

JUHLAJULKAISU

SIMO ZITTING

1915 · 14/2 · 1985

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1985. Vammalan Kirjapaino Oy.

ISSN 0356-7222

ISBN 951-855-076-X

ISBN 978-951-855-870-8 (PDF)

## Vielä tahdonilmaisun käsitteestä

Väitöskirjassani (Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisus, Vammala 1953), jonka yhtenä esitarkastajana ja vastaväittäjänä toimi apulaisprofessoriksi juuri nimitetty *Simo Zitting*, määrittelin tahdonilmaisun (oikeustoimen) käsitteen vallitsevasta käsityksestä poikkeavalla tavalla. Tämä kannanottoni tuli ankan arvostelun kohteeksi. Niitä näkökohtia, joita arvostelussa tuotiin esiin, olen tarkastellut kirjoituksessani Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun käsitteistä varallisuus oikeuden alalla (T. M. Kivimäen juhlaulkaisu, Vammala 1956, s. 363 ss.) sekä teoksessani Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana (Vammala 1960, s. 242 ss.).

Tuon kannanottoni esittämisestä on kulunut jo yhden sukupolven aika. Vastaväittäjäni juhlapäivän kunniaksi on sen vuoksi aiheellista tarkastella, miten tahdonilmaisun käsiteongelmaan tällä hetkellä olisi suhtauduttava. Tätä silmällä pitäen selostan lyhyesti esittämäni käsitelmäärittelyä ja sen perusteita (I) ja tarkastelen sen jälkeen ongelmaa uusimman oikeuskirjallisuuden valossa (II).

I. Määrittelin väitöskirjassani tahdonilmaisun »yksityisautonomiseksi muotoamistoimeksi, jossa henkilö tietoisesti, tahallisen käyttämisensä kautta tiedottaa toiselle oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvan tarkoituksensa» (s. 164).

Olen tuon mukaan nähnyt tahdonilmaisun yksityisautonomisena, oikeudellisena ilmiönä. Ongelman selvittämiseksi olen lähtenyt – lähinnä *Walther Bruckhardt*'in ajatuskultuuriin seuraten (ks. mm. *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936) – oikeuden käsitteen erittelystä. Tarkastellessani oikeutta organisaationa olen todennut, että jokainen lainsäätävä joutuu ratkaisemaan kysymyksen, antaako se itse kaikki yhteiskunnan piirissä noudatettavat normit vai luovuttaako se osan tätä tehtävästä yksityisten suoritettavaksi. Jos lainsäätävä oikeuttaa yksityishenkilöt määräämään oikeudellisista suhteistaan toisiin henkilöihin tahtomallaan tavalla, ts. antamaan heidän keskinäistä suhdettaan koskevia, lain säännöksiin rinnastettavia normeja (*lex inter*

partes), sanotaan, että yksilöille on myönnetty itsemääräämisoikeus, yksityisautonomia. Sitä välinettä, jota käyttäen sanottu sääntely suoritetaan, kutsutaan oikeutoimeksi, tahdonilmaisuksi.

Tahdonilmaisun lähemmät tunnusmerkit ovat todetun määrittelyn mukaan – sopusoinnussa yleisen kielenkäytön kanssa – tahto ja ilmaisu. Kyseessä on siis tahtoa koskeva ilmaisu. Kun tahto ihmisen psyykkiseen maailmaan kuuluvana ei ole ulkopuolisten havaittavissa, yksilö voi toteuttaa sääntelyä koskevan tahtonsa vain siten, että hän saattaa sen toiselle tiedoksi, että hän ulkonaisessa maailmassa havaittavan käyttäytymisensä kautta tiedottaa toiselle, mikä on se päämäärä, jonka hän haluaa saavuttaa. Tahdon toteuttaminen edellyttää siis välttämättä ilmaisua. Se edellyttää myös, kun kyseessä on nimenomaan oikeudellisen suhteen sääntely, että ilmaisu annetaan tietoisesti, tahallisesti. Ilmaisutietoisuus ja oikeustoimitahto – oikeuskirjallisuuden termejä käyttäen – ovat siis kyseisen käsitteen tunnusmerkit (s. 164).

