

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 98

Terttu Apala-Arlander

YLEIS- LAUSEKKEISTA

Oikeussäännösten muotoamiseen
ja soveltamiseen
liittyviä kysymyksiä

HELSINKI 1972

**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA**

A-sarja N:o 98

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 98

TERTTU APALA-ARLANDER

YLEIS- LAUSEKKEISTA

Oikeussäännösten muotoamiseen
ja soveltamiseen
liittyviä kysymyksiä

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

YLEIS- LAUSEKKEISTA

Oikeussäännösten muotoamiseen
ja soveltamiseen
liittyviä kysymyksiä

KIRJOITTANUT
LAKITIEEEN LISENSIAATTI

TERTTU APALA-ARLANDER

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin Yliopiston
oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi
Porthanian luentosalissa III
lauantaina marraskuun 25 päivänä 1972 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1972. Vammalan Kirjapaino Oy.

ISBN 951-9068-07-4 (nid.)

ISBN 951-9068-08-2 (sid.)

ISBN 978-951-855-859-3 (PDF)

Tämän kirjan olen omistanut isäni
Lauri Apalan muistolle.

ALKUSANAT

Väitöskirjatyöni rakentuu niille lähtökohdille, jotka olen esittänyt vuonna 1964 julkaistussa kirjoituksessa: Oikeustieteellisen tutkimuksen eri ulottuvuuksista. Suuri osa aineistosta on ajalta ennen vuotta 1966, jolloin hahmoiteltu käsikirjoitus on valmistunut. Mahdollisuuksien mukaan sitä on täydennetty kesään 1972 asti.

Tämän kirjan lehdillä »pyrkivät elämään», eivät vain oikeudellisia ilmiöitä yhteiskunnassa koskevat toteamukset ja rationaaliset säännönmuodostukset, vaan myös — milloin syrjään heitetyt, milloin erityiseen arvoon korotetut — Platonin ideat ja ideaajohdannaiset, esiintyivätpä ne sitten objektiivisina arvoina tai yhteiskunnallisina tarkoituspäämäärinä.

Erityisesti haluan tässä yhteydessä esittää kiitokseni professori Aatos Alaselle, opettajalleni vuosien takaa. Hän on pitänyt valitsemaani tutkimuskohdetta tärkeänä ja suhtautunut ennakkoluulottomasti omaksu-
maani metodilliseen ajatteluun.

Kiitän professori Heikki Jokelaa, professori Kaarle Makkosta ja professori Antti Suvirantaa, jotka ovat lukeneet käsikirjoitukseni ja esittä-
neet arvokkaita viitteitä.

Valtion yhteiskuntatieteellinen toimikunta on myöntänyt minulle kaksi apurahaa tutkimustani varten ja Suomalainen Lakimiesyhdistys on ottanut kirjan julkaistavakseen, mitkä seikat haluan kiitollisena mainita.

Monille muille, myös oman perheeni jäsenille esitän kiitokseni siitä, että tämä kirja on valmistunut.

Helsingissä, marraskuussa 1972

Terttu Apala-Arlander

SISÄLLYS

Alkusanat	VII
Sisällys	IX
Kirjallisuusluettelo	XIV
Asiahakemisto	XXIX
Lyhenteitä	XXXII

Johdanto: Oikeussäännösten muotoamiseen ja soveltamiseen liittyviä kysymyksiä	1—4
---	-----

I. OIKEUSTIETEELLISESTÄ TUTKIMUKSESTA	5
1. Eri kysymyksenasettelut	5
Oikeustieteen suhde filosofiaan	5
Kriittillinen asennoituminen	6
Historiallisesta kehityksestä	7
Muodolliskäsitteellinen kysymyksenasettelu	8
Sosiologinen kysymyksenasettelu	10
Empiirinen asennoituminen	12
Ideologinen kysymyksenasettelu	13
Idea — ideologia	15
Oikeudellinen ideologia	17
Eri eettisistä järjestelmistä	18
2. Oikeustieteen tutkimusalasta ja tavoitteista	19
Oikeustieteen aspektikorostuksista	20
Oikeustiede yhteiskuntatieteenä	22
Kielianalyysistä	23
Oikeustieteen tehtävästä	24
Ennuste- ja suositusratkaisut	25
Oikeuspolitiikka — oikeusfilosofia	26
Oikeustieteen ratkaisujen perustelemisesta	27
3. Oikeudellisista käsitteistä, erityisesti oikeusnormin käsitteestä	27
Käsitteet kommunikaatiovälineinä	28
Funktio- ja substanssikäsitteistä	29
Normi — laki	30
Oikeusnormin käsite	31
Pätevyysideologiasta	32
4. Oikeudellisista ratkaisuista	33
Ratkaisutulos — ratkaisutoiminta	33

Yksityisten kansalaisten ratkaisuista	34
Viranomaisten ratkaisuista	35
Montesquieu'n kolmivaltaoppi	36
Tuomioistuinratkaisuista	37
Oikeudellinen ratkaisu	38
Ratkaisutoiminnasta	39
Oikeudenmukaisuusajatkuksesta	40
Oikeudenmukaisuus- ja kohtuustarkistus	41
Onko oikeudenmukaisuus tyhjä sana?	42
Yhdenmukaisuuspyrkimyksistä	43
Oikeustaju epäkohtataajuna	44
Avoin ja sidottu ratkaisutoiminta	45
Idea lakisidonnoisuudesta	46
Ratkaisun jatkuvuuskelpoisuudesta	47
5. Oikeudellisen ajattelun eri ulottuvuuksista	47
Eri ulottuvuudet	48
Ratkaisutavoitteista	49
Hermeneutiikasta	50
Ilmiöiden erittelyä	51
Arvostukset — ideat	52
Ratkaisijan aspekti — tarkkailijan aspekti	53
Vapaus- ja suojaideologia	54
Eri-ulotteisuus probleemi- ja systeemijattelussa	55
Oikeustieteellisestä tutkimuksesta	56
Tutkimuskohde — tutkimusmenetelmä	57
Argumentaatiosta	58
II. OIKEUSSÄÄNNÖSTEN VÄLJÄSISÄLTÖISYYDESTÄ	60
1. Lainsäädännön muotoamisesta	60
Kollektiivikäsitys lainsäätäjän	61
Välineellinen ideologia	62
Kokonaisaspektiajattelusta	63
Muodollinen lakikäsitys	64
Laki ratkaisutuloksena	65
2. Oikeussäännösten rakenteesta ja normisisällöstä	66
Abstraktisista normeista	66
Imperatiiveista	67
Normatiivisen oikeuslauseen osat	68
Normiadressaateista	69
Tuomioistuinten menettelyohjeista	70
Yleislausekkeet kieltoimperatiiveina	71
3. Oikeusseikaston väljäsältöisyys tutkimuskohteena	71
Tutkimustehtävän rajoitus	71
4. Lakikielestä	73
Elävä kieli — tieteellinen kieli	74

Kielen symbolit	75
Lakikielestä	76
Termit eri-ulotteisina	77
Kieliteorioista	78
Tarvitaan väljä ilmaisu	79
Lakikieli tuomioistuimissa	80
Sääntelevä kieli	81
5. Joustavista ja kiinteistä oikeuslauseista	82
Väljä kielenkäyttö	82
Täydentävät mittapuut	83
Lakien viimeistelemättömyys	84
Formalismi — sääntökeptisismi	85
6. Arvio- ja arvostuslausekkeista	85
Oikeussäännösten informoinnista	86
»Wahrnehmungsnormen» — »Gefühlsnormen»	87
Rationaalinen lähtökohta	88
Arvio- ja arvostusaineekset	89
Väljät lausekkeet tuomioistuimissa	90
Ideologia tilanneyhteyteen sijoitettuna	91
7. Abstrahoimis- ja konkretisoimistendensseistä	91
Lain tyyppikäsitteistä	92
Carbonnier'in jaoittelu	93
Ilmiötoistuvuudesta	94
Väljien oikeusohjeiden lisääntyvä käyttö	95
8. Eräitä terminologisia kysymyksiä ja tehtävän rajoitus	95
BGB:n yleislauseke	96
Epämääräinen oikeuskäsite	97
Standardi	98
Eri jaoitteluja	99
Yleislausekkeen määrittely	100
Yleislausekkeet lakisystematiikassa	101
III. OIKEUSHISTORIALLISTA JA OIKEUSVERTAILEVIA NÄKÖ-	
KOHTIA	102
Ovatko väljäsisältöiset säännökset vanhoja vai uusia?	102
Tapamuodostukset oikeussäännösten perustana	103
Yleislauseke kodifikaatio-aikakauden tuoma väline	104
Oikeusvertailevasta tutkimuksesta ja sen historiasta	104
Eri oikeusjärjestelmät	106
Mannermaisten oikeusjärjestysten kehityksestä	107
Eri kodifikaatioista	109
Laintulkintaperiaatteista	114
Oikeuskäytännöstä	115
Oikeusteoriasta	117
Englannin oikeudesta	118
Tutkimuksen rajoitukset	122

IV. MIKSI NYKYAJAN LAINSÄÄTÄJÄ ON SUOSINUT VÄLJÄÄ ELI JOUSTAVAA TEKNIKKAA?	123
Rakenteellisista muutoksista yhteiskunnassamme	123
Kehitysnäkökohtia	124
Eri oikeuspoliittisista pyrkimyksistä	125
Käytännön lainlaadintatyöstä	126
V. OIKEUSSÄÄNNÖKSISTÄ SOVELLUTUSASPEKTISTA	128
Tuomioistuinten tehtävistä	128
Perusteluvaihtoehtoista	130
Mitä tulkinnalla tarkoitetaan	131
Abstraktinen seikasto — konkreettinen tapaus	132
Lainsäädännön täydentämisestä	133
Eri laintulkintaperiaatteista	134
Historiallinen tulkinta	135
Objektiivinen tulkinta	136
Objektiivisteleologinen tulkinta	137
Kielen muutoksista	138
Avoin oikeusjärjestys	139
Näyttöperustelut — oikeudelliset perustelut	140
Tuomioiden muotoilemisesta	141
Monistiset — dialektiset perustelut	142
KKO-perusteluja	143
Oikeuslähteistä	145
Oikeusperiaatteista	146
Ratkaisuargumenteista	147
Yleislausekkeiden sovellutuksiin liittyen	151
Tuomioiden adressaateista	152
VI. ERÄITÄ SIVIILIOIKEUTEMME YLEISLAUSEKKEITA	153
1. Esimerkkivalinnasta	153
Idea arvostusten objektiivisuudesta	154
Yhteiskunta-arvostuksista	155
2. Oikeustoimilain 33 §:n oikeusohje	156
Lausekkeen eri osat	157
Oikeustieteen kannanottoja	162
Tyypittelymahdollisuuksista	164
Oikeuskäytännöstä	165
Prejudikaateista	166
Henkilö- tilannetyypittely	168
Ilmoitusvelvollisuudesta	170
Astearovostelmista	171
Tulkinnallinen- oikeuslähdeopillinen ongelma	172
Hyvän tavan vastaisuudesta	173
OTL § 33 yleisenä periaatteena	174
Muuttuneet olosuhteet	175

Seurausvaikutusvertailusta	176
Oikeuspoliittinen ratkaisu	177
Ratkaisumallit muilta oikeusaloilta	179
3. VilkkipL. § 1	179
Kehityksestä yhteiskunnassa	180
Kilpailumuotojen hyväksyttävyydestä	181
Kilpailurajoituksista	182
Kilpailutarkoitus — kilpailutilanne	183
Hyvän tavan vastainen — hyvän liiketavan vastainen	184
Viittauksia hyvään tapaan siviililaeissamme	185
Yhteiskunta-aineksesta	187
Eri tarkoituksaspekteista	188
Argumenttien tehokkuus	190
Ruotsin uusi laki (Lag om otillbörlig marknadsföring v:lta 1970)	191
Oikeuskäytännöstä	192
Liiketapalautakunnan ratkaisuista	192
4. Avioliittolain 78 §:n 3 momentin yleislausekkeesta	193
Säännöksen muotoilusta	195
Oikeuskäytännöstä	196
Oikeusvertailevia näkökohtia	198
Loukkausajatuksista	199
Eräs taloudellinen seuraamus	200
Muutoksista yhteiskunnassa	201
Ratkaisuargumenteista	202
Arvostuksista tuomioistuimissa	203
De lege ferenda	204
VII. YLEISLAUSEKERATKAISUISTA	207
Tulkinta — harkinta	208
Poikkeusratkaisut — tyyppiratkaisut	209
Argumentaatiosta	210
Lainvalmisteluaineiston merkityksestä	213
VIII. YLEISLAUSEKKEISTA DE LEGE FERENDA	215
Arvostelua	216
Mille oikeusaloille yleislausekkeita	217
Yleislausekkeiden muotoilusta	219
Arvostusaineksesta	221
Yleislausekkeiden argumentointi	225
Yksilönsuojaa korostavat ratkaisut	227
Metodilliset lähtökohdat	229
ETUDE DES FORMULES GENERALES	232

KIRJALLISUUSLUETTELO

(Luettelossa on pyritty mainitsemaan teokset ja kirjoitukset, joita tutkimusaiheen kannalta pidetään tärkeinä)

Aaltonen, Aimo O.: Loppuunmyynti. Vammala 1965.

— » — Vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä. Lm 1968. s. 192 ss.

Aarnio, Aulis: Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin. Lm 1970 s. 566 s.

— » — Juridisen tutkimuksen näköaloja JFT 1969 s. 371 ss.

— » — Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.

— » — Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.

— » — Sananen »lakipositivismista.« Lm 1970. s. 276 ss.

Adlercreutz, Axel: Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt. Lund 1971.

Agge, Ivar: Abstrakt norm och konkret verklighet. (Festskrift tillägnad Gösta Eberstein. Stockholm 1950. s. 7 ss)

— » — Några ord om den allmänna rättsläran och dess ämnesområde. SvJT 1969. s. 156 ss.

Ahlander, Björn: Om rätt och rättstillämpning. Uppsala 1952.

— » — Är juridiken en vetenskap? Uppsala 1950.

Ahlman, Erik: Arvojen ja välineitten maailma. Helsinki 1920.

— » — Totuudellisuuden probleemi. Porvoo 1929.

Ahmavaara, Yrjö: Informaatio. Tutkimus tiedotuksen logiikasta. Helsinki 1970. (1969)

— » — Yhteiskuntatieteen kyberneettinen metodologia. Helsinki 1970. (1969).

Aho, Matti L.: Tuomioistuinten harkintavalta ja tuomarin sosiaalinen rooli. DL 1969 s. 465 ss.

— » — Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968.

Alanen, Aatos: Arvostelu Lahtisen väitöskirjasta: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Lm 1952 s. 61.

— » — Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia. Lm 1926. s. 97 ss.

— » — Kirjoitettu laki ja sen merkitys. Lm 1964. s. 146 ss.

— » — Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja lainkäytössä. Lm 1942. s. 175 ss.

— » — Näkökohtia analogian käytöstä. Lm 1961. s. 229 ss.

— » — Oikeudenmukaisuusperiaatteesta. Suomalainen Tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1961. Helsinki 1962.

— » — Oikeuslähde- ja laintulkintaoppi. (Compendium). Helsinki 1959.

- » — Oikeustiede oikeuslähteenä. Lm 1958. s. 423 ss.
- » — Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Porvoo 1965.
- Alkio, Paavo*: Lainkäytön yhdenmukaisuus hovioikeuksissa. Lm 1958. s. 430 ss.
- » — Tuomion perusteleminen. Lm 1967. s. 26 ss.
- Allardt, Erik*: Yhteiskunnan rakenne ja sosiaalinen paine. Porvoo 1966.
- Allardt, Erik—Littunen, Yrjö*: Sosiologia. Porvoo 1961.
- Allen, C. K.*: Law in the making. Oxford 1958 (1927).
- Almén, Tore—Eklund, Rudolf*: Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Stockholm 1968 (1916).
- Alston, William P.*: Philosophy of Language. London 1964.
- Anderson, Bo, mfl.*: Sociologiska metoder. Stockholm 1961.
- Anttila, Inkeri*: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Vammala 1946.
- » — Rikosoikeudellisen normijärjestelmän tiedotusongelmia. Lm 1967. s. 39 ss.
- » — Syyllisyysvastuuta kohti. Lm 1969 s. 625 ss.
- Apala-Arlander, Terttu*: Oikeustieteellisen tutkimuksen eri ulottuvuuksista. Lm 1964. s. 680 ss.
- » — De l'imprécision des règles de droit. (Ius Humanum. s. 30 ss. Turku 1966.)
- Aristoteles*: Den Nikomachiska Etiken. Översättning och kommentarer av Mårten Ringbom. Helsingfors (Borgå) 1967.
- Arnholm, Carl Jacob*: Alminnelig Avtalerett. Oslo 1949.
- » — Laerebok i familierett. Oslo 1958.
- » — Laerebok i Avtalerett. Oslo 1969.
- Arnold, W. Thurman*: The Symbols of Government. New York 1962 (1935).
- Ashby, R. W.*: An Introduction to Cybernetics. London 1970 (1956).
- Aubert, Wilhelm—Eckhoff, Torstein—Sveri, Knut*: En lov i søkelyset. Oslo 1952.
- Aubert, Wilhelm*: Om straffens sosiale funksjon. Oslo 1954.
- » — Rettsosologi. Oslo 1961.
- Augdahl, Per*: Rettskilder. Trondheim 1961. (Annen Utgave).
- Barth, Hans*: Die Idee der Ordnung. Zürich 1958.
- Baumbach, Adolf—Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbs — und Fahrenzeichenrecht. München 1971. (10 neubearb. Auflage).
- Bernitz, Ulf*: Europeisk marknadsrätt. Stockholm 1969.
- Bernitz, Ulf, mfl.*: Otillbörlig marknadsföring. Nyköping 1971.
- Binder, Julius*: Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung. Leipzig 1927.
- Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung I. Leipzig 1890.
- Blom, Raimo*: Luottamus oikeuslaitokseen. Tampere 1970.
- Blomstedt, Yrjö*: Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1866 osittais-uudistuksiin saakka. Turku 1964. (Historiallinen Arkisto 59).
- Bolding, Per Olof*: Juridik och samhällsdebatt. Uppsala 1968.
- Boulanger, Jean*: Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile. (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1961. s. 417 ss.)
- Brentano, Franz*: Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis (Herausgegeben von Oskar Kraus) Hamburg 1969 (1955).
- Brinkmann, Karl*: Grundlegung der Rechtsphilosophie. Bonn 1960.

- Brusiin, Otto*: Joustavat normit oikeudenkäytössä. DL 1938. s. 286 ss.
- » — Legal theory. ARSP 1957 s. 465 ss.
- » — Oikeusvertailusta. Lm 1954. s. 434 ss.
- » — Tuomarin harkinta normin puuttuessa, Vammala 1938.
- » — Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949.
- » — Zum Ehescheidungsproblem. Eine rechtstheoretische Studie. Hyvinkää 1959.
- » — Zum Problem des immateriellen Schadens. Turku 1966.
- von Caemmerer, Ernst*: Die Produkthaftungspflicht in der neueren deutschen Rechtsprechung (Ars boni et aequi 21.1.1972 s. 75 ss).
- Calonius, Matthias*: Siviilioikeuden luennot. Helsinki—Porvoo 1946.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964.
- Capitant, Henri*: Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Paris 1970.
- Carbonnier, Jean*: Droit civil I—II. Paris 1955.
- » — Flexible Droit. Paris 1969.
- Carlson, B. C.*: Luckor i rätten (Juridiska Föreningen i Finland 75 år (1937) s. 583 ss.)
- Carnap, Rudolf*: Meaning and Necessity. Chicago-Press, Illinois 1956 (1947).
- Carre de Malberg, R.*: Contribution à la théorie générale et l'Etat I—II. Paris 1920, 1922.
- Caselius, Ilmari*: Den Hägerström-Lundstedtska skolan i Finland. JFT 1929. s. 177 ss.
- » — Panttioikeuden käsitteestä. Helsinki 1925.
- Cassirer, Ernst*: Philosophie der symbolischen Formen. I—II. Berlin 1923—1929.
- » — Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Berlin 1923.
- Castberg, Frede*: Rettsfilosofiske grunnspørsmål. Oslo 1939.
- Castrén, Erik*: Suomen kansainvälinen oikeus. Porvoo—Helsinki 1959. (1947)
- Cederberg, Lauri—Ylöstalo, Matti*: Vähemmistön oikeuksien turvaamisesta osakeyhtiössä. Porvoo—Helsinki 1966. (4. painos.)
- Chomsky, Noam*: Le langage et la pensée. Paris 1970 (1968).
- Chydenius, Wilhelm*: Finsk Äktenskapsrätt. Helsingfors 1922. (1915).
- Coing H.*: Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet. TfR 1968 s. 205 ss.
- » — Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin (1969). 1950.
- Cross, Rupert*: Precedent in English Law. Oxford 1968 (1961).
- Dabin, Jean*: Le droit subjectif. Paris 1952.
- » — Théorie Générale du Droit. Bruxelles 1969. (1953).
- Dahl, Robert A.*: Johdatus politiikan tutkimukseen. Helsinki 1971.
- David, René*: Droit civil comparé. Paris 1950.
- » — Le droit Français I—II. Paris 1960.
- » — Les grands systèmes de droit contemporains. Paris. (1969) 1966.
- De Geer, L.*: Om den juridiska stilen. Christianstad 1853.
- Del Vecchio, Georges*: La justice — la vérité. Paris 1955.
- Drockila, Lauri*: Onko kauppaoikeutemme talouselämän vaatimalla tasolla. Lm 1968. s. 222 ss.
- Duguit, Léon*: L'Etat, le droit objectif et la loi positive. I—II. Paris 1901. 1903

- Duverger, Maurice*: Institutions politiques et Droit constitutionnel. Paris 1970 (1955).
- » — Méthodes de la science politique. Paris 1959.
- Dölle, Hans*: Vom Stil der Rechtssprache Tübingen 1949.
- Eckhoff, Torstein*: Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet. (Festskrift tillägnad Karl Olivecrona Stockholm 1964. s. 109 ss).
- » — Rettferdighet og rettssikkerhet. Artikler samlet i anledning professor Eckhoffs 50-årsdag. Oslo 1966.
- Eek, Hilding, mfl.*: Juridikens källmaterial. Stockholm 1959.
- Eichenberger, Kurt*: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem. Bern 1960.
- Ekelöf, Per Olof*: Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Stockholm 1956.
- » — Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap. Lund 1951.
- » — Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening. SvJT 1952. s. 546 ss.
- Ekström, F. W.*: Privaträttens allmänna läror I—II. Helsingfors 1921—1925.
- Ellilä, Reino*: Ihmisarvo ja yksilön vapauden turva rikosoikeudessa. Lm 1960. s. 504 ss.
- » — Uusittu liikenne-rikosoikeus. Porvoo—Helsinki 1968.
- Ellilä, Tauno*: Aktuella rättspolitiske kardinalfrågor inom processrätten. SvJT 1952. s. 800 ss.
- » — Keskustelua vähäpätöisestä rikoksesta. Lm 1968. s. 566 ss.
- » — Täytäntöönpanokeinoista hallinnon alalla. Porvoo 1952.
- » — Ulosotto-oikeuden yleiset opit. Porvoo—Helsinki 1970 (1962).
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken. Stuttgart 1959. (2. Auflage).
- » — Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953.
- » — Logische Studien zur Gesetzesanwendung. Heidelberg. 1960.
- » — Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. München 1963.
- Enneccerus, Ludwig—Nipperdey, Hans Carl*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. I—II. Tübingen 1959—1960.
- Erich, Rafael*: Suomen valtio-oikeus I—II. Helsinki—Porvoo 1924—1925.
- Eriksson, Lars D.*: Rättslig argumentering och den dialektiska logiken JFT 1966 s. 445.
- » — Värderingar, fakta och juridik JFT 1969 s. 414 ss.
- Eskola, Antti*: Sosiologian tutkimusmenetelmät I. Porvoo 1962.
- » — Sosiologian tutkimusmenetelmät II. Porvoo 1967.
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen 1964 (1956).
- Evers, Jan*: Argumentationsanalys för jurister. Gleerups förlag 1970.
- Fechner, Erich*: Rechtsphilosophie. Tübingen 1956.
- Fikentscher, Wolfgang*: Schuldrecht. Berlin 1969. (2. Auflage).
- Forsthoff, Ernst*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. München 1950.
- » — Rechtsstaat im Wandel. Stuttgart 1964.
- Frank, Jerome*: Law and the Modern Mind. London 1949.

- Friedmann, W.*: Law in Changing Society. London 1959.
- Gagnér, Sten*: Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Uppsala 1960.
- Geny, François*: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. I—II. Paris 1919.
- » — Science et technique en droit privé positif. I—II. Paris 1927.
- Germann, O. A.*: Grundlagen der Rechtswissenschaft. Bern 1968. (Zweite, neuerearbeitete und erweiterte Auflage.)
- » — Probleme und Methoden der Rechtsfindung. Bern 1965.
- Godenhielm, Berndt*: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954.
- » — Patentskyddets omfång. Borgå 1950.
- » — Sopimusoikeuden oppikirja 1. Porvoo—Helsinki 1969. (1965).
- Gorphe, François*: Les décisions de justice. Paris 1952.
- Grönfors, Kurt*: Ändamålsförskjutning och rättsäkerhet. SvJT 1960. s. 12 ss.
- Guiraud, Pierre*: La sémantique. Paris 1966. (1955).
- Guldborg, Harry*: Teori och verklighet. SvJT 1932. s. 550 ss.
- Gutteridge, H. C.*: Le Droit comparé. Paris 1953.
- Gutzwiller, Max*: Schweizerisches Privatrecht I—II. Basel und Stuttgart 1967.
- Habermas, Jürgen*: Erkenntnis und Interesse. Frankfurt am Main. 1970 (1968)
- Hakulinen, Y. J.*: Familjerätt. Helsingfors (Tammerfors) 1964.
- » — Muutettu avioliittolaki. Hämeenlinna 1948.
- » — Perusteettoman edun palautus. Helsinki 1931.
- » — Velkakirjalaki. Helsinki 1965. (1947).
- » — Velvoiteoikeus I. Helsinki 1965 (1958).
- Hakulinen, Y. J.—Raninen, Hugo*: Osamaksukauppa. Helsinki (Tampere) 1968.
- Halila, Jouko*: Kantelusta tuomiovirheen perusteella. Lm 1964. s. 1 ss.
- Hannikainen, Antti*: Mihin suuntaan korkeinta oikeutta olisi kehitettävä? Lm 1970. s. 651 ss.
- Hart, H. L. A.*: Law, Liberty and Morality. Oxford—London 1968. (1963).
- » — The Concept of Law. Oxford 1970. (1961).
- Hartmann, Nicolai*: Ethik. (1926).
- Harva, Urpo*: Etiikka. Porvoo 1958.
- Hassler, Åke*: Konstruktion och realitet. SvJT 1963. s. 81 ss.
- Hauriou, Maurice*: Précis de Droit Constitutionnel. Paris 1929.
- » — Le police juridique (Revue Trimestrielle de Droit Civil 1926).
- Hayakawa, S. J.*: Ajattelun ja toiminnan kieli. Helsinki 1966.
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
- Hedemann, Justus W.*: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.
- » — Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1949.
- Hedenius, Ingemar*: Liv och nytta. Stockholm 1961.
- » — Om rätt och moral. Stockholm 1941.
- Hegel, Georg Wilhelm F.*: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Leipzig 1911.
- Heikonen, A. R.—Aaltonen, Aimo O.*: Irtaimen kauppa. Helsinki 1968 (1958).
- Heinemann, Fritz*: Die Philosophie im XX. Jahrhundert. Stuttgart 1959.

- Heinonen, Keijo*: Piirteitä vilpillistä kilpailua koskevasta lainsäädännöstä. (Suomen teollisuusuoikeudellisen yhdistyksen vuosijulkaisu 1961 s. 118 ss.)
- Heinonen, Olavi E.*: Velallisen konkurssirikoksista. Vammala 1966.
- Hemmer, Ragnar*: Suomen oikeushistorian oppikirja I—II. Porvoo—Helsinki 1962.
- Henkel, Heinrich*: Recht und Individualität. Berlin 1958.
- Herlitz, Nils*: Om lagstiftning. Stockholm 1930.
- Herzog, Jacques B.*: Le Droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne. Toulouse 1942.
- Hessler, Henrik*: Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten. SvJT 1957. s. 242 ss.
- Hilpinen, Risto*: Praktinen päättely ja oikeuskysymyksen ratkaiseminen Lm 1972 s. 208 ss.
- Hinderling, Hans*: Das schweizerische Ehescheidungsrecht. Zürich 1967 (1960).
- Hintikka, Jaakko*: Arvokäsitteistä sosiaalitieteiden metodiopissa. Ajatus 1957. s. 27 ss.
- » — Yhteiskunta- ja käyttäytymistieteiden metodinen tila (Filosofian tila ja tulevaisuus 1970 s. 175 ss.).
- Hjerner, Lars*: Om rättsfallstolkning. (Compendium).
- Hofmann, Werner*: Wissenschaft und Ideologie ARSP 1967. s. 197 ss.
- Hohfeld, Wesley*: Fundamental Legal Concepts. New Haven 1923. (Yale University Press).
- Holden, A. C.*: Divorce in the Commonwealth, a comparative study. (The International and Comparative Law quarterly, Volume 20, Part 1.) 1971.
- Holmbäck, Åke—Wessén, Elias*: Svenska landskapslagar I—V., (Stockholm 1933—46).
- Holmes, Oliver Wendell*: The common law. Boston 1923. (1881)
- Holopainen, Toivo*: Oikeuden ykseydestä. Lm 1966 s. 676 ss.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit I. Helsinki 1965 (1948)
- Huber, Eugen*: Recht und Rechtsverwirklichung. Basel 1925.
- Huftau, Yves-Louis*: Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi. Paris 1965.
- Hult, Phillips*: Lagens bokstav och lagens andemening. SvJT 1952 s. 579 ss.
- Hult, Phillips*: Regel, standard, skön. Juridisk Debatt. Uppsala 1952.
- Huttunen, Allan*: Avioliittolaki (ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset). Porvoo—Helsinki 1945 (1929).
- Hägerström A.*: Der römische obligationsbegriff II. Uppsala 1941.
- af Hällström, Erik*: Borde lagarna vara uttömmande och detaljerade eller kortfattade och allmänt hållna? JFT 1942. s. 412 ss.
- » — Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring. Helsingfors 1931.
- » — Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen. Åbo 1942.
- Ihering, Rudolf*: Der Zweck im Recht. I—II. Leipzig 1893, 1866.
- » — Taistelu oikeudesta. Helsinki 1902.
- Imboden, Max*: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung. Berlin 1959.

- Isay, Hermann*: Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1970 (1929).
- Itkonen, Erkki*: Kieli ja sen tutkimus. Helsinki 1966. (Universitas 4).
- Iuul, Stig*: Roomalaisen varallisuus oikeuden pääpiirteet. Vammala 1960.
- Jansson, Jan-Magnus*: De politiska ideologierna som forskningsobjekt. SvT 1955. s. 345 ss.
- » — Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning. Helsingfors 1950.
- » — Politikens teori. Borgå 1969.
- Jellinek, Walter*: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1922.
- » — Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
- Jerusalem, Franz*: Kritik der Rechtswissenschaft. Frankfurt am Main. 1948.
- Jesch, Dietrich*: Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961.
- » — Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht. AÖfR 1957.
- Jokela, Heikki*: Irtaimen kaupasta kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. Vammala 1960.
- » — Kansainvälisen kaupan uudet oikeuslähteet. Helsinki 1963. (Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 29.4.1963).
- » — Konventio kansainväliseen irtainten esineiden kauppaan sovellettavasta laista voimaan Suomessa. Lm 1964. s. 896 ss.
- » — Tuomari lainsäätäjänä. Lm 1970 s. 840 ss.
- Jyränki, Antero*: Monarkkinen aines Ranskan ja Suomen valtiosäännössä. Lm 1967. s. 832 ss.
- » — Näkökohtia Suomen perusoikeusjärjestelmästä. Lm 1968. s. 977 ss.
- Jägerskiöld, Stig*: Handelsbalkens utländska källor. Lund 1967.
- » — Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige. Lund 1963.
- Jöckel, Wilhelm*: Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Tübingen 1930.
- Jørgensen, Stig*: Fire obligationsretlige afhandlinger. København 1965.
- » — Vertrag und Recht. København 1968.
- » — Kontraktsret. København 1971.
- Kaila, Eino*: Inhimillinen tieto. Helsinki 1939.
- Kaila, Elieser*: Oikeuslogiikka I. (Muodollinen oikeuslauseoppi). Helsinki 1924.
- Kalinowski, Georges*: Introduction à la logique juridique. (Eléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique). Paris 1965.
- Kallenberg, E.*: Svensk civilprocessrätt I—V. (andra upplagan). Lund 1923.
- Kant, Immanuel*: Werke. (Die Methaphysik der Sitten 1798), Wiesbaden, 1956.
- Karlgrén, Hjalmar*: 33 § Avtalslagen. SvJT 1933. s. 219 ss.
- » — Avtalsrättsliga spörsmål, Stockholm 1954.
- » — Culp och samtycke inom skadeståndsrätten. Lund 1969.
- » — Onödigt missförstånd vid rättsfallstolkning. SvJT 1963. S. 220 ss.
- » — Skadeståndsrätt. Stockholm 1969 (1952).
- » — —Knoph, Ragnar: Rettslige standarder. SvJT 1940 s. 527 ss.
- Kaser, Max*: Das römische Privatrecht I. München 1971 (1955).
- » — Roomalainen yksityisoikeus, Porvoo—Helsinki 1968.

- Kastari, Paavo*: Kansalaisten perusoikeuksista ja niiden turvaamisjärjestelmän erikoisluonteesta Suomessa. Lm 1950. s. 735 ss.
- » — Oikeuslaitos, politiikka ja ideologia. Lm 1970. s. 993 ss.
- » — Valtiojärjestyksemme oikeudelliset perusteet. Porvoo 1969.
- Kauppi, Raili*: Freedom and imperatives, Ajatus 1962 s. 67 ss.
- Kaufmann, Erich*: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Tübingen 1921.
- Kekomäki, Paavo*: Murha ja tappo. Lm 1958 s. 947 ss.
- Kelsen, Hans*: Aufsätze zur Ideologiekritik. Darmstadt 1964.
- » — Hauptprobleme der Staatslehre. Tübingen 1911.
- » — Mitä on oikeudenmukaisuus? Lm 1953. s. 633 ss.
- » — Reine Rechtslehre. Wien 1960 (1934).
- Ketonen, Oiva*: Eurooppalaisen ihmisen maailmankatsomus. Porvoo 1961.
- » — Tieteellisen menetelmän luonne. Suomalainen Suomi 1954. s. 77 ss.
- Kivi-Koskinen, Timo*: Mainontaa koskevat säännöt ja niiden valvonta. Kauppakamarilehti n:o 11/1970.
- Kivimäki, T. M.*: Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmeninä. Lm 1959. s. 9 ss.
- » — »Tunneperäisistä» tuomioista. DL 1952. s. 347 ss.
- » — Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. Lm 1950. s. 302 ss.
- Kivimäki, T. M.—Ylöstalo, Matti*: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Porvoo 1964 (1959).
- Kivivuori, Antti*: Suomalaisen oikeustieteen virheet I. Lm 1970. s. 422 ss.
- » — Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I. (Rikoslainsäädäntö 1809—1875). Joensuu 1969.
- Klami, Hannu*: Logiikka ja yksilön oikeusturva. Lainanalogiaprobleemasta DL 1968 s. 379 ss.
- » — Sopimustyypeistä. Kysymyksenasettelujen historiaa Lm. 1968 s. 514 ss.
- Klaus, Georg*: Moderne Logik. Berlin 1970.
- Kling, Herman*: Brottbalken. SvJT 1963 s. 1 ss.
- Klug, Ulrich*: Juristische Logik. Berlin—Göttingen—Heidelberg 1966 (1951)
- Knoph, Ragnar*: Oversikt over Norges rett. Oslo 1949.
- » — Rettslige standarder, saerlig grunnlovens § 97 Oslo 1939.
- Koersner, Albert*: Obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Stockholm 1915.
- Kohler, Josef*: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin—Grünenwald 1923.
- Kopp, Hans W.*: Inhalt und Form der Gesetze I—II. Zürich 1958.
- Korte, Kai*: Om lagberedningen i det moderna samhället. (Finska vetenskaps-societetens rätthistoriska institut s. 93 ss. H:fors 1968).
- Koschaker, Paul*: Europa und das römische Recht. München—Berlin 1958.
- Kraft, Victor*: Erkenntnislehre. Wien 1960.
- Krohn, Sven*: Totuus, arvo ja ihminen, filosofisia esseitä. Porvoo—Helsinki 1967.
- Kuusi, Pekka*: 60-luvun sosiaalipolitiikka. Porvoo 1961.
- Kuuskoski, Reino*: Lainsäädännön valmistelun tehostamisesta. Lm 1947. s. 337.
- Laband, Paul*: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. I. Freiburg 1888.

- Lahtinen, Osvi*: Oikeustoimen muoto-ongelmasta. Lm 1957. s. 134 ss.
- » — Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.
- » — Von konstruierten Denkschemas und von der Sprache (Ius Humanum, Turku 1966 s. 87 ss).
- Langer, Susanne K.*: Philosophy in a new key. New York 1958 (1942).
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin (Göttingen-Heidelberg) 1960. (New York 1969).
- » — Rudolf Ihering und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft. Göttinger Symposium 1970. s. 135 ss.
- » — Das Lehrbuch des Schuldrechts I—II. München 1968.
- Lassen, Jul.*: Udvalgte afhandlinger. København 1924. (Privatrettens Kodifikation).
- Le Senn, René*: Traité de Morale Générale. Paris 1949.
- Levy-Bruhl, Henri*: Aspects sociologiques du droit. Paris 1955.
- Lilius, F. O.*: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin. (Festschrift för Grotenfelt 1929).
- Littunen, Yrjö*: Sosiaalinen sidonnaisuus. Porvoo 1962.
- Loewenstein, Karl*: Verfassungslehre. Tübingen 1969.
- Lundstedt, A. V.*: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Uppsala 1935.
- Lundstedt, Vilhelm*: Legal Thinking revised. Uppsala 1956.
- » — Obligationsbegreppet. Uppsala 1930.
- Lögdberg, Åke*: Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten (Festschrift tillägnad Karl Olivecrona 1964 s. 432 ss).
- » — Om personlighetsrätt (Festschrift till Håkan Nial Stockholm 1966 s. 358 ss).
- Maihofer, Werner*: Ideologie und Recht. Frankfurt am Main 1969.
- » — Rechtsstaat und menschliche Würde. Frankfurt am Main 1968.
- Makkonen, Kaarle*: Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä. Lm 1959 s. 49 ss.
- » — Lainkäyttö ja maailmankatsomus. Lm 1970. s. 1056 ss.
- » — Toimivalta. Lm 1964. s. 778 ss.
- » — Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Turku 1965.
- Malmström, Åke*: Rättssociologiska forskningsuppgifter inom äktenskapsrätten. JFT 1957. s. 231 ss.
- Mannheim, Karl*: Wissenssoziologie. Berlin 1970. (1964).
- Marcuse, Herbert*: Yksilötteinen ihminen. Helsinki 1969. (1964).
- Marc-Wogau, Konrad*: Modern logik. (Stockholm) Örebro. 1961.
- » — Studier till Axel Hägerströms filosofi. Falköping 1968.
- Marty, Gabriel—Raynaud, Pierre*: Droit civil I—II. 2. éd. Paris (Sirey) 1967, 1965.
- von Mehren, Arthur T.*: The civil law system. Boston 1957.
- Merikoski, V.*: Common Law. Lm 1952 s. 355 ss.
- » — Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä I. Vammala 1963. (1959).
- » — Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1968. (Toinen painos).

- Miettinen, Martti:* Korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemisto 1926—1968. Helsinki 1969.
- » — Korkeimman oikeuden täysistuntoratkaisuista. Lm 1954. s. 134 ss.
- Montgomery, Robert:* Handbok i Finlands allmänna privaträtt Helsingfors 1908 (1889).
- Moore, G. E.:* Ethics. London 1958. (1912).
- Moritz, Manfred:* Inledning i värdeteori Lund 1969. (2. upplagan).
- » — Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe. Lund 1960.
- Munktel, Henrik:* Det svenska rättsarvet. Stockholm 1944.
- Muukkonen, P. J.:* Esisopimus. Vammala 1960.
- » — Muutosäännökset, Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
- Müller, Hanswerner:* Handbuch der Gesetzgebungstechnik. Köln (Carl Heymanns Verlag KG) 1963.
- Naess, Arne:* Empirisk semantik. Stockholm 1970.
- Nial, Håkan:* Några ord om juridisk forskning och undervisning. Tfr 1957. s. 276 ss.
- Niñiluoto, Ilkka:* Kybernetiikka ja oikeustiede Lm 1972 s. 134 ss.
- Nousiainen, Tapio:* Rangaistuksen määräämisestä. Vammala 1961.
- Ofstad, Erna och Harald:* Val och Värde. Stockholm 1962.
- Olivecrona, Karl:* Det rättsliga språket och verkligheten. Lund 1964.
- » — Döma till konung. Lund 1942.
- » — Om lagen och staten. Lund 1940.
- » — Rätt och dom. København 1966. (1960).
- » — Rättsordningen. Idéer och fakta. Lund 1966.
- Olsson, Curt:* Rättsvetenskapens mål och medel. (Nya Argus 1953 n:o 6. särtryck s. 7.)
- » — Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. (Överläggningsämne vid det tjugoförsta nordiska juristmötet). Vammala 1959.
- Oser, H:* Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Zürich 1929.
- Ottendorf, Reynald:* Le droit pénal et la formation du contrat civil. Paris 1970.
- Palandt, Otto:* Bürgerliches Gesetzbuch München 1970 (29. Auflage).
- Palmén, Johan Philip:* Juridisk Handbok för medborgerlig bildning. Helsingfors 1859.
- Palmgren, Bo:* Reformförslag för lagstiftningsarbete. JFT 1953. s. 114 ss.
- » — Rikoslakivaliokunnan mietintö laintulkinnan apukeinona. Lm 1950. s. 802 ss.
- » — Uusimisvaikutusten vanhentumisesta. Lm 1951. s. 463 ss.
- Perelman, Ch.:* L'Égalité, Bruxelles 1971.
- » — Le problème des lacunes en droit (Études publiée par Ch. Perelman. Bruxelles 1968.)
- » — Traité de l'Argumentation La nouvelle rhétorique I—II. Bruxelles 1970 (1958).
- Persson, Ulf:* Civilrättens generalklausuler som forskningsobjekt. (Festskrift tillägnad Karl Olivecrona. Stockholm 1964 s. 508 ss.)
- Petrén, Sture:* Internationell rättskipning av i dag. SvJT 1969 s. 637 ss.

- Pinto, Roger—Grawitz, Madeleine*: Méthodes des sciences sociales Paris 1969 (Dalloz). Troisième édition.
- Platon*: Der Staat. Stuttgart 1955.
- » — Werke 2 (Kratylos). Hamburg, Rowohlt 1961.
- Popper, Karl*: The logic of scientific discovery. New York 1965. (1959)
- Pound, Roscoe*: Administrative Law. United States 1942.
- » — Justice according to law. United States (New Haven) 1951.
- » — New Paths of the Law. United States (Nebraska) 1950.
- Radbruch, Gustav*: Einführung in die Rechtswissenschaft. Stuttgart 1952.
- Rautiala, Martti*: Avioliitto-oikeus. (2. painos) Helsinki 1959.
- » — Avioliiton purkaminen. Vammala 1946.
- Regelsberger, Ferdinand*: Pandekten I. Leipzig 1893.
- Regnéll, Hans*: Semantik. Filosofiska och språkvetenskapliga grundfrågor inom betydeläreläran. Stockholm 1971 (1958).
- Rickert, Heinrich*: Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Tübingen 1929.
- Ripert, Georges*: Les forces créatrices du droit. Paris 1955.
- Rodhe, Knut*: Lärobok i obligationsrätt. Stockholm 1969 (1966).
- » — Obligationsrätt. Lund 1956.
- » — Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden. (Överläggningsämne vid det nittonde nordiska juristmötet. Stockholm 1951).
- Ross, Alf*: Om ret og retfaerdighed, En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1966. (1953).
- Roubier, Paul*: Théorie Générale du Droit. Paris 1951 (1947).
- Rümelin, M.*: Die Billigkeit im Recht. Tübingen 1921.
- Ryffel, Hans*: Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Berlin 1969.
- Saario, Voitto*: Clausula rebus sic stantibus- oppi kansainvälisessä oikeudessa. Lm 1964. s. 279 ss.
- Sainio, Toivo*: Lainsäädäntöaloite Suomen oikeudessa. Porvoo 1969.
- Salmiala, Bruno*: Muutama sana Korkeimman oikeuden lainkäytöstä DL 1941 s. 89 ss.
- Salomaa, J. E.*: Totuus ja arvo. Porvoo 1926.
- Savatie, R.*: Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Paris 1952.
- Sauer, Wilhelm*: System der Rechts- und Sozialphilosophie. Basel 1949.
- Savigny, F. C.*: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. II—III. Darmstadt 1956.
- Savolainen, Matti*: Über die Aberkennung des Ausgleichsrechts (Ius Humanum 1966, Turku. s. 124 ss).
- Scheler, Max*: Die Wissensformen und die Gesellschaft. Bern 1960 (1925).
- Schmidt, Folke*: Domaren som lagtolkare. (Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955. s. 263 ss).
- » — En culparegel vid avtalstolkning. SvJT 1960. s. 420 ss.
- » — The ratio decidendi. Uppsala 1965.
- » — Typfall, partsavsikt, och partsculpa. SvJT 1959. s. 497 ss.
- » — Äktenskapsrätt. Stockholm 1970 (1963).

- Schmidt, Folke—Strömholm, Stig*: Legal values in modern Sweden. Stockholm 1965.
- Schmitthoff, Clive M.*: Modern trends in English commercial law. JFT 1957. s. 349 ss.
- Schnitzer, Adolf*: Vergleichende Rechtslehre. Basel 1961.
- Schönke, Adolf*: Einführung in die Rechtswissenschaft. Karlsruhe 1948.
- Segerstedt, Torgny*: Ordens makt, Stockholm 1944.
- Sipponen, Kauko*: Lainsäädäntövallan delegoiminen. Vammala 1965.
- » — Oikeuslaitos systeemitteorian kannalta tarkasteltuna. Lm 1970 s. 619 ss.
- Somló, Felix*: Juristische Grundlehre. (2 Auflage) Leipzig 1927.
- Stang, F.*: Avtalelovens § 33. (Obligationsrettens almindelige Del 3). — » — Innledning til Formueretten. Oslo 1935.
- Stati, Marcel O.*: Le Standard juridique. Paris 1927.
- Staudinger*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht II/1a-b, 1967, 1961.
- Stjernquist, Per*: Gränsområden mellan rättsvetenskap och samhällsvetenskap. SvT 1958. s. 141 ss.
- » — Legitimitetsbegreppet ur rättssociologisk synpunkt. JFT 1970. s. 337 ss.
- Stone, Julius*: Human Law and Human Justice. London 1965.
- » — Legal system and Lawyers reasonings. London 1964.
- » — Social dimensions of Law and Justice. London 1966.
- » — The Province and Function of Law. United States 1961 (1950).
- Strahl, Ivar*: En allmän rättslära. SvJT 1955. s. 289 ss.
- Streck, Michael*: Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen. Bonn 1970.
- Strömberg, Håkan*: Några reflexioner om lagstiftningens innebörd. SvT 1959. s. 141 ss.
- Strömholm, Stig*: En märklig metodlära. SvJT 1969. s. 652 ss.
- » — Naturrätt och retorik. JFT 1971. s. 131 ss.
- » — Till definitionen av begreppet »rättsregel». SvJT 1969. s. 168 ss.
- » — Har den komparativa rätten en metod SvJT 1972 s. 456 ss.
- Ståhlberg, Kaarlo L.*: Petoksesta, erityisesti pitäen silmällä erehdyksen aikaan saamista ja vireillä pitämistä sekä tavaran tai rahan tappiota. Vammala 1964.
- Sundberg, Jacob W.*: Civil law, common law and the scandinavians (Scandinavians studies in Law 1969 s. 181 ss).
- Suviranta, Antti*: Arvostelu teoksesta: Sarkko, Kaarlo: Työrauhavelvollisuudesta. (1969) Lm 1969. s. 578 ss.
- Szczepański, Jan*: Sosiologian peruskäsitteet. Tampere 1970.
- Takki, Tapio*: Sananen avoimista tunnusmerkistöistä DL 1970 s. 58 ss.
- Taxell, L. E.*: Norm och prövning. JFT 1964. s. 369 ss.
- Telaranta, K. A.*: Erehdys. Vammala 1960.
- Thon, August*: Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar 1878.
- Thornstedt, Hans*: Domaren och straffbudet. SvJT 1959. s. 1 ss.
- » — Legalitet och teleologisk metod i straffrätten (Festskrift tillägnad Nils Herlitz 1955 s. 319 ss).

- Thuresson, Lennart*: Staten, makten och rätten. Stockholm 1955.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen rikosprosessioikeus I. Porvoo—Helsinki 1948.
- Tolstoy, D.*: The Law and Practice of Divorce and Matrimonial Causes. London 1963 (1946).
- Toukomaa, Pertti*: Arvomaailman kehitys kouluiässä. Tampere 1967.
- Toulmin, Stephen*: An examination of the place of reason in ethics. Cambridge 1968 (1950).
- Triepel, Heinrich*: Vom Stil des Rechts. Heidelberg 1947.
- Trude, Peter*: Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie. Berlin 1955.
- Tulenheimo, Antti*: Konkurssirikosten kehityksen yleispiirteet. (Kaarlo Juho Ståhlbergin Juhlajulkaisu 1945 s. 67 ss).
- Tuominen, Timo*: Eräitä mietteitä rikosoikeuden käsitelainopista ja vähäpätöisen rikoksen käsitteestä. Lm 1968. s. 545 ss.
- » — Vielä vähäpätöisestä vähäisen. Lm 1968. s. 755 ss.
- Ullmann, Stephen*: Semantics. An Introduction to the Science of Meaning. Oxford 1967 (1962).
- Uotila, Jaakko*: Normitieto ja reaalitytö. Lm 1967. s. 839 ss.
- Ussing, Henry*: Aftaler. København 1945.
- Vahlén, Lennart*: Avtal och tolkning. Stockholm 1960.
- » — Fastighetsköp. Stockholm 1971 (1968).
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen 1956.
- Wedberg, Birger*: Lagstil. Stockholm 1928.
- Westermarck, Edward*: Ur sedernas historia. Helsingfors 1912.
- » — Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe. I—II. Leipzig 1907.
- Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952.
- Viehweg, Theodor*: Topik und Jurisprudenz. München 1969 (1953).
- Vihma, Väinö*: Suorituksen mahdottomuus varallisuus oikeudellisissa sopimussuheteissa. Vammala 1957.
- » — Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus. Helsinki 1945.
- Wiio, Osmo A.*: Ymmärretäänkö sanomaasi? Helsinki 1971.
- Wilburg, Walter*: Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht. Graz 1950.
- Wilenius, Reijo*: Filosofia ja politiikka. Helsinki-Rauma 1967.
- » — Ideologia ja ei-ideologia. Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja 1971.
- Winch, P.*: The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy. London 1958.
- Vinding Kruse, FR.*: Erkenntnis und Wertung. Berlin 1960.
- Virally, Michel*: La pensée juridique. Paris 1960.
- Virieux-Reymond, A.*: L'Epistémologie. (Presses Universitaires de France). Paris 1966.
- Wittgenstein, Ludwig*: Tractatus Logico-Philosophicus. London 1958. (1922).
- Voipio, Jaakko*: Verotuksen kiertämisestä. Porvoo—Helsinki 1968.
- Wolff, Karl*: Die Gesetzessprache. Wien 1952.
- Wrede, R. A.*: Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista. Helsinki 1932.

- von Wright, Georg Henrik*: Descartes och den vetenskapliga idéutvecklingen. Ajatus XVI 1950. s. 115 ss.
- » — Logical studies, London 1957.
- » — Norm and action. London 1963.
- » — The Varieties of Goodness. London 1964 (1963).
- » — Explanation and understanding. London 1971.
- Vuorio, Jorma*: Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsittienä. Lm 1956. s. 444 ss.
- » — Työsuhteen ehtojen määrittäminen. Porvoo 1955.
- » — Har man skäl att arbeta med skilda arbetstagarebegrepp SvJT 1957 s. 249 ss.
- Ylöstalo, Matti*: Arvostelu Muukkosen väitöskirjasta: Muotosäännökset. Lm 1958. s. 378 ss.
- » — Siviilioikeuden kehityslinjoja. (Festskrift utgiven i anledning av Juristklubben Codex' 25-års jubileum). Borgå 1965.
- » — Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. Helsinki 1956.
- Zetterberg, Hans L.*: Om teori och belägg i sociologien. Uppsala 1967. (1965).
- Zitelmann, Ernst*: Lücken im Recht. Leipzig 1903.
- » — Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
- Zitting, Simo*: Esine- ja velvoiteoikeuden eroista varallisuus-oikeuden järjestelmän perustana. Lm 1954. s. 607 ss.
- » — Eräitä ajatuksia oikeustieteen uudistamispyrinnöistä. Lm 1970. s. 1109 ss.
- » — Kiinteistön myyjän vastuusta ostajalle antamistaan tiedoista (Ars boni et aequi. 21.1.1972 s. 292 ss).
- » — Kysymys omistusoikeuden siirtymishetken määrittämisestä. Lm 1955. s. 640 ss.
- » — Omistajan vaihdoksesta. Vammala 1951.
- » — Teoreettisen tutkimuksen merkitys juridiikassa. Lm 1960. s. 861 ss.
- » — Tiedon ja puuttuvan tiedon merkityksestä sivullissuhteessa. Lm 1970. s. 830 ss.
- » — — *Rautiala, Martti*: Esineoikeuden oppikirja. Helsinki 1963.
- Zweigert, Konrad—Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II. Tübingen 1969.

ASIAHAKEMISTO

- Abstrahoiminen 15, 30—32, 42, 49, 91—92
 Abstraktinen lainkirjoitustapa 95
 Adressaatti 68—69, 151—152
 Analogia 85, 120, 149, 207, 216
 Argumentaatio 55, 130, 134, 139, 147—150, 203, 225—227
 Argumentti 129, 150, 210—212
 Arvio 88
 Arviolauseke 85, 89
 Arvoarvostelma 13
 Arvonihilismi 14
 Arvo-objektivismi 14, 153, 154
 Arvo-subjektivismi 14
 Arvostus 13, 26, 41, 155
 Arvostuslauske 85, 89, 157, 223
 Asennoituminen 49
 Asianajaja 185—186, 189
 Astearvostelma 171
 Avioeroperuste 195—201
 Avioliitto 202
 Avioliitto-oikeus 69, 195
 Avioliittovakuutus 205
 Avio-oikeus 193—194, 201, 205
 Avoin tunnusmerkistö 96
 Bürgerliches Gesetzbuch (Saksan) 1, 25, 96—97, 110—111, 159 176
 Code Civil (Ranskan) 25, 97—98, 109—110, 111—112, 170, 198
 Common law 118—119, 169
 Deskriptiivisyys 82
 Dialektiikka 142
 Dimensio (ulottuvuus) 49—52, 229—220
 Dispositiivinen oikeussäännös (oikeusohje) 67—68
 Doctrine legale 115
 Dynaaminen oikeusala 125, 218
 Elinkeinonharjoittaja 183—184
 Empiirinen asennoituminen 12
 Ennusteratkaisu 24
 Epämääräinen yhteiskuntakäsitys 96—97
 Equity law 118—119
 Etiikka, eettinen 18—19, 190, 222, 230
 Ex officio 162, 205
 Formalismi 85, 102—103
 Funktiokäsitys 29
 Hallinto-oikeus 73, 209
 Harkinta 208—209
 Hermeneutiikka 50
 Historiallinen eli subjektiivinen lain-
 tulkinta 135—136, 151, 214
 Hyvän liiketavan vastainen 184, 185
 Hyvä tapa 185, 186, 188
 Hyvän tavan vastainen 162, 173, 184—186, 189
 Idea 15, 46, 49, 75, 153—154
 Ideologia 15—16, 55, 161, 178, 230
 Ideologinen asennoituminen 22
 Imperatiivi 67, 71
 In casu-ratkaisu 209—210
 In dubio pro reo 91, 146
 Intentionaalisuus 48
 Intressi 23, 54
 Intressijuridiikka 10—11
 Intressivertailu 49, 55
 Intuitiivisuus 38—40
 Invarianssi (lainalaisuus) 30, 60
 Joustava lakitekniikka 2, 95, 117, 123—124
 Joustava oikeuslause (joustava oikeus-
 normi) 95
 Kasuistinen lainkirjoitustapa 93—94
 Kielellinen eli semanttinen laintulkinta
 134—135, 138, 226
 Kielen muutokset 74—75, 79—80, 138
 Kieli 73—81
 Kielikuva 75
 Kilpailutarkoitus 183
 Kilpailutilanne 183
 Kohtuullistuttaminen 45, 208
 Kohtuus 41—42, 110—111, 119, 226
 Kohtuuton 185, 208
 Kompetenssinormi 68, 69
 Konkretisoiminen 92, 168

- Kuluttajan suoja 180, 191, 193
 Kriittinen asennoituminen 5—6
 Kybernetiikka 13, 17
 Käsite, käsitteellisyys 8—9, 28—29
 Lainsäädäntö 60—61, 63—65
 Lainsäädäntötekniikka 66
 Lainsäätävä 61
 Laintarkastuskunta 65
 Lainvalmistelu 65, 126—127
 Lainvalmisteluaineisto 151—152, 213—214
 Lakikieli 76—81, 92—95, 223
 Lakisystematiikka 66, 101, 110—111
 Lakitekniikka 66, 79—81, 93—95
 Liikekilpailun valvontakunta (nyttämmin liiketapalautakunta) 191—193
 Liiketapa 185, 188—189
 Liiketapalautakunta 191—193
 Lingvistiikka, lingvistinen 52, 73
 Loogisanalyttinen oikeusteoria 8—9, 133
 Luottamus, luottamusteoria 111, 159, 171, 226
 Menettelyohje, menettelytapaohje 69, 70—72
 Metodi 6
 Metodillinen asennoituminen 9, 20—23
 Moraali, moraalinen 98, 161, 164, 190
 Muodollinen asennoituminen 8—9, 21
 Muoto 50—51
 Muotoaminen 62, 66
 Muutosäännökset 103
 Muutokset yhteiskunnassa 102, 123—124, 132
 Muuttuneiden olosuhteiden -konstruktio 121, 175—176, 206
 Normatiivinen lause 67
 Normi 30—32
 Normiseikasto 68, 73
 Näyttöperustelu 140
 Objektiivinen laintulkinta 136—137
 Objektiivisuus 153
 Objektiivisteologinen tulkinta 137, 200
 Occasio legis 61
 Ohjelmallinen lause 99, 218
 Oikeudellinen ratkaisu 33, 38
 Oikeudenmukaisuus (oikeellisuus) 40—41, 42—44
 Oikeusaukko 133, 149
 Oikeusdogmatiikka 7, 20
 Oikeusfilosofia 26
 Oikeusideologia (oikeudellinen ideologia) 17, 61—62
 Oikeuslause 32, 67
 Oikeuslähde 60—61, 145
 Oikeusnormi 30—32
 Oikeusperiaate 32, 60, 114
 Oikeuspoliittinen, oikeuspolitiikka 26, 177, 188
 Oikeusseikasto (normiseikasto) 67, 68, 73
 Oikeusseuraamus 67, 68, 73
 Oikeustaju 44—45, 167
 Oikeusteoria 8, 28—29, 34—35, 58
 Oikeustiede 19—27
 Oikeustoimilaki 156—160, 172
 Oikeusvaltio 53, 113
 Oikeusvarmuus 46, 48—49, 216
 Oikeusvertaileva tutkimus 104—107, 122, 206
 Ordre public 173, 186
 Pandektioikeus 8, 110
 Perusoikeus 53—54, 113—114
 Perustelulause 80, 129—131
 Perustuslaki 36, 113—114
 Pluralismi 32, 229
 Poikkeusratkaisu 209
 Poikkeussääntö 220
 Pragmaattinen 226
 Prejudikaatti 60, 115, 116, 145, 166, 210
 Prejudikaattioikeus 62—63, 93, 118—121
 Promulgoiminen 65, 213
 Prosessioikeus 3, 197
 Pätevyyssideologia 32, 154
 Ratio legis 223
 Rationaalinen 35, 88
 Rationaalinen oikeustiede 35
 Ratkaisu 33, 39
 Ratkaisuarargumentti 39, 129, 150, 210—212
 Ratkaisumalli 35, 179
 Ratkaisutoiminta 34, 45
 Ratkaisutulos 33—34, 211
 Retoriikka, retoorisuus 103, 129, 225
 Rikosoikeus 3, 69, 159, 191, 217, 221
 Riskivastuu 111, 118, 222, 231
 Semantiikka (lingvistiikka) 52, 66
 Semanttinen eli kielellinen tulkinta 134, 138, 226
 Siviilioikeus 3, 73, 123—124, 231
 Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa 182
 Sosiologiset tutkimukset 11—12
 Standardi 95, 98—99, 121
 Statute law 119—120, 198, 218
 Substanssikäsitys 29—30
 Subsumointi 93
 Suositusratkaisu 25
 Syllogismi 33—34
 Symboli 75
 Sääntöskeptisismi 85

- Tapa 187—188
 Tavanomainen oikeus 103
 Teleologinen tulkinta (objektiivisteo-
 loginen laintulkinta) 137, 200
 Tiedostaminen 26, 147
 Tulkinta 131, 208
 Tuomioistuimet 26, 147, 203, 215—216,
 228
 Tuomioistuinten kirjoitustapa 80, 141,
 151, 152
 Tuottamus 124
 Tutkimusmenetelmä 5—6, 57, 59
 Tyypittely 164, 168
 Tyypikkäsate 91—92
 Tyypiluettelo 94, 100, 219
 Tyypiprejudikaatti 167—168, 216
 Ulottuvuus (dimensio) 49—52, 229—230
 Vallanjako-oppi 36
 Varauslauseke 96, 99
 Vilpillinen kilpailu 179—180, 185
 Välineellisyys 7, 62, 227
 Väljäsisältöinen oikeuslause 28, 79, 81,
 95
 Yhdenvertaisuus 43, 52—53, 201
 Yhteiskunta-arvostus 155
 Yhteiskunta-ideologia 61—62
 Yksilönsuoja 223, 227
 Yleinen oikeustiede 58—59, 229
 Yleislauseke 1, 71, 73, määritelmä: 100,
 104, 151, 213—214
 Yleislausekeratkaisu 151, 208—209, 213
 —214
 Yleispätevyys 52, 154

L Y H E N T E I T Ä

AL	= Avioliittolaki
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AÖfR	= Archiv für Öffentlichen Rechts
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
DL	= Defensor Legis
GB	= Giftermålsbalk (Ruotsin)
HO	= Hovioikeus
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KKO	= Korkein oikeus
Lvk	= Lainvalmistelukunta
Lm	= Lakimies
ND	= Nordisk Domsamling
NJA	= Nytt Juridiskt Arkiv
OTL	= Oikeustoimilaki
SvJT	= Svensk Juristtidning
SvT	= Tidskrift för Statsvetenskap
SOU	= Statens offentliga utredningar (Ruotsin)
TfR	= Tidsskrift för Rettsvitenskap
VilpkilpL.	= Laki vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi
ZGB	= Sveitscherisches Zivilgesetzbuch

JOHDANTO

Mitä tarkoitetaan yleislausekkeilla? Useat siviilioikeutemme tutkijat¹ ovat käyttäneet tuota termiä vastaamassa sellaisia lainsäädännön väljennyksiä kuin oikeustoimilain 33 §:n ja vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain 1 §:n säännökset, jotka sisältävät normiseikaston asemesta vain väljän, periaateluontoisen mittapuun eturistiriitatilanteiden arvosteluperusteena. Myös muilla oikeusaloilla esiintyy niihin verrattavia säännöksiä. Nytemmin tullaan yleislauseketermi mahdollisesti myös kotiuttamaan lakikieleenkin.² Käsitelmäärittelyihin ja terminologisiin kysymyksiin palataan myöhemmin. Mainittakoon kuitenkin jo tässä yhteydessä, että sanottu termi ei ole oikeudessamme varattu yksinomaan lainsäädännön väljiksi tarkoitetuille oikeusohjeille, vaan myös nk. standardisopimusten yleisehtoja, joiden käsitteleminen ei kuulu tämän tutkimuksen piiriin, saatetaan kutsua yleislausekkeiksi.³

Saksalainen tutkija Hedemann kirjoitti vuosisadan alkupuolella kirjoituksen »Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat». Hän näki Bürgerliches Gesetzbuch'in tuomarin harkinnalle sijaa antavat säännökset, kuten BGB §:t 157, 242, 315, 317, 343, 626, 723 ja 826 välineinä poliittisten ja taloudellisten ideologioiden murtautumiselle oikeusjärjestykseen ja halusi torjua niiden oikeutta rappeuttavan vaikutuksen.⁴ Esim. saksalainen tutkija Engisch toteaa nytemmin, että lainsäätäjä on väljiä säännöksiä lukuisasti käyttämällä tehnyt niistä eräänlaisen luonnollisen välttämättömyyden.⁵ Myös Pohjoismaissa on

¹ Esim. Kivimäki—Ylöstalo: Suomen siviilioikeuden oppikirja (1964) s. 12. alav. Hakulinen: Velkakirjalaki (1947) s. 107.

² Ehdotus laiksi vilpillisestä kilpailusta perusteluineen (Komiteanmietintö 1967: A9).

³ Olsson: Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s. 8 (allmänna avtalsvillkor). Godenhielm: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. 157.

⁴ Hedemann: s. 4, s. 71.

⁵ Engisch: Einführung in das juristische Denken s. 107.

jatkuvasti kiinnitetty huomiota väljään eli joustavaan lainsäädäntötekniikkaan.⁶ Useimmat tutkijat ovat sitä mieltä, ettei suhteellisen väljäsisältöisiä säännöksiä, ei edes viittauksia avoimeen harkintamittapuuhun voida normiseikastoissa välttää.⁷ On myös kiinnitetty huomiota oikeuskäytännön mahdollisuuksiin tyypittelemällä edelleen kehittää oikeussääntöjä yleislausekeratkaisuina.⁸ Mutta on myös saatettu päätyä negatiiviseen kannanottoon yleislausekkeiden suhteen, kuten osoittaa esim. Kivimäen 1950-luvun alussa julkaiseman kirjoituksen otsikko: »Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä».⁹

Tässä tutkimuksessa esiintyy oikeuspoliittinen kysymyksenasettelu, ovatko yleislausekkeet hyväksyttäviä vai eivät, kuitenkin toissijaisessa asemassa. Tähän on kieltämättä ollut vaikuttamassa se tosiasia, että oikeusjärjestyksemme ei ole mannermaiseen oikeuteen verrattava koodifioitu järjestelmä. Tuomioistuinratkaisut on lainsäädännön puuttuessa saatettu perustaa tavanomaiseen oikeuteen, oikeuskäytäntöön, oikeustieteessä tunnettuihin periaatteisiin tai vain yksityistapauksen argumentointiin.¹⁰

Lähinnä on ollut tarkoituksena tutkia yleislausekkeitä eri oikeusaloilla, niiden teknillistä muotoilua ja niihin liittyviä oikeuspoliittisia tarkoituksenaikokkohtia. Kuten myöhemmin selvitetään, yleislausekkeet muodostavat vain erään ryhmän lainsäädäntömme väljäsisältöisistä sään-

⁶ Esim. *Knoph*: Rettslige standarder. *Stang*: Innledning til formueretten s. 91. *Agge*: Abstrakt norm och konkret verklighet (Festskrift för Eberstein 1950 s. 7 ss.) *Persson, Ulf*: Civilrättens generalklausuler (Festskrift för Olivecrona 1964 s. 508 ss.).

⁷ Esim. *Karlgren*: SvJT 1940 s. 529. *Hult*: Regel, standard, skön, Juridisk Debatt 1952 s. 41. *Brusiin*: DL 1938 s. 286 ss. *af Hällström*: JFT 1942 s. 412.

⁸ Esim. *Karlgren*: SvJT 1933 s. 228 ss. *Ussing*: Om aftaler (1945) s. 170. *Arnholm*: Alminnelig avtalerett s. 307 ss. *Alanen*: Lm 1942 s. 175 ss.

⁹ *Kivimäki*: Lm 1950 s. 302 ss. Toisin kuitenkin *Ylöstalo*: Siviilioikeuden kehityslinjoja (Festskrift i anledning av Codex' 25-års jubileum 1965 s. 85 ss.).

¹⁰ Esim. 1734-vuoden lain johdanto-osassa ilmoitetaan, että »någre besynnerlige mål, som sällan förefalla, äro efter noga öfvervägande utelämnade». Mm. Saksan oikeudessa on nyttemmin alettu enenevässä määrin korostaa oikeusjärjestystä yhteiskuntavaikutteille avoimena järjestyksensä. Esim. *Esser*: Grundsatz und Norm s. 51, s. 231, *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft s. 343 ss. Myös Englannin oikeusjärjestys, alempien tuomioistuinten ollessa sidottuja ylempien oikeusasteiden prejudikaatteihin on »muodollisesti avautunut», kun ylimmän tuomiovallan käyttäjä »the House of Lords» ei ole enää vuodesta 1966 lähtien sidottu omiin aikaisempiin ratkaisuihinsa. *Cross*: Precedent in English Law s. 5, s. 107.

nöksistä. *Rajanveto lakikielen ilmaisujen, väljiksi tarkoitettujen ilmaisujen ja yleislausekkeiden välillä jää liukuvaksi. Yleislausekkeet ovat kuitenkin nimenomaisesti väljentämässä jotakin kodifioimisasteelle kehitettyä säännöstöä. Lakiteknnilliset ja laintulkintakysymykset liittyvät tällöin toisiinsa.*¹¹

Aluksi tarkastellaan oikeustieteen metodia koskevia ongelmia, esittäen ne aspektit, jotka tutkimustehtävän valinta on tuonut mukanaan. Tutkitaan oikeuslauseiden rakennetta, lakikieltä ja väljäsisältöisiä säännöksiä yleensä. Huomiota kiinnitetään myös yhteiskunnassa vaikuttaviin eri kehitystekijöihin sekä erilaisiin, lähinnä muodollisteknnillisestä (välineellisestä), empiirissosiologisesta (yhteiskunnassa todettavasta) ja oikeusideologisesta (asetettujen tarkoituspäämäärien ja tehtävien) aspektista esitettyihin kannanottoihin.¹² Tällöin muodostaa myös laintulkintaoheiden tarkastelu osan tutkimuksesta.

Erityisesti tarkastellaan eräitä *arvostusmittapuultaan eriasteisia yleislausekkeitä siviilioikeuden alalla*. Tähän on päädytty mm. seuraavista syistä: Siviilioikeus on suuressa määrin kehittynyt ei-legislatiivista tietä, mikä seikka todetaan mannermaisten oikeusjärjestystenkin osalta.¹³ Yleislausekkeet ja niiden soveltaminen oikeuskäytännössä on ollut keskeisiä ja kiisteltyjä kysymyksiä juuri *varsinaisessa siviilioikeudessa*. Esim. rikos- tai prosessioikeudessa yleislausekkeihin verrattavia säännöksiä esiintyy lähinnä erinäisinä peruskäsitteinä (hätävarjelus, pakko-tila, laillinen este jne.) tai normiseikastojen joustamismahdollisuuksina. Rikosoikeudessa sitä paitsi korostetaan erityisesti lakisidonnaisuutta, jopa analogian käyttö syytetyn vahingoksi katsotaan kielletyksi, ja pyritään samoin välttämään yleislausekkeitä. Kun siviilioikeus useimmissa nk. länsimaisen oikeusjärjestyksen piiriin kuuluvissa maissa joko suu-remmassa tai pienemmässä määrin rakentuu roomalaisen oikeuden traditiolle, niin siviilioikeuden yleislausekkeet soveltuvat tutkimuskohteeksi myös vertailevan oikeustieteen kannalta.¹⁴ Samalla on kuitenkin todettava, että erityisesti siviilioikeuden alalla odotetaan eri maissa uusia ajattelumuotoja ja lähentymistä yhteiskuntailmiöiden moninaisuuteen.¹⁵

¹¹ *Stati*: Le Standard juridique s. 30.

¹² *Roubier*: Théorie Générale du Droit (1951) s. 90 ss, s. 323 ss.

¹³ Esim. *Dabin*: Théorie Générale du Droit (1969) s. 33.

¹⁴ Vrt. *Brusiin*: Lm 1954 s. 436 (siviilioikeuden »vakioaineksesta»).

¹⁵ Esim. *Carbonnier*: Flexible Droit (1969) s. 269 ss.

Ilmeisesti myös oikeuskäytännöllä tulee vastaisuudessaakin olemaan huomattava merkitys siviilioikeudellisen säännönmuodostuksen kehittäjänä.

Tutkimuksessa pyritään *selostavan* ja *erittelevän* aineiston ohella esittämään myös eräitä kannanottoja *de lege ferenda*. Kiinnitetään huomiota siihen, miten yleislausekkeet ehkä ovat saaneet teknillisesti oikeaansuneen muotonsa ja minkälaatuisten säännösten yhteyteen ne ehkä parhaiten soveltuvat. Kysytään myös, onko niiden avulla todella edistetty oikeuskehitystä.

I. OIKEUSTIETEELLISESTÄ TUTKIMUKSESTA

1. Eri kysymyksenasettelut

Oikeustieteessä on usein kiinnitetty huomiota siihen, että eri aikakausina esiintyneet filosofiset koulukunnat ovat olleet vaikuttamassa siihen, miten oikeustieteen piiriin kuuluvia ilmiöitä kulloinkin on *ymmärretty*. Historiallisesti voidaan viitata esim. Grotiuksen ja Locken luonnonoikeudelliseen filosofiaan 1600—1700-luvuilla ja Kantin muodolliseen velvollisuusfilosofiaan 1800-luvulla.¹ Tiedetään kuitenkin, että *filosofian kannanottoja ei ole omaksuttu välittömästi*, vaan jokin käsitys tai konstruktio on oikeudellisessa ajattelussa saatettu omaksua huomattavasti myöhemmin, vallitsevasti ehkä vasta seuraavina vuosisatoina.² Myös filosofit ovat kuitenkin eläneet »omaa aikaansa». Varsinkin varhaisempina vuosisatoina heidän ajatuksensa ovat usein olleet kiinteässä yhteydessä vallitseviin uskonnollismoraalisiin käsityksiin. Heidän »oppinsa» ovat kuitenkin saattaneet esiintyä jopa vastavaikutuksena ajan yhteiskunnallisille katsomuksille tai historiallisille tapahtumille. Filosofian historia taas tuntee yhdenmukaisia aatesuuntauksia toistuvina yhteiskunnallisina *kehitystekijöinä*.

Loogiset, lähinnä loogisanalyttiset virtaukset tämän vuosisadan alkupuolen filosofiassa ovat ennenkaikkea johtaneet kysymään, miten oikeudellisia ilmiöitä olisi *tutkittava*,³ ts. ne ovat saattaneet *itse tie-*

¹ Esim. Roubier: *Théorie Générale du Droit* (1951) s. 138 ss, s. 42.

² Scheler: *Die Wissensformen und die Gesellschaft* (1960) s. 63. Ripert: *Les forces créatrices du droit* s. 52. Filosofian merkitystä on uusien tieteiden kehittyessä myös väheksytty ja kysytty jääkö sille itse asiassa muuta tehtävää kuin oman historiansa tutkiminen. Vrt. Ryffel: *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie* s. 33.

³ Langer: *Philosophy in a new key* (1951) s. 16. Logiikan tarjoamat mahdollisuudet, Klaus: *Moderne Logik* (1970) s. 309.

teen kriittillisen tarkastelun kohteeksi.⁴ Oikeustieteessäkin on pyritty selvittämään, miten tieteenharjoittaja muodostaa käsityksensä, vastaavatko hänen käyttämänsä käsite ja ilmaisu toisiaan, mitä hypoteeseja hän asettaa tutkimuksensa perustaksi jne. Kun tarkastellaan esim. 1950- ja 1960-luvuilla ilmestyneitä väitöskirjoja havaitaan, kuinka laajasti niissä selvitetään metodiin liittyviä kysymyksiä.⁵

On kuitenkin todettava, että oikeustieteen metodin saattaminen keskustelunalaiseksi ei ole vain teoreettinen kysymyksenasettelu, vaan se on kasvanut esiin yhteiskuntakehityksestä, johon on vaikuttamassa jatkuva olosuhteiden muuttuminen teknillisenä ja taloudellisen kasvun aikakautenamme. Yhteiskunnalliset instituutiotkin joutuvat tuolloin muutosten alaisiksi. Mutta myös syntyneet uudet tieteet ja tieteenhaarat ovat erityisesti joutuneet kiinnittämään huomiota metodinsa tarkistamiseen. Ne ovat myös tarjonneet tutkimustuloksiaan muiden tieteiden käytettäväksi.

Kriittillisen asennoitumisen lähtökohta oikeustieteessä lienee kuitenkin, varsinkin kun on kysymys empiirisestä filosofiasta ja sen vaikutuksesta muihin tieteisiin, löydettävissä luonnontieteiden huomattavista saavutuksista tällä vuosisadalla, mikä on ollut omiaan herättämään kiinnostusta luonnontieteiden tutkimustapoihin vertailevasti.⁶

Voidaan todeta, että oikeustieteessä tuo kriittillinen asennoituminen on 1950- ja 1960-luvuilla johtanut »korostetun tieteellisyuden» vaatimuksiin.⁷ Kuitenkin on myös saatettu kysyä, onko oikeustiedettä ensinkään pidettävä tieteenä tai onko sitä edes kutsuttava tieteen nimellä.⁸

⁴ v. Wright: Logik, filosofi och språk (1957) s. 24. Wittgenstein: Tractatus Logico-Philosophicus (1958) 4112 s. 76. Bochenski: Europäische Philosophie der Gegenwart s. 7. Kts. myös v. Wright: Explanation and Understanding (1971) s. 4, s. 10.

⁵ Esim. Vuorio: Työsuhteen ehtojen määrittäminen (1955). Muukkonen: Muutosäännökset (1958). Jokela: Irtaimen kaupasta (1960). Sipponen: Lainsäädäntövallan delegoiminen (1965). Voipio: Verotuksen kiertämisestä (1968).

⁶ Kts. esim. Makkonen: Lm 1959 s. 49 ss.

⁷ Esim. Ross: Om ret og retfaerdighed (1953) s. 424. Ekelöf: Processuella grundbegrepp s. 10. Lahtinen: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen s. 79, s. 123. Zitting: Lm 1954 s. 610, Lm 1955 s. 644. Vrt. esim. H:gin lainopillisen tiedekunnan nimen muuttaminen oikeustieteelliseksi tiedekunnaksi. Sanonnan »lainoppi» voidaan myös katsoa viittaavan ideologiseen sidonnaisuuteen, esim. lakijärjestelmään tai muutoin ideologiseen järjestelmään.

⁸ Esim. Ekelöf: Är den juridiska doktrinen en teknik eller vetenskap? Ahlander: Är juridiken en vetenskap?

Historialliset tutkimukset osoittavat, että oikeustiede on menneinä vuosisatoina *avoimesti* saanut huomattavia *vaikutteita* muista tieteistä, kuten etiikasta sekä filosofisena että teologisena tieteenä, historiasta ja myöhemmin sosiologiasta, mutta myös »eksaktisemmista» tieteistä kuten erityisesti logiikasta. Aikanaan on sitten herännyt ajatus, että oikeustiedettä itse asiassa olisi tutkittava noiden muiden tieteiden aspekteista. Erityisesti Stone⁹ on tuonut esille etiikan, logiikan ja sosiologian oikeustieteen aspektitieteinä. Voitaneen jo tässä yhteydessä todeta, että Stonen ajattelusta on löydettävissä eräänlainen siemen tässä tutkimuksessa omak-sutulle eri-ulotteiselle ajattelulle. Tällöin voidaan nuo Stonen tarkoitta-mat aspektitieteet hahmotella siten, että lähinnä etiikka laajassa mer-kityksessä joutuu edustamaan oikeusideologista, sosiologia empirishavain-nollista ja logiikka muodolliskonstruktivistisista aineista oikeudellisessa ajattelussa.

Oikeusdogmatiikan esityksiä tarkastelemalla voidaan todeta, että oikeustiede eri aikakausina on toistuvasti osoittanut »viehtymystä» *loogi-siin päätelmiin* ja *välineellisyteen*. Kuten tunnettua länsimainen oikeus-tiede sai alkunsa roomalaisesta oikeudesta sen saatua vaikutteita kreikka-laisesta filosofiasta, joka jo tunsikin sekä analyysin että synteysin tutkimus-välineinä.¹⁰ Usein on kuitenkin korostettu, että varsinainen roomalai-nen oikeus oli »käytännön juristien» kehittämää oikeutta.¹¹ Niinpä Corpus Juris Civilis (529 jKr) sisälsi lähinnä lakikokoelmia käsittävien osien (Codex ja Novellae) rinnalla huomattavien juristien lausuntoja ja oikeuden oppikirjan (Institutiones). Itse *lakiteokseen* sisältyy siten jo *lakien tulkinta-aineistoa*.¹²

Suhteellisen yksimielisesti sijoitetaan varsinaisen oikeustieteen lähtö-kohta kuitenkin vasta 1100- ja 1200-lukujen Bolognaan, jossa nk. glossaatorit suorittivat *lakien kommentointityötä*.¹³ Sitä jatkoivat edelleen nk.

⁹ Stone: The Province and Function of law (1950) s. 26. Vrt. Ross: s. 40.

¹⁰ Kaser: Das römische Privatrecht I (1971) s. 3, s. 178 ss.

¹¹ Koschaker: Europa und das römische Recht (1958). Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952). Dulceit: Römische Rechtsgeschichte (1970).

¹² Kts. esim. Coing: Den europeiska rättsvetenskapens ursprungliga enhetlighet TFR 1968 s. 208.

¹³ Selitysteosten »glossien» kirjoittamisen ohella keskiajan lainoppineet myös opettivat lakien tulkittamista pitämillään luennoilla. Kts. esim. Savigny: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter II s. 238 ss, III s. 420 ss, 478 ss, 504 ss.

postglossaattorit 1300- 1400-luvuilla. Jo historiallisesti on siis *eksegeettinen* lakitekstejä ja oikeudellisia käsitteitä analysoiva *tutkimus* ollut keskeisellä sijalla. Keskiajalla lienee varsinainen käsitetutkimus kuitenkin lähinnä sisältänyt käsitteiden johtamista osaksi Tuomas Aquinon hierarkista järjestelmää. Kun abstraktisia käsitteitä kehitettiin edelleen 1700- ja 1800-luvuilla saatiin vaikutteita mm. Descartesin *inhimillisestä tietoisuudesta* johdettavasta rationaalisesta ajattelusta,¹⁴ joka asetti *hypoteesin* »muuttumattomista luonnonlaeista».

Erityistä kukoistuskauttaan muodollinen käsitejuridiikka on kuitenkin elänyt *Saksan pandektioikeudessa*. Eräs sen viimeisiä tunnettuja edustajia on meillä aikaisemmin toistuvasti viittauskirjallisuudessa esiintynyt Windscheid. Pandektioikeuden mukana on myös säilynyt ajatus käsitteiden »substantiaalisuudesta» ja niiden sijoittamisesta johdannaisjärjestelmään, jolloin käytetään hyväksi deduktiivista ajattelua. Vastaavasti saatetaan periaatteita deduktion avulla johtaa eräistä tunnetuista yläperiaatteista. Konstruktiiivisesti saattavat käsitteet kuitenkin myös olla vailla omaa sisältöä ja niiden »substanssina» on vain riippuvuussuhde toisista käsitteistä.¹⁵

Oikeusteoreettista käsitteisiin sidottua positivismia seurasi Saksassa nk. *lakipositivismi*, jolloin taas alettiin kiinnittää erityistä huomiota lakitekstien eksegeettiseen tarkasteluun ja siten itse *lainsäädännön käsitteisiin*. Kodifikaatioajattelun vaikutuksesta on lakipositivismi erityisesti vaikuttanut myös Ranskan oikeudessa. Saksassa taas *Kantin filosofia*, vaikka se johtaakin eettiset lait riippumattomina itseisarvoina inhimillisestä tietoisuudesta, on asettaessaan abstraktisen *velvollisuusidean lähtökohdaksi* ¹⁶ ollut kehittämässä normatiivista ja siten myös *muodolliskäsitteellistä oikeustiedettä*.

Tällä vuosisadalla ovat erityisesti loogisanalyyttinen ja semanttinen (lingvistinen) filosofia tuoneet esille uudet loogiskonstruktiiiviset mahdollisuudet. Sanotut filosofiset suunnat ovat saaneet eniten jalansijaa Englannissa ja Yhdysvalloissa. Oikeusteoriasta ovat meillä erityisesti

¹⁴ Descartesin filosofiaa onkin pidetty koko myöhemmän ajan idea-ajattelun lähtökohdana. Kts. v. Wright: Descartes och den vetenskapliga idéutvecklingen (Åjatus 1950 s. 115), Descartes: Discours de méthodes (1637).

¹⁵ Esim. Somló: Juristische Grundlehre (1927) s. 27 s. 47: oikeudellisilla peruskäsitteillä ei ole itsenäistä sisältöä.

¹⁶ Esim. Sauer: System der Rechts- und Sozialphilosophie s. 323 ss.

tunnettuja *Hohfeldin relaatioanalyysi*¹⁷ peruskäsitteistä ja hänen teorian kannattajien tanskalaisten teoreetikkojen Rossin ja Vinding Kruksen sovellutukset, jotka ovat olleet Zittingin oikeustieteellisten tutkimusten lähtökohtana. Kuten tunnettua Hohfeldin teoriat jäivät hänen oman käsityksensä mukaan vielä kehitysvaiheeseen.¹⁸ Vähitellen on myös alettu ymmärtää, ettei niiden avulla saateta ratkaista uusia tilanteita, vaan lähinnä tarkistaa saavutettuja tuloksia. Lisäksi on kiinnitettävä huomiota teorian »potentiaaliseen merkitykseen» ajattelussa. Yhtenäisongelmien sijasta tulevat esiin eri relaatiot. Ilmiöitä logiikan lakien alaisuuteen »pusertamalla» ei ilmeisesti kuitenkaan luoda sitä dynaamista oikeutta, joka oli Hohfeldin omana päämääränä, vaan pandektioikeuden käsitejärjestelmään verrattava kaavoittuma. Hohfeldin teorian suurimmaksi ansioksi siten ilmeisesti jääkin hänen peruskäsitteiksi valitsemiensa käsitteiden analysoimiseksi suorittamansa työn sivutuloksena saavutettu virhelähteiden paljastaminen,¹⁹ ts. havaitaan *kollisiotilanteet eri relatioissa ja epätarkka oikeudellinen kielenkäyttö* noiden tilanteiden yhteydessä.

Tutkimusmetodista on kuitenkin erotettava *metodillinen asennoituminen*, joka voidaan kohdistaa ei vain tutkimustapoihin vaan itse tutkimuskohteeseen.²⁰ Kuten myöhemmin selvitellään, muodollisesti asennoituen saattaa koko oikeusjärjestyskin merkitä vain pelisääntöjen kokonaisuutta.

Vastavaikutuksina muodollisille virtauksille oikeustieteessä ovat toistuvasti esiintyneet *historialliset tutkimukset*. Esim. Savignyn koulukunta Saksassa merkitsi voimakasta vastavaikutusta muodolliselle oikeustieteelle, mutta — paradoksaalista kylläkin — sen kiinnittäessä erityistä huomiota vanhan roomalaisen oikeuden tutkimiseen²¹ myös

¹⁷ *Hohfeld: Fundamental Legal Concepts* (1923), *Zitting: Omistajanvaihdoksesta. Analyyttisen oikeusteorian perustajiin kuuluvana mainitaan Austin.* Muita aikaisempia analyttikkoja ovat mm. *Salmond, Holland, Markby.*

¹⁸ *Hohfeld: s. 357, s. 382. Vrt. esim. Stone: The Province s. 138 »analytical jurisprudence cannot discover or even identify actual law». Stone: Legal system and lawyers reasonings s. 67.*

¹⁹ *Moritz: Über Hohfelds System der juristischen Grundbegriffe* (1960) s. 21. *Zitting: Lm 1960 s. 862. Vrt. Caselius: Lm 1959 s. 743 ss.*

²⁰ Esim. *Ketonen: Tieteellisen menetelmän luonne* (Suomalainen Suomi 1954 s. 77).

²¹ *Enneccerus—Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I* (1959) s. 122—123.

koko pandektioikeus Saksassa rakentui sittemmin sen pohjalle. Historialliset tutkimukset ovat kuitenkin eri aikakausina tuoneet oikeustieteessä esille yhteiskuntarealitietit, vaikkapa vain selostuksina vallitsevista traditioista.²²

Tämän vuosisadan oikeustiedettä ovat muodolliskonstruktivistien tutkimusten rinnalla erityisesti kiinnostaneet *sosiologiset tutkimukset*. Kysytään mitä todella tapahtuu muuttuvassa yhteiskunnassa, mitä sääntöjä tuomioistuimet noudattavat, mitä on keskimittakäyttäytyminen, myös mitä vallitsevia katsomuksia yhteiskunnassa esiintyy.

Sosiologian perustajana on pidetty ranskalaista Comtea, joka 1800-luvulla esiintyi positivistisen filosofian perustajana. Sosiologialla, kuten länsimaisella ajattelulla yleensä, on juurensa jo Antiikin maailmassa, jossa Aristoteles kysyy, mikä on »ihmisen tehtävä». Oikeustieteessä on sosiologisia virtauksia edeltänyt oikeussosiologinen filosofia iskulauseineen »elävästä elämästä oikeutta muodostavana voimana».²³ Sosiologisten virtausten vaikutusta esiintyi erityisesti Saksassa vuosisadan alun vapaa-oikeudellisten koulukuntien opeissa, jotka meillä ovat saaneet erittäin rajoitetusti jalansijaa. Ranskassa on esiintynyt ehkä maltillisempia ja jatkuvaa tunnustusta saavuttaneita vapaa-oikeudellisten suuntausten edustajia, kuten Geny²⁴ ja Duguit.²⁵ Muodollisen käsitejuridiikan vastavaiikutukseksi Ruotsissa lienee katsottava sosiaalipsykologisille käsityksille rakentunut nk. Uppsalan koulukunta,²⁶ joka nytemmin on menettänyt merkitystään. On myös todettava, että esim. *Iheringin intressijuridiikka*²⁷ on samoin aikanaan esiintynyt pandektioikeuden muodollisten suuntausten vastavaikutuksena. Saksassa ei intressijuridiikan avulla ole kuitenkaan pyritty vapautumaan käsitteellisyydestä, vaan monet aukto-

²² Esim. *Palmén*: Juridisk Handbok för medborgerlig bildning (1859) s. 19 käsittelee historiallisia tutkimuksia »empiirisenä tieteenä».

²³ Ajatus esiintyy esim. *Jellinek*'illä, jota pidetään eräänä nk. valtiontahtoteorian edustajana. Saksan vanhaa nk. vapaa-oikeudellista koulukuntaa edustavat mm. *Ehrlich* ja *Kantorowicz*.

²⁴ *Geny*: Méthode de l'interprétation et sources en droit privé positif II s. 109 »libre recherche scientifique».

²⁵ *Duguit*: L'Etat, le droit objectif et la loi positive I s. 18, s. 47 (*Durkheim*) »solidariteettiajatus» käyttäytymissääntöjen perustana.

²⁶ *Olivecrona*: Om lagen och staten s. 24. *Caselius*: JFT 1929 s. 177 ss. (Den Hågerström—Lundstedtska skolan i Finland).

²⁷ *Ihering*: Der Zweck im Recht I (1893) s. 444, s. 560 ss.

ritatiiviset tutkijat ovat nimenomaan pyrkineet yhteensovittamaan käsitte- ja intressijuridiikan oppeja myös oikeussäännöksiä sovellettaessa.²⁸

Vakiintuneena toteamuksena voidaan nyttemmin esittää, että kaikki oikeustiede rakentuu sosiaalisen kentän huomioon ottamiselle.²⁹ Voidaan kuitenkin kysyä: *miten* se eri yhteyksissä tapahtuu, *kiinnitetäänkö* riittävästi huomiota muutoksiin yhteiskunnassa ja *ennenkaikkea: esiintyykö* riittävää yhteistoimintaa oikeudellisen ja sosiologisen tutkimuksen välillä.³⁰

Metodillisesti on sosiologisesta oikeusteoriasta vaikutteita saanut oikeustiede esim. saattanut keskittyä kokemuseräisesti todettavan aineiston keräämiseen. Tutkimustuloksena on siten ilman kriittillistä asennoitumista saatettu esittää *oikeuskäytännön vallitseviksi kannanotoiksi katsottuja* ratkaisuja. Erikseen on kuitenkin todettava, että oikeustieteessä tuottaa jo vaikeuksia deskriptiivisen (selostavan ja toistavan) tutkimuksen erottaminen normatiivisesta (mielipidevaihtoehtoja ja auktoriteettiratkaisuja esiintuovasta) tutkimuksesta. Esim. oikeustapaustarkastelussa kokonaan *tutkijan olettamuksen* varaan saattaa jäädä, milloin on kysymys tutkijan omasta norminmuodostuksesta, milloin tuomioistuimen normi-ilmaisuuksista tai sen esiintuomasta aineistosta normin kehittämiseksi (seikka, jota tuomioistuinten oma terminologia ja kielenkäytön säännöt ja usein puutteellinen argumentointi on vielä korostamassa).

Esim. Kastari³¹ on kiinnittänyt huomiota siihen, että juristi itse asiassa onkin »aktiivinen pelaaja», sosiologi taas »pelin tarkkailija». Oikeustieteilijä voi kuitenkin pyrkiä erityisesti joko pelaajan tai tarkkailijan »rooliin» eli nimenomaisesti arvostelevaan, jopa ohjaavaankin tai sitten lähinnä tuomioistuinaineistoa keräävään ja yhdistelevään

²⁸ Esim. Schönke: Einführung in die Rechtswissenschaft s. 25. Kts. myös Larenz: Rudolf Ihering und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft (Iherings Erbe, Göttinger symposion 1970 s. 135 ss).

²⁹ Esim. Alanen: Lm 1952 s. 61.

³⁰ Vrt. kuitenkin esim. pohjoismaisen oikeussosiologisen yhdistyksen konferenssit, joissa on mm. käsitelty *oikeudellista päätöksentekoprosessia*. Ilmeisesti myös sosiologien kiinnostus itse oikeuslaitoksesta suoritettaviin tutkimuksiin on tähän asti ollut vähäistä. Vrt. esim. tutkimukset poliittisista järjestelmistä. Esim. Dahl: Johdatus politiikan tutkimukseen s. 97 ss. ja siinä mainittu viittauskirjallisuus.

³¹ Kastari: Valtiojärjestyksemme oikeudelliset perusteet s. 35. Kts. ideologioihin liittyen myös Mannheim: Wissenssoziologie s. 392.

kirjoitteluun. Mahdollista on myös, että pyritään esiintymään molemmissa rooleissa.

Empiirisen aineiston avulla voidaan myös pyrkiä »todentamaan» tutkijan asettamia hypoteeseja. Empiirisesti asennoituen on tieteellisen konstruktion »oikeellisuuden» saatettu katsoa riippuvan siitä, onko sitä käytännössä sovellettu. Nk. normatiivisissa tieteissä, joita oikeustiedekin edustaa, on ilmeisesti kysymys eri teorioiden ja konstruktioiden soveltamismahdollisuuksien tutkimisesta käytännössä. Vielä laajempänä näkee kuitenkin sosiologiakin nyttemmin empiirisen aineiston tehtävän: se saat-
taa vaikuttaa alullepanevasti, suuntaa antavasti, teorioita selventävästi jne. On myös havaittu sosiologian yhtymäkohdat humanistisiin tietei-
siin.³²

Empiiristen tutkimusten ansiosta on kuitenkin saatu selville, mikä *merkitys tuomioistuimilla* itse asiassa on »voimassa olevan oikeuden» muodostajana. Niiden ratkaisut saattavat vaikuttaa abstraktisia lain-
säädäntöohjeita täydentävästi, muuttavasti, jopa kumoavasti. On myös
pyritty tutkimaan käytännön ratkaisuja tuomioistuinten ulkopuolella,
kuten esim. vakiintuneita sopimustyyppisiä ja tavanomaisen oikeuden
muodostumista liike-elämän piirissä.

Erityisesti angloamerikkalaisessa, mutta myös pohjoismaisessa ja man-
nermaisessa oikeusteoriassa on kiinnitetty huomiota *sosiologisten tutki-
musten hyödyllisyyteen oikeustieteen kannalta*. Useita sosiologisia tut-
kimuksia on saatettu käyttää hyväksi rikosoikeudessa. Mm. Ranskassa
on siviililainsäädännön muutoksia valmisteltaessa tehty laajoja sosiologisia
(sekä käyttäytymis- että mielipide-) tutkimuksia.³³ On myös »karistettu
pois» erheellisiä käsityksiä sosiologian tehtävästä. Todetaan, että sosio-
logia saattaa palvella tieteellisenä apuvälineenä eikä sitä samasteta keski-
mittakäyttäytymistä ja enemmistöryhmien kannanottoja ohjelmakseen
asettavaan ideologiaan. Varauksin on kuitenkin todettava, että kerätyn

³² Esim. Zetterberg: Om teori och belägg i sociologien s. 16, s. 33.

³³ Esim. Ranskan holhouslakia ja avioliittolain omaisuusjärjestelmää uudis-
tettaessa tehdyt tutkimukset on suorittanut Ranskan oikeusministeriön toimeksi-
annosta »L'Institut Francais d'Opinion Publique». Vuonna 1965 tapahtunutta
avioliittolakiuudistusta varten tutkimukset on suoritettu vuonna 1963 ja haasta-
teltavina on ollut eri yhteiskuntaluokista yli 2500 henkilöä. Paitsi mielipide- ja
asennetutkimuksia, on suoritettu laajoja sosiologisia tutkimuksia siitä, miten esim.
omaisuusjärjestelyt on eri ryhmissä tosiasiallisesti asianosaisten kesken suoritettu.

aineiston avulla, tämä koskee erityisesti mielipidetutkimuksia, saavutetaan yhteiskunnasta lähinnä vain *todennäköistä tietoa*.^{33a} Sille voidaan myös rakentaa vain todennäköisyysarvioihin perustuvia oikeuspoliittisia kannanottoja.

Sekä sosiologisempiirinen että muodollisteknillinen (looginen) kysymyksenasettelu ovat oikeustieteessä myös saattaneet liittyä toisiinsa: On pitäyditty nimenomaisesti vain havainnon avulla todettavaan ja mahdollisimman kokemuseräiseen.³⁴ Sosiologiassakin on kuitenkin nyttemmin todettu, että tiedettä on harjoitettu ilman riittävää käsitteellistä analysointia. Se on myös saattanut heijastua eräisiin oikeustieteen piirissä suoritettuihin tutkimuksiin. Toisaalta loogisanalyttinen tutkimus on taas saattanut vieraantuakin yhteiskunnallisista ilmiöistä eräitä näennäisongelmia koskevaksi teoriaksi.

Erääksi välivaiheeksi lienee kuitenkin *jäänyt ajanjakso*, jolloin muodollisteknillisen ja empiirissosiologisen kysymyksenasettelun avulla on haluttu kokonaan syrjäyttää oikeustieteen piiristä tai ainakin asettaa siinä rajoitusten alaisiksi muut kysymyksenasettelut. Erityisesti tämä koskee normatiivisideologista kysymyksenasettelua, joka samalla on myös *oikeuspoliittinen*: miten tuomarin pitäisi suorittaa ratkaisunsa, miten kansalaisten pitäisi käyttäytyä, miten lainsäädäntö pitäisi muotoilla. Sanottu kysymyksenasettelu edellyttää nk. arvostusten suorittamista ja saattaa myös johtaa kannanottoihin *de lege ferenda*.

Arvofilosofisten ongelmien syvällisempi pohtiminen ei kuulune yleisen oikeustieteen piiriin, mutta sen harjoittajalta edellytetään kuitenkin tietoja ja kannanottojakin eräistä arvofilosofisista kysymyksistä. Mainittakoon tässä yhteydessä, että *arvostamisella* tarkoitetaan kulloinkin suoritettavaa *arvopunnitusta* ja *arvovalintaa*; *arvostuksilla* taas arvoarvostelmia eli *arvostustoiminnan tuloksia*.

Alunperin on loogisempiiriseen filosofiaan nojautuva oikeusteoria halunnut kokonaan eliminoida arvostukset oikeustieteellisestä tutkimuksesta. Meillä tunnetuista suuntauksista tämä koskee lähinnä nk. *Lund-*

^{33a} Kyberneettisten menetelmien hyväksikäyttömahdollisuuksista yhteiskuntatieteissä esim. *Ashby: An Introduction to Cybernetics* (1970) s. 3 s. 121 ss., s. 244 ss. Kts. myös *Niiniluoto: Lm.* 1972 s. 134 ss, erit. s. 147.

³⁴ Vrt. aikaisempia — jo hylättyjä kannanottoja esim. v. *Wright: Looginen empirismi* (1945) s. 60, s. 123. *Ayer: Språk, sanning, logik* s. 37.

*stedt—Hägerströmiläisen koulukunnan*³⁵ oppeja alkuperäismuodossaan, jolloin katsottiin, että mitään todellista arvopunnitusta tai arvovalintaa ei esiinny, vaan ratkaisut, joiden perustaksi on ilmoitettu arvostus, tai säännökset, joissa esiintyy yhteiskunta-arvostus mittapuuna, ovat itse asiassa »tunteen sanelemia» ja johtavat mielivaltaan. Ratkaisija rakentaa päätöksensä subjektiivisille kannanotoilleen, valiten ratkaisun, joka tuottaa hänelle suurinta mielihyvää tai ainakin välttää mielipahan. Nk. *arvorelativistit* lähtevät siitä, että arvopunnitusta ja arvovalintaa tosin esiintyy, mutta asetetut arvot ovat relatiivisia ratkaisijan suorittaessa valinnan omien yksityisten, oman yhteiskuntaryhmänsä tai kulttuuri-traditiosta etsittävien mittapuiden mukaan.³⁶ Nk. *arvo-objektivistit* taas lähtevät yleispätevistä muuttumattomista arvoista. Kun esim. oikeuskäsitys aikojen kuluessa muuttuu, katsotaan sen johtuvan siitä, että arvostuksissa esiintyy subjektiivisia elementtejä suhteessa perusarvoihin.³⁷

Käytännössä saattaa esim. tutkijan objektiivisiin arvoihin perustavaksi ilmoitettu kannanotto kuitenkin olla lähellä jonkun toisen tutkijan kulttuuritraditioille rakentuvaa arvostusta, vaikka tuo viimeksi tarkoitettu tutkija lukeutuisikin arvorelativistien joukkoon. Toisaalta taas arvorelativisti, joka nojautuu ratkaisuihinsa pelkästään subjektiivisiin kannanottoihinsa, saattaa olla jo lähellä arvonihilismää.^{37a}

Probleemia voidaan myös tarkastella kielellisestä kommunikaatiosta käsin. Kun arvostusta suoritetaan suhteessa ratkaisijan asettamiin mielikuviin, *ideoihin*, asetetaan mittapuu, joka *ajatusyksikkönä* on sinänsä objektiiviseksi määriteltävissä.³⁸ Kielellinen kommunikaatio välittää

³⁵ Alkuaan esim. *Hägerströmin* filosofia sisälsi ajatuksen, jonka mukaan »en värdesats är ett uttryck för en känsla». Myöhemmin hän joutui kuitenkin toteamaan, että esiintyi myös arvostuksia, jotka eivät perustuneet tunteeseen, kuten esim. »det är rätt att utveckla sina anlag» *Marc—Wogau: Studier till Axel Hägerströms filosofi* s. 25. Vrt. kuitenkin *Olivecrona: Om lagen och staten* »Vad som bör fordras är blott en klar skillnad mellan värderingar och utsagor om verklighetens beskaffenhet» s. 60.

