:n 2:12:n aiemman version sisällöstä poikkeaa käsittääkseni itse omaksumastani. Asia selittynee lähinnä sillä, että hän on pitänyt lainkohdan tulkinnassa varsin tärkeänä henkilön auktorisoimista julkisen vallan käyttöä merkitseviin tehtäviin ja että hän ei ilmeisesti ole katsonut sellaiseksi lääkäriksi laillistamista. Vrt. *Hannuniemi,* esim. 1991 s. 18 ja *sama,* DL 1987a s. 520.

[38] Vrt. *LKH:n OK 12/1986* kohta 3.1., jossa korostetaan lausunnon antavan lääkärin voivan olla myös siitä laitoksesta, jossa tahdosta riippumaton hoito annetaan. Ks. myös *1984 vp. asiak. A5 HE n:o 246* s. 22.

[39] Vrt. *Badura ym.* 1986 s. 481 ja 483.

suttuun menettelyyn itse asiassa varsin hyvin. Meillä on jo vanhastaan informoitu lääkärikuntaa siitä, että silloin kun sairaalaan toimittaminen hoidetaan terveyskeskuksen ulkopuolisen lääkärin lähetteellä, on terveyskeskuksen kuljetusvastuun toteuttamiseksi välttämätöntä sopia sairaankuljetusajoneuvon käyttämisestä terveyskeskuslääkärin kanssa[40]. Terveyskeskuksen kuljetusvastuuta on käsitelty myös oikeuskäytännössä.

> KHO 31. 3. 1981 T 1928: Yksityinen sairaankuljetusliike oli kuljettanut mielisairaaksi todetun henkilön keskussairaalan poliklinikkalääkärin antaman MT 1 -lähetteen nojalla Jyväskylästä Seinäjoelle mielisairaalaan. Koska sairaankuljetusliike ei ollut näyttänyt, että se oli suorittanut kuljetuksen Jyväskylän terveyskeskuksen toimeksiannosta tai suostumuksella, ei liikkeellä ollut oikeutta saada suorittamastaan kuljetuksesta korvausta Jyväskylän kaupungilta.

Edelleen on huomattava, että poliisille virka-apupyynnön esittämiseen oikeutetut on MielenterveysL 31 §:ssä rajattu terveyskeskusten ja sairaanhoitopiirien lääkäreihin. *Väkivaltaisesti pakkotoimia vastustavan toimittaminen sairaalaan ei siten yksinkertaisesti useinkaan onnistu ilman virkalääkärin myötävaikutusta.* Lisäksi on merkityksellistä, että lääkärit eivät ole niin halukkaita käyttelemään pakkohoitolähetevaltuuksiaan kuin ehkä paikoin oletetaan. Terveyskeskuslääkäri kokenee jonkun muun lääkärin kirjoittaman pakkohoitolähetteen varsin usein työhönsä kohdistuvan paineen helpotuksena ja esiintyy asiassa mielellään vain kuljetuksen järjestäjänä. Näin yhteydenpito terveyskeskukseen ei ainakaan yleensä johda siihen, että laitoksen lääkäri siirtäisi lähete-asian kokonaan omaan harkintaansa.

Yllä olevan perusteella voidaan sanoa, että asianmukaisesti pakkohoitolähetemenettelyn hoitava lääkäri saa normaalisti toimelleen terveyskeskuslääkärin suostumuksen ja että vastarintaa tekevän potilaan kyseenollen suostumus on itse asiassa pakkohoitolähetemenettelyn menestyksellisen täytäntöönpanon välttämätön edellytys. Yksityislääkärin toiminta liittyy tällä tavoin siinä määrin kiinteästi terveyskeskuksen toimintaan, että *VahKL:n 3:2:n mukaisen julkisyhteisövastuun sovellettavuutta saatetaan hyvin pitää perusteltuna.* Tämä koskee ainakin MielenterveysL:n mukaista lähetemenettelyä, mutta soveltunee myös PäihdehuoltoL:n mukaiseen järjestelmään, vaikkei sen osalta terveyskeskusten velvollisuuksia olekaan niin selkeästi säännelty. Mikäli pakkohoitolähetevaltuuksia käyttää sairaanhoitopiirin lääkäri virassaan, vastuusubjektina on tällöin luonnollisesti sairaanhoitopiirin kuntainliitto.

---

[40] *LKH:n OK 1. 4. 1978/DN:o 2103/02/78* kohta 2.3.

5.1.4.2. Lähete »normaalihoitoon»

I. Ryhdyttäessä arvoimaan tavalliseen sairaalalähetemenettelyyn kuuluvan vallan luonnetta voidaan ensimmäisenä huomiona painottaa, että toisin kuin pakkohoitolähetekäytännössä, lähete on helppo mieltää myönteiseksi tai etua merkitseväksi asiakirjaksi myös sairaan omasta näkökulmasta. VahKL:n 3:2:n sovellettavuudesta puhuttaessa on siten erittäin luontevaa kiinnittää huomiota asiakirjan *epäämisen* merkitykseen. Jos lääkäri perusteettomasti kieltäytyy lähetemenettelystä, henkilövahinkovaaran lisäksi tapaukseen liittyy tyypillisesti myös taloudellisia menetyksiä. Niitä saattaa johtua mm. siitä, että asianomainen joutuu pyytämään lähetettä toiseltä lääkäriltä tai turvautumaan yksityisiin erikoissairaanhoidon palveluihin. Kuitenkin myös itse *läheteasiakirjaan* tai sen liitteisiin sisältyvät virheellisyydet saattavat lähetemenettelyssä aiheuttaa varallisuusvahinkoja, joko niin, että asianomainen joutuu hakemaan uuden lähetteen toiselta lääkäriltä, tai siten, että virheellisen lähetteen perusteella potilaalle suoritetaan vaikkapa tarpeettomia maksullisia tutkimuksia[41]. Työajan menetystä ja tarpeettomia matkakustannuksia syntyy helposti esim. sellaisesta epätarkoituksenmukaisesta lähetemenettelyn *käytännön toteutuksesta,* jossa potilas ohjataan lähetteineen sairaalaan, vaikka ensivaiheessa riittäisi pelkkä lähetteen sinne toimittaminen[42]. Kuvatuin tavoin vahinkoja voi sattua sekä yksityislääkäreiden että virkalääkäreiden lähetekäytännössä.

Lähetteen *epäämisen* merkitys hoitoon pyrkivälle avautuu suoraan ErikoissairaanhoitoL:n 31.1 §:stä. Lainkohdassa edellytetään yksiselitteisesti, että sairaalaan otetaan potilaita ainoastaan lääkärin lähetteellä. Ellei asianomainen saa lähetettä, ei hän voi saada myöskään julkisen sektorin erikoissairaanhoi-

---

[41] *LKH:n YK:een 29. 7. 1970 N:o 1489* kohdan 14 mukaan lähetteen tuli sisältää seuraavat tiedot:
— sairaalan nimi ja erikoisalan poliklinikka, jonne potilas ohjataan,
— potilaan kiireellisyysluokka,
— potilaan henkilötiedot (etu- ja sukunimet, syntymäluku/henkilötunnus, ammatti, osoite, henkikirjoituspaikka),
— aikaisemmat sairaudet ja niiden hoitopaikka (ainakin siltä osin kuin niillä on merkitystä nykysairauden kannalta,
— esitiedot nykysairaudesta (myös aiemmat tutkimukset sekä hoito ja sen tulokset),
— nykytilan osalta lähettävän lääkärin toteamat havainnot, tulokset hänen suorituttamistaan tutkimuksista sekä tiedot mahdollisesti määrätystä hoidosta,
— kysymyksenasettelu ja poliklinikkaan lähettämisen syy.
(Huom. edellisen luvun alav. 129.)

[42] Tällaisen vahingonaiheutumistavan mahdollisuudesta lääkärikuntaa on varoitettu *LKH:n YK:ssä 29. 7. 1970 N:o 1489* kohta 21.

don palveluja (poislukien tapaukset, joissa henkilö otetaan sairaalaan kiireellisen sairaanhoidon tarpeessa olevana). Lääkärinasemaan näyttää siten kuuluvan mahdollisuus vähintäänkin hankaloittaa sairaan hakeutumista asianmukaiseen hoitoon. Tutkimuksessa aiemmin esitettyyn viitaten on tässä yhteydessä perusteltua todeta, että vahingoissa, jotka aiheutuvat potilaan pyrkimyksen nimenomaisesta torjumisesta lähetemenettelystä kieltäytymällä, *käy VahKL:n 3:2:n soveltaminen virkalääkäreiden osalta jokseenkin ongelmattomasti.* Yksityislääkärin vastaavanlainen menettely on sekin yhteiskunnallista vallankäyttöä. Sen vaikea argumentointi julkisen vallan käyttämiseksi ei ole kuitenkaan nyt sikäli välttämätöntä, että vahingonkorvauskanteen tueksi on mahdollista vedota sopimusvastuuseen.

Mutta kuinka lähetemenettelyn *käyttämiseen* kuuluva vallankäyttö on arvioitava? Voidaan ensinnäkin huomauttaa, että terveydenhuoltojärjestelmän kaksiportaistamisen tavoitteena on ollut — kuten sanottu — terveydenhuoltopalvelujen jaon tarkoituksenmukaistaminen. Koska erikoissairaanhoitoa ei siten ole ollut tarkoitus rajata vain joidenkin etuudeksi, on periaatteessa jokaisella katsottava olevan oikeus julkisiin erikoissairaanhoidon palveluihin, mikäli avuntarpeen katsotaan edellyttävän niiden antamista. Toisaalta niinkuin jo edellä on tullut esille, sairaalapotilaan aseman saavuttaminen merkitsee oikeudellisen aseman muutosta. Oleellista on huomata, että *ratkaisu oikeusaseman muutoksesta tehdään sairaalatoimessa* (ErikoissairaanhoitoL 33 §).

Lähetemenettelyn vaatimuksen tarkoituksena on yllä olevan mukaisesti säästää erikoissairaanhoidon voimavaroja lääketieteellisesti vaativimpiin ja ongelmallisimpiin sairaustapauksiin. Tätä taustaa vasten lähetemenettely voidaan ymmärtää eräänlaisen *seulontatehtävän* toteutukseksi, jossa lääkärintoimen vallankäytöllinen luonne tulee selvästi näkyviin ainoastaan lähetteen antamisesta kieltäytymällä. Lähetteen kirjoittaessaan lääkäri tavallaan *siirtää* asian jatkokäsittelyä varten sairaalaan. Toisin kuin pakkohoitolähetekäytännössä potilaaseen ei nyt kohdistu velvoittavaa normia.

Käytännön sairaalatoimessa lähetteen palauttaminen perusterveydenhuoltoon tai siirtäminen toiseen sairaalaan ei ole erityisen harvinaista[43]. Lähetteen auktoritatiivisuus potilaaksiottamista koskevassa ratkaisunteossa on riippuvainen sellaisista tosiasiallisista seikoista kuin lähettävän lääkärin nauttima arvonanto sekä lähetteen perustelutapa ja -taso. Läheteasiakirjan oikeudellinen mer-

[43] Lähetemenettelyn käytön »liiallisesti» kasvaessa sairaaloiden klinikoilla on laadittu myös lähettäville lääkäreille osoitettuja kirjelmiä lähetemenettelyn asianmukaistamiseksi. Annettujen ohjeiden merkityksen tehostamiseksi tällöin on viitattu mm. juuri sairaalan mahdollisuuteen olla vastaanottamatta potilasta, ellei ohjeita ole noudatettu.

kitys rajautuu tässä vaiheessa eräänlaiseksi *hallintoasian vireilletulon muodolliseksi edellytykseksi*. Toisaalta pakkohoitopotilaaksiottamista koskevasta ratkaisunteosta poiketen sairaalalla on toki tällä kohden katsottava olevan mahdollisuus ottaa potilas hoidettavaksi myös pelkästään sairaalassa diagnosoidun aiheen perusteella, jos sellainen esim. laitoksessa suoritettujen tutkimusten yhteydessä tulee esille.

Lähetteenkirjoittamisoikeuden käyttäminen *ei* yllä sanottu huomioonottaen oikeuttane luonnehtimaan lääkärin asemaa *julkisen vallan käyttämisen asemaksi*. Lähetteen kirjoittava lääkäri voi kyllä eri tavoin pyrkiä vaikuttamaan potilaan sisäänottoon myönteisesti, mutta asiaa sairaalassa ratkaistaessa lähetteessä esitetyistä näkökohdista ei olla sillä tavalla riippuvaisia, että lähettävää lääkäriä saatettaisiin pitää varsinaisesti osallisena tuohon ratkaisuun. Toisaalta lääkärin tosiasiallisten vaikutuskeinojen merkitystä heikentää osaltaan, että myös läheteasiakirjan vastaanottaja on lääkäri, joka siten kykenee arvioimaan esitettyjen näkökohtien painoarvoa potilaaksiottamista koskevassa ratkaisunteossa. Yllä olevan kannanoton perusteella ei kuitenkaan vielä ole mahdollista lopullisesti torjua julkisen vallankäytön korvausvastuun soveltamismahdollisuutta lähetevaltuuksien käytöstä johtuviin vahinkotapauksiin.

II. Kun VahKL:n 3:2:n mukaan »/j/ulkisyhteisö on velvollinen korvaamaan julkista valtaa käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneen vahingon», korvausvastuun syntymisedellytystä ei ole tiukasti sidottu vallankäytön toimeen. Riittävää on, että vahinko vain »kanavoituu» sen kautta. Toisin kuin Ruotsissa tämä kysymys on jäänyt meillä sekä lainvalmistelussa että varsin usein oikeuskirjallisuudessa kunnolla käsittelemättä[44].

Vaikka siteerattu lainkohta sellaisenaan edellyttää vain suhteellisen heikkoa tuottamuksellisen menettelyn ja julkisen vallankäytön yhteyttä, on selvää, että virheellisyys ei voi jäädä kuinka etäälle tahansa vallankäytön toimesta. Vahingonkorvausoikeuden yleisten oppien perusteella saatettaisiin pisimmäksi mahdolliseksi etäisyydeksi tietysti luonnostella syy-yhteyden maksimimittaa, mutta käytännössä realistiseksi yleiseksi ohjeeksi siitä ei tällä kohden välttämättä ole. Ruotsin vahingonkorvauslain esitöissä tuottamuksellisen toimenpiteen edellytettiin olevan »i ett mycket nära tidsmässigt och funktionellt samband med myndighetsutövning»[45]. Erityisen huomionarvoista on, että tällaisen läheisen yhteyden vaatimuksen ei kuitenkaan katsottu sulkevan pois *toisen vi-*

[44] Vrt. myös edellä s. 57—58 ja 107 selostettu ratkaisu KKO 1986 II 6.

[45] *Kungl. prop. 1972:5* s. 502

ranomaisen tai siinä toimivan virkamiehen tuottamuksellisia toimia[46].

Lähetemenettelyssä on kysymys juuri ratkaisuntekevän viranomaisen ulkopuolisen tahon kannanotosta asiaan. Käsillä on eräänlainen valmisteleva toimenpide[47], joka yhdessä potilaan sairaalaanottamista koskevan päätöksenteon kanssa muodostaa *toiminnallisen kokonaisuuden.* Naapurimaassamme Bengtsson on nimenomaisesti varoittanut tämänkaltaisten yhteyksien katkaisemisesta »yliherkillä» rajanvetotulkinnoilla[48]. Koska tällä kohden ei ole osoitettavissa ainuttakaan näkökohtaa, joka edellyttäisi vahingonkorvausoikeudellisessa kontekstissa potilaan oikeusturvaa kaventavan kaksivaiheisen kannanmuodostuksen korostamista, on pidettävä perusteltuna lähteä siitä, että *lähetemenettelystä johtuvat vahingot tulee arvioida VahKL:n 3:2:n yhteydessä.* Tämä tulkintakannanotto koskee myös niitä vahinkotapauksia, joissa lähetteen laatija on yksityislääkäri.

5.2. Hoitotoimenpiteet

Hoitotoimenpiteillä tarkoitetaan seuraavassa niitä lääkärintoimeen kuuluvia tosiasiallisia toimia, joita kohdistetaan välittömästi potilaaseen taikka hänen fyysiseen tai sosiaaliseen ympäristöönsä pyrkimyksenä vaikuttaa asianomaisen terveydentilaan tai diagnosoida se. Kysymys on siitä lääkärintoimen harjoittamisen osa-alueesta, johon PotilasvahinkoL:n 2 §:ssä viitataan ilmaisulla »tutkimus, hoito tai muu vastaava käsittely». Hoitotoimenpiteisiin kuuluu siten kirurgiset toimenpiteet, sydänhieronta, lääkitseminen, psykoterapia, eräissä tapauksissa myös potilaan huonetovereiden valinta, jopa ikkunan avaaminen potilaan huoneen tuulettamiseksi, jne.

Periaatteessa potilaaksiottamista koskevan päätöksenteon ja hoidon antamisen väliin sijoitettavana vaiheena saatetaan erottaa käytettävien tutkimusja/tai hoitotoimenpiteiden valintaa merkitsevä ratkaisunteko. Silloin, kun lääkärintoimeen ei kuulu erillistä hoitosuhteen aloittamisratkaisua, lääkäri — potilas-kontaktin ensimmäinen lääketieteellinen osuus sisältää yleensä aina diagnosoinnin[49]. Avoterveydenhuollossa tämä lääkinnällis-ammatillinen päätök-

[46] *Ibid.* s. 502. Myös *Bengtsson, I* s. 106—107, on korostanut tämän lähtökohdan perusteltavuutta.

[47] Vrt. *Kungl. prop 1972:5* s. 502, jossa ensimmäisenä konkreettisempana esimerkkinä mainitaan virheellinen menettely hallintoasian valmistelevassa vaiheessa.

[48] *Bengtsson I* s. 113

[49] Diagnosointi ymmärrettynä tällöin laajasti siten, että se sisältää anamneesin, tutkimustoimenpiteet ja johtopäätökset.

sentekovaihe merkitsee samalla hoitosuhteen alkamista. Tässä yhteydessä tutkimus- ja hoitotoimenpiteiden valintatapahtuman oikeudellista luonnetta ei ole tarpeellista ryhtyä erikseen käsittelemään. Normaalihoidon osalta siihen voidaan soveltaa niitä periaatteita, joita edellä avoterveydenhuollon syntytapahtumaa hahmotettaessa muotoiltiin. Pakkohoidossa ko. ratkaisunteko on osa asianomaiseen kohdistettavaa tahdosta riippumatonta menettelyä, ja siinä sen oikeudellinen arviointi määrittyy tältä perustalta.

Hoitotoiminnan luonteesta johtuen PotilasvahinkoL soveltuu suhteellisen laajalti hoidosta aiheutuviin vahinkoihin. Aiemmin esitettyjen näkökohtien johdosta on kuitenkin myös hoitovahinkojen osalta syytä tarkastella VahKL:n julkisen vallankäytön vastuusäännöstön sovellettavuutta.

5.2.1. Pakkohoito

I. Vaikka pakkohoitoa koskevan ratkaisunteon oikeudellisesta luonteesta ollaan laajalti yksimielisiä, ei enää aivan samaa voida sanoa sitä seuraavista varsinaisista hoitotoimenpiteistä. Ne on selitetty sekä julkisen vallankäytön toimiksi että niihin lukeutumattomaksi toiminnaksi. Edellisen kannan puolesta on vedottu ainakin siihen, että pakkohoidosta johtuu potilaille erityisiä riskejä, ja että henkilökunta työskentelee pakkohoidon antajana kovemman paineen alaisena kuin tavallisessa hoidossa[50]. Jälkimmäistä käsitystä on perusteltu sillä, että pakkohoitolaitoksessa annettava hoito on loppujen lopuksi samanlaista kuin muidenkin sairaaloiden hoito, ja että vastuun ankaruutta on siten arvosteltava näissä hoidoissa yhtäläisesti. Tähän kannanottoon on ilmeisesti lisäksi vaikuttanut se, että julkisen vallan käyttämisen on käsitetty erityisesti vapauteen puuttumiseksi.[51] Meillä on myös »puolueettomasti» esitelty mainittuja kannanottoja muodostamatta asiassa omaa selvää näkemystä, joka sekin osaltaan osoittanee kysymyksen mieltämistä pulmalliseksi[52]. Ilmeisesti niinikään naapurimaassamme asiasta on oltu ainakin jossain määrin kahta mieltä[53].

Kuten edellä on tullut esille, pakkohoito ei aina välttämättä seuraa välittömästi vapaudenmenetystä. Selvimmin näiden vaiheiden erillisyys näkyy Tar-

[50] *Modeen,* JFT 1977 s. 382

[51] *Achté — Hoppu* s. 76

[52] Ks. *Lohiniva* s. 146—147. Se, että Lohinivakin, s. 145—146, mieltää julkisen vallankäytön ilmenevän pakkohoidon yhteydessä nimenomaan henkilön vapauteen puuttumisena, antaa tietysti aiheen olettaa hänen »aavistelleen» julkisen vallan käyttämiseksi lähinnä vain pakkohoidon antamista koskevan ratkaisunteon. Vrt. *Koskinen* s. 104.

[53] Ks. *Losman — Wagnsson* s. 35—36 ja *Bengtsson I* s. 159—160.

tuntatautiL:n säännöksistä, joista ilmenee mm., että ratkaisuntekokin eristämisasiassa ja pakkohoitoasiassa kuuluu pääsäännön mukaan eri viranomaisille[54]. Myös MielenterveysL:sta käy ilmi, että henkilön vapaudenmenetys ei alunpitäen perustu pakkohoitopäätökseen; olkoonkin, että pakkohoitoa tarkoittava ratkaisu johtaa vapaudenmenetyksen jatkumiseen. Lähimmäksi vapaudenmenetystä näyttäisi pakkohoidon oikeutus käyvän PäihdehuoltoL:n järjestelmässä, joka sekin edellyttää nimenomaisen hoitopäätöksen tekemistä. Kuvatunkaltaisesta sääntelystä johtuen on tahdosta riippumattoman hoidon oikeudellisessa arvioinnissa otettava lähtökohdaksi hoidon antamiseen oikeuttava päätös, ei se ratkaisu, joka johtaa henkilön vapaudenmenetykseen. Näin todettaessa saatetaan huomauttaa, että pakkohoitopäätös ei ole sen »huonompi» perusta sitä seuraavien toimenpiteiden luonnehtimiseksi julkisen vallan käytöksi kuin vapaudenmenetystä tarkoittava ratkaisukaan: tapauksesta riippuen se saattaa merkitä hyvin laajaa *puuttumista* potilaaksi luokitellun henkilön *koskemattomuuteen*.

II. Käsittääkseni voidaan perustellusti olettaa, että epäselvyys hoidon luonteesta julkisen vallan käyttönä ei koske fyysistä pakkoa käyttäen toteutettua hoitoa. Tähän viittaa mm. yllä mainittu perustelutapa rinnastaa tahdosta riippumaton hoito normaalihoitoon. Pelkästään hoitotilanteita havainnoiden tullaankin helposti siihen, että pakkohoitopäätöksen kohteeksi joutunut henkilö usein — ainakin ennen pitkää — alistuu hoitoonsa vastarintaa tekemättä. Tämä on kuitenkin vain asian yksi puoli. Jotta tahdosta riippumaton hoito kyettäisiin ymmärtämään juridisessa katsannossa oikein, asiassa on kiinnitettävä erityistä huomiota *hoitopäätökseen*.[55] Mutta millä tavalla pakkohoitopäätökseen viitaten sitä seuraavat hoitotoimenpiteet saatetaan selittää valtatoimiksi? Kysymystä voidaan lähestyä ainakin *täytäntöönpanoa* koskevien oppien suunnalta.