Siitä, että oikeustoimitahto on yksi tahdonilmaisun käsitteen tunnusmerkki, ei voida tehdä päätelmää, kuten usein on tehty, että jos ilmaisu esim. erehdyksestä johtuen ei vastaa sen antajan tahtoa, tahdonilmaisu on sen vuoksi pätemätön, se ei siis ole antajaansa sitova. Myös näissä tapauksissa edellytetään, kuten OikTL 32:1 §:n säännöksestä käy selvästi ilmi, että ilmaisun antajalla on tietty tarkoitus, hän tarjoaa esim. esineen toiselle 1.200 markan hinnasta, vaikka hänen »tarkoitukseensa» oli vaatia siitä 2.100 markkaa. Se, että hän onnistuu muovamaan ilmaisun tahtoaan vastaavaksi, ei siis kuulu enää tahdonilmaisun käsitteen tunnusmerkistöön. Kysymys on tällöin siitä, miten se ristiriitatilanne, joka tuon epäonnistuneen ilmaisun johdosta ilmaisun antajan ja saajan välille on syntynyt, on oikeudellisesti ratkaistava, onko suojattava ilmaisun antajaa vai saajaa. Tahdonilmaisun käsiteongelma on täten erotettava sen oikeudellista arvostelua edellyttävästä ongelmasta (Tahdonilmaisu s. VI ja 181 ss.).

Eräitä lain säännöksiä sekä oikeuskäytännön ratkaisuja tarkasteltuani olin havainnut, että yksilö (A) saattaa, vaikka hänellä ei ole ollut oikeustoimitahtoa eikä edes ilmaisutietoisuutta, olla vastuussa toiselle (B:lle) samalla tavoin, kuin jos hän olisi antanut tälle tahdonilmaisun. Olen käyttänyt näistä tapauksista, joita koskeva ratkaisu perustuu A:n käyttäytymisen johdosta hänen ja B:n välille syntyneen ristiriitatilanteen oikeudelliseen arvosteluun, käyttäytymisvastuun nimitystä (Tahdonilmaisu s. 200 ss.). Myöhemmin olen, tuodakseni korostetusti esiin, että toisen osapuolen (B:n) luottamus on A:n vastuun syntymisen välttämätön edellytys (*conditio sine qua non*), käyttänyt niistä luottamusvastuun nimitystä (ks. edellä mainittua kirjoitustani Tahdonilmaisun ja käyttäy-

tymisvastuun käsitteistä s. 363 ss.). Tämän vastuun olen tuonut ilmi seuraavasti: Jos A on käyttäytymisensä kautta herättänyt B:ssä perustellun luottamuksen siihen, että A antaa B:lle tietyn sisältöisen tahtiaan koskevan ilmaisun, A on, edellyttäen että hän vaadittavaa huolellisuutta noudattaen olisi voinut havaita tuon hänen käyttäytymiselleen annetun merkityksen, vastuussa samalla tavoin, kuin jos hän olisi antanut sanotun sisältöisen tahdonilmaisun.

II.1. Tahdonilmaisun käsiteongelmaa koskevan uusimman oikeuskirjallisuuden osalta on syytä mainita kolmen kotimaisen tutkijan kannanotto.

a. *Juha Tolonen* kohdistaa tutkimuksessaan (Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram, JFT 1973, s. 340 ss., erit. s. 352) huomionsa lähinnä siihen lähtökohtaan, josta tahdonilmaisun käsitettä on tarkasteltava. Hän toteaa tällöin mm., että kun Talaranta oikeuden systeemiajatuksen mukaisesti lähinnä tahtoteoriaan liittyen on erottanut tahdonilmaisun käsitteestä tapaukset, »vid vilka viljeuttrycket binder, fastän det inte i själva verket motsvarar sin givares vilja, såsom fall av den s.k. förhållningsansvar förfar han helt konsekvent. Ur den klassiska systemidens synvinkel är ifrågavarande definition den ända möjliga, alltså nödvändiga».

b. *T. M. Kivimäen – Matti Ylöstalon* teoksessa (Suomen Siviilioikeuden oppikirja, yleinen osa, 4. lyhennetty p., toimittanut Matti Ylöstalo, Juva 1981, s. 238 s.) todetaan aluksi, että oikeustoimen, tahdonilmaisun »oikeusvaikutus syntyy lain voimasta, kun tahto sen aikaansaamiseksi on säädetyin tavoin ilmaistu». Edellytetään siis, »niinkuin sanonta tahdon ilmaisuakin osoittaa, että tahto on kohdistettu toiseen henkilöön (adressaatti)» ja että se on tarkoitettu tulemaan adressaatin tietoon. Samalla todetaan, että »oikeustoimeen sisältyy sitovaa tai velvoittavaa määrittelyä (disponointia) oikeudellisista asioista, normatiivinen elementti». Niin ikään todetaan, että ilmaisutahto on oikeustoimen syntymiselle välttämätön ja että ilmaisutahto on erotettava oikeustoimitahdosta. Tekijä katsonee näin ollen, että tahdonilmaisun tunnusmerkistö edellyttää sekä ilmaisutahtoa että oikeustoimitahtoa. Sen sijaan teoksessa ei ole puututtu kysymykseen, miten niitä tapauksia, joissa oikeustoimitahto ja ehkä ilmaisutietoisuuskin puuttuvat, on oikeudellisesti arvioitava.