³⁶ Vrt. esim. *Ross: s. 425*. Relativistisia teorioita kutsutaan myös naturalistiksiki, *Moritz: Inledning i värdeteori* s. 8 ja s. 43 ss.

³⁷ Esim. *Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus* s. 109. *Salomaa: Totuus ja arvo*.

^{37a} Esiintyy itse asiassa monia muunnoksia yksinkertaistetusta jaoittelusta. *Moritz: s. 8*.

³⁸ Vrt. *Moore: Ethics* s. 152. *Toulmin: An examination of the place of reason in ethics* s. 43.

tuon mittapuun ulkomaailmalle. Oikeustieteessä voidaan arvo- ja arvostuskysymykset siten ottaa käsiteltäväksi kiinnittämättä huomiota arvoobjektivismin ja arvotieteen välisiin kiistakysymyksiin.

Kuten edellä jo todettiin, oikeustieteessä esiintyy eräänä ajatusyksikkönä *idea*, jota käytetään yleensä määrittelemättömänä. Sillä saateetaan vain tarkoittaa *mielikuvaa*³⁹ jostakin tilanteesta. Vaikka se ei olekaan sidottu empiriseen maailmaan, esim. aikaan tai paikkaan, niin se usein on kuitenkin tyypitelty jälkikäteiskonstruktio jostakin koetusta tilanteesta tai useampien eri tilanteiden yhdistelmä. Voidaan myös muodostaa eriaistisesti abstrahoituja ja arvostettuja ideoita eli suksessivistä käsitteellisyyttä »idean ympärillä».⁴⁰ Kun mielikuva abstrahoidaan siten, että siihen liitetään hyväksyvää omaksumista, saattaa kehittyä mielikuva, jota kutsumme *esikuvaksi*.

Eri filosofiset koulukunnat käyttävät termiä *idea* eri merkityksissä, mutta yleensä sillä kuitenkin tarkoitetaan käsitteellisesti *jotain* vielä abstrahoidumpaa ja empirisestä tasosta erillään olevaa kuin mielikuva tai esikuva. Koko idea-ajattelun lähtökohta voidaan löytää Platonin ideaopista, jolloin ideaan liitetään vaatimus *täydellisyydestä*. Usein platonilaisten idea-ajatusien yhteydessä irroittaudutaan siinä määrin elävästä elämästä, että saatetaan puhua ilmiöiden ja tavoitteiden *idealisoinnista*.⁴¹ Mutta idea-ajatteluun saattaa myös tiedostetusti kuulua epätäydellisyyden ja vajavaisuuden toteamus, kuten esim. inhimilliseen keskimittakäyttäytymiseen liittyviä *tavoitteita* ajatellen.

Esim. Mannheim⁴² pyrkii erottamaan *ideat* ja *ideologioita* käsitteellisesti toisistaan siten, että *idea* on ajatusyksikkö, joka muodostetaan *ajattelevasta yksilöstä käsin*. Eri ideologioista puhutaan, kun *ulkoapäin* tarkastellaan yhteiskunnassa vaikuttavia ajatussuuntauksia. Mannheim käsittelee ideoita *funktionaalisina*, siis määrättyjä tehtäviä ja tarkoituks-

³⁹ Esim. Lahtinen: Von konstruierten Denkschemas und von der Sprache (Ius Humanum 1966 s. 87, s. 89). Scheler: Die Wissensformen und die Gesellschaft s. 284 ss.

⁴⁰ Esim. Perelman: Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique (1970) s. 111, s. 199.

⁴¹ Esim. Brusiin: Tuomarin harkinta s. 11. Makkonen: Lm 1959 s. 49 ss. Kts. myös Caselius: Panttioikeuden käsitteestä s. 102.

⁴² Mannheim: Wissenssoziologie s. 392, s. 395. Vrt. idea-ajattelusta esim. Kant: Die Metaphysik der Sitten, 1798 (Werke s. 328) *idea* (myös kategorinen imperatiivi) ja sen suhde (»Vorstellung eines Zweckes») arvostuksiin. Locke: Concerning Human Understanding (Alston: Philosophy of language s. 22).

päämääriä varten asetettuina. Eettiset järjestelmät asettavat kuitenkin myös *itseisarvoisia* ideoita.

Kun asetetaan hypoteesi oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta *rationaalisesti ohjattuna ja tiedostettuna toimintana*, esiintyy säännöllisesti eräitä ideamuodostuksia. Arvopunnitusta ja arvovalintaa suoritettaessa arvostaminen tapahtuu suhteessa asetettuihin ideoihin.⁴³ Siten esim. jonkin esineen »käyttöarvo» punnitaan suhteessa mielikuviin sen vastaisista käyttömahdollisuuksista, sen »tunnearvo» taas suhteessa mielikuviin, jotka tulevat esille jälkikäetoteamuksena, hyvin konkreettiset esimerkit valitaksemme. Voidaan myös sanotulla perusteella erottaa toisistaan »itseisarvoisia» ja »välinearvoisia» ideoita,⁴⁴ viimeksi mainitut lähinnä suhteessa asetettuihin tarkoituspäämääriin. Paradoksaaliselta toteamukselta tuntuu väite, että oikeudellinen ratkaisu itse asiassa sisältää *ratkaisun »arvokkaammasta ideasta»*. Eräät arvostetut ideat saattavat kuitenkin jopa siinä määrin esiintyä vallitsevina yhteiskunnassa, että puhutaan yhteiskunnallisista arvoista.⁴⁵

Vaikeuksia tuottaa, että arvostuksia lähtökohtineen ei voida pelkistää rationaalisiksi ja että myös psykologisilla tekijöillä on merkitystä ratkaisutoiminnassa, mihin kysymyksiin palataan uudelleen oikeudellisia ratkaisuja koskevan esityksen yhteydessä. Oikeudelliset ideat esiintyvät sitä paitsi usein taka-alalla, jopa »selviöiksi» katsottuina, joskus tunnistamattominakin. Voitaneen puhua osittain *tiedostetuista*, osittain *tiedostamattomista* ideoista. Erilaiset ideat ja ideologiat vaikuttavat yhteiskunnassa myös nk. peruskatsomuksina. Ideologioilla⁴⁶ tarkoitetaan yleensä yhteiskunnassa vaikuttavia *aatteentoteuttamisoppeja*, jotka käsitteellisesti ovat kuitenkin usein »epämääräisempiä» kuin abstraktisiksi »suuntaviivoiksi» pelkistetyt ideat. Ideologioihin liittyy, paitsi eri ideoita ja ideayhdistelmiä, myös kokonaisvaltaisia nk. maailmankatsomuksellisia aineksia, vakaumuksellisuutta ja erilaisia odotuksia. Ohjelmallisia ideoita

⁴³ Kts. esim. *Huber*: *Recht und Rechtsverwirklichung* s. 380.

⁴⁴ Jaoittelu, joka yleensä esiintyy arvofilosoifeilla (vrt. jo esim. *Höffding*). Kts. myös v. *Wright*: *The Varieties of Goodness* s. 19, erottaen »instrumental goodness» ja »technical goodness», joista viimeksi mainittu, mikäli se ei *samalla* ole »instrumental», kuitenkin »bears no intrinsic relationship to preferential choice» s. 39.

⁴⁵ *Scheler*: *Die Wissensformen und die Gesellschaft* s. 101.

⁴⁶ Asenteet edustavat, niin voitaneen kuvata vielä hahmottomattomia ideoita, ts. asenteet voidaan ehkä myöhemmin rationaalisesti tämentää arvostetuiksi ideoiksi, jopa omaksutuiksi ideologioiksi.

kutsutaan myös aatteiksi⁴⁷ ja niihin saatetaan myös yhdistää *konkretisoitavia tavoitteita*.

Voidaanko yhteiskunnallisista ideologioista erikseen erottaa oikeudelliset ideat ja ideologiat? Termiä *oikeudellinen ideologia* käytetään säännöllisesti *määrittelemättömänä*. Usein sillä kuitenkin tarkoitetaan kulttuuritraditiosta johdettua ideologiaa, lähinnä eräitä länsimaiselle oikeuskulttuurille yhteisiä katsomuksia, jotka tunnetaan esim. perustana *Haagin kansainvälisen tuomioistuimen hyväksymille toimintaperiaatteille*.⁴⁸ Eräät oikeudelliset ideologiat esiintyvät kuitenkin keskenään kilpailevina,⁴⁹ kuten esim. rikosoikeuden ohjelmalliset ajatukset rangaistusten yleisestävästä ja erityisestävästä vaikutuksesta niihin liittyvine todennäköisyysarvioineen. Kilpailevista ideologioista saattaa myöhemmin muodostua peruskatsomuksia, joista lausutaan: »Man diskutiert sie nicht, man geht von ihnen aus».⁵⁰

Erityisesti sotien jälkeen alettiin suhtautua varauksellisesti ideologiseen ainekseen oikeustieteessä. Korostettiin, että »iskulauseet» ja »periaatejulistukset» eivät kuulu »puhtaan tieteen» piiriin, jonka ainoaksi arvoksi »korotettiin» totuudellisuus, vieläpä kausaalismekaaninen totuus. Oikeudellisissa tutkimuksissa *totuudellisuuden* korostaminen johtaa lähinnä lainsäätäjän ajatusten etsimiseen ja oikeuskäytännön tulosten

⁴⁷ Hofmann: Wissenschaft und Ideologie ARSP 1967 s. 201.

Ideologia-termi on suhteellisen myöhäissyntyinen. Sen yhteydessä viitataan usein marxilaiseen filosofiaan. Erotetaan myös *totaalinen ja osittainen* ideologian käsite (Mannheim: Ideology and Utopia). Kysytään, onko ideain ja ideologioiden tiedostaminen edes mahdollista, kun ne kattavat subjektin koko ajatusmaailman. Edelleenkin nimitetään ideologiaksi ennemmin vastustajan maailmankatsomusta kuin omaa. Wilenius: *Ideologia ja ei-ideologia* s. 2, s. 8. Esim. Ahmavaara: Yhteiskuntatieteen kyberneettinen metodologia s. 117 erottaa rationaalisina ideologioina kaksi keskeistä teoriaa: toinen teoria yhteiskunnan *nykyisestä tilasta*, toinen *sen toivottavasta tilasta*, ts. hän katsoo ensin mainitun yleistyyksiä sisältävän teorian myös ideologiseksi, koska se pohjautuu omaksuttuun ideologiaan. Voidaan kuitenkin myös osoittaa, että »ideologiat» uskomuksina ja odotuksina ovat estämässä rationaalista toimintaa. Kastari: Lm 1970 s. 1000. Maihofer: Ideologie und Recht (1969) s. 21 ss.

⁴⁸ Haagin tuomioistuimen perustamissääntö art. 38. Gutteridge: Le Droit comparé s. 98. Haagin tuomioistuimen kokoonpanosta eri järjestelmiin kuuluvista tuomareista ja sen nykyisestä asemasta esim. Petré: SvJT 1969 s. 637 ss, s. 645.

⁴⁹ Myös eri yhteiskunnalliset tarpeet saattavat olla muodostamassa ideologioita. Lévy—Bruhl: Aspects sociologiques du droit s. 55.

⁵⁰ Esser: Grundsatz und Norm s. 51 ss.

kartoittamiseen, kuten edellä on sosiologisempiirisen kysymyksenasettelun yhteydessä tuotu esille. Vaikka ideologia onkin ase, jota voidaan suuressa määrin väärinkäyttää,⁵¹ ei voitane kuitenkaan sivuuttaa tosiasiata, että lainsäädäntöä laadittaessa on ollut vaikuttamassa eräitä ideologioita ja oikeudelliset ratkaisut on tarkoitettu palvelemaan niiden tarkoituspäämääriä. Säännöksiä ja niiden sovellutusratkaisuja ei voitane sijoittaa laajempaan yhteyteen oikeusjärjestyksen osana *havaitsematta eri ideologioita* ja niiden vaikutusta. Säännökset on myös voitava »kriittisesti»⁵² sijoittaa nykyhetkeen.

Historiallisesti tunnetaan aikakausia, jolloin mielivalta on suuressa määrin ollut vaikuttamassa, mutta idea »oikeudenmukaisista säännöistä» ja »oikeudenmukaisista ratkaisuksista» on säilynyt. Reaalisen tekijänä voidaan myös todeta, että nk. diktaattorien valta on ollut pysyvämminkin mahdollista toteuttaa vain järjestettynä vallankäyttönä.⁵³

Eri eettiset järjestelmät tarkastelevat arvoja ja ideoita eri lähtökohdista käsin: nk. *hyve-etiikka* havainnon avulla todettavasta maailmasta *riippumattomina itseisarvoina*⁵⁴; *velvollisuusetiikka*, jota Kantin filosofia edustaa, yksilössä itsessään vaikuttavasta *velvollisuusideasta*⁵⁵ käsin; nk. *utilitaristinen etiikka* taas *yhteisöstä käsin*, ts. miten eettiset säännöt vaikuttavat yhteisön ja sen jäsenten keskinäisissä suhteissa.⁵⁶ Erikseen erotetaan vielä arvoetiikka (teleologinen etiikka), jossa pyritään yhteiskunnassa määrittelemään tavoiteltavat päämäärät ja keinot niiden saavuttamiseksi.^{56a} Oikeudellisen tutkimuksen kannalta eri järjestelmillä on *yhtymäkohtansa*.

⁵¹ On kuitenkin mahdollista, että nk. juristerian pyrkimyksiä ohjaa paljon pelätty »peiteideologia». Vaikea on sitä kuitenkaan havaita vähemmän vaaralliseksi kuin nk. »valheideologiaa», joka ratsastaa suurilla periaatteilla yksityisten etujen saavuttamiseksi. Kts. mm. Jansson: SvT 1955 s. 345.

⁵² Kts. Kastari: Valtiojärjestyksemme oikeudelliset perusteet s. 35.

⁵³ Barth: Die Idee der Ordnung s. 13: »Nachte Machtäusserung ist im sozialen Verbande ein Grenzfall. Die Regel ist vielmehr, dass die Macht als begründete Macht handelt oder doch zu handeln sucht.» Dahl: Johdatus politiikan tutkimukseen s. 83 ss. »legitimiteetin hankkiminen». Stjernqvist: JFT 1970 s. 347 (Legitimitetsbegreppet ur rättssociologisk synpunkt).

⁵⁴ Del Vecchio: La justice — la vérité (doctrine de Platon) s. 19.

⁵⁵ Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Werke s. 331).

⁵⁶ Bentham: An Introduction to the Principles of Moral and Legislation (1789) Moore: Ethics s. 148 ss.

^{56a} Brentano: Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis (1955) s. 7, s. 15. Vrt. Hartmann: Ethik (1926) s. 148.

Eettisten arvojen vastakohdat (negaatiot) ovat yleensä selvemmin empiirisluontoisesti eli seurausvaikutuksiltaan yhteiskuntaelämässä todettavissa hylättäviksi.⁵⁷ totuuden negaationa valheellisuus; hyvyyden negaationa tarkoituksellinen paha, oikeuden negaationa tarkoitettu vääräyys siten kuin se esim. ilmenee shikaanikiellon rationa, kun on kysymys toisen etujen tahallisuudesta loukkaamisesta. Myös *utilitaristinen etiikka* toteaa *eettiset arvot sinänsä hyödyllisiksi* inhimillisen kanssakäymisen kannalta. Oikeudellinen järjestelmä on tarpeen ennenkaikkea eettisten negatioiden torjumiseksi.

Utilitarististen käsitysten mukaan ei tarkoituksellista pahaa voida saada erotetuksi seurausvaikutuksiltaan pahasta, joten pyritään vain mahdollisimman suuressa määrin vähentämään »tosiasiallista pahaa» yhteiskunnassa. Eettisenä lähtökohta-ajatuksena saattaa siten esiintyä vain *yhteistoiminnan mahdollisuus*, joka valitaan parempana kuin ristiiriitojen ylläpitäminen. Abstraktiona se saattaa vain merkitä järjestyksen valitsemista epäjärjestyksen tilalle.⁵⁸ Oikeudenmukaisuusajatus ulottuu kuitenkin pitemmälle: eri osapuolten *intressit* pyritään ottamaan *yhtäläisesti huomioon* oikeudellisen järjestelmän puitteissa. Tässä kysymyksessä joudumme siten palaamaan takaisin hellenistiseen ideamaailmaan.⁵⁹

Tässä tutkimuksessa toistuvat edellä mainitut kysymyksenasettelut sekä muodollisvälineellisenä; miten, empiirissosiologisena: mitä, että arvostuksia sisältävänä: miten pitäisi kysymyksinä.

2. Oikeustieteen tutkimusalasta ja tavoitteista

Voidaan katsoa, että tieteellinen tutkimus, joka pyrkii esittämään *perusteita*, jotka erottavat jonkin tieteen tutkimusalan muiden tieteiden tutkimuskohteista, ei enää kuulu asianomaisen tieteen piiriin.¹ Voidaan

⁵⁷ Vrt. *Perelman: Traité* s. 269 *Sartre: (L'être et néant* s. 94 ss.)

⁵⁸ Esim. *Stone: Social dimensions of Law and Justice* s. 33.

⁵⁹ Kriisitilanteissa ollaan länsimaisen kulttuurin piirissä hakeutumassa hellenistiseen ideamaailmaan. v. *Wright: Ajatus ja julistus* s. 14. Mihinkään jo sivuutettuun vaiheeseen ei kuitenkaan voitane enää sinänsä palata kehityksen kulussa. Kts. esim. *Blomstedt* (Suomi vuonna 2000 s. 88).

¹ *Krohn: Totuus, arvo ja ihminen* s. 165. Vrt. kielen tasolla: jotta voitaisiin puhua objektikielestä tarvitaan metakieli, *Carnap: Meaning and Necessity* s. 4, s. 145 ss.

myös kysyä mitä aihepiirejä esim. oikeustieteessä on aikaisemmin käsitelty ja katsoa tutkimusala siten selvitettyksi. Eräät tutkijat väittävätkin, että yhtä vähän kuin fyysikko määrittelee, mitä luonnolla tarkoitetaan yhtä vähän tarpeellista on, että oikeustieteen harjoittaja ryhtyy etsimään perusteita tutkimusalan kartoittamiseksi.² Tällöin saattaa kuitenkin jäädä rajamaa-alueita, joita minkään tieteenhaaran edustaja ei uskaltaudu ottamaan tutkimuksensa kohteeksi.

Oikeustieteen tutkimusalan hahmottaminen voitaneen laskea sen *metodioppiin kuuluvaksi*. Se liittyy oikeudellisen tutkimuksen *kysymyksenasetteluihin*, itse oikeustieteen *tehtävään*. Esitettyjen kysymysten mitä, miten, miten pitäisi lisäksi tunnetaan ainakin kielellisinä ilmauksina syitä ja seurauksia etsivät kysymykset: miksi, mitä varten, minkä vuoksi. Nuo viimeksi mainitut kysymykset olemme tottuneet liittämään lähinnä oikeustieteen *nk. aputieteiden* tutkimusvälineistöön, kuten historiallisten kehitystekijöiden tutkimisen oikeushistoriaan, rikollisuuden syitä koskevat tutkimukset kriminologiaan, tiedostamattomaan motivaatioon liittyvät kysymykset oikeudellisissa ratkaisuisa ja todistajan kertomuksissa oikeuspsykologiaan. On kuitenkin helppo havaita, että selviä rajoja kysymyksenasettelujen suhteen ei oikeustieteellisissä tutkimuksissa esiinny: nk. historialliset katsaukset antavat »syvyysperspektiiviä» positiivista oikeutta koskeviin tutkimuksiin, kriminologisia seikkoja selvittellään lainsäädäntöuudistusten yhteydessä jne.³

Tässä tutkimuksessa on jouduttu toteamaan, että edellä esitetyt kysymyksenasettelut, asennoitumiset ja myös eri oikeusalojen aspektikorostukset vaikuttavat paitsi tutkimuskohteen valintaan myös koko tieteen tutkimusalaan rajaavasti. Tässä voidaan kärjistää eräitä suuntauksia:

Muodolliskonstruktiiivisesti asetetaan rajoituksia siten, että tutkimus-alaksi *keskitetään sääntötutkimus*, voidaan myös sanoa oikeusdogmatiikka.⁴ Muodollista asennoitumista edustaa nk. lakipositivismi mannermaisissa oikeusjärjestyksissä. Sen mukaan oikeussääntöjä ovat vain

² Esim. Ahlander: *Är juridiken en vetenskap* s. 59.

³ Allardt—Littunen: *Sosiologia* s. 41: »pyritään siihen, ettei kovin jyrkästi tähdennettäisi perinteellisten tieteenhaarojen eroja. Samalla kun on havaittavissa lisääntyvää erikoistumista, ovat perinteelliset rajat kaventuneet.»

⁴ Vrt. esim. Aarnio: *Perillisen oikeusasemasta* s. 23: Oikeustieteen tehtävä — ainakin oikeusdogmatiikan — on jonakin ajankohtana voimassa olevien säännösten selvittäminen. Kts. myös Routamo: *Lm* 1967 s. 429 ss. Apala—Arlander: *Lm* 1964 s. 681 ss. Myös Aarnio kiinnittää nyttemmin huomiota eri oikeusteorioiden monistisiin piirteisiin. Aarnio: *Oikeudellisen ajattelun perusteista* s. 67 ss.

ne abstraktisessa muodossa annetut oikeusohjeet, jotka ovat valtiolle monopolisoiduin pakkokeinoin toteutettavissa. Oikeuskäsite liitetään kiinteästi valtiokäsitteeseen. Nk. kodifikaatiosysteemeissä lait keskenään muodostavat hierarkian, jossa perustuslailla usein on keskeinen asema.⁵ Sanottu lakisysteemi voidaan vielä ajatella suljetuksi ja aukottomaksi.⁶ Vaikeuksia tuottaa tällöin esim. tavanomaisen oikeuden säännösten selvittäminen oikeusohjeiksi ja oikeuskäytännön desuetudovaikutusten tunnistaminen lainsäädäntöön nähden. Muodollista oikeusteoriaa on myös edustanut Saksan nk. tieteellinen positivismi, joka kuten aikaisemmin on mainittu, on sijoittanut oikeudelliset käsitteet johdannaisjärjestelmäksi.

Muodollisloogista asennoitumista on edustanut myös Kelsen,⁷ joka »sollen»-konstruktionsa avulla on halunnut luoda erotteluperusteen oikeudellisten ja muiden yhteiskuntailmiöiden välille. Onkin todettu, että Kelsen on saanut voimakkaita vaikutteita nk. valtioneuheteorian kannattajilta⁸ luodessaan perusnormikonstruktiolle rakentuvan normijärjestelmänsä. Mainittakoon jo tässä yhteydessä, että Kelsen on saanut osakseen ankaraa arvostelua, kun on havaittu, että hänen normijärjestelmänsä on staattisessa lepotilassa, eivätkä kehitystekijät yhteiskunnassa pääse siihen vaikuttamaan.⁹

Empiirissosiologisesti asennoituen saatetaan kiinnittää abstraktisten sääntöjen sijasta päähuomio oikeudellisiin ratkaisuihin yhteiskunnassa. Eräät tutkijat käsittelevät sekä yksityisten että viranomaisten ratkaisuja oikeudellisina ratkaisuina. Eräät tutkijat kuten Ross¹⁰ taas katsovat, että vain tuomioistuinten oikeudelliset ratkaisut ovat relevantteja. Hän on kuitenkin vienyt kannanottonsa vielä pitemmälle korottamalla tuo-

⁵ Esim. mannermaisista systeemeistä Ranskassa ei perustuslailla kuitenkaan ole ollut hallitsevaa asemaa. *David: Le Droit français I* (1960) s. 14. Vrt. kuitenkin Ranskan korkeimman hallintotuomioistuimen (Conseil' d'Etat) kehittämä yhtenäinen periaatejärjestelmä.

⁶ Esim. Saksan Bürgerliches Gesetzbuch'in säännökset siten kuin yleislausekkeet ovat täydentämässä lainsäätäjän lakisysteemiä. Vrt. *Enneccerus—Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I* s. 309.

⁷ *Kelsen: Hauptprobleme* s. 7 s. *Kelsen: Reine Rechtslehre* (1960) s. 11, s. 17. Vrt. *Hart: The concept of law* s. 91 ss. (primary and secondary rules).

⁸ *Jansson: Hans Kelsens statsteori* s. 6.

⁹ Esim. *Dabin: La Philosophie de l'ordre juridique positif* s. 97. Kts. myös *Lundstedt: Legal Thinking revised* s. 405. Vastaavasti voidaan arvostella eräitä loogisanalyttisiä, erityisesti semanttisia tutkimuksia, kts. myöhemmin s. 51.

¹⁰ *Ross: Om ret og retfaerdighed* s. 48.

mioistuinratkaisut tai edellytykset siitä kuinka tuomioistuimet tulevat kysymyksen ratkaisemaan nk. voimassa olevaksi oikeudeksi. Tässä hän lähestyy angloamerikkalaista oikeusjärjestystä ja on saanut osakseen arvostelua esim. Ruotsissa, jossa sekä valtiosäännön mukaan että oikeushistorialliset näkökohdat huomioon ottaen lähinnä lainsäädännön abstraktisilla oikeusohjeilla on keskeinen sijansa.¹¹ Ross perustelee mielipidettään siten, että vasta sovelletuista säännöksistä tulee efektiivistä oikeutta.¹² Hän joutuu kuitenkin toteamaan, että esiintyy yhteiskunnassa »tosiasiallisesti vaikuttavaa» oikeutta eri oikeusaloiilla, joiden ristiriitatilanteet eivät aina joudukaan tuomioistuinten ratkaistaviksi.

Ideologisesti asennoituen kiinnitetään ensisijaisesti huomiota nk. oikeusperiaatteisiin ja mahdollisesti myös *eräänlaiseen ideologiseen käsitteellisyteen* oikeustieteessä. Lähtökohtana ovat ne lähinnä sosiaalielittiset arvostukset, jotka toisaalta eri yksilöiden ja yksilöryhmien, toisaalta yhteisökokonaisuuden kannalta liittyvät oikeudelliseen käyttäytymiseen.¹³ Myös ideologisesti saatetaan pyrkiä aukottamaan järjestelmään nk. perusarvojen johdannaisena. Historiallisesti ovatkin ideologiset kysymykset olleet keskeisellä sijalla oikeustieteessä. Oikeudellisten ideain ja katsomusten johdannaisina yleiset oikeusperiaatteet kuuluvat kontinuiteettiajatukselle rakentuvaan oikeudelliseen järjestelmään. Ne edustavat nk. kulttuuritraditiota. Kun vallitsevaa oikeudellista ideologiaa esiintyy runsaasti perustuslakimme säännöksissä, ei sen eliminoineminen esim. oikeudellisista ratkaisuista yleensä ole edes mahdollista.

Mutta eivätkö *muodollinen, empiirinen ja ideologinen* kysymyksenasettelu, ne kaikki yhdessä, ei kuitenkaan mikään yksin, tai hallitsevana, ole oikeustieteessä käytettyä ja myös tutkimustyön edistämiseksi tarpeellista välineistöä? Samalla ne kuitenkin rajaavat oikeustieteen tutkimusalaan. Kysytään mitä *sääntöjä* tutkitaan: lakeja, asetuksia, hallinnollisia määräyksiä vaiko myös sääntöjä, joita tuomioistuimet yksityistapauksissa noudattavat, taikka sääntöjä, joita muutkin viranomaiset ovat soveltaneet. Mitä *ratkaisuja* tutkitaan: tuomioistuinratkaisuja, muiden viranomaisten ratkaisuja ja ehkä myös yksityisten kansalaisten oikeuskysymyksissä toteuttamia ratkaisuja. Ja entä sitten *ideologiat*: oikeusperiaatteita etsitään joko positiivisen oikeuden »sisäpuolelta» esim. yhdistä-

¹¹ Esim. Strahl: SvJT 1955 s. 293.

¹² Vrt. Brusiin: Über die Objektivität der Rechtsprechung s. 15.

¹³ Vrt. oikeustieteilijöiden »käytännöllisen positivismin» eriaisteisia tutkimuksia.

mällä eri oikeusalojen arvopunnituksia, vertailevien tutkimusten avulla muista oikeusjärjestyksistä tai historiallisesti kulttuuritraditiosta taikka oikeusjärjestyksen »yläpuolelta» esim. nk. luontaisoikeuden yleispätevyyssaineiksia sisältävistä katsomuksista.

Ovatko sanottujen kysymyksenasettelujenkaan puitteissa kaikki yhteiskunnassa esiintyvät ilmiöt oikeustieteen tutkimuskohdetta? Kaikki ilmiöt eivät ainakaan *kiinnosta*¹⁴ oikeustiedettä. Oikeudellisen systematiikan kannalta on tietysti tärkeää tietää oikeudellisista ilmiöistä, esim. niiden staattisuudesta ja dynaamisuudesta. Varsinaista käytännön oikeustiedettä kiinnostavat kuitenkin lähinnä ne *konfliktitilanteet*, joita yhteiskunnan jäsenten ja heidän ja yhteiskunnan kesken esiintyy. Mutta eivät ainoastaan *yhteisön ja sen jäsenten edut* ole ristiriidassa keskenään. Yhteiskunnassa vaikuttaa myös *keskenään kilpailevia ideologioita*. Probleemit ovat usein *empiirisluntoisesti* todettavia: asuntopula kaupunkikunnissa enenee, taloudellisessa kilpailussa esiintyy väärinkäytöksiä jne. Kysymykset ongelmien ratkaisemiseksi asetetaan *kieltä välineenä käyttäen*. Tutkimustuloksia voidaan myös tarkistaa logiikan kaavoja hyväksi käyttäen. Mutta asettaessaan itse ristiriitatilanteet yhteiskunnassa tutkimuksensa kohteeksi oikeustiede lukeutuu *yhteiskuntatieteiden joukkoon kuuluvaksi*.¹⁵

Kun oikeustieteen harjoittajalla on vain lähinnä »kirjoitettua» aineistoa: oikeussäännöksiä, tuomioistuinratkaisuja, oikeustieteen tutkimuksia jne. käytettävissään, on viime aikoina enenevästi korostettu oikeudellista tutkimusta *kielianalyysinä*. Samalla todetaan, että kieli on vain »esitysteknillinen väline», joka on riippuvainen »massan käyttäytymisestä verbaalisessa muodossa». Staattisilla (vähemmän muutoksille alttiilla) oikeusaloilla, lähinnä nk. rakennetutkimuksia suoritettaessa saatetaan kielellisiä ilmaisuja ehkä käyttää ensisijaisesti lähtökohtana,¹⁶ huomioon ottaen kielelliset muutokset vanhoihin lakeihin nähden. Dynaamisilla (liikkuvammilla) oikeusaloilla kielelliset ilmiöt ehkä johdattavat kehitystekijöiden huomiotta jättämiseen. *Kielellinen koostuma* esim. valmiiksi muotoiltuna lainsäädäntönä merkitsee usein kielellistä ja myös oikeuskehityk-

¹⁴ Kts. esim. *Habermas*: Erkenntnis und Interesse s. 221, s. 242, s. 361.

¹⁵ Kts. esim. *Coinq*: Grundzüge der Rechtsphilosophie s. 15 ss. s. 260 ss.

¹⁶ Tässä voidaan viitata esim. *Aarnio*: Perillisen oikeusasemasta s. 26. Vrt. *Kivivuori*: Lm 1970 s. 423 ss, Aarnion perintöoikeudellisiin tutkimuksiin kohdistunut kritiikki. Aarnion vastaus Lm 1970 s. 566 ss, erit. s. 582.

sen *pysähtymistä*. Kuitenkin problematiikka saattaa olla *pelkästään kielellistäkin*, kun on esim. kysymys kielen käyttäjän ja adressaatin vastaanottaman ilmaisun sekoittumisesta keskenään.

Mikä on sääntöjä, ratkaisuja ja ideologioita tarkastelevan oikeustieteen tehtävänä?¹⁷ Oikeustieteellisissä tutkimuksissa esitetään usein »kerättyä tietoa» joltakin oikeusosalta. Se tieto, jota oikeustieteen harjoittaja esittää, on kuitenkin vain erittäin rajoitetusti *nk. reaalitytietoa yhteiskunnallisista asioista*: miten paljon siviilijutut ovat tuomioistuinten vähentyneet, miten monta säätiötä on vuosittain rekisteröity jne. Oikeustieteen selostava ja kuvaava tieto on useimmiten *nk. normitytietoa* eli ilmoitetaan esim. lainsäädännön normatiivisia lauseita ja johdetaan niistä uusia lauseita. Valintaa edellyttävät nimenomaisesti tutkimuskohteen, tutkimuskulman ja niiden käsitteiden valitseminen, joita käytetään kommunikaatiossa.¹⁸ Nk. deskriptiivinenkin tutkimus saattaa siten sisältää suuren määrän arvostuksia. Esille tulee vaikea kysymys, milloin tutkija itse arvostaa, milloin hän katsoo esittävänsä toisten arvostuksia. Kun lähtökohta-arvostukset ja rationaaliset päättelyt saatetaan ainakin eräiltä osin erottaa toisistaan, voidaan myös oikeustieteen normatiivisten lauseiden totuusarvoa tarkistaa. Esim. Virally,¹⁹ joka ei suinkaan väheksy loogisten työvälineiden hiomisen tärkeyttä, toteaa, että kun jätetään syrjään arvostukset, pyritään työntämään sivuun ainesta, jonka kanssa itse asiassa työskennellään. Monien oikeustiedettä »eksaktisempienkin» tieteiden piirissä on nyttemmin todettu, ettei niiden tiedon välittäminen saata olla arvovapaata.

Olisiko oikeustieteen harjoittajan pyrittävä antamaan ennuste- vai suositusratkaisuja? *Ennustusratkaisut* saattavat olla tärkeitä esim. asianajajien kannalta, jotka päämiestensä puolesta joutuvat harkitsemaan, onko aiheellista ryhtyä oikeudenkäyntiin. Tiedot, miten tuomioistuimet ovat kysymyksen tai lähellä olevia kysymyksiä aikaisemmin ratkaisseet, ovat *tarpeellisia*, mutta eivät meidän oikeusjärjestyksessämme suinkaan *luotettavia*, koska prejudikaattisidonnaisuus on suhteellista. *Suositusratkaisut* taas ovat tärkeitä erityisesti *oikeusjärjestelmän kehittämiseksi*. Tuomioistuimet odottavat oikeustieteen tutkijoilta perusteltuja suositusratkaisuja esim. keskenään ristiriitaisten lakien tulkinnasta tai ainakin

¹⁷ Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 70.

¹⁸ Hintikka: Ajatus XX 1957 s. 39, s. 47. Muukkonen: Muotosäännökset s. 4.

¹⁹ Virally: La pensée juridique s. 25, s. 87. Kts. myös Vinding—Kruse: Erkenntnis und Wertung s. 567.

selvittelyä siitä, mitä ratkaisuvaihtoehtoja pidetään oikeusjärjestyksemme mukaan mahdollisina. Kriittisen oikeustieteen tulisi²⁰ ulottaa suositus- ja kontrolliratkaisunsa, ei vain tuomioistuinten ratkaisuihin, vaan itse lainsäädännön oikeusohjeisiinkin.

Myös oikeustieteen taholta katsotaan tulkintavaihtoehtojen esiintuominen systematisoinnin ohella oikeustieteen tärkeäksi tehtäväksi. Tode-taan, että oikeustiede saattaa olla selvittelyä laista ja sen esitöistä, mutta myös oikeuspoliittista arviointia, joka pitää silmällä eri ratkaisumahdol-lisuuksia ja niihin liittyviä seuraamuksia.²¹ Termiä *oikeuspoliittinen* voidaan silloin käyttää eri merkityksissä. Sillä voidaan tarkoittaa de lege ferenda-tutkimusta, mutta myös jokaista arvopunnitusta ja arvo-valintaa sisältävää ratkaisua, edellyttäen, että tutkija havaitsee esittä-vänsä arvostuksia.

Ilmeisesti ei voidakaan asiallisesti vetää rajaa oikeustieteen suositus-ratkaisujen, oikeuskäytännön ratkaisujen ja lain valmistelijoiden ratkai-sujen välille. (Oikeustieteen ratkaisut ovat usein myös yleisluontoisia mielipideselostuksia.) Ehkä oikeuskäytännön jokin periaateratkaisu ei olekaan sen oma aikaansaannos, vaan oikeustieteen kannanottojan ohjaama, lainvalmistelutyössä päädytään seuraamaan oikeuskäytännön aikaisempia ratkaisuja aukko- tai tulkintatapauksissa jne. Tärkeintä lieneekin juuri ratkaisuvaihtoehtojen esittäminen eri tahoilta ja *vuoro-vaikutus* oikeussääntöjä kehittävien elinten kesken.²²

Kuten on mainittu, esim. tanskalainen Ross on korottanut tuomio-istuinratkaisut yhteiskunnassa tosiasiallisesti vaikuttavaksi oikeudeksi ja ehkä niin onkin laita kysymystä yksityisen oikeusriidan kannalta tarkas-tellen. Mutta historiallisesti ja periaatteellisesti saattaa kehitys näyttää toisenlaiselta. Esim. mannermaalla ovat suuntaukset vaihdelleet: milloin yliopistot ovat erityisesti osallistuneet oikeuden kehittämiseen, milloin taas tuomioistuimilla on ollut ratkaiseva osuus oikeuden kehittämisessä. Niinpä Ranskan Code Civil katsotaan lähinnä Ranskan käytännön juris-tien aikaansaannokseksi, kun taas Saksan Bürgerliches Gesetzbuch tunnea-taan tieteellisenä kodifikaationa. Kuitenkin molemmat lakikokoelmat

²⁰ Esim. Nial: SvJT 1950 s. 213. Klami: Suomalainen Suomi 1968 s. 411. (eräitä kärjistettyjä näkökohtia oikeustieteilijöihin kohdistetuista »rooliodotuk-sista»)

²¹ Ylöstalo: Tutkimuksia vekselioikeuden alalta s. 124. Uotila: Lm 1967 s. 840. Suviranta: Lm 1969 s. 583. Vrt. Bolding: Juridik och samhällsdebatt s. 15 ss.

²² Kts. esim. Ellilä: Uusittu liikenne rikosoikeus s. 61.

ovat esiintyneet mannermaisen nk. lakipositivismin kehittäjinä. Voidaan kysyä, *siirtyykö kehityksen painopiste* yliopistosta *yhteiskuntaan*, kun suositusratkaisuja ei esiinny, vai eikö oikeudellista kehitystä yhteiskunnassa tapahdukaan riittävästi ilman yliopiston myötävaikutusta.

Kun kriittinen oikeustiede ei tyydy asettamaan esim. jotakin KKO-ratkaisua tai vakiintunutta oikeuskäytäntöä auktoriteettiasemaan, siltä edellytetään myös niihin kohdistuvaa oikeuspoliittista arviointia. Oikeuspoliittisesti kysymykset entisestään laajenevat. Normatiivinen kysymyksenasettelu: miten pitäisi voidaan kehitystekijöiden yhteyteen sijoitettuna muuntaa niiden mahdollisuuksien ja välttämättömyyksien tutkimiseksi, jotka liittyvät oikeudellisiin ilmiöihin. Semanttinen filosofia saattaa tarkastella kielen käytön edellytyksiä.²³ Tarkastelu voidaan kuitenkin sijoittaa laajempaan yhteyteen, itse yhteiskuntaan. Hankitaan myös *reaalitietoa* siitä, mitkä tekijät ovat välttämättömiä osoitetun kehityksen estämiseksi, mitkä tekijät tekevät ilmoitetun kehityksen mahdolliseksi.

Myös oikeusfilosofisessa tutkimuksessa mittasuhteet kasvavat. Voimassa olevat säännöt ja hyväksytyt arvostukset ovat »kahlitsemassa» positiivisoikeudellista tutkimusta. Mutta tieteellinen vapaus²⁴ edellyttäne, että oikeusfilosofian tutkija voi asettaa lähtökohdakseen idean, arvostuksen tai periaatteen, joka ei »aktuaalisesti» esiinnykään säännönmuodostuksen perustana. Kun arvostusta suoritetaan esim. sosiaaliseettiseen ideaan ihmisarvosta, se saattaa olla ratkaisu, jota tietojen käsittelyssä ei välttämättä edellytetäkään, vaan ihminen saattaisi säännönmuodostuksessa joutua välineelliseen asemaan.

.Oikeuspoliittisen ja oikeusfilosofisen tutkimuksen mukana oikeustieteen järjestelmä ja itse tieteellinen tutkimuskin jää *avoimeksi*, myös *de lege ferenda* -ajatteluun viitoittavaksi. Ehkä tärkeintä tieteellisessä tutkimuksessa ei olekaan arvostusten eliminointi, vaan niiden mahdollisuuksien mukaan tiedostaminen ja ilmoittaminen

²³ Vrt. v. Wright: Logical Studies s. 168. Makkonen: Zur Problematik s. 218. Aarnio: Perillisen oikeusasemasta s. 27: probleemit palautetaan kieltä koskeviksi. Aarnio: Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 45, toisin ilm. kuitenkin s. 195.

²⁴ Olsson: Rättsvetenskapens mål och medel (Nya Argus 1953 n:o 6) Wilenius: Ideologia ja ei-ideologia s. 26 ss.

tutkimustuloksia välitettäessä.²⁵ Odotetaan, että tutkija ainakin ilmoittaa, milloin hän katsoo esittävänsä *nk. voimassa olevan oikeuden kannanottoja*, milloin *kannanottoja de lege ferenda*.²⁶

Tärkeänä kysymyksenä tulee siten esille oikeustieteen ratkaisuvaihtoehtojen perusteleminen. Useimmissa oikeustieteen tutkimuksissa, joissa esitetään auktoritatiivisia suositusratkaisuja, perustelut ovat jääneet puutteellisiksi. Usein ovat tutkijan *ideologiset perustelut* luettavissa tutkimuksen yleisestä osasta tai tutkijan valitsemista käsitteistä ja niiden määrittelemisestä. Kokemussääntöihin tai muihin käytännön perusteluihin saatetaan viitata vain yleisluontoisesti tai ne jätetään kokonaan mainitsematta. Mikäli varsinaisia perusteluja esiintyy, ne koskevat usein *muodollisteknillistä argumentointia*, esim. lakijärjestelmään kuuluvia seikkoja. Perusteluksi saatetaan myös viitata korkeimman oikeuden ratkaisuihin. Tuomioistuinten taholta on kuitenkin odotettu oikeustieteen perusteltuja kannanottoja.²⁷ Nyttämmin on alettu enenevästi *esittää vaatimuksia* oikeuskäytännön ratkaisujen yksityiskohtaisemmasta perustelemisestä. Vastaavasti *nk. kriittiseltä oikeustieteeltä* odotetaan yksityiskohtaisempia ja myös *dialektista argumentointia* ²⁸ sisältäviä perusteluja.

3. Oikeudellisista käsitteistä, erityisesti oikeusnormin käsitteestä

Käsitteellisyys ja siihen liittyvä termivalinta kuuluu jatkuvasti olennaisena osana oikeustieteelliseen tutkimukseen. On kuitenkin »käsit-

²⁵ Ross: Om ret og retfaerdighed s. 63. Jokela: Irtaimen kaupasta s. 91. Sipponen: Lainsäädäntövallan delegoiminen s. 32: Olisi tehtävä mahdollisimman tarkka ero arvostuksiin perustuvien ja muiden perustelujen välillä. Kts. myös Kivivuori: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys s. 26.

²⁶ De lege ferenda -kannanotoiksi voitaneen erottaa ainakin kaikki ne, jotka tutkijan käsityksen mukaan edellyttäisivät lainsäädäntöreformia. De lege ferenda -oikeudesta »toiveoikeutena» Castrén: Suomen kansainvälinen oikeus s. 7.

²⁷ Esim. Lilius, F. O.: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielteisiin (Festskrift för Grotenfelt 1929 s. 319).

²⁸ Argumentaatiokeskustelusta käytännössä kts. esim. Palmgren: Lm 1951 s. 463 ss, s. 468, vrt. myös Aarnio: Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 95.

teitä» tai käsitteellisiä aineksia, joilla ei ole oikeustieteen piirissä vakiintunutta nimeä (niillä ei vielä ole nimeä tai niitä kutsutaan nimillä, joille ei enää löydy vastinetta yhteiskuntajärjestyksessä). Poliittiset käsitteet, kuten vapaus ja oikeus saavat jatkuvasti uusia ja menettävät vanhoja tunnusmerkkejä, ja yhteiskunnan jäsenet, myös tieteenharjoittajat käyttävät niitä eri merkityksissään (vrt. esim. suoja- ja vapausideologian yhteensovittaminen). Vanhana tieteenä oikeustieteellä saattaa olla käsitteitä »painolastinakin». Oikeudelliseen ajatteluun »kotiutuneen» käsitteen hylkääminen tuottaa vaikeuksia.¹ Kun oikeustiede huomattavasti enemmän kuin muut yhteiskuntatieteet, tarvitsee käsitteitään mahdollisimman yhdenmukaisine termeineen myös kommunikaatiovälineinä käytännön oikeuselämässä, koetaan kiinteämmän käsitejärjestelmän puuttuminen haitalliseksi.²

Jokainen tutkija voi tietysti sopimusteitse, ilmoittaen määritelmänsä, pyrkiä »omien käsitteiden» käyttämiseen. Käsitteen nimi voi myös ilmaista *reaalimääritelmän*,³ kuten Alasen tutkimustyössään käyttämä »väljäsisältöinen oikeuslause» ja Muukkosen tutkimuksen kohteena ollut »esisopimus». Käsite voidaan myös tutkimuksen alussa määritellä hypoteettisesti ja myöhemmin pyrkiä varsinaisen käyttömääritelmän antamiseen.⁴ Voidaan myös puhua ennestään varatusta käsitteellisyydestä, kun jokin termi tunnetaan nimenomaisesti jonkin käsitteen merkkinä.⁵ Nämä kysymykset liittyvät myös oikeudellista kieltä koskeviin ongelmiin.⁶

Kuten on mainittu, viime vuosikymmeninä on taas aivan erityisesti kiinnitetty huomiota käsitemuodostukseen. Siihen on johtanut loogis-analyyttinen tutkimus, mutta myös Lundstedt—Hägerströmiläisen koulukunnan opit sen hylätessä perinteelliset oikeudelliset käsitteet niiden

¹ Esim. Makkonen: Lm 1959 s. 60.

² Myös sosiologiassa uutena tieteenä todetaan käsitejärjestelmän puuttuminen. Esim. Anderson mfl.: Sociologiska metoder s. 24.

³ Alanen: Lm 1942 s. 175 ss. Muukkonen: Esisopimus s. 120.

⁴ Ekelöf: Processuella grundbegrepp s. 10, s. 167. Muukkonen: s. 12. Esiintyy kuitenkin myös kokonaisia tutkijain omia käsitejärjestelmiä, kuten työoikeudessa esim. Vuorio ja Sarkko ovat esiintuneet. Tuolloin saattaa olla vaarana, että ilmiöitä johdetaan käsitteistä.

⁵ Vrt. Makkonen: Lm 1964 s. 784, eri käyttötilanteet.

⁶ Oikeudelliset termit saatetaan johtaa lakikielestä, aikaisemman oikeusteorian kielestä, arkikielestä tai myös muiden tieteiden kielenkäytöstä. Näin mm. Ranskan oikeudessa Kalinowski: Introduction a la logique juridique s. 53.

»maagisuuden» vuoksi.⁷ On tutkittu eri määritelmiä (eksplisiittiset ja implisiittiset määritelmät), kielen rakenteeseen liittyviä seikkoja käsitteellisyydessä (denotatio ja connotatio), käsitteiden puhtautta eli määritelmiä, jotka ovat riippumattomia ilmiöiden seurausvaikutuksista jne.⁸ Todetaan myös käsitteiden ideologinen merkitys, kun koko juriidinen maailma saatetaan nähdä omaksutun käsitteen »valokeilassa». (Ei ole esim. samantekevää tutkitaanko jotakin ilmiösarjaa asettaen lähtökohdaksi sopimuksen käsite tai vastuun käsite.)⁹

Vaihtoehtoinen kysymyksenasettelu: ovatko oikeudelliset käsitteet *funktio-* vai *substanssikäsitteitä*¹⁰ on tuskin mielekäs. Ilmiöitä saatetaan kommunikaatiota varten rajata joko esim. luokittelemalla tai tyypittelemällä taikka asetetun tehtävän tai odotettujen seurausvaikutusten mukaan. Esim. rangaistus voidaan substantiaalisesti määritellä yhteiskunnan taholta toimeenpantavaksi sanktioksi tai pyrkiä määrittelemään se odotettujen seurausvaikutusten: rangaistuksen sovittavan, ohjaavan tai parantavan tehtävän mukaan. Funktionaalisen käsitteellisyiden korostaminen on lähtöisin prosessiioikeudesta.¹¹ Erityisesti sen piirissä onkin vakiintunut konstruktivinen käsitejärjestelmä, jolla on välineellinen käyttö oikeusjärjestystä toteutettaessa. Kun

⁷ Vrt. esim. *Hägerström*: Der römische Obligationsbegriff II s. 21, s. 187. *Lundstedt*: Grundlinjer i skadeståndsrätten s. 143. On myös suhtauduttu kielteisesti koko deduktiiviseen ajatteluun, esim. *Vuorio*: Lm 1956 s. 446. Mielenkiintoisia ovat myös ajatukset, joita on esitetty käsiteanalyysia vastaan. Esim. *Cassirer* (Philosophie der symbolischen Formen I—III 1923—1929) esittää, että *merkki-merkitys* on itse asiassa *perussuhde*, jota ei voida analysoida selvittää viemällä se toisiin yksinkertaisempaa lajia oleviin perussuhteisiin. Myös *Engisch*: Die Idee der Konkretisierung s. 144 ss. esittää kysymyksen eikö oikeudellisten käsitteiden analysoiminen hävitä kokonaisnäkemystä. Samalla hän kuitenkin toteaa, että hänen esittämänsä ajatus ja käsiteanalyysin hyväksikäyttö eivät muodosta sovittamattomia vastakohtaisuuksia. (Vrt. myös *Regnéll*: Symbolization and Fictional Reference)

⁸ *Klaus*: Moderne Logik s. 46, s. 175, s. 359 ss, *Rodhe*: Obligationsrätt s. 417 esim. käsitteiden puhtaudesta.

⁹ Kts. esim. *Vilenius*: Filosofia ja politiikka s. 127.

¹⁰ *Vuorio*: Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsittelenä Lm 1956 s. 444 ss. *Muukkonen*: Esisopimus s. 117 ss. Kts. myös *Cassirer*: Substanssbegriff und Funktionsbegriff s. 430 ss.

¹¹ *Tirkkonen*: Suomen rikosprosessioikeus I (1948) s. 17: »Loogiselta rakenteeltaan oikeustieteelliset käsitteet *useimmiten* kuuluvat ns. funktiokäsitteiden piiriin.»

verrataan prosessioikeudellisia käsitteitä, kuten asianosainen, asialegitimaatio, prosessiväite jne. siviilioikeudellisiin käsitteisiin sopimus, hallinta, nautintaoikeus, vilpiton mieli, todetaan, että viimeksi mainitut saavat välittömästi vaikutteita itse yhteiskunnasta. Niinpä Castberg¹² on jo aikanaan, ilmeisesti ajatellen tyypittelevää ja luokittelevaa käsitteellisyyttä, kirjoittanut, että käsitteitä ei pitäisi määritellä rajatusti, koska elävässä elämässä ei ole löydettävissä »skarpe overganger». Käsitteiden johtaminen funktionaaliseksi tuo kieltämättä oikeusjärjestyksen piiriin uutta *yhteiskunta-ainesta*, ts. käsitteet jäävät avoimiksi, mutta käsitteellistä sekaannusta saattaa tuottaa, että eri ilmiöille voidaan myös johtaa yhteisiä tehtäviä. Luokitus- ja tyypittelytunnusmerkkien esittämistä voidaan tuskin kuitenkaan kutsua »esineellistäväksi» tutkimukseksi, millä ilmeisesti tarkoitetaan, että käsitteet alkaisivat elää »omaa substanssielämäänsä».¹³

Ehkä keskeisintä substantiaalisuutta sekä oikeusfilosofisena että oikeustieteellisenä probleemina edustaa oikeusnormin käsite. Meidän oikeustieteessämme se yleensä liitetään kiinteästi *lakikäsitteeseen*. On todettava, että oikeustiede ei tutki vastaavasti lainalaisuuksia kuin luonnontieteet ts. oikeussäännöt eivät ole vastaavasti kokemusperäisiä. Oikeussäännöt on ilmaistu inhimillisen kielen avulla ja ne tuovat yhteiskunnassa vaikuttavien tosiasiallisten suhteiden rinnalle uuden *normisuhteen*: »näin pitää tehdä» tai »näin ei pidä tehdä». Kun normi liitetään lakikäsitteeseen ei se myöskään saata merkitä empiirisellä tasolla vaikuttavaa *tosiasiallista käskyä tai kieltoa*, vaan »ideatasolla» olevaa ajateltua ja yleistä imperatiivia. Useat tutkijat kuitenkin kirjoittavat myös *normatiivisesta aineksesta*, joka esiintyy esim. tuomioistuinten ratkaisuissa, kun niissä esim. täytäntöönpanijalle osoitetaan »ideatasolla» oleva imperatiivi.

¹² Castberg: Rettsfilosofiske grunnspørsmål s. 85. Vrt. Vuorio: Lm 1956 s. 475.

Eri-ulotteisesti ajatellen ei »käsitteihin» liity oikeusvaikutuksia, vaan itse ilmiöihin seurausvaikutuksia. Siten voidaan »ennakoida» esim. oletettavia preventiivisiä vaikutuksia, mutta tosiasiallisia oikeusvaikutuksia sisältyy vasta säännösten soveltamiseen.

¹³ Käsitteiden muodostamisesta positiivisen oikeuden pohjalta esim. Caselius: Panttioikeuden käsitteestä s. 9, Muukkonen: Muotosäännökset s. 29, Vuorio: Työsuhteen ehtojen määrääminen s. 53 ss, Jokela: Irtaimen kaupasta s. 57. Kts. myös af Hällström: Verkan av ägareförbehåll (1942) s. 12 ss. Vrt. myös Carlsson: »suhde- ja olemuskäsitteistä», Lm 1957 s. 30.

Tutkimuksemme kannalta on hyödyllistä todeta, että eri kysymyksenasettelut ja asennoitumiset, myös eri oikeusalojen aspektikorostukset ovat saaneet aikaan sen, että myös käsite oikeusnormi on määriteltävy eri tavoin.¹⁴

Tässä tutkimuksessa käytetään lähinnä *teknilliskonstruktivistista* mää-

¹⁴ Historiallinen nk. *puhdas imperatiiviteoria* on määritellyt normit käskyiksi ja kielloiksi, erottaen ne myös sanktioistaan: *Binding*: Die Normen und ihre Übertretung I s. 108, s. 153. *Binder*: Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung s. 74. *Thon*: Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) s. 5, s. 7. Nk. *empiirinen normiteoria* on aikanaan halunnut erottaa normit »metafyysisestä velvollisuuskäsitteestä» ja käsitellyt niitä merkkeinä, joiden toteuttaminen vaatii pakkoa. Empiirinen normiteoria (Austin) on ollut esim. lähtökohtana Lahtisen määritelmässä käsky- ja kieltolauseensa sekä niitä täydentävät sallimislauseet. Kuten on mainittu, tässä tutkimuksessa on lähtökohtana, että oikeusnormit esiintyvät »hypoteettisella ideatasolla» ja vastaavalla hypoteettisella tasolla on myös abstraktisesti ilmoitettu seuraamus siltä varalta, ettei normia noudateta. *Tosi-asialliset käskyt ja kiellot* taas esiintyvät *yhteiskunnassa*, samoin tosiasiallinen pakko normia toteutettaessa. *Lahtinen*: Zum Aufbau s. 201. Oikeusnormit on myös määriteltävy hypoteettisiksi arvostelmiksi. Kts. *Zitelmann*: Irrtum und Rechtsgeschäft s. 821, *Jellinek*: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung s. 31 tai, yhdistäen imperatiivi- ja arvostusteorioiden kannanottoja, katso, että niihin sisältyy erikseen sekä arvostus- että määräämispuoli, esim. *Anttila*: Loukatun suostumus s. 5. Siten lähennyttään pandektioikeudesta peräisin olevaa määritelmää, jonka mukaan *normi oikeuslauseessa yhdistää seikaston ja seuraamuksen*, esim. *Regelsberger*: Die Pandekten s. 121. Viimeksi mainittu voitaneen katsoa oikeusnormin *konstruktivisteknilliseksi määrittelyksi*. Vrt. myös erikseen nk. kompetenssinormit. *Ross*: Om ret og retfaerdighed s. 65, *Zitting*: Lm 1954 s. 607 ss.

Erikseen tunnetaan vielä varsinainen sosiologinen normikäsite, jossa normi yhdistetään yhteiskunnassa tosiasiallisesti vallitsevaan *keskimittakäyttämiseen*, esim. *Anderson mfl.*: Sociologiska metoder s. 35, *Aubert*: Om straffens sociale funksjon s. 14: tärkeintä on, että tiedetään, mistä normista kulloinkin on kysymys. *Oikeuspsykologiselta kannalta* normi voidaan käsittää myös yhteiskunnassa vaikuttavaksi »*käyttämismalliksi*», esim. *Olivecrona*: Om lagen och staten s. 26, s. 125. Oikeussäännöstä normiadressaatin so. normin vastaanottajan kannalta tarkastellen on joka tapauksessa kysymys annetusta *käyttämishojesta*, esim. *Ihering*: Zweck im Recht s. 104. Normiauktoriteetin kannalta saattaa myös olla kysymys yhteiskunnassa harjoitetun »*kontrollin*» muodosta, esim. *Pound*: Administrative Law s. 7. Eri normiaspekteista kts. myös *Duverger*: Institutions politiques et Droit constitutionnel s. 19 ss. Kts. myös *Makkonen*: Zur Problematik s. 34 (Rechtsnorm, Rechtsnormsatz), *Backman*: Lm 1970 s. 1051: eri normijaoitteluja. Filosofian normimäärittelmistä kts. v. *Wright*: Norm and action s. 5 ss, s. 15, s. 93.

ritelmää, jonka mukaan oikeuslauseessa *normi* sitoo *seikaston ja seuraamuksen*. Tämä tapahtuu kielen tasolla, mutta kuitenkin ei jokaista yleistä ja ajateltua imperatiivista sääntöä pidetä normatiivisena lauseena oikeudellisessa merkityksessä, vaan niitä lauseita, jotka tuohon *erityis- asemaan* korotetaan, tapahtuipa se sitten lähettäjän tai vastaanottajan taholta. Samalla normit tehtävältään ja seurausvaikutuksiltaan todetaan yhteiskunnassa vaikuttaviksi *käyttäytymisohjeiksi*. Todetaan, että muotoiltu oikeuslause on *tulos arvoarvostelmista*. Se on *myös lähtökohtana arvostusten suorittamiselle*.

Onko normilla oikeusjärjestyksemme mukaan lähettäjä? Normiauktoriteettina esiintyy lähinnä *fiktiivinen orgaani valtio*. Normin vastaanottajiksi todetaan lähinnä asianomaisen valtion kansalaiset. Normin lähettäjiin verrattavassa asemassa ovat myös yhteiskunnassa vaikuttavat *mielipiteen muodostajat*, myös oikeustiede normatiivisia suosituksia antaessaan.

Normi on »hypoteettisella ideatasolla», mutta vielä enemmän vaikuttaa »ideatasolla» se pysyvyys- tai pätevyyssideologia,¹⁵ joka on ohjaamassa, mikä normi pysyy tai tulee voimaan. Sosiologisideologisesti voidaan normin pätevyyttä arvostella suhteessa *tosiasialliseen vallankäyttöön* yhteiskunnassa, myös *enemmistöryhmien* käyttäytymiseen ja katsomuksiin.

Oikeusideologisesti taas arvostellaan normeja suhteessa yleispätevyyttä tavoitteleviin eettisiin (ehkä myös yhteiskuntapoliittisiin) periaatteisiin. Eräänlaista ideologista pätevyyttä edustavat myös oikeustieteen auktoritatiiviset ratkaisusuositukset.

Muodolliskonstruktiivisesti, voidaan myös sanoa muodollisideologisesti, pätevyys määräytyy lähinnä suhteessa valtio-organin *voimaansaattamisaktiin*.

Pluralistinen järjestelmä sallii kilpailevat ideologioita.¹⁶ Niitä eivät edusta vain *yhteiskunnassa esiintyvät* eettiset suuntauksat, vaan kilpailua esiintyy myös normien *pätevyyssideologiasta* käsin. Voidaan todeta, että normit seikastoineen vaikuttavat yhteiskunnassa nk. muodollisen oikeusjärjestyksen osana, mutta myös tosiasiallisena vallankäyttönä ja keskimittakäyttämisenä.

¹⁵ Kts. myös v. Wright: Norm and action s. 195 ss.

¹⁶ Vrt. Hartmann: Ethik (1926) s. 192. Normipluralismista myös Kalinowski: s. 158, Kastari: Lm 1970 s. 998.

Eräät *normatiiviset ainekset joutuvat etsimään paikkansa*, eräät taas esiintyvät *jo valmiiksi sijoitettuina oikeusjärjestyksen osaksi*. Kuten on mainittu, yhteiskunnassa tapahtuu eri oikeutta muodostavien orgaanien välistä vuorovaikutusta. *Yksityistapauksissa* on kuitenkin poliittisesti riippumattomille *tuomioistuimille uskottu valta ratkaista*, mitkä normit saavuttavat eri tilanteissa pätevyyden ja pysyvyyden.¹⁷ Meidän oikeusjärjestyksemme kannalta voidaan ehkä kysyä, ovatko tuomioistui-
met meillä myös »uutta oikeutta» muodostava orgaani. *Traditionaalisesti* nämä kysymykset kuuluvat toisaalta nk. *oikeuslähde-*, toisaalta *tulkinta-*
oppiin. Niitä selvitellään myös seuraavassa luvussa.

4. Oikeudellisista ratkaisuista

Termiä oikeudellinen ratkaisu käytetään oikeustieteessä myös eri merkityksissä. Eroavuudet liittyvät jo siihen, *kuka suorittaa oikeudellisia ratkaisuja*. Eräät tutkijat,¹ joiden asennoituminen on lähinnä oikeus-sosiologinen, käyttävät tuota termiä sekä viranomaisten että yksityisten kansalaisten ratkaisuista (liittyen eturistiriitatilanteisiin yhteiskunnassa). Eräät tutkijat, kuten esim. Ross² katsovat, että vain tuomioistuimet suorittavat oikeudellisia ratkaisuja. Sanottua termiä voidaan myös käyttää vain tuomioistuinten *oikeuskysymyksistä* antamista ratkaisuista erotukseksi nk. näyttöratkaisuista. Eniten käsitteellistä sekaannusta kuitenkin aiheuttanee, että sekä *ratkaisutoimintaa* että *ratkaisutulosta* voidaan samassakin esityksessä kutsua ratkaisuksi.

Tämä on eräs yksinkertainen avain keskustelulle siitä, onko tuomioistuinratkaisu syllogismi. Itse asiassa vain *r a t k a i s u t u l o s* peruste-

¹⁷ Näin myös mm. Strömholm: SvJT 1969 s. 198.

Arvostelua on herättänyt, että tuomarit oman ammattialansa puitteissa toimivina virkamiehinä joutuvat ratkaisemaan esim. mikä on asianomaisessa yksityistapauksessa »uskonnollisia tunteita loukkaavaa» tai »mitä sivistykselliset edut» vaativat, eli suorittamaan laajoja yleislausekepunnituksia.

Samalla on kuitenkin todettava, että suuri osa tärkeistä normatiivisista ratkaisuista jää nyttemmin yleisten tuomioistuinten ulkopuolelle, erityiselinten, esim. eri yhdistysten ja ammatillisten järjestöjen tehtäviksi.

¹ Brusiin: Legal Theory ARSP 1957 s. 465. Knoph: Øversikt over Norges ret s. 5.

² Ross: Om ret og retfaerdighed s. 48. Helenius: Rätt och moral s. 87. Bentzon: Retskilderne s. 127.

luineen esiintyy *puettuna eräänlaisen syllogismin muotoon* (voidaan myös sanoa rationaalisen päättelyn muotoon), ts. osoitetaan yleisiä sääntöjä tai ainakin yleistettyjä perusteluja, joita sovelletaan po. yksityistapauksessa. Ratkaisutoiminta taas on etsimistä, kokeilemista, punnitsemista; se on ensisijaisvalintaa, muutoksia, liikettä. *Ratkaisutuloksena* on kielelliseksi kokonaisuudeksi muotoiltu, staattinen »etappi».³

Voidaanko yksityisten kansalaisten ja viranomaisten oikeudellisissa kysymyksissä tekemiä ratkaisuja ja ratkaisutoimintaa todella rinnastaa toisiinsa? Helposti saatetaan havaita vain eroavuuksia. Yksityiset kansalaiset suorittavat ratkaisunsa yleensä »omassa asiassaan», kun he esim. sitoutuvat erilaisiin velvoitteisiin, panttaavat omaisuuttaan, luopuvat perinnöstään jne. Yksityisten kansalaisten ratkaisut ovat usein suunnittelelmattomia, jopa spontaanisia, mutta ne saattavat myös perustua erilaisiin arvostuksiin ja arvioihin vastaisista tilanteista. Käyttäytymisen ohjaaminen ristiriitatilanteessa saattaa siten nojautua, paitsi tietoihin voimassa olevista oikeussäännöksistä, myös *ennakkoarvioon*, miten viranomaiset, ennenkaikkea tuomioistuimet tulisivat kysymyksen vastaisuudessa ratkaisemaan. Näin erityisesti kun asianajajat päämiestensä puolesta tekevät sovintoja, hoitavat uskotun miehen tehtäviä jne.⁴ Yksityisten henkilöiden ratkaisutoimintaa voidaan siten tarkastella joko *etukäteisargumentointina* ratkaisun vastaiset seurausvaikutukset huomioon ottaen tai *jälkikäteisargumentointina*, joka sisältää esim. jo suoritettun ratkaisun todistelu- ja vakuuttamiskeinojen etsimistä.

Yksityisten henkilöiden ratkaisut oikeuskysymyksissä saattavat jäädä yksipuolisiksi, jopa *tiedostetusti tunnepitoisiksikin*, ja ne ovat ymmärrettävissä vain asianomaisen henkilön kokemuspiirin ja arvostusten puitteissa. Eetikot korostavat erityisesti ratkaisuihin liittyviä moraalivelvoit-

³ On erotettava toisistaan »uuden idean» keksiminen ja rationaalinen jälkikäteiskonstruktio, miten »askeleet» ovat johtaneet siihen. Vrt. Popper: *The Logic of scientific discovery* s. 31. Kts. myös Makkonen: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* s. 51. Esim. *Perelmanian* on arvosteltu siitä, että tämä ei ole kiinnittänyt huomiota *demonstration rakenteeseen*, so. väli-neistöön, jonka avulla yhteiskunta reagoi. Siihen nähden ei logiikka ole vierasta oikeudelliselle ajattelulle. Sen sijaan argumenttivalinta, joka on demonstraatiivälineitä koskevien ratkaisujen »taustana», ei ole *logiikan avulla johdettavissa*. Kts. esim. *Viehweg*: *La »logique moderne» du droit* (Archives de Philosophie du droit 1966 s. 209).

⁴ Asianajajien toiminta saattaa myös lähentyä välimiesmenettelyä. Laki välimiesmenettelystä 4.2.1928 §:t 1 ja 18.

teita. Jos ajatellaan empiirisluontoista tutkimusta, miten yksityiset henkilöt ovat menettelleet niissä ristiriitatilanteissa, jotka ovat jääneet tuomioistuinkäsittelyn ulkopuolelle, *on vaikea* ensinnäkin *saada selville, miten enemmistö* on esim. jonkin tilanteen *ratkaissut*, ja toiseksi voidaan kysyä onko ainakaan kaikilla oikeusaloilla *hyötyä enemmistön menettelytavan selvillesaamisesta*, kun ratkaisut perustuvat niin erilaisiin argumentteihin, että varsinaisia invariansseja ei ole löydettävissä.⁵ Eri asia on, että esim. asianosaisten sopimuksista tai sovittelulautakuntien lausunnoista saatetaan löytää uusia ratkaisumalleja oikeudellisten ristiriitatilanteiden selvittämiseksi.

Kun tarkastellaan viranomaisten ratkaisuja asetetaan lähtökohdaksi se tehtävä, mitä ne valtio-orgaaneina suorittavat. Erikseen joudutaan esittämään kysymyksenasettelut: *miten ratkaisutoiminta käytännössä tapahtuu* ja *miten sen pitäisi tapahtua*. Ratkaisu sinänsä on mielenkiintoinen psykologinen ja filosofinen käsite. On kysymys toiminnasta subjektin omassa maailmassa, jonka vaikutukset tulevat koskemaan ulkopuolista empiiristä maailmaa. Viranomaisten *ratkaisutoimintaa* tarkastellaan nimenomaan rationaalisena toimintana. Lähdetään eräistä *olettamuksista*: tuomari suorittaa ratkaisunsa *suunnitelmallisesti*, hän pyrkii ratkaisuun, joka on *mielekäs kokonaisuus*,⁶ hän antaa ratkaisunsa *»kolmantena miehenä»*, *jolla ei ole asiasta etua tai vahinkoa*. Lisäksi hänelle asetetaan joukko vaatimuksia nk. virkavelvollisuuksina.

Kuitenkin voidaan kysyä: kuinka tuomarin toiminta sanotuissa puitteissakaan poikkeaisi kokonaan yksityisen henkilön ratkaisutoiminnasta auktoriteettikorostuksineen, riippuvaisuussuhteineen, intressipäämäärineen? Ratkaisutoimintaan kuuluvat *tiedostamattomat tekijät* ja yleensä *muotoillun tuomion ulkopuolelle* jääneet tekijät olemme tottuneet katsomaan muiden tieteiden, lähinnä *sosiaalipsykologian* ja *sosiologian* piiriin kuuluviksi. Nämä tutkimukset saattavat kuitenkin liittyä myös oikeu-

⁵ Ehkä yksityisistä ratkaisuista voidaan kuitenkin jossain määrin »mitata» kansalaisten »lainkuuliaisuutta», oikeudellista käyttäytymistä ja erilaista vakauksellisuutta, mutta myös »kehitysmuonteisyyttä» ja »eettistä tasoa» arvostettuihin ideoihin nähden.

Kts. Eckhoff: Rettferdighet og rettssikkerhet s. 40 ss.

⁶ Kts. Toulmin: Reason in ethics (1968) s. 164, s. 64. Voidaan kuitenkin puhua myös rationaalisuuden »illuusiosta», vrt. Arnold: The Symbols of Government (1948) s. 33, s. 58. Rationaalinen lähtökohta on tunnusomaista erityisesti ranskalaiselle oikeusteorialle, esim. Kalinowski s. 140, s. 153.

dellisiin tutkimuksiin, kun on esim. kysymys virhetekijöiden eliminoimisesta oikeudellisista ratkaisuista.

Tässä tutkimuksessa noudatetaan traditionaalista jakoa, jonka mukaan valtion toimivaltaa harjoittavat viranomaiset jaetaan: lainsäädäntö-, lainkäyttö- eli oikeudenhoito- ja hallintoviranomaisiin. Sitä vastaavaa käsitteellistä jakoa ei kuitenkaan voida löytää oikeusjärjestyksestämme, koska se edellyttäisi, paitsi sopimusta mainittujen *valtiotoimintojen käsitteellisestä erottamisesta* toisistaan, mikä tosin on tunnettu jo Antiikin oikeusjärjestyksestä⁷ lähtien, myös muodollista orgaanijakoa asiallista toimivaltajakoa vastaamassa. Jaoittelu on ymmärrettävä periaatteellisesta lähtökohdastaan eli Montesquieun kolmivaltaopin tarkoituksideologiasta⁸ käsin, joka on kehitetty nk. liberaalisessa valtiossa yksilön oikeussuojan turvaamiseksi yhteisön valtaa vastaan⁹ ja jonka mukaan pääpaino ei ole valtiotoimintojen käsitteellisellä luonnehtimisella, vaan noiden toimintojen *jaolla eri viranomaisille* ja niiden *keskeisellä kontrollilla*.¹⁰ Kuten tunnettua, sanottua kolmivaltaoppia on tuskin missään käytännössä täydellisesti toteutettu. Sen perusajatuksukset tulevat esille hallitusmuotomme 2, 91 ja 92 §:n säännöksistä, erityisesti riippumattomiksi tunnustettujen tuomioistuinten toimintaan nähden. Nyttemmin on kolmivaltaoppi joutunut kriittisen arvostelun kohteeksi.¹¹

Usein todetaan, että käsitteellistä jaoittelua, toisaalta lainsäädäntötoimintaan, toisaalta lainkäyttöön (oikeudenhoitoon) ja hallintoon nähden on pidettävä pääpiirteiltään selvänä, joten rajatapaukset voidaan oikeustieteen käyttömääritelmässä sivuuttaa. Klassillinen määritelmä kuuluu, että tuomioistuimet suorittavat oikeudellisia ratkaisuja, kun ne määräävät, mitä yksityistapauksissa on pidettävä *voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaisena*. Hallinnollisista viranomaisista lienee todettava, kun asetetaan *niiden tehtävä valtio-orgaaneina lähtö-*

⁷ Jellinek: Verwaltungsrecht s. 6 ss. Gagner: Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung.

⁸ Montesquieun ajatukset hänen kirjassaan »De l'esprit des lois» perustuvat suurelta osalta Locken filosofiaan ja hänen kuvitelmiinsa oletetusta Englannin vapaammasta oikeusjärjestyksestä.

⁹ Imboden: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung s. 11, Carre de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'Etat II s. 7 ss, Jellinek: Allgemeine Staatslehre s. 498, Alanen: Yleinen oikeustiede s. 19.

¹⁰ Lowenstein: Verfassungslehre s. 47, s. 351. Kopp: Inhalt und Form der Gesetze s. 476. Imboden: s. 10.

¹¹ Kts. esim. Jansson: Politikens teori s. 152, s. 184 ss. Kiinnitetään erityisesti huomiota valtio-orgaanien uusiin tehtäviin, esim. suunnittelu-, valmistelu-, neuvottelu- ja kontrollitehtävät.

kohdaksi, että ne ennenkaikkea toteuttavat hallinnollisia erityispäämääriä esim. sosiaali- ja taloushallinnon alalla. Voimassa olevan oikeusjärjestyksen tai yksityisten kansalaisten »oikeuksien» toteuttaminen ei siten ole hallinnollisen toiminnan tarkoituksena, vaan hallinnollisten oikeussäännösten ja tunnustettujen yleisperiaatteiden avulla osoitetaan vain tutkimis- ja menettelylliset edellytykset tuolle toiminnalle. Tuomitsemisviranomaisista erotetaan esim. syyttäjäviranomaiset kokonaan ja osittain myös täytäntöönpanoviranomaiset, vaikka jälkimmäiset myös eräissä tapauksissa nimenomaisesti antavat oikeussuojaa yksityisille kansalaisille ja syyttäjäviranomaisille on myönnetty laaja harkintavalta esim. syyttämättä jättämisenä. Kun tuomitsemis- ja hallinnolliset viranomaiset samastetaan jätetään huomioimatta se välivaihe, jonka muodostaa tuomioistuintratkaisujen normatiivisuus itse tuomitsemisaktissa. Eräät oikeusteoreetikot haluavat tuon välivaiheen poistaa, mikä saattaa merkitä oikeusideologisen aineksen ja myös yhteiskunnassa vaikuttavien kehitystekijöiden eliminoimista.¹²

Oikeusjärjestyksessämme on tuomioistuinten ratkaisutulokset periaatteellisesti »sidottu lakiin» (OK 24:3).^{12a} Tämä on saattanut vaikuttaa itse ratkaisutoimintaa k a a v o i t t a v a s t i. Tuomioistuimille osoitettua perusteluvollisuutta on myös korostettu siten, että toistuvasti on tuotu esille »ratkaisun johtaminen» jo olemassa olevista säännönmuodostuksista, käsittivätpä ne oikeuslähdeopillisesti nk. kirjoitetun oikeuden, tavanomaisen oikeuden säännökset, oikeuskäytännön tai oikeusteorian oikeusohjeet. Oikeudellisten ratkaisujen *ideologia* on siten *historiallista* siinä mielessä, että se on jo osittain olemassa yhteiskunnassa. Koko ajatus oikeusjärjestyksestä rakentuu kontinueetille eikä »uuden keksimiselle», ts. »uusi» johdetaan jo »olemassa olevasta».

Lainsäätäjän vallanjakofunktiosta so. perustuslain mukaan tuomioistuimille uskotusta tehtävästä käsin »Montesquieun tuomari» on lakien yhdenmukaista soveltamista yhdenveroisesti eri kansalaisiin nähden toteuttava »väritön kontrolliorgaani». On kuitenkin huomattava, että oikeusjärjestyksemme ei edes historiallisesti ole ollut »täydellisyyttä» tavoitteleva lakijärjestelmä, vaan säännöstö on muodostettu eriasteisesti »avoimeksi kehitykselle», mutta tuomioistuimemme eivät tuolloin ole ohjelmallisesti lainsäätäjän asemassa eivätkä ne myöskään ole »pedagogeja», jotka erityisesti pyrkivät ohjaamaan vastaista käyttäytymistä

¹² Esim. Kelsen: Reine Rechtslehre (1960) s. 285. Ross: Om ret og retfaerdighed s. 270.

^{12a} Kts. oikeuskanslerin kertomukset (tapausryhmät, joissa tuomarit on tuomittu rangaistukseen virkavirheestä; lähinnä on ollut kysymys rikos- tai prosessilain vastaisesta menettelystä, myös virheellisestä tulkinnasta).

yhteiskunnassa. Niiden lähtökohtana ovat yksityiset tapaukset ja niihin kohdistettu »oikeudenmukaisuus- ja kohtuustarkistus». Yhteisöstä käsin ei tuomaria myöskään nähdä reformaattorina. Esim oikeussosiologien taholta lausutaan vielä nytkin: mikäli tuodaan esille uusi oikeusajatus, lainsäätäjän pitäisi se mieluummin tehdä.¹³ Tuomioistuimet muodostavat kuitenkin *tosiasialliset oikeudensovellutukset*. Kuinka yleisesti perustellun normatiivisen ratkaisutuloksen tuomioistuin katsoo kussakin tapauksessa voivansa antaa, on myös jätetty sen harkintaan. Tähän kysymykseen palataan erikseen argumentointia koskevan esityksen yhteydessä.

Edellä esitetyn perusteella varataan termi oikeudellinen ratkaisu tuomioistuinten ratkaisutuloksille.¹⁴

Aikaisemmin ei oikeustieteessä varsinaisesti puututtu siihen, *miten ratkaisutoiminta käytännössä tapahtuu*, vaan tarkasteltiin vain ratkaisutuloksia. Erityisesti vapaa-oikeudellisten koulukuntien taholta¹⁵ viime vuosisadan lopussa tuotiin esille »oikeuden etsiminen». Nytemmin todetaan ratkaisutoiminta eri vaihtoehtojen esiintuomisena usein intuitiiviseksi.¹⁶ Toisaalta kuitenkin taas termillä *intuitio* voidaan tarkoittaa eriasteisia tajunnallisia toimintoja. Niinpä jo suhteellisen yksinkertaisen kausaalisarjan toteaminen sisältää intuitiivisuutta.

Kun ratkaisutoimintaa tarkastellaan normatiivisesti, *miten tuomarin pitäisi suorittaa ratkaisunsa*, ja empiirisdeskriptiivisesti, *miten tuomitseminen käytännössä tapahtuu*, niin edellinen kysymyksenasettelu johtaa yhtäläisyysvaatimuksien, myös eräänlaisen *keskimittatuomarin* ja *ideaali-tuomarin* ominaisuuksien korostamiseen, jälkimmäinen saa toteamaan, että vaikka pitempiaikainen toiminta samassa ammatissa lisää samankaltaisuustekijöitä, myös tuomitsemistoimintaan liittyy henkilökohtaisista ominaisuuksista johtuen *yksilöllisiä aineksia*. Esim. Ranskan oikeudessa erotetaan toisistaan tuomarityyppeinä ratkaisevat ja epäröivät tuomarit.¹⁷

¹³ Esim. Eckhoff: Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet (Festskrift för Olivecrona 1964 s. 135).

¹⁴ Voidaan ajatella, että kaikki välittäjätehtävät »kolmantena miehenä» itse asiassa sisältävät tuomioistuinten oikeudelliseen ratkaisemiseen rinnastettavaa toimintaa. Vrt. myös eri lautakuntien, kuten esim. liikekilpailun valvontakunnan lausunnot.

¹⁵ Esim. Geny: Science et technique en droit privé positif II s. 418.

¹⁶ Alanen: Oikeuslähde- ja laintulkintaoppi (compendium) s. 53. Kivimäki: Lm 1959 s. 121 ss.

Intuitio analogiasovellutuksissa, Brusiin: Tuomarin harkinta s. 153.

¹⁷ Gorphe: Les décisions de justice s. 15 (Stern), s. 34.

Kun intuition merkitys ratkaisutoiminnassa vaihtelee, voidaan puhua ratkaisun suuremmasta tai pienemmästä intuitiivisuudesta tuomarin henkilökohtaisista ominaisuuksista riippuen.

Karkeaa rajanvetoa voidaan myös piirtää mahdollisista *yksipuolisista asennoitumisista*: muodollisloogiset tuomarit yhdenmukaisuuden ja järjestyksnäkökoh- tien esilletuojina, ideologiset tuomarit ohjelmallisina »oikeudenmukaisuuden» soveltajina, realistiset tuomarit ennenkaikkea yhteiskunta-aineksen ja yhteis- kunnallisten muutosten havaitsijoina.

Mikäli intuitiolle annetaan ratkaiseva merkitys ei vain ratkaisuvaihto- ehtoja löydettyessä vaan itse ratkaisuaktissa, ts. »ensimmäinen» vaihto- ehto tunnustetaan ensisijaiseksi, saattaa tämä johtaa nk. tunnepitoisten tuomioiden hyväksymiseen, jolloin perusteleminen jää vain »näennäi- seksi» tuomitsemistoiminnasta erilliseksi »lain vaatimusten täyttämi- seksi». On siis erotettava ratkaisuvaihtoehtojen tajuami- nen ja ratkaisun valitseminen argumentoimalla, mikä saa ilmauksensa esim. kollegiaalisten tuomioistuinten eri jäsenten kir- jallisen tutkimismenettelyn jälkeen toisiinsa sopeutettavissa mielipiteissä, jotka tosin saattavat olla kompromissituloksia useammista eri vaihto- ehdoista, mutta jotka myös tuovat esille ensisijaiset perustelutekijät ja ensisijaisen ratkaisutuloksen. (Intuitiivisten ratkaisujen yhteydessä kir- joitetaan myös tiedostamattomista perustelutekijöistä, tuomarinkokemuk- sen mukanaan tuomasta »vaistonvaraisesta» ratkaisutoiminnasta.) Täs- mennetyissä perusteluissa saatetaan myös havaita aikaisemman »epä- määräisen» ja siis vaistonvaraisenkin muotoutumista »tiedostetuksi» ja »ajatelluksi» argumentaatioksi.¹⁸

Kun kauniisti kirjoitetaan, että »tunne oikeasta ratkaisusta» on johta- massa tuomaria intuitiivisesti, joudutaan kysymään, mikä on nk. *oikeelli- suustunteen tosiasiallinen merkitys ratkaisutoiminnassa*. Jälkikäteen voi- daan vain havaita, miten ratkaisu on perusteltu ja miten se on yhteis- kuntaan sopeutettavissa. Yksityinen oikeudellinen tunne, ei edes nk. kansan oikeusvakaumus riittäne oikeudellisen ratkaisun perusteluksi.¹⁹

¹⁸ Argumentaatiotarkistukseen liittyy 24. tuomarinohje: »Domaren skall icke vara för hastig till att döma, förrän han saken väl begrundat haver, ty en hastig dom är sällan god och rätt.» Vastaavaanlaisia maksimeja tunnetaan esim. Saksan ja Englannin oikeudesta. Vrt. Stone: Social dimensions of Law and Justice s. 21. Oikeustieteellisestä, ehkä jo vanhentuneesta koulutuksesta tuomarin »paino- lastina», esim. Augdahl: Rettskilder s. 167.

¹⁹ Kansan oikeusvakaumus negatiivisena argumenttina, Brusiin: Tuomarin harkinta s. 139. Kts. myös Brusiin: Die Objektivität s. 49.

Kuten termiä intuitiivisuus, vastaavasti termiä tunne käytetään kattamaan erilaisia ja eriaisteisia tiloja.²⁰ Oikeellisuustunteen tajuamista on oikeusfilosofiassa analysoitu esim. tasapainon saavuttamiseksi, esteettiseksi harmoniaksi, oikeuden aatteen sanomalliseksi eteenpäinviemiseksi, siten kuin oikeutta, oikeudellista arvostusta, mutta myös yhteiskunnassa esiintyviä oikeellisuusajatuksia, oikeustajua on eri filosofisten koulukuntien, lähinnä eetikkojen ja myös oikeus-sosiologien taholta pyritty erittelemään. On helppo havaita, että tällöin analysoinnin ulkopuolelle aina jää jotakin siitä, miten ilmiö, myös itse sanonta, tajuetaan »im Alltagsleben», kuten Engisch²¹ toteaa. *Ainekset eivät itse asiassa ole irroitettavissa tilanneyhteydestään.* Yhteiskunnassa oikeellisuusajatus, oikeustaju jne. voidaan yhdistää myös *hyötynäkökohtiin*. Esim. Eckhoff²² erittelee sosiaalista oikeudenmukaisuutta, jonka avulla pyritään hyödykkeiden mahdollisimman tasaiseen jakautumiseen yhteisön jäsenten kesken, mikä ilmiö tunnetaan jo lasten maailmasta. Esim. Ihering on aikanaan kirjoittanut »taistelevasta oikeudesta».²³ Mutta yhteiskunnassa esiintyy myös »ulkopuolelta» käsin *arvos-televaa*, ehkä puolustelevaakin *oikeellisuutta*, joka vaikuttaa myös nk. mielipide-muodostajana. Oikeellisuutta vaaditaan monessa eri yhteydessä sosiaaliryhmän jäseniltä. Voidaan verrata esim. niiden arvosteluperusteiden erilaisuutta, jotka esiintyvät toisaalta jälkiarviona palkkiota maksettaessa, toisaalta etukäteisarviona stipendiä myönnettäessä.

Historiallisesti tunnetaan oikeudenmukaisuusajatus (kullekin ansionsa mukaan) toisaalta yhtäläistävänä (justitia commutativa), toisaalta jakavana (justitia distributiva).²⁴ Mikäli pyritään vain loogismatemaattisiin rajanvetoihin, saadaan yhtäläiset yksiköt asetettuina jälkiarvion mukaan yhtäläiseen lähtöasemaan eli yhdenveroiseksi. Kun tässä tutkimuksessa käytetään termiä oikeudenmukainen on siis kysymys mittauksesta, jonka *lähtökohta* on edellä esitetty. Mil-

²⁰ Esim. Zethraeus: Känslan s. 155 (delbegrepp). Isay: Rechtsnorm und Entscheidung s. 114, s. 127 (yksilöllinen ja yhteisöreaktio), myös s. 112 (tuomarin kokonaisnäkemysten merkityksestä).

²¹ Engisch: Die Idee der Konkretisierung s. 271.

²² Eckhoff: Rettferdighet og rettssikkerhet s. 52 ss. Kts. myös Lévy—Bruhl: Aspects sociologiques s. 27.

²³ Ihering: Taistelu oikeudesta (1902) s. 2.

²⁴ Esim. Del Vecchio: La Justice — la verité s. 24, s. 67, s. 73. Vrt. työ — palkka, suoritus — vastasuoritus, menetetty etu — sen palauttaminen. Aristoteles: Den nikomachiska etiken s. 131 »distributiv rättvisa», s. 133 »korrektiv rättvisa», Dabin: s. 279. Vrt. Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 114 ss.: muodollinen, aineellinen ja ideaalinen oikeudenmukaisuus. Kts. myös Alanen: Oikeudenmukaisuusperiaatteesta (Suomalaisen Tiedeakatemian esitelmät ja pöytäkirjat 1961).

loin yksiköt ovat yhdenveroisia on arvostuskysymys, milloin intressit ovat yhdenveroisia on myös arvostuskysymys.

Vastaavasti kuin termiä oikeudenmukainen, käytetään termiä *kohtuus* oikeustieteessä eri merkityksissä. Sillä voidaan tarkoittaa jonkin tapauksen erityislaadun huomioon ottamista, jolloin oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajattelu saattavat sulautua toisiinsa. Tässä tutkimuksessa sitä kuitenkin käytetään lähinnä seurausvaikutusvertailuun²⁵ liittyen. Saateetaan verrata toisiinsa tapahtunutta toimintaa ja hypoteettista oikeusseuraamusta. Onko kohtuutonta, että tällaisesta vähäisestä yhteiskunnan vastaisesta käyttäytymisestä rangaistaan? (Vrt. esim. RL 3 luvun 5 §:n 3 momentin oikeudellisten ratkaisujen suorittajille antamat mahdollisuudet rankaisematta jättämiseen vähäpätöisistä rikoksista.) Onko kohtuutonta, että sopimuskumppani, joka on tehnyt parhaansa sopimuksen täyttämiseksi, (esim. ylivoimainen este ja liikavaikeustilanteet) joutuu vastaamaan sitoumuksestaan? Näissä tapauksissa joudutaan erittelemään itse tapahtunutta toimintaa ja oikeusperusteita. Voidaan siis puhua eräänlaisesta yhdistetystä oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajattelusta. Varsinainen kohtuusharkinta kuitenkin liittyyne hypoteettisen ratkaisun seurausvaikutusten arvioimiseen. Seurausvaikutusvertailu saattaa osoittaa, että asianomainen asetetaan niiden suhteen rinnastettavia tapauksia huomattavasti huonompaan asemaan. Kohtuusajattelussa²⁶ siirrytään tosiasiahavainnoille ja saavutetulle tietoaaineistolle rakentuvan jälkiarvion sijasta todennäköisystekijöitä vielä suu-

²⁵ Esser: Grundsatz und Norm s. 151.

²⁶ Oikeuskirjallisuudessa käytetään termiä *kohtuus* (vrt. myös termit *kohtuullinen* ja *kohtuuton*) useimmiten määrittelemättömänä. Vakiintunut lienee lähinnä ajatus, että kohtuullistuttaminen merkitsee tapauksen »erityislaadun huomioon ottamista». *Calonius*: Siviilioikeuden luennot s. 85 (Blackstone). Esim. *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 117. *Rümelin*: Die Billigkeit im Recht s. 43. *Germann*: Probleme und Methoden der Rechtsfindung s. 25. Kts. myös *Aristoteles*: Den nikomachiska etiken s. 152. Kohtuudella voidaan kuitenkin tarkoittaa myös intressiä sinänsä oikeussovellutuksissa, esim. *Brusiin*: Tuomarin harkinta s. 71. Sen tehtävä nähdään myös negatiivisena, esim. *Brusiin*: s. 139, se osoittaa, milloin »normi ankarana» ei sovellu. *Hakulinen—Raninen*: Osamaksukauppa s. 60. Englantilaisessa oikeudessa *Allen*: Law in the making s. 368 ss, s. 382 ss erottaa yleisen ja erityistapauksen kohtuuden, »equity in general» ja »equity in particular case». Mielienkiintoista on todeta, että ruotsinkielinen oikeustiede tuntee kaksikin termiä, jotka molemmat tarkoittavat kohtuullistuttamista: »skälighet» ja »billighet». Ilmeisesti sanonta »skälighet» kielelliseltä alkuperältään viittaa »eri-

remmassa määrin sisältävään *ennakkoarvioon*. Voidaan myös kysyä *mitkä* ratkaisun *seurausvaikutukset*, jotka saatetaan ennakoida, ovat *relevantteja* otettavaksi huomioon kohtuusharkinnassa.

Seurausvaikutusten huomioon ottaminen ja nk. tavoiteratkaisut esiintyvät säännöllisesti *oikeusseuraamuksia* harkittaessa. Kysytään, mitä tavoitteita rangaistus tässä yksityistapauksessa tai yleisemmin edistää. Mutta myös normiseikastosovellutukset saattavat sisältää *ideologisia tavoiteratkaisuja*, jolloin ennakoidaan ratkaisun seurausvaikutuksia yhteiskunnassa, kuten eri yleislausekkeita tarkasteltaessa myöhemmin todetaan.

Oikeudenmukaisuusajatus (kullekin yhtäläisesti ja yhdenveroisesti jälkiarvion mukaan) voidaan arvostella erityisesti sen vuoksi, että käytännön oikeudellisina ratkaisuin voidaan »sen nimissä» puolustaa mitä erilaisimpia kannanottoja. Esim. Kelsen on tuonut voimakkaasti esiin, että *oikeudenmukaisuus* on vain *tyhjä sana*.^{26a} Onkin myönnettävä, että ensinnäkin on vaikea saada selville, mitkä tapaukset todella ovat samankaltaisia. Esiintyykö yleensä tapausta, joka olisi täysin johonkin aikaisempaan tapaukseen samastettavissa? (Eilispäivä ei myöskään vastaa tätä päivää.) *Abstraktisella ylätasolla* voidaan tapaukset pelkistää *yhdenmukaisiksi* siten, että vedetään esiin *amat aspektikorostukset*. Mutta tuo pelkistys voi tapahtua myös muiden *huomiotta jääneiden aspektien kustannuksella*. (Niinpä juopuneena annettuun sitoumukseen nähden voi olla kysymys sopimusolosuhteiden väärinkäytöstä, mutta myös korvauksen maksamisesta työpalkkana maksusitoumuksen muodossa.) Oikeudellisten ratkaisujen yhdenmukaisuus on samalla *teknillistä yhdenmukaisuutta*. Kuitenkin on huomattava, että kun esim. tuomioistuineläytöksessä ei ole olemassa keskinäistä tiedotusvälineistöä oikeudellisista ratkaisuksista

tyissäiden» huomioon ottamiseen ja siten tapauksen erityislaatuun. Vrt. 1734-vuoden lain sanonta »skälig orsak». Kohtuudesta omana oikeuslähteenään ja sen merkityksestä roomalaisen oikeuden vastaanottamisen yhteydessä esim. *Jägerskiöld: Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige* s. 63, s. 67. Svean hovioikeuden ratkaisuissa juuri 1600-luvulla oli nk. »skälighetsprövning» (roomalaisen oikeuden *aequitas*) tärkeänä tekijänä. Vrt. myös englantilaisen oikeuden »common sense», kun esiintyy tapausten suhteuttamista yhteisöön, ts. periaatteen toteuttamiseksi ei kansalaisilta vaadita enemmän kuin heidän *mahdollisuutensa* edellyttävät.

^{26a} *Kelsen*: Mitä on oikeudenmukaisuus? Lm 1953 s. 647, *Kelsen*: Aufsätze zur Ideologiekritik (1964) s. 230. Toisin *Perelman*: Justice et Raison s. 79 ss. *Perelman*: L'Egalité (1971) s. 323.

saattaa esiintyä tapausryhmiä, jotka vain harvoin tulevat ylemmän tuomioistuimen kontrolloitaviksi ja joihin nähden alioikeuskäytäntö on saatanut jäädä tuomioistuimen tietopiirin ulkopuolelle. * Itse asiassa muodollisteknilliset yhdenmukaisuuspyrkimykset rajoittuvat nykyisen järjestelmän vallitessa useimmiten *ammattitietouteen* saman tuomioistuimen toiminnasta, ylimmän oikeusasteen ratkaisuksista ja oikeustieteen selostuksista ja kannanotoista.^{26b} *Arvostusten yhdenmukaisuuteen* pyritään *tietoisesti* erityisesti niissä tapauksissa, joissa tuomioistuimen harkinta kohdistuu toisilleen läheisiä tapauksia koskeviin punnituksiin. *Yksilölliset ja kehityssuuntauksia* koskevat pyrkimykset tulevat kuitenkin myös esille. Tavoitteeksi jossakin yksityistapauksessa saattaa jäädä — ilman aikaisemman käytännön tai aikaisempien säännönmuodostusten mukanaan tuomaa dialektiikkaa — minkälaisen ratkaisun tuomioistuin asianomaisessa yksityistapauksessa katsoo vastaavan yhteiskunnan »oikeutta». Yhteisöintressejä ja yksityisten adressaattien intressejä (jotka saattavat olla myös yhteisöjä) punnitaan keskenään. Vertauskohanatana ovat silloin *ajatellut* eivätkä konkreettiset *tapaukset*.

Vaikka oikeudenmukaisuusajatus jääkin absraktiselle ylätasolle (tai vielä kauemmaksi: idealisoiduksi ajatukseksi) ja sen toteuttamiseen, olosuhteiden yhä moninaistuessa ja kehityksen nopeutuessa, voidaan kohdistaa yhä voimakkaampaa — myös rakentavaakin — arvostelua, ei tuota ajatusta ilmeisesti kuitenkaan voida korvata esim. »yhteisökehitysajatuksella» tai »elämyksellisellä» oikeudenmukaisuudella. Edellä on viitattu Kelseniin, joka katsoo oikeudenmukaisuuden tyhjäksi sanaksi. *Jälkiarvioon* nojautuva *oikeudenmukaisuus* on kuitenkin selvästi jotain muuta kuin *ennakkoarvioon* nojautuva *tarkoituksenmukaisuusajatus* tai *ajatus järjestyksen ylläpitämisestä*. *Vaatimuksen* oikeudenmukaisuudesta tekee yhteiskunnassa toimiva yksilö.

Nyky-yhteiskunnassa, jossa »lain kirjaimeen» perustuvat ratkaisu- vaihtoehdot entistä huonommin täyttävät oikeudellisille ratkaisuille asetetut vaatimukset, merkitsisi oikeudenmukaisuudesta luopuminen *yhteiskunnassa tapahtuvien muutosten huomiotta jättämistä ja luopumista* asettaa myös muuttuneissa olosuhteissa *yleisiä ja ajateltuja sääntöjä* sekä luopumista perustellusta odotuksesta, että *yhteiskunnan jäsenet* voidaan noiden sääntöjen suhteen asettaa *yhdenveroiseen asemaan*.

^{26b} Kts. myös *Alkio*: Lainkäytön yhdenmukaisuus hoviioikeuksissa *Lm* 1958 s. 440 ss.

Kohtuusajatteluun — joka saattaa johtaa myös vastakkaisasetelmaan »entisen» oikeudenmukaisuuden kanssa — liittyy taas se vaikeus, ettei voida edes tarkalleen tietää, mitä *seurausvaikutuksia* jollakin ratkaisulla on yhteiskunnassa. Voidaan erottaa erikseen ne seuraukset tai vaikutukset, jotka oikeudellisilla ratkaisuilla on *oikeusjärjestyksen piirissä*, ja erikseen ne vaikutukset, joita ratkaisuilla on *yhteiskunnassa*. Paitsi varsinaista seuraamusta asianomaisen normiseikaston soveltamisesta, voivat juriidisteknilliset seuraamukset koskea myös muita oikeusinstituutteja. Esim. kaupan purkamista koskevat seuraamukset saattavat samalla liittyä kiinteistörekisterijärjestelmään. Lisäseuraamuksina saattavat esiintyä eräät vanhentumis-seuraamukset ja veroteknilliset seuraamukset jne. Oikeudelliset seuraamukset saattavat olla ehdottomia tai toteutua vasta määrättyjen edellytysten vallitessa. Erityisesti *yhteiskunnassa esiintyviin seurausvaikutuksiin* nähden liikutaan yhdistetyssä oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajattelussa abstraktisella ja hypoteettisella tasolla silloinkin, kun tuomioistuimella on käytettävissään laajempi aineisto tapaukseen liittyvistä tosiseikoista. Useimmiten ei tuollaista seikastoa johtopäätöksineen esitetä, vaan oikeudenkäyntiaineisto on asianosaisten taholta jätetty jopa *tietoisesti* puutteelliseksi. Enintään voitaneen puhua eräänlaisten *yleisesti tiedossa olevien* (notooristen) seikkojen huomioon ottamisesta tuomioistuinten taholta kohtuusratkaisuissa. Esim. laajat *hallinnolliset seuraamukset* jätetään oikeusriitojen yhteydessä yleensä huomiotta.

Kuten edellä on mainittu, yhdistetyn oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajattelun *rinnalla* tai *sijasta* puhutaan oikeudellisten ratkaisujen yhteydessä *oikeudenmukaisuuden tunteesta* tai oikeustajusta. Sen voidaan katsoa esiintyvän eräänlaisella hahmottelemattomalla psykofyysisen toiminnan tasolla muoto- ja ideatasoon verrattuna. Siitä voidaan ehkä eritellä aineksia yhdistetyksi oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajatteluksi.

Kuten intuitiivisuus esiintyy oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa välittömästi ja sen tulokset tarkistetaan argumenttivalinnan avulla, vastaa-vasti oikeellisuustunne, *oikeustaju* esiintyy niinkään välittömästi. Huomattavasti helpompaa kuin analysoida niitä aineksia, mitä oikeellisuustunne tilanneyhteydestään irroitettuna sisältää, on tarkastella niitä seurausvaikutuksia, mitä sillä saattaa olla käytännön ratkaisutoiminnassa. Sen voidaan odottaa esiintyvän eräänlaisena »*epäkohtatajuna*» esim. seuraavissa yhteyksissä:

Lainsäätäjän sanonta ei ole saanut onnistunutta ilmaisua, kun se poikkeaa kommunikaation vastaanottajana olevan kansalaisen tulkintamahdollisuuksista. Säännöstä ei olisi tulkittava ankaruuttavan sanamuototulkinnan mukaan.

Kysymyksessä on vanha laki, jossa vaikuttavat muuttuneet olosuhteet yhteiskunnasta käsin; ne olisi otettava esille etupunnituksessa siten, että yksilöä ei asetettaisi muita epäedullisempaan asemaan.

Myöhemmät säännökset ovat tuoneet mukanaan periaatteita, jotka vaikuttavat myös vanhemman lain säännöksiin. Ne olisi vastaavasti otettava huomioon.

Lainsäädäntö on jo alunperin ollut vailla kosketusta keskimittakäytäytymiseen ja arvostuksiin yhteiskunnassa. Laki saattaa jäädä jopa noudattamatta.