Täytäntöönpanoa on hallinto-oikeudessa luonnehdittu sanomalla, että siinä fyysisesti toteutetaan se, mikä hallintopäätöksellä on verbaalisesti ratkaistu[56]. Näin määritellen saatetaan korostaa pakkohoitopäätöksen ja sitä seuraavien toimenpiteiden ykseyttä: täytäntöönpanossa on kysymys tavoitellun asi-

---

[54] TartuntatautiL:a koskevassa HE:ssä tähdennettiin, että hoidon tulee eristämisaikana normaalisti perustua asianomaisen suostumukseen; *1986 vp. asiak. A1 HE n:o 44* s. 11.

[55] Vrt. *Aarnio*, Mitä lainoppi on? s. 252—253, jossa hän korostaa, että tuomioistuinten jäsenten käyttäytyminen empiirisenä toimintana saattaa tulla oikeudellisesti mielekkääksi ja ymmärrettäväksi vain ennakollisen normitiedon perusteella.

[56] *Uotila — Laakso — Pohjolainen — Vuorinen* s. 131 ja 137

aintilan tosiasiallisesta toteuttamisesta[57]. Vain yhdessä hallintopäätös ja täytäntöönpano voivat aikaansaada sen 'olotilan toteutumisen, joka on objektiivisen oikeuden vaatima'[58].

Näin muotoutuva ykseys ei ole kuitenkaan julkisen vallan käyttämisen näkökulmasta aksiomaattinen: päätöksen ominaisuus julkisen vallan käyttönä ei »itsestään» siirry hoitoon. Toisaalta tämä huomio ei tarkoita vaatimusta päätellä, että koska julkista valtaa on jo asiasta päätettäessä käytetty, ei siitä enää toteutusvaiheessa voi olla kyse. Mutta se ei tarkoita myöskään, että asiassa ei olisi aiheellista kiinnittää huomiota pakkohoitopäätökseen. Päinvastoin, juuri pakkohoitopäätös selittää sitä seuraavan hoidon oikeudellisen luonteen. Tämä ei kuitenkaan johdu hoitopäätöksen oikeudellisesta karakterisoinnista vaan sen *sisällöstä*.

Olennaista on, että pakkohoitopäätös *muuttaa kohteenaan olevan henkilön oikeudellista statusta* siten, että hänelle annettava hoito voidaan toteuttaa tarpeenmukaista fyysistä pakkoa käyttäen tarvitsematta enää hoitotoimenpiteiden yhteydessä turvautua muodollisesti säänneltyyn päätöksentekomenettelyyn. Täten tahdosta riippumaton hoito on — pakon tosiasiallisesta käyttötarpeesta riippumatta — *kaikilta osiltaan hallintopakkoa.* Ko. hoidon osittainen samankaltaisuus normaalihoidon kanssa johtuu mm. suhteellisuusperiaatteesta[59]. On kuitenkin huomattava, että tähän samankaltaisuuteen vedoten ei ole mahdollista perustella käsitystä, jonka mukaan hoidon oikeudellinen luonne muuttuisi vasta silloin, kun siinä joudutaan turvautumaan erilaisiin pakkokeinoihin. *Tahdosta riippumattoman hoidon voidaan siten katsoa olevan kauttaaltaan julkisen vallan käyttöä.*[60]

> Paitsi että VahKL:n 3:2:n soveltaminen käy pakkohoidon vahinkotilanteisiin jo yllä olevan mukaisesti, näyttäisi lainkohdan soveltamisen puolesta olevan periaatteessa mahdollista viitata myös siinä omaksuttuun sääntelytapaan, joka ei edellytä vahinkotapahtuman suoraa aiheutumista julkisen vallankäytön toimesta. Ruotsin vahingonkorvauslakia tulkinnut Bengtsson on huomauttanut, että kun esim. omaisuutta on pakkotoimin otettu viranomaisen huostaan, on omaisuuden huolimattomasta hoidosta johtuvat vahingot korvattava juuri lain 3:2:n perusteella[61]. Tämän kannanoton taus-

[57] *Ibid.* s. 137

[58] *Merikoski II* s. 206

[59] Suhteellisuusperiaatteen merkitys korostuu hallinto-oikeuden alalla Merikosken mukaan erityisesti hallintopakossa; ks. *Merikoski,* Vapaa harkinta s. 75.

[60] Vrt. *Badura ym.* 1986 s. 531—532 ja erityisesti hänen huomautuksensa: »Auch wird die Entschädigung nicht verweigert, wenn ein Kranker einen Gesetzlichen Pflicht zur ärztlichen Behandlung freiwillig nachgekommen ist.»

[61] *Bengtsson I* s. 113

talla oleva ajattelutapa soveltuu hyvin myös oman VahKL:mme tulkintaan. Ihmisten pakkohoidon vahinkojen osalta sen soveltaminen ei vain ole tarpeen sen vuoksi, että hoito on jo sellaisenaan julkisen vallan käyttöä.

5.2.2. »Normaalihoito» ja ensiapu

Tosiasiallisina toimintoina ilmenevä hoito ei pakkotoimia lukuunottamatta sellaisenaan saata merkitä VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuutta. Jos epäonninen saa lääkärin ruiskeen iskiashermoonsa tai vielä epäonnisempi tekee kelvottoman psykoterapian päätteeksi itsemurhan, ei vahinkoon tavallisesti ole syynä julkisen vallan käyttäminen. Asiasta vallitseekin laaja yksimielisyys.[62]

Käsillä olevassa tutkimuksessa on kuitenkin aiheellista korostaa käsityskannan perusteltavuutta varauksitta vain siltä osin kuin kysymys on todellakin *toiminnallisesta* lääkärintoimen harjoittamisesta. Esim. hoidon kohdentamista ja hoitotavan valintaa koskeva ratkaisunteko joudutaan arvioimaan paikoin toisin.

5.3. Lääkärintodistukset ja -lausunnot

5.3.1. Eräitä yleisiä näkökohtia

1. Jo kymmenisen vuotta siten lääkärintodistuksia ja -lausuntoja arvioitiin kirjoitettavan maassamme vuosittain noin miljoona kappaletta[63]. Niitä tarvitaan sosiaali- ja terveydenhuollossa, oikeudenhoidossa, verohallinnossa, jne. Paitsi viranomaisia varten lääkärintodistuksia hankitaan myös yksityisille — esim. työnantajille sekä vakuutus- ja oppilaitoksille — esitettäviksi. Eri nimikkeisiä lääkärintodistuksia on paljon[64]; suurimman osan asiakirjoista on sanottu menevän sosiaalivakuutusjärjestelmän tarpeisiin[65].

---

[62] Ks. esim. *Achté — Hoppu* s. 75—76, *Modeen,* JFT 1977 s. 375, *Lohiniva* s. 145—146, *Bengtsson I* s. 162 ja *Losman — Wagnsson* s. 36.

[63] *Isotalo,* 1981 s. 55. Vrt. *sama,* 1983 s. 114, jossa arvio on jo »vähän yli 1 miljoona».

[64] Raekallion ym. toimittamassa oikeuslääketieteen oppikirjassa käsitellään rikosoikeudellisia lääkärintodistuksia, vakuutustodistuksia, sairaus- ja terveystodistuksia, invaliditeettivähennyksen saamiseen oikeuttavia todistuksia, autoveron palautusta varten annettavia todistuksia, ajokorttitodistuksia sekä syntymä- ja kuolintodistuksia; *Oikeuslääketiede* s. 58 ss. Huomattavasti pidempi luettelo sisältyy terveydenhuollon asiakirjojen kirjoittamisesta laadituun oppaaseen; *Harinen* s. 13 ss. Ks. myös *LKH:n OK 24. 3. 1982/DN:o 6736/02/80* s. 1—2 (tämä ohjekirje on voimaansaatettu STH:n johtokunnan kokouksessa 4/1991 30. 4. 1991).

[65] *Isotalo,* 1983 s. 113

Lääkärintodistusten ja -lausuntojen käytön »ylimittainen» laajentuminen käynnisti 1980-luvulla keskustelun lääkärintodistusmenettelyn vähentämistarpeesta, joka sittemmin on johtanut ehdotukseen eräänlaisesta yleisestä terveystodistuksesta. Tällaisella asiakirjalla korvattaisiin tiettyjä 'turhia' todistuksia, ja vastuu sen ajanmukaisuudesta kuuluisi jokaiselle itselleen. Toisaalta terveysselvitysten antamisvaltaa on »rutiiniasioissa» tarkoitus siirtää sairaanhoitohenkilöstölle. Mm. tartuntatautilainsäädäntöä onkin jo ehditty muuttaa siten, että lääkärintodistuksen sijasta voidaan eräissä tapauksissa esittää selvitys, joka sisältää tiedon »laboratorio- tai röntgentutkimuksen tai muun tutkimuksen tuloksesta» (ks. L 275/91 ja A 928/91).

Lääkärintodistusten ja -lausuntojen runsaasta käytöstä huolimatta niihin liittyvät vahingonkorvausjutut ovat käytännössä olleet harvinaisuuksia[66]. Tilanne on vastaavanlainen asiakirjojen laatimisoikeutta koskevan LääkäriL:n 18 §:n mukaisen turvaamismenettelyn osalta[67]. Tällaista asiaintilaa voitaneen selittää mm. sillä, että riittämätön tai virheellinen diagnoosi johtaa monesti potilaan kannalta myönteiseen kannanottoon, minkä vuoksi tälle ei lääkärin virheestä aiheudu useinkaan edes oikeussuojan tarvetta. Toisaalta mielestään virheellisen lääkärintodistuksen saanut voi kääntyä aina toisen lääkärin puoleen ja saada tältä kenties paremmin toiveitaan vastaavan asiakirjan. Esim. työnantajien voidaan taas olettaa varsin usein mieltävän turhaksi yritää prosessata työntekijöiden lääkärintodituksin vaatimista laillisista eduista. Lisäksi on huomattava, että lääkärintodistusten asema »vain» asiantuntijalausuntoina mm. viranomaisten myönnettävissä olevista etuuksista päätettäessä saattaa jättää po. asiakirjojen keskeisen roolin vaille sellaista huomiota, joka olisi omiaan synnyttämään lääkäreihin kohdistuvia vaatimuksia. Näissä tilanteissa lääkäriä saattaa paikoin suojata myös VahKL:n passiivisuussääntö (3:4).

Lääkärintodistusten laajamittaisesta käytöstä johtuen on selvää, että niihin liittyvistä virheellisyyksistä aiheutuvat vahingot ovat tavallisia. Varsinkin erilaisten sosiaalietuuksien »vartijan» roolista johtuen todistuksen saajien vahinkojen lisäksi sangen yleisiä lienevät kolmannen henkilön vahingot. Tämän tutkimuksen ongelmanasettelussa lääkärintodistusmenettelyyn kuuluva vallankäyttö muodostaa siinä mielessä olennaisen kysymysryhmittymän, että sen osalta PotilasvahinkoL:n mukainen korvausturva saattaa antaa oikeussuojaa äärimmäisen harvoin. Toisaalta voidaan huomauttaa, että silloinkin, kun lää-

[66] Tämä näkyy esim. *Oeschin* lääkärin vahingonkorvausvastuuta käsittelevässä tutkimuksessa siten, että po. asiakirjoihin liittyvät virheellisyydet on jätetty tyystin huomiotta. Vrt. myös esim. *Klami*, SLL 1968 s. 2896.

[67] Ks. *Lahti — Lindstedt — Partanen* s. 65.

kärintodistuksen virheellisyydestä johtuva vahinko aiheutuu vasta viranomaisen käytettyä asiassa päätösvaltaa, on lääkärin *henkilökohtaisen vastuun* kannalta ratkaisevaa, onko juuri hänen menettelynsä luonnehdittavissa julkisen vallan käyttämiseksi.

II. Jaottelu *lääkärintodistuksiin* ja *lääkärinlausuntoihin* virittää kysymyksen asiakirjojen erottelun merkityksestä. Tässä yhteydessä on kysyttävä, onko erottelukriteeri oikeudellinen, ja onko se sitä erityisesti sillä tavalla, että jaottelulla olisi relevanssia juuri nyt.

On hyvin yleistä, että po. käsiteparin osasia käytetään ilman spesifistä merkityssisältöä. Ne miellettänee usein jollakin tavoin epämääräisesti toistensa kielellisiksi täydennyksiksi. Monesti niitä käytetään vain synonyymisesti tavoiteltaessa sujuvaa sanontatapaa. Tällaiseen sanaparin käyttöön on päädytty mm. eräissä lääkärintodistuksia ja -lausuntoja koskevissa ohjeistoissa[68].

Pelkästään kielen tyyliä koskevaksi sanaparin merkitys ei kuitenkaan aivan yksinomaan näytä jääneen. Virallisesti asiakirjanimikkeitä on eriävin merkityssisällöin käyttänyt ainakin sosiaali- ja terveysministeriö. Se on päätöksessään niistä palkkioista, jotka lääkärillä on oikeus saada sairausvakuutuslain nojalla antamistaan tiedoista ja lausunnoista (802/82), määritellyt säädöksen 2.1 §:ssä käsitteet seuraavasti:

> »*Lääkärintodistuksella* tarkoitetaan lääkärin laatimaa asiakirjaa, jossa lähinnä vain todetaan tosiasiat tekemättä niiden perusteella johtopäätöksiä. *Lääkärinlausunto* taas sisältää edellä tarkoitettujen tietojen lisäksi myös lääkärin perustellun käsityksen sairauden tai vamman korvattavuudesta tai muusta tällaisesta näkökohdasta. Jos johtopäätökset kuitenkin koskevat vain työkyvyttömyysasteen määrittämiseksi tarpeellisia seikkoja, on kysymyksessä lääkärintodistus eikä -lausunto.»

On huomattava, että STM:n päätös koskee vain erästä osaa lääkärintodistuksista ja -lausunnoista ja että erottelun vaikutukset ulottuvat vain lääkärinpalkkioihin. Vaikka siteerauksen mukaista jaottelua on jonkin verran käytetty myös lääkintöasiakirjojen laadintaa koskevassa oppimateriaalissa[69], ei siihen ilman nimenomaista sääntelyä luonnollisestikaan ole yleisesti voitu kytkeä erityisiä oikeudellisia merkityksiä. Lisäksi saatetaan korostaa, että LKH

---

[68] Ks. *LKH:n OK 24. 3. 1982/DN:o 6736/02/80 »Lääkärintodistuksia ja -lausuntoja koskevat yleiset ohjeet»* sekä *Suomen lääkäriliiton »Ohjeisto lääkärintodistusten kirjoittamisesta»* (hyväksytty liiton hallituksen kokouksessa 25. 11. 1977, täydennetty 13. 9. 1990).

[69] Ks. *Harinen* s. 7 ss.

on antamissaan po. asiakirjoja koskevissa yleisohjeissaan pyrkinyt ohjaamaan *»johtopäätöksiin»* sisällytettäväksi niitä päätelmiä, joihin *»todistuksen»* tarkoitus antaa aihetta. Näiden huomioiden johdosta on perusteltua katsoa, että kyseessä *ei* ole sillä tavalla *vakiintunut käsite-erottelu,* johon nyt olisi aihetta millään tavalla tukeutua tai kiinnittää enempää huomiota. Sitä paitsi näkemys pelkkien johtopäätösten vaikutuksesta oikeudellista merkityseroa luovana tekijänä olisi tietysti yleensä ottaen arveluttava jo siksi, että yksin *faktapremissien asettelulla* lääkäri saattaa monesti määritellä johtopäätöksenkin sisällön[70].

III. Ennen vuoden 1991 alusta voimaantullutta RL:n uudistusta lääkärintodistusten väärentämistapauksissa jouduttiin ottamaan kantaa kysymykseen, oliko todistusasiakirjaa pidettävä lain 36 luvun 4 §:ssä tarkoitettuna *yleisenä* vaiko 5 §:n mukaisena *yksityisenä* asiakirjana[71]. Edellisen väärentäminen oli määritetty RL:n rangaistusasteikolla hieman jälkimmäisen asiakirjan väärentämistä moitittavammaksi teoksi.

Rovaniemen HO katsoi ratkaisussaan 18. 6. 1985 T 547 virkalääkärin virassaan antaman todistuksen RL:n 36:4.2:n tarkoittamaksi matkapassiin verrattavaksi yleiseksi asiakirjaksi. Vaasan HO:n tuomiossa 3. 12. 1982 T 1284 lähdettiin puolestaan siitä, ettei sillä seikalla, oliko lääkärintodistuksen antanut yksityislääkäri vai virassa oleva lääkäri, ollut potilaan kannalta merkitystä, ja pidettiin aluesairaalan lääkärin virassaan antamaa todistusta yksityisen antamaan mainetodistukseen verrattavana yksityisenä asiakirjana. Kouvolan HO lausui ratkaisussaan 30. 12. 1985 T 1458, ettei asiakirjan oikeellisuuden suojaamisen kannalta ollut merkitystä sillä, oliko lääkäri antanut todistuksen virkamiehenä vai yksityislääkärinä, ja päätyi kannanottoon RL:n 36:5:n yleisestä sovellettavuudesta lääkärintodistusten väärentämistapauksiin. Myös KKO on ratkaisussaan 1988:99 todennut yksityisja virkalääkärin antamien todistusten olevan kumpaistenkin yksityisiä asiakirjoja. Sen käsittelemässä jutussa sama henkilö oli väärentänyt sekä yksityislääkärin että virkalääkärin antaman todistuksen. Tuomioistuin katsoi, että koska virkalääkärinkään oikeus lääkärintodistusten antamiseen ei perustu hänen asemaansa virkamiehenä, vaan hänen lääkärintoimen harjoittamisoikeuteensa, oli todistusväärennöksiä arvioitava yhtäläisesti.

RL:n uudistamisen myötä kyseinen laintulkintaprobleema on poistunut. Väärennysrikosten rangaistuslatitudi on sidottu aiempaa vähemmän muodol-

[70] Vrt. *Laakso,* 1990 s. 258.

[71] Huomattakoon, ettei asiakirjan yleisyysominaisuus ole ollut eri oikeudenaloilla yhtenäinen: RL:n aiemmasta sääntelystä poiketen yleisten asiakirjain julkisuudesta annetun L:n (83/51) 2.1 §:n mukaan yksityistenkin laatimat asiakirjat tulevat yleisiksi viranomaiselle saavuttuaan.

lisiin näkökohtiin (ks. RL 33:2 ja 3). RL:n uusia väärennysrikossäännöksiä tulkittaessa jouduttaneen lääkärintodistusten väärentämistapauksissa keskeinen merkitys antamaan sille, millaista etuutta rikoksella on kulloinkin tavoiteltu. Tämän tutkimuksen kannalta on mielenkiintoista, että ko. säännösten perustelussa viitattiin *kahden oikeudenalan rajanvedon ongelmallisuuteen.*

> »Todistuskappaleen julkisoikeudellinen luonne ei sinänsä enää riitä perusteluksi väärennysrikoksen normaalia ankarammalle arvostelulle. Oikeuselämässä käytetään usein yleisiä ja yksityisiä asiakirjoja samantapaisiin tehtäviin eivätkä julkinen ja yksityinen sektori ole muutoinkaan aina selvästi erotettavissa. Rikoslain 36 luvun 4 ja 5 §:n väliset rajanveto-ongelmat ovat ehkä tarpeettomastikin monimutkaistaneet nykyisen lain järjestelmää.»[72]

Siteeraus sisältää modernin, asiallisiin näkökohtiin nojaavan lainsäädäntöhanketta koskevan perustelun. VahKL:n tulkinnassa ei kuitenkaan saateta kovin helposti sivuuttaa sitä, että laki on säädetty varhaisemman teoreettisen katsantotavan pohjalta. Tämä tulee esiin myös lääkärintodistusten vallankäytöllisen merkityksen arvioinnissa, jossa törmätään ongelmaan, *kuinka pitkälle julkisen vallankäytön vastuusäännöstön sovellettavuus* perinteisellä yksityisellä alueella voidaan perustella *asiallisin näkökohdin.* Sekä yllä oleva siteeraus että lääkärintodistusväärennöksiä koskeva oikeuskäytäntö on mielestäni kuitenkin luontevaa tulkita yleisemminkin myönnytykseksi käsitystavalle, joka korostaa lääkärintodistuksen todellisen merkityksen painottamista sitä koskevan kulloisenkin oikeudellisen kysymyksen ratkaisutapahtumassa.

5.3.2. Lääkärintodistusmenettelyn käyttöalasta ja funktioista

Jotta olisi mahdollista arvioida julkisen vallan käyttämistä koskevan vastuusäännöstön sovellettavuutta lääkärintodistusmenettelyyn, on oltava pääpiirteittäinen kuva siitä, millaiseen päätöksentekoon ja muuhun toimintaan lääkärintodistusten käyttö yhteiskunnassa liittyy. Tässä yhteydessä asiaa ei ole mahdollista ryhtyä analysoimaan jokaisen erityyppisen lääkärintodistuksen tarkkuudella, vaan on tyydyttävä muutamien huomioden perustalta tehtäviin yleistyksiin.

---

[72] *1988 vp. asiak. A2 HE n:o 66* s. 114

5.3.2.1. Tuomioistuimille annettavat lääkärintodistukset ja lausunnot

Tuomioistuimelle annettava lääkärintodistus saattaa *rikostapauksessa* sisältää esim. selonteon pahoinpitelyn tai liikennevahingon aiheuttamien vammojen laadusta. Tällaisten lausuntojen sisällöstä riippuu osaltaan, millainen korvaus vahingoittuneelle tuomitaan ja/tai millainen tuomio syylliseksi todetulle langetetaan.

Kannanotto rikoksentekijän syyntakeisuudesta pyydetään MielenterveysL:n 16 §:n mukaisesti STH:lta. Sen asiana on määrätä, missä mielentilatutkimus tehdään. Jos se tehdään sairaalan ulkopuolella, STH päättää myös sen, kenelle lääkärille tehtävä uskotaan. Viraston lääkärinlausunnon perustalta muotoileman kannanoton lisäksi tuomioistuimelle välitetään tavanomaisen käytännön mukaan myös lääkärin antama lausunto. Syyntakeisuutta koskevassa lausunnossa lääkäri arvioi rikollisen teon tehneen kykyä käyttäytyä rikoksentekoaikana lainmukaisesti. Tällainen kyky on edellytyksenä asianomaisen saattamiseksi rikosvastuuseen.[73]

Siviiliprosessin puolella lääkärintodistusmenettely voi liittyä mm. isyyden selvittämiseen tai holhousasiaan taikka esim. autonostajan väitetyn skitsofrenian vuoksi käytävään kaupan purkamista koskevaan oikeudenkäyntiin. Ensimmäisessä tapauksessa lääkärin kannanottoa hyväksikäyttäen tuomioistuin saattaa perustaa merkittävän statussuhteen; holhottavaksijulistamispäätös puolestaan johtaa oikeustoimikelpoisuuden menettämiseen. Kaupan purkamiseen sellaisenaan liitty etupäässä taloudellisia vaikutuksia, joiden lähempi merkitys asianosaisten kannalta määräytyy tapauksittaisesti.