c. *Hannu von Hertzen* on teoksessaan Sopimusneuvottelut (Vammala 1983, s. 122) katsonut, että »tahdonilmaisuna voidaan pitää vain ilmaisuja, joista ilmenee ilmaisun antajan *tahto sitoutua* ilmaisussa

tarkoitettuun oikeustilan muutokseen». Niin ikään hän on katsonut, että se, mitä olin esittänyt niiden tapausten oikeudellisesta luonteesta, joista olin käyttänyt nimitystä käyttäytymisvastuu ja luottamusvastuu – tapaukset, joita *Hjalmar Karlgren* teoksessaan *Passivitet* (Stockholm 1965 s. 7 ja 9 ss.) oli luonnehtinut nimityksin »objektiv eller legal rättsverkan» ja »objektiv eller legal passivitetsverkan» – oli pidettävä onnistuneena (s. 129 ss., erit. s. 132).

2.a. Mitä muiden Pohjoismaiden tutkijoiden kannanottoihin tulee, kiintyy huomio ensiksi terminologisiin kysymyksiin. *Carl Jacob Arnholm* on näet katsonut välttämättömäksi hylätä niin hyvin oikeustoimen kuin myös tahdonilmaisun käsitteet. Hän on päätenyt tähän siitä huolimatta, että meidän OikTL:a vastaavassa Norjan sopimuslaissa on käytetty kumpaakin termiä, jopa siten, että lain 3. luvun nimikkeenä on »ugyldige viljeserklæring».

Oikeustoimen käsite on Arnholmin mielestä (ks. *Privatrett I*, Oslo 1964 s. 194 ss.) sikäli huono, että se määritellään yksityiseksi tahdonilmaisuksi, mutta sitä käytetään puhuttaessa sopimuksista. Lisäksi norjan kielen sana »rättshandel» on kielellisesti huono. Tahdonilmaisuus, »viljeserklæring»-termiä käytettäessä ei tahto-sanan osalta voida välttyä tukeutumasta psykologiseen kielenkäyttöön. Ilmaisui, erklæring-sanan osalta on puolestaan epäselvää, tarkoitetaanko sillä ilmaissukäyttäytymistä (declarandum) vai sen tulosta (declaratum). Tämän vuoksi hän käyttää termiä »det dipositive utsagn». Kyseessä on »et utsagn om hvordan visse rettsforhold skal være». Kun sanotaan, että »noe skal skje», se osoittaa, että kyseessä on imperatiivi (s. 204).

Dispositiivisen lausuman takana on normaalisti ilmaisun antajan tarkoitus aikaansaada ne oikeusvaikutukset, jotka lausumassa on tuotu esiin. Tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä. »Det er nok at utsagnet som det objektivt foreligger, fremtrer som et dispositivt utsagn». Kun käytännössä saattaa esiintyä tapauksia (»pseudoutsagn»), joilla on sama oikeusvaikutus kuin normaalilla lausumalla, on »dipositivt utsagn» -sana ymmärrettävä niin laajassa merkityksessä, että tuo termi »omfatter ... også ... det som adressaten med rimelighet oppfatter slik» (s. 207).

Viimeksi sanottu osoittaa, että Arnholm ei tyydy käsittelemään ilmaisua sellaisena, »som det objektivt foreligger», vaan hän sisällyttää dispositiivisen lausuman piiriin myös sen käsityksen, jonka adressaatti siitä kohtuudella on saanut. Kyseessä ei siis ole abstrakti käsite, vaan tulos, johon tiettyä konkreettista tapausta oikeudellisesti arvosteltaessa (med rimelighet) on päädytty. Sopusoinnussa tämän kanssa hän toi-

saalla toteaa, että yksilö saattaa olla käyttäytymisensä johdosta sidottu, vaikka hänellä ei ole ollut ilmaisutahtoa (erklaeringsvilje). »Det er et spørsmål som må avgjøres ved en interesseavveining», hän lausuu (ibid. s. 223). »Dispositivt utsagn» -termiä on täten käytetty niin laajassa merkityksessä, että siihen sisältyvät myös tapaukset, joista olen käyttänyt käyttäytymisvastuun nimitystä, mm. OikTL 42, 62 sekä 282 ja 322 §:n tapaukset (ibid. s. 287).