Käsitykseni mukaan juuri välitön oikeustajunta etsii eri vaihtoehtoja.²⁷ Perusteleminen lainsäädännön pohjalta tai, milloin oikeussäännöksiä ei ole, yhtäläistävien argumenttien avulla johtaa yksilö- ja yhteisöargumenttien dialektiikkaan, kuten myöhemmin joudutaan toteamaan. Oikeudenmukaistavat, *yhtäläistävät argumentit saattavat olla myös ratkaisua ankaruuttavia. Kohtuusargumentointi johtaa ratkaisun lievennykseen* yksityisen ratkaisun seurausvaikutukset huomioon ottaen.

Onko oikeudellisen ratkaisun tekeminen avointa vai sidottua ratkaisutoimintaa? Klassillinen oikeustiede on noiden ratkaisujen suhteen lähtenyt ainakin kahdesta aksioomasta: ratkaisujen *totuudellisuudesta* ja niihin liittyvästä *perustelemisselvollisuudesta*, jolloin ajatellaan ratkaisun perustelemista lähinnä lakijärjestelmän pohjalta. Jo Hegel²⁸ on aikanaan todennut, että ratkaisujen totuudellisuus (lähinnä näytön arviointi) on vastaavasti kuin niiden oikeellisuuskin vain vakuttuneisuuskysymys. Kun lähdetään etsimään oikeudellista ratkaisua, etsitään ratkaisua, joka olisi muita *»vaihtoehtoja parempi»*. Kun yksi ratkaisu sitten saavutetaan ylimmän oikeusasteen

²⁷ *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 118 alav. »moitittavuuskritiikki». *Ross*: Om ret og retfaerdighed s. 365. Kts. myös *Frank*: Law and Modern Mind s. 31: mekaaniset, muuttumattomat sovellutukset eivät vastaa käytännön vaatimuksia.

²⁸ *Hegel*: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1840) s. 285, *Heck*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz s. 87, s. 103, todennäköisyyden asteille ei löydy mittapuita.

tuomiolla, toteutuu »yhden oikean ratkaisun periaate» operationaalisesti, kunnes yhteiskunnassa vaikuttavat ideologiset ajatukset tai reaaliset val-lankäytön muodot johtavat siihen, että tuo yksittäinen ratkaisu kumo-taan. Ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta on ideaalinen abstraktio, jolla on ollut merkitystä oikeusjärjestelmän kehityksessä. Empiirisellä tasolla ajatus osoittautuu kuitenkin »elämästä vieraantuneeksi». Oikeusriidoissa esiintyy jatkuvasti tapauksia, joissa ratkaisijankin aspektista tarkastellen »paremmaksi katsottavaa» ratkaisua ei voida tuomioistuimen taholta antaa, kun asianosainen esim. siviilioikeudenkäynnissä ei ole esittänyt enempiä vaatimuksia, kolmannen henkilön interventiota ei ole tapahtu-nut jne. Asianomainen oikeudellinen ratkaisu on siten asetettava tarkas-teltavaksi omasta *tilanneyhteydestään* käsin, mikä seikka oikeustieteili-jöidenkin taholta usein unohdetaan.

Perustelemisselvollisuuteen nähden on todettava, että tuomioistuin-ratkaisu sisältää säännöllisesti jälkikäteen tapahtuvaa arviointia. On kysymys yhteiskunnallisista (siis historiallisista) tapahtumista, joita tutki-taan lähinnä voimassa olevan lakijärjestelmän asettamia arvostuslähtö-kohtia käyttäen. *Jälkikäteisarviointiin* viittaa myös oikeudenmukaisuus-ajatus: kullekin ansionsa mukaan eli yhtäläisesti ja yhdenveroisesti jaka-vana toimintana.²⁹ Mutta ratkaisutoiminta saa vaikutteita juuri nyky-yhteiskunnasta ja myös arvioinneista ratkaisun vastaisiksi *seurausvaiku-tuksiksi*. Myös oikeusvarmuus- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat tuo-vat *ennakkoarvion*³⁰ mukaan oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Missä määrin ennakkoarvionäkökohdat edellyttävät yhteiskunnallisten kehitys-tekijöiden huomioon ottamista? Missä määrin ennakkoarvio johtaa säännönmuodostukseen? Kuten todettiin, oikeusjärjestelmämme lähtee perustelemisselvollisuudesta lainsäädännön pohjalta. *Sidonnaisuus* laki-järjestelmään ei ole kuitenkaan sellainen, ettei siitä voitaisi *painavin argumentein irroittautua*. Itse asiassa onkin vaikuttamassa kun on kysy-mys yksityisoikeudellisista säännöksistä, *i d e a*³¹ *l a k i s i d o n n a i -*

²⁹ Toisin esim. oikeudenmukaisuus tarpeen mukaan tai oikeudenmukaisuus punnittuna suhteessa hyödyllisyyteen ryhmässä, esim. *Rawls: Distributive Justice (Philosophy, Politics and Society 1967)*.

³⁰ Vrt. v. *Wright*: Niin kutsutusta praktisesta päättelystä (*Sosiologia* n:o 3/1971 s. 108): »Kun praktinen päättely toimii argumenttina, se etsii joko mennei-syydestä motivaatiota tai tulevaisuudesta toimintaa.»

³¹ Kts. myös *Isay*: s. 209.

suudesta. Sillä on kuitenkin tosiasiallisesti huomattava merkitys ratkaisutoiminnassa, kun jatkuvasti joudutaan kysymään: Mitkä argumentit ovat riittävän painavia? Riittävätkö oikeusideologiset perustelut kumoamaan lakisidonnaisuuden? Millaisesta ideologiasta on silloin kysymys? Oikeusperiaatteiden rinnalle tulevat esiin myös yhteiskunnan muuttuvat olosuhteet ja yhteiskunnalliset tarpeet. Toisaalta siviilijutut myös usein ratkaistaan käyttämättä oikeussäännöksiä perustelulauseina, mikä eräiltä osin johtunee siitä, että vanhoja siviililain säännöksiä pidetään eräänlaisena kansalaistietoutena.

Voitaneen kiteyttää maksiimi: oikeudellinen ratkaisu siirtää »palan mennyttä aikaa» nykyhetken kautta tulevaisuuteen. Nykyhetkessä on ratkaisun staattisuus: odotettu säännönmukaisuus. Ratkaisun perusteleminen muodostaa erään takeen sen jatkuvuuskelpoisuudelle eli jälkikäteen tapahtuvalle hyväksymiselle asianosaisten ja toisten tuomioistuinten taholta.

5. Oikeudellisen ajattelun eri ulottuvuuksista

Keskeisiä oikeudellisia käsitteitä ovat oikeusnormi ja oikeudellinen ratkaisu, joita edellisissä luvuissa on käsitelty. On todettu, että noista käsitteistä annettuihin eri määritelmiin ovat olleet vaikuttamassa eri tutkijain erilaiset tieteelliset asennoitumiset ja myös eri oikeusalojen aspektikorostukset. Oikeustieteen tutkimuspiirien, tutkimusvälineiden ja tutkimuspäämäärien erottaminen tuottaa jo sinänsä vaikeuksia.¹ (Esim. tutkitaan yhteiskunnassa vaikuttavia normeja, asetetaan hypoteettisesti normeja yhteiskunnan jäsenille ja pyritään myös muodostamaan normeja, jotka olisivat yhteiskunnassa muita normeja korkeatasoisempia tai käyttökelpoisempia.) Oikeustieteen metodin tutkiminen muodostuu myös samalla oikeudellisen ajattelun tutkimiseksi. On kysymys inhimillisen ajattelun mahdollisuuksista.

Kuten on todettu, on vaikea saada aina selville, milloin todetaan

¹ Oikeusteoriassa on usein pyritty erottamaan jo olemassa oleva ja konstruoitu. Vrt. Geny: Science et technique de droit privé positif II s. 371 »des données réelles, des données rationnelles, des données idéales», Kraft: Erkenntnislehre s. 23, vrt. s. 29.

yhteiskunnassa vaikuttavia sääntöjä, milloin itse asiassa ilmoitetaan omia normisuosituksia. Kuitenkin yleisesti sanotaan, että etsitään *velvoittavia säännönmuodostuksia*. Sääntöjä voidaan löytää paitsi laeista myös oikeudellisista ratkaisuista, sääntöjen etsiminen voidaan ulottaa itse ratkaisutoimintaan. Mutta onko *säännönmuodostus*² oikeustieteessä sittenkään *itsetarkoitus*? Tosin oikeudellisia ratkaisuja joskus kaavailaan pelkästään säännönsovellutuksina ja tunnetaan maksimi: »Jokin laki on parempi kuin ei mikään laki.» On kuitenkin kysymys säännöistä, jotka ovat yhteydessä yhteiskuntailmiöihin, erityisesti yhteiskunnalliseen käyttäytymiseen.

Oikeudelliseen ajatteluun liittyy säännöllisesti myös *yhteiskuntailmiöiden toteamista* ja empiirisen maailman havaitsemista. Jos oikeustiede kuitenkin pysähtyy vain ilmiöiden toteamiseen ja reaalitiedon keräämiseen, liikutaan ilmeisesti tieteen piirissä, joka on lähellä sosiologiaa.³ Mutta myös sosiologiassa tähdätään nyttemmin pitemmälle: pyritään oivaltamaan myös yhteiskunnassa vaikuttavia ideoita ja katsomuksia sekä niiden suhdetta inhimilliseen käyttäytymiseen.⁴ Mutta riittävätkö havaitsemis- ja muotoamispyrkimykset oikeustieteen ainoiksi tarkoituspäämääriksi?

Inhimillisessä ajattelussa voidaan yleensäkin todeta intentionaalista, pitkäjännitteistä osa- ja kokonaistarkoitusten huomioon ottamista. Teleologisesti eli asetetusta tehtävästä käsin tai erityiset tarkoituspäämäärät huomioon ottaen oikeudelliseen ajatteluun kuuluu säännöllisesti *ideamuodostuksia* ja arvostusta.⁵ Valitaan esim.

² Esim. Kelsenin oikeusteoriaan kohdistunut kritiikki: Jöckel: Hans Kelsen rechtstheoretische Methode s. 177, Lundstedt: Legal Thinking revised s. 406. Kaufmann: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie s. 64 »ein gewisser Eindimensionalität« des Denkens. Kts. myös Viehweg: Topik und Jurisprudence s. 62.

³ Onko vallitsevien katsomusten tai vallitsevien ratkaisuperusteiden toteamisella sinänsä ensisijainen merkitys oikeustieteessä. Vrt. Pound: New Paths of the Law s. 60: »We forget that majority or plurality are only a way out, when we cannot get entire agreement.»

⁴ Esim. Szczepański: Sosiologian peruskäsitteet s. 77 ss.

⁵ Platonin idea-ajattelu, esim. Valtio (Der Staat s. 225): »sondern nur mit Hilfe der Ideen und durch die Ideen der Erkenntnisprozess vollzieht». Trude: Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie s. 110, s. 134. Varsinkin Aristoteleen varhaisfilosofiassa todetaan esiintyvän Platonin vaikutusta. Myöhemmin hänen ajatuksensa tarjoavat myös lähteen argumentoivalle ajattelulle s. 138.

mikä sääntö on parempi yksilön oikeusturvan kannalta, mikä sääntö pitää tehokkaimmin yllä järjestystä yhteiskunnassa jne. Kuitenkin jokin idea saattaa yhteiskunnassa vasta esiintyä asenteellisuutena (tunnetaan esim. torjuvia, hyväksyviä tai ilmiön erityispiirteitä korostavia asennoitumisia). Se saattaa esim. ilmetä käyttäytymisenä, jonka päämäärät ovat erittelemättömiä ja ohjelmallisuus vailla omaa nimeä. Sellaisia rajamaa-alueita tunnetaan esim. olosuhteita pysyttävien ja ilmoitettuja kehitystekijöitä esiintuovien tavoiteideologioiden välillä.⁶ Kuten on todettu, esiintyy sekä välinearvoisia että itseisarvoisia ideoita. Mutta myös empirisluontoiset tavoitteet edustavat ideamuodostuksia.⁷ Esim. oikeudellisen ratkaisun suorittajan aspektista tarkastellen saattaa esiintyä ideologista ainesta sekä lähtökohtina, menettelytapoina että tavoitteina (tarkoituspäämäärinä). Kuitenkin on katsottava, että tieteellinen tutkimus, joka lähinnä askartelelee vain ideoiden ja katsomusten parissa yhdistämättä tutkimusta oikeudellisiin ristiriitatilanteisiin yhteiskunnassa, lähenee esim. sosiaalietiikkaa.

Tässä tutkimuksessa asetetaan lähtökohdaksi, pyrittäessä ymmärtämään ja mahdollisuuksien mukaan myös edelleen kehittämään oikeudellista ajattelua,⁸ käsitteahmottelu: oikeustieteen eri ulottuvuudet. Katsotaan hypoteettisesti, että perustekijät inhimillisessä ajattelussa: havainto (tarkkailu ja toteamus), raja-
aus (myös muotoilu) ja arvostus ovat siten eri tasoilla, että ne eivät keskenään ole vertailukelpoisia. Niitä vastaavat intersubjektiiivisesti konstruoidut käsitteet: aine (massa, liike),

⁶ Sanottu jaoittelu esiintyy jo Aristoteleella. *Trude*: s. 146, *Aristoteles* (Ringbom): Den nikomachiska etiken s. 145. *Germann*: Probleme und Methoden der Rechtsfindung s. 339: oikeusvarmuus säilyttävänä ja oikeudenmukaisuus uudistuksiin tähtäävänä ideologiana.

⁷ Kts. v. *Wright*: Niin kutsutusta praktisesta päättelystä (Sosiologia n:o 3/1971 s. 100).

Ajatukset sinänsä, siis myös konkreettiset tavoitteet ovat »transsendenttisia», *Cassirer*: Substansbegriff und Funktionsbegriff s. 398.

⁸ Esim. *Ravila* kirjoittaa humoristisesti esseessään (Totuus ja metodi s. 30) tutkimusmetodista eräänlaisena »viisasten kivenä», jonka avulla Aristoteleen tapaan pyritään auttamaan tutkijaa kulkemaan »oikeaa tietä». Mitään ainoaa ja oikeaa tutkimustapaa on tuskin saavutettavissa. Ehkä esim. myöhemmin kehitetään ajattelumuotoja, jotka selkeämmin kattavat ideologisen osan tutkimuksesta.

muoto (lähinnä väline) ja idea (arvo).⁹ Myös liike voidaan tietysti sinänsä rajata ja muotoilla, mutta muoto vastaa kuitenkin staattisuutta aineen dynaamisuuteen verrattuna. Rajaamalla ja muotoilemalla saavutetaan hetkellisiä päätepisteitä, »etappeja», joissa jotain *kokonaisvaltaista saavutetaan ja voidaan myös kommunikoida* ulkomaailmalle. Ideamaailmassa havaitseminen vastaa oivaltamista. Voidaan pyrkiä rajaamaan sekä havaintoja että oivalluksia. Esim. hermeneuttisen filosofian taholta on taas kiinnitetty huomiota siihen, että yhteiskuntatieteissä, joihin oikeustiedekin lukeutuu, ei havaitsemista toiminnallisesti esiinny vastavasti kuin empiirisissä tieteissä, vaan ne edellyttävät myös säännöllisesti oivaltamista ja ymmärtämistä.¹⁰ Jos ajatellaan esimerkkinä oikeussäännöstä, jonka mukaan pidätysaika saattaa ilman vangitsemismääräystä kestää vain 3 päivää, niin on kysymys säännöstä, joka ei sisällä arvostustermiä. Kommunikaatiossa saatetaan tuo lause välittää mekaanisesti eteenpäin, mutta se voidaan ymmärtää ja selittää oikeusjärjestyksemme osana vain asetetusta tarkoitustieteologiasta käsin eli yksilön oikeusturvan takeena. Oikeustieteessä kirjoitetaankin nyttemmin oikeuslauseista nk. *finaalisina* eikä sinänsä totuusarvoa sisältävinä lauseina.¹¹

Käsitteet *idea*, *muoto*, *aine*, jotka tunnetaan jo Antiikin filosofiassa,

⁹ Roubier: *Théorie Générale du Droit* s. 317. Sauer: *System der Rechts- und Sozialphilosophie* s. 47. Apala-Arlander: *Lm* 1964 s. 689. Vrt. Hartmann: *Ethik* s. 158. Myös nk. hermeneuttinen filosofia asettaa eräitä aprioriolettamuksia, esim. Apel: *Kommunikatio ja ihmistieteiden perusteet* (Sociologia n:o 3/1971 s. 133 ss.). Vrt. myös Popper: *The Logic of scientific discovery* s. 60, s. 111.

¹⁰ Esim. Habermas: *Erkenntnis und Interesse* s. 280, s. 231, kts. kuitenkin s. 205, s. 237 (tulkinta ja »todellisuuden» tutkiminen kielen symboleista.)

¹¹ Esim. Kivivuori: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys s. 27 ss.: viittauksia finaaliiseen selitysmalliin. Voidaan kuitenkin epäillä, missä määrin finaalin ratkaisumallin avulla voidaan selittää lainsäätäjän tai lainkäyttäjän »käyttäytymistä», joka ei ole samalla empiirisellä tasolla kuin »teko» ja sisältää useampia eri tavoitteita ja valintaa niiden kesken. Esim. Hintikka: *Knowledge and Its Objects in Plato* (Ajatus 1971 s. 168 ss, s. 182) kiinnittää huomiota siihen, että kreikan kielessä tunnetaan termi toiminta (acting) ja tekeminen (producing), jolloin viimeksi mainittuun sisältyy ajatus saavutetusta tuloksesta (telos). Suomen kielessä tehdä-verbiä voidaan käyttää molempien kreikkalaisten termien vastineena. Sana *käyttäytyminen* sekä tuomarin että lainsäätäjän työhön kohdistettuna on käsitykseni mukaan virheellisesti »empiirinen», yksinkertaisten rationaalis-ideologisen ulottuvuuden osaksi toiminnasta, jolla on vain yksi suunta ja tavoite. Kts. myös Lahtinen: *Von konstruierten Denkschemas* s. 105: oikeuslauseilla ei ole totuusarvoa.

eivät ehkä ole määriteltävissä,¹² mutta *inhimillinen ajattelu kykenee* tuollaisen *rajauksen suorittamaan*. Se on eräs niitä lähtökohtia, joista fenomenologit katsovat, että ne »koetaan ilmeisiksi».¹³ Kun oikeustieteessä pyritään erottamaan toisistaan normitieto ja reaalitytieto, todetaan, että sen piirissä on aineistoa, joka on *muuta empiirisempää*. Voidaan myös erottaa normatiivisia lauseita, jotka jo rakenteellisesti ovat muita ideologisempia. Oikeudellinen kieli taas irroittautuu kommunikatiivisesta antajastaan siten, että se saa *oman välineellisen arvonsa*. Jostakin termistä voi kuitenkin samalla tulla ideologinen väline. Välineellinen arvo on myös niillä eri käyttäntömuodoilla, joita esim. oikeustoimien yhteydessä esiintyy. Eri ulottuvuudet siis näyttäivät ulkopuolisessa maailmassa liukuvan toisiinsa ja niiden esiintuominen edellyttää *ilmiöiden erittelyä*. Sosiologisessa tutkimuksessa saatetaan tyytyä etsimään ideamuodostuksia empiirisluntoisesti. Myös oikeusteoria saattaa ryhtyä eräänlaiseen loogisempiiriseen erittelyyn ideoiden suhteen. Mutta varsinainen oikeustiede, tuo vanhalla nimeltään tunnettu lainoppi edellyttää nk. sovellutustieteenä ilmeisesti myös erikseen asetettuja ja ilmoitettuja tarkoituksinäkökohtia, jotka ovat yhteydessä oikeudellisiin eturistiriitoihin ja oikeudellisten ongelmien ratkaisuun yleensä.

Kun tarkastellaan vanhempaa oikeustieteellistä tutkimusta, niin sitä voitaneen usein kutsua institutionaaliseksi, *yhdistetyksi muodollisideologiseksi tutkimukseksi*. Loogisanalyttinen perustutkimus on taas saattanut pysähtyä vain *rakenteellisten seikkojen* tarkasteluun eli tutkimaan eri tekijöiden asemaa ja suhdetta toisiinsa sekä asemaa muutoin eri yhteyk-

¹² Naess: Empirisk semantik s. 40.

Voidaan myös kiinnittää huomiota niihin eri lähtökohtiin, joita loogisanalyttinen, kausaalismekaaninen ja teleologinen (hermeneuttinen) tiedon saavuttaminen edellyttävät. Vrt. Vilenius: Filosofia ja politiikka s. 141. Ilmeisesti oikeustieteessä yhteiskuntatieteenä ei kuitenkaan esiinny kausaalismekaanista tiedon saavuttamista, vaan havaintoja ja toteamuksia kehityksestä yhteiskunnassa. Kts. myös Jansson: Politikens teori s. 19.

¹³ Esim. Krohn: Totuus, arvo ja ihminen s. 173. Kun esim. filosofiset suunaukukset esiintyvät dialektisina, ne kasvavat esiin ihmisen *omasta tietoisuudesta*, kuten antropologit asian esittävät. Esim. Ryffel: Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie s. 330. Vrt. myös Marc-Wogau s. 150, viittaus Hans Larssonin filosofiaan: »börats linje slutar i ett faktum — sådant är vårt väsen». Vrt. myös inhimillisen kielen ja inhimillisen ajattelun mahdollisuus asettaa absoluuttisia ideoita.

sissä. Erityisesti *semanttinen (lingvistinen) tutkija rajaa etukäteen tutkimuksensa*.¹⁴ Kun ongelmat palautetaan kieltä koskeviksi, esille tulevat lähinnä seikat, jotka ovat ennestään tunnettuja ja nimettyjä. Oikeustiede, kuten oikeudelliset ratkaisut yleensä edustaa usein konservatiivista ajattelutapaa, koska sen arvostamat ideat ovat yleensä jo vaikuttamassa yhteiskunnassa, itse yhteiskuntarakenteessakin. Oikeustiede saattaa kuitenkin myös joutua tutkimaan ilmiötä, joka on uusi ja johon nähden ei ole omaa lainsäädäntönormistoakaan, ja sen pitäisikin ehkä valita myös sellaisia tutkimuskohteita. Jos tuolloin suoritetaan semanttista analyysia, niin se rakentuu *muodon ja sisällön ykseydelle*¹⁵ eli ideologiset ainekset tulevat esiin vain, mikäli ne esiintyvät jo valmiissa kielessä, usein esim. lakikielen termeissä. Jos lähtökohdaksi taas etsitään vain arvostuksia, mutta ei ideoita, päädytään kunkin ratkaisijan henkilökohtaisiin arvostuksiin.¹⁶ On kuitenkin selvä eroavuus siinä rakentuuko oikeudellinen toiminta avoimelle vallankäytölle, jossa henkilökohtaiset ja vallanjakoon perustuvat kannanotot tulevat avoimesti esille, vai yleis pätevyyttä tavoitteleville ideologisille kannanotoille. Samalla on todettava, että myös henkilökohtaiset arvostukset, joita kuitenkin aina ratkaisutoiminnassa esiintyy, saattavat olla yksilöllisinä lähteinä kehittämässä oikeudellista ideologiaa (mitä tuolla sanonnalla sitten eri yhteiskuntajärjestelmissä tarkoitetaankin). *Ideologinen ohjelmallisuuskin* saattaa kuitenkin olla etukäteen rajaamassa tutkimusta. Yhteiskunta-aineistoa käsittelevä empiirinen tutkimus saattaa johtaa oivaltamaan, että asetetusta ideologisesta tavoitteesta joudutaan luopumaan tai sitä sopeuttamaan muuttuneisiin olosuhteisiin.

Käsitykseni mukaan olisi kuitenkin yhtä selviöluontoisesti kuin pyrittään erittelemään empiirisiä ja rakenteellisia seikkoja, myös pyrittävä erittelemään ideoita ja arvostuksia.¹⁷ Tällöin joudutaan kuitenkin erottamaan ratkaisijan aspekti, jossa arvostusten ilmoittaminen suu-

¹⁴ Kts. myös kritiikkiä kielitutkimuksesta, esim. Marcuse: Yksiuolotteinen ihminen s. 191.

¹⁵ Esim. Aarnio JFT 1969 s. 382, s. 401. Aarnio: Lm 1970 s. 277. Winch: The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy (1958) s. 85. Wilenius: Filosofia ja politiikka s. 143. Winchin yksipuolisuudesta, kts. esim. v. Wright: Explanation and Understanding s. 29.

¹⁶ Vrt. esim. Makkonen: Lm 1970 s. 1068.

¹⁷ Esim. Ruotsissa on Nial jo aikaisessa vaiheessa tuonut esiin ajatuksen arvostusten analysoimisesta. TFR 1957 s. 282 ss.

relta osalta perustuu intellektuaaliselle rehellisyydelle, ja tarkkailijan aspekti, joka mahdollisuuksien mukaan etsii arvostuksia ja ideoita ilmoitetusta argumentaatiosta. Argumenttien tehokkuudella on kuitenkin merkitystä molempien aspektien kannalta. Eri asia on, että inhimillisessä toiminnassa voidaan aina löytää ratkaisuja, joissa ilmoitettuja argumentteja saatetaan käyttää vain henkilökohtaisten arvostusten peittämiseen. Toisaalta taas eräissä lähitavoitteissa ja pragmaattisten argumenttien suhteen saattavat myös eri ideologiset kannanotot olla yhteensovitettavissa. Ideologiset ratkaisut saattavat myös yhteiskunnassa johtaa toisiin tavoitteisiin kuin oli alunperin suunniteltu.

Kun tarkastellaan kulttuuritraditiosta johdettua oikeudellista ideologiaamme, voidaan esittää kysymys: mikä on se ideologinen lähtökohta, joka voidaan yhteisesti asettaa pyrittäessä tutkimaan ideoita ja arvostuksia meidän oikeusjärjestyksemme kannalta? Vakiintunut toteamus lienee, että oikeusjärjestyksemme rakentuu yksilön itseisarvolle, ajatellen yksilöä kollektiiviryhmästä irroitettuna. Historiallisesti tuo arvostus voidaan johtaa vapaan talonpoikaisyhteiskunnan perinteistä, mutta myös Antiikin kulttuurista. Se on saanut myös ilmauksensa perustuslakimme säännöksissä.

Yksilön arvo ja valinnan vapaus on saattanut nyky-yhteiskunnassa, jossa itse yhteiskunta ja eri yhteisöryhmät monin tavoin sitovat jäseniään,¹⁸ tosin jäädä relatiiviseksi, jopa näennäsideologiaksi. Voidaan kuitenkin osoittaa eräitä rajanvetoja: 1800-luvun oikeusvaltioideologia, joka takaa yksilölle *nk. perusoikeudet* ja myös *nk. laillisuusturvan*, on halunnut nimenomaisesti tunnustaa periaatteen yksilön vapaudesta. 1900-luvun sosiaalivaltioideologia, joka pyrkii anta-

¹⁸ Ihmisarvoideologia liittyy vapausideologiaan, johon erityisesti kiinnitetään huomiota angloamerikkalaisessa oikeudessa, (esim. *Hart: Law, Liberty and Morality* s. 4, *John Stuart Mill: On Liberty*). Ryhmäideologiana esiintyy solidariiteettiperiaate, joka myös saattaa johtaa yksityisen ihmispersoonallisuuden kunnioittamiseen, (esim. *Duguit: L'Etat, le droit, la loi positive* s. 47.) Jokainen ryhmän jäsen pyritään saattamaan yhtäläiseen vastuuseen. Esim. rangaistuksen perusta nähdään sosiaalisessa myötävastuussa (social defence-liike). Ihmisen kunnioittaminen on lähtökohtana myös Schweitzerin filosofiassa. Myös oikeussuojavaatimuksiin liittyy ihmisarvoideologiaa, joka tulee esille esim. persoonallisuuden suojaa koskevissa vaatimuksissa. Ihmisarvoideologia on keskeisellä sijalla mm. *Alasen* tuotannossa. Kts. myös Raili Kaupin analyttinen kirjoitus: *Freedom and imperatives* (Ajatus XXIV 1962 s. 67 ss), jossa vapaus käsitettä eritellään lähtökohtana sekä positiivinen *vapaus johonkin* että negatiivinen *vapaus jostakin*. Vrt. Moritz ARSP 1972 s. 27.

maan kansalaisille yhä enemmän etuja yhteiskunnan taholta ja myös taata nuo edut eräänlaisina perusoikeuksina, johtaa hallinnollisin säännöksiin kasvavassa määrin rajoittamaan niitä alueita, jotka aikaisemmin ovat olleet kansalaisten itsensä määrättävissä. Eräillä aloilla joudutaan myös enenevässä määrin suojaamaan kollektiivisia ryhmäetuja. Kuitenkin katsotaan, että jatkuvasti on oikeusjärjestyksemme perustana yksilön itseisarvo ja riippumattomuus.¹⁹ Suuri osa kulttuuritraditiosta johdettavasta ideologiasta rakentuu ajatukselle yksilön etujen suojelemisesta ryhmäetuja vastaan. Yksilön itseisarvolle rakentuu koko oikeudenmukaisuusajatus: kullekin ansionsa mukaan, verrattuna esim. yhteisedut huomioon ottaviin tarkoituksenmukaisuus- ja yhteisökehitysajutuksiin. Yksilön arvon ja yksilöllisyyden korostaminen saattaa kuitenkin johtaa myös eri yksilöiden erityisaseman korostamiseen ja on siten vastakohtaisasetelmana »karkealle» yhdenmukaisuudelle. Klassisen oikeudenmukaisuusjaoittelun (jus distributivum ja jus commutativum) rinnalla tunnetaan myös ajatus yksilölle annettavasta suojasta vallan väärinkäytöksiä vastaan (jus protectivum). On mielenkiintoista todeta, miten Yhdistyneiden Kansakuntien ihmis-oikeuksien julistuksen artikkelit ovat merkinneet eräänlaista »luontaisoikeuden renesanssia» ja samalla yksilön arvon korostamista yhteiskuntajärjestyksessä perusarvona. Eri maiden oikeusjärjestyksiä pyritään kasvavassa määrin tarkistamaan juuri ihmisarvoideologian suhteen. Sopimukset kansainvälistä yhteistyötä silmällä pitäen saattavat siten muodostua myös valtiossa voimassa olevan lainsäädännön tulkintaohjeiksi.²⁰ Kollektiiviset ideologiat korostavat kuitenkin, että esim. oikeudenmukaisuus jää vain »etuoikeutetun luokan» jäsenten kesken toteutettavaksi, jos kaikki kansalaiset eivät saa perustarpeitaan toteutetuiksi, eli itse asiassa tärkeämmäksi muodostuukin oikeudenmukainen jako *tarpeitten mukaan*.²¹

Viime vuosikymmeninä ovat ideologista keskustelua hallinneet vapaus- ja suojaideologioiden väliset ristiriidat ja noiden ideologioiden yhteensovittaminen. Yksilön kannalta oikeusjärjestyksen päämääränä on antaa hänelle suojaa ja taata hänen vapautensa. Yhteiskunnan kannalta se merkitsee velvollisuuksien asettamista ja yksilöiden vapauden rajoittamista. Milloin toiselle kansalaiselle tai kansalaisryhmälle annetaan suojaa saatetaan samalla rajoittaa toisen kansalaisen tai kansalaisryhmän vapautta. Esim. hallintotoiminnassa jou-

¹⁹ Esim. Ruotsin oikeuden kannalta *Schmidt—Strömholm: Legal values in modern Sweden* s. 27, s. 33.

Intressi-termiä käytetään lähinnä empiirisuontoisesta käsitteestä, mutta se saattaa ulottua myös koskemaan ideologista ja arvostustasoa. Kts. *Mannheim: Wissenssoziologie* s. 377, Kts. myös *Kaila, Elpiö: Oikeuslogiikka I* s. 112.

²⁰ Esim. *Danielius: SvJT* 1969 s. 389 (NJA 1963 s. 284, SvJT 1964 s. 19).

²¹ *Lenski, G: Power and Privilege* (New York 1966). *Blom: Luottamus oikeuslaitokseen* s. 15.

dutaan jatkuvasti harkitsemaan milloin *yksityinen etu* joutuu väistymään yleisen edun tieltä. Monessa yhteydessä on *yksityisten etujen suojeleminen*²² ja yksilön oikeusturva uskottu tuomioistuimille. Niiden tehtäväksi on jäänyt jatkuva intressien punnitustarkistus ja myös kulttuuri-traditiosta johdettavan oikeusideologian tarkistaminen muuttuvissa olosuhteissa.

Kun edellä on pyritty tuomaan esille eri ulottuvuudet oikeudellisessa ajattelussa ja myös oikeustieteellisessä tutkimuksessa, ei ole tarkoituksena ollut esittää mitään uusia tai »tieteen perusteita hajoittavia» ajatuksia. Samat kysymyksenasettelut esiintyvät jo Antiikin maailmassa. Käsitykseni mukaan useimmilla oikeustieteen tutkijoilla, vaikka he eivät sitä itse myöntäisikään, on tutkimustyössään sekä oikeusideologisia, muodolliskonstruktivisia että empiirissosiologisia aineksia. Käytännössä on empiirisen tutkimuksen osuus, kuten myös tässä väitöskirjassa, saatanut jäädä vähäisemmäksi.

Kuten edellä on todettu, valintaa ja arvostuksia voidaan tuskin eliminoida oikeudellisesta ajattelusta eikä siten myöskään oikeustieteellisestä tutkimuksesta. Esim. valtiosääntöoikeudessa tuodaan ideologioita avoimesti esille. Vastaavasti esiintyy ideologisia aineksia yleissivilioikeudessa. Mm. oikeusvaltioideologialla on ollut huomattava vaikutus siviilioikeudellisen lainsäädäntömme kehitykseen.

Eri ulottuvuudet vajoavat »usvaan», jossa tarkkaa rajaa ei ole. Mutta yhteiskunnallisia ilmiöitä, jotka ovat säännönmuodostusten suhteen jatkuvien muutosten alaisia, voitaneen ehkä parhaiten tutkia, ei rajoiltaan määriteltyjen käsitteiden, vaan toistensa heijastusvaikutusten alaisina olevien ulottuvuuksien avulla. Argumentaatiolähteeksi ehkä riittävät miten (muodollisvälineellinen), mitä (havaitseva ja toteava) sekä miten pitäisi (tehtävien ja tarkoituspäämäärien) kysymykset. Eri ulottuvuuksia voidaan käyttää välineinä sekä probleemi- että systeemiajattelussa. Asetetaan *hypoteesi regulaattorista*: milloin muoto ja idea yhtyvät, realiteettien merkitys vähenee; milloin realiteetit ja ideat yhtyvät, muoto on väistymässä; milloin ideat, realiteetit ja muoto yhtyvät, saavutetaan tasapaino.

²² *Eckhoff*: Rettfaerdighet og rettssikkerhet s. 367. *Maihofer*: Rechtsstaat und Menschliche Würde s. 154. *Merikoski*: Vapaa harkinta s. 104: kehitysnäkökohtina todetaan, että tuomioistuinkontrolli on lisääntynyt hallinnollisiin viranomaisiin nähden kuitenkin siten, että se on siirtynyt yleisiltä tuomioistuimilta enenevästi hallinnollisille tuomioistuimille.

Eri-ulotteista ajattelua odotettaneen ainakin tutkimukselta, jossa pyritään antamaan nk. *suositusratkaisuja*. Ratkaisutoiminta on rinnastettavissa oikeudellisen ratkaisun suorittajan toimintaan ja edellyttää sekä realiteettitoteamuksia, muodollisteknillistä (myös loogista) rajausta että oikeudellisia arvostuksia. Monissa tapauksissa sekä oikeustieteessä että tuomioistuinkäytännössä tiedot yhteiskunnasta (esim. keskimittakäyttäytymisestä) ovat arvelujen varassa.²³ Voidaan kuitenkin kysyä, miten *tutkimuskohteen valinta vaikuttaa tutkimuksen painopistettä siirtävästi*. Esim. semanttista lauseanalyysia suoritettaessa edellyttäneen, ettei pyritä antamaan suositusratkaisuja muuten kuin konstruktiiivisten seikkojen ja kielellisten ilmausten pohjalta (esim. epäyhtenäisen ja ei-johdonmukaisen eliminoinemiseksi lainsäädännöstä). Yksinomaan deskriptiiviset tutkimukset saattavat olla hyödyllisiä, kun niiden avulla voidaan yrittää saada esiin kehityssuuntauksia oikeudellisissa ratkaisuissa. Useat positiivisen oikeuden tutkimukset eivät ole yleensä mahdollisia ilman laajoja kartoittavia tutkimuksia. Ne ennusteet, joita tutkija esim. tuomioistuinten ratkaisusta antaa, saattavat kuitenkin joutua palvelemaan *samaa ohjelmallista tarkoituspäätä* kuin nk. auktoriteettiratkaisut. Yhdenmukaisuutta, jota oikeussosiologit saattavat tuomioistuimilta odottaa (esim. rangaistusten määriä koskevat vaatimukset), tuskin on tuolloin löydettävissä, koska myös oikeusjärjestyksen piirissä ovat kehitystekijät vaikuttamassa. Lähinnä oikeuskysymyksiin nähden voidaan niitä saada esiin esim. tuomioistuinten erimielisten jäsenten lausunnoista.²⁴

Ilmeisesti myös vallitsevia asenteita²⁵ koskevat tutkimukset olisivat hyödyllisiä erityisesti lainsäädäntöpolitiikan kannalta. Historialliset tutkimukset tulevat kuitenkin edelleen jäämään tärkeäksi osaksi idea-

²³ Miten esim. culpa-arvostelua muodostetaan? Tilastotietojen sijasta rakennetaan valitettavan usein sille, mitä arvellaan asiasta tiedettävän, kts. esim. *Karlgren: Culpa och samtycke* s. 7.

²⁴ Esim. *Eskola: Sosiologian tutkimusmenetelmät* I s. 27 on kiinnittänyt huomiota siihen, että kannattaisi tutkia, missä tilanteessa yksimielisyys on voimaa, missä heikkoutta. Oikeuslaitoksen piirissä suoritettavat tutkimukset ilmeisesti edellyttäisivät tutkijalta sekä juriidista että sosiologista koulutusta, jotta tapaus-ten »kehykset» saataisiin esille.

²⁵ Tämän tutkimustyön kestäessä on valmistunut *Blomin* väitöskirja: Luottamus oikeuslaitokseen (1970) ja hänen lectio precursoriaansa on herättänyt keskustelua epäkohdista oikeuslaitoksessa.

tutkimuksissa, koska usein vasta historiallinen perspektiivi osoittaa asianomaisen ajanjakson symbolimuodostukset²⁶ (termi käytettynä laajemmassa merkityksessä). Vallitsevaa oikeudellista järjestelmää ja siinä vakiintunutta käsitteistöä on myös vaikea ymmärtää kiinnittämättä huomiota jo historialliseksi jääneen oikeusteorian kannanottoihin.

Idea- ja ideologiatutkimukset ovat myös erityisen mielenkiintoisia vertailevan oikeustieteen kannalta. Eri oikeusjärjestyksissä tutkitaan ei vain voimassa olevia oikeusohjeita ja tosiasiallista vallankäyttöä normisovellutuksina jne., vaan myös vallitsevia ideologioita ja arvostuksia. Vertailevassa oikeustieteessä onkin siten omaksuttu tutkimusmetodi, joka suunnilleen vastaa tässä tutkimuksessa omaksuttua *eri-ulotteista ajattelua*. Näihin kysymyksiin palataan erikseen myöhemmin.

Aikaisemmin on jo kiinnitetty huomiota »tutkimuskohteen löytymiseen». On saatettu havaita, että tutkimuskohde usein on ollut johdattamassa tutkimustavan valintaan, jolloin myös saattaa esiintyä metodillista asennoitumista ja metodillisia yleistyksiä valitun tutkimuskohteen tai tutkimustavan aspektista. Myös tämän tutkimuksen osalta voitaneen sanoa, että aihevalinta on ollut johdattamassa eri-ulotteiseen ajatteluun ja eri tutkimustapojen hyväksikäyttömahdollisuuksien toteamiseen.

Kun esim. tarkastellaan oikeustoimilain 33 §:n säännöstä havaitaan, että siinä oikeudellisen säännönmuodostuksen perustaksi on asetettu yhteiskunta-arvostus. Kun tarkastellaan edellä olevia säännöksiä oikeustoimilain 28—32 §:issä havaitaan, että 33 §:n säännös on tarkoitettu niitä täydentäväksi, jopa ohjelmoivaksi säännökseksi. Havaitaan, että säännökset pakosta, petoksesta ja kiskomisesta sisältävät viittauksia tahallisiin väärinkäytöksiin sopimuksia solmittaessa. Arvostavia tekijöitä ei esiinny ainoastaan 33 §:n säännöksessä, vaan myös edellä olevia säännöksiä tulkittaessa.

Kuten on mainittu, totuudellisuuteen pyrkivä nk. empiirinen oikeusteoria on aikanaan halunnut kokonaan erottaa oikeustieteen piiristä ilmiöt, jotka eivät rakennu kokemuseräisesti todettavalle aineistolle tai loogisille päätelmille. Missä määrin arvostuslausekkeet ovat oikeustieteen tutkimuskohdetta, on saatettu kysyä.²⁷ Klassillinen oikeustiedekin

²⁶ Esim. Gagner: Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Vrt. Brušin: Zum Problem des immateriellen Schadens s. 17.

²⁷ Vrt. Makkonen: Lm 1959 s. 55.

on halunnut välttää yleislausekkeita tutkimuskohteena.²⁸ On katsottu, että niiden mukana oikeusjärjestykseen on tullut jotain »höllentävää» ja »vaarallisen» avointa. Tässä tutkimuksessa on siten aivan erityisesti jouduttu kiinnittämään huomiota oikeustieteen tutkimusala ja tutkimustapaa eli nk. metodioppia koskeviin kysymyksiin. Mainittakoon kuitenkin jo tässä yhteydessä, että vaikka yleislausekkeet ovat tuoneet arvostusaineuksen esille tutkimuskohteena, ei sitä ole kuitenkaan haluttu asettaa muiden ulottuvuustekijöiden edelle, vaan eri ulottuvuuksia on pyritty tarkastelemaan rinnakkain. Siten on päädytty argumentaatioon,²⁹ jossa kilpailevina arvosteluperusteina esiintyvät myös oikeusideologiset ainekset. Ideologioissakin voidaan vielä erottaa erikseen ideaalisia, reaalisia ja rationaalisia ulottuvuustekijöitä. Tutkimus on aloitettu ryhtymällä *mahdollisimman positiivisoikeudelliseen* tarkasteluun. On pyritty erittelemään *eräitä voimassa olevan lainsäädäntömme yleislausekkeita*, joita koskeva esitys seuraa myöhemmin.

Jo aikaisemmin on kiinnitetty huomiota siihen, että oikeustieteellinen tutkimus, joka asettaa ideat ja arvostukset säännönmuodostusten ja oikeudellisten ratkaisujen rinnalle tutkimuskohteeksi, *lähenee nk. poliittisia tieteitä*. Erityisesti tämä koskee yleistä oikeustiedettä,³⁰ joka kuitenkin suurelta osalta — suorittamatta omakohtaista positiivisoikeudellista tutkimusta — joutuu käyttämään hyväksi muiden tieteiden ja tieteenhaarojen tutkimustuloksia eli nk. *»toisen käden tietoa»*, kuten poliittiset tieteetkin.³¹ Oikeustieteen nk. metodioppina yleinen oikeustiede

²⁸ Jyräki: Lm 1967 s. 837 »lupa käyskennellä vain tarkoin aidatuissa pykälätarhoissa».

²⁹ Vrt. Roubier: *Théorie Générale du Droit* s. 317 ss: kriisitilanteiden vaikutus arvostuksiin. Perelman: *Traité de l'argumentation* esim. s. 251 ss. (arvostusten retoriikkaa).

³⁰ Yleisen oikeustieteen tehtävästä toisaalta käytännön »lainoppiin», toisaalta oikeusfilosofiaan verrattuna. Esim. Hjerner: *Om rättsfallstolkning* s. 5. Agge: *Några ord om den allmänna rättsläran och dess ämnesområde SvJT* 1969 s. 157 ss. Vrt. Aarnio: Lm 1970 s. 279: oikeustiede- ja oikeusteoria (tieteen harjoittaminen — tieteen tutkiminen).

Positiivisoikeudelliseen järjestelmään liittyvän *yleisen oikeustieteen* tutkimusala ja tehtävä on ilmeisesti toisaalta laajempi, toisaalta suppeampi kuin oikeusteorian. Tämä tutkimus pyrkii olemaan eräänlainen yleisen oikeustieteen tasolle jäävä tutkimustyö.

³¹ Duverger: *Méthodes de la science politique* s. 25. Myös oikeustieteessä *ideologiat* tutkimuskohteena.

voi myös ryhtyä tarkastelemaan eri tutkimusmenetelmiä kokeilemalla niitä rinnakkain samaan tutkimuskohteeseen.³²

Voitaneen sanoa, että eri-ulotteinen ajattelu muodostaa perustan yleislausekkeita koskevalle tutkimukselle. Se on johdattamassa *oikeuslauseiden rakenteelliseen analysoimiseen*, niihin liittyvän *tarkoitussideologian etsimiseen* sekä *empiirisluntoiseen tarkasteluun* oikeussovellutuksista ja ristiriitatilanteista.³³ Tällöin päädytään myös tutkimukseen, joka lähennee nk. lainsäädäntöpolitiikkaa.

³² Duverger: s. 322.

³³ Ei ole kuitenkaan suoritettu tilastollisluontoisia tutkimuksia oikeusjärjestyksen piirissä eikä myöskään tutkittu, miten esim. asianajajien taholta on mm. sovittelulausekkeita voitu käyttää hyväksi osapuolten välisiä sopimuksia solmittaessa tai yleensä sovintoratkaisuissa.

II. OIKEUSSÄÄNNÖSTEN VÄLJÄSISÄLTÖISYYDESTÄ

1. Lainsäädännön muotoamisesta

Metodikysymyksiä käsittelevässä osassa on päädytty teoreettiseen kolmijakoon oikeuden eri ulottuvuuksista, jotka voidaan käsittää joko *oikeudellisen ajattelun* tai yhteiskunnassa vaikuttavien *oikeudellisten suhteiden* tietoteoreettiseksi perustaksi,¹ mutta myös vain *hypoteettiseksi ajatteluvälineiksi*,² joille tämä tutkimus rakentuu, tai tutkimuskohteen tarkasteluksi eri aspekteista.³

Myös oikeudelliset säännönmuodostukset on vanhastaan jaoteltu eri ryhmiksi siten kuin ne esiintyvät eri tasoilla. Kun verrataan niitä toisiinsa, todetaan tavanomainen oikeus lähinnä empiiriseksi; varsinainen lainsäädäntö, erityisesti teknilliskonstruktiviiset oikeusohjeet, tunnetaan lähinnä »muodollisena oikeutena»; oikeusperiaatteet edustavat taas eräänlaisia ideologioita ajatusinvariansseja. Esim. tavanomaisen oikeuden muotoillut säännöt ovat vastaavasti eri tasolla kuin se empiirinen aines, joka on niiden perustana. Nk. »muodollisen oikeuden» täydentäminen empiirisellä ja ideologisella aineksella tunnetaan traditionaalisesti *sekä oikeuslähdeopillisena että laintulkinnallisena ongelmana*. Yksityiset korkeimman oikeuden ratkaisut saattavat meidän järjestelmässämme jäädä empiirisemmälle tasolle, yhteiskunnallisen valvankäytön välineiksi asianomaisessa tapauksessa tai kohota muodollisteknilliselle (myös *normatiiviselle*) tasolle *noudatettuina* prejudikaatteina.

¹ Esim. *Sauer*: System der Rechts- und Sozialphilosophie s. 334. Vrt. Uuskantiaaniset ajattelumudot (Denkformen) suhteessa Kantin kategoriat (als Form der Anschauung). *Fechner*: Rechtsphilosophie s. 290. Vrt. *Kraft*: Die Erkenntnislehre s. 4 ss: eri menetelmistä tiedon saavuttamiseksi, vrt. s. 21.

² *Sprenger*: Lebensformen s. 38. *Jesch*: Gesetz und Verwaltung s. 50.

³ *Rickert*: Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung s. 761. *Apala-Arlander*: Oikeustieteellisen tutkimuksen eri ulottuvuuksista Lm 1964 s. 689.

Lainsäädäntö on oikeusjärjestyksemme mukaan kuitenkin ensisijainen (auktoritatiivinen) oikeuslähde.⁴

Oikeustieteessä on aikaisemmin keskusteltu *arvostusten*, jopa nk. *arvotiedon eliminoimisesta* tieteellisestä tutkimuksesta. On myös laintulkintakysymyksiin liittyen kiinnitetty huomiota siihen, missä määrin arvostukset vaikuttavat tuomioistuinten ratkaisuihin. Lainsäädännön synty- ja valmisteluvaiheita tarkasteltaessa on kuitenkin enemmittä keskusteluita jouduttu toteamaan, että oikeussäännökset rakentuvat yhteiskunta-arvostuksille. Lakiehdotusta laadittaessa vaikuttavat ne *yhteiskunnalliset tarpeet*, jotka tulevat esille lain syntyvaiheita edeltäneissä yhteiskunnallisissa tapahtumissa. Joskus tuollainen tapahtuma on yhteiskunnassa selvästi havaittavissa (*occasio legis*), mutta samalla tulevat esille myös *ideologiset tekijät*, jotka ovat saaneet ilmenemismuotonsa esim. perustuslain säännöksissä, suojeluobjektien asettamisessa muutoinkin, yhteiskunnassa vaikuttavissa peruskatsomuksissa jne. Kuitenkin on teknillistä ja taloudellista lainsäädäntöä, joka esiintyy *ensisijaisesti välineellisenä* ts. se palvelee eräitä oikeuspoliittisia tavoitteita, ja arvostukset ovat siinä vaikuttamassa siten kuin ne ovat edistämässä noita tavoitepäämääriä. Esitetään kuitenkin arvostelua, jonka mukaan teknilliset säännökset saattavatkin olla palvelemassa nk. piiloidologiaa.

Yleisesti puhutaan lainsäädännön yhteydessä kollektiivikäsitéestä lainsääätäjä. Ehkä varhaisina kuninkaanvallan vuosisatoina lainsääätäjä saatettiinkin joskus konkretisoida. Nyky-yhteiskunnassa lainsääätäjä esiintyy kuitenkin jo lakia laadittaessa »fiktiivisenä». Demokraattisessa yhteiskunnassa laki saattaa olla eri painostusryhmien välisen kompromissin tulos. Niitä arvostustekijöitä, jotka esiintyvät ryhmätyöskentelynä erivaiheisesti suoritettun lainsäädäntötyön kannanottojen taustana, ei muutoinkaan aina saada selville lain nk. valmisteluaineistosta. Ideologisen puolen kattaa lainvalmisteluvaiheessa kuitenkin lähinnä nk. yhteiskuntaideologia, jota ei voida samastaa tuomioistuinten soveltamaan oikeusideologiaan. Nuo ideologiat ovat erotettavissa toisistaan lähinnä asetetusta tehtävästä käsin. Lainsääätäjän tarkoituksena on yhteiskunnallinen järjestely ts. *ohjelmallinen säännönmuodostus* jollakin alalla. Siihen kuuluvat intressi- ja arvopunnitukset liittyvät tuohon järjestelyaspektiin. Tunnetaanhan lainsäädäntöä, jossa

⁴ Pohjoismaisen oikeuden yhteys mannermaisiin oikeusjärjestelmiin, jotka rakentuvat »sur la prédominance de la loi», Carbonnier: Droit civil s. 18 ss, s. 81.

yksityisten kansalaisten intressejä ei suuressakaan määrin ole voitu ottaa huomioon, vaan lähtökohta on nk. kokonaisvaltainen, lähinnä yhteisöintressit toteuttava.^{4a} Tuomioistuimet taas antavat oikeudellisen ratkaisunsa »kolmantena miehenä» itse *yksityisen eturistiriitatilanteen aspektista*, mikä tilanne saattaa esiintyä joko yksityisten kansalaisten, yksilöiden ja yhteisöjen taikka yksilöiden ja yhteiskunnan välisenä ristiriitana. Tuomioistuimen tehtävä voidaan tuolloin nähdä, ei yhteiskuntaideologioiden, vaan *oikeudellisen ideologian toteuttamisena* vallitsevissa olosuhteissa. Oikeudellinen ideologia on siten huomattavasti *v ä l i n e e l l i s e m p ä ä* kuin esiintyvät yhteiskuntaideologiset suuntaukset. Raja oikeus- ja yhteiskuntaideologioiden välillä saattaa olla käsitteellisesti liukuva, mutta missään tapauksessa ei noita ideologioita voitane keskenään samastaa.⁵

Oikeusfilosofisena tai oikeussosiologisena kysymyksenä voidaan tarkastella »löydetäänkö» laki, ts. onko lähinnä tarkoitus myötäillä keskimittakäyttäytymistä yhteiskunnassa ja vallitsevia katsomuksia, vai laadi-taanko laki nimenomaan tarkoituksella vaikuttaa noihin katsomuksiin ja koko kehitykseen yhteiskunnassa.⁶ Käytännössä todetaan, että eri oikeusaloilla ja eri oikeusjärjestysten puitteissa esiintyy suuremmassa tai pienemmässä määrin molempien näkökohtien huomioon ottamista. Suuret lakikodifikaatiot ovat usein olleet reformatorisia,⁷ mitä ei kuitenkaan voitane sanoa meidän 1734-vuoden laistamme, jonka katsotaan muodostaneen erään kehitysvaiheen päätekohtan.⁸ Kun ulkomais-ten esikuvien mukaan on laadittu lainsäädäntöä, kuten esim. Turkissa ja Arabimaissa, on oikeuskäytäntö saanut huomattavan merkityksen uuden säännöstön sopeuttajana vallitseviin olosuhteisiin, myös osaksi oikeudellista järjestelmää.⁹ Nk. prejudikaattioikeus taas todetaan sään-

^{4a} Kehityssuunnauksista historiallisesti kts. esim. af Hällström: Om villfarelse s. 49 ss.

⁵ Eichenberger: Die richterliche Unabhängigkeit s. 99. Bolding: Juridik och samhällsdebatt s. 96. Esim. Jørgensen: Vertrag und Recht s. 122 asettaa lähtökohdakseen eräitä oikeudellisia ideoita, jotka esiintyvät myös tuomioistuinten argumentaatiokeskustelussa.

⁶ Friedman: Law in a changing society. Szczepański: Sosiologian peruskäsitteet s. 473 ss. Laki yhteiskunnallisen kehityksen tekijänä.

⁷ Wieacker: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s. 198.

⁸ Holmbäck—Wessén: Svenska landskapslagar I—V (Inledning).

⁹ David: Les grands systèmes de droit contemporains s. 27.

nöllisesti asteittaisen oikeuskehityksen tulokseksi,¹⁰ mikä ei estäne toteamasta, että se käytännössä saattaa kuitenkin olla enemmän »ajan tasalla».

Edellä esitetystä havaitaan, että lainsäädäntöön liittyy säännöllisesti hypoteettinen tekijä. Oikeussäännösten tulee soveltua mahdollisimman moniin lakia laadittaessa tunnettuihin tilanteisiin, mutta myös tilanteisiin, jotka esiintyvät vasta lain voimaantulon jälkeen. Viimeksi mainittu tekijä on ensisijaisen tärkeä valtiossa, jossa lainsäädäntöko-neisto ei ole jatkuvasti toiminnassa, mutta siihen kiinnitetään muutoinkin huomiota oikeusaloilla, joilla esiintyy stabilisointipyrkimyksiä. Lain vastaisia vaikutuksia yhteiskunnassa ei ole myöskään aina helppo arvioida.¹¹ Sosiologiassa todetaan, että oikeusjärjestys ei ole ainoa yhteiskunnassa vaikuttava kontrollin muoto. Toisaalta taloudelliset, poliittiset ja sosiaaliset tekijät vaikuttavat lainsäädäntöön, toisaalta lainsäädäntö ja sen vastainen soveltaminen vaikuttavat kehitykseen yhteiskunnassa.¹² Paitsi nk. tuntemattomia tekijöitä, ei voida myöskään tarkalleen arvioida esim. jonkin erityislainsäädännön vastaista soveltamista oikeuskäytännössä, koska se tapahtuu *koko oikeusjärjestyksen osana*.¹³

Oikeudellisia ratkaisuja tarkasteltaessa on jo kiinnitetty huomiota eri valtiotoimintojen käsitteelliseen luonnehtimiseen ja niiden jakoon eri viranomaisille. Oikeustieteessä on usein myös erotettu eri perusteita, jotka erottavat lainsäätäjän tehtävät muista valtiotoiminnoista.¹⁴ Läh-tökohtana on usein tuolloin lainsäädännön ensisijaisuus oikeuslähteenä ja siihen liittyvä »muodon» korostaminen, mihin seikkoihin jo alussa kiinnitettiin huomiota. Itse lainsäädäntöaktiin liittyvänä tunnusmerk-kinä mainitaan sen voimaantulon edellytyksenä oleva nk. promulgaatio. Norminmuodostukseen liittyen taas kiinnitetään huomiota siihen, että lakien säätäminen tapahtuu nimenomaan kansaneduskunnan myötävai-kutuksella ja voimaantulleet lait ovat sikäli erityisasemassa, ettei niitä voida hallinto- tai lainkäyttötoimin kumota. Viimeksi mainittu erottelu on mm. Saksan oikeudessa johtanut nk. *materiaalisen lakikäsitteen* muo-

¹⁰ *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 98.

¹¹ Esim. *Larenz*: Methodenlehre s. 51 (*Heck, Stoll*).

¹² Esim. *Stjernqvist*: SvT 1958 s. 143 ss.

¹³ Esim. *Germann*: Zur Problematik der Ermessenentscheide s. 192. Nk. kokonaisaspektiajutuksesta kts. esim. *Alanen*: Lm 1926 s. 112, *Larenz* s. 253.

¹⁴ Esim. *Herlitz*: Om lagstiftningen s. 38. Voidaan tutkia löytyykö käytän-nöllisiä tai teoreettisia erotteluperusteita, joilla on tietoarvoa: *Kopp*: Form und Inhalt der Gesetze s. 477.

dostumiseen,¹⁵ joka tulee esille lähinnä lainsäädäntö- ja hallinto-orgaanien keskinäistä toimivaltaa määriteltäessä ja johon tässä tutkimuksessa ei ole aihetta enempää puuttua.

Kuitenkin tapahtuu lainsäädännön tosiasiallista muuttumista myös yhteiskunnasta käsin. Saattaa käydä niin, että eräisiin säännöksiin *ei enää vedota* asianosaisten taholta *kanneperusteina*. Usein muutokset tapahtuvat myös *tuomioistuinten taholta*.¹⁶ Eräissä tapauksissa on todettu jopa erheellisen tulkinnan olleen lähtökohtana lain muuttumiselle.¹⁷ Usein on kuitenkin käynyt niin, että eräät lait ovat ikäänkuin »unohtuneet». Ne ovat jopa siinä määrin käyneet vieraiksi myöhemmän ajan olosuhteille ja katsomuksille.¹⁸

Lainsäädäntöä tarkastellaan tässä tutkimuksessa lähtökohtana nk. *muodollinen lakikäsité* ts. kiinnitetään huomiota siihen, että lainsäädännön välityksellä annetaan yleisiä ja abstraktisia oikeusohjeita, jotka siis on tarkoitettu ajateltuja tapausryhmiä varten. Erityisesti on Ranskan oikeudessa looginen konstruktio: abstraktinen sääntö ja lakikäsité samastettu.¹⁹ Muodollinen lakikäsité kattaa kuitenkin myös historiallisesti germaanisen oikeuden »kansankäräjillä» annetut, usein

¹⁵ Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I s. 512 ss., Carre de Malberg: Contribution à la theorie générale de l'Etat I s. 302 ss.

¹⁶ Esim. Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 51 pitää desuetudon merkitystä vähäisenä, katsoen sen tulevan kysymykseen vain silloin kun säännös on luonteeltaan vähäpätöinen tai uusiin olosuhteisiin soveltumaton. Vastaavasti Schmidt: Domaren som lagtolkare s. 294 kirjoittaa: »att en lag upphör utan att den formellt upphävts är ett ytterlighetsfall». Käytännössä meillä on kuitenkin saatettu havaita desuetudon vaikutusta jopa eräisiin vanhan rikoslain säännöksiin nähden.

¹⁷ Kts. Kallenberg: Svensk civilprocessrätt s. 87.: Käytännössä saattaa olla vaikea tehdä eroa nk. kiinteän »praxiksen», riippuen siitä onko se alunperin ollut ehkä väärinkäsityksen tuote, ja tuomioistuimen säännönmuodostuksen välillä, esim. nk. dispositiivisten oikeusohjeiden puitteissa.

Esim. 1734 -vuoden lain säännökset tuomion rikkomisesta ja oikeuden väärinkäyttämisestä (OK 28 ja 29 luku) ovat jääneet tuomioistuinten taholta *ex officio* käyttämättä. Esim. vuoden 1960 uusitun OK 31 luvun säännökset ovat taas ainakin toistaiseksi yleensä jääneet asianosaisten taholta huomiotta.

¹⁸ Olivecrona: Rättsordningen s. 259. Kallenberg: s. 89 ss. Carre de Malberg I s. 288 ss.

¹⁹ Hauriou: Précis de Droit Constitutionnel s. 631. Vrt. termeistä kuitenkin Sipponen: Lainsäädäntövallan delegoiminen s. 115 ss.

maksiimimuodossa esiintyneet oikeusohjeet,²⁰ jotka jo varhaisessa vaiheessa myös laadittiin lakikokoelmiksi.

Kaikki abstraktiset oikeusohjeet eivät kuitenkaan ole lakeja siinä merkityksessä kuin muodollisen lakikäsitteen käyttö on vakiintunut. Hallitukselle kuuluu laaja asetuksenanto-oikeus ja sitä paitsi esiintyy erilaisia hallinnollisia yleismääräyksiä, jotka on tarkoitettu noudatettaviksi tunnusmerkeillä mainituissa tapauksissa. Toisaalta saatetaan lainsäädäntöjärjestyksessä vahvistaa eräitä toimenpiteitä, joista käytetään myös nimitystä lainsäädäntö.²¹

Lisäksi lainsäädäntöorgaani voi määrätyin edellytyksin delegoida toimivaltansa tai käyttää siihen rinnastettavaa tosiasiallisen vallan siirtoa muille valtio-orgaaneille.²²

Tässä tutkimuksessa ei varsinaisesti puututa lainsäädäntömenettelyyn siten kuin se ilmenee *lainvalmisteluvaiheessa*: eriasteisena ryhmätyöskentelynä, komiteakäsittelynä, lausuntojen hankkimisena ja niiden aineiston hyväksikäyttönä, lakiehdotuksen laatimisena sekä lakitekstin tarkistuksena, johon kuuluu sekä yhtenäistävä kielellinen että myös asiallisesti vertaileva tarkistus, ja *lainsäädäntövaiheessa*: lakiehdotuksen antamisena eduskunnalle, lain hyväksymisenä eduskunnassa ja sitä edeltäneenä valiokuntakäsittelynä sekä eduskunnan hyväksymän lain vahvistamisena presidentin taholta, minkä jälkeen vielä seuraa lain promulgoiminen ja julkisuuteen saattaminen.²³ Todetaan kuitenkin, edellä esitettyyn liittyen, että jo lain *valmistelu ennen eduskuntakäsittelyä* muodostuu melkein päällekkäin säännöllisesti *niin monivaiheiseksi, ettei »historiallisen lainsäätäjän tahtoa» voida todentaa lakiehdotukseksi muotoiltuna*, vain eriasteista argumentointia säännönmuodostusta varten.

Oikeussäännöstä tarkastellaan siis itse asiassa *valmiina ratkaisutuloksena*. Lainvalmistelutöistä joudutaan lähinnä etsimään kannanottoja, jotka historiallisesti selventävät muotoiltua säännöstä, mihin kysymykseen palataan nk. objektiivisen lain tulkinnan yhteydessä. Kun lainvalmistelu nyttemmin yhä useammin suoritetaan pohjoismaisena

²⁰ Tuomiovalta esiintyi alunperin erotettuna kuninkaan vallasta. *Thureson*: Staten, makten, rätten s. 21. Kts. kuitenkin *Munktel*: Det svenska rättsarvet s. 95: Svean lain kuninkaankaaren säännökset.

²¹ Esim. *Erich*: Suomen valtio-oikeus II. s. 170 (esimerkkinä mainitaan valtanperimysjärjestyksen muuttaminen), myös eräät budjettimääräykset, suostumus valtion omistaman kiinteistön luovuttamiseen jne.

²² Kts. *Sipponen*: Lainsäädäntövallan delegoiminen s. 24 ss. kirjallisuusviitteineen.

²³ *Sainio*: Lainsäädäntöaloite Suomen oikeudessa s. 44 ss. Kts. mm. laintarkastuskunnan tehtävistä (L. 23.12.1959) s. 57 ss.

yhteistyönä, on ainakin eri pohjoismaiden lainsäädäntöjä oikeusvertailevasti tarkasteltaessa mahdollisuuksien mukaan kiinnitettävä huomiota myös yhteispohjoismaisen lainvalmistelutyön argumentaatioon.

Mainittakoon, että lain säännösten ohjesisällön kehittäminen lasketaan yleensä lainsäädäntöpolitiikkaan, niiden muodon eli ilmaisun kehittäminen lainsäädäntötekniikkaan kuuluvaksi.²⁴ Lainsäädäntötekniikka voi kuitenkin käsitteellisesti tarkoittaa vain lainvalmisteluun ja lainsäätämiseen menettelyllisesti kuuluvia seikkoja. Tunnetaan myös termi *lakitekniikka*,²⁵ joka voidaan määritellä tarkoittamaan kielellisteknillistä muotoilua. Usein käytetään vielä erikseen termiä *lakisystematiikka*,²⁶ jolla voidaan tarkoittaa lakijärjestelmään yleensä kuuluvia seikkoja, mutta myös yksityisen oikeussäännösten, jopa yksityisen lain jäsentelyä.

Käytännössä lakitekniikkaa ja lainsäädäntöpolitiikkaa ei aina voida erottaa toisistaan, koska lain tarkoitushakoinen hahmottelu ja sen teknillinen muotoilu seuraavat toisiaan. Valmiit oikeusohjeet ovat *adres-*
saattien vastaanotettavissa vain *kielellisiksi ilmaisuiksi* ja *jäsennellyn kokonaisuuden osaksi muotoiltuina*.²⁷ Tämä kysymys liittyy lähinnä lakieleen ja lainkirjoitustapaan yleensä.

2. Oikeussäännösten rakenteesta ja normisisällöstä

Jo aikaisemmin on tuotu esille käsityksiä, joiden mukaan filosofian, sosiologian ja oikeustieteen normikäsitteitä ei pitäisi keskenään samastaa, ts. jotakin filosofian normimääritelmää voidaan tuskin sinänsä sijoittaa oikeustieteen piiriin. Lähtökohtana tässä tutkimuksessa on, että *abstraktiset normit* — esiintyivätpä ne sitten lainsäädäntöohjeissa tai viranomaisten ratkaisuisissa — ovat eri tasolla kuin (ehkä niihin perustuen) yhteiskunnassa annetut *tosiasialliset käskyt ja kiellot*. Sallimislau-

²⁴ Esim. *Palmgren*: JfT 1953 s. 115 ss.

²⁵ Vrt. *Ellilä*: Uusittu liikennerikosoikeus s. 53—54. *Wolff*: Gesetzesprache.

²⁶ Yksityisten lakien jäsentelyyn liittyvistä seikoista erit. *Müller*: Handbuch der Gesetzgebungstechnik s. 48 ss.

²⁷ Semanttisen filosofian esiintuomat kielen dimensiot: *pragmaattinen*, so. kielenkäyttäjän, *semanttinen* merkityssisällön ja *syntaktinen* merkityksistä (merkityssuhteista) johdettujen sääntöjen, viimeksi mainittu lähinnä »muodollinen» dimensio, *Regnéll*: Semantik s. 5. *Guiraud*: La semantique s. 96—97. *Apala-Arlander*: Lm 1964 s. 682. Vrt. *Makkonen*: Lm 1959 s. 51 syntaktiset säännöt eli *miten* jotakin esitetään. Kts. myös *Sipponen*: Lainsäädäntövallan delegoiminen s. 43—44.

seita ei oikeudellisessa systematiikassa myöskään rinnasteta varsinaisiin imperatiiveihin eli käskyihin ja kieltöihin.¹

Eräänä pandektioikeustieteen mukanaan tuoman oikeusdogmatiikan keskeisenä toteamuksena on pidetty, että lainsäädännön nk. täydellisessä oikeuslauseessa normi yhdistää seikaston seuraamukseen.² Sekä seikasto että seuraamus ovat hypoteettisia. Vasta oikeussäännöstä sovellettaessa ilmoitettu oikeusseuraamus saattaa johtaa tosiasiallisiin seuraamuksiin, voidaan myös sanoa oikeusvaikutuksiin.^{2a} Ehkä yleisimmin normisanaa meillä kuitenkin käytetään yhdistelmästä normi—normiseikasto, joka tuolloin usein myös käsittää adressaatti-ilmaisun. Tuosta yhdistelmästä,³ kuten myös nk. sallimislauseista käytetään tässä tutkimuksessa nimitystä oikeuslause laajempänä käsitteenä, josta eri ryhmän muodostavat varsinaiset normatiiviset lauseet.

Lainsäädännössä imperatiivit kuitenkin usein puetaan indikatiivimuotoon, ne voidaan johtaa annetuista oikeutuksista jne. Esiintyy oikeuslauseita, jotka sisältävät sekä seikaston että seuraamuksen, ja lauseita, joissa vain viitataan joko seikastoon tai seuraamukseen, kuten laista asetukseen jne. Muodollisesti myös viittauslauseet ovat täydellisiä oikeuslauseita. Erikseen on vielä erotettava nk. deklaratiiviset (selittävät) lauseet, jotka tarvitsevat normatiivisen lauseen toteuttamistaan varten taikka jotka vasta määrättyjen edellytysten vallitessa ovat »muunnettavissa» normatiivisiksi lauseiksi, kuten esim. lainsäädännössä esiintyvät käsitelmääritelvät, ohjeluontoiset lauseet jne.

Tunnetaan sekä pakottavia että valinnanvaraisia eli dispositiivisia oikeusohjeita.⁴ Myös viimeksimainitut säännökset ovat imperatiiveja,

¹ »Erlauben» käsitteestä kts. esim. *Makkonen*: Zur Problematik s. 71 ss.

² *Regelsberger*: Pandekten s. 121, s. 436. Vrt. *Zitting*: Lm 1952 s. 387, s. 501, *Ylöstalo*: Tutkimuksia vekselioikeuden alalta s. 111, *Ekelöf*: Processuella grundbegrepp s. 12, *Engisch*: Einführung in das juristische Denken s. 15.

^{2a} Vrt. *Makkonen*: Zur Problematik s. 17 (Tatbestand — Rechtswirkung, sanontoja on käytetty merkityksessä: normiseikasto ja tosiasialliset normiseuraamukset yhteiskunnassa.) Kts. myös *Arnholm*: Privatrecht I s. 38.

³ Näin myös *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 34. Hän käyttää kuitenkin normisanaa oikeuslauseen synonyymina, katsoen ilmeisesti sallimislauseetkin normeiksi. Kts. myös *Kelsen*: Reine Rechtslehre s. 5, s. 77.

⁴ Esim. *Ekström*: Privaträttens allmänna läror I s. 43 ss. *Kivimäki*—*Ylöstalo*: s. 6.

kuitenkin niillä rajoituksilla, joita asianosaisten valinnanvapaus tuo mukanaan.⁵ Vastaavasti ovat *väljät oikeusohjeet imperatiiveja*, jotka jättävät *adressaateille valitsemismahdollisuuksia*.

Voitaneen katsoa, että staattiselta kannalta oikeutus- eli sallimislauseet täydentävät imperatiiveja, ts. kun käskyistä ja kielloista tehdään poikkeuksia se tapahtuu sallimislauseiden avulla.⁶ Dynaamiselta kannalta katsottuna sallimislauseet muodostavat lähtökohdan suoritettavalle toiminnalle eli *aloite- ja toimivallan*. Imperatiivien rinnalla erotetaan siten nk. kompetenssinormeja.⁷

Oikeusjärjestyksemme on jo historiallisesti muotoiltu siten, että oikeussäännösten adressaatteina esiintyvät sekä viranomaiset että yksityiset kansalaiset.⁸ Tämä asettaa erityisiä vaatimuksia sekä säännösten kieli-
asuun että varsinaiseen normisisältöön nähden.

Tässä tutkimuksessa nk. täydelliset normatiiviset lauseet jaetaan eri osiin: *adressaatti-ilmaisu*, *normiseikasto*, *varsinainen normi* (käsky tai kiello), *normiseuraamus* ja erikseen vielä oikeuslauseeseen perustuvan vaatimuksen esittäjä, *asianomistaja-ilmaisu*. Myös viimeksi mainittuja erillisiä säännöksiä sijoitetaan nyttemmin lainsäädäntöön eikä asianomistajakäsite ole vain teorian ja käytännön muotoiltavissa. (Esim. Ehdotus laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa v:ta 1971).

Normiadressaatteina eivät yksityiset kansalaiset esiinny yksilöinä vaan *tyyppeinä*,⁹ ts. on normeja, jotka kohdistuvat yhteiskunnan jäseniin yleensä eri täysi-ikäisyysrajat huomioon ottaen, mutta myös normeja,

⁵ Esim. *Dabin: Théorie Générale du Droit* (1953) s. 63.

⁶ v. *Wright: Logical Studies* s. 67: Deontisen logiikan sallimislauseet ovat ensisijaisia imperatiiveihin verrattuina. *Lahtinen: Zum Aufbau* s. 37: sallimislauseet (die erlaubende Norm) täydentävät imperatiiveja (die fordernde Norm).

⁷ Esim. *Ross: Om ret og retfaerdighed* s. 45 ja s. 65 ss. *Zitting: Omistajanvaihdoksesta*, kts. myös v. *Wright: Explanation and Understanding* (1971) s. 151.

⁸ 1734-vuoden lain johdanto-osaan kuuluvassa »Konungens stadfästelseresolution» kirjoitetaan: »alltså have Vi härmed denna lag velat gilla och stadfästa, som vi ock i kraft av denna vår stadfästelse i nåder bjude och befalle, icke allenast alla våra trogne undersåtare, samt alla dem, som i vårt rike och länder bygga och bo, att de hädanefter erkänna den samma för vår och Sveriges rikes gällande allmänna lag, den de i alla måtto böra och skola lyda och efterleva; utan ock samtliga våra dom- och befallningshavande ämbetsmän, att de framgent sig därefter rätta, och till obrottsligt hållande och efterrättelse handhava».

⁹ *Coing: Grundzüge der Rechtsphilosophie* s. 17. *Henkel: Recht und Individualität* s. 10.

jotka kohdistuvat heihin tarkemmin määritellyissä ominaisuuksissaan, kuten aviopuolisoina, kauppiaina, yhtiön hallituksen jäsenenä jne. Lienee katsottava, että oikeussäännökset yleensä kohdistuvat yksityisiin kansalaisiin käyttäytymisnormeina ja viranomaisiin reaktiivnormeina, jotka samalla saattavat sisältää menettelytapaohteja, tai erillisinä menettelytapaohteina (kompetenssinormit). Oikeusjärjestys tuntee yleisen kansalaisen käyttäytymismittapuun (Durchschnittsmensch)¹⁰ ja eri yhteiskunnan jäsenten erilaiset mittapuut, kuten ammatinharjoittajan vastuu, aviopuolisolle asetetut vaatimukset jne. Yleisessä siviilioikeudessa on lähinnä kysymys käyttäytymistypeistä. Erityisesti rikosoikeudessa ja esim. avioliitto-oikeudessa myös yksilölliset näkökohdat tulevat enemmän esille.¹¹

Kuten myöhemmin todetaan, oikeuskehitys on vienyt siihen, että laeistamme on yhä enemmän tullut juristien juristeille kirjoittamia, vaikka ne monilla keskeisillä oikeusaloilla ovat nimenomaan tarkoitettut kansalaisten yleiseen tietoisuuteen. Historialliselle pohjalle rakentuu kuitenkin lakien kirjoittaminen siten, että niiden adressaateina esiintyvät yksityiset kansalaiset.

Mm. Olivecrona¹² arvostelee sitä, että ideologiset näkökohdat ovat saaneet aikaan sen, että lainsäädännössä esiintyy vain vähän nk. »domsregler», joilla hän tarkoittaa tuomioistuimille annettuja oikeusohjeita. Hän viittaa mm. erääseen Strömbergin kirjoitukseen, jossa arvostellaan, että oikeuksien ja velvollisuuksien asettaminen oikeusohjeiksi ei tuo takuuta mielivaltaa vastaan.¹³ Olivecronan mukaan ei esiinny myöskään johdonmukaisuutta siinä, milloin oikeusohjeet annetaan oikeus- ja velvollisuuslauseina, milloin taas imperatiivimuodossa yksityisille kansalaisille, milloin menettelytapaohteina tai reaktiivnormeina viranomaisille. Ehkä hän kuitenkin, kuten aikanaan Lahtinenkin,¹⁴ on hieman liioitellut johdonmukaisuuden puuttumista, vaikka arvosteluun saattaakin olla aihetta. Kuten Olivecrona¹⁵ toteaa, on huomattavasti helpompi kirjoittaa oikeussäännökset oikeus- ja velvollisuuslauseiksi kuin menettelyta-

¹⁰ Esim. *Larenz*: Schuldrecht I s. 162.

¹¹ *Henkel*: s. 10.

¹² *Olivecrona*: Rätt och dom s. 154 ss.

¹³ *Strömberg*: Några reflexioner om lagstiftningens innebörd SvT 1959 s. 15.

¹⁴ *Lahtinen*: Zum Aufbau s. 125.

¹⁵ *Olivecrona*: s. 155.

paohjeiksi. Oikeusjärjestyksemme myös edellyttää, että lainsäädäntö on ensisijainen tiedotusväline yksityisille kansalaisille, kuten aikaisemmin mainittiin. Sen sijaan on todettava, että yleiseen sosiaaliseen käyttäytymiseen, lähinnä esim. moraaliarvostuksiin liittyvää normistoa esiintyy vähemmän. On katsottu, että sen sijoittaminen lainsäädäntöön saattaisi sisältää kansalaisten yksityiselämän piiriin puuttumista, toisaalta sen voidaan olettaa olevan kansalaisten tietoisuudessa.

Kun esim. avioerolainsäädännössä on *tuomarille* annettu oikeusohje, *milloin avioero voidaan myöntää*, osoittaa se johdonmukaisuutta, kun ei ole haluttu antaa kansalaisiin kohdistunutta käyttäytymisohjetta avio-liitossa.^{15a} Tuomioistuimille annetut ohjeet voidaan kuitenkin käsittää *käyttäytymisohjeiksi* yksityisille, joiden rikkominen avaa tuomarille mahdollisuuksia avioeroa koskevien säännösten soveltamiseen. Ideologisesti ne voidaan myös »muuntaa» *velvollisuuslauseiksi*, mitä kansalaiselta avio-puolisona edellytetään tai vaaditaan.¹⁶ Kun taas avioliittolaissa esiin-tyy nimenomainen puolisoille osoitettu oikeusohje perheen elatuksesta, voitaneen asia käsittää siten, että muuttuneissa olosuhteissa avioliittolain tuodessa puolisoiden omaisuuden erillisyyjärjestelmän ja lisää oikeuksia on haluttu korostaa avioliiton puolisolle asettamia velvollisuuksia.¹⁷

Olivecronan mielipiteeseen yhtyen on kuitenkin pidettävä puutteena, että *varsinaisia menettelytapaohjeita* tuomarille esiintyy lainsäädännössä *vähän*. Ohjeluontoisten säännösten vähäinen määrä on kuitenkin korostamassa *tuomioistuinten riippumattomuutta* muista valtio-orgaaneista. Niinpä koko tähänastinen perustelemistekniikka on eräs tavanomaista tietä kehittänyt oikeuskulttuurin ilmenemismuoto. Kuitenkin esim. Tuomarin ohjeiden oikeudelliset periaatteet ovat jatkuvasti ohjeina tuomitsemistoiminnassa,¹⁸ nk. objektiivisuusperiaate johdetaan

^{15a} Ranskan uusittu avioliittolainsäädäntö sisältää kuitenkin puolisoille annetuja yksityiskohtaisia oikeusohjeita, esim. puolisojen asuinpaikan määrittämisestä. Code Civil art. 212—213 (v:ltä 1942) ja art. 214—226 (v:ltä 1965).

¹⁶ Vrt. *Zitting*: Lm 1952 s. 396: imperatiivit ovat toisaalta käyttäytymismalleja, toisaalta ne sisältävät vaatimuksen.

¹⁷ Vrt. Ruotsissa laadittu ehdotus muutetuksi avioliittolaiksi, jossa ohjeluontoinen säännös on säilytetty. SOU 1964 II s. 15. Toisin SOU 1972: 41 s. 9.

¹⁸ Tuomarinohjeista kts. erityisesti *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 173 ss. Arvostelua niihin nähden *Castren*: Eräitä »tuomarinohjeisiin» liittyviä mietteitä (Juhlajulkaisu Tauno Tirkkosen 70-vuotispäivänä 2.8.1968) Esim. *David*: Les grands systèmes de droit contemporains

tuomarin valasta, jäävisäännöksistä¹⁹ jne. Mielenkiintoista on todeta, että esim. kielto tuomita valittajan vahingoksi on oikeuskäytännön kehittämä. Kuitenkin tuo periaate on rikosoikeudenkäynnissä meillä siinä määrin vakiintunut, että sen rajoittamiseksi on ehdotettu lainsäädäntötoimenpidettä.²⁰ Samalla voidaan kysyä, ovatko *kansalaiset yleisemmin tietoisia* sanotun säännön noudattamisesta.

Eräissä tapauksissa on meilläkin kiinnitetty huomiota tuomioistuille annettujen menettelytapaohjeiden tarpeellisuuteen. Niinpä esim. Alanen, Nousiaisen mielipiteeseen yhtyen,²¹ on pitänyt rangaistusten määräämistä koskevaa säännöstä tarpeellisena lainsäädännössämme. Voitaneen vain kysyä, miten kilpailevat ideologiat siinä tuotaisiin esille.

Tutkimuksemme kannalta on tärkeää todeta, että nk. yleislausekkeet esiintyvät lakitekstissä usein kieltoimperatiivien yhteydessä. Siten ne liittyvät yhteiskunnassa *tosiasiallisesti esiintyvään* tai ainakin *mahdolliseen yhteisökäyttäytymiseen*, johon nähden lainsäädännössä ilmoitetaan, että sitä *ei pidetä hyväksyttävänä*. Käskyimperatiivien yhteydessä, osoitettiinpa käskyt kansalaisille tai menettelysäännöksinä viranomaisille, lausekkeet ovat lähinnä *ohjeluontoisia*. Esiintyen tuolloin usein ilman adressaatille osoitettua oikeusseuraamusta.

Yleislausekkeitä koskevassa tutkimuksessa herää myös kysymys, onko *erityisiä argumentoimisohjeita* pidettävä tarpeellisina väljiä oikeussäännöksiä sovellettaessa. Tähän kysymykseen palataan vielä myöhemmin. Esim. Ruotsissa on kiinnitetty huomiota siihen, että *käytännölliset tarpeet vaatisivat*, kun sopimusten pätemättömyyttä koskevat säännökset on kuitenkin vastaisuudessakin muovailtava käyttäen välineinä myös koh-tuusharkintaan oikeuttavia yleislausekkeitä, että *varsinaista sopimus-*

s. 121 mainitsee pohjoismaisessa oikeudessa 1500-luvulta peräisin olevat tuomarin ohjeet, jotka antavat tuomarille erittäin laajoja valtuuksia. Esiintyy myös virheellinen tieto, että ne nytemmin olisi poistettu Ruotsin lakikirjan johdanto-osasta. Pohjoismaisessa siviilioikeudessa niissä kuitenkin nähdään vastine esim. nykyisille ajatuksille vapaammasta laintulkinnasta, Persson: *Civilrättens generalklausuler* (Festskrift för Olivecrona 1964 s. 513).

¹⁹ *Brusiin*: Die Objektivität s. 29 ss.

²⁰ *Tirkkonen*: Förbudet mot ändring till tilltalades nackdel i högre instans (Pohjoismaisen lakimieskokouksen pöytäkirjat v:ltä 1964 liite IX s. 11).

²¹ *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 168. *Nousiainen*: Rangaistusten määräämisestä s. 289.

tulkintaa koskevat ohjeet, huomioon ottaen myös eroavuudet eri sopimustyyppeihin nähden, ilmoitettaisiin lainsäädännössä.²²

Myös perustuslain ohjeluontoiset säännökset voidaan meillä katsoa tuomioistuimille annetuiksi menettelyohjeiksi. Niihin vedotaan perustelulauseina mannermaalla esim. yleislausekeso-
vellutuksissa.²³

3. Oikeusseikastojen väljäsisältöisyys tutkimuskohteena

Tutkimustehtävä on rajoitettu normiseikastojen väljäsisältöisyyden tarkasteluun. Yleensä on herättänyt arvostelua, että käyttäytymisohje ts. normi seikastoinen annetaan avoimena tai se sisältää vain väljän mittapuulausekkeen. Sen sijaan todetaan, että varsinaisesti lain soveltajille tarkoitetut (oikeussäännöksissä osoitetut) *oikeusseuraamusta koskevat ohjeet usein ovat väljiä* tai noita ohjeita ei ilmoiteta ensinkään. Oikeusseuraamusten väljäsisältöisyyttä tarkastellaan esim. rangaistusten mittaamista (rangaistuslatituudit) tai vahingonkorvausta (korvauksen määräysperusteet) koskevissa tutkimuksissa.

Varsinaisiin normiseikastoihin verrattavia ovat lainsäädännössä esiintyvät selittävät lauseet: ne ovat eräänlaista normiston liitännäisaineistoa, kuten esim. erilaiset laissa esiintyvät käsitelmäritelmät, kansalaisille annetut yleiset käyttäytymis- tai menettelytapaohjeet, joihin ei ole liitetty noudattamatta jättämisen varalta oikeusseuraamusta, esim. perheen elatuksesta, lasten kasvattamisesta jne. annetut ohjeluontoiset säännökset. Nuo *ohjeet* saattavat kuitenkin tulla *esille ratkaisargumentaatioissa* varsinaisiin oikeusohjeisiin rinnastettavasti (esim. harmittaessa kummalle vanhemmista uskotaan lapsen huolto punnitaan kasvatusmahdollisuuksia, huomioon ottaen myös mahdollisuudet ohjeluontoisten oikeussäännösten noudattamiseen, vastaten lähinnä yleisiä koke-
mussääntöjä).

²² *Vahlén*: Avtal och tolkning s. 246. Esim. Italian siviililain art. 1362—1371 mm. art. 1370 (in dubio contra stipulatorem). Vrt. *Aho*: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 236 ss: nk. pakkotulkintanormeista.

²³ Vrt. esim. Sveitsin oikeus *Wolff*: Solution en droit civil (Le problème des lacunes en droit s. 109): »droit constitutionnel non écrit». Kts. myös julkis-
oikeuden vaikutuksesta, esim. Ranskan oikeus *Marty*: Droit civil II s. 325.

Laajasti hahmotellen voitaneen esittää, että *väljät oikeusseikastot* ovat *tunnusomaisempia hallinnollisille oikeussäännöksille*, kun taas tuomioistuimille osoitetut rikos-, prosessi- ja myöskin siviilioikeudelliset säännökset on laadittu suhteellisesti kiinteäsisältöisemmiksi. Kuten johdanto-osassa on mainittu, tässä tutkimuksessa pyritään tarkastelemaan lähinnä siviilioikeuden yleislausekkeita. Edelleen voidaan todeta, että arvostelua lausekkeiden »vaarallisuudesta» ja »tulkintavaikeuksista» esiintyy lähinnä normiseikastoihin kohdistettuina. Normiseuraamusten osalta väljä lauseke saattaa usein merkitä odotettua täsmennystä, kuten esim. elatusmaksuja ja vahingonkorvauksia koskevissa määräyksissä.

Tutkimustehtävän rajoittamista normiseikastoja koskevaksi voidaan arvostella mm. sillä perusteella, että yhtä vähän kuin voidaan tarkka-
määräisesti rajata, milloin ratkaisu sisältää oikeudellisen arvostelun, milloin päätelmän näytön arvostelemiseksi, yhtä vaikeaa on eräissä tapauksissa saada selville, milloin on kysymys ratkaisuperusteista oikeusseikaston, milloin oikeusseuraamuksen arvostelemiseksi (esim. hylätyt kanteet elatusapujutuissa, kun elatusvelvollinen on työkyvytön). Rajaamispyrkimys on kuitenkin todettu hyödylliseksi tutkimustehtävän täsmennykseksi, kun lähdetään siitä, että normatiivinen sääntöaines pyritään oikeudellisessa tutkimuksessa erottamaan empiirisemmästä yhteiskunta-aineksesta.

Kun väljäsisältöisiä normiseikastoja joudutaan käsittelemään kielellisinä ilmaisuina, kiinnitetään aluksi huomiota lakikieleen. Esitetään eräitä yleispiirteitä *kielen rakenteesta* ja sen väljäsisältöisyydestä sinänsä. Tällöin varsinainen *kielitiedekin* tarjoaa käytettäväksi eräitä tutkimustuloksiaan.

4. Lakikielestä

Kieli on määritelty normistoksi inhimilliselle käyttäytymiselle, joka ilmenee sanallisina reaktioina.¹ Vaikka *ajateltu monologinen kieli* on mahdollista, on lähtökohdaksi otettu *kielen kommunikaatiotehtävä*.² Voidaan todeta, että kielen merkit perustuvat yhteiskunnassa vaikuttavaan tapaan, mutta myöskin nimenomaisiin sopimuksiin kielen käyttämi-

¹ *de Saussure: Cours de linguistique générale* s. 25.

² *Segerstedt: Ordens makt* s. 56, s. 97, s. 101.

sestä.³ Kielen normisto on kuitenkin avointa, koska sitä on rajaamassa vain *kielenkäyttäjän tarkoitushakoisuus* ymmärretyksi tulemisesta. Kieli kantaa siten mukanaan määritelmänsä, mutta myös merkityssuhteen siihen tilanteeseen, jossa sitä käytetään. Paradoksaalisesti voidaan sanoa, että *jokainen kielenkäyttö on ainutkertaista*. Toisaalta kuitenkin koko kielellinen järjestelmä rakentuu toistuvuudelle ja symbolimuodostuksille, ts. *kielen merkit tulevat edustamaan tilanteita, joissa niitä on käytetty*.⁴

Kun kieli on osa asianomaisen kansan nk. kulttuuritraditiosta, tuottaa esim. jonkin aidon sanonnan kääntäminen kielestä toiseen vaikeuksia.⁵ Osa kielestä jää myös aina omaan aikakautensa.⁶ Mitä liikkuvampi yhteiskunta on, sitä vaihtelevampia kielellisiä ilmaisuja yleensä esiintyy. Kuitenkin kehitys on kulkenut yhtenäistävään suuntaan, kun nk. kansan-kielen usein värikkäitä ilmaisuja on korvattu sivistyskielen abstraktisemmilla yleistermeillä.⁷ *Kansainvälisyyden kommunikaatiotarve tulee ilmeisesti vielä lisäämään kansallisista erityispiirteistä vapautettavaa kielenkäyttöä*.

Nykyajan kielitiede kiinnittää taas kuitenkin erityistä huomiota siihen, että elävä kieli ei itse asiassa pääse siitä kahleesta, jonka merkki-merkitys-suhde muodostaa.⁸ Aikaisemmin oltiin taipuvaisia korostamaan kielen yhdenmukaisuuteen hakeutuvaa välittäjäteh-tävää ja pyrittiin tarkasti määriteltäisiin ilmaisiin.⁹ Nytemmin tode-taan, että kiinteästi voidaan määritellä vain tieteellinen kieli, joka jää epäitsenäiseen asemaan. Yhteiskunnassa käytetty kieli ei ainoastaan välitä ajatuksia, vaan on myöskin ohjaamassa niiden suuntaa. Ei voida myöskään havaita yhteiskunnallista kehitystä, jossa kielelliset ilmaisut muuttuisivat vastaten muutoksia yhteiskunnassa, vaikka sekin tietysti saattaa olla mahdollista. On ilmeisesti kuiten-

³ Ross: Om ret og retfaerdighed s. 133, s. 137. Diderichen: Sprog og livsyn (Mennesket i Tiden bd. VIII 1952 s. 21).

⁴ Segerstedt: s. 70.

⁵ Vrt. esim. englantilainen »fair play», ranskalainen »esprit».

⁶ Vrt. esim. »billighet» ja »skälighet» termien käyttö alkuperäismerkityk-sissään (aika ennen 1734-vuoden lakia).

⁷ Hedenius: Liv och nytta s. 32. Abstraktisesta kielestä ja abstraktisten sääntöjen soveltamisesta abstraktisiin yksikköihin saattaa muodostua »vaara humanismille».

⁸ Ullmann: Semantics s. 50, s. 53, Itkonen: Kieli ja sen tutkimus s. 14 ss.

⁹ Vrt. vanhemmat kielitieteelliset tutkimukset.

kin erotettava toisistaan: jonkin kielellisen ilmaisuuden muuttuminen ja esim. jonkin sosiaalilainormin kehittyminen, ts. sama kielellinen ilmaisuus saattaa siirtyä kattamaan muuttunutta yhteiskunnallista ilmiötä ja päinvastoin.¹⁰ Edellä esitetty tosiasiahavainto osoittanee, *ettei oikeustieteeseen ainoaksi tutkimusmenetelmäksi saada muodostua pelkästään käytetyn kielen analysoiminen*, vaikka se onkin keskeisellä sijalla esim. monissa laintulkintakysymyksissä.

Symbolilla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa kielellistä merkkiä, joka erotetuksi kielen symptomi- ja apellitehtävästä tulee edustamaan asiaa yleisessä tilanteessa. Symbolitermi saatetaan myös varata nk. *itsenäistyneille symboleille*, joita esim. politiikka ja mainonta käyttävät hyväkseen.¹¹ Asiayhteydestään irroitettuja symboleja ovat myös nk. kielikuvat eli metaforat. Symbolimuodostuskyvyn katsotaan laajassa merkityksessä olevan *yhteydessä inhimilliseen mahdollisuuteen asettaa erilaisia ideoita*.¹² Lähellä symboleja itsenäistyneinä merkkeinä ovat yhteiskunnassa myös nk. rituaalit,¹³ joiden merkitys on kuitenkin huomattavasti vähentynyt.

Vaikka ei voitaneakaan hyväksyä sitä Platonin Kratylusdialogista¹⁴ johdettua ajatusta, että sanat ovat yhteydessä asioiden olemukseen, on kuitenkin myönnettävä, että kielellisillä ilmiöillä itsenäistyneinä symbolimuodostuksina on jatkuvasti huomattava merkitys yhteiskunnassa.¹⁵ Kun vanhoja symboleja hävitetään, annetaan tilaa uusien muodostumiselle. Voidaan mainita esimerkkejä sekä abstraktisista että konkreettisista symboleista.¹⁶ Esim. sanonta »laki ja oikeus» on tunnettu nk. oikeusvaltion symbolina. Toteamattakin lienee selvää, että juuri itsenäistyneiden sym-

¹⁰ Ullmann: s. 231. Itkonen: s. 365 ss. Naess: Empirisk semantik s. 52.

¹¹ Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung s. 43: »Die Gesellschaft bewährt ihre unbewusste rechtliche Macht endlich bei der Schaffung symbolischer Zeichen.»

¹² Langer: Philosophy in a new key s. 176.

¹³ Langer: s. 134. Esim. vanhoissa maakuntalaeissa kuvataan rituaali kuninkaan valitsemiseksi. Kts. Olivecrona: Döma till Konung s. 12, s. 17, s. 35, s. 46.

¹⁴ Platon: Kratylusdialogi s. 126.

¹⁵ Esim. mainonta ja politiikka käyttävät symboleja hyväkseen itsenäistyneinä kielikuvina. Vrt. Regnéll: Semantik s. 103 »kalvenneet» kielikuvat, Ahmavaara: Informaatio s. 45.

¹⁶ Vrt. roomalaisen oikeuden bonus paterfamilias konkreettisena symbolina (nk. statussymbolit).

bolien käyttöön liittyy *arvolatausta*, joka on ohjaamassa ajatusten suuntaa.¹⁷

Lakikieli on historialliselta alkuperältään retoorista. Sille on ollut ominaista vetoaminen sekä kansalaisten muistiin että oikeustajuntaan esim. maksimimuodossa annettujen ohjeiden avulla. Kuten tunnettua esim. 1734-vuoden lain monissa kasuistisissa säännöksissä tavaetaan nimenomaan myös värikkyydellään ja muutoin tyylikeinoillaan vaikuttavaa oikeutta.¹⁸ Yhteistä vanhalle lakikielelle ja nykyisin käytännössä olevalle huomattavasti abstrahoidumpia säännöksiä sisältävälle lainsäädäntökielelle on niiden *yhteys elävään elämään*. Kun lain tarkoitus on vaikuttaa eturistiriitatilanteissa, on tämä kuitenkin painanut leimansa lain muotoamiseen.¹⁹ Siten on laeista usein tullut juristien juristeille kirjoittamia. Varsinkin hallinnolliset säännökset saattavat sisältää suuren määrän erityisten ammattialojen sanastoa. Kansalaisten yleiseen tietoisuuteen tarkoitettujen lakien osalta on esim. Pohjoismaissa ainakin *ohjelmallisesti* tuotu esille pyrkimys lähellä arkikieltä oleviin ilmaisiin. Tunnetusta kielellisestä ilmaisusta poikkeamisen katsotaan edellyttävän määritelmää lainsäätäjän taholta,²⁰ varsinkin jos sanontaa on käytetty laajemmassa tai suppeammassa merkityksessä kuin mitä arkikielen ilmaisu edellyttää.

Määritelmiä on lainsäädännössä kuitenkin yleensä vältetty. On todettu, että jokainen määritelty käsite muodostuu helposti staattiseksi tekijäksi, jolla on kehitystä estävä vaikutus.²¹ Määritelmät saattavat olla välttämättömiä esim. adressaatti-ilmaisiin nähden. Sama koskee yleensä ikärajaa koskevia kiinteitä säännöksiä. Myös eräissä uusissa laeissa, joista tässä voidaan mainita osamaksulain 1 §:n säännös, saatetaan pyrkiä kiinteyttävään lain soveltamisalaa koskevaan määritelmään. Yleensä on kuitenkin, mikäli määritelmiä on pidetty tarpeellisina, turvauduttu väljyyttä antaviin määrittelyihin, joita esim. negatiiviset eli poissulkevat määritelmät edustavat. Tunnetaan myös hyödyllisiä *funktio* määritelmiä, joista mainitaan tässä esimerkkinä tie-

¹⁷ Esim. *Naess*: s. 74 ss.

¹⁸ Kauneimpia on säännös ylimuistoisesta nautinnasta (MK: 15:1) Kts. myös *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 47.

¹⁹ *Wolff*: *Gesetzesprache* s. 14.

²⁰ Kts. *Hakila* Lm 1964 s. 2: kantelu tarkoittamassa tuomioistuinkantelu.

²¹ *Dölle*: *Vom Stil der Rechtssprache* s. 37. Kts. myös *Godenhjelm*: *Patent-skyddets omfång* s. 21, s. 41.

liikennelain 1 §:n 2 momentin säännös. Tällöin käsite määritellään suhteessa käyttötarkoitukseen tai tehtävään.

Lakikielen termit saatetaan myös havaita eri-ulotteisiksi.²² Esiintyy termejä, jotka epäitsenäisinä edellyttävät tilanneyhteyteen sijoittumista, kuten *logiikan välineinään* tuntemat eri yksiköt (konjunktiot, negaatiot jne.). On termejä, jotka nimenomaisesti *kuvaavat* yhteiskunnassa esiintyviä ilmiöitä, ts. niille löytyy vastine tai ainakin viittaus empiirisestä maailmasta. Kuvaaminen voi tapahtua itsenäisesti tai yhdessä muiden termien kanssa. Mutta suuri osa termeistä on sellaisia, joita ei voida »muuntaa» empiirisiksi, eivätkä ne ole myöskään ainoastaan konstruktivisia. Jo Lundstedt aikanaan totesi, että hän teki väkivaltaa kielelle, kun hän yritti käyttää termejä oikeus ja velvollisuus tosiasiallisista ilmiöistä.²³

Sanottua termiä *oikeus* voidaan sinänsä tarkastella *eri-ulotteisena*: se voidaan käsittää vain loogiseksi yksiköksi, joka normiin rinnastaen yhdistää toisiinsa seikaston ja seuraamuksen oikeuslauseessa. Se voidaan myös käsittää »ohjelmalliseksiideologiseksi» ilmaisuksi, jolloin sen käyttämiseen liittyy arvostusta. Empiiriseen kenttään assosioitumista tuodaan esille tarkastelemalla »oikeuksien haltijain» toimintamahdollisuuksia ja »velvollisuuksien kantajain» toimintarajoituksia, ts. ilmiöiden tilapäisyyttä, ehdollisuutta, kestoaikaa jne. Voidaan myös havaita, että lakikielen terminologiasta erotettuna oikeus-termiä saatetaan käyttää yhteiskunnassa kilpailevasti esiintuoduista »poliittisista oikeuksista». Hohfeldin relatioteoria taas osoittaa oikeus-termin monimerkitykselliseksi, kun sitä käytetään eri kollisiotilanteissa.²⁴

Voidaan vielä erikseen mainita, että oikeusteoriassamme käytetään juriidisteknillistä termiä »oikeus» sekä yhteisö- että yksilölähtökohdista käsin, kun kirjoitetaan toisaalta yksilön subjektiivisesta oikeudesta ja toisaalta objektiivisesta oikeudesta oikeussäännöstenkokonaisuutena. Siten tuo termi sidotaan sekä yksilön omiin vallankäyttömahdollisuuksiin että

²² *Eri-ulotteisen kielenkäytön* kannalta voidaan todeta, että tuntuu kielelliseltä »outoudelta», kun *konstruktivinen käsite* yhdistetään *empiiriseen terminologiaan*, kuten esim. Aarnio: Perillisen oikeusasemasta s. 28 »suojattu asemamuu». Kts. myös Lm 1970 s. 569 »lainsäätäjän käyttäytyminen».

²³ *Olivecrona*: Det rättsliga språket och verkligheten s. 21. (Lundstedt: Grundlinjer i skadeståndsrätten II s. 523). Kts. myös Ekelöf: Är termen rättighet ett syntaktiskt hjälpmedel utan mening SvJT 1952 s. 555.

²⁴ Kts. esim. Ross: Om ret og retfaerdighed s. 194 ss.

yhteisön taholta hänelle annettavaan oikeussuojaan.²⁵ *Eri-ulotteisesti* todetaan yhteydet yhteiskunnassa vaikuttaviin eri pätevyystekijöihin: muodollisen säännösten avulla *laillisuusgarantiaan*, käytännön toteuttamismahdollisuuksina yhteiskunnassa vallitsevaan *tosiasialliseen vallankäyttöön* ja »ideaalisina oikeuksina» eettiseen, traditionaaliseen tai muutoin *yleispätevyyttä tavoittelevaan ideologiaan*.