Tuomioistuimelle esitettävän lääkärintodistuksen voidaan yleisesti luonnehtien sanoa vaikuttavan *tuomiovallan käyttöön*. Yllä olevat esimerkit osoittavat asiakirjalla olevan merkitystä hyvin *useantyyppisten oikeuksien ja velvollisuuksien vahvistamismenettelyssä*.

5.3.2.2. Hallintoviranomaisille annettavat lääkärintodistukset ja -lausunnot

Julkisessa hallinnossa lääkärintodistuksella voidaan pyrkiä osoittamaan esim. invaliditeetti autoveron palautuksen tai verovähennyksen saamiseksi taikka erityisen hoidon tai kasvatuksen tarve lapsen ottamiseksi päiväkotiin. Julkisyhteisön palveluksessa oleva henkilöstö saattaa esittää asiakirjan todistaak-

[73] Ks. esim. *Lahti — Keisu — Wagner-Prenner — Minkkinen* s. 2—3. Voidaan korostaa, että lääkärin kannanottoa syyntakeettomuudesta ei yleisesti ottaen saateta tulkita yksistään myönteiseksi lausumaksi syytetyn kannalta siksikään, että valtaosan syyntakeettomista on havaittu päätyvän kriminaalipotilaiksi mielisairaaloihin; ks. *ibid.* s. 132.

seen työstä poissalon syyksi sairauden. Sosiaalivakuutusjärjestelmän piirissä lääkärintodistuksia käytetään monenlaisia korvauksia, hoitotukea, päivärahaa, kuntoutusetuutta, yms. haettaessa. Julkisessa hallinnossa lääkärintodistuksen tyypillisin käyttö liittyy nimenomaan erilaisten *sosiaalis-taloudellisten* etuisuuksien tavoitteluun. Kun esim. kansaneläkelaitos jakaa yksistään SairausvakuutusL:n mukaista päivärahaa vuosittain »miljardeissa»[74], on selvää, että lääkärintodistusmenettelyssä puututaan tuntuvasti *julkisten varojen* jakamiseen. Lääkärintodistuksilla on yllä olevan mukaisesti käyttöä myös *julkisten palveluiden* kohdentamisessa.

Aina viranomaiselle esitettävään lääkärintodistukseen ei kuitenkaan liity kyseisenlaisia tarkoitusperiä. Ajokorttiasioissa lääkärintodistuksen vaatimus tarkoittaa tietynasteisen liikenneturvallisuuden toteutusta. Aborttiasioissa lääkärintodistusta pidetään tarpeellisena paitsi raskaana olevaa naista ja sikiöä koskevien terveydellisten kysymysten arvioinnissa myös yleisen yhteiskuntamoraalin ylläpitämiseksi ja vallitsevien siveellisyyskäsitysten noudattamiseksi. Hautaamista varten annettava kuolintodistus palvelee paitsi väestökirjanpitoa myös erilaisia oikeusturvatehtäviä. Viranhaussa ja oppilasvalinnassa todistus terveydestä vaaditaan sen vuoksi, ettei erilaisiin yhteiskunnallisiin tehtäviin rekrytoitaisi niihin soveltumattomia henkilöitä. Tällaiset asiakirjat osoittavat lääkärintodistuksilla olevan käyttöä monenlaisissa *yhteiskunnallisen järjestyksen ja turvallisuuden valvonnallisissa* tehtävissä.

5.3.2.3. Yksityisille annettavat lääkärintodistukset ja -lausunnot

Lääkärintodistuksella haetaan yksityiseltä yleisimmin lakiin perustuvaa *taloudellista suoritusta.* Tavanomaisimpiin kuuluvat mm. sairausajan palkka (TSL 28 §) ja tapaturmakorvaus (TapaturmavakuutusL 608/48 41 §). Kuitenkin yksityiselläkin sektorilla oma sijansa on myös selvemmin yleistä intressiä koskevilla *valvonnallisilla* asiakirjoilla. Tällaisia ovat esim. lääkärinlausunto erityisäitiysloman tarpeesta (ks. TSL 34.2 §)[75] ja IlmailuA:n (525/68) 44 §:ssä edellytetyn lääkärintarkastuksen perusteella laadittava lausunto.[76]

---

[74] Ks. esim. *Lääkealan taskumuistio* s. 13.

[75] Ks. myös *KELA 30. 5. 1991 n:o 50 L* kohta 1 s. 1—2.

[76] Siitä huolimatta, että yksityiset voisivat keskinäisissä suhteissaan vaatia toisiltaan todistuksia terveydentilasta periaatteessa hyvin monenlaisissa tilanteissa, ei niiden käyttö ainakaan vielä ole »virallistanut» kansalaisten normaalia sosiaalista kanssakäymistä.

5.3.3. Julkisen vallankäytön »kriteerit» lääkärintodistusmenettelyssä ja niiden arviointia

5.3.3.1. Lääkärintodistusmenettelyn käytön välttämättömyys

I. Lääkärintodistus liittyy usein vallankäytöllisiä toimia merkitsevään virallismenettelyyn. Tuomiovallan käyttö ja hallinnollinen ratkaisutoiminta — KELA:nkin osalta — on sinänsä helppo luokitella julkisen vallan käyttämiseksi. Yksin tästä ei kuitenkaan seuraa, että myös niihin liittyvä lääkärintodistusmenettely olisi julkisen vallan käyttöä.

Tässä yhteydessä on huomionarvoista, että lääkärintodistusmenettely voi olla viranomaisen myönnettävissä olevan etuuden käsittelyn ja/tai saamisen *ehdoton edellytys.* Usein tämä johtuu nimenomaisesta sääntelystä (ks. esim. A lasten päivähoidosta 239/73 2.4 §, AjokorttiA 447/72 23 § ja Tulo- ja varallisuusveroA 1336/89 5 §). Toisaalta lääkärintodistuksen välttämätön tarve saattaa aiheutua pelkästään siitä, että asian käsittelyn perustana olevista seikoista ei ole mahdollista saada selvyyttä ilman lääketieteellistä asiantuntemusta. Tällainen on tilanne esim. oikeudenkäynnissä sangen usein silloin, kun vaatimuksen perusteena vedotaan sairauteen.

Lääkärintodistus on paikoin välttämätön myös yksityisellä sektorilla. Sen tarve saattaa johtua asiakirjaa edellyttävistä säännöksistä, kuten asia on ilmailun ja merenkulun alalla yksityisen työnantajan palvelukseen ryhdyttäessä (ks. IlmailuA 44 § ja A merimiehen lääkärintarkastuksista 476/80). Sairausajan palkan saaminen saattaa sekin olla paikoin siitä riippuvaista, voiko asianomainen osoittaa sairautensa lääkärintodistuksella, vaikkei TSL tätä menettelyä edellytäkään.

II. Käsittääkseni tutkimuksessa aiemmin esitettyjen näkökohtien valossa on perusteltua lähteä siitä, että välttämättömän lääkärintodistuksen tai -lausunnon antamisesta *kieltäytyvä* lääkäri, jolla on asiakirjan antamiseen oikeudellinen *velvollisuus,* syyllistyy rikkomukseen, josta aiheutuvien menetysten korvauskysymys tulee arvioida *julkisen vallan käyttöä koskevia VahKL:n säännöksiä soveltaen.* Julkisen vallan käyttämiseksi on luonnehdittava myös yksityislääkärin torjuva menettely silloin, kun tällä on todistuksenantamisvelvollisuus lääkärintoimen valvontaviranomaisen asettamien määräysten mukaan. Kun esim. holhouskysymyksessä lausunnon antamisvelvollisuus on ensisijassa lääkärillä, »joka nykyisen tai aikaisemman hoitosuhteen perusteella tuntee tutkittavan terveydentilan», ja vasta toissijaisesti virkalääkärillä,[77] saattaa esite-

[77] *LKH:n YK 7. 10. 1987 N:o 1934* s. 5 (kohta 2.1.). Tämä yleiskirje on voimaansaatettu STH:n johtokunnan kokouksessa 4/1991 30. 4. 1991.

tyllä tulkinnalla mm. omaisuuden hukkaamistapauksissa olla ratkaiseva merkitys. On mahdollista, ettei prosessuaalinen sopimusmallikaan aina »veny» kattamaan tämänkaltaisesta lausuntomenettelystä kieltäytymisestä johtuvia vahinkoja.

Julkisen vallankäytön vastuusäännösten soveltaminen on perusteltua esitetyssä laajuudessa myös niissä vahinkotapauksissa, joissa todistuksen antamiseen oikeudellisesti velvoitettu lääkäri *tahallisesti tai törkeän tuottamuksellisesti antaa virheellisen todistuksen.* Voidaan itse asiassa sanoa, että tällöin lääkäri tavallaan estää viranomaista tai muuta asiakirjan saajaa perustamasta kannanmuodostustaan todellisuudessa vallitseviin asiaintiloihin.[78]

Esitetyn perusteella ei ole kuitenkaan vielä mahdollista ottaa laajemmalti kantaa siihen, millaisena vallankäyttönä lääkärintodistusmenettelyä tulisi pitää. Seuraavassa pyritään hahmottamaan lääkärin osallisuutta ratkaisuntekoon siltä kannalta, millä tavoin asiakirjaan sisältyvä kannanotto vaikuttaa ratkaistavan kysymyksen lopputulokseen.

5.3.3.2. Lääkärintodistusten ja -lausuntojen oikeudellinen sitovuus

1. Samanaikaisesti kun on oltu huolestuneita tai muutoin puhuttu lääkärintodistuskäytännön lääkärikunnalle tuomasta yhteiskunnallisesta vallasta, on toisaalta korostettu, ettei lääkärintodistuksella selvitetyssä asiassa lopullisen ratkaisun tekijänä sittenkään yleensä ole lääkäri.[79] Tällainen toteamus johtaa huomion *oikeudellisen ratkaisutapahtuman kaksivaiheisuuteen.* Perinteisesti on ollut tapana erottaa toisistaan oikeustosiseikkojen toteamisvaihe ja oikeusseuraamusten vahvistamisvaihe[80].

Tässä yhteydessä on todettava, että asiantuntijatoiminta ei lääkärintodistusmenettelyssä ulotu tavallisesti ratkaisutapahtuman jälkimmäiseen vaiheeseen. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että tämä seikka ei vielä sellaisenaan sulje

[78] Vrt. *Modeen,* SLL 1984 s. 1858, joka lääkärintodistuksen merkityksestä SairausvakuutusL:n mukaisen sairauspäivärahan maksukysymyksen yhteydessä kirjoittaessaan toteaa mm. seuraavaa: »Negativt beslut som bygger på läkarens negativa utlåtande är mindre problematiskt, eftersom socialförsäkringskommissionen härvid blott litar på läkarens sakkunskap och omdöme.» Erityisesti virkarikosoikeudelliselta kannalta ks. *Hannuniemi,* 1991 s. 31.

[79] Esim. *Oravisto* s. 1303, *Isotalo,* 1983 s. 113 ja *Santavuori,* 1983 b s. 120—121. Muutoinkin meillä on totuttu korostamaan, että lääkäritodistusta käytetään yksinomaan näytön arvioimiseksi tai että asiakirja sisältää vain asiantuntijalausunnon; *Mahkonen,* SLL 1982 s. 807, *Kokkonen,* SLL 1985 s. 1365 ja *Modeen,* SLL 1984 s. 1858.

[80] Erityisesti jälkimmäinen vaihe on vanhastaan ollut keskeisen huomion kohteena hallintoharkintaa koskevien oppien kehittelyssä; ks. esim. *Merikoski,* Vapaa harkinta s. 57—58 ja *Mäenpää,* Hallintolupa s. 155.

pois mahdollisuutta käsittää lääkärintodistusmenettely julkisen vallan käyttämiseksi, sillä sellaiseksi saatetaan katsoa myös *oikeustosiseikaston olemassaolon toteaminen*[81]. Probleemaksi nousee tällöin, onko lääkärintodistuksen auktoriteetti riittävä po. vastuun sovelluttamisen perustelemiseksi.

II. Lääkärintodistuksille ja -lausunnoilla annettavaa merkitystä arvioitaessa on yleensä tapana viitata *LääkäriL:n 12 §:ään.* Lainkohta on seuraavanlainen:

> »Antaessaan lääkintölaillisia todistuksia ja lausuntoja sekä muita todistuksia, jotka on tarkoitettu esitettäväksi tuomioistuimelle tai muulle julkiselle viranomaiselle, lääkärintoimen harjoittajan on vahvistettava ne sanoilla 'minkä kunniani ja omantuntoni kautta vakuutan'.
>
> Siten vahvistettu todistus tai lausunto on pätevä ilman valallista vahvistusta, jollei tuomioistuin tai viranomainen erityisistä syistä määrää, että se on suullisella valalla tai vakuutuksella vahvistettava.»

Tuomioistuimessa asiantuntijana esiintyminen voi OK:n mukaan perustua joko tuomioistuimen määräykseen tai asianosaisen toimeksiantoon. Vain edellisessä tapauksessa on kyse ns. varsinaisesta asiantuntijatodistelusta[82], jota koskee mm. OK 17:49 asiantuntijan valasta ja vakuutuksesta. Jos asianosainen nojautuu asiantuntijaan, joka ei ole oikeuden määräämä, on tästä OK:n 17:55:n mukaan yleensä voimassa, mitä todistajasta on säädetty. Niinpä tällaisen asiantuntijan on annettava valansa tai vakuutuksensa OK:n 17:29:n mukaisessa järjestyksessä. *Kaikkea todistelua* koskee kuitenkin OK:n 17:2. Sen mukaan tuomioistuimella on *valta harkita,* mitä asiassa on pidettävä totena, ellei jonkin todisteen vaikutuksesta ole laissa nimenomaista säännöstä.

Kun LääkäriL:n 12 §:n mukaan lääkärintodistus on »pätevä ilman valallista vahvistusta», tulee huomata, että tarkoitettu asiakirjan pätevyys *ei* merkitse mitään sen *sitovuudesta todisteena.* Pätevyysvaikutus merkitsee vain suullisen valan tai vakuutuksen tarpeettomuutta. Oikeudenkäyntiasiakirjana lainkohdan mukaisesti päätetty lääkärintodistus rinnastuu siten yleensä OK:n 17 luvun edellyttämällä tavalla annettuihin todistelulausuntoihin.

Hallintomenettelyssä noudatettavasta suullisesta todistelusta on säädetty HMenL:n 19 §:ssä. Lainkohdassa ei ole eroteltu varsinaista asiantuntijatodistelua muusta todistelusta. Sitä ei ole tehty myöskään muissa lain selvityksen hankkimisen tai esittämisen keinoja ja muotoja koskevissa pykälissä. Mainitun lainkohdan 2 mom:n mukaan todistajan kuuleminen valallisesti tulee ky-

[81] Ks. *Mäenpää,* Hallinto-oikeus s. 30.

[82] *Tirkkonen* s. 171

seeseen ainoastaan »erityisestä syystä». Tämä sääntely selittyy sillä, että hallinnossa noudatetaan yleensäkin laajalti kirjallisia menettelymuotoja. Myös nämä näkökohdat huomioonottaen LääkäriL:n 12 §:ää tarkasteltaessa voidaan sanoa, että hallintoviranomaiselle kuuluu oikeudellisesti arvioiden *valta harkita* lääkärintodistuksen todistusarvo (vrt. myös HMenL:n 17.1 §).[83]

Lainsäädäntöön ei sisälly yleisiä *yksityiselle* todistamista koskevia säännöksiä. Kansalaisten välinen kanssakäyminen ei oikeastaan soveltuisikaan tämäntyyppisen normeeraamisen kohteeksi. Yksilöiden välisissä suhteissa on näin ollen sääntönä, että vakuuttelu ja vakuuttuneeksi tuleminen on normaalisti jokaisen henkilökohtainen asia. Toisaalta LääkäriL:n 12 §:nkin saatetaan huomauttaa olevan muotoiltu silmälläpitäen enemmänkin viranomaisille kuin yksityisille esitettäviä asiakirjoja[84]. Periaatteellisena lähtökohtana myös yksityisten osalta on näiden *oikeus todistuksen luotettavuuden arviointiin,* olipa asiakirja laadittu LääkäriL:n 12 §:n edellyttämässä muodossa tai ei.

III. Kuten sanottu, OK:n 17:2:ssä on otettu huomioon mahdollisuus, että »jonkin todisteen vaikutuksesta on laissa erityinen säännös». Tarkoitetunlainen sääntely rajoittaa luonnollisesti myös hallintoviranomaisten ja yksityisten harkintavaltuuksia tilanteissa, joissa se koskee niiden arvioitavaksi tulevia selvityksiä ja todistelua. *Millainen todistuksen tai lausunnon sitovuuden sääntely sitten saattaisi muodostaa perusteen julkisen vallankäytön vastuun soveltamiseen?*

Hahmotellessaan virkarikoslainsäädännön uudistamisen yhteydessä käyttöönotettavaa virkamieskäsitteen alaa Julkishenkilöstön oikeusasemakomitea kiinnitti huomiota siihen, että erilaisten neuvottelukuntien ja komiteoiden tehtävänä on eräissä tapauksissa antaa lausuntoja joidenkin viranomaisten ratkaisuvaltaan kuuluvissa asioissa. Näiden lausuntojen todettiin yleensä ottaen olevan sitomattomia. Komitea huomautti edelleen, että *jos kuitenkin »tällainen lausunto erityissäännöksen mukaan on sitova tai viranomainen voi poike-*

[83] Luonnollisesti saatetaan huomauttaa, että hallintoviranomaisessa LääkäriL:n 12 §:n tarkoittama vakuutus ei normaalisti korvaa mitään menettelymuotoa. Siellä lääkärintodistuksen pätevyyden arvioinnissa lainkohta on sellaisenaan käsitettävä lähtökohdaksi. Vain sen mukaisesti annettu lääkärintodistusasiakirja on käyvä todistelukeino. Joku muu viranomaiselle esitettävä asiakirja saattaa ilman erityistä vakuutteluakin täyttää todisteluksi kelpuutettavan muodon vaatimukset, mutta lääkärintodistus ei.

[84] Käytännössä kaikkia lääkärintodistuksia ei varustetakaan lainkohdan edellyttämällä vakuutuksella. Eräissä todistuksissa se on korvattu hieman toisenmuotoisella vakuutuksella. Esim. vakuutusoikeuden vahvistaman ammatti-ihotautia koskevan lääkärintodistuskaavakkeen kysymyksiin lääkäri vakuuttaa vastanneensa 'parhaan taitonsa ja vakaumuksensa mukaan'.

ta siitä vain säädetyillä edellytyksillä, toimielimen on katsottava osallistuvan (---) julkisen päätösvallan käyttöön».[85] HMenL:n valmistelussa *sitovien lausuntojen* katsottiin suorastaan rinnastuvan sillä tavoin *hallintopäätöksiin,* että tällaisten lausuntoasioiden käsittelyssä lain edellytettiin soveltamisalansa kaksijakoisuudesta huolimatta tulevan kokonaisuudessaan sovellettavaksi. Tarkoitetunlaisena lausuntona lakia valmistellut työryhmä mainitsi mm. LuopumiseläkeL:n (16/74) 16 §:n mukaisesti säännellyn asiakirjan[86].

HMenL:n valmistelun aikaan LuopumuseläkeL:n 15.2 §:ssä määrättiin maatilahallituksen tehtäväksi »antaa eläkelaitokselle lausunto siitä, ovatko luopumiseläkkeen saamisen edellytykset olemassa». Lain 16.1 §:ssä todettiin, että »/e/läkelaitoksella ei ole oikeutta poiketa ratkaisussaan 15 §:n 2 (---) momentissa tarkoitetusta lausunnosta siltä osin kuin se koskee (---) luopumiseläkkeen saamisen edellytyksiä».[87] Ko. lausuntomenettelyn rinnastaminen hallintopäätöksen antamiseen ei tietysti erityisen hyvin sovi edellä viitatun oikeudellisen ratkaisutapahtuman kaksijakoisuuden korostamiseen. Rinnastus onkin tehty ilmeisesti vain sitä silmälläpitäen, että edellytysten täyttyminen merkitsee samalla hakijan *oikeutta* eläkkeeseen. Tämän huomion johdosta voidaan kuitenkin painottaa sitä aiemmin mainittua näkökohtaa, että osallisuus julkisen vallan käytämiseen ei välttämättä edellytä osallistumista oikeusseuraamusten määräämiseen.

Edellä esitetty antaa aiheen kysyä, onko olemassa lääkärintodistuksia, jotka olisi lainsäädännössä määritelty sitoviksi, tai joista poikkeamisen mahdollisuus olisi nimenomaisesti säännelty. Yleisesti ottaen voidaan todeta, että tarkoitetunlaisia todistusvoiman toteavia säännöksiä ei ole. Poikkeuksellisen auktoritatiivisena lääkärintodistuksena on kuitenkin pidetty *kuolintodistusta.* Onpa sen luonnehdittu merkitsevän suorastaan *hautauslupaa.*[88] Asiaa on syytä tarkastella hiukkasen lähemmin.

Yksistään kuolemansyyn selvittämisestä annetun L:n (459/73) ja A:n (948/73) säännöksiä arvioiden ei esitetynlainen käsitys aivan perusteettomalta vaikutakaan[89]. Lain 2.1 §:n mukaan »/k/uolleen saa haudata (---), kun kuo-

[85] *KM 1979:26* s. 157—158

[86] *Rihto — Kandolin — Vuorinen* s. 35

[87] Näiden lainkohtien vuoden 1986 alusta voimaanastunut muutos (L 1087/85) ei uudistanut säännöksiä sillä tavoin, etteikö HMenL:a ehdottaneen työryhmän kannanotto soveltuisi pykäliin myös niiden nykyisessä muodossa.

[88] *Isotalo,* 1981 s. 56

[89] Itse asiassa kyseinen vaikutelma jää myös *LKH:n YK:een 13. 10. 1982 N:o 1789* perehtyvälle. Sen kohta 8, erityisesti alakohta 8.7 huomioonottaen, antaa käsityksen, että ainoastaan polttohautausluvan antamista koskevat valtuudet kuuluvat lääkärikunnan ulkopuolelle.

lemansyy on siten selvitetty kuin asetuksella tarkemmin säädetään ja todistus hautaamista varten on annettu». Lain 2.2 §:ssä ja asetuksen 19 §:ssä todistuksenantovaltuuden todetaan nimenomaisesti olevan lääkärillä[90]. Kuva hautauslupamenettelystä kuitenkin muuttuu kiinnitettäessä huomio syntymän ja kuoleman rekisteröinnistä annettuun asetukseen (824/70).

Asetuksesta käy ensinnäkin ilmi, että kuolintodistus ja hautauslupatodistus ovat *kaksi eri asiakirjaa.* Edelleen asetuksen 13.1 §:n mukaan *hautauslupatodistuksen antaja on väestörekisterinpitäjä* — ei siis lääkäri. Säännöksestä käy myös ilmi, että hautauslupajärjestelmä ei ole käytössä ainoastaan kuolemisen biologisen kontrolloimisen vuoksi, vaan myös väestökirjanpidon tarpeita varten. Tämän osoittaa mm. po. asetuksen kohdan jälkimmäinen virke: »Väestörekisterin pitäjän on todettuaan, että vainaja on kirjoissa hänen pitämässään väestörekisterissä, taikka saatuaan selvityksen siitä, ettei ole tietoa, missä väestörekisterissä vainaja on kirjoissa, annettava hautauslupatodistus.»