*Jo Hov*, joka tosin kritisoi Arnholmin »imperatiiviteoriaa», käyttää kuitenkin samaa termiä »det dispositive utsagn» (Avtalerett, Oslo 1980, s. 4 ss.). Näin on menetellyt myös *Stig Jørgensen* (Kontraktsret, 1. Bind, København 1971, s. 36 ss.). Hän toteaa, että yksityisautonomia on edelleen Tanskan samoin kuin länsimaisen sopimusoikeuden pohjana. Yksilön ei kuitenkaan voida sallia suvereenisti määrätä mitä tahansa. Myöskään yksilön hypoteettiselle tahdolle ei voida antaa merkitystä (s. 18 ja 40). Hän toteaa edelleen (s. 43), »at begrebet retshandel (viljeserklæring) er en reminiscens fra en juridisk metode, der hentede forpligtelsens 'retsgrund' i den enkeltes vilje». Oikeusvaikutusten aikaantulo ei kuitenkaan edellytä välttämättä tahtoa eikä edes ilmaisua. Sen vuoksi hän Arnholmin tavoin käyttää termiä »dispositive utsagn». »Herved forstår man omstaendigheder, som normalt er egnet til at medføre 'bundethed'».

b. *Axel Adlercreutz* toteaa aluksi (Avtalsrätt I, 6. uppl. Lund 1980, s. 5), että tahdonilmaisun käsite on riidanalainen ja että se on tietyn ideologian rasittama sen vuoksi, että luonnonoikeudessa tahto katsottiin oikeutta luovaksi tekijäksi. Tämä lienee ymmärrettävä siten, että Adlercreutz ei hyväksy yksityisautonomian periaatetta.

Se, että *Kurt Grönfors* ei hyväksy itsemääräämisoikeuden ideaa, käy selvästi ilmi hänen teoksestaan Avtalslagen (Lund 1984). Hän toteaa mm. (s. 11): »Avtalsfriheten som princip och partsviljan som rättskappende faktor har begagnats som startpunkt för de mest olikartade teoretiska överbyggnader». 1800-luvun liberalismi tarjosi tälle ajattelulle otollisen maaperän. Ne, jotka kirjoittivat Ruotsin sopimuslain, olivat hyvin perehtyneitä tuon ajan sopimusdogmatiikkaan. Tämä tulee ilmi eräistä lain säännöksistä samoin kuin lain perusteluista, joissa on annettu suuri merkitys konstruktiokysymyksille. Se dogmatiikka, jolle laki rakentuu, pohjautuu kuitenkin tuon ajan yhteiskunnallisiin oloihin, sen ajan taloudelliseen ja tekniseen tilaan. Laki on täten tiettyssä mielessä jo yli sata vuotta vanha. Tämä merkitsee, että lain säännöksiä ei ole tarkasteltava »inifrån lagtexten», vaan on luettava »lagtexten utifrån», »så långt möjligt befriad från sin föråldrade dogmatiska

*bakgrund*». (Ks. myös s. 64 s. »direkt avtalsgrundande fakta» -tapauksia.)

Adlercreutz katsoo tahdonilmaisun käsitteen (viljeförklaring i egentlig bemärkelse, ks. emt. s. 56) edellyttävän (s. 14), »att den som avger viljeförklaringen skall ha *vilja* eller *avsikt* att framkalla viss rättsverkan, vanligen att 'binda sig' enligt förklaringens innehåll». Toisaalta se edellyttää, että tuo tahto tai tarkoitus on tullut ulkonaisessa maailmassa havaittavaksi, että se on saanut »ett för motparten uppfattbart uttryck». Toisaalla hän toteaa (s. 15), että myös muut tosiasiat voivat aikaansaada oikeustoimen tai sitä vastaavan oikeusvaikutuksen. Tällä hän tarkoittaa lähinnä tapauksia, joista *Henry Ussing* on käyttänyt nimitystä »kvasiløfter» (Aftaler paa formuerettens omraade, København 1945, s. 388 ss.). Tällaisia ovat, Adlercreutz toteaa (s. 56), »dels 'handlingar som verkar som löften' utan att vara det, t ex förfogande över icke beställda varor, dels 'förpliktande passivitet' vid underlåtenhet att reklamera». — Viimeksi mainittuun ryhmään Ussing on lukenut (emt. s. 396) mm. OikTL 42, 62 19, 282 ja 322 §:ssä säännellyt tapaukset eli tilanteet, joista väitöskirjassani olen käyttänyt nimitystä käyttäytymisvastuu.