Erityisesti analyttisessä filosofiassa on kielen merkityssisältö ollut tutkimuskohteena. On mahdollista, että eri merkitysteoriat (»referential-, »behavioral- ja »ideational-theory»)²⁶ ovat kiinnittäneet huomionsa pääasiallisesti johonkin kielen alkuperäisistä ulottuvuuksista ja kiistakysymykset eräiltä osin johtuvat siitä. Ilmeisesti *kaikki kielelliset ilmaisut* ovat kommunikatiivisia ja muodolliskonstruktii-visesti, erät niistä tosin nimenomaisesti liittyvät myös empiriseen maailmaan (niiden reaalin referenssi ja myös kuvaava tehtävä) ja erät voidaan todeta pääasiallisesti ideologiseksi (ehkäpä myös nimenomaisesti ohjelmoiviksi ilmaisuiksi). Niinpä lakikielessäkin saat-taa esiintyä ilmaisuja, jotka nimenomaisesti edustavat arvostusta ts. kvaliteettia, kuten sanat »hyvä», »arvoton», »kohtuuton» jne.²⁷ Erät kielelliset ilmaisut saatetaan yhdistää siten, että lauseke pyritään koostamaan eri aineksista. Esim. oikeussäännöksessä on vain eräitä laajasti »pelivaraa» (»Spielraum») sisältäviä ilmauksia, jotka yhdistetään tark-

²⁵ Mm. Roubier on kiinnittänyt huomiota oikeus-termin käyttöön selvitel-lessään subjektiivisen oikeuden käsitettä. Le Droit subjectif s. 47 ss. Subjektivistien ja objektivististen teorioiden lähtökohdat hän näkee toisaalta *Savignyn* taholta esitetystä »volontarismissa», toisaalta *Iheringin* esiintuomassa »intressi-suojassa», s. 67. Voidaan mainita, että kirjoittaessaan tilanteisiin sidotuista oikeuksista hän suorittaa jaoittelua myös ilmiöiden seurausvaikutusten mukana s. 419. Lauseessa »hänellä on oikeus tehdä se, mutta siitä ei ole hänelle etua» tulee esille empirisluontoinen *etukäsité* ideologiskonstruktii-viseen oikeus-käsitteeseen verrattuna. Vrt. myös käsitteet: etu — vahinko, hyöty — haitta, joista viimeksi mainitut viittaavat ilmiöiden seurausvaikutuksiin.

Vrt. oikeusteorian eri määritelmiä oikeus-termin yhteydessä, *Lahtinen*: Zum Aufbau s. 93 ss. Lundstedtiläisen suunnan käsityksiä »rättighet»-termin yhteydessä, *Marc-Wogau*: Studier till Axel Hägerströms filosofi s. 158 ss. Vrt. myös 1734-vuoden lain kielelliset ilmaisut: »makt», »våld», »rätt». Tieteellisiä sanontoja lakikielessä säännöllisesti vältetään. Siten siellä ei esim. esiinny *normisanaa*.

²⁶ *Alston*: Philosophy of Language s. 11 ss.

²⁷ Oikeustieteilijät saattavat kutsua eräitä noista arvostustermeistä *normatiivisiksi*, *Heinonen*: Velallisen konkurssirikoksista s. 13.

koihin adressaatti-ilmauksiin ja kiinteisiin määräaikoihin. Myös eräät alunperin kuvaavat termit saattavat vakiintua arvolatausta sisältäviksi, kuten edellä on jo mainittu. Voidaan myös kiinnittää huomiota kielellisiin ilmaisuihin massapsykologian välineinä. Esim. termit palkkio ja avustus²⁸ tunnetaan merkityssisällöltään toisistaan poikkeavina kielellisinä ilmauksina, mutta tosiasiallisesti niitä molempia saatetaan käyttää mm. kysymyksen ollessa toiminnan tukemisesta yleisillä varoilla. Arvostusaineekseen kielessä palataan erikseen arvio- ja arvostuslausukkeita koskevan esityksen yhteydessä.

Aikaisemmin on usein korostettu kielenkäytön epätarkkuutta negatiivisena seikkana.²⁹ Vähitellen kuitenkin aletaan myös oikeusteoriassa todeta, että eräissä tapauksissa *halutaan* nimenomaisesti esittää asiat avoimesti ja siten *laajempaa käsitealaa vastaavasti* ja että eräissä tapauksissa ei edes pystytä lausumaan asiasta muutoin kuin väljäsisällöisesti, ehkä eräin viittauksin ja korostuksin. Usein jo saavutettavan tiedon rajat edellyttävät, että tarvitaan väljä ilmaisu.³⁰ Tärkeää ilmeisesti on kuitenkin, ettei vain ilmaisun antaja, vaan *sen vastaanottaja tajuaa ilmaisun väljyyden*.

Kielenkäytön ja kielitavan rinnalla tunnetaan myös vastaavasti *käytettyymistapoja* ja *tavanomaista asennoitumista*³¹ yhteiskunnassa. Tavat ja kielenkäyttö ulottuvat melkeinpä kaikkialle. Voidaan kysyä, mikä on tavanomainen väitöskirja, mitä on kielenkäyttö väitöskirjatyön yhteydessä. Kielenkäytön muutokset tapahtuvat suhteessa muihin tavan muotoihin, mutta myös muutoksiin yhteiskunnassa yleensä.³² Kielen merkityksen muutoksiin nähden esim. kielitieteilijät käyttävät *loogista jaoittelua*: kielen merkitys supistuu, laajenee tai siirtyy taikka *psykologista jaoittelua*: kielen tarkoitteiden samankaltaisuus tai assosiaatiot arkikieleen saavat aikaan, että jokin termi saattaa siirtyä kattamaan mitä yhteiskunnallista ilmiötä tahansa. Eräs kielen muutosten syy on

²⁸ Hayakawa: Ajattelun ja toiminnan kieli s. 32.

²⁹ Tällöin korostetaan, että on pyrittävä välttämään kommunikaation vastaanottajaa *erehdyttävää*, syntaktisesti *epäjohdonmukaista* tai *monimerkityksellistä* kielenkäyttöä. On erotettava toisistaan kielenkäytön »vaghet» ja »mångtydighet», Evers: Argumentationsanalys för jurister s. 19.

³⁰ Alston: s. 86. Naess: s. 40: kielen täsmennys suhteessa käyttötarkoitukseen.

³¹ Ofstad: Val och värde s. 10 (ordvanor, beteendevanor, inställningsvanor).

³² Itkonen: s. 373 ss. merkityksen muuttuminen, Guiraud: La sémantique s. 56 ss. s. 70 muutosten syistä.

esim. *uuden sanan tarve* ilmiöiden moninaistuessa. Kieli myös säännöllisesti *abstrahoituu*, entisistä empiirisluontoisista ilmauksista johdetaan kielen konstruktivisia ilmauksia (esim. mennä — menetellä, käydä — käyttäytyä jne.).

Tunnusomaista lakikielelle on ollut, että on pyritty käyttämään *tunnettua terminologiaa* ja *vältetty uutuuksia*. Kun oikeussäännökset laaditaan ajatellen kansalaisia adressaatteina, edellyttää uusi tai vakiintuneesta kielenkäytöstä poikkeava sanonta jo erityisinformaatiota.³³ Kuten jo aikaisemmin on todettu, lakikieli ei saa olla ristiriidassa nk. luonnollisen kielen kanssa. Esim. siviilioikeudessa on oikeudelliseen ajatteluun liittyvien termien perusta yhteisön käyttäytymiskielessä. Mm. prosessioikeuden kieli on taas suurelta osalta juriidisesti konstruoitua kieltä.

Lakikielessä pyritään myös mahdollisimman pysyviin ilmaisiin,³⁴ jotta lainsäädäntö myös kielellisenä koostumana olisi *jatkuvuuskelpoista*. Tämä liittyy osana kysymykseen *lakikielen tyylistä*. Selviä kielellisiä eroavaisuuksia kuitenkin esiintyy riippuen siitä, onko kysymyksessä lähinnä ammattihenkilöiden ryhmälle osoitettu säännöstö, keskeinen esim. siviili- tai rikosoikeuden säännöstö, jolloin edellytetään myös, että maallikkotuomarit lautakunnassa ovat mukana soveltamassa oikeussäännöksiä, taikka esim. perustuslaki, jonka muutoksilta saatetaan odottaa jopa juhlavaa kieltä.³⁵

Asiallisten, mutta myös tyyllisten seikkojen perusteella voitaneen »karkeasti» jaoitella: *tieteellinen kieli*, *virastokieli* ja viimeksi mainitun osana *tuomioistuinkieli*. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, että tuomioistuimilla on ollut taipumus sijoittaa perustelulauseensa lakikielen termeihin, mikä on korostamassa lakikielen asemaa kommunikaatiovälineenä. Lakikieltä, kuten tuomioistuinkieltäkin moititaan säännöllisesti »vanhahtavista sanonnoista». Tosiasiassa onkin usein kysymys monien vuosikymmenien ikäisistä laeista ja niiden termeistä tuomioistuinratkaisuihin. Kun lakikieli on, kuten edellä on jo todettu, säännöllisesti kieliasultaan konservatiivisesti muotoiltua, on uudempiinkin lakeihin usein jäänyt eräitä

³³ Evers: Argumentationsanalys för jurister s. 11 ss. Merkitysten muutoksesta nyttemmin myös Regnéll s. 107 ss.

³⁴ Vrt. sanojen »lexikaalinen» ja tilapäinen merkitys. Regnéll: Semantik s. 42, kts. myös s. 92 »de konservativa krafterna i språket».

³⁵ Esim. Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 48. Kts. myös Guiraud: s. 124 stilistisistä arvoista.

nk. kielijäänteitä. Eräänlainen kielellinen ajattomuus ei ilmeisesti ole helposti saavutettavissa.³⁶ Vielä vaikeampaa näyttää olevan mahdollisimman yksiselitteisen ja samalla kansantajuisen lakitekstin muotoileminen.³⁷ Kun vältetään värikkäitä sanontoja — jotka ehkä sinänsä ovat lisäämässä lukijan kiinnostusta tekstiin — kielen elinkelpoisuus saattaa kasvaa. Toisaalta odotetaan, että lakikielen tulisi olla, paitsi mahdollisimman yhtenäistä ja johdonmukaista, myös »tarttuvaa». Toistuvasti tuodaan esille vaatimuksia korkeatasoisesta lakikielestä, jonka tulisi olla adressaattien vastaanotettavissa. Käytännössä kuitenkin todetaan, että tuo idea on nyttemmin ollut yhä harvemmin toteutettavissa.³⁸

Kokonaisuutena lakikieli on funktioltaan lähinnä nk. sääntelevää³⁹ eikä kuvailevaa kieltä. Yhteistä sille ja esim. mainonnan kielelle on, että odotetaan sen vaikuttavan⁴⁰ kansan käyttäytymiseen. Lakikieli on kuitenkin hakeutunut »kuivaan» tiedonvälittäjän tehtävään. On odotettu, että tiedot sinänsä vaikuttavat kansalaisten menettelytapoihin. Ja tuolloin on menty vieläkin pitemmälle: monet laeista on laadittu niin »neutraaliin» kieliasuun, että ne avautuvat tietolähteiksi vain rajoitetulle ammattihenkilöiden joukolle.

Tässä tutkimuksessa kiinnitetään lähinnä huomiota siihen, miten täsmennetyksi sääntely lakikielen avulla tapahtuu. Miten väljäsisältöiset säännökset ovat adressaattien vastaanotettavissa?

³⁶ Kts. myös kompetenssin ja suorituksen vaikutuksesta informaatioon, *Ahmavaara*: Informaatio s. 114 ss.

³⁷ Esim. komiteamietinnössä lainvalmistelutyön uudelleen järjestämiseksi vuodelta 1955 (n:o 6) on jo arvosteltu sitä, että oikeussäännökset usein laaditaan siinä määrin abstraktisiksi ja vaikeaselkoisiksi, etteivät ne ole kansalaisten adressaatteina vastaanotettavissa. Jopa *eduskunnassa* saattaa kysymyksiä käsiteltäessä lakien kieliasu tuottaa vaikeuksia. Kts. »luettavuudesta», esim. *Wiio*: Ymmärretäänkö sanomaasi? s. 154 ss. Arvostelua lainkirjoitustekniikasta ja mielpiteitä sen edelleen kehittämiseksi, Oikeus ja politiikka (1971) s. 186 ss. (*Nordenstreng, Törnudd, Grönqvist* ym.).

³⁸ Useat tutkijat ovat esim. kiinnittäneet huomiota Code Civil'in säännösten kielelliseen kauneuteen, esim. *Dölle*: s. 73. Kun tarkastellaan kodifikaation uusittuja osia ja verrataan niitä esim. klassillisiin velvoite- ja vahingonkorvausoikeudellisiin säännöstöihin, havaitaan kuitenkin, että täydennysosat siitä ovat usein kielellisesti monimutkaisia ja viimeistelemättömiä, eikä ilmeisesti tyyllillisiin seikkoihin ole vastaavassa määrin kiinnitetty huomiota.

³⁹ Esim. *Naess*: Empirisk semantik s. 30.

⁴⁰ *Austin J. L.*: How to do things with words (1962) s. 6. Kts. myös *Regnéll*: Semantik s. 131.

5. Joustavista ja kiinteistä oikeuslauseista

Edellisessä luvussa on tarkasteltu lainsäädäntöä kielellisinä ilmaisuina eli lakikielen merkkejä. Oikeussäännösten sisällön vahvistaminen on riippuvainen paitsi lakiteknillisestä muotoamisesta myös noudatettavasta laintulkintametodista, kun tuomioistuimet joutuvat määrittelemään oikeussäännösten soveltamispiirit. Epävarmuutta kuitenkin yhteiskunnassa aiheuttaa jos *lakiteksti on jo alunperin siinä määrin epäselvä*, että sen sisältö voidaan säännöllisesti vahvistaa vasta ylimmän oikeusasteen laintulkinnalla.¹ Samaa voidaan sanoa huomattavan epämääräisistä ja »kliseeluontoisista» säännöksistä oikeusalioilla, joilla niiden tulisi olla tarkkamääräisesti adressaattien tiedossa.²

Maallikkokin saattaa lakikirjaa selaillessaan välittömästi havaita, että oikeussäännökset milloin kiinteämmin sitovat adressaatteja, milloin antavat heille enemmän harkintavapautta. Kielelliset ilmaisut ovat yleensäkin väljäsisältöisiä. Esiintyy kuitenkin myös normistoa, joka on ilmeisen joustavaa.

Voidaan erottaa konstruktiiivisia ja deskriptiivisiä eli kuvaavia kielen merkkejä,³ kuten aikaisemmin on todettu. Myös konstruktiiivisen merkin avulla voidaan adressaatille siirtää harkintamahdollisuuksia, kuten esim. kielellinen ilmaisu *voidaan* suhteessa ilmaisuihin *tulee*, *pitää* osoittaa: oikeussäännös sisältää vain erään mahdollisuuden normisovellutukseksi. Esimerkkinä mainitaan tässä lain voimaantulosäännös, jonka mukaan kumotaan *ainakin nimeltä mainitut* oikeussäännökset tai samaa asiaa koskevat oikeussäännökset, verrattuna voimaantulosäännöseen, jossa mainitaan, *mitkä säännökset kumotaan*.⁴ Viimeksi mainittu oikeusohje on siis katsottava kiinteäsisältöiseksi konstruktiiiviseksi säännökseksi (jossa tietysti sinänsä saattaa vielä löytyä tulkintamahdollisuuksia). Deskriptiivisyys edustaa väljyyttä, joka on *yhteydessä yhteiskuntailmiöihin*. Yksinkertaisena esimerkkinä: kielellinen ilmaisu »moottoriajoneuvo» on väljä yleistermi verrattuna ilmaisuihin auto,

¹ Esim. *Kuuskoski*: Lainsäädännön valmistelun tehostamisesta Lm 1947 s. 338. Komiteamietintö lainvalmistelutyön uudistamiseksi (1955 n:o 6 s. 17).

² Esim. *Hessler*: SvJT 1957 s. 243.

³ *Kraft*: Erkenntnislehre s. 77 ss., *Carnap*: Meaning and Necessity s. 85 »logical and descriptive signs» Kts. myös *Hult*: SvJT 1952 s. 595. Vrt. myös analyyttisen filosofian esiintuoma jaoittelu kielen muuttujista (»variables») vakioihin kielen merkkeihin verrattuna, *Carnap* s. 42 ss.

⁴ Vrt. *Müller*: Handbuch der Gesetzgebungstechnik s. 199, s. 201.

moottoripyörä jne. Lakikielen merkit kattavat joko enemmän tai vähemmän abstrahoituja *ilmiötyyppejä*.

Esimerkkinä *joustavasta oikeuslauseesta* voidaan mainita avioliittolain 39 §:n säännös, jonka mukaan toinen puoliso ei saa toisen suostumuksetta luovuttaa irtainta omaisuutta, johon toisella puolisoilla on avio-oikeus, mikäli se kuuluu »puolisoiden yhteisesti käytettävään asunto-irtaimistoon», on »toisen puolison tarpeellisia työvälineitä» taikka tarkoitettu »lasten henkilökohtaista käyttöä varten». Oikeussovellutukset joudutaan yleensä alistamaan po. oikeussäännösten, po. oikeusalan ja viime kädessä koko oikeusjärjestyksen osaksi. Sanottua avioliittolain 39 §:n säännöstä tulkittaessa jää harkittavaksi, onko kysymys esineistä, joita näytetään juuri po. perheessä käytetyn sanottuihin tarkoituksiin, vaikka käyttötapa poikkeaisikin vallitsevasta, vai pyritäänkö joka tapauksessa vahvistamaan käyttömahdollisuudet keskimittakäyttäytymisen, asianomaisen perheen varallisuusarvon tai yhteiskuntaluokan tapojen mukaan taikka ottaen huomioon myös vastaiset käyttömahdollisuudet. Oikeustieteessä korostetaan usein, että perheoikeudessa joudutaan kiinnittämään mahdollisuuksien mukaan huomiota myös *yksilöllisiin näkökohtiin*. Esimerkkinä selittävästä oikeusohjeista voidaan mainita jo aikaisemmin esillä ollut avioliittolain 46 §:n säännös perheen elatuksesta. Vastaavasti useimmat nk. funktionaaliset määritelmät, joista jo aikaisemmin on mainittu, ovat väljäsisältöisiä, kuten perheen elatus suhteessa sen tarpeisiin, ajoneuvo suhteessa käyttötarkoitukseen jne.

Valtuuslause voidaan myös täydentää mittapuulla, joka tyypittelyn sijasta sisältää normiseikastossa eräitä suuntaviivoja, epämääräistä käsitteellisyttä, ideologista ohjelmallisuutta jne. Esim. velkakirjalain 8 §:ssä ja vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä annetun lain 1 §:ssä tarjotaan hyvä tapa, oikeastaan hyvä liiketapa normisovellutuksen mittapuuksi. Oikeustoimilain 36 §:n mukaan voidaan sopimussakkoa alentaa jos sen vaatiminen, mitä on luvattu, olisi ilmeisen kohtuutonta. Valtuus harkintaan saattaa sisältää myös *avoimen seikaston* normin muodostuksen perustaksi, kuten avioliittolain 7 §:ssä kihlakumppanien lahjojen korvausvelvollisuuteen nähden. Aineksia sovellutusperusteiksi on ilmeisesti löydettävissä, huomioon ottaen säännöksen materiaalsen sisällön, asianomaisesta lainsäädännöstä ja asianomaiselta oikeusalta.

Kuten on mainittu, tässä tutkimuksessa kiinnitetään huomiota vain normiseikaston väljyyteen. Ilmeisesti esiintyy kuitenkin tapauksia,

joissa väljä mittapuuh normiseikastossa ja väljyys seuraamusta harkittaessa saattavat sekaantua toisiinsa, kuten avioliittolain 78 §:n ja oikeustoimilain 36 §:n sovellutuksissa.

Kvantitatiivinen väljyys normiseikastossa, kuten tehostelauseissa »erittäin lieventävät», »pääasiallisesti tarpeen», »ilmeisen kohtuutonta», »erityiset perusteet» jne. saattaa kuitenkin jäädä vaille suurempaa merkitystä, kun yleisesti todetaan, että la k i t e k s t i monissa eri yhteyksissä on viimeisteleminen⁵ joten kielellisiin vivahteisiin ei lain tulkinnassa voitane kiinnittää erityistä huomiota. Esim. maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain 8 §:n 3 momentin lause »kokonaan tai pääasiallisesti voittanut» ei mielestäni ole kielellisesti onnistunut, kun ajatellaan asianosaisen muutoksenhakuinnostia ja päätöksen muuttamismahdollisuuksia. Korostusta, joka ei voi jäädä huomiotta, osoittaa esim. avioliittolain 114 ja 115 §:n osittain arvostusta sisältävä ilmaisu »olenaisesti» muuttunut.

Väljäisalttöisiä oikeuslauseita tutkittaessa oikeustiede on useimmiten tyytynyt edellä esitettyyn jaoitteluun: *oikeussäännökset sitovat adresaatteja milloin enemmän, milloin vähemmän*, ts. tuomarille annetaan enemmän tai vähemmän harkintavapautta ja toisaalta kansalaiset saavat joko yksityiskohtaisia tai vain yleisiksi suuntaviivoiksi pelkistettyjä ohjeita käyttäytymiselleen.

Jo roomalainen oikeus tunsi jaoittelun ankariin oikeuslauseisiin (jus strictum) ja joustaviin oikeuslauseisiin, jotka antoivat mahdollisuuden kohtuusharkintaan (jus aequitas).⁶ Vaikeuksia ja myös käsitteellisiä sekaannuksia on aiheuttamassa, että sanottu jaoittelu väljiin ja vähemmän väljiin oikeussäännöksiin kuitenkin johtaa vain kvantitatiiviseen *aste-eroon*⁷ ja, kuten on mainittu, kysymystä ei voida erottaa laintulkintametodista irralliseksi probleemaksi. Todetaan, että kiinteitä oikeuslauseita tuskin käytännössä esiintyy. Lähinnä ne supistuvat eräitä *aikamääriä* ja *lukumääriä*, *oikeuspaikkoja* jne. osoittaviin säännöksiin, joita esiintyy esim. prosessioikeudessa. Erityisen harkinnanvaraiset säännökset eivät taas ole oikeastaan erotettavissa nk. oikeusaukoista, esiintyi-

⁵ Esim. Ylöstalo: Tutkimuksia vekselioikeuden alalta s. 66. Ellilä: Täytän-
töönpanokeinoista hallinnon alalla s. 23.

⁶ Kaser: Roomalainen yksityisoikeus s. 22 (milloin positiivinen oikeus, jus
strictum, soti jus aequum'ia vastaan, tuomarin oli annettava etusija jälkimmäi-
selle).

⁷ Roubier: s. 108. Brusiin: DL 1938 s. 286. Merikoski: Vapaa harkinta s. 54.

vätpä ne sitten avoimina oikeudellisesti järjestelemättöminä alueina tai kätkeytyinä, esim. oikeussäännösten ristiriitaisuuksina.

Esim. Knoph⁸ on pyrkinyt jaoitteluun, jonka mukaan hän erottaa sovellutusperusteet, joissa on käytetty kielen kuvaavaa, deskriptiivistä elementtiä; väljät säännökset, joissa tuomarille on annettu mittapuu, jonka hän tuntee ja jota hän on velvollinen noudattamaan, ja nk. vapaan harkinnan, jossa kirjoitettua mittapuuta ei esiinny oikeuslauseessa, mutta jota tuomari »sen löydettyään» on kuitenkin velvollinen noudattamaan. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, että esim. siviilioikeudessa, jossa analogian käyttö, ts. samankaltaisuuspiirien etsiminen rinnakkaisista säännöstöistä ja rinnakkaisilta oikeusaloiltakin, on yleensä katsottu sallituksi, raja väljien mittapuulausekkeiden ja avoimien normiseikastojen välillä häipyä, ts. vaikka säännöksessä on ilmoitettu mittapuu, sen soveltaminen *käsitealaltaan laajempaan* on kuitenkin mahdollista. Knophin jaoittelua on siten sanotussa suhteessa pidettävä oikeaan osuneena. Sovellutusperusteita etsittäessä voidaan todeta vain eräänlainen aste-ero.⁹

Kvantitatiivista väljyyttä oikeuslauseissa tarkasteltaessa päädytään siten toteamukseen, että oikeussäännökset rakenteellisesti kuuluvat loogisesti kiinteiden lauseiden, jotka vievät sinänsä (absurdiin) staattisuuteen, ja vapaan harkinnan, (jonka puitteissa oikeusjärjestys tuskin säilyy) välimuodoksi, mikä edellyttää niiden sisällön jatkuvaa selvittämistä *tulkintamenettelyn avulla*.¹⁰

6. Arvio- ja arvostuslausekkeista

Edellisessä luvussa on tarkasteltu väljäsisältöisiä eli epämääräisiä oikeuslauseita suorittaen jaoittelua kvantitatiivisen väljyyksasteen mukaan. Voidaan kuitenkin pyrkiä myös kvalitatiivisiin jaoitteluihin.

Aikaisemmin on jo todettu, että oikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden rinnalla esiintyy yhteiskunnassa yksilöiden välisissä suhteissa

⁸ Knoph: *Rettslige standarder* s. 2 ss.

⁹ Vrt. Kivimäki—Ylöstalo: s. 12 alav.

¹⁰ Kts. myös Hart: *Concept of Law* s. 144 (formalismismi ja sääntöskeptisismi äärimmäisyyssuuntauksina), Aarnio: *Oikeudellisen ajattelun perusteista* s. 186.

vaikuttavia moraalinormeja ja myös velvoittavia tapoja. *Moraali- ja tapanormien pätevyys* yhteisössä jää kuitenkin yleensä vain *suhteelliseksi*.¹ Esiintyy myös aina ryhmiä, joissa vaikuttavat osittain niiden omat moraalikäsitteet tai tavat (tämä koskee esim. eräitä uskonnollisia vähemmistöjä). Yksilölliset moraalinormit saattavat perustua »velvollisuuselämyksiin». Kun oikeussäännöksiä ovat sanktioimassa valtiiovallan pakkotoimenpiteet, moraalin ja tavan normit saattavat myös olla »sanktioituja» yhteiskunnassa vaikuttavien painostustekijöiden taholta (vrt. sosiologiset tutkimukset käyttäytymisestä ryhmässä).² Tutkimuksemme kannalta muodostaa kuitenkin tärkeän lähtökohdan, että eri sosiaaliorneilla on yhteiskunnassa jatkuva vuorovaikutus keskenään.³

Kun oikeusnormit seikastoineen saatetaan kansalaisten tietoisuuteen — tai heille ainakin avautuu mahdollisuus tietolähteeseen — julkaistujen lakien ja asetusten sekä järjestyssääntöjen välityksellä, niin moraalisäännöt, joiden yleensä katsotaan sisältävän eettiset vähimmäisvaatimukset yksilön itseisarvon ja yhteiskuntakokonaisuuden ylläpitämisen suhteen, tulevat yhteiskunnan jäsenten tietoon pätevyydeltään eritasoisina ohjeina kodin, koulun, kirkon, toverien ja esimiesten työpaikoilla sekä muun erilaisen informaatiotoiminnan välityksellä.⁴ Myös oikeussäännösten puutteellista informointia on mm. sosiologiensa taholta toistuvasti arvosteltu.⁵ Mielenkiintoisia ovat myös tutkimukset, missä määrin kansalaiset todella tuntevat lainsäädäntöä.⁶

Lukuisat oikeussäännökset liittyvät moraaliarvostuksiin laajassa merkityksessä. Erityisesti tämä koskee keskeisiä rikoslain kieltoja rangaistushkineen. Voitaneen erottaa toisistaan *yhteiskunnallisiin käyttäytymismuotoihin ja moraaliarvostuksiin liittyvät säännökset*, joiden voidaan katsoa olevan *pääpiirteiltään kansalaisten tietoisuudessa, ja lähinnä*

¹ Vrt. sosiologiset normitutkimukset, nk. partikuläärinormit (esim. *Segers-tedt*).

² Esim. *Olivecrona*: Om lagen och staten s. 46. *Littunen*: Sosiaalinen sidonnaisuus s. 19.

³ Esim. *Hart*: Law, liberty and morality s. 2. Vrt. *Uotila*: Lm 1967 s. 844: on liian vähän tutkittu lakien vaikutusta kansalaisten käyttäytymiseen.

⁴ Esim. *Aubert*: Rettssosiologi.

⁵ Esim. *Anttila*: Rikosoikeudellisen normijärjestelmän tiedotusongelmia Lm 1967 s. 39 ss.

⁶ Kts. *Aubert—Eckhoff—Sveri*: En lov i søkelyset (1952) s. 174 ss.

teknilliskonstruktiiiset säännökset, jotka edellyttävät erityistä tiedotustoimintaa. Erityistä informaatiota edellyttää myös teknilliskonstruktiiisten, mutta kansan tietoisuudessa sittemmin vakiintuneiden säännösten muuttaminen.

Eräänä oikeussäännösten ryhmittelynä kiinnitetään tässä huomiota Lahtisen suorittamaan jaoitteluun, minkä hän on aikanaan esittänyt. Sen mukaan oikeussäännökset jaetaan nk. »Gefühlsnormen» ja nk. »Wahrnehmungsnormen» ilmeisesti lähinnä sillä perusteella, mitä psykofyysistä toimintaa tuomari niitä soveltaessaan käyttää.⁷ Kun Lahtinen on väitöskirjaansa kirjoittaessaan kuulunut nk. empiristeihin, hän on tietoisesti halunnut rajoittaa tutkimuksensa kohteen kokemusperäiseen ts. havainnon avulla todettavaan. Hänen tutkimuksessaan »Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen» ei esiinny arvosuoksia (eikä historiallinen aspektikaan ehkä riittä täyttämään kokemusperäisyyden vaatimuksia). Hän esittää kaikkiaan seitsemän eri esimerkkiä alkaen mahdollisimman kiinteistä oikeuslauseista ja päätyen tuomareille ilman seikastohahmottelua annettuun harkintavaltuuteen, sijoittaen näiden äärimmäistapausten välille esim. sellaiset ilmaisut kuin »vaikea ruumiinvamma», »hyvä liiketapa», »lapsen etu», Saksan BGB:n »Treu und Glauben». Hän joutuu kuitenkin toteamaan, ettei esiinny »havaintonormeja», jotka johtaisivat yksinomaan havaitsevaan toimintaan, tai »tunnenormeja», joihin ei myös liittyisi havaintoelementtejä, ts. hänenkin mukaansa po. normisovellutuksissa on kysymys kussakin tapauksessa vain pääasiallisesti tunteeseen tai pääasiallisesti havaintoon liittyvästä toiminnasta. Erityisesti voidaan mainita, että hän anglosaksisen oikeuden pohjalta, mm. Poundin⁸ kannanottoihin viitaten, toteaa, että esim. standardit »reasonable», »prudent» ja »diligent» ovat viime kädessä kuitenkin tunteeseen vetoavia, vaikka niissä — kuten vastaavasti esim. culpa-mittapuussa — havaitseva elementti on enemmän esillä. Mittapuut »järkevästä» ja »huolellisesta» miehestä ovat siten vähemmän »tunteeseen vetoavia» kuin esim. käsiteparit: *oikea—väärä, kohtuullinen—kohtuuton*.

Kuten on mainittu, tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että tuomioistuimet nk. »kolmantena miehenä», niille asetetusta tehtävästä käsin pyrkivät rationaalisesti ohjattuun ratkaisutoimintaan. Tiedostetun rat-

⁷ Lahtinen: Zum Aufbau s. 137 ss, s. 151.

⁸ Pound: Justice according to law s. 57 ss.

kaisutoiminnan perustana ovat arvopunnitukset ja arvovallinat. Kuten on jo mainittu, ei tutkita mahdollisia *virhetekijöitä* ratkaisutoiminnassa, jotka kuulunevat mm. psykologian tutkimuskenttään. On kuitenkin todettava, että tunneaineokset ilmeisesti läheisesti liittyvät arvostamiseen, mikä esim. arvofilosofienkin⁹ taholta myönnetään. Mutta ilmeisesti noita aineksia ei voida erottaa havainnoistakaan, vaan esiintyy myös tosiasioiden valikoivaa havaitsemista.¹⁰ Asettaen *rationaalisen ratkaisutoiminnan* lähtökohdaksi, tuomioistuimilta jäädään kuitenkin odottamaan *tiedostetusti argumentoituja* ratkaisuja, argumenttivalinnan suhteen *perusteltuja ratkaisuja* ja myöskin *yhteiskuntaan sopeutettavissa* olevia ratkaisuja.

Tässä tutkimuksessa pyritään siten (Lahtisen jaoittelun asemesta) tarkastelemaan erityisesti niitä arvio- ja arvostusaineksia, joita on osoitettu oikeussäännöksiin sijoitetuissa mittapuulauseissa.

Voidaan katsoa, että kielen deskriptiivistä, kuvaavaa ainesta hyväksi käyttäen muodostettu *arviomittapuu* sisältää nimenomaisen *valtuuden todennäköisyysmekanismiin huomioon ottamiseen*. Tällöin voidaan erottaa erikseen jälkikäteen tapahtuva *todennäköisyysarvio* ja *ennusteita sisältävä ennakkoarvio*, jotka molemmat saattavat perustua lähinnä kokemusperäisiin arviointeihin.

Lauseke, joka sisältää avoimen mittapuun, voi myös sisältää mahdollisuuden nimenomaisesti joko arvioivaan tai arvostavaan ratkaisutoimintaan. Kuten jo on mainittu, arvostus tapahtuu suhteessa asetettuun ideaan. Valinnassa ratkaisija joutuu suorittamaan punnituksen arvokkaammaksi tai vähemmän arvokkaaksi koetun vaihtoehdon kesken. Saattaa olla esillä eri suuntiin eriasteisesti johtavia arvostuksia. On kysymys *puheena olevassa tilanteessa arvokkaammasta ideasta*. Esimerkiksi oikeustoimilain 33 §:n tilannetta ei saa käyttää hyväksi edellä olevien säännösten mittapuihin (petollisesti, kiskomalla, pakottamalla) rinnastettavalla tavalla. *Ideana on mittapuu, miten sopimuskumppani eettisen normin negaationa ei saa menetellä*. Kysymyksenasettelu: kuka on syyllinen, johtaa kuitenkin myös moraaliarvostuksiin ja etsimään *tarkoituksellisia väärinkäytöksiä*. Mutta arvostus saattaa myös tapahtua

⁹ Vrt. Del Vecchio: s. 64, s. 89. Kysymys liittyy myös arvostustoiminnan ja arvotiedon soveltamisen välisiin eroavaisuuksiin, Salomaa: Totuus ja arvo s. 348 ss.

¹⁰ Myös Hofmann: ARSP 1967 s. 201.

suhteessa *ideaan keskimittakäyttäytymisestä*: mitä sopimuskumppanin olisi pitänyt tietää, miten hänen olisi pitänyt menetellä. Esille tulee myös kohtuusidea *seurausvaikutuksista*. Ilmeisesti esiintyy myös keskenään *kilpailevia ideoita*.

Esimerkkinä arvioimislausuksesta voidaan mainita avioliittolain 3 §:n säännös: »Alaikäinen, joka ei ennen ole ollut naimisissa, älköön menkö avioliittoon vanhempien suostumuksesta. Jos toinen vanhemmista on kuollut tai ei ole osallinen alaikäisen huoltoon taikka jos *häneltä ei voida ilman melkoista hankaluutta tai ajanhukkaa hankkia lausumaa asiasta*, olkoon toisen suostumus riittävä.» Säännös edellyttää sen soveltajalta viimeksi mainitussa suhteessa eräänlaista *ennakkoarviota*. Säännöksen soveltamisessa on lähinnä kysymys hallinnollisluontoisesta joustamismahdollisuudesta. Sen soveltamisessa saattaa kuitenkin vaikuttaa — minimi- ja maksimirajaa etsittäessä — kuinka tärkeänä holhoojan suostumusta kysymyksessä olevassa tapauksessa pidetään, mikä merkitys vanhempien vallalle yhteiskunnassa annetaan, mitä tarkoituksnäkökohtia säännön soveltaminen tässä yksityistapauksessa palvelee jne.

Lähinnä jälkikäteisarviointiin viittaa esim. Maakaaren 8 luvun 2 §:n säännös, jonka loppuosan — alkuosan sisältäessä roomalaisperäisen säännöksen, milloin lahjoitus on peruutettavissa, mukaan: Lahja, joka on annettu vaivannäöstä, tehdystä työstä tai palveluksesta, älköön peruutuko. Säännös on periaateluontoinen. Joudutaan arvioimaan, mikä on vastikkeen arvoista, mutta myös mitä voidaan pitää *lahjoituksen vastikkeena*. Siten arvioimistekijöihin liittyy myös yhteiskunta-arvostuksia.

Mutta normiseikastossa voidaan yhteiskunta-arvostuksiin tai kokemusperäisiin arvioihin viittaavien mittapuiden asemesta myös vain ilmoittaa etu (intressi), jota säännöstö on tarkoitettu suojaamaan, kuten perheoikeudessa tunnettu lapsen etu, liikennelainsäädännössä yleisen liikenteen edut, tekijänoikeuslain yleiset sivistykselliset edut taikka on kysymys, kuten esim. vesilaissa, *yleisen tai yksityisen edun loukkaamisesta*. Vanhastaan tunnetaan pakkolunastuslaissa ja myöhemmin soveltuvien osin esim. rakennuslaissa säännökset *pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen*. Intressivertailu muodostaa samalla erään lainsäädännön tulkintaohjeen.

Väljäsisältöisten oikeussäännösten välityksellä pääsevät kehitystekijät vaikuttamaan oikeusjärjestyksessä. Tuomioistuimen harkit-

tavaksi jää säännöksen osoittaman arvoarvostelman sijoittaminen eri tilanneyhteyksiin. Joudutaan ilmeisesti suorittamaan sekä *arvostavaa* että *arvioivaa* ratkaisutoimintaa, joka siis toisaalta perustuu empiirisiä ja ideologisia aineksia sisältävään jälkiarvioon, mutta myös ennakkoarviointeihin kehityksestä vastaisuudessa. Tämä tulee *selväpiirteisesti esille esim. lapsen etua harkittaessa*: ei riitä vain asianomaisen vanhemman tähänastisen kasvatuksen arvosteleminen, vaan huomiota kiinnitetään myös hänen kasvatus- ja huoltomahdollisuuksiinsa *vastaisuudessa*.

On vaikea erottaa, milloin itse asiassa suoritetaan todennäköisyysarvioita esim. kehityksestä vastaisuudessa, milloin asetetaan havaintoaineksesta kokonaan irroitettuja, lähinnä ohjelmaluontoisia arvosteluperusteita. Esim. *historiallisideologiset ainekset* tulevat useimmiten esille *vallitsevaa olotilaa pysyttävänä, tarkoitusideologiat taas olosuhteita muuttavina argumentteina*. Jaoittelua arvioimis- ja arvostuslausekkeisiin ei itse asiassa voida suorittaa, vaan — kuten jo aikaisemmin on viitattu — raja niiden välillä jää liukuvaksi.¹¹ Eri asia on, että *pyrkimys* arvioivan ja arvostavan toiminnan erottamiseen on sinänsä *objektivoimassa* oikeudellisia ratkaisuja. Kuten aikaisemmin on mainittu, tuomioistuimissa olosuhteita pysyttävä staattinen ideologia on korostetusti esillä ts. tuomioistuimet pyrkivät yleensä säännönmuodostukseen *vallitsevien olosuhteiden ja vallitsevien ideologioiden pohjalta*. Lähdetään siitä, että kun tuomioistuimet hyväksyvät jonkin olotilan tai ideologian, on jo kysymys itse *yhteiskunnan rakenteeseen* kuuluvista tekijöistä.

Voidaan kysyä, antavatko arvio- ja arvostuslausekkeet tuomioistuille kuitenkin mahdollisuuden uusien »kirjoittamattomien ideologioiden» esiintuomiseen. Tähän on osittain vastattu jo oikeudellisia ratkaisuja koskevan esityksen yhteydessä, kun on todettu, että tuomioistuinten tehtävä *ei* meidän oikeusjärjestyksemme mukaan ole nimenomaisesti *reformatorinen*. Lähinnä tunnetaan ohjelmallisia ideologioita yleislausekesovellutuksina viime sotia edeltäneiden vuosien Saksasta. Noissa tapauksissa esiintyy yhteisöaspekti erityiskorostettuna. Kun irroitetaan arvostusmittapuut kuten »Treu und Glauben», »guten Sitten», »wichtiger Grund» tilanneyhteydestään saatetaan niiden nimissä perustella jopa täysin vastakkaisiakin ratkaisutuloksia. Saattaa myös olla vaikea todeta — kun argumentointi esim. meillä myös yleislausekkeiden

¹¹ Esim. Jesch: AÖfR 1957 s. 167.

soveltamisen yhteydessä on usein ollut puutteellista — milloin jokin ratkaisu on »vieraantunut yhteiskunnasta» esim. *virheellisten todennäköisyysarviointien* vuoksi, milloin taas on kysymys oikeusjärjestyksen piirissä »*tuntemattoman ideologian*» soveltamisesta.

Puutteellista lainsäädäntöämme on monilta osin pyritty täydentämään korkeimman oikeuden prejudikaattiratkaisuilla. Niissä on arvostusmittapuita sovellettaessa useimmiten tuotu esille teknilliskonstruktiivista aineistoa tai arvostuksia tosiasia-aineistoon liittyen. On varottu esittämästä tilanneyhteydestä irroitettuja ideologisia aineksia vastaisen säännönmuodostuksen pohjaksi. Tämä on suurelta osin käytäntönä myös muissa pohjoismaissa, joissa ratkaisuperustelut muutoin ovat »rikkaampia» ja myös poleemisia argumentteja sisältäviä. Sama koskee esim. eräitä laintulkinnassa käytettyjä maksiimeja,¹² joita ei yleensä tuoda esille argumentaatiovälineinä.

7. Abstrahois- ja konkretisoimistendensseistä

Metodikysymyksiä koskevassa osassa on todettu, että kun havaintoja ilmoitetaan kommunikaatiossa kielellisillä merkeillä jo tuolloin suoritetaan ilmiöiden rajaamista siten että tapahtuu idealisoivaa abstrahointia. Ilmiöille rajataan tarkkuutta ja täsmällisyyttä, jota vastaavilla kokemuksilla ei itse asiassa ole.¹ Lainlaatijan käsitevalinta sisältää siten säännöllisesti eriasteista abstrahointia.

Käsitteiden abstrahointia saatetaan suorittaa ryhmittelemällä ilmiöitä yhteisten tunnusmerkkien avulla, muita tunnusmerkkejä vastaavasti vähentäen. Jo aikaisemmin on ollut esillä suksessiivinen sarja: mielikuva — esikuva — *idea*. Kun jatkuvasti vähennetään tunnusmerkkejä päädytään yhteisiin yläkäsitteisiin, jotka jäävät sovellutusalan

¹² Esim. *Augdahl*: Rettskilder s. 90 toteaa, että maksiimian dubio pro reo tuomioistuimet Norjassa — ei kuitenkaan konsekventisti — soveltavat sekä näyttökysymysten että myös *normitulkintojen* suhteen. Ratkaisuarargumentaatiosta ei kuitenkaan käy selville, milloin sillä on ratkaiseva osuus normivalinnassa. Sama koskee esim. meidän KKO-käytäntöämme. Kts. myös *Ellilä, Reino*: Lm 1960 s. 504 ss.

¹ Jo *Eino Kaila* on aikanaan kirjoittanut käsitteiden »rationalisoimisesta», *Inhimillinen tieto* s. 21.

osiksi, kuten yksinkertainen esimerkisarja: taulu — esine — *aine*² osoittaa. Siten saatetaan termiä käyttää kattamaan kaikkea ajateltua, jolla ei ole vastinetta empiirisessä maailmassa. Idealla voidaan myös tarkoittaa laatua (kvaliteettia).

Lainsäädännön muotoamisessa tarvitaan ilmeisesti jatkuvasti *myös luokittelevaa käsitteellisyttä*. Kysytään käytetäänkö termejä, jotka kattavat laajempia vai suppeampia ilmiöryhmiä. Lainsäätäjän käyttämät käsitteet ovat kuitenkin usein nk. *avoimia tyyppikäsitteitä*, jotka edustavat *eri ilmiöryhmiä yhteiskunnassa*. Tuo käsitteellisyys — kun ei ole kysymys teknilliskonstruktiivisista käsitteistä — jää kuitenkin rajoiltaan epätarkaksi ja siten avoimeksi kehitykselle. Välineinä käytetään myös funktionaalisia käsitteitä. Mitä ilmiöitä tarkoitetaan huomispäivän yhteiskunnassa termeillä kulkuneuvo, tie, asunto, omaisuus, työt jne?

Abstrahoidut käsitteet ja abstrahoidut säännökset merkitsevät *normien sovellutusalojen laajentamista*. Mitä yleisempi käsite on, sitä enemmän se on kuitenkin *riippuvainen toisista käsitteistä, toisista oikeusohjeista* ja koko oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta. Abstrahoitujen säännösten sovellutusalan laajeneminen merkitsee *normisovellutusten ennakoltalaskettavuuden vähenemistä*. Kuten Hedemann kirjoittaa, niihin voidaan »puhaltaa erilaisia ideologioita».³

Abstrahoimisen vastakohtana tunnetaan *konkretisoimispyrkimykset*. Ne liittyvät lainsäädännössä esiintyvään nk. *tilannetyyppittelyyn*. Tuodaan esille *kuvaavia ja oleellistettuja* tunnusmerkkejä ja esimerkkejä (deskriptiivisyys). Itse käytetyt käsitteetkin saattavat olla joko konkreettisempia tai abstraktisempia, kuten edellä on mainittu.

1734-vuoden laissa esiintyy runsaasti konkretisoituja oikeusohjeita. Lähtökohtana säännönmuodostukselle ovat silloisessa maatalousyhteiskunnassa *tiedossa olleet eturistiriitatilanteet*. Esimerkkinä voidaan mainita Maakaaren 12 luvun 4 §:n oikeusohje: »Kulkusaaren pitäköön se, joka sen rantaansa kiinnittää», tai Rakennuskaaren 21 luvun 1 §:n säännös: »Jos mehiläisparvi on asettunut hedelmä- tai rauhoitettuun

² Vrt. Barker: Induction and Hypothesis. A study of the logic of confirmation s. 67.

³ Hedemann: Die Flucht s. 2. Yleislausekkeista vallankäytön välineinä kts. myös Lundstedt: Obligationsbegreppet III s. 211 ss.

puuhun, niin se on ajettava pesiin eikä puuta hakattava tai turmeltava.» Näistä tapauksista johdettiin *oikeusohjeita myös uusien ja rinnakkaisten tapauksen suhteen*. Tässä voidaan havaita yhtymäkohtia anglosaksiseen oikeusjärjestelmään.

Mikäli epäolennaisia tapauksia korostetaan esim. oikeussäännösten tyyppiluetteloissa saatetaan kuitenkin myös muodostaa ristiriitalähteitä vastaiselle oikeuskehitykselle. Joissakin tapauksissa voidaan puhua jopa esimerkkien »vaarallisuudesta». Mitä enemmän tyyppittelystä luovutaan, sitä enemmän lainsäädäntö kuitenkin saa käsitteellisabstraktista luonnetta ja puhutaan »elämälle vieraantumisesta». Abstrahoidut oikeusohjeet saattavat olla jopa adressaattien vaikeasti ymmärrettävissä. Nämä kysymykset liittyvät jo aikaisemmin esillä olleeseen kysymykseen laki kielen tyylistä. Todetaan, että »lagen kan bli överarbetad» ja sille tulee ominaiseksi »abstrakt torrhet» ja »svärfattlighet».⁴

Lain soveltamisen yhteydessä on erotettu toisistaan *asia-aineistosta eli faktamateriaalista* yleistykseen johtava tyyppittely tosiasia-aineiston selville saamiseksi ja toisaalta *abstraktisiin oikeusohjeisiin* alistettava subsumointi, kun eritellään tapauksia, jotka voidaan sijoittaa asianomaisen lainsäädännön piiriin.⁵ Vastaavasti lainlaadintaan liittyy abstrahois- (ajatellut yleytykset) ja konkretisoimis- (ajatellut yksityis- tapaukset) pyrkimyksiä.

Lainsäädäntötekniikan käsikirjoissa kiinnitetään huomiota siihen, että pitäisi välttää sekä pitkälle vieviä konkretisoimispyrkimyksiä että merkityssidöllöltään epäitsenäiseksi jäävää käsitteellistä abstraktisuutta.⁶ Esim. ranskalainen Carbonnier⁷ erottaa yleislausetekniikan eli väljien, usein ohjelmaluontoisten arvosteluperusteiden asettamisen, standarditekniikan, joka viittaa keskimittakäyttäytymiseen yhteiskunnassa, ja kasuistisen metodin, jota useat vanhat lakimme tyyppi- tapauksineen ovat edustaneet.

Nyky-yhteiskunnassa on kasuististen säännösten käyttö vaikeutunut. Esimerkkinä siitä ovat monet rikoslakimme säännökset, erityisesti niiden

⁴ Wedberg: Lagstil s. 32.

⁵ Vrt. Englannin oikeus, jossa tunnetaan sekä »deduktiivisesti» yleisen säännön sovellutuksia yksityistapauksiin, joita »statute law» sovellutukset edustavat, ja »induktiivisesti» yksityistapauksista johdettavia »case law» sovellutuksia. Cross: Precedent in English Law s. 181.

⁶ Müller: Handbuch der Gesetzgebungstechnik s. 76 ss.

⁷ Carbonnier: Droit civil I s. 27.

suljetut tunnusmerkistöt.⁸ Tyypilueitteloiden⁹ rinnalla tarvitaan usein nk. varaussäännöksiä, joita myös kutsutaan yleislausekkeiksi. Tyypilueittelo, joka sisältää varauslausekkeen, on siten itse asiassa vain esimerkkilueittelo. Sattuvien tyyppiesimerkkien löytäminen tuottaa usein vaikeuksia. Säännöksiä saatetaan vielä väljentää siten, että lisätään varauslauseke, jossa ilmoitetaan, että säännöksen soveltaminen *ei välttämättä kaikissa tilanteissa* tule kysymykseen myöskään esimerkein osoitetuissa tapauksissa, vaan edellytetään esim. rikoksen nk. kokonais-arvostelua. Tällaisia abstraktisia väljennyssäännöksiä esiintyy esim. pahoinpitelyrikoksia ja eräitä varallisuusrikoksia koskevissa rikoslain muutoksissa. (Kts. Lainvalmistelukunnan julkaisu n:o 8/1970: Ehdotus eräitä varallisuusrikoksia ja veropetosta koskevien säännösten muuttamisesta, erit. s. 11 ja s. 14.) Usein on myös jouduttu lainsäädännössä turvautumaan laajalle harkinnalle sijaa antaviin oikeussäännöksiin.¹⁰ Niitä on kuitenkin meillä varottu sijoittamasta »vapaasti» lainsäädäntöön. Ne esiintyvät harvoin myöskään ohjelmaluontoisina.

Väljäsisältöiset oikeussäännökset tutkimuskohteena johtavat myös lainsäädännön *abstrahoimis- ja konkretisointipyrkimysten* tarkasteluun. Nuo tendenssit saavat ilmauksensa siitä jännitystilasta, joka ilmenee yksityistapauksen ja ilmiötoistuvuuden¹¹ välillä myös kysymyksiä oikeudellisesti tarkastellen. Täten päädytään jo aikaisemmin esillä olleisiin lähtökohtiin: yksityistapaus — ilmiötoistuvuus on eräs kielen rakenteeseen liittyvä seikka. Vastaavasti siihen liittyy arviotai arvostusmittapuun asettaminen. Nuo lähtökohdat saavat erityisen merkityksen jatkuvuuskelpoiseksi tarkoitettussa kielessä. Mutta vielä enemmän: ne ovat *eräitä oikeudellisen ajattelun lähtökohtia*.

Ilmeisesti Carbonnier'in mainitsemia eri lakitekniikan metodeja on käytetty hyväksi myös meillä lakien muotoilussa. Ainakin esiintyy joko suuremmassa tai pienemmässä määrin pyrkimystä *kasuistiseen tyyppitte-*

⁸ Esimerkkinä suljetusta kasuistiikasta petollista konkurssirikosta koskevat säännökset. *Tulenheimo*: Konkurssirikosten kehityksen yleispiirteet (*Ståhlbergin* juhlaulkaisu 1945 s. 67 ss., s. 90, s. 100 ss). Muutoinkin vanhemman lainsäädäntömme osalta usein todetaan kasuistisen lainkirjoitustavan mukanaan tuoma yleiskatsauksellisuuden vaikeutuminen. Esim. *Ellilä, Tauno*: Ulosotto-oikeuden yleiset opit s. 59.

⁹ Esim. Wolff: *Gesetzessprache* s. 109. *Alanen*: Lm 1942 s. 198.

¹⁰ Vrt. *Beckman* TFR 1946 s. 437.

¹¹ *Engisch*: Die Idee der Konkretisierung s. 234.

lyyn tai laajempien *abstraktisten käsitteiden sijoittamiseen* lainsäädäntöön. Eri menetöt myös täydentävät toisiaan. Mutta kehitys eri maissa on kulkenut väljien oikeussäännösten lisääntyvää käyttöä kohden. Myös yksityiskohtaisista esimerkeistä on usein luovuttu abstraktisemman lainkirjoitustavan hyväksi. Erilaiset oikeuspoliittiset tavoitteet ovat ohjaamassa väljien säännösten sijoittamista eri oikeusaloille. Keskeiset siviilioikeudelliset lakimme, esim. oikeustoimilaki ja avioliittolaki sisältävät lähinnä abstraktisesti muotoiltuja säännöksiä. Esim. oikeustoimilakia on arvosteltu sen liiallisesta abstraktisuudesta. Nytemmin on abstraktinen lainkirjoitustapa myös *leviämässä rikosoikeuteen*, kun Ruotsin Brottsbalken'in esikuvan mukaisesti pyritään *luopumaan kasuistisista esimerkeistä* ja korvaamaan ne *yleisluontoisilla tunnusmerkeillä*¹² esim. lieviä ja törkeitä rikostyyppejä määriteltäessä. Voidaan kuitenkin mainita, että esim. uutta holhouslakia koskevaan ehdotukseen (Komiteamietintö 1971: A 22) on sijoitettu runsaasti yksityiskohtaisia, eri tilanteisiin sidottuja toimivalta- ja menettelysäännöksiä.

8. Eräitä terminologisia kysymyksiä ja tehtävän rajoitus

Väljien oikeuslauseiden yhteydessä on käytetty eri termejä ja niiden tarkoittamat käsitte muodostukset eivät myöskään vastanne toisiaan.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa esim. Alanen on käyttänyt termiä väljäsisältöinen oikeuslause,¹ jonka yhteys arkikieleen, kuten aikaisemmin jo on mainittu, muodostaa reaalin määritelmän. Esim. Brusiin ja Merikoski² ovat käyttäneet termiä joustava oikeusnormi, joka merkitykseltään lienee lähinnä tarkoitettu vastaamaan Ranskan oikeuden käsitettä »*règle souple*». Edellisten rinnalla käytetään termiä oikeudellinen standardi,³ joka on peräisin anglo-

¹² Kts. esim. Kling: Brottsbalken SvJT 1963 s. 4, s. 7.

¹ Alanen: Lm 1942 s. 196 ss.

² Brusiin: DL 1938 s. 286. Merikoski: Vapaa harkinta (1968) s. 49. Esim. Roubier: (1951) s. 110. Dabin: (1929) s. 26 ss.

³ Esim. Jokela: Irtaimen kaupasta (1960) s. 101 alav.: kansainvälisen yksityisoikeuden yhtenäisratkaisujen toteuttamiseksi laadituista ohjelmajulistuksen luonteisista standardeista. Ek: Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar (1943) s. 45.

amerikkalaisesta oikeudesta, mutta jota käytetään myös Ranskan oikeudessa.⁴ Tuon termin on erityisesti norjalainen Knoph⁵ halunnut kotiuttaa pohjoismaiseen oikeuteen. Aikaisemmin on meillä myös saatettu käyttää termiä epämääräinen yhteiskuntakäsité,⁶ joka on ilmeisesti vastaamassa Saksan oikeuden termiä »unbestimmter Rechtsbegriff».⁷ Edellisten rinnalla käytetään eräistä väljäsisältöisistä säännöksistä erityisesti siviilioikeudessa termiä yleislauseke, mikä vastannee Saksan oikeuden tunnettua käsitettä »Generalklausel». Viimeksi mainittua termiä ovat käyttäneet mm. Kivimäki, Hakulinen, Ylöstalo ja myös Brusiin.⁸ Esim. Vuorio⁹ on käyttänyt yleislauseketermiä lähinnä tarkoittaen tyyppipiluetteloä täydentävää varauslauseketta. Nyttemmin on alettu käyttää väljistä normiseikastoista myös termiä avoin tunnusmerkistö.¹⁰

Erilaiset ja usein puuttuvat käsitelmäritelmät¹¹ ovat ilmauksena siitä problematiikasta, joka väljäsisältöisiin oikeuslauseisiin, niiden teknilliseen muotoiluun ja soveltamiseen liittyy.

Saksassa yleislausekkeet on muodostettu lakiteknillisiksi välineiksi tieteellisenä kodifikaationa tunnettuun Bürgerliches Gesetzbuch'iin. Niiden avulla on pyritty väljentämään lain auktoriteetille rakennettua suljettua normijärjestelmää. Yleislausekkeiden avulla muodostetaan yleisiä ja ajateltuja tunnusmerkistöjä, jotka osittain kielellisten ilmaisujen abstraktisuuden, osittain niiden arvio- ja arvostusainesten vuoksi

⁴ Esim. *Stati*: Le Standard juridique (1927) (Al. Sanhoury).

⁵ *Knoph*: Rettslige standarder (1939).

⁶ *Kaila, E*: Oikeuslogiikka I (1924), puitelaki- ja laatusanatapaukset s. 172.

⁷ *Jellinek*: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung s. 37. *Enneccerus—Nipperdey*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 1 s. 307 ss. käyttää termiä »unbestimmter Rechtsbegriff». *Zitelmann*: Lücken im Recht s. 27 »echte Lücken».

⁸ *Kivimäki*: Lm 1950 s. 302 ss. Vrt. *Kivimäki—Ylöstalo*: (1959) s. 11. *Hakulinen*: Velkakirjalaki (1947) s. 107. *Godenhjelm*: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden (1954) s. 157, »generalklausul» reservisääntönä. *Brusiin*: Zum Ehescheidungsproblem s. 67.

⁹ *Vuorio*: Työsuhteen ehtojen määrääminen (1955) s. 69. Kts. myös *Hakulinen*: Muutettu avioliittolaki s. 12.

¹⁰ Esim. *Takki*: DL 1970 s. 58 ss, Vrt. *Vikatmaa*: Lm 1971 s. 229 »yleisnormi», jonka erityissäännös syrjäyttää rikoslainsäädännössä.

¹¹ Esim. *Brusiin* nimenomaan toteaa, että hän käyttää käsitettä yleislauseke määrittelemättä, Zum Ehescheidungsproblem s. 67. *Merikoski* katsoo, että tyhjentävän selvittelyn mahdollisuus on ehkä yhteensoveltumaton joustavan normin käsitteen kanssa, Vapaa harkinta s. 50.

(»Treu und Glauben«, »wichtiger Grund«) ovat jääneet epämääräisiksi. Eri-ulotteista ajattelua käyttäen voitaneen sanoa, että yleislausekkeiden avulla on pyritty rakentamaan sekä *muodolliseduktiivista* että *oikeusideologista järjestelmää*. Saksan oikeudessa korostetaan sitä paitsi jatkuvasti yleistävää abstrahointia.¹² Yleislausekkeet palvelevat toisaalta lainkäyttäjälle annettuina reservisääntöinä, toisaalta ohjelmallisina sääntöinä, jotka viittaavat nk. yleisiin oikeusperiaatteisiin.¹³ Ne ovat siis viitoittamassa uusiin käytännön tapauksiin ts. on tarkoituksena, että niiden johdannaisina voidaan perustella ratkaisut esim. muuttuneissa olosuhteissa. Niin on Saksassa myös suuressa määrin tapahtunut käytännössä. Esim. BGB § 242 kommentaarit sisältävät lukuisan määrän teoreettisia konstruktioita, joita tuon yleislausekkeen pohjalta on oikeusteorian avulla kehitetty. Samat yleislausekkeet myös toistuvat lakikodifikaatiossa ja niitä käytetään muissakin kuin laissa nimenomaan luetelluissa tapauksissa.¹⁴

Termi »unbestimmter Rechtsbegriff« taas liittyy Saksan oikeudessa esiintyvään abstraktiseen käsitteellisyyteen. Pandektioikeustieteen loogiseduktiivisten, sanotaan myös normatiivisten käsittekonstruktioiden rinnalla tunnetaan »intuitiivista« käsitteellisyyttä.¹⁵ Kaiken ajattelun, itse ilmiömaailmankin perusta nähdään »elämyksellisessä» tai »rationaalisideologisessa» käsitteellisyydessä. Sanottua termiä ovat oikeustieteessä käyttäneet mm. Jellinek ja Jesch.¹⁶ Kun väljäsisältöisyyttä tarkastellaan yksityisten tapausten »individualisoinnin» ja »joustavan oikeudensovellutuksen» kannalta saatetaan kokonaisvaltaisena ajatteluna päätyä myös kohtuusperiaatteen toteuttamiseen, kuten aikanaan Rümelin.¹⁷

Ranskan lakikodifikaatiossa ei yleensä esiinny oikeusteoreettisia konstruktioita, vaikka todetaan, että oikeustieteellä on ollut huomattava merkitys oikeuskäytännön kehittämisessä. Joustavat normit käsitetään

¹² *Enneccerus—Nipperdey*: I, 1 s. 72, *Wieacker*: s. 286.

¹³ *Esser*: s. 51. *Hedemann*: s. 54 »Programmsätze«.

¹⁴ Termiä Generalklausel käytetään myös hallinto-oikeudessa esim. *Forsthoff*: Lehrbuch s. 393, s. 397 Kts. myös *Forsthoff*: Rechtsstaat im Wandel s. 78 ss, »Massnahme-Gesetze«.

¹⁵ *Hegel*: Grundlinien der Philosophie des Rechts (1911) s. 18 ss, s. 29. *Larenz*: Die Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) s. 356.

¹⁶ *Jellinek*: s. 38. *Jesch*: AÖfR 1957 s. 167. *Enneccerus—Nipperdey*: I. 1 s. 304 ss. ja siinä main. kirjallisuus.

¹⁷ *Rümelin*: Die Billigkeit im Recht s. 46, s. 48.

lähinnä apuvälineiksi, joiden avulla lainkäyttäjät saattaa arvostella tosi-seikka-aineistoa.¹⁸ Teoreettisesti on selitetty, että joustavien oikeusnormien välityksellä itse asiassa tavanomainen oikeus pääsee vaikuttamaan oikeusjärjestyksessä.¹⁹ Esim. Stati, jonka tieteellinen asennoituminen on lähinnä sosiologinen, on katsonut, että standardit ovat luonteeltaan »konkreettisia» ja »empiirisiä».²⁰ Tuomioistuimet käyttävät standardeja soveltaessaan *arvosteluperusteenaan korrektia sosiaalista keskimittakäyttämistä*. Ne vaikuttavat sekä oikeudellisia ratkaisuja yhtenäistävästi että myös erityistapausten esiintuojina. Hauriou,²¹ joka jo ennen Statiä käyttää termiä standardi, käsittelee sitä ennenkaikkea metodillisena välineenä laintulkinnassa, verraten sitä merimatalla käytettyyn kompassiin. Voitaneen mainita, että Ranskan oikeuden käsikirjoissa käsitellään oikeudellisina standardeina sellaisia mittapuita kuin »lapsen etu», »elatusapu tarpeeseen» jne.²²

Kuten on mainittu, standarditermi on kuitenkin kotoisin lähinnä angloamerikkalaisesta oikeudesta, missä se useimmiten käsitetään oikeudellisen ratkaisutoiminnan lähtökohdaksi (stating-point to legal reason).²³ Standardiluontoisilla ohjeilla lieneekin erittäin suuri merkitys juuri tuomioistuinikäytännölle rakentuvassa järjestelmässä.²⁴ Esim. Pound on katsonut, että standardien perustana ovat ajatukset »reasonably» ja »fairness», joita sijoitetaan uusiin tilanteisiin.²⁵ Pound, joka tunnetaan nk. ideologisena sosiologina,²⁶ näkee standardit kuitenkin myös yhtymäkohtina yhteiskunnassa vaikuttavan moraalin ja oikeussäännösten välillä. Esim. Holmes on aikanaan korostanut standardien sosiaalineluonnetta, esittäen että standardien tulee olla sellaisia, että ne elävät kansalaisten yleisessä tietoisuudessa.²⁷ Standardien ja

18 Roubier: s. 110. Vrt. kuitenkin myös s. 111, kiinnitetään huomiota joustaviin säännöksiin, jotka samalla ovat oikeusperiaatteita.

19 David: *Le droit français* (1960) s. 153.

20 Stati: s. 45 ss. Vrt. Ripert: *Les forces créatrices du droit* s. 336.

21 Hauriou: *Le police juridique* (Revue trimestrielle du droit civil 1926 s. 270).

22 Esim. *Encyclopedie Dalloz* käyttää otsakkeen kohtuus (equité) kohdalla tuota terminologiaa.

23 Holmes: *Common law* (1923) s. 110 ss. Pound: *Administrative law* s. 91.

24 Esser: s. 224.

25 Pound: *Justice according to law* (1951) s. 58.

26 Pound: *Justice* s. 91.

27 Holmes: s. 111.

yleislausekkeiden käsitealoja keskenään verrattaessa voidaan viitata norjalaiseen Knophiin,²⁸ joka on todennut, että kaikki saksalaisen oikeuden yleislausekkeet (esim. BGB § 226 eli schikaanikielto) eivät suinkaan ole hänen tarkoittamiaan standardeja.

Lakiteknillisesti voitaneen erottaa toisistaan, kuten ranskalainen Carbonnier²⁹ on tehnyt, erikseen yleislauseke-, kasuistinen ja standardimetodi. Myös saksalainen Esser³⁰ on pyrkinyt erittelemään niitä käsitteellisiä aineksia, joita liittyy toisaalta standardeihin ja yleislausekkeisiin, toisaalta maksimeihin ja periaatteisiin. Esim. Agge³¹ käsittelee standardeja yleislausekeryhmänä, jossa tuomarin harkintaa ohjaamaan on asetettu lähinnä yhteiskuntamoraaliin liittyviä arvostusmittapuita. Mainittakoon vielä tässä yhteydessä, että esim. Knoph³² on käsittänyt oikeussäännösten väljäsältöisyyden siten, että missä »kirjoitettua mittapuuta» ei ole, siellä on kuitenkin »kirjoittamaton mittapuu» oikeudellisen arvostelun perustana.

Käyttäen hyväksi eri-ulotteista ajattelua ja oikeusvertailua esitetään tässä tutkimuksessa hypoteettinen kaavoitus: Väljäsältöisinä oikeuslauseina käsitellään: 1) ideologisia ohjelmalauseita lainsäätäjän oikeusajatuksen tai yleisen periaatemuodostuksen ilmaisijoina, 2) lainkäyttäjälle annettuja teknillisiä varauslauseita, joiden avulla pyritään takaamaan säännösten elinkelpoisuutta, ja 3) mittapuulauseita, joiden avulla asetetaan myös yhteiskunnassa vaikuttavat käyttäytymismallit oikeudellisen arvostelun perustaksi.

Tässä tutkimuksessa on aluksi tutkittu väljäsältöisiä säännöksiä yleensä. Kuten lainsäädännön muotoamisprobleemia koskevassa esityksessä todetaan, suhteellisen pian on rajoitettu tutkimaan vain normiseikastojen väljäsältöisyyttä. Sitten on alettu kiinnittää huomiota lainsäätäjän tarkoittamaan ilmeiseen väljyyteen tunnusmerkistöissä. Vaikka todetaankin, että teknilliset varauslausekkeet tyyppiluetteloa täydentämässä ja avoimet valtuuslausekkeet edustavat mittapuulausekkeisiin rinnastettavia väljiä seikastoja, on varsinaiseksi tutkimuskohteeksi kuitenkin

²⁸ Knoph: Rettslige standarder s. 3.

²⁹ Carbonnier: Droit civil I s. 27.

³⁰ Esser: s. 96 ss., Carbonnier s. 101.

³¹ Agge: Allmän rättslära, s. 27 (compendium) Vrt. Knoph s. 4, kaikki mittapuut sosiaalnormeja, mutta eivät välttämättä moraalnormeja.

³² Knoph: s. 12.

valittu viimeksimainitut ohjelmalliset lausekkeet, jotka jo kielellisinä ilmaisuina tuovat esille *empiirisiä* tai *ideologisia* taikka *yhteensovitet-tuja empiirisideologisia aineksia* (kuten »hyvä liiketapa», »kunnian vastaista ja arvotonta», »syvä loukkaus»). Näitä yhdistettyjä *valtuus-* ja *mittalausekkeitä* kutsutaan tässä tutkimuksessa *yleislausekkeiksi*.

Kuten on mainittu, yleislausekkeet saattavat esiintyä erillisinä tai niitä seuraa esimerkki- tai suljettu tyyppiluettelo (esim. Vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä annetun lain 1 §:n yleislauseke. Kun lainsäädäntömme ei muodosta lakijärjestelmää, kuten esim. Saksan tieteellinen kodifikaatio *Bürgerliches Gesetzbuch* saattaa olla ehkä erehdyttävääkin pyrkiä säilyttämään termi yleislauseke oikeuskirjallisuudessamme. Kielellisesti yleislauseke tuo kuitenkin esille normiseikaston abstraktisuuden. Samalla kun seikasto on jätetty tarkoituksellisen avoimeksi on myös osoitettu lainkäyttäjälle *ohjaava lähtökohta lakia tulkittaessa*, esitettiinpä ohjelmallisuus viittauksena lainsäädännössä omaksuttuun *periaatteeseen* (esim. erityiset suojasäännökset) tai lähinnä yhteiskunnassa vaikuttaviin *käyttäytymismalleihin* (esim. hyvä liiketapa). Vaikka meillä ei esiinnykään yhtenäistä lakikodifikaatiota, niin *yksityisissä kodifioimisasteelle saatetuissa laeissa on yleislausekkeen avulla* pyritty saamaan säännöstö avoimeksi yhteiskuntavaikutteille.³³

Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että yleislausekkeina ei tässä tutkimuksessa käsitellä esim. hallitusmuodon perusoikeuksia koskevia säännöksiä, jotka ovat kuitenkin »muunnettavissa» normatiivisiksi lauseiksi. Yleislausekkeina tutkittaviksi jäävät siis *mittapuut*, jotka on jo valmiiksi sijoitettu osaksi lainsäädäntönormistoa,³⁴ antaen oikeusohjeen tosin ehkä hyvinkin abstrahoidusta tilanneyhteydestä käsin. Tutkimuskohteen valintaan on ilmeisesti vaikuttanut oikeusjärjestyksemme perinteellinen lähtökohta: *lainsäädäntönormiston arvostaminen* oikeuslähteenä. Kuitenkaan ei tuo valinta estä korostamasta, että yleislausekkeitä saatetaan oikeusjärjestyksen piirissä käyttää myös ohjelmalliseen periaatemuodostukseen *asianomaisesta*

³³ Esim. *Agge*: Abstrakt norm och konkret verklighet (Festskrift för Eberstein 1950 s. 14), *Engisch*: Die Idee der Konkretisierung s. 95.

³⁴ *Carbonnier*: Droit civil I s. 101. Esim. *Streck*: Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen s. 24 selvittelee »Generalklausel» ja »unbestimmter Begriff» käsitteitä lähinnä Saksan oikeuden kannalta.

lainsäädäntönormistosta irroitettuna ja siten myös ideologisen systematiikan välineenä.

Yleislausekkeita käytetään myös hyväksi lakisystematiikassa: Kun lakia esim. myöhemmin täydennetään asetuksella, jossa normiseikastot ilmoitetaan tilannetyypittelyinä, muodostuu lain *yleislausekkeesta* myös *asetuksen tulkitsemisohje* (esim. Tieliikennelain 2 §:n säännös ja sen suhde Tieliikenneasetuksen erityissäännöksiin varomattomuudesta liikenteessä ja myös asetuksen muita sääntöjä täydentävään 5 §:n yleissäännökseen).

III. OIKEUSHISTORIALLISTIA JA OIKEUSVERTAILEVIA NÄKÜKOHTIA

Edellä on esitetty eri terminologiaa ja eri käsitelmääritelmiä väljäsisältöisten oikeussäännösten yhteydessä. On mielenkiintoista todeta, miten eri termejä käytetään eri oikeusjärjestysten piirissä. Kysymykset liittyvät, paitsi oikeustieteellisiin aspektikorostuksiin, myös yhteiskuntien ja oikeusjärjestysten eroavuuksiin toisistaan.

Todetaan, että väljäsisältöisiä säännöksiä esiintyy kehitysvaiheissa, jolloin itse yhteiskunnassa tapahtuu rakenteellisia muutoksia.¹ Ilmeisesti joudutaan tällöin oikeussäännöksiin järjestelemään aloja, jotka aikaisemmin ovat olleet oikeudellisesti »kahlitsemattomia». Todetaan myös, ettei reformatoorisia ajatuksia vaikeudetta kyetä laatimaan yksityiskohtaisiksi oikeusohjeiksi.² Joutavia oikeussäännöksiä pidetään kuitenkin sinänsä suhteellisen korkean oikeuskulttuurin ilmauksina, joiden soveltaminen edellyttää jo kehittyntä oikeuslaitosta.³

Voidaan kysyä, onko väljäsisältöinen oikeussäännös suhteellisen vanha vai uusi väline oikeusjärjestyksen toteuttamisessa. On katsottu, että kiinteä muotopakkoisuus ja kiinteät oikeussäännöt liittyvät toisiinsa. Esim. vanhempi roomalainen oikeus oli sanotussa suhteessa formalistista.⁴ Käsitys myös aikaisemman germaanisen oikeuden muotopakkoisuudesta on ollut yleinen.⁵ Nytemmin kuitenkin esitetään, että vaikka alkuperäisessä yhteiskunnassa saattoi kehittyä eräitä muotoja esim. maagisina rituaaleina, *varsinaisella formalismilla ei vanhimmassa sukuyhteiskunnassa ollut vielä kehittymismahdollisuuksia*,⁶ ts. formalismi

¹ Esim. *Arnholm*: Alminnelig avtalerett (1949) s. 97.

² Vrt. *Pound*: Administrative law s. 90. Common law-kehityksestä.

³ Esim. *Brusiin*: DL 1938 s. 289.

⁴ *Kaser*: Das römische Privatrecht I (1971) s. 31, vrt. s. 202 ss.

⁵ Esim. *Muukkonen*: Muotosäännökset s. 231.

⁶ Esim. *Ylöstalo*: Lm 1958 s. 378. (*Zallinger*: Wesen und Ursprung des Formalismus).

on kehitysilmiö sinänsä, joka edellyttää jo määrätyn asteen yhteiskuntajärjestystä. Toisaalta muotopakkoisuus ei nimenomaisesti liity alkukantaiseen oikeusjärjestykseen, vaan on kirjoitettu *muodollisten suuntausten renessanssistakin*,⁷ johon ilmeisesti eräillä oikeusaloilla liittyisi sekä kiinteiden sopimusmuotojen ylläpitäminen että oikeussäännösten kiinteäsisältöisyys esim. riskivastuuta toteutettaessa.

Kuten aikaisemmin on mainittu, vanhempi lainsäädäntö oli yleensä laadittu sellaiseen muotoon, että se *vaikuttaisi kansaan*. Oikeusohjeet sisälsivät toisinaan vain eräänlaisia suuntaviivoja kansalaisten käyttäytymiselle. Usein mainitaan nk. maksimiymitylistä eli oikeusohjeiden pukemisesta sananlaskuasuun.⁸ Myös voimakkaita paheksumisen ja hyväksymisen ilmauksia esiintyi toistuvasti vanhoissa laeissa.⁹ Tämä liittyy tavallaan lakikielen retoorisuuteen, sillä kirjallinen muotohan on myös mannermaalla vanhoissa laeissa usein koostunut suullisesta esityksestä.¹⁰

Tavanomaisella oikeudella on yleensä ollut huomattava sijansa vanhimman nk. kirjoitetun oikeuden muodostumisessa. Niinpä yleisenä toteamuksena mannermaisissa oikeusjärjestyksissä lausutaan, että *vahvimpia lakeja* yhteiskunnassa ovat olleet ne, *jotka ovat perustuneet vakiintuneisiin tapoihin*.¹¹ Tavanomaisen oikeuden vaikutus germaanisessa oikeudessa on ollut erittäin voimakas ja se on jatkunut myöhempinäkin vuosisatoina.¹² Esim. 1600-luvulla, jolloin roomalainen oikeus on vaikuttanut oikeutemme kehitykseen mm. kanoonisen oikeuden ja yliopistollisen opetuksen välityksellä, ilmoitetaan Turun hovioikeuden perustamissäännössä,¹³ että sen toiminnan nk. kuninkaan oikeutena tuli perustua »till Sveriges rikes lag och stadgar samt goda lagliga bruk och sedvanan». Jo aikaisemmin on kiinnitetty huomiota siihen, että 1734-vuoden lain esipuheessa ilmoitettiin, ettei lakikokoelma ollut tarkoitettu kaikkia tapauksia sääteleviksi ohjeiksi. On myös katsottu, että tunnetulla säännöksellä OK 1:11 »maan tavasta, joka ei ole kohtuuton» (»landssed, som ej har oskäl med sig») on laissa jätetty oikeus-

⁷ Muukkonen: Muutosäännökset s. 241 ss. Flour, Jacques: Quelques remarques sur l'évolution du formalisme (Etudes offertes à Georges Ripert 1950 s. 110 ss). Vahlén: Fastighetsköp (1971) s. 8, vrt. kuitenkin s. 214.

Tähän mennessä ei ole sanottavasti havaittavissa muotomääräyksien lisääntymistä. Esim. suullisen testamentin ja suullisen työsopimuksen käyttömahdollisuuksia on rajoitettu. Ruotsissa on ehdotettu mm. avioehdon lisättyjä muotovaatimuksia SOU 1964: 35 s. 157 ss.

⁸ Esim. Alanen: Lm 1959 s. 242 ss.

⁹ Vrt. vanhojen maakunta- ja maanlakien kielellisiä ilmaisuja.

¹⁰ von Triepel: Vom Stil des Rechts s. 122.

¹¹ Esim. Carbonnier: Droit civil I s. 11.

¹² Hemmer: Suomen oikeushistorian oppikirja I s. 41 ss.

¹³ Munktel: Det svenska rättsarvet s. 105. Kts. myös Melander: Drag ur Åbo hovrätts äldre historia s. 81.

ohjeet tavanomaisen oikeuden edelleen kehitettäviksi.¹⁴ Se onkin sitten tapahtunut jopa siten, että tavanomainen oikeus ei ole ainoastaan täydentämässä kirjoitettua lakia, vaan kokonaisia oikeusaloja on jätetty lainsäädännöllisesti järjestämättä.¹⁵

Vaikka onkin katsottava, että väljissä oikeusohjeissa jo muinaisina aikoina saattoivat yhtyä toisaalta yhteisöstä käsin nousevat tavat ja katsomukset, toisaalta ohjelmalliset eettiset, muutoin periaatteelliset ainekset, yleislausekkeiksi kutsuttavat valtuus- ja mittalausekkeet lähinnä liittyvät vasta yleiseurooppalaiseen 1700—1800-lukujen nk. lakikodifikaatioiden aikakauteen, ts. ne tunnetaan välineinä vallanjako-funktioon perustuvassa järjestelmässä.

Koska vertailevaa oikeustiedettä omana tutkimushaaranaan on erittäin vähän käsitelty kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja sen *metodi on lähellä tässä tutkimuksessa omaksuttua eri-ulotteista ajattelua*, esitetään aluksi mahdollisuuksien mukaan eräitä yleispiirteitä vertailevista tutkimuksista, erityisesti niiden tutkimusalasta.

Vertailevia tutkimuksia lienee suoritettu jo varhaisina aikoina oikeusreformien esikuvia etsittäessä.¹⁶ Myös filosofeja ja historiantutkijoita ovat vertailevat tutkimukset vieraiden kansojen yhteiskunnallisista oloista kautta aikojen kiinnostaneet.¹⁷ Oikeustieteessä on vertailevilla tarkasteluilla erityisesti siviilioikeuden alalla jo perinteellisesti ollut merkitystä.¹⁸ Omana tutkimushaaranaan vertaileva oikeustiede esiintyy kuitenkin vasta viime vuosisadan puolivälistä lähtien,¹⁹ jolloin Pariisiin (vuonna 1869) perustettiin eri maiden lainsäädäntöjä vertaileva yhdistys (Société de législation comparée). Vuonna 1900 siellä myös pidettiin ensimmäinen vertailevan oikeustieteen kongressi. Tieteenhaaran perustajina

¹⁴ Vrt. Rodhe: s. 12 viittaus »semesterlag», jossa »skydd för bättre sedvänjan», vastoin lain säännöksiäkin.

¹⁵ On kuitenkin myös kiinnitettävä huomiota siihen, että maamme historiassa tunnetaan noin *puoli vuosisataa kestänyt ajanjakso*, jolloin *lainsäädäntöel*in autonomisessa Suomessa ei ollut toiminnassa. Juuri tuohon aikaan muualla Euroopassa elettiin nk. lakikodifikaatioiden aikaa.

¹⁶ Kreikkalaisen tarinan mukaan runoilija Solon, joka tunnetaan myös lainlaatijana (640—559 e.Kr.), matkusti kymmeneksi vuodeksi Vähä-Aasian maihin, Välimeren saarille ja Egyptiin etsiäkseen esikuvia Ateenan lainsäädännön uudistamiseksi.

¹⁷ Jo vuonna 1667 Leibnitz (Nova Methodus discendae...) suunnitteli täydellistä taulukkoa kaikista nk. sivistysmaiden oikeusjärjestyksistä, tuota suunnitelmaansa kuitenkin toteuttamatta. Kts. myös Schneider: ARSP 1966 s. 553 ss.

¹⁸ Vrt. esim. Brusin: Lm 1954 s. 434 ss.

¹⁹ David: Traité élémentaire de droit civil comparé (1950) s. 2, s. 10.

mainitaan saksalainen Kohler ja ranskalainen Lambert.²⁰ Viime vuosikymmeninä on vertailevan oikeustieteen merkitys entisestään kasvanut. Eri maissa pyritään lainsäädäntöuudistuksia toteutettaessa ottamaan huomioon muissa maissa saatuja kokemuksia. Kansainvälisen oikeuden ja kansainvälisen yksityisoikeuden sopimusten valmistelussa suoritetaan vertailevia tutkimuksia. Useimmissa yliopistoissa on vertailevan oikeustieteen instituutit jne.

Vertailevien tutkimusten mukana on kokonaan uusi kansainvälinen ajattelutapa tunkeutunut oikeustieteeseen. Eihän ole kysymys jostakin kansallisesta oppiaineesta, vaan yleiseen oikeusteoriaan rinnastettavana tutkimuksena pyritään tarkastelemaan eri oikeusjärjestysten välisiä yhtäläisyyksiä ja eroavaisuuksia.²¹ Jo edellä on viitattu eräisiin vertailevan tutkimuksen tavoitteisiin. Tutkimuksen päämääränä saattaa olla vieraiden valtioiden oikeussäännösten huomioon ottaminen esim. kansainvälistä kauppaa silmällä pitäen.^{21a}

Vertailevan oikeustieteen tutkimusten eri tutkimustavoitteet johtavat kiistattomasti metodillisiin eroavuuksiin sekä tutkimusalan että tutkimustapojen valinnassa. Tässä voidaan kiinnittää huomiota siihen, mitä aikaisemmin on kirjoitettu kysymyksenasettelun ja metodin suhteesta toisiinsa. Yhteistä nykyiselle vertailevalle tutkimukselle kuitenkin lienee, että *varotaan tarkastelemasta oikeudellisia säännönmuodostuksia yhteiskunnallisista kehitystekijöistä irroitettuina*, ts. pyritään kiinnittämään huomiota paitsi *muodollisiin eli teknilliskonstruktiviivisiin*, myös yhteiskunnassa vaikuttavien *empiiris-sosiologisten tekijöiden* ja eri *ideolo-*

²⁰ Jonkin tieteenhaaran perustajan maine jää useimmiten kiistanalaiseksi. Esim. *Montesquieu*, joka keskellä luonnonoikeuden aikaa herätti ajatuksen *sosiologisten tekijäin vaikutuksesta* eri maiden oikeusjärjestyksissä, on eräässä mielessä vertailevien tutkimusten alkuunpanija. Esim. *Kohlerin* osalta voitaneen todeta, että hän itse asiassa samasti oikeushistorian ja vertailevat tutkimukset keskenään. *Lambert'in* ohella ovat muita huomattavia vertailevan oikeustieteen edustajia esim. ranskalaiset *David* ja *Saleilles*, italialainen *Ascarelli*, englantilainen *Gutteridge*, sveitsiläinen *Schnitzer*, saksalainen *Zweigert* jne.

²¹ *Gutteridge*: Le Droit comparé s. 67. *Schnitzer*: Vergleichende Rechtslehre (1961).

Kysymys siitä onko vertailevaa oikeustiedettä pidettävä tieteenhaarana vai metodina sisältää kuitenkin vain teoreettisen kysymyksenasettelun, joka ei sinänsä liene sanottavasti vaikuttanut alan tieteellisiin tutkimuksiin. *Gutteridge* s. 22. *Lambert*: Le rôle d'un congrès international de droit comparé en l'an 1931 s. 21. Esim. *Germann*: Grundlagen der Rechtswissenschaft s. 107: vertailevat tutkimukset oikeustieteelle asetettuna erityistehtävänä.

^{21a} Kts. esim. *Jokela*: Konventio kansainväliseen irtainten esineiden kaupan sovellettavasta laista voimaan Suomessa Lm 1964 s. 896 ss. erit. s. 898: tuomioistuimille asetetusta velvollisuudesta soveltaa ulkomaan lakia.

gioiden mukanaan tuomiin eroavuuksiin eri järjestelmissä,²² mikä vastannee tässä tutkimuksessa omaksuttua eri-ulotteista ajattelua. Aikaisemmin tutkittiin vain eri maiden lainsäädäntöjä, kuten Pariisiin perustetun yhdistyksen nimikin osoitti. Nytemmin pyritään vertailemaan eri oikeusjärjestyksiä silloinkin kun ne eroavat toisistaan esim. valtio-organien rakenteen ja oikeudellisen ratkaisumetodin suhteen, kuten esim. common law ja code civil-järjestelmät. Erityisesti kiinnitetään huomiota vallitseviin yhteiskunta- ja oikeusideologioihin sekä niihin yhteiskunnallisiin tarpeisiin, jotka ovat esim. olleet ajankohtaisia lakia laadittaessa ja myöhemmin sitä sovellettaessa. Esim. Gutteridge²³ on aikanaan tuonut esille ajatuksen, että mannermaisia oikeusjärjestyksiä tutkittaessa olisi kiinnitettävä huomiota lainsäädännön ohella myös tuomioistuinkäytäntöön, vakiintuneisiin tulkintamethodeihin jne. joten omassa maassa käytettyä metodologia ei asetettaisi »univeraaliseksi» lähtökohdaksi. Tutkimusaineiston laajentuessa kuitenkin myös vertailevat tutkimukset vaikeutuvat. Yksityiskohtainen perehtyminen jonkin maan oikeusjärjestykseen edellyttää useimmiten opiskelua asianomaisessa maassa. Silloinkin saattaa »olennaisen» tavoittaminen tuottaa vaikeuksia. Ehkä juuri tuo olennaisuuksien etsiminen on osaltaan johtanut myös kasvavaan kiinnostukseen primitiivisiä oikeusjärjestyksiä kohtaan. Tutkitaan esim. rinnakkain jotakin järjestettyä vallankäyttöä tai järjestämätöntä valtaa jossakin alkukantaisessa yhteisössä.²⁴

Eri oikeusjärjestykset jaoitellaan vertailevan oikeustieteen piirissä eri tavoin. Lienee katsottava, että Kohlerin ajatukset kulttuurivaikutuksista²⁵ ovat useimpien niiden perustana. Esim. David²⁶ erottaa erikseen länsimaiset, sosialistiset, muhamettilaiset, kiinalaiset ja intialaiset järjestelmät. Niiden lisäksi hän toteaa eri nk. sekajärjestelmien olemassaolon. On luonnollista, että ideologisestikin täysin erilaiset järjestelmät, kuten esim. jokin muhamettilainen oikeusjärjestys, jossa on saatettu voimaan jonkin länsimaisen esikuvan mukaan laadittu lainsäädäntö, ja vastaava länsimainen oikeusjärjestys ovat kuitenkin vaikeasti vertailukelpoisia.

Länsimaiset oikeusjärjestykset jaetaan romanistisiin (latinalaisgermaanisiin) ja angloamerikkalaisiin järjestelmiin. Mannermaalla yleisesti käytetyn jaoittelun mukaan pohjoismaiset oikeusjärjestykset laske-

²² David: *Traité élémentaire de droit civile comparé* s. 12 ss.

²³ Gutteridge: s. 120, s. 135, s. 156.

²⁴ Tässä suhteessa esim. Westermarckin tutkimukset ovat olleet uraauurtavia ja niihin viitataan mm. monissa mannermaisissa esityksissä.

²⁵ Kohler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1923) s. 4, s. 47.

²⁶ David: *Les grands systèmes de droit contemporains* (1966) s. 19 ss.

taan omana ryhmänään romanistisiin järjestelmiin kuuluviksi. Tästä esiintyy kuitenkin Pohjoismaissakin ²⁷ eri mielipiteitä.

Vertaileva tutkimus on tässä valitettavasti jouduttu rajoittamaan pohjoismaiseen ja mannermaiseen oikeuteen, kiinnittäen mahdollisuuksien mukaan huomiota eräisiin angloamerikkalaisiin oikeussovellutuksiin. Kieltämättä juuri tämän tutkimusaiheen kannalta *laajempi ja syvällisempi vertaileva tutkimus* olisi ollut erittäin mielenkiintoista ja oletettavasti myös hyödyllistä.

Romanistisia oikeusjärjestelmiä vertailevasti tarkasteltaessa lähdetään siitä yhteisestä perustasta, joka on löydettävissä keskiajan kansainvälisestä auktoriteettijärjestelmästä.²⁸ Kuten tunnettua roomalaisen oikeuden leviämisen teki mahdolliseksi mm. Rooman sotilasvallan ulottuminen laajoille alueille Eurooppaa (vv. 133—376 jKr.), niiden germaanisten kansojen yhteiskuntamuotojen heikkous, jotka osittain sulautuivat Rooman imperiumiin, sekä Saksan keisarivalan myöhempi asema Rooman poliittisen vallan perijänä (jo v:sta 800). *Kansainvälisyyttä edusti* ennenkaikkea *katolinen kirkko*, joka ulottamalla valtansa myös poliittisille aloille ja levittämällä roomalaista oikeutta kanonisen oikeuden välityksellä, tuli merkitsemään auktoriteettivallan keskitystä. Mannermaalla omaksuttiin siten yleisesti roomalaista oikeutta *korkeammalla kehitystasolla olevana yhteisöjärjestyksenä, jonka perusta oli auktoritatiivisissa moraaliarvostuksissa.*²⁹

Vaikka roomalaisesta oikeudesta saatiinkin vaikutteita alkuperäislähteiden välityksellä, tunnetaan niiden ilmauksia jo aikaisemmissa maanlaissa.³⁰ Oikeushistoriallisissa esityksissä pidetään roomalaisen oikeuden kehittymisen ja alueellisen leviämisen ajanjaksona lähinnä 1200—1600 lukuja.³¹ Kuten jo aikaisemmin on mainittu, nk. Bolognan koulukunta, glossaattorit ja postglossaattorit perustivat Corpus juris civilis-lakikokoelmaa, lähinnä sen Digesta-osaa tutkimalla, saaden kuitenkin vaikutteita mm. Thomas Aquinon filosofiasta, yliopistoissa harjoitettavan roomalaisen teoreettisen oikeuden.³² *Oikeustieteellisen tutki-*

²⁷ *Iuhl*: Roomalaisen varallisuus-oikeuden pääpiirteet s. 36, katsoo, että pohjoismaiset oikeusjärjestykset ovat jääneet vaille roomalaisen oikeuden vaikutusta, ainakin aikaisemmissa kehitysvaiheissaan.

²⁸ *Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit s. 29. *Koschaker*: Europa und das römische Recht s. 48.

²⁹ *David*: Droit comparé (compendium).

³⁰ Esim. Ranskan eteläosassa oli voimassa länsigoottien roomalaislaki (Breviarium Alaricianum v:lta 506), Pohjois-Italiassa Lombardian laki jne.

³¹ Myös *Wieacker* s. 11.

³² Vrt. kuitenkin käytännön juristien nk. konsiliatoreiden vaikutuksesta *Wieacker* s. 38.

muksen vaikutus roomalaisen oikeuden omaksumisessa olikin niin ilmeinen, että esim. Koschaker mainitsee jokaisen uuden yliopiston perustamisen 1300—1600-luvuilla merkinneen roomalaisen oikeuden uutta aluevaltausta.³³

Tässä yhteydessä ei ole syytä tarkemmin selvittää niitä kehitysvaiheita, jolloin roomalainen oikeus eri maissa eriasteisesti sulautui tavanomaista tietä voimassa oleviin säännöksiin. Meillä tunnetaan lähinnä ne taistelut eri mielipiteiden kesken, joita 1500—1600-luvuilla käytiin roomalainen tai kotimainen oikeus lähtökohtana.³⁴ Yleisesti todetaan se kiistaton vaikutus, mikä roomalaisella oikeudella on ollut sopimus-oikeuteemme, joka olojen melkoisen staattisuuden vuoksi oli jäänyt alkukantaiselle tasolle. Noin sata vuotta kestäneissä 1734-vuoden lain valmisteluvaiheissa havaitaan roomalaisen oikeuden vaikutusta myös 1686 voimaan tulleen kirkkolain välityksellä.

Oikeushistoriallisissa esityksissä mainitaan vielä 1800-luku ajanjaksona, jolloin Euroopassa tapahtui roomalaisen oikeuden omaksumista.³⁵ Historiallisen koulukunnan välityksellä *pandektioikeustieteilijät* kiinnostuivat roomalaisesta oikeudesta ja loivat nimenomaan sen perustalle ehkä täydellisimmän tunnetun oikeudellisen järjestelmän, jolla on ollut vaikutusta muidenkin maiden oikeusjärjestyksiin, myös meidän oikeustieteeseemme ja sitä tietä koko oikeudelliseen ajatteluamme vielä tällä vuosisadalla.

Tässä yhteydessä on vielä kuitenkin tuotava esille, että *historiallinen koulukunta*, lähinnä Saksassa, mutta myös vastaavat virtaukset muualla Euroopassa, oli syntynyt vastavaikutuksena 1700-luvun *rationaaliselle luonnonoikeudelle*, joka pyrki irrottamaan oikeusilmiön historiallisista kehyksistään ja renessanssin humanistisiin virtauksiinkin pohjautuen asettamaan *idean vapaasta yksilöstä yhteisöauktoriteetin sijalle*, kuten Ranskan vallankumouksen ihmisoikeuksien julistus osoittaa. On kuitenkin mielenkiintoista todeta, että myös *luonnonoikeus* on historiallisesti saanut vaikutteita *keskiajan moraaliauktoriteettiin sidotusta*

³³ Koschaker s. 82

³⁴ Suorastaan »hätkähdyttävä» on se aineisto, jonka Jägerskiöld on »poiminut esiin» Svean hovioikeuden ratkaisuksista ennen 1734-vuoden lain voimaan tuloa. Jo silloin esiintyivät tunnetut roomalaisperäiset konstruktiot oikeustointen pätemättömyydestä, jotka sitten saivat ilmenemismuotonsa oikeustoimilakimme säännöksissä 1900-luvulla. Kts. *Jägerskiöld: Handelsbalkens utländska källor* s. 34 ss. Esim. *Nehrman* on meillä oikeusdogmatiikassa esittänyt sekä ennen 1734-vuoden lakia että sen jälkeen ajatuksia, joissa yhteensovitetaan roomalaisperäistä ja vanhaa kotimaista oikeutta. Kts. myös joustavien oikeussäännösten tekniikasta 1600-luvulla. *Brusiin DL* 1938 s. 290.

³⁵ *Wieacker: s. 63 ss.*

ajattelusta ja että esim. Grotius on teoksessaan viitannut Espanjan myöhäis-skolastiikan edustajiin.³⁶

Edellä esitetyt, pääpiirteiltään meille tunnetut kehitysvaiheet ja aate-suuntaukset ovat sitten olleet muovaamassa niitä *oikeuskäsityksiä, jotka ovat saaneet ilmenemismuotonsa Euroopan tunnetuissa lakikodifikaatioissa.*

Vaikka vanhimmat tunnetut lakikokoelmat, käsittäen vaikutusaltaan koko asianomaisen valtion, ovatkin pohjoismaalaiset (vanhin ilmeisesti Tanskan Kristian V:n laki v:ltä 1683), varsinaisen nk. kodifikaatioajanjakson alkajana pidetään Ranskan Code Civil- lakikokoelmaa v:ltä 1804 (sitä seurasivat nopeassa tahdissa eräiden muiden oikeusalojen kodifikaatiot: Code Penal v:ltä 1810, Code Commercial v:ltä 1808, Oikeudenkäyntijärjestys v:ltä 1807). Ranskan esikuvaa hyväksi käyttäen Euroopan latinalaisessa osassa, mutta myös Belgiassa, Hollannissa, Etelä-Amerikassa jne. laadittiin lakikodifikaatioita. Roomalaisen oikeuden vaikutus *roomalaisperäisenä terminologiana sopimusoikeudessa*, jopa prosessioikeuden actiojärjestelmän omaksumisena on selvästi havaittavissa. Ranskan oikeuden esikuvan mukaan laadituissa lakikodifikaatioissa, mutta myös Saksan Bürgerliches Gesetzbuch'issa ja siitä vaikutteita saaneissa, lähinnä eurooppalaisissa siviililaeissa on roomalaisperäinen oikeus — erityisesti Savignyn opit lähtökohtanaan — myös oikeusajatuksina edelleen vaikuttamassa.

Ranskan Code Civil vasta merkitsi sen ajanjakson päättymistä, jolloin tuossa maassa virallisesti voimassa olleet *maakunnalliset oikeussäännöt* ja lähinnä *oikeustieteellisenä aineistona* tunnettu *roomalainen oikeus* koostuivat yhtenäiseksi järjestelmäksi.³⁷ Kuitenkin katsotaan, että Napoleonin »täydelliseksi lakikokoelmaksi» tarkoitettu kodifikaatio, jonka tunnetussa esipuheessa Portalis tosin korostaa oikeuskäytännön *oikeutta kehittävää vaikutusta* ja ettei lainsäätäjä voi kaikkea ennalta arvata, katsotaan lähinnä Ranskan *käytännön juristien* (jotka olivat myös jossain määrin vastaanottavaisia Ranskan vallankumouksen aatteille) pitkäaikaisen työn tulokseksi. Code Civil on edelleen voimassa yhtenäisenä lakikokoelmana, vaikkakin useihin säännöstöihin nähden muutokset ovat olleet huomattavat (esim. laajat muutokset aviopuolisoiden omaisuusjärjestelyihin ovat vuodelta 1965 ja holhouslain muutokset vuodelta 1964). Verrattaessa esim. 1734-vuoden lakitekniillistä rakennetta ja Code Civil'in säännöksiä havaitaan helposti,

³⁶ Grotius: De jure belli ac pacis libri tres (1625). Teoksen alkuperäispainoksessa esiintyy mm. viittauksia espanjalaisen myöhäisskolastiikan edustajan Gabriel Vasquez'in kirjoituksiin. Vrt. Wieacker (toisin lähdeviittauksista) s. 167.

³⁷ Vrt. David: Le Droit français I s. 15.

että viimeksimainitut ovat huomattavasti *abstraktisempia*. Mitään konkreettisia esimerkkitapauksia ei esiinny, mutta esim. huomattavasti enemmän käsitteellisiä määrittelyjä kuin pohjoismaisessa oikeudessa. Code Civil'in artikkelit ovat kuitenkin *säännöllisesti joustavia*, ts. tuomarille tarjoutuu mahdollisuus kohtuusharkintaan silloinkin kun kohtuustermiä (*équité*) ei säännöksessä nimenomaisesti mainita. Varsinaisia teoreettisia konstruktioita ei ole Code Civil'issä kuitenkaan tuotu esiin ja esim. niissä lainvalmistelutöissä,³⁸ joita on suoritettu sen uudistamiseksi (mitkä uudistukset suurelta osalta kuitenkin ovat jääneet toteutumatta), on toistuvasti tuotu esille, että *teoreettisen järjestelmän laatiminen ei ole lainsäätäjän tehtävä*.

Saksan oikeuden osalta taas todetaan, että *Bürgerliches Gesetzbuch*, joka tuli vuonna 1898 julkaistuna voimaan vuoden 1900 alusta entisten maakunnallisten lakien, mm. Preussin yksityiskohtaisia kasuistisia ohjeita sisältävän maanlain tilalle, merkitsi Saksan oikeusjärjestyksen yhtenäistämistä lähinnä *tiedemiesten*, pandektioikeustieteen käsitejärjestelmää kehittäneiden teoreetikkojen aikaansaannoksena.³⁹ Edellä esitetystä saatetaan havaita ne useat lakitekniilliset eroavuudet, jotka ovat selvästi havaittavissa Ranskan ja Saksan lakikokoelmien välillä. *Bürgerliches Gesetzbuch*'issa on nimenomainen *yleinen osa* §:t 1—240, joissa *lainsäätäjän käyttämät käsitteet ja periaatteet esitetään*. Siinä esiintyvät säännökset oikeustoimikelpoisuudesta, vanhentumisesta, valtuutuksesta jne., jotka ovat säänneltyjä myös meidän siviilioikeudellisissa laeissamme, mutta myöskin määritelmät, mitä oikeushenkilöillä, esineillä ja oikeustoimilla jne. tarkoitetaan, sekä laissa tunnustetut yleiset periaatteet, kuten esim. »Ein Rechtsgeschäft, das gegen die Guten Sitten verstösst, ist nichtig» (§ 138), »Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern» (§ 157) tai »Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen» (§ 226). Kuten tunnettua, ei pohjoismaisessa lainsäädännössä esiinny yleensä käsitelmääritelmiä, vielä vähemmän käsitejärjestelmiä eikä siellä myös-

³⁸ Travaux de la Commission de réforme, nottament année 1948—1949 s. 254. *de la Morandière*: Le rôle du juge d'après le projet de réforme du code civil français.