Voidaan oikeastaan sanoa, että hautaamista varten annettavalla kuolintodistuksella selvitetään vain erään — jos kohta merkittävimmän — hautausluvan asiallisen edellytyksen olemassaolo. Koska kuolintodistus kuitenkin käytännössä merkitsee lopullista selvitystä kuolemasta, ja koska pelkästään väestörekisterikirjanpidon epäselvyyksiin vedoten hautausluvan pitkällinen viivyttäminen tuskin useinkaan saattaisi tulla kyseeseen, syntyy helposti näidenkin näkökohtien vuoksi vaikutelma kuolintodistuksesta hautauslupana. Juridisesti arvioiden kyse on kuitenkin pelkästään *todistelusta.* Jos kuolintodistuksen todistusarvo osoittautuu kyseenalaiseksi, ei hautauslupaa tule antaa, ennenkuin kuolemantapaus on lisäselvityksin — esim. HMenL:n 19 §:n mukaisessa katselmuksessa — varmistettu.

Kuten sanottu, lainsäädännössä ei ole ollut tapana määritellä lääkärintodistuksen sitovuuden tai siitä poikkeamisen edellytyksiä. On kuitenkin huomattava, että eräissä tilanteissa lääkärintodistusmenettely sellaisenaan merkitsee asian lopullista käsittelyä ja ratkaisemista. Tällainen järjestely on toteutettu *AborttiL:n (239/70) 6 §:n ja SteriloimisL:n (283/70) 4 §:n* tarkoittamissa *kahden lääkärin lupapäätöksessä.* Näiden lainkohtien mukaan itse päätös koostuu kahdesta lausunnosta. Siteeraan seuraavassa AborttiL:a:

> »Kahden lääkärin lupapäätös sisältää kummankin erikseen antaman, yksityiskohtaisesti perustellun kirjallisen lausunnon. Lääkäreistä on toisen oltava raskauden keskeyttämisestä lausunnon antava *(lausunnonantajalääkäri)* ja toisen keskeyttämisen suorittava *(suorittajalääkäri).* Lau-

[90] Ks. myös LääkäriL:n 9 §:n 3. kohta.

sunnonantaja- tai suorittajalääkärillä ei ole oikeutta perusteettomasti kieltäytyä ottamasta keskeyttämispyyntöä tutkittavakseen.»

Tällaisissa tilanteissa lääkärintodistusmenettely on *ilmeisen selvästi julkisen vallan käyttöä*. Silloinkaan, kun abortti- tai sterilointikysymys ratkaistaan mainittujen lainkohtien mukaisesti yksityisessä lääkärintoimessa[91], ei toisenlaista tulkintakannaottoa ole mahdollista perustella. Käsillä on kiistatta lakiin perustuva oikeus (ja velvollisuus) sellaisiin yhteiskunnallisiin valtatoimiin, joissa julkisen vallan käyttämisen vastuuta koskevan normiston sovellettavuus on hyväksyttävä; kyse on suoraan ja syvällekäyvästi yksilön etua ja oikeutta koskevien disponointivaltuuksien käytöstä. Toisaalta on kyllä huomattava, että ko. lausuntojen virheellisyyksien perusteella korvattavia puhtaita varallisuusvahinkoja aiheutunee suhteellisen harvoin.

Yllä kuvatut erityisjärjestelyt ovat poikkeuksia lääkärintodistusten ja -lausuntojen normaalista todisteluvaikutuksesta. Po. asiakirjojen sääntelyä laajemmalti tarkasteltaessa joudutaan toteamaan, että ko. kriteerillä — asiakirjan sitovuuden ja sen poikkeusten sääntelyllä — *ei ole lääkärintodistusvahingoissa yleistä käyttöä julkisen vallankäytön vastuun soveltamisperusteena.*

5.3.3.3. Lääkärintodistusten ja -lausuntojen asema ja merkitys muutoin

Meillä on vanhastaan tehty jako yksityisiin ja julkisiin asiakirjoihin. Kuten aiemmin on osoitettu, tämä dikotomia ei ole enää käytössä kaikessa laajuudessaan. Edelleen kuitenkin pidetään kiinni — perustellustikin — asiakirjoja koskevasta ns. *julkisesta luotettavuudesta (publica fides)*. Sen mukaan viranomaisen asianmukaisessa muodossa, virkamiesominaisuudessaan ja toimivaltansa rajoissa antamia asiakirjoja pidetään totuudenmukaisia tietoja sisältävinä, ellei niiden virheellisyyttä nimenomaisesti osoiteta vääräksi.[92] Asiakirjojen julkisen luotettavuuden voidaan sanoa olevan osittain ilmentymää edellä esilletulleesta *luottamuksensuojaperiaatteesta*. Tässä yhteydessä on mielenkiintoista havaita julkisen luotettavuuden piiriin kuuluvia asiakirjoja arvioi-

[91] Huom. AborttiL:n ja SteriloimisL:n 8 §:istä johtuvat rajoitukset. Ks. myös *LKH:n OK N:o 5/1985* s. 6 (Tämä ohjekirje on voimaansaatettu STH:n johtokunnan kokouksessa 4/1991 30. 4. 1991).

[92] Huomautukseni julkista luotettavuutta koskevan opin perusteltavuudesta tarkoittaa yksinomaan sen seikan korostamista, että viranomaistoiminnan virheettömyydelle ja oikeellisuudelle voidaan ja tulee asettaa korkeammat vaatimukset kuin yksityiselle toiminnalle. Sinänsä po. opin perusta on eräältä keskeiseltä osaltaan aika kehno. Tämä tulee esiin mm. tilanteissa, joissa yksityisluonteisella asiakirjalla osoitetaan yleisen asiakirjan virheellisyys.

dun rikosoikeuden kannalta siten, »että kun kenellä tahansa ei ole kompetenssia julkisen luotettavuuden omaavien asiakirjojen antamiseen, tällaisen poikkeuksellisen kompetenssin käyttämistä voidaan jo sellaisenaan pitää ilmentymänä julkisesta vallasta», ja että tällaisissa tilanteissa »on erityinen rikosoikeudellinen vastuu hyvin perusteltu»[93].

Käsilläolevan tutkimusongelman kannalta on huomionarvoista, että lääkärintodistusten luonnetta hahmotettaessa julkisen luotettavuuden oppiin on selvästi tunnettu vetoa[94]. Tarkasti po. asiakirjojen suhdetta siihen ei ole eksplikoitu, mutta sen yhteyteen on tuotu mm. huomautus, että tietyt muotomääräykset täyttäessään lääkärintodistus nauttii muihin todistuksiin verrattuna »suhteellisen suurta luottamusta»[95].

Erityisesti lääkärintodistuksen prosessuaalista asemaa selvitettäessä on korostettu, että asiakirja ei ole sellainen yksityisluontoinen kertomus, johon sovellettaisiin OK 17:11:n mukaista todisteena käytön kieltoa[96]. Asiakirjalle muotoutuneen poikkeuksellisen aseman vuoksi lääkärikuntaan on katsottu kohdistuvan erityinen objektiivisuuden ja puolueettomuuden vaatimus; lääkärin tulisi nähdä toimintansa osana yleistä yhteiskunta- ja oikeuselämää[97].

Oikeuskäytännöstä voidaan selostaa tapaus, jonka saatetaan tietyssä mielessä katsoa tuovan lääkärintodistusasiakirjojen merkitysarvioinnin julkisen luotettavuuden opin vaikutuspiiriin. Seuraava ratkaisu on tässä yhteydessä esitettynä nähtävä sitä taustaa vasten, että lääkärivastuukäytännössä kurinpidollinen rankaiseminen on ylipäätään ottaen ollut erityisen harvinaista, ja että rangaistus on päätöksessä perustettu LääkäriL:n eikä KunL:n kurinpitopykälään — siis ammatillisen eikä hallinnollisen rikkeen rankaisemista tarkoittavaan säännökseen.

> *KHO 28. 8. 1981 T 3628:* Kun lääkäri oli vahvistanut kunnian ja omantunnon kautta ja nimileimalla virheelliseksi ja puutteelliseksi tietämänsä lausunnon, jota hän sittemmin itse oli ilmoittanut pitäneensä vain muistiinpanoja sisältävänä lausunnon luonnoksena, mutta jota voitiin muun merkinnän puuttuessa pitää LääkäriL:ssa tarkoitettuna lääkintölaillisena lausuntona, katsottiin hänen syyllistyneen tehtävässään virheel-

---

[93] *Viljanen,* 1990 s. 390

[94] Ammatillisuuteen luottaminen ei koske yksinomaan lääkäreitä, vaikka se heidän osaltaan näyttääkin kehittyneen erityisen pitkälle. Vrt. esim. *Obermayer,* s. 349, joka vetoaa yleisesti ammattillisuuteen todetessaan, ettei saksalaisessa hallintomenettelyssä asiantuntijan ole tarvis olla julkisessa tehtävässä.

[95] *Kokkonen,* SLL 1985 s. 1365

[96] *Santavuori,* 1983b s. 122

[97] *Santavuori,* 1983b s. 122, *Modeen,* SLL 1984 s. 1858—1859 ja *Kokkonen,* SLL 1985 s. 1366

lisyyteen. Kun lääkäri lisäksi oli jättänyt varmistamatta, ettei tuota puutteellista, virheellistä ja keskeneräistä lausuntoa muun terveyskeskuksen henkilökunnan toimesta annettu potilaalle, katsottiin hänen syyllistyneen myös laiminlyöntiin. Näistä rikkeistä johtuen lääkäri tuomittiin kurinpitomenettelyssä LääkäriL:n 21 §:n nojalla saamaan kirjallisen varoituksen.

Vaikka edellä onkin osoitettu, ettei LääkäriL:n 12 § välittömänä oikeudellisena vaikutuksenaan merkitse enempää kuin, että lääkärin on varustettava lausuntonsa lainkohdan edellyttämällä vakuutuksella ja että oikeudenkäynnissä vakuutus yleensä korvaa suullisen valan tai vakuutuksen, on toisaalta nähtävä tämän sääntelyn yhteys ylläkuvatunkaltaisten näkökohtien osoittamaan lääkärintodistusten mieltämistapaan. Erityisen menettelymuodon käyttövelvollisuuden oletetaan synnyttävän sen käyttäjässä erityisen vastuuntunnon; vastaavasti sen heijastumana ympäristön käsitykset menettelyn virheettömyydestä ja aitoudesta kasvavat.

Lääkärintodistusten asema ja merkitys ei kuitenkaan pohjaudu yksin jonkinlaisen epämääräisen uskomuksen varaan niiden »korkeasta» asemasta. Koska kyse on lääketieteellisistä asiantuntijalausunnoista, se tarkoittaa todistelun kohteena olevien asioiden olevan yleensä monessa suhteessa lausunnon saajan *kontrolloimattomissa.* Ajateltakoon esim. isyysoikeudenkäyntiä. Jos oikeuslääketieteellinen isyystutkimus kiistatta sulkee pois jonkin epäillyn isyysmahdollisuuden, ei tuomioistuin kertakaikkiaan voi tuomita häntä isäksi, vaikka se olisi kuinka vakuuttunut asianomaisen isyydestä.[98] Lainkäyttöelimen on pakko luottaa kysymyksen oikeuslääketieteelliseen selvitykseen. Viranomaiset ja muut lääkärintodistusten saajat ovat usein tällä tavoin *tosiasiallisesti riippuvaisia* lääkärin kannasta käsiteltävinä olevissa asioissaan. Tähän liittyen on todettava, että koska koko lääkärikunnalla ei ole katsottu olevan riittäviä tiedollisia ja taidollisia valmiuksia kaikenlaisten todistusten antamiseen, on todistuksenantovaltuus paikoin pidätetty ao. alan spesialisteille tai muuten asianmukaisen koulutuksen saaneille lääkäreille[99]. Näin on luotu pitäviä takeita sille, että lääkärintodistusmenettely perustuu mahdollisimman laajalti *aitoon asiantuntemukseen.* Muutoinkin on huomattava, että lääketieteellinen selvitys ei merkitse tavanomaisen todistelun tapaan mihin tahansa satunnaiseen

[98] Isyyspäättelystä ja sen virheriskeistä ks. esim. *Oikeuslääketiede* s. 345—346. Vrt. myös *LKH:n YK 10. 10. 1990 N:o 1974* s. 2, jossa korostetaan veritutkimuksien nykyisen kehitystason merkitystä.

[99] Ks. esim. oikeuslääketieteellisistä kuolemansyyn selvityksistä annettavia lausuntoja koskien *A kuolemansyyn selvittämisestä 11 ja 15 §:t* sekä kliinisten ravintovalmisteiden korvattavuutta koskevien todistusten osalta *KELA 7. 2. 1989 n:o 44 L* kohta 1 s. 2.

havaintoon perustuvaa kertomusta[100]. Kaiken kaikkiaan lääkärintodistusmenettelyssä voidaan sanoa olevan kyse *yhteiskunnallisen vallankäytön instituutiosta.*

Käsilläolevaa tutkimusongelmaa silmälläpitäen on toisaalta painotettava, että lääkärintodistusten käyttötilanteet ovat erittäin vaihtelevia. Toisinaan kysymys ei ole ensinkään varsinaisista valtatoimista (esim. ammatinvalinnanohjaus). Toisinaan vallankäyttäjä on yksityinen, jonka ratkaisu vaikuttaa hänen omaan varallisuuspiiriinsä (esim. työnantaja työntekijän sairausajan palkan osalta). Joskus lääkärintodistusmenettely jää selvästi taka-alalle vallankäytön perustana (esim. virkanimitys). Joskus lääkärintodistusten kontrollointiin käytetään päteviä asiantuntijoita (esim. vakuutuslaitosten asiantuntijalääkärit). On kuitenkin huomattava, että näissäkin tilanteissa, oikeastaan jokaisessa, lääkäri voi halutessaan »muuttua» vallankäyttäjäksi. Hänen tarvitsee vain laatia tosiseikoista poikkeava asianomaiselle epäedullinen lausunto. Sen lääkäri saattaa usein kirjoittaa tavalla, jota asianomainen ei kykene itse ymmärtämään voidakseen rajoittaa vahinkoaan. *Lääkäri on siten lääkärintodistusmenettelyssä aina vähintäänkin potentiaalisen vallankäyttäjän asemassa.*

5.3.3.4. Summa summarum

Edellä esitetyn johdosta voitaneen perustellusti lähteä siitä, että *oikeudellisessa sääntelyssä edellytetyn lääkärintodistusmenettelyn* virheellisyyksistä aiheutuvissa vahingoissa korvausvastuu on määrättävä aina julkisen vallankäytön vastuuta sääntelevän normiston perustalta[101]. *Virkalääkärin* virassaan antamien todistusten osalta VahKL:n 3:2:n sovellettavuus saatetaan ulottaa tätäkin laajemmalle koskemaan myös *muita vahinkoja,* joita aiheutuu todistusmenettelyn virheistä silloin, kun menettely saatetaan luonnehtia tai se myöhemmin osoittautuu *vallankäytölliseksi taikka vallankäyttöä ohjaavaksi. Yksityislääkärin* virheellisellä lääkärintodistuksella aiheuttamia vahinkoja ei kuitenkaan

---

[100] Tämän huomautuksen yhteydessä saatetaan korostaa, että asiantuntijalausunto ei useinkaan tuo todisteteluun jotakin uutta tietoa, vaan monesti vain vahvistaa jo asian ratkaisijalle esitetyn tiedon tai väitteen ao. tieteenalan tietämystä ja menetelmiä käyttäen. Kuten *Obermayer,* s. 345, kirjoittaa, »/v/on den Sachverständigenäusserungen unterscheiden sich Auskünfte dadurch, dass sie allenfalls knappe und für den Auskunftgeber selbstverständliche Schlussfolgerungen oder Wertungen enthalten. So werden 'Gutachten' von Patentämtern oder Wetterämtern immer dann denn Charakter einer Auskunft haben, wenn sie Tatsachen wiedergeben, deren Kenntnis auf der dem Amt eigenen Sachkunde beruht und keine besonderen Untersuchungen im Einzelfall voraussetzt.»

[101] Rikosoikeudellisen virkavastuun kannalta ks. *Hannuniemi,* 1991 s. 30.

yleensä ole tältä osin mahdollista pitää julkisen vallan käytöstä aiheutuvina. Poikkeuksellisesti tämä saattaa olla mahdollista silloin, kun lääkärintodistukselle muotoutuu keskeinen merkitys viranomaisten harjoittamassa julkisen vallan käytössä. Asian arvioinnissa joudutaan tällöin kiinnittämään huomiota sellaisiin tekijöihin kuin julkisten varojen käyttöön, mahdollisuuteen saada todistus toiselta lääkäriltä, jne.

* * *

Lääkärintoimeen kuuluu myös velvollisuus tehdä potilaita/asiakkaita koskevia erityyppisiä *ilmoituksia*. Nämä ilmoitukset ovat enemmän tai vähemmän todistus- tai lausuntomuotoisia. Osa niistä palvelee selvästi yhteiskunnan kontrollitoimia, joissa viranomaisten vallankäyttö saattaa olla hyvinkin tuntuvaa (esim. TartuntatautiL:n 23 §:n tarkoittamat ilmoitukset ja TieliikenneL:n 72 §:n mukaiset todistukset). Osa taasen (esim. ilmoitukset epämuodostumarekisteriin tai syöpärekisteriin) liittyy vallankäyttöä sisältämättömään lääketieteellisiä tutkimustarkoituksia palvelevaan seurantaan.

Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä erikseen arvioimaan ko. ilmoitusmenettelystä aiheutuvia vahinkotilanteita. Niiden hahmottaminen VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien normien sovellettavuuden arvioinnissa on yleensä mahdollista edellä lääkärintodistuksista esitettyjen näkökohtien perustalta. Toisaalta osa ilmoitusmenettelystä ei ole erityisen relevanttia vahingonkorvausoikeudellisen tutkimuksen kohdealuetta.

5.4. Lääkemääräykset

1. Lääkemääräys eli resepti on totuttu määrittelemään lääkärin kirjallisesti tai puhelimitse antamaksi lääkkeen toimittamista tarkoittavaksi määräykseksi[102]. Tässä yhteydessä painotetaan asiaa koskevan virallisohjeiston mukaisesti, että kyse on nimenomaan määräyksestä toimittaa lääke *potilaalle apteekista*[103]. Käsillä oleva jakso ei siis koske lääkkeen määräämistä virkakäskyinä eikä ns. pro auctore -reseptejä[104]. Virkakäskyistä tulee puhe tuonnempana; jälkimmäiset eivät puolestaan ole vahingonkorvausoikeuden kannalta erityisen relevantteja.

Jos edellä lääkärintodistusten tarkastelun yhteydessä katsottiin asianmu-

[102] Ks. esim. *Lohiniva* s. 96, *Idänpään-Heikkilä* s. 53 ja *Purasmaa* s. 99. Lääkkeen määrittelystä ks. LääkeL:n (395/87) 3 § (huom. myös L:n 6 ja 83 §:t).

[103] *LKH:n YK 9. 9. 1987 N:o 1925* kohta 1.1. (Tämä yleiskirje sellaisena kuin se on muutettuna yleiskirjeellä 3. 10. 1990 N:o 1973 on voimaansaatettu STH:n johtokunnan kokouksessa 4/1991 30. 4. 1991)

[104] Pro auctore -resepti on lääkärin antama »ammattinsa harjoittamisen yhteydessä käytettävän lääkkeen toimittamista apteekista tarkoittava määräys»; *LKH:n YK 9. 9. 1987 N:o 1925* kohta 1.1.

kaiseksi osoittaa asiakirjojen arviointitarve vedoten mm. niiden runsaaseen käyttöön, on tällainen viittaus nyt huomattavasti perustellumpaa: reseptien vuotuinen toimitusmäärä lasketaan kymmenissä miljoonissa[105]. Käytäessä seuraavassa arvioimaan reseptimenettelyä voidaan vielä muistuttaa, että virheellisestä lääkkeen määräämisestä ei läheskään aina aiheudu henkilövahinkoa; olkoonkin, että niitäkin sattuu suhteellisen usein[106]. Tehottomien lääkkeiden käyttämisestä aiheutuvien varallisuusvahinkojen on kuitenkin huomattava olevan hyvin tavallisia. Kokonaan toinen asia on, ettei niistä ole ollut tapana prosessata.

Tarkasteltaessa yleisesti lääkemääräyksiä koskevaa oikeudellista tutkimustyötä voidaan havaita, että tähän asti on oltu kiinnostuneita oikeastaan lähinnä vain lääkkeiden väärinkäyttöön liittyvistä kysymyksistä. Tämä näkökulma ei tietysti ole todelliselle elämälle vieras; onhan siinä keskeiseltä osaltaan kyse yhteiskuntaa tuntuvasti koettelevasta alkoholi- ja huumausaineongelmasta. Kyseiseen ongelmaan liittyvä lääkemääräysten väärentämisharrastus on — samoin kuin lääkärintodistusten väärentäminen — koskenut mm. asiakirjojen yksityiseksi — julkiseksi-luokittelun probleemaa, joka siis on — kuten edellä on osoitettu — saanut ratkaisunsa RL:n uudistustyön myötä[107]. Yleisesti ottaen on huomionarvoista, että LääkäriL:n ns. turvaamissäännöksistä alkoholin, huumausaineen ja muun niihin verrattavan aineen määräämisoikeuden väärinkäytön vastuu- ja seuraamusjärjestelmää sääntelevä 19.2 § on ollut jo pitkään se lainkohta, jonka perusteella lääkäreiden ammatinharjoittamisoikeuteen on tavallisimmin puututtu[108]. Käsillä olevan tutkimuksen problematiikkaan lääkkeiden määräämisoikeuden väärinkäyttö ei avaa mitään erityistä näkökulmaa.

II. Jotta kyettäisiin hahmottamaan käsitys julkisen vallankäytön vastuun sovellettavuudesta reseptivahinkoihin, on pyrittävä saamaan selvyyttä siihen, *millaisten valtuuksien käyttöä lääkkeen määräämismenettely merkitsee.*

Lääkkeet ovat ainakin jossain määrin ryhmiteltävissä *saatavuutensa* mukaisesti. Saatavuuden hallinnollinen sääntely kuuluu mm. LääkeL:n (395/87) 21 §:n ja LääkeA:n (693/87) 9 ja 18 §:ien sekä LääkäriL:n 11 §:n nojalla

[105] Kymmenkunta vuotta sitten luvun arvioitiin olevan noin 25 miljoonaa; *Purasmaa* s. 105.

[106] Toisaalta yleisen huomion kohdistuminen henkilövahinkoihin perustuu tietysti osaltaan niiden eräissä tapauksissa saamiin dramaattiisiin muotoihin. On kuitenkin huomattava, että esim. thalidomid-katastrofi ei johtunut virheellisistä lääkemääräyksistä, vaan siitä, että jälkikäteen arvioiden ao. lääkettä ei ennen sen markkinoille tuloa ollut riittävästi tutkittu. (Thalidomid-skandaali johti nykyisen myyntilupajärjestelmän rakentamiseen.)

[107] Ennen RL:n uudistuksen voimaantuloa asia näyttäisi mielletyn lääkemääräysten kannalta visaisemmaksi kuin lääkärintodistusten osalta; ks. *Huumausainerikokset* s. 147—148 ja *Santavuori,* 1983a s. 109. Oikeuskäytännöstä ks. tapaukset KKO 1937 II 548 ja Itä-Suomen HO 21. 11. 1980 T 498.