3.a. Keski-Euroopan maissa, erityisesti Länsi-Saksassa, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet ovat olleet jatkuvan mielenkiinnon kohteena. Merkittävin viimeaikaisista tutkimuksista on *Werner Flume*'n tuhatsivuinen teos »Das Rechtsgeschäft» (Germany, Dritte, ergänzte Auflage 1979, 1. p. 1965). Tässä teoksessa oikeustoimiopin peruskysymykset on otettu kriittisen tarkastelun kohteeksi niiden historiallista kehitystä seuraten. Oikeustoimi on tällöin nähty nimenomaan itsemääräämisoikeutta koskevana ilmiönä. (Itsemääräämisoikeuden ideasta ks. *Heinrich Henkel*, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 3 ss.). Yksityisautonomian, itsemääräämisoikeuden pohjalle rakentuu myös *Claus-Wilhelm Canaris*'in laaja luottamusvastuun perusongelmiin kohdistuva teos »Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht», München 1971. *Franz Bydinski*'n teos »Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts», Wien 1967, perustuu, kuten jo teoksen nimi osoittaa, samalle pohjalle.

Kaikissa näissä teoksissa tulee selvästi ilmi se näkökulman muutos, joka viimeisten vuosikymmenten aikana oikeustoimen ja tahdonilmaisun tarkastelussa eräissä Keski-Euroopan maissa on tapahtunut. Mm. *Andreas von Tuhr* määritteli tahdonilmaisun v. 1914 sielunelämän tapahtumaa koskevaksi tiedonannoksi, tarkemmin sanoen »eine Hand-

lung, welche zu dem Zweck vorgenommen wird, einen Vorgang des Seelenlebens zur Kenntnis der Mitwelt zu bringen». (Sama määrittely esiintyy edelleen teoksessa *Andreas von Tuhr – Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. neubearbeitete Auflage, Zürich 1979, s. 158.) Uudemman käsityksen mukaan näkökulma on oikeudellinen. »Entscheidend für das Wesen der Willenserklärung ist, dass sie die Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung ist», lausuu Flume (s. 60). »Die rechtsgeschäftliche Willenserklärung (ist) nicht nur eine Mitteilung, sondern Geltungserklärung», toteaa *Karl Larenz* (Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. neubearbeitete Auflage, München 1980, s. 301). Vastaavin tavoin ovat asian ilmaisseet mm. Bydlinski (s. 3), *Canaris* (s. 413 ja 428 alav. 14) sekä *Herman Dilcher* teoksessa J. von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, §§ 90–240, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1980, s. 204 s. ja 207).

Tahdonilmaisua on siis tarkasteltu oikeusjärjestyksen yksilöille myöntämän itsemääräämisoikeuden pohjalta. Kun oikeusjärjestys antaa yksilöille mahdollisuuden varsin laajassa mitassa järjestää suhteensa toisiin tahtomallaan tavalla, on oikeudenmukaista, lausuu esim. Bydlinski (s. 54 s.), että hänelle asetetaan myös ankara vastuu niistä virheistä, joita hän tätä sääntelyä suorittaessaan tekee. Tämä »Selbstverantwortung», hän lausuu edelleen, on katsottava »als Teil einer den Grundwert der Selbstbestimmung anerkennenden, widerspruchsfreien Rechtsordnung». Vastaavin tavoin on tämä vastuu perusteltu teoksessa *Staudinger – Dilcher* (s. 204). Oikeusjärjestys voi tunnustaa yksilöille itsemääräämisoikeuden, siinä lausutaan, »nur zusammen mit einer entsprechenden Selbstverantwortung». »Selbstverantwortung» nähdään siis, kuten mielestäni on oikein, itsemääräämisoikeuden korollaarina.