³⁹ Arvostelusta, jota BGB:tä valmistelemaan komiteaan kohdistettiin erityisesti liiallisesta roomalaisen oikeuden omaksumisesta. *Wieacker* s. 283 ss.

Saksan juristiluokasta esim. *Schnitzer*: s. 65 s. 223.

kään esiintuoda systemaattisesti oikeusperiaatteita. Sama koskee suu-
relta osalta Ranskan lainsäädäntöä. Kuitenkin esim. sopimusoikeudessa
on Code Civil'issä yksityiskohtaisesti selvitetty, mitä tarkoitetaan sopi-
muksella (esim. synallagmaattiset, bilateraaliset ja unilateraaliset sopi-
mukset), mitkä ovat sopimuksen pätemiselle olennaiset ehdot jne. (Vrt.
Code Civil art. 1101—1108), ja jo kodifikaation alkuosassa (art. 6) esi-
tetään »ordre public» ja »bonnes moeurs» tulkintaperiaatteina. Saksan
siviililain yleislausekkeet (edellä mainituista periaatteista kutsutaan
yleislausekkeiksi lähinnä konstruktioita »Guten Sitten» ja »Treu und
Glauben») toistuvat arvostusmittapuina Bürgerliches Gesetzbuchin eri
osissa. Erityisen tunnettu on §:n 242 »Treu und Glauben» säännös.
Yleislausekkeena on pidettävä myös sopimuksen mitättömäksi julista-
misen mittapuuta »wichtiger Grund», joka esiintyy §:ssä 626 ja 723.
*Yleislausekkeet muodostavat tärkeän osan Saksan Bürgerliches Gesetz-
buch'in välineistöstä*, yhdistäen sen omalta osaltaan myös yhtenäiseksi
järjestelmäksi. Kuten Ranskan oikeudessa (esim. Code Civil art:t 1135,
1854, 1244) viitataan myös Saksan oikeudessa kohtuuteen (esim. BGB
§:t 315 ja 317). Oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa saattaa havaita, että
erityisesti BGB § 242 on saanut laajan sovellutusalan. Sen sovellutuksiksi
on sijoitettu mm. muuttuneiden olosuhteiden konstruktio, suoritusten
toisiaan vastaamattomuus (unzumutbarkeit) ja mahdollisuusoppi. Eri-
tyisen laaja oikeuskäytäntö Ranskassa liittyy mm. art. 1383 soveltami-
seen (»chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement
par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence»).
Säännös on muodostanut perustan tuottamuvastuun edelleen kehittä-
miselle. Samoin art. 1384. Se on kuitenkin siinä määrin *joustava*
(eräänlainen isännänvastuu), että oikeustiede on oikeuskäytännön
tapauksiin nojautuen saattanut asettaa sen myös *riskivastuun* toteutta-
misen lähtökohdaksi (L'arrêt de Jeand'heur 13.2.1930. David: *Le Droit
français* II s. 167).

Muita suuria eurooppalaisia kodifikaatioita ovat mm. Itävallan siviili-
laki v:ltä 1811, johon mm. todetaan jo Kantin filosofian olleen vaikutta-
massa,⁴⁰ mutta jonka säännökset toisaalta usein vastaavat vanhan Preussin maan-
lain kasuistisia oikeusohjeita.⁴¹ Sveitsin siviililaki v:ltä 1907 on saa-
nut huomattavia vaikutteita erityisesti Saksan Bürgerliches Gesetzbuch'ista, kuten

⁴⁰ Esser: Grundsatz und Norm s. 143. Kts. myös Swoboda: ABGB: im
Lichte Kants (1926).

⁴¹ Vrt. Schnitzer: s. 241. Wieacker: s. 208.

osoittaa esim. yleislausekkeiden olemassaolo ja *samojen käsitteiden käyttö*. Mm. »Treu und Glauben» esiintyy yleisperiaatteena 2. artiklassa. Sveitsin siviililain kielenkäyttö on kuitenkin huomattavasti »kansanomaisempaa». Erikseen on velvoiteoikeutta koskeva laki v:lta 1911 (1936). Esim. Itävallan laissa taas tunnetaan »Verkehrssitte», mutta ei »Treu und Glauben» välineenä sopimustulkinnassa, § 864.

Italiassa on voimassa *siviililaki v:lta 1942*, jossa myös *kauppaoikeudelliset säännökset* on yhdistetty *siviilioikeuteen*. Siinä tavataan myös eräitä »modernisoituja» säännöksiä muista eurooppalaisista kodifikaatioista. Erityisesti sen ilmoittamat *sopimustulkintaa* koskevat periaatteet ovat tunnettuja. Samoin eräät kauppaa koskevat säännökset. Voidaan myös todeta, että *siviililakiin* on liitetty runsaasti *lähinnä julkisoikeudelliseksi katsottavaa säännöstöä*. Katolisella kirkolla on ollut huomattava vaikutus avioliitto-oikeuteen, kuten esim. Espanjassakin. Lakiteknillisesti *siviililain säännökset* ovat enemmältä osaltaan *joustavia*, tuomarin harkinnalle sijaa antavia.

Kansainvälisyyden sijasta edustaa kodifikaatioajanjakso kansallistamisvaihetta eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä. Esim. David mainitsee, että »täydelliseksi laiksi» tarkoitettu Code Civil aloitti vertailevan oikeustieteen kannalta suhteellisen hedelmättömän ajanjakson Ranskan oikeudessa.⁴² Sen sijaan, että olisi pyritty etsimään vertailukohtia muista oikeusjärjestyksistä ja kehittämään muutoin yleisluontoisempia konstruktioita, tyydyttiin suurelta osaltaan vain *eksegeettiseen tulkintaan*: täydentämään ja täsmentämään kodifikaatioita, mihin Code Civil'in joustavat säännökset kieltämättä ovat antaneet runsaasti mahdollisuuksia. Tähän saatiin myös tukea ideologisesti, kun rationaalinen luonnonoikeus, joka on ollut voimakkaasti edustettuna Ranskassa ja jota myös Montesquieu'n kolmivaltaoppi edustaa, asetti *lainsäätäjän auktoriteetin* entisen moraaliauktoriteetin sijalle. Siitä oli varsinkin *kodifikaation valmistumista seuranneina vuosikymmeninä seurauksena, että suuresti väheksyttiin oikeuskäytännön merkitystä*. (Näin myös vanha Preussin maanlaki v:lta 1794 aikanaan.) Erityisesti Geny'in kehittämän *vapaampaa lain tulkintaa*

⁴² David: Droit comparé s. 81. Vrt. esim. Ruotsi-Suomen oikeus, jossa ennen 1734-vuoden lain voimaantuloa täydennetään voimassaolevia oikeusohjeita myös toisista oikeusjärjestyksistä etsityillä oikeusohjeilla. Voidaan siten sanoa, että oikeuslähdetulkinta tuolloin oli *yleiseurooppalaista*. Jägerskiöld: Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige s. 58. Myöhemmin kuitenkin vain *ruotsalaisen* tavanomaisen oikeuden katsottiin voivan kirjoitetun lain rinnalla edustaa »luonnon oikeutta». Jägerskiöld (viittauksin Nehrman'iin) s. 121. Wieacker: s. 253, s. 271 ss.

korostavan teorian innoittamana on Ranskan oikeuskäytäntö kuitenkin myöhemmissä vaiheissa taas saanut huomattavan merkityksen. (Esim. siviilioikeuden piirissä tunnetaan Henri Capitant'in kokoelma: »Les grands arrêts de la jurisprudence civile», jota hänen oppilaansa edelleen ovat täydentäneet, 5. painos v:lta 1970) sekä lukuisat muut oikeustapausselostukset esim. juriidisissa aikakauskirjoissa. Vrt. esim. Car-bonnier: Notes sur des notes d'arrêts (Recueil Dalloz Sirey 1970/cro-nique s. 138). Aikakausjulkaisuissa selostetaan myös runsaasti mui-denkin tuomioistuinten kuin Ranskan korkeimman oikeuden (Cour de Cassation) ratkaisuja. Toisaalta on kuitenkin osoitettu, että juuri laki-kodifikaatioiden positivismi on lainsäätäjän asemaa yleisen säännön-muodostuksen perustana korostaessaan tehnyt nykyisten oikeusvaltioi-den,⁴³ niin kuin sanottua termiä kansalaisten perusoikeuksia takaavista eurooppalaisista valtioista käytetään, syntymisen mahdolliseksi.⁴⁴ Eri-tyisen heikkoutensa positivistiset suuntaukset ovat taas osoittaneet kyvyt-tömyydessä luoda yleispätevämpää kansainvälistä oikeutta.

Mainittakoon, että kun lakipositivististen kannanottojen taustana on ennenkaikkea idea lain täydellisyydestä, perustuslain ensisijaisuudesta muuhun lainsäädäntöön verrattuna ja oi-keusjärjestyksen yhtenäisyydestä, tämä on johtanut man-nermaalla jatkuvasti voimassa olevaan lakien nk. perustuslainmukai-suustarkistukseen, joka esim. Länsi-Saksassa ja Italiassa on uskottu eri-tyistuumioistuimille, ja Ranskassa, jossa perustuslailla ei ilmeisesti ole yhtä hallitseva asema,⁴⁵ poliittisille orgaaneille. Esimerkkinä luonnon-oikeudellisista katsomuksista voidaan mainita, että eurooppalaisissa perustuslaeissa on säännöllisesti esiintynyt (lähinnä niiden johdanto-osissa »préambule») luettelonomaisia säännöksiä yksilöi-den perusoikeuksista, joihin esim. on saatettu liittää rikostuo-marille tarkoitettu kielto käyttää tuomitsemisessa analogiasovellutuk-

⁴³ Vrt. oikeusvaltiokäsitteestä Iuhl s. 22.

⁴⁴ Vrt. kuitenkin myös anglosaksista alkuperää olevat virtaukset oikeustie-teessä. Friedmann: Legal Theory (1953) s. 205 ss.

⁴⁵ David: Le Droit français I s. 14. Ranskassa on ollut voimassa v:sta 1804 lähtien kaikkiaan kymmenkunta perustuslakia, jotka eivät ole kuitenkaan saa-neet (eräitä poikkeuksia lukuunottamatta v:lta 1814) muutoksia Ranskan siviili-lakiin. Vrt. Marty: Droit civil I (1956) s. 137 (Ranskassakin on tuomioistuinkäy-tännössä saatettu vedota perustuslain säännöksiin, vaikka ne ilmeisesti eivät esiinnykään hallitsevina periaatteina).

sia.⁴⁶ Ilmeisesti ei ole kuitenkaan katsottava niin, että vain nuo oikeudet on annettu kansalaisille, vaan että nimenomaisesti ne on yhteisön taholta suojattu. Viime sotien jälkeen on moniin perustuslakeihin vielä otettu säännöksiä *taloudellisista ja sosiaalisista oikeuksista*⁴⁷ yhteisöön nähden, mikä tosin saattaa tietää vastaavasti myös varsinaisten perusoikeuksien kaventumista.

Eri lakikodifikaatioissa esiintyy myös säännöksiä lakien täydentämisestä ja tulkitsemisesta. Ranskan Code Civil'in tunnetun 4 art:n mukana syntyi järjestelmä, joka merkitsi tuomitsemisvelvollisuutta. Epäselvissä tapauksissa tuomioistuin ei voinut kääntyä ylemmän viranomaisen puoleen tai siirtää asiaa toiselle viranomaiselle, vaan sen tuli itse tuomita asiassa. Toisiinsa rinnastettiin tapaukset, joista laki vaiken i taikka jotka olivat epäselvästi tai puutteellisesti säännellyt. Tuomitsemisvelvoitus on sen jälkeen saanut ilmaisunsa useissa eurooppalaisissa kodifikaatioissa, joihin on sanatar-kasti jäljennetty mainittu 4 art:n oikeusohje. Laintulkintaohjeet kuitenkin muutoin vaihtelevat yleensä eri kodifikaatioissa. Niinpä Saksan BGB:n 2 artikla (Einführungsgesetz), joka tulkintatapauksissa viittaa *lain normeihin, on ehkä eniten positivistinen; ts. lakijärjestelmän tulee itse täydentää itsensä*. Ranskan Code Civil'in 5 artikla taas viittaa lähinnä *historialliseen lainsäätäjään*⁴⁸ ja niihin ajatuksiin, jotka eivät ole ehkä saaneet ilmausta itse lakitekstissä. Lain ulkopuolisiin tekijöihin viitataan erityisesti Itävallan siviililain 7 artiklassa, jonka mukaan tuomioistui-men on, mikäli analogian avulla vastaavia säännöksiä ja niiden motiivia tarkastelemalla ei voida löytää ratkaisua, turvauduttava luontais-oikeudellisiin periaatteisiin. Säännöstä vastaa Italian siviililain 12 artikla muutoin paitsi, että luonnonoikeudellisten säännösten sijasta siinä viitataan *yleisiin periaatteisiin voimassa olevassa lainsäädännössä*.

Laajin valtuus lain täydentämiseen on uskottu Sveitsin siviili-

⁴⁶ Esim. Belgian perustuslaki v:lta 1831 (1921) art:t 7, 8 ja 9.

⁴⁷ Esim. säännökset perheoikeudellisesta suojasta, oikeudesta kouluopetukseen, sosiaalivakuutuksesta, lakko-oikeudesta jne. Vrt. Saksan Liittotasavallan perustuslaki v:lta 1949 art. 6, 7 ja 9, Itävallan perustuslaki v:lta 1955 art. 10, Espanjan perustuslaki v:lta 1945 art. 22 ja 28.

⁴⁸ Tämä on kuitenkin jäänyt »fiktioksi». Esim. Boulanger: Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile (1961). Kts. myös Hufteuau: Le référé législatif s. 93 ss, s. 106 ss.

lain 1 artiklassa tuomarille. Tuon tunnetun säännöksen mukaan tuomioistuin voi epäselvissä tapauksissa, käyttäen lähinnä tavanomaista oikeutta avukseen, tuomita »selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire act le législateur», ts. hänen on siis toimittava lainsäätäjänä. Voidaan kuitenkin kysyä, onko tämä valtuus rajoitus vai laajennus. Esim. Huber lainsäätäjänä katsoo, että se on tarkoitettu rajoitukseksi, koska tuomari ei voi toimia oman mielensä mukaan, vaan hänen tulee perustella ratkaisunsa yleistetyksi säännönmudostukseksi. Ohjetta on myös verrattu Aristoteleen ohjeeseen lainkäyttäjälle (Vrt. Nikomachiska etiken s. 145), jonka mukaan tuomioistuimen on ratkaistava asia niinkuin historiallinen lainsäätäjäksi olisi sen ratkaissut, jos tapaus olisi ollut hänen tiedossaan. On kuitenkin katsottava, että Sveitsin siviililain säännös on vielä huomattavasti laajempi.⁴⁹ Se vapauttaa tuomioistuimen ottamasta huomioon, mitä historiallinen lainsäätäjäksi hypoteettisesti olisi tarkoittanut, ja ilmeisesti ottaa nykyisen kehityksen ja ratkaisun nykyiset seurausvaikutukset huomioon.

Erityisen mielenkiintoinen järjestelmä on muodostunut Espanjan oikeudessa, jonka kodifikaation mukaan vuodelta 1889 lainkäyttäjille on asetettu Ranskan Code Civil'in 4 artiklan mukainen tuomitsemispakko ja ohjeiksi lain vaielessa, sen ollessa puutteellinen tai epätäydellinen, on osoitettu tavanomainen oikeus ja yleiset oikeusperiaatteet. Lainsäädäntöä on kuitenkin täydentämässä »doctrine legale», jolla tarkoitetaan sitovaa oikeuskäytäntöä, so. ylimmän oikeusasteen päätökset, joissa jokin oikeusperiaate on ainakin kaksi kertaa tuotu julki.⁵⁰ Cour suprême ei taas ole sidottu omiin päätöksiinsä, joten oikeuskäytännön muuttuminen on joustavasti mahdollista. Korostetaan, että oikeuskäytännön yhtenäisyys on ollut erityisen tärkeä Espanjassa, jossa kauan on ollut voimassa maakunnallisia lakeja ja kanooninen oikeus niitä täydentämässä.⁵¹ Ilmeisesti järjestelmä, jonka keskuksessa on »jurisprudence constant», kuitenkin edellyttäisi myös tehokasta tiedotustoimintaa. »Doctrine legale» on kuitenkin nimenomaisesti rajoittunut maan ylämpään tuomioistuimeen, joten muutoin ei yleisillä oikeusasteilla ratkaisuihin ole määräämisvaltaa alempiin tuomioistuihin nähden.

Kun tarkastellaan, mikä merkitys esim. Sveitsin siviililain 1 artiklan laajalla valtuudella on ollut, on kuitenkin todettava, että oikeus-

⁴⁹ Vrt. Germann: Zur Problematik der Ermessensentscheide (Festg. für Erwin Ruck 1952 s. 194).

⁵⁰ Herzog: Le Droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne (1942) s. 225 ss.

⁵¹ Herzog: s. 238.

käytäntö Sveitsissä on sitä erittäin varovasti soveltanut. Lain *täydentämisen sijasta* on turvauduttu, mikäli mahdollista *tulkintaan*. Kuitenkin on oikeussäännöksiä muodostettu väljen lausekkeiden, kuten »Treu und Glauben» pohjalta. Toisaalta on kuitenkin varottu niiden avulla kaventamasta yksilöille annettuja oikeuksia,⁵² joten niitä ei yleensä ole käytetty konstruktiivisten, rajoittavien oikeusohjeiden muodostamiseksi. On myös katsottu, että perustuslain säännökset ovat ensisijaisena tulkinta-aineistona esim. yleislausekkeitä sovellettaessa.

Sekä Saksassa että Sveitsissä on aikaisemmalla tuomioistuinikäytännöllä tärkeä merkitys. Erityisesti Saksan tuomioistuimet ovat katsoleet itsensä sidotuiksi »Bundesgerichtshof»'in ratkaisuihin.⁵³ Ranskassa ei tuomioistuinikäytännöllä ole ollut vastaavaa yhtenäistävää tehtävää, vaan ranskalaiset tuomarit ovat suhteellisen joustavasti vapautuneet aikaisemmasta käytännöstä esim. siviilijuttuihin nähden.⁵⁴ Toisaalta kuitenkin oikeustieteen ja oikeuskäytännön suhdetta tarkasteltaessa on selvästi havaittavissa, että Ranskan oikeustiede huomattavasti enemmän selostaa ja arvostelee sekä käsikirjoissaan että monografioissaan oikeuskäytännön ratkaisuja. Saksan oikeustiede, jossa etusija on oppikirjoilla ja lakikommentaareilla, ei sanottavasti arvostele oikeuskäytäntöä. Sen suhtautuminen tuomioistuinratkaisuihin on kuitenkin usein ohjaava. Mitä tulee tuomioistuinten jäseniin, jotka sekä Ranskassa että Saksassa suurelta osalta ovat olleet nk. karriäärivirkamiehiä⁵⁵ (joita sitoo virkaikäjärjestys, minkä katsotaan olevan takaamassa tuomioiden itsenäisyyttä ja objektiivisuutta esim. poliittisiin vaikutteihin nähden), niin on tuotu esille⁵⁶ mielipiteitä, joiden mukaan Ranskan tuomarikunta koostuu enemmän yksilön oikeussuojaa takaavista ammattituomareista, kun taas Saksan tuomarit ovat enemmän virkamiestuomareita. Itse tuomioistuinjärjestelmä lienee kuitenkin Saksassa pitemmälle kehitetty, mikä ilmeisesti osaltaan on johtanut suurempaan prejudikaattisidonnaisuuteen.

Mannermaalla yleisesti voimassa oleva muutoksenhakujärjestelmä ja siihen liittyvä alemmille tuomioistuimille uskottu vallankäyttö ovat vaikeuttamassa uusien sitovien oikeusohjeiden muodostamista yleislausek-

⁵² Wolf, E: Solution en Droit suisse (Le problème des lacunes en droit, Etudes publiées par Perelman 1968 s. 117 ss.).

⁵³ Vrt. oikeustapaustapausten käsittely lakikommentaarien yhteydessä. Esim. Staudinger, Siebert, Platou, Sveitsin oikeuden osalta Egger. Kts. myös Germann: Probleme und Methoden der Rechtsfindung s. 271.

⁵⁴ Vrt. Capitant: Les grands arrêts de la jurisprudence civile (préface). Vrt. David: Le droit français I s. 164 ss.

⁵⁵ David: s. 51 (Ranskan »anonyymit» tuomarit).

⁵⁶ Koschaker: s. 169. Vrt. Schnitzer: s. 223. David: Le Droit français I s. 49 ss.

keiden pohjalta.⁵⁷ Kun muutoksenhakuoikeus on rajoitettu ylimmän oikeusasteen osalta vain »oikeuskysymyksiin» eli säännösovellutuksiin *asia- ja näyttökysymysten sijasta*, suuri osa yleislausekesovellutuksista jää ylimmän tuomioistuimen ratkaisupiirin ulkopuolelle.

Yleisenä kehityspiirteenä mannermaisista järjestelmistä on havaittavissa, että oikeussäännökset ovat jatkuvasti saaneet enenevästi väljyyttä eikä lainsäätäjä ole suinkaan pyrkinyt säätelmään täydellisesti kaikkia oikeusaloja. Vastaavasti on *tuomioistuinten vallankäyttö siten lisääntynyt*.

Eri järjestellillä, vain mannermaisiakin oikeusjärjestelmiä keskenään verraten, on myös eroavuutensa toteutettavaan *oikeusideologiaan nähden*.

Tarkasteltaessa, mitkä kysymykset kiinnostavat oikeustiedettä Ranskassa, mitkä Saksassa voidaan yleispiirteinä havaita: Sama kysymys, joka Ranskassa tulee esille esim. subjektiivisen oikeuden toteuttamisena, oikeuden väärinkäytönä (*abus des droits*), vapaan tahdonmuodostuksen puutteena, kansalaisoikeuksien tuomien vapauksien rajoituksena, saatetaan Saksassa ottaa tarkasteltavaksi yhteisöaspektista käsin: arvostetun edun suojaamisena, käyttäytymisvastuuna, yksilö- ja yhteisöetujen keskeisenä punnituksena. Voitaneen esittää, että lähtökohta-ajatuksena on Ranskan oikeudessa *usein rationaalisen luonnonoikeuden* (vrt. myös thomistisen filosofian), Saksan oikeudessa *Kantin velvollisuusfilosofian* ja *pandektioikeustieteilijäin* (myös fenomenologisen filosofian) kysymyksenasettelut. *Iheringin* vaikutus lienee myös edelleen voimakas Saksan oikeustieteessä. Saksan oikeudessa kytketään oikeuden muodostuminen huomattavasti enemmän moraali- ja tapamuodostuksiin (»Guten Sitten», »Sittlichkeit») kuin Ranskan oikeudessa, jossa »contre ordre publique» (oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuus) asetetaan »contre bonnes moeurs» (hyvän tavan vastaisuus) konstruktion rinnalle. Oikeussosiologisilla tutkimuksilla on Ranskassa jo vanhastaan ollut merkitystä. Siellä missä Saksan oikeustiede viittaa BGB:n tunteisiin mittapuihin »Treu und Glauben» ja »Verkehrssitte», »Guten Sitten» tai »Unzumutbarkeit», siellä Ranskan oikeudessa tuodaan esille esim. mittapuut: »abus des droits» ja »équité». Kun Saksan oikeustieteessä kirjoitetaan oikeudellisista käsitteistä, niin Ranskassa taas esitetään yleisiä *teorioita* ja tuodaan esille *periaatteita*. Kuitenkin mannermaisessa oikeuskirjallisuudessa jatkuvasti esiintyy huomattavasti *enemmän abstraktisia esityksiä* ja tutkimuksia oikeusjärjestyksestä yleisesti kuin esim. Pohjoismaissa, joissa käytännölliset oikeudelliset kysymykset ovat enemmän esillä. Esim. Saksan oikeustiedettä onkin toistuvasti arvosteltu »spekulaatioista», jolloin kiinnitetään huomiota »tahdonmuodostuksen asteisiin», »abstraktisten arvojen asteikkoihin» jne. Monet *oikeusfilosofiset* ajatukset, kokonaiset *filosofiset koulukunnat* ovat kuitenkin lähtöisin *Saksasta*. Voi-

⁵⁷ Herzog: s. 478 ss. (*Marty*: La distinction du fait et du droit s. 270 ss.)

daan havaita, että esim. Ranskan oikeustieteessä on saatettu kehittää ja selkeyttää Saksan oikeustieteen esiintuomaa ajatusaineistoa. (Siten esim. tässä tutkimuksessa esitetyistä keskeisistä ajatuksista: Roubier: *Théorie Générale du Droit* s. 317, viittaus Radbruchin ja Sauerin tutkimuksiin oikeudellisista arvostuksista.)

Englannin oikeus, jolle abstraktinen systematisoiva ajattelu on usein vierasta, tarjoaa ilmeisesti terveellistä vastavaikutusta mannermaisen oikeuden roomalaisperäiselle käsitemuodostukselle ja periaatteille (esim. riskivastuu ja huolenpitomittapuut). Englannin oikeusjärjestykseen, joka myös huomattavasti poikkeaa pohjoismaisesta oikeudesta, perehtyminen tuottaa siinä määrin hankaluuksia, että on uskaltauduttu vain eräiden yksinkertaisten tapausten esiintuomiseen eri yleislausekeita tarkasteltaessa. Mannermaisen ja anglosaksisen oikeuden materiaaliset oikeussovellutukset saattavat kuitenkin olla lähellä toisiaan.

Englannin oikeuden tuomioistuinratkaisuille (»case law») rakentuvaa järjestelmää lienee myös tarkasteltava sen historiallisesta perspektiivistä käsin.

Oikeusjärjestyksen *konservatiivisuus* tulee esille, kun mainitaan, että varsinainen Common law -järjestelmä (suppeammassa merkityksessä), joka normandialaisten valloittamisen (v. 1066) jälkeisenä ajanjaksona perustettiin kuninkaan vallan tukemissa tuomioistuimissa sovelletuille *tavanomaisen oikeuden säännöksille* ja niitä alunperin vähäisessä määrin ja myöhemmin eriasteisesti täydentäville *kuninkaallisille määräyksille* (»writs»), on nykyisessä muodossaan peräisin 1500—1600 luvuilta ja sen rinnalla esiintyvä Equity-järjestelmä vastaavasti 1700—1800 luvuilta. Equity ja Common law yhdessä muodostavat Common law-järjestelmän (laajemmassa merkityksessä). Equity-oikeus, jonka päätöksiä on julkaistu vuodesta 1557, oli alunperin kuninkaanvallan edustajan »Lord Chancellor»'in myötävaikutuksella »*natural justice*»⁵⁸ periaatteista johdettua oikeutta, jossa moraaliarvostuksilla oli keskeinen sija. Sitä sovellettiin erityisissä »Court of the Chancery» -tuomioistuimissa. Sitä jaettiin vain poikkeustapauksissa ja se edellytti Common law'n olemassaoloa. Equity-oikeutta jaettiin esim. »equity-acts in personam», asianosaisten henkilökohtaisista ominaisuuksista johtuen, kun Common law oli puutteellinen tai liian »ankara» jne.⁵⁹ Aikaisemmin löytyy

⁵⁸ Allen: *Law in the making* s. 393 ss.

⁵⁹ Equity-oikeutta ja roomalaisen praetorin toimintaa oikeuden jakamisessa voidaan ilmeisesti rinnastaa keskenään. Voitaneen mainita, että roomalainen oikeus materiaalisesti vaikutti englantilaiseen oikeuteen myös erityistuomioistui-
mien välityksellä, joita olivat »canonic courts» perhe- ja perintöoikeutta koske-
kevissa kysymyksissä ja »admiralty courts» käsitellen kaupallisia ja kansain-
välisluontoisia kysymyksiä.

Equity-oikeutta, jolla on nk. »maxims of equity» -ratkaisuina yhteyttä mannermaiseen kohtuusajatteluun. Jo 1600-luvun lopulla kuitenkin pyrittiin täsmentämään ratkaisuja »juriidisesti».

V:sta 1873—1875 lähtien Common law ja Equity on Englannissa yhdistetty yhteisten tuomioistuinten alaiseksi järjestelmäksi, mikä merkitsee, että Englannin eri tuomioistuimissa voidaan jatkuvasti vedota sekä Common law- että Equity-oikeuden ratkaisuihin. On siis huomattava, että niiden periaatteita ei ole muodollisesti yhdistetty. Tässä yhteydessä voidaan mainita, että esim. ranskalainen David⁶⁰ katsoo, että *équité*-ratkaisuja, käyttäen tuota termiä mannermaisessa merkityksessä, esiintyy englantilaisessa oikeudessa huomattavasti vähemmän kuin Ranskan oikeudessa. Vastaavasti Dicey korostaa, että on pyritty antamaan oikeusjärjestykselle kehykset, jossa oikeusideologia voisi säilyä.⁶¹

Tuomioistuinratkaisujen rinnalla Englannissa nyttemmin esiintyy kuitenkin myös parlamentin lainsäädäntötoimin voimaan saattamaa oikeutta »statute law». Monet näistä ovat hallinnollisia määräyksiä. Voidaan kuitenkin mainita jo huomattavia lakeja viime vuosisadan loppupuolelta ja tämän vuosisadan alusta, kuten em. tuomioistuinten järjestely (Judicature Acts 1873—1875) ja kauppalaki (Sale of Goods Act v:lta 1893). Katsotaan, että ne ovat tuomioistuinratkaisujärjestelmän muutoksia, joten niitä ilmeisesti pyritään tulkitsemaan aikaisemmin voimassa olevien periaatteiden valossa. Statute law -säännöksiä pyritään tulkitsemaan mahdollisimman suppeasti, sanamuodollisesti ja mikäli mahdollista välttämällä ristiriitaa Common law-ratkaisujen kanssa. Ehkä tärkeimpänä tulkintasääntönä tunnetaan, että *mil-löin statute law -säännöksillä puututaan yksityisten kansalaisten oikeusasemaan tai vapauteen niitä on tulkittava suppeasti*.⁶²

Case law -ratkaisuissa voidaan kuitenkin erottaa toisistaan tosiasia-perustelut ja tosiasioista johdettava periaatemuodostus (ratio decidendis), joka on siis verrattavissa normiseikastoihin, ei normiseuraamuksiin. Erityisen merkityksen prejudikaatit saivat vuosisadan vaihteessa, jolloin katsottiin, etteivät ainoastaan alemmat tuomioistuimet, vaan maan ylin tuomiovalan käyttäjä oli sidottu omiin aikaisempiin ratkaisuihinsa. Jotta oikeusjärjestys ei olisi muuttunut kokonaan »staat-

⁶⁰ David: Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre s. 231.

⁶¹ David: s. 230. (Dicey: Droit et opinion publique s. 345.)

⁶² Lippstein: System of the Common law (compendium).

tiseksi» varoivat ylimmät tuomioistuimet kiteyttämistä periaatteita; pyrittiin samasta *ratio decidendis* -ratkaisusta johtamaan eri suuntiin käyviä periaateratkaisuja. Täten tunnetaan eräitä »kuuluisia prejudikaatteja», jotka ovat olleet hallitsemassa oikeuskehitystä. Nytemmin on keinotekoiseksi muodostunut järjestelmä kuitenkin »avautunut», kun vuodesta 1966 lähtien »the House of Lords» ei ole sidottu omiin ratkaisuihinsa.⁶³

Kuten tunnettua englantilaiselle oikeudelle on abstraktinen ajattelu vierasta ja siten myös laajakokot yleistyksien. Tässä suhteessa voidaan siis viitata paitsi mahdollisiin kansallisiin erityispiirteisiin myös oikeusjärjestelmän historialliseen kehitykseen. Esim. amerikkalainen Pound luonnehtii anglosaksisia järjestelmiä historiallisesti »private law»-järjestelmiksi mannermaisiin »administrative law»-järjestelmiin verrattuina,⁶⁴ ts. valtio-organit, joille oikeussäännösten kehittäminen varsinaisesti on uskottu, eivät ole poliittisia, vaan riippumattomia. Kuitenkin *statute law* -säännösten määrä on nyttemmin kasvanut.

Oikeudellisen ajattelun ja käsitte muodostuksen alkuperää ei siten ole etsittävässä, kuten mannermaisissa järjestelmissä, roomalaisperäisistä lähteistä, lakitekstien kommentoimisesta, tieteellisestä periaate- ja käsiteargumentoinnista jne., vaan tuomioistuinissa analogian avulla samankaltaisuuspiirejä muodostaen tapahtuvasta, aikaisempiin käytännön ratkaisuihin nojautuvasta oikeuden soveltamisesta.⁶⁵ Edellä esitetystä johdetaan, että myöskään englantilaiset ja mannermaiset oikeudelliset käsitteet eivät vastaa toisiaan, vaan esim. latinalaisperäisten termien kohdalla, joiden kielellinen alkuperä saattaa olla sama, merkitys on täysin toisistaan poikkeava.⁶⁶

Common law -maissa yleensä ja erityisesti Englannissa vieroksutaan kirjoitettua oikeutta siitä syystä, että katsotaan sen joustavuutta vaille olevana pyr-

⁶³ Gross: s. 5. Englannin oikeusastejärjestelmästä kts. *Petersen-Soukka*: Englannin oikeuslaitos s. 66 ss, s. 75.

⁶⁴ Pound: *Administrative law* s. 8 ss.

⁶⁵ Vertailevasti on tärkeää todeta, että periaatemuodostuksen »*ratio decidendis*» taustana tunnetaan erikseen *argumentaatioaineisto* »*obiter dicta*».

⁶⁶ David: *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* s. 205. *Gutteridge* s. 131. Myöskään sellaiset termit kuin »good faith» ja »bon foi» eivät vastaa oikeudellisena terminologiana toisiaan.

kivän antamaan ratkaisuja etukäteen,⁶⁷ siten estäen oikeuden vapaan kehittymisen. Myöskään Common law -ratkaisujen kodifointi ei ole saavuttanut suosiota. Useat tutkijat, jotka ovat perehtyneet mannermaisiin järjestelmiin, ovat kuitenkin kannattaneet mannermaisten ja anglosaksisten järjestelmien lähentämistä.⁶⁸ Vertailevien tutkimusten suorittaminen on mahdollista esim. tutkimalla »Common Law Library»n julkaisemia prejudikaattikokoelmia. On havaittavissa, että esim. sopimusoikeudessa esiintyy asianosaisten tahdonmuodostukseen liittyviä spekulatioita erittäin vähän. Sekä Equity-oikeuden että Common law -oikeuden (suppeammassa merkityksessä) erehdystapaukset liittyvät suurimmalta osalta tosiseikkojen ja niiden olennaisen vaikuttavuuden toteamiseen. Erityisesti kehitellään vahingonkorvaussäännösten osalta sellaista standardia kuin »take care» jne.

Muuttuneiden olosuhteiden -periaatteen kehittäminen on saanut jo aikaisin osakseen huomiota. Eettisiä ideologioita ei ole julkilausuttuina erityisemmin havaittavissa, mikä osaltaan johtunee siitä, että itse traditionaalisella perustalla lepävä järjestelmä on niitä toteuttamassa.

Vaikka englantilaisen oikeuden kehittäjinä ovat varsinaisesti tuomioistuimet, tämä ei ilmeisesti kuitenkaan ole ammattiaan harjoittavan »keskimittatuomarin» tietoisena pyrkimyksenä.⁶⁹ Kun prejudikaatteja muutetaan tai kehitetään, tapahtuu se aina suurella »pieteetillä». Tunnetaan kuitenkin eräitä tuomioistuimen jäseniä oikeuden »konservatiivisina muuntajina», jotka ovat myös ottaneet osaa statute law -säännösten valmisteluun.⁷⁰ Englannin tuomarikunta on yleensä poliittisesti itsenäistä (tuomarikasvatus tapahtuu asianajajatoiminnan kautta) ja nauttii traditionaalisesti suurta luottamusta. Englannin oikeusjärjestelmä lieneekin lähinnä käsitettävä juristien ammattikunnalle annetuksi metoodilliseksi välineeksi, joka on vain sen tiedossa.⁷¹ Luottamus siihen, että tuomarit oikeusriidoissa valvovat yksityisten kansalaisten etua, ja englantilaisen tuomarin kuuluisa »common sense» lienevät tehneet tuon vuosisataisen järjestelmän säilymisen mahdolliseksi.

Pohjois-Amerikan Yhdysvaltojen järjestelmää kiinnitetään tässä huomiota vain siten, että todetaan sen — kuten yleinen käsitys lienee — olevan eräänlainen välimuoto mannermaisesta ja englantilaisesta järjestelmästä. *Kirjoitetulla lailla* (vrt. rules) on huomattavasti suurempi merkitys kuin Englannissa, jossa sielläkin ilmeisesti *kirjoitettujen lakien määrä tulee vastaisuudessa*

⁶⁷ Esim. Merikoski: Lm 1952 s. 363.

⁶⁸ Kts. Gutteridge: s. 49.

⁶⁹ Simonds: Preparation of the study of the common law (compendium).

⁷⁰ Tuomarit eivät ole »anonyymejä» kuten ranskalaisessa järjestelmässä. Usein he ovat saattaneet olla mukana politiikassa, mutta jättäneet sen tuomarinimityksen saatuaan. Tunnetaanhan huomattavia tuomaripersonallisuuksia, kuten esim. Lord Mansfield, joka on mm. Englannin kauppaoikeuden kehittäjä.

⁷¹ Esim. Schmitthoff: JFT 1957 s. 352.

olosuhteiden pakosta kasvamaan. Tämä johtunee Yhdysvalloissa ilmeisesti toisaalta federaalisesta valtiorakenteesta, toisaalta perustuslain, erityisesti nk. »bill of rights»⁷² -julistuksen vaikutuksesta oikeussovellutuksiin.

Kokonaan käsittelemättä joudutaan tässä tutkimuksessa jättämään sosialistiset järjestelmät, vaikka niistäkin olisi ilmeisesti ollut löydettävissä erittäin mielenkiintoisia vertailukohtia tutkimuskohteemme kannalta.

Vertaileva katsaus on jäänyt lähinnä selostukseksi järjestelmien *historiallisesta kehityksestä*.⁷³ Oikeudelliseen aatehistoriaan liittyviä seikkoja eri maiden kohdalta esiintyy myös I-luvussa (eri kysymyksenasetteluista). Argumentointitekniikkaan palataan erikseen lain sovellutusta koskevassa V-luvussa. Eri yleislausekkeiden kohdalla VI-luvussa taas mainitaan alaviitoissa myös eräitä mannermaisia ja englantilaisia oikeustapauksia.

⁷² Pound: Administrative law s. 51

⁷³ Vrt. Strömberg: SvJT 1972 s. 465.

IV. MIKSI NYKYAJAN LAINSÄÄTÄJÄ ON SUOSINUT VÄLJÄÄ ELI JOUSTAVAA TEKNIKKAA?

Voitaneen kirjoittaa, että nykyajan lainsäätäjä on suosinut väljiä oikeussäännöksiä. Esim. avoimia tyyppiluetteloita ja joustavaa muotoilua esiintyy runsaasti. Yleislausekkeitakin käytetään toistuvasti eräillä oikeusaloilla.

Luonteeltaan staattisen, alunperin omavaraisen talonpoikaisyhteiskunnan kehittyminen dynaamiseksi liike- ja vaihdantayhteiskunnaksi on saanut aikaan rakenteellisia muutoksia oikeusjärjestyksen piirissä.¹ Teollisuuden, liikenteen ja kaupan edistyessä on jouduttu kiinnittämään kasvavaa huomiota myös sosiaaliturvanäkökohtiin. Vastaa- vasti on tällöin kehitetty uusia ja laajempia yhteiskunnallisen vastuun tyyppejä, kuten isännänvastuu, vaarallisen ammatin harjoittajan vastuu, tuotevastuu jne.² Yhteiskunnan jäsenille syntyneitä ankaraa vastuuta ovat lieventämässä vapaaehtoiset ja pakolliset vakuutusmuodot.³ Eri oikeustoimien, erityisesti palvelusopimusten määrä on kasvanut. Yleis- sopimusoikeuden rinnalle ja sitä rajoittamaan on kehittynyt erityissopi- musoikeutta pakottavine ehtoineen ja riskinäkökohtineen,⁴ kuten työ- oikeuden työehtoihin sidotut sopimussuhteet ja kauppaoikeuden määrä- muotoiset oikeustoimet. Yleissiviilioikeudellisesti on myös tapahtunut institutionalisoitumista,⁵ kun eri aloja säätelevät oikeusohjeet ovat spe- sialisoituneet.

¹ Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft* s. 414. Weber: *Wirtschaftsgeschichte* s. 8.

² Esim. Hakulinen: *Velvoiteoikeus* I. s. 275 ss. Karlgren: *Skadeståndsrätten* s. 15 ss, s. 114 ss, von Caemmerer: *Die Produkthenaftpflicht* (Ars boni et aequi 21. 1. 1972).

³ Savatier: *Les Métamorphoses économiques et sociales* s. 245, esim. vakuu- tustoiminta on »kristallisoimassa» uutta kohtuusajattelua.

⁴ Esim. Godenhielm: *Sopimusoikeuden oppikirja* s. 2. Rodhe: *Lärobok i obligationsrätt* s. 14. Jørgensen: *Fire obligationsretlige afhandlinger* s. 163. Forsthoff: *Rechtsstaat im Wandel* s. 192 juristien spesialisointumisen.

⁵ Friedman: *Law in a changing society* s. 71 ss.

Yhteiskunnassa esiintyy myös jatkuvasti uusia katsomuksia toisaalta yksilön ja yhteiskunnan, toisaalta eri yksilöiden ja yksilöryhmien välisistä suhteista. Tässä kohdin voidaan viitata myös edellä esitettyjen vahingonkorvaussäännösten taustana oleviin ajattelumuotoihin, kuten keskiajalta lähtien tunnettuun syyllisyysajatteluun tahallisuuden ja siihen liittyvän roomalaisperäisen tuottamusvastuun perustana ja vanhan germaanisen oikeuden seurausvastuuseen, jossa vahingoittajan ja tapaturman aiheuttajan vastuu samastuivat.⁶ Sopimusoikeuden taustana tunnetaan nk. liberaalisessa oikeusvaltiossa sopimusvapaus eri toimintamuotoineen.⁷ Sitä rajoittamassa on mm. ajatus yhteisön taholta annettavasta suojasta, joka sisältyy esim. useihin oikeustoimilakimme säännöksiin.⁸ Nk. sosiaalipoliittisesti suuntautuvassa valtiossa annetaan yhteiskunnan tehtäväksi yhä enemmän erilaisia suojelu- ja huoltotoimenpiteitä,⁹ joista muodostetaan myös erilaisia valtion kansalaisilleen, jopa perustuslaeissaan¹⁰ takaamia oikeuksia varsinaisten kansalaisvapauksien rinnalle. Suojelutoimenpiteet taas puolestaan aiheuttavat, että joudutaan kasvavassa määrin säätelämään yhteiskunnan jäsenten käyttäytymistä. Vahvistettujen lakien määrä¹¹ on siten kasvanut, mutta samaan aikaan on kasvanut niiden tapausten lukumäärä, joihin tarkoitettuja yksityiskohtaisia oikeusohjeita ei ole voitu antaa.

Kun oikeusjärjestys ei välittömästi saata mukautua yhteiskuntakehitykseen siten, että lainsäätäjän tarjoamat ratkaisuehdotukset olisivat käytännössä toteutettavissa, käytetään usein sosiologiasta lainattua termiä »kulttuurin viivästys».¹² Kuten on mainittu, lainsäädäntöön liittyy säännöllisesti hypoteettinen tekijä: oikeussäännösten tulee soveltua mahdollisimman moniin lakia laadittaessa esiintyviin eturistiriitatilanteisiin, mutta myöskin tilanteisiin, jotka esiintyvät vasta lain

⁶ *Jägerskiöld*: Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige: culpa-käsitteen omaksumisesta pohjoismaiseen oikeuteen s. 145 ss. Kts. kehitysuuntauksista, esim. *Anttila* Lm 1969 s. 625 ss.

⁷ Kysymyksestä nk. yksityisautonomiaan liittyen, *Jerusalem*: Kritik der Rechtswissenschaft s. 9, s. 261, s. 266, s. 272, *Jørgensen*: Vertrag und Recht s. 45.

⁸ Vrt. sosiaaliset piirteet mm. vuokra-, kauppa- ja yhtiöoikeudessa, esim. *Vuorio* SvJT 1957 s. 263.

⁹ *Kuusi*: 60-luvun sosiaalipoliittikka s. 8, s. 294 ss.

¹⁰ Vrt. mannermaisessa oikeudessa perustuslakien johdanto-osissa esiintyvät säännökset.

¹¹ Kts. esim. *Sipponen*: Lainsäädäntövallan delegoiminen s. 4.

¹² *Allardt—Littunen*: Sociologia s. 373 (Ogburn 1922).

voimaantulon jälkeen. Joskus saattaa lainvalmistelutyö venyä niin pitkä-aikaiseksi, että laki jo voimaansaattettaessa on »ajastaan jäljessä».¹³

Lainsäätäjän mahdollisuudet etukäteen huomioida ja järjestellä ajateltavissa olevia tapauksia ovat erityisen rajoitetut aloilla, joilla esiintyy uusia kehitystekijöitä tai joilla esiintyvät kokemussäännöt tai katsomukset ovat moninaiset ja vaihtelevat. Esimerkkinä muuttuvista eli *dynaamisista oikeusaloista* voidaan mainita vahingonkorvausoikeus, tekijänoikeus ja kilpailurajoitukset. Esiintyy myös tapauksia, joista yksityiskohtaisia säännöksiä ei haluta taikka yksinkertaisesti voida antaa, kuten yhteiskunnan jäsenten henkilökohtaista piiriä lähellä olevassa perheoikeudessa jne.¹⁴ Lainsäätäjä ei myöskään enää nykyajan yhteiskunnassa ryhdy antamaan yksityiskohtaisia säännöksiä kysymyksistä, jotka eivät *edellytä sen auktoriteettia*, ts. ovat yleiseltä kannalta vähämerkityksellisiä ja hallitukselle uskottuun asetuksenanto-oikeuteen verrattavia järjestelyjä.

Lainsäätäjällä on sanotunlaisissa tilanteissa itse määäämissään rajoissa mahdollisuus siirtää toimivaltaansa muille valtio-organneille. Oikeusjärjestyksemme tuntee nimenomaisen vallansiirron eli delegaation, jota edustavat esim. hallintoviranomaisille asetusteitse täydennettäviksi tarkoitetut avo- eli puitelait.¹⁵ Delegaatioon voidaan kuitenkin rinnastaa hiljainen eli tosiasiallinen vallansiirto. Kun lainsäätäjä ei halua sitoa lainkäyttäjää tarkkamääräisin ohjein tai jättää kokonaan ilman ohjeita, käytetään *tarkoituksellisesti väljää ilmaisua*, jolloin ratkaisuvalltaa tosiasiallisesti siirretään lainsäätäjältä tuomioistuimille. Väljyyttä esiintyy sekä normiseikastoissa että -seuraamuksissa, kuten aikaisemmin on selostettu.

Esiintyy eri oikeuspoliittisia tavoitteita edistäviä pyrkimyksiä, jotka erityisesti suosivat väljäsisäältäisiä säännöksiä, jopa harvintavaluuksia lainsäädännössä. Kun normiseikastot muotoillaan tarkoituksellisen väljiksi, halutaan nimenomaan lainkäyttäjät aktiivisesti mukaan oikeussäännösten kehittämiseen. Eri-ulotteisesti voidaan noita tendenssejä hahmottaa seuraavasti:

a) Muodollisteknillisesti, voidaan myös sanoa konstruktii-

¹³ Esim. *Guldberg*: En domare ser tillbaka s. 121.

¹⁴ Esim. maksimi- ja minimirajat siitä, minkälainen koulutus vanhempien tulee antaa lapsilleen, ja lapsen työvoiman hyväksikäytöstä, esim. *Undén*: Föräldrar och barn s. 35 ss.

¹⁵ *Sipponen*: s. 185 ss. Nk. blankettilaeista, *Kaira*: Valtiosopimuksista s. 141 ss.

visesti asennoitunut oikeusteoria, jonka piiriin tässä luetaan, paitsi mannermainen nk. lakipositivismi ja siitä vaikutteita saanut Kelsenin alkuperäinen »puhdas oikeusteoria», myös eräät loogisanalyttiset suuntaukset, ei ole niinkään suopeasti suhtautunut oikeussäännösten väljyyteen. Yleislausekkeihin ja niiden käyttömahdollisuuksiin saatetaan suhtautua väheksyvästi. Muodollinen oikeusjärjestyshän rakentuu valtion toimesta säädetyille laeille ja niiden auktoriteetille. Kun väljiä säännöksiä sijoitetaan vain oikeusalueille, joille ne oikeusvarmuutta vaarantamatta voidaan sopeuttaa, edistetään kuitenkin oikeusjärjestyksen harmoniaa ts. *contra legem* -tuomitsemista vältetään, mikä on tukemassa *lainsäätäjän auktoriteettia*.

b) Empiirissosiologisesti asennoituen taas kiinnitetään erityistä huomiota siihen, että väljäisältöisten oikeussäännösten avulla yhteiskunta-aines pääsee vaikuttamaan lainsäädäntöön, ts. lainsäätäjän lisäksi tuodaan tarkoituksellisesti ainakin *tuomioistuinten* norminmuodotukset ja tiedostetut arvostukset muovaamaan oikeusjärjestystä.

c) Ideologisesti asennoituen suositaan väljäisältöisiä säännöksiä lähinnä rationalisoituina *ohjelmalauseina*, joista voidaan johtaa oikeusjärjestyksen kantavia periaatteita. Niiden avulla myös nk. yhteiskuntamoraali tunkeutuu oikeusjärjestykseen.

Oikeustieteen erilaisiin asennoitumisiin ja aspektikorostuksiin palataan erikseen siviilioikeudellisia yleislausekkeitä tarkasteltaessa. Mainittakoon kuitenkin jo tässä yhteydessä, että oikeustieteessämme on esim. yleislausekeluontoisia säännöksiä pidetty »vapaa oikeudellisten virtausten» tai ideologisen oikeustieteen välineinä.¹⁶

Käytännön lainlaadintatyössä annetaan kuitenkin oikeussäännöksille joustava muoto ja lainkäyttäjälle ratkaisuvallisuus usein kokonaan edelläesitetystä teoreettisista kannanotoista riippumatta. Edellä on jo mainittu, että esiintyy tapauksia, joista yksityiskohtaisia säännöksiä ei voida antaa. Joskus voi yksityiskohdaisen lainsäädännön laatiminen myös edellyttää aivan erityisen asiantuntijaryhmän työskentelyä tai muutoin kustannuksia vaativaa työtä, johon jollakin sopimusvaltiolla esim. jonkin kansainvälisen sopimusvelvoitteen toteuttamiseksi ei aina ole mahdollisuuksia. Kuten on mainittu, oikeus-

¹⁶ Esim. Voipio: Verotuksen kiertämisestä s. 13. »Vapaa oikeudellinen koulukunta ei ole Suomessa saavuttanut hyväksymistä, mutta koulukunnan vaikutuksesta yleislausekkeiden sekä muodostaminen että käyttö lisääntyivät Suomessakin.» Vrt. Makkonen: Zur Problematik s. 189.

säännös saatetaan myös jättää kompromissiratkaisuna erimielisyydet peittävään ja yhdistävään väljään muotoon.¹⁷ Tämä näkökohta tulee toistuvasti esille mm. pohjoismaisten ja yleensä kansainvälisten yhteistyöelinten lainvalmistelussa. Toisinaan saattaa myös jonkin erityislainsäädännön kiireellisyys johtaa teknillisesti joustaviin ratkaisuihin.¹⁸

¹⁷ Esim. *Lögberg*: Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten (Festskrift för Olivecrona s. 440). Vrt. *Henkel*: Recht und Individualität s. 41, joka katsoo, että yleislausekkeita esiintyy lainsäätäjän toimesta »weil er sich der Anforderung an eine klare gesetzliche Lösung und eine entschiedene Lösung nicht gewachsen fühlte» tai »aus einer Ermüdung des Gesetzgebers, aus einer Unfähigkeit zum Zu-Ende-Denken der Probleme».

¹⁸ Esim. *Ellilä*: Täytäntöönpanokeinoista hallinnon alalla s. 23, s. 129.

V. OIKEUSSÄÄNNÖKSISTÄ SOVELLUTUSASPEKTISTA

Kun väljäsisältöisiä oikeuslauseita tarkastellaan sekä muotoamis- että sovellutusaspektista joudutaan kiinnittämään huomiota kysymyksiin, jotka lähinnä kiinnostavat lainvalmistelijoita, mutta myös kysymyksiin, jotka ensisijaisesti koskevat oikeudellisten ratkaisujen suorittamista. Lain soveltamisen yhteydessä voidaan pyrkiä erottamaan toisistaan: *oikeussäännösten tulkitseminen* eri tulkintateorioiden tarjoamine vaihtoehtoi- neen ja erikseen *ratkaisuargumenttien esiintuominen*. Tulkintaan rin- nastaen on kysymys useammista vaihtoehtoista myös silloin kun sään- nös on niin *väljä*, että se jo kielellisenä ilmaisuna avaa mahdollisuu- den *sarjaan eriasteisia ratkaisuja*. Tämä koskee erityisesti osoitettuja oikeusseuraamuksia.

Tuomioistuinten taholta korostetaan usein, ettei tuomarilla ratkaisutoimin- nassaan ole yleensä useita vaihtoehtoja. Asianosaisethan esittävät vaatimuksensa ja tuomioistuin suorittaa sille asetetun *»ratkaisutehtävän»*. Tosiasiallisesti ei meillä kuitenkaan, kuten ehkä esim. Englannissa, asianajaja- ja syyttäjälaitos ole siten kehittynyt, että valmiit ratkaisuvaihtoehdot perusteluineen esiintuotaisiin asianosaisten taholta. Käytännössä tuomioistuimet pyrkivät niissä jutuissa, joissa yleinen intressi ei ole laajentamassa tuomioistuimen toimivaltaa, toimimaan *asianosaisten esittämien vaatimusten puitteissa*, mutta joutuvat ainakin täsmentä- mään esitettyjä vaatimuksia ja perusteluja. Voidaan erittäin selvästi havaita, että tuomioistuin itse usein *»intuitiivisesti löytää»* ratkaisuvaihtoehdot ja tarkistaa sitten saavutetut ratkaisuehdotukset eri argumentointimahdollisuuksia hyväksi käyttäen.

Tuomioistuimille kuuluvina *tehtävinä* on korostettu: 1) ensisijaisesti *ratkaisupakkoa*, kun nk. kyselyinstituutti ei ole meillä voimassa, ja 2) toissijaisesti *laillisten muotojen noudattamista*, jolla tarkoitetaan lähinnä prosessuaalisia ja muita menettelytapaohteja, mutta myös *»lain kirjaimen kunnioittamista»* yleensä. Tuolta teoreettiselta pohjalta läh- tien tuomioistuimet ovatkin sitten pyrkineet muotoamaan ratkaisunsa sellaisiksi, että ne olisivat, mikäli ei suorastaan loogisena niin ainakin

rationaalisena päättelynä, johdettavissa lainsäädännön oikeusohjeista. Viime vuosina on lisäksi oikeustieteilijäin ja myös yhteiskuntapoliitikojen taholta alettu aivan erityisesti korostaa tuomioistuinten velvollisuutta 3) ratkaisua argumenttien esiintuomiseen kirjoitetuissa tuomioissa. Tähän on teoreettisena suuntauksena ollut mm. kannustamassa nk. belgialainen koulukunta eli Perelmanin esittämä retoriikka¹ oikeudellisten ratkaisujen keskeisenä ongelmana. Ilmeisesti olisi-kin argumenttien esiintuominen tärkeää adressaattien kannalta, paitsi monimutkaisemmissa *näyttökysymyksissä*, mm. niissä tapauksissa, joissa oikeudellisissa ratkaisuisa ei »noudateta lain kirjainta» tai jotka muutoin ovat nk. *rajatapauksia*. Mutta argumentointi oikeuskysymysten kohdalta liittyy myös pyrkimykseen asettaa tuomioistuimille yksityistapauksia koskevan nk. oikeudenjakamistehtävän ohella velvollisuus toimia, paitsi lainsäädäntöä ja muita oikeusohjeita täydentävänä, oikeutta edelleen kehittävänä valtio-orgaanina.

Ratkaisijan aspektista kysymystä tarkastellen havaitaan, että ratkaisuvaihtoehtojen rajoittaminen vain kahteen mahdollisuuteen: kanne hylätään tai hyväksytään, kanne tutkitaan tai jätetään tutkimatta, sisältää virheellisen yleistyksen. Ratkaisutoiminnassa on yleensä useampia vaihtoehtoja, esim. kompromissiratkaisujen mahdollisuus. Edellä on myös viitattu kielellisten ilmaisujen mukanaan tuomaan mahdollisuuteen asterivostelmien sarjasta. Vaihtoehtoja esiintyy sekä *konkreettisen ratkaisutuloksen* että *perustelulauseen* suhteen.

Käytännössä saattavat eri perustelulauseita koskevat vaihtoehdot näyttää johtavan jopa »suunnilleen samaan» lopputulokseen. Yksinkertaisena esimerkkinä mainittakoon: avioero tuomitaan joko avioliittolain 70 tai 74 §:n nojalla. Ratkaisun muut seurausvaikutukset saattavat kuitenkin olla täysin erilaiset (paitsi riippuen ehkä erilaisista seuraamuksista yhteiskunnassa, kun avioeroperusteesta tiedotetaan) myös oikeudellisesti, kun avio-oikeuden menetysvaatimus tulee toteutettavaksi tuomittaessa avioeroon avioliittolain 70 §:n nojalla. Tunnetaan myös tapauksia, joissa avioeroon saatetaan tuomita useampienkin *rinnakkaissäännösten* nojalla. Samat oikeusvaikutukset eivät myöskään toteudu, jos esim. vahvistetaan omaisuuteen yhtiösuhteen tuottama osakasoikeus tai erillinen kiinteistön nautintaoikeus. Eri perustelulauseiden

¹ Perelman: *Traité de l'Argumentation* I—II s. 655 ss. Vrt. myös Viehweg: *Topik und Jurisprudence* s. 24. *Strömholm*: *Naturrätt och retorik* JFT 1971 s. 131 ss.

käyttäminen ei johdu yksinomaisesti siitä, että asetettaisiin eri vaatimukset (enemmän tai vähemmän näyttöä) näyttötoteamuksille, vaan myös siitä, miten näytettyjä seikkoja oikeudellisesti arvostellaan. Toinen ratkaisijoista saattaa esim. asettaa sopimuksen sitovuudelle ankarammat vaatimukset kuin toinen ratkaisija, mutta vahingonkorvausvelvollisuutta sopimusoikeuden ulkopuolella arvostellessaan hän päätyy kuitenkin saman oikeusseuraamuksen asettamiseen kuin edellinen ratkaisija sopimusrikkomuksen perusteella. Voidaan siis todeta, että sama oikeusseuraamus saatetaan *perustella eri oikeusinstituuttien tarjoamista lähtökohdista käsin*.

Laintulkinnassa ja yleensä lainsoveltamisessa on kysymys siitä, *mitä vaihtoehtoja on tarjolla* ja mitä oikeusohjeita voidaan esim. *kielellisesti tarkistettuina* soveltaa kysymyksessä olevaan tapaukseen. Myös loogisella päättelyllä on joka tapauksessa sijaa tulkintavaihtoehtoja etsittäessä. Perustelemissa voidaan taas erottaa *argumentointi* itse ratkaisutoimintana ja *argumenttien* laatiminen kirjoitetuksi tuomioksi. Ratkaisutoiminnan eri vaiheissa on sitä paitsi jo saattanut esiintyä useampia ratkaisutuloksia, jotka sitten muotoilussa tuomiossa yhdessä koostuvat toisaalta *oikeusseikastoa*, toisaalta *oikeusseuraamusta* koskeviksi ratkaisutuloksiksi. Sellaisia erillisiä ratkaisutuloksia saattavat olla paitsi näyttöratkaisut, myös erilaiset prosessuaaliset, perusteluvaihtoehtoja ja kirjoittamisvaihtoehtojakin koskevat ratkaisut.

Perusteluja etsittäessä esiintyvät ainakin seuraavat vaihtoehdot:

1) *Mikään lainsäädäntöohje ei nimenomaisesti näytä soveltuvan* kysymyksessä olevaan tapaukseen, oikeastaan niihin ratkaisutulosta koskeviin *vaihtoehtoihin*, jotka *intuitiivisesti* tai *induktiivisesti päätellen* on saatu esille. Tällöin joudutaan nojautumaan nk. *toissijaisiin oikeuslähteisiin*: käytetään hyväksi aikaisempaa tuomioistuinkäytäntöä, oikeustiedettä, tunnettuja oikeusperiaatteita tai muuta argumentaatiovälineistöä.

2) Useammat *oikeusohjeet* näyttävät *kilpailevan keskenään*, jolloin saattaa olla kysymys keskenään ristiriitaisista oikeussäännöksistä tai siitä, että kysymyksessä olevaan tapaukseen soveltuvaa oikeusohjetta ei, kuten 1 tapauksessa, löydykään. Tunnetaan myös eri oikeussäännösten rinnakkaissovellutuksia. Niinpä voidaan ajatella, että esim. oikeustoimilain 33 §:n säännöstä käytetään 31 §:n kiskomissäännöstä tukemassa.

3) Oikeussäännös tarjoaa *sovellutusaltaan »välttämättömän» ratkaisuvaihtoehdon*, mutta tuon säännöksen merkityssisällön vahvistaminen

taas osoittaa useampia kilpailevia mahdollisuuksia. Voidaan puhua varsinaisesta oikeussäännöksen *tulkinnasta*: miten, joko *muodollissemanttisesti* tai osoitetusta tehtävästä käsin eli *teleologisesti*, on säännöstä tulkittava.

4) Oikeussäännös tarjoaa sovellutusosaltaan »välttämättömän» ratkaisuvaihtoehdon. *Myös sen merkityssisällön vahvistaminen johtaa yhteen lähinnä »automaattiseen» sovellutusratkaisuun.* Kuitenkin myös tuohon »yhteen vaihtoehtoon» saatetaan päätyä *eri argumentteja käyttäen.*

Aina kun oikeussäännöksen soveltajan kannalta on kysymys *useammista, keskenään ristiriitaisistakin mahdollisuuksista* säännöksen soveltamisalan tai sen merkityssisällön suhteen on vanhastaan totuttu käyttämään termiä *tulkinta*.²

»Välttämättömät» sovellutustapaukset rajoittuvat yleensä eräisiin yksinkertaisiin, *usein tiedostamattomiin* ja siten lähinnä *mekaanisiin sovellutustapauksiin*.³ Tässä voidaan viitata siihen, mitä aikaisemmin on kirjoitettu aikamääristä, oikeuspaikoista jne. kiinteämpinä oikeuslauseina. Kuten on mainittu, käytännössä tunnetaan muissa kuin nk. laillisuus-kysymyksissä (esim. kanne tutkitaan tai jätetään tutkimatta) yleensä useampia vaihtoehtoja, myös kompromissiratkaisujen mahdollisuus. Eri valintamahdollisuuksien toteaminen ei liene kuitenkaan esteenä suhteellisen suuren yhdenmukaisuuden saavuttamiselle.⁴ Toisaalta *kehityslinjojen muodostumista* pidetään eräänä *prejudikaatio-oikeudelle luonteena* osana.⁵

Vaikka valintamahdollisuudet tulisivatkin esille intuitiivisesti, itse

² Vrt. Aho: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 11, joka samastaa merkityksen toteamisen ja selittämisen, kutsuen merkityselämyksen kokemista ja sen vaikutusta käyttäytymiseen sinänsä tulkinnaksi. s. 18. Ilmeisesti tulkinnassa on kysymys lähinnä siitä kokeeko soveltaja säännöksen mekaaniseksi vai tulkinnalliseksi. Vastaavasti tämän muotoilema tuomio saattaa jäädä sen lukijalle tulkinnalliseksi. Mielestäni *ei ole syytä ryhtyä muuttamaan perinteellistä käyttömääritelmää* laintulkinnan yhteydessä. Katsotaan, että tulkinnassa avautuu aina useampia (keskenään ristiriitaisiakin) soveltamismahdollisuuksia. Kts. esim. *Bolding: Juridik och samhällsdebatt: s. 24 »tolkning» ja »tillämpning»*. Vrt. kuitenkin *Pinto: Méthodes des sciences sociales s. 99.*

³ Vrt. esim. *Lahtinen: Zum Aufbau s. 158. Brusiin: Über das juristische Denken s. 106.*

⁴ *Jokela: Irtaimen kaupasta s. 92 yhdenmukaisista ratkaisuista samassa kulttuuripiirissä.*

Kts. myös *Evers: Argumentationsanalys för jurister s. 29.*

⁵ *Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 95. Schmitthoff: Modern trends in English commercial law JFT 1957 s. 352.*

valitsemistoimintaan odotetaan kuitenkin sisältyvän *tietoista argumentointia*. Erityisenä heikkoutena oikeustieteen taholta on todettu tuomioistuinten nk. yksityistapausajattelu. Argumentoidaan saavutettu ratkaisutulos, mutta ei yleistettyä säännönmuodostusta, jota ei useimmiten edes haluta tuoda esille ratkaisuperusteluissa. Tuomioistuimen näköpiirissä eivät suinkaan aina ole kaikki tapauksen yleistyksen liittyvät kysymykset ja siitä syystä lähdetään mieluummin yksityistapauksen *avoimesta argumentoinnista* käyttäen konkreettisia perusteluja.

Kuten jo mainittiin, on tärkeää todeta, että »tulkintamahdollisuuksia» (tai mitä termiä tässä yhteydessä sitten käytetäänkin) esiintyy ei vain lainsäädännön abstraktisen seikaston, vaan myös konkreettisen tapauksen suhteen. Deduktiivisen ajattelutavan yhteydessä voidaan kirjoittaa eräänlaisesta »faktojen venyttämisestä» riippuen siitä, minkä säännöstön alaisuuteen tapaus lasketaan kuuluvaksi (subsumointi).⁶ Kuten myöhemmin selvitetään, esim. vanhempaa lakia sovellettaessa ja yleislausekkeiden yhteydessä konkreettisen tapauksen asia-aineiston eritteleminen saa enenevästi merkitystä. Sieltä pyritään etsimään *arvostuslähtökohtia* säännönmuodostukseksi.

Esim. konkreettisten tapausten suhteen voidaan havaita, että ne ovat *uusia* tai *poikkeuksellisia*. Ne voivat olla ilmauksia uudesta kehitysuuntauksesta yhteiskunnassa tai myös aikaisempien kokemussääntöjen vastaisia. Erityisesti *lainsoveltaja* joutuu tarkistamaan, missä määrin *uusi tilanne on esiintynyt tai voitu edes ottaa huomioon lakia laadittaessa*. Tämä koskee mm. teollista kehitystä yhteiskunnassa ja kulkuvälineitä.

Muuttuneet olosuhteet yhteiskunnassa luovat säännöllisesti tilanteen, jossa voidaan asettaa lähtökohta: aikaisempi oikeussäännös on käynyt *tulkinnanvaraiseksi*. Muutoksina tulevat kysymykseen, eivät ainoastaan tosiasialliset muutokset yhteiskunnassa ja ideologisten aineiden (asenteiden, ideologioiden, tarkoituspäämäärien) muuttuminen, vaan luonnollisesti myös *lainsäädännöllinen kehitys* jollakin rinnakkaisella oikeusalalla.⁷ Erityisesti voidaan lainsäädännöllisenä muutoksena kiinnittää huomiota sosiaalilainsäädännön

⁶ Vrt. *Engisch: Logische Studien* s. 6.

⁷ Kts. myös *Augdahl: Rettskilder* s. 156 ss, joka toteaa, että vanhempi lainsäädäntö saattaa olla monien myöhemmin voimaantulleiden lakien vaikutusten alainen. Voidaan myös esittää kysymys, missä määrin muuttuneet aineelliset oikeudelliset säännökset saattavat heijastua prosessilakien soveltamisessa.

kehittymiseen, joka on vaikuttamassa esim. siviilioikeudellisten lakien tulkittamiseen. Esiintyy epätarkoituksenmukaisuutta, jopa tarkoituksettomuutta eräiden oikeussäännösten suhteen. *Nopeutuneen kehityksen mukana myös ristiriitaisten oikeussäännösten määrä kasvaa helposti nyky-yhteiskunnassa.*

Kun lainsäädännön *puutteellisuutta ja tulkinnanvaraisuutta* esiintyy yhä enemmän, joudutaan säännöllisesti tarkastelemaan niitä *mahdollisuuksia*, joita avautuu oikeustieteen tai oikeuskäytännön (prejudikaatio-oikeuden) välityksellä. Vanhastaan on tunnettu sekä tapa ja tavanomainen oikeus että myös tieteellinen »auktoriteettiratkaisu» oikeussovellutusten perustana.⁸ Oikeustieteen panoksen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla nk. suositusratkaisu, vaan myös hypoteettisten teorioiden esittäminen saattaa edistää oikeussäännösten tulkintaa, kuten aikaisemmin nk. analyttistä teoriaa tarkasteltaessa on todettu.

Mm. saksalainen oikeusteoria erottaa toisistaan varsinaisen *laintulkinnan* ja tuomioistuinten lainsäädännön *täydentämiseen* johtavat ratkaisut. Jaoittelu saattaa olla hyödyllinen, koska on kysymys lainsoveltajan kannalta mielekkäästi toteutettavista vaihtoehdoista. On kuitenkin todettava, että tuo teoreettinen jaoittelu ei meillä ole saanut vastaavaa korostusta kuin mannermaisissa oikeusjärjestyksissä.⁹ Tämä johtuu toisaalta siitä, että oikeusjärjestyksemme ei ole eri oikeusalojen lakikodifikaatioista koostunut järjestelmä, toisaalta siitä, että lakipositivismi ei ole meillä saanut vastavaikutukseen *voimakkaita nk. vapaa-oikeudellisia suuntauksia*, jotka olisivat erityisesti aukkotapauksissa korostaneet lainkäyttäjän asemaa lainsäätäjänä.¹⁰

⁸ *Nehrman*: Inledning till den Svenska jurisprudentiam Civilem (1729) s. 71 »interpretatio authentica» eli lainsäätaja selittää tarkoituksensa, s. 72 »interpretatio usualis» eli tapa voi selittää oikeutta, »interpretatio doctrinalis» eli tiedemiesten tulkinta.

⁹ Kts. oikeusaukoista esim. *Brustin*: Tuomarin harkinta s. 41 ss. *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 118 ss. Esim. *Jokela*: Irtaimen kaupasta s. 84 toteaa, että erilaiset jaoittelut oikeusaukoista ovat lähinnä terminologisia ongelmia. Vrt. kuitenkin nk. »kätkeyt aukot» verrattuina »avoi-miin aukkoihin» ja nk. »kollisioaukot», *Canaris*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz s. 16, s. 65, s. 129 ss.

¹⁰ Erityisesti viime vuosina esiintyneiden oikeusriitojen yhteydessä on kuitenkin myös oikeustieteen taholta tuotu esiin vaatimuksia, että tuomioistuimet varsinkin vanhempaa lakia soveltaessaan enenevästi irroittautuisivat lain sanamuodosta ja ottaisivat huomioon myös »tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia». Kts. esim. *Jokela* Lm 1970 s. 847 ss.

Ilmeisesti tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa esiintyy vastaavaa argumentointia sekä varsinaisessa laintulkinnassa että aukkotapauksissa. Tuomioistuimet pyrkivät kummassakin tapauksessa perustelemaan ratkaisunsa (deduktiivisesti) oikeusjärjestyksen tunnettua säännöstöä, tunnustettuja oikeusperiaatteita ja vakiintunutta oikeuskäytäntöä hyväksikäyttäen, pelkistäen (induktiivisesti) *ratkaisuargementteja* myös itse yhteiskunnassa esiintyvistä ristiriitatilanteesta käsin, kuitenkin siten, että viimeksi mainitut saavat keskeisemmän sijan niissä tapauksissa, joissa varsinaista oikeusohjetta ei ole perustelulauseeksi esiintuotavissa. Kokemussäännöillä ja reaalityiedoilla yhteiskunnasta on erityisesti huomattava sijansa sekä nk. aukko- että tulkintaratkaisuisissa.

Historiallisdogmaattinen oikeusteoria tuntee eri laintulkintametodit teknillisinä välineinä oikeussäännöksiä sovellettaessa. Vaihtoehtoiksi on katsottu: kielellinen eli semanttinen, subjektiivinen eli historiallinen ja objektiivinen, lähinnä objektiivisteleologinen tulkinta.

Kielellisestä eli semanttisesta tulkinnasta on traditionaalisesti vielä erotettu nk. tekstikritiikki,¹¹ jolloin lähdetään siitä, että oikeussäännös alunperin *hypooteettisesti on mielekäs kokonaisuus*. Sitä pyritään oikaisemaan lähinnä kielellisten epätarkkuuksien, mutta myös loogisten rakennevirheellisyyskysien suhteen. Katsotaan, että tällöin on lähinnä kysymys »virheselviöistä». Kuitenkin jo lause-syntaktien etsiminen johtaa varsinaiseen laintulkintaan. Vastaavasti muodostaa esim. *suomen- ja ruotsinkielisten lakitekstien vertailu* erään laintulkintavälineen, vaikka suomenkielinen teksti onkin ensisijainen. Raja tekstikritiikistä laintulkintaan on liukuva. Esim. tuomioistuimissa lakitekstien kriittinen tarkastelu säännöllisesti liittyy laintulkintaan. Sanottu jaoittelu saattaa tarjota lähtökohdan hallintotoiminnassa oikeussäännöksiä sovellettaessa. On kuitenkin todettava, että se on lähinnä eräs käytännön oikeuselämän käyttämiä jaoitteluja, jolle ei voida löytää perusteltua teoreettista lähtökohtaa ja jonka merkitys vähenee historiallisesta laintulkinnasta luovuttaessa.

Varsinaisella semanttisella tulkinnalla tarkoitetaan lain kielellisen ilmaisuuden asettamista tulkinna lähtökohdaksi. Kieltämättä oikeussäännöksen *sanamuoto* saa sen soveltajan useimmiten havaitsemaan, ettei

¹¹ Tekstikritiikistä sekä lakitekstin oikeaperäisyyden toteamisena että virheoikaisuna, *Ekström: Privaträttens allmänna läror* I s. 73. Suomenkielinen lakiteksti on nyttemmin alkuperäinen ja ruotsinkielinen on vain käännös siitä. 1800-luvun lainsäädännössä suomenkieliset tekstit ovat kuitenkin käännöksiä ja ruotsinkielinen teksti alkuperäinen.

kysymykseen voi tulla mekaaninen lainsovellutus. Näin ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla asianlaita, vaan esim. vanhaa lakia sovellettaessa saatetaan sinänsä »törmätä» muutoksiin yhteiskunnassa, vaikka lain sanonta näennäisesti olisikin kattamassa tilannetta. Esim. semanttista lauseanalyysia ei voida suorittaa ottamatta huomioon: mitkä arvostustekijät ovat olleet vaikuttamassa lakia laadittaessa; miten kielellinen kommunikaatio on onnistunut; mitkä tekijät ovat kehittyneet yhteiskunnassa vasta lain voimaantulon jälkeen, myös mitä lainsäätäjää lakia laadittaessa on tarkoitushakoisesti halunnut ottaa huomioon jne. Voitaneen siten sanoa, että *kielellinen tulkinta* muodostuu lähinnä *välineeksi*, jota muun ohella käytetään *joko subjektiivisen*: historiallisen lainsäätäjän alkuperäistä tai myöhempää hypoteettista tarkoitusta etsivän, *tai objektiivisen*: lain soveltamishetken tarkoitushakoisine kannanottoineen lähtökohdaksi asettavan laintulkinnan hyväksi.¹² Muotoiltua säännöstä sanamuodollisesti tarkasteltaessa ei ole kuitenkaan kysymys vain joko *pyrkimyksestä* säännökseen *laajentavaan* tai *suppeampaan* tulkintaan, vaan »välittömästä» merkityksestä ts. eri *sanamuodollisista korostuksista* suhteessa asianomaiseen oikeusohjeeseen, muihin lain säännöksiin ja lainsäätäjän kompetenssivaltuuksiin.

Subjektiivinen eli historiallinen laintulkinta on jatkuvasti joutunut väistymään muuttuvassa yhteiskunnassa. Maallikkojen kuulee usein lausuvan käsityksensä, että oikeustiede jatkuvasti etsii »oikean» historiallisen lainsäätäjän »todellista tahtoa». Kuten jo aikaisemmin on mainittu, looginen konstruktio lainsäätäjän tahdosta on kestämaton. *Laki* voimaansaatettuna irroittautuu antajastaan *kehitystekijäksi yhteiskunnassa*. Kun verrataan esim. sopimustulkintaa ja laintulkintaa toisiinsa, joudutaan havaitsemaan, että *vain harvoissa tapauksissa on historiallisen lainsäätäjän »todellisen tahdon» selvittämällä välitöntä merkitystä tulkinnassa*.

Lakikodifikaatioiden mukana subjektiivinen tulkinta sai aluksi enenevää merkitystä. Vielä nytkin voidaan havaita, että jokin uusi lainsäädäntö on tuomassa esille *lainvalmistelutöiden osoittamia tulkintasääntöjä*, kunnes *vakiintunut tulkinta* on kilpailemassa niiden kanssa. Kehitys on kuitenkin vienyt lähinnä objektiivisen tulkintateorian eli lainsäädännön tarkoitushakoisuutta *soveltamishetkellä* toteuttavan tulkin-

¹² Esim. Aarnion tutkimus perillisen oikeusasemasta asettaa semanttisen analyysin kohteeksi *valmiiksi muotoillun lainsäädännön* kiinnittämättä suuressaakaan määrin huomiota lainvalmisteluaineistoon.

nan hyväksymiseen. Esim. Ranskassa,¹³ jossa esiintyy Code Civil'in 5 artiklasta johdettu ohje historiallisesta laintulkinnasta, on jo vuosisadan alusta lähtien tuotu arvovaltaisesti esille kannanottoja objektiivisen laintulkinnan hyväksi. Ruotsissa,¹⁴ jossa lainvalmistelutyöt julkaistuna aineistona ovat huomattavasti korostetummassa asemassa kuin meidän oikeusjärjestyksessämme, joudutaan yhä useammin nojautumaan konstruktiivisiin »lainsäätäjän hypoteettisesta tarkoituksesta» ja »tarkoituksen siirrosta».

Objektiivinen tulkintaperiaate on oikeustieteen ohjelmallisesti esiintuoma. On todettu, että oikeudelliset ratkaisut tosiasiallisesti sisältävät kannanottoja, jotka ovat »historiallisen lainsäätäjän» tarkoituksenäkökohtien vastaisia. Objektiivisen tulkinnan lähtökohta on historiallisesti löydettävissä toisaalta »muodollisten normiteoreettikkojen»¹⁵, toisaalta vapaampaa laintulkintaa¹⁶ edistämään pyrkivien tutkijoiden kannanotoista. On myös muistettava, että autonomisessa Suomessa laki on saanut erityisen merkityksen itsenäisen vallankäytön välineenä. Meillä objektiivinen laintulkinta on siten saanut laajaa kannatusta.¹⁷ Varsinkin rikosoikeustieteilijät ovat korostaneet objektiivista tulkintaa, mikä johtunee osaltaan siitä, että rikoslain säännösten edellytetään olevan kansalaisten tiedossa lainsäädännön oikeusohjeina eikä vain etsittävässä lainvalmistelutöiden avulla.

Käytännössä tuomioistuimet kuitenkin pyrkivät objektivoimaan ratkaisujaan tarkastelemalla myös lainvalmistelusuosituksia ja vertailemalla niiden sopeuttamismahdollisuuksia nyky-yhteiskuntaan esim. vanhempaa lakia sovellettaessa. Esim. David¹⁸ toteaa, että monet Ranskan tuoma-

¹³ Ballot—Beaupré: Discours prononcé à l'occasion du centenaire du Code Civil (1904). David: Le Droit français I s. 146.

¹⁴ Esim. Grönfors: SvJT 1960 s. 12 ss.

¹⁵ Esim. Binder: Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung s. 41. Binding: Die Normen I s. 89: normit irroitettuina omalle tasolleen, kts. esim. s. 474, tuomarin itsenäinen merkitys.

¹⁶ Esim. Kohler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie s. 76. Adressaatti-ilmaisun, ts. lain sanamuodon korostaminen liittyy 1800-luvulla syntyneen »luottamusteorian» vaikutukseen. Kts. myös Kaser: Das römische Privatrecht I s. 251.

¹⁷ Esim. Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 128 (objektiivisteologinen tulkinta). Honkasalo: Rikosoikeuden yleiset opit I s. 63. Ellilä: Uusittu liikenne-rikosoikeus s. 59. Vrt. Norjan oikeudessa esim. Augdahl: Rettskilder s. 110. Ruotsin oikeudessa esim. Thornstedt: SvJT 1959 s. 6.

¹⁸ David: Le Droit français I s. 149. Vrt. Larenz: Methodenlehre s. 259.

reista eivät ole edes tietoisia siitä, että he itse asiassa tulkitsevat lakia *soveltamishetken tarkoituksenäkökohtien mukaan*, vaan pyrkivät vain jollakin tavoin johtamaan kannanottonsa historiallisen lainsäätäjän kannanotoista. Tällöin esitetään kysymys, *millä edellytyksillä lainvalmistelutoista voidaan poiketa*. Kun asetetaan objektiivinen tulkintateoria lähtökohdaksi, *historiallinen aspekti siirtyy argumentaatioon*, ts. lainsäätäjän kannanotoista ja lainsäätäjän tarkoitusteleologiasta tulee *eräs, eikä suinkaan hallitseva argumentti tulkinnassa*.

Objektiivinen tulkinta on siis vailla omaa »etsittävää» sisältöä. Se merkitsee vain *muotoa, jossa tulkinta tapahtuu*, ts. se ilmoittaa lähtökohdaksi lain soveltamishetkellä voimassa olevan säännöksen. Kun tuosta lähtökohdasta käsin kysytään: miten laki on adressaattien ymmärrettävissä, miten laki nyttemmin esiintyy lakijärjestelmän osana, mitä tehtäviä laki palvelee, kuinka laki on seurausvaikutuksiltaan nyky-yhteiskuntaan sopeutettavissa jne., siirrytään nk. objektiivisteleologiseen¹⁹ tulkintaan. Välittömästi herää kysymys, *eikö objektiivinen tulkinta jo silloin ole liian avointa*. Eikö ole vaarana, että itse asiassa tavoitteellinen tulkinta saattaakin sisältää vain »näennäisperusteluja.»²⁰ Ehkä juuri tästä syystä objektiivinen teoria on ollut *lisäämässä »lain kirjaimen» hakeutuvaa tulkintaa*, myös niillä aloilla, joilla adressaattinäkökohdat eivät suinkaan esiinny ensisijaisina. Kysymykseen *ei voi tulla mikä tarkoitushakoinen kannanotto tahansa*, vaan katsotaan, *että säännöksen sanamuoto ja sen sijainti lainsäädännössä edellyttävät kumoutuakseen erittäin painavia vasta-argumentteja*. Näitä *argumentteja ei kirjoitetuissa tuomioissa esiintuoda*, mutta niiden perus-

¹⁹ Vrt. esim. Heinonen: Velallisen konkurssirikoksista s. 18, joka asettaa jaoittelun: subjektiivinen, objektiivinen ja teleologinen tulkinta, katsoen — lukeutuessaan teleologisen tulkintametodin kannattajaksi —, että rikosoikeudessa tulee ensisijaisena rationa esille »tiettyjen oikeushyvien suojaaminen». Kts. mm. Binding: Die Normen I s. 359 »Gut oder Interesse». Myös Ekström: Privaträttens allmänna läror I s. 60: »ratio legis» tulkinnan välineenä.

²⁰ Kts. Engisch: Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken s. 21: Sen väitteen torjumiseksi, että tuomioistuinten perustelut ovatkin vain »näennäisperusteluja», on pyrittävä analysoimaan perustelulauseen takana *argumentaatioissa vaikuttavia ideologioita*.

Kaikki argumentit eivät ilmeisesti kuitenkaan ole pragmaattisia, kuten »uuden retoriikan» kannattajat saattavat esittää, vrt. Jokela: Lm 1970 s. 849, kts. myös Perelman: s. 103, s. 463 ss. Esiintyy myös ideologisia, ainakin eräänlaisia ideologisväritteisiä *tavoiteargumentteja*. Eri tavoitteet saattavat myös esiintyä keskenään kilpailevina.

teluja ja johtopäätöksiä tarkasteltaessa voidaan kuitenkin todeta sovelletun säännöksen takana esiintyviä historiallisisideologioita (tunnetut oikeusperiaatteet ja lainsäätäjän tarkoituksinäkökohdat) ja empiirisosio-logisia (muutoksiin yhteiskunnassa, keskimittakäyttäytymiseen ja yhteiskunnallisiin tarpeisiin liittyviä) toteamuksia edellä mainittujen muodollis-teknillisten ja loogiseen päättelyyn (esim. lainanalogia) liittyvien näkö-kohtien rinnalla ja niiden kanssa kilpailevinakin. Se merkitsee itse asiassa muodolliskonstruktivisia (oikeusvarmuutta edistäviä), empiirisosio-logisia (yhteiskuntarealityetteihin viittaavia) ja oikeusideologioita (esim. kontinueettiajatuksia ja yksilöideologiaa esiintuovia) näkökohtia argumentteja valittaessa ja myös argumenttien ensisijaisuutta todettaessa.

Kielellisiä ilmaisuja tarkasteltaessa joudutaan kiinnittämään huomiota myös kielen muutoksiin. Teoriassa voidaan ajatella, että yhteiskunnalliset ja kielelliset muutokset seuraavat toisiaan. Käytännössä saatetaan havaita ainakin niiden vaikutus toisiinsa: esim. jokin kulttuurimuoto häviää ja kieli menettää merkitystään ja erikoistuu, joku kulttuurimuoto yleistyy, kieli yleistyy (vrt. esim. eri tapakulttuurin muodot). Mutta kieli saattaa kokonaan muuttua omassa ohjauksessaan. Erityisen mielenkiintoisia ovat tapaukset, joissa arvolutaus kielessä siirtyy kattamaan jotakin toista kielellistä ilmaisua. Kielellinen merkitysmuutos havaitaan esim. 1930-luvulta nykyaikaan oikeustoimilain 33 §:n sanamuotoa tarkasteltaessa. Lakikieltä koskevassa osassa todettiin lainlaattijan pyrkimys *jatkuvuuskelpoiseen kielenkäyttöön*. Laintulkinnassa voidaan todeta *sanamuodollisten korostusten väheneminen* — oikeusalaista riippumatta — *vanhempaa lakia sovellettaessa*.

Eri tulkintalähtökohdat saattavat tietysti — ja parhaissa tapauksissa — johtaa täysin samaan tulkintatulokseen. Rajatapauksissa voidaan niiden avulla kuitenkin ilmeisesti mielekkäästi puolustaa täysin vastakkaisia kannanottoja, ts. niitä saatetaan käyttää aseina nk. juristeriassa. Mikäli esiintyy eri tulkintateorioiden käyttäjiä (esim. kansainvälisessä sopimustulkinnassa) olisi ilmeisesti tärkeää niiden yhtymäkohtien selvittäminen, joista ohjaututaan erilaisiin korostuksiin. Tulkinnanvaraista oikeussäännöstä pitäisi voida säännöllisesti tarkastella sekä objektiivisteologisen että historiallissubjektiivisen tai ratkaisuvaihtoehtoja nyky-yhteiskuntaan sijoittavan tulkinnan avulla, asettamatta nimenomaista ohjetta, että jokin tulkintatapa on kaikissa tilanteissa auktoritatiivinen. Esim. Evers (Argumentationsanalys för jurister s. 51 ss) kirjoittaa eri argumentteja

yhteensovittamalla saavutettavasta järkevän kohtuullisesta tulkinnasta (»rimlighetstolkning»).

Ehkä on myös kysyttävä, voidaanko nyky-yhteiskunnassa enää ensinkään puhua *erikseen laintulkinnasta*. Eikö se itse asiassa ole vain *eräs osa* oikeudellisten ratkaisujen perusteluista? Määrättyä tapausryhmää varten aikanaan annettu lainsäädäntöohje katsotaan vain erääksi välineeksi oikeudelliseen ratkaisuun pyrittäessä. Muita välineitä ovat toisaalta argumentit itse yhteiskunnasta käsin ratkaisun hypoteettisia seurausvaikutuksia todettaessa ja toisaalta oikeudellisen ideologian esiintuomat tavoitteet. Kun esim. *olosuhteet* yhteiskunnassa ovat *muuttuneet*, ei pyritäkään »näennäisesti» soveltamaan vanhaa lakia muuttuneissa olosuhteissa, vaan argumentoidaan uusi ratkaisu ja uusi säännönmuodostus, jonka perusteluna saattaa *vain muiden ohella* esiintyä tunnetusta oikeusohjeesta esiintuotu oikeusajatus. Siten oikeudelliset ratkaisut *avautuvat* entistä enemmän yhteiskuntavaikutteille ja perusteluihin liitetään joko asianomaisen lainkohdan sovellutusperusteeksi hyväksyvää tai sen kokonaan hylkäävää argumentointia. Käsitykseni mukaan on kuitenkin kysyttävä, kuinka pitkälle tällaisessa ratkaisujen avautumisessa voidaan mennä. Millä oikeusaloilla ja minkäláisten säännösten yhteydessä lakisidonnaisuudesta voidaan luopua?

Vertailevan katsauksen yhteydessä todettiin, että *laajatkin valtuudet* ovat tuomioistuinten taholta saattaneet johtaa vain erittäin *varovaisiin kannanottoihin*, kuten esim. Sveitsin siviililain 1 §:n kohdalla mainittiin. Myös meidän *oikeusjärjestyksemme* on *avoin*. Vanhemmassa oikeustieteessä on saatettu korostaa tuomarin sidonnaisuutta lakiin, mutta missään vaiheessa *ei ole pyritty toteuttamaan yhtenäistä laki- tai ideologista järjestelmää*, jossa esim. muuttuneet olosuhteet eivät saattaisi olla vaikuttamassa.

Mikäli *oikeudelliset ratkaisut* enemmän *vapautuvat* sanamuodollisesta tulkinnasta, se asettaa myös *tuomioistuinargumentaatiolle suuremmat vaatimukset*.²¹ Meidän tuomioistuimiamme on muutoin — erityisesti Ruotsin ja Norjan tuomioistuihin verrattuna — arvosteltu perustelujen puutteellisuudesta.

Kuten jo aikaisemmin on todettu, nykyisen järjestelmän vallitessa tuomioistuimet *itse ratkaisevat, mitä perusteluja ne tuovat esille muo-*

²¹ Esim. Bolding: Juridik och samhällsdebatt. Vaatimus »avoimesta debattista» argumentaatiossa s. 86.

toilluissa ratkaisuihinsa; vain aniharvoissa tapauksissa esim. ylimmät oikeusasteet ovat palauttaneet juttuja puutteellisten perustelujen vuoksi, mikä johtuu osaltaan siitä, että meillä ei, kuten mannermaisissa järjestelmissä, palautus ole välttämätöntä silloin, kun ylin tuomioistuin muuttaa alempien päätöstä. Korkeimman oikeuden palauttamismenettely johtaa säännöllisesti erityishidastettuun oikeudenkäyntiin, mikä jutun palauttamista harkittaessa on otettava huomioon.

Tässä ei erikseen puututa nk. näyttöratkaisuihin, vaan lähdetään siitä, että tuomioistuinratkaisuihinsa *voidaan* — tai niissä ainakin *pitäisi* — erottaa erikseen näyttöratkaisu ja erikseen oikeudellinen ratkaisu. Kuten on mainittu, mm. yhteiskuntapoliitikkojen taholta on tuomioistuimilta alettu enenevässä määrin vaatia sekä näyttöratkaisun että oikeudellisen arvostelun perustelemista. Kirjoitetussa tuomiossa saattavat näytön arvosteleminen ja oikeudellinen arvostelu kuitenkin kietoutua toisiinsa siten, ettei oikeudellinen arvostelu olekaan erotettavissa näytön toteamisesta. Esim. vahingonkorvausoikeuden ratkaisuihinsa saatetaan vain ilmoittaa *toteamus, miten vastaaja on menetellyt*, ja sen jälkeen *vahvistaa, ettei vastaajan tuottamusta ole selvitetty*, tai päinvastoin *katsoa hänet korvausvelvolliseksi*. Esim. rikosjutuissa saatetaan syytetyn syyksi lukea teko siinä abstraktisessa muodossa kuin se esiintyy lain tunnusmerkistössä ja sen jälkeen ilmoittaa vain oikeussäännös, jonka nojalla rangaistus tuomitaan, jne. Tässä tutkimuksessa ei puututa näyttöperusteluihinsa sikäli kuin on kysymys, mitkä tekemuodot ja tapahtumat todetaan selvitettyiksi. Näyttö eli nk. »faktat» muodostavat kuitenkin aineiston, johon, oikeudellinen arvostelu kohdistetaan. Siten jonkin näyttöosuuden (esim. anastustarkoituksen tai välinpitämättömyyden teon seuraamuksista, mitkä nk. subjektiiviseen puoleen kuuluvat seikat ovat hankalasti toteennäytettävissä) puuttuminen tai lisäseikkojen esiintuominen (kuten hengenvaarallisen välineen käyttäminen tai läheinen sukulaisuus rikoksen salaamisen yhteydessä) saattaa välittömästi muuttaa oikeudellista arvostelua. Näyttöperustelut eivät ole tärkeitä vain adressaatteina olevien kansalaisten, vaan myös esim. ylempien tuomioistuinten kannalta niiden joutuessa arvostelemaan *millä todennäköisyydellä* oikeudellisen arvostelun perustana olleet tosiseikat on alemmassa oikeusasteessa katsottu selvitettyiksi. Toistaiseksi sekä näytön arvostelua että keskeisiä oikeuskysymyksiä on laajemmin selvitetty vain ylioikeuksien muistioissa.

Nyttemmin on myös alettu toistuvasti kysyä, sisältävätkö tuomioistui-

mien laatimat ratkaisut »todellisia perusteluja», kun tiedetään, että ne perustelut, joita esiintyy tosiasiallisesti ratkaisutoiminnassa, eli varsinaisen, usein poleeminenkin argumentointi on sisällöltään yksityiskohtaisempaa kuin mitä tuomioistuinten abstraktiset, kaavoihin puettut ratkaisut osoittavat. Esitetään jopa epäilyjä, että »syyt» ratkaisujen lopputuloksiin olisivatkin toiset kuin ilmoitetut perustelut.

Muotoilussa tuomiossa voidaan oikeusjärjestyksemme mukaan useimmiten ja täydellisimmilläänkin vain todeta:²² *asianosaisten vaatimukset* (alioikeuksien pöytäkirjoissa niitä ei ole koottu yhtenäiseksi osaksi, vaan ne esitetään kanne- tai syytekirjelmän lisäksi muun aineiston ohella kunkin istunnon pöytäkirjasta kirjoitetuissa otteissa), *alempien oikeusasteiden ratkaisut* (esim. hovioikeuden kerroelma nykyisessä muodossaan sisältää asianosaisten vaatimusten ohella alioikeuksien ratkaisut selostettuina siten, että niitä usein täsmennetään ja vähäisiä virheellisyyksiä korjataan), *näytön erittely* (lähinnä selvitettyksi katsotut tosiseikat erikseen perustelematta, mihin todistuskeinoin tai tuomioistuinten kannanottoihin näyttötoteamus perustuu), *oikeussäännös*, jota tapaukseen sovelletaan (siviilijutuissa jätetään säännös usein mainitsematta ja ilmoitetaan *oikeudellinen arvoskelu*, joka ko. yksityistapauksessa on johtanut kanteen hylkäämiseen tai hyväksymiseen), tai eräissä tapauksissa *oikeussäännöksestä johdettava säännönmuodostus* (mikä on harvinainen perustelemistapa) ja erikseen *oikeusseuraamus* (rangaistus, vahingonkorvaus, oikeustoimen pätemättömyys jne.). Vanhastaan ei alempien oikeusasteiden ratkaisuihin ylemmissä oikeusasteissa kohdisteta poleemista argumentointia (perustelemistapa, josta eräiltä osin on myös luovuttu). Ei esim. kirjoiteta, että alioikeuden tuomiota ei perusteilla X ja Y ole pidettävä voimassa, vaan esitetään *uudet perustelut*, jotka joko muuttavat tai kumoavat alioikeuden ratkaisua. (Kun esim. kirjoitetaan tuomio, jolla pysytetään alioikeuden lopputulos, mutta täydennetään alioikeuden perusteluja, käytetään vaikeasti luettavissa olevaa mallia: näillä ja muutoin alioikeuden mainitsemilla perusteilla alioikeuden päätös jää pysyväksi tai voimaan.)

²² Vrt. *Schmidt*: The ratio decidendi s. 9, joka vertaa Ranskan Cour de Cassation'in, Saksan Bundesgerichtshof'in ja Yhdysvaltojen Michigan Supreme Court'in ratkaisuja perusteluineen todeten, että kaikkiin niihin sisältyvät muiden perustelutekijöiden ohella vastaavat »anatomiset osat». Myös *Hjerger*: Om rättsfallstolkning. (Compendium s. 79 ss.)

Tuomioissa ja päätöksissä ei tähän asti ole myöskään ilmoitettu ratkaisujen *dialektiikkaa*, vaan ne ovat monistisia²³ eli saavutettua lopputulosta tukevia. Dialektiikka²⁴ saadaan lähinnä esiin silloin kun joissakin jutuissa esiintyy useampia yksityiskohtaisesti perusteltuja erimielisyyksiä. Usein julkaisemattomat ylioikeuksien ratkaisut ovat nk. »hatturatkaisuja» eli ne on yhteensovitettu useampien kollegion jäsenten mielipiteistä. Ei siis käy selville se joko kirjallinen tai suullinen argumentointikeskustelu, joka esittelyssä ja sen jälkeen juttujen kiertäessä eri jäsenillä on edeltänyt esim. hovioikeuden mielipiteeksi katsottavan tuomion kirjoittamista.

On kuitenkin todettava, että alioikeuksien perustelut ovat usein yksityiskohtaisempia kuin hovioikeuden tuomio- ja päätöslauselmissa esiintuodut. Korkeimman oikeuden vuosikirjojen selostuksissa ja tiedonannoissa on ratkaisuja esim. siviilijutuissa alettu perustella yksityiskohtaisemmin. Hovioikeuksien perustelut ovat suurelta osin jatkuvasti erittäin abstraktisessa muodossa ja muutoinkin niukkoja. Tämä johtunee osittain siitä, että hovioikeuden nykyisen kirjoitustavan mukaan esiintyvät jutun kertoelmaksi kirjoitetussa kanteessa tai syyttäjän syytteessä väitetyt tosiseikat ja johtopäätökset niistä. Ne väittämät, joita ei nimenomaisesti jätetä tutkimatta tai hylätä, muodostavat siten ilmoitetun oikeussäännöksen ohella jutun oikeudelliset perustelut. Voidaan siis sanoa, että hovioikeuden tuomion tai päätöksen perustelut, siten kuin ne esiintyvät nykyisessä abstraktisessa muodossaan, saattavat olla luettavissa, kuten ne on kirjoitettu kanteen tai syytteen hyväksytyssä osassa.

Yksityiskohtaisempiakin perusteluja myös hovioikeuskäytännössä kuitenkin esiintyy. Kun ylioikeuksien kirjoitustavalle on ominaista pyrkimys mahdollisimman suuren yleispätevyyden saavuttamiseen, niin usein alioikeuden perusteluista karsitaan pois rinnakkaisia perusteluja tai muutoin »ei-relevantiksi» katsottavaa aineistoa. On myös muistettava, että perustelujen tulee ylioikeuksissa kattaa useampien jäsenten hyväksymät vaihtoehdot, joten jo kahdenkin jäsenen ratkaisujen yhteensovittaminen saattaa sisältää kompromissin.

²³ Kielto »poleemisten» argumenttien esittämiseen johdetaan em. OK 24:3 säännöksestä.

²⁴ Dialektiikan käsitteestä ja dialektiikasta kehitystekijänä kts. esim. Buch.: Conception dialectique des antinomies juridiques (Perelman: Les Antinomies en Droit s. 372, erit. s. 391). 1965.

Kun tarkastellaan esim. korkeimman oikeuden julkaistuja tapauksia, todetaan, että

1) esiintyy ratkaisuja, joissa perustelut tuodaan esiin vain viittaamalla selvitettyyn näyttöön ja *ilmoittamalla lainkohta*, johon ratkaisu perustuu.

Esim. KKO tied 54/1964:

Ottolapsisuhde purettu ottovanhempien hakemuksesta sillä perusteella, että ottolapsi vietti pahantapaista elämää.

Kanteessa ilmoitettiin, että lapsi oli törkeästi rikkonut ottovanhempiaan vastaan mm. pahoinpitelemällä heitä ja anastamalla heille sekä vieraille henkilöille kuuluvaa omaisuutta sekä muutoinkin viettänyt pahantapaista elämää.

Alemmat oikeusasteet hylkäsivät kanteen.

KKO: »koska jutussa esitetyn selvityksen mukaan» lapsi »vietti pahan-tapaista elämää», alemmien oikeusasteiden päätökset kumottiin ja ottolapsisuhde purettiin ottolapsista annetun lain 11 §:n 2 momentin nojalla.

Jutussa ei ole ilmoitettu, mitkä kanteessa mainitut seikat (vaiko ne kaikki yhdessä) johtivat siihen, että ottolapsisuhde purettiin. Kun kysymyksessä on väljäsisältöinen oikeuslause jää erityisesti odottamaan selvitystä, minkälainen elämä ottolapsisuhteen purkamisen yhteydessä *arvostellaan pahantapaiseksi*. Nykyisessä muodossa ratkaisulla on lähinnä merkitystä desuetudo-vaikutusten torjumiseksi. Ottolapsista annetun lain 11 §:n 2 momentin soveltaminen saattaa todella tulla kysymykseen oikeuskäytännössä.

Esim. KKO tied 81/1968:

Linja-auton omistaja velvoitettiin suorittamaan säveltäjille hyvitys auton kaiuttimen välityksellä matkustajille esitetyistä Oy Yleisradio Ab:n lähettämistä sävelteoksista.

KKO on hyväksynyt eräin HO:n tekemin täsmennyksin raastuvanoikeuden Teosto ry:n kanteesta julistaman päätöksen perustelut: »Sen vuoksi ja kun yhtiö esittämällä julkisesti ja luvatta ansiotoiminnassaan kysymyksessä olevia sävelteoksia oli loukannut yhdistyksen edustamien säveltäjien tekijänoikeutta» liikenneyhtiö velvoitettiin tekijänoikeuslain 1, 2 ja 57 §:n nojalla suorittamaan yhdistykselle kohtuullinen hyvitys.

Myös viimeksi mainitussa tapauksessa toistetaan lähinnä lain sanat, mutta perustelut tuntuvat kuitenkin riittäviltä.

Tämä perustelemistapa (lain sanontaan nojautuminen) esiintyy varsinkin rikostyyppiratkaisuissa, mutta myös siviilijutuissa, erityisesti alemmissa oikeusasteissa saatetaan näyttöselvityksen lisäksi tyytyä nk. rajatapauksissakin vain viittaamaan sovellettavaan oikeussäännöksen.