[108] Ks. *Kokkonen,* 1983 s. 30 ja *Lahti — Lindstedt — Partanen* s. 64—65.

STH:lle. Erilaisten oikeudellisten seikkojen lisäksi lääkkeiden saamisen helppouteen vaikuttaa luonnollisesti myös joukko tosiasiallisia tekijöitä. Kun tehtävänä on arvioida reseptin *oikeudellisia vaikutuksia,* saatetaan ensinnä viitata LääkäriL:n 11 §:ään, jossa todetaan lääkärintointa harjoittamaan oikeutetun henkilön valtuus »määrätä apteekista lääkkeitä lääkinnällistä tai lääketieteellistä tarkoitusta varten». Tästä toimivaltanormista ei kuitenkaan vielä varsinaisesti käy ilmi reseptin oikeudellinen merkitys. Asiaan tuo selvitystä LääkeA:n 9 §. Säännöksessä määritellään STH:n asiaksi päättää, »saadaanko lääkevalmistetta myydä tai muutoin kulutukseen luovuttaa vain lääkemääräyksen perusteella».

Yllä oleva sääntely johtaa siihen, että *reseptilääkkeiden*[109] osalta sairaan mahdollisuus saada tarvitsemansa lääkitys käy lääkemääräyksen saamisesta riippuvaksi. Tämän vuoksi *julkisessa terveydenhuollossa* harjoitettavan lääkärintoimen piirissä on ainakin reseptin *epäämisestä* aiheutuvissa vahinkotapauksissa VahKL:n 3:2:n sovellettavuutta voitava pitää oikeutettuna. Erityisesti LääkäriL:n 11 § huomioonottaen voidaan perustella julkisen vallankäytön vastuun soveltamismahdollisuutta myös *yksityiseen* lääkärintoimeen. Kyseessä on varsin pitkälle organisoidun nimenomaiseen toimivaltasääntelyyn perustuvan yhteiskunnallisen kontrollin eräs osa-alue. Tosin myös sopimusvastuun käyttöala antaisi tällä kohden korvausturvaa yksityissektorin potilassuhteissa.

Arvioitaessa asiaa edelleen huomio kiinnittyy siihen, että lääkemääräys on *oikeudellisesti velvoittava määräys.* Lääkärin reseptinkirjoittamisoikeuden korrelaattina on apteekin velvollisuus toimittaa lääke reseptin esittäjälle (ns. *kontrahoimispakko*)[110]. Toisaalta voidaan kyllä korostaa, että resepti sisältää velvoittavan määräyksen vain apteekin suuntaan. Potilaalle lääkemääräyksellä on oikeudellista merkitystä ainoastaan siinä, että »hän tällä asiakirjalla on oikeutettu saamaan apteekista lääkkeitä, joiden ostoon hänellä ei muuten olisi lupaa»[111].

On kuitenkin huomattava, ettei reseptimenettelyn vaikutuksia voida rinnastaa potilaankaan kannalta varsinaisiin hoitotoimenpiteisiin. Lääkemääräyksen vaikutukset eivät nimittäin ensinkään ilmene välittömästi lääkäri — potilas-suhteessa. Kun hoito tosiasiallisena toimintana suuntautuu sellaisenaan suoraan potilaaseen, saa resepti vaikutuksia aikaan vain välillisesti oikeusvaiku-

---

[109] Reseptilääkkeellä tarkoitetaan lääkettä, jota apteekin ei ole lupa toimittaa ilman lääkemääräystä; ks. *LKH:n YK 9. 9. 1987 N:o 1925* kohta 1.1. s, 5.

[110] Vrt. *Uotila,* Elinkeinolupa s. 184—185 ja *Kivimäki — Ylöstalo,* 1981 s. 264 sekä KHO:n ratkaisut 1977 II 71 ja 28. 8. 1981 T 3657.

[111] *Purasmaa* s. 99—100

tusten reaalisoitumisen myötä. Noiden oikeusvaikutusten merkityksen kannalta on huomattava, että lääkäri antaa reseptimenettelyssä muualla toteutettaviin toimiin kohdistuvan oikeudellisesti velvoittavan määräyksen. Potilas saa apteekista juuri ne ja vain ne reseptilääkkeet, jotka lääkäri on määrännyt. *Reseptilääkkeen määräämisen saatetaan näin ollen sanoa olevan oikeudelliselta kannalta erityisesti vallankäyttöä.* Yllä esitetty huomioonottaen voitaneen katsoa perustelluksi pitää kiinni VahKL:n julkisen vallankäytön vahinkoja sääntelevän normiston sovellettavuudesta koko lääkärintoimen alalla myös erilaisiin reseptipakon alaisen lääkkeen *kirjoittamisesta* aiheutuviin vahinkoihin.

III. Lääkemääräyksen vallankäytöllinen merkitys ei tarkoita yksinomaan lääkkeen saatavuuden oikeudellisia rajoituksia koskevien disponointivaltuuksien käyttöä. Reseptirastitus kohtaan »Sairauden hoito» merkitsee lääkkeenmääräämismenettelyssä *taloudellista vallankäyttöä.* Tällä merkinnällä lääkäri vaikuttaa potilaansa varallisuusasemaan siten, että tämän hoito kustannetaan osittain julkisista varoista: sairauden hoitoon määrätyistä lääkkeistä on mahdollista saada *SairausvakuutusL:n mukaista korvausta.* Huomattakoon, että mainittu etuus koskee myös ns. käsikauppalääkkeitä[112].

Pääsääntönä *SairausvakuutusL:n* 9 §:n 1 mom:n (L 1714/91) mukaan on, että lääkärin määräämät lääkkeet korvataan 50 %:sesti 45 markkaa ylittävältä osalta kultakin ostokerralta. Vaikean tai pitkäaikaisen sairauden hoitoon käytettävät lääkkeet korvataan kuitenkin 80 tai 100 %:sesti »sen mukaan kuin valtioneuvoston päätöksellä määrätään». Vuodelta 1985 olevan päätöksen (VNp 836/85) 1 ja 2 §:issä, joita on useaan otteeseen muutettu (viimeksi VNp:llä 1460/91), eritellään lääkeaineiden ja -valmisteiden korvattavuus taudeittain. Päätöksen 3 §:n mukaan KELA:n asiana on vahvistaa luettelot »1 ja 2 §:ssä mainittuja lääkeaineita ja -valmisteita sisältävistä farmaseuttisista erikoisvalmisteista».

Kysyttäessä kuinka sitova po. reseptimerkintä on, tulee huomata, että SairausvakuutusA:n (473/63) 3 § edellyttää SairausvakuutusL:n 9 §:ssä tarkoitetun *vaikean tai pitkäaikaisen sairauden* ja siihen käytettävän lääkkeen tarpeen osoittamista lääkärintodistuksella. Tällainen lääkkeenmääräämismenettelyä edeltävä lääkärintodistuksen käyttö merkitsee, että lääkärin reseptimerkintä »Sairauden hoitoon» ei ole selvitys ko. sairauden puhkeamisesta. Potilaan sairautta koskevan todistelun kannalta sanotun perusteella ei ole kuitenkaan syytä pitkälle meneviin johtopäätöksiin: reseptimerkintä on lääkärin kannanotto

[112] Käsikauppalääkkeellä tarkoitetaan lääkettä, jota apteekit voivat toimittaa ilman reseptiä; *LKH YK 9. 9. 1987 N:o 1925* kohta 1.1. (s. 5)

sairauden jatkumiseen ja lääkkeen tarpeeseen sen hoidossa. Toisaalta tämän varmistusjärjestelyn, jossa potilaan sairauden alkaminen edellytetään osoitettavaksi erikseen, voitaneen sanoa vaikuttavan siten, ettei reseptimerkinnän asianmukaisuutta kovin helposti aseteta kyseenalaiseksi.

Samaan päätelmään johtavat myös eräät muut lääkemääräysten käytössä noudatettavat käytännöt. Esim. tiettyjen sairauksien yhteydessä KELA edellyttää reseptiin merkittäväksi »Sairauden hoito» -rastituksen lisäksi sairauden diagnoosin tai sairauden tilan[113]. Niissä sairauksissa, joissa valvonnan tarve on katsottu vähäisimmäksi, vakuutettu saa korvauksen apteekin välityksellä heti lääkeostosten yhteydessä. Kaiken kaikkaan erilaisten kontrollijärjestelyjen vaikutuksesta ilmeisestikin uskotaan syntyvän po. suhteessa jokseenkin moitteettomasti toimiva systeemi — järjestelmä, joka implikoi *julkista luotettavuutta.*

Sairausvakuutusjärjestelmässä lääkärin virheellisistä reseptimerkinnöistä *potilaille* aiheutuvien vahinkojen korvaaminen VahKL:n 3:2:n nojalla on perusteltua viime kädessä sen vuoksi, että loppujen lopuksi KELA:n asiana on pitää huolta SairausvakuutusL:n mukaisten etuisuuksien jakomenettelyn moitteettomuudesta ja että lääkärin reseptimerkintätoimenpiteen saatetaan katsoa olevan erittäin kiinteässä toiminnallisessa yhteydessä KELA:n toiminnan kanssa. Vastuusubjektina on tällöin ensivaiheessa KELA. Mm. vakuutetun vilpittömän mielen suoja (SairausvakuutusL 57.1 §) huomioonottaen on hyvin mahdollista, että käytännössä myös *KELA:lle* syntyy vahinkojen hyvitystarvetta. Tältä osin julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevän normiston sovelluttaminen ei liene mahdollista. Lääkärin toiminta on pikemminkin KELA:n toiminnan jatketta kuin siihen kohdistuvaa vallankäyttöä. Vastuu KELA:een nähden syntynee lähinnä vain rikosperusteella.

5.5. Hoito- ja jatkotutkimusmääräykset

1. Lääkärintoimen tavanomaisiin tehtäviin kuuluu edelleen erilaisten hoito- ja jatkotutkimusmääräysten antaminen. Näilläkään määräyksillä ei tässä yhteydessä tarkoiteta sairaalabyrokratiassa annettuja virkakäskyjä. Kyse on sellaisista ei-hallinnollisista määräyksistä, jollaisen kuka tahansa lääkäri voi antaa potilaalleen järjestääkseen tälle tarpeelliseksi katsomansa hoidon tai tutkimuksen. Toisaalta po. määräyksen antamista ei pidä sekottaa edellä käsiteltyyn lähetemenettelyyn, joka tarkoittaa potilaan lähettämistä sairaalaan saamaan periaatteessa mitä tahansa hänen terveydentilansa edellyttämää tutki-

[113] *KELA 3. 8. 1987 n:o 41 L* s. 3

musta ja hoitoa. Tällä kohden kyse on määräyksestä juuri *tiettyyn* hoitoon tai tutkimukseen. Hoidon antajana ja tutkimuksen tekijänä käytetään paitsi julkisia terveydenhuollon laitoksia sangen usein terveydenhuollon valvontaviranomaisten hyväksymiä yksityisiä laboratorioita, röntgen- ja hoitolaitoksia. Myös nyt voidaan todeta, että määräysten virheellisyyksistä johtuvia vahinkoja ovat tavallisesti nimenomaan taloudelliset menetykset, koska perusteettoman hoidon antaminen tai tarpeettoman tutkimuksen tekeminen ei sinänsä normaalisti aiheuta muunlaisia vahinkoja.

Lääkärin määräyksin tavoiteltavien tutkimusten ja hoidon *saavutettavuus* vaihtelee. Esim. uusimpiin magneettitutkimuksiin mahdollistavia laitteita on vain aivan muutamissa sairaaloissa. Eräät palvelut — kuten fysikaalinen hoito — ovat taasen selvästi varsin monien tavoitettavissa melkein milloin tahansa. On huomionarvoista, että po. määräysten osalta ei ole olemassa sellaista selvää lääkkeiden saatavuutta koskevan sääntelyn kaltaista lakiin perustuvaa jakoa, jonka mukaan tiettyjen etuisuuksien tavoittaminen olisi mahdollista vapaasti ja toisten vain määräämismenettelyyn turvautuen. Myöskään käytännössä ei ole kaikin kohdin muotoutunut aivan selvää rajaa, milloin palvelun saamiselta edellytetään ehdottomasti lääkärin määräystä. Ilman sitä markkinoidaan toimitettavaksi jonkin verran esim. röntgentutkimuksia, vaikka määräyksen vaatiminen niissä onkin ollut pääsääntönä[114]. Toisaalta yleisemmin ottaen on kuitenkin todettava, että tosiasiallisesti jako vapaasti saatavissa oleviin ja vain määräyksellä tavoitettaviin palveluihin monin kohdin toteutuu.

II. Verrattaessa ko. määräysmenettelyä koskevaa sääntelyä reseptimenettelyn sääntelyyn havaitaan edellisen normiston niukkuus. LääkäriL:ssa ei ole asiaa koskevaa toimivaltanormia. Itse asiassa säädöksessä ei mainita hoito- ja tutkimusmääräyksistä mitään. Sääntelyn »puute» näkyy myös siten, että po. määräyksen saajalle ei muotoudu yhtä konkreettista oikeutta saada tarkoitettu palvelu kuin reseptin saajalle. Hoito-ja tutkimusmääräysmenettely merkitsee kuitenkin samantyyppisten *sairausvakuutusta koskevien taloudellisten valtuuksien käyttöä* kuin reseptimenettely[115]. Tämän vuoksi tutkimukseen tai hoitoon kannattaa yleensä hakeutua lääkärin määräyksellä, vaikka asiakirja ei olisikaan palvelun saamisen edellytyksenä.

KELA on pyrkinyt takaamaan po. määräysten käytön moitteettoman toimivuuden mm. siten, että korvaukseen oikeuttavana asiakirjana hyväksytään

[114] Normaalisti röntgentutkimuksia tehdään ilman lääkärin määräystä vain yli 40-vuotiaille naisille ns. mammografiakuvauksina.

[115] Ks. SairausvakuutusL 5 ja 8 §:t.

tiettyihin hoitoihin ja tutkimuksiin vain alan erikoislääkärin antama määräys[116]. Kaiken kaikkiaan hoito- ja tutkimusmääräysmerkintöjen luotettavuus potilaiden terveydentilan edellyttämien toimenpiteiden tarpeellisuuden osoittajana on ilmeisestikin arvioitava olevan samaa luokkaa edellä käsiteltyjen reseptimerkintöjen kanssa.

Julkisen vallan käyttöä koskevien VahKL:n säännösten sovellettavuuden arviointi lienee yleensä ottaen perustettava lähinnä erilaisten *tosiasiallisten* näkökohtien varaan. Tapauksissa, joissa välttämättömän palvelun saaminen ei kertakaikkiaan onnistu ilman lääkärin määräystä tai palvelun ostaminen suoraan merkitsee tuntuvaa taloudellista rasitetta, voitaneen ainakin *virkalääkärin* epäävää menettelyä pitää VahKL:n 3:2:n soveltamisalaan kuuluvana. Joissakin tapauksissa lainkohdan sovelluttaminen saattaa olla mahdollista konstruoiden lääkärin toiminta *KELA:n toiminnan jatkeeksi,* mikä etenkin yksityislääkäreiden aiheuttamien vahinkojen osalta merkitsisi usein korvauskysymyksen asianmukaista järjestelyä. Julkisen vallankäytön vastuu puoltanee *luottamuksensuojaperiaate* huomioonottaen paikkaansa myös niissä virkalääkärintyössä sattuneissa vahinkotapauksissa, jotka aiheutuvat perusteettomaan hoitoon tai tutkimuksiin ohjaavasta määräyksestä. Yksityisen lääkärintoimen virheellisyyksissä julkisen vallankäytön vastuun sovelluttaminen ei tällöin liene tavallisesti mahdollista. Toisaalta yksityislääkärin potilas voi po. vahingoissa yleensä vedota sopimusvastuuseen.

Hoito- ja tutkimusmääräysten virheellisyyksien aiheuttamien vahinkojen korvattavuutta arvioitaessa on vielä otettava huomioon mahdollisuus, että VahKL:n 3:2:n soveltaminen käy päinsä hoidosta tai tutkimuksesta lopullisesti päättävän tahon vallankäytön perusteella. Kuten sanottu, määräysmenettely ei sinänsä takaa potilaalle hänen tarvitsemaansa palvelua. *Viimekätinen vallankäyttäjä* hänen asiassaan on usein *ao. hoito- tai tutkimusyksikkö.* Tilanteissa, joissa sen toimia saatetaan pitää julkisen vallan käyttönä, voidaan myös määräysmenettelyn virheiden aiheuttamista vahingoista tuomita korvaus VahKL:n 3:2:n nojalla, kunhan ne vain »kanavoituvat» lopullisen ratkaisunteon kautta. Kyse on samankaltaisesta *toiminnallisesta kokonaisuudesta,* jota normaalin lähetemenettelyn ja sairaalan potilasvalinnan todettiin edellä merkitsevän. Varsinkin julkisyhteisöjen omistamien sairaaloiden ottaessa vastaan »määräyspotilaita» tämä soveltamisperuste on hyvin käyttökelpoinen.

[116] Ks. *KELA 1. 12. 1989 n:o 46 L* s. 3 (kohta 5).

5.6. Virkakäskyt

1. Julkisen terveydenhuollon lääkärintoimeen kuuluu ns. virkakäskymenettely. Siinä annetut määräykset koskevat usein paitsi muuta terveydenhuoltohenkilöstöä myös lääkäreitä. Varsinkin suurissa erikoissairaanhoidon yksiköissä virkahierarkia on niin moniportainen, että suurelle joukolle lääkäreitä riittää myös lääkärialaisia. Virkakäskyjen käyttöala on terveydenhuollossa yleensä ottaen hyvin laaja. Vaikka on selvää, ettei lääkärin käskyvalta alaisenaan olevaan terveydenhuoltohenkilöstöön nähden etenkään hoitosuhteiden sääntelyssä saata käydä aivan yksityiskohtaiseksi, on sillä ilman muuta merkitystä potilaan oikeudelliseen asemaan vaikuttavana vallankäyttönä.

Esimieslääkäreiden tehtäviin kuuluu mm. vahvistaa sairaalan peruslääkevalikoima, työvuoro- ja päivystysluettelot, ns. aktiivilomien ajankohdat, antaa määräyksiä potilaiden hoitoon ottamisesta, heidän sijoittamisestaan, lääkitsemisestään, erikoistutkimusten, sairaalatarvikkeiden ja kaluston käytöstä, hoidon turvallisuudesta, koulutukseen osallistumisesta, tiedotustoiminnasta. Kenties kaikkein tavanomaisin virkakäskyjen käyttötapa julkisen terveydenhuollon lääkärintoimessa on — kuten hallinnossa yleensäkin — antaa alaiselle jokin tehtävä ottamatta lähemmin kantaa sen toteuttamisessa huomioonotettaviin seikkoihin[117].

Lääkärintoimeen kuuluva virkakäskymenettely koskee monesti toimintaa, jonka virheellisyyksistä johtuvat vahingot aiheuttavat lähinnä henkilövahinkoja. Valtaosa niistä on tietysti korvattavissa PotilasvahinkoL:n nojalla. Toisaalta, koska sopimusvastuun soveltaminen julkisessa terveydenhuollossa on — kuten edellä on todettu — eräänlainen viime käden keino, on »virkakäskyvahingoissa» PotilasvahinkoL:n korvausturvaan täydennystä haettaessa huomion kohteena nimenomaan VahKL. On huomattava, että tällöinkään julkisen vallankäytön vastuun soveltamisintressi ei liity kauttaaltaan yksinomaan ratkaisun oikean perustelun vaatimukseen, vaan virkakäskyn sisällöstä ja sen soveltamistilanteesta riippuen normiston soveltamistarve saattaa johtua puhtaan varallisuusvahingon syntymisestä, siis konkreettisista oikeusturvasyistä[118].

---

[117] Vrt. *Tuori II* s. 376. Lääkäri saattaa esim. pyytää sairaanhoitohenkilöstöä viemään potilas leikkaussaliin tai toimittamaan käyttöönsä tietyssä operaatiossa tarvittavat instrumentit, osastonlääkäri voi määrätä apulaislääkärin tekemään potilaalle jonkin tutkimuksen tai antamaan tiettyä hoitoa, jne.

[118] Tämä koskee perusterveydenhuoltoa erityisesti siinäkin mielessä, että siellä palvellaan »potilaiden» ohella usein myös »asiakkaita». Esim. lääkäripulaan vedoten terveyskeskuksissa on eräin paikoin kieltäydytty kirjoittamasta ajokorttitodistuksia. Jos terveyskeskuksen vastaava lääkäri perusteettomasti kieltää alaisiaan laatimasta näitä asiakirjoja, vahingonkorvauksen saaminen voi käydä

Kaiken kaikkiaan voidaan itse asiassa sanoa, että huomion kiinnittäminen virkakäskymenettelyyn *ei* sinänsä *vähennä* VahKL:n 3:2:n sovellettavuusarvioinnin käytännöllistä merkitystä julkisen lääkärintoimen vahinkotilanteissa: virkakäskymenettely voi periaatteessa koskea lähes kaikkea julkisen terveydenhuollon hoitotyötä ja siihen vaikuttavia toimintoja. Toisaalta virkakäskyt suuntaavat huomion sellaiseen *vahingonaiheuttamistapaan,* joka suorittavan lääkärintoimen yhteydessä ei tule esille.

II. Johtotehtävään kuuluvia ohjaustoimia on eritelty sen mukaan, ovatko ne yleisiä vai yksittäistapauksellisia, välillisiä vai välittömiä, sitovia vai ohjeellisia, yksilön etua koskevia vai muunlaisia. Näitä jaotteluja on käytetty lähinnä viranomaisten määräysvallan *sallittavuutta* ja *rajoja* hahmoteltaessa.[119] Tässä yhteydessä ei ole tarpeen ryhtyä reprodusoimaan tai analysoimaan asiassa esitettyjä kannanottoja. Käsillä olevassa tutkimuksessa jaotteluja on mahdollista käyttää, kun vain pidetään mielessä, että se tehdään tutkimuksen omien lähtökohtien ehdoilla.

Kun tarkastelun kohteena ovat virkakäskymenettelyn virheellisyyksistä aiheutuvat vahingot, ne voidaan *syntymisedellytystensä* mukaisesti jakaa *kahteen ryhmään.* Jako ei ole kaikin kohdin aivan selkeä, mutta se on silti tässä yhteydessä syytä tehdä. Osa virkakäskyistä saattaa aiheuttaa vahingon vain sen hoitosuhteessa tapahtuvan konkreettisen soveltamisen tai täytäntöönpanon vuoksi. Osalla virkakäskyistä ei ole tällaista yksittäisessä hoitosuhteessa käytävää reaalisointitapahtumaa, ja ne aiheuttavat vahinkoa — silloin, kun ovat aiheuttaakseen — jo omine vaikutuksineen. Edellisen kaltaisiin vahinkotilanteisiin saatetaan joutua mm. silloin, kun lääkärin on johtavan lääkärin antamien määräysten mukaisesti kieltäydyttävä ottamasta sairaalaan vain tietynlaisin oirein sinne pyrkiviä tai kun sairaanhoitajan on lääkärin määräyksestä lisättävä potilaan verenkirtoon johdettavan liuoksen tiputusmäärää. Jälkimmäisiä vahinkoja ovat sellaiset, jotka aiheutuvat esim. työvuoroluettelon virheellisestä vahvistamisesta tai sairaalassa tehtävän tutkimuksen lakkauttamis-

nimenomaan VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuudesta riippuvaksi. Toisaalta pelkkien taloudellisten menetysten aiheutuminen ei ole tietysti vierasta erikoissairaanhoidon virkakäskyistä johtuvanakaan. Sen lisäksi, että vahinko voi aiheutua julkisen palvelun epäävästä määräyksestä kalliimman yksityissektorin palkkiokustannuksina, kuuluu myös tänne toimia, joita koskevat virheelliset virkakäskyt ovat sinänsä omiaan johtamaan nimenomaan varallisuusvahinkoihin. Sellaisia ovat erikseen hinnoiteltujen tutkimusten tekeminen, potilaan siirtäminen toiseen sairaalaan, lääkärintodistusten kirjoittaminen, ns. taksilapun antaminen, jne.