b. Tahdonilmaisun antajalla on todetun mukaan katsottu olevan tietty vastuu käyttäytymisestään. Epäselvää on kuitenkin, kuinka pitkälle tämä vastuu ulottuu. Tahdonilmaisua ei ole tarkasteltava, *Flume* toteaa kyseistä ongelmaa silmällä pitäen (s. 61), »nur als Akt der Gestaltung von Rechtsverhältnissen», vaan on otettava huomioon, että se on myös »ein Sozialakt der andere angeht». Tästä tahdonilmaisun luonteesta johtuu seuraava ongelma: »Wer das Risiko einer Verfehlung der Selbstbestimmung zu tragen hat: derjenige, welcher die Selbstbestimmung ausübt, oder derjenige, welchen das fragliche Rechtsverhältnis zugleich mit dem Erklärenden angeht», hän toteaa. Kysymystä, onko tahtovirheitä koskevat tapaukset ratkaistava tahdonilmaisun antajan vai

saajan hyväksi, ei voida ratkaista yhtä vähän tahtoteorian kuin ilmaisu-teoriankaan pohjalta, hän toteaa. Se on oikeudellista arvostelua edellyttävä ongelma. »Für die rechtliche Wertung, wem der Vorrang zu geben ist, kan man keine apriorisch richtige Norm aufstellen», hän lausuu (s. 62). Kun tähän kysymykseen joudutaan positiivisen oikeuden piirissä ottamaan kantaa, on pidettävä mielessä, »dass die Willenserklärung ein Akt der Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung und deshalb auch in Selbstverantwortung ist», hän lopuksi toteaa.

Tuo Flumen kannanotto, jonka mukaan tahtovirheiden ratkaisu on oikeudellista arvostelua (rechtliche Wertung) edellyttävä ja siten tahdonilmaisun käsiteongelmasta erotettava (ks. Flume s. 48), vastaa nähdäkseni sitä, jonka väitöskirjassani olen esittänyt. Aikaisemmin en vastaavaa kannanottoa ole oikeuskirjallisuudessa havainnut (ks. Erehdys s. 88 alav. 46).

c. Kysymys siitä, edellyttääkö tahdonilmaisun käsite ilmaisutahtoa (ilmaisutietoisuutta) ja oikeustoimitahtoa, on Länsi-Saksan kirjallisuudessa edelleen riidanalainen. Asiassa on kuitenkin edellisen kriteerin osalta tapahtunut tietty selkiintyminen. Tähän on antanut aiheen ns. Trier'in tapaus.

Trier'issä pidetyssä huutokaupassa viini myytiin 1.000 litran erissä. Huuto tapahtui käden nostolla. Se merkitsi 100 DM:n korotusta aikaisemmin tehtyyn tarjoukseen. A, joka toiselta paikkakunnalta olevana ei ollut tästä tietoinen, tervehti paikalle tultuaan vanhaa »sotakaveriaan» B:tä kättä heilauttaen. Meklari tulkitsi tämän tarjoukseksi ja päätti kaupan. Nousi kysymys, oliko A »tarjoukseensa» sidottu.

Tapausta analysoitaessa todettiin mm., että kun A heilautti kättään B:tä tervehtiäkseen, hän toimi tällöin tietoisesti, tahallisesti. Sen sijaan hän ei ollut selvillä siitä, että käden nostolla olisi ollut jokin oikeudellinen merkitys. Tämän huomioon ottaen katsottiin aiheelliseksi jakaa ilmaisutahtoa koskeva vaatimus tavallaan kahteen osaan: Handlungswille ja Erklärungsbewusstsein.

Toimintatahdolla (Handlungswille) tarkoitetaan tällöin sitä tahtotekijää, jota jokainen toisen havaittavaksi tullut käyttäytyminen asianomaiselta edellyttää. Näin on aivan riippumatta siitä, mikä sisältö tuolla käyttäytymisellä on. Se voi siis olla yhtä hyvin esim. tietoa kuin tahtoa koskeva. Tämä tahto on jokaisella, joka puhuu, vaikenee taikka esittää jotain ilmeillään tai eleillään, jos hän vain toimii tietoisesti. Toimintatahto puuttuu esim. siltä, joka puhuu unissaan tai hypnoosin alaisena. Sama on asia vis absoluta -tapauksissa.