2) Esiintyy tapauksia, joissa oikeussäännöstä täydennetään tai oikaistaan kielellisesti siten, että muodostuu *täydennys- tai poikkeusohje* nk. alalauseeksi.

Esim. KKO sel. 5/1952 pelkistää ohjeen:

»sen vuoksi ja kun *kertakaikkisena määränä suoritettu elatusapumaksu ei*

vapauttanut makaajaa maksamasta lapsen elatusta ja kasvatusta varten lisäavustusta, mikäli olennaisesti muuttuneet olosuhteet tekivät sen suorittamisen lapsen huoltamisen kannalta tarpeelliseksi».

3) Esiintyy tapauksia, joissa ratkaisuperusteluja tuodaan esiin *yksityistapauksen asia-aineistosta käsin*.

Esim. KKO sel. 1/1967:

»koskei esitetyn selvityksen perusteella voitu katsoa Y:n olojen olevan sellaiset, että hänet, kun myös otettiin huomioon lääketieteen kandidaatin tutkinnon suorittaneen X:n omat mahdollisuudet elatus- ja jatko-opintomenojensa suorittamiseen, voitaisiin velvoittaa osallistumaan (lapsensa) X:n sanottujen menojen kustantamiseen», KKO jätti asian HO:n lopputuloksen varaan.

Vaikka em. KKO-tapauksessa ei esiinny perustelulauseetta: elatusvelvollinen voidaan velvoittaa suorittamaan elatusapua aviolapselleen tämän tultua täysi-ikäiseksi, ajatus on johdettavissa argumentaatiosta. Ratkaisu merkitsee *avointa maksimirajakorotusta*. Kun ei yleensä esitetä nk. poleemista argumentointia, niin tuodaan esiin lähinnä ne perustelut, jotka tukevat saavutettua, siis tässä tapauksessa hylkäävää lopputulosta. On myös huomattava, että kun perustelut eivät sinänsä saa lainvoimaa ollaan taipuvaisia antamaan vähemmän merkitystä hylkäävien ratkaisujen perusteluille (kun ne eivät esim. esiinny plenum-ratkaisujen perusteluina). Em. oikeustapauksen otsikko ilmaisee yleisen säännönmuodostuksen ja tapaus on myös julkaistu edustavasti KKO-selostuksena.

4) Esiintyy tapauksia, joiden kohdalla ei katsota voitavan soveltaa tai ei haluta esiintuoda oikeussäännöstä. Esitetään eräitä *oleellistettuja tunnusmerkkejä* ja oikeudellinen arvostelu kohdistetaan tuohon *esimerkiksi* katsottavaan *tyyppitapaukseen*. Tällaisia sovellutuksia esiintyy myös yleislausekkeiden yhteydessä. Tällöin saatetaan myös viitata lain-säännökseen. Erityisesti esiintyy *esimerkkityypittelyä* vahingonkorvaus-oikeutta koskevien tapausten perusteluina (henkilö- ja tilannetyypittely).

Esim. KKO tied. 74/1966:

»*Kiinteistön isännöitsijä* oli jättänyt talossa suoritettujen peltisepäntöiden johdosta rikkoutuneen ilmanvaihtopiipun muuraustyön peltiseppien tehtäväksi, vaikka hänellä oli ollut *aihetta epäillä heidän muuraustaitoaan ja syytä varoa katolla kelvottomasti suoritetusta muuraustyöstä* aiheutuvan *vaaraa* talon pihalla liikkuville».

Isännöitsijä velvoitettiin suorittamaan vahingonkorvausta loukkaantuneen lapsen holhoojalle.

Esim. KKO tied. 34/1969:

KKO katsoi selvitetyn, että kysymyksessä olevan nosturin käyttäjänä toimineella X:llä hänelle yhtiössä »kuuluneen tehtävän puitteissa *oli ollut valta päättää nosturin käyttöön liittyvistä teknillisistä seikoista* ja että nosturin kaatuminen oli johtunut hänen HO:n tuomiossa kerrotusta virheellisestä menette-

lystään. Sen vuoksi ja kun yhtiönkin näin ollen oli katsottava olevan vastuussa nosturin kaatumisesta aiheutuneesta vahingosta», KKO näillä ja muutoin HO:n mainitsemilla perusteilla katsoi, ettei ollut syytä muuttaa HO:n tuomion lopputulosta eli velvoitti yhtiön ja X:n yhteisvastuullisesti suorittamaan korvausta.

Voitaneen erottaa toisistaan sekä avoimet ja kiinteämmät *konstruktiiviset prejudikaatit* että avoimet ja kiinteämmät *tyyppiprejudikaatit*. Teknilliskonstruktiivisia prejudikaatteja esiintyy runsaasti KKO-ratkaisuissa koskien mm. rikoksenteckomutoja (esim. yksitekoiset ja jatkettut rikokset)^{24a} oikeuspaikkoja, esteellisyttä, muutoksenhakuoikeutta jne. Ratkaisuargumentteina vaikuttavat niissä usein muodollisten lakijärjestelmään liittyvien seikkojen ohella ideologiset seikat (esim. eri suojaideologiat ja eräät yleiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat, joihin ei kuitenkaan argumentaatiossa viitata).

Nk. oikeuslähteenä (eli mistä saadaan esiin auktoritatiivinen oikeusohje) oikeuskäytännössämme viitataan lähinnä vain lainsäädäntöön laajassa merkityksessä, kuten lakien, asetusten, valtioneuvoston päätösten määräyksiin, joskus myös kuntien ja virastojen järjestysääntöihin. On siis kysymys normistosta, jonka tukena on nk. *laillisuusgarantia*. Lainsäädännön rinnalla saatetaan siviilijutuissa myös viitata kauppatapaan. Sen sijaan ei viitata oikeuslähteenä KKO-prejudikaatteihin tai oikeustieteen kannanottoihin, vaikka ne ovatkin saataneet vaikuttaa argumentaatiossa. Esim. Saksan Bundesgerichtshof'in²⁵ sekä siviili- että rikosjutuissa antamissa ratkaisuissa viitataan säännöllisesti aikaisempaan tuomioistuinkäytäntöön (ei vain Bundesgerichtshof'in ratkaisuihin, vaan myös esim. hovioikeutta vastaavan Oberlandesgericht'in vakiintuneeseen käytäntöön) ja tunnettujen oikeustieteilijöiden, esim. lakikommentaattoreiden mielipiteisiin. Myöskin saatetaan ilmoittaa oikeusperiaate tai arvostus, jolle ratkaisu perustetaan. Vastavasti on esiintynyt viittauksia esim. aikaisempiin prejudikaatteihin ja myös oikeustieteen kannanottoihin pohjoismaisessa oikeuskäytännössä.²⁶

Kuten on mainittu, meillä ei siviilijuttujen yhteydessä aina edes

^{24a} Nyttemmin valmistellaan lainsäädäntöä konkurenssisääntöjen yksinkertaistamiseksi, pyrkien vähentämään juriidisteknillistä argumentointia rikosten uusimis- ja rikosten yhtymiskysymyksissä. Komiteamietintö 1972: B 43.

²⁵ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 1970 n:o 53 s. 243. Viittauksia jopa oikeustieteilijöiden monografioihin.

²⁶ Esim. *Eek mfl.*: Juridikens källmaterial s. 102. NJA 1940 s. 325, NJA 1948 s. 244, ND 1959 s. 98, NJA 1970 s. 72 ss, s. 299 ss, s. 347 ss.

viitata lainsäädännön oikeusohjeeseen. Ratkaisun perusteluna voidaan kuitenkin tunnistaa esim. jokin roomalaisperäinen, meille oikeustieteen välityksellä kotiutettu teoreettinen konstruktio (kuten *simulatio*, erehdys vaikuttimissa jne.). Myöskään lainanalogiaa ei aina kirjoiteta näkyviin. Esiintyy kuitenkin tapauksia, joissa nimenomaisesti viitataan jostakin säännöksestä ilmenevään periaatteeseen, ratkaisu annetaan myös po. oikeussäännös huomioon ottaen jne. (esim. osuuskunnista annetun lain soveltaminen osakeyhtiölain yhteydessä). *Oikeusperiaatteet* saattavat esiintyä sekä sovellutuslähtökohtina (oikeuslähteeseen rinnastaen) että tulkintavälineinä. Esim. yleisenä tulkintaperiaatteena meillä tunnustetaan *laintulkinta syytetyn eduksi* niissä tapauksissa, joissa yhteisönäkökohdat eivät tarjoa painavampia vasta-argumentteja: *Ideologiaa syytetyn hyväksi* voidaan löytää esim. rikostyyppien lievemmästä tulkinnasta, rikossyytteen vanhentumista koskevista ratkaisuista jne. Sanottua argumenttia ei kuitenkaan esitetä muotoillussa ratkaisussa.

Monet muutkin menettelytapaohteet, joita tuomioistuimissa noudatetaan, ovat johdattamassa syytetylle edullisempaan vaihtoehtoon, kuten *reformatio in peius* -kielto muutoksenhakijan turvaksi; asenne, että aikaisempaa *tulkintaa ei yleensä*, vaikka painaviakin argumentteja esiintuodaan, *muuteta syytetyn vahingoksi*, *tutkimislievennykset syytetyn eduksi* niissä tapauksissa, joissa valittaja ei ole käyttänyt ammattitaitoista avustajaa jne.

Voidaan tietysti väittää, että *oikeusperiaate*, joka esiintyy jossakin yksityisessä laissamme tai on oikeustraditiomme muutoin kehittämä, on vain väline, jota voidaan käyttää *mielivaltaisesti*, ts. se voidaan »ottaa esiin» silloin kuin se »sopivasti» tukee ratkaisijan omia arvostuksia. Ilmeisesti perusteleminen oikeusperiaatteitakin hyväksi käyttäen tarjoaa kuitenkin toisenlaiset takeet mielivaltaa vastaan kuin perustelematta jäänyt vallankäyttö, ts. kaikkia ratkaisuja *ei kyetä vakuuttavasti perustelemaan* oikeusperiaatteihin nojautuen. Niiden olemassaolo argumentaatioissa on myös osa oikeuskulttuuriamme. Täten palataan takaisin tärkeään kysymykseen oikeudellisten ratkaisujen perustelemisesta.

Kuten jo johdanto-osassa tuotiin esiin, ratkaisut viime kädessä myös kollegiaalisissa tuomioistuimissa tapahtuvat ratkaisijoiden subjektiivisessä maailmassa, joten heidän »*intellektuaalisen rehellisyytensä*» varaan jää, ilmoittavatko he *todelliset perustelunsa*. Voidaan kuitenkin kysyä, onko riippumattomilla tuomioistuimilla intressiä »näennäisperustelujen» käyttämiseen. Oikeussosiologien taholta on pyritty selvittämään, mitkä

tekijät tosiasiallisesti vaikuttavat argumentaatiossa. Varsinaisia empiiriluontoisia tutkimuksia on vähän, joten sosiologien, lähinnä sosiologisten filosofien ajatukset sisältävät vain eräitä *olettamuksia*. Niinpä esitetään arvelu, että *etsitään argumentteja*, jotka »vaikuttavat auditoriumiin»,²⁷ kuuluvat ennusteina ylempien tuomioistuinten vallankäyttöön, vastaavat oikeustieteen ennusteita jne. Todetaan, että *oikeustieteen ratkaisut*, olivatpa ne rakenteellisesti ennuste- tai suositusratkaisuja, kuitenkin saattavat vaikuttaa auktoritatiivisina argumentteina. Ehkä näin onkin niissä maissa, joissa oikeustieteen ratkaisut ja oikeuskäytäntö ovat joko lainsäädännön tai tavanomaisen oikeuden perusteella oikeuslähteen asemassa. Esim. Ranskan oikeustiede selostaa ja myös *arvostelee* monitahoisesti oikeuskäytäntöä, ilmeisesti kuitenkin pyrkimättä oikeuslähteen asemaan.²⁸ Jos meillä oikeustieteen kannanottoja tarkastelemalla todetaan useampia eri *tulkintavaihtoehtoja*, merkitsee se lähinnä »samanlaisten» tai »erilaisten» tulkintamahdollisuuksien esiintuomista. Oikeuskäytäntö odottaa oikeustieteeltä yleensä *perusteltuja ratkaisusuosituksia*. Todennäköisintä lienee, että tuomari, ainakin pitemmälle ammatissaan ehtinyt, on taipuvainen luottamaan omaan arvostelukykyynsä, ts. hän käyttää *niitä argumentteja, jotka saavat hänet vakuuttuneeksi ratkaisun oikeellisuudesta*, ja saattaa siten joutua asettamaan joko oman tai kollegiaalisen toimintansa oikeuslähteen asemaan. Tämä käy selville mm. siitä, että meillä ei nykyisen järjestelmän vallitessa korkeimman oikeuden prejudikaatteja säännöllisesti noudateta. Eri asemassa ovat kuitenkin nk. teknilliset prejudikaatit, jolloin yhtenäistä säännönmuodostusta pidetään erityisen tärkeänä. Niihin rinnastettavia ovat myös prejudikaatit *vakiintuneena oikeuskäytäntönä*, koska alempien oikeusasteiden tuomarit usein tuolloin ovat vakuuttuneita siitä, että aikaisempi käytäntö tulee jäämään jutussa noudatettavaksi ja pyrkivät tarkoituksenmukaiseen ratkaisuun ts. asianosaisten oikeudenkäyntikustannusten säästämiseen. Mutta tietysti myös ratkaisutoiminnan psyykkisessä prosessissa on tilaa auktoriteetti- ja riippuvuussuhteille (tiedostettu ja tiedostamattomat argumentit), joita sosiaalipsykologia voi ryhtyä tutkimaan pyrittäessä selvittämään epäkohtia nykyisessä tuomioistuinorganisaatiossa.

²⁷ *Perelman*: s. 107, s. 221 ss. Kirjoitetaan erikseen auktoriteettiargumenteista, *Evers*: s. 93, vrt. myös »representativa värderingar» s. 29.

²⁸ Esim. *Carbonnier*: Notes sur des notes d'arrêts (Recueil Dalloz Sirey 1970 cronique s. 138). *Pinto*: Méthodes des sciences sociales s. 86, s. 120.

Kuten edellä on mainittu, siirtyminen *historiallisesta laintulkinnasta objektiiviseen tulkintaan*, on ilmeisesti johtanut sanamuodollisen tulkinnan merkityksen kasvamiseen. On siis nojaututtu »muodon auktoriteettiin». Nytemmin ovat sanamuodollisten seikkojen korostusta kuitenkin vähentämässä usein kiireiset lainsäädäntötyöt ja ristiriitaiset oikeussäännökset. Kuten myöhemmin väljen oikeussäännösten yhteydessä selvitetään, esim. Ruotsissa on lainvalmisteluaineiston merkitys kasvanut. Kun myös meillä »lain kirjaimeen» pitäytyminen on nytemmin vähentynyt, on *tuomioistuimille avautunut yhä laajempia sovellutusmahdollisuuksia*. Ei voitane katsoa, että *kiinteitä tulkintasääntöjä* olisi objektiivisen tulkinnan puitteissa muodostunut. Edellä on kuitenkin viitattu *laintulkintaan syytetyn eduksi*. Teknilliskonstruktiviisiin säännöksiin nähden, jotka on tarkoitettu kansalaisten yleiseen tietoisuuteen, on oltu taipuvaisia hakeutumaan *lain sanamuodolliseen tulkintaan* eli käyttämään sellaista tulkintavaihtoehtoa, joka on adressaattien ymmärrettävissä.

Esim. KKO 1965 I/1 (äänestys), KKO 1968 I/6 (äänestys) ja KKO 1970 I/2 (äänestys) osoittavat kuitenkin, että säännöksen sisällön vahvistamista lakijärjestelmän osaksi on pidetty tärkeämpänä kuin lakitekstin tulkitsemista siten, että se on adressaattien »luettavissa» (adressaatteina lähinnä vakuutusyhtiöt). Esim. KKO 1966 II/28 (äänestys) ilmoittaa ankarasti sanamuodollisen ratkaisun, mutta ratkaisuargumenttina saattavat myös esiintyä ideologiset, perusoikeuksien suojaa koskevat näkökohdat.

Esim. kauppaoikeuden osalta esitetään yleistoteamus,²⁹ että viime vuosisadalta peräisin olevaa lainsäädäntöä on tulkittu sanamuodollisesti laajentavasti (mm. muuttuneiden olosuhteiden vaikutus). On kuitenkin huomattava, että vanhemman lainsäädännön »ajanmukaistamista» saattavat olla rajoittamassa myös alunperin yhdenmukaiseksi muodostunut käytäntö (esim. konkurssioikeutta koskevissa kysymyksissä) sekä oikeustieteen auktoritatiiviset suositukset erityisesti oikeussäännösten ollessa puutteellisia. Vastikään voimaan tullut lainsäädäntö, joka sisältää epätasällisiä tai ehkä suorastaan erheellisiä sanontoja, muodostaa »kestämättömän tilanteen» ilman oikeuskäytännön, lähinnä korkeimman oikeuden prejudikaattiratkaisuja. Joskus esim. uudessa lainsäädännössä havaitaan »keskeneräiseksi jäänyt», muutoksiin tähtäävä sanonta, mutta

²⁹ Vrt. Drockila: Lm 1968 s. 227 kosketellen vanhempaa kauppaoikeudellista lainsäädäntöä ja sen tulkintaa.

lainvalmisteluaineistosta ei havaita muutosta tarkoitettun. Jatkuvasti edellyttää lain sanamuodollisen tulkinnan ja myöskin oikeuskäytännön vakiintuneiksi käyneiden sovellutussääntöjen vastainen ratkaisu kuitenkin painavia argumentteja.

Argumenttivalintaa ei ole meillä lainsäädännön, oikeuskäytännön eikä myöskään oikeustieteen avulla ohjattu. Esim. Saksan Bundesgerichtshof on mm. rikostuomioissaan antanut ohjaavia ratkaisuja koskien tulkintaa ja analogian käyttöä. Ilmoitetaan esim.: »Eine Gesetzeslücke muss im Wege der richterlichen Rechtsfindung geschlossen werden» (1971/n:o 23 s. 89). Voimakasta muodollista korostusta osoittaa kuitenkin perustelu: »Bei jeder Auslegung ist vom Wortsinn auszugehen.» (1971/n:o 23 s. 287). Kun ratkaisutoimintaa ovat meillä ohjaamassa vain eräät klassillisen oikeustieteemme periaatteet, voidaan sanoa, että argumentaatio on »kahlitsematonta». Tuomioistuinten harkintaan on esim. jätetty, milloin analogiaa käytetään tulkintavälineenä.³⁰

Ei kuitenkaan riitä, että »kasataan» mitä argumentteja tahansa tukemaan toista, ja vastaavasti mahdollisimman paljon argumentteja tukemaan toista vaihtoehtoa. Erityisesti ylioikeuskäytännössä on vaatimuksena, että argumenttien tulee olla »relevantteja» (asiaan kuuluvia) ja »pitäviä» (mahdollisimman suurta yleispätevyyttä sisältäviä). On mahdollista, että jostakin »ei-hyväksyttävästä» ja »ei-relevantista» argumentista myöhemmin kuitenkin tulee pätevä ja hyväksytty. Tämä koskee esim. ratkaisun *seurausvaikutuksia* ennakoivia argumentteja, jotka meidän tuomioistuintkäytännössämme suurelta osalta katsotaan oikeusseikasto-ratkaisuissa ei-hyväksytyksi argumentaatioksi. Esim. seurausvaikutusvertailun avulla kuitenkin useimmiten todetaan, että jokin ehdotettu ratkaisuvaihtoehto ei saata tulla kysymykseen (mahdottomuus).

Kehitystekijät pääsevät vaikuttamaan oikeusjärjestyksessä argumenttivalinnan välityksellä. Koko tulkitsemistoiminta voidaan j o h t a a j o k o k o n s t r u k t i i v i s e s t i yleisen oikeusohjeen sovellutukseksi tai y k s i t y i s t a p a u k s e s t a käsin pelkistää esiin erään tapausryhmän. Deduktiivisen laki- ja käsitesysteemin puitteissa saavat usein sanamuodolliset, lakisysteemiin liittyvät ja periaateargumentit keskeisen sijan

³⁰ Kts. kuitenkin eräitä yleisiä ohjeita analogiasovellutuksiin liittyen esim. *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 160 ss. Vrt. *Canaris*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz s. 179 ss ja s. 193: analogiakielloista ja kielloista teleologiseen reduktioon. Kts. myös *Perelman*: s. 527 ss ja s. 326 ss vertailevat argumentit.

perusteluina. Kun lähdetään mahdollisimman suuressa määrin vain *yksityisen tapauksen ratkaisemisesta*, saatetaan kysyä *estävätkö lain sanamuoto*, yhteys lakijärjestelmään ja noudatettavat oikeusperiaatteet po. ratkaisuvaihtoehdon, joka *perustellaan lähinnä nk. käytännön argumenteilla*. Kuitenkin oikeudellisissa ratkaisuissa, joissa mahdollisuuksien mukaan pyritään ottamaan huomioon toisaalta oikeudellisen säännösten kokonaisuus, tunnustetut oikeusperiaatteet ja eri lakien ratiot sekä toisaalta asianomaiseen tapaukseen yhteiskunnassa liittyvät tekijät, edellytetään molempia ratkaisupelkistystyksiä ja siis sekä deduktiivisesti että induktiivisesti johdettavia argumentteja, myös nk. ei-juriidisia argumentteja.³¹

Jo edellä on kiinnitetty huomiota siihen, että objektiivisen laintulkinnan argumentteina voidaan hypoteettisesti nähdä: muodolliset (kielelliset, teknilliset, järjestysnäkökohdat), sosiologiset (itse yhteiskunnassa vaikuttavat reaaliset tekijät; yhteiskunnalliset tarpeet, keskimittakäyttäytyminen, vallitsevat katsomukset) ja oikeusideologiset (ohjelmalliset historiallisideologiset ja myöskin kehitysideo-logiset näkökohdat) argumentit. Voidaan myös hahmottaa eri tavoitteita: kun etsitään *järjestyssääntöjä* (joko pitäytyen niissä tai täsmäntäen järjestysnäkökohtia) *muodolliset tekijät korostuvat*; kun halutaan *ohjelmallisia sääntöjä*, *ideologiset tekijät korostuvat*; kun kiinnitetään huomiota *yhteiskunnassa esiintyviin yleisiin tarpeisiin*, keskimittakäyttäytymiseen ja vallitseviin katsomuksiin, *reaaliset tekijät korostuvat*. Mutta juuri *realiteeteista* käsin nousee esille *yksityistapaus*, sen oikeudenmukaisuus ja kohtuus, joka saattaa murtaa säännön poikkeuksellisuuteen.³²

On todettava, että *myös järjestyks- ja keskimitta-ajatteluun saattaa sisältyä ohjelmallisuutta*. Mikä argumentti valitaan ensisijaiseksi, muut argumentit torjuvaksi? Tarvitaanko sekä ideologisia että reaalisia tekijöitä, jotta järjestyssääntö väistyisi? Tuskin on löydettävissä yleispätevää (taas kehitystä estävääkin) järjestelmää. Mutta vaikka argumentti-

³¹ Vrt. kiinteät ja avoimet argumentit. Schmidt (Festschrift för Ekelöf 1972).

³² Radbruch: Vorschule der Rechtsphilosophie s. 32. Kuten kaikki loogisesti mahdolliset teoriat eivät ole luonnossa toteutettavissa, niin eivät myöskään kaikki ajatellut säännöt ole sellaisia, että ne olisivat *idea-tasolta* käytännön sovellutuksiksi siirrettävissä. Kts. Virieux—Reymond: L'Épistémologie s. 37.

valinta jääkin psyykkiseksi prosessiksi, *itse argumentit voidaan kuitenkin esiintuoda.*

Mahdollisesti tuomioistuimet ovat laiminlyöneet ottaa riittävästi huomioon, että niiden tehtävänä on myös saada normiadressaatit vakuuttuneiksi ratkaisun oikeellisuudesta.³³ Esim. muutoksen hakemisen kannalta on tärkeää tietää, missä suhteessa oikeudenkäyntiaineisto on puutteellista. Jo aikaisemmin on viitattu nk. rajatapauksiin, joissa perusteleminen on erityisen tärkeää. Kun esim. poiketaan lain sanamuodosta, uuden lain suhteen lainvalmisteluvaiheessa omaksutusta kannanotosta tai vanhemman lain osalta esim. kiinteästä oikeuskäytännöstä, on adressaatin saatava tietää ratkaisuargumentit, erityisesti *vastaargumentit, jotka ovat johtaneet kannanoton muutokseen.* Adressaattien taholta kiinnitetään argumentaatioon erityistä huomiota *hylättyjen kanteiden yhteydessä.* Kuitenkin hylkäävät ratkaisut ovat oikeuskäytännössä juuri jääneet usein perustelematta. Kuten on mainittu, *itse tuomioistuin* kieli saattaa jo tuottaa vaikeuksia kommunikaatiossa. Kuitenkin tuomioistuimet ovat ratkaisuisaan nimenomaan pyrkineet välttämään tieteellisiä termejä ja yleensä sanoja, joita ei tunneta arkikielessä. Tuomioiden kirjoittaminen *tiiviisti muotoiltuina pitkinä lauseina ja abstraktisessa kieliasussa* kuitenkin vähentää niiden »ymmärrettävyyttä».

Yleislausekkeissa on tuomioistuinten oikeudellisen arvostelun mittapuuksi saatettu osoittaa yhteiskunta-arvostus ja ne antavat siten runsaasti sijaa tuomioistuinten itsenäisille lainsovellutuksille. Tulkinassa voidaan todeta kielellisten mittapuiden laajenemista ja supistumista, jopa siirtymistäkin, kuten esimerkkitapauksia tarkasteltaessa todetaan. Tuomioistuin joutuu toteamaan niitä *arvostusasteita*, jotka liittyvät yhteiskunnassa vaikuttaviin kehitystekijöihin (kuten lapsen kasvava arvostus, vilkastuvan liikenteen kokonaisvaatimukset, liikemoraalin enenevät vaatimukset).

Yleislausekeratkaisuihin palataan vielä erikseen myöhemmin. Kuitenkin jo tässä yhteydessä voidaan mainita, että yleislausekkeiden kohdalla ovat lainvalmistelutyöt edelleen tärkeänä tulkintaaineistona. Voitaneen sanoa, että ne saattavat johtaa jopa historiallisen laintulkinnan merkityksen korostamiseen. Lain muotoilu osoittaa, että *lainsäätäjän työ* on jäänyt keskeneräiseksi. Valmisteluaineis-

³³ *Larenz: Methodenlehre* s. 205 ss. Vrt. tässä yhteydessä näyttöratkaisujen perustelemisesta käytyä keskustelua, esim. *Alkio: Lm* 1967 s. 26 ss.

tosta saadaan selvitystä, miten lainkäyttäjän olisi jatkettava edelleen. Esim. *Ruotsissa* on enenevässä määrin laadittu yleislausekeluontoisia säännöksiä siten, että *yksityiskohtaiset täydentävät ohjeet* ovat löydetävissä *komiteamietintöjen suosituksista*. Juuri yleislausekkeihin nähden voidaan täydellä syyllä todeta, että lainkäyttäjän ei pitäisi *laiminlyödä niitä mahdollisuuksia*, joita lainvalmistelutyöt tarjoavat.³⁴

Argumentoimistekniikan osalta, joka erityisesti yleislausekkeiden kohdalla muodostuu tärkeäksi, on alettu toistuvasti vaatia tuomioihin liitettävää »avointa keskustelua» ratkaisun perustelemissa.³⁵ Monessa tapauksessa se saattaa merkitä kunkin tuomioistuimen jäsenen perustelujen esiinkirjoittamista. Kun valmis argumenttikaavoitus ei kuitenkaan ole teoreetikkojen laadittavissa, ehdotus tuomioistuinkeskustelun kirjoittamisesta tuomion perusteluksi antaa tuomioistuimille edelleen vapauden itse kehittää kirjoitustekniikkaansa.³⁶ Erityisesti tällöin olisi kiinnitettävä huomiota, ei niinkään paljon yhtenäiseen ja systemaattiseen kirjoitustapaan kuin siihen, että tuomiot muotoillaan *adressaateille* annetuiksi *tiedoituksiksi*.

³⁴ Esim. *Palmgren*: JFT 1953 s. 117.

³⁵ *Bolding*: s. 101, s. 107 ss. *Lahti*: Lm 1971 s. 345. Kts. kuitenkin *Evers*: *Argumentationsanalys* s. 62 ss, s. 94. *Sipponen*: *Lainsäädäntövallan delegoiminen* s. 59. Voidaan myös kysyä ovatko tuomioiden adressaatit »kypsiä» vastaanottamaan argumentaatiokeskustelun (useita eri näkökohtia ja niiden välisen *poleemisen* argumentoinnin) annetun ratkaisun perusteluna. Perusteiden moninaisuus voi myös lisätä päätösten vaikeaselkoisuutta. Kts. *Ruotsin oikeus*, esim. *Eek*, mfl: *Juridikens källmaterial* s. 94.

³⁶ Tuomioistuinten systematisoivaa kirjoitustapaa on jo aikanaan arvostellut *De Geer*. (Om den juridiska stilen, 1853) Yhteiskuntapoliittisen keskustelun yhteydessä meillä esitetystä kritiikistä kts. mm. *Oikeuslaitostoimikunnan mietintö* (1971: B 112 s. 109 ss.)

VI. ERÄITÄ SIVIILIOIKEUTEMME YLEISLAUSEKKEITA

1. Esimerkkivalinnasta

Tarkasteltavaksi on valittu säännöksiä, joiden normiseikastoissa on tilannetyypittelyn, suojattavan edun tai kuvatun käyttäytymisohjeen sijasta osoitettu *mittapuu*, joka jo kielellisenä ilmaisuna sisältää *arvostuksen*.

Aikaisemmin on kiinnitetty huomiota siihen, että oikeustieteessä asetetaan *hypoteesi* oikeudellisen ratkaisun suorittajan *rationaalisesta* tahdonmuodostuksesta. Vaatimuksissa mennään vielä pitemmälle, kun asetetaan *idea*, että oikeudellisten ratkaisujen tulee olla *objektiivisia*,¹ millä termillä tässä yhteydessä tarkoitettaneen — negatiivisesti mää-

¹ *Arvostusten objektiivisuutta* käsitellään myös filosofisena kysymyksenä, mihin jo johdanto-osassa on viitattu. Esim. *Alanen* (Oikeuslähde- ja laintulkintaoppi, compendium, s. 49—51) kiinnittää huomiota siihen, että jos kaikki arvostus olisi vain subjektiivisia tunneilmauksia, ei olisi ollut mahdollista rakentaa yhteiskuntaa »*tiettyjen arvostusperiaatteiden*» varaan. Hän vertaa myös oikeudellista ja esteettistä arvostusta toisiinsa, JFT 1962 s. 79. Vrt. *Heinemann*: Die Philosophie im XX Jahrhundert s. 307 ss: »*Mehrwertige Erkenntnistheorie*«. Kts. myös *Salomaa*: Totuus ja arvo s. 328. *Radbruch*: Einführung in die Rechtswissenschaft s. 98. Kuitenkin eri aikakausina ovat esteettiset »*ideaalit*» vaihdelleet. Oikeudellista arvostusta voidaan ilmeisesti verrattain yhdenmukaisesti suorittaa suhteessa asetettuihin ideoihin, jos se tapahtuu sellaisessa »*hengessä*», että välinekategoriaa edustavaksi arvoksi asetetaan totuudellisuus. Kts. *Ahlman*: Totuudellisuuden probleemi s. 119. Yksityiset »*tavoitteideat*» ovat kuitenkin jotain muuta kuin esim. »*maailman parantamiseksi*» tarkoitetuista ideologisista järjestelmistä johdettavat ideat. Ei suinkaan voida olettaa, että jokaista yksinkertaista juriidista probleemia ratkaistaessa oikeudellisen ratkaisun suorittajalla olisi koko »*maailmankaikkeutta hipova*» ajatuskuva tarkoitusedologianaan. Kts. esim. *Acham*: ARSP 1971 s. 206.

Termiä objektiivinen käytetään eri merkityksissä. Kts. esim. *Popper*: The logic of scientific discovery s. 44. *Rickert*: Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung s. 644 ss, s. 673 ss.

ritellen — että ratkaisut eivät ole riippuvaisia ratkaisijoiden subjektiivisista, esim. henkilökohtaisista tapaussuhteeseen liittyvistä arvostuksista. Kuten tunnettua, mm. valtio-organien rakenteen, tuomioistuinten kollegiaalisuuden ja jäävisäännösten avulla on pyritty luomaan edellytyksiä objektiiviselle arvostukselle.² Epäilevästi on kuitenkin usein suhtauduttu siihen, missä määrin tuo tarkoituseidea on toteutettavissa. Eroteetaan siis erikseen *objektiivisuuspyrkimykset* ja niiden *toteuttamismahdollisuudet*. Eräänä takeena tuomioistuinten ratkaisujen objektiivisuudesta on myös pidetty ratkaisutoimintaan liitettyä *perustelemisvelvollisuutta*.³ Oikeudellisia arvostuksia voidaan pyrkiä kontrolloimaan niissä yhtymäkohdissa kuin ne esitetään valmiiksi muotoilluissa ratkaisuisa empiirisesti kuvaavan kielen avulla.⁴ Erikseen asetetaan vielä idea, että arvostusten tulee olla mahdollisimman yleispäteviä,⁵ ei vain

Ilmeisesti oikeudelliset arvostukset käytännössä saavat vaikutteita myös keskenään kilpailevista arvostuksista ja ideologioista. Vrt. esim. *Le Senn*: *Traité morale générale* s. 697, *Brinkmann*: *Grundlegung der Rechtssprechung* s. 29. Yleisesti myönnetään ne *yhdenmukaisuudet*, joita kaikista eroavuuksista huolimatta esim. eettisissä arvostuksissa esiintyy, esim. *Ofstad*: *Val och värde* s. 14. Epistemologisena (eri tieteidien yhteisiä perusteita tutkittaessa) probleemina esiintyy *arvostusinvarianssien etsiminen*, esim. *Virieux—Reymond*: *L'Epistémologie* s. 29.

Mielenkiintoisia ovat myös sosiologiset tutkimukset, joissa todetaan, että monet nk. vallitsevista yhteiskunnallisista arvoista ovat nk. keskiluokan arvoja. Kun keskiluokkakerrostumat sosiaalivaltiossa, joka samalla on hyvinvointivaltio, ilmeisesti jatkuvasti laajenevat, voidaan ajatella, että se on edistämässä arvostusten yhdenmukaisuutta. Arvostuksia erilaistavia tekijöitä (myös tapoihin liittyen) ovat esim. uudet yhteiskunnalliset kehitystekijät ja kansainvälisten kulkuyhteyksien nopeutuminen ja kehittyminen. Vrt. esim. *Allardt*: *Yhteiskunnan rakenne ja sosiaalinen paine* s. 15: Erilaisten tehtävien mukanaan tuoma erilaistuminen. Kts. myös *Toukoma*: *Arvomaaailman kehitys kouluiässä* s. 143 ss.

² *Brusiin*: *Die Objektivität der Rechtsprechung* s. 29.

³ *Brusiin*: s. 52.

⁴ Yksinkertainen esimerkki arvostusten analysoimisesta saadaan esim. halintotoiminnasta. Henkilön sopivuutta johonkin virkaan arvosteltaessa olisi ilmeisesti todettava hänelle kuuluvat *tehtäväryhmät* ja sitten arvosteltava hänen mahdollisuutensa kunkin tehtäväryhmän kohdalta erikseen ja vielä yhteistulokseksi sekä mahdollisia uusia tehtäviä ajatellen, koska *analysoimatta jääneet arvostukset* saattavat helposti perustua *ei-relevantteihin seikkoihin*.

⁵ Vrt. mitä edellä on kirjoitettu arvo-objektivismista filosofisena kysymyksenä. Kts. myös yleispätevyysvaatimuksista etiikassa. *Harva*: *Etiikka* s. 199.

asianomaiseen tapaussuhteeseen, vaan koko oikeudelliseen järjestelmään ja yhteiskuntakehitykseen sopeutettavia.

Oikeudelliset arvostukset ovat vaikuttamassa yhteiskunnassa esim. asetettuina rehellisyys- ja kunniallisuusvaatimuksina, yhteiskunnallisina mieltämis- ja käyttäytymisvaatimuksina (erilaiset varomis-, havaitsemis- ja huolenpitomittapuut jne.). Toisaalta arvostukset esiintyvät myös yhteiskunnan taholta toteutettuina painostusvälineinä (demonstraatioina): voimaan saatetuissa oikeussäännöksissä ja viranomaisten, erityisesti tuomioistuinten ratkaisuisissa.

Esiintyy oikeussäännöksiä, jotka saattavat edellyttää yhteiskunnassa vallitsevan, nk. keskimittakäyttäytymisen ja ehkä myös vallitsevien yhteiskunnallisten katsomusten huomioonottamista. Mutta esiintyy myös säännöksiä, jotka ehkä enemmän rakentuvat yksityisten kansalaisten tilannereaktioille ja joita sovellettaessa henkilöiden tai ainakin henkilöryhmien arvostukset saattavat olla vaikuttamassa. Esimerkkinä keskimittakäyttäytymiseen liittyvistä säännöksistä voidaan mainita eräät vahingonkorvausvastuuta sääntelevät oikeusohjeet ja jälkimmäisistä säännöksistä eräät avioliittolain ja perintökaaren tunnetut säännökset.

Esimerkkitapaukset (OTL § 33, Vilpkip. L § 1 ja AL § 78, mom. 3) on valittu eriasteisiksi kuvatuista arvostuksista (voitaneen myös sanoa, että niiden empiirinen referenssi on erilainen).⁶ Esim. »hyvän liiketavan vastainen» edustaa empiirisempää käsitettä kuin »kunnian vastainen».

Kaikki kolme säännöstä, jotka on otettu tutkimuksen kohteeksi, edustavat lähinnä *samaa ajanjaksoa, 1920—1930 lukujen vaihdetta*, jolta aikakaudelta monet keskeiset lakimme ovat. Tässä yhteydessä on todettava, että vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain muuttamiseksi on toiminut valtioneuvoston asettama komitea v:sta 1957 lähtien ja myöhemmin asetettu toimikunta on saanut työnsä päätökseen sekä julkaissut vuonna 1967 lakiehdotuksensa (1967: A9). Sen jälkeen on vielä annettu lisätehtävä mietinnön saattamiseksi hallituksen esityksen muotoon, huomioon ottaen erityisesti muiden Pohjoismaiden kanssa käytyjen neuvottelujen tulokset. Nyttemmin on julkaistu komiteamietintö: Ehdotus laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa perusteluineen maaliskuun 31 päivältä 1971 (1971: B 24). Oikeustoimilain muutoksia on kaavailtu eräissä tunnetuissa kirjoituksissa, mm. alustuksissa pohjoismaisten lakimieskokousten yhteydessä, ja parhaillaan käydään neuvotteluja noista kysymyksistä Pohjoismaiden

⁶ Arvostustermejä ei kuitenkaan voitane *määritellä* deskriptiivisillä termeillä, koska on kysymys toisaalta empiirisestä, toisaalta ideologisesta tasosta. Kts. Moritz: Inledning i värde teori s. 14, s. 106, s. 115.

kesken. Vahingonkorvaussäännös avio-oikeuden menetyssäännökseen liittyen on toistuvasti ollut arvostelun kohteena esim. Ruotsissa, ja nuo molemmat oikeussäännökset tulevat tiettävästi esille uutta avioliittolakia hahmotellessa, mitä tehtävää varten nyttemmin on asetettu komitea. Liikutaan siis oikeusaloilla, joilla kehitystekijät yhteiskunnassa ovat vaikuttamassa ja lainsäädännölliset muutokset jopa lähivuosina ovat odotettavissa.

Oikeussäännöksiä on tarkasteltu sekä *lainvalmistelun* että *oikeuskäytännön* aspekteista, kiinnittäen huomiota myös oikeustieteen kannanottoihin. Oikeustapausaineisto on *selektiivistä*. Tässä ei esiinny tutkimusta, miten tuomarien enemmistö on yleislausekkeita tulkinut. Ratkaisutoiminnasta ja asenteista annetut tiedot ovat vain arviointeja siitä, miten kehitys on ohjautunut. Pyritään erittelemään eräitä korkeimman oikeuden prejudikaattiluontoisiksi valitsemia tapauksia ja vastaavasti eräitä ulkomaisia oikeustapauksia.

2. Oikeustoimilain 33 §:n säännös oikeustoimen pätemättömyydestä

»Oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, älköön saatetako voimaan, jos se on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen, ja sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa niistä tietäneen.»

Varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista annettu laki 13.6.1929, joka on keskeistä siviilioikeudellista lainsäädäntöämme, on yhteispohjoismaisen lainsäädäntötyön tulos. Myöhäissyntyisempänä on sen muotoilussa voitu kiinnittää huomiota *Skandinavian maiden* edellisellä vuosikymmenellä voimaan tulleisiin lakeihin. Kun valtioneuvosto vuonna 1920 antoi lain valmistelun ja lakiehdotuksen laatimisen lainvalmistelukunnan tehtäväksi, ei ainakaan työn alkuvaiheissa ollut käytettävissä kokemuksia muiden oikeustoimilakien soveltamisesta ja aihetta arvosteluun sanotulta pohjalta. Lakimme säännökset eivät siten eritä mainittuja poikkeuksia lukuunottamatta sanottavasti sisällöltään eroa muiden Pohjoismaiden vastaavista laeista. Oikeustoimilain 33 §:n ruotsinkielinen lakiteksti vastaa tarkalleen Ruotsin lakia.¹ Lainvalmistelukunnan mietinnössä sitä paitsi todetaan, että tarkoituksena on ollut luoda mahdollisim-

¹ Ruotsin »Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område» 11/6 1915; § 33: »Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rätts-

man yhdenmukainen pohja pohjoismaisille lainsäädännöille velvoite-oikeuden alalla.²

Normiseikasto voidaan jakaa eri osiin:³ 1) lausekkeen suhde muihin pätemättömyyssäännöksiin: »oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä»; 2) varsinainen arvostusmittapuu: tehty »sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen»; 3) säännöksen suhde todistussääntökysymykseen ja oikeustoimilain 39 §:ään: »sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa niistä tietäneen». Tutkimuksessa kiinnitetään päähuomiota säännöksen sisältämään arvostuslausekkeeseen.⁴

Oikeustoimilain säännöksiä lain valmistelutöiden valossa tarkasteltaessa todetaan, että ne on sijoitettu oikeusalalle, joka aikaisemmin on ollut nk. »kirjoittamattoman oikeuden» varassa. Lainvalmistelukunnan mietinnössä kiinnitetään huomiota siihen, että oikeustoimilain säännökset koskevat erityisesti kysymyksiä, jotka ovat olleet lainsäädännöllisen vakaannuttamisen tarpeessa, ja että myös tässä yhteydessä suuri osa nk.

handlingen, och den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.»

Norjan »Lov om avslutning av avtaler, om fulmagt og om ugyldige viljeserklæringer» 13/5 1918; § 33: »Selv om en viljeserklæring ellers maatte anses for gyldig, binder den ikke den som har avgivet den, hvis det paa grund av omstaendigheter, som forelæa da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antagas att han kjendte til, vilde stride *mot redelighet eller god tro* om han gjorde erklæringen gjældende.»

Tanskan »Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Omraade» 8/5 1917; § 33: »Selv om en Viljeserklæring ellers maatte anses for gyldig, kan den till hvem Erklæringen er afgivet, dog ikke paaberaabe sig den, naar det paa Grund of Omstaendigheder, som forelæa, da Erklæringen kom til hans Kundskab, og hvorum han maa antages at have vaeret vidende, vilde stride *emod almindelig Haederlighed*, om han gjorde den gjældende.»

² Pohjoismaissa on usein kiinnitetty huomiota siihen lakiteknillisestikin korkeaan tasoon, jota oikeustoimilait moniin muihin varallisuus oikeudellisiin lakeihin nähden edustavat. Lainvalmistelutyössä on oikeustieteen panos ollut huomattava. Mm. Almén, Stang ja Lassen ovat kuuluneet lainsäädäntöä valmisteleviin komiteoihin. Siten saatetaan havaita »teoreettinen leima» lakien muotoilussa ja niiden vaikeatajuisuutta voidaan arvostella.

Lvk-ehdotus 1925 n:o 2.

³ Esim. Wrede: Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (1932) s. 132. Almén: Lagen om avtal (1968) s. 128.

⁴ Tutkimus on tarkoitettu yleisen oikeustieteen piiriin kuuluvaksi. Sen johdosta on varottu mahdollisuuksien mukaan puuttumasta siviilioikeudellisiin erityiskysymyksiin tai konstruktiiviseen pätemättömyysoppiin.

varallisuus oikeuden yleisiä oppeja, osittain niiden abstraktisuuden vuoksi, on jätetty oikeustieteen ja oikeuskäytännön edelleen kehitettäväksi. *Tarkoituksena ei ole siis ollut antaa tyhjentyviä säännöksiä*, jotka luettelonomaisena tyypittelynä pyrkisivät kattamaan esiintyvät pätemättömyys-tilanteet.

Edellä esitetystä havaitaan, että oikeustoimilain 33 §:n oikeusohje on nk. reservi- eli varaussääntö, joka täydentää edellä olevia 28—32 §:n säännöksiä. Kun säännöstä ei ole sijoitettu tärkeälle paikalle pätemättömyysluvun alkuun, voitaneen tehdä johtopäätös, että sanotut erityissäännökset eivät ole tarkoitettu sitä täydentäväksi tyyppi-luetteloksi tai että on haluttu osoittaa aivan erityistä varauksellisuutta säännöksen suhteen, mitä vaatimaton paikka lakijäsentelyssä korostaa. Säännöksen sijainti johtaa myös päättelemään, että sitä voidaan kuitenkin käyttää, ei vain oikeustoimilain 3 luvun säännöksiä, vaan koko nk. *pätemättömyysoppia täydentävänä periaatesääntönä*. Toisaalta voidaan korostaa, että sijainti on *estämässä virheellisiä e-contrariojohtopäätöksiä* ts. ettei varallisuus oikeudellisia sopimuksia muissa yhteyksissä voitaisikaan julistaa pätemättömiksi.

Tässä yhteydessä on taas kiinnitettävä huomiota siihen, *ettei lakijäsentelyä koskevistä seikoista* voida vetää *jyrkkiä johtopäätöksiä* pohjoismaisen lainsäädännön suhteen, joka keskeisissä oikeussäännöstoissäänkin usein on avointa ja epäyhtenäistä, toisin kuin esim. tieteellisenä kodifikaationa tunnetun Saksan BGB:n lakijärjestelmä.

Oikeustoimilain 33 §:n säännös tunnetaan kuitenkin myös ohjelmallisena sääntönä. Se on ilmauksena siitä yleisestä rehellisyys- ja kunniallisuusvaatimuksesta, joka esiintyy eri yhteyksissä lainsäädännössämme. Vastaava ajatus täsmennettynä petolliseksi vaikenemiseksi esiintyy jo 1734-vuoden kauppakaaren säännöksessä (KK 1:4).⁵ Ennen oikeustoimilakia se on saanut ohjesisältönsä sekä Suomen että Ruotsin oikeuskäytännössä.⁶ Yleisesti katsotaankin, ettei säännöksen

⁵ Vrt. HB 1:1 »Köp bör ske utan tvång eller list, med säljarens och köparens goda ja och samtycke.» Vrt. *Ekström: Privaträttens allmänna läror* II s. 656.

⁶ Esim. Senaatin oikeusosaston ratkaisut 5/4 1837 ja 11/3 1845, *Serlachius, Julian: Samling af justitiedepartementets domar* s. 6—7 ja s. 12—13. Vrt. Ruotsin lainvalmistelukunnan mietinnössä mainitut tapaukset. Sekä Wrede että Serlachius ovat selostaneet ratkaisua 11/3 1845. Päätöksen perusteluissa esiintyy X:n tahdonmuodostuksen puute ja sen hyväksikäyttö Y:n taholta. Kts. myös oikeuskäytäntöä ennen 1734-vuoden lakia. *Jägerskiöld: Handelsbalkens utländska källor* s. 34 ss.

mukana ole tuotu mitään uutta pohjoismaiseen oikeuteen.⁷ Voidaan kuitenkin todeta, että säännös merkitsee *erityissuojaa heikommalle sopijapuolelle*. Esim. Wrede on historiallisesti johtanut säännöksen Tuomarinohjeiden maksiimeista.⁸ Kun säännös on myös saatettu voimaan epärehellisten liiketoimien estämiseksi, löydetään sen vastineet rikoslain petos-, kiskomis- ja epärehellisyssäännöksissä. Sitä voidaan myös pitää eräänlaisena »kvasirikosoikeudellisena»⁹ mahdollisuutena sopimuksen pätemättömäksi julistamiseen.

Erityisesti mannermaalla on korostettu oikeustoimilain 33 §:ään rinnastettavia oikeusohjeita nk. luottamusteorian esiintuojina, ts. säännöksen avulla suojellaan lähinnä vilpittömässä mielessä toiminutta sopijakumppania. Mm. Saksan BGB:n säännös (§ 242), jonka mukaan sopimusoikeudessa on mittapuuna »Treu und Glauben», on ilmeisesti aikanaan merkinnyt huomattavaa muutosta sovellutusratkaisuihin nähden, jotka rakentuvat sopijapuolten »vapaalle tahdolle».¹⁰ Kuten tunnettua, myös meidän oikeustoimilakimme on katsottu rakentuvan nk. yhdistetylle tahto- ja luottamusteorialle.¹¹ Mainittakoon kuitenkin tässä yhteydessä, että mm. Arnholm¹² on katsonut, että vaikka Norjan lainsäädännössä sanamuoto kuuluu: »redelighet eller god tro», pääpaino ilmaisussa on kuitenkin sanalla »redelighet».

Teoreettisten konstruktoiden suhteen voidaan vielä viitata eräisiin lainvalmisteluvaiheissa esitettyihin kannanottoihin. On todettu, että on vaikeaa vetää rajaa toisen »kunniattoman» hyväksikäytön ja hyväksyttävän liiketaidon (»affärsskicklighet») välille. Tähän liittyy teoria »erehdyksestä vaikuttimissa», jonka lähtökohta on roomalaisessa oikeudessa. Sen rinnalla esiintyy lähinnä Skandinavian maissa nk. edellytysoppi. On mielenkiintoista todeta, miten eri maiden taholta on lainvalmisteluvaiheessa näihin kysymyksiin suhtauduttu. Meidän lainvalmistelukuntamme mietinnössä kysymys on sivuutettu, kiinnittäen kuitenkin huomiota siihen, kuten aikaisemmin on mainittu, että varallisuus oikeudel-

⁷ Esim. *Stang*: Avtalelagens 33 § (Obligationsrettens almindelige del 3).

⁸ *Wrede*: s. 130.

⁹ Vrt. *Ståhlberg*: Petoksesta s. 91. Rikosoikeudellisesta aspektista esim. *Ottenhof*: Le droit pénal et la formation du contrat civil s. 195.

¹⁰ *Windscheid—Kipp*: Lehrbuch des Pandektenrechts I s. 446. Vrt. *Stang*: s. 80 »synbar viljemangel» Platou Tfr 1915 s. 41—42, edellisen kritiikkiä.

¹¹ *Wrede*: s. 10. af *Hällström*: Villfarelse s. 19.

Oikeusperiaatteita ei ole kuitenkaan formuloitu ohjeluontoisesti.

¹² *Arnholm*: Alminnelig avtalerett (1949) s. 308, s. 322.

listen oikeustointen pätemättömyyttä koskevia kysymyksiä ei ole tyhjentävästi käsitelty. Samoin kysymys sivuutetaan Norjan mietinnössä. Tanskan mietinnössä huomautetaan, että edellytysoppia koskeva säännös ei ole ollut käytännön tarpeiden vaatima eikä sanotun säännöksen suhteen ole myöskään päästy yksimielisyyteen. Ruotsin mietinnössä sen sijaan nimenomaan korostetaan, että milloin asianosainen *toimiessaan jonkin edellytyksen vallassa on antanut sille sellaisen merkityksen, että jos asia olisi tullut hänen tietoonsa, hän olisi asettanut sen ehdoksi oikeustoimen päättämislle tai jättänyt oikeustoimen tekemättä*, toisen asianosaisen olisi arvotonta vedota oikeustoimeen sillä perusteella, että sopimusehtoa ei esiinny. Myös Ruotsin lainvalmistelukunnan mietinnössä kuitenkin katsotaan, ettei ajatus ole edellytysopin kannalta saavuttanut sellaista kypsyyttä, että se olisi ollut lainsäädännöksi muotoiltavissa. Lainvalmistelutöistä saa siten sen käsityksen, että oikeustoimilain 33 §:n säännös on myös teoreettisten konstruktioiden suhteen jätetty avoimeksi kehitykselle.^{12a}

Mutta oikeustoimilain 33 §:n säännös sisältää ennenkaikkea *mittapuun*, joka jättää *tuomioistuimille laajat sovellutusmahdollisuudet*. Tuon mittapuun kielellinen ilmaisu sisältää sinänsä yhteiskunta-arvostuksen. »Värikäs» sanonta »kunnian vastaista ja arvotonta» liittyy lähinnä yhteiskunnassa noudatettaviin *moraalisääntöihin*. On kuitenkin huomattava, että suomenkielisen lakitekstin sanonta on selvästi korostetumpi kuin esim. ruotsalaisen lakitekstin »tro och heder», Norjan lain »rederlighet eller god tro» tai Tanskan lain »almindelig haederlighed». Sanontaa voidaan nyttemmin yli neljäkymmenen vuoden kuluttua pitää kielellisesti jonkin verran muuttuneena. Sen arvostussisältö on kuitenkin edelleen jyrkkä. Sanonta on ilmeisesti valittu ja myös johtanut aikaansaamaan »varauksellisuutta» säännöksen soveltamisessa. Lainvalmistelukunta toteaa, että kun Suomessa tuomioistuimet ovat erittäin varovasti julistaneet sopimuksia pätemättömiksi on uskaltauduttu käyttämään väljää sanontaa. Esim. Guldberg¹³ Ruotsissa on kirjoittanut, että säännöksen epämääräisyys on saanut tuomioistuimet suhtautumaan pidättyväisesti sen käyttämiseen.

^{12a} Myöhemmästä kehityksestä *Vahlen*: Formkravet vid fastighetsköp s. 197, s. 208, *Jørgensen*: Fire obligationsretlige afhandlingar s. 62 ss, s. 78.

¹³ *Guldberg*: SvJT 1932 s. 557.

OTL 33 §:n laajakantoisuus on kuitenkin jo lainvalmisteluvaiheessa todettu. Tämä koskee myös säännöksen soveltamisalaa. Vaikka oikeustoimilain säännökset eivät koske *perhe- ja perintöoikeutta*, ilmoittaa lainvalmistelukunta, että säännöksen soveltaminen on mahdollista *analogisesti myös näillä oikeusaloilla*. OTL § 33 on muutoinkin nk. yleis-säännös verrattuna erityisalojen säännöksiin, kuten esim. vakuutus-sopimuslain säännökset, jolloin laissa jo sopimuskumppaneille asetetaan *erityisiä* tiedotusvelvollisuuksia ja myös tarkistusvelvollisuuksia.

Oikeustoimilain 33 §:n soveltamisalasta on erotettava kysymys sen tarkoitussisällöstä. Siten päädytään jo aikaisemmin tässä tutkimuksessa esitettyyn hypoteettiseen kaavoitukseen: *Muodollisteknillisesti on säännöksessä sen soveltajalle annettu valtuus ratkaisun suorittamiseen ilman kiinteitä arvosteluperusteita; ideologisesti tulee esille säännöksen periaatteellinen ja konstruktiiivinen luonne: siinä osoitetaan sen soveltajalle eräänlainen sosiaaliseettillisiä aineksia sisältävä mittapuu; sosiologisesti taas havaitaan, että lauseke on sijoitettu lainsäädäntöön, jotta mittapuu noudettaisiin yhteiskunnasta, ts. tuomarit lainsäätäjän asemesta joutuvat asettamaan sovellutusperusteet.*

Voidaan vielä kiinnittää huomiota siihen, että OTL 33 §:n sijoittaminen lainsäädäntöön ja myös sen teknillinen muotoilu on aikanaan herättänyt oikeustieteessä melkoista arvostelua. Se on ollut pääpiirteiltään samaa, mitä on kohdistettu eräisiin muihin yleislausekkeisiin. Jo aikaisemmin on kiinnitetty huomiota Kivimäen vielä 1950-luvulla julkaisemaan kirjoitukseen: »Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä». Voidaan mainita, että esim. Geiger¹⁴ on aikanaan arvostellut, että lainsäädäntöön on yleensä otettu lausekkeitä, jotka viittaavat moraaliarvostuksiin. Hänen käsityksensä mukaan oikeus on poliittinen eikä moraalinen ilmiö. Siten on merkitystä kauppiaan liiketavoilla, muttei kauppiaan kunniallisuudella. Geigerin ajatuksia on terävästi arvostellut Ross.¹⁵ Mm. Arnholm¹⁶ on taas huomauttanut, että ennakoltalaskettavuuden kannalta on yhtä epävarmaa vedotaanpa sitten hyvään tapaan tai moraaliarvostuksiin. Usein on myös arvosteltu sekä 33 §:n liiallista väljyyttä että sen epämääräisyyttä. Esim. Koersner¹⁷ on kysynyt, onko ollut tarkoituksena luoda erityinen »*det civila hederlighetsbegreppet*», ja mikä on sen suhde siviilipetokseen, kehoittaen erittäin varauksellisesti suhtautumaan sanottuun säännökseen. Ruotsissa

¹⁴ Geiger: Debat med Uppsala om Moral og Ret (1946) s. 219—220.

¹⁵ Ross: Juristen 1946 s. 259.

¹⁶ Arnholm: s. 101.

¹⁷ Koersner: Obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1915) s. 63—66, kts. myös Koersner: TFR 1929 s. 168 ss.

on kiinnitetty huomiota siihen, että edellytysoppia koskevan säännöksen poistaminen on ehkä johtamassa oikeustoimilain 33 §:n soveltamisalan liialliseen laajenemiseen, jolloin saattaa aiheutua virheellisiä johtopäätöksiä suhteessa 32 §:n säännökseen ilmaisuerehdyksestä.¹⁸ On myös esitetty, että 33 §:n säännös olisi ollut laadittava vielä laajempaan muotoon, jotta se ei itse olisi lähteenä virheellisille e-contrariojohtopäätöksille.

Oikeustieteen kannanotot OTL 33 §:n sovellutusratkaisujen suhteen noudattavat pääasiallisesti kahta eri linjaa:

1) Erityisesti meidän oikeustieteessämme esiintyy mielipiteitä, joiden mukaan tuomarille on tuossa yleislauselausekkeessa annettu laaja valtuus kohtuustarkistukseen, ilmeisesti sekä sopimuksen sisällön, kohteen että tarkoituksen huomioon ottaen. Tätä kantaa edustavat meillä mm. Hakulinen (Velkakirjalaki (1947) s. 107, s. 50) ja Kivimäki (Lm 1959 s. 125), joista viimeksi mainittu on kirjoittanut, että oikeustoimilain kunnianvastaisuuslauselauseke on tarkoitettu korostamaan »sopimuksen materiaalista sisältöä sen muodollista tulkintaa vastaan». Hän viittaa kuitenkin lausekkeen käsitteelliseen epämääräisyyteen ja kiinteiden tulkintasääntöjen puuttumiseen. Kunnianvastaisuuslauselauseke lähenee tällöin oikeudessaamme tunnettua hyvän tavan vastaisuutta, jonka tuomioistuimien ottaa huomioon ex officio. OTL 33 §:n säännös on kuitenkin väitteenvaarainen ja edellä esitetyistä kannanotoista lähtien se katsotaan poikkeussäännöksi, johon on suhtauduttava erittäin varauksellisesti.

2) Mm. Skandinavian maissa Karlgren on lähinnä edustanut toista päälinjaa, katsoen että säännöksen soveltamisessa noudatetaan yleisiä tulkintasääntöjä,¹⁹ ts. lähtökohdaksi asetetaan tilanmetyypittely ja katsotaan minkälaisia ovat ne olosuhteet, joissa tehtyyn sopimukseen niistä tietoisena on kunnian vastaista ja arvotonta vedota. Hänen käsityksensä mukaan säännöksen soveltamisala eroaa hyvän tavan vastaisuudesta, joka liittyy sopimuksen materiaalliseen sisältöön. Karlgren on kuitenkin joutunut toteamaan, ettei selvää rajaa oikeudellisessa argumentaatiossa voida ylläpitää, joten sanontaa »olosuhteet sopimusta tehtäessä» ei ole tulkittava liian suppeasti. Voidaan mainita, että esim. Bergendal²⁰ on arvostellut Karlgrenin kannanottoja, katsoen että tämä liiaksi pyrkii sitomaan tuomioistuinta normiseikaston suhteen ja asettaa siten esteitä

¹⁸ Vrt. Rodhe: Obligationsrätt s. 345.

¹⁹ Karlgren: SvJT 1933 s. 228, s. 235, s. 247. Karlgren: Avtalsrättsliga spörsmål (1954) s. 79 ss, s. 113.

²⁰ Bergendal: SvJT 1935 s. 617.

vastaiselle oikeuskehitykselle. On kuitenkin korostettava, että Karlgrenin lähtökohtana on tyypittelymahdollisuuksien ja siten uuden säännönmuodostuksen edistäminen. Myös voidaan kiinnittää huomiota siihen, että vaikka lähtökohdaksi asetetaankin laaja valtuus kohtuusharkintaan, voidaan argumentaatiossa päätyä asia-aineistosta johdettavaan tyypittelyyn.

Tyypittelyn suhteen voidaan vielä viitata Ruotsin lainvalmistelukunnan mietintöön, jossa ei tyydytä antamaan vain eräitä ohjeita 33 §:n soveltamiseksi, vaan aikaisempaan oikeuskäytäntöön viitaten selostetaan eräitä tyyppitapauksia, joissa säännös on tarkoitettu käytettäväksi. Erityisesti on kiinnitetty huomiota oikeustoimiin henkilöiden kanssa, jotka eivät ole kenneet selkeästi harkitsemaan oikeustoimen sisällystä ja tarkoitusta. Myöhemmin on Ruotsissa sitä paitsi tullut voimaan laki: Lagen om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet, 27.6.1924. OTL 33 §:n soveltamisalaan on katsottu oikeuskäytännössä kuuluvan niiden tapausten, joissa poikkeaminen »normaalista» mielentilasta ei ole niin suuri, että sopimus suorastaan sanotun lain nojalla olisi julistettava pätemättömäksi. Eroavuudet liittyvät tällöin myös vahingonkorvausvelvollisuuteen.

Myös Ussing,²¹ Stang²² ja Arnholm²³ ovat korostaneet 33 §:n säännöstä sovellutusratkaisun lähtökohtana. Esim. Ussing on kirjoittanut, että oikeudellinen epävarmuus, jota yleislausekkeiden sijoittaminen on aikaansaamassa, voidaan poistaa perustelulauseilla, jotka muodostuvat prejudisoiviksi vastaiselle oikeuskäytännölle. Mm. Arnholm²⁴ on pitänyt erittäin suotavana, että yleislausekkeiden avulla norminmuodostus saatetaan siirtää poliittisesti neutraalille alueelle. Epäilevästi on kuitenkin saatettu suhtautua siihen, miten tuomioistuimet, joilta usein puuttuu taloudellisen elämän tuntemusta, voivat yksityistapausajattelusta vapautuen pystyä säännönmuodostukseen varallisuus-oikeudellisissa kysymyksissä.²⁵ Mainittakoon, että myös Knoph²⁶ on aikanaan kirjoittanut standardien rationalisoimisesta alastandardeiksi.

Meidän oikeustieteessämme — vaikka tyypittelymahdollisuuskin on todettu — on OTL 33 §:n sovellutuksia suuressa määrin käsitelty poikkeuksellisina in casu -ratkaisuina. Esim. Alanen,²⁷ joka on korostanut

²¹ Ussing: Aftaler (1945) s. 170.

²² Stang: s. 64—70.

²³ Arnholm: s. 307, vrt. Almén: s. 130.

²⁴ Arnholm: s. 100.

²⁵ Rodhe: Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden s. 15 (Stockholm 1951).

²⁶ Knoph: Rettslige standarder s. 30.

²⁷ Alanen: Lm 1942 s. 175 ss.

yleislausekkeitä sosiaaliseettillisen mittapuun sisältävinä periaatesääntöinä, on jo aikaisessa vaiheessa kiinnittänyt huomiota tuomioistuinten tyypittelymahdollisuuksiin. Hän on samalla kuitenkin toistuvasti korostanut säännöksen *poikkeuksellisuutta*. Yleisesti on myös kiinnitetty huomiota siihen, että *liike-elämän intressit*²⁸ vaativat sopimusten sitovuutta. Mahdollisesti on myös katsottu, että itse asissa ei aseteta moraalissääntöjä sovellutusratkaisun perustaksi, vaan oikeusjärjestys pyrkii ikäänkuin sovellutuksiin, joiden avulla *suojataan yhteiskuntamoraalia* yhteiskunnallisena arvona. Ja vieläkin tärkeämpi näkökohta: mahdollisesti on varottu antamasta suosituksia moraaliarvostuksiin perustuvasta *tilannetyypittelystä*, jotta siten ei kiteytyisi esteitä vastaiselle oikeuskäytännölle.

Oikeustieteessä on myös kysytty, kenen arvostus on ratkaiseva 33 §:n säännöstä sovellettaessa. Korostetaan, että on noudatettava objektiivista mittapuuta.²⁹ Itse asiassa on ratkaisevana tuomarikunnan asettama yleinen mittapuu.³⁰ Erityisen tärkeäksi muodostuu siten, millä tavoin tuo *oikeudellinen arvostelu perustellaan*.

Suhteellisen yleinen käsitys lienee, että 33 §:ssä on asetettu *eräitä minimivaatimuksia* yhteiskunnassa noudatettavan rehellisyyden ja kunniallisuuden suhteen. On kysymys ei-hyväksyttävästä menettelystä, joka ei ole kriminalisoitu, mutta joka toisen asianosaisen vaatimuksesta voi johtaa sopimuksen julistamiseen pätemättömäksi. Säännös rinnastetaan siten niihin mahdollisuuksiin, joita *exceptio doli* -väite roomalaisessa oikeudessa asianosaiselle antoi.³¹ *Sosiaaliseettisesti* voidaan myös pyrkiä *ohjaamaan kansalaisten vastaista käyttäytymistä*.

Esim. *Stang*³² on aikanaan katsonut, että mittapuun asettaminen alhaiseksi vaikuttaa niinkuin sanottuja vaatimuksia ei esitettäisikään. Stangin mukaan yhteiskuntaintressit vaativat sekä sopimusten pitämistä että rehellisyyden noudattamista. Sopimusten pitämiskaatimusten korostaminen kuitenkin johtaa siihen, ettei kaikkea moitittavaa, ei-hyväksyttävää tai edes paheksuttavaa menettelyä voida lukea säännöksen sovellutuspiiriin, vaan se rajoitetaan vain eräisiin erittäin kvalifioituihin tapauksiin. Esille tulevat siis *kilpailevat argumentit säännöstä sovellettaessa*.

²⁸ *Alanen*: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 41.

²⁹ Esim. *Wrede*: s. 132. *Almén*: Lagen om avtal s. 128.

³⁰ Vrt. *Arnholm*: s. 102. Esim. *Ussing*: s. 171 katsoo, että mittapuu etsitään suoraan yhteiskunnan moraaliarvostuksista.

³¹ Esim. *Kivimäki—Ylöstalo*: Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 382.

³² *Stang*: s. 83.

Oikeuskäytännön osalta on todettava, että oikeustoimilain voimaantulon 1.7.1929 jälkeen 1930- ja 1940-luvuilla esiintyvät sanotun lain säännökset, erityisesti 33 §:n säännös vain harvojen korkeimman oikeuden julkaistujen selostusten ja tiedonantojen perustelulauseena. Tämä johtunee osaltaan paitsi tuomioistuinten varovaisesta suhtautumisesta lainsäädäntöön myös siitä, että asianosaiset vain harvoin ovat vedonneet siihen kanne- tai väiteperusteena. Nytemmin on myös oikeudenkäyntien määrä kasvanut, mutta jatkuvastikin OTL 33 §:n säännöstä ilmeisesti käytetään suhteellisen harvoin *hyväksytyjen* pätemättömyysratkaisujen perustelemiseen. Monet julkaistuista oikeustapauksista edustavat hylättyjä kanteita. Vastaavasti todetaan Ruotsissa,³³ että 33 §:n oikeusohje harvemmin esiintyy ylempien oikeusasteiden ratkaisuiissa, mutta esitetään arvelu, että alioikeudet käyttävät sitä useammin perustelulauseenaan. Kun esim. tarkastellaan viimeksi julkaistuun korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemistoon valittuja oikeustapauksia,³⁴ voidaan kuitenkin havaita, että 33 §:n *soveltamistapausten* määrä on kasvanut viime vuosikymmeninä, myös sen soveltamisala on laajentunut.

Asianajajakunta vetoaa nytemmin jo toistuvasti 33 §:n säännökseen joko itsenäisesti tai mm. toissijaisena kanneperusteena, mikä johtunee siitä että se on helposti löydettävissä oleva pätemättömyysperustelu ja vastapuoleen kohdistetaan mielellään asiallisesti ankaraa arvostelua. Se ei ole myöskään sidottu määräraikaan, kuten esim. eräät vaihtoehtoiset kanneperusteet. Siten sitä valitettavasti on mahdollista myös käyttää »kveruloimisvälineenä».

Melkoista epävarmuutta sanotun säännöksen suhteen oikeuskäytännössä kuitenkin on esiintynyt. On mahdollista, että eräät tuomioistuimet jatkuvasti pitävät sitä jonakin »vähemmän juriidisena» poikkeussäännöksenä, joka lähinnä palvelee in casu -ratkaisuja. Kuten on mainittu, yleispiirteenä voidaan kuitenkin havaita, että sovellutustapausten määrä on yhteiskuntakehityksen mukana kasvanut.

OTL 33 §:n yleislauseketta tarkastellaan tässä lähinnä Suomen ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. Kun ratkaisujen perustelut meillä ovat yleensä niukkasanaisia, eivät sisällä tosiasiallista argumentointia ja saattavat sitä paitsi olla tuloksena eri jäsenten mielipiteiden yhteensovittamisesta, on tutkimus rajoitettu *julkaistuun oikeustapausaineistoon*.

³³ Persson: Civilrättens generalklausuler (Festskrift för Olivecrona s. 510).

³⁴ Miettinen: Korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemisto 1926—1968 s. 298 ss. Vastaavaa kehitystä on Ruotsin oikeuskäytännössä. Norjan ja Tanskan oikeuskäytännössä on säännökseen viitattu useammin.

Tämä koskee erityisesti yleislausekkeitä, joissa näyttökysymykset ja oikeudellinen arvostelu saattavat kietoutua toisiinsa ja joissa julkaisematon aineisto on voinut jäädä vaille yleistettäviä perusteluja.

Lähtökohtana oikeustapauksia tarkasteltaessa on lähinnä *objektiivinen tulkinta*³⁵ (vrt. mitä aikaisemmin on kirjoitettu laintulkinnasta), ts. tuomioistuinratkaisuja tarkastellaan valmiiksi muotoiltuina ratkaisutuloksina, joiden tulkitsemiseksi »ei kysellä» ratkaisijoiden yksityisiä mielipiteitä. Päähuomio kiinnitetään silloin enemmistöratkaisuihin, vaikka erimielisten jäsenten lausunnot saattavatkin olla kysymyksenasetteluja selventäviä ja myös vastaista oikeuskehitystä viitoittaviakin.

Tässä on kuitenkin erityisesti kiinnitettävä huomiota siihen, että vaikka ratkaisujen *julkisuuteen saattaminen* esim. plenum-ratkaisuina, korkeimman oikeuden selostuksina (esim. Ruotsissa merkitään erityisen arvovaltaiset ratkaisut nk. Minnesbok'iin), oikeustapauskommentaareina jne. merkitsee ratkaisujen suorittajien tai niiden julkaisijoiden *ohjelmallista kannanottoa* tuon oikeustapausaineiston erityisestä prejudikaattikelpoisuudesta, ratkaisujen *tosiasiallista prejudikaattivaikutusta* eivät oikeusjärjestyksessämme määrää niiden julkaisijat vaan niiden *myöhemmät noudattajat*.³⁶ Siten monet julkaistut prejudikaatit ovat saattaneet jäädä vaille tosiasiallista prejudikaattiarvoa julkaisemattomaan aineistoon verrattuna: ilmenee jatkuvasti ristiriitaisia kannanottoja kunnes uusi laki on selventämässä tilannetta, jopa korkeimman oikeuden muodollisteknillisetkin ratkaisut saattavat jäädä noudattamatta. Toisaalta kuitenkin ratkaisujen julkisuuteen saattaminen tekee niistä *tietolähteen*, jota on mahdollista käyttää *argumentaatiossa*. On myös todettava myöhemmän oikeustapausaineiston huomattavampi merkitys aikaisemmin julkaistuihin prejudikaatteihin verrattuna. Esiintyy myös eräitä ilman lainsäädäntömuutoksiakin vanhentuneiksi käyneitä prejudikaatteja, minkä seikan myös prejudikaattien julkaisijat joutuvat ottamaan huomioon.

Pohjoismaisessa oikeustieteessä on todettu, että OTL 33 §:n yleislausekkeella saattaa oikeuskäytännössä olla merkitystä muutoinkin kuin vain perustelulauseena käytettäessä.³⁷ Tällöin tulee esille näkökohta, että sanottu säännös, vaikka se viittaa tahalliseen tai tietoiseen toimintaan ja on täydentämässä edellä olevia moraaliarvostuksille rakentuvia säännöksiä, sisältää mittapuun, jonka avulla pyritään saamaan esille

³⁵ Vrt. *Ross*: Om ret og retfaerdighed s. 130, s. 143.

³⁶ *Hjerner*: Om rättsfallstolkning s. 9, s. 23. Vrt. *Schmidt*: Domaren som lagtolckare (Festskrift tillägnad Nils Herlitz 1955 s. 263). Vrt. myös espanjalaisen oikeuden »doctrine legale», jossa kaksi ylimmän oikeusasteen ratkaisua muodostaa kiinteän »ohjelmallisen» prejudikaatin.

³⁷ Vrt. aikanaan *Wrede*: s. 10. Myös *Arnholm*: Laerebok i Avtalerett s. 270.

oikeustajuntaan liittyvä reaktio yhteiskunnasta käsin sopimusten pätemättömyyttä arvosteltaessa. Samalla se on *periaatesääntö*, joka on ohjaamassa toteamaan sopijapuolten yhdenveroisuutta sopimus-tilanteessa, vastikkeiden toisiaan vastaavutta (vrt. myös kiskomissään-*nös*), jopa sopimuksen seurausvaikutusten vertailukelpoisuuttakin, ts. toteuttamassa *oikeudenmukaisuusajatusta* sopimusoikeudessa. Periaate-sääntönä oikeusohje olisi saatettu muotoilla laajennettuna siten, että olisi kielletty sopimuskumppanin hyväksikäyttö sopimusolosuhteiden avulla. Hyväksikäyttö olisi saatettu perustaa paitsi toiminnalle, joka sisältää toisen sopijapuolen *tahallista* tai *tuottamuksellista* hyväksikäyt-töä, myös kohtuusharkintaan sopimuksen *seurausvaikutuksia* vertail-taessa.

Voidaan todeta, että eräitä niistä teoreettisista konstruktioista, jotka liittyvät esim. erehdyksiin vaikuttimissa, edellytysoppiin ja valeoikeus-toimiin voitaisiin sijoittaa myös OTL 33 §:n sovellutuspiiriin. Esim. Ruotsissa saatetaan eräitä edellytysoppiin tai luottamuksen suojaan muu-toin liittyviä kannanottoja alistaa oikeustoimilain sovellutuksiksi, kui-tenkin niin, että kun sopijapuolen toiminta lähenee esim. tuottamuksel-lista hyväksikäyttöä on ilmeisesti viitattu 33 §:n säännökseen nimenomaan ottamatta esille lauseketta »*mot tro och heder*».

Useimmat 33 §:n ratkaisuihin eivät edusta oikeuskäytännössä *nk. muodollisteknillisiä prejudikaatteja*, vaan kehityslinjoja viitoittavia *tyyppiprejudikaatteja*. Teknilliskonstruktiivisina prejudikaat-teina voidaan kuitenkin pitää esim. *säännöksen soveltamisalaa koskevia* korkeimman oikeuden ratkaisuja, kuten OTL 33 §:n säännöksen sovelta-mista valtuutukseen tai lahjaan nähden yksipuolisina oikeustoimina³⁸ (KKO tied. 90/1968, tied. 311/1947 ja sel. 1/1969) jne.

OTL 33 §:n tulkintaa edeltää oikeudellisessa ratkaisussa varsinainen *sopimustulkinta*. Nytemmin on *nk. objektiivinen tulkinta* voittanut alaa myös yleisessä sopimustulkinnassa ts. todistusaineiston valossa ei ryhdytä etsimään niitä sopijapuolten »todellisia» tarkoituksia, jotka ovat saattaneet tulla esille esim. sopimusneuvotteluissa, vaan saatetaan

³⁸ Tässä suhteessa on esiintynyt erimielisyyksiä. Vrt. esim. Ranskan oikeus, jonka mukaan Code civil art. 1116 (»Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est evident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.») ei sovellu lahjoitukseen. *Marty—Raynaud: Droit civil II* s. 129.

konstruoida sopimus *objektiivisesti*³⁹ »kolmannen miehen» kannalta tilannetta arvosteltaessa. Siten voidaan muotoilla *sopimus, jota itse asiassa kumpikaan sopijapuolista ei ole tarkoittanut*. Näin on erityisesti, kun toiselle sopijapuolelle asetetaan riskivastuu esim. sopimuksen sana-muodosta.

Tässä ei kuitenkaan ole kysymys sopimustulkinnasta, vaan laintulkinnasta sopimuksen pätemättömyyden suhteen. OTL 33 §:n säännöstä sovellettaessa on katsottu, että lähinnä on kysymys sopimuksen *kokonaispätemättömyydestä*. Voidaan kuitenkin ajatella, että sen nojalla esitettäisiin vaatimus sopimuksen osittaisesta julistamisesta mitättömäksi. Velkakirjalain 8 §:ssä esiintyy lauseke kohtuuttomien ehtojen sovittelumahdollisuudesta ja niiden huomiotta jättämisestä. Esim. ehto sopimuksen voimassa pitämisestä kesto-suorituksena voitaneen julistaa pätemättömäksi myös OTL 33 §:n nojalla. OTL 33 §:n säännös, kokonaispätemättömyydenkin huomioon ottaen, saattaa kuitenkin sikäli liittyä sopimustulkintaan, että vedotaan esim. siihen, että toinen sopijapuoli sopimustilannetta hyväksi käyttäen *sai aikaan sopimuksen, joka oli sisällöltään olennaisesti toinen kuin mitä toinen sopijapuoli oli tarkoittanut*.⁴⁰ Siten objektiivisen sopimustulkinnan asemesta joudutaan selvittämään sopijapuolten subjektiivisia tarkoituksia ja *sopimustulkinnasta* muodostuu *todistusaineistoa oikeustoimilain 33 §:n osoittaman mittapuun soveltamiseksi*.

Oikeustapauksia tarkasteltaessa havaitaan, että esiintyy tyyppittelyä sekä 1) *sopimuskumppanin henkilökohtaisten ominaisuuksien* suhteen, ts. saatetaan todeta, että sopijapuolet eivät edes neuvotteluihin ryhtyessä ole olleet yhdenveroisia, tai 2) *sopimustilanteeseen*, so. *sopimusneuvotteluihin*, sopimuksen laatimiseen tai myöhempään hyväksymiseen nähden. Esim. Henkel⁴¹ erottaa

³⁹ Kts. esim. Schmidt: SvJT 1960 s. 429, Jørgensen: Fire obligationsrettlige afhandlinger s. 62, s. 66, Aho: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta s. 90 (subjektiivinen, objektiivinen ja »välitön» merkitys).

⁴⁰ Esim. Olsson: Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s. 33.

⁴¹ Henkel: Recht und Individualität s. 11, v. Wright: The Varieties of Goodness s. 205.

Ranskan oikeus Code Civil art. 1134: sopimukset »être exécutées de bonne foi».

Saksan oikeudessa on erikseen säännös sopimusten tulkinnasta BGB § 157 ja erikseen laaja valtuuslauseke, jonka on katsottu käsittävän myös sopimusten pätemättömyyden BGB § 242: »Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu beurteilen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es

erikseen tapauksen »individualisoinnin» toisaalta henkilöön toisaalta tilanteeseen liittyen (»Persönlichkeit» ja »Situationsmoment»). Eräiltä osin voidaan vielä osoittaa sopimuksen »taustatekijöitä». Usein sekä henkilöllisyyteen että tilanteeseen liittyvät tekijät saattavat yhtyä 33 §:n sovellutustapauksissa.

Toisen sopijapuolen *kyvyttömyys harkita tilannetta* saattaa olla *tilapäinen*, kuten esim. juopuneena annettuihin sitoumuksiin nähden (esim. KKO tied. 29/1942 tai tied. 220/1947). Erikseen voidaan mainita tapaus, jossa todetaan, että vekselisitoumuksen antaminen on tapahtunut päihtymystilassa eikä vekselivelallinen, joka on ollut helposti taivuteltavissa, ole kyennyt arvostelemaan sitoumuksen merkitystä (KKO tied. 107/1954). Vastaavasti todetaan lahjoitukseen nähden, että henkilö ei ollut päihtyneenä kyennyt arvioimaan sitoumuksen sisältöä ja vaikutusta (KKO tied. 379/1948).

Pysyvämpiluontoinen harkintamahdollisuuksien väheneminen esiintyy sairaus- ja vanhuudenheikkoustopauksissa (esim. KKO tied. 66/1939). Tällöin on kysymys eräänlaisesta *alentuneesta oikeustoimikelpoisuudesta*. (Vrt. KKO tied. 321/1950, jossa on kysymys avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen tunnustamisesta ja elatuksesta. Todetaan, että X ei ole ollut oikeustoimikelvoton; deskriptiivistä tyypittelyä esittämättä viitataan kuitenkin säännökseen oikeustoimilain 33 §:ssä.)⁴²

Kuten on mainittu, Ruotsissa on voimassa erityinen laki (Lagen om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet v:lta 1924),^{42a} jonka nojalla sopijapuolen mielentilan johdosta sopimusta tehtäessä voidaan sopimus julistaa pätemättömäksi. Ruotsin oikeuskäytäntö tuntee kuitenkin tapauksia oikeustoimilain 33 §:n sovellutuksista sen rinnalla (esim. NJA 1966: 10,

erfordern.» Korostetaan, että mittapuu »Treu und Glauben» on sinänsä kohtuusajattelun tulos, mutta se *ei ole tarkoitettu* käytettäväksi *kohtuusnormina*, vaan itsenäisenä oikeusinstituuttina *yleiseen periaatemuodostukseen*. Esim. *Soergel—Siebert*: BGB (1967) s. 21, *Staudinger*: BGB: Recht der Schuldverhältnisse § 242 s. 64 ss, »Verkehrssitte» muodostaa »eine generalisierende Masstab für Wertung».

⁴² Oikeuskulttuurin kannalta on mielenkiintoista, että esim. Englannin Common Law tuntee vastaavat tapaukset: kun henkilö oli juovuksissa siten, ettei kyennyt oikeustointa päättäessään arvostelemaan, mitä hän teki, ja toinen sopijapuoli oli tästä tietoinen, sopimus julistettiin pätemättömäksi (tapaus v:lta 1811); samoin mieleltään häiriintyneeseen henkilöön nähden, kun toinen oli siitä tietoinen (»aware of his incapacity») (tapaus v:lta 1892). The Common Law Library n:o 1, Chity of Contracts, s. 446, s. 456. Kts. myös *Jägerskiöld*: Handelsbalkens utländska källor s. 59 ss. Oikeustapauksia Svean hovioikeudesta v:lta 1691 ja 1664 »ett nyanserat skälighetsbedömande» (naiset, erityisesti lesket suojeleobjekteina).

^{42a} Vrt. myös Ranskan oikeuden 1968 uusitut säännökset Code Civil art. 488—493 ja art. 1304 (*kannevaltarajoitus* viiteen vuoteen tiedoksisaannista).

jossa todetaan, että X:n mielentila ei ole ollut siten häiriintynyt kuin sanotussa laissa edellytetään, mutta hänen ei ole katsottava sitoumuksen antaessaan kuitenkaan täysin ymmärtäneen sen sisältöä ja vaikutuksia, joten Y, joka hyvin on tuntenut X:n olosuhteet, ei ole voinut vedota sitoumukseen). Mielenkiintoista on tässä yhteydessä todeta meillä uuden perintökaaren tuoma muutos testamentin pätemättömyysperusteisiin (PK 13:1 verrattuna säännökseen 1734-vuoden PK 16:9).

Edellä on viitattu siihen, että OTL 33 §:n soveltamisessa on lähinnä kysymys toisen sopijapuolen tai sitoumuksen antajan hyväksikäytöstä. Verrattuna esim. 30 §:n säännökseen *hyväksikäyttö on lähinnä passiivista*.⁴³ Mikäli katsotaan, että arvostelun, joka kohdistetaan A:n menettelyyn B:tä kohtaan, tulee vastata arvostelua, joka kohdistetaan henkilötyyppiin A hänen menettelynsä johdosta henkilötyyppi B:tä kohtaan tilanteessa tyypiltään Y, ei oikeustoimilain sovellutuksia voida käsitellä poikkeustapauksina in casu, vaan jokainen »poikkeuksellinenkin» ratkaisu sisältää *erasteista tyypittelyä*. Perusteluja »lievennetään» tuomioistuimen taholta, jotta tyypittely ei kiinteytyisi, esim. varauksella »ja olosuhteet muutoin huomioon ottaen», avoimella deskriptiivisyydellä tai siirtymällä suoraan perustelulauseeseen, kuten aikaisemmin on todettu. Näytön oikeudelliseen arvosteluun liittyen saatetaan myös käyttää sanontaa: »on pääteltävissä».

Toisen sopijapuolen passiiviseen hyväksikäyttöön liittyy kysymys eri sopijapuolille eri sopimustilanteissa asetetuista erilaisista ilmoitus- ja selontekovelvollisuuksista. Oikeustoimilakia täydentävät *erityislaeissa* esiintyvät adressaateille annetut ilmoitus- ja tiedoitusvelvollisuudet.^{43a} Kuitenkin myös *yleisessä sopimusoikeudessa* voidaan suorittaa tilanneyyppittelyä *sopijapuolten ilmoitusvelvollisuuteen* ja sen laajuuteen nähdessä. Erityisesti tätä näkökohtaa Arnholm on korostanut tarkastellessaan oikeustoimilain 33 §:n sovellutustapauksia Norjan oikeudessa.^{43b}

⁴³ Esim. Ranskan oikeudessa vastaa Code Civil art. 1116 rikosoikeuden puolella Code Pénal art. 405 (manoeuvres fraudem legis). Vrt. myös Code Civil art. 1117. Em. art. 1116 soveltuu myös käytettäväksi sopimuskumppanin *passiivisessa hyväksikäytössä*. Esim. Nectoux: Jurisprudence française 1953—1957 s. 579: »Le dol peut être constitué par silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait connu de lui, l'aurait empêché de contrat.» Vrt. meillä myös OTL § 30 tulkinta. Kts. myös Jørgensen: Kontraktsret. 1. s. 147: 33 §:n oikeusohje passiivisena pätemättömyyssääntönä.

^{43a} *Vihma*: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus s. 63 ss.

^{43b} *Arnholm*: Laerebok i Avtalerett s. 263 ss.

OTL 33 §:n mukaisen kanteen hyväksyvät ratkaisut ovat säännöllisesti yksityiskohtaisemmin perusteltuja kuin hylkäävät ratkaisut. Esim. Ruotsissa, kun useita kanneperusteita esiintyy rinnakkain, saatetaan perusteluissa viitata useampiin oikeustoimilain säännöksiin. (Vrt. NJA 1940 s. 77 ja NJA 1950 s. 389). Esim. KKO tied. 21/1949 sisältää kuitenkin yksityiskohtaiset perustelut, käsittäen erikseen sekä näyttö- että oikeudellisen arvostelun. Sopijapuolen vanhuus ja sairaus todetaan, mutta katsotaan, ettei noilla seikoilla ja oikeustoimen suorittamisella ole ollut syy-yhteyttä keskenään. Viimeksi mainittu tapaus selventää, että mittapuulauseketta vastaava arvostus on *tosiasia-aineistosta johdettava aste-arvostelma*, ts. kussakin tapauksessa on esitetyn näytön valossa harkittava, milloin toisen sopijapuolen hyväksikäyttöä ilmenee ja milloin tuo hyväksikäyttö on saavuttanut sellaisen asteen, että sitä on pidettävä kunnan vastaisena ja arvottomana. Moraaliarvostuksiin liittyen menettelyn ei-hyväksyttävyyttä kytketään asianosaisen *tahalliseen tai tietoiseen toimintaan*. Erikseen tulee kuitenkin esille objektivoitavissa olevia mittapuita: mitä sopijakumppaneiden muutoin olisi pitänyt puolin ja toisin tietää, miten sopimuksen seurauksivaikutukset eri osapuoliin nähden poikkesivat toisistaan jne. Itse menettely, jolla toisen etuja loukataan, joudutaan arvostelemaan objektiivisesti »kolmannen miehen» kannalta. Jälkikäteisarvostelua joudutaan siten kohdistamaan tilanteisiin, joissa saattavat keskenään punnittaviksi joutua toisen sopijapuolen *menettelyn kunnioittomuuden ja rehellisyyden aste suhteessa hyväksikäytetyn selonottovelvollisuuden ja huolellisuuden asteeseen*,⁴⁴ mikä mittapuu saattaa vaihdella eri oikeusaloilla ja eri henkilöryhmiin nähden. (Esim. KKO tied. 258/1949: alioikeuden toteamus siitä, että kauppa oli tehty tunnetun yhtiön kanssa, joten ei ollut syytä ottaa niin tarkkaa selkoa koneen laadusta kuin jos myyjänä olisi ollut tuntematon henkilö, ja KKO tied. 126/1955, joka viittaa siihen selonottovelvollisuuteen, joka myyjälle alueen omistajana asetetaan.) Tuomioistuimet ovat yleensä haluttomia julistamaan pätemättömiksi sopimuksia, joissa molemmat sopijapuolet ovat jossakin suhteessa menettelleet vilpillisesti. Edellytetään säännöllisesti myös, että esiintyy sopimuskumppanin *tosiasiallista hyväksikäyttöä* sopimuksen seurauksivaikutukset huomioon ottaen.⁴⁵

⁴⁴ Kts. Telaaranta: Erehdys s. 376.

⁴⁵ Hakulinen—Raninen: Osamaksukauppa s. 60.

OTL 39 §:n mukaan sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, on täytynyt tietää arvostelun kohteena olevista seikoista ennen kuin oikeustoimi vaikutti määräävästi hänen toimintaansa. Kun 33 §:ssä on käytetty ilmaisua *olettaa tietäneen*, niin on haluttu antaa tuomioistuimille suurempi harkintavapaus todistusaineistoon nähden, jonka hankkiminen tuonlaatuissa tapauksissa yleensä tuottaa vaikeuksia. Jotta voitaisiin ottaa huomioon, mitä toisen sopijapuolen puheena olevassa tilanteessa olisi *pitänyt tietää* (jota kantaa oikeustoimilain muotoilijoista mm. Stang on edustanut ja joka lauseke esiintyy mittapuuna oikeustoimilaissa monessa muussa yhteydessä), korvattaisiin moraaliarvostuksiin perustuva lauseke tai sitä ainakin täydennettäisiin tuottamusmittapuulla.

Kun huolellisuusmittapuun asetetaan esim. jonkin ammatinharjoittajan suhteen korkealle, saatetaan päätyä siihen, että itse asiassa lähestytään vaatimusta: mitä hänen on *täytynyt tietää*.^{45a} Näin on esim. silloin, kun myöhemmin saatetaan todeta jokin »olennainen erehdys». Esimerkkinä voidaan mainita meidän oikeuskäytännöstämme tapaus, jossa otsikossa mainitaan mittapuun »mitä olisi pitänyt tietää», KKO tied. 33/1968. Sen mukaan, koska erehdyistä oli pidettävä olennaisena ja kun vetoamista kerrotuissa olosuhteissa, joista X:n oli katsottava olevan tietoinen, Y:n tarjouksen hyväksymisellä syntyneeseen urakkasopimukseen oli pidettävä kunnian vastaisena ja arvottomana, X:n kanne on hylätty. KKO on kuitenkin tahallisuuteen liittyen käyttänyt sanontaa »täytynyt tietää». (Mikäli on kysymys tietoisuudesta, joka on saavutettavissa eri tosiseikkoja yhdistämällä, voidaan oikeuskäytännössä myös käyttää ilmaisua »täytynyt käsittää».)

Edellä olevassa tapauksessa on myös kysymys erehdyksestä ja sen hyväksikäytöstä. OTL 32 §:n säännös, joka koskee ilmaisuerehdyistä, on välttämätön siitä syystä, että oikeustoimilakimme mukaan sopimus voi syntyä myös tarjouksella ja siihen annettulla vastauksella. Ilmaisuuerehdyksen rinnalla on liiketoimissa yleinen *nk. kalkylointi* erehdys.⁴⁶ Sen hyväksikäyttö ei ilmeisesti ole mahdollista oikeustoimilain 33 §:n edellyttämässä olosuhteissa.

Kun oikeustoimilain yleinen pätemättömyyssäännöstö ei ole tyhjentävä, avautuu kysymys joko *tulkinnallisena* tai *oikeuslähdeopillisena* ongelmana, ts. onko 33 §:n väljää oikeusohjetta, myös muita 3 luvun pätemättömyyssäännöksiä pyrittävä tulkitsemaan laajentavasti tai onko ryhdyttävä täydentämään sanotun yleislausekkeen rinnalla havaittavaa »*tahallista oikeusaukkoa*» taikka onko rakennettava kokonaan erillisiä pätemättömyyskonstruktioita.

Jo 33 §:n sanamuoto — kun säännöksessä ei mainita sopimuksen pätemättömyydestä, vaan siitä, että »sopimusta alkoon saatettako voi-

^{45a} *Karlgren*: Avtalsrättsliga spörsmål s. 123 törkeä tuottamus on »presuimomassa» tahallisuutta.

⁴⁶ *Staudinger*: BGB § 242 (1961) s. 1026 ss. Vrt. *Soergel—Siebert*: Schuldrecht (1967) s. 87 ss.

maan», laajentaa säännöksen koskemaan myös *sopimuksen täyttämistä*.

Oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyyssäännösten rinnalla oikeustieteemme tuntee pätemättömyysperusteina esim. sellaiset konstruktiot kuin hyvän tavan vastaisuus,⁴⁷ oikeustoimi in fraudem legis, error in motivis jne., jotka suuressa määrin ovat roomalaisperäisiä. Kuten jo mainittiin, oikeustieteemme ja ilmeisesti myös oikeuskäytäntömme on ollut haluton sijoittamaan em. pätemättömyyskonstruktioihin liittyviä tapauksia OTL 33 §:n sovellutuksiksi edes silloin kun se voi tapahtua ilman laajentavaa tulkintaa.⁴⁸

Kuten mainittiin, eräät tutkijat katsovat, että OTL 33 §:n säännös ja hyvän tavan vastaisuus liittyvät toisiinsa. On kuitenkin kysymys *kokonaan eri pätemättömyysperusteista*. Oikeusjärjestyksemme mukaan voi tuomioistuin viran puolesta julistaa hyvän tavan vastaisen oikeustoimen vaikutuksettomaksi,⁴⁹ kun esim. joku sitoutuu siten tekemään rikoksen, alistuu henkilökohtaisen vapautensa rajoituksiin, esim. vaihtamaan uskontoa, olemaan menemättä naimisiin tai vaatii sitoumuksen täyttämistä, jossa on kysymys pelivelasta, prostituutiopalkkiosta jne. Sopijapuolet saattavat olla yhtä mieltä itse sopimuksen sitovuudesta, mutta tuomioistuin ei annakaan oikeussuojaa sen toteuttamiseksi. Samassa jutussa voi hyvinkin olla kysymys sekä hyvän tavan vastaisesta että samalla oikeustoimilain 33 §:n vastaisesta menettelystä, jolloin viimeksimainittu säännös tulee kysymykseen *toissijaisena* kanne- tai väiteperusteena.

Toisaalta esiintyy ehkä yhteiskunnassa vaikuttavien katsomusten vastaisuutta, joka ei ole — ei ainakaan vielä — sitä laatua, että tuomioistuin viran puolesta kiinnittäisi asiaan huomiota, mutta se tunnetaan kuitenkin eräänä aineksena 33 §:n sovellutuksissa, so. *ideologisia ja sosiologisia* argumentteja yhteensovittaessa. Oikeusteoriassamme korostetaan, että tuomioistuin ei ota huomioon, mitä sopijapuolet itse kukin

⁴⁷ Kivimäki—Ylöstalo: s. 351 ss. Ekström: Privaträttens allmänna läror II, s. 663 ss. Vrt. hyvän tavan vastaisuudesta Saksan BGB § 138 ja Ranskan Code Civil art. 6 ja art. 1133 (»La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre publique«).

⁴⁸ Vrt. kuitenkin säännöksen lisääntynyt käyttö myös KKO-prejudikaateissa.

⁴⁹ Vrt. Kivimäki: Siviilioikeuden yleiset opit (1944) s. 125 ss: ilman oikeusvaikutusta olevat hyvän tavan vastaiset sopimukset ja moitteenvaarainen hyvän tavan vastaisuus.

ajattelevat »kunniallisuudesta», vaan pyrkii asettamaan yleisen, *objektii-visen mittapuun*. Sen sijaan hyvän tavan vastaisuutta arvosteltaessa etsitään eroavaisuuksia itse yhteiskunnasta, joten tuomioistuimet joutuvat eräiltä osin ottamaan huomioon sen vaihteluita.⁵⁰ (Missä määrin esim. hyvän tavan vastaisuus -konstruktio on sovellettavissa eräisiin uskonnollisiin vähemmistöihin?) OTL 33 §:n mittapuun soveltaminen ei ilmeisesti myöskään edellytä samaa »vahvuusastetta» itse yhteiskuntakokonaisuuden kannalta kuin hyvän tavan vastaisuus, joka itse asiassa on eräs *törkeä* muoto »sopimattomuutta».

Kuten jo on viitattu, 33 §:n mukaan sopimus ei voi sinänsä olla *ex officio* pätemätön, vaan on kysymys lähinnä *sopijakumppanien välisistä loukkaustilanteista* ja *yksilöintressissä annetusta oikeussuojasta*, joka liittyy tilanne- ja henkilörelaatioon eli toisen *sopijapuolen hyväksikäyttöön*. Argumentaatiossa tulevat myös esille yhteiskunnassa vaikuttavat arvostukset.

Oikeustoimilakia voidaan kuitenkin soveltaa myös siten, että mittapuun »kunnian vastaisuudesta» ja »arvottomuudesta» irroitetaan lakijäsen-telystä *yleiseksi periaatteeksi* ja sitä käytetään argumentaatiossa.⁵¹ Jos joku on esim. laatinut sopimuksen, jossa hän tietää olevan erheellisen kohdan, ja myöhemmin päästäkseen irti sopimuksesta vetoaa tuohon erheellisyyteen, voi toinen sopijapuoli puolestaan vedota »kunnian vastaisuus ja arvottomuus»-lausekkeeseen, pitääkseen sopimuksen voimassa. Vastaavaan kysymykseen esim. Muukkonen on kiinnittänyt huomiota muotovirheen yhteydessä.⁵²

Aikaisemmin on jo viitattu siihen, että OTL 33 §:n säännöstä on pyritty laajentamaan siten, että toiselle sopijapuolelle asetettua vaatimusta (mitä hän on tiennyt, mitä hänen on täytynyt tietää ja myös mitä hänen on täytynyt käsittää) ulotetaan sisältämään välinpitämättömyyden sopimuksen syntymistavasta, huolimattomuuden sopimuksen tarkistuksessa jne. Näin päädytään sosiaalipsykologiseen mittapuuhun, mitä

⁵⁰ Siten esim. Sveitsin oikeudessa. Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch s. 304 ss. Kts. myös Gutzwiller: Schweizerisches Privatrecht II s. 156.

⁵¹ Esim. Sveitsin oikeus Oser s. 180, kts. art. 25: »Die Berufung auf den Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht.» Kts. myös Cederberg—Ylöstalo: Vähemmistön oikeuksien turvaamisesta osakeyhtiössä (1966) s. 36.

⁵² Muukkonen: Muotosäännökset s. 217 ss.

asianomaisen olisi pitänyt tietää. Täten ja myös spekuloiden sopijapuolten hypoteettisia tahdonmuodostuksia lähennyttään tuottamusvastuuta ja edellytyksoppia.⁵³

Mutta OTL 33 §:n mukana avautuu myös laaja kysymys muuttuneiden olosuhteiden⁵⁴ vaikutuksesta sopimusoikeudessa. Jos 33 §:n sanamuotoa tulkitaan laajentavasti, voidaan ajatella, että kysymys ei ole vain niiden olosuhteiden hyväksikäytöstä, jotka olivat tiedossa jo sopimusta päätettäessä — tai niistä edellytyksistä, jotka asetettiin sopimuksen tekemiselle —, vaan myös niistä tilanteista, joista saatiinkin tietää vasta sopimuksen teon jälkeen, taikka — vielä pitemmälle mennen — jotka vasta ilmaantuivatkin myöhemmin. Nuo muuttuneet olosuhteet saattavat tehdä sopimuksen täyttämisen mahdottomaksi taikka ainakin huomattavasti vaikeuttaa sitä. Siten voidaan ajatella, että toinen sopimuskumppani pitämällä kiinni sopimuksesta menettelee »kunniattomasti» so. yhteiskuntamoraalikaan ei tuota menettelyä hyväksyisi. Tällaisen tilanteen voitaisiin ajatella syntyvän, kun on kysymys toisen sopijapuolen »täydellisestä hyväksikäytöstä». Muuttuneitten olosuhteiden vaikutusta ei ole meillä kuitenkaan oikeusteoriassa tai oikeuskäytännössä toistaiseksi katsottu voitavan sijoittaa OTL 33 §:n tunnusmerkistön sovellutukseksi.

Muuttuneiden olosuhteiden pohjalta on mm. Rodhe⁵⁵ käsitellyt sopimusten pätemättömyys- ja kohtuullistuttamisongelmia. Esim. ylivoimainen este ja liika-vaikeus tunnetaan meillä sopimuksia kohtuullistuttavina seikkoina. Edellinen konstruktio on roomalaisperäinen, jälkimmäinen taas suhteellisen myöhäisen ajan kohtuullistuttamisväline esim. kansainvälisessä kaupassa.⁵⁶ Erittäin varaukselli-

⁵³ Fikentscher: Schuldrecht s. 132 »Vertrauensumstände» ja »Unzumutbarkeitslehre». Pohjoismaisesta oikeudesta subjektiivinen edellytysoppi (Lassen), objektiivinen edellytysoppi (lähinnä Ussing). Vrt. myös Stangin teoria »synbar viljemangel».