[119] Erittelyistä ks. esim. *Hallberg* s. 347—348, *Mäenpää,* 1979 s. 325—328 ja *Tuori II* s. 373—376 sekä niissä mainitut lähteet.

määräyksestä. Voidaan sanoa, että edelliset virkakäskyt koskevat *välittömästi* potilaan oikeusasemaa ja että jälkimmäiset saattavat vaikuttaa siihen vain *välillisesti*.

II.a. Puhuttaessa ensiksi VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuudesta *välittömästi* potilaan asemaa sääntelevien virkakäskyjen virheellisyyksistä aiheutuviin vahinkoihin on huomattava, että virkakäskymenettelyn velvoittavat vaikutukset eivät sellaisenaan ulotu potilaaseen saakka, ja että potilaan asema vallankäytön kohteena ei siten määräydy sen mukaan, miten tuntuvaa vallankäyttöä virkakäsky merkitsee välittömälle kohteelleen. Tämän vuoksi on lainkohdan sovellettavuutta arvioitaessa kiinnitettävä huomio siihen, *millä tavoin virkakäsky reaalisoituu* eli millaisen vallankäytön kohteeksi potilas loppujen lopuksi hoitosuhteessaan joutuu. Vahingonkorvausvastuun normiperustaa määriteltäessä voidaan siten tältä osin viitata tutkimuksessa aiemmin lausuttuun. Sanottu ei merkitse mahdollisuutta sivuuttaa itse virkakäsky. Vahingonkorvausoikeudellisessa arvioinnissa ei nimittäin voida jättää huomiotta sitä, että virheellistä ja vahinkoa aiheuttavaa virkakäskyä soveltava tai täytäntöönpaneva henkilö toimii asiassa kenties siinä määrin moitteettomasti, että hänen menettelynsä ei ensinkään saata olla perusteena korvausvelvollisuuden syntymiseen. Toiminnan *tuottamuksellisuutta* arvioitaessa on tällöin havainnoitava juuri virkakäskymenettelyä[120]. Siinä saattaa olla merkitystä myös sillä, onko annettu virkakäsky sitova vai ohjeellinen, vaikkei tämä erottelu suoranaisesti vaikuttaisikaan itse sovellettavan korvausnormiston valintaan.

II.b. Kysymys VahKL:n 3:2:n sovellettavuudesta *välillisesti* potilaan asemaan vaikuttavien virkakäskyjen aiheuttamiin vahinkoihin ei ratkea aivan yllä selostetulla tavalla. Asiaa on perusteltua lähestyä kauempaa.

Vanhan saksalaisen teoriataustan mukaisesti meikäläistä hallinto-oikeudellista muutoksenhakujärjestelmää kehitettäessä on tehty *ero hallinnon sisäisiin ja ulkoisiin toimiin*. Virkakäskyjä koskee nimenomainen HValL:n 3.2 §:ssä säädetty *valituskielto*. Tämän sääntelyn teoreettisena perusteluna on viitattu siihen, että virkamiehellä ei ole yksityistä oikeutta toimivaltaansa. Sen mukai-

[120] Kuten edellä 2. luvussa esitettiin, Tulokkaan mukaan VahKL:n 3:2:n soveltamistilanteissa mm. toimintojen organisoinnin osalta vahinkotapauksen tuottamusarviointi poikkeaa »normaalista». Tässä yhteydessä on korostettava, että yksittäismääräystä merkitsevän virkakäskyn antava lääkäri ei tietysti läheskään aina ole sillä tavalla etäällä vahinkotilanteesta, joka edellyttäisi hänen menettelyään koskevassa syyllisyysarvostelussa olennaisesti poikettavan suorittavan työn moitteellisuutta koskevasta arvostelusta. Asia on yleensä toisin yleisohjeita ja -määräyksiä annettaessa. Vrt. *Frihagen* s. 214, jossa hän erittelee yleismääräyksen ja yksittäisratkaisun antamistapahtuman »näköaloja».

sesti viranomaisten sisäinen vallankäyttö ei aikaansaa oikeussuojan tarvetta, koska se ei täytä oikeusasemaan puuttumisen kriteeriä.[121] Koska toimivallan ja julkisen vallan käyttäminen ovat perinteisesti merkinneet nimenomaan hallintokoneiston ulkopuolelle suuntautuvia toimia, ei muutoksenhakumahdollisuutta virkakäskyihin ole voitu pitää asianmukaisena. Virkakäskyjen oikeellisuuden takeena on katsottu riittäväksi laajemmaltikin normikontrollia koskeva *repressiivis-konkreettinen kontrollijärjestelmä,* joka edellyttää virkamiehen kieltäytyvän noudattamasta määräystä silloin, kun sen on perusteltua olettaa olevan ristiriidassa ylemmänasteisen normin kanssa[122]. On selvää, ettei tämä katsantotapa täysin vastaa nykyaikaisen hallinnon kontrollitarpeesta johtuvia vaatimuksia. Esim. virkamiehen oikeuksien kannalta ei ole yhdentekevää, mitä hän tekee ja milloin[123]. Sitä paitsi yleisemminkin tulisi ottaa huomioon, että *virkakäskyt saattavat usein merkitä laajalle tuntuvia vaikutuksia ulottavien valtuuksien käyttöä.* Mainittakoon vain sairaalatoimesta esim. johtajaylilääkärin päätös, jolla määrätään tietyt laboratoriotutkimukset lakkautettaviksi, ja ratkaisu, jolla poistetaan sairaalan lääkevalikoimasta joitakin lääkkeitä[124]. Seurauksia ei tällöin enää välttämättä ilmenekään vain 'jossain määrin', vaan tilanne saattaa pahimmassa tapauksessa muuttua luonteeltaan suorastaan katastrofaaliseksi. Mainitunlaisten huomioiden yhteydessä asianosaisasioihin pitäytyvä julkisen vallankäytön tulkinta vaikuttaa sangen epämielekkäältä. Tosin modernissa lainvalmistelussa voidaankin todeta olevan viitteitä siitä, että virkakäskymenettelyä aletaan pitämään julkisen vallan käyttämisenä[125].

[121] Ks. esim. *Hallberg* s. 347, 349 ja *Tuori II* s. 375; vrt. myös *Erich II* s. 141 ja *Merikoski II* s. 64—65.

[122] Asetusten osalta po. kontrollimuoto perustuu HM:n 92.2 §:ään. Sitä alempitasoisten säännösten kontrollioikeuden on katsottu johtuvan oikeusjärjestykseen implisiittisesti sisältyvästä lex superior derogat legi inferiori -periaatteesta. Ks. *Laakso,* 1990 s. 135 ss.

[123] Vrt. uusitun RL:n 40:7, jossa säädetään rangaistus virkamiehelle, joka mm. haittaa tai vahinkoa toiselle aiheuttaakseen »käyttää väärin asemaansa käskyvallassaan tai välittömässä valvonnassaan olevaan henkilöön nähden».

[124] Erityisesti edellisten päätösten osalta voidaan kritisoida myös käsitystä, joka korostaa sisäisten viranomaistointen vaikutusten faktista luonnetta hallinnon ulkopuolisten kannalta. Jos oletetaan, että sairaalalla on vielä hallussaan välineistö ja muut tarvikkeet, joilla lakkautettu tutkimus olisi mahdollista tehdä, on kyse pikemminkin siitä, että muutos on tapahtunut potilaiden ja muiden sairaalapalvelujen käyttäjien *oikeusasemaan vaikuttavassa normistossa.* On tietysti myönnettävä, että sisäisten määräysten vaikutus on usein myös toisenlainen. Kun johtajaylilääkäri vahvistaa sairaalan peruslääkevalikoiman, ei päätös sinänsä ole esteenä potilaiden lääkintään millaisin tahansa lääkevarastoon kuuluvin lääkkein. Vasta ajan myötä päätös johtaa siihen, että potilaskunta voi saada lääkityksensä vain vahvistetun peruslääkevalikoiman mukaisena. Tätä vaikutusta voidaan edellistä perustellummin kutsua faktiseksi.

[125] Ks. *Oikeushenkilön rangaistusvastuu* s. 76—77 ja *Ltk n:o 3/1990* s. 80.

Vaikka mainittu saksalaiseen teoriataustaan pohjautuva oppi on vaikuttanut laajalti hallinto-oikeudellisen oikeussuojajärjestelmämme kehittelyyn, ei asianosaisen oikeuden loukkaaminen ole muodostanut ainoaa muutoksenhakuperustetta. Tässä yhteydessä saatetaan viitata kunnallisvalitukseen. On kuitenkin syytä huomata, että kunnallisvalitusta käytettäessä vallankäytön kontrolli ulottuu vain päätöksen laillisuuden selvittämiseen. Kunnallinen viranomainen voi antaa epätarkoituksenmukaisia ja sillä tavoin vahingollisia päätöksiä, jotka pysyvät muutoksenhausta huolimatta.

Kunnallisvalitukseen huomion kiinnittäminen on nyt perusteltua sen vuoksi, että VahKL:n säänteleman julkisen vallankäytön vastuun sovellettavuutta normipäätöksistä aiheutuviin vahinkoihin voidaan tarkastella — Bengtssonin tavoin — kahdenlaisten muutoksenhakusäännösten avulla. Bengtssonin käsityskanta Ruotsin vahingonkorvauslain osalta on, että koska normipäätös ei suuntaudu samalla tavoin tiettyyn *rajattuun kansalaisryhmittymään* kuin viranomaisen yksittäisratkaisu, ko. säännöksiä ei voida soveltaa virkakäskyn virheellisyyksistä johtuviin menetyksiin. Suurelle yleisölle kuuluva actio popularis -tyyppinen kanneoikeus ei siten sinänsä saa rinnalleen julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuun soveltamismahdollisuutta. Asia on toisin sellaisen muutoksenhakumahdollisuuden osalta, joka perustuu yksityisen oikeussuojan intressissä säädettyihin valitussäännöksiin.[126]

Huomattakoon, että tämäntyyppisessä normiston soveltamisalan hahmottelussa ei itse asiassa ole (enää) varsinaisesti kyse julkisen vallankäytön alan suhteesta normipäätöksiin. Voidaankin katsoa asianmukaiseksi edellyttää, että VahKL:n 3:2:n sovellettavuutta arvioitaessa mennään tällä kohden pidemmälle kuin vain sen toteamiseen, onko sisäistä viranomaistoimintaa luontevaa pitää julkisen vallan käyttämisenä. Toisaalta asia ei ole kuitenkaan sillä hyvä, että tarkastellaan ainoastaan, missä ominaisuudessa — suureen yleisöön kuuluvana vai yksilöllisessä suhteessa viranomaiseen olevana — henkilö kärsii vahinkoa. Probleeman tarkastelu tällä tavoin merkitsee lähinnä vahingonkorvaukseen oikeutettujen henkilöpiirin rajausta — ei niinkään vahingonkorvausvelvollisuuden syntymisedellytyksiä koskevaa selvitystä.

Palatkaamme vielä siihen, että virkakäskyä ei suunnata hallintokoneiston ulkopuolelle ja että perinteisen katsantotavan mukaan se ei siten aikaansaa siellä myöskään oikeussuojan tarvetta. On huomattava, että johtopäätös ei seuraa yksin siitä, että perinteisen mannereurooppalaisen ajattelutavan mukaan hallinto-oikeudellisissa suhteissa ei ole kunnolla tunnustettu sisäisten viranomaistoimintojen vallankäytöllistä luonnetta. Asiaan liittyy myös *hallinto-oikeudel-*

[126] *Bengtsson I* s. 377 ss.

lisiin suhteisiin luonnostaan kuuluvaksi oletettu valta-asetelma. Kansalaisen alisteisesta asemasta seuraa mm., että hänen on tyydyttävä hallinnon toimintoihin, vaikka ne olisivat hänen kannaltaan vahingollisia. Vain 'oikeudellisesti suojattuun elämänhyödykkeeseen' kajoaminen saattaa merkitä *vahingon* syntymistä.

Kuten edellä jaksossa 3.5.3. selostettu oikeustapaus KKO 1983 II 163 osoittaa, uudemmassa vahingonkorvausoikeudellisessa lainkäytössä *ei* kuitenkaan ole lähdetty siitä, että hallinnon sisäisen määräyksen tarvitsisi loukata *subjektiivisluonteista* oikeutta johtaakseen korvattavan vahingon syntymiseen. Tapaus antaa jälleen aiheen viitata viranomaistoimintaan kohdistuvaan *luotettavuuden* ja *ennakoitavuuden* vaatimukseen. Tämä vaatimus ei ole irrelevantti tekijä korvattavan vahingon alan muotoutumisen kannaltakaan. Mainitut näkökohdat suuntaavat myös potilaan oikeudelliseen asemaan välillisesti vaikuttavien virkakäskyjen tarkastelussa huomion hänen oikeuksiensa vahvuuden hahmottamisesta siihen, mitä viranomaistoiminnalta saatetaan odottaa, kuinka sen voidaan eri tilanteissa edellyttää toimivan.[127] Tässä katsannossa oppi hallinnon ulkoisten ja sisäisten tointen erottelun merkityksestä joudutaan jättämään totuttua vähemmälle huomiolle virkakäskyjen vahingonkorvausoikeudellisen arvioinnin perustana.

Näkökulman vaihtaminen johtaa siihen, että myös hyvinvointivaltiolliseen tavoitelainsäädäntöön perustuvien palveluiden organisoinnissa ja resurssien allokoinnissa sattuvien virheellisyyksien johdosta saatetaan antaa vahingonkorvausoikeudellista oikeussuojaa. Niinpä jos johtajaylilääkäri on täysin virheellisin perustein lakkauttanut joidenkin tutkimusten käytön, ja tämän vuoksi perusterveydenhuollosta ei lähetetä sairaalaan näitä tutkimuksia tarvitsevia henkilöitä, ja sen vuoksi joillekin aiheutuu menettelystä vahinkoa esim. siten, että tutkimustarpeen kiireellisyyden vuoksi tutkimus joudutaan tekemään kalliiseen hintaan ulkomailla, saattaa eräissä tapauksissa olla asianmukaista soveltaa VahKL:n 3:2:ää. Vielä luonnollisempaa korvausvelvollisuuden asettaminen tämän lainkohdan nojalla on silloin, kun potilas kärsii vahingon sairaalassa. Sitä, että potilas ei saa hoitohenkilökunnalta tarvitsemaansa lääkettä, koska se on poistettu peruslääkevalikoimasta, tai että hän ei saa sovittuna aikana tar-

[127] Vrt. *Badura ym.* 1986 s. 484: »Grundlage des Tatbestands der Amtspflichtverletzung ist, anders als im allgemeinen bürgerlichen Deliktsrecht, nicht die Verletzung eines absoluten Rechts oder eines Schutzgesetzes, sondern die Verletzung einer der *Dienstpflichten,* die zugleich Dritten gegenüber obliegen. Mit anderen Worten: Die Amtspflicht gegenüber Dritten wird aus der internen Dienstpflicht abgeleitet und geht gerade deshalb über die allgemeinen deliktischen Haftungstatbestände hinaus.» Ks. myös *Mäenpää,* Hallinto-oikeus s. 392.

vitsemaansa hoitavan lääkärin lausuntoa terveydentilastaan sen vuoksi, että aktiivilomien ajankohdat vahvistanut lääkäri on muuttanut niitä odottamattomalla tavalla, voidaan nähdäkseni eräin paikoin pitää täysin riittävänä perusteena po. lainkohdan tarkoittaman vahingonkorvausvastuun sovelluttamiseksi.

On tietysti huomattava, että julkishallinnon toiminnassa korvattavaa vahinkoa ei synny vielä sillä perusteella, että kansalainen ei saa mitä haluaa. On selvää, ettei esim. erilaisia kokeiluluonteisia terveydenhuollon palveluja järjestettäessä voida lähteä niiden yleisestä tavoitettavuudesta.[128] Toisaalta voidaan korostaa, ettei mainittu seikka jää suinkaan ainoaksi vahingonkorvauksen jaon liiallisen »avokäteistymisen» rajoitteeksi. Rajoitteena toimii myös, että vahinko on — kuten sanottu — »ulkoisen seikan aiheuttama odottamaton muutos». Korvausvastuun asettamista vaikeuttavat niinikään syy-yhteyden ja tuottamuksellisuuden vaatimukset. Ottaen muun ohella huomioon virkakäskyjen muutoksenhakukelvottomuuden ja repressiivis-konkreettisen normikontrollin vaikeudet sairaalatoimessa[129], on tällä kohden perusteltua pyrkiä VahKL:n 3:2:n soveltamisalaa laventavien näkökohtien painottamiseen.

* * *

Virkakäskyvaltuuden rinnakkaisilmiönä tunnetaan yksityissektorin työsuhteissa ns. *direktio-oikeus*. Asiallisesti katsoen siihen kuuluvaa määräämisvaltaa on yleensä ottaen varsin vaikea erottaa virkakäskymenettelyyn sisältyvästä vallankäytöstä.[130] Tutkimuksessa aiemmin esille tulleiden huomioiden perusteella en pidä tässä yhteydessä perusteltuna ryhtyä erikseen arvioimaan VahKL:n 3:2:n soveltamismahdollisuutta direktiovaltuuksien käytöstä johtuviin vahinkotapauksiin. Yleisesti saatetaan kuitenkin todeta, että kun po. lainkohdan mukaisen korvausvastuun argumentointi yksityisen sairaalatoimen vahinkoihin ei tavallisesti tule kyseeseen, ei työnantajan johto- ja valvontavaltuuksien käyttökään muodosta asiassa poikkeusta. Silti myös tällä kohden on perusteltua viitata ostopalveluiden erityisasemaan. Niiden osalta vahingonkorvausvastuun normiperustaa haettaessa yllä esitettyjä näkökohtia ei ole mahdollista sivuuttaa.

---

[128] Vrt. esim. *Ryynänen*, s. 25, joka hallinnon lainalaisuuden periaatetta koskevan tarkastelunsa yhteydessä korostaa lähtökohtaisesti, että kansalainen voi saada julkiselta vallalta vain sen, mitä laissa on säädetty — ei muuta.

[129] Vrt. *Hongisto — Isohanni* s. 355 ja 358.

[130] Direktio-oikeudesta yleisesti ks. esim. *Sarkko* s. 25—27.

6. YHTEENVETOA JA ARVIOINTIA

I. Käsillä olevassa tutkimuksessa on asetettu tutkimustehtäväksi osoittaa erilaisiin lääkärintoimen vahinkotilanteisiin sovellettava vahingonkorvausnormisto. Erityisen huomion kohteena on ollut VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten soveltamisala.

Modernina, nimenomaan terveydenhuollon vahinkojen korvausnormistona PotilasvahinkoL on sinänsä varsin asianmukainen potilasvahinkojen käsittelyn normatiivinen perusta. Sen mahdollisimman laajaan sovellettavuuteen pyrkiminen on mm. hoitosuhteen kummankin osapuolen oikeusturvanäkökohdista katsottuna mitä luontevin oikeudellisen ajattelun lähtökohta. PotilasvahinkoL ei kuitenkaan koske kaikkia lääkintähenkilöstön toiminnasta aiheutuvia vahinkoja, vaan esim. juuri osa lääkärivastuutilanteista jää sen sääntelemän korvausturvan ulottumattomiin.

PotilasvahinkoL:n mukaista korvausturvaa saatetaan antaa vain henkilövahingon kärsineelle. Vahingon on lisäksi kohdattava potilaaksi luokiteltavissa olevaa henkilöä ja satuttava terveyden- ja sairaanhoidon toimintojen yhteydessä. PotilasvahinkoL:n mukaan korvausta ei suoriteta ns. vähäisistä vahingoista. Paitsi mainitunlaisten lain soveltamisalaa koskevien »käsitteellisten» rajausten vuoksi säädöksen soveltumattomuus lääkärivastuutilanteisiin aiheutuu toisinaan myös siitä, että PotilasvahinkoL:ssa tarkoitettu regressivastuu määräytyy yleisen vahingonkorvausnormiston mukaisesti, ja että PotilasvahinkoL:n järjestelmässä korvausta on pääsäännön mukaan haettava kolmessa vuodessa siitä, kun korvaukseen oikeutettu on saanut tietää vahingosta. Huomionarvoinen näkökohta on niinikään, että vahingon kärsinyt voi aina halutessaan sivuuttaa PotilasvahinkoL:n ja hakea korvausta muiden vahingonkorvaussääntöjen nojalla.

PotilasvahinkoL:n soveltamisalan ulkopuolella korvauskysymys on ratkaistava tuottamusperiaatteelle rakentuvien yleisten vahingonkorvaussääntöjen nojalla. Tällaisia ovat sopimusoikeudelliset vahingonkorvausperiaatteet ja sopimussuhteiden ulkopuolista korvausvastuuta sääntelevät VahKL:n normit. Edellisen säännöstön piirissä korvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää sopimus-

rikkomusta; sopimussuhteiden ulkopuolella vastuu aktualisoituu suoraan lain nojalla. Lääkärintoimen vahinkotapauksissa korvauskysymyksen ratkaiseminen jommankumman normiston mukaisesti vaikuttaa mm. vahingonkärsineen korvausturvan laajuuteen. Toisin kuin sopimussuhteissa ulkokontrahdillisissa oikeussuhteissa pelkkää taloudellista menetystä eli ns. puhdasta varallisuusvahinkoa ei pääsäännön mukaan korvata. Poikkeusasemassa on esim. julkisen vallan käyttämisestä johtuva vahinko.

Sopimusoikeudellisten vahingonkorvausperiaatteiden ja VahKL:n julkisen vallan käyttöä koskevien säännösten soveltamisalan hahmottelussa sivuuttamattoman teoreettisen viitekehyksen muodostaa yksityisoikeuden ja julkisoikeuden eroa ja sen merkitystä koskeva oikeudellinen diskurssi. Tutkimuksessa mainitut kaksi oikeudenalaa on hahmotettu jatkumolle, joka noudattaa ko. dualismia koskevia diskursiivisia sitoumuksia. Tällä jatkumolla oikeussäännön soveltamisalan rajan voidaan esitettävien argumenttien painoarvosta riippuen ajatella siirtyvän periaatteessa huomattavastikin sen alkuperäisestä asemasta. Toisaalta jatkumon ääripäiden erillisyys on sellainen perustavaa laatua oleva tekijä, jonka jo lähtökohtaisesti saatetaan katsoa vaikuttavan sopimusvastuun ja julkisen vallankäyttöä koskevan vastuun soveltamismahdollisuuteen rajoittavasti.