Ilmaisutietoisuus (Erklärungsbewusstsein) edellyttää, että yksilö,

joka toimii ulkonaisesti havaittavin tavoin, on tietoinen siitä, että tällä hänen käyttäytymisellään on *jokin* oikeudellinen merkitys. Se edellyttää siis vain tietoisuutta, että hän toimii oikeudellisesti merkittävillä tavoin. Siitä, mikä lähempi merkitys tuolla hänen käyttäytymisellään on, hänen ei tarvitse olla selvillä.

Ilmaisutahtoa ja oikeustoimitahtoa koskevat vaatimukset on yllä esitetyn huomioon ottaen esitetty seuraavasti: Ilmaisutietoisuus (ilmaisutahto) edellyttää tietoisuutta siitä, että käyttäytymisellä in abstracto on *jokin* oikeudellinen merkitys. Oikeustoimitahto (Geschäftswille tai, kuten nykyään melko yleisesti sanotaan, Rechtsfolgewille) puolestaan edellyttää tahtoa in concreto. Se edellyttää tietyn oikeusvaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvaa tarkoitusta. A esim. tarjoaa B:n ostettavaksi tietyn esineen määrätystä hinnasta. (Ks. edellä esitetystä esim. *Manfred Wolf*, Privatautonomie und Rechtsgeschäftslehre, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt am Main 1972, s. 67 ss.)

Toimintatahtoa ja ilmaisutietoisuutta koskevan erottelun jälkeen oikeuskirjallisuudessa vallitsee, mm. Flume toteaa (s. 47), yksimielisyyttä siitä, että Handlungswille on yksi tahdonilmaisun tunnusmerkki. Sen sijaan on edelleen erimielisyyttä siitä, ovatko ilmaisutietoisuus ja oikeustoimitahto tahdonilmaisun välttämättömiä tunnusmerkkejä. Valitsevan käsityksen mukaan näin on asia (ks. esim. Canaris s. 427 s. ja siinä viitattuja lähteitä sekä Staudinger – Dilcher s. 210 s.). Toisin mm. Bydlinski (s. 2 sekä 162 ss. ja 176 ss.) ja Larenz (s. 320 ss.).

*Larenz* tarkastelee tahdonilmaisun käsitteen tunnusmerkkejä normatiivisen tulkinnan pohjalta (näin jo teoksessa *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig 1930 s. 82 ss.). Sen mukaisesti hän ei aseta kysymystä, onko ilmaisutietoisuus välttämätön tunnusmerkki vai ei. Sen sijaan hän pyrkii – samoin kuin edellä on todettu *Arnholmin* osalta – tulkinnalla kussakin yksityistapauksessa selvittämään, onko yksilön käyttäytymiselle annettava oikeudellisen tahdonilmaisun merkitys vai ei. (Samoin meillä *Matti L. Aho*, Oikeustoimen käsitteestä, *Lakimies* 1966, s. 924 ja Varallisuus oikeudellisen tahdonilmaisun tulkinnasta, *Porvoo* 1968, s. 18 s.). Aina on vaadittava, *Larenz* toteaa (em. *Allgemeiner Teil* s. 322), että on olemassa »ein – vom Willen beherrschbares – Verhalten, dass den Sinn einer Geltungserklärung (Rechtsfolgebestimmung) hat». Normaalisti ilmaisun antaja on tietoinen siitä merkityksestä, joka tuolla hänen käyttäytymisellään on. Hänellä on siis ilmaisutietoisuus. Oikeusjärjestys voi kuitenkin, *Larenz* toteaa (*ibid.*), arvostaa (werten) käyttäytymisen tahdonilmaisuksi, vaikka ilmaisutietoisuus puuttuu, jos toinen on perustellusti ymmärtänyt käyttäytymisen oikeustoimitahtoa koskevaksi ilmaisuksi (»wenn ein anderer das

Verhalten als eine an ihn gerichtete Geltungserklärung auffassen musste und aufgefasst hat»). Näin on kuitenkin asia vain edellyttään, »dass dem Erklärenden diese Bedeutung seines Verhaltens zurechenbar war (Willenserklärung kraft Zurechnung)». »Zurechenbar» on ilmaisu silloin, kun ilmaisun antaja on ollut tai hänen olisi pitänyt olla tietoinen siitä merkityksestä, joka hänen käyttäytymisellään on (wenn er sich dieser Bedeutung seines Verhaltens aufgrund der ihm bekannten oder erkennbaren Umstände hätte bewusst sein können». Näin ei ilmeisesti ollut asia Trier'in tapauksessa, hän mm. toteaa. (Kyseisen tapauksen oikeudelliseen arvosteluun liittyvistä näkökohdista ks. lähemmin *H-M. Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, Band 2, Tübingen 1972, s. 213 ss.)