⁵⁴ Muuttuneet olosuhteet tunnetaan konstruktiona mm. kansainvälisessä oikeudessa. Esim. Saario: »Clausula rebus sic stantibus -oppi». Lm 1964 s. 279 ss. Vrt. Detter: Law of Treaty s. 95 ss.

Vihma: Suorituksen mahdottomuus s. 51 ss.

Meidän oikeudessamme OTL 33 §:n laajentavan tulkinnan esteenä lieeneä ollut 39 §:n sanamuoto.

⁵⁵ Rodhe: Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden (Stockholm 1951). Kts. myös Godenhielm: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden s. 247.

⁵⁶ Heikonen—Aaltonen: Irtaimen kauppa (1958) s. 178, s. 190. Godenhielm: Sopimusoikeuden oppikirja I s. 75 ss.

sesti suhtaudutaan meillä muutoinkin sopimusten kohtuustarkistukseen tai pätemättömyysperusteluihin, jotka johdetaan seurausvaikutusvertailusta. Muuttuneiden olosuhteiden periaate esiintyy kuitenkin *nimenomaisina säännöksinä* lainsäädännössämme. Sellaisia tunnetaan mm. *kestosuorituksiin* nähden. Esim. aikaisemmasta lainsäädännöstämme: L rautatienkäytöstä johtuvan vahingon vastuusta (1898) § 11, L avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista (1922) § 27 ja avioliittolaki (1929) § 114. Myös vakuutusopimuslaki § 45, huoneenvuokralaki § 9 mom. 3, lahjanlupauslaki § 5 jne. Eräissä tapauksissa tuomioistuimet ovat jopa soveltaneet tuota periaatetta ilman erityissäännöstä kysymyksessä olevalla alalla tai sitten käyttäen analogiasovellutuksia.

Kuten jo mainittiin, OTL 33 §:n säännöstä ei ainakaan toistaiseksi ole katsottu voitavan soveltaa sanamuodollisesti laajentavasti niin, että siihen sisällytettäisiin muuttuneiden olosuhteiden konstruktio.⁵⁷ Sen sijaan tuo konstruktio saatetaan sijoittaa velkakirjalain 8 §:n, vakuutusopimuslain 34 §:n, oikeustoimilain 36 ja 37 §:n, huoneenvuokralain 48 §:n ja tekijänoikeuslain 29 §:n mahdolliseksi sovellutukseksi kysymyksen ollessa sopimusehtojen sovittelusta.⁵⁸

Jo aikaisemmin on tässä esityksessä mainittu, että OTL 33 §:n oikeushojetta pyritään oikeuskäytännössä soveltamaan lähinnä vain sillä edellytyksellä, että sopimuskumppanin tosiasiallista hyväksikäyttöä ilmenee. Seurausvaikutusvertailu tulee siis — *vaikkapa vain negatiivisestikin* — esille. Vastaavasti voidaan viitata OTL 31 §:n kiskomisäännöksen soveltamiseen. Tosiasiallisesti tuomioistuimet siis kysymyksissä olevissa tapauksissa kiinnittävät huomiota siihen, miten ratkaisu on yhteiskuntaan sopeutettavissa. Kun yleislausekesovellutukset samalla ovat *tyypittelyratkaisuja*, joudutaan myös kiinnittämään huomiota siihen, miten nuo abstraktiset ratkaisut ovat hypoteettisesti yhteiskuntaan sijoitettavissa.

Kun oikeudellista mittapuuta asetettaessa tuodaan esille kysymys muuttuneista olosuhteista *sopimuksen teon jälkeen* ja ennen oikeudellista ratkaisua ja vielä *erikseen* myös *tuomioistuimen ratkaisun seurausvaikutukset*, päädytään vielä laajempaan kysymyksenasetteluun: missä määrin tuomioistuimilla, jotka yleensä suorittavat jälkikäteisarvostelua tapahtuneen toiminnan ja sen seurausvaikutusten suhteen, on myös

⁵⁷ Esim. Hakulinen: Perusteettoman edun palautus s. 217. Rodhe: s. 21. Adlercreutz: Avtal I s. 90 (muuttuneet olosuhteet vaikuttavat itse sopimuksen tulkintaan). Vrt. BGB § 242, Fikentscher s. 135 (»die wechselseitige Zumutbarkeit«). Vrt. Staudinger: § 242, Geschäftsgrundlage. Kts. myös Kivimäki—Ylöstalo, s. 379 ss.

⁵⁸ Rodhe: s. 46.

oikeus ottaa *oman hypoteettisen ratkaisunsa seurausvaikutukset huomioon* ratkaisuaan valitessaan.

Yleensä *oikeuspoliittisia* argumentteja ei esiinny tuomioistuinten ratkaisujen perusteluissa ja tuomioistuimet — kuten jo aikaisemmin on mainittu — katsovat ne eräiltä osin myös ei-relevantiksi argumentaatioksi. Voidaan kuitenkin esittää kysymys: Eikö ainakin kaikissa niissä tapauksissa, joissa *normiseikasto* on jätetty *tarkoituksellisen avoimeksi* ja tuomioistuimilta siten mahdollisesti odotetaan ratkaisua, joka on *lainsäätäjän suositukseen rinnastettavissa*, tuomioistuimille itse asiassa ole myös varattu tilaisuus ottaa ratkaisunsa hypoteettiset seurausvaikutukset huomioon ts. antaa tietoisesti oikeuspoliittinen ratkaisu? *Jännitystilanteen* kuitenkin muodostaa, missä määrin tuo väli-neellinen ratkaisu on samalla yksityisen tapauksen *erityislaadun* huomioonottava kohtuusratkaisu. Ilmeisesti kehitys säännönmuodostukseen tuomioistuimista käsin, kun on kysymys OTL 33 §:n mittapuun sovellutuksista, edellyttääkin *samalla kohtuusajatuksen huomioonottamista* ja siltä pohjalta ratkaisun *seurausvaikutusten tarkastelua*.

Esim. edellä tutkittaessa rinnakkain OTL 30 ja 33 §:n säännöksiä on todettu, että viimeksi mainitun säännöksen sovellutuksessa riittää toisen passiivinen hyväksikäyttö. Tällöin voidaan myös viitata vuodelta 1970 olevaan oikeustapaukseen (KKO tied. 38/70), jossa sopimus katsottiin pätemättömäksi siitä syystä, että toinen sopijapuoli oli jättänyt ilmoittamatta sopimuksen tekemiseen olennaisesti vaikuttavan seikan, että siihen asti kuukauden kerrallaan jatkunut kioskin vuokrasuhde tulisi vuokranantajan hänelle antaman ilmoituksen mukaan päättymään lopullisesti saman kuukauden lopussa, joten ostaja oli kioskin ja sen irtaimiston kaupassa myyjän tietien erehtynyt tuon seikan suhteen.

Ilmoittamatta jätetty seikka on sikäli olennainen, että objektiivisestikin asetetun mittapuun mukaan ostaja sen tietien ei olisi ryhtynyt kioskia ostamaan. (s. 170) viittaukset Ranskan oikeussovellutuksiin ja objektiiviseen edellytysoppiin.) Kaupan pysyttäminen johtaisi *ilmeisen kohtuuttomaan lopputulokseen* ostajan kannalta, edellyttäen tällöin, että hän oli liikemies, jonka tarkoituksena oli kioskin pitämisen edelleen jatkaminen eikä esim. kioskin käyttö poissiirrettynä. Voidaan siten ajatella, että *olennainen ilmoittamatta jätetty seikka*, joka myös on *olennaisena tekijänä ollut vaikuttamassa kaupan päättämiseen*, johtaa sopimuksen pätemättömäksi julistamiseen.

Ehkä vielä mielenkiintoisempi seurausvaikutusvertailuun liittyvä kysymys saadaan esille jo aikaisemmin mainitusta oikeustapauksesta (KKO sel. 1/1969), jossa teknilliskonstruktiivisena ohjeena on oikeustoimilain 33 §:n soveltaminen lahjoitukseen). Tuossa tapauksessa esiintyy oikeudellisen pätemättömyyden perustana useampia arvostustekijöitä:

Todetaan *lahjoituksen tekijän A:n* vanhuudenheikkoudesta johtuneet vähenyneet sielulliset kyvyt ja myös A:n tietämättömyys lahjoitusten tapahtuessa hänen tyttärensä B:n parantumattomasta, ilmeisesti pikaiseen kuolemaan johtavasta sairaudesta, mikä olisi aiheuttanut sen, että kahdella perättäisellä lahjoituksella tapahtunut omaisuuden siirto olisikin tosiasiallisesti tapahtunut B:n aviopuolisolle, jonka on todettu olleen kerrotuista olosuhteista tietoinen. Lahjoitusten pysyttäminen merkitsisi seurausvaikutuksia, joita A ei ollut edellyttänyt so. B:n aviomiehen välitöntä hyötymistä — omaisuusarvot ja tilanteen muutoin huomioon ottaen — A:n lahjoituksista. Eriyisen mielenkiintoinen on *seurausvaikutusvertailu*, kun erikseen vielä tarkastellaan hovioikeuden ratkaisua (ali-oikeus oli hylännyt kanteen kokonaan): kahdesta perättäisestä lahjoituksesta ensimmäinen on katsottu päteväksi ilmeisesti lähinnä sillä perusteella, että tuo määrältään pienempi lahjoitus käsitti *korvauksen B:n useampien vuosien aikana A:n maatilalla suorittamasta työstä*. Siten lahjoituksen pysyttäminen ei johtanut A:n kannalta seurausvaikutuksiin, joita olisi pidettävä kohtuuttomina.

Kuten on mainittu, OTL 33 § on yleissäännös erityislaeissa esiintyviin yleislausekkeisiin verrattuna. Läheisiä tai vastaavia mittapuita esiintyy esim. työsopimuslain 48 §:ssä ja vakuutusopimuslain 4 §:ssä.

On siis katsottava, että OTL § 33 ei kohdistu adressaatteihin heidän erityislaeissa ilmoitetuissa ominaisuuksissaan, vaan yhteiskunnan jäsenenä yleensä. Kuitenkin edellä oikeuskäytännön tyyppitapauksia tarkasteltaessa on todettu käytetyn mittapuun eri astearvostelmia myös ottaen huomioon adressaateille eri tilanteissa asetetut erilaiset vaatimukset. Kun OTL 33 §:n oikeusohjetta sovelletaan esim. perhe- tai perintöoikeudessa taikka liike-elämän piirissä, saatetaan *terävöittää* myös ideologisia eroavuuksia.

Pelkistettyjä ideologisia aineksia on tuomioistuinratkaisuisa varottu tuomasta esille, mihin seikkaan jo aikaisemmin on kiinnitetty huomiota. OTL § 33 on kuitenkin eräs niistä säännöksistä, joiden avulla tuomioistuimille tarjoutuu *mahdollisuus oikeudellisen ideologian kehittämiseen*. Ehkä esim. muuttuneiden olosuhteiden ja edellytysopin ajatuksia yhteensovittamalla voidaan kehittää uusia ratkaisumalleja.

Tunnettuja välineitä tuomioistuinargumentaatiossa ovat esim. sellaiset oikeusajatuksiset kuin »sopimusvapaus», »luottamuksen suoja», mutta myös vastuuideologiat, kuten »isännänvastuu», »ammatinharjoittajan

vastuu», »sopimuksen laatijan vastuu». OTL 33 §:n sovellutuksissa tulevat esille ratkaisumallit muilta oikeusaloilta kuin varsinaisesta sopimusoikeudesta. Tuomioistuin saattaa oletetun ratkaisunsa seurausvaikutuksia arvioimalla myös saada esiin oikeusideologisia aineksia yhteiskunnasta käsin kilpailemaan sopimusoikeudellisten argumenttien kanssa. Viimeksi mainittuja edustaa erityisesti sopimusten sitovuutta korostava muodollinen ideologia. Ehkä tuomioistuinten taholta siten voidaan kehittää uudistettua, »oikeudenmukaisempaa» ja »kohtuullisempaa», nyky-yhteiskunnan tarpeita ehkä paremmin palvelevaa oikeussäännöstöä. Ilman tietoista seurausvaikutusvertailua se tuskin on mahdollista.

3. Vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain 1 §:n yleislausekkeesta

»Elinkeinotoiminnassa älköön kukaan kilpailutarkoituksessa ryhtykö tekoon, joka on hyvän tavan vastainen. Jos joku tätä vastaan rikkoo, voidaan hänet kieltää jatkamasta tai toistamasta tekoa ja on hänen korvattava tuottamansa vahinko.»

2—13 §:n säännökset täydentävät eri kielletyiksi kilpailumuodoiksi tyypiteltynä 1 §:n ohjelmallista yleislauseketta.

Vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi tammikuun 31 päivänä 1930 annettu laki, joka tuli voimaan seuranneen maaliskuun 1 päivänä, ulotettiin koskemaan yhteiskuntaelämän alaa, joka aikaisemmin oli ollut *lainsäädännöllisesti järjestämätöntä*.¹ Lainvalmisteluaineistoa tarkasteltaessa havaitaan, että aloite tuon lain aikaansaamiseksi on tapahtunut toisaalta *kansainvälisesti*,² toisaalta *kotimaan elinkeinoelämän taholta*.³

¹ Aikaisemman lainsäädännön kumottuna oikeussäännöksenä mainitaan vain Työsopimuslain 39 §:n 2 momentin säännös.

² Pariisissa oli 20. 3. 1883 allekirjoitettu sopimus teollisen omaisuuden suojasta, minkä sopimuksen katsottiin käsittävän myös vilpillisen kilpailun ehkäisemisen. Sopimussarja n:o 5/1921 Art. 10 bis: »Tous les pays contractants s'engagent à assurer aux ressortissants l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.»

³ Kysymys vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä oli esillä Vaasassa 1909 pidetyssä kauppiaskokouksessa ja syksyllä 1912 Suomen teollisuusvaltuuskunnan kes-

Lain ratioksi esitettiin lähinnä suojanäkökohdat: *elinkeinonharjoittajien* on saatava *suoja*a ei-hyväksyttäviä menettelytapoja vastaan liiketoiminnassa. Samalla tuodaan myös esille *yhteisöedut*: asetetaan eräitä *yleiseen liikemoraaliin* liittyviä *vaatimuksia*. Ehkä itse elinkeinoelämäkin voidaan suojelutoimenpiteiden avulla kehittää, kun vähennetään »hukkatoimenpiteitä», joita »hillitön kilpailu» tuo mukanaan. Kilpailurajoituksissa saatetaan kuitenkin myös nähdä taloudellisen kehityksen »jarruttamista». Lainvalmisteluvaiheessa ei ole kiinnitetty huomiota näkökohtiin *kuluttajien kannalta*, mutta eräiltä osin on vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain säännöksillä samalla myös suojeltu kuluttajienkin etuja, kuten esim. käy selville useista Liikekilpailun valvontalautakunnan vilpillistä kilpailua koskevista lausunnoista, joita myöhemmin erikseen käsitellään.

Laki on tutkimuksemme kannalta erittäin mielenkiintoinen, koska se ei pyri olemaan »ylhäältä päin» ohjattua, lainsäätäjän tarkoitushakoisia kannanottoja kiinteästi noudattelevaa säännöstöä, vaan »ankkuroituu» keskimittakäyttäytymiseen ja yhteiskunta-arvostuksiin. Laissa erikseen säännellyt tyyppitapaukset: vilpillinen mainonta, loppuunmyynti, sattumanvaraislahjat jne. ovat *yhteiskunnassa kehittyneitä tapausryhmiä*, joihin nähden tapahtuu *muutoksia myös yhteisöstä käsin*.⁴ Lain erityissäännöksetkin on sen vuoksi laadittu tarkoituksellisen *avoimiksi*.

Voimassa olevan lainsäädäntömme yleislauseke sisältää ainakin kielelliset ilmaisut »kilpailutarkoitus», »elinkeino toiminta» ja »hyvän tavan vastainen», jotka ovat siten yhteydessä paitsi taloudelliseen, myös yhteiskunnalliseen kehitykseen yleensä, että niitä voidaan kutsua *lausekkeen »muuttujiksi*». On myös huomattava, että laki vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä ei ole vain kansallista lainsäädäntöämme, vaan sen avulla Suomi on mukana myös kansainvälisissä oikeudellisissa järjestelyissä.⁵

Yleislauseke on *täydentämässä lainsäädäntöä toisaalta uusia ei-hyväk-*

kuskomitea anoi, että lainvalmistelukunnan tehtäväksi annettaisiin valmistaa ehdotus laiksi vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä. Vuonna 1924 asiaa kiirehditettiin *vähittäiskauppiasliiton* taholta, jonka intressissä suojelutoimenpiteet ilmeisesti erityisesti olivat.

Lvh-ehdotus v:ltä 1926 n:o 4.

⁴ Näihin seikkoihin on mm. Dabin kiinnittänyt oikeusteoreettisesti huomiota. *Dabin: Théorie générale du droit* (1953) s. 111. Kts. myös *Germann: Probleme und Methoden der Rechtsfindung* s. 192 ss.

⁵ Kts. esim. Kansainvälisen Kauppakamarin laatimat *Mainonnan kansainväliset perussäännöt*, jotka ovat jo vuodelta 1937, mutta joita on sen jälkeen uusittu mm. 1966. *Mäenpää: DL* 1968 s. 196 ss.

syttäviä kilpailumuotoja vastaan, toisaalta kattamassa jo lakia laadittaessa tunnettuja kilpailumuotoja, joiden ei-hyväksyttävyyden aste tai seurausvaikutukset muutoin eivät tuolloin olleet sellaisia, että lainlaatiijat olisivat pitäneet erityissäännöstä niitä varten tarpeellisenä. Yleislausekkeeseen ei ole liitetty rangaistussäännöstä jo siitäkään syystä, että rangaistusuhkia on oikeusjärjestelmässämme katsottu voitavan käyttää vain tarkkamääräisempien normiseikastojen yhteydessä. Ehkä on myös ajateltu, että yleislausekkeen ei-rangaistavuus on johdattamassa tulkinnanvaraisia tapauksia sen piiriin. Oikeustieteessämme on kuitenkin korostettu, että erityissäännöksiä olisi mahdollisuuksien mukaan käytettävä ensisijaisesti ja yleislauseketta vain poikkeustapauksissa.⁶ Vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain muita sanktioita, erityissäännösten rikkomisesta tuomittavan rangaistusseuraamuksen rinnalla, edustavat vahingonkorvaus- ja kieltomääräykset.

Vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annettu laki ei ole ainoa kilpailurajoituksia koskeva säännöstö. On keskusteltu, missä määrin vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lain yleislauseketta voidaan käyttää täydentämään⁷ kaupparekisteristä, toiminimestä ja prokurasta annetun asetuksen (v:ltä 1895) säännöksiä, tekijänoikeuslakia (v:ltä 1961), tavaramerkkilakia (v:ltä 1964) ja patenttilakia (v:ltä 1967). Lainvalmisteluaineistostakin havaitaan, että lainsäädäntöemme esikuvana on ollut lähinnä Saksan lain (*«Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb»* v:ltä 1909) yleislauseke: *»Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlung vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden»*. (Voidaan mainita, että Saksan aikaisempi vilpillistä kilpailua koskeva lainsäädäntö v:ltä 1896 oli muotoiltu ilman yleislauseketta.) Saksan lakijärjestelmä edellyttää, että *periaateluontoisia säännöksiä* käytetään *laajasti täydentämässä muuta lainsäädäntöä*. Esiintyy mm. tuon yleislausekkeen ja BGB §:n 823 ja 842 kumulatiivista soveltamista.⁸ Sveitsin lain (*Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb* v:ltä 1943) 1 art:n yleislauseke sisältää mittapuun *»Treu und Glauben»*, joka toistuu yleisperiaatteena myös Sveitsin oikeudessa. Sekä Norjan että Tanskan lainsäädännössä on yleislauseke, joka vastaa meidän vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annetun lakimme 1 §:n oikeusohjetta. Sen sijaan ei yleislauseketta esiinny vanhemman Ruotsin lain (*»Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens»* v:ltä 1931) säännöksissä. Ruotsin aikaisemmassa lakiehdotuksessa (SOU 1966:71 s. 333) ehdotettiin kuitenkin yleislauseketta, käyttäen termiä *»god affärsmoral»*.

⁶ Esim. Kivimäki—Ylöstalo: Suomen siviilioikeuden oppikirja s. 98.

⁷ Hakulinen: Velvoiteoikeus I (1965) s. 265 yleislausekkeen laaja sovellutus-ala.

⁸ Esim. Baumbach—Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (1960) s. 210, s. 298 ss.

Mutta v:n 1971 alusta on Ruotsissa tullut voimaan laki (*»Lag om otillbörlig marknadsföring»*), sisältäen yleislausekkeen mittapuuna *»god affärssed»*. Laki koskee lähinnä markkinointikysymyksiä ja elinkeinonharjoittajan suojan rinnalla *myös kuluttajan suojaa*. Soveltuvilta osin on jäänyt voimaan aikaisempi laki vilpillisestä kilpailusta ilman yleislauseketta.⁹ Ilmeisesti ei uuden lain yleislausekkeelle ole ajateltu laajempaa sovellutusta erityislakeja täydentävänä säännöksenä.⁹ Meillä ei oikeuskäytäntö ole muutoinkaan kernaasti käyttänyt periaateluontoisia oikeusohjeita, harvemmin myöskään analogiasovellutuksia tuomioiden *perusteluiksi kirjoitettuina*, vaikka niitä on saatettukin käyttää ratkaisuaargumentteina.

Vielä meillä on voimassa Laki taloudellisen kilpailun edistämisestä tammikuun 3 päivältä 1964, jonka avulla valvotaan kilpailurajoituksia elinkeinonharjoittajien *kollektiiviset edut* huomioon ottaen.¹⁰ Vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi annettu laki edustaa asettamistaan rangastusuhista huolimatta lähinnä siviilioikeudellista lainsäädäntöä. *Erikseen* saattavat myös *kilpailutilanteissa* tulla sovellettaviksi rikoslain säännökset petoksesta, kunnianloukkauksesta jne. Myös esim. säännökset luvattomista arpajaisista. On myös erityisiä säänneltyjä elinkeinoja, kuten esim. säännökset sähkölaitoksista, säästöpankeista jne. osoittavat. Kilpailutoimenpiteitä rajoittavat samoin hintasäännöstelytoimenpiteet, ulko-
maankauppaa koskevat määräykset, erityiset fusioitumiskiellot jne.

Nyttemmin todetaan, että lakimme vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä onkin jo käynyt vanhentuneeksi.¹¹ Elinkeinoelämän huomattavasti kehityessä kilpailurajoitukset ovat käyneet riittämättömiksi. Eräitä lain säännöksiä (esim. loppuunmyyntejä koskevat säännökset) on ollut *helppo kiertää* ja ne ovat itse asiassa jääneet *noudattamatta*.¹² Ilmeisesti yleislauseketta ei ole myöskään *riittävästi käytetty hyväksi* asianosaisten taholta eikä siihen ole viitattu tuomioistuimissa.

Vuoden 1971 huhtikuussa on julkaistu komiteamietintö (1971: B 24), joka käsittää *ehdotuksen laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa*. Kuten jo aikaisemmin on viitattu, 1950-luvulta asti on valmisteltu ehdotusta uudeksi lainsäädännöksi. Tässä tutkimuksessa kiin-

⁹ Kts. esim. *Bernitz, Ulf*: Europeisk marknadsrätt s. 28.

¹⁰ *Klaue*: Die europäischen Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen, kts. erit. Saksan laki § 8, s. 5. Vrt. Ruotsin lainsäädäntö, *Martenius*: Lagstiftningen om konkurrensbegränsning s. 37.

¹¹ Esim. *Drockila*: Onko kauppaoikeutemme talouselämän vaatimalla tasolla Lm 1968 s. 225.

¹² Vrt. *Aaltonen*: Vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä Lm 1968 s. 195. Kts. myös *Aaltonen*: Loppuunmyynti s. 234 ss., s. 237.

nitetään myös huomiota niihin ajatuksiin, joita on esitetty vuoden 1967 komiteamietinnössä (1967: A 9), joka sisältää ehdotuksen laiksi vilpillisestä kilpailusta perusteluineen. V:n 1971 komiteamietinnössä on jouduuttu tarkistamaan aikaisempia kannanottoja ja erityisesti ottamaan huomioon kehitys muissa Pohjoismaissa,¹³ varsinkin Ruotsin uusi lainsäädäntö. Missä muodossa uusi lainsäädäntö meillä tulee voimaan, on tätä kirjoitettaessa vielä epäselvää. Todennäköisesti yleislauseke kuitenkin säilytetään lainsäädännössämme. Se sisältyy mm. molemmissa komiteamietinnöissä ehdotettuihin oikeussäännöksiin. Valmisteltavana ollut lainsäädäntö ostajansuojasta tulee myös vaikuttamaan kilpailurajoitukseen.

Elämme *kilpailuyhteiskunnassa*, jossa monet muutkin toiminnot kuin taloudellisen elämän kilpailutoimenpiteet tähtäävät taloudellisen hyödyn saavuttamiseen. Varsinaisen elinkeinoelämän alalla on kilpailu kuitenkin saavuttanut entistä laajemmat mittasuhteet. Esim. yleisesti puhutaan kilpailusta, joka tähtää *kuluttajien ostovoiman hyväksikäyttöön*. Esiintyy taloudellista valtataistelua, joka kilpailee elinkeinonharjoittajaryhmistä ja markkinointialueista. Taloudellisen kehityksen ja yhteiskunnan taholta annettujen lukuisten kilpailua rajoittavien määräysten vaikutuksesta on myös *vapaan kilpailun ideologia* menettänyt merkitystään.

Kuten on mainittu, eräs voimassa olevan lainsäädäntömme »muuttujista» on termi *kilpailutarkoitus*. Se saattaa tuskin viitata »ankarasti» tahalliseen (ei ainakaan tarkoitukselliseen) toimintaan. Tarkoituksen toteamiseksi saattaa riittää kilpailuaiheen tai kilpailuvaikutusten osoittaminen. Sovellustapauksissa on ilmeisesti tuota väljää *termiä tulkittu* erittäin *avoimesti*, jättäen tilaa monille mahdollisuuksille.¹⁴ Uusista lakiehdotuksista sanottu rajoitus (lain soveltaminen vain kilpailutarkoituksessa suoritettuihin toimiin) on kokonaan poistettu.

Voimassa olevan lain 1 §:ssä esiintyy määritelmä, *mitä elinkeinotoiminnalla tarkoitetaan* (vrt. myös mitä elinkeinonharjoittajalla talou-

¹³ SOU 1972: 28 (Konsumentköplag).

¹⁴ Esim. KKO tied n:o 516/1935 perustelut. Vrt. lain 2 §:n sovellutuksista Aaltonen: Loppuunmyynti s. 95 ss. Edellytetään kuitenkin kilpailutilannetta. Kts. esim. persoonallisuuden suojaan liittyvä tapaus, Keskuskauppakamarin liike-talpalautakunnan lausunto n:o 353/1971, Kauppakamarilehti n:o 6/1972 s. 30 ss.

dellisen kilpailun edistämisestä annetun lain 2 §:ssä tarkoitetaan). Oikeuskäytäntömme ja oikeustieteen suositusratkaisut¹⁵ ovat kuitenkin laajentaneet lain soveltamisalaa siten, että kysymykseen saattavat tulla muutkin kuin varsinaiset elinkeinonharjoittajat, esim. ammattien harjoittajat laajemmaltikin.

Esim. Ranskassa ei ole viime aikoihin asti ollut erityistä lakia vilpillisestä kilpailusta. (Kuitenkin jo 1930-luvulta asti on ollut voimassa laki koskien vilpillistä mainontaa.) Oikeuskäytännössä on vilpillisen kilpailun (*concurrence déloyale*) kieltotoimenpiteiden ja asetettavan vahingonkorvausvelvollisuuden perusta johdettu erittäin laajan sovellutusalan saaneista Code Civil'in art. 1382 ja 1383 säännöksistä.¹⁶ Noita oikeusohjeita käytetään myös tapauksissa, joissa on kysymys muusta kuin varsinaisen taloudellisen elämän kilpailusta. Englannin oikeudessa ei vilpillistä kilpailua koskevia tapauksia taas ratkaista yleisten sääntöjen, vaan eri tapausryhmiä koskevien erityisseikastojen nojalla. (esim. »fraud», »malicious falsehood», »conspiracy», »intimidation».)

Voimassa olevan lakimme yleislausekkeessa esiintyy varsinaisena mittapuuna »hyvän tavan vastainen». Sen tilalle on lakiehdotuksissa ehdotettu termiä »hyvän liiketavan vastainen». Näiden termien merkityssisältöä on vertailtu keskenään jo aikaisemmin esim. osakeyhtiölain muutoksia suunniteltaessa.¹⁷ Mittapuuta kuvaavaa termiä vaihtamalla on tuskin haluttu tuoda lainsäädäntöön käsitteellistä uutuutta, vaan vain täsmentää lauseke koskemaan nimenomaisesti liike-elämän intressejä ja arvostuksia. Termi vastaa myös Ruotsin lain sanontaa »god affärssed». ¹⁸ Kielellisenä ilmaisuna sanottu termi on 1 §:n lakitekstin *muuttujista laajin*. Kun viimeisessä lakiehdotuksessa on uuden lain nimikkeeksi ehdotettu: »Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa», samastuu termi »sopimaton» läheisesti »hyvän tavan vastaisuuteen», ts. kaikki laissa mainitut ja yleislausekkeella täydennetyt tyyppitapaukset ovat sopimatonta menettelyä. Komiteamietinnössä selitetään (1971: B 24 s. 6), että sanonta *vilpillinen kilpailu* on omiaan aikaansaamaan mieli-

¹⁵ Vrt. esim. Kivimäki—Ylöstalo: s. 99.

¹⁶ Esim. »Concurrence déloyale» Cour d'appel de Paris 22.4.1969 Recueil Dalloz Sirey (1970, jurisprudence s. 271). Ranskan oikeusjärjestys antaa melko rajattomasti mahdollisuuksia aiheutetun vahingon korvaamiseen.

¹⁷ Esim. Tazell: Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rätts-handla s. 213. Cederberg: Lm 1934 s. 14.

¹⁸ Vrt. SOU 1966:71 s. 242, s. 250, s. 333.

kuvan petollisesta ja siihen verrattavasta menettelystä, mitä piirrettä ei lain vastaisen teon komitean käsityksen mukaan tarvitse sisältää. Sanonta »sopimaton» viittaa myös objektiiviseen »kolmannen miehen» taholta annettavaan arvosteluun, kun taas esim. sanonta »ei-hyväksyttävä» johtaa välittömästi kysymään, kuka ei hyväksy. Termin »vilpillinen» karttaminen lain nimikkeessä on myös korostamassa *tahallisuus- ja tarkoituksellisuusaspektin väistymistä* kilpailutoimenpiteitä arvosteltaessa.

On mielenkiintoista todeta, miten ja missä yhteyksissä viittauksia tapaan, nimenomaisesti liiketapaan esiintyy siviililaeissamme.

1) Erityisesti sopimusoikeudessa on liiketavalla vanhastaan ollut merkitystä. Oikeustoimilain 1 §:n 2 momentissa säädetään, että säännökset sopimuksen tekemisestä ovat voimassa, mikäli kauppa- tai liiketavasta ei muuta johdu. Mm. tästä laajapohjaisesta säännöksestä on liiketapa voitu johtaa nk. *toissijaiseksi oikeuslähteeksi*, jolla katsotaan olevan aivan erityisen tärkeä merkitys ratkaistaessa riitoja osapuolten välisistä sopimuksista. Oikeustieteessämme korostetaan, että liiketapaan voidaan nojautua ainakin kaikissa niissä tapauksissa, joissa pakottava säännös ei toisin määrää tai tuo liiketapa ei ole »hyvän tavan vastainen». ¹⁹ Kun liiketavan hyväksymiseksi vaaditaan, että se ei ole »hyvän tavan vastainen» (esim. nk. maantapa on voimassa vain mikäli se ei ole »kohtuuton» OK 1:11), voidaan kääntäen todeta, että *mikä lain sallima tapa tahansa* ei siis saata esiintyä *oikeuslähteenä* myöskään liike-elämässä.

2) »Hyvän liiketavan vastainen» esiintyy mittapuuna eri lakien säännöissä: esim. velkakirjalain 8 §:n mukaan voidaan velkakirjan ehtoa sovitella, jos se on »hyvän liiketavan vastainen» tai muutoin kohtuuton. ²⁰ Vastaava säännös esiintyy osamaksulain 7 §:ssä. Vakuutusopimuslain 34 §:ssä viitataan »hyvään vakuutustapaan», huoneenvuokralain 48 §:ssä hyvän tavan vastaisuuteen vuokrasuhteissa jne. Kielellinen ilmaisu edellyttää negatiivista kannanottoa: on harkittava, onko menettely sanotulla alalla hyvän tavan vastaista.

3) Tunnetaan myös säännöksiä, joissa hyvä tapa ilmoitetaan ohjeeksi adressaateille asianomaisella alalla, ja heitä kehoitetaan *hyvän tavan mukaiseen menettelyyn*. Kirjanpito on kirjanpitolain 3 §:n mukaan pidettävä rehellisesti ja huolellisesti yleisten kirjanpitoperiaatteiden ja »hyvän kauppiastavan mukaan». Asianajajista annetun lain 5 §:ssä ohja-

¹⁹ Heikonen—Aaltonen: Irtaimen kauppa s. 11.

²⁰ Vrt. Hakulinen: Velkakirjalaki (1965) s. 82 ss.

taan asianajajaa rehellisesti ja tunnollisesti täyttämään hänelle uskotut tehtävät ja kaikessa noudattamaan »hyvää asianajotapaa». Kirjanpitolain 20 §:n mukaan voidaan kirjanpidon pitämisestä vastoin kirjanpitolain säännöksiä (ilmeisesti ei kuitenkaan hyvän kauppiastavan vastaisesta kirjanpidosta) rangaista. Asianajajista annetun lain 7 §:n 2 momentin mukaan, jos joku menettelee hyvän asianajotavan vastaisesti, voidaan hänelle antaa varoitus ja hänet jopa erottaa asianajajaliiton jäsenyydestä.

4) Vielä tunnetaan oikeustieteessämme ja oikeuskäytännössä *yleinen periaate hyvän tavan vastaisuudesta*. Se esiintyy jo historiallisesti oikeuskäytännössä ennen 1734-vuoden lain voimaantuloa, mutta sitä ei ole yleisenä periaatesääntönä otettu kodifikaatioomme, kuten se tunnetaan esim. Ranskan Code Civil'in art:n 6 säännöksessä »ordre public» periaatteen rinnalla. Sanottu periaate on roomalaisperäinen (*contra bonos mores*), ja Jägerskiöld mainitsee oikeustapauksia Svean hovioikeuden 1600-luvun oikeuskäytännöstä,²¹ jossa esim. oikeustoimien pätemättömyyden perusteena on riittävän vakavuuden puuttuminen (esim. vedonlyöntitapaus). Oikeustieteessämme katsotaan, että lainsoveltaja saattaa *viran puolesta* asettaa hyvän tavan vastaisuuden ratkaisuperusteekseen eräissä törkeätköissä tapauksissa (esim. rikollinen teko oikeustoimen perustana), vaikka asianosainen ei vetoaisikaan siihen kanne- tai väiteperusteena.²² Kuten on mainittu, Saksan oikeudessa on periaate »Guten Sitten» korostetusti esillä. Esim. Larenz^{22a} katsoo, että siellä missä ei ole lain säännöstä, siellä täydentävät normistoa »die guten Sitten». Myös Jellinek²³ jo aikanaan kirjoittaa, että hyvä tapa on osa »Sittliche Kultur eines Volkes», jonka kautta yhteisö käyttää »seine unbewusste Macht». Loukkaus hyvää tapaa vastaan sisältää myös loukkauksen yhteiskunnassa vaikuttavia nk. tabuja vastaan. Esim. tunnetussa historiallisessa säännöksessä (A. 20. 6. 1864 § 2) kielletään oikeustoimi »naimiskaupan ehdolla».

²¹ Jägerskiöld: *Handelbalkens utländska källor* s. 61 ss. Kaser: *Das römische Privatrecht I* (1971) s. 250 roomalaisen oikeuden »*contra bonos mores*».

²² Kivimäki—Ylöstalo: s. 351. Ehdotus velkakirjalaiksi (Komiteamietintö n:o 1/1936 s. 47).

^{22a} Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts I* (1970) s. 53.

²³ Jellinek: *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung* s. 65 ss. *Ihering: Der Zweck im Recht II* (1886) s. 30 kirjoittaa käsitteistä Sitte-Sittlichkeit, kts. myös s. 243 Sitte-Gewohnheit s. 256 die gute Sitte.

Siinä tulee esille paheksumisreaktio, liittyen avioliiton kunnioittamiseen, mutta myös laajempi eettinen arvostus: *yksilöä ei saa käyttää välineenä oikeustoimessa.*

Kaikki edellä mainitut kielelliset ilmaisut: hyvä tapa, hyvä liiketapa, hyvän tavan vastainen jne. esiintyvät oikeusjärjestyksessämme, myös siis lainsäädännössämme: milloin vaatimattomalla paikalla muuta säännöstöä täydentämässä, milloin kieltolauseina, milloin ohjeluontoisina, milloin asettaen pääpainon arvostuksille, milloin tapamuodostuksille. Miten tai missä yhteydessä ne esitetäänkin, ne kuitenkin viittaavat *ainekseen, jota otetaan oikeusjärjestyksen piirissä vastaan itse yhteisöstä käsin.* Viime kädessä tuomioistuin joutuu yksityistapauksessa ratkaisemaan, mitä se pitää hyvän liiketavan vastaisena, minkälaista käytöstä se vaatii asianajajalta jne.

Kun tarkastellaan kielellistä ilmaisua *tapa* ja eri *tapamuodostuksia* yhteiskunnassa, voidaan todeta, että käsitteellisesti *tapa* tarkoittaa jotakin yhteisössä esiintyvää ilmentymää, joka kelpuutetaan käyttäytymisen mittapuuksi *toistuvuusilmiönä*: »näin tehdään». Eräisiin tapoihin saattaa myös liittyä hyväksymis- tai paheksumisreaktiota. Historiallisesti lainsäädäntömme tuntee »maan tavan», mutta oikeusjärjestyksen toteuttamisessa saattavat tavat myös vaikuttaa nk. »virallistumisen» ja »korrektin keskimittakäyttäytymisen»²⁴ perustana. *Tapa-ajattelu on väistymässä* muuttuvassa yhteiskunnassa, mutta se on rakentamassa edelleen oikeusjärjestyksen piirissä niin hallitsevana esiintyvää kontinuiteettiajattelua ts. kun esiintyy *uusia ilmentymiä* niitä *verrataan aikaisemmin esiintyneisiin ja aikaisemmin kelpuutettuihin ilmentymiin.*

Oikeushistoriallisissa ja oikeusfilosofisissa²⁵ tutkimuksissa kiinnitetään säännöllisesti huomiota siihen, että *tapa-* ja *moraaliarvostukset* ja myöskin oikeudelliset arvostukset liittyvät toisiinsa ja että ne saattavat yhteiskunnan jäsenten reaktioissa sekoittuakin keskenään. Niinpä jonkin vanhan tavan noudattamatta jättäminen saatetaan kokea moraalisesti paheksuttavaksi. Myös voidaan monen tavan perustana todeta jokin aikoja sitten unohtunut moraaliarvostus tai tar-

²⁴ Esim. ranskalainen sosiologinen oikeusteoria on omaksunut roomalais-kanonisen tapakäsityksen, jonka mukaan erotetaan sekä empiirinen, käytännössä tapahtuvaa toistumista edellyttävä että psykologinen (opinio necessitatis) ainesosa. *Carbonnier*: Flexible Droit s. 73. *Jokela*: Irtaimen kaupasta s. 51 ss., s. 73 tavat ja tavanomainen oikeus.

²⁵ *Westermarck*: Ur sedernas historia s. 3 ss.

koituksen mukaisuusnäkökohta, joka olosuhteiden muuttuessa on menettänyt merkitystään. Ilmeisesti tapa on käsitteellisesti jotakin itse yhteisöön kuuluvaa.

Kielellisenä ilmaisuna termiä tapa käytetään sekä laajemmassa että suppeammassa merkityksessä. Sillä voidaan tarkoittaa osaa tunnetusta ilmentymäsarjasta: historiallinen tapakäsite, ts. *olemassa oleva tapa*, joka on hyväksyttävä tai ei-hyväksyttävä. Mutta se voi myös tarkoittaa vain menettelyä, joka *uutena ilmentymänä voidaan asettaa tapamuodostusten lähtökohdaksi*. Esim. vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä annetun lain yhteydessä käytetään termiä *tapa* tuossa laajemmassa merkityksessä. Tällöin joudutaan korostamaan, että tapa sosiologisena käsitteenä ei vastaa oikeusteoriassa tunnettua tapakäsitettä. Empiirinen tutkimus saattaa kohdistua siihen, mitä tapoja esiintyy, ja laajempaan mielipidetutkimuksena, mitä tapoja pidetään hyväksyttävinä.²⁶ Ilmeisesti oikeudellisessa ajattelussa mittapuu »hyvä tapa» ohjaa, paitsi *jälkiarvioon*, mitä tapoja on aikaisemmin pidetty hyväksyttävinä, myös *ennakkoarvioon*, mitä ilmentymää on *vastaisuudessa pidettävä hyväksyttävänä*. (Tietysti sosiologisia mielipidetutkimuksia voidaan myös kohdistaa siihen, mitä hypoteettisia tapauksia olisi kansan käsityksen mukaan pidettävä hyväksyttävinä.) Varsinainen empiirinen *tieto tapojen ja arvostusten esiintymisestä yhteiskunnassa* on oikeudellisessa ratkaisussa, tässä tutkimuksessa omaksutun eriulotteisen ajattelun mukaan, vain eräs argumenttiryhmä. Myös ilmiön seurausvaikutusten erittely johtaa kysymyksenasetteluun: onko tapaa pidettävä hyväksyttävänä vai ei. Tällöin mittapuu hyvän tavan vastaisuudesta esiintyy oikeuspolitiikan välineenä.

Kun palataan keskenään vertailemaan ryhmissä 1–4 esitettyjä tapauksia, joissa esiintyy viittauksia hyvään tapaan, hyvään liiketapaan ja hyvän tavan vastaisuuteen, on todettava, että on kysymys kokonaan *eri tarkoituksaspekteista* ja siten myös *eri tavoitteista käytännössä*.

Esim. OTL § 1, mom 2 viittaa jo olemassa oleviin tapamuodostuksiin yhteiskunnassa, nimenomaan liike-elämän piirissä. Nuo tavat ovat lähinnä palvelemissa *liike-elämän erityistavoitteita*, mm. nopeuttamassa liiketoimintaa. Esim. kauppatavat ovat syntyneet yhteiskunnassa joko nimenomaisesti *sopimuksesta*, hyväksytyn *käytännön perusteella* ja myös-

²⁶ Esim. *Westermarck*: Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe I–II s. 259, s. 336 tavat sekä kieltoina että käskyinä. *Littunen*: Sosiaalinen sidonnaisuus s. 42 ss. tavat ja virallistuminen.

kin valmiiksi normistoiksi laadittuina,²⁷ kuten esim. erilaiset ammatilliset ohjesäännöt. Tuomioistuin käyttää niitä muun normiston puuttuessa tai esim. oikeussäännöksiä täydentämässä.

Kun on kysymys esim. velkakirjalain 8 §:n »hyvän liiketavan vastaisesta» ehdosta, niin vasta välittävä orgaani tuomioistuin antaa *arvostelunsa siitä*, onko sopimuksessa esiintyvä ehto »hyvän liiketavan vastainen tai muutoin kohtuuton». Oikeussäännöksen tarkoituksena on *lähinnä antaa suojaa* toiselle sopijapuolelle toisen ei-hyväksyttävää menettelyä vastaan ja myös tuollaisen *sopimattoman menettelyn eliminointi liiketoiminnasta*.²⁸ Mitään valmista liiketapaa ei suinkaan edellytetä, vaan hypoteettisesti jatkuvuuskelpoista ilmentymää, jota ei pidetä hyväksyttävänä. Kuten myös ehdon kohtuuttomuuden niin hyvän tavan vastaisuudenkin toteaminen edellyttää *sopimuksen seurausvaikutusten huomioon ottamista*.

Mitä taas tulee asianajajista annetun lain ja kirjanpitolain säännöksiin, niin ilmeisesti on kysymys menettelystä, joka on *todella vastoin noudatettuja tapoja* asianomaisella alalla tai vastoin *eettisiä vaatimuksia*, joita esim. asianajajalle asetetaan. Esim. asianajajista annetun lain 7 §:n 2 momentin säännös on sikäli »kvasirikosoikeudellinen», että sen mukaan vaaditaan yleisen rehellisyyden noudattamista,²⁹ olipa menettelystä esim. asiakkaalle vahinkoa tai ei. Tarkoituspäämääränä on myös ammatin »kunniallisuus».

Varsinaisessa hyvän tavan vastaisuudessa, joka on lähellä eräitä lailla *kriminalisoituja säännöksiä* (säädelty ja säätlemätön hyvän tavan vastaisuus)³⁰ ja jota voidaan pitää eräänlaisena rikos- ja siviilioikeuden yhtymäkohtana, lienee kysymys joko yhteisössä paheksutuksi leimatusta menettelystä tai myös oikeusjärjestyksen periaatteiden vastaisuudesta. Täten hyvän tavan vastaisuus esiintyy laajana käsitteenä kuten Saksan oikeudessa. Mm. Ranskan oikeudessa, kuten jo edellä mainittiin, tunnetaan konstruktio »ordre public» varsinaisen hyvän tavan

²⁷ Esim. Aaltonen—Heikonen: Irtaimen kauppa s. 10. Jokela: Irtaimen kaupasta s. 61. Vrt. Karlgren: Kutymer och usansser s. 48, s. 75.

²⁸ Ehdotus velkakirjalaiksi s. 46 ss.

²⁹ Roschier—Holmberg: DL 1970 s. 505 ss. Kts. myös Hyvää asianajotapaa koskevat ohjeet, vahvistettu Suomen asianajajaliiton liittokokouksessa 9. 6. 1972.

³⁰ Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 15. Kivi-mäki—Ylöstalo s. 325 ss.

vastaisuuden »bonnes moeurs» rinnalla. Eri-ulotteisen ajattelumme kannalta se merkitsee niiden *mittapuiden erottamista*, jotka esiintyvät toisaalta *itse yhteisössä*, toisaalta *ohjelmallisella ja konstruktiiivisella tasolla*.

Myös OTL 33 §:n yleislauseketta tarkasteltaessa on todettu, että liikutaan rikos- ja siviilioikeudellisten säännösten rajamailla. Todetaan jatkuvaa vuorovaikutusta yhteisössä omaksuttujen ja ohjelmallisten, yhteisön eri jäsenten, jäsenryhmien ja itse yhteisön intressissä annettujen normien kesken. Esim. yhteiskunnassa vaikuttaneet moraalikäsitykset ovat olleet muovaamassa rikostyyppejä ja niiden rangaistavuuden asteita. V:n 1971 komiteamietinnössä »Ehdotus laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa» lausutaan ohjelmallisena ajatuksena, että »hyvä liiketapa ei ole yleinen moraalisääntö» (s. 13) ja myöhemmin, että »hyvällä liiketavalla tarkoitetaan normia, jonka vastaiset teot eivät täytä elinkeinoelämässä suoritettavalle toiminnalle asetettavia eettisiä vähimmäisvaatimuksia» (s. 14). Pyritään siis tietoisesti erottamaan käsitteet *eettinen* ja *moraalinen* toisistaan. Eri-ulotteisen ajattelumme kannalta se merkitsee ideologisen ja sosiologisen *tason erottamista* eli *rationaalinen idea*: miten yhteisössä pitäisi käyttäytyä, erotetaan *yhteisössä esiintyvistä*, ehkä vallitsevistakin mieltäpiteistä ja katsomuksista. (Em. komiteamietinnössä viitataan myös siihen, ettei »hyvää liiketapaa» pidä sekoittaa rikoslaissa ja eräissä muissa laeissa esiintyvään yleisen hyvän tavan käsitteeseen tai OTL 1 §:n 2 momentissa tarkoitettuun kauppa- tai muuhun tapaan.) Ero vallitsevien ja uusien katsomusten kesken tulee selvästi esille *esim. uuden lainsäädännön mukana*. Monet vakiintuneet oikeussäännöt saattavat olla muodostuneet osaksi yhteiskunnassa omaksutuista moraalisäännöistä. Uusi laki saattaa asettaa ehkä *korkeampia eettisiä vaatimuksia*. Kun moraalikäsitykset ja tavat voidaan perustella niiden omaksumisen yleisyydellä, niin ilmoitetut eettiset ajatukset, joita oikeusjärjestyksen piirissä pyritään toteuttamaan, saavat »henkisen maaperänsä» siitä, että ne argumentoidaan mahdollisimman tehokkaasti oikeusjärjestyksemme osaksi. Kysymykseen tulevat sekä yksityisten henkilöiden että yhteisön intressit. Myös »liike-elämän tarpeet» vaativat »eettisten vähimmäisvaatimusten noudattamista». Mutta myöskään yhteiskunnassa kulloinkin vaikuttavia moraalikäsityk-

siä ei voitane argumentaatiossa jättää syrjään, vaan ne esiintyvät muiden argumenttien rinnalla.

Ruotsin laki v:ltä 1970 »Lag om otillbörlig marknadsföring», jossa kuluttaja-intressejä valvomaan on asetettu erityinen orgaani (»konsumentsombud» ja sen rinnalla »marknadsråd»), ja meidän uusi komiteaehdotuksemme, joka pyrkii toteuttamaan sekä elinkeinonharjoittajien että kuluttajien intressejä liiketoiminnassa saman lainsäädännön puitteissa, siirtyvät laajassa mitassa valvomaan »kollektiivietuja». Kuluttaja-asiamies voi lakiehdotuksen mukaan virallisen syyttäjän, myös elinkeinonharjoittajien ja heidän yhteenliittymiensä ohella nostaa syytteen eräissä mainituissa tyyppitapauksissa, kuten kysymyksen ollessa erheellisestä mainonnasta, sattumanvaraiseduista jne., ja eräissä tapauksissa myös kielto kanteen jotakin elinkeinonharjoittajaa vastaan. Kun kielto kanteen voi lakiehdotuksen mukaan nostaa myös kuluttajien asianosaiskelpoinen yhteenliittymä, pyritään kuluttaja-asiamiehiin nähden saattamaan voimaan erityinen kontrolli. (Mikäli kuluttaja-asiamies on päättänyt kieltäytyä nostamasta kanteita tai syytettä, myös kuluttajien asianosaiskelpoinen yhteenliittymä voisi nostaa kanteen tai syytteen.) Valmistellaan myös erillistä lainsäädäntöä, jossa kuluttaja voisi itse valvoa etuaan liiketoimien, maksuehtojen jne. suhteen. Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa on ajateltu siinä määrin julkisoikeudellisia piirteitä sisältäväksi lainsäädännöksi, että komitea on katsonut aiheelliseksi ilmoittaa rangaistus- ja kielto määräyksiä koskevien asioiden käsittelemisestä rikosasioille säädetyssä järjestyksessä.³¹ Kun kielto kanteen olisi mahdollista toteuttaa myös yleislausekkeen vastaisen toiminnan johdosta, joutuisi laki laajalta osalta erkanemaan siviilioikeudellisen lainsäädännön piiristä.

Erityisesti on huomioitava Ruotsin lain (Lag om otillbörlig marknadsföring) säännös, jonka mukaan yhteislausekesovellutukset eivät ole ensinkään tarkoitettut tuomioistuinkäsittelyyn, vaan sen piiriin kuuluvat tapaukset jäävät erityisneuvoston (marknadsråd) tutkittaviksi.^{31a} Myös meillä on useaan otteeseen kiinnitetty huomiota siihen, että tuomioistuimilta puuttuu tarpeellista asiantuntemusta elinkeinotoimintaan liittyvissä kysymyksissä.³² Uuteen lakiin ehdotetaan otettavaksi säännös siitä, että tuomioistuin voi asianosaisen vaatimuksesta hankkia lausunnon Keskuskauppakamarin liiketapalautakunnalta (liikekilpailun valvontakunnalta). Tällainen mahdollisuus on jo ollut olemassa. Lausunnon hankkiminen jäisi myös uuden lain mukaan riippumaan paitsi asianosaisesta myös tuomioistuimen harkinnasta. Asiantuntemusta edellyttää

³¹ Kts. tästä kehityssuuntauksesta, esim. Ottenhof: Le droit pénal et la formation du contrat civil s. 17.

^{31a} Kts. Bernitz: Otillbörlig marknadsföring (1971) s. 110 ss.

³² Esim. Olsson: Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s. 45.

sekä yleislausekkeen soveltaminen että eri tyyppitapauksien tulkitseminen. Voidaan myös ajatella, että rikkomukset eri tyyppimuotoja vastaan saattaisivat olla vähäisiä, mutta niiden esiintyessä yhdessä, tapaukseen olisi kuitenkin syytä soveltaa yleislauseketta hyvän liiketavan vastaisuudesta.

Tähän astisesta *oikeuskäytännöstämme* on todettava, että korkeimman oikeuden julkaistut tapaukset eivät yleensä sisällä 1 §:n yleislauseketta koskevia erillisiä sovellutuksia, vaan tuota lauseketta on saatettu käyttää lain erityissäännöksiä tukemassa. Useimmat ristiriitatilanteet ovat ilmeisesti jääneet valvontakunnan suositusten varaan. Myös välimiesoikeuksiin on siirretty tapauksia, jotka sivuavat vilpillisen kilpailun ehkäisemisestä annettua lainsäädäntöä.

Ehkä tärkeimmän merkityksensä 1 §:n yleislauseke on saanut oikeuskäytännössämme, kun sitä on käytetty *täydentämässä mainontaa koskevaa*, jo vanhentuneeksi käynnyttä 2 §:n säännöstä.³³ Jo vuodelta 1939 on oikeustapaus, jossa yleislauseketta on sovellettu ja siihen nojautuen tuomittu vahingonkorvausta »kun annetut tiedot olivat omiaan antamaan erikoistietoja vailla oleville ostajille käsityksen, että x-koksi oli tavallista epäedullisempaa polttoainetta» (KKO tied. 138/1939).

Liiketalpalautakunta (aikaisemmalta nimeltään liikekilpailun valvontakunta) on useissa ratkaisuisaan viitannut yleislausekkeen mittapuuhun (käyttäen sanontaa »hyvän tavan vastainen», myöhemmin »hyvän liiketavan vastainen» ja myös »hyvän kauppiastavan vastainen») mm. harhauttavan mainonnan vaikutusten torjumiseksi, esim. laus. n:o 122/1957, laus. n:o 144/1958, laus. n:o 156/1959 ja laus. n:o 260/1965, kts. Keskuskauppakamarin liikekilpailun valvontakunnan ratkaisuja 1956—1965 s. 14, s. 31, s. 41, s. 143. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota liiketalpalautakunnan vertailevasta mainonnasta antamiin lausuntoihin, esim. laus. n:o 190/1961 Keskuskauppakamarin liikekilpailun valvontakunnan ratkaisuja s. 65, laus. n:ot 317 ja 321 Kauppakamarilehti n:o 9/1970 s. 32, laus. n:o 333, lehti n:o 6/1971 s. 53. Eräissä tapauksissa menettelyä ei ole pidetty hyvän liiketavan, mutta silti Mainonnan kansainvälisten perussääntöjen vastaisena, esim. laus. n:o 309/1968 Kauppakamarilehti n:o 3/1970 s. 36.

Esiintyy myös liiketalpalautakunnan ratkaisuja, jolloin on lähinnä ollut kysymys yleislausekkeen eikä erityissäännöksen soveltamisesta, koskien *sattumanvaraiseduista* (vrt. myös nk. »kylkiäiset»), toisen elinkeinonharjoittajan *asiakkaiden houkuttelemisesta*, lähellä *mallisuoja* olevista tapauksista jne. annettuja lausuntoja.

³³ Kts. myös Kivi-Koskinen, Timo: Mainontaa koskevat säännöt ja niiden valvonta, Kauppakamarilehti n:o 11/1970 s. 9 ss.

Mielenkiintoisena esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa hyvän liiketavan vastaisena menettelynä kielletyksi on katsottu sellaisten lisäetujen tarjoamien hyödykkeiden myynnin yhteydessä, että asiakas ostaa pääesineen niiden eikä esineen itsensä vuoksi.³⁴ Toimenpiteet koskevat samalla kuluttajansuojaa.

Voidaan myös kiinnittää huomiota siihen, että liiketapalautakunnan ratkaisut — vaikka ne ovatkin kirjoitustavaltaan deskriptiivisiä — sisältävät useimmiten monistisia perusteluja ts. niissä esitetään lähinnä lausunnon lopputulosta tukevia perusteluja. Kuitenkin lausunnoissa saatetaan esittää sekä yleisluontoisempia säännönmuodostukseksi johdettavia perusteluja että asianomaista tapausta koskevia erityisnäkökohtia, jotka voivat myös johtaa poikkeukseen omaksutuista yleisemmistä ratkaisumalleista. Eräissä tapauksissa on myös erimielisten jäsenen lausunnot kirjoitettu näkyviin ja niistä saadaan esiin dialektista argumentointia.

Vilpillisen kilpailun lainsäädännön sovellutusten yhteydessä esiintyy erityisesti *arviointeja yhteisön käyttäytymisestä* väitetyt menettelyn johdosta ja myös hypoteettisia arviointeja itse *ratkaisun seurausvaikutuksista* yhteiskunnassa. Tuolloin kiinnitetään huomiota toisaalta elinkeinonharjoittajaan ja hänen mahdollisuuksiinsa, toisaalta yhteisöön ja seurausvaikutuksiin siinä. Ilmeisesti ei ole kuitenkaan odotettu, että liiketapalautakunta ulottaisi arvostelunsa muuhun kuin liike-elämän adressaattisuhteisiin (siis lähinnä liike-elämän kilpailu- sekä tuottaja- ja kuluttajasuhteisiin). Laajempi yksilö- (myös yksilöryhmä-) ja yhteisöpunnitus on nykyisen järjestelmän vallitessa jätetty tuomioistuimille.

4. Avioliittolain 78 §:n 3 momentin yleislausekkeesta

—————
—————

»Milloin avioliitto puretaan 70 §:n perusteella tai muuten toisen puolison käyttäytymisen vuoksi, jolla hän on syvästi loukannut toista puolisoa, voi oikeus, tämän vaatimuksesta, julistaa syyllisen menettäneeksi oikeuden saada osituksessa avio-oikeuden nojalla toisen puolison omaisuutta tai rajoittaa sanottua oikeutta. Mitä tässä on sanottu sovellettakoon vastaavasti, kun ositus toimitetaan toisen puolison kanteesta annetun asumuserotuomion johdosta.»

³⁴ Ehdotus laiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa s. 14—16.

Voidaan kysyä, sisältääkö 78 §:n 3 momentti tai koko 78 §:n säännösryhmä, käsittäen säännökset sekä vahingonkorvauksesta että avio-oikeuden rajoittamisesta, ensinkään yleislauseketta siten kuin tuota termiä tässä tutkimuksessa pyritään käyttämään. Onko kysymys yhdistetystä valtuus- ja mittalausekkeesta, joka oikeuskäytännössä saattaa johtaa tyypittelevään säännönmuodostukseen, vai ainoastaan harkintavaltuuksista in casu -ratkaisuja varten? Mutta samalla saatetaan kysyä, onko in casu -ratkaisuja ensinkään olemassa. Eikö suoritettun ratkaisun pitäisi muodostaa *argumentaatiolähde* vastaisille ratkaisuille samankaltaisia tapauksia varten?

78 §:n 1 ja 2 momentissa annetaan ohjeet siitä, että tuomioistuimien voi velvoittaa *pääasiallisesti syypään* aviopuolison suorittamaan toiselle puolisolle vahingonkorvausta (onko ja missä määrin vahingonkorvausta suoritettava?). Yksityiskohtaisten säännösten muodostaminen olisi tuolloin tuskin ollut edes mahdollista. Niinpä on päädytty etsimään eräänlaista syyllisyysvertailua lähinnä aviopuolisoitten keskinäisen käyttäytymisen, mutta myös ulkopuoliset seikat huomioon ottaen. Tarkasteltavanamme oleva 78 §:n 3 momentin säännös taas asettaa vastaanottajan *syvän loukkauksen* menetyssurmaamuksen perustaksi.

78 §:n 3 momentin säännös osoittaa kuitenkin huomattavaa väljennystä 1734-vuoden Naimiskaaren (NK 13:1 ja 4) säännöksiin verrattuna.¹ Silloisista avioerooperusteista *omavaltainen hylkääminen* raskeammassa muodossaan (kun mies lähtee ulkomaille ja tuolloin »förlöper av ondsko och motvilja sin hustru») ja *aviorikos* johtivat naimaosan menettämiseen, edellisessä tapauksessa kokonaan (syyllinen menetti myös omaisuutensa hallinnan ja puoliso sai nauttia siitä niin kauan kuin eli naimattomana) ja jälkimmäisessä tapauksessa eli huorinteon johdosta puolelta määrältään, minkä lisäksi vaimo menetti aikaisemman lainsäädännön mukaisen huomenlahjansa. Näiden säännösten tilalle on avio-liittolaki tuonut avio-oikeuden menetyssurmaamusta harkittaessa »*syvän loukkauksen*».² Molemmat lainsäädännössämme nyt esiintyvät taloudel-

¹ Vanhoista maanlaista esim. Östgötalagen (joka ei tunnusta nk. verikostoa) on säättänyt, että aviorikokseen syyllistynyt vaimo menettää miehelleen, jos tämä hänet hylkää, osuutensa yhteisestä pesästä. Vrt. Hemmer JFT 1929 s. 188. Kts. myös *Chydenius*: Lärabok i finsk äktenskapsrätt s. 118.

² Sekä Ruotsin, Norjan että Tanskan avioliittolait tuntevat perusteen »grovt kränkt» vahingonkorvauksen tuomitsemiseksi. Sen sijaan syyllisyystoteamus on avio-oikeuden menetysvaatumuksen perustana.

lisia seuraamuksia koskevat säännökset ovat myös harkinnanvaraisia: pääasiallisesti syypää voidaan velvoittaa suorittamaan vahingonkorvausta ja toista puolisoa käyttäytymisellään syvästi loukannut voi menettää tasinko-oikeutensa, joko kokonaan tai osaksi.

78 §:n 3 momentti on erityisen mielenkiintoisesti muotoiltu, koska siinä ei mittapuuksi aseteta toisen puolison *käyttäytymistä*, joko tarkoituksellisenä tai tuottamuksellisenä, eikä myöskään avioeroperusteista johdettavaa *syylisyystoteamusta*, vaan tarkastellaan asiaa loukkauksen vastaanottajan kannalta ja hänen kokemansa *loukkauksen astetta*.

Jo lainvalmisteluvaiheessa on säännöstä muotoiltaessa esiintynyt erilaista argumentointia. Alunperin on ilmeisesti tarkoitettu, että säännös avaisi mahdollisuuden menetyseuraamusten toteuttamiseen niissä tapauksissa, joissa *toinen puoliso suorastaan »keinottelisi» toisen kustannuksella*,³ mitä on pidetty »oikeustajuntaa loukkaavana». Myös esitetään, että avio-oikeuden menetyskonstruktio on tarkoitettu käytettäväksi lyhytaikaisissa avioliitoissa, vahingonkorvausseuraamus taas pitempiaikaisten avioliittojen purkauksessa. Tällaista rajaamista ei oikeuskäytännössä yleisesti esiinny, vaikka avio-oikeuden menetys liitetäänkin säännöllisesti seuraamukseksi avioliiton purkauksessa avioliiton peruutumissäännöstöön rinnastettavissa olosuhteissa.⁴ Kuten tiedetään, vahingonkorvaus ja avio-oikeuden menetyseuraamus saatetaan käytännössä tuomita myös rinnakkain.

Tuomioistuimissa ei ole sanottavasti muodostunut tyyppitapauksia avioliittolain 78 §:n 3 momentin sovellutuksista. Arvostukset esiintyvät monitahoisina. Avioero-oikeudenkäynnissä joudutaan *julkisessa intressissä* ottamaan huomioon myös *lasten edut vanhempien etujen rinnalla*.⁵ Avioliitto-oikeuden osalta on myös oikeustieteessä korostettu tuomarin suurempaa mahdollisuutta yksityistapausharkintaan⁶ ja katsottu, että avioliitto-oikeuden tulee olla »yksilöllistä» oikeussuojaa takaava sään-

³ Lainvalmistelukunnan mietintö v:ltä 1924 s. 113. Huttunen: Avioliittolaki s. 149.

⁴ Esim. Rautiala: Avioliiton purkaminen s. 172 ss.

⁵ Vrt. Schmidt: Äktenskapsrätt (1970) s. 32.

Avioliittolakimme katsotaan rakentuvan yhdistetylle syylisyys- ja väliensirkkautumisperiaatteelle. Lakiuudistuksissa syylisyysperiaate tulee oletettavasti väistymään.

⁶ Esim. Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 42. Rautiala: Avioliitto-oikeus (1959) s. 124, s. 129.

nöstö. Historialliset naimaosan menetyksenä tunnetut perusteet ovat edelleenkin vaikuttamassa. Myös on tapahtunut eräänlaista *standardisoitumista*: Kun *huoruus* esitetään lakitekstissä esimerkkinä avio-oikeuden rajoitukseen johtavista avioeroperusteista, siitä on muodostunut *yleisin* sanotunlaiseen seuraamukseen johtava peruste. Eräitä *poikkeuksia* tuosta tyypittelystä kuitenkin voidaan havaita, kun löydetään oikeustapauksia, joissa asumuseron tai pitemmän aikaa kestäneen erossa-asumisen aikana tapahtunutta aviorikosta ei vallinneissa olosuhteissa ole katsottu menetyssuoraamukseen johtavaksi syväksi loukkaukseksi (esim. KKO tied. 199/1947).⁷

Vuodelta 1966 on tapaus, jossa (KKO tied. 126/1966, DL 1968 s. 64) mies on useita vuosia kestäneellä alkoholien väärinkäytöllä häirinnyt sekä perheensä että naapuriensa rauhaa jopa siinä määrin, että *ulkopuolisten henkilöiden ja viranomaisten* on ollut *puututtava asiaan*. Miehen oikeutta saada osituksessa avio-oikeuden nojalla vaimon omaisuutta on sen vuoksi rajoitettu. KKO lienee katsonut, että, paitsi miehen menettelyn törkeys, sen *julkisuuteen tuleminen*, on lisännyt loukkauksen astetta. Avio-oikeuden menetykseen johtavina perusteina voidaan vielä mainita yhteiselämän pätevättä syytä karttaminen (KKO tied. 463/1948) ja vaimon törkeää pahoinpiteleminen (KKO tied. 147/1949) sekä huumausaineiden väärinkäyttö (KKO tied. 142/1951). Esiintyy myös kannanottoja siitä, että avio-oikeuden menetyssuoraamuksen perustana saattaa olla loukkaus, joka *ei liity itse avioliittoon oikeussuhteena*. Miehen on katsottu menettelyllään syvästi loukanneen vaimoaan, kun hänet on tuomittu rangaistukseen yllytyksestä vaimonsa veljen murhaan (KKO sel. 17/1939, äänestys).

Oikeuskäytännössä ei avio-oikeuden menetyssuoraamusta yleensä hyväksytä, kun avioeroon tuomitaan välien rikkoutumisen vuoksi avio-liittolain 76 §:n 2 momentin nojalla (esim. KKO. sel. 1/1947). Oikeustiede on yleisesti omaksunut kannanoton, jonka mukaan menetyssuoraamus saattaa tulla kysymykseen vain niissä tapauksissa, joissa *syväksi loukkaukseksi katsottava menettely esiintyy kanneperusteena*.⁸ Vastaavasti katsotaan, ettei menetyssuoraamusta voida avioero- tai asumusero-oikeudenkäynnissä toteuttaa vastaajan taholta vastakannetta nostamatta.⁹

⁷ Näin myös Ruotsin oikeudessa. *Schmidt*: s. 146. *Beckman*: Svensk familjerättspraxis s. 55 ss.

⁸ *Huttunen*: Avioliittolaki s. 177. *Hakulinen*: Muutettu avioliittolaki s. 29 alav. *Hakulinen*: Familjerätt s. 190. *Rautiala*: Avioliiton purkaminen s. 173.

⁹ Epäselvyyttä kysymyksestä oikeuskäytännössä. Vrt. *Kivi* Lm 1952 s. 687. Avioero saatetaan myöntää useammilla eri perusteilla. Vahingonkorvausvaatimuksen hyväksymisestä oikeudenkäynnissä vastaajan esittämänä, esim. *Hakulinen*: Familjerätt s. 189.

Nämä prosessisäännöt saavat tukea avio-oikeuden menetyssäännösten sanktioluonteesta sekä siitä, että pahoinpitely- ja huoruusperusteisiin nähden vaikuttavat anteeksianto- ja passiviteettinäkökohdat, eli kanne on noilla perusteilla nostettava kuuden kuukauden kuluessa tiedon saamisesta.¹⁰ Kaikki avioliittolaissa esitetyt erityiset avioeroperusteet *saattavat* siten muodostaa syvän loukkauksen, mutta niin ei kuitenkaan *aina* ole laita. Muut yhteiskunnalliset realiteetit tulisivat sen sijaan huomioon otettaviksi lähinnä asumusero-oikeudenkäynnin yhteydessä. Tosiasia kuitenkin lienee, että syvän loukkauksen perustana saattaa olla, ei vain yksittäinen menettely, joka välittömästi on avioliiton purkautumisen aiheena, vaan aikaisemmat tilanteet yhdessä, jotka askel askeleelta ovat johtaneet välien rikkoutumiseen.¹¹ Mikäli asianosainen on laiminlyönyt avioerokanteen määrääjän tai erillisen asumuserotuomion hakemisen, hän saattaa kuitenkin saada taloudelliset intressinsä toteutetuiksi vaatimalla välien rikkoutumisen perusteella ajettavassa oikeudenkäynnissä vahingonkorvausta pääasiallisesti syypäältä aviopuolisolta.

Kuuluuko edellä esitetty ensinkään aiheeseemme eli 78 §:n 3 momentin tarkasteluun mitta- ja valtuuslausekkeena? Se osoittaa kuitenkin, miten muilla kiinteämmillä, tässä tapauksessa lähinnä prosessioikeuteen liittyvillä säännöillä voidaan rajata yleislausekkeen soveltamismahdollisuuksia.

Avioliittolain mittapuu »syvä loukkaus» voidaan pyrkiä tulkitsemaan *suppeasti* käyttäen sekä muodollisia että ideologisia argumentteja. Muodollisen argumentin sisältää em. prosessisääntöjen avulla tapahtuva rajaaminen, jonka mukaan syväksi loukkaukseksi katsottavan menettelyn tulee sisältyä kanneperusteisiin avioero- tai asumusero-oikeudenkäynnissä. Myös lain sanamuotoon nojautuen voidaan vaatia, että kysymys on todella »räikeästä» menettelystä, jonka on käytännössä näytetty loukanneen toista puolisoa. Meidän avioliittolakimme ei tunne »henkistä julmuutta»¹² avioeroperusteena, mutta ehkä esim. eräät törkeät

¹⁰ Kts. AL 70 §:n 2 mom. (muutos 23.5.1969, voimaan 1.12.1969). Tuomioistuimille on annettu mahdollisuus suostua aviorikoksen perusteella myöntämään vain asumusero. (Pohjoismaisen neuvoston suositus)

¹¹ Myös *Arnholm*: Laerebok i Familierett s. 283. Vrt. Englannin oikeus: *Tolstoy*: The law and practice of divorce and matrimonial causes s. 222.

¹² Esim. Englannin avioerolainsäädännön uudistuksessa on »cruelty» korvattu laajemmalla käsitteellä puolison käyttäytymistä arvosteltaessa (Divorce Reform Act 1969, section 2, 1 b). Vrt. esitys myöhemmin avioeroperusteista johdettavia menetyssuraamuksia tarkasteltaessa.

herjaukset saattaisivat säännöstä suppeastikin tulkiten johtaa menetys-seuraamukseen.

Seuraamus avio-oikeuden menetyksestä voidaan rinnastaa eräänlaiseen *siviili-sanktioon*. Ranskan oikeudessa on sanktioajatus («la peine privée»)¹³ ollut korostetusti esillä. Code Civil'in art:t 301 ja 311 sisältävät mahdollisuuden tuomita vahingonkorvausta sekä avioero-oikeudenkäynnin että erossa-asumisoikeudenkäynnin («separation de corps») yhteydessä siltä puolisolta, jota vastaan tuomio julistetaan. Vastaavasti puoliso art. 299 mukaan menettää lahjat ja etuisuudet, joita toinen puoliso on hänelle avioliiton aikana tai aviosopimuksin («par contrat de mariage») antanut. Ranskan oikeuden em. säännöksissä nimenomaisesti ilmoitetaan, että korvaus koskee sekä *materiaalisia* että *aineettomia intressejä* («des dommages- intérêts pour le préjudice matériel ou moral»). Vastaava roomalaisperäinen säännös lahjojen menetyksestä tunnetaan mm. Saksan oikeudessa (Ehegesetz v:lta 1946 § 73). Tässä esiintyy siis yhtymäkohtia menetys- ja vahingonkorvaussäännöstöön kihlauksen purkautumisen yhteydessä meidän lainsäädännössämme (AL §:t 7 ja 8). Yleisesti on sanktioluonne esillä kaikissa niissä oikeusjärjestyksissä, joissa korvauksen tuomitsemisen edellytyksenä on *syylisyystoteamus*. Esim. Sveitsin oikeudessa (ZGB Art. 154 ja Art 151 »Schadenersatz» ja »Genugtuung»): »Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen.» Mennään siis niin pitkälle, että vaaditaan myös toteamusta kuka on *syytön puoliso*.¹⁴ Syylisyystoteamukset liittyvät myös, kuten meilläkin (AL § 79), elatusvelvollisuuden suorittamiseen (Vrt. esim. code civil art. 301, Ehegesetz § 58—60).

Mutta Englannin oikeuteen on uudistusten jälkeenkin (Divorce Reform Act 1969 ja sen rinnalla osittain kumottu Matrimonial Causes Act 1965) jäänyt vielä säännös (Matrimonial Causes Act, section 17, 2),¹⁵ jonka mukaan avioeroperusteista («adultery», «desertion» ja «the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent») johtuen syypääksi katsotulle vaimolle voidaan määrätä menetyss seuraamus. Säännöstä edeltää aviomiehelle avioeron yhteydessä asetetut velvoitukset suorittaa vaimolle taloudellista korvausta lähinnä elatusmaksujen muodossa. Erikseen on ilmeisesti voimassa vanha »common law» -periaate (Mat-

¹³ Esim. *Marty—Raynaud*: Droit civil I s. 327, s. 364 ss. *Brusiin*: Zum Problem des immateriellen Schadens s. 65, toteaa, että Englannin oikeus ei tunne abstraktista konstruktia »aineettoman vahingon korvaaminen». Kts. *Tolstoy*: s. 218.

¹⁴ *Hinderling*: Das Schweizerische Ehescheidungsrecht (1967) s. 117 ss.

¹⁵ The Public General Acts 1969 s. 1603 ss. ja 1965 s. 1591. »the court may if it thinks fit order such settlement as it thinks reasonable to be made of the property, or of any part of it, for the benefit of the husband and of the children of the marriage or either or any of them.»

rimonial Causes Act, section 41, 1), jonka mukaan mies voi vaatia korvausta siltä henkilöltä, joka on syyllistynyt aviorikokseen hänen vaimonsa kanssa.¹⁶

Myös meidän lainsäädännössämme esiintyvä *loukkausajatus* voidaan käsittää laajemmin kuin henkilökohtaisena loukkauksena. Kun esim. ruotsinkielinen lakitekstimme (ja vastaavasti Ruotsin laki GB 11:24 vahingonkorvaukseen nähden) käyttää kielellistä ilmaisua »grovt kränkt» on se objektivoimassa mittapuuta. Sen sijaan sanonta »syvä loukkaus» (joka myös toistuu vuonna 1951 muutetun 1734-vuoden lain perintökaaren 17 luvun 19 §:n säännöksessä perinnöttömäksi tekemisestä) on ohjaamassa tarkastelun henkilökohtaisiin loukkausvaikutuksiin. Samankaltaisuus- ja erilaisuustekijät tulevat korostetusti esiin. Voiko esim. aviorikoksella loukata henkilöä, joka on itse toistuvasti syyllistynyt aviorikokseen? (Vrt. esim. yleissäännös Ruotsin GB 5:1).

Kun etsitään arvosteluperusteita yhteiskunnasta käsin, joudutaan erittelemään niitä intressipiirejä, joita loukkausvaikutukset koskevat. Todetaan esim. *menetetty avioliiton jatkamisen mahdollisuus* (joka sisältyi jo 1734-vuoden lain perusteeseen omavaltaisesta hylkäämisestä; vrt. em. englantilaisen oikeuden »desertion»), *persoonallisuuden hajoittaminen* esim. seurauksena toisen puolison jatkuvasta uskottomuudesta tai epärehellisyydestä, *yhteiskunnallisen arvonnannon riistäminen* esim. herjauskirjoitus sanomalehdessä (vrt. yksilönsuojaa koskevan lainsäädännön kehittyminen eri maissa¹⁷); myös esim. häpeälliseen rikokseen syyllistyminen (vrt. Code Civil art. 231), kun puoliso käyttäytymisellään saattaa perheensä yhteiskunnan ulkopuolelle. Kysytään, milloin *loukkausaste* yltää sellaiseksi, että se johtaa menetyseuraamukseen. Henkilökohtaisten loukkausvaikutusten toteaminen tuottaa kuitenkin vaikeuksia. Useimmiten mittapuuksi jäänee, mitkä seikat ovat *tyypillisesti omiaan aikaansaamaan loukkauksen*. Tällöin ei ehkä kuitenkaan asetettane »käyttäytymismalleja»,¹⁸ vaan mittapuuksi jää negatiivisesti eli torjuen: *mitä menettelyä ei oikeusjärjestyksemme mukaan nimenomaisesti hyväksytä*.

Esim. Carbonnier kirjoittaa ilmiöstä »*non-droit*»,¹⁹ jonka hän olettaa saavan yhä laajemmat mittasuhteet. Tuon ilmiön piiriin hän laskee kuuluvaksi tapauk-

¹⁶ Kts. esim. Tolstoy: s. 217 ss. Kts. myös Holden: Divorce in the Commonwealth (The International and Comparative Law Quarterly 1971 s. 58 ss.).

¹⁷ Esim. Brusiin: Zum Problem s. 18 ss.

¹⁸ Vrt. Brusiin: Zum Ehescheidungsproblem.

¹⁹ Carbonnier: Flexible Droit s. 20 ss.

set, jotka vähäpätöisyytensä tai yleisyytensä vuoksi eivät joudukaan tuomioistuinten käsiteltäviksi. Käytännössä ne eivät ehkä saisikaan tuomioistuimen hyväksymistä, mutta ne jatkuvat omaa uomaansa kansalaisten määräämisvallan puitteissa tuomioistuimet sivuuttaen, ts. muodostuu *käytäntö*, joka on *yleinen*, kun taas *oikeudenkäyttö* onkin lähinnä *poikkeuksellinen toimenpide*. Esim. suuri osa taloudellisista järjestelyistä avioerojen yhteydessä toteutetaan sopimusteitse tuomioistuimen puuttumatta asiaan. Julkisessa intressissä ei, jos vaatimusta ei toisen puolison taholta tehdä, useinkaan päästä vaikuttamaan noihin sopimuksiin.

Useimmat avio-oikeuden menetykseen johtavat loukkaukset koskevat aineettomia intressejä, mutta ne saattavat koskea myös taloudellisia tai ainakin osaltaan taloudellisia intressejä. Olennaisesti on kuitenkin kysymys puolison *henkilökohtaisista menetyksistä*.²⁰

Mutta 78 §:n 3 momentin säännöstä voidaan kuitenkin tulkita vielä laajemmin. Se on vain *eräs niistä taloudellisista seuraamuksista*, jotka saattavat toteutua avioero-oikeudenkäynnin yhteydessä. Esim. Englannin oikeudessa on menetyssäännökset sijoitettu elatusvelvollisuutta koskevien säännösten yhteyteen. Sveitsin oikeudessa käsitellään vahingonkorvaus- ja hyvitysseuraamuksia, Ranskan oikeudessa elatusvelvollisuus- ja vahingonkorvaussäännöksiä rinnakkain.

Teleologisesti tulkiten eli lähtökohtana säännöksen tehtävä avioliiton purkamista koskevassa oikeudenkäynnissä sovellutusmahdollisuudet laajenevat. Kysytään, mitä tehtäviä menetyssäännös nimenomaan nyky-yhteiskunnassa palvelee. Teleologisesti tulkiten saatetaan siten »vieraantua» lain sanamuodosta »syvä loukkaus». Historiallisina argumentteina tuodaan esiin lainvalmistelijoiden ajatuksia: pyritään estämään tilanteet, joissa toinen puoliso aiheettomasti hyötyisi, suorastaan keinottelisi toisen kustannuksella. Useissa tuomioistuinratkaisuissa eri taloudelliset seuraamukset (avio-oikeuden menetys, vahingonkorvaus, elatusapu erikseen puolisolle ja erikseen lapsille, kysymys kumpi puolisoista joutuu muuttamaan pois yhteisestä kodista jne.) liittyvät toisiinsa. Kun tuomioistuimet tarkastelevat, mitä seurausvaikutuksia avioliiton purkamista koskevasta päätöksestä saattaa esiintyä (tai laajemmin: mitä seurausvaikutuksia avioeropäätöksiin liittyy) asetetaan ehkä eräänlaisia *tavoitteita minimi- ja maksimirajoina*. Esim. pyritään »jakamaan oikeutta» kiinnittämällä huomiota myös kummankin *puolison vastaisiin*, lähinnä lasten huoltajaksi jääneen puolison

²⁰ Brusiin: Zum Problem s. 59. Savatier: Traité de la responsabilité civile II s. 93.

taloudellisiin mahdollisuuksiin. Tämä tulee erityisesti esille oikeusseuraamuksia harkittaessa (kuinka suuri osa avio-oikeudesta menetetään, paljonko vahingonkorvausta tuomitaan?), mutta myös oikeusseikastorkaisuissa (voidaanko po. taloudellisissa olosuhteissa ensinkään tuomita vahingonkorvausta, vaikka syyllisyystoteamus saataisiinkin selville?). Esim. Englannin uudessa avioliittolainsäädännössä kiinnitetään erityisesti huomiota avioeropäätöksen taloudellisiin seurausvaikutuksiin.²¹ Mutta myös jälkiarvona voidaan tarkastella, mitä taloudellisia etuja puoliso avioliiton purkautuessa menettää.²² Voidaan esimerkiksi ajatella, että vaimo on pitemmän aikaa kestäneessä avioliitossa jäänyt kotiin työskentelemään perheen hyväksi, mutta samalla menettänyt mahdollisuuden ammattikasvatukseen hankkimiseen tai ammattitaidon säilyttämiseen. Hänellä ei ole, miehen vuosien kuluttua halutessa purkaa avioliiton, samoja mahdollisuuksia kuin ennen avioliittoa.²³ Tällaisessa tapauksessa saattaa tulla harkittavaksi elatusvelvollisuus vaimoa kohtaan ja vahingonkorvaus avioliiton purkautumisen johdosta. Mutta läheinen kysymys on myös: missä tilanteessa aviovaimo saa pitää oman omaisuutensa vai toteutuuko miehen avio-oikeus.

Avioliittolaki on jo aikanaan asettanut periaatteellisen lähtökohdan puolisoiden yhdenvertaisuudesta (esim. huomattavasti pitemmälle vietyä kuin Englannin uusittu lainsäädäntö). Yhteiskunnassa on kuitenkin sen voimaantulon jälkeen eli vuodesta 1930 lukien tapahtunut huomattavia rakenteellisia muutoksia. Esim. suuri osa aviovaimoista on nyttemmin työelämässä kodin ulkopuolella. Ehkä lähtökohtana de lege ferenda onkin puolisoiden omaisuuksien erillisyyys (vaikka toisaalta uusi perintökaari laajemmasta sukukäsitteestä luopumalla on tuonut puolison perintöoikeuden oikeusjärjestelmäämme), ts. avioliiton purkautuessa avioeron johdosta ei avio-oikeus tai siihen verrattava järjestely ehkä enää »aktualisoidukaan». On myös esitetty ajatuksia, että avio-oikeus ulotettaisiin koskemaan vain yhteistä asuntoa ja koti-irtaimistoa tai tulisi toteuttavaksi lähinnä silloin, kun perhe toimii yhteisenä, ei vain kulut-

²¹ The Public General Acts 1969 s. 1605 (Divorce Reform Act 1969, section 4). Holden: s. 72. Miten tuomioistuin tulee arvostelemaan harkintaperustetta: »it would be wrong to dissolve the marriage?»

²² Kts. esim. ranskalainen oikeustapaus »perte d'une vie confortable», Recueil Dalloz Sirey 1970, sommaires, s. 206.

²³ Vrt. Saksan oikeuden »Gleichberechtigungssatz» Gernhuber: Lehrbuch des Familienrechts s. 44 ss.

taja, vaan tuottajayksikkönä. Mutta ilmeisesti jo nykyisenkin lainsäädännön voimassa ollessa vaatimus puolisoiden *tasavertaisesta asemasta*, myös *avioeron taloudelliset seurausvaikutukset huomioon ottaen*, on eräissä tapauksissa painavana argumenttina tasinko-oikeuden menetyssäännösten *laajentavan tulkinnan puolesta*.

Arvostukset, joita tuomioistuimet menetysseuraamuksia harkitessaan käyttävät, ovat johdettavissa avioliiton rakenteesta (eettisenä, sosiaalisena, mutta myös taloudellisena järjestysmuotona), *yhteiskunnassa vaikuttavista lähinnä uskonnollismoraalisista katsomuksista ja käyttäytymistavoista ja vielä erikseen niistä seurausvaikutuksista*, joita avioliiton purkautumiseen taloudellisen yhteistoiminnan muotona liittyy. Mutta kuten on mainittu: eri intressit tuovat myös esiin eri arvostuslähtökohtia: *lasten intressit* joudutaan ottamaan huomioon vanhempien intressien rinnalla, avioliiton aikana solmittuihin sopimuksiin nähden vaikuttavat myös *velkojien intressit* jne. Toisaalta *yksityisten kansalaisten*, toisaalta *julkiset eli yhteisön intressit* muodostavat oman ryhmänsä, mikä ei merkitse, ettei eri ratkaisutulokseen johtavia *arvostuksia* voitaisi esittää myös *julkisessa intressissä*.²⁴ Avioliiton pysyvyyteen tähtäävää ideologiaa voidaan löytää toisaalta uskonnollismoraalisista katsomuksista, toisaalta avioliiton tehtävästä yhteiskuntajärjestystä *stabilisoivana* orgaanina.²⁵

Käytännön ratkaisutuloksia tarkasteltaessa voitaneen tehdä johtopäätös, että tuomioistuimet tuskin ovat pitäytyneet vain jälkiarvioon puolisoiden käyttäytymisestä ja syyllisyystoteamuksiin, vaan kiinnittäneet huomiota myös *ratkaisujensa seurausvaikutuksiin*. Tähän on ollut kehitystä ohjaamassa myös näyttökysymysten vaikeus avioero-oikeudenkäynneissä. Tuomioistuimet jäävät usein epävarmoiksi siitä, kuka on alunperin syypää avioliiton rikkoutumiseen tai voidaanko kumpakaan puolisoa sanoa edes pääasiallisesti syylliseksi. Aineettoman vahingon arvioiminen sielullisena kärsimyksenä olosuhteissa, joissa monet henkilökohtaiset tekijät kietoutuvat toisiinsa, ts. on kysymys erittäin läheisistä ihmissuhteista, on vaikeaa. Kysytään myös, voidaanko

²⁴ Vrt. *Holden*: s. 71 julkinen intressi saattaa vaatia myös, (paitsi avioliiton pysyttämistä) ettei avioliittoa, kun puoliset pitemmän aikaa ovat asuneet erossa toisistaan, pidetä yllä epävarmuutta edistävänä »näennäisavioliittona». Viittaus ilmeisesti siirtokuntien jäseniä ajatellen Uuden Seelannin oikeuskäytäntöön.

²⁵ Kts. esim. *Dabin*: *Théorie Générale du Droit* (1953) s. 300, s. 307.

aineettomia vahinkoja edes korvata rahalla.²⁶ Toisaalta on arvosteltu, että juuri avioerojuttujen yhteydessä tuomarien omat henkilökohtaiset arvostukset tulevat esille.²⁷ Kieltämättä ratkaisijankin aspektista tarkastellen on vaikea saada selville, milloin on kysymys tuomarin henkilökohtaisesta vakaumuksesta, milloin kehityksen seuraamisesta yhteiskunnassa tai sen vastavaikutuksesta. Joka tapauksessa se ratkaisu, minkä tuomioistuin antaa, taas osaltaan vaikuttaa yhteiskunnassa.

Valitettavasti tuomioistuinargumentaatio erityisesti avioerojuttujen yhteydessä on puutteellista. Tämä johtunee myös siitä, että asianosaiset eivät itse perustele esim. avio-oikeudenmenetysvaatimustaan, vaan tyytyvät korkeintaan viittaamaan kanteessaan lain sanontaan. On mahdollista, että eräiltä osin arvostukset ovat tuomioistuinkeskustelussa myös jääneet riittävästi erittelemättä, ts. lähdetään edellytyksistä, joista ei keskustella.²⁸ Kirjoitetuissa tuomioissa esiintyy perusteluja erittäin rajoitetusti, mikä osaltaan johtuu siitä, että esim. taloudellisia seuraamuksia avioerojutun yhteydessä koskevat ratkaisut usein ovat tuomari-kollegioiden jäsenten eri mielipiteiden yhteensovitteluja. Niitä arvostuksia, jotka ovat olleet johtamassa taloudellisiin seuraamuksiin, saadaan lähinnä selville: tuomioon kirjoitetuista *asiatiedoista* (kuten puolisoiden vihkimisaika, joskus puolison ikä, lasten syntymäajat, erossa-asumisaika jne.), *näyttöön liittyen* (esim. puolison syyksi luettu menettely) ja varsinaisista *avioerooperusteista*. Hylättyjä kanteita perustellaan vielä vähemmän. Kuitenkin esim. laissa esimerkkinä mainittu aviorikos johtaa tuomioistuimen perustelemaan, milloin avio-oikeudenmenetyssäänöstä ei aviorikoksesta huolimatta käytetä, kuten jo aikaisemmin on mainittu.

Kuten edellä on todettu, voidaan toisiaan vastaavia taloudellisia seuraamuksia johtaa eri konstruktioita käyttäen. Kun vahingonkorvaus esim. tuomitaan määräajoin maksettavana tai elatusapu kertakaikkisena määränä tai tasinko-oikeuden menetysvaatimus toteutetaan osituksen yhteydessä, saattaa puoliso saada jopa suunnilleen *markkamääräisesti samanarvoisen taloudellisen hyvityksen*. Kuitenkin tässä tulevat esiin myös *psykologiset* ja yhteiskunnan *moraalisääntöihin* liittyvät seikat. Esim. Saksan avioerolainsäädännön uudistuksia suunniteltaessa on laa-

²⁶ *Brusiin*: Zum Problem s. 24.

²⁷ Eräät oikeusalat ovat muita alttiimpia subjektiivisille arvostuksille, esim. *Makkonen*: Lm 1970 s. 1067.

²⁸ *Evers*: Argumentationsanalys för jurister s. 58.

jasti käsitelty taloudellisia seuraamuksia elatusapujärjestelyjen muodossa.²⁹ Mikäli uusi lakiehdotus toteutetaan Ruotsissa, vahingonkorvaussäännös poistetaan avioliittolaista (SOU 1972: 41 s. 21, s. 191 ss). Tasinko-oikeuden menettämistä tai rajoittamista koskevat järjestelyt tulevat silloin entistä tärkeämmiksi. Puolison asema voidaan avioerossa turvata kuitenkin myös kertakaikkisen elatusavun muodossa. Puolisoiden intressit huomioon ottaen ei ole kuitenkaan samantekevää, millä nimikkeellä korvausta tuomitaan.³⁰ Puoliso saattaa katsoa olevansa oikeutettu *hyvitykseen* tai *omaisuusosansa säilyttämiseen*,³¹ mutta ei esim. katso voivansa ottaa vastaan elatusta toiselta puolisolta avioliittositeiden katkettua. Avioeroon liittyvien taloudellisten seuraamusten välineistön edelleen kehittäminen de lege ferenda on ilmeisesti myös meillä tärkeä tehtävä. Esim. ehdotuksessa vahingonkorvauslaiksi (Lvk-julkaisu n:o 3/1970) on sen 11 §:ään sisällytetty säännös sellaisen kärsimyksen korvaamisesta, »jonka on aiheuttanut *vapautteen, kunniaan* tai *kotirauhaan* kohdistunut taikka muu senkaltainen rikos». (Ilmeisesti olisi kuitenkin pyrittävä asettamaan korvausvelvollisuus myös muun kuin rikoksena syyksiluettavan teon aiheuttamista kärsimyksistä.) Materiaalisten vahinkojen rinnalla tulevat aineettomat vahingot siten ehkä yleisemminkin korvattaviksi. On mahdollista, että *loukkausvaikutukset* aviopuolisoon kohdistettuina saattavat olla niim laajoja, että ne joutuisivat korvattaviksi yhteiskunnan jäsenten välisessä käyttäytymisessä yleensä. Tämä liittyy myös kysymykseen persoonallisuuden suojasta, joka on laajasti ollut esillä eri maissa lainsäädäntöjä uudistettaessa.³²

²⁹ Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln? (Maier—Reimer, Lüderitz: Gutachten), Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages Band I 1970. Münch: Reform des Ehescheidungsrechts (Aktuelle Dokumente 1971).

³⁰ Vrt. edellä mitä lakikielen yhteydessä on kirjoitettu »arvolatauksesta» kielessä ja psykologisten seikkojen merkityksestä s. 79.

³¹ Kts. myös Ruotsin uusi lakiehdotus (SOU 1972: 41 s. 193).

³² Esim. Ranskan uusi lainsäädäntö persoonallisuuden suojasta. »Les dispositions de la loi 17.7.1970 sur la protection de la vie privée Recueil Dalloz Sirey 1971 s. 9. Yleisestä oikeuskehityksestä kts. esim. Lögdberg: Om personlighetsrätt (Festskrift till Håkan Nial 1966 s. 358 ss.). Kts. myös kysymyksestä (päivälehdissä) käytyä yhteiskuntapoliittista keskustelua.

Voitaneen sanoa, että 78 §:n 3 momentin yleislauseke on jo alunperin ollut liian ahtaasti muotoiltu, kun siinä on pitäydytty vain puolisoiden keskeisiin loukkaus- ja syyllisyysperusteisiin. Kuitenkin on kysymys yhtäläisyysperiaatteen toteuttamisesta ja toisen puolison hyväksikäytön estämisestä avioeron taloudellisia seuraamuksia toteutettaessa. Tuollaista kohtuullistuttamislauseketta ei ole kuitenkaan tuomioistuille osoitettu, vaan muotoiltu kansalaisten menettelyä koskeva tunnusmerkistö sanktioineen.³³

Aivan toisista lähtökohdista on ollut kysymys niissä ideologisissa keskusteluissa, joissa »radikaalisesti» ehdotetaan *avioliittovakuutusta*. Voidaan ajatella, että käyttäytymisnormit laadittaisiin niin ankariksi, että *vastuu taloudellisista seuraamuksista* asetettaisiin sille, joka vaatii avioliiton purkamista. Olisi siis kysymys eräänlaisesta riskivastuusta. Puolison turvana olisi pakollinen tai vapaaehtoinen vakuutus. (Viimeksimainittu edellyttää kuitenkin »rationaalista kalkylaintia», jota avioliittoa solmittaessa tuskin yleisemmin voidaan odottaa).

Tuomioistuinten taloudellisia seuraamuksia koskevat ratkaisut nykyisessä muodossaan vaikuttavat ilmeisesti painostustekijöinä yhteiskunnan jäsenten käyttäytymiseen, kuten esim. moraalikäsitteet saattavat vaikuttaa tuomioistuinten ratkaisuihin. Yleislausekkeiden avulla on tuomioistuimille varattu mahdollisuus myös itse kehitystekijöiden huomioon ottamiseen. Ehkä tuomioistuinten ainakin niissä ratkaisuisaan, joissa ne käyttävät *ex officio* -harkintaa julkisessa intressissä, olisi syytä argumentaatiossa ilmoittaa, mitä tekijöitä on tuolloin pidetty tärkeinä.

³³ Esim. Tanskan laissa on kohtuullistuttamislauseke sijoitettu omaisuuden jakoa koskevien säännösten yhteyteen. Puolisolle on myös varattu oikeus vaatia uutta omaisuuden jakoa avioliiton purkautumisen taloudellisten seurausten tasaukseksi. Lag om skifte av dødsbo og faellesbo (v:lta 1874) § 69 a (v:lta 1963).

VII. YLEISLAUSEKERATKAISUISTA

Yleislausekkeita lainsäädännössä tarkasteltaessa on todettu eri oikeuspoliittisia tavoitteita: on pyritty nimenomaisesti laatimaan *väljennys-säännöksiä* eli avoimia tunnusmerkistöjä *oikeussäännösten sopeuttamiseksi järjestelmään*, on pyritty *tavoittamaan* arvostuksia kentältä eli *keskimittakäyttäytymistä ja vallitsevia mielipiteitä* säännösten soveltajien kannalta; on myös pyritty antamaan *ohjelmallisia, väljiksi tarkoitettuja ohjeita adressaateille*. Oikeusvertailevasti eri maiden oikeusjärjestyksiä tarkasteltaessa on voitu todeta eräitä olennaisina pidettyjä »ajatusmalleja» säännösten ohjelmallisena perustana: esim. englantilaisen oikeuden *riskivastuu* lievennyksineen, saksalaisen oikeuden *eri suojakonstruktiot* ja niihin liittyvät yhteiskunnan jäsenten käyttäytymistä säätelevät normistot tyypittelyineen, lähinnä ranskalaisen oikeuden *ajatus yksilön vapaudesta* sitä rajoittavine säännöksineen *oikeuksien väärinkäytöstä*.¹

Kun *yleislausekkeet* kuitenkin ovat *vain asteettaisesti väljempiä* kuin varsinaiset oikeussäännökset ja esim. selittävät oikeusohjeet voidaan sijoittaa osaksi normiseikastoja, on katsottava, että yleislausekkeiden tulkinta ei *periaatteellisesti* saata erota oikeussäännösten tulkinnasta yleensä.² Yleislausekkeita sovellettaessa saa kuitenkin itse tapauksen *asia-aineisto keskeisemmän sijan*, kuten myös vanhempaa lainsäädäntöä tulkittaessa. Kun lainsäädännön tarjoama tulkinta-aineisto on kielelliseltä asultaan samalla *harkintavaltuus lainkäyttäjälle*, on esim. Ruotsissa pyritty siihen, että yleislausekkeiden *tulkintaohjeita* saataisiin *komiteamietintöjen* selostavista esityksistä tai suorastaan niiden anta-

¹ Kts. myös von Mehren: The Civil law system s. 348 ss. Jokela: Kansainvälisen kaupan oikeuslähteet (Juhlaulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 1963 s. 137, s. 142). Vrt. mannermainen force majeure -käsite ja englantilainen frustration-oppi.

² Näin myös Makkonen: Zur Problematik der juristischen Entscheidung s. 68, s. 113.

mista suosituksista normisovellutuksiksi. Siten lainvalmisteluaineiston merkitys yleislausekkeita sovellettaessa ilmeisesti kasvaa. Mikäli katsotaan, että yleislausekkeissa on lainkäyttäjälle annettu valtuus, joka on lähentämässä lainkäyttöä lainsäätäjän toimintaan, joudutaan yleislausekkeita sovellettaessa kiinnittämään myös enemmän huomiota annettavan ratkaisun seurausvaikutuksiin.

Mannermaalla on kiinnitetty huomiota siihen, että yleislausekkeet sisältävät samalla tuomioistuimille annetun laajemman valtuuden analogian käyttöön.³ Näin on siellä myös tapahtunut laajamittaisesti käytännössä, josta esimerkkinä voidaan mainita BGB § 242 sovellutukset. Vastaavasti myös Ruotsissa, vaikka siellä ei pyritä eikä ole aikaisemminkaan pyritty muodostamaan suljettua lakijärjestelmää, käsitellään eräitä kohtuullistuttamislausekkeita, lähinnä Skuldebrevslagen § 8, valtuuslausekkeina, joiden vaikutus ulottuu laajalti normiseikaston käsitealan ulkopuolelle.⁴ On kuitenkin huomattava, että kun yleislausekkeita käytetään periaatemuodostukseen, rinnastaen niiden sovellutukset aukkotapauksiin, saattaa kiinteyttävällä oikeuskäytännöllä, korostettaessa teknillistä yhdenmukaisuutta, olla myös kehitystä estävä vaikutus. Esim. vanhentuneita tapamuodostuksia tai yhteiskunnan aikaisempiin kehitysvaiheisiin kuuluvia arvostuksia kiteytetään normistoksi.

Varsinkin vanhemman oikeuskäytännön osalta meillä on todettava, että kun kasuistisia säännöksiä sovellettaessa on pakostakin jouduttu etsimään uusia mahdollisuuksia »lain kirjaimen» ulkopuolelta, esim. analogiasovellutusten piiristä, on yleislausekkeita sovellettaessa saatettu päätyä varovaisuuteen, jolloin kielellisiin sanontoihin pitäytyvä ja lakijäsentelyyn nojautuva muodollinen tulkinta on jopa korostunut.⁵

Suurelta osalta viimeksi mainittu pidättyvä suhtautuminen on saatanut myös johtua siitä, että oikeustiede on jatkuvasti korostanut yleislausekkeiden supistavaa tulkintaa. Esim. 1968 ilmestyneessä teoksessa (Hakulinen-Raninen: Osamaksukauppa s. 61) selostetaan, että velkakirjalain 8 §:n säännös on jo kieliasultaan alunperin muodostunut virheelliseksi, kun ruotsinkielisen lakitekstin

³ Esim. Wilburg: Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht s. 6.

⁴ Esim. Rodhe: Obligationsrätt s. 13. Martenius: Lagstiftningen om konkurrensbegränsning s. 13 (NJA 1948 s. 138). Vrt. kuitenkin Vahlen: Avtal och tolkning s. 236.