II. Sen mukaan, missä kohteessa vahinkotapahtuman negatiiviset vaikutukset ilmenevät, vahingot jaetaan tavallisesti henkilö-, esine- ja varallisuusvahinkoihin. Kaikkia vahinkoja arvostellaan kuitenkin ennen muuta taloudellisessa suhteessa. Tämä selittyy vahinkojen taloudellisella korvaamistavalla. Rahan käyttö korvausvälineenä edellyttää immateriaalisten vahinkojen »objektivoimista» markkamääräisesti. Ongelmattominta korvattavien vahinkojen aluetta ovat yleensä ottaen erilaiset taloudelliset menetykset.

Vahingonkorvausoikeuden kannalta lääkärintoimi on siinä mielessä pulmallinen yhteiskunnallisten toimintojen osa-alue, että sen virheellisyyksistä johtuvia taloudellisia menetyksiä ei yleensä ole mielletty korvattaviksi vahingoiksi. Sopimussuhteiden ulkopuolella korvauksen saamisen esteenä on lisäksi, että lääkärintoimi on vain hyvin kapealta osalta käsitetty sellaiseksi vallankäytölliseksi toiminnaksi, joka olisi luokiteltavissa julkisen vallan käyttämiseksi. Tutkimuksessa on kuitenkin lähdetty siitä, että koska vahingonkorvausoikeuden johtoajatuksena on vahingon kärsineen hyvittäminen, ei lääkärintoimen virheistä johtuvia taloudellisia menetyksiä ole ilman painavia syitä asianmukaista asettaa korvattavuuden kannalta poikkeusasemaan.

III. Julkisen vallan käyttö on pyritty erottamaan muusta yhteiskunnallisesta vallankäytöstä usealla tavalla. Ongelmaa on yritetty ratkaista niin lainvalmistelussa kuin oikeustieteellisessä kirjallisuudessakin. Asian vaikeus on siinä, että po. vallankäytön kelvollisia kriteereitä on yleisellä tasolla varsin arveluttavaa ennalta sitovasti määritellä. Julkisen vallankäytön rajaaminen tiettyihin vallankäytön määrämuotoihin on osoittautunut hallinnon käytäntöjen kannalta vieraaksi konstruktioksi, koska valtaa käytetään hyvin laajalti myös muodollisesti säännellyn menettelyn ulkopuolella. Julkisen vallankäytön rajaaminen vallan intensiteetin perusteella ei sekään ole ollut toimiva lähtökohta, sillä vähäinenkin vallankäyttö saattaa merkitä yksilön näkökulmasta tälle tuntuvaa riippuvuusasemaa.

Suomalaisessa oikeustieteessä on osoitettu tiettyä mielenkiintoa julkisen vallankäytön pelkistämiseen erottamalla se yksityisautonomiaan perustuvasta vallankäytöstä. Koska yksityisautonomian alueella toimivaltaperuste ei ole samanlainen kuin julkisen vallankäytön valtuuksissa, tarkastelutapa ei ole avannut asiaan kysymyksen lopulliseen selvittämiseen johtavaa näkökulmaa. Ongelmaksi on jäänyt yksityisten käyttämän heteronomisen, yksipuolisesti muihin suuntautuvan vallan erottaminen julkisesta vallasta.

Julkisen vallankäytön käsite on otettu käyttöön paitsi vahingonkorvausoikeudessa myös hallinto- ja rikosoikeuden sääntelyaloilla. Vaikka sisällöltään staattista ja yhtenäistä julkisen vallankäytön käsitettä tai tulkintamaksiimia ei ole kyetty kehittämään sen enempää yleisesti kuin yksittäisille oikeudenaloillekaan, voidaan käsitteen tämänhetkinen tila silti tiettyä varauksellisuutta noudattaen pyrkiä pelkistämään. Aiemman ajattelutavan julkisen vallan käyttämiseen liittämästä välittömän ja sitovan oikeusasemaan puuttumisen vaatimuksesta voidaan havaita pyrityn irtisanoutumaan varsinkin hallinto-oikeudessa ja vahingonkorvausoikeudessa; jälkimmäisellä oikeudenalalla kenties vielä edellistä näkyvämmin. Käsitteen tulkinta on pitäytynyt sanotussa lähtökohdassa selvimmin rikosoikeudessa. Intensiteetiltään heikoimmillaan julkisen vallan käyttönä voitaneen kahdella edellisellä oikeudenalalla pitää yleensä sellaista hallintotoimintaa, jonka sisältönä on erilaisten etujen jakaminen ja oikeuksien perustaminen. Erityisesti vahingonkorvausoikeudessa käsitteen tulkinnassa saatetaan eräin paikoin antaa keskeinen merkitys hallintotoimintaa ohjaaville, kansalaisen asemaa suojaaville oikeusperiaatteille, ennen muuta luottamuksensuojaperiaatteelle. Tällöin julkisen vallan käytön tulkinta on oikeastaan neutraalia suhteessa käsitettä koskeviin klassisiin oppirakennelmiin.

Lääkärintoimen analyysin perusteella lääkärikunnalle voidaan sanoa kuuluvan varsin merkittävässä määrin erimuotoista yhteiskunnallista valtaa. Tä-

män vuoksi on apriorisesti arvioiden erittäin luontevaa olettaa, että lääkärintoimi olisi oikeudelliselle julkisen vallankäytön kontrollimekanismille otollinen sovelluttamiskohde. Näin etenkin, jos eräänlaisena laintulkinnallisena johtoajatuksena pidetään — niinkuin tutkimuksessa on tehty — sitä vallankäytön vastuun sääntelyn »filosofista» ratiota, että yhteiskunnassa harjoitettujen erityisten valtuuksien käyttöön tulisi aina liittyä erityinen vastuu. Toisaalta lääkärintoimen hoitosuhteissa on tapana sopia monista hoitoa koskevista kysymyksistä. Tämän seikan voisi puolestaan alustavassa arvioinnissa katsoa viittaavan sopimusvastuun sovelluttamismahdollisuuteen.

IV. Siinä vaiheessa, kun yllä olevia tulkinnallisia lähtökohtia pyrittiin tutkimuksessa konkreettisesti hyödyntämään, niiden rajoitukset nousivat esiin. Ensiksi havaittiin yksityisen ja julkisen sfäärin erottelun joustamattomuus sopimukseen perustuvan korvausvastuun soveltamisalaa koskevan tarkastelun yhteydessä (4. luku). Sopimusvastuutyyppisen korvausturvan käyttö täydentävänäkään lääkärintoimen vastuujärjestelynä ei ole ongelmaton oikeusturvakysymyksen ratkaisutapa varsinaisten velvoiteoikeudellisten oikeussuhteiden ulkopuolella. Tosin tutkimuksessa siihen turvautumista pidettiin perusteltuna. Käytäessä sitten kohta kohdalta lävitse erilaisia lääkärintoimen vahinkotilanteita (5. luku) havaittiin, ettei julkiseen vallankäytöön liittyvän vahingonkorvausvastuun perustavaa säännöstöä saateta sitäkään sovelluttaa kovin lavealti lääkäreiden käyttämiin yhteiskunnallisiin valtuuksiin. Erilaisia lääkärintoimen valta-asemia tuottavat luvat ja muut terveydenhuollon toimintojen järjestelyt eivät läheskään aina muotoa senlaatuisia vallankäytön asemia, jossa sanotun vastuun sovelluttaminen olisi uskottavasti perusteltavissa. Ne »rajanylitykset», joihin tutkimusta taustoitettaessa valmistauduttiin, jäivät loppujen lopuksi huomattavasti vaatimattomimmiksi kuin olisi voinut olettaa.

Mistä tämä sitten johtuu? Selitys on siinä, että VahKL on — eräistä sen moderneista piirteistä huolimatta — säädetty sen paradigmaattisen katsantotavan pohjalta, jolla varhaisemman oikeudellisen ajattelun piirissä on suhtauduttu julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erotteluun ja että tällä tekijällä on säädöksen tulkinnassa edelleen hyvin olennainen merkitys. Tästä huolimatta on kuitenkin todettava, että viime vuosina juridisessa argumentaatiossa merkitykseltään voimistuneiden oikeussuojanäkökohtien ja asia-argumenttien vaikutuksesta oikeuskäytäntö on alkanut muuttaa VahKL:n 3:2:n soveltamisalaa ja että tämä kehitys ei ilmeisesti ole vielä päätepisteessään. Toistaiseksi ratkaisukäytäntöön vedoten on mahdollista puoltaa po. lainkohdan laventavaa tulkintaa vain julkisyhteisöjen toiminnan osalta. Toisaalta sanottujen argument-

tien varassa lainkohdan tulkintaa ei ole mahdollista »venyttää» loputtomiin ilman huomattavia yhteiskuntapohjaisia, erityisesti oikeuslähdeoppiin ratkaisevasti vaikuttavia muutoksia.

On tietysti mahdollista sanoa, että kysymys on viime kädessä siitä, millainen argumenttiarvo julkisen vallankäytön vastuuta sääntelevien säännösten soveltamismahdollisuuden puolestapuhuvana perusteluna *halutaan* antaa sille, että joidenkin yhteiskunnallisten järjestelyjen johdosta joillekin yksilöille muotoutuu muiden oikeuksista päättävän tai niihin olennaisesti vaikuttamaan kykenevän subjektin asema. On kuitenkin huomattava, että tämän käsityksen tietynlaisesta paikkaansapitävyydestä huolimatta sen avulla ei ole mahdollista muotoilla totunnaisesta tulkintatavasta poikkeavia kestäviä tulkintasuosituksia. Tämä johtuu siitä, että vallitsevan tulkintatradition juuret ulottuvat aina 'yhteiskunnan syvärakenteen ylläpitämään tajuntamuototietoon, oikeusmuotoon'[1]. Yksityisen sfäärin ydinalueet ovat edelleen perinteensä mukaisesti sellaista »privaattia» aluetta, johon varhaisemman sääntelymallin toteutuksista on erittäin vaikea suunnata niitä vaatimuksia, joiden oikeutus »yleisen» sfäärissä on itsestään selvää. Asia ei muutu sillä, että säännökset saattaisivat tarkoituksensa puolesta hyvinkin soveltua myös yksityiseen toimintaan ja olla sen vastuukysymysten sääntelyn kannalta siinä mielessä perusteltuja.

V. Ongelmalliseksi edellä ei ole julkista vallankäyttöä koskevan vastuun sovellettavuuden kannalta mielletty yksin sitä, että se on vaikeasti perusteltavissa yksityislääkäreiden käyttämien valtuuksien osalta. Lääkärintoimeen kuuluu useita tilanteita, joissa lääkäri voi muodollisesti näkymättömällä ja juridisesti sitomattomalla tavalla vaikuttaa apuaan tarvitsevan henkilön oikeusasemaan. Ko. normiston soveltamismahdollisuuden torjuminen tällaisten tilanteiden vahinkotapauksissa käy päinsä vain lääkäri — potilas-suhteen vallankäytöllisten näkökohtien merkitys sivuuttaen. On huomattava, että vallalla oleva oppitraditio todellakin edellyttää tehtävän näin.

Työssä käydyn tarkastelun perusteella voidaan asettaa kyseenalaiseksi, onko julkisen vallan käyttäminen oikein miltään osin kelvollinen yhteiskunnalliseen valta-asemaan kuuluvan vastuun kriteeri, ellei sitä kyetä tulkitsemaan kokonaan uudella tavalla. Vallan kuuluminen yksityissektorille ei anna riittävästi myöten julkisuusvaatimukselle; vallankäytön ymmärtäminen tiettyihin muotoihin turvautumiseksi jättää puolestaan liiaksi huomiotta todellisen vallankäytön osuuden; pääpainon antaminen vallankäytön välittömän intensiteetin merkitykselle johtaa sen lopullisten vaikutusten sivuuttamiseen.

[1] Ks. *Tuori I* s. 74—77.

Silloin, kun oikeusyhteisössä hyväksyttävä perusteluarsenaali ja sen hyödyntämistä koskevat säännöt käyvät kyvyttömiksi takaamaan asianmukaisia tulkintakannanottoja, tarvitaan poliittista ratkaisuntekoa ja uutta normistoa. Rikosoikeuden alalla vallankäyttöä koskeviin lainsäädäntötoimiin on viime vuosikymmenen vaihteessa turvauduttukin. Vaikka voi olla jonkin verran ennenaikaista lopullisesti »tuomita» RL:n 2:12:ää, saatetaan silti todeta, että lainkohdan tulkinta esitöiden ohjaamalla tavalla ahtaasti tulee tuskin saamaan varauksetonta hyväksyntää. Niinikään voidaan esittää epäily, että julkisyhteisöjen ulkopuolisen toiminnan osalta tyytyminen viittaamaan vain nimenomaisen sääntelyn perustavaan julkisen vallankäytön asemaan johtaa vielä ongelmiin. Jos hallinnollisten määrämuotojen ulkopuolella harjoitettava yhteiskunnallinen vallankäyttö vielä nykyisestäkin lisääntyy, ja jos yksityisen alueelle havaitaan »itsestään» siirtyvän yhä enemmän kansalaisten oikeusasemaa koskevia valtuuksia, on varsin oletettavaa, että kysymys vallankäytön vastuun soveltamisalasta nousee rikosoikeudessa uudestaan esille.

VI. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista ryhtyä laajemmalti vetämään rajaa siihen nähden, milloin vallankäyttö on siinä määrin tai sillä tavoin yhteiskunnallistunut, että siihen tulisi kytkeä erityinen vastuu. Kuitenkin voidaan sanoa esim., että perheessä vanhemmille kuuluva kurinpitovalta ei kerrassaan luonnu virallismenettelyä koskeviin vastuujärjestelyihin ja että taasen mm. yksityissairaaloiden potilasvalintaratkaisuissa niiden sovelluttaminen olisi asiallisesti arvioiden suorastaan välttämätöntä. Toisaalta tässä yhteydessä ei myöskään saateta yleisesti hahmotella kantaa siitä, missä po. vastuun raja kulkee erilaisten lausuntojen, suositusten, ohjeiden, yms. sitovuusasteen suhteen. On otaksuttavaa, että juuri tämänkaltaisiin kysymyksiin vastaamisen vaikeus on johtanut rajaamaan vastuun yhteiskunnallisesta vallankäytöstä »varmalle» julkisen vallankäytön alueelle. Jos tämä otaksuma on oikea, valtatoimien vastuujärjestelyjen uudelleenmuotoilu olisi ilmeisesti perusteltua uskoa kunkin alan *erityislainsäädännön* kehittelyyn.

Ryhtymättä nyt muotoilemaan nimenomaisia lääkärintoimen vastuulausekkeita saatetaan sanoa, että niiden paikkana voisi hyvin olla *LääkäriL* ja *laki yksityisestä terveydenhuollosta.* Sikäli kuin tuore lainsäädäntöhanke terveydenhuoltohenkilöstön ammatillisen aseman sääntelystä kootusti yhdellä lailla[2] etenee muuten suunnitelmien mukaisesti lainvalmisteluun olisi asianmukaista kytkeä myös ao. henkilöstön vallankäytöllistä toimintaa koskevan vastuun sääntely. Juuri ko. lainsäädäntöhankkeen yhteydessä olisi hyvät edellytykset eri-

[2] Ks. *KM 1991:51.*

tellä ja analysoida tarkkaan muun ohella lääkäri — potilas-suhteen vallankäytöllisiä tilanteita ja tehdä asiassa huolella harkittu ratkaisu. Käsillä olevan tutkimuksen valossa sanotunlaisen arvioinnin sivuuttaminen *terveydenhuollon ammattihenkilöistä* annettavaksi suunnitellun lain jatkovalmistelussa olisi erehdys.

Terveydenhuoltohenkilöstön asemaa sääntelevään lainsäädäntöön olisi olemassaolevan ja suunnitellun mm. kurinpito- ja turvaamistoimenpiteitä koskevan vastuusäännöstön lisäksi ilmeisesti asianmukaista sisällyttää ainakin rikosoikeudellisen virkavastuun soveltamisalan toteavat säännökset[3]. Jos tällainen järjestely otettaisiin käyttöön laajemmaltikin yhteiskunnan eri toiminta-aloja sääntelevässä lainsäädännössä, voitaisiin harkita, riittäisikö vahingonkorvausvastuun toteuttamisen osalta kenties se, että VahKL:iin lisättäisiin lauseke julkisen vallankäytön vastuun sovellettavuudesta kaikkeen erityislainsäädännön mukaan virkavastuulla harjoitettavaan toimintaan. Saattaa tosin olla, että eräiden rikosoikeudellisten tulkintaperiaatteiden, vastuusubjektin nimeämisen ja paikoittaisen vastuuvakuutuksen tarpeen huomioonottaminen puoltaa myös vahingonkorvausnormien sijoittamista ao. säädöksiin. Joka tapauksessa *HM:n 93.2 §* huomioonottaen voidaan pitää asianmukaisena, että kaiken virkatoiminnan vahingonkorvausvastuusta säädetään laissa.

[3] Itse asiassa ns. spesiaalien virkavastuusäännösten yleisempää käyttöä pidettiin suotavana myös nykyisten virkarikossäännösten valmistelussa; ks. esim. *Ltk. n:o 2/1987* s. 28 ja *1988 vp. asiak. A1 HE n:o 58* s. 43.

SUMMARY

THE JUDICIAL BASE FOR THE LIABILITY FOR DAMAGES IN MEDICAL PRACTICE. A study principally concerned with how the provisions for damages relating to the exercise of public power are applicable in cases of damage caused by medical practice.

1. INTRODUCTION

It is the objective of the work at hand to show the norms in the awarding of damages as applied to various situations arising in medical practice in which damages are sustained. Particular attention is addressed to the field of application of the provisions of the Damages Act (412/74) in the exercise of public power. The methodological approach is essentially based on legal dogmatics, although not in the strictest traditional sense, but is rather an approach intended to incorporate and analyse more thoroughly than before social and society-related factors. The position of the study within the field of legal science is somewhere between private law and public law. Collectively it may be seen as a work on medical law.

The Damage to Patients Act (585/86), which came into force in 1987 signified a major change in the system of compensation of damages resulting from health care. Its provisions significantly reformed the practice of compensation so that negligence in the procedures of the party causing the damages was not necessarily a pre-requisite for the damages to merit compensation. The Damage to Patients Act, however, does not cover all damages attendant upon health care. Certain situations where the doctor is responsible do not come within its area of application.

Questions of damages which are outside the area of application of the Damage to Patients Act are settled through recourse to the general rules on compensation of damages. These take the form of the principles of compensation according to contract law and the provisions of the Damages Act governing liability to compensate in non-contractual relations. In the terms of previ-

ous rules the pre-requisite of liability to damages is breach of contract; Outside contractual relations liability is determined directly according to the law. In cases of damages sustained through medical practice the settlement of the damages claim according to one set of norms or the other affects among other things the extent of compensatory security of the injured party. Contrary to contractual relations, what is deemed purely financial loss in non-contractual legal relations is not generally compensated. However, damages resulting among other things from the exercise of public power are an exception.

2. DAMAGE, MEDICAL PRACTICE AND MODES OF LIABILITY TO COMPENSATE

The conception of damage has been adopted in the law on damages as a basic concept in that branch of law. It has proved very difficult to define. Failure on the part of legal theory to create for purposes of legal settlement a firm judicial concept of purely financial damages meriting compensation has caused attention to be directed towards the actual incident and to its factual consequences. According to the so-called differential theory the damage is the difference between two chains of events — the hypothetical and the real.

Depending on where the negative effects of the case make themselves felt, damages are usually classified as damages to the person, damage to objects and to purely financial means. It is, however, worth noting that all damages are assessed primarily in material terms. This, of course, relates to the material method of indemnification. The use of money as a means of compensation has necessitated the »objectivization» of non-material damages to a certain pecuniary value. In general the least problematic area in terms of compensation is that of various economic losses.

From the point of view of law on damages, the action of doctors is a problematic social area in the sense that financial losses ensuing from its errors have not generally been deemed damages to be compensated for. A further obstacle to obtaining compensation outside the contract relation has been seen to result from the fact that doctors' actions have been deemed only in a very limited way to constitute such use of power which can be classified as exercise of public power.

The research sets out on the assumption that there are from the point of view of the judicial branch of damages no initial grounds to accord any special position to financial loss resulting from errors in medical practice. Likewise

on the basis of analysis of the medical practice, what has been done has been seen to contain so significant a degree of the exercise of social power that it has been taken a priori as entirely natural to apply the legal control mechanism of the exercise of public power.

The modes of liability to compensate can be examined as a way of thinking expressive of social change. In the present study such an analysis has been directed at contractual liability, non-contractual liability, especially liability to compensate in respect of actions performed in an official capacity, and also thirdly the strict liability under the provisions of the Damage to Patients Act. On the basis of this examination an initial overview of the justifiability of the various modes of liability has been formed as a set of compensatory norms for damages sustained through medical practice.

As the Damage to Patients Act has brought the threshold of compensation appreciably lower, with the legal rights of both parties involved in the treatment improved and the system for the payment of compensation much simplified, there is considerable justification for its application as a modern set of compensation norms as widely as possible in the various situations involving cases of damages related to medical practice. The significance of the contractual compensation rules creating compensatory protection in instances of the liability of the medical practitioner is particularly apparent in cases of purely financial loss. This set of norms was, after all, primarily developed as a guarantee of legal redress for financial loss. In cases of financial loss in non-contractual relations the need to apply the provisions of liability of public power is, from the point of view of legal protection, to be attributed to the fact that according to other provisions of the Damages Act it is a pre-requisite for compensation that the nature of the damage sustained be criminal, or that there be other special reason.

3. SOCIAL POWER — THE EXERCISE OF PUBLIC POWER: ITS MANIFESTATIONS, LEGALIZATION AND INTERPRETATION

It is an exceedingly laborious task to discriminate between the exercise of public power and the exercise of other social power. Attempts at a solution have been made both in the travaux préparatoires and in the literature of jurisprudence. The problem is that viable criteria for such use of power are extremely difficult to define conclusively on a general level. To define the exercise of public power in discrete forms has proved from the point of view of administrational practice an alien construction, because power is used to

a great extent outside the formally laid down procedure. Defining public power on the basis of direct intensity was also not a satisfactory means of approach, as the slightest use of power may, from the point of view of the citizen place him or her in a position of considerable dependence.

In Finnish legal science there has been apparent a certain interest in simplifying the exercise of public power by making it distinct from the use of power resting on private autonomy. Since the judicial base of competence in the field of private autonomy is not the same as that in the mandate for public power, this means of examination does not afford a perpective likely to lead to a final solution. The problem of making a distinction between heteronomic power wielded by private individuals unilaterally over others and public power remains unsolved.

The concept of the exercise of public power has been adopted in the fields of administrative and criminal law as well as in the law on damages. Although it has not been possible to develop either generally or for separate branches of law a static and consistent concept of the exercise of public power, it has still been possible, though with certain reservations, to achieve a cautiously simplified concept of the present state of affairs. An attempt has been made to renounce in administrative and damage law the requirement to bring about a direct and binding change in the legal position, a way of judicial thinking formerly adhered to; the latter more so than the former.The interpretation of the term at the given point of departure has held good most clearly in criminal law. The least intense as exercise of public power could in the two foregoing legal fields be seen as generally such administrational activity which encompasses the distribution of various advantages and the establishment of various rights. In the law on damages particularly, the interpretation of the concept may provide with a central meaning those who direct the course of administrational activity, those legal principles safeguarding the position of the citizen, above all the principle of protection of confidence. In such a case the interpretation of exercise of public power appears to be plainly neutral in relation to the classic tenets on the concept.