Sanottu osoittaa, että ilmaisutietoisuus on tunnusmerkki, jota tahdonilmaisun käsitteeltä myös Larenzin mielestä normaalisti edellytetään. Se, että yksilö voidaan asettaa käyttäytymisestään vastuuseen samalla tavoin, kuin jos hän olisi antanut tahdonilmaisun, vaikka hänellä ei ole ollut ilmaisutietoisuutta, on poikkeuksellista. Sitä osoittaa jo se lisäys, jonka Larenz näiden tapausten osalta on katsonut välttämättömäksi tahdonilmaisus-sanaan liittää (Willenserklärung kraft Zurechnung).

Tuo vastuu perustuu yhtäältä siihen, että toinen, ilmaisun saaja, B, on perustellusti tullut siihen käsitykseen, että A on antanut hänelle tahtoaan koskevan ilmaisun. Toisaalta vaaditaan, että A, jos hän olisi toiminut asianmukaisella huolella, olisi havainnut tuon B:n hänen käyttäytymiselleen antaman merkityksen. Edellytetään näin ollen ilmaisun saajan luottamusta ja ilmaisun antajan huolimattomuutta. (Vastaväin kriteereihin perustaa ilmaisun antajan vastuun myös Flume s. 450).

Se, että ilmaisun saajan luottamus on asetettu yhdeksi puheena olevan käsitteen olennaiseksi tunnusmerkiksi, merkitsee, että käsite ei ole sopusoinnussa — yhtä vähän kuin edellä puheena ollut »dispositivt utsagn» — tahdonilmaisun tosiasiallisen käsitteen kanssa. Tämä näet edellyttää vain tahtoa ja ilmaisua. Ilmaisun saajan luottamus jää tuon käsitteen ulkopuolelle (ks. väitöskirjaani s. 133 s.).

Se, että puheena oleva käsite ei edellytä ilmaisutietoisuutta yhtä vähän kuin oikeustoimitahtoaakaan, merkitsee, että tuo käsite ei rakennu itsemääräämisoikeuden pohjalle. Ei näet voida sanoa, että yksilö, jonka »katsotaan» antaneen tietyn sisältöisen tahdonilmaisun, vaikka hänellä ei ole ollut mitään tietoa tällaisesta ilmaisusta, määräisi siten itse asioistaan.

Larenz toteaa tämän myös itse. Hän näet katsoo (emt. s. 323), »dass die fehlende Selbstbestimmung wird in diesen Fällen . . . durch das Verantwortungsprinzip ersetzt».

Se, milloin yksilöllä katsotaan olevan sanottu vastuu, perustuu, kuten jo Larenzin käyttämästä »werten»-verbistä ilmenee, osapuolten intressien kesken suoritettuun vertailuun. Kyseessä ei siis ole, edellä esittämäni terminologiaa käyttäen, tahdonilmaisun käsitettä koskeva probleema, vaan yksilön tietyn laatuisten käyttäytymisen johdosta syntyneen ristiriitatilanteen oikeudellista arvostelua edellyttävä ongelma.

Sanotun johdosta nousee kysymys, onko asianmukaista käyttää mainituista tapauksista tahdonilmaisunimitystä. Tahdonilmaisun-termiä on mielestäni syytä käyttää vain silloin, kun on kysymys tapauksista, joissa oikeusvaikutus syntyy sen vuoksi, että ilmaisun antaja on niin tahtonut. Puheena olevissa tapauksissa oikeusvaikutukset sen sijaan tulevat aikaan asianomaisen tahdosta riippumatta, ex lege.

Nämä tapaukset (Willenserklärung kraft Zurechnung) ovat samoja, joista väitöskirjassani olen käyttänyt nimitystä käyttäytymisvastuu ja Karlgren nimitystä »objektiv eller legal rättsverkan». Myös ne kriteerit, joille Larenzin mukaan kyseisiä tapauksia oikeudellisesti arvosteltaessa on annettava määräävä merkitys, vastaavat niitä, joille katsoin käyttäytymisvastuun (luottamusvastuun) periaatteen rakentuvan. Näiden kriteerien varaan on kyseisten tapausten ratkaisu perustettu myös teoksissa *Bernd Rütters*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2. Auflage, München 1978, s. 100 ss. ja *Palandt*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 41. Auflage, München 1982, s. 77 k. 4).