⁵ Näin myös Palmgren: JFT 1953 s. 115.

sanontaa »otillbörli» vastaa suomenkielisessä tekstissä »kohtuuton». («Otillbörli» merkinnee lähinnä sopimaton, siis ei-hyväksyttävä yhteisön kannalta). Siten johduttaneen ratkaisuositukseseen, jonka mukaan velkakirjan ehdon kohtuullistuttamiseksi täytyy olla kysymyksessä jälkiarviona in abstracto »sopimaton» ja seurausvaikutuksiltaan in concreto »kohtuuton» ehto. Ilmeisesti myös päädytään sekä velkakirjalain 8 §:n että osamaksukauppalaain 7 §:n supistavaan tulkintaan.⁶ On kuitenkin huomattava, että kun esim. OTL 33 §:n säännöksen soveltamista ei rajoiteta laissa ilmoitettuun tilannetyypittelyyn, sen käyttö nk. poikkeussäännöksenäkin saattaa muodostua suhteellisen laajaksi.⁷

Joka tapauksessa lainsäätäjä on tarkoittanut yleislausekkeet nk. kohtuullistuttamislausekkeina sopeuttamaan abstraktisessa muodossa annettuja oikeusohjeita konkreettisten tapausten moninaisuuteen. Kun esim. mainituissa velkakirjalain 8 §:ssä on »otillbörli» termin suomenkielisenä vastineena ilmoitettu termi »kohtuuton»,⁸ on korostettu tai ainakin käytännössä jouduttu korostamaan tuon lausekkeen avulla tuomarille annettua valtuutusta oikeudenmukaisuus- ja kohtuustarkistukseen. Voidaan vain kysyä, mitkä seikat ovat säännönmudostukseksi yleistettävissä. Ehkä tässä tutkimuksessa omaksuttu eri-ulotteinen ajattelu tarjoaa eräitä lähtökohtia. Yleislausekeratkaisuissa ei lain sanamuoto yleensä aseta esteitä vapaammalle tulkinnalle, mutta lainkäyttäjä joutuu kuitenkin useimmissa tapauksissa liikkumaan asianosaisten vaatimusten ja väitteiden puitteissa.

Mutta puhutaanko yleislausekkeiden yhteydessä tulkinnasta? Eikö useimmiten silloin käytetä termiä harkinta. Sanotut termit tulkinta ja harkinta ovat vakiintuneet mannermaisessa lakijärjestelmässä, mutta niitä käytetään meillä epäyhtenäisesti. Raja eri tuomarintehävien välillä on liukuva. Esim. oikeusseuraamuksia harkitaan, (otetaan rangaistusta määrättäessä ja vahingonkorvausta arvioidessa huomioon myös ratkaisun odotetut seurausvaikutukset yhteiskunnassa). Yleislausekkeiden yhteydessä voitaneen puhua eräiltä osin harkinnasta, eräiltä osin tulkinnasta. Kun esim. tarkastellaan oikeustoimilain 33 §:n säännöstä lakijärjestelmän osana ja verrataan sen alaisuuteen kuuluvia tapauksia muihin pätemättömyyssäännösten osoittamiin tapauksiin, on

⁶ Hakulinen: Velkakirjalaki (1947) s. 109.

⁷ Vrt. esim. Kivimäki—Ylöstalo s. 208 ja Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 158.

⁸ Kts. myös vakuutusopimuslain ruotsinkielinen lakiteksti § 34.

kysymys toiminnasta, josta olemme tottuneet käyttämään nimitystä lain-tulkinta eri vaihtoehtoihin. Mutta kun lähdetään siitä, että lainsäätäjä on jo alunperin antanut lain käyttäjälle laajemman valtuuden, joka itse asiassa ohjaa lainsäätäjän keskeneräiseksi jääneen työn jatkamiseen, liikutaan toiminnassa, jota voidaan kutsua myös tuomarin harkinnaksi. Toisiaan vastaavia punnituksia esiintyy kuitenkin myös aukko- ja tulkintaratkaisujen yhteydessä, mihin jo edellä on viitattu.

Tuomioistuinten *harkintaratkaisut*, jolloin kiinnitetään erityistä huomiota ratkaisun *seurausvaikutuksiin*, eivät ole kuitenkaan tarkoitettu mielivaltaisiksi. Esim. Merikoski⁹ toteaa, että hallinnollisessakaan toiminnassa nk. vapaa harkinta, joka tosin antaa mahdollisuuden useisiin eri ratkaisuvaihtoehtoihin, ei ole kuitenkaan täysin vapaata, vaan sitä sitovat hallinnolliset yleisperiaatteet. Yleislausekkeiden avulla rajataan entisestään hallinnollista vallankäyttöä,¹⁰ koska siinä *yleisten* hallinnollisten tarkoituksien näkökohtien rinnalle asetetaan *erityinen* ohjelmallinen mittapuut, kuten lapsen etu, kansan terveys jne. Kun yleislausekeratkaisut eivät ole kuitenkaan vastaavasti sidottuja kuin kiinteämpien oikeussäännösten soveltaminen, ei niiden yhteydessä liene siviilioikeudessakaan paikallaan käyttää termiä tulkinta, vaan ehkä termiä harkinta, soveltaminen tai ratkaiseminen yleislausekkeitä perustelulauseena käyttäen. Yleislausekeratkaisuissa jää keskeiselle sijalle *asia-aineisto* ja siitä pelkistetään esiin myös mahdollinen oikeudellinen konstruktio.

Yleislausekeratkaisuissa voitaneen erottaa sekä in casu-ratkaisuja eli poikkeusratkaisuja ja tyyppiratkaisuja. Ne eivät ilmeisesti ole toisiaan poissulkevia vaihtoehtoja, kuten joskus on haluttu väittää. Itse asiassa jutun asia-aineistosta riippuu voidaanko siitä muodostaa tyypittelevä vai poikkeusratkaisu.

Juriidisessa kielenkäytössä puhutaan *poikkeussäännöistä*. Niinpä oikeustoimilain 33 §:n oikeussäännös muodostaa poikkeuksen *pacta sunt servanda*-periaatteesta, mutta on samalla täydennyssäännös oikeustoimilain 3 luvun muille pätemättömyyssäännöksille. Ratkaisun poikkeuksellisuus merkitsee, että sanottu ratkaisu *ei ole säännöksi yleistettävissä*, lähinnä siihen liittyvän *seikaston monitahoisuuden* vuoksi, (esim. pätemättömyystilanteessa toinen sopijapuoli on osin erehtynyt, osin riip-

⁹ Merikoski: Vapaa harkinta s. 57 ss. Vrt. Vilkkonen Lm 1972 s. 385.

¹⁰ Esim. Forsthoff: Rechtsstaat im Wandel s. 81, s. 95.

puvaisuusasemassa toiseen sopijapuoleen nähden ja viimeksi mainittu on taas eräiltä osin laiminlyönyt hänelle asetettavan tiedotusvelvollisuuden jne.) Voidaan kuitenkin kysyä, voiko yhtäläisyysperiaatteelle rakentuva järjestelmä ylipäänsä hyväksyä in casu-ratkaisuja. In casu-ratkaisu on ainakin vastaavasti pyrittävä perustelemaan yleistettävien argumenteiden, tapahtuipa se sitten eri aspekteja korostamalla tai niiden yhteisvaikutuksen tuloksena. Lähdetään myös siitä, että varsinaiseen poikkeusratkaisuun sisältyy useammalta eri taholta koottavia perustelutekijöitä siten, että *ei ole odotettavissa* vastaavanlaisen tapauksen toistumista yhteiskunnassa. Prejudisoivat näkökohdat tulevat siitä syystä harvemmin esille poikkeusratkaisujen yhteydessä. Ilmeisesti useat korkeimman oikeuden julkaisemattomat yleislausekeratkaisut edustavatkin juuri nk. in casu-ratkaisuja. Toisaalta *yhteiskunnan kontrolli* on tärkeä juuri poikkeusratkaisuihin nähden ja tuomioistuinten voidaan vaatia niiden *yksityiskohtaista perustelemista*.

Tyypittelyssä on kysymys jonkin *yhteiskunnassa* esiintyvän ilmiön *yleistämistämisestä*. Kuten on mainittu, yleislausekkeet esiintyvät usein kieltoimperatiivien muodossa: ilmoitetaan, että arvostusmittapuvin osoitettu menettelyä *ei hyväksytä*. Siten saatetaan tyypitellä käyttäytymistä esim. henkilö- tai tilannerelationa. Tyypittely tapahtuu *kielen deskriptiivistä ainesta* hyväksi käyttäen. Jotta kielletyksi katsottava menettely saataisiin *estetyksi* vastaisuudessa, voidaan tuoda esiin eri aspektikorostuksia ja niihin nojautuen muodostaa myös konstruktiivisia oikeusohjeita käskyimperatiiveina.

Kun esim. oikeustoimilain 33 §:n yhteydessä on todettu tyypittelyä toisaalta sopimusolosuhteiden, toisaalta sopijapuolten henkilökohtaisten ominaisuuksien suhteen, voidaan toisen sopijapuolen *hyväksikäytön estämiseksi* tuoda esiin aspektikorostus, joka samalla sisältää *oikeudellisesti konstruktiivisen ratkaisun*. Toiselle sopijapuolelle, esim. kiinteistön omistajalle asetetaan *laaja ilmoitusvelvollisuus* kaupan yhteydessä tarpeellisten tietojen suhteen.

Esim. KKO- ratkaisussa vuodelta 1971 (tied. 2/13.1.1971), kun ostajat olivat *myyjän tietien erehtyneet* kauppaan olennaisesti vaikuttaneen seikan suhteen, kauppa julistettiin oikeustoimilain 33 §:n nojalla pätemättömäksi. Kysymyksessä oli järven rannalla sijainneen määräalan kauppa, jonka yhteydessä myyjät olivat *jättäneet ilmoittamatta ostajalle*, että järven veden korkeus, joka kauppaa tehtäessä oli ollut harvinaisen korkea, eri vuosina oli suuresti vaihdellut ja että matalan veden aikana muodostui järven ja määräalan väliin laaja vesijättöalue. Konstruktiivisesti on johdettavissa *laaja ilmoitusvelvollisuus* kauppaan olennaisesti vaikuttavista seikoista kiinteistöksi muodostettavan alueen omistajalle. *Ostajan selonottovelvollisuudesta* ei mainita, mutta hänelle asetettuun

huolellisuusmittapuuhun vaikuttaa ilmeisesti se *vaikeusaste*, jolla olennaisina pidettävät tiedot kaupan kohteesta ovat hänen hankittavissaan. Vedenkorkeuden vaihteluita (arvio: laaja vesijättöalue) ei myöskään mainitulla seudulla pidetä niin yleisinä, että niiden olisi *pitänyt olla* ostajan tiedossa. Ilmoitusvelvollisuutta ankaroitamalla vastuu sopimuksesta siirtyy myyjälle. Säännönmuodostuksen lähtökohta (tai tavoite) on myös *kohtuusajattelussa*. Kaupan seurauksena ostaja ei saa joutua vastaavanlaisten rantahuviiloiksi tarkoitettujen palstojen *ostajia* huomattavasti *huonompaan* asemaan (Hän ei saanutkaan haltuunsa ranta-aluetta, vaan lähinnä vesijätön. Erityinen juriidinen tilanne muodostuisi, jos vesijättö ei kuuluisikaan kiinteistön omistajalle, vaan olisi esim. kyläkunnan yhteinen). On kuitenkin kysyttävä, kuinka laaja ilmoitusvelvollisuus eri adressaattiryhmille tai eri sopimustyyppien yhteydessä voidaan asettaa ilman lainsäädännön oikeusohjetta.^{10a}

Viimeaikaisessa juriidisessa keskustelussa on tuotu voimakkaasti esiin ajatus oikeudellisten ratkaisujen *tavoitteellisuudesta*. Tällöin on toisaalta päädytty filosofiasta »lainattuihin» ratkaisumalleihin, jotka vievät ratkaisun muodostamisen ideologisationaaliselta, eri valintamahdollisuuksia toteavalta ja punnitsevalta tasolta empiirisluntoisen toiminnan tasolle. Toisaalta on päädytty *karkeisiin yleistyksiin* ratkaisujen tavoitteellisuudesta.¹¹

Yleislausekeratkaisut, joissa valmista oikeusohjetta ei ole käytettävissä, ovat mielenkiintoisena tarkastelukohteena myös oikeusteorian »uusille suuntauksille».

Kun erotetaan erikseen *ratkaisutoiminta* ja *ratkaisutulos* on todettava, että ratkaisutoiminnassa tuomioistuimet saattavat »kokea itsensä sidotuiksi» ja asettaa siten toiminnalleen eräitä edellytyksiä. Vastaavasti saatetaan asettaa *eri tavoitteita* myös suhteessa ratkaisun seurauksivaikutuksiin. Valmiissa ratkaisutuloksessa ei ole kuitenkaan luettavissa noita edellytyksiä tai tavoitteita, vaan *muotoiltu ratkaisutulos* ja sitä tukevat perustelut. Yhdistetyn oikeudenmukaisuus- ja kohtuusajattelun mukanaan tuomat ideat (myös eräät laadulliset vaatimukset) eivät ole kuitenkaan johtamassa vain yhteen päämäärään, vaan tuomioistuimen ratkaisutoiminta sisältää *eri ratkaisuvaihtoehtoja* ja niiden perustelemismahdollisuuksien etsimistä. Toisaalta on kysymys eri yksilöiden välisistä intresseistä, toisaalta yksilö- ja yhteisöintressien pun-

^{10a} *Zitting*: Kiinteistön myyjän vastuusta ostajalle antamistaan tiedoista (*Ars boni et aequi* 1972 s. 292 ss.).

¹¹ Kts. esim. *Aarnio*: Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 104 ss. Kritiikkiä esim. *Hilpinen*: Lm 1972 s. 215. Teleologisten ja loogisten problemien yhteensovittamisesta kts. *Klug*: Juristische Logik s. 180 ss.

nituksesta. Ideologiset näkökohdat saattavat sisältää myös eri-asteisesti abstrahoituja tavoitteita. Eri-ulotteisessa ajattelussa jokainen *ulottuvuus* edustaa myös *omaa ideaansa* (järjestys; oikeudenmukaisuus ja kohtuus; tarpeellisuus), mutta eri ideat eivät kilpaile vain keskenään, vaan *abstraktisella idea- tasolla* oleva tavoite joudutaan argumentaatioissa punnitsemaan myös suhteessa osoitettuihin *konkreettisiin tavoitteisiin*.

Yleislausekesovellutuksissa joudutaan käsitykseni mukaan erottamaan sekä *ennakkoarvio* itse konkreettisen tapauksen suhteen että *ennakkoarvio* säännönmuodostuksen suhteen. Joka tapauksessa erotetaan *yksilölliset ainekset seurausvaikutuksissa* ja samankaltaisuustekijöitä erittelemällä esiintuotavat *yleistettävät seurausvaikutukset*. Esim. rikosoikeuden piiristä saadaan yksinkertainen esimerkki: mitä jonkin säännön soveltaminen saattaa merkitä yleisen »lainkuuliaisuuden» kannalta; mitä se ja siitä johtuva rangaistuksen määrääminen merkitsee yksityisen kansalaisen kannalta. Kummassakin tapauksessa tuomioistuiimen *ennakkoarvio* perustuu vain *olettamukselle odotettavista seurausvaikutuksista*. Erikseen on vielä erotettava seurausvaikutukset normisovellutuksen, siis varsinaisen normiseikastosovellutuksen, ja annetun normiseuraamuksen suhteen yhteiskunnassa.

Tuomioistuiimet ovat — toisin kuin esim. rangaistuksen määriä oikeusseuraamuksina harkitessaan — yleensä *normiseikastoratkaisuissaan* »ohjelmallisesti» *pitäytynyt nk. jälkiarvioon*. Mikäli huomioidaan seurausvaikutuksia, on yleensä kysymys asianosaisten käyttäytymisestä ja tapahtumista seurausvaikutuksineen *ennen oikeudenkäyntiä* tai viimeistään *oikeudenkäynnin aikana* ennen tuomion antamista. Tuomioistuiimen oman ratkaisun seurausvaikutuksia ei sen sijaan pyritä laajemmalti ottamaan huomioon. Ajatellaan, että kun jälkikäteen arvostellaan esim. adressaatin käyttäytymistä, liikutaan kuitenkin realistisemmalla pohjalla kuin »spekuloidessa» vastaisen ratkaisun mahdollisia vaikutuksia yhteiskunnassa. Kuitenkin ehkä unohdetaan, että myös jälkiarvio rakentuu joko suuremmalle tai pienemmälle todennäköisyydelle siitä, mitä on aikaisemmin tapahtunut, ja arvostuksille.

Mikäli lähdetään siitä, että tuomioistuimille on *nk. rajatapauksissa* uskottu oikeus luoda *uusia yhteiskuntaan sopeutettavia oikeusohjeita*, lainkäyttäjä joutuu lainsäätäjän tavoin *etsimään argumentteja myös ratkaisun vastaisista seurausvaikutuksista*, tarkastellen ei vain kysymyksessä olevaa yksityistapausta vaan myös rinnakkaisia tapauksia ja niiden

yleistettäviä seurausvaikutuksia. Menisin vielä pitemmälle: käsitykseni mukaan tuomioistuimilla on yleislausekesovellutuksissa jopa velvollisuus ratkaisunsa tyypilliseksi arvioimiensa seurausvaikutusten huomioon ottamiseen ja siten myös oikeuspoliittiseen, esim. kohtuullistuttamisratkaisuina kehitystä edistävään toimintaan. Kaikissa niissä tapauksissa, joissa ohjetta ei ole itse lakitekstissä, tuomioistuin joutuu kuitenkin nojautumaan argumentaatioon, jossa vaikuttavat sekä empiiris-sosiologiset, oikeusideologiset että muodolliskonstruktiiivisesti rajaavat tekijät. Silloin argumenttien esiintuominen, myös ratkaisun oletetut seurausvaikutukset ja niiden analysoiminen, merkitsee samalla lainkäyttäjälle annetun tuomitsemisvaltuuden rajoittamista, kun ilmoitettujen argumenttien tulee olla *yleistettäviä* eikä yksityistä tapausta sinänsä suosivia. Odotetaan, että tuon argumentaation avulla voidaan myös kehittää uutta oikeudellista ideologiaa, esim. uusia yhteiskunnallisen vastuun muotoja ja uusia suojakonstruktioita.

Erikseen tulee vielä esille kysymys lain esitöiden merkityksestä yleislausekesovellutuksissa. Esimerkiksi Ruotsissa on yleislausekkeita täydentäviä sovellutusohjeita löydetävissä komiteamietintöjen suosituksista ja julkaistu lainvalmisteluaineisto on saattanut saada jopa erillisen oikeuslähteen aseman,¹² jolla tosin promulgomattomana ei ole lain auktoriteettia, mutta kuitenkin huomattavasti suurempi merkitys kuin esim. lainvalmisteluun osallistuneiden henkilöiden lausunnoilla. Lainvalmisteluaineistokin todetaan sinänsä kuitenkin eriarvoiseksi: esiintyy lainsäädäntöä täydentäväksi tarkoitettuja, käyttyjen keskustelujen tuloksena argumentoituja kannanottoja, eräitä yleisiä suuntaviivoja, joita ei ole kuitenkaan muotoiltu ohjelmallisiksi oikeussäännöksiksi, selvitystä lainsäädäntöön sisältyvistä »kompromissiratkaisuista», jopa eräitä valmiiksi muotoiltujen oikeusohjeiden suhteen ristiriitaisiakin kannanottoja eli poleemista argumentointia lainsäädännön »taustana».

Lainvalmistelutöihin on myös saatettu liittää lain yleislausekkeita täydentämään tarkoitettuja *yksityiskohtaisempia oikeusohjeita*, joita ei ole sijoitettu lakiin, vaan *jätetty osaksi lainvalmisteluaineistoa*. Sanottu menettely, jolla pyritään lainsäädännön ajanmukaisuuden (»tidsenlighet») säilyttämiseen tai pikemminkin lain ajattomuuteen, kun yksityiskohtaisempi säännönmuodostus on jätetty komiteamietintöihin, on kui-

¹² Eek, mfl.: Juridikens källmaterial s. 55 ss. Alanen: em. teos s. 135.

tenkin — kuten jo aikaisemmin on viitattu — herättänyt myös arvostelua Ruotsissa, erityisesti kun on kysymys keskeisten oikeusalojen säännöksistä,¹³ joiden oletetaan olevan adressaattien tiedossa. On myös kiinnitetty huomiota siihen, että lainkäytössä — kun objektiivisteleologinen tai semanttinen tulkinta ovat vallitsevia — voidaan lainvalmisteluaineisto, milloin niin halutaan, jättää huomiotta.¹⁴ Erityisesti on kuitenkin korostettu lainsäätäjän perusteltujen kannanottojen tarpeellisuutta julkaistussa lainvalmisteluaineistossa. Lainkäyttäjän kannalta on joka tapauksessa tärkeää tietää, milloin kysymystä on todella jo lainlaadintavaiheessa pohdittu.¹⁵

Lainvalmistelutöiden merkitys varsinkin uuden lainsäädännön yleislausekkeiden suhteen on kiistaton. On tärkeää todeta, *mistä syystä säännös on saanut väljän muotonsa, mitä tarkoituksinäkökohtia säännös on laadittu palvelemaan, mitä peruskatsomuksia ja ideologioita lainvalmisteluvaiheessa on ollut vaikuttamassa, mitä sovellutuspiirejä jollekin säännökselle alunperin on tarkoitettu* jne.

Mikäli yleislausekkeiden määrää lainsäädännössä lisätään, lainvalmisteluelinten lausunnot joudutaan ilmeisesti laatimaan entistä täydellisemmiksi, myös vastaista kehitystä viitoittaviksi. Lainsäädännön konkreettiset tavoitteet ja myös laajemat ideologiset tarkoituspäämäärät tulee saada esiin. Oikeuskäytännön kannalta lainvalmistelutöiden täydentävät ohjeet ovat *poistamassa* sitä epävarmuutta, joka liittyy varsinkin uuden lain yleislausekkeiden soveltamiseen. Yleislausekkeiden yhteydessä voidaan siten kirjoittaa taas »historiallisen lainsäätäjän» merkityksestä. Esim. pohjoimainen lakiyh-teistyö edellyttää yhdenmukaisuuspyrkimyksiä sekä yleislausekkeiden sijoittamisessa lainsäädäntöön että mahdollisuuksien mukaan myös niiden sovellutuksissa.

¹³ Hessler: SvJT 1957 s. 243. Lögdberg: Några anteckningar om betydelsen av uttalanden i en lags förarbeten (Festskrift till Karl Olivecrona 1964 s. 439).

¹⁴ Esim. Hult: SvJT 1952 s. 579 ss.

¹⁵ Thornstedt: Legalitet och teleologisk metod i straffrätten (Festskrift till Nils Herlitz 1955 s. 361). Lögdberg: s. 440. Kts. myös Bernitz: Otillbörlig marknadsföring s. 107.

VIII. YLEISLAUSEKKEISTA DE LEGE FERENDA

1. Arvostelua yleislausekkeiden sijoittamisesta lainsäädäntöön voidaan esittää lähinnä *kahdessa eri suhteessa*:

Yleislausekkeet saattavat johtaa mielivaltaan, kun tuomari niitä hyväksi käyttäen, kuten Tuomarinohjeiden varoittava sanonta kuuluu, tuomitsee »oman mielensä mukaan». Mikäli lähdetään Montesquieu'n kolmivaltaopin tunnetusta maksimista: valta pysähdyttää vallan, olisi ainakin varottava antamasta väljiä oikeusohjeita viranomaisille, joihin nähden ei ole riittävää kontrollia. Esim. tuomioistuimet ovat kollegiaalisia ja kuuluvat osana tuomioistuinjärjestelmään, joka tarjoaa asianosaisille mahdollisuuden hakea muutosta annettuihin tuomioihin. Kuitenkin voidaan väittää, että myös tuomioistuimet saattavat perustelemisselvollisuudestaan huolimatta joutua »kiusaukseen» toteuttaa omia subjektiivisia arvostuksiaan yleislausekesovellutuksissa.¹ Ylemmät tuomioistuimet eivät aina saa tilaisuutta kontrolloida yleislausekeratkaisuja. Katsotaan, että väljät oikeusohjeet soveltuvat käytettäväksi vain sellaisen valtion lainsäädännössä, jossa on korkeatasoinen oikeuslaitos ja erityisesti eettisesti korkealla tasolla oleva, mahdollisimman »solidi» tuomarikunta.² Yleislausekkeitä sovellettaessa saat-
taa helposti syntyä oikeudellisia ratkaisuja, jotka eivät ole enää vertailukelpoisia muiden tuomioistuinratkaisujen kanssa oikeusjärjestyksen osana. Ne voivat myös olla edistämässä »pinnallista» lainkäyttöä, ja abstraktisista säännöistä muodostuukin ehkä lähteitä kehityksestä jälkeenjääneille oikeudellisille ratkaisuille.

Toisaalta on arvosteltu, että kansalaiset joutuvat yleislausekkeiden vuoksi vaikeuksiin, kun heillä ei ole »tarkkaa tietoa lain

¹ Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln s. 51. s. 67. Vallan väärinkäytöksiä kiinnitetään nyttemmin huomiota, paitsi yksilöiden, erityisesti eri yksilöryhmien ja yhteiskuntaluokkien »suosimiseen».

² Esim. Kekomäki: Lm 1958 s. 962. Knoph: Rettslige standarder s. 28.

sisällöstä».³ Oikeusvarmuus kärsii, kun ennakolta laskettavuus tuomioistuinaratkaisuihin nähdn vähenee. Yleislausekkeiden avulla on myös vaikea luoda kiinteämpää prejudikaattioikeutta, joka vähentäisi samankaltaisten tapausten toistuvaa tuomioistuinkäsittelyä, mikä on prejudikaattioikeuden tärkeänä tehtävänä. Yleislausekeratkaisut — toisin kuin nk. *teknilliskonstruktiiiviset ratkaisut*, joiden prejudikaattivaikutus ilmeisesti oikeusjärjestyksen piirissä tosiasiallisesti on suurin,⁴ — ovat useimmiten kehityssuuntauksia viitoittavia tyyppiratkaisuja. Niissä asia-aineistosta esiintuotavien perustelutekijöiden merkitys vaihtelee lähinnä tapauksen tilanneyhteydestä, säännön soveltamisalasta, kehitystekijöistä yhteiskunnassa jne. johtuen. Mutta *astearvostelmien vaihteluihin* vaikuttavat myös *vakaumukselliset kannanotot* asianomaisesta tuomaripersonallisuudesta johtuen. Tällöin lienee poliittisen asennoitumisen asemesta ensisijaisesti kysymys eriasteisesta »humainisuudesta», voidaan myös sanoa yksilömyönteisyydestä, tuomarin tiedoista yhteiskunnasta ja siihen liittyvästä »realiteettitajusta», mutta myös siitä, missä määrin hän on *valmis vastaanottamaan uutta oikeusideologiaa*, esim. uuden lainsäädännön mukanaan tuomia mahdollisuuksia, mikä kysymys tulee esille myös poliittisesti »neutraaleilla» alueilla. Yleislausekeprejudikaatit saattavat siten olla adressaattien vaikeammin »luettavissa» ts. vastaiseksi säännönmuodostukseksi ennustettavissa.

Vaikka todettaisiinkin, että edellä esitetyt väittämät jossain määrin pitävät paikkansa, on kuitenkin muistettava, että oikeussäännökset on abstraktisuutensa vuoksi todettu yleensä väljäsisältöisiksi ja että se valta, mikä yleislausekkeiden välityksellä uskotaan tuomioistuimille, ei toteuttamisensa suhteen saata huomattavasti poiketa niistä *vallankäyttömahdollisuuksista*,⁵ joita tuomioistuimilla on pitkällejohdetuissa analogiaratkaisussa ja ristiriitaisten tai puutteellisten oikeussäännösten sovellutuksissa.⁶ Kansalaisten oikeusturvaa silmällä pitäen on kuitenkin korostettu, että yleislausekkeitä pitäisi välttää mahdollisuuksien mukaan sään-

³ Kivimäki: Lm 1950 s. 307. Aho: DL 1969 s. 476 ss. Hedemann: Schuldrecht s. 42. Henkel: Recht und Individualität s. 41.

⁴ Miettinen: Lm 1954 s. 143.

⁵ Oikeusjärjestyksen piirissä ei nk. oikeusvarmuus muutoinkaan toteudu. Kts. Stati: Le standard juridique s. 25, Frank: Law and Modern Mind s. 6 »the basic legal myth». Myös kiinteistä prejudikaateista luopuminen saattaa hämmästyttää.

⁶ Apala-Arlander: De l'imprécision des règles de droit, Ius Humanum 1966 s. 36. Klami: DL 1968 s. 379 ss.

nöstöissä, joiden välityksellä puututaan kansalaisten läheiseen toimivaltapiiriin,⁷ ja että yleislausekkeita moraaliarvostuksina pitäisi lähinnä sijoittaa vain oikeusaloille, joilla niiden arvostusten saatetaan olettaa olevan suhteellisen yhdenmukaisina kansalaisten tietoisuudessa.⁸

Edellä esitetyistä arvostelevista kannanotoista huolimatta kysymyksenasettelu, ovatko yleislausekkeet hyväksyttäviä vai eivät, tuskin on nyky-yhteiskunnassa tarkoitustaan vastaavaa. Kuten tässä tutkimuksessa on todettu, yleislausekkeet esiintyvät eräänlaisena lainsäädännöllisenä välttämättömyytenä. Sen sijaan esitetään kysymys, millä oikeusaloilla ja miten muotoiltuina niitä pidetään suositeltavina. Vastaukseksi pyritään esittämään eräitä suuntaviittoja:

2. Yleislausekkeita tavataan lainsäädännössä usein sellaisissa yhteyksissä, jotka ovat jääneet eri taholta lähtöisin olevien normistojen rajama-alueiksi. Näin on esim. kaikkien niiden siviilioikeudellisten yleislausekkeiden suhteen, joita tässä tutkimuksessa on tarkasteltu. Sekä OTL § 33 että VilpkiLP § 1 ovat säännöksiä siviili- ja rikosoikeuden rajamailla. AL 78 § 3 mom. voidaan nähdä, paitsi siviili- ja rikosoikeudellisten, myös vahingonkorvaussäännöstöön ja aviopuolison oikeusasemaan liittyvien velvoitteiden lähisäännöksenä. Ilmeisesti ei olekaan tarkoitustaan vastaavaa luoda keinotekoisesti yhdenmukaisuutta ilmiöihin, joihin nähden sitä ei saateta havaita tai ei ole ainakaan lakia säädettäessä havaittu. Yleislausekkeet voivat muodostua lähtökohdiksi vastaiselle säännönmuodostukselle, tapahtuipa se sitten oikeuskäytännön tai lainsäätäjän toimesta.

Aikaisemmin on jo kiinnitetty huomiota siihen, että yleislausekkeita esiintyy säännöstöissä, joissa myötäillään keskimittakäyttämistä tai joissa halutaan arvostuksia yhteisöstä käsin vaikuttamaan säännösten soveltamiseen. Oikeuden kehittymistä silmällä pitäen olisi ilmeisesti tärkeää, että yleislausekkeita jatkuvastikin sijoitetaan oikeusaloille, joilla on todettu kehitystä oikeusjärjestyksen piirissä tapahtuvan myös yhteisöstä käsin. Erityisesti siviili- ja kauppaoikeutemme ovat näitä oikeusaloja.⁹ Voidaan olettaa, että jos säännös on »liian väljäsisältöinen», niin kiinteällä kauppataavalla on tehtävänä vakiinnuttaa tehok-

⁷ Esim. Ellilä, Tauno: Täytäntöönpanokeinoista hallinnon alalla s. 11.

⁸ Esim. Knoph: Rettslige standarder s. 26. Holmes: Common law s. 111 standardeista ja niiden käyttämisestä.

⁹ Esim. Heinonen K: Piirteitä vilpillistä kilpailua koskevasta lainsäädännöstä (Suomen teollisuus oikeudellisen yhdistyksen vuosijulkaisu 1961 s. 118 ss.).

kaampaa välineistöä. Tähän liittyy kysymys dispositiivisista (valinnan-varaisista) ja obligatoorisista (pakottavista) oikeussäännöksistä. Esim. af Hällström¹⁰ on 1940-luvulta olevassa kirjoituksessaan suositellut, että yleislausekkeita käytettäisiin dispositiivisten säännösten yhteydessä. Esim. Rodhe¹¹ taas toteaa, että Ruotsissa yleislausekkeiden avulla väljenne-tään yhteiskunnan taholta toteutettavia pakottavia säännöksiä. Jo aikai-semmin on mainittu Englannin oikeuden tulkintaperiaatteesta, jonka mukaan nk. statute law -oikeutta pitäisi, jos sillä rajoitetaan kansa-laisten toimintapiiriä, tulkita suppeasti. Ilmeisesti yleislausekkeita tulisi sijoittaa yleensä täydentämään säännöstöjä, joiden avulla pyritään laaja-pohjaisempiin järjestelyihin yhteiskunnassa. Usein yleislausekkeita esiin-tyy ohjelmallisten säännöstöjen yhteydessä, koska »uusi ohjelmallisuus» on vaikea toteuttaa täsmennettyjen normistojen avulla.

Aikaisemmin on tässä tutkimuksessa tuotu esiin seikkoja, jotka ovat saaneet lainsäätäjän suosimaan yleislausekkeita. Tärkeänä tekijänä on mainittu kehitysaspektin huomioon ottaminen nk. dynaamisilla oikeus-aloilla. Voidaan ajatella, että yleislausekkeiden avulla vältetään vastaisuudessa usein ristiriitaisuuksiin johtavia lakien osittais-uudistuksia. Ilmeisesti yleislausekkeet ovat myös erittäin tarpeel-lisia kansainvälisen yhteistyön kannalta eri järjestelmien yhteensopeut-tamiseksi.

On kuitenkin oikeusaloja, joilla yleislausekkeiden käyttö on sallittu erittäin rajoitetusti, kuten *varsinainen rikosoikeutemme*. Laintulkin-nan yhteydessä on todettu, että nk. rikostyyppien muodostaminen on pyritty varaamaan lainlaatijan tehtäväksi ja lainanalogiakin katsottu sallituksi vain poikkeuksellisesti. Mikäli muuttuneet olosuhteet tai oikeudellisen ratkaisun seurausvaikutukset otetaan huomioon, johtaisi se lähinnä *negatiiviseen toteamukseen* normiston puuttumisesta ja syy-tetyn vapauttamiseen. On katsottu, että nämä tulkinnalliset rajoitukset ovat erityisesti normiadressaattien intressissä ts. heidän tulee olla tietoi-sia, että kriminalisointi kohdistuu vain laissa ilmoitettuihin tyyppitapauk-siin. Nytemmin on kasuistinen rikosoikeutemme ilmeisesti muovautu-massa yhä *abstraktisempia tunnusmerkistöjä sisältäväksi*¹² ja ennakolta laskettavuus adressaattien kannalta saattaa vähentyä. Voidaan ajatella, että yleislausekkeita lähinnä käytetään *säännösten lieventämiseen*, kuten

¹⁰ af Hällström: JFT 1942 s. 416.

¹¹ Rodhe: Obligationsrätt s. 12—13.

¹² Arvostelusta kts. esim. Törnudd (Oikeus ja politiikka s. 198).

on tapahtunut esim. syyttämättä jättämis- ja tuomitsematta jättämissäännösten yhteydessä.

3. Siirryttäessä kysymykseen, miten yleislausekkeet olisi muotoiltava, voidaan aikaisemmin esitetyn perusteella jo todeta, että kysymystä on arvosteltava eri tavoin eri adressaattiryhmien kannalta. Lainkäyttäjän kannalta lienee tärkeintä itse *harkintavaltuuden olemassaolo*. Kuten on todettu, argumentaatio oikeudellisissa ratkaisuissa, olipa kysymys varsinaisten oikeussäännösten tulkinnasta, analogiasovellutuksista tai yleislausekesovellutuksista lähenee toisiaan. Yleislausekkeilla osoitetaan kuitenkin eräitä *yksityiskohtaista säätelyä vaille jääneitä* alueita ja annetaan ainakin *valtuus* vähemmän sidottujen ratkaisujen suorittamiseen. Yleislausekkeen olemassaolo on takeena »joustamismahdollisuuksista». Ne ovat johdattamassa etsimään uusia vaihtoehtoja; »ratkaisurutiinia» ei ole käytettävissä¹³ ja huomio kiinnittyy enemmän oikeellisuus- ja kohtuustarkistukseen po. yksityistapauksessa.

Riippuen siitä esitetäänkö yleislausekkeen mittapuuna *empiirisluento* tai *ideologinen termi* ohjataan ratkaisijaa joko ohjelmalliseen toteutukseen tai etsimään näkökohtia myös yhteiskunnallisten olosuhteiden muutoksista tai keskimittakäytäytymisestä. Kansalaisten kannalta tuomarin »mielivaltaa vastaan» on tärkeää, että laki muotoiltuna sääntönä on asettamassa eräitä rajoituksia. Niinpä lainsäätäjä onkin ollut varovainen ja liittänyt lainsäädäntöön tyyppiluetteloita tai muita kiinteämpiä oikeusohjeita yleislausekkeiden yhteyteen. Tyyppi- ja esimerkkiluetteloissa saattaa satuvien esimerkkien valitseminen kuitenkin tuottaa vaikeuksia. Jos esim. noiden esimerkkien sarja on rajoitettu (varsinaiset tyyppiluettelot) saatetaan joutua sellaisiin tulkinnallisiin sovellutuksiin, joita lainsäätäjä ei ole ottanut huomioon. (Tästä voidaan mainita esimerkkinä törkeän varkauden tyyppiluettelo vanhassa rikoslain 28 luvun 2 §:ssä.) Kun kiinteämmästä tyypittelystä on yhä enemmän luovuttu nk. abstraktisen lainkirjoitustavan hyväksi, voidaan kysyä kaivataanko *joustavien säännösten ohella vielä yleislausekkeita*. Esiintyy joustavia tunnusmerkistöjä, joissa *esimerkkitapausten lisäksi* mainitaan, että muissakin vastaavanlaisissa tapauksissa tuomitseminen on mahdollista. On siis kysymys *tyypittelyä laajentavasta väljyydestä*. Mutta voidaan myös kirjoittaa tunnusmerkistöön väljyyttä siten, että lisätään varauslauseke, joka

¹³ Myös *Stati*: Le standard juridique s. 97.

ilmoittaa, että *kaikissa esimerkkitapauksissa ei tuomitseminen ole välttämätöntä*, ts. osoittaa erillisiä tyyppitapauksia lieventävää väljyyttä. (Vrt. uusittu RL 21:6). Mutta voidaan myös ajatella, että annetaan väljyyttä siten, että oikeudellisia ratkaisuja ei osoiteta kehitettäväksi vain yksityisten tyyppitapausten pohjalta, vaan myös niiden yhteensovittamisena. Siten esim. *vähemmät rikkomukset useita esimerkkitapauksia vastaan* johtaisivat yleislausekkeen soveltamiseen. Myös tällaisissa tapauksissa on *erityinen ohjelmallinen yleislauseke* paikallaan (tässä voidaan viitata esim. VilpkipL:n 1 §:n sovellutuksiin).

Lainvalmisteluvaiheessa olisi, mikäli halutaan, että *uudet oikeusajatuks*et todella tulevat toteutetuiksi oikeuskäytännössä ja kansalaiset saavat selvemmän kuvan lainsäädäntömuutoksesta, kiinnitettävä enemmän huomiota yleislausekkeiden muotoiluun. Ohjelmalliset viittaukset voidaan sijoittaa joko lakien johtolauseiksi tai vaatimattomammalle paikalle voimaantulosäännöksen yhteyteen osoitukseksi, miten lainsäätäjän ideologia on muuttunut. On kuitenkin huomattava, että lainsäätäjän ohjelmallinen tavoite ei ole ainoa oikeusajatus, joka tulee toteutettavaksi, kun ratkaisutoiminnassa käytetään eri-ulo-teista argumentointia ja se tapahtuu oikeusjärjestyksen nk. kokonais-aspektista.

On tärkeää, miten yleislauseke muotoillaan ohjelmalliseksi täydennyssäännökseksi (esim. OTL § 33), miten poikkeussäännökseksi (esim. HVL § 31, mom. 3). Tässä tulee erityisesti esille kysymys oikeussäännöksen adressaatista. Mahdollisesti oikeustoimilain 33 §:n säännös olisi jo aikaisemmin saanut laajemman käytön (siitä huolimatta, että pätemättömyysopissa vaikuttaa voimakkaasti tavanomaiseksi oikeudeksi jäänyt »pacta sunt servanda»), jos sen paikka ja muotoilu suhteessa muihin pätemättömyystyypppeihin olisi lakijäsentelyn kannalta edullisempi.

Varauslausekkeet tulevat myös kysymykseen nk. *negatiivisena väljyytenä*. Kun oikeusohjeet annetaan kansalaisille joko käsky- tai kieltoimperatiiveina, niin kieltoimperatiivit ovat käskyimperatiiveja väljempinä. Kiellot eivät myöskään saata keskenään muodostaa risti-riitatilanteita, kuten käskyt keskenään. Jonkin kiellon noudattaminen antaa myös tilaa uusille mahdollisuuksille, toisin kuin kiinteä käsky.

Siviilioikeudellisia yleislausekkeitä on erityisesti arvosteltu sen johdosta, että niissä on moraaliarvostuksia ja myös rikosoi-

keudellista ainesta sijoitettu siviililakien piiriin. Sen sijaan on suhteellisen yksimielisesti hyväksytty, että esim. tuottamuvastuun perustana olevia arvostuksia: varomattomuus, huolimattomuus, välinpitämättömyys jne. esiintyy myös siviilioikeudellisissa säännöstöissä.

On myös todettava, että jos lainsäädännössä esiintyy esimerkkisarjana säännöksiä, joiden perustana ovat moraaliarvostukset, ne ehkä tarvitsevat myös *täydennyksekseen moraaliarvostuksia sisältävän yleislausekkeen*, kuten oikeustoimilain 33 §:n säännöstä tarkasteltaessa on todettu. Sen sisältönä voidaan myös nähdä astearvostelmia: milloin toisen henkilön hyväksikäyttöä on pidettävä *moraalisesti paheksuttavana siten että sopimus* myös oikeudellisesti julistetaan pätemättömäksi. Esim. eettinen oikeudenmukaisuusajatus: sopijapuolten saattaminen yhdenveroisiksi sekä sopimustilanteen että henkilökohtaisten ominaisuuksien suhteen tai säännös yksilönsuojasta sopimustilanteessa, eivät olisi vastaavia täydennyssäännöksiä.

Kuten on todettu, itse yksilö ei tule vastaavassa määrin esille siviilioikeudessa kuin varsinaisessa rikosoikeudessa. Yleissiviilioikeudessa yksilöt tunnetaan vain nk. *s o s i a a l i t y y p p e i n ä*; ja siten on haluttu välttää moraaliarvostuksia, joiden mukana tulee myös *yksilöllisempiä aineksia*: joudutaan kiinnittämään huomiota adressaattien henkiseen kypsytyteen, kasvatukseen, koulutukseen, varallisuusasemaan jne. Yleislausekkeiden välityksellä todella moraaliarvostukset »julkisesti» pääsevät sisälle muodollisen oikeusjärjestyksen piiriin. *Halutaan osoittaa, että esiintyy siltoja moraalin, so. itse yhteiskunnassa vaikuttavien eettisten katsomusten, myös yhteiskunnassa vakiintuneiden tunnettujen menettelytapojen ja oikeussäännösten välillä.*

Voidaan kysyä edellyttääkö oikeussäännöksessä osoitettu mittapuulauseke samaa »vahvuusastetta» kuin esiintyy niissä säännöksissä, joita se on tarkoitettu täydentämään. Ainakaan ei voida vaatia, että jos siviilioikeudellisen säännöksen rinnalla esiintyisi vastaava rikosoikeudellinen säännös, siviilinormiston toteuttamiseen vaadittaisiin tuon usein ankaramman rikosnormiseikaston toteuttaminen. Kehitys vienee päin vastoin siihen, että »vähemmänkin paheksuttavat» tapaukset voidaan tuoda esille siviilioikeudenkäynnissä. Siten ei ilmeisesti erityisen »värikkäiden» tai »räikäiden» ilmaisujen sijoittaminen lainsäädäntöön moraaliarvostuksia kuvaamaan ole aiheellista. Tuomioistuimet, jotka — varsi-

naiseen ratkaisutoimintaan mahdollisesti liittyvästä tunneaineksesta huolimatta — pyrkivät sekä ratkaisutuloksen saavuttamisessa että sen kirjoitetuksi tuomioksi muotoilussa »viileään objektiivisuuteen», eivät mielellään näe lakitekstissä kielellisiä ilmaisuja, joissa vedotaan adresaattien tunteisiin.

Voidaanko moraaliarvostukset eliminoida normiseikastoista?

Oikeussäännösten muotoamisessa voidaan esittää ainakin seuraavat vaihtoehdot (ajatellen lähinnä siviilioikeudellisten oikeussäännösten muodostamista):

Vastuu järjestetään jollekin adressaattiryhmälle (esim. huomioon ottaen vakuuttamismahdollisuudet). Se edellyttää mahdollisimman kiinteäsisältöistä adressaatti-ilmaisua ja myös mahdollisimman kiinteää normiseikastoa. Erikseen voidaan kuitenkin päätyä erittelemään *riskivastuun poikkeuksia*: esim. mitä riskejä sopimuskumppanit eivät ole saataneet ottaa, jolloin poikkeukset muotoillaan esim. tuottamusvastuun pohjalta.¹⁴

Asetetaan *objektiivinen käyttäytymisvastuu*, esim. ankara tuottamusvastuu. Tällöin saatetaan kuitenkin päätyä niin ankaraan käyttäytymismittapuuhun, että itse asiassa lähestytään riskivastuuta (esim. nk. »fin-geerattu culpa» vahingonkorvausoikeudessa).

Edellisten rinnalla tunnetaan kuitenkin säännöksiä — lainsäädäntöön jää pakostakin aukkoja ja esiintyy tilanteita, joita ei ole saatettu ennalta arvata — joissa esiintyy *moraaliarvostuksiin* perustuva mahdollisuus esim. sopimuksen mitättömäksi julistamiseen esim. OTL § 33.

Voidaan esim. toteuttaa *eettisiä periaatteita*, jotka edellyttävät intressi- ja arvopunnitusta *oikeudenmukaisuus-* (lähinnä yhdenvertaisuus-) *ajattelun* pohjalta, kuten esim. OYL § 27, § 30, mom. 4.

Toisen osapuolen hyväksikäyttötilanteet voidaan myös pyrkiä kattaamaan *erityisillä etuoikeus; tai suojasäännöksillä*: suojataan esim. luottamusta, vähemmistöä tai heikompa osapuolta yleensä. Myös saattavat yhteiskunnassa arvostetut intressit esiintyä suojelun kohteena, esim. tekijänoikeuslain § 53, tieliikennelain §:t 2 ja 7.

Vaikka riski- ja tuottamusvastuuta laajennettaisiinkin, jäisi aina nk. rajatapauksia, jotka olisi järjestettävä kolmen viimeksi mainitun ryh-

¹⁴ Esim. Jørgensen: Fire obligationsretlige afhandlinger s. 117 (kuka sopijapuolista saattaa vastata seurausvaikutuksista).

män säännöksillä, jotka muodostavat nk. yleislausekkeet. Myös *eettiset periaatesäännöt* jäävät abstraktisina *avoimiksi* siten että yhteiskunta-arvostukset pääsevät vaikuttamaan oikeusjärjestyksen piirissä. Historiallisesti on voitu todeta, että eräistä moraalिसäännöistä on myöhemmin muodostettu oikeussääntöjä tai ainakin samoille lähtökohdille on rakennettu oikeussääntöjä (vrt. toisaalta moraalिसääntö lupauksen sitovuudesta yleensä ja toisaalta tarjouksesta ja vastauksesta annetut säännökset oikeustoimilaissa).

Oikeussäännösten muotoiluun liittyen voidaan kiinnittää huomiota siihen, että mahdollisuuksien mukaan olisi kielellisinä ilmauksina erotettava arviointi- ja arvostuskorotukset (esim. lähinnä empiiriset kielelliset ilmaisut, kuten arviotermi: laaja, hankala, ilmeinen, ja varsinaisia arvostuksia sisältävät termit kuten: hyvä, sopiva, välttämätön, sopimaton). Myös voidaan herättää kysymys, olisiko yleislausekkeet pyrittävä muotoilemaan siten, että olisi erotettava tapaukset, joissa lainsäätäjä on tarkoittanut lausekkeen avoimeksi valtuudeksi odottamaan tuomioistuinten vastaista tyypittelyä, ja tapaukset, joissa lainsäätäjä ilmoittaa ohjelmallisen periaatteen osoittamaan lainratiota.¹⁵

Edelleen kysytään olisiko yleislausekkeita sijoitettava *mahdollisimman moniin eri lakeihin* vai riittäisikö, että lainsäädännössä esiintyy keskeisellä paikalla *eräitä laajoja valtuuslausekkeita*, jotka samalla ilmaisevat periaatteellisia kannanottoja. Kun oikeusjärjestyksemme ei muodosta »suljettua lakijärjestelmää» eikä historiallisesti ole edes pyritty säätelemään lailla kaikkia yhteiskunta-aloja, olisi ilmeisesti suositeltavaa, että yleislausekkeita esiintyisi myös erityislaeissa, kuten VilpkipL:n 1 §:ssä. Esim. ostajansuojaa koskevaan lainsäädäntöön sijoitettaneen lähellä oikeustoimilain säännöksiä oleva yleislauseke, markkinointia koskevaan lakiin oma yleislauseke jne. Ne osoittaisivat selvästi lain säännösten riittämättömyyttä ja ohjaisivat lähinnä yksilön suojanäkökohtien huomioon ottamiseen.

Kun meillä myös usein valitetaan lakikielen terminologista heikkoutta ja epäyhtenäisyyttä, on yleislausekkeiden kohdalla ilmeisesti todettava myös ne »vaarat», joita saattaa ilmetä, kun *samaa kielellistä ilmai-*

¹⁵ Onko kuitenkin demokraattisessa valtiossa syytä muotoilla sääntöjä voimakkain arvostusvärityksin. Kts. esim. *Radbruch: Die Einführung in die Rechtswissenschaft* s. 45.

*sua*¹⁶ käytetään »blancosäännöksenä» eri oikeusaloilla. Toistuvat mitta-puulausekkeet tosin yhtenäistävät lakijärjestelmää, mutta voidaan kysyä, missä määrin tuollainen yhtenäistäminen voi onnistua. Se saattaa myös johtaa »pinnalliseen» eri alojen kysymysten samastamiseen. Vaikka ongelmat näyttävätkin samoilta, ei niihin ole löydettävissä yhtenäistä ratkaisumallia. Ohjelmallisen yleislausekkeen esiintyminen jossakin laissa ei ole myöskään käytännössä merkinnyt, kuten oikeustoimilain 33 §:n lauseketta tarkasteltaessa on todettu, että asianomaista lainsäädäntöä voitaisiin täydentää vain tuon lausekkeen pohjalta, kuten on suu-ressa määrin tapahtunut Saksassa, jossa idea periaatteellisesti suljetusta, lähinnä yleislausekkein täydennettävästä järjestelmästä on kauan ollut vaikuttamassa.

Kun yleislausekkeiden käyttöä lainsäädännössä, esim. siviili- ja kaup-paoikeuden laeissa lisätään, joudutaan taas kysymään: *pystyvätkö tuomarit*¹⁷ vaativiin intressi- ja arvopunnituksiin liike-elämän kysy-myksissä. Voidaan myös kysyä, eikö tuomareille pitäisi varata *laa-jemmat mahdollisuudet erityisasiantuntemuksen käyttämiseen* ja eikö ainakin ylemmissä oikeusasteissa olisi yhdistettyjen rikos- ja siviilituo-marivirkojen sijasta päädyttävä *erityisalojen tuomareihin*.

4. Viimeksi esitetystä siirrytään välittömästi yleislausekkei-den soveltamiseen oikeuskäytännössä. Kuten on mai-nittu, on ollut havaittavissa, että tuomioistuimet ovat usein varaukselli-sesti suhtautuneet yleislausekkeisiin. Niitä on myös suhteellisen vähän esiintynyt korkeimman oikeuden julkaistuissa ratkaisuissa, vaikkakin viime vuosina niiden käyttö on lisääntynyt. On myös todettu, että yleis-lausekkeprejudikaatit ovat lähinnä kehityslinjoja viitoittavia, ei prejudi-kaattisidonnaisuutta edistäviä. Myös monia teoreettisia konstruktioita, kuten esim. erehdys- ja edellytysopin ajatuksia sovelletaan oikeuskäy-tännössä sijoittamatta niitä asianomaisen lain säännöksiin. Muutoinkin esiintyy jatkuvasti siviilioikeudellisia ratkaisuja, joita ei edes yritetä alis-taa jonkin lainsäädännön sovellutuksiksi.

Kun yhteiskunta-arvostukset ovat kehitysilmio sinänsä, ei niiden

¹⁶ Esim. *Aarnio*: Perillisen oikeusasemasta s. 25—26, *Ross*: Om ret og ret-faerdighed s. 134. Vrt. myös kielenkäytön luova tehtävä. *Chomsky*: Le langage et la pensée s. 140.

¹⁷ Vrt. esim. Ruotsin uusi lainsäädäntö (Lag om otillbörlig marknadsföring 1970), jonka mukaan yleislausekkeen soveltaminen kuuluu erityiselle markki-nointineuvostolle (marknadsråd).

sitomista kiinteällä prejudikaattimuodostuksella voida edes pitää suositeltavana. Samalla on todettava, että oikeudellisten ratkaisujen ennakolta laskettavuus on »teesi», joka ei muutoinkaan toteudu oikeusjärjestyksessä. Arvostelun kohdistaminen eettisiä oikeusajatuksia ja yhteiskunta-arvostuksia sisältäviin yleislausekkeisiin siitä syystä, ettei saavuteta oikeudellisten ratkaisujen ennakolta laskettavuutta, ei liene oikeaan osunut. Voidaan päinvastoin katsoa, että niiden avulla osaltaan ehkä poistetaan sitä epävarmuutta, jota monimutkaiset tulkintaratkaisut ja lakien jälkeenhäilyisyys ovat omiaan herättämään kansalaisissa. Ennakolta laskettavuuden suhteen on vielä syytä todeta, ettei ole suinkaan syytä suosia sitä eettistä negaatiota, joka tunnetaan »lain kiertämisenä»¹⁸ ja jonka ilmiön estämiseksi yleislausekkeet saattavat *tarkoituksenmukaisesti sijoitettuina* olla tehokkaita välineitä.

Yleislausekesovellutuksissa lienee arveluttavinta, että niitä käytetään vain sellaisinaan perustelulauseina tai niihin liitetään vain puutteellista argumentointia. Sekä yksityisten kansalaisten että myös koko oikeusjärjestyksen kannalta on tärkeää, että yleislausekeratkaisut argumentoidaan.

Eräänä syynä perustelujen niukkuuteen yleensä voidaan mainita, paitsi tuomioistuinten suuri työtaakka, kun asiat tulevat niiden käsiteltäviksi yhä erilaisuivilta yhteiskuntaelämän aloilta, myös varsinaiset argumentointivaikeudet. Kuten on mainittu, *objektiivisen tulkintateorian* ja samalla lain kirjaimeen pitäytyvän tulkinnan mukana on käynyt epäselväksi, mitkä ovat ne argumentit, jotka saatetaan kelpuuttaa kirjoitetun tuomion perusteluiksi; mitkä ovat riittävän voimakkaat *vasta-argumentit*, jotta säännös adressaateille ilmoitetussa *sanamuodossaan jäisi noudattamatta* jne. Mutta vieläkin merkittävämpi seikka: esim. kollegiaalisen tuomioistuimen on vaikea päästä yksimielisyyteen argumenttien käyttämisestä, ts. sama ratkaisutulos saatetaan perustella eri argumentein tai muotoiltu tulos on suorastaan kompromissi eri ratkaisijoiden käsityksistä, jolloin ratkaisutulos on laadittu väljään, mahdollisimman »neutraaliin» ja kaikkien ratkaisijoiden kelpuuttamaan muotoon.

Mikäli oikeusjärjestyksemme mukaan katsotaan mahdolliseksi ja nk. rajatapauksissa myös välttämättömäksi esittää »poleemiset vasta-argumentit» kirjoitetussa tuomiossa, asianosaiset saavat vakuuttuneisuutta ratkaisun oikeellisuudesta ja myös ohjeita esim. oikeusaineiston täydentämiseksi seuraavassa oikeusasteessa. Aikaisemmin on jo viitattu siihen,

¹⁸ Voipio: Verotuksen kiertämisestä s. 296.

että tuomioistuinten perustelut nykyisessä muodossaan saatetaan nähdä vain näennäisperusteluina ja yleensä lain »muodolliseen» säännökseen nojautuvina.

Esimerkkinä voidaan mainita, että esim. lain sanamuodollistakin tulkintaa voidaan korostaa eri tavoittein: 1) *oikeusideologisesti* pidetään ehkä tärkeänä, että *suojataan adressaattien luottamusta*, ts. kansalaisten täytyy voida luottaa »lain kirjaimeen», 2) *muodolliskonstruktivisesti* on tärkeää, että *järjestys säilyy* ja lakia tulkitaan yhdenmukaisesti, ts. useimmiten siten kuin se on adressaattien luettavissa, ja 3) *sosiologisesti*, voidaan myös sanoa sosiologisideologisesti, lähinnä yhteiskunnan tarpeet huomioon ottaen saatetaan pitää tärkeänä, että pystytään *välttämään toistuvia oikeusriitoja* ja sen vuoksi on pyrittävä yhdenmukaiseen, »lain kirjainta» noudattavaan tulkintaan. Kuitenkin kaikkien lähtökohtien pohjalta päädytään juuri samaan ratkaisuun: *lain sanamuodolliseen tulkintaan*. Ehkä eräät ideologiset argumentit ovat myös kehittyneet muodollisiksi argumenteiksi, joilla on *laajempi välineellinen käyttö*. Voidaan siten erikseen puhua sekä varsinaisista *muodollisista* että *muodollisideologisista* argumenteista. Helposti myös havaitsee, että eri näkökohdat tulevat korostetusti esille eri oikeusaloilla. Esim. adressaattien luottamus ei aina saata olla suojattavana intressinä silloin, kun lakia sovelletaan sanamuotoaan lievemmin. Vastaavasti esiintyy erilaisia korostuksia myös muiden tulkintavaihtoehtojen suhteen.

Mitkä ovat »täysin vastakkaisia» argumentteja ei ole siten helppo eritellä, ts. itse »pragmaattisten» argumenttien esilletuominen ei vielä selvitä argumentaation takana olevia arvostuksia. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, että nykyisen järjestelmän vallitessa — kun on vaikuttamassa idea lakisidonnaisuudesta — ei lain sanamuodon noudattamista suinkaan *käytännössä* katsota *vain erääksi argumentiksi* tai erääksi oikeuspoliittiseksi tavoitteeksi ratkaisua etsittäessä, vaan pikemminkin välttämättömäksi *edellytykseksi* ratkaisutoiminnassa, josta voidaan vain painavien argumenttien tai ratkaisutavoitteiden hyväksi luopua.

Yleislausekkeissa ei sitä vastoin »lain kirjain» useinkaan aseta esteitä tulkinnalle (vrt. kuitenkin esim. OTL § 33 oikeussäännös ja missä määrin sitä voidaan *soveltaa tilanteisiin sopimuksen teon jälkeen*). Niitä sovellettaessa itse asia-aineisto saa enenevästi merkitystä ja siitä saadaan esille tyypittelyä oikeudellisen arvostelun kohteeksi. Kun argumentoidaan yleislausekeratkaisuja, eritellään myös ratkaisun seurausvaikutuksia, ja nk. kohtuusratkaisujen perustelut pääsevät vaikuttamaan oikeusjärjestyksen piirissä. Valitettavasti yleislausekeratkaisuissa voidaan usein todeta eräänlaista standardisoitumista. Esim. vanhan rikoslain näpistysrikoksen normiseikaston väljyyttä ei ole aina käytetty riittävästi hyväksi oikeuskäytännössä, vaan on pitäyditty markka-

määräisyyteen. Myös oikeustieteen taholta on esitetty kannanottoja, joiden mukaan esim. nyttemmin uudistettu rikoslain säännös tuomitsematta jättämisestä (RL 3:5) olisi rajoitettava rikoslain systematiikan mukaan vähäisiksi määriteltäviin rikoksiin.¹⁹

Edellä on jo viitattu yksilöllisyyteen, joka »murtaa säännön poikkeuksellisuuteen». Yleislausekkeet saattavat esiintyä juuri yksilöllisten näkökohtien esilletuojina. Jo 1930-luvulla uskaltauduttiin esittämään lainsäädännössä varovasti eräitä yhteiskunta-arvostuksia heikomman sopijapuolen suojaksi. Ehkä 1970-luvulla on taas omia oikeusajatuksiaan ja se etsii myös omaa muotopakkoisuuttaan. On kuitenkin syytä kysyä, eikö yksilön suojaa esim. sopimustilanteissa ole lisättävä eikä tyydyttävä oikeussovellutuksissa argumentoimaan yhteisönäkökohdilla. Yhteiskunnassa on yksilön vapautta rajoittamassa kielto käyttää toista yksilöä hyväkseen. Tuo epämääräinen kielto voidaan täsmentää yksilön vapauden rajoitukseksi erityisesti niissä tapauksissa, joissa tällä riippuvaisuussuhteen tai muiden vastaavien seikkojen takia on vastuu toisesta yksilöstä sopimustilanteessa.

Mitä itse kirjoitettuun argumentaatioon tulee, on todettava, ettei siinä esitetä enempää yksilö- kuin yhteisönäkökohtiakaan. Jo aikaisemmin on viitattu siihen, että niin usein kuin esiintyykin ratkaisuja syytetytyn eduksi epäselvissä laintulkintatapauksissa, siihen ei argumentaatiossa viitata vaan ehkä eräisiin konstruktiivisiin seikkoihin.

Ilmeisesti tuomioistuinten yksilönsuojaa korostavilla ratkaisuilla ja myös niiden perusteluilla olisi tärkeä kehityslinjoja viitoittava merkitys. Samalla on kiinnitettävä huomiota siihen, että kun esim. oikeudellisilla ratkaisuilla, jotka palvelevat lakijärjestelmän pysyvyyttä ts. oikeusvarmuutta ja ennakolta laskettavuutta, on lähinnä välineellinen arvo; oikeudelliselle ratkaisulla, joka mahdollisuuksien mukaan korostaa eri intressien ja säännönsovellutusten suhteen tasapuolista punnitusta ja *kohtuusnäkökohtia*, on sinänsä itseisarvo.

Yleislausekkeitä voidaan myös monin eri tavoin teknillisesti muotoilla lainsäädännön osaksi. Niihin saatetaan liittää esim. todistustaakka-säännöksiä ja määräaikoja, kuten edellä jo on mainittu. Yleislausekkei-

¹⁹ Ellilä, Tauno: Lm 1968 s. 566 ss. Vrt. Tuominen, Timo: Lm 1968 s. 545 ss. Sama: Lm 1968 s. 755 ss.

den käyttäminen ei sinänsä merkitse olosuhteiden epävakaistamista, vallanjakoajatuksesta luopumista taikka oikeusjärjestyksen saattamista välikappaleeksi »päivän politiikassa». Yleislausekkeet eivät ole myöskään verrattavissa lainsäädännölliseen »tyhjiöön». Niitä ei voida soveltaa ottamatta huomioon, mitä asianomaisessa laissa on muutoin säädetty.²⁰

Kuten on aikaisemmin mainittu, tuomioistuinten ja lainvalmisteluelinten kesken edellytetään *jatkuvaa yhteistoimintaa*.²¹ Se saa ilmauksensa tuomioistuinten lausunnoissa lakiuudistuksia suoritettaessa, mutta sen *pitäisi esiintyä*, paitsi korkeimman oikeuden myös muiden oikeusasteiden oma-aloitteisenakin toimintana.

Ehkä tuomioistuinten yleislausekesovellutukset tarjoavat erään lähtökohdan lainsäädäntöuudistuksille asianomaisella alalla. Niitä voidaan käyttää hyväksi ei vain positiivisesti: milloin oikeutta niiden avulla on todella kehitetty, vaan myös negatiivisesti: milloin tuomioistuimet eivät ole täyttäneet tehtäväänsä.

Varsinaista lainsäätäjän tehtävää ei tuomioistuinten kuitenkaan voida — nykyisen vallanjakoajatukselle rakentuvan perustuslakimme ollessa voimassa — odottaa omaksuvan. Tuomioistuimen ensisijainen tehtävä on, kuten esim. Hjerner skandinaavisen oikeuden osalta toteaa: »skipa rättvisa mellan parterna».²² Se ei voi ryhtyä tinkimään jonkun asianosaisen eduista asettaen tavoitteekseen »sopivan», kehitystä edistävän prejudikaatin. Eri asia on, että »oikeudenjakamistehtävän» ohella tuomioistuin antaa myös ohjeita muita vastaavanlaisia tapauksia varten. Ei vain korkeimmassa oikeudessa vaan myös muissa oikeusasteissa tulee ilmeisesti joko suuremmassa tai pienemmässä määrin *jatkuvasti esiintymään* oikeudellisen ideologian *edelleen kehittämistä*, tapahtuipa se sitten 1) tietoisena pyrkimyksenä esim. konstruktiviisiin lainsäädäntöohjeista tai oikeustieteestä johdettuihin sovellutuksiin taikka 2) esim. muuttuneiden olosuhteiden ja yhteiskunnallisten tarpeiden esiinpakottamina kohtuus-

²⁰ Esim. Taxell: JFT 1964 s. 372.

²¹ Saksan nk. vapaaoikeudellisen koulukunnan vaikutuksesta nykyajan oikeudelliseen ajatteluun. Foulkes: ARSP 1969/LV/3 s. 403. Vrt. Jokela: Lm 1970 s. 847.

²² Hjerner: Om rättsfallstolkning s. 86. Kts. myös Alanen: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus s. 138.

ratkaisuina. On myös todettava, että monet siviilijutuista ovat tuomioistuimissa odottamassa, ei vain kysymyksessä olevan oikeusriidan ratkaisua, vaan *prejudisoivaa ratkaisua*²³ *vastaista kehitystä silmällä pitäen*.

Kuitenkin tuomioistuimessa toiminut tulee pakostakin ajatelleeksi — kun sama ratkaisutulos voidaan usein perustella eri tavoin ja perustelut saattavat myös johtaa eri suuntiin käyviin ratkaisutuloksiin —, että *tärkeintä ratkaisussa* ei sittenkään ole sen perusteleminen, vaan ratkaisu itse, so. *saavutettu lopputulos*, sikäli kuin se on tuomioistuimen havaittavissa. Voidaan esim. kysyä syntyikö ratkaisu, joka oli yksilömyönteinen, ts. ankaralla ja yleishyödyllisellä periaatteella yksilöä ei aseteta muita huonompaan asemaan, jotta *periaate toteutuisi*.

Viime vuosina ja myös tässä tutkimuksessa on toistuvasti kiinnitetty huomiota tuomioistuinratkaisujen laajempaan ja yksityiskohtaisempaan perusteleamiseen. Sen tehokkaampi toteuttaminen saattaa edellyttää uudistuksia itse tuomioistuinjärjestelmässä ja ehkä myös uudistettua juristikoulutusta.²⁴ Viimeksi mainitun suhteen lienee yleinen oikeustiede avainasemassa.²⁵ Ei riitä, että juristeille annetaan lisää yhteiskuntatietoa, vaan on annettava myös avain laajan juriidisen ja muun yhteiskunnallisen aineiston hallitsemiseen. Esim. tässä tutkimuksessa tarjotaan yksinkertaistetut peruslähtökohdat: minkä ongelman yhteydessä erityisesti mahdollisvälineellinen aspekti tulee esille, milloin todetaan yhteiskunnan muuttuvat realiteetit, milloin

²³ Vrt. Hannikainen: Lm 1970 s. 657. Voidaan kysyä, miten yleislausekkeet sopeutettaisiin mahdollisimman tarkoituksenmukaisesti järjestelmään, jossa muutoksenhakuoikeus prejudikaattiasteena toimivaan korkeimpaan oikeuteen rajoitettaisiin nk. oikeuskysymyksiin.

²⁴ Kts. esim. Sipponen: Lm 1970 s. 623 ss.

²⁵ Vastaavasti on yleisellä oikeustieteellä tärkeä paikka tieteellisessä tutkimuksessa. On luonnollista, että *staattisissa oloissa* hakeudutaan yksityiskohtien tarkasteluun ja *erityisalojen erityiskysymysten tutkimiseen*. Lähtökohtana ovat yhteiset *peruskatsomukset*, jotka eivät selviöiksi katsottuina kaipa tarkistusta. Mutta *muuttuneet olosuhteet*, olipa sitten kysymys muutoksista itse yhteiskunnassa tai asenteiden muuttumisesta, *edellyttävät enenevässä määrin myös itse peruslähtökohtien tutkimista*. Pyritään selvittämään oman oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksemme *ideologista perustaa* (tai demokraattisessa yhteiskunnassa voitaneen pikemminkin puhua eri lähtökohdista). Mahdollista on, että eri kysymysten yhteydessä saadaan esille *yksilön kannalta* sekä positiivista että negatiivista arvolutausta ja siten saatetaan *päytyä myös ideologisten kehitysnäköymien tarkasteluun*.

taas on kysymys ohjelmallisesta ideologiasta ja sen kehittämisestä.²⁶

Muuttuvassa yhteiskunnassa tulee ilmeisesti niiden tapausten luku, joita ei voida ennalta arvata ja ennalta säännellä, yhä kasvamaan. Jo nykyisessä vaiheessa yleislausekkeiden avulla voidaan yksityiskohtaisten säännösten täydennykseksi tuomioistuimia muistuttaa *sosiaalis-eettisistä näkökohdista* ja mahdollisuudesta yleislausekkeiden nojalla olosuhteiden muuttuessa kehittää yksilönsuojaratkaisuja. Toisaalta taas esim. vahingonkorvaussäännöksiin liitettävillä yleislausekkeilla saate-taan esiintuoda myös yksilönvastuuta koskevia ohjeita.

Ajatukset tulevaisuuden yhteiskunnasta ovat usein »kiehtoneet» ihmisiä. Nyky-yhteiskunnassa erityisesti futurologia askartele ennusteiden parissa. Ehkä todella tietokonepalvelu joskus siinä määrin kehittyy, että myös *yksinkertaisia tapauksia päätöksentekoprosessin osalta* voidaan siirtää mekaaniseen ohjaukseen. Tällöin tulee lähinnä ajatelleeksi esim. politiarikkomuksiin verrattavia tapauksia. Voidaan ajatella, että ne oikeusohjeet, joiden soveltaminen jää tuomioistuimille, tulevaisuuden yhteiskunnassa ovatkin yleislausekkeitä,²⁷ joiden avulla voidaan tarkistaa tietokonepalvelun mekaanisia sovellutuksia. Ehkä »rutiinisty» silloin todella siinä määrin vähenee tuomioistuimilta, että aikaa jää myös tuomioiden perustelujen yksityiskohtaiseen erittelemiseen.

Joka tapauksessa yleislausekkeiden ja kokonaan säätelemättä jäävien alojen määrä ilmeisesti tulee kasvamaan. Toistaiseksi on kuitenkin lisätty myös kansalaisille monimutkaisessa muodossa osoitettujen käsky- ja kieltonormien määrää. Ehkä näin onkin paikallaan joillakin oikeusaloilla, esim. kun on kysymys nk. vaarallisista ammateista (työturvallisuusmääräykset, liikennemääräykset jne.). Mutta kuinka on laita kansalaisten käyttäytymisen suhteen yleensä? Ainakin on erittäin aiheellista, että lainsäädännöllistä informaatiota suuressa määrin yksinkertaistetaan, mitä vaatimusta on erityisesti sosiologien taholta korostettu. Onko myöskään tarpeellista, että kansalaisille osoitetaan lainsäädännössä enenevä määrä *mekaanisesti sovellettaviksi* tarkoitettuja impera-

²⁶ Kts. myös *Hintikka*: Yhteiskunta- ja käyttäytymistieteiden metodinen tila (Filosofian tila ja tulevaisuus 1970 s. 176), metodisesta valmiudesta.

²⁷ Vrt. *Luhmann*: Zweckbegriff und systemrationalität s. 183, s. 223 ss. Onko mahdollista käyttää eri-ulotteista kontrollia?

tiiveja? Niiden sijasta tai ainakin niiden *täydennykseksi* kansalaisia voitaisiin yleislausekkeilla ohjata omakohtaiseen vastuuseen. Vaikka yleislausekkeiden avulla ei anneta tarkkamääräisiä ohjeita, niin *yleislausekkeen olemassaolo* lainsäädännössä *merkitsee* kuitenkin eräänlaista riskirajaa, ts. sen sovellutuspiirissä liikutaan *sanktiomahdollisuuksien alaisena*.

ETUDE DES FORMULES GENERALES

Questions ayant trait à la formation et à l'application des règles du droit.

I Etude de science juridique :

Différentes facons de poser la question: Aux différentes époques, la science juridique a subi l'influence des écoles philosophiques sur la question de savoir comment il fallait *comprendre* les phénomènes juridiques. En particulier, la philosophie logico-analytique de ce siècle a attiré l'attention sur la manière *d'examiner* les phénomènes juridiques. Cette philosophie pose la question à l'aide de matériaux formels. Au cours de l'histoire, cette idée avait déjà eu la faveur de la science du droit: on peut citer, sous ce rapport, la science juridique du Moyen Age et l'influence qu'a exercée sur elle le système hiérarchique de Thomas d'Aquin; on peut citer aussi le système de pensée que le positivisme juridique allemand a édifié, à partir des Pandectes, sur la base du Droit Romain, — système où les concepts sont tirés les uns des autres de façon purement déductive.

Chez nous, l'école logico-analytique a donné naissance, entre autres, aux idées de Hohfeld et de ses disciples danois Ross et Vinding Kruse, telles qu'elles se présentent comme point de départ de la théorie du droit de Zitting. Le danger serait cependant que l'analyse relationnelle, qui a le singulier mérite de préciser l'emploi de la langue juridique, en vienne à créer, dans la société, non pas un droit dynamique tel que le voulait Hohfeld, mais un schéma purement *formel*, comparable au droit des Pandectes.

En plus de l'aspect logique de la question, les aspects sociologiques ont particulièrement intéressé la science du droit. On se demande *ce qui* se passe dans la société actuelle, ce qui est

»courant», quelles décisions les juges prennent réellement, etc... Avec ses »mots-chocs», la philosophie du droit, comme force créatrice du droit, a précédé les études sociologiques. On considère aujourd'hui qu'une étude juridique ne peut s'édifier qu'en prenant en considération l'aire sociologique. On peut cependant se demander s'il existe une collaboration suffisante entre les études juridiques et les études proprement sociologiques. L'intérêt des sociologues pour les études à mener dans les milieux des tribunaux ne s'est éveillé qu'au cours des dernières années.

En posant la question à la manière logico-analytique et à la manière sociologique, on a souhaité, en science juridique, limiter les autres manières de poser la question. Cela touche très spécialement la méthode idéologico-normative du »comment faudrait-il?». Cette étape est cependant peut-être déjà dépassée, et la philosophie empiriste s'intéresse elle-même à l'idée de *finalité* dans les sciences sociales.

Dans les études juridiques, »l'idée» se présente comme une certaine »unité» de pensée. On peut entendre par là la simple imagination d'une situation vécue ou d'un ensemble de situations. Les diverses écoles philosophiques donnent de »l'idée» des définitions assez différentes. »L'idée» se présente pourtant comme une notion abstraite, par opposition aux observations concrètes et aux constructions formelles. Mais les objectifs représentent aussi des idées. Le concept »d'idéologie» est encore plus difficile à définir. On entend par là, le plus souvent, les diverses théories concernant la réalisation des idées, -théories dont la connaissance est intersubjective.

On parle également d'idéologie juridique et l'on utilise l'expression sans la définir. On peut considérer, par exemple, les principes juridiques sur lesquels s'appuie la Cour Internationale de La Haye comme représentant une idéologie de droit. Du point de vue de la science du droit, les diverses écoles d'Ethique, -nous entendons par là »l'Ethique de la Vertu» de l'Antiquité, »l'Ethique du Devoir» de Kant, »l'Ethique Utilitariste» de Bentham et de Hume, — ont un point commun. Dans la société, on peut choisir comme point de départ le seul maintien de l'ordre, considéré comme meilleur que le désordre. *L'idée de Justice* a pourtant une extension plus large. Dans la société, apparaît chez l'individu vivant l'exigence d'un traitement conforme à son être profond et à ses intérêts. Tout cela nous ramène aux idées du monde hellénistique.

En posant les questions de différentes façons, les différentes dimensions du droit apparaissent plus ouvertes. Dans le monde empirique il semble que les dimensions se recouvrent mutuellement. L'esprit humain est cependant capable de distinguer des concepts tels que «matière», «forme» et «idée», et d'autres concepts correspondant à des activités humaines comme «observation», «formation», «estimation» etc.

II Les dispositions législatives

Dans la partie qui concerne les questions de méthode, on en est arrivé à une division tripartite *des diverses dimensions du droit*. On peut considérer celles-ci comme le fondement théorique de cette étude, mais on peut aussi les considérer comme des hypothèses conceptuelles sur lesquelles elle est bâtie.

Du point de vue de la doctrine des sources du droit on a constaté traditionnellement, que les structures des règles de droit peuvent être distinguées à plusieurs niveaux: les lois proprement dites et les arrêtés constituent le droit construit; le droit de coutume, de par sa nature, est surtout empirique; tandis que les principes du droit constituent ce qu'on pourrait appeler des «constantes» idéologiques. Dans notre organisation judiciaire, les décisions particulières des instances supérieures ne dépassent pas d'ordinaire le niveau empirique: elles sont alors de simples manifestations, dans des cas particuliers, de l'exercice du pouvoir judiciaire; mais parfois, en tant qu'elles ont valeur préjudicielle, elles atteignent le niveau d'une structure normative. Pourtant, dans notre organisation judiciaire, *les dispositions législatives occupent la première place comme source du droit*.

Quand on a entrepris d'étudier les dispositions imprécises de notre législation, on s'est aperçu que l'estimation de la loi était un instrument de technique juridique. Chez nous également les dispositions imprécises ont été plus caractéristiques en droit administratif que, par exemple, en droit civil, en droit criminel et en procédure. Néanmoins, particulièrement en droit civil, *le nombre des règles imprécises a augmenté*, ce qui a suscité bien des critiques. Cela concerne surtout les dispositions où l'imprécision apparaît dans l'énoncé des normes. C'est peut-être la raison pour laquelle on a pris comme objet de cette étude les règles du droit civil.

Comme le droit civil, dans la plupart des pays occidentaux, est construit sur la tradition du Droit Romain, les dispositions du droit civil, et en particulier les » constantes » qu'on y rencontre conviennent à une étude de droit comparé.

Dans cette étude, on distinguera dans les prescriptions législatives: la norme (défense ou obligation), son énoncé (définition de la norme), ses destinataires (à qui la norme s'adresse) et ses conséquences juridiques (sanctions). (A proprement parler, on n'utilise pas la définition de la norme telle que la fournit la philosophie analytico-logique, ni l'idée de proposition normative).

Dans la formation historique de notre système judiciaire, les destinataires des règles de droit sont aussi bien les simples citoyens que les fonctionnaires. Cela apparaît clairement dans le préambule royal de la loi de 1734. Cette loi présente cependant peu d'indications, pour les juges en matière judiciaire, ce qui accroît l'indépendance des tribunaux vis-à-vis des autres organismes d'Etat.

L'objet principal de notre étude est constitué par les normes imprécises comportant d'une part le pouvoir accordé aux usagers de la loi, d'autre part *l'expression d'une échelle de valeurs*. On a voulu qu'au moyen de ces normes les tribunaux et leurs estimations ouvertes développe le droit dans la société.

Au sujet de cette étude, il est important de constater que les dispositions imprécises en question, que nous appelons aussi » clauses générales », se présentent dans les prescriptions législatives comme faisant partie d'un ensemble de défenses. Ainsi sont-elles liées à des comportements réels, tels qu'ils se produisent dans la société et dont *on déclare qu'on ne les approuve pas*. Dans le contexte des injonctions positives, que l'on donne des ordres aux fonctionnaires ou à de simples citoyens, les prescriptions imprécises sont surtout de nature directive, donc sans indication de conséquences juridiques.

III Le vocabulaire juridique

Le vocabulaire juridique est souvent, comme tel, d'un contenu imprécis. Le langage juridique des pays nordiques avait, à l'origine, comme caractéristique, d'être *en liaison avec le vécu et avec la langue*

de tous les jours. Aujourd'hui encore, on s'efforce, dans la rédaction des lois, d'éviter les termes techniques et même les définitions qui seraient un obstacle à l'évolution de la langue: néanmoins les lois ont fini par être des textes juridiques rédigés par des juristes pour des juristes, de sorte qu'elles ne sont souvent accessibles, comme source d'information, qu'à un petit nombre de professionnels.

On peut de même remarquer que *les termes employés* par les textes officiels ont *plusieurs dimensions*: il s'y présente des constructions dont la logique se sert comme d'instruments d'appoint, telles que les *conjonctions* et les *négations*; on y trouve notamment des termes qui *décrivent des phénomènes sociaux* et d'autres qui comportent des *jugements de valeur*. Le contenu sémantique des règles de droit a été un objet particulier d'études en philosophie analytique. Il est possible que les différentes théories sémantiques (la théorie «referential», la théorie «behavioral» et la théorie «ideational») *ne se soient intéressées qu'à l'une des dimensions originelles de la langue*. Il est évident que les phénomènes linguistiques, de par leur structure formelle, sont des instruments de communication, -certains se rattachant au monde empirique (référence empirique), d'autres se présentant comme des expressions de valeur (relevant peut-être aussi d'un programme idéologique). Comme la langue est en continuel changement, même dans les règles qui la régissent, et comme les phénomènes linguistiques, selon les découvertes les plus récentes de la science linguistique, jouent aussi un rôle, dans la direction de la pensée, l'analyse de la seule langue utilisée, comme sujet d'étude, ne peut suffire en science juridique.

En ce qui concerne l'imprécision de la langue, on a jadis considéré l'inexactitude ou l'indétermination dans l'usage de la langue comme un facteur négatif. On a par la suite constaté que, dans certains cas, notamment dans la rédaction des lois, on emploie délibérément des expressions imprécises, autrement dit ce sont les limites de l'information acquise qui définissent le besoin d'une expression imprécise. L'important, c'est que non seulement celui qui fournit l'information, mais aussi celui qui la reçoit comprenne qu'il s'agit d'une expression imprécise.

Dans cette étude, nous nous occupons particulièrement des éléments de jugement de valeur et d'appréciation du probable, tels qu'ils se présentent dans la langue du législateur. Par exemple, on appellera

»termes d'appréciation» des mots comme »large» ou »pénible», et »termes d'estimation» des mots comme »convenable» ou »répréhensible». La frontière entre les règles »quantitatives» et les règles »qualitatives» est flottante, comme la frontière qui sépare les activités qui donnent lieu à ces observations et estimations. La pensée humaine est cependant capable de réaliser des constatations de ce genre, et la tendance à distinguer le niveau empirique et le niveau idéologique rend évidemment plus objective la décision juridique.

IV Les clauses générales en droit civil

On a choisi comme objet d'étude trois clauses générales d'une certaine importance: § 33 de la loi sur les contrats, § 1 de la loi sur la concurrence déloyale et §. 78 par. 3 de la loi sur le mariage. Dans ces textes apparaissent des clauses comportant des échelles de valeurs: »indigne et contraire à l'honneur», »contraire aux bonnes moeurs» et »offense grave à l'autre conjoint».

Toutes les lois en question datent des années 1920—1930 et on attend toujours qu'elles soient amendées. Il est intéressant de constater que, dans l'usage du droit, on a relativement peu appliqué ces clauses générales qui donnent explicitement au tribunal un certain pouvoir d'appréciation. On s'est le plus souvent réfugié dans l'interprétation de règles particulières. On peut penser que les clauses ont eu pourtant, comme telles, une certaine importance comme manifestation de principes insérés dans la loi. Les échelles de valeurs représentent aussi une conception éthique qui a son origine dans les maximes des XVI^e et XVII^e siècles et dans la préface de la loi de 1734. Les principes correspondants se présentent dans la plupart des codifications des pays du continent, bien que ceux-ci aient, en matière de droit, des conceptions notablement différentes les uns des autres. Ainsi l'échelle de valeurs »indigne et contraire à l'honneur» de notre loi ne correspond pas à la clause générale de la loi allemande »Treu und Glauben». De même, dans les différents pays scandinaves, bien que notre législation soit issue des législations communes aux pays scandinaves, les échelles de valeurs comportent des variables linguistiques. Par exemple, dans la

loi norvégienne on mentionne aussi bien la «confiance» que l'«honnêteté». Tandis que dans la loi danoise on mentionne «l'honnêteté publique».

Autre exemple: l'application de §. 33 de la loi sur les contrats civil a connu de notables développements au cours des dernières décades. A quoi s'ajoute aussi le fait que dans le droit contractuel on se réfugie de plus en plus dans des types de décisions empruntés à d'autres domaines du droit. Le concept de «dimensions diverses» fournit peut-être des points de départ. En appliquant les clauses générales, il faudrait que, dans les «attendus», en plus des arguments formels tirés du libellé même de la loi, de sa structure organique et des nécessités sociales, on employe également des arguments idéologiques, visant à protéger l'individu.

V Clauses générales «de lege ferenda»

L'emploi des règles imprécises s'est développé également dans la législation. On adopte cependant sans cesse à leur égard une attitude critique, en particulier quand il s'agit de clauses générales. D'autre part on reconnaît que les circonstances changeantes exigent une certaine souplesse dans les règles du droit et que, pour éviter que la loi ne soit «tournée», les clauses générales pourraient bien être, en maints domaines du droit, des instruments efficaces.

Ainsi ce qui demeure en question, -au lieu d'une attitude critique-, c'est de savoir dans quels domaines du droit et sous quelle forme les clauses générales pourraient être des instruments adéquats. Par exemple, les points de vue ayant trait à la protection de la personne ne doivent pas jouer dans les domaines où l'on côtoie les compétences particulières des citoyens. On ne devrait pas non plus les employer volontiers, par exemple dans le domaine du droit criminel, pour rendre plus sévères les prescriptions, mais seulement pour les adoucir. Les clauses générales ont une importance particulière dans le domaine où le développement juridique des règles de droit dépend de la société, comme c'est le cas pour le droit commercial et la droit contractuel. Il est important que les mœurs et opinions dominantes dans la société exercent leur influence dans les domaines dynamiques du droit.

Dans la formulation des clauses, il est important de se demander à qui s'adressent les prescriptions: aux juges ou aux

citoyens? S'agit-il en premier lieu d'un «mandat d'équité» donné au juge, ou de directives imprécises données au citoyen pour sa conduite? Dans certains domaines du droit, pareilles directives peuvent avoir un contenu fixe, mais on peut malgré cela assigner au tribunal un mandat d'équité.

La question se pose également de savoir s'il faut, dans la rédaction des clauses générales, employer des termes idéologiques ou des termes empiriques. Faut-il les rédiger comme des prescriptions de principe ou, par exemple, comme des dérogations à la règle de responsabilité? Faut-il employer la même expression dans les différentes lois, ou faut-il tendre à des expressions nuancées? Question d'une plus grande portée encore: faut-il tendre à garantir l'imprécision dans les prescriptions qui font appel à des appréciations morales en cherchant les points de contact avec le comportement des citoyens, faut-il édicter des principes comportant des programmes pour faciliter une vue d'ensemble organique de la législation en question? Faut-il se contenter par exemple de dispositions concernant la protection ou le privilège? Pour une grande part la législation, — compte tenu de la rapidité de l'évolution sociale —, en est restée, pour la formulation des règles imprécises, à un stade non-systématique. La science du droit ne leur a même pas trouvé de dénominations adéquates. C'est peut-être pour cela que les tribunaux se sont montrés très réservés dans l'emploi des clauses générales alors qu'il aurait fallu les produire comme d'indispensables règles de réserve.

En pratique juridique, il est extrêmement important, dans l'application des clauses générales, de leur assurer une certaine maturation. Quand on donne aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, il ne faut pas que cela favorise les décisions «in casu». Il faut tâcher de donner aux clauses générales, grâce à des arguments de détail, mais aussi généraux que possible, une motivation qui en fassent des cas typiques ou des exceptions à ceux-ci. Comme on s'intéresse beaucoup, actuellement, à la technique de l'argumentation, il faudrait donner aux clauses générales une place de choix.

Peut-être faudrait-il, en matière de clauses générales, au lieu de l'interprétation objective (ou objective-téléologique) de la loi telle qu'on la pratique couramment, — du moins dans l'application des lois récentes —, s'occuper du «législateur historique», autrement dit des matériaux à partir desquels la loi a été élaborée et des cas typiques qui y apparaissent; ce qui suppose également que l'on intensifie le travail de préparation des textes législatifs.

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja

A-SARJA

1. **TAPIO TARJANNE**, Virkasuhteen lakkaaminen. 1934. Loppuunm.
2. **HUUGO RANINEN**, Fob-lauseke. 1934. Loppuunm.
3. **Y. J. HAKULINEN**, Kiinteistön luovutuksen muodosta. 1935. Loppuunm.
4. **V. MERIKOSKI**, Yhdistymisvapaudesta. 1935. nid. 21 mk (11 mk)
5. **URHO KEKKONEN**, Kunnallinen vaalioikeus. 1936. Loppuunm.
6. **A. R. HEIKONEN**, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I. 1936. nid. 25 mk (13 mk)
7. **V. MERIKOSKI**, Erivapauden käsite. 1936. Loppuunm.
8. **ARVO SIPILÄ**, Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne. 1936. Loppuunm.
9. **A. R. HEIKONEN**, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa II. 1937. Loppuunm.
10. **HUUGO RANINEN**, Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. 1937. nid. 3 mk (1,50 mk)
11. Kirjoitelmia 1937. Sisältää: 1. **BRYNOLF HONKASALO**: Nulta poena sine lege. 2. **V. MERIKOSKI**: Vaalilainsäädännön aikamääräykset. 3. **PAAVO ALKIO**: Tuomioistuinten velvollisuudesta lähettää ilmoituksia eräistä toimenpiteistään. nid. 3 mk (1,50 mk)
12. **TAUNO TIRKKONEN**, Tuomlonpurku. 1937. Loppuunm.
13. **R. ERICH**, Suomen oikeusasema. 1938. nid. 3 mk (1,50 mk)
14. **OTTO BRUSIIN**, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. 1938. nid. 21 mk (11 mk)
15. **ERIK CASTRÉN**, Ilmasota I. 1938. nid. 5 mk (2,50 mk)
16. **ILMO OLLINEN**, Kiinteistön pakkohuutokaupasta I. 1938. Loppuunm.
17. **V. MERIKOSKI**, Valtionapujärjestelmä. 1938. Loppuunm.
18. **ERIK CASTRÉN**, Ilmasota II. 1939. Loppuunm.
19. **ILMO OLLINEN**, Kiinteistön pakkohuutokaupasta II. 1939. Loppuunm.
20. **ILMARI MELANDER**, Lapsen huollosta. Yksityisoikeudellinen tutkimus I. 1939. nid. 21 mk (11 mk)
21. **PAAVO KASTARI**, Eduskunnan hajotus. 1940. nid. 7,50 mk (3,75 mk)
22. **ERIK CASTRÉN**, Valtioiden velvollisuus vastaanottaa kansalaisiaan ja kansalaisuudettomia. 1942. Loppuunm.
23. **TAPIO TARJANNE**, Kirjoituksia ja lausuntoja. 1943. Loppuunm.
24. **TAUNO SUONTAUSTA**, Valtion alueellisuudesta puoleuttomuudesta. 1944. nid. 6 mk (3 mk)
25. **MARTTI RAUTIALA**, Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan I. Avioliiton aikana. 1945. Loppuunm.
26. **INKERI ANTILA**, Loukatun suostumus oikeuden vastaisuuksien poistavana perusteena. 1946. nid. 21 mk (11 mk)
27. **TAUNO ELLILÄ**, Siviilisen oikeussuojan takelista ulosotossa. nid. 31 mk (16 mk)
28. **HARRY VENOJA**, Takavarikko. 1947. nid. 6 mk (3 mk)
29. **INKERI ANTILA**, Varsinaisesta epärehellisyydestä. 1948. nid. 4,50 (2,25 mk)
30. **NIILO SALOVAARA**, Rikoksen yrityksestä. nid. 25 mk (13 mk)
31. **ANTTI HANNIKAINEN**, Pidätysoikeuden rakenteesta. 1948. nid. 8 mk (4 mk)
32. **OLAVI RYTKÖLÄ**, Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläkeoikeus. 1948. nid. 7,50 mk (3,75 mk)
33. **J. N. LEHTINEN**, Mitä oikeus on? 1949. nid. 4 mk (2 mk)
34. **REINO ELLILÄ**, Tutkintavankeuden vähentämisestä RL 3:11 mukaan. 1949. nid. 9 mk (4,50 mk)
35. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia, Brynolf Honkasalolle 1. 4. 1949 omistanut Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan rikosoikeudellinen seminaari. 1949. nid. 4 mk (2 mk)
36. **MIKAEL LIVSON**, Epävarsinainen lalminlyöntirikos. 1949. nid. 25 mk (13 mk)
37. **OLAVI RYTKÖLÄ**, Julkisoikeudellinen sopimus. 1950. nid. 5 mk (2,50 mk)
38. **ERIK CASTRÉN**, Kansainvälinen oikeusseuraanto. 1950. nid. 8 mk (4 mk)
39. **JOUKO HALILA**, Tunnustamisesta. 1950. nid. 25 mk (13 mk)
40. **JORMA UITTO**, Vankien ehdonalaiseen vapauteen päästäminen. 1950. nid. 6,50 mk (3,25 mk)
41. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia II, Bruno A. Salmilalalle 24. 8. 1950 omistanut Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan rikosoikeudellinen seminaari. 1950. nid. 5 mk (2,50 mk)
42. **AARO AHTEE**, Hallinto-oikeudellinen vapaudenriisto. Asialliset edellytykset. 1950. nid. 25 mk (nid. 13 mk)
43. **SIMO ZITTING**, Omistajanvalhdoksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuutatuksen vaikutuksia. 1951. Loppuunm.
44. **PAAVO HILTUNEN**, Syyllisyyksäsite rikoksen uusimisessa. 1951. nid. 10 mk (5 mk)
45. **OLAVI RYTKÖLÄ**, Kuntain yhteistoiminta. 1952. Loppuunm.
46. **E. J. MANNER**, Yleiskäyttö vesioikeudellisenä käsitteenä. 1953. Loppuunm.
47. **EINO NIKUPAAVOLA**, Yhteisklinnityksestä I. 1953. Loppuunm.
48. **LASSI KILPI**, Harkintatakoitus. 1955. nid. 7 mk (3,50 mk)
49. **EINO PURHONEN**, Parlamentaarinen valtioneillintarkastus Suomen valtioneillintalouden valvontajärjestelmässä. 1955. Loppuunm.
50. **INKERI ANTILA**, Alakäsitin kohdistuneet siveellisyysrikokset ja niiden tekijät. 1956. nid. 9 mk, sid. 11,50 mk (nid. 4,50 mk, sid. 7 mk)
51. **VEIKKO REINIKAINEN**, Jutun palauttamisesta. 1956. nid. 21 mk (16 mk)
52. **SIMO ZITTING**, Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. 1956. nid. 9 mk, sid. 11,50 mk (nid. 4,50 mk, sid. 7 mk)
53. **VÄINÖ VIHMA**, Suorituksen mahdottomuus varallisuus-oikeudellisissa sopimussuhteissa. 1957. nid. 13 mk, sid. 15 mk (nid. 6,50 mk, sid. 8,50 mk)

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja

A-SARJA

54. **VEIKKO REINIKAINEN**, Prosessinedellytyksen puuttumisen oikeusseuramuksista. 1958, sid. 14 mk (sid. 8 mk)
55. **OLAVI RYTKÖLÄ**, Kunnallisen jaoituksen muuttaminen. Sen luonne ja edellytykset. 1957. Loppuunm.
56. **SIMO ZITTING**, Kaupunkimaan omistuksesta. 1960, nid. 9 mk, sid. 11 mk (nid. 4,50 mk, sid. 6,50 mk)
57. **PERTTI MUUKKONEN**, Muutosäänökset. Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. 1958, sid. 15 mk (sid. 8,50 mk)
58. **INKERI ANTILA**, Väiillinen tekeminen. 1958. Loppuunm.
59. **OLAVI RYTKÖLÄ**, Merenkulkumaksut. 1958, nid. 8 mk (nid. 4 mk)
60. **OLLI IKKALA**, Kunnan yleinen toimivalta. 1959, sid. 14 mk (sid. 8 mk)
61. **TOIVO SAINIO**, Muukalaisen oikeusasemasta erityisesti Suomen oikeutta silmälläpitäen. 1959, nid. 15 mk, sid. 17 mk (nid. 7,50 mk, sid. 9,50 mk)
62. **PERTTI MUUKKONEN**, Esisopimus. 1960, sid. 13 mk (sid. 7,50 mk)
63. **K. A. TELARANTA**, Erehdys oikeustoimioipin perusongelmana. 1960, nid. 24 mk, sid. 26 mk (nid. 12 mk, sid. 14 mk)
64. **JOUKO HALILA**, Saamisoikeuksien kuittauksista. 1960, nid. 20 mk (nid. 10 mk)
65. **TAPIO NOUSIAINEN**, Rangaistuksen määräämisestä. 1961, nid. 35 mk (18 mk)
66. **EINO PURHONEN**, Eduskunnan budjettivalta. 1961. Loppuunm.
67. **JAAKKO UOTILA**, Päätösvalan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa. 1963. Loppuunm.
68. **KAUKO SIPPONEN**, Lainsäädäntövalan delegoiminen. 1965, nid. 32 mk, sid. 35 mk (nid. 16 mk, sid. 19 mk)
69. **ERIK CASTRÉN**, Siviiliväestän oikeussuoja maaja ilmasodassa. 1964, nid. 12 mk, sid. 14 mk (nid. 6 mk, sid. 8 mk)
70. **ERKKI AILIO**, Esinekonfiskaatio Suomen rikosoikeudessa. 1964, nid. 25 mk (13 mk)
71. **KAARLO L. STAHLBERG**, Petoksesta. 1965. Loppuunm.
72. **TAUNO VESANEN**, Valtiontaloutta koskevat eduskunnan ratkaisut ja hallituksen toimivalta. 1965, nid. 23 mk, sid. 26 mk (nid. 11,50 mk, sid. 14 mk)
73. **TENHO AUTERE**, Oikeus ilmatilan käyttöön siviililimallutarkoituksessa rauhan aikana. Erityisesti Suomen ilmailujulkisoikeutta silmälläpitäen. 1965, nid. 22 mk, sid. 25 mk (nid. 11 mk, sid. 13 mk)
74. **JORMA S. AALTO**, Rikosprosessilain asiallisesta soveltusalasta. 1965, nid. 24 mk, sid. 27 mk (nid. 14 mk, sid. 17 mk)
75. **ESKO HOPPU**, Rahdinottajan tavaravastuusta. 1966, nid. 19 mk, sid. 22 mk (nid. 10 mk, sid. 13 mk)
76. **ANTERO JYRÄNKI**, Sotavoiman ylin päällikkyys. 1967, nid. 27 mk, sid. 30 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
77. **ESKO HOPPU**, Valtion oikeudesta luopua saatavistaan. 1968, sid. 30 mk (sid. 22 mk)
78. **JORMA S. AALTO**, Rikostuomion vaikutuksista siviiliprosessissa. 1968, nid. 26 mk, sid. 30 mk (nid. 18 mk, sid. 21 mk)
79. **KAARLE MAKONEN**, Kunnallinen säädösvalta. 1968. Loppuunm.
80. **TOIVO SAINIO**, Muukalaisen oikeusasemasta II. 1969, nid. 24 mk, sid. 28 mk (nid. 17 mk, sid. 20 mk)
81. **TOIVO HOLOPAINEN**, Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. 1969, nid. 36 mk, sid. 40 mk (nid. 27 mk, sid. 30 mk)
82. **JORMA PIETILÄ**, Tonttirikisterikiinteistön muodostaminen Suomen voimassa olevan oikeuden mukaan. 1968, nid. 38 mk, sid. 41 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
83. **TENHO AUTERE**, Kansainvälisten riitojen rauhanomaisesta selvittelystä. Erityisesti tuomiovaltaa silmälläpitäen. 1968, nid. 20 mk, sid. 23 mk (nid. 15 mk, sid. 17 mk)
84. **KAARLO SARKKO**, Työrauhavelvollisuudesta. 1969, nid. 30 mk, sid. 33 mk (nid. 22 mk, sid. 25 mk)
85. **HANNU TAPANI KLAMI**, Julius Paulus, 1969, nid. 20 mk, sid. 25 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
86. **AULIS AARNIO**, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta. 1969, nid. 20 mk, sid. 20 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
87. **VEIKKO O. HYVÖNEN**, Määräalan luovutuksen saajan oikeusasemasta. 1970, nid. 36 mk, sid. 41 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
88. **JUHANI KYLÄKALLIO**, Osakeyhtiön yhtiökokouksen päätöksen pätemättömyydestä. 1970, nid. 36 mk, sid. 40 mk (nid. 26 mk, sid. 29 mk)
89. **EERO VILKKONEN**, Hallintotoimen mitättömyydestä. 1970, nid. 40 mk (sid. 31 mk)
90. **MIKAEL HIDEN**, Eduskunnan oikeusasiamies. 1970, nid. 30 mk, sid. 34 mk (nid. 22 mk, sid. 25 mk)
91. **JUHA VIKATMAA**, Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. 1970, nid. 44 mk, sid. 48 mk (nid. 33 mk, sid. 36 mk)
92. **VEIKKO O. HYVÖNEN**, Asianosaisten määräämistöimistä kiinteistötoimituksessa. 1970, nid. 28 mk, sid. 32 mk (nid. 21 mk, sid. 24 mk)
93. **AULIS AARNIO**, Oikeudellisen ajattelun perusteista. 1971, sid. 34 mk (sid. 25 mk)
94. **KARI SINISALO**, Poliisin toimivallan määräytyminen. 1971, sid. 41 mk (sid. 29 mk)
95. **ILKKA SARAVIITA**, Lakiehdotuksen lepäämäänjättäminen. 1971, nid. 50 mk, sid. 55 mk (nid. 37 mk, sid. 41 mk)
96. **MIKKO KÄMÄRÄINEN**, Huoltajan tuottamusperusteinen korvausvastuu. 1972, nid. 38 mk, sid. 43 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
97. **IRMA LAGER**, Tuomionpurun edellytyksistä siviilija hallintoprosessissa. 1972, nid. 38 mk, sid. 42 mk (nid. 29 mk, sid. 32 mk)
98. **TERTTU APALA-ARLANDER**, Yleislausekkeista. 1972, nid. 36 mk, sid. 41 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
99. **Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III**. Niilo Salovaa-ralle 13. 10. 1972 omistettu. 1972, nid. 32 mk, sid. 37 mk (nid. 24 mk, sid. 27 mk)

Julkaisut ovat Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen jäsenten myöhemmin tilattavissa sulkeissa mainittuun erityishintaan postivapaasti, jos tilaus tehdään maksaa samalla teoksen hinta yhdistyksen postisiirtotilille n:o 6800, os. Döbelninkatu 5 B, Helsinki 26. (Kirjakauppahinnat ovat ohjehintoja.)