4. AREAS OF APPLICATION OF THE DAMAGE TO PATIENTS ACT AND CONTRACTUAL LIABILITY TO COMPENSATE IN DAMAGE SITUATIONS CAUSED THROUGH MEDICAL PRACTICE

The point of the task of outlining the area of application of the Damages Act and its provisions for exercise of public power in situations of damage

caused through medical practice rests to a great extent on the fact that the question of compensation cannot always be solved by recourse to the Damage to Patients Act or to the contractual principles of compensation. From the point of view of finding an answer to the specific problem of the study, the question of the area of application of these last-mentioned sets of norms is highly significant.

Compensatory security in the terms of the Damage to Patients Act can only be granted to an individual who has sustained injury to the person. The damage must also happen to an individual who can be classed as a patient, and must occur in connection with health care. The Damage to Patients Act does not provide for so-called minor damage. Owing in addition to the »conceptual» outlines in the area of application, the general set of norms for compensation is also to be applied in cases where medical practice is responsible because the regressive liability referred to in the Damage to Patients Act is determined through reference to the general set of norms for compensation, and also because under the system of Damage to Patients Act compensation must normally be claimed within three years of the party entitled to compensation becoming aware of the damages (in general the period of limitation in cases of compensation is 10 years). It is also well worth taking into consideration that the party who has sustained injury has always the option of bypassing the Damage to Patients Act and claiming compensation under the set of norms of the traditional grounds of guilt.

The applicability of the rules of contractual liability to damages through medical practice has met with resistance for several reasons. Among the reasons evinced are the alleged shift in the doctor-patient relationship to the realm of public law, the indeterminate nature of the doctor-patient relationship, the absence of a specific contract, the inapplicability of guarantee liability, the economic imbalance of what has been carried out and the disproportionate liability to compensate compared with what the patient pays. Although closer scrutiny of these arguments leads to the conclusion that there is nothing in the doctor-patient relationship indicative of any given, typical contract, there remains the possibility that there exists a »weak» treatment contract and a contract sui generis. An assessment of the applicability of contractual liability demands that the organizational form of medical practice is taken into account, likewise connected aspects and obstacles to the application of contractual liability.

In addition to the basic forms of medical practice — practice as a civil servant and private practice — the study also takes into account some special arrange-

ments, among them special rates of payment for hospitalization, the right of a doctor employed by a hospital to treat private patients, the family doctor scheme financed by the Finnish Social Insurance, health care by doctors for employees at the expense of their employer and doctors' services to public bodies which are bought and paid for. It may be justifiable to take doctor-patient relationships in the private sector as contractual relationships under the law of obligations, to which it is relatively easy to apply contractual compensatory principles. The relationships of doctors employed by the public health services to their patients, however, do not come under such contractual relations. In terms of the recent administrational contractual thinking, however, a case can be made for the view that the compensation system of the contractual liability type could to some extent be made use of as a supplementary form of liability.

The above-mentioned special arrangements are in a certain way composites or modifications of the basic forms of medical practice. Depending on what characteristics are most pronounced, it is possible to apply either obligative contractual liability directly or then the Damages Act and in a complementary sense the obligative compensation system of the contractual liability type. It must, however, be born in mind that even in some cases which could certainly originally be described as contractual relationships under private law, the nature of the contract when public power is exercised remains in the background, that is, it becomes necessary to bypass the system of contractual liability as a general starting point.

5. THE AREA OF APPLICABILITY OF THE PROVISIONS OF THE DAMAGES ACT AS IT RELATES TO THE EXERCISE OF PUBLIC POWER — ANALYSIS OF LIABILITY SITUATIONS IN MEDICAL PRACTICE

Those damage situations resulting from medical practice which fall outside the Damage to Patients Act and the contractual liability principles of private law are resolved, as already stated, by recourse to the Damages Act. In such cases it is only required of the applicability of the provisions for liability concerning the exercise of public power that in case of damages there is at hand such a combination of liability elements which the provisions mentioned above can be deemed to indicate.

The medical profession has certain rights regarding compulsory treatment under the Mental Health Act (1116/90), the Intoxicants Act (41/86) and the

Infectious Diseases Act (583/86). In the terms of the last-named the doctor may further in certain cases exercise his or her power to isolate an individual suffering from an infectious disease. Decisions on the beginning and ending of compulsory treatment or isolation may undoubtedly be taken to be the exercise of public power referred to in the Damages Act.

In the case of »normal» treatment the matter is not so clearcut. The decision of a doctor employed by the public health services to refuse to treat a patient or to refuse admission to hospital may without undue difficulty be taken to be the exercise of public power. The same can be said of the solution by which it is decided to admit a patient for treatment in a public hospital; such a solution marks a change in the individual's legal position. The problem of interpretation in question is clearly more difficult in the case of damage related to the beginning of outpatient treatment. In general this cannot be taken to be activity embodying the exercise of public power. However, in certain situations applying doctrines related to the principle of protection of confidence and what is known as the dissimulated exercise of public power, the set of norms in question may be considered relevant. The foregoing also concerns in the parts to be applied solutions arrived at in the administering of first aid, even if, because of its urgent nature, it becomes necessary to set a somewhat higher threshold for the application of the liability for the use of public power. In the case of damages in the course of »normal» treatment in the private sector, application of the liability for the exercise of public power is only possible in the case of services which have been bought and paid for by a public body.

Under the terms of both the Mental Health Act and the Intoxicants Act in compulsory treatment and under the Special Treatment Act (1062/89) in »normal» treatment, the system of referring patients is used. This means that the pre-requisite for admission or forcible detention in an institution is the contributary action of a doctor engaged in basic health care. In damage situations resulting from such referring to compulsory treatment the applicability of the provisions for liability in the exercise of public power can be seen as uncontestable. It is, however, to some extent unclear whether the liability for damages of the private doctor's actions can be said to rest on the provisions governing the liability of the public body, or whether the liability is to be seen to be for the doctor concerned to bear him or herself. If, however, the legal obligations of the public health centres to commence compulsory treatment are taken into consideration, and also the arrangements connected to the responsibility for carrying out transportation within the referral system, the former alternative may be taken to be more justified.

In the referral system for »normal» treatment things are very different. Only the refusal of a public health service doctor to refer a patient can be considered to be the exercise of public power. It is, however, important to note that even on this basis the question of the applicability of the provisions for liability for the exercise of public power is not settled as far as the occasion of providing a referral is concerned. Under the terms of the Damages Act the error causing the damage need not necessarily be contained in the act of exercising power; it is sufficient for the occurence of liability that the cause of the damage through erratic procedure has come through the channels of actions in the exercise of power. Because the referral system together with the decision-making as to admittance to hospital constitutes an operative entity, the compensation for damage resulting from errors in the referral can be justified under the terms of the set of norms governing the exercise of public power.

As far as the measures undertaken are concerned, compulsory treatment is from beginning to end the exercise of public power. The same cannot be said of »normal» treatment and first aid. However, the justifiability of the latter view merits emphasis only as far as the actual practice of a doctor is concerned. For example, solutions arrived at for the assignment to and the choice of treatment may on occasion need to be assessed differently.

Every year in Finland doctors' certificates are written in their millions. They are required both in public administration and in the private sector. A doctor's certificate is generally a statement by an expert which is not legally binding for the solution arrived at.

It is justifiable to apply the exercise of public power liability to compensate to doctors' certificate procedure in those cases when it is a question of damage arising from negligence in the legally prescribed procedure for doctors' certificates. In the case of certificates issued by a publicly employed doctor in his official capacity, the use of the set of norms under discussion may be also extended to cover other damages resulting from errors in the certificate procedure, when it is possible to describe the procedure as, or subsequently to prove it to be use of power or directing the use of power. The damage ensuing from the erroneous certificate of a private doctor cannot, however, be deemed to result from the exercise of public power unless it is a question of doctor's certificate procedure demanded in legal regulations.

Every year tens of millions of prescriptions are written. Medicaments can be divided into those which are available only on prescription and those which can be bought over the counter. In cases where damage results from the way in which medicaments available on prescription have been prescribed or in cases

of refusal to prescribe the application of the public power liability provisions can generally be seen as relevant in itself. On the other hand, considering the powers of the medical profession in prescribing procedure as required by the Sickness Insurance Act (364/63) regarding the distribution of costs of medicaments the application of the set of norms in question can be deemed justifiable in the last instance on the strength of the powers vested in the social security system.

It is also among the routine duties of doctors to issue directions for further treatment and testing. It is worth noting that in the case of such directions there exists no clear legally based division comparable to the foregoing on the availability of medicaments. It is on the other hand to be noted that in actual practice the distinction between services freely available and services available only on doctors' orders is made in many cases. The procedure for giving directions on further treatment and testing, however, means the exercise of the same type of authority relating to sickness insurance as the procedure for writing prescriptions. Generally the liability for the exercise of public power is here to be justified by various factual considerations of exercise of power, in which case it is frequently impossible to apply the set of provisions in question to damages caused by private doctors in particular. In certain cases it may also be possible to justify liability on the grounds that the doctor's actions may be construed as a continuation of the actions of the social security system. In respect of damages through the directions procedure it must be born in mind that the application of the public power liability norms may come into consideration on the basis of the exercise of power by the body making the final decision on treatment and testing with which the giving of directions is operatively connected.

The official orders for medical practice in hospital administration may be divided according to whether they affect the patient's position directly or indirectly. The former may be said to be the case, for example, when a doctor instructs a nurse to increase the intravenous drip solution. It is a question of the latter when, for example, a decision is taken to stop certain examinations conducted in hospital. In proving liability to compensate for damage in situations in which the official orders concern directly the patient's position, central importance must be attached to the manner of realization of the order in his or her case. As far as problems of the applicability of the provisions governing the exercise of public power is concerned, the foregoing may be consulted. In damage situations where the official orders concern the position of the patient indirectly the matter is more problematic.

According to the old German theoretical background, it has also been generally emphasized in Finland that because the official order is not directed outside the administration, it does not acquire there the need for legal protection. What also has bearing on the question is that it has been assumed that administration-legal relations are specifically relations of power. Thus it has been seen to follow from the citizen's »naturally» subordinate position that he or she must accept the actions of the administration, even if they are injurious to him. Only encroachment on the »legally protected essentials of life» can constitute damage meriting compensation. It is, however, to be born in mind in this connection that in modern legal practice in cases of liability for damage, infringement of subjective right is not necessarily required for the case for compensation to be valid. Through reference to the principles of protection of confidence it is entirely justifiable to take the view that damage caused by an official order which concerns indirectly the patient's legal position can also result in liability for damages in accordance with the provisions relating to the exercise of public power if, from the point of view of the patient, it becomes one where power is exercised.

* * *

All in all, considering the applicability of the provisions for liability in the exercise of public power it is unsatisfactory that exercise of power in private medical practice comparable to that of publically employed doctors frequently remains outside the area of applicability of the set of norms under discussion. Likewise it may be seen as undesirable in many cases that liability for exercise of public power cannot be applied because the doctor appears only in his or her role as expert, and is not therefore formally in the position of the exerciser of power. It is apparent that specific provisions could well be included in the special legislation for this field.

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

Korkein hallinto-oikeus

1936 II 722 s. 208 alav. 43
1939 II 1747 s. 162
1940 II 816 s. 47
1955 I 31 s. 162
1969 I 1 s. 162
26. 8. 1974 T 3090 s. 76 alav. 49
1977 II 67 s. 242 alav. 159
1977 II 71 s. 301 alav. 110
20. 6. 1977 T 2630 (FINLEX/fkho) s. 121 alav. 201
1978 II 116 s. 121 alav. 201
1981 II 78 s. 121 alav. 201
31. 3. 1981 T 1928 (FINLEX/fkho) s. 274
28. 8. 1981 T 3628 s. 296 — 297
28. 8. 1981 T 3657 s. 217 alav. 73, 301 alav. 110
1985 II 116 s. 175
24. 3. 1986 T 1091 s. 230
1988 A 52 s. 252—253
11. 5. 1990 T 1628 (FINLEX/fkho) s. 225 alav. 104

Korkein oikeus

1927 I 31 s. 94 alav. 113
1935 II 131 s. 208 alav. 43
1937 II 548 s. 300 alav. 107
1947 II 161 s. 81 alav. 63
1948 II 465 s. 81 alav. 63
1949 II 240 s. 81 alav. 63, 215 alav. 65
1950 II 129 s. 81 alav. 63
1950 II 175 s. 81 alav. 63
1950 II 394 s. 67
1953 II 55 s. 166 alav. 108
1955 II 124 s. 81 alav. 63
1963 II 129 s. 48 — 49
1964 II 69 s. 81 alav. 63, 201 alav. 28
1969 II 9 s. 65—66
1977 II 37 s. 81 alav. 63
1977 II 104 s. 68 alav. 28
11. 10. 1978 T 729 s. 81 alav. 63
1979 II 69 s. 200—201
1979 II 76 s. 207 alav. 39
1980 II 98 s. 68 alav. 28
16. 10. 1980 T 2570 (FINLEX/fhot) s. 97
1981 II 157 s. 97—98
1982 II 6 s. 68 alav. 28
5. 3. 1982 T 2663 s. 81 alav. 63
1. 4. 1982 T 3938 s. 81 alav. 63, 119 alav. 195, 221
1983 II 8 s. 68 alav. 28
1983 II 138 s. 238
1983 II 163 s. 97, 185—186, 311
1984 I 4 s. 48—49
1984 II 122 s. 68 alav. 28
1985 II 39 s. 183
1985 II 51 s. 45, 227
1985 II 147 s. 166, 167
1986 II 6 s. 57—58, 107, 277 alav. 44
1986 II 44 s. 58, 128, 162, 186—188
1987:23 s. 104—105
1987:24 s. 81 alav. 63, 238
1987:97 s. 36—37
23. 10. 1987 T 2973 s. 166, 167—168
1988:99 s. 285
1989:50 s. 58, 182, 183—184
1991:146 s. 68 alav. 28

Helsingin hovioikeus

26. 6. 1986 T 1297 D:R1985/1016C (FINLEX/fhot) s. 168—169

Itä-Suomen hovioikeus

21. 12. 1979 T 1934 (FINLEX/fhot) s. 97 alav. 133
21. 11. 1980 T 498 (FINLEX/fhot) s. 300 alav. 107

Kouvolan hovioikeus

30. 12. 1985 T 1458 (FINLEX/fhot) s. 285
26. 11. 1987 n:o 72/86 (R 84/1408) s. 167 alav. 109

Rovaniemen hovioikeus

18. 6. 1985 T 547 (FINLEX/fhot) s. 285

Turun hovioikeus

16. 2. 1973 T 3 s. 81 alav. 63

Vaasan hovioikeus

3. 12. 1982 T 1284 s. 285

ASIAHAKEMISTO

aborttilausunto s. 294—295
actio popularis s. 310
adheesioperiaate s. 94
analyyttinen oikeustiede s. 19 alav. 34, 21, 22—23, 33, 34, 35, 162
anonyymi tuottamus s. 102—103
apteekki s. 217, 301, 302
argumentoiva oikeustiede s. 34, 134, 172
asia-argumentti s. 52 alav. 135, 257—258, 316
asiakirjan väärentäminen s. 285—286, 300
asiantuntija s. 51, 52, 53, 75, 76, 134, 268, 283, 297—298
audiatur et altera pars s. 46—47
auktoritatiivinen oikeuslähde s. 54, 59
avoterveydenhuolto s. 264, 265, 266, 278—279

Dienstvertrag s. 219
differenssiteoria s. 64
direktio-oikeus s. 312
doctrine of ultra vires s. 188 alav. 171

eduskunnan oikeusasiamies s. 155—156, 172
ei-oikeudellinen imperatiivi s. 41—43, 44, 45—46, 47, 57, 59, 119, 189
ensiapu s. 196—198, 231, 232, 267—269, 282
eristäminen s. 260—262, 279—280
esinevahinko s. 65, 81, 82, 84, 107—108, 120, 128, 192
esittely s. 175
etiikka s. 17
Euroopan neuvosto s. 114, 117, 261

garantiavastuu s. 222—224
grammatikaalinen tulkinta s. 182

hallinnon lainalaisuus s. 156, 216, 235, 312 alav. 128
hallintolupa s. 175, 241
hallinto-oikeudellinen vastuu s. 15, 16—17, 241
hallintopakko s. 79, 140, 141, 142, 143, 183, 259—262, 270—274, 279—282
hallintopäätös s. 139, 142, 158, 159—160, 175, 229—234, 261—262, 280—281
hallintosopimus s. 5, 24, 88, 139, 142, 176—177, 214 ss., 235 — 237, 239 — 240
hallintotoimi; ks. hallintopäätös
henkilökohtainen korvausvastuu s. 16, 97—99, 100—102, 105, 247, 258, 283—284
henkilövahinko s. 65, 67, 68, 81—82, 84, 107—108, 120, 128, 192—193, 201 ss., 267
hintavalvonta s. 225
hoitosuhde; ks. lääkäri — potilas-suhde
Humen giljotiini s. 48
hyvinvointivaltio; ks. sosiaalivaltio
hyvinvointivaltiollinen sääntelymalli s. 24

in dubio mitius s. 177
in dubio pro reo s. 177
intressiteoria s. 21, 22—23, 25—26, 27
invarianssi s. 36
isännänvastuu s. 16, 91—92, 103, 244

julkinen luotettavuus s. 295—296, 303
julkinen tehtävä s. 170—172, 255, 263, 268
julkisoikeudellinen sopimus s. 88, 214

kanavointisääntö s. 96—97, 100
kanneoikeuden vanhentuminen s. 208—209
kansaneläkelaitos s. 13, 302—303, 304—305
klassinen sääntelydiskurssi s. 23—24
kliininen hoitotutkimus s. 198
kohtuuden periaate s. 43—46, 85, 91
kokonaisharkinta s. 75, 168, 178
kontrahoimispakko s. 217, 301
kunnallisvalitus s. 310
kuolintodistus s. 293—294
kärsimysvahinko s. 193
käsitelainoppi s. 33—36, 63
käyttäytymisnormi s. 20, 270

lainopillinen paradigma s. 23
lainsäädäntöteoria s. 10—11

legaliteettiperiaate s. 165 alav. 101, 177, 178
lojaalisuuden periaate s. 85
luontoispalautus s. 66
luottamuksensuojaperiaate s. 184—188, 265, 266, 295, 311
luottamusmalli s. 84
lääketiede s. 75, 114, 115, 219—220, 297—298
lääkäri — potilas-suhde s. 3, 4, 73—74, 199, 200, 212, 218, 220—222

materiaalisen harkinnan logiikka s. 88
mielisairaanhoito s. 1, 79, 230, 259, 270—274, 280
monistinen yleisselitys s. 40, 118

naamioitu julkisen vallan käyttäminen s. 266—267

oikeudellisen sääntelyn malli s. 23—24
oikeudenmukaisuus s. 44, 46—47, 87—88, 92, 120, 247
oikeusdogmatiikka s. 10, 55, 56, 59
oikeushenkilön rangaistusvastuu s. 180—182
oikeuskansleri s. 155—156, 172
oikeussubjektius s. 11, 108—109, 216, 217, 235
oikeusturva s. 12—13, 16—17, 43, 51, 173—174, 175, 245
oikeusturva-argumentti s. 59, 125, 176—177, 238—239, 240, 257—258, 261, 316
oikeusvaltio s. 24, 131, 132—133
oikeusvaltiollinen lakivaraus s. 156
orgaanikompetenssi s. 146, 157
orgaanivastuu s. 100, 103—105

periaatteiden normatiivisuus; ks. ei-oikeudellinen imperatiivi
passiivisuussääntö s. 5—6, 108, 230, 234—235, 261—262, 283
pistekäsitys s. 87, 212
potilasvahinkolaki s. 2—3, 4, 22, 29, 113—117, 122—124, 191 ss.
praktinen päättely s. 118
prosessikäsitys s. 87, 212, 221, 229, 262, 290
pulveroitumisvaikutus s. 110
päihdehuolto s. 1, 230, 259—260, 272, 274, 280

reaalinen argumentti s. 33, 52—53, 126
reaalisopimus s. 222
reaalivahinko s. 62
regressivastuu s. 5—6, 16, 100, 209—210, 258
reparatiivinen vaikutus s. 110, 121, 122
repressiivis-konkreettinen kontrollijärjestelmä s. 309
rikkomusvastuu; ks. vahingonkorvauslaki
rikosoikeudellinen vastuu s. 15—16, 86, 285—286

sopimusvastuu s. 3, 5, 22, 29—30, 57, 83—88, 124—126, 211 ss., 229—230, 236—237, 238—240, 243, 244, 249—250
sosiaalivaltio s. 19, 20, 24, 29, 59, 118—119, 225, 311
sovittelu s. 43—46, 85, 91
standardisääntö s. 103—106, 128
status s. 71, 154, 165, 281
steriloimislausunto s. 294
stipulatiivinen määrittely s. 35—36, 37 alav. 92
strateginen asema s. 132
stricte-tulkinta s. 178, 179
subjektiivinen oikeus s. 232, 293, 311
subjektiteoria s. 21, 22—23, 26
suhteellisuusperiaate s. 281
suorakorvausjärjestelmä s. 244—245
suostumusvaatimus s. 220—221, 273—274
synallagmaattisuus s. 226
syy-yhteys s. 105, 114, 277

tahtomalli s. 84
tartuntatauti s. 230, 260—262, 279—280, 283
tavoite/keino -normi s. 20
teoreettinen lainoppi s. 10
tertius s. 80, 199, 201
terveydenhuolto s. 74, 194, 197
The King can do no wrong s. 93, 105, 109
todistustaakka s. 106—107, 114
toiminnallinen kokonaisuus s. 277—278, 303, 305
toimivallan ylitys s. 185—188
toimivalta s. 79, 80, 135, 142, 145—146, 156 ss., 216, 217, 235, 236, 245
tuottamusvastuu s. 89, 114—116, 119 alav. 195, 120
työntulos s. 218—219, 222—223
täyden korvauksen periaate s. 92

ulkokontrahdillinen vastuu; ks. vahingonkorvauslaki
ulkomaalaisen virkakelpoisuus s. 162—164

vahingonkorvauslaki s. 3, 4—6, 29, 90—93, 124—128, 136—138, 236—237, 238

vallankäyttö s. 3—4, 32, 50, 51, 57, 71, 72, 76—80, 83, 129 ss., 213, 216, 217, 218, 236, 237, 238, 262—263, 266, 298, 302
varallisuusvahinko s. 3, 65, 68, 82—83, 107—108, 120, 125—126, 127, 192, 261
virkamieshallintoperiaate s. 155, 175, 244—245
virkavastuu s. 70—71, 79, 93—112, 127—128, 165 ss.
vähäinen vahinko s. 206—207
välillinen soveltaminen s. 228, 239—240
välitön soveltaminen s. 228
Werkvertrag s. 219
yhteisöllisen käytännön malli s. 87—88
yksityisautonomia s. 140, 144 ss., 157
yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet s. 188, 190
yleiset opit s. 19, 85, 173—174, 177—178, 233, 277
yleiset vahingonkorvaussäännöt s. 3
yleiskieli s. 31, 32—33, 56—57
yleispreventio s. 16, 178—179